

§ 209

Europäische Menschenrechtskonvention

Angelika Nußberger

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Offenheit des Grundgesetzes und europäische Konstitutionalisierungsansätze	1–22		
I. Prämissen für die Einwirkung der EMRK in den Raum des nationalen Verfassungsrechts	1–17		
1. Grundlegende Änderungen im Verfassungs- und Völkerrecht	1– 4		
2. Bekenntnis zur offenen Staatlichkeit im Grundgesetz	5– 9		
3. Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	10–17		
II. Bedeutung des Beitritts der EU zur EMRK	18–19		
III. Grundsätze des Zusammenwirkens nationaler und internationaler Akteure	20–22		
1. Subsidiarität	20–21		
2. Loyalität	22		
B. Entwicklung der EMRK zu einem zentralen Baustein einer europäischen Werte- und Verfassungsordnung	23–48		
I. Äußere Entwicklungsdynamik	24–31		
1. Zeitgeschichtliche Bedeutung der Ausarbeitung eines regionalen Menschenrechtsvertrags in der Nachkriegszeit	24–26		
2. Konstitutionalisierungsansätze	27		
3. Accelerando der Ratifikationen	28		
4. Ausweitung der materiellen Garantien durch Zusatzprotokolle	29		
5. Institutionelle Reformen	30–31		
		II. Innere Entwicklungsdynamik	32–48
		1. Doktrin von der Konvention als „living instrument“ und ihrer effektiven Auslegung	32–38
		2. Ausdifferenzierung der Zulässigkeitsregeln	39–44
		3. Materiellrechtlich innovative Ansätze in der Rechtsprechung des Gerichtshofs	45–46
		4. Weiterentwicklung von Entscheidungsformen	47–48
		C. EMRK als Herausforderung für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	49–66
		I. Objektive Wertordnung des Grundgesetzes vs. „ordre public européen“ der EMRK	49–50
		II. Gründe für potentielle Rechtsprechungsdivergenzen	51–61
		1. Konzeptionelle Unterschiede zwischen den Schutzbereichsfestlegungen	51–55
		2. Unterschiedliche Schrankenbestimmungen	56–58
		3. Unterschiedliche Auflösung von Grundrechtskonkurrenzen	59–61
		III. Funktionen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	62–66
		1. Korrekturfunktion	63
		2. Bestätigungsfunktion	64
		3. Public-Relations-Funktion	65
		4. Dialogfunktion	66
		D. Bibliographie	

A. Offenheit des Grundgesetzes und europäische Konstitutionalisierungsansätze

I. Prämissen für die Einwirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention in den Raum des nationalen Verfassungsrechts

1. Grundlegende Änderungen im Verfassungs- und Völkerrecht

1
Der Mensch als
Völkerrechtssubjekt

War das Völkerrecht des 19. Jahrhunderts noch als ausschließlich zwischenstaatliches Recht, in dem der einzelne mediatisiert wird, verstanden worden, so fanden mit dem Eindringen der Menschenrechte und der Forderung nach ihrer effektiven Umsetzung strukturelle Veränderungen statt, die das Grundverständnis von Regelungsbereich, Aufgabe und Stellenwert des Völkerrechts revolutionierten¹. Der einzelne wurde zumindest als partielles Subjekt der Völkerrechtsordnung anerkannt, die staatliche Souveränität mit Blick auf die Garantie- und Schutzpflichten im Bereich der Menschenrechte eingeschränkt verstanden². Multilaterale Verträge gewannen gegenüber bilateralen Verträgen an Gewicht, da man mehr und mehr bemüht war, übergreifend einheitliche Regelungen zu schaffen und sich in verschiedenen Bereichen auf verbindliche Mindeststandards zu einigen³. Um die Durchsetzung dieser Regelungen zu sichern, wurden umfassend Kontrollgremien eingerichtet, deren Kompetenzen von der Abgabe unverbindlicher Empfehlungen bis zum Erlass bindender Urteile reichten⁴.

2
Fehlen ausdrücklicher
Hoheitsübertragung im GG

Dieser Bedeutungszuwachs völkerrechtlicher Regelungen, die unmittelbar auf innerstaatliche Sachverhalte einwirken, ist auf verfassungsrechtlicher Ebene in Deutschland nicht adäquat abgebildet. Während für das Recht der Europäischen Union mit dem „supranationalen Recht“ eine eigene Rechtskategorie dogmatisch ausgeformt wurde, fand bei den menschenrechtlichen Regelungen des Völkerrechts auch mit Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention allenfalls eine „stille Revolution“⁵ statt; verfassungsrechtliche Bestimmungen, die die Übertragung souveräner Rechte auf die europäi-

1 Grundlegend dazu *Markus Kotzur*, Die anthropozentrische Wende – menschenrechtlicher Individualschutz im Völkerrecht, in: FS für Klaus Stern, 2012, S. 811 ff.; *Bruno Simma*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, in: 250 Recueil des Cours (1994-IV), S. 322 ff.; *Malcolm N. Shaw*, International Law, Cambridge⁶2008, S. 43 ff.

2 Vgl. dazu schon *Hersch Lauterpacht*, International Law and Human Rights, London 1950, S. 27 ff.; aus aktueller Sicht: *Kay Hailbronner/Marcel Kau*, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Wolfgang Graf Vitthum (Hg.), Völkerrecht, ⁵2010, S. 158 ff.; *Volker Epping*, Völkerrechtssubjekte, in: Knut Ipsen, Völkerrecht, ⁵2004, 2. Kapitel, § 7 Rn. 3; *Matthias Herdegen*, Völkerrecht, ¹⁰2011, S. 101 f.; *Stephan Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, ⁹2008, S. 166 ff.

3 *Simma* (N 1), S. 322 ff.

4 Vgl. *Eckart Klein* (Hg.), The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations, 1998; *Shaw* (N 1), S. 302 ff.

5 Der Begriff stammt von *Eckhart Klein*, Menschenrechte: Stille Revolution des Völkerrechts und ihre Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung, 1997.

sche Ebene nach dem Modell von Art. 23 GG explizit regeln würden, fehlen⁶, obwohl mit dem Einsatz eines auf der Grundlage offen formulierter Menschenrechtsgarantien verbindlich entscheidenden Gerichtshofes eine Einschränkung staatlicher Souveränität von Anfang an absehbar und mit zunehmender Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Antwort auf die strukturellen Veränderungen noch dringlicher geworden ist⁷. Die verfassungsrechtliche Architektur verbleibt so behelfsmäßig, ist sie doch auf das Konventionssystem nicht zugeschnitten.

Strittig ist insbesondere, inwieweit Verfassungsrecht selbst unter Umständen völkerrechtlichen Vorgaben weichen muß, eine Frage, die sich etwa bei dem per Referendum in die Verfassung der Schweiz aufgenommenen Verbot des Baus von Minaretten⁸ stellt⁹. Während ein Zurücktreten der verfassungsrechtlichen Regelung aus völkerrechtlicher Sicht eine *conditio sine qua non* für die Effektivität des Menschenrechtsschutzes ist, stellt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht die Frage nach der Bewahrung der eigenen Verfassungsidentität. Dies gilt vor allem dann, wenn eine konventionskonforme Auslegung des Verfassungstextes aufgrund des expliziten Wortlauts nicht möglich und daher bei einem Widerspruch zwischen Konvention und Verfassung nach Art. 46 EMRK eine Änderung der Verfassung geboten wäre. Allerdings wäre in diesem Zusammenhang auch zu fragen, inwieweit mit Blick auf das in Art. 19 EMRK definierte Mandat des Gerichtshofs¹⁰ der rechtsfortbildenden Auslegung der Konvention gleichermaßen Grenzen gesetzt sind¹¹. Grundsätzlich wird man insoweit von einem gegenseitigen Rücksichtnahmegebot auszugehen haben, an das sich sowohl die Staaten bei Verfassungsänderungen als auch der Gerichtshof bei der dynamischen Interpretation der Konvention zu halten haben¹².

3

Verfassungsidentität
vs. völkerrechtliche
Verpflichtungen

Gegenseitiges Rück-
sichtnahmegebot

6 Kritisch dazu *Karl-Peter Sommermann*, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: Arnim von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber, Handbuch *Ius Publicum Europaeum*, 2007, § 14 Rn. 63; *Manfred Zuleeg*, Menschenrechte, Grundrechte und Menschenwürde im deutschen Hoheitsbereich, in: *EuGRZ* 2005, S. 681 (682f.).

7 Vgl. dazu die visionäre Sicht von *Hersch Lauterpacht*, *An International Bill of Rights of Man*, New York 1945, S. 14: „restrictions of sovereignty [are] more far-reaching in their implications than any yet propounded in the annals of international utopias.“

8 Vgl. Art. 72 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. 4. 1999 in der Fassung vom 1. 1. 2011.

9 Das Problem wurde in der Sache noch nicht entschieden. Die ersten beim EGMR eingereichten Beschwerden wurden mangels Opfereigenschaft der Beschwerdeführer für unzulässig erklärt; vgl. EGMR, E v. 28. 6. 2011 *Ligue des Musulmans de Suisse u.a. / Schweiz*, Beschwerde Nr. 66274/09; EGMR, E v. 28. 6. 2011 *Ouardiri / Schweiz*, Beschwerde Nr. 65840/09.

10 Danach wird ein ständiger Gerichtshof errichtet, „um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, welche die Hohen Vertragsparteien in dieser Konvention und den Protokollen dazu übernommen haben.“

11 Vgl. zur Abgrenzung zwischen „policy-making“ und „treaty-interpretation“ *Franz Matscher*, *Methods of Interpretation*, in: Ronald St. John Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold (Hg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, S. 63 (69ff.); zur dynamischen Auslegung der Konvention s.u. Rn. 33 ff.

12 Vgl. dazu das Sondervotum der Richter Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler und Jebens zu der Entscheidung EGMR (GK), Urt. v. 6. 10. 2005 *Hirst / Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 74025/01, RJD 2005-IX, in der die im Gerichtshof geführte Diskussion zu dem Problem einer rechtsfortbildenden, mit Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten kollidierenden Auslegung der Konvention sichtbar wird. Die dissentierenden Richter sehen eine gegen eine Mehrzahl von Verfassungen verstoßende Rechtsfortbildung als nicht tragbar an.

4

Regionaler, auch
universell wirkender
Menschenrechts-
schutz

Die Wirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention als Instrument des regionalen Menschenrechtsschutzes weist weit über den allgemeinen völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz hinaus, der bisher noch kaum in das allgemeine gesellschaftliche Bewußtsein eingedrungen ist¹³. Mit den bindenden Urteilen des Straßburger Gerichtshofes wurden und werden nicht nur Einzelfälle abschließend gelöst, sondern wird auch eine Vielzahl von gesetzgeberischen Reformen in den einzelnen Mitgliedstaaten – insbesondere im Strafprozeß- und Strafvollzugsrecht, aber auch in einer Vielzahl weiterer Rechtsgebiete wie dem Familien-, Betreuungs- und Presserecht bis hin zum Datenschutz- und Umweltrecht – angestoßen.

2. Bekenntnis zur offenen Staatlichkeit im Grundgesetz

5

EMRK als
Katalysator

Die Dynamik der Entwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention zu einem zentralen Baustein eines über die Europäische Union hinausgreifenden Konstitutionalisierungsprozesses in Europa¹⁴ ist bedingt durch und Zeichen von einer neu verstandenen offenen Staatlichkeit¹⁵. Auch wenn die verschiedenen nationalen Verfassungen ein je unterschiedliches Verständnis von staatlicher Organisation zum Ausdruck bringen, sind sie doch allesamt nicht mehr als geschlossene Systeme zu begreifen, sondern stehen vielmehr – gleichsam osmotisch – miteinander in Austausch und Verbindung. Verfassungsrechtliche Konzepte werden rezipiert, verändert, angepaßt¹⁶. Die Europäische Menschenrechtskonvention nimmt bei diesem Prozeß die Rolle eines Katalysators ein, nicht zuletzt, da sie in allen 47 Mitgliedstaaten des Europarats und damit mit Ausnahme von Weißrußland in allen europäischen Staaten unmittelbar gilt und die auf ihrer Grundlage ergehenden Urteile überall gleichermaßen umzusetzen sind. Damit stellt sie eine die europäischen Verfassungsstaaten umfassende Klammer dar und ist mit Blick auf das jeweilige nationale Rechtssystem in ihrer Wirkungsmacht zwischen Verfassungs- und Völkerrecht zu verorten¹⁷.

6

Bezugnahme auf
das „vereinte
Europa“ im GG

Dem Konzept einer offenen Staatlichkeit ist das Grundgesetz in besonderer Weise verpflichtet, wie bereits aus der Präambel erhellt, in der sich das Deutsche Volk als „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ bezeich-

13 Zum Status quo vgl. *Shaw* (N 1), S. 276 ff.; *Hobe* (N 2), S. 422 ff.

14 Vgl. dazu *Alec Sweet Stone*, A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe, in: *Journal of Global Constitutionalism* 2012, S. 1 ff.

15 Zum Begriff einer „offenen Staatlichkeit“ auf der Grundlage einer „in ihrer Tendenz nach außen gewandten Verfassungsentscheidung“ grundlegend *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 35; zur Änderung des Staatsverständnisses vgl. *Stephan Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, S. 380 ff.; zur Rolle der EMRK in diesem Zusammenhang vgl. *Sommermann* (N 6), § 14 Rn. 50 ff.

16 Vgl. dazu grundlegend *Peter Häberle*, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: HGR, Bd. I, 2004, § 7; *ders.*, Europäische Verfassungslehre, 2011.

17 Anders ist dagegen de lege lata der Rang der EMRK in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen zu bestimmen; dazu s. u. Rn. 7 ff.

net und als primäre Aufgabe vorgibt, „dem Frieden der Welt zu dienen“¹⁸. Zwar wird der Europabegriff als im wesentlichen auf den von Art. 23 GG geregelten europäischen Integrationsprozeß im Rahmen der Europäischen Union bezogen¹⁹, schließt aber auch das weitere, vom Europarat zusätzlich umfaßte Europa nicht aus²⁰. Die offene Staatlichkeit und Öffnung für das Völkerrecht wird in einer Reihe von Bestimmungen des Grundgesetzes ausgestaltet. Für die Europäische Menschenrechtskonvention sind insbesondere Art. 59 Abs. 2, Art. 25 und Art. 1 Abs. 2 GG von Bedeutung.

Art. 59 Abs. 2 GG, der die Einbindung völkerrechtlicher Verträge ins deutsche Normensystem allgemein und damit auch für die Europäische Menschenrechtskonvention, der insoweit kein Sonderstatus zugebilligt wird²¹, regelt, bleibt im Vergleich zu den Normierungen in den Verfassungen anderer europäischer Staaten, insbesondere den Verfassungen jüngerer Datums, zurück, soweit völkerrechtlichen Verträgen in der Normenhierarchie nur ein Rang auf der Ebene der Gesetze²² und nicht zwischen Gesetzen und Verfassung oder auf der Ebene der Verfassung eingeräumt wird²³.

Die hierarchische Stellung der Europäischen Menschenrechtskonvention wäre anders zu bestimmen, würde man Art. 25 GG so auslegen, daß auch die Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, zumindest soweit sie Gewohnheitsrecht²⁴ oder sogar regionales *ius cogens*²⁵ darstellen, darunter zu subsumieren wären. Dann gingen sie als „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ den Gesetzen vor. Eine entsprechende Interpretation wäre aber insofern problematisch, als damit die in der Europäischen Menschen-

7

Gesetzesrang der
EMRK

8

EMRK und allgemeine Grundsätze
des Völkerrechts

18 *Christian Tomuschat*, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: HStR VII, ¹1992, § 172 Rn. 6, mißt der Öffnung derart tiefgreifende Auswirkungen bei, „daß das Grundgesetz selbst teilweise aus seiner Rolle als der identitätsbestimmenden Entscheidung für die Ordnung von Staat und Gesellschaft gedrängt wird“; vgl. auch *Hobe* (N 15), S. 137 ff.; *Sommermann* (N 6), § 14 Rn. 1 ff.

19 *Walter Leisner*, in: *Sodan*, Präambel, Rn. 3; *Peter M. Huber*, in: *Sachs*, ⁶2011, Präambel, Rn. 43; *Manfred Zuleeg*, in: *AK-GG*, ³2001, Präambel, Rn. 8.

20 *Horst Dreier*, in: *Dreier*, ²2004, Präambel, Rn. 38.

21 Gesetz über die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 7. 8. 1952 (BGBl II, S. 685); die Konvention ist gemäß der Bekanntmachung vom 15. 12. 1953 (BGBl II 1954, S. 14) am 3. 9. 1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten; Neubekanntmachung der Konvention in der Fassung des 11. Zusatzprotokolls in BGBl II 2002, S. 1054.

22 BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120); 111, 307 (316f.).

23 Vgl. zu der rechtsvergleichenden Perspektive ausführlich *Christoph Grabenwarter*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: *VVDStRL* 60 (2001), S. 290 (299 ff.); *Thomas Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten, in: *Rainer Grote/Thilo Marauhn* (Hg.), *EMRK/GG. Konkordanzkommentar*, Kap. 2 Rn. 17. In den meisten europäischen Staaten hat die EMRK einen Rang zwischen Gesetzes- und Verfassungsrecht (z. B. Belgien, Frankreich, Spanien, Schweiz); ausnahmsweise, etwa in Österreich, steht sie auf derselben Ebene wie das Verfassungsrecht; in den Niederlanden wird ihr sogar Vorrang vor dem Verfassungsrecht zuerkannt. Wie in Deutschland ist die Rechtslage in Dänemark, Italien und Schweden.

24 In der Literatur zu Art. 25 GG ist streitig, inwieweit regionales Gewohnheitsrecht unter „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ zu subsumieren wäre, da ihm die „Allgemeinheit“ grundsätzlich fehle; vgl. dazu *Ondolf Rojahn*, in: *v. Münch/Kunig*, Bd. II, ²2001, Art. 25 Rn. 9, m. ausf. Nachw. zum Meinungsstand.

25 Aus grundsätzlichen Erwägungen läßt sich argumentieren, daß es regionales *ius cogens* – anders als regionales Gewohnheitsrecht – nicht geben könne, da dies per definitionem nicht allgemeine Geltung beanspruchen könne; zum Charakter der EMRK als *ius cogens* vgl. *Fausto de Quadros*, *La Convention Européenne des Droits de l’Homme: un cas de ius cogens régional?*, in: *FS für Rudolf Bernhardt*, 1995, S. 555 ff. (559).

rechtskonvention enthaltenen Gewährleistungen im Gefüge des deutschen Rechts, je nachdem, ob sie zum Gewohnheitsrecht bzw. zum *ius cogens* gezählt würden oder nicht²⁶, auf unterschiedlicher hierarchischer Ebene stünden, obwohl aus völkerrechtlicher Sicht allen Urteilen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte dieselbe Bindungswirkung zukommt und nach Art. 46 EMRK nicht danach unterschieden wird, auf welcher Bestimmung der Europäischen Menschenrechtskonvention die Verurteilung eines Staates beruht. Zudem bestünde Rechtsunsicherheit bei der genauen Bestimmung des Umfangs des aus der Europäischen Menschenrechtskonvention abzuleitenden *ius cogens*. Selbst wenn man einzelne Konventionsbestimmungen, etwa das Folterverbot, als *ius cogens* ansähe, so bliebe immer noch fraglich, ob dann auch die gesamte Rechtsprechung des Gerichtshofes als authentische Auslegung dieses *ius cogens* zu verstehen wäre. Eine entsprechende Verfestigung könnte mit Blick auf den Charakter der Europäischen Menschenrechtskonvention als „living instrument“²⁷ sogar eher kontraproduktiv sein. Eine entsprechend weite Interpretation von Art. 25 GG würde außerdem auch nicht den ungelösten Konflikt zwischen dem aus Art. 1 EMRK in Verbindung mit Art. 27 WVK abzuleitenden Grundsatz, daß die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages nicht mit innerstaatlichem Recht gerechtfertigt werden kann²⁸, und dem im Grundgesetz festgeschriebenen Vorrang von Verfassungsrecht vor Völkerrecht entschärfen²⁹. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, daß die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den vielfach in der Literatur diskutierten Weg, der Europäischen Menschenrechtskonvention über Art. 25 GG Übergesetzesrang zu verschaffen, nicht beschritten hat³⁰.

BVerfG: kein
Übergesetzesrang

9

Bedeutung von
Art. 1 Abs. 2 GG

Für das Verhältnis des Grundgesetzes zum völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz ist schließlich noch Art. 1 Abs. 2 GG relevant, da damit den „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ ein besonderer Schutz zugewiesen wird. Auch wenn sich im Rahmen des dualistischen Völkerrechtsverständnisses des Grundgesetzes daraus keine konkrete Schlußfolgerung für eine von den Vorgaben von Art. 59 Abs. 2 GG abweichende hierarchische Stellung der Europäischen Menschenrechtskon-

26 *Giegerich* (N23), Kap. 2 Rn. 52, argumentiert, daß diejenigen Bestimmungen der EMRK den Status von Völkergewohnheitsrecht haben, die vorbehaltlos von allen Europaratsstaaten angenommen worden sind; hier dürfte aber noch weiter zu differenzieren und nur auf diejenigen Bestimmungen abzustellen sein, denen nach der Rechtsüberzeugung der Konventionsstaaten gerade ein besonderer Status zukommt.

27 S. u. Rn. 32 ff.

28 Implizit ist dies auch Art. 1 EMRK zu entnehmen; vgl. dazu *Giegerich* (N23), Kap. 2 Rn. 18.

29 Anders wäre dies nur, würde man den allgemeinen Regeln des Völkerrecht nach Art. 25 GG sogar Überverfassungsrang zugestehen; dies würde aber dem Wortlaut explizit widersprechen und ist abzulehnen; vgl. *Helmut Steinberger*, Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: HStR VII, 1992, § 173 Rn. 50.

30 Vgl. explizit BVerfGE 74, 358 (370); BVerwGE 52, 313 (334); vgl. auch KG Berlin, in: FamRZ 1982, S. 95; in den neueren Entscheidungen (BVerfGE 111, 307 ff. und der Entscheidung vom 4. 5. 2011, in: NJW 2011, S. 1931 ff.) wird die Frage nicht mehr diskutiert.

vention im deutschen Recht ziehen läßt³¹, so ist diese Bestimmung doch als vorgeordnete Auslegungsmaxime für den vom Grundgesetz gewährten Menschenrechtsschutz von großer Bedeutung³².

3. Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die konzeptionellen Unterschiede bei der Einbindung der Europäischen Menschenrechtskonvention ins nationale Recht, die ein Textvergleich zwischen dem Grundgesetz einerseits und völkerrechtlich besonders offenen Verfassungen³³ andererseits nahelegen könnte, werden durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere aufgrund der beiden wegweisenden Entscheidungen aus den Jahren 2004³⁴ und 2011³⁵, weitgehend relativiert³⁶.

10Wegweisende
Entscheidungen des
BVerfG

a) Konventionskonforme Auslegung

Der von Art. 59 Abs. 2 GG bedingten Problematik, daß die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention von später erlassenen einfachen Gesetzen als *lex posterior* beiseitegeschoben werden können, begegnete das Bundesverfassungsgericht bereits früh mit der Entwicklung der Doktrin von der konventionskonformen Auslegung des Grundgesetzes, die im Grunde eine Präzisierung der Doktrin von der völkerrechtsfreundlichen Auslegung darstellt³⁷. Danach dienen der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, soweit sie ein höheres Schutzniveau als das Grundgesetz aufweisen, als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes. Somit können Konflikte zwischen nationalem Recht und völkerrechtlichen Verpflichtungen in aller Regel vermieden werden, es sei denn, die Widersprüche wären von so grundsätzlicher Natur, daß sie durch Auslegung nicht aufzulösen wären³⁸. Zudem hat das

11EMRK als
Auslegungshilfe

31 Ein entsprechender Ansatz wurde allerdings bereits in den 50er Jahren von *Rudolf Echterhölter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, in: JZ 1955, S. 689 (691 f.), vertreten.

32 *Häberle* (N 16), S. 259; *Horst Dreier*, in: Dreier, ²2004, Art. 1 Abs. 2 Rn. 20; *Matthias Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 2 Rn. 47 m. weit. Nachw. (2004); *Giegerich* (N 23), Kap. 2 Rn. 67 ff.; *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, ⁵2011, § 3 Rn. 6; *Karl-Peter Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung, in: AöR 114 (1989), S. 391 ff.

33 Dazu die Nachweise oben in N 23.

34 BVerfGE 111, 307 ff.

35 Entscheidung des BVerfG vom 4. 5. 2011, in: NJW 2011, S. 1931 ff.

36 *Grabenwarter* (N 23), S. 305 ff.; *Tomuschat*, The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court, in: 11 German Law Journal 2010, S. 513 ff. (518 ff.).

37 Vgl. bereits BVerfGE 6, 309 (362 f.). → Unten *Hufeld*, § 215 Rn. 3.

38 BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120); 111, 307 (317); 120, 180 (200 f.); BVerfG, Beschluß der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20. 12. 2000 – 2 BvR 591/00 –, in: NJW 2001, S. 2245 ff.; Beschluß der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21. 11. 2002 – 1 BvR 1965/02 –, in: NJW 2003, S. 344 (345); Beschluß der 3. Kammer des Ersten Senats vom 2. 7. 2008 – 1 BvR 3006/07 –, in: NJW 2008, S. 2978 (2981); Beschluß der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. 12. 2008 – 1 BvR 2604/06 –, in: NJW 2009, S. 1133 f.; Beschluß der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 4. 2. 2010 – 2 BvR 2307/06 –, in: EuGRZ 2010, S. 145 (147).

Bundesverfassungsgericht schon früh anerkannt, daß die Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention mit Blick auf Verstöße gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG relevant sein können³⁹.

b) Europäisierung des Rechtsstaatsbegriffes

12
Görgülü-
Entscheidung

Rechtsstaats-
grundsatz

Bahnbrechend für das Verhältnis zwischen den Gewährleistungen im Grundgesetz einerseits und in der Europäischen Menschenrechtskonvention andererseits ist die sogenannte Görgülü-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Oktober 2004⁴⁰, in der das Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal feststellte, daß die Nichtbeachtung eines Urteils des für die authentische Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention zuständigen Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte durch die staatlichen Organe gegen den Rechtsstaatsgrundsatz verstoßen könne und ein derartiger Verstoß auch mit einer Verfassungsbeschwerde geltend zu machen sei⁴¹. Auch wenn die in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Garantien nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG damit nach wie vor kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab sind und eine Verfassungsbeschwerde nicht unmittelbar auf eine Bestimmung der Europäischen Menschenrechtskonvention gestützt werden kann⁴², so ist doch das Novum der Entscheidung vom 14. Oktober 2004, daß über das Rechtsstaatsprinzip eine – über die bis dahin geforderte Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfe hinausgehende – indirekte Einbeziehung der Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention im Licht der Auslegung durch den Straßburger Gerichtshof in die Grundrechtsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts möglich und damit die verfassungsrechtliche „Berücksichtigungspflicht“ justiziabel wird.

13
Grenzen der
Berücksichtigung-
pflicht

Die Berücksichtigungspflicht ist allerdings in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Zum einen betont das Bundesverfassungsgericht sehr deutlich, daß eine entsprechende Pflicht nur bei einer „methodisch vertretbaren Auslegung“ der Konvention⁴³ bestehe und verweist damit implizit auf Grundlage und Grenzen der völkerrechtlich begründeten Legitimation der Rechtsprechungstätigkeit des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. E contrario bedeutet die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, daß bei einer nicht mehr an den Text der Europäischen Menschenrechtskonvention gebundenen freien Rechtsfortbildung die Pflicht der staatlichen Behörden zur Umsetzung der Entscheidungen entfiele. Dieses caveat eröffnet dem Bundesverfassungsgericht im Einzelfall – vergleichbar den Aussagen über ausbre-

39 BVerfGE 64, 135 (157); 74, 102 (128); BVerfG, Beschluß der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 1. 3. 2000 – 2 BvR 2120/99 –, in: NVwZ 2001, S. 67; Beschluß der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20. 12. 2000 – 2 BvR 591/00 –, in: NJW 2001, S. 2245.

40 BVerfGE 111, 307 ff.

41 BVerfGE 111, 307 ff. (329); vgl. dazu *Jens Meyer-Ladewig/Herbert Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR, in: NJW 2005, S. 15 (18 ff.).

42 BVerfGE 74, 102 (128) m. weit. Nachw.; BVerfG, Beschluß der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 1. 3. 2004 – 2 BvR 1570/03 –, in: EuGRZ 2004, S. 317 (318).

43 BVerfGE 111, 307 (317).

chende Rechtsakte in der Maastricht-⁴⁴ und in der Lissabon-Entscheidung⁴⁵ – eine Rückzugsstrategie. Aber auch wenn sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in den Grenzen der „methodisch vertretbaren Auslegung“ hält, ist einer Entscheidung dann ausnahmsweise nicht zu folgen, wenn die Umsetzung gegen „tragende Grundsätze der Verfassung“ verstoßen würde⁴⁶. In diesem Sinne verzichte das Grundgesetz, so das Bundesverfassungsgericht, nicht auf „die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“⁴⁷.

Damit führte die Entscheidung zwar einerseits zu einer Europäisierung des Rechtsstaatsbegriffs und folglich zu einer weiteren internationalen Öffnung des Grundgesetzes, zugleich aber auch zur Verfestigung der Vorstellung, es existiere ein Kernbereich nationaler Bestimmungshoheit, den das Bundesverfassungsgericht zu definieren und bewahren sich vorbehalte; wie auch bei den weichenstellenden Entscheidungen zur Fortführung der europäischen Integration⁴⁸, bleibt damit das „Ja“ zu Europa mit einem selbstbewußten, verfassungsidentitätsstiftenden „Aber“ verbunden⁴⁹.

Ambivalent ist die Görgülü-Entscheidung auch mit Blick auf die Aussagen zur Einpassung der Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in die nationale Rechtsordnung. Grundsätzlich wird den Entscheidungen des Gerichtshofes eine Bindungswirkung zuerkannt, die sich auf alle staatlichen Organe erstreckt und sie verpflichtet, „im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen“⁵⁰. Die aus der völkerrechtlichen Bindung an die Europäische Menschenrechtskonvention abgeleitete „Berücksichtigungspflicht“ geht allerdings nicht sehr weit. Wie es in dem ersten Leitsatz zu der Entscheidung prägnant heißt, kann „sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofes als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische ‚Vollstreckung‘ ... gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.“

Dies gelte, wie das Bundesverfassungsgericht im einzelnen ausführt, vor allem bei sogenannten mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen, „in denen das ‚Mehr‘ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein ‚Weniger‘ für

14

Kernbereich nationaler Bestimmungshoheit

15

Umfang der Urteilsbindung

16

Mehrpole Grundrechtsverhältnisse

44 BVerfGE 89, 155 (188).

45 BVerfGE 123, 267 (353 f.).

46 BVerfGE 111, 307 (319).

47 BVerfGE 111, 307 (319).

48 BVerfGE 73, 339 – Solange II; BVerfGE 89, 155 – Maastricht; BVerfGE 123, 267 – Lissabon.

49 Vgl. kritisch zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *Hans-Joachim Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, in: EuGRZ 2004, S. 683 (687 f.), der von „falsch verstandener Souveränität“ spricht; *Tomuschat* (N 36), S. 520 ff.; *Jochen Abr. Frowein*, Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, in: Klaus Dicke/Stephan Hobe u. a. (Hg.), *Liber Amicorum für Jost Delbrück*, 2005, S. 279 ff.; i. E. zustimmend *Meyer-Ladewig/Petzold* (N 41), S. 15 ff.

50 BVerfGE 111, 307 (316, 329 f.).

einen anderen bedeutet⁵¹. Eine derartige Abgrenzungssituation entsteht allerdings nicht nur bei individualisierten mehrpoligen Rechtsverhältnissen⁵², sondern liegt in gleicher Weise auch der in den jeweiligen Schrankenbestimmungen zu den Individualrechten enthaltenen Abwägung zwischen den Rechten des einzelnen und den Rechten der Allgemeinheit, insbesondere, soweit letztere als Schutzpflichten ausgestaltet sind⁵³, zugrunde⁵⁴. Auch in diesen Fallgestaltungen ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dazu aufgerufen, die in der Konvention enthaltenen Garantien durchzusetzen. Er muß trotz der prozeßrechtlich vorgegebenen scheinbar bipolaren Struktur – der Beschwerde eines einzelnen gegen den Staat – einen adäquaten Ausgleich zwischen den verschiedenen konkurrierenden Rechten erreichen⁵⁵.

c) Bekenntnis zu Dialog und Korrektur

17
Entscheidung
zur Sicherungs-
verwahrung

Mit der in der Görgülü-Entscheidung gefundenen Doppelformel von Öffnung und Selbstbewahrung war aber noch nicht die Frage beantwortet, wie mit Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofs, die der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konträr entgegenstanden, umzugehen sei. Wenn auch Einzelentscheidungen, etwa zur Abgrenzung zwischen Pressefreiheit und Privatsphäre⁵⁶ oder zur verstärkten Berücksichtigung der Rechte der Väter unehelicher Kinder⁵⁷ zu Anpassungen der Verfassungsrechtsprechung an die Vorgaben der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte geführt hatten⁵⁸, so war doch noch keine dogmatische Antwort

- 51 BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4. 5. 2011, in: NJW 2011, S. 1931; vgl. *Gertrude Lübke-Wolff*, Der Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei kollidierenden Individualrechten – Plädoyer für eine Korridorlösung, in: FS für Dietrich Murswiek, 2010, S. 193 ff., die insoweit fordert, „einen Korridor konventionsrechtlicher Indifferenz anzuerkennen“ (S. 201); vgl. auch *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: EuGRZ 2006, S. 492 ff.; *Christian Calliess*, Schutzpflichten, in: HGR, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 18 ff. m. weit. Nachw.
- 52 Vgl. zur begrifflichen Bestimmung *Hoffmann-Riem* (N 51), S. 492, der die bipolare Staat-Bürger-Beziehung von multipolaren grundrechtlich geschützten Interessen abgrenzt, „bei denen die Verwirklichung der Interessen des einen Privaten notwendig auf Kosten des/der anderen geht.“ Für Rechtsstreitigkeiten vor Gericht werde dies dann relevant, wenn die Interessen als subjektive Rechte ausgestaltet sind.
- 53 *Calliess* (N 51), § 44 Rn. 18 ff., bezieht die Diskussion zu mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen explizit auf die Abgrenzung zwischen Schutzpflichten und Abwehrrechten; in diesem Sinne auch *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, in: JZ 1990, S. 553 ff. (556).
- 54 Dies gilt beispielsweise auch für Schrankenregelungen zu Art. 5 EMRK, die einem Ausgleich zwischen den Sicherheitsinteressen der Öffentlichkeit und dem Freiheitsinteresse des einzelnen zu dienen bestimmt sind; vgl. hierzu die Ausführungen des EGMR in der Entscheidung EGMR, Urt. v. 14. 4. 2011 Jendrowiak ./ Deutschland, Beschwerde Nr. 30060/04, Rn. 37: „However, the Court has also repeatedly held that the scope of any positive obligation on State authorities to take preventive operational measures to protect individuals from the criminal acts of another individual must take into consideration the need to ensure that the authorities exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action, including the guarantees contained, in particular, in Article 5 of the Convention.“
- 55 Kritisch zu den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu den mehrpoligen Rechtsverhältnissen auch *Tomuschat* (N 36), S. 524.
- 56 EGMR, Urt. v. 24. 6. 2004, von Hannover ./ Deutschland, Beschwerde Nr. 59320/00, RJD 2004 VI, in: EuGRZ 2004, S. 404 ff.
- 57 EGMR, Urt. v. 3. 12. 2009, Zaunegger ./ Deutschland, Beschwerde Nr. 22028/04.
- 58 BVerfGE 127, 132 ff.; BVerfG, in: NJW 2011, S. 740 ff.; BVerfGE 120, 180 ff.

auf diese verfassungsrechtliche Konfliktlage gegeben worden. Diese wurde erst mit der sogenannten Sicherungsverwahrungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 erreicht⁵⁹. Darin wurde zum einen festgehalten, daß Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, zu einer Überwindung der Rechtskraft von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen führen können. Zum anderen wurde das apodiktische Souveränitätsverständnis, das der Görgülü-Entscheidung zugrunde liegt, relativiert, indem die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes als „Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses“ angesehen wurde, „das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet.“⁶⁰ Damit greift die Sicherungsverwahrungs-Entscheidung die Ansätze der Görgülü-Entscheidung auf und entwickelt sie fort, modifiziert sie aber auch in nuancierter Form – auch hier sind die Parallelen zu dem Zweiklang der Lissabon- und der Honeywell-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁶¹ nicht zu übersehen: Auch dort wurden Rückzugsmöglichkeiten beim europäischen Integrationsprozeß aufgezeigt, dann aber nicht genutzt, sondern unter erschwerte Bedingungen gestellt. Letztlich korrigiert das Bundesverfassungsgericht im Fall der Sicherungsverwahrung seine sieben Jahre zuvor getroffene Entscheidung⁶² im Licht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und erklärt die noch 2004 für verfassungskonform erklärten gesetzlichen Regelungen zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig. Diese auf dogmatisch solider Basis getroffene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat Vorbildfunktion für die Rezeption der Europäischen Menschenrechtskonvention in den 47 Vertragsstaaten.

Nuanciertes
Souveränitäts-
verständnis

Korrektur im Licht
der EGMR-Recht-
sprechung

II. Bedeutung des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention

Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK führt zu einer Verschränkung der völkerrechtlichen und der supranationalen Ebene des Menschenrechtsschutzes. Nach jahrzehntelangem Vorlauf⁶³ wurde die Beitrittsoption völkervertraglich in Art. 6 Abs. 2 EUV und Art. 59 Abs. 2 EMRK aufgenommen. Das entsprechende Beitrittsabkommen ist bisher (Stand: November 2011) noch nicht in Kraft getreten.

Sinn des Beitritts ist, für die Europäische Union – in gleicher Weise wie auch für die Nationalstaaten – eine Außenkontrolle der Einhaltung der menschenrechtlichen Garantien auf der Basis von Individualbeschwerden zu ermögli-

18

Beitrittsoption und
-abkommen

19

Kohärenz
des Grundrechts-
schutzes in Europa

59 BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4. 5. 2011, in: NJW 2011, S. 1931 ff.

60 BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4. 5. 2011, in: NJW 2011, S. 1931 ff. (1935).

61 BVerfGE 123, 267 – Lissabon; BVerfGE 126, 286 – Honeywell.

62 BVerfGE 109, 133 ff.

63 Entscheidend war insbesondere das Gutachten 2/94 des EuGH (Slg. 1996, I-1759), das eine vertragliche Grundlage für den Beitritt forderte.