

Nr. 200/2

22. Europa - Symposium

**- Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches
Wirtschaftsrecht -**

**Grundfragen der Europäischen Union (Teil II):
Das Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen
(EMRK, Grundrechte-Charta, Allgemeine
Rechtsgrundsätze) und ihre Interpreten**

2013

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr.200/2

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums

Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling

Prof. Dr. Meinhard Heinze †

Prof. Dr. Matthias Herdegen

Prof. Dr. Ulrich Huber

Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter

Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.

Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

22. Europa-Symposium

- Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht -

Grundfragen der Europäischen Union (Teil II):

**Das Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen (EMRK,
Grundrechte-Charta, Allgemeine Rechtsgrundsätze) und
ihre Interpreten**

Referate und Kommentar von

Sir Konrad Schiemann

Professor Dr. Christoph Grabenwarter

Professor Dr. Stephan Breitenmoser

Bonn, 27. April 2012

Copyright bei den Autoren

erhältlich über das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Vorwort

Das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht veranstaltete im April 2012 aus Anlass seines zwanzigjährigen Bestehens ein Symposium, das Grundfragen der Europäischen Union gewidmet war: der "sozialen Dimension" Europas, dem Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen und der Zukunft der Wirtschafts- und Währungsunion. Die Vorträge, Kommentare und Diskussionsberichte werden in drei getrennten Heften der Schriftenreihe des Zentrums (Nr. 200/1, 200/2 und 200/3) veröffentlicht. Mit dem Symposium hat das Zentrum zugleich Professor Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter geehrt, seinem Gründer, spiritus rector und tatkräftigen Sprecher für die Zeit der ersten zwanzig Jahre.

Wulf-Henning Roth

Inhaltsverzeichnis:

Sir Konrad Schiemann

Das Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen und ihre Interpreten 1

Professor Dr. Christoph Grabenwarter

**Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft,
die EMRK und die Grundrechte der Mitgliedstaaten 23**

Professor Dr. Stephan Breitenmoser

**Der Versuch einer Antwort auf
Konrad Schiemann und *Christoph Grabenwarter* 63**

Diskussionsbericht 94

Sir Konrad Schiemann

Richter am Europäischen Gerichtshof, Luxemburg

Das Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen und ihre Interpreten

A. Verschiedene Grundrechtsordnungen, verschiedene Interpreten	1
B. Das „Problem“ mehrpoliger Rechtsverhältnisse	5
C. Notwendigkeit einer besser differenzierten Interpretation der Grundrechte	10
D. Die Stellung der Charta	17
E. Interpreten und Konfliktpotential	19

A. Verschiedene Grundrechtsordnungen, verschiedene Interpreten

Innerhalb Europas gibt es eigentlich zwei, vielleicht sogar zweieinhalb, verschiedene Arten von Grundrechtsordnungen. Einerseits gibt es auf supranationaler Ebene die EMRK, die den harten Kern der europaweit anerkannten Grundrechte enthält. Andererseits hat wohl jeder europäische Staat seine eigene Grundrechtsordnung, die als ihren harten Kern jeweils selbst die in der Konvention niedergelegten Grundrechte enthalten. Allerdings gehen die meisten dieser Grundrechtsordnungen über die Konvention hinaus, und erweitern und ergänzen diese „Konvention-Grundrechte“. Das geschieht jeweils entsprechend der eigenen Werteordnung.

Zusätzlich dazu gibt es seit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften notwendigerweise, wenn nicht eine eigene Grundrechtsordnung, dann wenigstens eine Art Grundrechtseinverständnis auf der Ebene der Gemeinschaften, bzw. jetzt der Union. Ursprünglich waren Grundrechte auf dieser Ebene als allgemeine Grundsätze anerkannt worden. Seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon haben wir mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union einen nützlichen niedergeschriebenen Grundrecht katalog, der selbstverständlich nicht als allumfassend angesehen werden sollte. Ähnlich der Grundrechtsordnungen der einzelnen Staaten enthält auch diese Grundrechtsordnung der Union als ihren harten Kern die in der Konvention anerkannten Grundrechte. Eine weitere Ähnlichkeit mit den Grundrechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten besteht darin, daß auch die Grundrechtsordnung der Union über die in der Konvention anerkannten Grundrechte hinausgeht, und Unionsbürgern zusätzliche Rechte einräumt – sei es, weil ein „Konvention-Grundrecht“ weiter ausgelegt wird, sei es weil zusätzliche, nicht in der Konvention vorkommende Rechte gewährt werden, sei es weil die Verhältnismäßigkeit von Beschränkungen der „Konvention-Grundrechte“ strenger geprüft wird.

Die Europäische Union ist also schon seit längerer Zeit im Begriff, ihre eigene, selbständige Werteordnung zu entwickeln. Diese Werteordnung hat die Konvention als Fundament und borgt architektonische Stilrichtungen von den Werteordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten. Selbstverständlich ist die Werteordnung der Union dabei umso mehr von den Werteordnungen der Mitgliedstaaten beeinflusst, je mehr Einigkeit unter den Mitgliedstaaten besteht, was denn als Grundrecht zu schützen ist.

Es darf bei der Entwicklung der Werteordnung der Union aber nicht nur darum gehen, einen kleinsten gemeinsamen Nenner der Werteordnungen der Mitgliedstaaten zu finden. Das hätte fatale, ungewollte, Konsequenzen. Schließlich ist die Union keine Menschenrechtsorganisation, und die Werte- oder Grundrechtsordnung der Union dient nicht dazu, seine Mitgliedstaaten

zu kontrollieren und gewissen Mindeststandards zu unterwerfen. Davon sind wir weit entfernt. Die Charta selbst stellt ja in ihrem Art. 51 Abs. 1 klar, daß sie uneingeschränkt für die Organe und Einrichtungen der Union gilt, für die Mitgliedstaaten aber ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.

Ziel der Charta ist es also, Grundrechte festzulegen, an denen die Handlungen der Union selbst zu messen sind. In diesem Rahmen kann wirklich niemandem daran gelegen sein, daß die „Unions-Grundrechte“ sich nur auf dem Niveau des kleinsten gemeinsamen Nenners aller Mitgliedstaaten ansiedeln. Das hätte nämlich unweigerlich zur Folge, daß Handlungen der Union fast systematisch im Konflikt zur Mehrzahl der nationalen Grundrechtsordnungen stehen würden.¹ Der Union wären dann also Handlungen unter Bedingungen erlaubt, unter denen nationale Regierungen nicht handeln dürften. Das würde auch nicht lange gut gehen, angesichts des berechtigten Interesses einzelner Mitgliedstaaten, sicherzustellen, daß die Union der jeweiligen eigenen nationalen Grundrechtsordnung nicht zuwider handelt.² Auch ist es ein vollkommen legitimer Anspruch aus Sicht der Unionsbürger, daß die Union bei ihrem Handeln an mindestens das gleiche Schutzniveau gebunden ist, wie ihre eigenen Mitgliedstaaten.

Eine Grundrechtsordnung der Union wird also fast gezwungenermaßen nicht auf dem kleinsten gemeinsamen Schutzniveau der Mitgliedstaaten, sondern auf dem *höchsten* Schutzniveau anzusiedeln sein.³ Nur so wird es möglich sein, systematische Konflikte zwischen dem Handeln der Union und einzelnen nationalen Grundrechtsordnungen dauerhaft zu vermeiden.

¹ Sofern man jedenfalls annimmt, daß die nationalen Schutzniveaus verschieden sind; wenn sie es nicht sind, stellt sich die Frage eines gemeinsamen Nenners natürlich gar nicht erst.

² «Solange»-Rechtsprechung des BVerfG.

³ Evtl. ein Grund mehr für die Bosphorus Airlines Rechtsprechung von Straßburg?

Implizit in diesem Zwischenergebnis ist, daß die Grundrechtsordnung der Union notwendigerweise auch ein höheres Schutzniveau, als das von der Konvention angestrebte beinhaltet. Auch implizit in diesem Zwischenergebnis ist, daß die Bestimmung in Art. 52 Abs. 3 Satz 1 der Charta, wonach in der Charta enthaltene Rechte, die Konvention-Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der Konvention verliehen wird, notwendigerweise regelmäßig durch einen weitergehenden Schutz durch das Recht der Union ergänzt werden muß. Der 2. Satz von Art. 52 Abs. 3 der Charta gestattet dies glücklicherweise ausdrücklich.

Außerdem ist nicht zu verkennen, daß innerhalb des Art. 52 der Charta ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem Abs. 3 und dem Abs. 4 besteht. Einerseits verlangt Art. 52 Abs. 3, wie schon gesagt, daß in der Charta enthaltene Konvention-Rechte die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie in der Konvention selbst. Das wäre also ein Minimalniveau. Gleichzeitig fordert aber Art. 52 Abs. 4, daß Grundrechte, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, im Einklang mit diesen Überlieferungen auszulegen sind. Art. 53 der Charta unterstreicht dies, indem verlangt wird, keine der Bestimmungen der Charta so auszulegen, daß es zu einem Konflikt mit durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannten Rechten kommt. Das würde wiederum, wie schon angesprochen, für ein eher höheres Schutzniveau sprechen – nämlich das höchste in einem Mitgliedstaat existierende.⁴ Allerdings wurde die Konvention selbst in vieler Hinsicht von den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten beeinflusst, und umgekehrt. Daher gibt es durchaus Überschneidungen zwischen den beiden Bestimmungen. Viele Grundrechte

⁴ Es sei denn, man wöllte den Gebrauch des Plurals im Art. 53 („durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt“) zum Vorwand für eine Interpretation nehmen, nach der die Verfassung eines einzelnen Mitgliedstaates, oder einer Minderheit von Mitgliedstaaten, nicht ausschlaggebend sind, und eine Verletzung der Menschenrechte nur dann problematisch wird, wenn sie einer Mehrzahl der nationalen Verfassungen widerspricht.

finden sich sowohl in der Konvention, als auch den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten – und schon deswegen in den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts – wieder. Also wird es regelmäßig gar nicht möglich sein, Bestimmungen der Charta im Einklang mit sowohl dem Art. 52 Abs. 3, der das Minimal-Niveau der Konvention fordert, als auch den Art. 52 Abs. 4 und Art. 53, die ein oft wesentlich höheres Niveau fordern, auszulegen. Im Endeffekt wird man sicherlich auch angesichts dieses Widerspruchs eher für das höhere Schutzniveau entscheiden.

B. Das „Problem“ mehrpoliger Rechtsverhältnisse

Soweit, so gut – „mehr Schutz“, „besserer Schutz“ der Grundrechte, das ist ja immer gut, könnte man meinen. Gut mag es sein, leider ist es aber nicht immer möglich. Probleme treten insbesondere immer dann auf, wenn man sich im Kontext von sogenannten mehrpoligen Rechtsverhältnissen bewegt. Wenn z.B. Meinungs- und Pressefreiheit einerseits gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens abgewogen werden muß. In derartigen Situationen heißt ein „Mehr“ von dem einen Grundrecht immer ein „Weniger“ von dem anderen. Größerer Schutz der Pressefreiheit, und von Paparazzis, bedeutet automatisch weniger Schutz des Privatlebens, und umgekehrt.⁵

Hier können verschiedene Mitgliedstaaten ganz legitim, und in vollem Übereinklang mit der Konvention, verschiedene Lösungen finden. In einem Mitgliedstaat kann im Rahmen der nationalen Werteordnung die Pressefreiheit im Vordergrund stehen, mit der Folge, daß die Veröffentlichung von „Paparazzi-Fotos“ von bekannten Persönlichkeiten als unproblematisch angesehen wird. Ein anderer Mitgliedstaat kann ebenso legitim dem Schutz

⁵ Siehe z.B. die beiden *Hannover v. Deutschland* Urteile des EGMR (Nummer 59320/00 und Nummer 40660/08 und 60641/08).

des Privatlebens den Vorzug geben, und die Veröffentlichung der gleichen Fotos unterbinden. Solange die einzelnen Rechte in ihrem Kern nicht berührt werden, dürfte die Praxis beider Staaten Konventions-kompatibel sein.

Was aber wäre auf Unionsebene zu tun? Es gibt natürlich kein „Unionspressegesetz“ – und vielleicht wird es eben gerade wegen der fundamentalen Unterschiede zwischen den Grundrechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten auch nie eines geben können.⁶ Aber man kann sich andere Szenarien vorstellen, in denen mehrere Grundrechte gleichzeitig auf ein und denselben Sachverhalt anwendbar sind, und in denen verschiedene nationale Grundrechtsordnungen die anwendbaren Grundrechte anders gegeneinander abwägen würden. Fälle wie Omega Spielhallen,⁷ betreffend das Verbot von „Tötungsspielen“, Viking und Laval,⁸ betreffend die Abwägung zwischen der Vereinigungsfreiheit⁹ und unternehmerischer Freiheit,¹⁰ sowie generell Fälle, in denen es um Transparenz und Zugang zu Dokumenten der Verwaltung geht, sind gute Beispiele. All dies sind Gebiete, auf denen die Grundrechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten ein Einschreiten fordern würden, während gleichzeitig die Grundrechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten ein derartiges Einschreiten verbieten würden.

Sofern man sich dann auf einem Gebiet befindet, das vollkommen harmonisiert ist, bzw. auf dem eine exklusive Unionskompetenz besteht, steht der Unionsgesetzgeber, wie auch der Unionsrichter in so einer Situation

⁶ Auch nimmt Art. 1 Abs. 2 Buchst. g der Verordnung Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II) „außervertragliche Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte, einschließlich der Verleumdung“ von ihrem Anwendungsbereich aus. Vgl. auch Resolution Nr. 1165 der Parlamentarischen Versammlung des Europarats vom 26.06.1998.

⁷ C-36/02.

⁸ C-438/05 und C-341/05.

⁹ Charta, Art. 12.

¹⁰ Charta, Art. 16.

vor einem scheinbar unlösbaren Problem. Nehmen wir an, ein Unionspressegesetz sollte wirklich eines Tages geschrieben werden, um z.B. zu harmonisieren, welche Art von Fotos von bekannten Persönlichkeiten veröffentlicht werden können. Ein derartiges Gesetz würde klar den Binnenmarkt fördern, indem es sicherstellen würde, daß Printmedien – nicht nur Klatschblätter, sondern Magazine und Zeitungen generell – im Binnenmarkt verbreitet werden können, ohne daß sich der Herausgeber für jeden Mitgliedstaat einzeln darüber Gedanken machen muß, was erlaubt ist, und was nicht. Es wäre allerdings beim jetzigen Verständnis der Grundrechte unmöglich, Regelungen zu finden, die mit den Grundrechtsordnungen aller Mitgliedstaaten im Einklang stünden. Solange das Recht, ein bestimmtes Foto zu veröffentlichen, direkt an die Pressefreiheit in der nationalen Grundrechtsordnung einiger Mitgliedstaaten angeknüpft wird, und gleichzeitig das Recht, die Veröffentlichung des selben Fotos verbieten zu lassen, direkt an den Schutz des Privatlebens in der nationalen Grundrechtsordnung anderer Mitgliedstaaten angeknüpft wird, sind Konflikte vorprogrammiert.

Dann hilft es auch nichts, wenn die Charta ins Feld geführt wird, und der EuGH diese dann in die eine oder andere Richtung auszulegen gewillt wäre. Art. 53 der Charta sieht vor, daß die Charta selbst in keiner Weise als Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen ist, die durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden. Was ist aber zu tun, wenn jedwede Auslegung der Charta zu einer Einschränkung entweder der Pressefreiheit oder des Schutzes des Privatlebens führt, und dies entgegen zumindest einer verfassungsrechtlichen Bestimmung in einem Mitgliedstaat (so wie von den zuständigen nationalen Gerichten ausgelegt)?

Wie könnten derartige Konflikte gelöst werden? Eigentlich gar nicht, jedenfalls nicht logisch-dogmatisch, wenn man die jetzige Konzeption der Grundrechte, wie sie in den Grundrechtsordnungen der meisten

Mitgliedstaaten zu finden ist, zugrunde legt. Praktisch gibt es mindestens drei Lösungsansätze, die alle hin und wieder in der Praxis herangezogen werden, von denen alle drei allerdings erhebliche Nachteile mit sich bringen:

1. Man kann versuchen, derartige Probleme einfach unter den Teppich zu kehren, und sie ignorieren. Das ist insbesondere für Richter oft der Weg des geringsten Widerstandes. Die meisten Fälle, die man zu lösen hat, lassen sich auf mehr als eine Art und Weise angehen. Und als Richter wird man – auch am EuGH – schließlich dafür bezahlt, einzelne Fälle zu lösen, und nicht, alle Probleme der Gesellschaftsordnung zu beheben. Wenn es also eine Art gibt, einen Fall zu lösen, die die Interpretation einer politisch heiß umstrittenen Grundfreiheit voraussetzt, und eine andere, die nur eine Interpretation einer weniger heiklen Frage voraussetzt, dann werden viele Richter bemüht sein, nur letztere Frage zu beantworten, und den Fall dadurch zu lösen. Und auch wenn um die heikle Frage eigentlich gar kein Weg herum führt, kann man immer noch den Fall lösen, aber nicht weiter sagen, warum man zu einem bestimmten Ergebnis gekommen ist, und ob der Weg zum Ergebnis über die eine oder andere Auslegung eines Grundrechtes geführt hat. Das ist natürlich ein eher riskanter Lösungsansatz, gerade wenn man nicht in letzter Instanz urteilt, und man macht sich nicht unbedingt viele Freunde damit.
2. Man kann diese Probleme als Grund, oder wenigstens als Vorwand sehen, die Grundrechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten der Union zu harmonisieren. Sobald die Grundrechtsordnungen als solche harmonisiert sind, entfällt natürlich das Problem der Dissonanz zwischen den einzelnen Grundrechtsordnungen. Das ist ein Ansatz, den man in der politischen Sphäre hin und wieder sieht. Allerdings stoßen Anregungen dieser Art natürlich schnell auf erheblichen Widerstand,

denn wer gibt schon gerne seine Grundrechtsordnung auf, bzw. modifiziert sie, um sie mit der seines Nachbarn in Einklang zu bringen. Persönlich finde ich, daß eine derartige Gleichmacherei nicht zielführend ist, schon weil sie den Reichtum und verschiedenen kulturellen und traditionellen Strömungen, die sich in verschiedenen Werteordnungen widerspiegeln direkt angreift. Auch läuft sie dem europäischen Motto „in Vielfalt geeint“ direkt zuwider.

3. Man kann den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, sowie den Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts¹¹ etwas strapazieren und entscheiden, daß jedenfalls im Anwendungsbereich des Unionsrechts die nationalen Grundrechtsordnungen in Konformität mit der Grundrechtsordnung der Union ausgelegt werden müssen. Das kann man mit dem schon zitierten Passus des Art. 53 der Charta, wonach die Charta die in den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannten Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht einschränkt, durchaus vereinbaren, indem man festhält, daß es nicht die Charta selbst, sondern das über die Charta hinausgehende Unionsrecht ist, welches die Einschränkung zur Folge hat. Wie auch schon gesagt, läßt Art. 52 Abs. 3 Satz 2 der Charta ja ausdrücklich einen weiter gehenden Schutz durch das Recht der Union zu. Allerdings ist auch klar, daß das ins Feld führen des Vorrangs des Unionsrechts gegen Rechte, die als in nationalen Grundrechtsordnungen verankert angesehen werden, nur eine gewisse Zeit lang gutgehen werden. Da werden auch nationale Verfassungsgerichte, die wesentlich weniger Traditions- und Selbstbewußtsein, als das Deutsche Bundesverfassungsgericht, nicht lange mitspielen. Außerdem ist es einfach rechtspolitisch nicht sehr

¹¹ Rs. C-397/01 Pfeiffer, Rdnr. 114.

elegant, hinter dem Vorrang des Unionsrechts sozusagen mangels besserer Argumente und Ideen Zuflucht zu suchen.

Sie sehen also, es gibt einige schon praktizierte Lösungsansätze, aber keiner davon ist wirklich befriedigend.

C. Notwendigkeit einer besser differenzierten Interpretation der Grundrechte

Erlauben Sie mir, an dieser Stelle den Versuch einer grundsätzlichen Bemerkung zu den Grundrechten und ihrer Interpretation. Man könnte eigentlich etwas überspitzt sagen, daß gerade eine Grundrechtsordnung gar nicht der Interpretation bedürfen sollte.

Daß komplizierte Vorschriften des Steuer- oder Zollrechts, oder des Lebensmittelrechts wohl (leider) immer wieder einer Auslegung bedürfen werden, ist klar. Im Gegensatz dazu geht es bei den Grundrechten ja eigentlich *per definitionem* um das Grundsätzliche, das Fundamentale, und das Offensichtliche. Grundrechte sind eben deshalb Grundrechte, weil sie universelle Anerkennung genießen, weil ein Jeder instinktiv weiß, daß er gewisse Dinge nicht tun „darf“, und dazu nicht erst seinen Rechtsanwalt fragen braucht. Daher könnte man durchaus argumentieren, daß ein Grundrecht, das einer Interpretation bedarf, gar kein Grundrecht ist. Leider ist der Grundrechtsbegriff aber inzwischen immer weiter aufgeweicht worden, was den die Notwendigkeit der Interpretation erklärt, den Kern-Grundrechten selbst aber schadet.

Es ist der Achtung der Grundrechte einfach nicht zuträglich, wenn z.B. regelmäßig dann, wenn einem Untersuchungshäftling während einer Vernehmung eine Zigarettenpause verwehrt wird, das Verbot der Folter ausgegraben wird. Man kann evtl. verstehen, daß ein Anwalt, der die Aufgabe hat, den Häftling zu vertreten, aus Einfallslosigkeit und in Ermangelung anderer ähnlich griffiger Rechtsgrundsätze, das Verbot der Folter ins Feld führt. Aber das heißt ja noch lange nicht, daß eine derartige

Argumentation auch von den Gerichten ernst genommen werden sollte. Es ist auch denkbar, daß Grundrechte in sozusagen „erweiterter“ oder „analoger“ Anwendung dazu führen, daß so etwas wie ein Recht auf eine Zigarettenpause anerkannt und gerichtlich geschützt wird. Es ist aber irreführend dann zu sagen, es handle sich dabei um eine Durchsetzung des Grundrechtes selbst, und das Versagen einer Zigarettenpause sei mit Folter gleichzusetzen.

Es scheint mir notwendig, besser zu differenzieren – besser zu differenzieren zwischen dem, was wir als wirklichen Kern der Grundrechte ansehen, dem was es unter allen Umständen und zu jedem Preis zu verteidigen gilt, und den gewissermaßen „erweiterten“ Auslegungen der einzelnen Grundrechte, die durchaus nützlich und schützenswert sind, wo wir aber nicht alle instinktiv aufschreien, wenn es zu einer Übertretung kommt.

Einerseits ist eine bessere Differenzierung notwendig, um die Achtung der Grundrechte selbst zu sichern. Denn eine Über-Benutzung der Grundrechte stumpft sie ab, und macht wirklich schwere Menschenrechtsverletzungen von relativen Lappalien nur schwierig zu unterscheiden. Das ist jedenfalls so aus der Sicht des Zeitungslesers in Eile, des Tagesschau-Redakteurs unter Zeitdruck, und der Öffentlichkeit allgemein.

Wenn ein Staat einer Menschenrechtsverletzung schuldig befunden wird, sollte das eigentlich zu einem internationalen Aufschrei führen. Es sollte in dem betroffenen Land eine heftige innenpolitische Debatte, parteipolitische Verwerfungen, und Rücktritte bzw. Entlassungen der Verantwortlichen zur Folge haben. Und in Ermangelung derartiger interner Konsequenzen sollte eine Verurteilung wegen Menschenrechtsverletzungen eine Ächtung des betroffenen Staates auf internationaler Ebene zur Folge haben.

Von einer derartigen Situation sind wir – das wissen Sie alle – weit entfernt. Das hat viel damit zu tun, wie oft es zu Verurteilungen kommt. Laut den Statistiken des EGMR ist letztes Jahr, 2011, Deutschland 41 Mal wegen Menschenrechtsverletzungen verurteilt worden. Zusammengenommen sind

die Mitgliedstaaten der Konvention letztes Jahr fast 1 000 Mal verurteilt worden. Das sind praktisch drei Verurteilungen pro Tag. Wie soll man denn da noch mitkommen?

Die Tendenz als solche ist eigentlich recht einfach zu verstehen. Es ist natürlich ganz menschlich, immer nach Verbesserungen seiner Lebensbedingungen zu streben. Es ist sogar sehr wünschenswert, wenn Umstände, die vor hundert, oder sogar nur 50 oder 20 Jahren noch als ganz normal empfunden wurden, jetzt als Mißstände bezeichnet werden. Und so liegt es auch nahe, die existierenden anerkannten Institutionen der Grundrechtsordnung aufzugreifen, und sie weiter entwickeln zu wollen. Forderungen nach Verbesserungen der Lebensbedingungen werden zunächst mit Grundrechten untermauert und sodann Errungenschaften als Grundrechte zementiert.

So kommt es, daß z.B. die deutsche Nationale Stelle zur Verhütung von Folter¹² sich in ihrem gerade veröffentlichten Jahresbericht¹³ mit der Frage auseinandersetzt, ob die Fixierungen in den Ausnüchterungszellen der Polizeidirektion Sachsen-Anhalt Nord durch einfache Polizeihandschellen akzeptabel sind, oder nicht. Das Resultat ist, daß dies nicht akzeptabel ist, da von Handschellen, gerade bei aufgebrachtten Personen, ein erhebliches Verletzungsrisiko ausgeht. Kritiken wie diese sind durchaus wünschenswert, und die Arbeit von Institutionen wie der Nationalen Stelle zur Verhütung von Folter führt fraglos zu wertvollen Erkenntnissen und greifbaren Verbesserungen, nicht nur für Haftbedingungen. Da bestehen für mich keine Zweifel, und ich möchte die Arbeit derartiger Institutionen sicherlich nicht herabwürdigen.

Aber über eines sollten wir uns dabei im Klarem sein: mit „Folter“ hat das alles nur im Entferntesten etwas zu tun!

¹² www.antifolterstelle.de

¹³ Jahresbericht 2010/2011 vom 30.03.2012.

Es ist auch mit fast bemerkenswerter Offenheit, daß dies im Jahresbericht der Nationalen Stelle zur Verhütung von Folter auch klipp und klar festgestellt wird: bei ihren Untersuchungen ist die Stelle „auf keine Anzeichen von Folter gestoßen.“ Das ist natürlich beruhigend, und hätte wahrscheinlich auch schon das Ende des Berichts bedeuten können. Dennoch begnügt man sich nicht mit dieser einfachen Feststellung und führt über etwa 100 Seiten – aus, und das möchte ich nochmals unterstreichen, vollkommen verständlichen und lobenswerten Beweggründen – Mißstände anderer Art an, die „nicht akzeptiert werden können“. Unter anderem eben die schon genannte Praxis, daß die Insassen von gewissen Ausnüchterungszellen mit Polizeihandschellen fixiert werden.

Es gibt sicherlich andere, bessere, Beispiele für die „Aufweichung“ von Begriffen wie eben „Folter“.¹⁴ Aber ich glaube, ich kann es bei dieser einen Illustration belassen.

Meines Erachtens nach wäre es wünschenswert, klarer zu unterscheiden zwischen einerseits dem, was man als den Kern, als die Essenz, der einzelnen Grundrechte ansehen kann, und was unbedingt zu schützen ist, und andererseits der erweiterten Anwendung der gleichen Prinzipien, zumeist unter dem gleichen Namen. Bei letzterem handelt es sich dann um durchaus wünschenswerte Entwicklungen, die aber nicht wirklich den Charakter der Grundrechte selbst verändern, sondern es handelt sich um „Anhängsel“, für die man keinen anderen Namen gefunden hat.

¹⁴ Z.B. Bericht über den Besuch des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe in Deutschland (CPT) vom 19. Juli 2011, der u.A. die folgenden „Zustände“ als „inakzeptabel“: beschreibt:

- Abschiebungshäftlinge werden in Justizvollzugsanstalten festgehalten.
- Jugendliche werden aufgefordert, Aussagen zu unterschreiben, ohne daß sie durch die Anwesenheit einer Vertrauensperson oder eines Anwalts unterstützt wurden.
- In Ausnüchterungszellen über Nacht festgehaltenen Personen werden teilweise keine sauberen Matratzen zur Verfügung gestellt.

Aber es ist nicht nur verwirrend, wenn eine Verletzung dieser „Anhängsel“-Rechte mit der Verletzung eines Grundrechtes gleichgesetzt wird. Es ist nicht nur, daß diese aufgeweichte, verschwommene, Konzeption der Grundrechte der Achtung der Kern-Grundrechte als solcher abträglich ist. Es ist auch potentiell in der täglichen Praxis problematisch, weil vermeintliche Konflikte zwischen Grundrechtsordnungen gesehen werden, wo es sie gar nicht gibt.

Lassen Sie mich Ihnen ein konkretes Beispiel benennen. In einem Verfahren, in dem wir vor kurzem ein Urteil gefällt haben, ist vorgetragen worden, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei den Bezugsquellen eines Unternehmens um Geschäftsgeheimnisse, die dem Schutz der in Art 12 und 14 GG geschützten Grundrechte unterfallen.¹⁵ Ein Problem ist es natürlich, so etwas, in Luxemburg sitzend, zu überprüfen. Aber eigentlich ist es gar nicht so wichtig, ob das nun so stimmt, oder nicht.¹⁶

Die Feststellung, es handle sich beim Schutz der Bezugsquellen eines Unternehmens um ein Grundrecht (oder jedenfalls ein auf direkt auf Grundrechte aufbauendes Recht), ist schon wegen des so verschwommenen Begriffes des Grundrechts als solchem nicht sehr aussagekräftig. Es ist natürlich ein effektiver Trick eines jeden Rechtsanwalts vor dem EuGH, zu versuchen, eine Sache so darzustellen, als ob eine etwaige Entscheidung des EuGH gegen den eigenen Mandanten unweigerlich zu einem Konflikt zwischen der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG führen muß. Konfliktvermeidung liegt uns natürlich sehr am Herzen.

¹⁵ Rs. C-1/11 Interseroh, Rdnr 13.

¹⁶ Wir haben uns in dem Fall selbst übrigens nicht zu einem etwaigen Verstoß gegen Grundrechte äußern müssen, und selbst wenn die Rechtssache noch einmal vorgelegt werden sollte, werde ich dann mit Sicherheit schon längst im Ruhestand sein. Deshalb kann ich es mir herausnehmen, mich zu einem konkreten Fall zu äußern, in dem ich selbst Teil des Spruchkörpers war.

Aber in der ganz großen Mehrzahl der Fälle, in denen von Kommentatoren ein vermeintlicher Konflikt zwischen Grundrechtsordnungen geortet wird, ist es allerhöchstens eine verschieden weite Auslegung der „Anhängsel“ der Grundrechte, um die es geht. Einen wirklichen Konflikt zwischen den Kernvorstellungen der Grundrechte kann ich mir nicht vorstellen. Ich möchte z.B. bezweifelt haben, ob der Schutz der Bezugsquellen eines Unternehmens wirklich in irgendeinem Mitgliedstaat zum Kernbereich eines jedweden Grundrechtes (sei es Berufsfreiheit, Eigentumsrecht oder Privatleben) gezählt wird. In manchen Mitgliedstaaten wird dieser Schutz in der Tat unter den Schutz eines verfassungsmäßig geschützten Rechtes subsumiert werden – das will ich gar nicht in Frage stellen. Aber wenn andere Mitgliedstaaten keinen derartigen Schutz vorsehen, werden sie nicht automatisch von den ersteren der Barbarei bezichtigt werden. Es handelt sich um Nuancen, über die sich diskutieren läßt.

Was in einer derartigen Situation wichtiger ist, ist die Tatsache, daß die Grundidee anerkannt wird, daß für die Bezugsquellen eines Unternehmens Grundrechte eine Rolle spielen könnten. Das ist die Art von Idee mit der man sich, selbst wenn sie einem abwegig erschiene, am EuGH auseinandersetzen muß. Man kann sie nicht ohne weiteres von der Hand weisen, wenn man nationale Sensibilitäten nicht verletzen will. Aber solange man das anerkannt hat, und am Ende einer Abwägung zum Schluß käme, daß z.B. die Bezugsquellen eines Unternehmens *nicht* in den Schutzbereich eines unionsrechtlich anerkannten Grundrechts fallen, dann dürfte das auf nationaler Ebene nicht zu vehementer Kritik führen. Es geht eben nicht um die Beschneidung des Grundrechts per se, sondern nur eines dieser „Anhängsel“, für das sich übrigens sicherlich noch ein besserer Begriff finden läßt.

Wenn man auf diese Art an die Grundrechte herangeht, und differenziert zwischen dem eigentlichen Grundrecht, und diversen Anhängseln, die sich im Laufe der Zeit herausgebildet haben, dann löst das auch das Problem der

mehrpolygonen Rechtsverhältnisse. Eine differenziertere Betrachtung der Grundrechte führt dann recht schnell zu dem Ergebnis, daß es nicht die Grundrechte selbst sind, die in Kollision geraten, sondern nur deren Anhängsel.

Nehmen wir den Fall von „Paparazzi-Fotos“. Da ist es recht klar, daß das Recht zur Veröffentlichung derartiger Fotos die Presse- und Meinungsfreiheit bestenfalls tangential berührt. Solche Fotos haben mit diesen Grundrechten „etwas zu tun“, aber treffen sie nicht im Kern. Ebenso steht es meines Erachtens nach um das Recht auf Privatleben, jedenfalls soweit die Fotos, um die es geht, in der Öffentlichkeit entstanden sind, statt mit versteckten Kameras in Schlafzimmern. Ob eine Skitour von mehr oder weniger bekannten Persönlichkeiten zwischen Tausenden von anderen Skifahrern zur Privatsphäre gehört, sodaß Fotos davon nicht veröffentlicht werden dürfen, kann man verschieden werten. Mit dem Schutz des Privatlebens hat das „etwas zu tun“, betrifft aber sicherlich nicht den Kernbereich.

Daraufhin finde ich es für meinen Teil vollkommen verständlich und in Ordnung, wenn verschiedene Mitgliedstaaten bei der Abwägung der einzelnen Interessen hier zu verschiedenen Ergebnissen kommen. Man spricht dann zwar auch undifferenziert von Abwägung von zwei Grundrechten. Aber im Endeffekt geht es hier nicht um die Grundrechte selbst, sondern nur deren „Anhängsel“.

Wenn man die Grundrechte derart differenziert angeht, kann man sich auch eher vorstellen, daß selbst ein Unionspresseggesetz möglich wäre, ohne die nationalen Grundrechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten in Frage zu stellen. Denn die Grundrechte als solche blieben ja vollkommen unangetastet. Es ginge lediglich darum, die akzessorischen Rechte, die „Anhängsel“, konformer auszulegen. Hierbei ist allerdings meiner Ansicht nach der Gesetzgeber, nicht die Gerichte, gefordert.

In der Zwischenzeit werden auftretende Konflikte – oder vermeintliche Konflikte – allerdings selbstverständlich wie bisher von den diversen

zuständigen Gerichten gelöst werden müssen. Wie das Sprichwort sagt, führen viele Wege nach Rom. Ich möchte hier keinen Anspruch auf Allwissen erheben, sondern nur einen möglichen Weg aufzeigen.

D. Die Stellung der Charta

Die Charta ist das Novum unter den Grundrechtsordnungen, und es wird einige Zeit dauern, bis wir herausgebildet haben werden, was genau ihre Rolle sein wird. Es ist schon oft die Frage gestellt worden, ob die Charta überhaupt notwendig war, oder noch notwendig sein wird, nachdem die Union der Konvention beitreten wird.¹⁷ Sicherlich war die Charta auf Unionsebene nicht notwendig, um einen Schutz der Grundrechte *per se* sicherzustellen – das war schon, und wird weiterhin, durch die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts gewährleistet. Man kann also nicht erwarten, daß sich in der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten etwas ändern wird – abgesehen natürlich davon, daß die Charta mehr und mehr zitiert werden wird.

Die Stellung der Charta gegenüber den anderen Grundrechtsordnungen, bzw. anderen Quellen für Regeln der Grundrechtsordnung der Union, wird durch drei verschiedene Bestimmungen geregelt – den Art. 6 EUV, sowie die Art. 52 und 53 der Charta selbst. Zusammengefaßt kann man sagen, daß die Charta wohl eine Art Brücke sein soll, eine Brücke zwischen den Grundrechtsordnungen der Union und ihrer Mitgliedstaaten einerseits und der Konvention andererseits. Das ist löblich, auch wenn das Tal, das diese Brücke überspannt, nicht so tief ist, daß man die Brücke unbedingt benötigt hätte.

Rein juristisch betrachtet ist recht klar, daß die Bestimmungen, die den Anwendungsbereich der Charta festlegen, und ihre Stellung gegenüber

¹⁷ *Tizzano*: Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH.

anderen Rechtsquellen definieren, kein Meisterwerk sind.¹⁸ Auf gewisse Spannungen zwischen einer Auslegung der Charta im Lichte der Konvention einerseits, und der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, bzw. der nationalen Grundrechtsordnungen von denen diese Grundsätze abgeleitet sind, andererseits, habe ich schon hingewiesen.

Wir können wohl davon ausgehen, daß sich eine Art Hierarchie der Schutzniveaus entwickeln wird. Die Konvention würde das Fundament bilden – den harten Kern der wirklich nicht-disponiblen Grundrechte, an die Union sowie Mitgliedstaaten der Union, und natürlich auch die anderen Mitgliedstaaten des Europarates, absolut gebunden sind. Alle diese „Konvention-Grundrechte“ sind, kraft Art. 6 Abs. 3 EUV, gleichzeitig allgemeine Grundsätze des Unionsrechts. Außerdem sind viele dieser Bestimmungen wortgleich in die Charta übernommen worden und bilden daraufhin das Rückrad der Charta selbst. Die Konvention-Grundrechte sind ihrem Wesen nach natürlich Minimal-Rechte. Sie sind für die 47 Staaten des Europarates konzipiert, und bilden in diesem Kontext einen gemeinsamen Bezugspunkt.

Sowohl die Grundrechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten, als auch die der Union, gehen in verschiedenem Maße über diese „Konvention-Grundrechte“ hinaus. Wie die Charta es selbst feststellt, kann das „Recht der Union“ einen weiter gehenden Schutz gewähren.¹⁹ Hierbei ist es, wie ich schon unterstrichen habe, wichtig, zumindest in Gedanken, eine Differenzierung durchzuführen, zwischen dem Konvention-Grundrecht selbst, und dem weitergehenden, sozusagen optionalen Schutz, der vom Unionsrecht, oder von nationalen Verfassungen gewährt wird. Ersteres ist das Grundrecht, letzteres das „Anhängsel“.

¹⁸ *Bonichot*: Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa.

¹⁹ Art. 52 Abs. 3 Satz 2.

Die Dynamik der Weiterentwicklung der Grundrechtsordnung der Union ist, wie ich es schon ansatzweise beschrieben habe, dergestalt, daß sich das Schutzniveau eines jeden Grundrechts für sich genommen auf dem Niveau der mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnung mit dem höchsten Schutzniveau ansiedeln wird. Denn einerseits sollte, wie schon gesagt, jeder Unionsbürger von der Union das Einhalten mindestens des gleichen Schutzniveaus erwarten können, wie vom eigenen Mitgliedstaat. Andererseits scheint Art. 53 der Charta explizit gerade dies zu verlangen.

So kann es, entgegen einigen Kommentatoren,²⁰ durchaus logisch und verständlich erscheinen, wenn gewisse Rechte in den Pantheon der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts aufgenommen werden, selbst wenn nur eine relativ kleine Anzahl von nationalen Grundrechtsordnungen sie als Grundrechte anerkennt. So kann man ohne weiteres das Verbot der Altersdiskriminierung im Urteil *Mangold* erklären, auch wenn zu dem relevanten Zeitpunkt wohl nur Finnland und Portugal ähnliche Verbote kannten.

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist nun, wie wir wissen, explizit in der Charta anerkannt. Es zeigt, neben einigen anderen „neuen“ Diskriminierungsverboten, wie denen wegen einer Behinderung oder der sexuellen Ausrichtung, daß die Charta als solche mit der Zeit geht, und eindeutig über die Konvention herausschießt, was die Anzahl der anerkannten Grundrechte angeht.

E. Interpreten und Konfliktpotential

Kommen wir zu den Interpreten der Grundrechtsordnungen. An Interpreten gibt es in erster Linie drei, aufbauend auf meinen „zweieinhalb“ verschiedenen Arten von Grundrechtsordnungen. Jede der

²⁰ *Schwarze*: Zwischen Tradition und Zukunft: Die Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze im Recht der Europäischen Union; DVBl 12/2011, S. 721.

Grundrechtsordnungen hat notwendigerweise einen prädestinierten Interpreten, der in der Praxis nicht nur der Interpret, sondern auch der Beschützer der jeweiligen Grundrechtsordnung ist. Der Straßburger Gerichtshof ist die ultimative Autorität, was die Auslegung der Konvention angeht, wir in Luxemburg sind für die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts sowie die Charta zuständig, und nationale Verfassungsgerichte oder oberste Gerichte sind für die Auslegung der jeweiligen nationalen Grundrechtsordnungen die letzte Instanz.

Zudem gibt es natürlich Überschneidungen, teilweise ganz erhebliche Überschneidungen. Da sowohl nationale Gerichte, als auch der EuGH durch die Konvention gebunden sind, ist es ganz selbstverständlich, daß diese Gerichte – unter der Oberhoheit des Straßburger Gerichts – auch selbst die Bestimmungen der Konvention interpretieren und anwenden. Außerdem sind nationale Gerichte regelmäßig aufgerufen, unionsrechtlich verankerte Grundrechte anzuwenden, insbesondere wenn die Mitgliedstaaten in Durchführung des Unionsrechts gehandelt haben.²¹

Zu wirklichen Konflikten wird es in der Mehrzahl der Fallkonstellationen nicht kommen, alleine schon weil die Zuständigkeiten der einzelnen Interpreten untereinander recht klar geregelt sind. Der EuGH z.B. wird sich hüten, zu versuchen, nationalen Verfassungsgerichten bei der Interpretation der jeweiligen nationalen Verfassungen hereinzureden, oder gar dem Straßburger Gericht das letzte Wort, was die Interpretation der Konvention angeht, zu nehmen.

Gerade mit Straßburg sind Interpretationskonflikte eigentlich schon deshalb eher unwahrscheinlich, weil, soweit sich einzelne Grundrechte decken,²²

²¹ *Schwarze*: Zwischen Tradition und Zukunft: Die Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze im Recht der Europäischen Union; *Schwarze*: The European Union Legal order after Lisbon , page 26 ff.

²² Art. 52 Abs 3. der Charta.

grundlegend verschiedene Schutzniveaus angestrebt werden. Tendenziell werden sowohl nationale Gerichte, als auch der EuGH also in ihrer Kontrolle eher strikter sein, als Straßburg, und schon dadurch eine Verletzung des „Konvention-Kernes“ der Grundrechte verhindern.²³ Auf jeden Fall werden alle Beteiligten alles daran setzen, eventuelle Konflikte – also gegensätzliche Interpretationen des gleichen Grundrechts – zu vermeiden. Dies kann dadurch geschehen, daß der Gerichtshof, der als zweiter mit einer Rechtsfrage befaßt wird, einfach der Interpretation des erstbefaßten folgt. Oder dadurch, daß die Zuständigkeit für einen Rechtsstreit an den Gerichtshof übertragen wird, der besser gestellt ist, sie zu lösen. Oder dadurch, daß der Straßburger Gerichtshof den Luxemburger anruft, bevor er selbst urteilt.²⁴

Es besteht allerdings einiger Bedarf, den Unterschied zwischen „Konvention-Grundrecht“ und dem von mir heute schon oft bemühten „Anhängsel“ klarer zu definieren. Das ist nicht so sehr notwendig, um sicherzustellen, daß der EGMR nicht über das Ziel hinauschießt und eine weitere Grundrechtskonzeption anwendet, als er es eigentlich sollte. Es geht mir eher darum, vermeintliche Konflikte zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH auf dem Gebiet der Grundrechte zu vermeiden. Und dazu ist es zwingend notwendig, daß man sich auch auf nationaler Ebene ein klareres Bild darüber macht, welche der vielen Rechte, die da unter dem schönklingenden Titel „Grundrecht“ firmieren, auch wirklich solche sind. Denn jeder Bürger reagiert zu Recht gereizt, wenn ihm gesagt wird, er könne dieses oder jenes „Grundrecht“ nicht mehr ausüben, das habe „Europa“ jetzt verboten. Da muß

²³ Trotzdem werden hin und wieder Urteile identifiziert, die evtl. in Straßburg anders gefällt worden wären, z.B. Rs. C-349/97Orkem.

²⁴ *Tizzano* the protection of fundamental rights: The ECJ key contribution to EU constitutional developments, S. 102.

man nicht Politiker oder Jurist sein, um in dieser Hinsicht eine große Sensibilität zu entwickeln.

In dieser Hinsicht kann der EGMR sehr nützliche Signale setzen, indem er selbst klarer unterscheidet zwischen dem Kernbereich der Konvention-Grundrechte, und weitergehenden Rechten, die nicht dem gleichen Schutz unterstehen. Denn ein derartiges Urteil wäre natürlich zumindest wegweisend, wenn auch nicht konkludent. Einzelne Mitgliedstaaten können ja durchaus aus historischen Gründen Rechte als Grundrechte anerkennen und schützen, ohne daß dies einer wirklich geteilten Auffassung auf dem Niveau der Konvention, oder auch der Union, der Fall sein muß.²⁵

Wie schon gesagt: Viele Wege führen nach Rom. Es ist interessanterweise übrigens egal, ob man aus Brüssel, Luxemburg oder Karlsruhe kommt – der direkteste Weg nach Rom führt in allen drei Fällen jedenfalls dicht an Straßburg vorbei.

²⁵ Rs. C-36/02 Omega, Rs. C-208/09 Sayn-Wittgenstein; und siehe *Lenaerts*: Die EU-Grundrechtscharta: Anwendbarkeit und Auslegung; Rede anlässlich des Besuches einer Delegation des Bundesverfassungsgerichtes am EuGH; veröffentlicht mit Änderungen in *Europarecht* (Nomos Verlag), Februar 2012.

Professor Dr. Christoph Grabenwarter

Wirtschaftsuniversität Wien, Richter am Österreichischen
Verfassungsgerichtshof

**Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft, die EMRK und
die Grundrechte der Mitgliedstaaten**

A. Einleitung..... 24

B. Die Europäische Union – auf dem Weg zu einer Grundrechtsgemeinschaft? 26

- I. Der persönliche Schutzbereich von Staatsbürgerrechten 29
- II. Der sachliche Schutzbereich am Beispiel der unternehmerischen Freiheit 30
- III. Herstellung von Konkordanz bei Schutzbereich und Schranken – das Beispiel des Art. 47 GRC..... 33
- IV. Die prozessuale Komponente: Vorabentscheidungsverfahren und verfassungsgerichtliche
Normenkontrolle 35

**C. Die EMRK und die Grundrechte der Mitgliedstaaten – auf der Suche nach der
Balance 41**

- I. Der Stand der Rechtsprechung 41
- 1. Straßburg: Weniger (an Kontrolldichte) kann mehr (an Effektivität) sein - ein Plädoyer für einen
Korridor zulässiger Lösungen..... 41
- 2. Karlsruhe: Öffnung zur EMRK ohne Parallelisierung..... 44
- 3. Wien, Lausanne und anderswo..... 50
- II. Die Zukunft des „margin of appreciation“ 52
- 1. Der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten und kollidierende Rechte – ein Korridor für nationale
Lösungen..... 52
- 2. Der Beurteilungsspielraum und Verfahrensrechte 53
- 3. Der Beurteilungsspielraum und die Feststellung des Sachverhalts 53
- 4. Der Umfang des Beurteilungsspielraums 54

D. Ausblick..... 56

A. Einleitung

Mein Beitrag zu den Grundrechtsordnungen Europas soll das Zusammenspiel der Interpreten aus der Sicht der Verfassungsgerichte und des EGMR beleuchten, wobei ich den Ausgangspunkt beim Recht der Union nehmen werde. Gestatten Sie mir zunächst zwei Vorbemerkungen zum Thema.

Erstens: Was den Begriff der „Grundrechtsordnung“ angeht, so ist es naheliegend, vor allem die EMRK als eine solche zu bezeichnen. Auch die Verfassungsordnungen der Konventionsstaaten und der EU-Mitgliedstaaten konstituieren je eigene Grundrechtsordnungen. Spätestens mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verfügt auch die Europäische Union in Gestalt der Grundrechte-Charta (GRC) über eine Grundrechtsordnung. Sprachen viele in Hinblick auf die Verschriftlichung der EU-Grundrechteordnung in der GRC und deren Rezeption in der unionalen und mitgliedstaatlichen Rechtsprechung von einem Paradigmenwechsel, so steht den hier behandelten Grundrechtsordnungen in absehbarer Zeit der nächste „Quantensprung“ ins Haus: Mit dem in Aussicht genommenen Beitritt der EU zur EMRK wird eine weitere Stufe der Integration der Grundrechtsordnungen erreicht werden.¹ Allgemein wird an den Beitritt die Erwartung eines kohärenteren Grundrechtsschutzes in Europa geknüpft.²

Zweitens: Die Akteure in den verschiedenen Grundrechtsordnungen, zumal die jeweils zur Letztentscheidung berufenen Gerichte, sind auf der Suche nach ihrer zukünftigen Rolle, hinterfragen deutlich vernehmbar ausgetretene Pfade, tasten das Terrain ab und setzen erste neue Wegmarkierungen. Dies

¹ Vgl. den Bericht des Lenkungsausschusses für Menschenrechte des Europarates an das Ministerkomitee vom 14. Oktober 2011, der den Entwurf eines Übereinkommens betreffend den Beitritt der EU zur EMRK beinhaltet (CDDH, Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the Convention on Human Rights, CDDH(2011)009).

² Vgl. die Präambel des in FN 1 erwähnten Beitrittsübereinkommens.

zu einem Zeitpunkt, in dem sich die institutionellen und verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen laufend ändern. Die Medienberichterstattung der letzten Zeit macht das deutlich.³ Die Verhandlungen zwischen der Europäischen Union und dem Europarat über den Beitritt der EU zur EMRK dauern an, auch wenn die „High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights“ am 18. bis 20. April 2012 in Brighton in ihrer Schlusserklärung einen „raschen und erfolgreichen“ Abschluss derselben fordert.⁴ Daneben werden uns die in Aussicht genommenen Änderungen zur Entlastung des Straßburger Gerichtshofes beschäftigen, die dazu angetan sind, auch das Verhältnis zwischen innerstaatlichen Gerichten und dem EGMR neu zu bestimmen.

Mein Beitrag ist in zwei Abschnitte gegliedert und schließt mit einem Ausblick. Den Ausgangspunkt meiner Ausführungen bildet der Grundrechtsschutz in der EU nach dem Vertrag von Lissabon. Hierbei beleuchte ich vor allem Fragen des persönlichen und des sachlichen Schutzbereichs von Grundrechten im Nebeneinander von Charta-Rechten und verfassungsrechtlichen Grundrechtsgarantien. Bezogen auf die EMRK nehme ich dann Fragen des Nebeneinanders auf der Ebene der Schranken und der Reichweite von Justizgarantien in den Blick.

³ Beispielhaft aus der Tagespresse: Stuttgarter Zeitung, 2. 4. 2012: Die Richter in Brüssel wollen keine Instanz über sich; NZZ, 20. 4. 2012: Das Menschenrechtsgericht behält Kompetenzen; Die Welt, 21. 4. 2012: London kann Straßburger Gerichtshof nicht schwächen.

⁴ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights – Brighton Declaration, abrufbar unter <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>, H.36.

B. Die Europäische Union – auf dem Weg zu einer Grundrechtsgemeinschaft?

Das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und mit ihm vor allem der neue Art. 6 EUV bewirken eine Zäsur, deren Bedeutung erst nach und nach sichtbar werden wird. Dass die Charta nun Teil des Primärrechts ist,⁵ hat vielfältige Folgen materiellrechtlicher, aber auch prozessualer Natur. Der EuGH braucht keinen Umweg über die allgemeinen Rechtsgrundsätze mehr zu gehen und hat eine zur EMRK gleichwertige textliche Basis, die ihrerseits bereits mehrfach auf die Auslegung der EMRK durch den EGMR zurückgewirkt hat.⁶ Grundrechtsfragen erlangen im Vorabentscheidungsverfahren Selbststand neben sonstigen Fragen des Primär- und Sekundärrechts – die Entscheidung *Dereci* vom 15. November 2011 zur Reichweite der Unionsbürgerschaft für das Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern kann als ein besonders markantes Beispiel gelten.⁷ Und schließlich sind die mitgliedstaatlichen Gerichte in den Blick zu nehmen, egal ob zur Vorlage nach Art 267. AEUV verpflichtet, bloß berechtigt oder aber ob es die Verfassungsgerichte sind: Geht nunmehr die Grundrechte-Charta den nationalen Verfassungsgrundrechten jedenfalls vor oder gilt es, mögliche Strategien der Kohärenz zu finden, die diese Konsequenz vermeiden?

Art. 6 Abs. 1 EUV bestimmt, dass die Charta der Grundrechte und die Verträge „rechtlich gleichrangig“ sind. Damit wird einerseits klargestellt, dass die GRC Teil des Primärrechts ist. Andererseits zeigt diese Formulierung aber auch, dass die GRC innerhalb des Unionsrechts einen von den Verträgen deutlich abgegrenzten Bereich (*arg.* „die Charta der Grundrechte und die

⁵ Vgl. nur Art. 6 Abs. 1 EUV und näher dazu sogleich unten.

⁶ Vgl. z. B. jüngst EGMR (GK), 12. 9. 2012, *NADA ./.* Schweiz, Nr. 10593/08, Z. 82 ff.; EGMR, 17. 9. 2009, *Scoppola ./.* Italien (Nr. 2), Nr. 10249/03 = NJOZ 2010, 2726, Z. 37 ff, 105 f.; EGMR (GK), 10. 2. 2009, *Sergey Zolotukhin ./.* Russland, Nr. 14939/03 = NJOZ 2010, 2630, Z. 78 ff.

⁷ EuGH, 15. 11. 2011, C-256/11 *Dereci*, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

Verträge“) bildet.⁸ Insoweit gilt für die Charta hinsichtlich ihrer Anwendung in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten Besonderes.

So heißt es in einem Kammerbeschluss des zweiten Senats des BVerfG vom 15. 12. 2011 zur Auslegung des Doppelbestrafungsverbotes nach Art 50 GRC wörtlich: „Die GRC bindet [...] in erster Linie Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union (Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC). Eine Bindung der Mitgliedstaaten sieht die Grundrechtecharta ‚ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union‘ vor (Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRC). Die Bestimmungen der Charta für sich genommen sind daher nicht tauglich, als ‚Recht der Union‘ mitgliedstaatliches Handeln der Charta zu unterwerfen, das nicht in Durchführung anderweitigen Unionsrechts ergangen ist“.⁹ Ist die Charta aber nach ihrem Art. 51 anwendbar, so ist für die mitgliedstaatlichen Gerichte die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union

⁸ VfGH 14.3.2012, U 466/11 = EuGRZ 2012, 331 (334) Z. 25; diese Entscheidung des VfGH – auf die im vorliegenden Beitrag noch wiederholt zurückzukommen sein wird – wird als „Schlüsselentscheidung“ (*Funk*, Neue Doktrin des VfGH zur Anwendung europäischen Unionsrechts, *ecolex* 2012, 827 ff.) derzeit insbesondere im österreichischen Schrifttum eingehend diskutiert, so z. B. von *Heller*, Die Anwendung der Grundrechte der Europäischen Union durch den Verfassungsgerichtshof, *JB* 2012, 675 ff.; *Mayr*, Verfassungsgerichtlicher Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab im Spannungsfeld nationaler, konventions- und unionsrechtlicher Grundrechtsgewährleistungen, *ZfV* 2012, 401 ff.; *Winkler*, Die Grundrechtecharta und das österreichische Verfassungsrecht, *FABL* 2012, 14 ff.; vgl. auch die Entscheidungsanmerkungen von *Granner/Raschauer*, *ZFR* 2012, 122 ff.; *Lehofer*, Glosse, *ÖJZ* 2012, 433; *Potacs*, Entscheidungsanmerkung, *JB* 2012, 503 ff.; auch über Österreich hinaus wurde das Erkenntnis wahrgenommen, so z. B. in einer anlässlich des XXV. FIDE-Kongresses von der Vizepräsidentin der Europäischen Kommission und Justizkommissarin *Viviane Reding* am 31. Mai 2012 gehaltenen Rede, in der es als „Austrian model of Charter incorporation“ ausdrücklich begrüßt wurde; vgl. das Redemanuskript *SPEECH/12/403* vom 31. 5. 2012, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_en.htm.

⁹ BVerfG-K, *NJW* 2012, 1202 (1204) Z. 40.

maßgebend, wobei dieser wiederum die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte berücksichtigt.¹⁰

Wie schon bisher können bzw müssen daher die mitgliedstaatlichen Gerichte Vorabentscheidungsgesuche an den EuGH hinsichtlich der Auslegung von Bestimmungen der GRC stellen,¹¹ welche dies sind und in welchem Stadium das erfolgt, ergibt sich aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.

Wenn sich auch im Hinblick auf das Auslegungsmonopol des EuGH betreffend das Unionsrecht durch das Inkrafttreten der GRC keine Änderungen ergeben, so ist zu den Auslegungsfragen, die sich im Zusammenhang mit der GRC ergeben, doch darauf hinzuweisen, „dass nach Art. 52 Abs. 4 GRC Grundrechte, die in der Charta anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, im Einklang mit diesen Überlieferungen auszulegen sind. Soweit die Charta Rechte enthält, die den durch die [EMRK] garantierten Rechten entsprechen, haben sie gemäß Art. 52 Abs. 3 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird.“¹² Daraus ist zu schließen, dass die sich aus den nationalen Verfassungen, völkerrechtlichen Verträgen und der GRC ergebenden Grundrechte möglichst kohärent und konvergent auszulegen sind.¹³

Im Folgenden sollen zwei Bereiche inhaltlicher Konvergenz auf der Ebene des Schutzbereichs im Verhältnis zwischen Verfassungsgrundrechten und EU-Recht erläutert werden, bevor im Rahmen von Art. 47 GRC ein konkretes Beispiel abweichender Gewährleistungen im Bereich der Verfahrensgarantien vorgestellt wird.

¹⁰ VfGH 14. 3. 2012, U 466/11 = EuGRZ 2012, 331, Z. 39.

¹¹ S. dazu nur BVerfG-K, NJW 2012, 1202 (1203) Z. 35 ff. m. w. N. aus der Rsp.

¹² VfGH 14.3.2012, U 466/11 = EuGRZ 2012, 331 (336) Z. 45.

¹³ VfGH 14.3.2012, U 466/11 = EuGRZ 2012, 331 (336) Z. 46.

I. Der persönliche Schutzbereich von Staatsbürgerrechten

Ein markantes Beispiel dafür, dass die GRC nicht ohne Auswirkungen auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten bleibt, aber auch dafür, dass insgesamt eine zunehmende Kohärenz und gegenseitige Rezeption im europäischen Grundrechtsgebäude zu erwarten ist, ist die zu beobachtende **Erweiterung des Schutzbereiches von Staatsbürgerrechten hin zu Unionsbürgerrechten**: Im Schrifttum zu Art. 19 Abs. 3 GG wurde in jüngerer Zeit vermehrt die Gleichstellung von juristischen Personen aus dem EU-Ausland mit inländischen juristischen Personen hinsichtlich ihrer Eigenschaft als Grundrechtsträger gefordert. Dies würden die Grundfreiheiten und das allgemeine unionsrechtliche Diskriminierungsverbot erfordern. Rechtsprechung des BVerfG zu diesem Problem fehlte allerdings lange Zeit.¹⁴ Das BVerfG anerkannte im Jahr 2011 ausdrücklich die Erstreckung des nationalen Grundrechtsschutzes auf juristische Personen aus der EU.¹⁵ Im Tenor seines Beschlusses vom 19. Juli 2011 hielt der erste Senat fest, dass „[d]ie Anwendungserweiterung des Grundrechtsschutzes auf juristische Personen aus der Europäischen Union [...] den durch die europäischen Verträge übernommenen vertraglichen Verpflichtungen, wie sie insbesondere in den europäischen Grundfreiheiten und – subsidiär – dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zum Ausdruck kommen,“ entspreche. Die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot stünden im Anwendungsbereich des Unionsrechts einer Ungleichbehandlung in- und ausländischer Unternehmen aus der EU entgegen und „drängen insoweit die in Art. 19 Abs. 3 GG vorgesehene Beschränkung der

¹⁴ *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Stand: 55. Lfg Mai 2009, Art. 19 Abs. 3 GG Rz. 92.

¹⁵ BVerfGE 129, 78; vgl. dazu z. B. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 19 Rz. 23; *Sachs*, Entscheidungsbesprechung, JuS 2012, 379 ff.; *Wernsmann*, Grundrechtsschutz nach Grundgesetz und Unionsrecht vor dem BVerfG, NZG 2011, 1241 ff.

Grundrechtserstreckung auf inländische juristische Personen zurück.“¹⁶ Der Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und das allgemeine Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) stellen nach diesem Beschluss des BVerfG eine „vertraglich veranlasste Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes dar“,¹⁷ weshalb die Beschwerde führende juristische Person mit Sitz in Italien als Trägerin von Grundrechten des Grundgesetzes anzusehen war.

In einem ähnlichen Sinn hat der österreichische Verfassungsgerichtshof bereits im Jahr 2010 eine Ausweitung des Schutzbereichs von Staatsbürgerrechten auf EU-Ausländer in einer Entscheidung angenommen, mit der er die Beschwerde einer GesmbH mit Sitz in Malta abwies, der es zuvor untersagt worden war, für das von ihr im Internet veranstaltete Glücksspiel zu werben.¹⁸ Der Verfassungsgerichtshof erstreckte den persönlichen Schutzbereich sowohl des in Art. 7 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) verbrieften allgemeinen Gleichheitssatzes und der Erwerbsfreiheit (Berufsfreiheit) – dies unter ausdrücklicher Berufung auf das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, unausgesprochen aber auch im Hinblick darauf, dass mit Bezug zu EU-Ausländern keine Divergenz des Schutzbereichs des innerstaatlichen Grundrechts der Berufsfreiheit im Verhältnis zu Art. 16 GRC besteht.

II. Der sachliche Schutzbereich am Beispiel der unternehmerischen Freiheit

Die Wechselwirkungen von Grundrechtecharta und Verfassungen der Mitgliedstaaten sind nicht bloß auf den persönlichen Schutzbereich der

¹⁶ BVerfGE 129, 78 (97).

¹⁷ BVerfGE 129, 78 (94).

¹⁸ VfSlg. 19077/2010.

Grundrechte beschränkt, sondern wirken sich auch auf deren sachlichen Schutzbereich aus. Als Beispiel für diese Entwicklung kann wiederum Art. 16 GRC dienen, der die „unternehmerische Freiheit“ schützt. Unter diesen Begriff können verschiedene Formen von Betätigungen bzw. Freiheiten subsumiert werden, die stark von entsprechenden nationalen Gewährleistungen gespeist werden. Wir haben hier keine Parallelgarantie in der EMRK und auch im übrigen EU-Recht tun wir uns schwer, ein Pendant zu finden. Umso wichtiger sind hier die Verfassungen der Mitgliedstaaten.

In Abgrenzung zu Art. 15 GRC ist zunächst davon auszugehen, dass Art. 16 GRC primär die selbstständige Tätigkeit schützt.¹⁹ Gleichwohl gibt es Teile des Schutzbereichs, bei denen anzunehmen ist, dass sie auch von Art. 15 GRC erfasst sind.²⁰ So schützt Art. 15 GRC jedenfalls auch den Erwerbsantritt selbständig tätiger Personen, denn die Formulierung „einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben“ erfasst den Berufszugang ebenso.

Aus dem Begriff des „Unternehmens“ ist darüber hinaus abzuleiten, dass Art. 16 GRC für die Eröffnung des Schutzbereichs wie die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG eine *Erwerbsabsicht* voraussetzt. Dabei reicht jedoch die bloße Absicht, auf den tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg kommt es nicht an. Auf welchem Feld die Tätigkeit ausgeübt wird, sei es gewerblich, landwirtschaftlich oder in einem freien Beruf, ist unerheblich – die

¹⁹ So auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 15 GRC Rn. 4 und Art. 16 GRC Rn. 1; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2010, Art. 16 Rn. 10a.

²⁰ Vgl. *Bernsdorff* (Fn. 19), Art. 16 Rn. 10; zur Überschneidung der Schutzbereiche von unternehmerischer Freiheit und Berufsausübungsfreiheit als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze schon EuGH, C-184/02, *Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat*, Slg. 2004, I-7789, Rn. 51.

Kommentarliteratur bringt ausführliche Aufzählungen, die von der Judikatur des EuGH gespeist sind.²¹

Ebenso wie Art. 12 GG schützt Art. 16 GRC sowohl die Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit als auch deren fortgesetzte Ausübung.²² Schließlich ist auch die Beendigung der unternehmerischen Tätigkeit geschützt.²³ Es wird auch nach der Charta unternehmerische Tätigkeit geschützt, unabhängig von der Rechtsform, von ihrem Umfang, ihrer Art und ihrer Finanzierung. Auch ist es unerheblich, ob die Tätigkeit erlaubt ist.²⁴ Eine Einschränkung hinsichtlich der Organisation ergibt sich allenfalls mit Blick auf den persönlichen Schutzbereich, und hier in Bezug auf die Nähe zur öffentlichen Hand, hier besteht eine deutlich wahrnehmbare Parallele in Art. 19 Abs. 3 GG.²⁵

Diese beiden Beispiele zu den Schutzbereichen seien nur exemplarisch angeführt, um auf folgendes aufmerksam zu machen: Die Wechselwirkung von Grundrechtecharta und Verfassungen der Mitgliedstaaten wird den Rechtsprechungsdialog zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EuGH befruchten. Es ist daher zu erwarten, dass diese Entwicklung letztlich zu mehr Kohärenz und gegenseitiger Rezeption im europäischen Grundrechtsgebäude auch dort führen wird, wo es kein unmittelbares Pendant zu Garantien der EMRK und im Recht der Union gibt.

²¹ Statt aller *Jarass*, Charta der Grundrechte, 2010, Art. 16 Rn. 10.

²² *Jarass* (Fn. 21), Art. 16 Rn. 9; *Bernsdorff* (Fn. 19), Art. 16 Rn. 10a.

²³ *Jarass* (Fn. 21), Art. 16 Rn. 9; *Bernsdorff* (Fn. 19), Art. 16 Rn. 10a.

²⁴ Vgl. *Bernsdorff* (Fn. 19), Art. 16 Rn. 10a.

²⁵ S. dazu *Ruffert* (Fn. 19), Art. 16 Rn. 3.

III. Herstellung von Konkordanz bei Schutzbereich und Schranken – das Beispiel des Art. 47 GRC

Die konkrete Ausformung der vielseitigen Wechselwirkungen, die sich im Anwendungsbereich der GRC ergeben, lässt sich besonders gut bei den Verfahrensgarantien der Charta zeigen.

Nach Art. 47 Abs. 2 GRC hat jede Person ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat demgegenüber jedermann in Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen bzw. in Strafverfahren Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich gehört wird.

Die Erläuterungen des Konvents zu Art. 47 Abs. 2 GRC führen aus, dass sich dieser auf Art. 6 Abs. 1 EMRK stützt. Das Recht auf ein Gerichtsverfahren gelte nicht nur für Streitigkeiten im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen. Dies sei eine der Folgen der Tatsache, dass die Union eine Rechtsgemeinschaft ist, wie der Gerichtshof in der *'Les Verts' gegen Europäisches Parlament*²⁶ festgestellt hat. Mit Ausnahme ihres Anwendungsbereichs würden die Garantien der EMRK jedoch in der Union entsprechend gelten.²⁷ Daraus ist abzuleiten, dass jedenfalls dann, wenn eine Verhandlung beantragt wird, grundsätzlich ein Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung besteht.²⁸

Im Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK hat Art. 47 Abs. 2 GRC die gleiche Tragweite und Bedeutung wie jener. Jenseits dessen gelten die Garantien des Art. 6 EMRK für den Anwendungsbereich des Art. 47 Abs. 2 GRC

²⁶ EuGH, 23. 4. 1986, C-294/83, *Les Verts/Parlament*, Slg. 1986, 1339, Rn. 23.

²⁷ Erläuterungen zur Grundrechte-Charta, Abl. 2007 C 303/17, 30.

²⁸ Vgl. EGMR 28.5.1997, *Pauger ./. Österreich*, Nr. 16717/90, Z. 60.

entsprechend.²⁹ Dabei ist zu beachten, dass die Garantien des Art. 6 EMRK in Abhängigkeit von der Materie, vom Verfahrensgegenstand und von der Instanz in unterschiedlichem Maße gelten, das wiederum vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt ist. Bei Strafverfahren gelten die strengsten Anforderungen, im Rahmen von Zivilverfahren akzeptiert der EGMR Beschränkungen insbesondere bei der mündlichen Verhandlung und bei der Kontrolldichte.³⁰

Überträgt man diese Überlegungen auf jenen Teil des Anwendungsbereichs der Chartagarantie, der nicht civil rights und Strafverfahren betrifft, so gelangt man auch für diesen zum Ergebnis, dass weitergehende Beschränkungen (als etwa im Strafverfahren) zulässig sind. Weil insoweit aber nicht mehr unmittelbar die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK herangezogen werden kann, ist das Ausmaß der Gewährleistung der Einzelgarantien letztlich durch Art. 52 Abs. 1 GRC, mithin vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt.³¹ Für die Beurteilung der Zulässigkeit des

²⁹ Erläuterungen zur Grundrechte-Charta, Abl. 2007 C 303/17, 30.

³⁰ Ausführlich zum Ganzen *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 24 Rn. 1 ff.

³¹ Art. 6 EMRK steht hinsichtlich des Zugangs zu Gericht nach der Rechtsprechung des EGMR unter dem (ungeschriebenen) Vorbehalt verhältnismäßiger Beschränkung (beginnend mit EGMR 21. 2. 1975, *Golder ./.* *Großbritannien*, Nr. 4451/70, Z. 38). Der Ausschluss der Öffentlichkeit von Verhandlungen steht unter einem ausdrücklichen Vorbehalt verhältnismäßiger Beschränkungen. Auch bei anderen Garantien liegen den impliziten Beschränkungen Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte zugrunde (so zur Kognitionsbefugnis EGMR 21. 9. 1993, *Zumtobel ./.* *Österreich*, Nr. 12235/86, Z. 29; zu Zeugenbefragungsrechten und dem Grundsatz des fairen Verfahrens EGMR 13. 10. 2005, *Bracci ./.* *Italien*, Nr. 36822/02, Z. 49 ff.; bei der Verfahrensdauer kommt es auf die Bedeutung der Angelegenheit für den Beschwerdeführer an, EGMR [GK] 16. 9. 1996, *Süßmann ./.* *Deutschland*, Nr. 20024/92, Z. 61). In der jüngeren Rechtsprechung des EGMR werden auch Fragen des Anwendungsbereichs mit solchen der Anforderungen des Grundrechts in Verbindung gebracht (EGMR [GK] 19. 4. 2007, Fall *Eskelinen et al ./.* *Finnland*, Nr. 63235/00, Z. 62).

Unterbleibens einer mündlichen Verhandlung ist daher maßgeblich, ob Beschränkungen der Durchführung mündlicher Verhandlungen durch eine gesetzliche Vorschrift erforderlich sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.³²

Für Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 6 EMRK bedeutet dies zusammengefasst, dass das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung zulässig sein kann, wenn es nach Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist.

IV. Die prozessuale Komponente: Vorabentscheidungsverfahren und verfassungsgerichtliche Normenkontrolle

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist das mit Art. 267 AEUV eingerichtete Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, mit dem der Gerichtshof diesen Gerichten Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts gibt, die sie zur Entscheidung des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits benötigen.³³

Die Frage des Verhältnisses der Vorlagepflicht an den EuGH und einer allfälligen Vorlagepflicht an ein mitgliedstaatliches Verfassungsgericht ist kein „neues“ Problem des Unionsrechts und auch kein spezifisches Problem der Grundrechte-Charta. Für das deutsche Staatsrecht liegt die verfassungsrechtliche Pflicht zur Normenkontrolle in Art. 100 Abs. 1 GG. Ist ein Gericht mit einer Situation konfrontiert, in der es Grund zur Annahme hat, dass von ihm anzuwendende Rechtsvorschriften sowohl eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV an den EuGH als auch eine Pflicht zur Einholung einer Entscheidung durch das BVerfG im Normenkontrollverfahren begründen, so ist die Abfolge dieser Vorlageverfahren nicht von vorneherein

³² VfGH 14.3.2012, U 466/11 = EuGRZ 2012, 331 (336) Z. 55 f.

³³ Vgl. jüngst etwa Schlussanträge *Bot*, 13. 12. 2011, C-571/10, *Kamberaj*, Z. 35 m. w. N.

vorgegeben. Das BVerfG hielt zu dieser Konstellation in einem weitgehend unbeachtet gebliebenen Kammerbeschluss des ersten Senates aus dem Jahr 2006 fest:

„Wenn feststeht, dass ein Gesetz dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht und deshalb wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden darf, ist das Gesetz nicht mehr entscheidungserheblich im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG [...]. Ist die gemeinschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Rechtslage strittig, gibt es hingegen aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts keine feste Rangfolge unter den vom Fachgericht gegebenenfalls einzuleitenden Zwischenverfahren nach Art. 234 Abs. 2, 3 EG und Art. 100 Abs. 1 GG. Zwar kann es ohne vorherige Klärung der europarechtlichen Fragen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften dazu kommen, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes überprüft, das wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gar nicht angewandt werden darf. Umgekehrt bliebe aber ohne Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen durch das Bundesverfassungsgericht im Verfahren der Vorabentscheidung für den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften offen, ob die Vorabentscheidung eine nach innerstaatlichen Maßstäben im Übrigen gültige und deshalb entscheidungserhebliche Norm betrifft. In dieser Situation darf ein Gericht, das sowohl europarechtliche als auch verfassungsrechtliche Zweifel hat, nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden, welches Zwischenverfahren es zunächst einleitet.“³⁴

Im Jahr 2011 präzisierte das BVerfG diese Aussage in einem weiteren Kammerbeschluss hinsichtlich Rechtsakten, die in Umsetzung von Unionsrecht ergangen sind, wie folgt:

³⁴ BVerfG-K, NJW 2007, 51 (52) Z. 52.

„Legt ein Gericht dem Bundesverfassungsgericht eine Norm vor, die in Umsetzung von Rechtsakten der Europäischen Union ergangen ist, ist diese Vorlage wegen der vom Bundesverfassungsgericht in solchen Fällen praktizierten Zurücknahme der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit entscheidungserheblich, wenn das Gesetz in Ausfüllung eines nationalen Umsetzungsspielraums ergangen ist. Ob das Unionsrecht im jeweiligen Streitfall einen derartigen Umsetzungsspielraum lässt, hat das Fachgericht zu klären (1) und sich mit den dabei auftretenden Fragen hinreichend substantiiert auseinanderzusetzen (2).“³⁵

Das Zusammenspiel von Vorabentscheidungsverfahren und verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle verdichtet sich dort zu einem komplizierten Problem, wo die jeweilige mitgliedstaatliche Rechtsordnung für die Fachgerichte eine Vorrangregelung zugunsten der Klärung der Verfassungskonformität statuiert. Dies ist insbesondere in Frankreich und Belgien der Fall.³⁶ Hintergrund derartiger Regelungen ist die Konkurrenz zwischen zentralisierter Verfassungskontrolle und dezentraler Kontrolle durch die Fachgerichte am Maßstab der EMRK,³⁷ ein Problem, das in einem Urteil des EuGH vom 24. 4. 2012 zutage trat.³⁸

Aus dem Urteil des EuGH in der Rs. *Melki und Abdeli*, es betraf die im Jahr 2008 in Frankreich eingeführte „question prioritaire de constitutionnalité“, lässt sich ableiten, dass Art. 267 AEUV einem Zwischenverfahren zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nicht entgegen steht, soweit es den anderen Gerichten des Verfahrens freisteht, in jedem Moment des Verfahrens (auch nach Abschluss des Zwischenverfahrens) jede für

³⁵ BVerfG-K, NJW 2012, 45, Z. 44.

³⁶ S. zum Ganzen *Gundel*, Die „question prioritaire de constitutionnalité“ vor dem EuGH: Unionsrechtliche Vorgaben für die Koordination nationaler Vorlagepflichten mit Art. 267 AEUV und dem Vorranganspruch des EU-Rechts, EuR 2012, 213 ff.

³⁷ *Gundel* (Fn. 36), EuR 2012, 218 m.w.N.

³⁸ S. dazu sogleich unten.

erforderlich gehaltene Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, jede erforderliche Maßnahme vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes zu treffen und nach Abschluss des Zwischenverfahrens eine allenfalls als unionsrechtswidrig angesehene Maßnahme unangewendet zu lassen.³⁹ Dabei ist maßgeblich, dass dem Gerichtshof der Europäischen Union nicht die Möglichkeit genommen wird, seinerseits die Kontrolle von Sekundärrecht am Maßstab des Primärrechts und der mit den Verträgen gleichrangigen Charta auszuüben.⁴⁰

Hier liegt ein mögliches Problem, dass nur dadurch gelöst werden kann, dass man der Annahme beiträgt, dass auch Verfassungsgerichte jedenfalls in Fällen der Prüfung von Richtlinien umsetzenden Gesetzen zur Vorlage an den EuGH berechtigt und verpflichtet sind, wenn Zweifel ob der Vereinbarkeit der Richtlinie mit Primärrecht, insbesondere mit der GRC, besteht. Mehrere Verfassungsgerichte haben ihre Vorlagebereitschaft bereits demonstriert, das BVerfG hat sie im Prinzip auch bereits in den zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2010 anerkannt.⁴¹

Ein mögliches Kooperationsmodell könnte folgendermaßen aussehen: Die Verfassungsgerichte nehmen ihre Zuständigkeit zur Kontrolle von Gesetzen am Maßstab der Grundrechte der Verfassung wie bisher wahr, berücksichtigen die GRC, wo es Abweichungen gibt, und sind ihrerseits zur Vorlage unter den Bedingungen des Art. 267 AEUV und in Fragen der Auslegung der GRC verpflichtet. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat in seiner Leitentscheidung zur Grundrechte-Charta vom 14. 3. 2012 dargelegt, wie sich das verfassungsgerichtliche Normenverwerfungsmonopol mit dem Vorrang des Unionsrechts und der Vorlagepflicht nach Art. 267

³⁹ EuGH, 22. 6. 2010, verb. Rs. C-188/10 u. C-189/10, *Melki u. Abdeli*, Slg. 2010, 5667, Z. 57.

⁴⁰ EuGH, 22. 6. 2010, verb. Rs. C-188/10 u. C-189/10, *Melki u. Abdeli*, Slg. 2010, 5667, Z. 56.

⁴¹ BVerfGE 125, 260 (308); BVerfGE 126, 286 (304).

AEUV vereinbaren lässt.⁴² Der Gerichtshof hat nach der Annahme, dass er vor dem Hintergrund der weitgehenden Kongruenz von EMRK und Grundrechte-Charta und des Verfassungsrangs der EMRK befugt ist, über behauptete Verletzung von Rechten der Grundrechte-Charta als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte zu entscheiden, angenommen, dass er dann zur Vorlage einer Frage beim EuGH verpflichtet wäre, wenn Zweifel an der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift, also auch im Falle der Grundrechte-Charta, bestehen. Existieren solche Zweifel insbesondere vor dem Hintergrund der EMRK und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR und anderer Höchstgerichte jedoch nicht, entscheidet der Verfassungsgerichtshof ohne Einholung einer Vorabentscheidung. Der Verfassungsgerichtshof ist in Fragen der Grundrechte-Charta daher vorlageverpflichtetes Gericht im Sinne des Art 267 Abs. 3 AEUV.

Die – in ein Vorabentscheidungsersuchen gekleidete – Vorstellung eines italienischen Gerichts, über den Vorrang des Unionsrechts an dieser Stelle auch noch die EMRK in das Spiel zu bringen, verwarf der EuGH aber mit guten Gründen. Das italienische Tribunale di Bolzano hatte ihm unter anderem folgende Frage vorgelegt:

„Gebietet bei einem Widerspruch zwischen innerstaatlichen Bestimmungen und Bestimmungen der EMRK die Verweisung in Art. 6 EUV auf die EMRK dem nationalen Gericht, Art. 14 EMRK und Art. 1 des Protokolls Nr. 12 unmittelbar anzuwenden und das mit der EMRK unvereinbare innerstaatliche Recht unangewendet zu lassen, ohne dass zuvor die Frage der Verfassungsmäßigkeit dem nationalen Verfassungsgerichtshof vorgelegt wird?“⁴³

⁴² VfGH 14. 3. 2012, U 466/11 = EuGRZ 2012, 331.

⁴³ EuGH, 24. 4. 2012, C-571/10, *Kamberaj*, Z. 39.

Diese Frage des italienischen Fachgerichtes ist vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung der italienische Corte Costituzionale zu verstehen. Dieser setzt bekanntlich Verstöße gegen die EMRK mit einer Verfassungswidrigkeit gleich und begründet mit ihr die Pflicht von Fachgerichten, die ein Gesetz wegen Verstoßes gegen die EMRK verwerfen wollen, ein Verfahren der Normenkontrolle zu beantragen.⁴⁴

Die Große Kammer des EuGH antwortete, dass Art. 6 Abs. 3 EUV nicht das Verhältnis zwischen der EMRK und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bestimme. Er bestimme auch nicht, welche Konsequenzen ein nationales Gericht aus einem Widerspruch zwischen den durch die EMRK gewährleisteten Rechten und einer Regelung des nationalen Rechts zu ziehen hat. Es beantwortete die Frage dahingehend, „dass es die in Art. 6 EUV enthaltene Verweisung auf die EMRK einem nationalen Gericht nicht gebietet, im Fall eines Widerspruchs zwischen einer Regelung des nationalen Rechts und der EMRK deren Bestimmungen unmittelbar anzuwenden und die mit der EMRK unvereinbare nationale Regelung unangewendet zu lassen.“⁴⁵

⁴⁴ *Gundel* (Fn. 36), EuR 2012, 222 m.w.N.; die EMRK ist seit der Verfassungsänderung 2001 in Italien normenhierarchisch zwischen Verfassung und einfachem Gesetzesrecht angesiedelt, vgl. *Germelmann*, Die Rechtskraft zwischen europäischer Mindesteffektivität und italienischem Verfassungsrecht, EuR 2010, 538 (544).

⁴⁵ EuGH, 24. 4. 2012, C-571/10, *Kamberaj*, Z. 62 f.

C. Die EMRK und die Grundrechte der Mitgliedstaaten – auf der Suche nach der Balance

I. Der Stand der Rechtsprechung

1. Straßburg: Weniger (an Kontrolldichte) kann mehr (an Effektivität) sein - ein Plädoyer für einen Korridor zulässiger Lösungen

Ein allgemeiner Dreh- und Angelpunkt, um den sich die Straßburger Rechtsprechung entwickelt, ist der „margin of appreciation“, also der Ermessensspielraum der Konventionsstaaten.⁴⁶ Das Konzept des „margin of appreciation“ ist ein wesentlicher Eckpfeiler der Strategie des EGMR, sein zentrales Anliegen zu verwirklichen, nämlich die EMRK als ein „lebendiges Instrument“ im Einklang mit den Anforderungen an „present-day conditions“ auszulegen.⁴⁷

In der prekären Situation, in der sich der EGMR gegenwärtig befindet, bedingt vor allem durch Arbeitsüberlastung, aber auch durch teils vehementen Widerstand einiger Konventionsstaaten gegen seine Rechtsprechung, wird der „margin of appreciation“ aber auch dazu benutzt, die eigene Legitimation zu erhöhen. Durch ein vorsichtiges Öffnen von Spielräumen für die Konventionsstaaten soll dem Eindruck, beim EGMR handle es sich um eine „vierte Instanz“, entgegen gewirkt werden. Dies demonstrieren – zu einem unterschiedlichen Grad – vor allem zwei die Bundesrepublik betreffende Urteile des EGMR aus der allerjüngsten Zeit:

⁴⁶ Vgl. dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 30), § 18 Rn. 20 ff.

⁴⁷ Vgl. v. a. zu letzterem Aspekt EGMR, 25. 4. 1978, *Tyler* ./ GBR, Nr. 5856/72, Z. 31; EGMR, 13. 6. 1979, *Marckx* ./ BEL, Nr. 6833/74, Z. 41; EGMR, 9. 10. 1979, *Airey* ./ IRL, Nr. 6289/73, Z. 26; EGMR, 17. 10. 1986, *Rees* ./ GBR, Nr. 9532/81, Z. 47; EGMR, 27. 9. 1990, *Cossey* ./ GBR, Nr. 10843/84, Z. 35, 41; zuletzt EGMR, 23. 3. 1995, *Loizidou (Preliminary Objections)* ./ TUR, Nr. 15318/89, Z. 71; s. auch dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 30), § 5 Rn. 13.

In Hinsicht auf den „margin of appreciation“ betonte die Große Kammer des EGMR jüngst in ihrem Urteil im Fall *Caroline von Hannover (2)*⁴⁸ die bisher zum Ermessensspielraum im Rahmen der Artikel 8 und 10 EMRK entwickelten Grundsätze. Nämlich, dass „[d]ie Wahl der Maßnahmen, mit denen die Einhaltung von Art. 8 der Konvention im Verhältnis zwischen Privatpersonen gewährleistet werden soll“,⁴⁹ grundsätzlich in den Ermessensspielraum des Konventionsstaates fällt. „Auch nach Art. 10 der Konvention steht den Konventionsstaaten ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, um über die Notwendigkeit und das Ausmaß eines Eingriffs in die nach dieser Bestimmung geschützte Freiheit der Meinungsäußerung zu entscheiden“.⁵⁰ Vor allem in Hinblick auf die Übertragung der Grundsätze aus dem Fall *Caroline (2)* auf die am selben Tag veröffentlichte Entscheidung im Fall *Axel Springer*⁵¹ erscheinen die in der Z. 106 des ersteren Urteils gemachten Ausführungen von Belang. Dort heißt es wörtlich: „In Fällen wie diesem, in denen eine Abwägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und des Rechts auf freie Meinungsäußerung erforderlich ist, vertritt der Gerichtshof die Auffassung, dass der Ausgang des Beschwerdeverfahrens grundsätzlich kein anderer sein sollte, ob die Beschwerde nun nach Art. 8 der Konvention von der Person erhoben wird, die Gegenstand des Wortberichts ist, oder nach Art. 10 vom Verleger, der ihn veröffentlicht hat. Diese Rechte

⁴⁸ EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Von Hannover ./.* Deutschland (Nr. 2), Nr. 40660/08 u. 60641/08 = EuGRZ 2012, 278.

⁴⁹ EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Von Hannover ./.* Deutschland (Nr. 2), Nr. 40660/08 u. 60641/08 = EuGRZ 2012, 278 (291) Z. 104.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Axel Springer AG ./.* Deutschland, Nr. 39954/08 = EuGRZ 2012, 294.

verdienen in der Tat a priori dieselbe Beachtung [...]. Infolgedessen sollte der Beurteilungsspielraum in beiden Fällen grundsätzlich identisch sein.“⁵²

Im nächsten Absatz bestätigt der EGMR, dass es gewichtiger Gründe („strong reasons“) bedarf, damit er seine Auffassung an die Stelle der staatlichen Gerichte setzen kann: Wenn die staatlichen Behörden und Gerichte ihre Abwägung unter Beachtung der vom *Gerichtshof* in seiner Rechtsprechung entwickelten Grundsätze getroffen haben, muss er gewichtige Gründe haben, um seine Auffassung an die Stelle der staatlichen Gerichte zu setzen.⁵³

Bekanntlich hat der EGMR im Urteil *Caroline (2)* die von den deutschen Gerichten getroffenen Abwägungen im Ergebnis gebilligt: Wesentlich – auch im Zusammenhang mit dem Fall *Axel Springer* – erscheint hier die Anmerkung der Großen Kammer in der Z. 125 des *Caroline-(2)*-Urteils, indem er würdigt, dass die deutschen Gerichte die Rechtsprechung des Gerichtshofs ausdrücklich berücksichtigt hätten.

Ganz anders der Umgang mit dem staatlichen Ermessensspielraum im Urteil *Axel Springer*: Die Große Kammer gibt die zuvor im *Caroline (2)*-Urteil ausgeführten Grundsätze zum margin of appreciation wieder⁵⁴ und führt aus, dass es „gewichtiger Gründe“ bedürfe, um seine Auffassung an die Stelle der staatlichen Gerichte zu setzen.⁵⁵ Letztlich gelangt sie aber zum Ergebnis, dass „[d]ie vom betroffenen Staat vorgetragene Gründe zwar stichhaltig sind, aber nicht ausreichen, um zu belegen, dass der in Rede stehende Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war. Trotz des den

⁵² EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Von Hannover ./.* *Deutschland (Nr. 2)*, Nr. 40660/08 u. 60641/08 = EuGRZ 2012, 278 (291) Z. 106.

⁵³ EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Von Hannover ./.* *Deutschland (Nr. 2)*, Nr. 40660/08 u. 60641/08 = EuGRZ 2012, 278 (291) Z. 107.

⁵⁴ EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Von Hannover ./.* *Deutschland (Nr. 2)*, Nr. 40660/08 u. 60641/08 = EuGRZ 2012, 278 (292) Rz. 108 ff.

⁵⁵ EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Axel Springer AG ./.* *Deutschland*, Nr. 39954/08 = EuGRZ 2012, 294 (305) Rz. 88 ff.

Konventionsstaaten hierbei zur Verfügung stehenden Beurteilungsspielraums ist der Gerichtshof der Meinung, dass die von den innerstaatlichen Gerichten auferlegten Einschränkungen des Rechts der beschwerdeführenden Gesellschaft auf Meinungsäußerungsfreiheit einerseits in keinem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel andererseits stehen.⁵⁶

In einer abweichenden Meinung des Richters *López Guerra*, der sich die Richter *Jungwiert*, *Jaeger*, *Villiger* und *Poalelungi* anschlossen, wird dann auch zutreffend bemängelt, dass der EGMR seine Kontrollfunktion ohne ein Gericht vierter Instanz zu werden, nur insofern ausüben könne, als er nur überprüfen könne, ob die staatlichen Gerichte die von ihm entwickelte Auslegung der EMRK „ohne offenbare Fehler oder Weglassung wichtiger Faktoren“ bewerkstelligt hätten.⁵⁷

2. Karlsruhe: Öffnung zur EMRK ohne Parallelisierung

Das Bundesverfassungsgericht hat am 4. Mai 2011 im Sicherungsverwahrungsurteil⁵⁸ rund sieben Jahre nach dem *Görgülü*-Beschluss⁵⁹ neuerlich eine Grundsatzentscheidung zum Verhältnis zwischen der EMRK und den Grundrechten des Grundgesetzes und damit gleichzeitig

⁵⁶ EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Axel Springer AG ./.* Deutschland, Nr. 39954/08 = EuGRZ 2012, 294 (307 f.) Rz 110.

⁵⁷ EGMR (GK), 7. 2. 2012, *Axel Springer AG ./.* Deutschland, Nr. 39954/08 = EuGRZ 2012, 294 (308), abweichende Meinung des Richters *López Guerra*, der sich die Richter *Jungwiert*, *Jaeger*, *Villiger* und *Poalelungi* anschliessen.

⁵⁸ BVerfGE 128, 326.

⁵⁹ BVerfGE 111, 307; dazu *Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen. Anmerkung zum *Görgülü*-Beschluss des BVerfG vom 14. 10. 2004, EuGRZ 2004, 683 ff.; vgl. weiterführend dazu auch *Grabenwarter*, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, JZ 2010, 857 ff.

zu den eigenen Entscheidungsbefugnissen im Verhältnis zur Reichweite und rechtlichen Wirkung der Urteile des Straßburger Gerichtshofes getroffen.

Die Entscheidung ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil es nach den *Caroline*-Verfahren das zweite Mal war, dass das Bundesverfassungsgericht der Sache nach in relativ kurzer Zeit mit der selben Grundrechtsproblematik erneut befasst ist, nachdem der EGMR am Maßstab der EMRK im Verfahren einer Individualbeschwerde gegen Deutschland nach einer Senatsentscheidung zu einem deutlich anderen Ergebnis gelangt ist,⁶⁰ als es zuvor das BVerfG am Maßstab der Grundrechte des GG erzielt hat. Während jedoch die unterschiedlichen Ergebnisse in den *Caroline*-Verfahren Ausfluss unterschiedlicher Wertungen im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Freiheit der Presse zur Bildberichterstattung einerseits und dem Schutz der Privatsphäre von public figures andererseits waren,⁶¹ geht es nun um die Frage des Vorliegens einer Strafe, der gesetzlichen Grundlage einer Freiheitsentziehung und einer unzulässigen Rückwirkung von Strafgesetzen.⁶²

Bereits in der *Görgülü*-Entscheidung im 111. Band⁶³ hatte das BVerfG betont, dass die Rechtsprechung des EGMR „möglichst schonend in das „vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem“ einzupassen sei.“⁶⁴ Der Sache nach wird damit eine Schranke gegenüber einer weitgehenden

⁶⁰ EGMR, 17. 12. 2009, *M. / . Deutschland*, Nr. 19359/04 = EuGRZ 2010, 25.

⁶¹ Vgl. anstatt vieler *Scheyli*, Konstitutioneller Anspruch des EGMR und Umgang mit nationalen Argumenten / Kommentar zum Urteil des EGMR vom 24. Juni 2004 im Fall *Caroline von Hannover vs. Deutschland*, EuGRZ 2004, 628 ff.; *Grabenwarter*, Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges?, AfP 2004, 309 ff.

⁶² S. auch *Volkmann*, Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung, JZ 2011, 835 ff. (837).

⁶³ BVerfGE 111, 307.

⁶⁴ BVerfGE 111, 307 (327).

völkerrechtsfreundlichen Interpretation eingezogen und die Notwendigkeit einer systematischen Auslegung von Begriffen der Grundrechte betont, welche den verfassungsrechtlichen Kontext des Grundgesetzes wahrt und angemessen berücksichtigt. Am Ausgangspunkt der bisherigen Rechtsprechung, nämlich dem Rang der EMRK, ändert sich auch in der Entscheidung zur Sicherungsverwahrung nichts – es bleibt dabei: Die EMRK hat in Deutschland nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes;⁶⁵ Altbekanntes aus der Vorjudikatur wird wiederholt und bekräftigt. Wer sich nach *Görgülü*,⁶⁶ wo die Türe in diese Richtung zumindest scheinbar einen Spalt aufgegangen war,⁶⁷ erwartet hatte, dass der EMRK ein übergesetzlicher Rang über einen der in der Lehre vorgeschlagenen Begründungswege zugesprochen werden könnte, wurde enttäuscht.⁶⁸

Dass die EMRK dennoch nicht eine bundesgesetzliche Rechtsquelle unter vielen ist, war auch bisher anerkannt und mit bestimmten Konsequenzen ausgestattet, wie insbesondere jener, dass eine lex posterior der EMRK nicht derogieren kann.⁶⁹

Das Bundesverfassungsgericht differenziert nun zwischen „Konventionstext“ und EGMR-„Rechtsprechung“ und reflektiert dabei sein eigenes Vorgehen bei

⁶⁵ BVerfGE 74, 358 (370); zuletzt BVerfGE 128, 326 (366).

⁶⁶ BVerfGE 111, 307.

⁶⁷ Das BVerfG begründet die Berücksichtigung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit; s. dazu *Sauer*, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur, *ZaöRV* 2005, 36 (46 ff.).

⁶⁸ Vgl. auch *Volkman* (Fn. 62), *JZ* 2011, 837.

⁶⁹ BVerfGE 74, 358 (370); BVerwGE 110, 203 (214) = *JZ* 2000, 1050 mit Anm. *Kadelbach*; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 12. Aufl. 2012, Art 1 Rn. 29; *Grabenwarter*, *JZ* 2010, 857 (861) m. w. N.; *Grupp/Stelkens*, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts, *DVBl* 2005, 133 (134); *Klein*, Anmerkung zum Beschluß des 2. Senats des BVerfG zur Bindung staatlicher Organe an Entscheidungen des EGMR, *JZ* 2004, 1176 ff.

Vorliegen einschlägiger EGMR-Rechtsprechung, indem es sogleich zu dieser wechselt, um ihre Bedeutung zunächst zutreffend als „faktische“ Wirkung oder Funktion zu qualifizieren.⁷⁰ Es ist völlig zutreffend, dass ein Urteil des EGMR nur dann gegenüber Deutschland verbindliche Wirkungen nach Art. 46 EMRK entfaltet, wenn es im Verfahren einer gegen Deutschland erhobenen Individualbeschwerde ergangen ist, und dies auch nur innerhalb der von der zugrundeliegenden Rechtslage und dem Sachverhalt bestimmten Grenzen der Rechtskraft.⁷¹ Jenseits dessen handelt es sich um faktische Wirkungen, weil sich Gerichte und das Bundesverfassungsgericht faktisch⁷² – ohne hierzu rechtlich verhalten zu sein – an Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofes – einmal mehr, einmal weniger – orientieren.⁷³

Doch dabei belässt es das Gericht nicht, weil es in einer weitgreifenden teleologischen Überlegung die Berücksichtigung in Parallelfällen über die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes doch ein wenig für geboten hält.⁷⁴ Zweck der Berücksichtigung ist es, Rechtsprechungskonflikte zwischen Straßburg und Karlsruhe zu vermeiden, aber nicht im Sinne einer Einbahnstraße, sondern als Basis für einen „internationalen und europäischen Dialog der Gerichte“.⁷⁵ Dass hierin eine gewisse Dialektik verborgen ist, wird

⁷⁰ BVerfGE 128, 326 (368).

⁷¹ Vgl. *Polakiewicz*, Die Verpflichtung der Staaten aus Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, S. 153; BVerfGE 111, 307 (321) m.w.N. aus der Literatur.

⁷² Vgl. BVerfGE 128, 326 (368 f.).

⁷³ *Grabenwarter*, Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem – Wirkungen von EGMR-Urteilen und der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, EuGRZ 2011, 229 f.; nicht differenzierend *Payandeh/Sauer*, Menschenrechtskonforme Auslegung als Verfassungsmehrwert, JURA 2012, 289 (294); Vorschlag eines kollisionsrechtlichen Ansatzes *Viellechner*, Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, 2012, S. 109 ff.

⁷⁴ BVerfGE 128, 326 (369 ff.).

⁷⁵ BVerfGE 128, 326 (369).

erst beim zweiten Lesen deutlich. Die „Einbindung“ in inter- und supranationale Zusammenhänge und deren Weiterentwicklung wird vom Grundgesetz vorausgesetzt und erwartet, nicht aber die Preisgabe des „letzten Wortes“⁷⁶ und der blinden Rezeption von europäischer Rechtsprechung.⁷⁷ Wie das im Einzelnen aussehen kann, macht das BVerfG in der Entscheidung zur Sicherungsverwahrung deutlich.⁷⁸

Was mehr vorausgesetzt, denn im Einzelnen begründet wird, ist die Rechtsgrundlage für die Heranziehung der EMRK als Auslegungshilfe. Die Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 GG vermag nicht als Begründung zu dienen, sie bringt für den konkreten Kontext kein zusätzliches Argument. Zwar ist es zutreffend und unbestritten, dass Art. 1 Abs. 2 GG auf einen Kernbestand von Menschenrechten verweist.⁷⁹ Ob daraus folgt, dass die EMRK auch in der konkreten Deutung, die ihr der EGMR gegeben hat, jenseits der Rechtskraft als Auslegungshilfe zu berücksichtigen ist, muss doch bezweifelt werden.⁸⁰ Jener Mindeststandard der Menschenrechte, auf den Art. 1 Abs. 2 verweist,

⁷⁶ BVerfGE 128, 326 (369).

⁷⁷ So auch *Payandeh/Sauer* (Fn. 73), 298.

⁷⁸ Stärker aber noch in der Folgeentscheidung zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 20. Juni 2012, BVerfG-K, EuGRZ 2012, 458; näher dazu *Grabenwarter*, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 2012, 507 ff.

⁷⁹ BVerfGE 128, 326 (369); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 1 Rn 26; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 1 Rn. 44; vgl. auch *Pieroth*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. II, 2006, § 25 Rn. 25; *Isensee*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. II, 2006, § 26 Rn. 89; *Rensmann*, Werteordnung und Verfassung, 2007, S. 210.

⁸⁰ *Hillgruber*, Der internationale Menschenrechtsstandard – geltendes Verfassungsrecht? Kritik einer Neuinterpretation des Art. 1 Abs. 2 GG, GS Blumenwitz (2008), 123 ff. (135 ff.); *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 77; überzeugender erscheint der Begründungsweg über Art. 2 Abs. 1 GG, vgl. *Frowein*, Der europäische Grundrechtsschutz und die nationale Gerichtsbarkeit, 1983, S. 26; *ders.* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VII, 1992, § 180 Rn. 28; *Grabenwarter*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 290 (306).

sind wohl zentrale Gehalte auch der EMRK wie jedenfalls das Folterverbot, das Sklavereiverbot oder zentrale Diskriminierungsverbote aus Gründen der Rasse oder Herkunft. Nicht aber gehört die feinziselierte Rechtsprechung des EGMR etwa zu den aus Art. 8 EMRK abzuleitenden Schranken für aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Ausländerrecht,⁸¹ zur überlangen Verfahrensdauer⁸² oder – auf den Anlassfall bezogen – zum Strafrechtsbegriff der Konvention⁸³ zu jenem Mindeststandard, den die Verfassungsväter auf Herrenchiemsee im Blick hatten. Genau aber diese Judikaturentwicklungen werfen die Frage nach der Berücksichtigung als Auslegungshilfe auf.

Selbst unter der Annahme eines rechtlichen Gebots der Heranziehung der EMRK als Auslegungshilfe bleibt die Frage nach dem Modus der Heranziehung. Das BVerfG gibt einige Hinweise, indem es Grenzen markiert: die schon in ihrer Ableitung in die Schranken gewiesene Funktion der „Auslegungshilfe“ wird in concreto noch mehrfach reduziert, und zwar zunächst allgemein und sodann am Beispiel der Sicherungsverwahrungsentscheidung des EGMR.

Ich möchte hier nur eine kurze Anmerkung zur allgemeinen Ebene machen. Was Ergebnisorientierung genau bedeutet, wird durch eine Wortschöpfung negativ beschrieben. Nicht eine „schematische Parallelisierung“⁸⁴ ist angezielt, sondern die Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen. Was aber bedeutet das?

Das BVerfG verdeutlicht das, indem es zwar den Begriff der Strafe in Art. 103 Abs. 2 GG nicht an jenem des Rückwirkungsverbots des Art. 7 EMRK anpasst. Wohl aber gelangt es geleitet von den Wertungen der EMRK mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i. V.

⁸¹ Z. B. EGMR, 21. 10. 1997, *Boujlifa ./.* Frankreich, Nr. 25404/94, Z. 43; s. auch dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 30), § 22 Rn. 66 ff. m. w. N. aus der Rechtsprechung.

⁸² dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 30), § 24 Rn. 72 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁸³ dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 30), § 24 Rn. 134 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁸⁴ BVerfGE 128, 326 (370).

m. 20 Abs. 3 GG zum Ergebnis einer Unvereinbarkeit der nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung mit dem GG.⁸⁵ Die Details interessieren uns hier im Kontext des Europäischen Wirtschaftsrechts nicht.⁸⁶ Was zur Gesamtbeurteilung entscheidend ist, ist die Feststellung, dass das BVerfG die Auslegung der Grundrechte des GG zur EMRK und der Rechtsprechung des EGMR hin öffnet und damit auch verstärkt zum Interpretieren der Konvention wird. Eine Konsequenz dessen ist, dass das BVerfG auch auf europäischer Ebene als solcher wahrgenommen wird und Einfluss im Rechtsprechungsdialog gewinnen kann.⁸⁷

3. Wien, Lausanne und anderswo

Lassen sich mich diesen Teil mit Beispielen aus Österreich und der Schweiz abrunden. Das schweizerische Bundesgericht und der österreichische Verfassungsgericht stehen schon seit längerem in einem aktiven Dialog mit dem EGMR, der allerdings auch hier nicht immer völlig friktionsfrei ablief. Für die Schweiz sei auf die beiden VgT-Urteile hingewiesen, deren Geschichte bereits im Jahr 1994 begann. Damals wollte der Verein gegen Tierfabriken Schweiz im Schweizer Fernsehen einen kritischen Werbespot zur Massentierhaltung ausstrahlen lassen, was ihm aufgrund des Verbots politischer Fernsehwerbung in der Schweiz untersagt wurde. Der EGMR stellte deshalb in einem ersten Urteil im Jahr 2001 eine Verletzung des Art. 10 EMRK durch die Schweiz fest.⁸⁸ In weiterer Folge versuchte der VgT gestützt auf dieses Urteil die Ausstrahlung des Werbespots von 1994 durch die Wiederaufnahme des diesbezüglichen Verfahrens vor dem

⁸⁵ BVerfGE 128, 326 (388 ff.).

⁸⁶ Näher zu den Details, *Grabenwarter* (Fn. 78), EuGRZ 2012, 509 ff.

⁸⁷ Vgl. dazu *Grabenwarter* (Fn. 78), EuGRZ 2012, 513.

⁸⁸ EGMR, 28. 6. 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken ./ Schweiz*, Nr. 24699/94 = ÖJZ 2002, 855.

Schweizerischen Bundesgericht zu erreichen, was ihm allerdings misslang. Abermals zog der VgT mit seinem Anliegen vor den Straßburger Gerichtshof. Letztlich entschied 2009 die Große Kammer des EGMR über die Verweigerung der Wiederaufnahme des Verfahrens und stellte wiederum eine Verletzung des Art. 10 EMRK fest.⁸⁹ Dieses Urteil der Großen Kammer ist aber weniger wegen der darin enthaltenen Aussagen zu Art. 10 EMRK von Bedeutung, sondern wegen der darin enthaltenen grundsätzlichen Ausführungen zur Verpflichtung der Konventionsstaaten, Urteile des EGMR auch entsprechend umzusetzen.⁹⁰

Umgekehrt musste sich der österreichische VfGH seiner Rechtsprechung in Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPEMRK (Grundsatz des „ne bis in idem“) und der Rsp. des EGMR im Fall *Zolotukhin*⁹¹ „im Interesse der Kohärenz derselben vergewissern und andererseits im Lichte der vom EGMR genannten Ziele im Interesse größtmöglichen Grundrechtsschutzes an die Dynamik dieser Rechtsprechung im Rahmen seiner Entscheidungsbefugnisse anpassen“.⁹² Er kam zum Ergebnis, dass „eine mit der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des EGMR in Widerspruch stehende Auslegung des Art. 4 7. ZPEMRK [...] den Gesetzgeber zwingen [würde], in Teilbereichen auf eine (verwaltungs-)strafrechtliche Verfolgung der Verletzung von Rechtsgütern im Schutzbereich verschiedener Grund- und Menschenrechte zu verzichten, da das Bundesverfassungsrecht eine verfassungskonforme Koordination von Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Strafverfahren in einem eintätigem Zusammentreffen einer

⁸⁹ EGMR (GK), 30. 6. 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) ./.* Schweiz (Nr. 2), Nr. 32772/02.

⁹⁰ EGMR (GK), 30. 6. 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) ./.* Schweiz (Nr. 2), Nr. 32772/02, Z. 61 ff.

⁹¹ EGMR (GK), 10. 2. 2009, *Sergey Zolotukhin ./.* Russland, Nr. 14939/03 = NJOZ 2010, 2630.

⁹² VfSlg. 18833/2009.

Verwaltungsübertretung und einer gerichtlich strafbaren Handlung nicht erlaubt.“⁹³ Hinsichtlich des Begriffs der „Identität der Tat“ trat der VfGH dem EGMR ausdrücklich entgegen.

II. Die Zukunft des „margin of appreciation“

Die Suche nach einer Balance zwischen der Einheitlichkeit des europäischen Grundrechtsschutzes und nationaler Besonderheiten erfolgt auf Ebene der Straßburger Organe anhand der, in ihrer Rechtsprechung entwickelten, „margin of appreciation“-Doktrin, die im Zusammenhang mit der Abwägungsentscheidung der Art 8 bis 11 EMRK entwickelt wurde.⁹⁴

1. Der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten und kollidierende Rechte – ein Korridor für nationale Lösungen

Es wird immer Fälle geben, in denen von einem nationalen Standpunkt aus, die Kontrolle des Gerichtshofs entweder außerordentlich strikt oder sehr unterdrückt wirkt. Besonders die Einrichtung der Großen Kammer, die seit dem 11. Zusatzprotokoll besteht,⁹⁵ zeigt, dass unterschiedliche Zusammensetzungen des Gerichts in einem einzelnen Fall zu einer unterschiedlichen Kontrolldichte innerhalb des gleichen Gerichts führen können. Soweit aber in einem Fall multipolarer Grundrechtsverhältnisse nationale Behörden zum Nachteil eines Grundrechtssubjekts korrigiert werden, kann und muss man einen umfassenden Zugang im Hinblick auf die Kontrolldichte für bestimmte Grundrechte oder gleichgelagerte Fälle einfordern.

⁹³ VfSlg. 18833/2009.

⁹⁴ Vgl. dazu dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 30), § 18 Rn. 20 ff.

⁹⁵ Vgl. das Vertragsgesetz vom 27. Juli 1995, BGBl. II, 578; s. dazu *Meyer-Ladewig*, Ein neuer ständiger Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, NJW 1995, 2813 ff.

Der EGMR nimmt keine abstrakte Prüfung einer bestimmten rechtlichen Situation vor. Vielmehr wird die Anwendung der Konvention im konkreten Fall überprüft. Aufgrund der neuen Vorgehensweise nach Art. 46 EMRK, die durch die große Arbeitslast des EGMR geprägt wurde, äußert sich der EGMR immer öfter generell zu nationalen Rechtslagen. Hier besteht daher die Gefahr, dass diese generellen Äußerungen des Gerichtshofs als Überschreitung seiner Kompetenzen (fehl)interpretiert werden, zumal wenn die Kontrolle intensiv ausgeführt wird.

2. Der Beurteilungsspielraum und Verfahrensrechte

Hinsichtlich der Verfahrensgarantien bestehen jedoch Besonderheiten. Es werden zwei Fälle unterschieden. Im ersten Fall wird eine Interessensabwägung vorgenommen. Diese ist notwendig bei Entscheidungen über den Zugang zu Gericht oder über die Frage, inwieweit eine öffentliche Verhandlung durchgeführt werden muss. Der zweite Fall betrifft den begrifflichen Aspekt. Bei Entscheidungen über den Umfang von „civil rights“, das Ausmaß eines wirksamen Rechtsmittels oder in Fällen doppelter Strafverfolgung, werden bestimmte Begriffe interpretiert. Diese wiederum werden durch Begriffe des nationalen Rechts geprägt. Hierbei wird darauf abgestellt, ob es in Europa eine einheitliche Vorgehensweise gibt, oder ob die Systeme stark differieren. Bei Vorliegen großer Unterschiede ist ein weiterer Beurteilungsspielraum angebracht.

3. Der Beurteilungsspielraum und die Feststellung des Sachverhalts

Gelegentlich hat der EGMR den Sachverhalt eines Falles zu prüfen, und zwar selbst bei multipolaren Grundrechtsverhältnissen. Insbesondere, wenn nationale Kontrollen offensichtlich fehlen oder gar versagen, hat der

Gerichtshof diese Kontrollen zu ersetzen. Der Standard der EMRK wird hinsichtlich des rechtsstaatlichen Prinzips nicht von allen Mitgliedstaaten erreicht. Auch wenn der Gerichtshof bei diesen Untersuchungen an die Grenzen seiner Kompetenzen stößt, kann er daher für diese nicht kritisiert werden. Dies gilt insbesondere, wenn fundamentale Grundrechte, wie das Recht auf Leben oder das Verbot der Folter nach Art. 2 bzw. Art. 3 EMRK betroffen sind. In Ländern mit einem System mit mehreren Rechtsschutzinstanzen (möglicherweise sogar mit einem Verfassungsgericht als Hüter der Grundrechte), das den Anforderungen der Verfahrensrechte des Art. 6 EMRK entspricht und seit Jahrzehnten die EMRK achtet, könnte ein weiterer Beurteilungsspielraum bei Sachverhaltsfeststellungen gerechtfertigt sein, wenn und solange die Qualität der rechtsprechenden Organe und ihre Verfahren zeigen, dass eine dem Standard der EMRK entsprechende Kontrolle bereits auf nationaler Ebene stattfindet.

4. Der Umfang des Beurteilungsspielraums

In der Diskussion über die Gewaltenteilung und die Kontrolldichte richterlicher Entscheidungen ist auf nationaler Ebene die demokratische Legitimation des Gesetzgebers entscheidend für den Ermessensspielraum („margin of appreciation“), der diesem eingeräumt wird. Dies gilt insbesondere für Verfassungsgerichte im Hinblick auf den nationalen Gesetzgeber. Solange der in einer demokratischen Gesellschaft durch Wahlen legitimierte Gesetzgeber bei der Erlassung von Gesetzen in den durch die übergeordneten Normen der nationalen Grundrechte gesetzten Grenzen bleibt, schreitet ein Verfassungsgericht nicht ein. Ein internationales Gericht könnte in diesem Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip argumentieren. Dies bedeutet aber nicht, dass sich der bestimmende Faktor der Gewaltenteilung zwischen den nationalen Gerichten und dem

Gesetzgeber auflöst. Der internationale Richter wird nachvollziehbare Rechtsansichten, die innerhalb der heteronomen Determinante der EMRK bleiben, ebenso respektieren, solange sich der Gesetzgeber dabei auf umfassende Entscheidungen, Annahmen und Prognosen stützt.

In einer Betrachtung der jüngeren EGMR-Rechtsprechung lassen sich einige **Kriterien** für die Bestimmung des Umfangs des Beurteilungsspielraums feststellen:

1. Die Vielfalt nationaler Lösungen: Wenn die einzelnen Mitgliedstaaten im Rechtsvergleich unterschiedliche Lösungen wählen, ist der Beurteilungsspielraum weiter, als wenn es eine in Europa einheitliche Gesetzeslage gibt.
2. Die Komplexität des Rechtsgebiets: Sind komplexere Regelungsbereiche betroffen, die technisch-naturwissenschaftliche Fragestellungen zum Gegenstand haben, ist der Beurteilungsspielraum tendenziell weiter.
3. Kollidierende Konventionsrechte: In multipolaren Grundrechtsverhältnissen beeinträchtigt die Abwägungsentscheidung alle Betroffenen, hier wird man einen Spielraum, Korridor, einzuziehen haben, in dem alle Lösungen gleichermaßen zulässig sind.
4. Die Eigenschaften der nationalen Behörde, die entschieden hat: Wenn die Entscheidung durch ein unabhängiges Tribunal, ein Gericht oder ein Verfassungsgericht getroffen wurde, wird der EGMR die Grenzen des angewendeten Beurteilungsspielraums zu akzeptieren zu haben.
5. Die Qualität des Verfahrens und insbesondere der Begründung der Entscheidung: Je detailreicher eine Begründung ist und umso umfassender den Parteien Gehör eingeräumt wurde, desto eher wird der EGMR bestimmte nationale Lösungen akzeptieren.

Klar ist, dass die Bestimmung des Spielraums der Mitgliedstaaten auch in Zukunft stark vom Einzelfall bestimmt sein wird. Die fortgesetzte Kritik an der Unvorhersehbarkeit der Rechtsprechung, vor allem aber die in der Brighton-Erklärung in Aussicht genommene Verankerung des Subsidiaritätsprinzips und des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten in der Präambel⁹⁶ lassen erwarten, dass der EGMR die Kriterien seiner Kontrolldichte eingehender darlegen wird, als er es bisher getan hat.

D. Ausblick

Ich komme zu einem abschließenden Resümee. Die europäische Grundrechtslandschaft ist mit dem Vertrag von Lissabon komplexer geworden. Dies zwingt die Interpreten zur Kooperation. Bei der Bestimmung des Schutzbereichs, vor allem aber auf der Ebene der Bestimmung der Reichweite des Grundrechtsschutzes, insbesondere bei **Grundrechtsschranken**, ist eine zunehmende Verdichtung und Verflechtung zu sehen, die in Zukunft mit ebenfalls steigender wechselseitiger Rezeption verbunden sein wird.

Die **nationalen Verfassungsgerichte** berücksichtigen in steigendem Ausmaß in ihren Prüfungen die Straßburger oder Luxemburger Rechtsprechung, freilich nicht in schematischer Parallelisierung, wie es das Bundesverfassungsgericht mit Gültigkeit über Deutschland hinaus formuliert hat. Auch der **EuGH** nimmt die Abwägungsentscheidungen des EGMR in den Blick, wenn er über Grundrechte der Union befindet, Art. 52 Abs. 3 GRC in Zusammenhalt mit den Erläuterungen zwingt ihn dazu. Der **EGMR** nimmt, ohne dazu rechtlich unmittelbar gezwungen zu sein, auf Schrankenebene sowohl die Verfassungen der Mitgliedstaaten als auch die Unionsgrundrechte in den Blick. In vielen Urteilen, gerade den strittigen, wird in einem

⁹⁶ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights – Brighton Declaration, abrufbar unter <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>, B.12.b.

Rechtsvergleichungsabschnitt („Comparative Law“) die Praxis in den Mitgliedstaaten geschildert und nicht selten in die Begründung einbezogen. Aus einer völkerrechtlichen Perspektive noch viel bemerkenswerter ist es, wenn der EGMR nun schon wiederholt die Grundrechte-Charta heranzieht, um die Reichweite einer EMRK-Garantie zu bestimmen - so geschehen beim Verbot des Menschenhandels,⁹⁷ beim Grundsatz des *ne bis in idem*,⁹⁸ beim Recht auf Wehrdienstverweigerung⁹⁹ bis zum Gebot der Anwendung späterer milderer Strafsanktionen.¹⁰⁰

Alle diese Entwicklungen machen eines deutlich: Die in ihrer jeweiligen Rechtsordnung zur Letztentscheidung berufenen Gerichte streben nach einer Konkordanz mit den Wertungen der anderen Gerichte, und zwar auch jenseits einer rechtlichen Verpflichtung und teils trotz divergentem Normtext. Damit werden Spannungen und Widersprüche vermieden. Daneben gibt es aber Bereiche, die mit einer mitunter falsch verstandenen Rolle der EMRK und des EGMR zusammenhängen.

⁹⁷ EGMR, 7. 1. 2010, *Rantsev ./.* *Zypern u. Russland*, Nr. 25965/04 = NJW 2010, 3003, Z. 272 ff., 279; s. dazu auch dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 30), § 20 Rn. 56 ff.; *Patti*, Der Schutz der EMRK gegen Menschenhandel, NJW 2011, 128 ff.; im Zusammenhang mit diesem Urteil ist darauf hinzuweisen, dass Art. 4 EMRK seinem Wortlaut nach kein Verbot des Menschenhandels enthält; der EGMR begründet ein solches aber unter Berufung auf die Würde des Menschen und die fundamentalen Freiheiten der Opfer von Menschenhandel; der Gerichtshof verweist auf die Notwendigkeit, die Konvention im Lichte der heutigen Verhältnisse auszulegen; unausgesprochen ergibt sich hier ein Bezug zu Art. 5 GRC, der Art. 4 EMRK entspricht, in seinem Abs. 3 aber um das Verbot des Menschenhandels ergänzt wird; vgl. zu letzterem Aspekt *Jarass* (Fn. 21), Art. 5 Rn. 11.

⁹⁸ EGMR (GK), 10. 2. 2009, *Zolotukhin ./.* *Russland*, Nr. 14939/03 = NJOZ 2010, 2630, Z. 78 ff.

⁹⁹ EGMR, 7. 7. 2011, *Bayatyan ./.* *Armenien*, Nr. 23459/03 = BeckRS 2012, 80059, Z. 106.

¹⁰⁰ EGMR, 17. 9. 2009, *Scoppola ./.* *Italien (Nr. 2)*, Nr. 10249/03 = NJOZ 2010, 2726, Z. 105.

Die Rolle der EMRK darf in ihrer historischen Entwicklung und in ihrer heutigen Bedeutung nicht verkannt werden. Sie war zunächst als internationaler Minimalstandard konzipiert, der gleichsam als Sicherheitsnetz fungieren sollte, wenn nationale Garantien beseitigt werden, wie das in der Zeit des Nationalsozialismus geschehen ist. Heute hat die EMRK weit darüber hinaus gehende Bedeutung erlangt. Gleichwohl hat sie ihre Funktion als Sicherheitsnetz nicht eingebüßt.

Die jüngere Entwicklung zeigt, dass die Verfassungsgerichte, allen voran das Bundesverfassungsgericht, zu gewichtigen Akteuren im europäischen Verfassungsgerichtsverbund als Mittler zwischen Verfassungen und europäischer Grundrechtsrechtsordnungen werden, und zwar nun ohne Einschränkung auch in Bezug auf die EMRK.¹⁰¹ Das Verhältnis ist im Verfassungsgerichtsverbund jedoch kein bipolares zwischen einem einzelnen Verfassungsgericht und dem EGMR – unter Berücksichtigung nicht nur des EuGH, sondern auch aller europäischen Verfassungsgerichte kann es als ein multipolares Verhältnis bezeichnet werden.¹⁰² In diesem Begriff zeigt sich die Komplexität der Rezeptionsbeziehungen zwischen Verfassungsgerichten, die nur im Ausnahmefall durch wechselseitige Zitate dokumentiert werden, viel häufiger aber im informellen Weg oder durch Arbeitstagungen und Konferenzen stattfinden.¹⁰³ Der Blick des Verfassungsrichters geht

¹⁰¹ Begriff und Zuschreibung der Funktion von *Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 ff.; zum folgenden Näher *Grabenwarter* (Fn. 78), EuGRZ 2012, 513 f.

¹⁰² *Jestaedt*, Der „Europäische Verfassungsgerichtsverbund“ in (Verfahrenskenn-)Zahlen, JZ 2011, 872 Fn. 2.

¹⁰³ Für ein Beispiel vgl. die Dokumentation des Arbeitstreffens deutschsprachiger Verfassungsgerichte und europäischer Gerichte, EuGRZ 2006, 481 ff. Jenseits des deutschen Sprachraums ist vor allem die im Dreijahresrhythmus stattfindende Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte für die Kooperation der Verfassungsgerichte von Bedeutung.

zunehmend nicht nur nach Straßburg (und Luxemburg), er wandert auch zwischen den Entscheidungen anderer Verfassungsgerichte zu denselben Problemen hin und her, und er nimmt wahr, in welcher Weise Straßburger Entscheidungen von Verfassungsgerichten anderer Staaten rezipiert und in die nationale Grundrechtsdogmatik integriert werden.

Dies führt zum Schluss zur Frage nach der künftigen Rolle einer isolierten, selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit nach *Kelsenschem* Modell zwischen europäischen Gerichten und der allgemeinen Gerichtsbarkeit – wird sie überflüssig? Eine erste Antwort gibt das Europarecht selbst. Ein Gerichtshof in Luxemburg und einer in Straßburg sind in rein quantitativer Perspektive nicht in der Lage, den verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutz für Bürger in 27 oder 47 Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Die Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte berücksichtigen die Grundrechte in der Anwendung der jeweiligen Gesetze, können aber nicht die Prüfung der Grundrechtskonformität dieser Gesetze einheitlich vornehmen, und vor allem nicht eine Norm als grundrechtswidrig verwerfen. Das zur Normenkontrolle berufene Verfassungsgericht nach deutschem oder österreichischem Modell hat die Funktion, rascher als europäische Gerichte und mit einheitlicher Wirkung Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu prüfen – und im Fall einer Unvereinbarkeit die Norm jenseits des konkreten Anlassfalls aus dem Rechtsbestand zu beseitigen.

Zur quantitativen Komponente und zum kompetenziellen Aspekt in der Normenkontrolle tritt ein qualitatives Moment, das das rein Rechtliche überschreitet und die Grundfrage der Legitimität und Akzeptanz erreicht. Der im Bereich der Grundrechte spezialisierte Verfassungsrichter rezipiert die Straßburger Rechtsprechung und verbreitet sie so in der Gerichtsbarkeit und in der Rechtsprechung. Häufig werden Straßburger Entscheidungen, die zunehmend, aber immer noch nur zu einem geringen Teil in deutscher Sprache vorliegen, erst durch ein Zitat in einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung einer breiteren Fachöffentlichkeit jenseits spezialisierter

Völker-, Europa- und Verfassungsrechtler bekannt. Wenn sich das Bundesverfassungsgericht in der jüngeren Rechtsprechung der Auslegung der EMRK durch den EGMR ausdrücklich anschließt bzw. diese wie selbstverständlich zugrunde legt, so steigert dies die Akzeptanz der Straßburger Entscheidungen und damit die Autorität des Menschenrechtsgerichtshofes, ebenso wie Bezugnahmen auf Straßburger Rechtsprechung legitimitätsverstärkend auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen wirken können. Eine Steigerung der Legitimität findet schließlich dadurch statt, dass die europäische Urteilsbegründung nicht nur sprachlich übersetzt wird, sondern dass auch europäische Grundrechtsdogmatik in die innerstaatliche Grundrechtsdogmatik übersetzt wird.

Das funktioniert dann reibungslos, wenn die beteiligten Gerichte die Aufgaben und die Reichweite der von ihnen anzulegenden Maßstäbe im Blick behalten. Dazu gehört die Berücksichtigung des beschriebenen Unterschiedes zwischen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen und EMRK-Rechten ebenso wie die oben abgeleitete Einsicht, dass die EMRK kein Katalog an Rechten ist, der gleich einer Verfassung überall zu gleichen Ergebnissen führen muss, sondern einen (gleichwohl begrenzten) Spielraum bei Auslegungs- und Abwägungsvorgängen offen lässt, der durch die nationalen Verfassungsgerichte auszufüllen ist.¹⁰⁴ In dieser Perspektive behält das Verfassungsgericht die ihm zunächst zugeschriebene *Funktion der Einheitsbildung*,¹⁰⁵ freilich in einem modifizierten Sinn. Die Einheitsbildung kann in der europäischen Grundrechtslandschaft des 21. Jahrhunderts nicht mehr auf die nationale Verfassung beschränkt bleiben, sondern sie hat die

¹⁰⁴ Grabenwarter (Fn. 73), EuGRZ 2011, 230 f.

¹⁰⁵ Vgl. – allerdings mit pessimistischerer Prognose – Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gerichte (2011), S. 9 (61 f).

europäischen Grundrechte zu integrieren, sofern die Verfassung (wie im Fall des Grundgesetzes) die normativen Grundlagen dafür enthält.

Voraussetzung für die Erfüllung der Funktion dieser europäisch modifizierten Einheitsbildung ist aber, dass sich Verfassungsgerichte – jedenfalls im Bereich der Grundrechte – nicht auf die Verteidigung eines „*acquis constitutionnel*“ zurückziehen, sondern ihren Prüfungsmaßstab, die Grundrechte der Verfassung, für europäische Einflüsse öffnen, soweit dies die weitgehende normative Kongruenz der Gewährleistungen nahe legt und demgemäß ermöglicht.

In Art. 53 EMRK kommt in aller Deutlichkeit zum Ausdruck, dass günstigerer nationaler Grundrechtsschutz nicht nur hingenommen wird, sondern rechtlich willkommen ist. Werden die Erwartungen an die EMRK jedoch überspannt, institutionell (Stichwort Bindung der EU) und inhaltlich (Ersatzverfassung auch im Detail), ist die Gefahr einer Nivellierung der Garantien groß. Der Grundrechtsschutz im Europarat hat eine andere Dimension als jener in der EU und in nationalen Verfassungen. Entscheiden in den letzteren Kontexten – EU und Staaten – Richter im Rahmen einer im wesentlichen kohärenten Rechtsordnung, auf Grund weitgehend einheitlicher Ausbildung und inmitten einer einheitlich verfassten demokratischen Gesellschaft, ist der Europarat und damit der Kreis seiner Mitgliedstaaten nach wie vor von großer Vielfalt geprägt – auch in der Qualität rechtsstaatlicher Sicherungen. Bleiben diese Unterschiede bewusst, wird ihnen bei der Auslegung der EMRK Rechnung getragen und eine differenzierte Anwendung der Grundrechte je nach Mitgliedstaat vermieden, ist die Gefahr eines europäischen „race to the bottom“ im Menschenrechtsbereich weitgehend gebannt. Sind sich alle Interpreten im Konzert der europäischen Grundrechtsgerichte ihrer je und je eigenen Rolle bewusst, ist differenzierter Grundrechtsschutz in größter Qualität möglich. Überspannen sie aber ihre Kompetenzen, laufen sie Gefahr, Schaden zu nehmen, und mit ihnen das Grundrechts- und Integrationsgebäude Europas insgesamt.

Professor Dr. Stephan Breitenmoser

Ordinarius für Europarecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel
und Richter am Schweizer Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen

Der Versuch einer Antwort auf *Konrad Schiemann* und *Christoph Grabenwarter*

A. Einleitung	64
B. Kohärenz des europäischen Grundrechtsschutzes	65
I. EMRK als Kern der GRC	65
II. EMRK nicht nur als Mindeststandard	67
III. EMRK mit flexiblem Mindeststandard	69
1. GRC-Rechte mit und ohne EMRK-Parallele	69
2. Wechselverhältnis von EGMR, EuGH und nationalen Gerichten	70
3. Gegenseitige Annäherung der Rechtsweggarantien	71
C. Zusammenspiel der Interpreten	75
I. Sog. margin of appreciation statt Harmonisierung	75
II. Subsidiarität als Zauberwort	78
1. Merkmale des Grundsatzes der Subsidiarität	78
2. Zurücknahme der Prüfungsdichte auf europäischer Ebene	79
D. Schutzbereiche und Schranken	86
I. Kerngrundrechte statt „Anhängsel“-Grundrechte?	86
II. Abwägung bei Schranken statt bei Schutzbereichen?	87
III. Prüfung der Verhältnismässigkeit im Einzelfall	87
1. Konkretisierung der Grundrechte durch ihre Schranken	87
2. Schwellentheorie zum Ausscheiden von Bagatellfällen	90
E. Schlussfolgerungen	91

A. Einleitung¹

Ausgehend von den durch den Lissaboner Vertrag auch im Bereich des Grundrechtsschutzes geschaffenen neuen Rahmenbedingungen befassen sich *Konrad Schiemann* und *Christoph Grabenwarter* mit dem Verhältnis zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), der EU-Grundrechtecharta (GRC) und den nationalen Verfassungsgerichten. Denn mit dem Lissaboner Vertrag kann die Europäische Union (EU) der EMRK beitreten² und ist die EU-Grundrechtecharta rechtlich verbindlich geworden. Letztere nimmt gemäß Art. 6 Abs. 1 des EU-Vertrags (EUV) den gleichen Rang wie die Grundverträge ein und hat dementsprechend primärrechtlichen Charakter. Die EU verfügt damit erstmals über eine geschriebene Grundrechtsordnung, nachdem der Schutz der Grundrechte im Rahmen des EU-Rechts bislang über die Anerkennung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) erfolgte.³ Weil alle EU-Mitgliedstaaten die EMRK ratifiziert haben und deren Garantien als Teil ihrer Verfassungsüberlieferungen anerkennen, billigte ihnen dabei der EuGH immerhin den Charakter von sog. Rechtserkenntnisquellen zu.⁴

Die Grundrechtecharta gilt in erster Linie für die EU sowie deren Organe und Einrichtungen; die Mitgliedstaaten und deren Behörden bindet sie gemäß Art. 51 Abs. 1 einzig dann, wenn diese im Anwendungsbereich des EU-Rechts tätig sind.⁵ Sie übernimmt einerseits zahlreiche in der EMRK

¹ Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Ich danke meinem Assistenten, Herrn lic. iur. Robert Weyeneth, Advokat, für seine wertvolle Mitarbeit.

² Art. 6 Abs. 2 EUV.

³ Zu den verfahrensrechtlichen Auswirkungen dieser „Zäsur“ vgl. *Grabenwarter*, S. 26.

⁴ Vgl. *Herdegen*, *Europarecht*, 14. Aufl. 2012, Rn. 58.

⁵ Vgl. *Herdegen*, *Grundrechte der Europäischen Union*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl. 2012, Rn. 27 ff.

enthaltenen Garantien in teils wortgleicher Form, geht jedoch andererseits über diese hinaus, indem sie neue und erweiterte Rechte vorsieht.

Der vorliegende Beitrag versucht, einzelne zentrale Aussagen und Thesen der beiden Referenten aufzugreifen, in einen Bezug zur allgemeinen Grundrechtsdogmatik zu setzen und erste Antworten dazu sowie zur künftigen Ausgestaltung des durch dieses Mehrebenensystem⁶ geschaffenen Wechsel- und Spannungsverhältnisses der unterschiedlichen Schutzmechanismen zu geben.

Aufgrund der Dichte und des Umfangs der beiden Referate werden die Kernaussagen, auf die eine Antwort zu geben versucht werden soll, jeweils kurz wiedergegeben.

B. Kohärenz des europäischen Grundrechtsschutzes

Sowohl *Schiemann* als auch *Grabenwarter* anerkennen zwar die Kohärenz als vorrangiges Ziel des mehrschichtigen Grundrechtsschutzes in Europa. Bei näherer Betrachtung zeigen sich in ihren Ausführungen jedoch deutliche Unterschiede mit Bezug auf Inhalt und Umfang der anzustrebenden Kohärenz.

I. EMRK als Kern der GRC

Für *Schiemann* machen die Garantien der EMRK den „harten Kern der europaweit anerkannten Grundrechte“ aus; nach ihm bilden sie das „Fundament“ für die Grundrechtsordnungen der einzelnen europäischen Staaten und der EU. Wie die meisten nationalen Rechtsordnungen gehe

⁶ Vgl. hierzu bereits *Giegerich*, *Luxemburg, Karlsruhe, Straßburg – Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa?*, *ZaöRV* 1990, S. 836 ff.

aber auch die Grundrechtsordnung der EU über die in der EMRK garantierten Rechte hinaus. Dies geschehe durch die Gewährung zusätzlicher Rechte, die grosszügigere Auslegung bestehender Rechte oder die strengere Prüfung der Verhältnismässigkeit.⁷

Die einzelstaatlichen Gerichte hätten, so *Schiemann*, von diesem Mindeststandard auszugehen, ihn also gleichsam sicherzustellen. Doch damit hätten sie ihre Pflicht noch nicht getan: vielmehr sei es ihre Aufgabe, einen darüber hinausgehenden Schutz zu entwickeln, wo sie dies für angebracht hielten.⁸

Vor diesem Hintergrund vertritt *Schiemann* die Auffassung, dass sich die Grundrechtsordnung der EU – und damit auch die Rechtsprechung des EuGH – an dem höchsten von den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Schutzniveau zu orientieren habe.⁹ Zur Begründung führt er unter anderem die Bestimmung von Art. 53 GRC an, wonach keine der Bestimmungen der Grundrechtecharta als Einschränkung von anderweitig garantierten Menschenrechten ausgelegt werden dürfe. Denn es könne nicht sein, dass die Organe und Einrichtungen der EU bei ihrem Handeln von einem Schutzniveau ausgingen, das tiefer sei als in einzelnen Mitgliedstaaten. Dies hätte nämlich zur Folge, dass das Handeln der EU nahezu systematisch mit der Mehrzahl der einzelstaatlichen Grundrechtsordnungen kollidieren würde. Ein solches Ergebnis sei jedoch nicht im legitimen Interesse der Mitgliedstaaten.¹⁰

⁷ *Schiemann*, S. 1 f.

⁸ *Schiemann*, S. 1 f., 21.

⁹ *Schiemann*, S. 3 f.

¹⁰ Zum Verhältnis des EU-Rechts zum Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten vgl. *Breitenmoser/Weyeneth*, Europarecht, 2012, Rn. 515 ff.

Schiemann folgert daraus, dass die EU-Grundrechtsordnung über das Schutzniveau der EMRK hinausgehe, also einen weitergehenden Schutz gewährleiste.¹¹

II. EMRK nicht nur als Mindeststandard

Demgegenüber betont *Grabenwarter* die grundsätzliche Bedeutung eines kohärenten Grundrechtsschutzes in Europa, bei welchem die EMRK nicht bloss und alleine als Mindeststandard gelten könne. Er begründet das Ziel der möglichst kohärenten Auslegung der in den verschiedenen Grundrechtsordnungen garantierten Grundrechte zur Sicherstellung eines grundrechtlichen Mindeststandards einerseits mit der Scharnierbestimmung von Art. 52 Abs. 3 GRC, wonach Rechte der GRC, die ein Pendant in der EMRK haben, die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die Konventionsgarantie haben sollen; andererseits verweist er auf die Vorgabe von Art. 52 Abs. 4 GRC, Chartarechte, die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entsprechen, im Einklang mit diesen auszulegen.¹²

Grabenwarter zeigt auf, dass die Interpreten der einzelnen Grundrechtsordnungen in zunehmendem Umfang aufeinander Bezug nehmen. Eine gegenseitige Bezugnahme und Rezeption erfolgten bemerkenswerterweise auch dann, wenn keine rechtliche Pflicht dazu bestehe.¹³ Dies betreffe insbesondere den EGMR, der bei der Auslegung der EMRK vermehrt die Rechtsprechung des EuGH zu den Garantien der GRC, aber auch das Verfassungsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten in die

¹¹ *Schiemann*, S. 3 f.

¹² *Grabenwarter*, S. 28.

¹³ *Grabenwarter*, S. 56 f., m.w.H.

Urteilsfindung einbeziehe. Er spricht deshalb von einer wachsenden „Verdichtung und Verflechtung“, die sich insbesondere in der Bestimmung der Grundrechtsschranken äußere, und er stellt die Prognose, dass die Entwicklung hin zu einem insgesamt kohärenten europäischen Grundrechtsschutz verlaufe.¹⁴

Als Beispiel hierfür erörtert *Grabenwarter* insbesondere das Wechselspiel zwischen den Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und 47 GRC.¹⁵ Im Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK hätten die Garantien von Art. 47 Abs. 2 GRC dieselbe Bedeutung wie diejenigen der Konventionsbestimmung. Anhand zahlreicher Urteile des EGMR könne denn auch die grundsätzliche Beschränkbarkeit der aus Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC resultierenden Teilgarantien nachgewiesen werden.

Mit dem Beitritt der EU zur EMRK werde schliesslich die Erwartung an einen kohärenteren Grundrechtsschutz in Europa geknüpft.¹⁶ *Grabenwarter* zeigt sich auch mit Blick auf die Wechselwirkung zwischen Grundrechtecharta und den nationalen Verfassungen zuversichtlich, dass eine Entwicklung zu mehr Kohärenz und gegenseitiger Rezeption bestehe.¹⁷ Auf diese Weise könnten „Spannungen und Widersprüche“ zwischen den verschiedenen Grundrechtsordnungen und damit auch der Rückgriff auf die Vorrangsregeln des EU-Rechts vermieden werden.¹⁸

¹⁴ *Grabenwarter*, S. 56.

¹⁵ *Grabenwarter*, S. 33 f.

¹⁶ *Grabenwarter*, S. 24.

¹⁷ *Grabenwarter*, S. 32.

¹⁸ *Grabenwarter*, S. 57; vgl. auch *Schiemann*, S. 9.

III. EMRK mit flexiblem Mindeststandard

1. GRC-Rechte mit und ohne EMRK-Parallele

Sowohl *Schiemann* als auch *Grabenwarter* betonen zwar das Ziel, die Kohärenz zwischen den Grundrechtsordnungen der EU, des Europarats und der einzelnen EU-Mitgliedstaaten sicherzustellen. Dieses Ziel findet sich denn auch ausdrücklich in der Präambel der Grundrechtecharta, welche die sich aus der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR ergebenden Rechte „bekräftigt“. Doch obwohl *Schiemann* und *Grabenwarter* unter Kohärenz sinngemäß die gleiche Auslegung von im Wesentlichen gleichlautenden Garantien verstehen, plädieren sie nicht für eine allumfassende Kohärenz. Diese soll vielmehr einzig mit Bezug auf den grundrechtlichen Mindeststandard angestrebt werden, wie ihn der EGMR in seiner Rechtsprechung zur EMRK entwickelt hat.

Bei einer solchen Sichtweise kommt der EMRK die Bedeutung als Basisgrundlage im Sinne einer sog. *mother convention* für den Grundrechtsschutz in Europa zu. Sie begründet zusammen mit der reichen Rechtsprechung des EGMR ein Fundament, auf das die einzelstaatlichen Gerichte und der EuGH aufbauen sollen. Solange die Grundrechtsgarantien der verschiedenen Rechtsordnungen den gleichen Wortlaut haben, dürfte die Berücksichtigung der Rechtsprechung des jeweils anderen Gerichts wohl keine besonderen Schwierigkeiten bereiten.

Nun enthält die Grundrechtecharta jedoch zahlreiche Garantien, die in der EMRK kein Pendant haben und damit von vornherein nicht für einen kohärenten europäischen Grundrechtsschutz in Frage kommen. Hierzu zählen insbesondere das Verbot des Menschenhandels gemäss Art. 5 Abs. 3 GRC, die unternehmerische Freiheit nach Art. 16, das in Art. 41 GRC garantierte Recht auf eine gute Verwaltung oder die umfassende

Rechtsweggarantie in Art. 47 GRC. Hier wird der EuGH in Zukunft aufgefordert sein, diese neuen Rechte erstmalig, d.h. ohne Rücksicht auf eine allfällige Rechtsprechung zur EMRK, zu konkretisieren. Anstatt eines Rückgriffs auf die EMRK und die diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR dürfte der EuGH hierzu vielmehr die Grundrechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten rechtsvergleichend heranziehen.¹⁹

2. Wechselverhältnis von EGMR, EuGH und nationalen Gerichten

Bei parallelen Schutznormen steht die grundrechtliche Rechtsprechung des EGMR und des EuGH seit längerem in einem Zusammenspiel, das von einem gegenseitigen Bemühen um Kohärenz geprägt ist. Die von *Schiemann* und *Grabenwarter* erwähnten Beispiele dieses Wechselverhältnisses könnten ohne Weiteres durch zahlreiche weitere Beispiele aus der neueren Rechtsprechung der beiden Gerichte ergänzt werden.

So sah etwa der EuGH zunächst davon ab, den Schutz des Grundrechts auf Privatsphäre auch auf juristische Personen in kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen zu erstrecken,²⁰ um sich später der großzügigeren, auch juristische Personen schützenden Rechtsprechung des EGMR anzuschließen.²¹ Auch umgekehrt hat sich der EGMR in mehreren Fällen bei der Auslegung von Grundrechten der EMRK an die GRC angelehnt. So bezeichnete er im Urteil *Schalk und Kopf* unter Hinweis auf den offenen

¹⁹ Vgl. dazu *Herdegen* (Fn. 5), Rn. 3, 13.

²⁰ EuGH, 21.9.1989, Rs. C-46/87, *Höchst*, Slg. 1989, 2919, Rn. 17 ff.

²¹ Im Urteil des EuGH, 22.10.2001, Rs. C-94/00, *Roquettes Frères*, Slg. 2002, I-9011, Rn. 29, bezieht sich dieser ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EGMR im Fall *Chappell/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 30.3.1989, A/152.

Wortlaut von Art. 9 GRC zur Ehefreiheit eine Beschränkung derselben auf gemischtgeschlechtliche Paare zwar als nicht zwingend, erachtete es dann aber als Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, eine allfällige Ausdehnung von Art. 12 EMRK auf gleichgeschlechtliche Paare vorzunehmen.²² Und im Fall *Rantsev* hat der EGMR das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit von Art. 4 EMRK im Lichte des in Art. 5 Abs. 3 GRC statuierten Verbots des Menschenhandels ausgelegt.²³

3. Gegenseitige Annäherung der Rechtsweggarantien

Von großer Tragweite in Europa wird insbesondere die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK und des EuGH zu Art. 47 GRC haben. *Grabenwarter* ist zwar darin zuzustimmen, dass die Teilgehalte von Art. 47 GRC unter Berücksichtigung der aus Art. 6 EMRK resultierenden Garantien auszulegen sind. Das Inkrafttreten der Grundrechtecharta eröffnet jedoch auch dem EGMR die Chance, den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK im Lichte der Grundrechtecharta zu präzisieren.

Der Wortlaut von Art. 6 EMRK beschränkt dessen Anwendbarkeit auf Fälle, in denen zivilrechtliche Rechte und Pflichten oder eine strafrechtliche Anklage betroffen sind. Demgegenüber enthält die Rechtsweggarantie in Art. 47 GRC keine entsprechenden Einschränkungen. Gestützt auf eine restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „civil rights“ gewährt der EGMR in gewissen Bereichen denn auch nur sehr zurückhaltend Rechtsschutz. Betroffen sind insbesondere Steuerverfahren,²⁴ die

²² EGMR, 24.6.2010, *Schalk und Kopf/Österreich*, Rep. 2010, Rn. 96 ff.

²³ EGMR, 7.1.2010, *Rantsev/Zypern und Russland*, Rep. 2010.

²⁴ EGMR, 12.7.2001, *Ferrazzini/Italien*, Rep. 2001-VII, Rn. 20 ff.

Ausweisung von Ausländern²⁵ sowie bis vor kurzem auch Verfahren auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen.²⁶ Keine Berücksichtigung in der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK fanden auch die Bereiche des Wirtschaftsrechts, insbesondere des Börsen- und Finanzmarktrechts sowie des Kartellrechts, und dies trotz des pönalen und damit strafrechtsähnlichen Charakters der dabei mitunter ausgesprochenen Sanktionsmaßnahmen.²⁷ Dies führt zu einer Rechtsschutzlücke im europäischen Grundrechtsschutz, die weder zeitgemäß noch sachlich gerechtfertigt ist. Aufgrund der Bemühungen sowohl des Europarats als auch der EU zur Schaffung eines homogenen und kohärenten Grundrechtsschutzes in Europa sollte deshalb der sachliche Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK im Lichte von Art. 47 GRC in Zukunft umfassend zu verstehen sein.

²⁵ EGMR, 5.10.2000, *Maaouia/Frankreich*, Rep. 2000-X, Rn. 38 ff.

²⁶ Vgl. nun EGMR (GK), 5.10.2009, *Micallef/Malta*, Nr. 17056/06, Rep. 2009, Rn. 85 wonach im Rahmen vorsorglicher Verfahren ergangene Entscheidungen von Art. 6 EMRK umfasst sein können: „Whenever an interim measure can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake, notwithstanding the length of time it is in force, Article 6 will be applicable.“

²⁷ Vgl. nun aber EGMR, 27.9.2011, *Menarini/Italien*, Nr. 43509/08, Rn. 38 ff. und 58 ff., wo der EGMR eine von einer Verwaltungsbehörde ausgesprochene Kartellbusse als strafrechtliche Sanktion i.S.v. Art. 6 EMRK qualifizierte, weshalb ein Zugang zu einer gerichtlichen Instanz mit voller Kognition zugleich erforderlich und ausreichend ist. Vgl. hierzu bereits die Urteile des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts i.S. *Swisscom* und *Publigroupe* (B-2050/2007, E. 5, und B-2977/2007, E. 8.1), bundesgerichtlich bestätigt in BGE 137 II 199 sowie im Urteil 2C_484/2010 vom 29.6.2012. Vgl. *Seitz*, Grundrechtsgewährleistungen in Kartellsanktionsverfahren, Grundlegende Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts zur Beachtung von Grundrechten der EMRK in kartellrechtlichen Bußgeldverfahren, *EuZW* 2010, S. 292 ff.; *Wildhaber*, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, *Jusletter* vom 4. Juli 2011, Rn. 1 ff.

Würde an der bisherigen restriktiven Praxis bei der Auslegung des Anwendungsbereichs von Art. 6 EMRK festgehalten, fiel der vom EGMR im Rahmen von Art. 6 EMRK gewährleistete Schutzstandard mit Bezug auf elementare Verfahrensgarantien hinter den Grundrechtsschutz des EU-Rechts zurück.²⁸ Eine solche Diskrepanz würde nicht dem Anspruch der EMRK gerecht, einen durch die Rechtsentwicklung und Praxis verfestigten und in einzelnen Bereichen sich rascher entwickelnden und damit flexiblen grundrechtlichen Mindestschutz in Europa sicherzustellen, der zugleich als Vorbild für Grund- und Menschenrechtssysteme und -mechanismen anderer Staaten und Organisationen gelten kann. Der EGMR wird deshalb auf mittlere und lange Sicht seine restriktive Rechtsprechung zum Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK wohl aufgeben müssen. Der dadurch weiter ansteigenden Beschwerdeflut ist durch organisatorische Massnahmen zu begegnen.²⁹

Wie *Grabenwarter* ausführt, können einzelne Garantien von Art. 6 EMRK, wie z.B. das Recht auf eine mündliche Verhandlung oder der Grundsatz der umfassenden Kognition des Gerichts in Sach- und Rechtsfragen, nach Massgabe der Verhältnismässigkeit und damit auch der Prozessökonomie mitunter eingeschränkt werden. Im Vordergrund dürften dabei aber vorwiegend zivilrechtliche Verfahren stehen, weshalb der allgemeine Hinweis auf die *Golder*-Rechtsprechung des EGMR³⁰ wohl als zu apodiktisch erscheint.³¹ Letztere muss heute im Lichte der

²⁸ *Breitenmoser*, Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC in Verfahren der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: Festschrift Würtenberger, 2012, S. 425 ff., 437 f.

²⁹ Vgl. *Wildhaber*, Der Menschenrechtsgerichtshof für Europa – überlastet, überlastend oder gerade richtig?, in: Karl (Hrsg.), Menschenrechte konkret, Bd. 4, 2011.

³⁰ EGMR, 21.2.1975, *Golder/Vereinigtes Königreich*, A/18, Rn. 38.

³¹ *Grabenwarter*, S. 34, Rn. 31. Vgl. auch *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 443 ff.

Rechtsprechung des EGMR im Fall *Micallef* vielmehr dahingehend präzisiert werden, dass in vorsorglichen Verfahren einzelne Garantien von Art. 6 EMRK insbesondere bei zeitlicher Dringlichkeit eingeschränkt werden können.³² Wie der EGMR ausführt, gilt dies aber nicht für die Garantie des unabhängigen und unparteiischen Gerichts. Diese stellt gewissermassen den Wesensgehalt eines *fair trial*-Verfahrens dar, der wohl als absolut zu betrachten ist. Ein solcher abwägungsresistenter Kerngehalt sollte umso mehr für alle anderen, nicht den Besonderheiten vorsorglicher Verfahren unterliegenden Gerichtsverfahren anerkannt werden. Bei diesen können demgegenüber Einschränkungen der Prüfungsdichte unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zulässig sein.³³ In Strafverfahren gebietet jedoch die Unschuldsvermutung eine hinreichende Aufklärung des vorgeworfenen Sachverhalts, weshalb Beschränkungen von Verfahrensrechten kaum bzw. nur sehr zurückhaltend für zulässig erkannt werden dürften. In Verfahren der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Strafsachen sodann muss die Kognition der Gerichte des

³² EGMR, 15.10.2009, *Micallef/Malta* (GrK), Rep. 2009, Rn. 86: „However, the Court accepts that in exceptional cases – where, for example, the effectiveness of the measure sought depends upon a rapid decision-making process – it may not be possible immediately to comply with all of the requirements of Article 6. Thus, in such specific cases, while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard in such proceedings, other procedural safeguards may apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue. In any subsequent proceedings before the Court, it will fall to the Government to establish that, in view of the purpose of the proceedings at issue in a given case, one or more specific procedural safeguards could not be applied without unduly prejudicing the attainment of the objectives sought by the interim measure in question.“

³³ Zur grundsätzlichen Beschränkbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren vgl. auch EuGH, 6.9.2012, Rs. C-619/10, *Trade Agency*, Rn. 55 ff.

ersuchten Staates auch offensichtliche und schwere Mängel des Hauptverfahrens im ersuchenden Staat umfassen.³⁴

Anzumerken bleibt, dass Betroffene freiwillig auf die ihnen gemäss Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC zustehenden Rechte, wie z.B. auf das Recht auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung, auf Dolmetscherleistungen oder auf Beizug eines Verteidigers, verzichten können.

C. Zusammenspiel der Interpreten

I. Sog. margin of appreciation statt Harmonisierung

Schiemann führt aus, die Mitgliedstaaten könnten bei Kollisionen von mehreren parallelen Grundrechtsgarantien und -systemen³⁵ legitim zu verschiedenen Lösungen gelangen. Diese seien mit der EMRK solange vereinbar, als die einzelnen EMRK-Rechte in ihrem Kern nicht berührt würden. Als Beispiel führt *Schiemann* die Veröffentlichung von Pressefotos über Prominente ohne deren Einverständnis an; hier würden einige europäische Staaten bei der gemäss Art. 8 und Art. 10 EMRK vorzunehmenden Abwägung der Medienfreiheit den Vorzug geben und andere wiederum der Privatsphäre. Es sei deshalb bei solchen Konflikten mehrerer Grundrechte unmöglich, auf der Ebene der EU – sei es auf Ebene des EuGH oder des Unionsgesetzgebers – Regelungen zu finden, die mit den Grundrechtsordnungen aller Mitgliedstaaten im Einklang

³⁴ So ausdrücklich Art. 2 des schweizerischen Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.3.1981 (IRSG). Vgl. *Trechsel*, Grundrechtsschutz bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, EuGRZ 1987, S. 69 ff., 75.

³⁵ *Schiemann*, S. 16, und *Grabenwarter*, S. 55, sprechen insoweit von „mehrpolygonen“ bzw. „multipolaren“ Grundrechtsverhältnissen.

stunden; eine entsprechende unionsrechtliche Harmonisierung wäre deshalb nicht zielführend.³⁶

Schiemann verweist des Weiteren auf die Tendenz, dass die Kontrolldichte insbesondere der nationalen Gerichte, aber auch des EuGH, eher enger sein werde als diejenige des EGMR. Er begründet dies damit, dass auch in Bereichen, in denen sich die einzelnen Grundrechte deckten, grundlegend verschiedene Schutzniveaus angestrebt würden. Interpretationskonflikte seien deshalb wenig wahrscheinlich.³⁷

Grabenwarter seinerseits betont, dass die EMRK zunächst als europäischer Minimalstandard im Sinne eines Sicherheitsnetzes für den Ausfall nationaler Garantien gedacht gewesen sei.³⁸ Er weist dazu auf die Entstehung der EMRK als Reaktion auf die Schrecken des Zweiten Weltkriegs, aber auch darauf hin, dass die Rechtsordnungen der einzelnen Konventionsstaaten in der „Qualität rechtsstaatlicher Sicherungen“ wesentlich heterogener seien als diejenigen der EU-Mitgliedstaaten.³⁹ Aus diesem Grund sei es die Aufgabe der einzelstaatlichen Gerichte, einen Grundrechtsschutz zu entwickeln, der zwar auf dem vom EGMR geschaffenen Mindeststandard aufbaue, jedoch darüber hinausgehe. Dies ergebe sich auch aus Art. 53 HGRC, wonach die Grundrechtecharta nicht als Beschränkung anderweitig garantierter Grundrechte ausgelegt werden dürfe.⁴⁰ Die einzelstaatlichen Höchstgerichte seien zudem besser geeignet, einen raschen Rechtsschutz zu gewähren; verfüge ein Staat

³⁶ *Schiemann*, S. 7 ff.

³⁷ *Schiemann*, S. 21.

³⁸ *Grabenwarter*, S. 58.

³⁹ *Grabenwarter*, S. 57, 61.

⁴⁰ *Grabenwarter*, S. 60 f., sowie *Schiemann*, S. 2, 21, der auch betont, dass die Kontrolle durch die nationalen Gerichte stärker sein solle.

über ein Verfassungsgericht, so sei dieses – im Gegensatz zu den europäischen Gerichten – auch zur Aufhebung grundrechtswidriger Normen befugt. Schliesslich seien die einzelstaatlichen Höchstgerichte am ehesten in der Lage, die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs durch Aufnahme in ihren Urteilen den nachgeordneten Gerichten zur Kenntnis zu bringen, was auch die Legitimität und Akzeptanz der Entscheide des EGMR stärke.⁴¹

Grabenwarter hält im Kontext der EMRK dafür, den einzelstaatlichen Höchstgerichten einen „(gleichwohl begrenzten) Spielraum bei Auslegungs- und Abwägungsvorgängen“ zu gewähren.⁴² Er legt dar, dass der EGMR im Rahmen seiner Rechtsprechung zu den Einschränkungen der Garantien von Art. 8 - 11 EMRK (Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Religionsfreiheit, Meinungsäußerungsfreiheit sowie Versammlungsfreiheit) die Doktrin des sog. *margin of appreciation* entwickelt habe, wonach Strassburg den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Beurteilung, ob eine Verletzung von EMRK-Garantien vorliege, unter bestimmten Voraussetzungen einen erheblichen Spielraum gewähre. Anhand dieser Doktrin erfolge die Suche nach einem Gleichgewicht zwischen einer einheitlichen europäischen Grundrechtsordnung und nationalen Besonderheiten. Aus der Rechtsprechung des EGMR leitet er in der Folge mehrere Kriterien für den Umfang des den nationalen Gerichten gewährten Beurteilungsspielraums ab. Dieser sei etwa dann grösser, wenn ein Rechtsvergleich ergebe, dass die Konventionsstaaten

⁴¹ *Grabenwarter*, S. 59.

⁴² *Grabenwarter*, S. 60.

unterschiedliche Lösungen kennen würden, wie z.B. mit Bezug auf die Auslegung des Begriffs der „civil rights“ im Sinne von Art. 6 EMRK.⁴³

II. Subsidiarität als Zauberwort

Sowohl *Schiemann* als auch *Grabenwarter* plädieren m.a.W. dafür, dass die europäischen Gerichte den einzelstaatlichen Gerichten einen gewissen Beurteilungsspielraum einräumen. Letztere sollen in ihrer grundrechtlichen Rechtsprechung einen über den europäischen Mindeststandard hinausreichenden Schutz entwickeln. Damit wird – in Übereinstimmung mit der Erklärung von Brighton⁴⁴ – die konsequentere Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität durch die europäischen Gerichte gegenüber den einzelstaatlichen Gerichten postuliert.⁴⁵

1. Merkmale des Grundsatzes der Subsidiarität

Gemäss dem Grundgedanken der Subsidiarität soll eine Staatsaufgabe zuerst von der untersten staatlichen Ebene verrichtet werden; erst wenn diese dazu nicht in der Lage ist, soll die nächsthöhere Einheit zum Zug kommen.⁴⁶ Die Idee der Subsidiarität ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des EU-Rechts, der mit dem Vertrag von Maastricht gewissermassen als Ausgleich für die in diesem Vertrag an die EU übertragenen

⁴³ *Grabenwarter*, S. 53 und S. 55.

⁴⁴ Erklärung von Brighton vom 19.4.2012, Rn. 11 f. (abrufbar unter [www.http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration](http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration)).

⁴⁵ Während *Schiemann* den Grundsatz nicht ausdrücklich erwähnt, führt ihn *Grabenwarter* an zwei Stellen auf (S. 54 und S. 56).

⁴⁶ Vgl. *Frenz*, Subsidiaritätsprinzip und -klage nach dem Vertrag von Lissabon, Jura 2010, 641.

Zuständigkeiten im EUV verankert wurde (Art. 5 Abs. 3 EUV). Auch der EuGH ist als EU-Organ an den Grundsatz der Subsidiarität gebunden.

Die Subsidiarität ist ebenfalls ein zentraler Grundsatz des Rechtsschutzmechanismus der EMRK. Sie drückt sich u.a. in der Beschwerdevoraussetzung der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges aus (Art. 35 Abs. 1 EMRK). Der Schutz der EMRK-Garantien ist demzufolge in erster Linie durch die nationalen Behörden und Gerichte zu gewährleisten; erst wenn diese dazu nicht fähig oder willens sind, ist der EGMR befugt und mitunter auch verpflichtet, einzuschreiten.

Im vorliegenden Kontext stehen die Auswirkungen dieses Grundsatzes auf die Interaktion der Interpreten der verschiedenen Grundrechtsordnungen im Vordergrund, d.h. auf das Verhältnis zwischen dem EGMR und dem EuGH einerseits sowie den nationalen Gerichten andererseits.

2. Zurücknahme der Prüfungsdichte auf europäischer Ebene

Die europäischen Gerichte beachten den Grundsatz der Subsidiarität durch eine Zurücknahme der Prüfungsdichte zugunsten einzelstaatlicher Gerichte. Der den nationalen Gerichten dadurch gewährte Spielraum bezieht sich, wie *Schiemann* und *Grabenwarter* darlegen, insbesondere auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit als Voraussetzung und Schranke für zahlreiche Eingriffe in EMRK-Garantien.⁴⁷

Diese Praxis ist jedoch nicht einheitlich. Ob und wie weit Strassburg den nationalen Gerichten durch Zurücknahme der Kontrolldichte einen Beurteilungsspielraum einräumt, kann mitunter, wie *Grabenwarter* zu

⁴⁷ *Schiemann*, S. 22.

Recht ausführt, auch von der Zusammensetzung der urteilenden Kammer abhängen.⁴⁸

Mit Bezug auf die Kriterien, welche der EGMR für die Bestimmung des Beurteilungsspielraums der Konventionsstaaten entwickelt hat, verweist *Grabenwarter* auf das jüngste *Caroline*-Urteil des EGMR als Bestätigung und Präzisierung seiner Praxis des sog. *margin of appreciation*. In diesem Urteil wies der Gerichtshof die Beschwerde der gleichnamigen Klägerin u.a. mit der Begründung ab, die einzelstaatlichen Gerichte hätten die einander gegenüberstehenden Grundrechte sorgfältig abgewogen und dabei die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt.⁴⁹

Aus Schweizer Sicht ist in diesem Zusammenhang auch die *Emre*-Rechtsprechung zu erwähnen, anhand welcher der EGMR eine Reihe von Kriterien entwickelt hat, die bei der Ausweisung von Ausländern im Rahmen der gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK vorzunehmenden Interessenabwägung zu prüfen sind, von den schweizerischen Gerichten *in casu* aber nicht berücksichtigt wurden.⁵⁰ In seinem zweiten Urteil im gleichen Fall hielt der Strassburger Gerichtshof fest, dass das Schweizer Bundesgericht die entwickelten Kriterien mit einer Ausnahme nicht berücksichtigt habe, weshalb die Schweiz erneut verurteilt wurde.⁵¹

Auf dem Grundsatz der Subsidiarität beruht auch das Urteil der Grossen Kammer im Fall *Stoll*, in welchem die Beschwerde eines Journalisten abgewiesen wurde, der wegen Veröffentlichung geheimer Unterlagen zu

⁴⁸ *Grabenwarter*, S. 52.

⁴⁹ EGMR, 7.2.2012, *von Hannover/Deutschland*, Nr. 40660/08, Rn. 124 ff.

⁵⁰ EGMR, 22.5.2008, *Emre/Schweiz* Nr. 1, Nr. 42034/04, Rn. 72 ff. Dem Fall zugrunde lag die Ausweisung eines weitgehend in der Schweiz aufgewachsenen straffälligen Jugendlichen türkischer Staatsangehörigkeit.

⁵¹ EGMR, 11.10.2011, *Emre/Schweiz* Nr. 2, Nr. 5056/10, Rn. 72 f.

einer Busse verurteilt worden war.⁵² Der Betroffene hatte Ausschnitte aus einem geheimen Strategiepapier der Landesregierung zur Aussenpolitik veröffentlicht. Die Grosse Kammer nahm eine umfassende Abwägung der Interessen vor und kam zum Ergebnis, das Schweizer Bundesgericht habe seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten.⁵³

Diese Rechtsprechung des EGMR in den Fällen *Stoll*, *Emre* und *Caroline* kann durchaus als Modell für das zukünftige Verhältnis zwischen dem EGMR und den Gerichten der Konventionsstaaten dienen. Denn der Gerichtshof kann und soll sich bei der Beurteilung der Schranken Voraussetzung der Verhältnismässigkeit auf die Prüfung beschränken, ob die nationalen Gerichte alle relevanten Aspekte bei der Abwägung berücksichtigt haben.

Eine entsprechende Zurückhaltung des EGMR bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines Eingriffs erscheint demzufolge dann sachgerecht, wenn die nationalen Gerichte einen Eingriff in ein EMRK-Recht sowie die Rechtfertigung eines solchen ohne grobe Unterlassungen oder Fehler geprüft haben.⁵⁴ So soll der EGMR nur prüfen, ob das letztinstanzliche nationale Gericht eine umfassende Rechtsgüter- und Interessenabwägung vorgenommen hat, m.a.W. alle betroffenen Interessen unter Einbezug der entscheidrelevanten Sachverhaltsaspekte in objektiver Weise gegeneinander abgewogen hat. Ist dies der Fall, rechtfertigt es sich, in einem zweiten Schritt lediglich zu kontrollieren, ob die Abwägung objektiv nachvollziehbar und schlüssig ist, einzelne

⁵² EGMR (GK), 25.4.2006, *Stoll/Schweiz*, Rep. 2007-V.

⁵³ A.a.O., Rn. 162.

⁵⁴ So auch *Wildhaber* (Fn. 29), S. 13.

Umstände nicht etwa willkürlich gewichtet wurden.⁵⁵ Wie *Grabenwarter* festhält, kommt damit der Begründung eines letztinstanzlichen einzelstaatlichen Urteils eine entscheidende Bedeutung zu.⁵⁶

Dies kann auch am Beispiel eines Streits über das elterliche Sorgerecht veranschaulicht werden: Haben nämlich die nationalen Gerichte bei ihrer Entscheidung das Kindeswohl als massgebendes Kriterium umfassend geprüft und gewürdigt, so haben die europäischen Gerichte diese Entscheidung zu respektieren. Anderes gilt nur, wenn die Abwägung willkürlich erscheint, etwa weil ein objektiv unwesentliches Kriterium überaus stark gewichtet, ein wesentliches Element demgegenüber nicht bzw. kaum berücksichtigt wird.

In Fällen, in denen ethisch oder moralisch heikle und damit gesellschaftspolitisch umstrittene Fragen zu beantworten sind, ist zur Beurteilung des nationalen Ermessensspielraums überdies im Wege eines Rechtsvergleichs zu untersuchen, ob unter den Mitgliedstaaten insoweit ein Grundkonsens besteht. Ergibt ein solcher Rechtsvergleich, dass kein Konsens besteht über die betreffende Frage, so kann – wie *Grabenwarter* zu Recht ausführt⁵⁷ – den einzelstaatlichen Gerichten im Sinne der Subsidiarität ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden werden.⁵⁸ So hat der Straßburger Gerichtshof den Konventionsstaaten u.a. im Kontext der Ehe- und Religionsfreiheit teilweise einen erheblichen Beurteilungsspielraum zugebilligt, wie neustens auch im Fall *Lautsi* zur

⁵⁵ So auch die von *Grabenwarter*, S. 44, zitierte abweichende Meinung des Richters *Lopez Guerra*.

⁵⁶ *Grabenwarter*, S. 55.

⁵⁷ *Grabenwarter*, S. 55.

⁵⁸ Vgl. auch *Herdegen* (Fn. 5), Rn. 22.

Frage des Kruzifix im Schulzimmer.⁵⁹ In einem Fall betreffend Beschränkungen der künstlichen Befruchtung hielt der EGMR fest, es bestehe noch kein genügender Konsens („no sufficiently established European consensus“) unter den europäischen Staaten über die Zulassung der Eizellenspende im Rahmen der künstlichen Befruchtung, weshalb den Vertragsstaaten diesbezüglich ein weiter Spielraum zustehe.⁶⁰ In einem jüngsten Fall zum Adoptionsrecht gleichgeschlechtlicher Paare betont der EGMR jedoch das Recht und die Pflicht der nationalen Gerichte, eine Abwägung vorzunehmen.⁶¹

Grabenwarter weist in diesem Zusammenhang auf die Bedeutung der rechtsvergleichenden Auslegung hin. Ergebe diese, dass mit Bezug auf die Tragweite einer Grundrechtsgarantie kein Konsens unter den Mitgliedstaaten bestehe, so solle der Beurteilungsspielraum weiter sein.⁶² Diese Aussage bedarf jedoch insoweit einer Ergänzung, als der EGMR die Begriffe der EMRK autonom, d.h. unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der EMRK als sog. *living instrument* auslegt. Dies muss insbesondere auch für das Merkmal der „civil rights“ gelten.⁶³

Ausdruck der Subsidiarität ist es somit, wenn der EGMR und der EuGH bei Wertungsfragen den Spielraum der Mitgliedstaaten auch anhand einer

⁵⁹ EGMR, 18.3.2011, *Lautsi/Italien*, Rep. 2011, Rn. 70: „The Court concludes in the present case that the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a matter falling within the margin of appreciation of the respondent State.“

⁶⁰ EGMR (GK), 3.11.2011, *S.H./Österreich*, Nr. 57813/00, Rn. 106.

⁶¹ EGMR, 19.2.2013, *X. u.a./Österreich*, Nr. 19010/07, Rn. 138 ff., 152. Der Gerichtshof bejahte eine Verletzung der EMRK insbesondere mit dem Argument, dass den nationalen Gerichten eine Abwägung der einander entgegenstehenden Interessen von Gesetzes wegen untersagt gewesen sei.

⁶² S. 53 und S. 55.

⁶³ EGMR, 28.6.1978, *König/Deutschland*, A/27, Rn. 88 f.

rechtsvergleichenden Betrachtung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bemessen.⁶⁴ Denn dadurch räumen die beiden europäischen Gerichte der einzelstaatlichen Rechtsetzung und Rechtsprechung insbesondere bei gesellschaftspolitisch neuen und umstrittenen Rechts- und Wertungsfragen Vorrang ein vor einer einheitlichen Praxis ohne Rücksicht auf kulturelle und soziologische Eigenheiten sowie historisch gewachsene und weiterhin gelebte und gut funktionierende Strukturen.

Durch eine konsequentere Beachtung des Prinzips der Subsidiarität könnte sich der EGMR stärker auf seine ureigene Aufgabe fokussieren, Rechtsschutz in Fällen zu gewährleisten, in denen staatliche Behörden und Gerichte ihren Prüfungs- und Abwägungspflichten in schwerer Weise nicht nachgekommen sind.

Auch der EuGH praktiziert den Grundsatz der Subsidiarität bei der Auslegung von EU-Recht, zu dem seit dem Vertrag von Lissabon nun auch die GRC gehört.⁶⁵ So hat er den einzelstaatlichen Gerichten in zahlreichen Urteilen einen Beurteilungs- und Abwägungsspielraum bei der Auslegung von Grundrechten und Grundfreiheiten gewährt. Im *Omega*-Fall, der das Verbot von Laserspielen betraf, hat der EuGH erstmals die Menschenwürde als allgemeinen Grundsatz des EU-Rechts anerkannt und als mögliche Schranke der Grundfreiheiten bezeichnet. Der EuGH hielt dabei fest, ein nationales Verbot einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die in der Veranstaltung von Spielen mit simulierten Tötungshandlungen an Menschen bestehe, verstosse nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit, sofern das Verbot zum Schutz der öffentlichen Ordnung bzw. der

⁶⁴ Kritisch zur diesbezüglichen Praxis des EuGH *Herdegen* (Fn. 5), Rn. 3.

⁶⁵ Vgl. *Herdegen* (Fn. 5), S. 215.

Menschenwürde ergehe. Da die Grundrechte sowohl von der EU als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten seien, „stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer (...) Grundfreiheit wie des freien Dienstleistungsverkehrs, bestehen“.⁶⁶

Bereits im Fall *Keck* hat der EuGH unter stillschweigendem Rückgriff auf den Subsidiaritätsgedanken entschieden, vertriebsbezogene Verkaufsmodalitäten – *in casu* das Verbot, Waren unter ihrem Einstandspreis zu verkaufen – würden, im Unterschied zu den produktbezogenen Massnahmen, nicht in die Warenverkehrsfreiheit eingreifen;⁶⁷ sie sollten in gleicher Weise wie vertriebsbezogene Bestimmungen über Ladenöffnungszeiten, Sonntags- und Feiertagsverkaufsverbote oder Werbebeschränkungen ausschliesslich von den nationalen Gerichten beurteilt werden.

Und im Fall *Tsakouridis* hat der EuGH festgehalten, dass die Begehung von Betäubungsmitteldelikten im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität eine Ausweisung von Unionsbürgern im Einzelfall rechtfertigen könne. Erforderlich sei jedoch eine sorgfältige Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen.⁶⁸

⁶⁶ EuGH, 14.10.2003, Rs. C-36/02, *Omega Spiel- und Automatenaufstellungs-GmbH*, Slg. 2003, I-5659, Rn. 39.

⁶⁷ EuGH, 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

⁶⁸ EuGH, 23.11.2010, *Tsakouridis/Deutschland*, Rs. C-145/09, Slg. 2010, I-11979.

D. Schutzbereiche und Schranken

I. Kerngrundrechte statt „Anhängsel“-Grundrechte?

Schiemann regt an, die mitunter sehr weiten Schutzbereiche der Grundrechte zu hinterfragen und gegebenenfalls einzugrenzen. Durch eine ausufernde Praxis sei der Grundrechtsbegriff immer weiter aufgeweicht worden, was den „Kern-Grundrechten“ abträglich sei. Die „Über-Benutzung“ der Grundrechte stumpfe diese nämlich ab. Es sei deshalb angebracht, klarer zwischen dem „wirklichen Kern“ bzw. der „Essenz“ der Grundrechte und einem erweiterten Bereich, für den *Schiemann* den Begriff „Anhängsel“ vorschlägt, zu differenzieren. Als Beispiel für die Aufweichung der Grundrechte führt *Schiemann* die mitunter festzustellende Tendenz an, dass gegen Einschränkungen in staatlichem Gewahrsam allzu rasch das Folterverbot von Art. 3 EMRK bemüht werde.⁶⁹ Dieser Entwicklung solle der EGMR entgegenwirken und an die einzelstaatlichen Gerichte „nützliche Signale“ senden, indem er klarer zwischen dem Kernbereich der EMRK-Rechte und sog. „weitergehenden Rechten“, die nicht dem gleichen Schutz, sondern einem erweiterten Schutzbereich unterstünden, unterscheide.⁷⁰ Die einzelstaatlichen Gerichte könnten ihrerseits weiterhin über den europäischen Mindeststandard hinausgehende Rechtspositionen anerkennen.⁷¹ Verbunden mit einer klareren Konturierung der Grundrechte würde dies letztlich den Schutz der Grundrechte stärken.⁷²

⁶⁹ *Schiemann*, S. 10 ff.

⁷⁰ *Schiemann*, S. 13 f., S. 22

⁷¹ *Schiemann*, S. 1 f.

⁷² *Schiemann*, S. 13 f.

II. Abwägung bei Schranken statt bei Schutzbereichen?

Grabenwarter führt in diesem Kontext aus, die sowohl vom EGMR als auch vom EuGH zu erwartende gegenseitige Rezeption werde bei der Bestimmung des Schutzbereichs, „vor allem aber auf der Ebene der Bestimmung der Reichweite des Grundrechtsschutzes, insbesondere bei [den] Grundrechtsschranken“, erfolgen.⁷³

III. Prüfung der Verhältnismässigkeit im Einzelfall

1. Konkretisierung der Grundrechte durch ihre Schranken

Die von *Schiemann* zum Schutzbereich postulierte Unterscheidung zwischen sog. Kern-Grundrechten und sog. Anhängsel-Rechten sollte, um letztlich willkürliche Abgrenzungen zu vermeiden, nicht im Rahmen des Schutzbereichs der fraglichen Grundrechte vorgenommen werden. Solche Unterscheidungen betreffen vielmehr die Schranken der Grundrechte und damit – sieht man von den Erfordernissen der genügenden Rechtsgrundlage und des legitimen öffentlichen Interesses, die vorliegend nicht zur Diskussion stehen, ab – den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Wie *Grabenwarter* ausführt, sind es insbesondere die Grundrechtsschranken, welche die Reichweite des Grundrechtsschutzes und damit die Konturen der Grundrechte bestimmen.⁷⁴ Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit stellt gemäss den Schrankenvorbehalten von Abs. 2 der Art. 8-11 EMRK sowie wohl auch nach den meisten einzelstaatlichen Grundrechtsordnungen eine zentrale Voraussetzung für einen Grundrechtseingriff dar.

⁷³ *Grabenwarter*, S. 56.

⁷⁴ *Grabenwarter*, S. 56.

Schiemann ist zwar insoweit zuzustimmen, als der Schutzbereich zahlreicher Grundrechte in den letzten Jahrzehnten in der Tat durch die Rechtsprechung insbesondere der europäischen Gerichte stark erweitert worden ist. Durch eine von ihm angeregte Differenzierung zwischen einem engen Wesensbereich und einem darüber hinausgehenden erweiterten Schutzbereich wäre jedoch nur wenig gewonnen. Eine solche Differenzierung würde zunächst schon terminologisch in Konflikt mit der wohl in den meisten europäischen Verfassungsordnungen vorgesehenen Garantie des Wesens- bzw. Kerngehalts geraten, wie sie auch in Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) festgelegt ist. Diese gilt bekanntlich absolut, so dass sie einer Abwägung nicht zugänglich ist. Ausserhalb dieses Kernbereichs müssen die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung stets umfassend geprüft und einer eingehenden Interessen- und Rechtsgüterabwägung unterworfen werden, selbst wenn der Eingriff den engeren Schutzbereich eines Grundrechts betrifft. Die Nähe des Eingriffs zum Kernbereich kann bei der Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen berücksichtigt werden, mit der Folge, dass das öffentliche Eingriffsinteresse umso gewichtiger sein muss. Aufgrund der Ausweitung der Schutzbereiche und der praktischen Schwierigkeiten, diese sachgerecht einzugrenzen, gewinnt die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen zunehmend an Bedeutung.⁷⁵ Die Konturen der meisten Grundrechte bestimmen sich demzufolge in erster Linie nach den Eingriffsvoraussetzungen, wie sie in den entsprechenden EMRK-Garantien oder generell in Art. 52 Abs. 1 GRC aufgeführt sind.

Jede Differenzierung zwischen einem sog. wesentlichen bzw. eigentlichen Schutzbereich und einem erweiterten Schutzbereich würde zu sachlich

⁷⁵ Vgl. *Breitenmoser*, in: Festschrift für Luzius Wildhaber, 2007, S. 126.

kaum begründbaren Ergebnissen führen und wäre letztlich willkürlich. Dies zeigt etwa das Beispiel des Grundrechts auf Wahrung der Privatsphäre, bei welchem eine präzise und umfassende Definition des Begriffs des Privatlebens aufgrund der Vielfalt der Lebenssachverhalte von vornherein gar nicht möglich ist. So lässt sich beispielsweise nicht abschliessend und generell beantworten, ob das Rauchen, das Halten eines Haus- oder das Füttern eines Wildtiers vom Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre erfasst ist. Wie lässt sich hier aufgrund welcher Kriterien eine sachgerechte Linie ziehen? Das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens ist deshalb bei der Prüfung der Rechtfertigung und damit insbesondere bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit näher einzugrenzen.⁷⁶

Die in der Rechtsprechung erfolgte Ausweitung des Schutzbereichs zahlreicher Grundrechte erweist sich deshalb solange als sachgerecht, als die Voraussetzungen für den Eingriff mit hinreichender Sorgfalt geprüft und mit dem öffentlichen Interesse in Einklang gebracht werden. So bejahen denn auch sowohl der EGMR als auch der EuGH in Fällen, die das Privat- und Familienleben gemäss Art. 8 EMRK und 7 f. GRC betreffen, häufig vergleichsweise rasch einen Eingriff in das jeweilige Grundrecht, um daraufhin das Vorhandensein einer hinreichenden Rechtsgrundlage und die Wahrung der Verhältnismässigkeit näher zu prüfen.⁷⁷ Die

⁷⁶ Wildhaber/Breitenmoser, Int.Komm.-EMRK, Art. 8 Rn. 3, 6, 96 und 659 ff.; Breitenmoser, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 13 Abs. 1 Rn. 9.

⁷⁷ Z.B. EGMR, 26.3.1987, *Leander/Schweden*, A/116, Rn. 48 ff.; EuGH, 9.11.2010, Rs. C-92/09, *Schecke*, Slg. 2010, I-11063, Rn. 51 f., 72.

umfassend vorzunehmende Interessen- und Rechtsgüterabwägung sollte sich dabei auch in der Begründung niederschlagen.⁷⁸

2. Schwellentheorie zum Ausscheiden von Bagatellfällen

Den von *Schiemann* erhobenen Bedenken, wonach das Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung gemäss Art. 3 EMRK mitunter in Fällen angerufen werde, die klarerweise keine Folter darstellten,⁷⁹ begegnet der EGMR mit der sog. Schwellentheorie. Mit dieser letztlich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit abgeleiteten Schwellentheorie stellt der EGMR sicher, dass nicht jede unliebsame Behandlung von Gefangenen vom Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung gemäss Art. 3 EMRK erfasst wird; vielmehr muss ein bestimmter Grad an Schwere hinzukommen. Die erforderliche Mindestschwelle hängt gemäss konstanter Rechtsprechung von zahlreichen Kriterien im Einzelfall ab: Dazu gehören die Dauer der Behandlung und die körperlichen und mentalen Auswirkungen, aber auch das Geschlecht, der Gesundheitszustand und das Alter des Opfers.⁸⁰ Wird ein minimaler Schweregrad nicht erreicht, sind andere, im Unterschied zu Art. 3 EMRK nicht absolute Konventionsgarantien als Auffangrechte zu prüfen,

⁷⁸ Die Urteilsbegründungen des EuGH enthalten jedoch regelmässig nur sehr summarische Ausführungen zur Verhältnismässigkeit; vgl. z.B. EuGH, 5.10.1994, Rs. C-280/93, Bananenmarktordnung, Slg. 1994, I-4973, Rn. 78 ff.; von *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 216.

⁷⁹ *Schiemann*, S. 11.

⁸⁰ Vgl. EGMR, 1.6.2010, *Gäfgen/Deutschland*, Rep. 2010, Rn. 87 ff.; 9.6.1998, *Tekin/Türkei*, Rep. 1998-IV, 1504, Rn. 52. *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. 1999, Rn. 275 ff.

namentlich das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und Art. 7 GRC.⁸¹

E. Schlussfolgerungen

Schiemann und *Grabenwarter* betonen zu Recht die Notwendigkeit einer konsequenteren Wahrung der Subsidiarität durch die europäischen Gerichte, und zwar insbesondere durch den EGMR. Im Gegenzug nehmen sie – ebenfalls zu Recht – die einzelstaatlichen Höchstgerichte verstärkt in die Verantwortung. Diese sollen einerseits den zunächst vom EGMR und – seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon – verstärkt auch vom EuGH gestützt auf die EMRK als Basisgrundlage (sog. *mother convention*) mit- und weiterentwickelten europäischen Mindeststandard beachten und wahren. Andererseits dürfen sich die nationalen Gerichte gemäss *Schiemann* und *Grabenwarter* nicht hinter einem solchen Mindeststandard verstecken und schon gar nicht hinter diesen zurückfallen; vielmehr haben sie diesen, wo angebracht, auszubauen und dadurch einen weitergehenden Rechtsschutz zu gewähren, wozu mitunter auch die neuen und weitreichenden Garantien der EU-Grundrechtecharta verpflichten.

Die Fokussierung des EGMR auf die Wahrung eines europäischen Mindeststandards ist keineswegs dahingehend zu verstehen, dass sich der EGMR bloss auf die Sicherstellung eines minimalen Grundrechtsschutzes zu beschränken habe. Denn ein Mindeststandard im Sinne der vorstehenden Ausführungen geht weit darüber hinaus, zumal er von den einzelstaatlichen Gerichten die Vornahme einer umfassenden und

⁸¹ Vgl. *Breitenmoser/Riemer/Seitz*, Praxis des Europarechts, Grundrechtsschutz, 2006, S. 34.

willkürfreien Interessenabwägung verlangt und damit eine Anforderung beinhaltet, die in der Praxis nur allzu oft vernachlässigt wird.

Mit *Schiemann* und *Grabenwarter* ist davon auszugehen, dass der Gedanke der Subsidiarität insgesamt zu einer Verwesentlichung und damit zu einer Stärkung des Grundrechtsschutzes in Europa führen dürfte. Denn erstens werden die nationalen Gerichte an ihre Pflicht erinnert, nicht in ihrer – massgeblich auch durch den EGMR geprägten – bisherigen grundrechtlichen Rechtsprechung zu verharren, sondern gestützt auf die Konventionspraxis einen über diese hinausgehenden Schutz zu entwickeln. Zweitens stellt eine konsequentere Wahrung der Subsidiarität einen nicht zu unterschätzenden Ansatz zur Entlastung des Strassburger Gerichtshofs dar. Durch eine Beschränkung der Prüfungsdichte auf gefestigte und anerkannte Mindeststandards erhalte der EGMR die Möglichkeit, sich noch stärker auf die wichtigen und dringlichen Fälle mit gesamteuropäischer Ausstrahlung zu fokussieren. Dadurch würde letztlich die Wirksamkeit der EMRK in den Konventionsstaaten gestärkt.

Zusätzlich könnte der Straßburger Gerichtshof von den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten gemäss Art. 35 Abs. 3 EMRK, Beschwerden zurückzuweisen, noch stärker Gebrauch machen. Danach erklärt der Gerichtshof eine nach Art. 34 erhobene Individualbeschwerde für unzulässig, wenn er sie für unvereinbar mit der EMRK, für offensichtlich unbegründet oder für missbräuchlich hält. Seit Inkrafttreten des 14. Protokolls kann er Beschwerden auch dann für unzulässig erklären, wenn er der Ansicht ist, dass dem Beschwerdeführer kein erheblicher Nachteil entstanden ist, es sei denn, die Achtung der EMRK-Garantien erfordere eine Prüfung der Begründetheit der Beschwerde. Gemäss diesem neuen Ausschlussgrund kann er die Sache jedoch dann nicht zurückweisen,

wenn sie noch von keinem innerstaatlichen Gericht gebührend geprüft worden ist.

Aufgrund der starken Überlastung des Strassburger Schutzmechanismus, welche nach dem Beitritt der EU zur EMRK noch weiter zunehmen dürfte, und der daraus folgenden langen Dauer von Beschwerdeverfahren wäre schliesslich erneut die Einführung eines Verfahrens zu erwägen, in dem der EGMR frei entscheiden könnte, welche Beschwerden er einem vertieften Prüfungsverfahren unterstellt.⁸² Zwar hätte ein solches Verfahren – wie es etwa auch vor dem US-Supreme Court besteht – eine weitere Relativierung und Abschwächung des bisherigen, durch die enorme Überlastung des EGMR bereits faktisch eingeschränkten Individualbeschwerderechts zur Folge. Der EGMR könnte demgegenüber raschen Rechtsschutz in Fällen eklatanten staatlichen Fehlverhaltens gewähren, was das Konventionssystem, das einen europaweiten Mindeststandard sicherstellen soll, längerfristig stärken und aufwerten würde.

⁸² Vgl. *Wildhaber* (Fn. 29), S. 13 f.

Diskussionsbericht

Die zweite Diskussionsrunde hatte die Referate von *Sir Schiemann* (Richter am Gerichtshof de EU), *Professor Dr. Grabenwarter* (Wirtschaftsuniversität Wien, Richter am Österreichischen Verfassungsgerichtshof) und den Kommentar von *Professor Dr. Breitenmoser* (Universität Basel, Richter am schweizerischen BVerwG) zum Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen (EMRK, Grundrechte-Charta, Allgemeine Rechtsgrundsätze) und ihrer Interpreten zum Gegenstand. Bezugnehmend auf den Kommentar von *Breitenmoser* griff *Professor Dr. Herdegen* (Universität Bonn) den Begriff des Beurteilungsspielraums auf und bezeichnete die entwickelte Formel pointiert als magische und taugliche Lösung zur Herstellung von Konvergenz zwischen den unterschiedlichen Gerichten. Der Beurteilungsspielraum sei ein Signal an den *EGMR* sich bei der Annahme von Verletzungen der EMRK zurückzunehmen. Die entscheidende Frage sei dabei, wie weit der Subsumtionsspielraum reiche. Insbesondere sei zu klären, ob der Begriff auch die normativen Voraussetzungen von rechtlichen Tatbeständen erfassen würde.

Sir Schiemann wies darauf hin, dass die Einräumung von Beurteilungsspielräumen an die Judikative an sich nichts außergewöhnliches sei. Dieses Phänomen existiere in jeder Rechtsordnung. Allerdings würde der Begriff des Beurteilungsspielraums zum Teil auch mißbräuchlich verwendet. Die Richter müssten sorgfältig prüfen, ob ihnen tatsächlich ein Beurteilungsspielraum eingeräumt sei. *Sir Schiemann* plädierte für ein grundsätzliches Mehr an Subsidiarität und eine Beschränkung der Straßburger Richter auf wirklich elementare Grundrechtsverletzungen. Wie schon in seinem Referat dargelegt, sah er eine Gefahr dahin, dass der *EGMR* in der Vergangenheit auch in geringfügigen Beeinträchtigungen bereits Menschenrechtsverletzungen gesehen habe. In Wahrheit läge in vielen staatlichen Eingriffen noch keine Konventionsverletzung. Unterschieden

werden müsse zwischen wirklichen Grundrechten und bloßen „Anhängseln“ von Grundrechten, die aber nicht das gleiche Schutzniveau verdienten. Grundrechte seien Grundrechte, weil sie das Fundamentale, also dasjenige, was jedem sofort einleuchten muss, unter Schutz stellen. Alles was über die Essenz der Grundrechte hinausgehe, sei in Wirklichkeit kein Grundrecht, sondern vielmehr bloßer „Wildwuchs“, der die Staaten bevormunde. Es gehe ihm nicht um die Beschneidung der Grundrechte, sondern vielmehr um eine differenzierte Betrachtung, um eine höhere Akzeptanz der Entscheidungen des *EGMR* zu sichern.

Professor Dr. Breitenmoser bestätigte mit Bezug auf die weitreichende Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofs die Ansicht von Sir Schiemann und führte als Beispiel die Emre-Rechtsprechung des EGMR (22.05.2008 - 42034/04 und 11.10.2011 - 5056/10) an. Andererseits könnten die in den beiden Emre-Urteilen angemahnten Prüfungskriterien umgekehrt auch als Anerkennung der subsidiären Rolle des EGMR verstanden werden, wenn dieser sich in Zukunft auf eine Prüfung beschränke, ob die nationalen Gerichte nun die massgeblichen Kriterien im Rahmen einer umfassenden Interessen- und Rechtsgüterabwägung geprüft hätten, die sie nach der EMRK zu prüfen verpflichtet sind. Dabei werde den Konventionsstaaten ein Beurteilungsspielraum zuerkannt, wenn diese beurteilten, ob die zu prüfenden Kriterien für eine Menschenrechtsverletzung wirklich erfüllt sind oder nicht.

Professor Dr. Grabenwarter sah ebenfalls eine Beschränkung des *EGMR* für notwendig an. Strikt zu trennen seien die Sachverhaltsebene, die Ebene der Auslegung des nationalen Rechts und schließlich die Abwägungsebene. Der *EGMR* sei kein Tatsachengericht, daher obliege die Ermittlung des relevanten Sachverhalts auch immer den nationalen Gerichten. Ebenso seien die nationalen Gerichte auch berufen, das nationale Recht auszulegen. Der *EGMR* habe nicht darüber zu befinden, wie das nationale Recht im Einzelfall auszulegen sei. Auf der Abwägungsebene schließlich komme der *EGMR* ins

Spiel, hier könne und müsse er prüfen, ob ein Konventionsverstoß gegeben sei.

Dr. Börner (Rechtsanwalt, Köln) sah in der Rechtsprechung des *EGMR* nicht nur eine Kompetenzanmaßung des Gerichtshofs, sondern auch schlechte Jurisprudenz. Am Beispiel des Fall *Gäfgens* (10. 4. 2007 - 22978/05) argumentierte *Börner*, der *EGMR* würde die EMRK häufig schlichtweg fehlerhaft auslegen. Im Fall *Gäfgens* hätte eine Rechtfertigung des Polizisten über den übergesetzlichen Notstand nahegelegen, dies aber hätte der *EGMR* verkannt. Bei der besagten Entscheidung sei auch eine gewisse Blindheit der Entscheidung des *EGMR* gegenüber der Täterrolle *Gäfgens* nicht zu verkennen gewesen. *Börner* fordert bei Entscheidungen des *EGMR* mehr Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit ein. Die Interessen der Allgemeinheit seien, wie das Beispiel der nachträglichen Sicherungsverwahrung (*EGMR*, 17.12.2009 – 19359/04) zeige, für den *EGMR* bei seiner Rechtsfindung sekundär.

Professor Dr. Seidel (Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Universität Bonn) warf zum Abschluss der Diskussion die grundlegende Frage auf, wie weit die EU-Grundrechtscharta in ihrem Anwendungsbereich überhaupt tatsächlich reiche: Überall dort, wo tatsächlich auch EU-Recht umgesetzt werde oder sogar darüber hinaus überall im Anwendungsbereich der Primärrechts generell? *Sir Schiemann* wollte sich zu dieser Frage nicht abschließend äußern, die tatsächliche Reichweite der EU-Charta sei noch nicht hinreichend von der Wissenschaft geklärt.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT DER UNIVERSITÄT BONN

CENTER FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, UNIVERSITY OF BONN
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE EUROPEEN DE L'UNIVERSITE DE BONN

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010

- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011

- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012
- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuering, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012