

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 124 (2005)

**Artikel:** Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa : Einleitungsreferat

**Autor:** Müller, Jörg Paul

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895758>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 24.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Einleitungsreferat

JÖRG PAUL MÜLLER\*

## **I. Grundrechte als persönliche Rechte und politische Legitimitätsfaktoren**

Grundrechte sind elementare Sicherungen der Integrität und Freiheit des Einzelnen als Individuum und in seinen elementaren sozialen Bindungen gegenüber beengender oder erdrückender sozialer Macht. Sie sind in einer weitgehend säkularen Welt wie Europa zu einem der wenigen konsensfähigen Orientierungspunkte politischer Ordnung geworden. Es sind gleichsam Schnittstellen, an denen moderne politische Organisationen auch in pluralistischen Gesellschaften sich mit einem Minimum weitgehend unbestrittener und in geschichtlicher Erfahrung erhärteter menschliche Grundanliegen<sup>1</sup>, die sich auch im Alltag zur Geltung bringen lassen, verbinden können. Die Verpflichtung auf Grundrechte bedeutet in jedem politischen Verband, gleich welchen nationalen, geographischen oder wirtschaftlichen Sonderinteressen er sonst dienen mag, dass die Sache des Menschen, seiner Freiheit, seiner Würde und Einmaligkeit ernst genommen werden soll. Damit wird – nach innen und nach aussen – Friedfertigkeit und eine Absage an jede Eigengesetzlichkeit politischer oder anderer formierter Macht proklamiert und verspro-

---

\* Prof. Dr. iur., Dr. iur. h. c. (Basel), LL. M. (Harvard), em. Ordinarius für Staats- und Völkerrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Bern. – Für die Mitarbeit bei der Sichtung des sehr umfangreichen Materials und seiner Verarbeitung, sodann bei der Bereinigung der Endfassung, die auch die Diskussionen in Genf vom 8. Sept. 2005 berücksichtigt, danke ich sehr herzlich Herrn MIKE SCHÜPBACH, lic. iur., und Frau ISABELLE-SABRINA BÜRGIS, stud. iur. Herr Prof. ULRICH ZIMMERLI vom Institut für öffentliches Recht an der Universität Bern hat mir in kollegialer Weise Unterstützung gewährt.

1 Zu diesem konsensfähigen Minimal- oder Kerngehalt der Grundrechtsgewährleistungen als Basis einer Verfassungsordnung, in der Toleranz, Dissens und Differenz wichtig bleiben, siehe ausführlicher JÖRG PAUL MÜLLER, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, in: Blankenagel/Pernice u. a., Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle, Tübingen 2004, S. 17 ff., 21; ferner DERS., Reflexionen zur EMRK, in: Paul Mahoney u. a., Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Köln u. a. 2000, S. 957–969.

chen. Das schafft Bürgernähe, Legitimität, Bereitschaft zur Ein- und Unterordnung, also Qualitäten, die jede politische Gemeinschaft braucht, die sich nicht ausschliesslich auf Gewalt und Zwang stützen, sondern eben durch die Richtigkeit und Menschlichkeit ihrer Ordnung überzeugen will. Wo sich daher in der Neuzeit eine politische Organisation oder ein Verfassungsstaat Glaubwürdigkeit verschaffen will, liegt die Berufung auf Menschen- und Grundrechte nahe, im Interesse der beteiligten und betroffenen Menschen, aber auch im Interesse der institutionalisierten politischen Einheit.

Diese legitimierende Funktion der Grundrechte zeigt sich in der Geschichte des neuzeitlichen Staates seit dem 18. Jahrhundert. In gewisser Weise kann man die politische Abstützung auf Grundrechte mit früheren Anrufungen Gottes in Präambeln politischer Verträge und Satzungen vergleichen.<sup>2</sup> Die Amerikaner haben im Jahre 1776 Grundrechte als self-evident-truths angerufen, um sich in einem revolutionären Akt vom Mutterland loszusagen, die Franzosen haben ihre grosse Revolution auch mit der Proklamation von Menschenrechten, die USA haben später ihre Bundesverfassung mit der Bill of Rights untermauert und sie nach dem grossen Kampf um die Sklavenbefreiung im Sinne der neu umschriebenen Freiheit erweitert. Kein Zweifel, hier finden menschliche Grundbedürfnisse nach Freiheit Ausdruck und Anerkennung; aber es sind auch die durch entsprechende zeitgemässe Gewährleistungen legitimierten politischen Einheiten, die an Glaubwürdigkeit und Stärke gewinnen. Weltweit, vor allem im Rahmen der UNO, haben die Grund- und Menschenrechte im Prozess des Ab- und Umbaus der kolonialen Weltordnung im 20. Jahrhundert eine wesentliche Rolle gespielt.<sup>3</sup>

Auch Europa hat die juristische Legitimität seiner politischen Neuordnungen nach 1945 wesentlich im Versprechen eines intakten Grundrechtsschutzes gesucht. Deutschland hat nach 1945 seinem verfassungsrechtlichen Neuanfang mit einem Grundrechtskatalog Legitimität und Richtung gegeben, andere europäische Staaten, die sich als Verfassungsordnungen neu begründeten, sind dem Beispiel des Grundgesetzes in verschiedener Weise gefolgt.

---

2 In einem Gespräch mit JÜRGEN HABERMAS äussert JOSEPH RATZINGER eindrücklich, wie die Menschenrechte als Grundlage für eine Verständigung über die ethischen Prinzipien des Rechts und als Korrektiv gegenüber dem positiv gesetzten Recht heute als letztes Element eines – im Übrigen stumpf gewordenen – europäischen Naturrechts stehen geblieben seien. In ihnen liege die Kernaussage, «dass der Mensch als Mensch, einfach durch seine Zugehörigkeit zur Spezies Mensch, Subjekt von Rechten ist, dass sein Sein selbst Werte und Normen in sich trägt.» Die Lehre von den Menschenrechten müsste heute erneuert werden, und zwar in einem Gespräch, das «interkulturell angelegt und ausgelegt werden» müsste. JÜRGEN HABERMAS/JOSEPH RATZINGER, *Dialektik der Säkularisierung*, Freiburg i. B. 2005, S. 49–51.

3 Eindrücklich die Darstellung von A. W. BRIAN SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire, Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford 2001.

Die neu und stärker als in früheren Erklärungen an der Menschenwürde<sup>4</sup> orientierten Grundrechte, aber auch ihre beispiellose gerichtliche Sicherung sollten nach innen und aussen als Garantie gegen ein neuerliches Abgleiten in totalitäre Herrschaft gelten. Als Angelpunkt dieser neuen Aktualisierung des Menschen- oder Grundrechtsgedankens im 20. Jahrhundert erscheint auf europäischer Ebene die Konvention des Europarats von 1950 mit der weltgeschichtlich erstmaligen justiziellen Sicherung in einem überstaatlichen, tendenziell kontinentalen Rahmen.

Auch für die europäische *wirtschaftliche* und politische Einigung ist die hohe Überzeugungskraft oder unbestrittene Legitimitätsfunktion der Grundrechte in Europa ein entscheidender Faktor geworden. Ganz besonders seit den neunziger Jahren ist die Selbstbindung der ehemaligen europäischen «Wirtschafts»gemeinschaft, der heutigen EU, an die europäischen Menschenrechte und die entsprechende europäische Konvention immer stärker hervorgetreten.<sup>5</sup> Das zeigt sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH), in den verschiedenen neueren Vertragstexten und nun in der «Charta der Grundrechte» der EU von 2003. Offensichtlich und zu Recht versucht also auch die EU mit dem Bezug zu den Grundrechten ihre Existenz und Funktion in der europäischen Bevölkerung glaubwürdig zu verankern.

Im europäischen Raum überlagern sich damit heute in einmaliger Weise mindestens drei Ebenen eines gerichtlich gesicherten Grundrechtsschutzes: nämlich der nationalstaatliche Verfassungsstaat, der Integrationsraum der EU und der fast kontinentumfassende Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention. Im Folgenden geht es um die Frage, wie diese verschiedenen Gerichtsbarkeiten miteinander sinnvoll in Beziehung gesetzt, koordiniert und für einander fruchtbar gemacht werden können.

---

4 Zur verfassungsrechtlichen Garantie der Menschenwürde als Faktor europäischer Grundrechtskoordination siehe den folgenden Beitrag von GIUSEP NAY.

5 In den Gründungsverträgen der Europäischen Gemeinschaften (EGKS, EWGV, EAGV) werden Grundrechte nicht ausdrücklich genannt, wenn auch Ansätze und Anhaltspunkte nicht fehlen. Bei der Schaffung dieser Institutionen dachte niemand daran, entsprechende Regelungen vorzusehen. (Belege bei HANS-WERNER RENGELING/PETER SZCZEKALLA, Grundrechte in der Europäischen Union, Carl Heymanns Verlag, 2004, S. 2 mit Anm. 4). So hat der EuGH ursprünglich auch die Meinung vertreten, er habe sich nicht mit dem nationalen Verfassungsrecht und seinen Grundrechten zu befassen. Der EuGH hat erstmals im Stauder-Urteil vom 12. 11. 1969 zur Frage des Grundrechtsschutzes Stellung bezogen und – damals wohl noch in einem blossen obiter dictum – ausgeführt, dass die Wahrung der Grundrechte zu den «allgemeinen Rechtsgrundsätzen» der Gemeinschaftsrechtsordnung gehöre. EuGH U. v. 12. 11. 1969, Rs. 29/69 (Stauder/Stadt Ulm, Slg. 1969, 419, 424 f.). Im Nold-Urteil vom 14. 05. 1974 findet sich sodann ein Hinweis auf bestimmte völkerrechtliche Quellen des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft EuGH U. v. 14. 05. 1974, Rs. 4/73 (J. Nold/Kom, Slg. 1974, 491).



## II. Die drei europäischen Ebenen des Grundrechtsschutzes

a) Die Grundrechtsverwirklichung durch *die nationalen Verfassungs- und Fachgerichte* ist der geschichtlich erhärtetste und unbestrittenste Teil der europäischen Grundrechts-Rechtsprechung. Den nationalen Gerichten obliegt, die in den jeweiligen Staatsverfassungen verbrieften Grundrechte (und diejenigen der internationalen Abkommen nach Massgabe der Regeln über die Integration dieses Teils des Völkerrechts in die nationalen Rechtsordnungen in der Rechtsanwendung) zu verwirklichen.

b) Die *Aufgabe des EGMR* dürfte auch einigermaßen klar fassbar sein, indem ihm die Auslegung und Konkretisierung der in der Konvention und ihren Zusatzprotokollen festgelegten menschenrechtlichen Gewährleistungen übertragen ist. Allerdings betrachtet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) selbst diese Rechtsquelle als ein *living instrument* und interpretiert es in seiner Rechtsprechung mit einer gewissen Dynamik.

Exemplarisch und illustrativ für dieses dynamische Verständnis der Konventionsauslegung ist die Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK mit der Garantie der Achtung des Privatlebens. Neben dem bekannten Schutz auf Abwehr staatlicher Eingriffe hat der Gerichtshof daraus auch Schutzpflichten des Staates gegen Eingriffe Dritter abgeleitet und darüber hinaus auch leistungrechtliche Gewährleistungen entwickelt. Geschützt sind neben einem inneren Kreis der eigenen Persönlichkeit und den äusseren Beziehungen zu anderen Menschen auch das berufliche Umfeld oder die sonstige Gestaltung der Lebensführung, gerade auch wenn der Lebensstil von Minderheiten in Frage steht. Aber auch Bereiche des Umweltschutzes wurden der Garantie des Art. 8 unterstellt.<sup>6</sup>

Unter den Zusatzprotokollen wirft das am 1. April 2005 in Kraft getretene 12. Protokoll besondere Fragen auf: Es enthält über den bisherigen Art. 14 hinaus eine weite und allgemeine Garantie gegen Diskriminierung, die in ihrer Tragweite mit dem neuen Art. 8 Abs. 2 der schweizerischen Bundesverfassung oder Art. 3 Abs. 2 und 3 des deutschen Grundgesetzes vergleichbar ist, also Verfassungsgarantien, von denen auch Verfassungsgerichte und andere höchste nationale Gerichte in höchstem Mass gefordert sind und deren Konkretisierung immer wieder an die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und glaubwürdiger Abgrenzung zu den Entscheidungsbefugnissen des demokratischen Gesetzgebers führt.<sup>7</sup>

---

6 Belege bei CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München 2005, S. 176 ff., 203 ff.

7 Wichtige Hinweise auf die Entstehungsgeschichte finden sich bei GRABENWARTER (FN 6), S. 384. Der EGMR bekomme mit der neuen Konventionsgarantie «eine verfassungsgerichtsähnliche Funktion, von der zweifelhaft ist, ob er sie ausfüllen kann.» (S. 385)

c) Der *EuGH* entstand als Gerichtshof einer Organisation, die ihrem Ursprung nach der wirtschaftlichen Integration Europas verpflichtet war, dies allerdings auch unter dem überdachenden Vorzeichen der Friedenssicherung im Nachkriegseuropa. In der Wirtschaftsgemeinschaft, der EWG, bildeten die vier Grundfreiheiten, die allen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten gleichmässig den Zugang zu den europäischen Märkten öffnen wollten, den zentralen Bezugspunkt eines sich abzeichnenden Verfassungsrechts. Die vier Grundfreiheiten standen entsprechend im Zentrum der Rechtsprechung des *EuGH*, jedenfalls soweit es um Freiheitspositionen der einzelnen natürlichen und juristischen Personen ging. Die EWG hat sich aber zur EG und zur EU gewandelt, also eine immer breitere politische Zielsetzung in ihre Integrationsbemühungen aufgenommen. Dies spiegelt sich auch im breitem Katalog von Grundrechten, deren sich der *EuGH* neben den klassischen Grundfreiheiten heute annimmt.<sup>8</sup>

### III. Eigenart, Grenzen und Interdependenzen der drei Gerichtsbarkeiten

Es gehört zur Eigenart dieser drei Gerichtsbarkeiten, dass sie nicht etwa wie ein innerstaatlicher Instanzenzug einer klaren Hierarchie folgen würden, aber dennoch zum Teil nach heutiger Rechtslage die gleichen Rechtsfragen beurteilen: nämlich die Grundrechtskonformität von Hoheitsakten der Einzelstaaten.<sup>9</sup> Zum Teil wenden sie mehr oder weniger unmittelbar die gleiche Rechtsquelle, die in der EMRK und in den einzelstaatlichen Verfassungen garantierten Grundrechte an. Es fehlt dabei – abgesehen von richterrechtlichen Ansätzen wie in der Doktrin des «margin of appreciation» des EGMR<sup>10</sup> – an einer grundsätzlichen Abstufung der Kognitionsbefugnisse, wie sie etwa zur Abgrenzung innerstaatlicher Rechtsmittelinstanzen vorgesehen ist.

Weiter trägt zur Besonderheit der Situation bei, dass die Integrationsdichte der verschiedenen Ebenen sehr unterschiedlich ist: Dem sich als souverän verstehenden Einzelstaat steht die Union mit ihrem erheblichen Grad an ökonomischer und sektoriell politischer Integration gegenüber, während der Eu-

---

8 Siehe jetzt die konzise Darstellung der Grundfreiheiten und Grundrechte der EG/EU in: DIRK EHLERS (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005, S. 177–382 und 383–552.

9 Ein sehr schönes Beispiel (*Koua Poirrez Case*) über die unterschiedliche Handhabung des Diskriminierungsverbots (Verbot der Diskriminierung wegen der Nationalität) findet sich im folgenden Beitrag von LUZIUS WILDHABER mit der Schlussfolgerung: It is no option to abolish one level of the three jurisdictions involved «as each level has a key role to play in the European legal architecture.»

10 Übersicht und weitere Literaturhinweise bei GRABENWARTER (FN 6), S. 112 ff. Zur Niederlassungsfreiheit im Einzelnen siehe CHRISTIAN TIETJE, in: EHLERS (FN 8), S. 284 ff.

roparat eher eine Vorstufe europäischer Integration repräsentiert, mit einem Schwergewicht auf kultureller und menschenrechtlicher Zielsetzung. Sein wohl aktivstes und wichtigstes Organ, der EGMR, übt heute im Grundsatz unbestritten die Funktion eines eigentlichen Grundrechtsgerichts in Europa aus. Seine Bedeutung hängt mit seinem grossen Jurisdiktionsgebiet, das über 800 Mio. Einwohner umfasst, mit der leichten Zugänglichkeit durch Einzelne mittels der Individualbeschwerde, aber auch mit der hohen Glaubwürdigkeit seiner bisherigen Rechtsprechung zusammen. Dass etwa die Hälfte der Richterinnen und Richter heute von Staaten gestellt werden, die erst nach 1989 dem Europarat beigetreten sind und von denen viele über keine längere und gefestigte demokratisch-rechtsstaatliche Tradition verfügen, hat die Legitimität des EGMR bisher kaum in Frage gestellt.

Anders als der EGMR ist der EuGH kein Grundrechts-, sondern ein Fachgericht für die Belange des EG-/EU-Rechts. Er kann nicht mit einer Individualbeschwerde wegen Grundrechtsverletzung angerufen werden, und seine Aufgabe ist primär die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts, wenn auch die in Europa anerkannten Grundrechte von ihm immer mehr auch als Massstab seiner Entscheidungen beigezogen werden. Als Anknüpfungspunkt für die Begründung seiner Zuständigkeit genügt nicht irgendeine Grundrechtsverletzung, etwa der persönlichen Freiheit oder der Menschenwürde, sondern eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts.<sup>11</sup> Dazu gehören nun sehr zentral auch die sog. Grundfreiheiten, also die elementaren wirtschaftlichen Freiheiten der Unionsbürger, die allen einen gleichen Marktzutritt erlauben sollen.<sup>12</sup> Die nichtwirtschaftlichen Grundrechte treten auch in der neuesten Rechtsprechung nur zur Vertiefung und Verdeutlichung des Verständnisses einer Grundfreiheit in Erscheinung oder zur Bestimmung ihrer Schranken, so wenn das Recht auf den Namen eines Unionsbürgers auch im Lichte von Art. 8 EMRK interpretiert wird<sup>13</sup>, oder wenn der EuGH die Men-

---

11 Nach EG-Vertrag Art. 234 (kons. Fassung vom 24.12.2002) urteilt der EuGH «über die Auslegung dieses Vertrages». Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte stellen «keine Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts dar, sondern fungieren als Rechtserkenntnisquellen.» In: EHLERS (FN 8), S. 385.

12 Die Grundfreiheiten sind Stützpfiler der gemeinschaftsrechtlichen Wirtschaftsverfassung und gelangen insbesondere zur Anwendung, wenn mitgliedstaatliche Regelungen den innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr behindern. EHLERS (FN 8), S. 178. Insofern ist die Feststellung von CHRISTIAN WALTER unzutreffend, es bestehe aufgrund von Art. 18 EGV ein von den ökonomischen Freiheiten unabhängiges Freizügigkeitsrecht, das als Auffanggrundrecht in allen Fällen diene, die mangels eines wirtschaftlichen Bezugs nicht unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Niederlassungsfreiheit fallen. CHRISTIAN WALTER, in: EHLERS (FN 8), S. 18.

13 EuGH, C-168/91, Christos Konstantinidis, Slg. 1993, I-1191, Schreibweise eines griechischen Namens.

schenwürde des deutschen Grundgesetzes als Schranke der Dienstleistungsfreiheit der Union anerkennt<sup>14</sup> oder wenn er wie im Fall der Blockade der Brennerautobahn<sup>15</sup> Anliegen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit als Begrenzung der Warenverkehrsfreiheit gelten lässt. Ich halte die Aussage nicht für zutreffend, dass der EuGH «in der Sache für den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts einen umfassenden Grundrechtsschutz» gewährleiste, dem nur noch das formale Gerüst und die verbindliche Struktur eines geschriebenen Grundrechtskataloges fehle.<sup>16</sup> Dass der EuGH bei der heutigen Ausgestaltung der Rechtsmittel und der materiellen Rechtsgrundlagen auch bei gutem Willen keinen umfassenden Grundrechtsschutz gewährleisten kann, müsste in den Entscheidungen des EuGH und in der kommentierenden Literatur noch deutlicher zum Ausdruck kommen. Ich halte dies darum für wichtig, weil die vermeintliche Aufgabe und Fähigkeit des EuGH, einen umfassenden Grundrechtsschutz zu gewähren, heute dazu führen müsste, alle relevant werdenden Grundrechte durch den Trichter der Grundfreiheiten (und daraus abgeleiteter Unionsgrundrechte) zu pressen, wodurch Tragweite und Geltungsanspruch der tradierten Grundrechte gerade in ihren nichtwirtschaftlichen Aspekten leiden müssten. Ein Recht auf Privatsphäre oder auf Familienleben kann zwar auch unter dem Gesichtspunkt seiner Dienlichkeit für eine freie Marktteilnahme sinnvoll ausgelegt werden, das klassische Grundrecht wird dadurch aber nicht erschöpft. Ebensowenig kann ein klassisches Grundrecht dadurch seine vollen Konturen erhalten, dass es als Schranke der wirtschaftlichen Grundrechte ernst genommen wird (wie in den Fällen Omega und Brennerautobahn). Dies soll in diesem Referat weiter unten an den Fällen Konstantinides und Mary Charpenter<sup>17</sup> verdeutlicht werden, die an der Tagung in Genf auch gerade zwischen Vertretern der Wissenschaft und des EuGH, vor allem seinem Präsidenten SKOURIS, heftig diskutiert wurden.

#### **IV. Methodische Würdigung und Kritik der höchsten europäischen Gerichtshöfe**

Die richterliche Rechtsschöpfung ist in dem Ausmass, wie sie seit der Mitte des 20. Jahrhunderts ganz besonders im Gebiet der Grundrechte von Verfassungsgerichten wie in Karlsruhe, oder von den übernationalen Gerichten in Strassburg und Luxemburg praktiziert wird, auch rechtsmethodisch eine neu-

---

14 EuGH, C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH, EuGRZ 2004, S. 639 mit den Schlussanträgen von GA Christine Stix-Hackl, ebenda S. 229.

15 EuGH, C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Schmidberger.

16 So VASSILIOS SKOURIS im folgenden Beitrag.

17 Siehe unten IX.

artige Erscheinung auf dem europäischen Kontinent. Rechtsfortbildung durch Case Law hat eine Intensität angenommen, die mit dem kontinentalen Begriff von Recht und Rechtsverwirklichung, für den die Vorstellung des Gesetzes und seiner getreuen Anwendung dominierte, nur schwer zu bewältigen ist. Die neue Dynamik der gerichtlichen Tätigkeiten in Europa sprengt aber auch die bisherigen Vorstellungen von der zurückhaltenden und stark textgebundenen Aufgabe eines internationalen Richters. Ein Europarechtler stellt einigermassen erstaunt fest: «Les méthodes d'interprétation des juges communautaires sont d'ores et déjà plus proches de celles des cours constitutionnelles ou suprêmes nationales que de celles des juridictions internationales classiques.»<sup>18</sup> Die Rechtswissenschaft scheint entsprechend auch noch wenig gerüstet für die methodische Auseinandersetzung mit dieser – jedenfalls ihrem Umfang und ihrer Tragweite nach – für ein civil law-country immer noch neuen Art der Rechtsfortbildung. Während im nationalen Rahmen die staatsrechtliche Diskussion über die neue Bedeutung der Grundrechts-Rechtsprechung besonders intensiv seit der Mitte des 20. Jahrhunderts in einem doch mehr oder weniger bereits vertrauten staatstheoretischen Rahmen, nämlich dem Spannungsfeld zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik und Gesetzgebung geführt wird, kommentiert die Wissenschaft das neue Verständnis der übernationalen europäischen Gerichte eher mit etwas Skepsis und bemüht sich um Einbindung.

Aus der neuesten Literatur seien zwei kritische Stellungnahmen zu dieser Entwicklung herausgegriffen: ARMIN VON BOGDANDY fürchtet, dass eine weitere Expansion des EuGH im sensiblen Grundrechtsbereich zu Lasten autonomer nationaler Grundrechtsjudikatur gehen könne. Der EuGH überrasche namentlich mit der Entwicklung eines allgemeinen und folgenschweren Diskriminierungsschutzes, den er aus dem Konzept der Unionsbürgerschaft entwickle.<sup>19</sup>

Mit Bezug auf den EGMR argumentiert HELEN KELLER sehr differenziert<sup>20</sup>: Sie stellt in der Praxis von Strassburg eine minuziöse Kontrolle der nationalen Gerichtsbarkeiten fest und erwägt dann, ob eine solche Durchdringung des gesamten staatlichen Handelns erforderlich sei, um die primäre Zielsetzung der EMRK zu erreichen, nämlich: einen Rückfall in Diktatur und menschenverachtende Zustände zu verhüten, wie sie das 20. Jahrhundert kennzeichneten. Sie argumentiert dann überzeugend, eine Prävention neuer

---

18 VINCENT MARTENET, L'émergence d'un bloc de constitutionnalité européen en matière de droits fondamentaux, SZIER 2/2005, S. 304.

19 ARMIN VON BOGDANDY, Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts, JZ 11/2005, S. 529 ff., 539.

20 HELEN KELLER/MARTIN BERTSCHI, Erfolgspotenzial des 14. Protokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 2005, S. 204 ff., 210 f.



despotischer Zustände könne nicht erst im letzten Moment einsetzen; es gehe darum, auch im Alltag von Staat und Gesellschaft rechtsstaatliche Grundsätze tief zu verankern; in vielen Europaratsstaaten sei ferner der Rechtsstaat erst im Aufbau begriffen und da müsse der EGMR auch an den Einzelheiten mitwirken. Ferner sei zu bedenken, dass es im Wesen des von Strassburg entwickelten Case Law liege, nicht abstrakte Prinzipien zu formulieren, sondern an konkreten Problemlagen, wie sie sich mitunter in unbedeutenden kleinen Fällen zeigen, rechtsstaatliche Leitlinien zu entwickeln. Zur Eingrenzung der Rechtsprechung des EGMR findet sich dann aber doch der Vorschlag von HELEN KELLER, die Kontrolle durch Strassburg zu lockern, wenn ein höchstes Gericht auf nationaler Ebene die Grundrechtsfrage bereits gründlich geprüft habe. Damit würde – so meine ich – Strassburg die gleiche Autorität und Zurückhaltung gegenüber den einzelnen Verfassungsstaaten zeigen, wie sie im Fall *Bosphorus*<sup>21</sup> gegenüber dem EuGH in Luxemburg nun gelten soll. Das wäre eine elegante und einsichtige Lösung eines komplexen europäischen Problems.

## **V. Abgrenzung der europäischen Gerichtsbarkeiten zu einander (Verhältnis des EuGH zum EGMR)**

Zu schwerwiegenden Konflikten zwischen den europäischen Gerichten ist es bisher nicht gekommen, wenn sich auch die Notwendigkeit eines Widerspruchs von Strassburg gegenüber Luxemburg durchaus belegen lässt, so etwa besonders anschaulich in dem von LUZIUS WILDHABER nachfolgend eingehend geschilderten Fall des Herrn Koua Poirrez<sup>22</sup>. Dieser wurde von einem französischen Bürger adoptiert, erhielt aber dadurch nicht die französische Staatsbürgerschaft. Er machte dann wegen seiner Invalidität Sozialansprüche gegen Frankreich geltend. Die französischen Gerichte wiesen diese ab, gestützt auf eine Vorabentscheidung des EuGH. Dieser wollte trotz des Adoptionsverhältnisses einen gemeinschaftsrechtlichen Bezug nicht gelten lassen, da der Vater, ein Unionsbürger, kein Wanderarbeiter sei, da er immer in Frankreich wohnte und arbeitete. Es fehlte somit die grenzüberschreitende berufliche Tätigkeit, die erst die Zuständigkeit des EuGH begründet hätte. Erst Strassburg hat mit seinem Urteil vom 30. September 2003 die Diskriminierung wegen nationaler Herkunft im Sinne der Konvention festgestellt und dem Invaliden Recht gegeben. Dogmatisch lassen sich in diesem Fall die divergierenden Urteile von EGMR und EuGH mit dem Hinweis erklären, dass

---

21 Dazu unten V.

22 Koua Poirrez c. France (Requête no. 40892/98), arrêt du 30 septembre 2003.

hier primäres EG-/EU-Recht, dort ausschliesslich die Garantie der Menschenrechtskonvention anzuwenden war.

Wer im Falle eines eigentlichen Konflikts, also bei divergierender Auslegung der gleichen Rechtsquelle, den Vorrang hätte, war bis vor kurzem ungeklärt, ja die genannten Gerichte schienen der Fragestellung geschickt aus dem Weg zu gehen.<sup>23</sup> Erst im Sommer 2005 hat die grosse Kammer des EGMR im Fall *Bosphorus* ein wohl entscheidendes Urteil gefällt.<sup>24</sup> Im Wesentlichen kann man dem Urteil die Aussage entnehmen, dass der Strassburger Gerichtshof ein Urteil bezüglich der Anwendung von Grundrechten der Konvention nicht korrigieren wird, sofern der EuGH in einem früheren Verfahrensstadium eine Grundrechtsprüfung bereits vorgenommen hat, etwa in einem Vorabentscheidungsverfahren. Der EGMR behält sich allerdings vor, im Falle, dass die Arbeit des EuGH schwere Defizite in der Grundrechtsprüfung aufweise, dem Konventionswerk der EMRK doch auch gegen den EuGH zum Durchbruch zu verhelfen. Da in mehreren der folgenden Referate auf den *Bosphorus*-Fall eingegangen wird, kann es hier bei diesem Hinweis sein Bewenden haben.

## **VI. Der bleibende autonome Bestand des nationalen Grundrechtsschutzes**

Hauptverantwortlich für die Konkretisierung und Durchsetzung der Grundrechte auf einem nationalen Territorium bleiben nach wie vor die nationalen Verfassungsgerichte. Grundrechte müssen je im Rahmen einer spezifisch-politischen Ordnung Gestalt gewinnen, wie sie jedem Nationalstaat eigen ist und auch in seiner Verfassung einen eigenen Ausdruck gefunden hat. So kommt der Meinungsfreiheit in einem politischen System mit ausgebauten direktdemokratischen Institutionen besondere Bedeutung zu. Bundesgericht und schweizerische Bundesverfassung bringen dies in der eigenen Garantie einer Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Bürgers als Ausweitung der allgemeinen Meinungsfreiheit zum Ausdruck. Ein politisches System mit ausgesprochen parlamentarischem Charakter kennt seinerseits wieder eigene Verfassungsrechte und Schutzmechanismen, wie sie etwa in den Klagen der

---

23 Vgl. etwa die Urteile des EGMR i. S. *Senator Lines GmbH v. Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom* vom 10. März 2004, EuGRZ 2004, S. 279, und *Emesa Sugar N.V. v. the Netherlands* vom 13. Januar 2005, EuGRZ 2005, S. 234 mit Anmerkung Breuer.

24 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (Application no. 45036/98), Grand Chamber Judgment, 30 June 2005.



Abgeordneten zur Auflösung des Bundestags zum Ausdruck gekommen sind. Über solche verfassungsspezifische Eigenarten hinaus kann es nicht Sinn des europäischen Grundrechtsschutzes sein, den landesrechtlichen Schutz irgendwie zu schmälern. Das bringt auch die Günstigkeitsklausel von Art. 53 EMRK zum Ausdruck. Jedenfalls in der schweizerischen höchstrichterlichen Praxis zeigt sich nun aber – wohl auch aus arbeitsökonomischen Gründen – die Neigung, Strassburger Forderungen in dem Sinne zu verstehen, dass sie auch entsprechende Verfassungsgarantien ausschöpfen. So wird in der bundesgerichtlichen Praxis nicht immer klar, dass die Anforderungen des EGMR grundsätzlich nur minimale Garantien seien, die nur nach «unten» und nicht nach «oben» einen verbindlichen Massstab für die Auslegung eines Grundrechts durch die Gerichte in der Schweiz darstellen. Dies gilt selbst dann, wenn identische oder ähnliche Formulierungen in Konvention oder Verfassung vorliegen. Wenn also Strassburg z. B. gegenüber der Schweiz eine bestimmte Form der Ausschaffungshaft als zulässig bezeichnet, so heisst das nur, dass die EMRK nicht verletzt sei. Es bedeutet nicht, dass auch die mitunter weitergehenden Anforderungen der Bundesverfassung (Art. 31, 25 und 7 BV) erfüllt seien. In aller Regel wird man davon ausgehen, dass die Bundesverfassung einen feineren, subtileren, in regelmässig auch weitergehenden Schutz der menschlichen Freiheiten garantiert als dies dem von Strassburg definierten internationalrechtlichen Standard entspricht, dem ja auch rechtsstaatlich traditionsärmere Staaten wie etwa die Ukraine oder Russland nachkommen müssen.

Das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Haftbefehl hat diesen Sommer deutlich illustriert, wie der Schutz der nationalen Verfassung viel spezifischer sein kann als das europäische Recht.<sup>25</sup>

## **VII. Koordination des Grundrechtsschutzes und die Eigenart des werdenden Europas**

Würde sich Europa in Richtung einer politischen Einheit nach dem Muster der Nationalstaaten entwickeln, so müssten nach traditioneller Staatsauffassung die sich potentiell widersprechenden Gerichtsbarkeiten einer Entscheidungsspitze untergeordnet werden mit dem Ergebnis eines geschlossenen Gesamtgefüges.

Europa entwickelt sich aber nach den heute tragenden Konzepten – zum Glück – nicht auf eine gebietsumfassende, souveräne Entscheidungseinheit zu. Im Gegenteil: für die neue europäische Ordnung gelten als kennzeich-

---

25 BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005, EuGRZ 2005, S. 387.

nende Kriterien Pluralität, Subsidiarität, aber auch Parallelität im Sinne eines Nebeneinander sich ergänzender und korrigierender, impulsgebender und machtbegrenzender politischer Einheiten mit je eigenen Verfassungen oder verfassungsähnlichen Ordnungen. Genährt wird ein solches Konzept aus dem Bewusstsein, dass der Versuch nach territorial umfassenden und geschlossenen rechtlichen und politischen Systemen in Europa im Rahmen des Nationalstaates immer wieder zur Katastrophe geführt hat und der Welt zum Verhängnis geworden ist. Europa muss in seiner eigenen Struktur zum Ausdruck bringen, was es im Einzelnen seinen heutigen und zukünftigen Bürgerinnen und Bewohnern verspricht: eine wohlgeordnete Freiheit (KANT), in der auch Vielfalt, Eigenart und Differenz in gewaltfreien Verhältnissen Raum finden.

Koordination des Grundrechtsschutzes in einem solchen Europa bedeutet nicht Unterordnung einer Rechtsordnung unter die andere oder Etablierung klarer Hierarchien zwischen Gerichten verschiedener Rechtskreise, sondern gerade in dieser Koordination soll ein neuer Stil politisch-rechtlicher Lösung zum Ausdruck kommen: Auseinandersetzung mit dem Andern und Anerkennung seiner Argumente und besseren Gründe, auch auf dem Hintergrund der Gleichwertigkeit bewährter, d. h. am Schicksal aller gemessener Traditionen. Der Weltgeist, die Vernunft, weht nicht in *einem* souveränen Staat, auch nicht im *andern* und auch nicht in einer inter- oder supranationalen Organisation. Verfahren zu suchen, die erlauben, aus der Geschichte und von einander zu lernen, und solche Erfahrungen in Rechtsüberzeugungen zu konkretisieren und zu tradieren, das ist der zukunftsweisende Weg für ein neues Europa.

## **VIII. Verständigungsorientierte statt formal-schlüssige Lösung von Konflikten**

### *1. Zum Stil des Abschlusses der Caroline-von-Hannover-Fälle*

Anzeichen eines solchen neuen Modus politischer und rechtlicher Entscheidung lassen sich nicht nur auf institutioneller Ebene sozusagen makroskopisch im Zusammen- und Ineinanderwirken der europäischen Verfassungsstaaten und der sie verbindenden Organisationen beobachten. Der für Europa vielleicht spezifische und mitunter zukunftsweisende Stil politischer Auseinandersetzung und Kooperation lässt sich auch – eher mikroskopisch – in Einzelfällen der europäischen Grundrechtspraxis beobachten. In diesem Sinn möchte ich den Fall der monegasischen Prinzessin Caroline von Hannover anführen. Sie hat sich in einem über 10 Jahre dauernden Rechtsstreit vor den deutschen Gerichten, auch vor dem Bundesgerichtshof und dem Bundesver-

fassungsgericht gegen Übergriffe der Boulevardpresse zu wehren gesucht. Gegenstand der Verfahren war Carolines Klage gegen grosse deutsche Unterhaltungsblätter, die sie beim Einkaufen auf dem Markt mit ihrer Leibwächterin oder am Strand mit ihrem Partner verfolgten und auch einen Sturz in der Badeanstalt medial verbreiteten. Caroline forderte einen Ersatz von Nichtvermögensschaden in der Höhe von 50 000 Euro, nebst Erstattung ihrer Kosten und Auslagen in Höhe von 143 000 Euros. Die deutschen Gerichte waren zwar nicht unsensibel für die Anliegen des Schutzes der Privatsphäre, aber sie gaben in einigen Punkten doch der Pressefreiheit den Vorrang, die auch den Unterhaltungsbereich abdeckte.<sup>26</sup> Der Strassburger Menschenrechtsgerichtshof, genauer: die dritte Sektion des Gerichts, hat nun aber in seinem Urteil vom 24. Juni 2004 die Akzente anders gesetzt und die Fotografen der Boulevardpresse zugunsten eines verstärkten Persönlichkeitsschutzes entschieden zurückgebunden.<sup>27</sup>

Da in den folgenden Referaten vom Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, HANS-JÜRGEN PAPIER, und von CHRISTINE BREINING-KAUFMANN ausführlicher auf den Fall der Prinzessin eingegangen wird, möchte ich lediglich einen besonderen, bisher nicht beachteten Aspekt aufgreifen, der mehr den Modus, den Stil oder die Grammatik der gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen den verschiedenen Ebenen betrifft. Ich möchte gleichsam die Form, in der sich die Streitsache erledigte, vielleicht etwas überzeichnend hervorhe-

---

26 BVerfG, 1 BvR 758/97 vom 26.4.2001.

27 EGMR, von Hannover v. Germany vom 24. Juni 2004, in: EuGRZ 2004, S. 404. Im Strassburger Urteil finden sich erstaunliche Sätze wie diese: Als bestimmender Faktor bei der Abgrenzung von Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit habe – ich zitiere – «der Beitrag zu gelten, den die veröffentlichten Fotos und Artikel zu einer Debatte von allgemeinem Interesse beitragen» (Ziffer 76). In der vorliegenden Sache fehle ein solcher Beitrag. Die Prinzessin erfülle – obschon sie eine bekannte Persönlichkeit sei – keine offiziellen Funktionen. Die Öffentlichkeit habe kein legitimes Interesse daran zu erfahren, wo die Prinzessin sich aufhalte, auch wenn sie sich an Orte begeben, die – wie der Markt – nicht als abgeschieden bezeichnet werden könnten. «Und selbst wenn ein solches Interesse der Öffentlichkeit bestünde, ebenso wie ein kommerzielles Interesse der Zeitschriften an der Veröffentlichung von Fotos und Artikeln, so haben diese Interessen . . . im vorliegenden Fall hinter dem Recht auf wirksamen Schutz des Privatlebens zurückzutreten» (Ziffer 77). – Vgl. aber auch das Sondervotum des Sektionspräsidenten CABRAL BARRETO: Personen des öffentlichen Lebens seien alle, die im öffentlichen Leben eine besondere Rolle spielen, ob in Politik, Wirtschaft, Kunst, Gesellschaft, Sport oder in anderen Bereichen, auch wenn sie keine offiziellen Funktionen wahrnehmen. Die Öffentlichkeit habe in gewissen Grenzen ein berechtigtes Interesse daran, zu erfahren, ob diese Personen «funktionales und persönliches Verhalten überzeugend in Übereinstimmung bringen». Die Prinzessin sei nicht ohne ihr Zutun eine der meist umjubelten Persönlichkeiten von Europas high society. Auf die Frage, was auch für solche Personen ein vor der Öffentlichkeit geschützter Raum bleiben müsse, antwortet BARRETO, entscheidend sei, ob die Person «vernünftigerweise hoffen konnte, an einem Ort den Blicken der Öffentlichkeit und der Medien nicht ausgesetzt zu sein», und deshalb berechnete Erwartungen auf die Respektierung der Privatsphäre haben durfte. EuGRZ 2004, S. 415

ben, um eine grundsätzliche Bemerkung zur früher aufgeworfenen Frage einer neuen Kultur der Rechtsentwicklung in Europa anzufügen.

Obwohl der Ausgang der Verfahren zunächst nahe legt, von einer Niederlage des Bundesverfassungsgerichts und einem Sieg von Strassburg zu sprechen, zeigt ein genaueres Hinsehen ein differenzierteres Bild: Deutschland ist zwar vor der dritten Sektion (sie ist im Laufe des Verfahrens an die Stelle der ursprünglich befassten vierten Sektion getreten) des EGMR unterlegen, es wäre dann aber ein Weiterzug an die Grosse Kammer möglich gewesen. Die deutsche Bundesregierung verzichtete aber darauf, nachdem sie zur Vorbereitung ihrer Entscheidung auch das Bundesverfassungsgericht um Stellungnahme ersucht hatte. Es lohnt sich, einen Blick auf den Wortlaut der von Präsident PAPIER unterzeichneten Stellungnahme zu werfen: Obwohl an sich vertretbar wäre, dass die Bundesrepublik Deutschland «im Hinblick auf die gesonderte Regelung der Pressefreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG» einen solchen Weiterzug anstrengte, würden doch auch gute Gründe dafür sprechen, «zunächst die Auswirkungen auf die Praxis der Fachgerichte in Deutschland und in den übrigen Mitgliedstaaten der EMRK abzuwarten». Soweit sich zeige, dass es dauerhafte Kollisionen zwischen dem Schutz der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz und der Rechtsauffassung des EGMR gebe, müsse gegebenenfalls in einem späteren Verfahren auch die Große Kammer des EGMR angerufen werden. Das Bundesverfassungsgericht bestehe deshalb nicht auf einer Anrufung der Großen Kammer des EGMR<sup>28</sup>. Die Bundesrepublik hat darauf Strassburg entsprechend orientiert. Nun könnte man natürlich allein über diese präsidiale Erklärung, ihre präjudizielle Bedeutung und ihren Stellenwert für die weitere Positionierung der beiden Gerichte vertiefte Betrachtungen anstellen, oder auch über die etwas verunsichernde Infragestellung andauernder Rechtskraft des vorliegenden Kammerurteils von Strassburg durch die Stellungnahme von Präsident PAPIER. Hier geht es jedoch mehr um die Feststellung, dass – abgesehen von der formellen Rechtskraft – der Sache nach keines der höchsten Gerichte das letzte Wort behalten hat, weder das Strassburger noch das Karlsruher Gericht. Es ist aber auch nicht einfach bei einer ungelösten Frage geblieben, die man vor sich her schiebt. Der vom Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts begleitete Verzicht Deutschlands auf die Ausschöpfung der Berufungsmöglichkeit in Strassburg, aber auch verschiedene seither ergangene Urteile des Kammergerichts Berlin<sup>29</sup> scheinen mir jedenfalls Indizien eines eher diskursiven statt autoritati-

---

28 Stellungnahme des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts vom 1. September 2004 zur Entscheidung der Bundesregierung im so genannten Caroline-von-Hannover-Verfahren vor dem EGMR, EuGRZ 2004, S. 540.

29 Abgedruckt in: EuGRZ 2005, S. 271.

ven Verständnisses von Koordination im Grundrechtsbereich in Europa zu sein.

Im Übrigen wird HANS-JÜRGEN PAPIER in seinem Beitrag zum Ausdruck bringen, dass er dem Caroline-Urteil des EGMR nicht unkritisch gegenüber steht. Nach ihm sollte Strassburg «einen gemeineuropäischen Mindeststandard an Menschenrechtsschutz gewährleisten vor allem durch richtungweisende Grundsatzentscheidungen und nicht durch Abwägungen im Einzelfall». Dies müsse Sache der nationalen Gerichte bleiben. Strassburg dürfe nicht zu einem letztinstanzlichen Rechtsmittelgericht werden.<sup>30</sup> Diesen Standpunkt versuchte Deutschland aber im Verfahren in Strassburg nicht durchzusetzen.

## 2. *Starre Begründungsdogmatik und konziliantes Ergebnis im Fall Görgülü*

Dass die nationalen Entscheidungsinstanzen gegenüber der Strassburger Rechtsprechung trotz bestehender dogmatischer Hindernisse sozusagen porös geworden sind, zeigt auf andere Weise der Fall des türkischen Vaters Görgülü. Er wollte nach langer Trennung mit seinem sechsjährigen Kind, das von deutschen Eltern adoptiert worden war, Verbindung aufnehmen. Die deutschen Gerichte hatten auch unter Beteiligung des Bundesverfassungsgerichts das Ersuchen abgelehnt. Görgülü fand aber schliesslich beim EGMR<sup>31</sup> Schutz mit einer auf Art. 8 EMRK gestützten Beschwerde. In der Folge wollte das zuständige deutsche Oberlandesgericht dem Strassburger Erkenntnis keine Folge leisten und dem Vater Besuche beim Kind weiterhin verweigern, worauf der Türke das Bundesverfassungsgericht wegen Verletzung des Art. 6 Abs. 2 und 20 Abs. 3 GG anrief. Dieses antwortete<sup>32</sup> zunächst mit der Feststellung, eine direkte unmittelbare Bindung der deutschen Gerichte an ein Urteil des EGMR bestehe nicht, denn die Souveränität Deutschlands liege im Grundgesetz und nicht im Völkerrecht oder beim EGMR. Das Grundgesetz fordere demnach keine *strikte Beachtung*, keine sklavische Vollstreckung, sondern nur eine *Berücksichtigung* eines Urteils des EGMR. Diese Aussagen von Karlsruhe irritierten oder weckten Unverständnis im In- und Ausland. Sie erschienen wie ein Rückfall in überholte starre Grenzziehungen zwischen

---

30 Siehe den Beitrag von HANS-JÜRGEN PAPIER in diesem Tagungsband.

31 Urteil vom 5. April 2004, EuGRZ 2004, S. 700.

32 Ausgangspunkt des Karlsruher Verfahrens ist ein Nichtannahmebeschluss des Ersten Senats vom 31. Juli 2001. Zentral ist sodann die Leitentscheidung des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004, BVerfGE 111, 307. Hier findet sich die Feststellung: Das Grundgesetz verzichtet nicht «auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität.» (Rz. 35). Siehe auch Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 5. April 2005, EuGRZ 2005, S. 268, und vom 10. Juni 2005, EuGRZ 2005, S. 426.



Völkerrecht und Verfassungsrecht.<sup>33</sup> Nun steht diesem Aspekt der Görgülü-Entscheidungen der andere gegenüber, nämlich das für den Beschwerdeführer erfreuliche Schlussergebnis: Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen konventionskonformer Auslegung des deutschen Rechts doch das Sorgerecht des Vaters anerkannt, und diesem in einer ganzen Reihe von Folgeentscheidungen und Beschlüssen Nachachtung verschafft. Es hat das widerspenstige Oberlandesgericht Naumburg ins Unrecht gesetzt, weil sich dieses auch nachträglich nicht oder nur zu oberflächlich mit dem Richterspruch aus Strassburg auseinandergesetzt hatte. – In seinem Referat wird HANS-JÜRGEN PAPIER ausführlich auf die beiden Aspekte des Görgülü-Entscheids eingehen. Er sieht darin eine entscheidende Fortentwicklung der Karlsruher Rechtsprechung im Sinne gesteigerter Wirkung von EGMR-Urteilen; denn künftig könnten auch die Verletzung von Konventionsrechten und die Missachtung von EGMR-Urteilen im Rahmen der entsprechenden GG-Garantien und des Rechtsstaatsprinzips von Art. 20 Abs. 3 in Karlsruhe gerügt werden. Der nun eröffnete Hebel der Verfassungsbeschwerde verleihe dem EMRK-Recht zusätzliche Durchschlagskraft und werde dazu führen, dass sich Karlsruhe künftig mehr mit Fragen der Menschenrechtskonvention zu befassen haben werde.

### 3. Durchsetzung von EMRK-Rechten gegenüber Bundesgesetzen trotz fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz

Ein weiteres eindruckliches Beispiel für die Öffnung nationaler Gerichtsbarkeiten gegenüber dem menschenrechtlichen Anspruch der EMRK und des EGMR über bisher als unantastbar gehaltene staatsrechtliche Dogmen hinweg findet sich im Grundsatzentscheid des schweizerischen Bundesgerichts BGE 125 II 417. In der Sache ging es um die Anfechtung einer Beschlagnahme von politischem Propagandamaterial durch den schweizerischen Bundesrat. Das Bundesgericht liess in direkter Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und entgegen dem Wortlaut des einschlägigen Bundesgesetzes eine Beschwerde der in ihren Konventionsrechten Betroffenen zu. Es handelt sich

---

33 Offenbar hatten gerade auch ausländische Medien oder sogar staatliche Agenturen den Passus über die starre Souveränität des Grundgesetzes im Beschluss vom 5. April 2005 mit einiger Publizität verbreitet, nicht zuletzt darum, weil durch den Hinweis auf das Bundesverfassungsgericht auch für das eigene Land einer gewissen Distanzierung gegenüber der Strassburger Rechtsprechung das Wort geredet werden konnte. – Karlsruhe könnte daraus vielleicht die Lehre ziehen, dass ihm mit seinem grenzüberschreitenden Anspruch auf Beachtung seiner Urteile, wie er etwa in der vom Gericht selbst erstellten englischen Übersetzung wichtiger Dokumente zum Ausdruck kommt, auch eine besondere Mitverantwortung für die allgemeine Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der Durchsetzung von Urteilen des EGMR zukommt.

hier, wie GIUSEP NAY in seinem Bericht detaillierter ausführen wird, um den ersten und bisher einzigen Fall in der neueren Rechtsprechung, bei welchem ein nicht anders zu lösender Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und dem Konventionsrecht vorlag.<sup>34</sup>

## **IX. Möglichkeiten und Grenzen einer allgemeinen Grundrechtssprechung durch den EuGH**

In dem Masse wie die EU und damit auch die Jurisdiktion des EuGH sich von der ursprünglichen, schwergewichtig wirtschaftlich-marktorientierten Zielsetzung löst und der Union eine immer breitere und umfassendere politische Aufgabe und Zuständigkeit zukommt, wird sich auch die Befugnis oder Verpflichtung des EuGH zu einem umfassenderen Grundrechtsschutz unabhängig von einem Bezug zu den Grundfreiheiten weiterentwickeln müssen. Neben die primäre Aufgabe des EuGH in der Gewährleistung der Grundfreiheiten (Nichtdiskriminierung) würde damit die Aufgabe eines umfassenderen Grundrechtsschutzes in allen Bereichen treten, wo Gemeinschaftsrecht Anwendung findet. Dem muss sowohl in der weitem verfahrensrechtlichen Ausgestaltung als auch in der materiellen Rechtsprechung Rechnung getragen werden. Es würde sich damit eine Arbeitsteilung zwischen Strassburg und Luxemburg in dem Sinn abzeichnen, dass der EuGH überall dort, wo sich Grundrechtsfragen im Anwendungsbereich des EU-Rechts stellen, einen vollen Grundrechtsschutz ausübt, während der EGMR im Sinne der Bosphoruspraxis sicherstellt, dass sich die Rechtsprechung des EuGH in den weiteren europäischen Grundrechtsschutz des EGMR einfügt. Neu wäre also, dass der EuGH auch dort Grundrechten zur Geltung verhelfen kann, wo keine Anknüpfung an eine Grundfreiheit gegeben ist (weil z. B. ein grenzüberschreitender Sachverhalt fehlt), aber doch EU-/EG-Recht Anwendung findet. Es bleibt abzuwarten, «ob die Kategorie der Grundfreiheiten irgendwann einmal als eine Art Eierschale der EU-Evolution abgelegt werden kann»<sup>35</sup>, z. B. infolge eines Beitritts zur EMRK oder durch Verbindlicherklärung der Charta.

Heute, nach dem vorläufigen Scheitern des EU-Verfassungsvertrages von 2004, gilt als Stand der Rechtsentwicklung festzuhalten, dass der EuGH Verletzungen von Garantien der EMRK nur adhäsionsweise überprüft, d. h. seine Zuständigkeit etwa in einem Vorlageverfahren ergibt sich nach wie vor *ratione materiae* nur dadurch, dass es sich um eine Frage der Auslegung des EG-/EU-

---

34 Zur Tragweite des Entscheids BGE 125 II 417 siehe auch JÖRG PAUL MÜLLER, Verfassung und Gesetz, in: recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, 18. Jg., Sondernummer für Wolfgang Wiegand zum 60. Geburtstag, Bern 2000, S. 119 ff., 124.

35 EHLERS (FN 8), S. 387 mit weiteren Hinweisen.



Vertrages handelt. Zwar wird in Art. 6 (2) EU-Vertrag<sup>36</sup> ausdrücklich festgehalten, dass die Union die Grundrechte achtet, «wie sie in der (. . .) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben». Aber offensichtlich wird dadurch die EMRK noch nicht vollwertiger Teil des EU-Vertragswerks, über dessen Auslegung der EuGH zu befinden hat.<sup>37</sup>

Weder die materielle Rechtslage noch das heutige Rechtsschutzsystem erlauben aber bereits heute eine in jedem Fall vollwertige und umfassende Grundrechtsprüfung. Vielmehr bemüht sich der EuGH im Rahmen der Auslegung der Grundfreiheiten, die mit dem Ziel des freien grenzüberschreitenden Wirtschaftens verbunden bleiben, die Grundrechte im Sinne der europäischen Verfassungstradition und der EMRK zu berücksichtigen.

Lassen sie mich dies am Fall des Herrn *Christos Konstantinides* illustrieren.<sup>38</sup> Der Grieche kommt nach Deutschland und arbeitet als Masseur. Im Zivilstandsregister wird er aufgrund der einschlägigen deutschen Verwaltungsnorm in lateinischen Buchstaben als *Hrestos Konstaninides* eingetragen. Der Betroffene beschwert sich und das Amtsgericht Tübingen legt dem EuGH zur Vorabentscheidung die Frage vor, ob eine Grundfreiheit der EG verletzt sei. Der EuGH bejaht dies mit dem Argument, die Freizügigkeit gemäss EG-Recht garantiere jedem Unionsbürger, dass er gegenüber seinen Kunden und weiteren Geschäftspartnern mit dem ihm gewohnten Namen auftreten könne. Die Argumentation des EuGH ist also im Wesentlichen eine marktorientiert-wirtschaftliche: Die Freizügigkeit müsse auch durch liberale faktische Bedingungen des Geschäftsverkehrs gesichert sein. Stellen wir uns nun vor, der Fall wäre von Tübingen auf dem Zivilweg an die obersten deutschen Gerichte und von dort an den EGMR gelangt. Die Frage hätte dann entschieden werden müssen, ob eine inadäquate lateinische Schreibweise des griechischen Namens vor Art. 8 EMRK standhalte. Der EGMR hätte sicher nicht den reibungslosen Ablauf von Geschäftsbeziehungen zum Zentrum seiner Argumentation gemacht, sondern das menschenrechtliche Anliegen, mit dem Namen seine eigene Identität behaupten zu können. Zu einem solchen Entscheid ist es nicht gekommen, aber von hohem Interesse ist, dass der Generalanwalt JACOBS vehement plädiert hatte, Konstantinidis sei nicht nur als Wanderarbeitnehmer oder als wandernder Selbständiger zu betrachten, sondern als ein Mensch, «der Anspruch darauf hat, im Gaststaat in Freiheit und

36 Art. 6 (2) EU Vertrag in der konsolidierten Fassung vom 24.12.2002, Amtsblatt der EG C 235/5.

37 Art. 234 EG Vertrag in der konsolidierten Fassung vom 24. 12. 2002, Amtsblatt der EG C 325/33.

38 EuGH, C-168/91, *Christos Konstantinidis*, Slg. 1993, I-1191, Schreibweise eines griechischen Namens.

Menschenwürde zu leben» (S. 1204). In der Sache plädierte der Generalanwalt nicht nur für eine Anwendung, sondern für eine zeitgemässe Auslegung von Art. 8 EMRK (das Recht auf den Namen ist heute in der Praxis des EGMR als Teil des Schutzes der Privatsphäre anerkannt). In der Tat zeigt der Fall, dass die breitere menschenrechtliche Betrachtung im Rahmen der EMRK ihre volle Berechtigung neben den vom EuGH konkretisierten Grundfreiheiten und Grundrechten hat, die im Wesentlichen den Einzelnen doch eher als einen Wirtschafts- und Produktionsfaktor sehen als einen integralen Menschen mit einem Zweck an sich.

In der gleichen Richtung ist das Urteil der Frau *Mary Carpenter* zu würdigen.<sup>39</sup> Ein britischer Staatsangehöriger ist mit einer philippinischen Frau verheiratet, die seine zwei Kinder aus erster Ehe betreut und auch für den übrigen Haushalt sorgt, besonders wenn er sich in Europa auf Geschäftsreise befindet. Grossbritannien lehnt eine permanente Niederlassung für Frau Carpenter ab. Diese argumentiert im Verfahren vor dem EuGH, ohne ihre Mithilfe könnte ihr Ehemann die ihm als Unionsbürger zukommende Dienstleistungsfreiheit in Europa nicht wahrnehmen. Der EuGH schützt diesen Standpunkt, da sich die Trennung der Eheleute nachteilig auf die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit des Mannes in Europa auswirken würde. Frau Carpenter kann also ihr Recht auf Aufenthalt in Grossbritannien nur auf sein Recht auf Dienstleistungsfreiheit bzw. sein Recht auf Familienleben abstützen. Sie selbst kann keine Rechte geltend machen, da sie ja nicht EU-Bürgerin ist. Der EuGH hat also das Aufenthaltsrecht von Frau Carpenter in der EU bejaht, und zwar in extensiver Interpretation des Rechts auf Niederlassung und der Dienstleistungsfreiheit des EU-Bürgers Carpenter. Diese Grundfreiheit wird vom EuGH im Lichte auch des Art. 8 EMRK (Achtung des Familienlebens) ausgelegt. Dennoch liegt das Schwergewicht der Begründung auf dem Aspekt der wirtschaftlichen Grundfreiheit<sup>40</sup> und auch im Urteilsdisposi-

39 EuGH, C-60/00, *Carpenter*, EuGRZ 2002, S. 332.

40 So deutlich die Rz. 39 der Urteilsbegründung: Die Trennung der Eheleute Carpenter würde sich nachteilig auf die Bedingungen auswirken, unter denen Herr Carpenter eine Grundfreiheit wahrnimmt. «Diese Freiheit könnte nämlich ihre volle Wirkung nicht entfalten, wenn Herr Carpenter von ihrer Wahrnehmung durch Hindernisse abgehalten würde, die gegenüber der Einreise seiner Ehegattin bestünden.» Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juli 2002, Rechtssache C-60/00. – Es sei anerkannt, dass der EuGH bemüht war, im Rahmen der heutigen Möglichkeiten Frau und Herrn C. in der Realisierung ihres Grundrechts auf Familienleben zu unterstützen. Meine Kritik gilt deshalb nicht dem Urteil, sondern eher dem Begründungsstil und dem gegenwärtigen rechtlichen Rahmen, die dem EuGH in der Verwirklichung der Grundrechte gesetzt sind. Zur Präzisierung meines Anliegens sei andererseits nochmals auf die eindrücklichen Schlussanträge von GA Jacobs im Fall *Konstantinidis* (Rechtssache C-168/91) hingewiesen, wo – unter Anerkennung möglicher Konflikte mit dem EGMR – auch unter dem geltenden EG-Recht eine umfassendere Sicht der Grundrechte befürwortet wird. «Ich bin der Meinung, dass ein Gemeinschaftsangehöriger . . . davon ausgehen darf, dass, wohin er

tiv wird festgehalten, «Artikel 49 EG ist im Licht des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens dahin auszulegen, dass (. . .)». Was passiert mit Frau Carpenter, wenn sie nicht mehr für die Betreuung der Kinder gebraucht wird und Herr Carpenter seine Geschäfte auf Grossbritannien beschränkt und nicht mehr auf die Dienstleistungsfreiheit der EU angewiesen ist? Besteht nicht die Gefahr, dass die primäre Grundrechtsfrage denaturiert wird, wenn der Fall wegen der beschränkten Zuständigkeit des EuGH an der Auslegung einer EU-Grundfreiheit abgehandelt werden muss, und die zentrale Bedeutung des Rechts auf Familienleben auf den Gesichtspunkt eines störungsfreien Markt Ablauf unter EU-Bürgern reduziert wird? Wäre nicht der EGMR besser imstande, die menschenrechtlich-familienrechtliche Seite der Angelegenheit umfassend zu würdigen?

## **X. Bedeutung des Grundrechtsschutzes in Europa und die Gefahr einer Ideologisierung der Freiheitsrechte**

Wenn es eine Veranlassung zu europäischem Stolz über eine Errungenschaft der letzten Jahrzehnte gibt, so liegt sie nach meinem Empfinden im kontinentalen Ausbau der gerichtlichen Sicherung von Menschenrechten, wobei gleich wieder zur Bescheidenheit zu mahnen ist: die Institutionen sind in einer geschichtlichen Dimension betrachtet neu und insofern nicht historisch erprobt und noch nicht bewährt. Die EMRK ist formell ein kündbarer Staatsvertrag, und weder die immer wieder labile Autorität des Völkerrechts noch die aus verschiedenen Gründen relativierte Macht souveräner europäischer Staaten bieten Garantie für Fortbestand und Fortentwicklung des Bestehenden. Alles hängt von der politischen Praxis der Bürger, Politikerinnen, der internationalen Richter und nationalen Amtsträger, aber ganz wesentlich auch vom Respekt ab, den die Akteure der wirtschaftlichen Prozesse gegenüber dem Anliegen der Menschenrechte in Europa zeigen. Ohne ein permanentes Ringen um eine europäische Konsensbildung und -festigung über die Unentbehrlichkeit von Grundrechten für ein politisches, gesellschaftliches und auch wirtschaftliches Wohlergehen, sind Institutionen, juristische Dogmen, Koordinationsbemühungen in wissenschaftlichen Diskursen und an Fachtagungen vergeblich.

---

sich in der EG zu Erwerbszwecken auch begibt, stets im Einklang mit einer gemeinsamen Ordnung von Grundwerten behandelt wird, insbesondere denen, die in der EMRK niedergelegt sind. Mit anderen Worten, er ist berechtigt zu sagen: «civis europeus sum» und sich auf diesen Status berufen, um sich jeder Verletzung seiner Grundrechte zu widersetzen.» (Schlussanträge in der Rechtssache C-168/91, I-1211 und 1212) – Zur Aktualität der Diskussion siehe jetzt auch ULRICH HALTERN (Hannover), Das Janusgesicht der Unionsbürgerschaft, in: Swiss Political Science Review, Vol. 11, 2005, S. 87–117, zum Fall Konstantinides insb. S. 92 und 95.

Zur Bescheidenheit mahnt aber auch eine sozusagen gegenläufige Einsicht: nämlich, dass auch der hohe Konsens in einer Wertfrage – oder auch nur einer herrschenden Überzeugung – und die damit verbundene Legitimationskraft für politisches Handeln ins Unmenschliche führen kann. Weltreligionen, Christentum oder Islam, haben sich als missbrauchsanfällig gezeigt, wenn sich zum Glauben die Macht gesellte, von den Kreuzzügen über die Kolonisation der Welt durch europäische Mächte, bis zu gegenwärtigen Formen des Terrorismus und den nicht immer grundrechtskonformen Methoden seiner Bekämpfung. Nicht nur Religionen oder Sozialutopien haben sich, sobald organisiert und mit Macht ausgestattet, als gefährlich erwiesen; sogar die Berufung auf Menschenrechte und Freiheit kann missbraucht werden<sup>41</sup>, etwa im Rahmen der sog. humanitären Intervention und ihrer präventiven und unilateralen Inanspruchnahme gegenüber anderen Staaten und Völkern.

Aber auch nach Innen kann der Titel der Freiheitsrechte zur Ideologie werden, die für die Wirklichkeit eher blind macht. Die Frontstellung eines extrem wirtschaftsliberalen Supreme Court gegen das New Deal oder der etwa in der Schweiz im kalten Krieg auch im Namen der Freiheit praktizierte Staats- und Heimatschutz können als Exempel dienen.

Die tieferen Fragen, die solche Erinnerungen aufwerfen, lauten in unserm Zusammenhang etwa: Wird es Europa gelingen, die hohen Güter von Menschenrecht und Grundfreiheit, aber auch von Wohlstand und sozialem Ausgleich in gewaltenteiligen Prozessen des Diskurses, der Kooperation in einer neuartigen und vielschichtigen Res Publica zu fördern, zu sichern und für Wandlungen offen zu halten, oder wird es nicht zuletzt unter dem Banner von Marktfreiheit, wirtschaftlichem Wachstumszwang und Wohlstandsausgleich zur eindimensionalen Struktur von Regierungsgewalt, Bürokratie und der ihnen zur Verfügung stehenden Zwangsgewalt Zuflucht nehmen? Der Boden zur einen oder andern, zur autoritären oder republikanischen Entwicklung wird nicht nur auf höchster Ebene, sondern auch in der Alltagskultur und in der politischen Praxis im lokalen und kontinentalen Bereich gelegt.

Die Menschen, die ein Konzept für die zu gründenden Vereinigten Staaten von Amerika suchten, haben sich etwa an MONTESQUIEU orientiert. Er wird in den Federalist Papers als das Orakel bezeichnet, zu dem man bei politischer Ratlosigkeit immer wieder Zuflucht nehme. MONTESQUIEU hat nicht viel über Menschenrechte geschrieben, für ihn war politische Freiheit das Ergebnis einer bestimmten Verfassungspraxis, die etwa den kulturellen Gegebenheiten eines Volkes entsprechen und, nach Gesetzen geordnet, für alle gleichermaßen gelten müsse. Gefahr für die Republik sieht er in jeder Form gesellschaft-

---

41 Eindrücklich MONTESQUIEU, Vom Geist der Gesetze, 11. Buch, 3. Kapitel: «Jeder Mensch, der Macht hat (. . .), geht immer weiter, bis er an Grenzen stösst. Wer hätte das gedacht: Sogar die Tugend hat Grenzen nötig.»

licher Macht, da «eine ewige Erfahrung lehrt, dass jeder Mensch, der Macht hat, dazu getrieben wird, sie zu missbrauchen.»<sup>42</sup> Und er lässt keinen Zweifel darüber, dass er damit nicht nur politische Macht meint, sondern auch den gewöhnlichen Reichtum, ungehörige Dienst- oder Arbeitsverhältnisse, familiäre Gewalt oder ungezügelter Freiheit von Geschäftsleuten.<sup>43</sup> Die Keime oder Wurzeln zu republikanischen oder despotischen Verhältnisse liegen in all diesen Bereichen. Vielleicht haben wir beim Weiterbau an Europa auch Grund, wieder einmal auf MONTESQUIEU zu hören.

---

42 MONTESQUIEU, Vom Geist der Gesetze, 11. Buch, 4. Kapitel.

43 Dazu JÖRG PAUL MÜLLER, Vom Geist der Gesetze im Jahre 2004, in: LeGes 2004/3, S. 13 ff., hrsg. von der Schweizerischen Bundeskanzlei, Bern.