



LA SECTION SUISSE DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES  
DIE SCHWEIZERISCHE SEKTION DER INTERNATIONALEN JURISTENKOMMISSION  
LA SEZIONE SVIZZERA DELLA COMMISSIONE INTERNAZIONALE DI GIURISTI

Christoph A. Spénlé (Hrsg.)

**Die Europäische Menschenrechtskonvention  
und die nationale Grundrechtsordnung**  
Spannungen und gegenseitige Befruchtung

Das **Europainstitut der Universität Basel** ist ein rechts-, politik- und wirtschaftswissenschaftliches Zentrum für interdisziplinäre Lehre und Forschung zu europäischen Fragen. Das Institut bietet ein einjähriges, praxisbezogenes und interdisziplinäres Nachdiplomstudium zum *Master of Advanced Studies in European Integration* an, sowie die Vertiefungsstudien *Major in Conflict and Development* und *Major in International Business*. Daneben führt das Institut zusammen mit der Juristischen, der Wirtschaftswissenschaftlichen und der Philosophisch-Historischen Fakultät der Universität Basel einen Masterstudiengang zu European Studies durch. Es finden ausserdem regelmässig spezielle Weiterbildungskurse, Seminare und Vorträge statt. In der Forschung werden in Zusammenarbeit mit benachbarten Instituten sowohl fachspezifische wie multidisziplinäre Themen bearbeitet. Das Europainstitut ist als Ansprechpartner für Politik, Wirtschaft und Verwaltung beratend tätig.  
**[www.europa.unibas.ch](http://www.europa.unibas.ch)**

ISBN-13: 978-3-905751-08-6

ISBN-10: 3-905751-08-9

**Christoph A. Spenlé**, Dr. iur., Advokat, LL.M. (Jg. 1969), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), Direktion für Völkerrecht. Er ist Experte für den internationalen Menschenrechtsschutz und habilitiert zum Thema „Reform der UNO-Staatenberichtsverfahren“. Er nimmt Lehraufträge an der Universität Luzern für die Geschichte der Grund- und Menschenrechte wahr und ist in diesem Bereich publizistisch tätig.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> <i>Gret Haller</i>	<b>5</b>
<b>Einleitung</b> <i>Christoph A. Spenlé</i>	<b>7</b>
<b>Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Grundrechtsordnung: Zwei Seiten einer Medaille</b> <i>Eckart Klein, Potsdam</i>	<b>11</b>
<b>Zusammenwirken im Grundrechtsschutz durch den Europarat und durch die Europäische Union - Auswirkungen in einem assoziierten Staat</b> <i>Rainer J. Schweizer, St. Gallen</i>	<b>29</b>
<b>Auswirkungen der EMRK auf die Grundrechtsordnung und die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz</b> <i>Giusep Nay, Lausanne</i>	<b>45</b>
<b>Die Europäische Menschenrechtskonvention als „Konventionsgemeinschaft“: Praktische Wirkungen in der deutschen Rechtsordnung</b> <i>Christian Walter, Münster</i>	<b>53</b>



## Vorwort

Am 16./17. Juni 2006 organisierte die Schweizer Sektion der Internationalen Juristenkommission unter dem Titel „Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung: Spannungen und gegenseitige Befruchtung“ in Basel eine gemeinsame Tagung mit der Deutschen Sektion. Zu Gast im Europainstitut Basel, bot diese Tagung Gelegenheit, ausgewiesene Expertinnen und Experten aus Wissenschaft und Lehre, Praktiker aus Justiz- und Verwaltungsbehörden sowie weitere Akteure der Zivilgesellschaft aus dem deutschsprachigen Raum zusammen zu führen, um sich über diese brisante und aktuelle Thematik auszutauschen.

Die Schweizer Sektion der Internationalen Juristenkommission bedankt sich für die grosszügige Unterstützung der Tagung beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten, Direktion für Völkerrecht, welche auch die Erstellung dieses Bandes ermöglicht hat. Ihr Dank gilt auch allen Verfassern der Beiträge sowie Frau Sabine Hofer, Leiterin Administration des Europainstitutes Basel für die Koordination. Und schliesslich geht der Dank an Christoph A. Spenlé, Vorstandsmitglied der Schweizer Sektion, für seinen umsichtigen und unermüdlichen Einsatz als wissenschaftlicher Herausgeber.

Dr. Gret Haller  
Präsidentin der Schweizer Sektion  
der Internationalen Juristenkommission



# Einleitung

Die Verfassungstraditionen der Schweiz und Deutschlands, zweier historisch und kulturell eng verbundener Nachbarn, scheinen in zentralen Punkten - namentlich der Frage der Umsetzung des Völkerrechts auf Landesebene - weit entfernt. Ist das in der Sache aber wirklich so? Wo liegen die Unterschiede, wo die Gemeinsamkeiten? Wer hat jeweils das letzte Wort, wenn nationales und internationales Recht kollidieren? Welche Erfahrungen lassen sich vom jeweils anderen übernehmen? Diesen Fragen wollte die am 16./17. Juni 2006 von der Schweizer Sektion der Internationalen Juristenkommission organisierte erste gemeinsame Tagung der Schweizer und der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission unter dem Titel „*Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung: Spannungen und gegenseitige Befruchtung*“ rechtsvergleichend nachgehen.

Das Thema der Tagung, das zahlreiche Anknüpfungspunkte bot, lässt sich auch - verkürzt und bewusst provokativ - auf folgenden Titel reduzieren: „*Wo sitzen letztlich die höchsten Richter?*“ Ausgangspunkt der juristisch und politisch unter dem Aspekt der „Wahrung der nationalen Souveränität“ immer wieder für heftige Kontroversen sorgenden Fragestellung ist die These, dass beide Verfassungstraditionen letztlich auf denselben fundamentalen Werten beruhen: Der Anerkennung der Würde des Menschen und den universelle Geltung beanspruchenden Menschenrechten. Deren wichtigste, für die Schweiz und Deutschland gleichermaßen verbindliche und diese beiden Staaten verbindende Verankerung findet sich in der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK).

Das Völkerrecht überlässt es grundsätzlich den einzelnen Staaten, *wie* sie völkerrechtliche Verträge innerstaatlich zur Geltung bringen, es verlangt bloss, *dass* es von den Staaten befolgt wird. Dies gilt auch für die EMRK und ihre Zusatzprotokolle, welche es den Vertragspar-

teien freistellen, in welcher Weise sie ihrer Pflicht zur Beachtung der Vertragsvorschriften nachkommen.

Damit sind im Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht verschiedene Themenkreise angesprochen, welche sowohl die schweizerische als auch die deutsche Rechtstradition vor Herausforderungen gestellt und zu eigenständigen Lösungen geführt haben: So etwa die Frage der *Rangzuweisung* für das Völkerrecht, die sich im Fall der Kollision von Völker- und Landesrecht aktualisiert (in der Schweiz fehlt etwa, im Gegensatz zu Deutschland mit seiner ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit, eine starre Normenhierarchie); die Frage der Art und Weise der Einbeziehung des Völkerrechts im Landesrecht (dem schweizerischen *Monismus* steht eine *dualistisch* geprägte Tradition Deutschlands entgegen) und schliesslich die Frage der *unmittelbaren Anwendbarkeit*, welche die *Justiziabilität* einer völkerrechtlichen Norm beschlägt.

Ein Vergleich zwischen der schweizerischen und der deutschen Rechtsordnung scheint allein aufgrund der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, zwangsläufig zu hinken: So sind die Gewährleistungen der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle in der deutschen Rechtsordnung aufgrund des klar zugewiesenen Ranges in der Normenhierarchie kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab; ein Beschwerdeführer kann insofern vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht nicht unmittelbar die Verletzung eines in der EMRK enthaltenen Menschenrechts mit Verfassungsbeschwerde rügen.

Freilich hat dies letztlich keinen Einfluss auf die generelle Geltung der EMRK und die Rechtswirkungen der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR). Auch sind, um eine weitere Frage aufzunehmen, weder Monismus noch Dualismus geglückte Begriffe, um das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht zu kennzeichnen. Es handelt sich um theoretische Konstruktionen, die in der heutigen Staatenpraxis kaum je in Reinform verwirklicht sind. Solange die Völkerrechtsordnung und das nationale Staatsrecht je auf verschiedenen Rechtsquellen basieren, gibt es kein „rein“

monistisches System, sondern ist das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Grunde genommen stets dualistisch gestaltet. Daneben hat sich das Völkerrecht in der Moderne materiell und strukturell derart entfaltet, dass beide Systeme heute im Begriff sind, zu einer eigentlichen Werte- und Zieleinheit zusammenzuwachsen, wie es gerade die Entwicklung der Menschenrechte klar belegt.

Es könnte daher auch nicht im Interesse einer von politischen Kreisen oft übertrieben zelebrierten „nationalen Souveränität“ sein, sich *nicht* mit den verbindlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen der EMRK auseinanderzusetzen. In erster Linie schützt die EMRK die klassischen Menschenrechte und garantiert, indem sie mit dem Mittel der Individualbeschwerde die fundamentalen Rechte des Individuums verbürgt, einen europäischen „*minimal standard*“ der Grund- und Menschenrechte. Es sind dies etwa das Recht auf Leben, das Verbot der Folter, das Recht auf Freiheit und Sicherheit, das Recht auf einen fairen Prozess, das Recht auf Respekt der Privat- und Familiensphäre sowie die Meinungsäußerungs-, Religions- und Versammlungsfreiheit. Dies alles sind Werte und Grundsätze, die heute pluralistische Gesellschaften prägen. Als Mindeststandards sind sie nicht nur identitätsstiftend für moderne Verfassungen, sondern konstitutive Elemente einer europäischen Friedensordnung. Souveränität kann im heutigen Europa also nur bedeuten, dass sich jeder Staat, der sich zu den europäischen Grundwerten bekennt, den Menschenrechten und den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie unterwirft.

Bern/Basel im Oktober 2007

Dr. Christoph A. Spenlé  
Wissenschaftlicher Herausgeber



*Eckart Klein, Potsdam\**

# **Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Grundrechtsordnung: Zwei Seiten einer Medaille**

## **I. Einführung**

Angesichts immer wieder im Verhältnis von nationalen Gerichten und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auftauchender Irritationen, begleitet von öffentlichen Erklärungen beider Seiten und einem interessanten argumentativen Schlagabtausch der Präsidenten von Bundesverfassungsgericht und EGMR<sup>1</sup>, mag die Charakterisierung des Verhältnisses von Europäischer Menschenrechtskonvention (EMRK) und deutscher Grundrechtsordnung als „zwei Seiten einer Medaille“ – und dies nicht einmal mit einem Fragezeichen versehen – erstaunen. Aber ich hoffe zu zeigen, dass es sich tatsächlich so verhält. Ich meine sogar, das Bild passt gut. Die zwei Seiten einer Medaille sind nämlich zwar gerade nicht identisch, sie mögen unterschiedliche Aussagen enthalten (Zahl, Wappen), aber sie sind aufeinander bezogen und dienen einem gemeinsamen Zweck: Sie konstituieren die Medaille. Übertragen auf unser Thema soll das heißen: Nationale Grundrechtsordnung und EMRK müssen gemeinsam in den Blick genommen werden, um ein normativ vollständiges Bild einer Grundrechtsgewährleistung, eine Grundrechtsgesamtlage zu erhalten. Es ist eine Frage der Methode, wie dies den rechtsauslegenden und rechtsanwendenden Instanzen gelingen kann. In der Bundesrepublik Deutschland ist die EMRK unmittelbar anwendbares Recht im Range einfachen Bundesrechts<sup>2</sup> – und Exekutive und Judikative sind an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Wo nach gesetzlicher Massgabe in bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren,

insbesondere der Verfassungsbeschwerde, nur die Grundrechte des Grundgesetzes Prüfungsmassstab sind, werden die EMRK-Gewährleistungen interpretatorisch einbezogen, d. h. die nationalen Grundrechtsnormen werden im Lichte der EMRK ausgelegt.<sup>3</sup> Ihre Nichtberücksichtigung auf der Ebene der Fachgerichte kann damit zu einem Verstoss gegen das einschlägige nationale Grundrecht selbst führen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in einem solchen Fall nach seiner neuesten Rechtsprechung in der Grundrechtsverletzung zugleich einen Verstoss gegen das Rechtsstaatsprinzip gesehen<sup>4</sup>, ein unschädlicher, meines Erachtens allerdings nicht zwingend gebotener Zusatz, und zwar auch nicht unter dem Aspekt, dass es um die (Nicht-) Berücksichtigung einer eine EMRK-Norm auslegenden und anzuwendenden Entscheidung des EGMR durch ein nationales Gericht ging.

Erlauben Sie mir als einem, der acht Jahre lang Mitglied des die Respektierung des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) kontrollierenden Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen war, den parenthetischen Hinweis, dass prinzipiell das gleiche für diesen universellen Menschenrechtsvertrag gilt wie das eben zur EMRK Ausgeführte. Auch der Internationale Pakt ist unmittelbar anwendbares Bundesrecht, und das BVerfG hat ganz zu Recht auf Paktgewährleistungen zum Teil allein<sup>5</sup>, zum Teil gemeinsam mit Garantien der EMRK zur Interpretation nationaler Grundrechte zurückgegriffen<sup>6</sup>. Natürlich ist das Hemd näher als die Jacke; „Strassburg“ ist als europäische Instanz aber nicht nur „näher“ als ein Ausschuss auf der universellen Ebene, sondern anders als beim EGMR fehlt der Auslegung der Norm durch den Menschenrechtsausschuss die völkerrechtlich und innerstaatlich bindende Kraft. An der Notwendigkeit, die materiellen Gewährleistungen des Internationalen Paktes (wie auch anderer unmittelbar anwendbarer Menschenrechtsverträge) bei der Interpretation der nationalen Grundrechte zu berücksichtigen, ändert dies jedoch nichts.

Ein letzter allgemeiner Gesichtspunkt betrifft die Bedeutung der EMRK für den Gesetzgeber. Kürzlich hat das Kammergericht Berlin dahin erkannt, dass die EMRK, weil im Rang eines einfachen Bun-

desgesetzes stehend, nicht geeignet sei, dem deutschen Gesetzgeber Pflichten aufzuerlegen<sup>7</sup>. Ganz so kann dieser Satz nicht stehen bleiben.<sup>8</sup>

Dies gilt zunächst im Hinblick auf die Respektierungspflicht des Landesgesetzgebers. Gerade weil die EMRK im Range von Bundesrecht gilt, dürfen Landesgesetze dagegen nicht verstossen; die EMRK ist insoweit geeigneter Prüfungsmassstab bei einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle.<sup>9</sup> Auch der Bundesgesetzgeber aber ist von der Respektierungspflicht nicht freigestellt; er ist nämlich an die verfassungsmässige Ordnung gebunden. Da, wie ausgeführt, die Grundrechte des Grundgesetzes im Lichte der EMRK (in der Rechtsprechung des EGMR) auszulegen sind, sind die Rechtsgewährleistungen der EMRK über die nationalen Grundrechte jedenfalls mittelbar zu respektieren. Darüber hinaus führt die Verletzung der EMRK durch den Bundesgesetzgeber zur Völkerrechtsverletzung der Bundesrepublik Deutschland. Die Auffassung, dass ein Verstoss gegen einen völkerrechtlichen Vertrag als solcher Verfassungswidrigkeit auslöst, wird unter Hinweis auf Art. 25 GG (*pacta sunt servanda*) und den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes vertreten (insbesondere für die EMRK), hat sich aber bislang nicht durchgesetzt.<sup>10</sup> Auch Art. 24 Abs. 1 GG wird bislang vergeblich bemüht.<sup>11</sup> Insoweit also, als nicht die mittelbare Verbindlichkeit der EMRK, vermittelt durch die nationalen Grundrechte, zum Tragen kommt, führt der Verstoss gegen die EMRK durch ein Bundesgesetz zwar zu einer Völkerrechtsverletzung der Bundesrepublik Deutschland, doch ist das Bundesgesetz innerstaatlich anwendbar, kann man sich nicht mit dem *Lex specialis*-Satz zugunsten der EMRK behelfen. Dass der Gesetzgeber schliesslich handeln muss, um die Verstosssituation zu beenden und ggf. Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland durch den Strassburger Gerichtshof zu vermeiden, ist aber ebenfalls richtig. In der Tat haben nationale Legislativen – auch die deutsche – ja immer wieder auf solche verurteilende Feststellungen reagiert und die nationale Rechtsordnung repariert.<sup>12</sup>

Richtig ist freilich auch, dass eine solche Handlungspflicht innerstaatlich dem Gesetzgeber gegenüber nicht eingeklagt werden kann. Nor-

menkontrolle und Organstreit stehen nicht zur Verfügung. Eine Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen ist zwar nicht völlig ausgeschlossen<sup>13</sup>, setzt aber wieder die Vermittlung der EMRK-Rechte durch nationale Grundrechte voraus; zumindest fraglich ist auch, ob es sich hinsichtlich des gebotenen Normerlasses um eine ausdrückliche Verfassungspflicht handelt. Auch eine Amtspflichtverletzung mit Schadensersatzfolge liegt nicht vor; insofern hat die zitierte Kammergericht-Entscheidung<sup>14</sup> Recht. Das deutsche Staatshaftungsrecht kennt keine Haftung für legislatives Unrecht, da es an der drittbezogenen Amtspflicht fehlt<sup>15</sup>; die diese Lücke überspielende Francovich-Rechtsprechung<sup>16</sup> des EuGH ist in unserem Zusammenhang nicht anwendbar.

Meine bisherigen Bemerkungen wollten den allgemeinen Rahmen umreißen, in dem sich das von beiden Seiten gewollte Zusammenspiel entfaltet. Ihm wollen wir uns jetzt noch näher zuwenden.

## **II. Die gemeinsame Grundidee**

Es ist nicht schwer, die gemeinsame Grundidee von deutscher Grundrechtsordnung und EMRK zu erschliessen. Die Präambel der von der Generalversammlung am 10.12.1948 in Paris verkündeten Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte beginnt so: „Da die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet, da die Nichtanerkennung und Verachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei geführt haben, die das Gewissen der Menschheit mit Empörung erfüllen..., da es notwendig ist, die Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechts zu schützen...“. Beide, Grundgesetz und EMRK, basieren gedanklich auf diesen Aussagen. Das Grundgesetz betont bewusst die Menschenwürde, die selbst mit eigenem Grundrechtsgehalt ausgestattet ist, als Grund aller weiteren Rechte. Der „antitotalitäre Konsens“<sup>17</sup> des Parlamentarischen Rates kommt gerade hier deutlich zum Ausdruck.<sup>18</sup> Hermann v. Mangoldt berichtet, dass

der Entwurf der Allgemeinen Erklärung dem Parlamentarischen Rat stets präsent war; in dessen Debatten ist er häufig als Referenztext herangezogen worden<sup>19</sup>. Die EMRK ihrerseits verweist in ihrer Präambel ausdrücklich auf die Allgemeine Erklärung und verbindet damit den „tiefen Glauben“ der Vertragsstaaten „an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden...“.

Das beiden Rechtskatalogen gemeinsame Bewusstsein, dass der Schutz der Menschenrechte eine wichtige, ja die entscheidende Grundlage für „Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt“ darstellt, verbietet es, diese Rechte als ausschliesslich für den internen Bereich massgeblich zu erachten. In der deutschen Grundrechtslehre ist anerkannt, dass die Grundrechte des Grundgesetzes nicht territorial auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sind; es ist damit unerheblich, wo deutsche Gewalt handelt und wo sie sich auswirkt.<sup>20</sup> Art. 1 EMRK folgt derselben Idee, wenn es dort heisst, dass die Vertragsparteien allen „ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ (to everyone within their jurisdiction) die folgenden Rechte zusichern. Auch wenn man im Hinblick auf das Bankovic-Urteil des EGMR<sup>21</sup> über die Auslegung dieses Begriffs unterschiedlicher Meinung sein kann, bleibt doch richtig, dass der territoriale Anwendungsbereich der EMRK durchaus über das Territorium der Vertragsparteien hinausreichen kann.<sup>22</sup> Entsprechendes gilt übrigens auch – entgegen der Ansicht der USA<sup>23</sup> – für den IPBPR.<sup>24</sup> Demgemäss hat Deutschland auf Anfrage des UN-Menschenrechtsausschusses im Jahre 2005 erklärt: „Wherever its police or armed forces are deployed abroad, in particular when participating in peace missions, Germany ensures to all persons that they will be granted the rights recognized in the Covenant, in so far as they are subject to its jurisdiction.”<sup>25</sup>

### **III. Konvergenzen**

Auch in anderer Hinsicht lassen sich bei Auslegung und Anwendung des deutschen Grundrechtskatalogs und der EMRK, zweier fast gleich

alter Freiheitsdokumente, zahlreiche konvergierende Entwicklungen feststellen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei das folgende hervorgehoben.

1. Gewährleistet werden Rechte des Individuums. Man hat geradezu vom „methodologischen Individualismus“<sup>26</sup> als Modell der westlichen Menschenrechtsidee gesprochen. Das bedeutet zweierlei: Zunächst ist es der einzelne, der im Fokus des Menschenrechtsschutzes steht. Geschützt werden Kollektive prinzipiell nur über ihre einzelnen Mitglieder. Zum andern wird die Einbindung des einzelnen in die Gemeinschaft zwar gesehen, tritt aber nur als Schranke der Freiheit in Erscheinung. Erinnert sei beispielhaft nur an Art. 14 Abs. 2 GG („Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“) einerseits, an Art. 10 EMRK andererseits, dessen Abs. 2 sagt, dass die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit „mit Pflichten und Verantwortung verbunden“ ist. Nie hat aber dieser zum Ausdruck gebrachte Pflichtgedanke die Rechtsstellung des einzelnen unmittelbar konstituiert, sondern er dient lediglich als gedankliche Erläuterung für eine darauf gestützte Möglichkeit zur Grundrechtseinschränkung.<sup>27</sup> Demgegenüber finden wir die Verselbständigung des Pflichtgedankens in der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker (1981), in der – wie schon der Titel sagt – auch der kollektive Aspekt stärker hervortritt. In Gesellschaften, in denen der einzelne nur in Gemeinschaft mit anderen bestehen kann, staatliche Sozialnetze nicht bestehen, liegt es nahe, konkrete Pflichten gegenüber Familie, Gesellschaft und Staat ausdrücklich zu benennen, etwa die Pflicht, „die harmonische Entwicklung der Familie zu schützen und für den Zusammenhalt und die Achtung der Familie zu arbeiten; seine Eltern jederzeit zu achten und sie zu unterhalten, wenn sie bedürftig sind.“<sup>28</sup>

Um das richtige Verhältnis von Rechten und Pflichten muss immer wieder gerungen werden. Nach der Übersteigerung kollektiver Einbindung des einzelnen in unserer Region („Du bist nichts, Dein Volk ist alles“) ist es richtig, das Verhältnis des einzelnen zum Staat methodisch nicht dadurch zu regeln, dass Pflichten einfach Rechten ent-

gegengestellt werden, sondern dass die Auferlegung von Pflichten durch den Gesetzgeber zugunsten anderer oder der Gemeinschaft einer Gesetzgeber und Rechtsanwender gleichermaßen disziplinierenden Schrankendiskussion unterworfen wird.<sup>29</sup>

2. Die Rechtsgewährleistungen des GG wie der EMRK sind primär staatsabwehrender Art. Sie schützen einen Raum privater Freiheit (status negativus) gegen staatliche Eingriffe, indem sie zur Verteidigung geeignete subjektive öffentliche Rechte gewährleisten. Damit wird das Bild eines liberalen Staates gezeichnet, dessen Aufgaben und Ziele beschränkter Art sind. Hieraus ergeben sich wiederum zwei Folgerungen: Es handelt sich bei den Grundrechtsgarantien erstens prinzipiell um gegen den Staat gerichtete Rechte; andere Individuen oder nichtstaatliche Gemeinschaften sind nicht unmittelbar grundrechtsverpflichtet.<sup>30</sup> Ferner kann der Staat seinen Pflichten grundsätzlich dadurch nachkommen, dass er sich Eingriffen enthält. Das Problem des nötigen finanziellen Aufwandes zur Gewährleistung der Freiheitsrechte und der in freien Wirtschaftssystemen insoweit eingeschränkten Handlungsfähigkeit des Staates stellt sich daher nicht in der Dimension, wie es für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gilt und dort zu notorischer Zurückhaltung bei der Rechtsformulierung und den Durchsetzungsmechanismen führt.<sup>31</sup> Allerdings kostet nicht nur der Sozialstaat, sondern auch der Rechtsstaat Geld, wofür als Beleg nur auf die Notwendigkeit eines funktionierenden Justizsystems hinzuweisen ist, was ausreichende, gegen Korruption schützende Besoldung von Richtern und Staatsanwälten ebenso einschliesst wie deren ausreichende Zahl, um Verfahren in angemessener Frist zu beenden (denn: justice delayed, is justice denied) und um Haftanstalten zu schaffen, in denen die Behandlung der Gefangenen in menschlicher, nicht entwürdigender Weise möglich ist.

3. Neben die individuell-abwehrrechtliche Dimension der Rechte von GG und EMRK tritt ihre objektive Funktion. Das BVerfG hat schon bald festgestellt, dass die Grundrechte eine objektive Wertordnung etablieren, mit der wesentlichen Folge der Durchdringung der gesamten Rechtsordnung, die in diesem Lichte zu verstehen ist<sup>32</sup>; die Wirkungskraft der Grundrechte wird damit von ihrer individuellen Gel-

tendmachung gelöst und bietet, dies sei in Parenthese angefügt, dem BVerfG zahlreiche Einwirkungsmöglichkeiten auf die legislatorische Ausgestaltung des einfachen Rechts und seine (fach-) richterliche Handhabung.<sup>33</sup>

Bereits 1962 hat die Europäische Menschenrechtskommission im so genannten Pfunders-Fall auch die Konventionsverpflichtungen als objektive Verpflichtungen bezeichnet, freilich mit einem etwas anderen Akzent.<sup>34</sup> Die Qualifikation der Vertragspflichten als objektive Pflichten diene konkret dem Beiseiteschieben des Ratione-temporis-Arguments, Österreich habe aus dem Vertrag kein Recht, eine Pflichtverletzung Italiens im Hinblick auf Vorfälle geltend zu machen, die vor dem Beitritt Österreichs zur EMRK geschahen. Darüber hinaus wird mit der Aussage, die EMRK habe einen „europäischen ordre public“ geschaffen, zum Ausdruck gebracht, es sei ein Gemeininteresse der Gesamtheit der Vertragsparteien konstituiert worden, „das nicht mit dem eigenen Interesse jedes Vertragspartners und ebenso wenig mit dem Interesse des individuellen Beschwerdeführers an der Erfüllung der Konvention identisch ist“.<sup>35</sup> Dies wiederum ist die Grundlage für das Postulat einer „Menschenrechtsverfassung“<sup>36</sup> auf europäischer Ebene, deren Einwirkung auf die nationale Grundrechtsebene damit auch terminologisch abgesichert wird.

4. Auf eine letzte gleichlaufende grundrechtsdogmatische Entwicklung möchte ich noch aufmerksam machen. Sie hängt mit dem eben behandelten Aspekt zusammen, wonach die Rechtsgewährleistungen – auch – eine objektive Ordnung schaffen. Dabei handelt es sich um die Schutzpflichtdogmatik. Das BVerfG hat den Grundrechten die Pflicht des Staates entnommen, sich „schützend und fördernd“<sup>37</sup> vor die grundrechtlichen Schutzgüter zu stellen und damit einen „status libertatis“ zu schaffen, indem die Freiheitssphären der einzelnen so voneinander abgegrenzt werden, dass es „zu einem schonenden Ausgleich der kollidierenden Rechtsgüter“<sup>38</sup> kommt.<sup>39</sup> Analoge Entwicklungen sind für die EMRK-Garantien zu beobachten – übrigens auch für den IPBPR und das Gemeinschaftsrecht.<sup>40</sup>

Im einzelnen muss dabei sehr genau analysiert werden, um welche Konstellation es sich jeweils handelt. Wichtig sind insbesondere staat-

liche Aufklärungspflichten und Schutzmassnahmen, wenn einzelne die anderen Privaten zugeordnete Freiheitssphäre zu überschreiten drohen oder überschritten haben. In bestimmten Fällen verlangt der EGMR – parallel zur Entscheidung des BVerfG im ersten Abtreibungsurteil, was von der Minderheit heftig kritisiert worden war<sup>41</sup> - sogar den Einsatz des Strafrechts zum Schutz der Privatsphäre (Art. 8 EMRK). So hat der Gerichtshof im Fall X und Y gegen Niederlande (1985, sexueller Missbrauch von Behinderten) folgendes ausgesprochen: „in addition to the primarily negative understanding there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.“<sup>42</sup> Von der abwehrrechtlichen Dogmatik unterscheidet sich die der Schutzpflichten durchaus, auch wenn beide eng zusammenhängen. Der wesentliche Unterschied dürfte in der Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, dem Über- oder eben Untermassverbot bei der Beurteilung des Einzelfalles liegen. Das konkrete Recht und die konkrete Gefährdungssituation bringen sich bei Schutzpflichtkonstellationen noch stärker zur Geltung als bei Eingriff-Abwehr-Konstellationen.<sup>43</sup>

#### **IV. Unterschiede**

Das bislang gezeichnete Bild eines gemeinsamen Grundrechts-/Menschenrechtsverständnisses und konvergierender dogmatischer Entwicklungen kann und soll nicht verdecken, dass EMRK und nationale Grundrechtsordnung verschiedene Aufgaben haben. Natürlich haben beide den Menschen zu dienen, aber sie leisten diesen Dienst auf unterschiedliche Weise.

Die nationale Grundrechtsordnung definiert prinzipiell die Rechtsstellung des einzelnen in seinem Staat. Ob die deutschen Grundrechte auch gegen Massnahmen nichtdeutscher Hoheitsgewalt Schutz bieten, wie das BVerfG im Maastricht-Urteil in Abweichung von älterer Rechtsprechung gemeint hat<sup>44</sup>, ist umstritten.<sup>45</sup> Jedenfalls konstitu-

ieren nationale Grundrechte Grenzen staatlicher Tätigkeit, und dies bezogen auf den jeweiligen, in unserem Fall den deutschen Staat.

Die Garantien der EMRK haben zwar gleichfalls diese staatsgerichtete Konzeption, aber sie sind entstanden aus der Überzeugung, dass der nationale Grundrechtsschutz defizitär sein oder werden könnte und dass es deshalb sinnvoll ist, das nationale Grundrechtsgebaren einer internationalen Kontrolle zu unterwerfen. Diese Kontrolle akzeptiert ein Staat aus freien Stücken und nimmt damit in Kauf, dass diese Kontrolle am Massstab der übernommenen Verpflichtungen zur Feststellung einer Verletzung der internationalen Garantien führen kann.

Ein internationaler Massstab unterscheidet sich von einem nationalen Massstab in mancherlei Hinsicht. Er ist das Produkt staatlicher Verhandlungen, das für alle Beteiligten akzeptabel sein muss. Er muss gewissen Spielraum lassen, vor allem weil zu berücksichtigen ist, dass in einem so grossen Raum selbst bei gleicher Grundüberzeugung unterschiedliche Akzente gesetzt werden. Ein Terminus wie „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“, der im Rahmen vieler EMRK-Rechte eine wichtige Voraussetzung für ihre zulässige Beschränkung ist<sup>46</sup>, kann sich nicht auf das Demokratieverständnis eines konkreten Staates beziehen, sondern es muss ein allgemeiner europäischer demokratischer Standard angenommen werden.<sup>47</sup> In die damit angesprochene Verhältnismässigkeitsprüfung hat der EGMR schon früh den Begriff des „margin of appreciation“ (marge d’appréciation) eingeführt.<sup>48</sup> Gerade er ist ein Hinweis auf die Aufgabenteilung zwischen nationalen Gerichten und europäischer Kontrollinstanz, ein Instrument<sup>49</sup>, das vom Gerichtshof ebenso souverän gehandhabt und eingesetzt wird wie vom BVerfG die so genannte Heck’sche Formel („grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts“<sup>50</sup>). Das „margin“-Argument kann jedoch den Vertragsparteien nicht dazu dienen, einen bestimmten, von einer EMRK-Garantie erfassten Bereich als „domaine réservé“<sup>51</sup> zu reklamieren. Anderes gilt wenn der Staat einen (zulässigen) Vorbehalt<sup>52</sup> erklärt oder eine Derogationserklärung im Sinne von Art. 15 EMRK (Notstand)<sup>53</sup> abgegeben hat. An diesen Stellen bleibt die völkerrechtliche Grundkonstruktion der EMRK besonders deutlich sichtbar.

Als internationale Absicherung garantiert die EMRK einen menschenrechtlichen Mindeststandard für die Vertragsparteien. Folgerichtig lässt sie weitergehende Grundrechtsgewährleistungen im Recht dieser Staaten unberührt (Art. 53 EMRK). Es ist nicht leicht zu verstehen, was weitergehende Gewährleistungen sind. Mit dem Satz „in dubio pro libertate“ lässt sich jedenfalls dort wenig anfangen, wo es darum geht, ob zwei Freiheitssphären zutreffend voneinander abgegrenzt worden sind. Die Freiheitsbeschränkung der Caroline von Hannover<sup>54</sup> oder der Lebenspartnerin der Sängers Grönemeyer<sup>55</sup> erweitert den Freiheitsraum der Presse, deren Einschränkung hingegen vergrößert den Freiheitsraum der Prinzessin und der Begleiterin eines Prominenten. Aber auch wo es sich um Fälle handelt, in denen weitere Private nicht involviert sind, ist es schwierig. Ist die Weite des Grundrechtstatbestandes entscheidend dafür, ob es sich um eine weitergehende Garantie handelt, oder wird man nicht auch die jeweils gegebenen Möglichkeiten der Einschränkung ins Kalkül ziehen müssen? Die Einzelfallbetrachtung dürfte unabweislich sein.

## **V. Verschiedene Gerichtsbarkeiten**

Recht als solches bedeutet nicht viel. Seine wahre Bedeutung erhält es durch seine Anwendung, und damit werden die Rechtsanwender zu entscheidenden Akteuren.

Beschränken wir uns auf das BVerfG und den EGMR. Es ist alles andere als verwunderlich, dass sie von Fall zu Fall zu divergierenden Entscheidungen kommen; denn sie wenden bei Verfassungs- bzw. Individualbeschwerden verschiedene Massstäbe an, auch unter Berücksichtigung dessen, dass die EMRK – wie gezeigt – bei der Interpretation der nationalen Grundrechte berücksichtigt wird. Aber selbst wenn es derselbe Massstab wäre, die EMRK-Rechte in Deutschland wie in Österreich im Verfassungsrang stünden, ist bei einer Mehrzahl von Gerichtsinstanzen immer die Möglichkeit unterschiedlicher Beurteilung gegeben. Es handelt sich nicht um eine Frage der Hierarchie zwischen BVerfG und EGMR. Weil aber der EGMR durch sein

Urteil für die Vertragspartei verbindlich die Vertragsverletzung feststellt, ist darauf von Seiten des betroffenen Staates in angemessener Weise zu reagieren. Art. 41 EMRK (gerechte Entschädigung) zeigt zwar, dass insoweit nationaler Spielraum besteht, aber er kann nicht als Argument dafür dienen, dass der Staat die Verletzung aufrechterhalten, perpetuieren dürfte. Mit anderen Worten: Die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung, die eine Rechtsverletzung auch unter Berücksichtigung der EMRK zunächst verneint hatte, ist keine Basis, von der aus gegen die notwendige Wiedergutmachung völkerrechtlichen Unrechts oder für die Fortsetzung solchen Unrechts zu argumentieren wäre. Es liegt auf dieser Linie, wenn das Kammergericht in diesem Kontext die Bindungswirkung von Urteilen des BVerfG nach § 31 BVerfGG als „gelockert“ ansieht.<sup>56</sup> Das BVerfG selbst hat im Görgülü-Beschluss vom 14.10.2004 unter Hinweis auf Art. 52 EMRK ausgeführt, dass die Verpflichtung zur wirksamen Anwendung aller Bestimmungen der Konvention „in einem durch den Grundsatz der Gewaltenteilung beherrschten demokratischen Rechtsstaat nur möglich ist, wenn alle Träger hoheitlicher Gewalt an die Gewährleistungen der Konvention gebunden werden...Danach unterliegen auch die deutschen Gerichte einer Pflicht zur Berücksichtigung der Entscheidungen des Gerichtshofs.“<sup>57</sup> Es ist nicht ein nichtexistenter Instanzenzug, sondern die vom EGMR festgestellte EMRK-, also Völkerrechtsverletzung, die den Staat zwingt, sich an die Feststellungen des EGMR, nicht des BVerfG zu halten.

## **VI. Rechtsschutzlücken**

Trotz des gegebenen hoch- oder tief gestaffelten materiellen und prozeduralen Schutzes tun sich manchmal gravierende Schutzlücken auf. Es fehlt die Zeit, dies ausführlicher zu begründen.

Ein Beispiel, das die nationalen und internationalen Gerichte gleichermaßen betrifft, ist der Eigentumsschutz, soweit die Eigentumsverletzung zwar in Ereignissen der Kriegs- oder unmittelbaren Nachkriegszeit wurzelt, aber keineswegs die Rechtsverbürgung bereits ra-

tione temporis nicht anwendbar wäre, es vielmehr um die Beurteilung von Rechtsakten nach Inkrafttreten der Garantie für den Staat geht. Nun kann man die seltene Einmütigkeit deutscher und internationaler Gerichte in den Alteigentümer<sup>58</sup>- und Neusiedlerfällen<sup>59</sup> als starken Beleg für die Richtigkeit der Entscheidungen ansehen. Mich überzeugen sie nicht, und der nationale Eiertanz etwa im Neusiedlerfall von Nichteigentum zu nicht vererbbaarem Eigentum zu Volleigentum, dem aber dann auf einmal das Prädikat „illegitim“ umgehängt wird und das deshalb entschädigungslos wieder entzogen werden dürfe, ist peinlich genug; nicht minder schlimm die Entscheidung der Grossen Kammer, die letztlich diese Haltung bestätigte.<sup>60</sup> Es gibt wohl kaum ein anderes Urteil des EGMR, das so gröblich seine internationale Kontrollaufgabe verfehlt hat. Das alles ist eigentlich nur mit einer „Jetzt-muss-endlich-einmal-Schluss-sein“-Haltung zu erklären, die vielleicht Politikern, aber schwerlich Richtern angemessen ist. Ich will damit nur zeigen, dass auch höchste Gerichte der Kritik nicht entzogen sind; in der EGMR-Entscheidung wird sie denn auch von einer Minderheit der Richter selbst vehement artikuliert.<sup>61</sup>

Ein kritisches Wort noch zum Bosphorus-Urteil des EGMR vom 30. Juni 2005.<sup>62</sup> Dies ist mir deshalb wichtig, weil der Gerichtshof hier in einer oft dem Solange II-Beschluss des BVerfG<sup>63</sup> gleichgesetzten Weise seine Kontrolle der Rechtsakte von Konventionsparteien, die auf bindendem EG-Recht beruhen, stark eingeschränkt hat. Aber die Rolle, die EMRK und die nationalen Verfassungsüberlieferungen für die Gemeinschaft spielen, ist nicht identisch. Kein einzelner nationaler Grundrechtskatalog kann für die Gemeinschaft die Bedeutung haben wie die alle Unionsmitglieder bindende EMRK. Mir erscheint daher die Reduzierung der Kontrolle über ein EU-Mitglied als voreilig und auch inhaltlich im Hinblick auf das Fehlen eines angemessenen Rechtsschutzes in der EG in einem Fall wie dem hier diskutierten wenig überzeugend.

## VII. Fazit

Doch schliessen will ich mit einem versöhnlicheren Wort. Dichte und Güte des Menschenrechts- und Grundrechtsschutzes in dem Teil der Erde, in dem wir leben, dürfte unerreicht sein. Dass dies gelingen, dass Schutzgewissheit generell entstehen konnte und uns ruhig schlafen lässt – dies ist nicht überall auf der Welt so - verdanken wir auch dieser Parallelität von nationalem und internationalem Grundrechtsschutz, diesen zwei Seiten derselben Medaille.

## Endnoten

- \* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Völker- und Europarecht an der Universität Potsdam.
- 1 H.-J. Papier, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – die Sicht des Bundesverfassungsgerichts, Zeitschrift für schweizerisches Recht 2005, S.113 (120 ff.); ders., Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte, EuGRZ 2006, S. 1 ff.; L. Wildhaber, Bemerkung zum Vortrag von BVerfG-Präsident Prof. Dr. H.-J. Papier auf dem Europäischen Juristentag 2005 in Genf, EuGRZ 2005, S. 743 ff.
- 2 Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 19, 342 (347); 82, 106 (120); 111, 307 (317).
- 3 BVerfGE 74, 358 (370); 83, 119 (128).
- 4 BVerfGE 111, 307 (323 f.).
- 5 BVerfGE 75, 1 (21 f.).
- 6 BVerfGE 83, 119 (128).
- 7 KG, NJW 2006, S. 1292.
- 8 E. Klein, Die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands und ihre Bedeutung für die drei Staatsgewalten, in: P. Koeppl(Hg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext, Neuwied 1996, S. 31 (36 ff.).
- 9 E. Klein, in: E. Benda/E. Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2001, Rn. 65.
- 10 A. Bleckmann, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1979, S. 312 (314); E. Klein (Fn. 8), S. 46; F. Klein, Die EMRK und Art. 25 des Bonner Grundgesetzes, in: Festschrift für Rudolf Laun, Göttingen 1962, S. 149 ff.;

- H. Sauer, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur, ZaöRV 65 (2005), S. 35 ff.
- 11 G. Ress, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: W. Fürst/ R. Herzog u. D. Umbach, Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin 1987, S. 1775 ff.
  - 12 Nachdem der EGMR in der Sache Luedicke (Urt. v. 28.11.1978, Nr. 6210/73, 6877/75, 7132/75, *Luedicke, Belkacem und Koc gegen Deutschland*) festgestellt hatte, dass ein im Strafprozess verurteilter Angeklagter gem. Art. 6 III e EMRK Dolmetscherkosten nicht tragen müsse, änderte der Bund mit Gesetz vom 18.8.1980 das Gerichtskostengesetz entsprechend. Vgl. auch den Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Rechts auf ein zügiges gerichtliches Verfahren (Untätigkeitsbeschwerdengesetz) infolge der Rechtsprechung des EGMR, vgl. insb. EGMR, Urt. v. 26.10.2000, Nr. 30 210/96, *Kudla gegen Polen*; zuletzt EGMR, Urt. v. 08.06.2006, Nr. 75529/01, *Sürmeli gegen Deutschland*. Der Gesetzentwurf (Stand 22. 8. 2005) ist abrufbar auf: <http://www.anwaltverein.de/01/depesche/texte05/gesetz.pdf> (zuletzt besucht am 27.09.2006).
  - 13 Benda, in: Benda/Klein(Fn.9), Rn. 494 ff.
  - 14 Fn. 7.
  - 15 S. Detterbeck/ K. Windthorst/ H.-D. Sproll, Staatshaftungsrecht, München 2000, § 9, Rn. 145 ff.; F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998, S. 103 ff.
  - 16 EuGH, Urt. v. 19.11.1991, C-6/90 u. C-9/90, *Francovich u.a. gegen Italien*; näher E. Klein, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 12 (13. Aufl. 2005), Anhang § 839, Rn. 435 ff.
  - 17 R.-U. Kunze, Reconsidered: „Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da.“ Der Parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes, Der Staat 40 (2001), S. 383 (394).
  - 18 E. Klein, Von der Spaltung zur Einigung Europas, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte I, Heidelberg 2004, § 5 Rn. 5.
  - 19 H. v. Mangoldt, Die Grundrechte, DÖV 1949, S. 261.
  - 20 G. Elbing, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, Berlin 1991, S. 316 f.
  - 21 EGMR, Entsch. vom 12.12.2001, Nr. 52207/99, ECHR 2001-XII, *Bankovic u.a. gegen Belgien u.a.*; dazu auch D. Lorenz, Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte : zugleich ein Beitrag zum Individualschutz in bewaffneten Konflikten, Berlin 2005.
  - 22 C. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2.Aufl., München 2005, S. 72, Rn. 43; vgl. auch Art. 1 EMRK.

- 23 UN Doc. CCPR/C/USA/3 (28.11.2005), Annex I, S. 109 ff.
- 24 Art. 2 IPBPR.
- 25 UN Doc. CCPR/CO/80/DEU/Add.1 (11.04.2005); vgl. dazu C. Eick, Die Reichweite der Bindung menschenrechtlicher Verträge für das auswärtige Handeln von Staaten, in: E. Klein (Hg.), Gewaltenteilung und Menschenrechte, Berlin 2006, S. 115 ff.
- 26 H. Hofmann, Die Entdeckung der Menschenrechte, Berlin 1999, S. 19.
- 27 J.A.Frowein, in: J.A.Frowein/W.Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl 1996, Art. 10, Rn. 22.
- 28 Art. 29 Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker (Banjul-Charta).
- 29 V. Götz, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41, Berlin 1983, S. 7 (13).
- 30 Grabenwarter (Fn. 22), S. 102, Rn. 6 ff.
- 31 C. Tomuschat, An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?, in: K. Dicke u.a. (Hg.) Welt-Innenrecht, Liber amicorum Jost Delbrück, Berlin 2005, S. 815 ff.; N. Weiss, Für eine bessere Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte – braucht der Sozialpakt ein Fakultativprotokoll?, in: MenschenRechtsMagazin, Themenheft 25 Jahre Internationale Menschenrechtspakte, 2002, S. 151 ff., m.w.N.
- 32 BVerfGE 7, 198 (205) .
- 33 H.H. Klein, Grundrechte am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: Merten/Papier (Fn. 18), § 6, Rn. 65.
- 34 EKMR, Entscheidung vom 11.1.1961, Nr. 788/60, *Österreich gegen Italien*, 4 Yearbook of the European Convention on Human Rights, S. 116 ff.
- 35 H. Mosler zitiert in: H. Walter, Die europäische Menschenrechtsordnung: Individualrechte, Staatenverpflichtungen und ordre public nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln u.a. 1970, S. 57, Fn. 150.
- 36 Grabenwarter (Fn. 22), S. 6.
- 37 BVerfGE 35, 79 (114).
- 38 BVerfGE 93, 266 (291).
- 39 H.H. Klein (Fn. 33), § 6, Rn. 66.
- 40 Grabenwarter (Fn. 22), S. 119 ff.; G. Ress, The Duty to Protect and to Ensure Human Rights under the European Convention on Human Rights, in: E. Klein (Hg.) The Duty to Protect and Ensure Human Rights, Berlin 2000, S. 165 ff.; L. Jaeckel, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2001; K. Blau, Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles "Vo/Frankreich", Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 2005,

- S. 397 ff. m.w.N.; umfassend P. Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht : Inhalt und Reichweite einer "gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion", Berlin 2002.
- 41 BVerfGE 39, 1 (45 ff. u. 70 ff.).
- 42 EGMR, Ur t. v. 26.03.1985, Nr. 8978/80, *X und Y gegen Niederlande*, Ziff. 23.
- 43 Grabenwarter (Fn. 22), S. 122.
- 44 BVerfGE 89, 155 (175); zuletzt bestätigt durch BVerfG, NJW 2001, 2705 f.
- 45 Zustimmung R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 23 Rn. 22 ff.; dagegen C. Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, S. 489 ff; E. Klein, Grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Überlegungen zur Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: A. Randelzhofer, Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, S. 271 (276 ff.).
- 46 Z.B. Artt. 8 bis 11 EMRK; vgl. dazu auch K. Hailbronner, Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft, in: R. Bernhardt u.a. (Hg.), Völkerrecht als Rechtsordnung, Festschrift für H. Mosler, Berlin u.a. 1983, S. 359 ff.
- 47 Grabenwarter (Fn. 22), S. 112, Rn. 19.
- 48 Vgl. EGMR, Ur t. v. 7.12.1976, Serie A 24, *Handyside gegen Vereinigtes Königreich*, Ziff. 47 ff.
- 49 Grabenwarter (Fn. 22), S. 112, Rn. 20 f.
- 50 Ständige Rechtsprechung; vgl. BVerfGE 18, 85 (93); BVerfGE 65, 317 (322); BVerfGE 111, 307 (328); vgl. dazu auch Benda, in: Benda/Klein (Fn. 9), Rn. 661, Fn. 610.
- 51 Vgl. T. Stein/ C. v. Buttlar, Völkerrecht, 11. Aufl., München 2005, Rn. 636 ff.
- 52 Vgl. EGMR, Ur t. v. 03.02.2004, Nr. 50230/99, *Laukkanen u. Manninen gegen Finnland*; EGMR, Ur t. v. 31.07.2000, Nr. 34578/97, *Jėčius gegen Litauen*; EGMR, Ur t. v. 10.10.2000, Nr. 36743/97, *Grauslys gegen Litauen*.
- 53 EGMR, Ur t. v. 1.07.1961, Serie A 3, *Lawless gegen Irland*; EGMR, Ur t. v. 26.05.1993, Serie A 258-B, *Brannigan u. McBride*.
- 54 Vgl. ausführliche Besprechung von C. Starck, Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen, JZ 2006, S. 76 ff.
- 55 KG, Ur t. v. 29.10.2004, -9 W 128/04-.
- 56 KG, Ur t. v. 28.07.2006, - 9 U 226/05 -.
- 57 BVerfGE 111, 307 (323).
- 58 EGMR, Entsch. v. 02.03.2005, Nr. 71916/01, 71917/01 und 10260/02, von Maltzan, von Zitzewitz u.a. gegen Deutschland.

- 59 Vgl. A. Nussberger, *Illegitimes Eigentum*, DÖV 2006, S. 454 ff. m.w.N.
- 60 EGMR (Gr. Kammer), Urt. v. 30.06.2005, Nr. 46720/99, 72203/01 und 72552/01 (*Jahn u.a. gegen Deutschland*).
- 61 *Ibid.*, abweichende Meinungen der Richter Pavlovski, Costa, Borrego Borrego, Ress und Richterin Botoucharova.
- 62 EGMR, Urt. v. 30.06.2005, Nr. 45036/98, *Bosphorus gegen Irland*.
- 63 BVerfGE 73, 339.

*Rainer J. Schweizer, St. Gallen\**

## **Zusammenwirken im Grundrechtsschutz durch den Europarat und durch die Europäische Union - Auswirkungen in einem assoziierten Staat**

### **I. Die EMRK als Kern des gerichtlichen Grundrechtsschutzes in der Schweiz**

1. In der Schweiz steht der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz seit der Ratifizierung der Europäischen Menschenrechtskonvention am 28. November 1974<sup>1</sup> unter dem Dach dieser Kernkonvention und der ratifizierten Zusatzprotokolle.<sup>2</sup> Die EMRK versteht sich grundsätzlich als ein Rechtsinstrument, das gegenüber günstigeren nationalen Grundrechtsgewährleistungen subsidiär ist (vgl. Art. 53 EMRK).<sup>3</sup> Mit der dynamischen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) hat das Normengeflecht des gesamteuropäischen Menschenrechtsschutzes aber eine grosse Vielfalt und hohe Dichte erreicht, was zu einer intensiven Durchdringung des nationalen Grundrechtsschutzes geführt hat. Vertragsrechtlich gesehen basiert die Verbindlichkeit der Praxis des EGMR auf der Selbstverpflichtung der europäischen Staaten, in den Rechtssachen, in denen sie Partei sind, die endgültigen Urteile des Gerichtshofes zu befolgen (Art. 46 Abs. 1 EMRK).<sup>4</sup> Welchen Stellenwert und Rang aber dem Konventionsrecht innerstaatlich eingeräumt wird, ist den Vertragsstaaten überlassen. Keineswegs überall wird die Auffassung geteilt, die in der Schweiz besteht, wonach dem EMRK-Recht mindestens Übergesetzesrang, wenn nicht Verfassungsrang zukommt.<sup>5</sup> In den über 30 Jahren der Geltung des Konventionsrechts für die Schweiz ist die EMRK - im Sinne von Art. 35 Abs. 1 Bundesverfas-

sung (BV) - immer stärker in der ganzen Rechtsordnung zum Tragen gekommen. Das wird nicht nur in der alltäglichen Praxis des Bundesgerichts deutlich, sondern zeigte sich z.B. auch bei der Redaktion der (sog. nachgeführten) neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999, wo in verschiedenen, neu formulierten verfassungsmässigen (Grund-) Rechten die EMRK rezipiert wurde, etwa in Art. 8 Abs. 2 (Diskriminierungsverbot), Art. 13 Abs. 1 (Schutz der Privatsphäre) oder in Art. 31 (Freiheitsentzug).<sup>6</sup> Entscheidende Wirkungen hatte der Corpus des EMRK-Rechts in der Schweizer Rechtsordnung auf die Festigung der Unabhängigkeit der Gerichte, den Zugang zu Gerichten in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten (Art. 29a, 30 und 191 BV), die Speditivität der Urteilsfällung, die Garantie der Unschuldsvermutung, den Schutz des Privat- und Familienlebens vor behördlichen Kontrollen, sowie bei der Sicherung der Meinungs-, Medien-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit.<sup>7</sup> Anerkannt wird heute zudem, dass der Rechtsprechung des EGMR auch im Umweltrecht (z.B. in Streitigkeiten um Fluglärm) und selbst im Wirtschaftsrecht (z.B. Schutz der Werbung, Garantie gerichtlicher Verfahren für Unternehmen, Schutz des Anwaltgeheimnisses<sup>8</sup>, Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit<sup>9</sup>) eine wachsende Rolle zukommt, auch wenn die Schweiz das 1. Zusatzprotokoll zum Schutz des Eigentums nicht ratifiziert hat. Die Praxis des Bundesgerichts zeigt anschaulich, wie das EMRK-Recht anfänglich punktuelle Ergänzungen der Grundrechtsnormen brachte, danach immer stärker in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst zum massgeblichen Referenzsystem wurde und wie es so eine kontinuierliche Überprüfung grosser Teile des Schweizer Verfassungsrechtsschutzes bewirkte.<sup>10</sup>

2. Da nun aber die Schweiz, auch nach der Justizreform vom 12. März 2000, ihr System einer eingeschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit beibehalten hat,<sup>11</sup> das namentlich die richterliche Normenkontrollbefugnisse durch Art. 190 BV (bis Ende 2006: Art. 191 BV) gegenüber Bundesgesetzen und Völkerrecht begrenzt,<sup>12/13</sup> hat die Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK an den EGMR eine ausserordentliche Bedeutung erlangt: als Fazit lässt sich feststellen, dass die Schweiz seit Ende 1974 eigentlich eine, jedenfalls im Anwendungsbereich der

EMRK-Rechte, an den EGMR delegierte Verfassungsgerichtsbarkeit kennt!

## **II. Weitere Grundrechtsinstrumente des Europarates**

Neben dem Hauptinstrument der EMRK hat der Europarat auch sonst punktuell den Grundrechtsschutz in Europa und in den europäischen Staaten fortentwickelt. Hervorgehoben seien insbesondere: das Europäische Übereinkommen vom 26. November 1987 zur Verhütung von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und Strafe (mit 2 Zusatzprotokollen)<sup>14</sup>; das Übereinkommen vom 28. Juni 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (mit 1 Zusatzprotokoll)<sup>15</sup>; das Europäische Übereinkommen vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen (mit Protokoll von 1998)<sup>16</sup>; die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen vom 5. November 1992<sup>17</sup> und das Rahmenabkommen zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1. Februar 1995<sup>18</sup> und dann vor allem das Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung der Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin)<sup>19</sup> mit Zusatzprotokollen zum Klonverbot, zur Transplantationsmedizin sowie zur biomedizinischen Forschung.<sup>20</sup>

## **III. Auswirkungen des Grundrechtsschutzes der Europäischen Union**

1. Auch der Grundrechtsschutz der Europäischen Union<sup>21</sup> beeinflusste zunehmend die Schweiz als Drittstaat in ihrer Rechtsordnung<sup>22</sup>. Nachdem an der Regierungskonferenz vom 18. Oktober 2007 im Rahmen einer Änderung von Art. 6 EUV beschlossen wurde, dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 ebenso rechtsverbindlich sein solle wie die Grundverträge,

wird die Bedeutung des EU-Grundrechtsschutzes zweifellos erheblich wachsen. Dieser Einfluss besteht nicht nur im Anwendungsbereich der über 100 bilateralen Verträge der EU mit der Schweiz, die zum Teil eigentliche Assoziations- bzw. „Integrationsverträge“ darstellen.<sup>24</sup> Schon früh hat die Schweiz Wegmarken des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes lebhaft beachtet und wo angezeigt rechtsvergleichend rezipiert. Erinnerung sei etwa an die Rechtsprechung des EuGH zur Gleichstellung von Mann und Frau, die in Art. 9 Abs. 3 des Entwurfs einer Bundesverfassung der Expertenkommission Furgler von 1977 einfluss<sup>25</sup> und dann zum Art. 4 Abs. 2 aBV von 1981 resp. Art. 8 Abs. 3 BV von 1999 führte.<sup>26</sup> Ein weiteres, dauernd erneuertes Thema ist, wie weit sich die Schweiz als bloss assoziierter und „zugewandter“ Ort nicht stärker, mindestens innerschweizerisch, vom Geist und den Prinzipien der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten inspirieren lassen sollte. Beispielhaft für diesen „autonomen Nachvollzug“ ist etwa das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM)<sup>27</sup>. Autonom<sup>28</sup> werden auch Grundrechte konkretisierende Vorgaben des sekundären Gemeinschaftsrechts beachtet. So z.B. die Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen<sup>29</sup>, die im Verbund mit grundrechtlichen Bundesverfassungsvorgaben in Art. 119, 119a und 120 BV punktuell Einfluss auf das Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz, StFG)<sup>30</sup> und vor allem auf die jüngste Revision vom 22. Juni 2007<sup>31</sup> des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG)<sup>32</sup> hatte. Die EU-Grundrechtsgewährleistungen gewinnen zudem durch die bilateralen Verträge der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten im Schweizer Recht stark an Bedeutung. Verwiesen sei beispielsweise auf die Richtlinie 95/46/EG des Parlaments und des Rates der Europäischen Union vom 25. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr<sup>33</sup>, welche sich im Rahmen des in der Volksabstimmung vom 5. Juni 2005 angenommenen Abkommens über die Assoziierung der Schweiz bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen- und

Dublin-Besitzesstandes auf die gesetzliche Sicherung des Rechts auf Datenschutz nach Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK.<sup>34</sup> erheblich auswirkte.

2. Entscheidend ist nun allerdings, dass die bilateralen Verträge in ihrem Anwendungsbereich zu einer Beachtung der Grundrechte-Rechtsprechung des EuGH führen, namentlich im Rahmen des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA)<sup>35</sup> gemäss Art. 16 dieses Abkommens.<sup>36</sup> Dabei wirkt sich auch zunehmend aus, dass der EuGH die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten unter anderem anhand der Grundrechte der EU bestimmt<sup>37</sup> und dass er vom Diskriminierungsverbot gegenüber EU-Staatsangehörigen zum Gebot der nationalen Gleichbehandlung aller Unionsbürger, namentlich bei den Sozialleistungen, wechselt.<sup>38</sup>

#### **IV. Zusammenwirken und Divergenzen der europarechtlichen Grundrechtsgewährleistungen in der Schweiz**

Grundsätzlich führen das Bundesgericht und die anderen richterlichen Behörden des Bundes (Bundesstrafgericht, Bundesverwaltungsgericht, Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, demnächst Bundespatentgericht sowie die Militärjustiz)<sup>39</sup> sowie die kantonalen Gerichts- und Rechtspflegeinstanzen den Grundrechtsschutz der Bundesverfassung fortlaufend mit dem für die Schweiz geltenden europäischen und internationalen Menschenrechtsschutz zusammen.<sup>40</sup> Dabei ist entscheidend, dass es zum einen, namentlich in neueren Grundrechtspakten - wie im UNO-Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK)<sup>41</sup> - Gewährleistungen gibt, die nicht zu den verfassungsmässigen Rechten der Bundes- oder Kantonsverfassungen gehören. Zum anderen divergieren - und darauf wird oft zu wenig geachtet - der Kreis der Grundrechtsberechtigten resp. Grundrechtsträger/innen, der grund- und menschenrechtliche Schutzbereich und die Schrankenregelungen

je nach Konvention zum Teil markant - von den unterschiedlichen Auslegungsregeln einmal ganz abgesehen.<sup>42</sup> Diese Grundrechtskonkurrenzen, resultierend aus einer multipolaren europäischen und internationalen Ordnung des Menschenrechtsschutzes<sup>43</sup>, verlangen ein systematisches Vorgehen, wobei zuerst die im Streitfall einschlägigen Gewährleistungen, unter Beachtung der Spezifitäten des jeweiligen Rechtes (z.B. von Art. 6 Abs. 3 EMRK und Art. 32 BV)<sup>44</sup>, ermittelt werden müssen<sup>45</sup>. Das Bundesgericht pflegt sodann grundsätzlich alle relevanten Grund- und Menschenrechte anzuwenden, und dies nach einem «differenzierten Ansatz, der in der Qualifizierung der entsprechenden Verhaltensweisen, in der Auslegung der Positionen, die die Grundrechte zum Ausdruck bringen und in der Berücksichtigung - sofern das im Einzelfall möglich ist - aller relevanten und charakteristischen Aspekte jedes einzelnen, im konkreten Fall geltend gemachten Grundrechts besteht»<sup>46/47</sup>. Die Schutzansprüche werden somit verfassungsrechtlich und zugleich völkerrechtsfreundlich ausgelotet und in praktische Konkordanz gebracht. Dass allerdings die Schweiz als Nichtmitglied der europäischen Union, das kein Vorlage-recht beim EuGH nach Art. 234 EGV<sup>48</sup> hat, und das auch die geringen Durchsetzungsmechanismen der meisten europäischen und internationalen Menschenrechtsaspekte kennt, dabei vereinzelt eigene, abweichende Endentscheide trifft, wird nicht erstaunen.<sup>49</sup>

## **V. Grundrechtsschutz nach europäischem Recht, über die Schranke von Art. 190 BV hinweg**

1. Wie erwähnt (oben I.2) wurde mit der Justizreform von 2000 die Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Massgeblichkeitsgebot für Bundesgesetze und Völkerrecht gemäss Art. 190 BV aufrechterhalten.<sup>50</sup> Im Rahmen dieses Vorbehalts umfasst die Verfassungsgerichtsbarkeit schweizerischer Prägung, neben den Verbandsstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen sowie unter diesen (Art. 189 Abs. 2 BV, Art. 120 BGG) und der abstrakten Anfechtung kantonaler Erlasse (Art. 82 Bst. b und Art. 87 BGG), auf Beschwerde hin die Überprüfung von Einzelentscheiden und von Normen wegen

Verletzung von Bundesrecht, insbesondere von verfassungsmässigen Rechten, und von Völkerrecht, insbesondere von Menschenrechtspakten.<sup>51</sup> Die Verfassungsgerichtsbarkeit obliegt - auf Grund des Rechtsstaatsprinzips - allen gerichtlichen Instanzen und zwar im Rahmen einer nachträglichen, inzidenten resp. akzessorischen Kontrolle.

2. Eine solche verfassungsrechtliche Selbstbeschränkung, wie sie Art. 190 BV fest schreibt, ist nicht so ungewöhnlich, wie sie hierzulande manchmal erscheint. Vergleichen lässt sie sich z.B. mit den Art. 91-94 und Art. 120 der Verfassung des Königreichs der Niederlande vom 24. August 1815. Dennoch: Art. 190 BV bereitet zunehmend grundsätzliche Probleme in der Normverwirklichung - auch und nicht zuletzt im Grundrechtsschutz.<sup>52</sup> Durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts wie durch Nutzung von Lücken und völkerrechtlichen Ermessensspielräumen (margins of appreciation) können divergierende Zwecke und Wertungen in den grund- und menschenrechtlichen Schutznormen und Urteilen gemildert und partiell in Konkordanz gebracht werden.<sup>53</sup> Wo aber eine echte Kollision zwischen einer Bundesgesetzesbestimmung und einer unmittelbar anwendbaren Völkerrechtsnorm besteht, hat nach neuerer Praxis die Völkerrechtsnorm den Vorrang.<sup>54</sup>

3. Dass die Kollisionsregel zwischen Bundesgesetzen und Völkerrechtsbestimmungen früher oder später auch den Grundrechtsschutz erfassen musste, war offensichtlich. Seit 1991 hat das Bundesgericht mindestens in Einzelfällen erwogen, dass es eine Bundesgesetzesbestimmung, die einem EMRK-Recht widerspricht, dann nicht anwenden müsste, «wenn eine Verurteilung der Schweiz durch den EGMR droht»<sup>55</sup>. Allerdings: zu einer effektiven Nichtanwendung einer Bundesgesetzesbestimmung ist das Bundesgericht nur selten geschritten.<sup>56</sup> Häufiger hat es vorgezogen, das Bundesgesetz anzuwenden, trotz möglicher EMRK-Verletzung, bzw. ihm eine EMRK-konforme Auslegung zu geben.<sup>57</sup> Insgesamt hat das Bundesgericht mit dieser Praxis, die weiterzuführen es auch nach der Justizreform für notwendig und richtig erachtete,<sup>58</sup> eine über die Verfassungsgerichtsbarkeit

hinausgehende «Konventionsgerichtsbarkeit» zur Normenkontrolle eingeführt.<sup>59</sup>

4. Dieselbe Entwicklung ergibt sich heute auf Grund der bilateralen Vertragsbeziehung zur EG/EU. Auch hier nimmt das Bundesgericht, insbesondere im Bereich der Sozialversicherungen,<sup>60</sup> eine inzidente Kontrolle auch von Bundesgesetzesbestimmungen am Gemeinschafts- resp. Unionsrecht vor,<sup>61</sup> gerade weil im Prinzip keine Kooperationsmöglichkeit mit dem EuGH bestehe. Dabei prüft es immer wieder, wie es der dynamischen Entwicklung des Gemeinschaftsrechts folgen kann, obwohl die bilateralen Vertragsbeziehungen grundsätzlich statisch sind und die Beachtung der Rechtsprechung nur bis zum Stichtag des Vertragsschlusses festschreiben (so z.B. Art. 16 Abs. 2 FZA von 1999).<sup>62</sup>

5. Eine Auslegung und Überprüfung des schweizerischen Rechts anhand des EG/EU-Rechts musste das Bundesgericht - auch um die Konkordanz mit dem Recht der Integrationsverträge zu fördern - schliesslich ebenfalls in Erwägung ziehen, wenn autonom nachvollzogenes bzw. von Gemeinschaftsrecht inspiriertes Schweizer Recht anzuwenden war. Das Bundesgericht hat vor kurzem begonnen, fallweise Schweizer Recht europarechtskonform bzw. Richtlinienkonform auszulegen, mit der punktuellen Folge einer Nichtanwendung.<sup>63</sup> Die Doktrin hat dieses eigenständige Verfahren der Normenkontrolle z.T. lebhaft begrüsst.<sup>64</sup> Allerdings darf nicht übersehen werden, dass das Bundesgericht in mehreren Fällen ein solches Vorgehen wiederum explizit verworfen hat.<sup>65</sup>

## **VI. Probleme des extra konstitutionellen Ausbaus der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Zusammenwirken von Strassburger und Luxemburger Rechtsprechung**

Die Öffnung des Schweizer Verfassungsrechts, gerade im Bereich des Grundrechtsschutzes, zum europäischen und internationalen Menschenrechtsschutz, ist ein zwingendes Gebot unserer grenzüber-

schreitenden, vernetzten Rechtsordnung. Grundrechtsschutz ist heute fast immer Schutz von verfassungsmässigen Rechten und zugleich von völkerrechtlich begründeten Menschenrechten in ihrer jeweiligen Durchdringung. Die Überprüfung und die ausnahmsweise Nichtanwendung von Bundesgesetzen anhand der EMRK und teilweise auch an den Garantien des Unionsrechts ist allerdings ein Verfassungsumbruch, der in eine Verfassungsreform münden muss!<sup>66</sup> Sicherlich: diese Normenkontrolle bzw. Konventions- und Europarechtsverwirklichung entspricht Art. 35 BV. Doch verglichen mit dem Normenkonflikt zwischen einem speziellen Staatsvertrag und einem Bundesgesetz, ist die Normenkontrolle an europäischen Grundrechten, mit ihrem z.T. sehr weiten Schutzbereich (vgl. Art. 8 Abs. 1 EMRK), ein Abenteuer, für welches das Bundesgericht die Kriterien noch nicht genau bestimmt hat. Dazu kommt, dass nach dem System der diffusen, also der nicht beim Bundesgericht konzentrierten Normenkontrolle, auch andere, letztinstanzlich entscheidende Gerichte dieser Praxis folgen müssen.<sup>67</sup> Schliesslich ist auch zu bedenken, dass diese Praxis wichtige Bereiche des Grundrechtsschutzes der Bundesverfassung ausklammert, z.B. Art. 8<sup>68</sup> oder z.T. Art. 26 und Art. 27 BV, und zudem eine z.B. präventive Kontrolle von Staatsverträgen - bezüglich deren Vereinbarkeit mit den Menschenrechten - überhaupt ausser Acht lässt. Die offensichtlich in der Staatspraxis wachsenden Grundrechtskonflikte und die Rechtsunsicherheiten der bundesgerichtlichen Praxis einer europarechtlichen Normenkontrolle zeigen, dass der 1999/2000 abgelehnte Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit weniger als zehn Jahre später ein dringliches Anliegen der Rechtspolitik ist<sup>69</sup>.

## Endnoten

- \* Der Verfasser ist Professor für Öffentliches Recht einschliesslich Europarecht und Völkerrecht an der Universität St. Gallen.
- 1 Zum Beitritt der Schweiz zur EMRK vgl. z.B. Dietrich Schindler, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz, ZSR 94 I, S. 375 ff.; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. 1999, S. 21 ff.; Arthur Haefliger/Frank Schürmann, Die Europäische

- Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl. 1999, S. 20 ff.
- 2 Ratifiziert wurden das Protokoll Nr. 6 (SR 0.101.06) sowie das Protokoll Nr. 7 (SR 0.101.07) 1987 und das Protokoll Nr. 13 (SR 0.101.093) 2002. Noch nicht beigetreten ist die Schweiz den Protokollen Nr. 1 (ETS No. 9), Nr. 4 (ETS No. 46) und Nr. 12 (ETS No. 177).
  - 3 Dazu z.B. Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2005, S. 12 ff.
  - 4 Mark E. Villiger, Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organe im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz, ZSR 1985 I, S. 469 ff.; Grabenwarter, a.a.O., S. 93 ff.
  - 5 Rainer J. Schweizer, Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 1993 II, S. 628 f.; Mark E. Villiger, Handbuch, a.a.O., RN 59. Das Bundesgericht erklärt zum Teil, dass die BV keinen höherrangigen Schutz gewährt als die EMRK bzw. wo es das internationale Recht allein anwendet (vgl. BGE 126 I 235, 128 I 293, 133 I 66).
  - 6 Botschaft Totalrevision Bundesverfassung, BBl 1997 I 186; Giovanni Biaggini, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft – Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform, AJP 1999, S. 727; Giuseppe Nay, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa - Die schweizerische Praxis, ZSR 2005 II, S. 104/5.
  - 7 Vgl. u.a. Mark E. Villiger, EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, in: Verfassungsrecht der Schweiz, hrsg. von Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, 2001, § 40 Rz. 12 ff. S. 651 ff.; Michel Hottelier/Hanspeter Mock/Michel Puéchav, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2005, S. 16 ff.; Stephan Breitenmoser/Boris Riemer/Claudia Seitz, Praxis des Europarechts. Grundrechtsschutz, 2006, S. 21 ff.; Daniel Thürer, Verfassungs- und völkerrechtlicher Status der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/2 Grundrecht in der Schweiz und in Liechtenstein, 2007, § 203 RN 44 ff.
  - 8 Vgl. VPB 62.114 (Kopp)
  - 9 Vgl. EGMR, Demuth ./ Schweiz, EuGRZ 2003, 488 ff.; EGMR, Groppera Radio AG u.a. ./ Schweiz, EuGRZ 1990, 225 ff.; EGMR, Autronic ./ Schweiz, EuGRZ 1990 261 ff.
  - 10 Zu den Etappen der Bundesgerichtspraxis: Michel Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, 2007, § 207 RN 13 ff.
  - 11 Vgl. z.B. Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Vol. I L'Etat, 2ième éd., 2006, S. 641 ff.; Rainer J. Schweizer, Durchsetzung des Grundrechtsschutzes, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen

- Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, 2007, § 229 RN 64 ff. betr. die Durchsetzung des Grundrechtsschutzes ab 2007. Zur Diskussion um den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Justizreform: Ulrich Zimmerli, Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR 2002 I, S. 448 ff.
- 12 Dazu z.B. Stefan Oeter, Die Beschränkung der Normenkontrolle in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 1990, S. 545 ff.; Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, Art. 190 Rz. 6 ff.
  - 13 Weitere Begrenzungen nimmt das Bundesgericht bei der Normenkontrolle von Bundesratsverordnungen (vgl. BGE 129 II 249) und bei der Normenkontrolle gegenüber vom Parlament genehmigten Kantonsverfassungen (BGE 111 Ia 239) an.
  - 14 ETS No. 126, von der Schweiz 1988 ratifiziert (SR 0.106); Protokoll Nr. 1 ETS No. 151, AS 2003 2581; Protokoll Nr. 2 ETS No. 152, AS 2003 2584; beide Protokolle in der Schweiz in Kraft seit 2002. Dazu z.B. Stefan Trechsel, Zum Verhältnis zwischen der Folterkonvention (FSK) und der EMRK, Festschrift Hans Haug, 1984, s. 385 ff.
  - 15 ETS No. 108, von der Schweiz 1997 ratifiziert (SR 0.235.1); Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Kontrollstellen und grenzüberschreitendem Datenverkehr vom 8.11.2001, ETS No. 181. Zum DSG: Botschaft vom 23. März 1988, BBI 1988 II 413; Botschaft vom 19. Februar 2003 zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz und zum Bundesbeschluss betr. den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001, BBI 2003 I 2101; Bundesbeschluss betr. Beitritt zum Zusatzprotokoll, BBI 2006 3649. Dazu Jean-Philippe Walter, La Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données, in: Astrid Epiney/Marianne Freiermuth (Hrsg.), Datenschutz in der Schweiz und in Europa, 1999, S. 83 ff.
  - 16 ETS No. 132, SR 0.784.405; Änderungsprotokoll vom 1. Oktober 1998, ETS No. 171, SR 0.784.405.1.
  - 17 ETS No. 148, SR 0.441.2.
  - 18 ETS No. 157, SR 0.441.1. Bei der Charta und beim Rahmenabkommen kommen den Länderberichten sowie den Prüfberichten grosse Bedeutung zu.
  - 19 ETS No. 164. Ratifikation durch die Schweiz 2007/08, dazu massgeblich Botschaft vom 12. Sept. 2001, BBI 2002, 271 ff.
  - 20 Zusatzprotokoll über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen, ETS No. 168; Zusatzprotokoll bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe, ETS No. 186; Zusatzprotokoll betr. biomedizinische

Forschung, ETS No. 195.

- 21 Zum gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz u.a. Thomas Oppermann, *Europarecht*, 3. Aufl. 2005, S. 146 ff.; Roland Bieler/Astrid Epiney/Marcel Haag, *Die Europäische Union*, 6. Aufl. 2005, S. 58 ff.; Breitenmoser/Riemer/Seitz, a.a.O., S. 197 ff.
- 22 Thomas Bruha/Markus Rau, *Bedeutung der Grundrechte der EU für Drittstaaten*, in: Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, S. 105 ff.
- 23 ABl. C 364/2000, S. 1 ff. Dazu z.B. Peter J. Tettinger/Klaus Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006.
- 24 Vgl. z.B. Botschaft zur Assoziation an den Schengen- und Dublinraum: Botschaft BBl 2004 VI, 5965, 6125 ff. Zur Entwicklung der Vertragsbeziehungen zwischen der Schweiz und der EG/EU siehe Kerstin Odendahl, *Die Entwicklung der bilateralen Vertragsverhältnisse zwischen der Schweiz und der EU*, in: Festschrift 25 Jahre Rechtswissenschaftliche Abteilung an der Universität St. Gallen, 2007 (mit aktualisiertem Verzeichnis der wichtigsten Abkommen); Rainer J. Schweizer, *Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet*, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz*, 2006, S. 23 ff.
- 25 Vgl. Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 36 f., mit Verweis auf Urteil EuGH, C-43/75, *Defrenne c. SABENA*, Slg. 1976, 455 (EuGRZ 1976, S. 162).
- 26 Vgl. Botschaft BBl 1980 I 69; Botschaft vom 24. März 1993 über die Gleichstellung von Frau und Mann, BBl 1993 I 248. Zur weiteren Rezeption in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 123 I 125, 125 I 21, 29. Vgl. jetzt Art. 141 EGV; Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Sept. 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207 EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 269 vom 5.10.2002, S. 15).
- 27 SR 943.02. Dazu Botschaft BBl 1995 I 1213 ff.
- 28 Einzelheiten zur schweizerischen Rechtsangleichung durch einen - allerdings selektiven - autonomen Nachvollzug von Gemeinschaftsrecht bei: Rainer J. Schweizer, *Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet*, a.a.O. S. 31 ff.
- 29 ABl. L 213 vom 30. Juli 1998, S. 13-21. Dazu Urteil EuGH, Rs. C-377/98, *König-*

- reich der Niederlande /. Europ. Parlament und Rat der EU Slg. 2001, I-7079.
- 30 SR 810.31.
- 31 Botschaft BBl 2006, 1 ff.; Die Gesetzesänderung vom 22. Juni 2007 in BBl 2007, 4593 ff.
- 32 SR 232.14.
- 33 ABI Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31 ff.
- 34 Botschaft vom 1. Oktober 2004 zur Genehmigung der bilateralen Abkommen, BBl 2004 6079 ff., 6117 ff., 6415 ff.; Bundesbeschluss vom 17. Dezember 2004, BBl 2004, 7149 ff.; Astrid Epiney, Datenschutz und «Bilaterale II». Zu den Auswirkungen der Schengen-Assoziierung auf das schweizerische Datenschutzrecht - ausgewählte Aspekte, SJZ 2006, S. 121-129.
- 35 SR 0.142.112.681.
- 36 So z.B. BGE 130 II 1 Erw. 3.6.1; 130 II 87 Erw. 4.2 und 5.1.2; 131 II 339 Erw. 4; 131 V 209; 132 V 252 Erw. 6.1; 132 V 437 ff. Erw. 9.3 ff.
- 37 Z.B. Urteile EuGH, Rs. C-112/00 Schmiedberger, Slg. 2003, I-9659; Rs. C-71/02 Karner, Slg. 2004, I-3025; Rs. C-36/02 Omega, Slg. 2004, I-9609.
- 38 Z.B. Urteile EuGH Rs. C-184/99 Grzekzyk, Slg. 2001, I-6193; Rs. C-456/02 Trojani, Slg. 2004, I-7573; Rs. C-209/03 Bidar, Slg. 2005, I-2119; Rs. C-147/03 "Österreichischer Hochschulzugang", Slg. 2005, I-5969.
- 39 Art. 191a BV.
- 40 Vgl. z.B. Jörg Paul Müller, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa - Einleitungsreferat, ZSR 2005 II, S. 18/9; Giuseppe Nay, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa - Die schweizerische Perspektive, ZSR 2005 II, S. 113 ff.; Daniel Thürer, Verfassungs- und völkerrechtlicher Status der Grundrechte, a.a.O., § 203 RN 37 ff., 55 ff.;
- 41 SR 0.107; mit den beiden Fakultativprotokollen vom 25. Mai 2000 (SR 0.107.1 und SR 0.107.2).
- 42 Dazu u.a. Giorgio Malinverni, Les Pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl. 1997, S. 41 ff.; Arthur Haefliger/Frank Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention, a.a.O., S. 41 ff. Einlässlich für Deutschland: Thilo Grote/Thomas Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, bes. S. 435 ff.
- 43 Dazu jetzt einlässlich Michel Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskonflikte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, 2007, § 207 RN 12 ff.

- 44 Dazu Hans Vest, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, Art. 32.
- 45 Die Rüge der Verletzung vorausgesetzt vgl. Art. 116 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) (SR 173.110).
- 46 Michel Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, a.a.O., § 207 RN 28.
- 47 Beispiele bieten: BGE 115 I 417, 420; 125 I 276, 277; vgl. auch BGE 116 Ia 345, 117 Ia 472.
- 48 Vorbehalten besondere staatsvertragliche Vereinbarungen wie z.B. Art. 20 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweiz, Eidgenossenschaft und der Europ. Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).
- 49 Vgl. den bekannten Streitfall Hertel: BGE 120 II 76, Hertel ./ CH, EGMR-Urteil vom 25. August 1998, GRUR Int 1999, 156, BGE 125 III 185; Vgl. die gegenüber Strassburg z.T. unterschiedliche schweizerische Praxis zum Recht auf Zusammenführen der Familie nach Art. 8 EMRK von Ausländern: Peter Übersax, § 5 Einreise und Ausreise, in: Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. VIII, Ausländerrecht, hrsg. von Peter Übersax/Peter Münch/Thomas Geiser/Martin Arnold, 2002, S. 182 ff. Ziff. 5, 157 ff. m.w.H. Ein anderes Beispiel bildet die Ablehnung seitens des Bundesgerichts von Beschwerden betreffend Erhöhung der Studiengebühren als Verletzung von Art. 13 Abs. 2 Bst. c UNO-Pakt II, BGE 120 Ia 1, Erw. 5d, S. 12 f.; 126 I 240; 130 I 113, Erw. 4, S. 121 ff.; Jörg Künzli, Soziale Menschenrechte: blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche? Überlegungen zur direkten Anwendung des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz, AJP 1996, S. 527 ff. Dem gegenüber vertrat das UNO-Komitee zur Überwachung des Paktes die Meinung, dass das Recht auf Bildung als unmittelbar anwendbarer Teilgehalt jedenfalls ein Verbot der Erhöhung von Studiengebühren bei staatlichen Bildungsinstitutionen enthalte (Abschliessende Bemerkung des Ausschusses zum Staatenbericht der Schweiz, UN Doc. E/C. 12/1 Add. 30) (Hinweis bei Daniel Thürer, Verfassungs- und völkerrechtlicher Status der Grundrechte, a.a.O. § 203, RN 43).
- 50 So z.B. BGE 131 II 705 Erw. 4.4, 5.4; 131 V 259 Erw. 5.3.
- 51 Z.B.: Giovanni Biaggini, Abstrakte und konkrete Normenkontrolle, ius.full 2006, S. 164 ff.; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2007, S. 184 ff.
- 52 Vgl. Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, a.a.O., Art. 190 Rz. 21 ff.
- 53 Vgl. BGE 94 I 669 ff.; 117 Ib 367 ff.; 122 II 234 ff.; 129 II 263; 132 II 236; Giusep Nay, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa, a.a.O., ZSR 2005 II S. 100 ff.; Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, a.a.O., Art. 190 Rz. 26 ff.
- 54 Obwohl Art. 190 BV zu dieser Frage keine Aussage macht, vgl. BGE 119 V 171, 125 II 425, 129 II 139. Einzelheiten bei Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel

Hottelier, a.a.O., Vol. I S. 659 ff., bes. S. 665 ff.

- 55 So erstmals BGE 117 Ib 367; 118 Ib 277 Erw. 3-6; ständige Rspr. Übersicht zur Rechtsprechung bei Rainer J. Schweizer, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, a.a.O., S. 49 ff.; vgl. auch Walter Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg-Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, S. 1176 ff.
- 56 Vgl. z.B. BGE 120 Ib 136 Erw.1; 125 II 417 Erw. 4c und 4d, 6 und 7; 129 II 193 Erw. 3; 130 II 281 Erw. 3; 131 I 12 Erw. 1.1.
- 57 Vgl. z.B. schon BGE 117 Ib 367 Erw. 2e, 2f, ein Entscheid, der in BGE 124 II 480 revidiert wurde; 120 II 384 Erw. 5a; 122 III 414 Erw. 3a; 125 III 209 Erw. 6; 128 III 113 Erw. 3-5, ein Entscheid, der angefochten in Strassburg, von der Schweiz durch eine gütliche Einigung mit dem Bf. korrigiert wurde; 130 II 367 Erw. 3; 131 I 476 Erw. 2.3.
- 58 BGE 128 IV 201 Erw. 1.3.
- 59 Michel Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskonflikte, a.a.O. § 207 RN 17.
- 60 Ulrich Meyer, Das Sozialversicherungsgesetz, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, 2006, S. 75 ff., bes. 89 ff.
- 61 Vgl. z.B. BGE 130 I 26; 131 V 209; 132 V 319 Erw. 9.1, 9.2.
- 62 BGE 130 II 1 Erw. 3.6.1; 130 II 113; 131 II 339 Erw. 3; 131 V 371; 132 V 192 Erw. 5.2.2; 132 V 433 Erw. 7.4, 9.4, 9.5, 10. Zur Statistik der bilateralen Beziehungen Rainer J. Schweizer, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, a.a.O., S. 38 ff.
- 63 Vgl. z.B. BGE 129 III 335 Erw. 6; 130 III 182 Erw. 5.5.1; 132 III 32 Erw. 4.1, 5.1.
- 64 So Marc Amstutz, Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.) Auslegung und Anwendung von «Integrationsverträgen», 2006, S. 93 ff.
- 65 Vgl. z.B. BGE 125 II 293 Erw. 4c; BGer in ZBI 2002, S. 244 ff.; 131 II 13 Erw. 5.4, 8.1, 8.2; 131 II 44 Erw. 2.3.3, 3.5.
- 66 Dazu z.B. Rainer J. Schweizer, Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 1993 II S. 716 ff., 730 ff.
- 67 Vgl. Urteil der Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission vom 15. Feb. 2006/23. Mai 2006 Nr. 09/05, betr. Art. 18 Abs. 3 BWIS, ZBI 2007, S. 392 ff.; dazu Tiziana Mona-Magni, Das indirekte Auskunftsrecht - Zur Praxis der Eidgenössischen Datenschutzkommission, ZBI 2006, S. 364 ff.

68 Vorbehaltlich einer Ratifikation des 12. Protokolls zur EMRK.

69 Vgl. Postulat Thomas Pfisterer (07.3360 S): Stärkung der präventiven Verfassungskontrolle; Parlamentarische Initiative Vreni Müller-Hemmi (07.476 N): Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden.

Giusep Nay, Lausanne\*

# **Auswirkungen der EMRK auf die Grundrechtsordnung und die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz<sup>1</sup>**

## **1. Die Ausgangslage**

Die Schweiz unterzeichnete die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) im Jahre 1972 und ratifizierte sie 1974. Von Beginn an wandte sie diese und die Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg *parallel* zu ihrer Bundesverfassung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu an. Die Verfassungsrechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts wurde unter einem erheblichen Einfluss der EMRK weiter entwickelt, insbesondere z.B. im Bereich der Verfahrensgarantien im Strafverfahren. *Wie war dies möglich?*

Die damals gegebene Verfassungslage begünstigte die rasche und umfassende Rezeption der EMRK: Die Bundesverfassung von 1874 enthielt lediglich eine beschränkte Anzahl Grundrechte. Diese lückenhafte Ordnung wurde zwar schon früh durch die dem Bundesgericht gegenüber kantonalen Erlassen und Entscheiden zustehende Verfassungsgerichtsbarkeit aufgefüllt: Einerseits durch die Rechtsprechung zum alten Art. 4 der Bundesverfassung, der kurz und bündig festhielt: "Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich". Aus dieser Bestimmung, die selbstverständlich dann auch auf Nichtschweizer angewendet wurde, wurden verfassungsmässige Rechte wie das Willkürverbot und das Verbot der formellen Rechtsverweigerung sowie Verfahrensgarantien wie die Ansprüche auf rechtliches Gehör und auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung

abgeleitet. Zudem anerkannte das Bundesgericht ungeschriebene Grundrechte, so die Eigentumsfreiheit, die persönliche Freiheit, die Meinungsäusserungsfreiheit, die Sprachenfreiheit - eine schweizerische Besonderheit -, die Versammlungsfreiheit, die Abstimmungsfreiheit und zuletzt das Recht auf Hilfe in Notlagen, das heute als eine Perle unserer Bundesverfassung bezeichnet werden darf. In der Situation einer Bundesverfassung ohne Grundrechtskatalog und der rudimentären Bestimmung im zitierten Art. 4 waren die in der EMRK gewährleisteten Menschenrechte und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte dazu äusserst hilfreich. Insbesondere flossen die Verfahrensgarantien der EMRK in die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den kantonalen Prozessrechten ein, dies vor allem im Strafprozessrecht. Dabei übt das Bundesgericht volle Verfassungsgerichtsbarkeit aus. Nicht zuletzt aufgrund dieses Einflusses liegt heute eine *Bundesstrafprozessordnung* vor, deren Referendumsfrist am 24. Januar 2008 abläuft. Eine *Bundeszivilprozessordnung* ist ebenfalls in Vorbereitung; ein Entwurf wird gegenwärtig in der Vorberatungskommission des Nationalrates als Zweitrat beraten. Ein weiterer bedeutsamer Einfluss der EMRK, noch bevor sie für die Schweiz in Kraft trat, ist zu erwähnen: damit die Unterzeichnung und Ratifizierung der EMRK überhaupt möglich wurde, musste die Schweiz zunächst (endlich) das Stimm- und Wahlrecht der Frauen einführen und die konfessionellen Ausnahmeartikel (Jesuitenverbot und Klosterartikel) aufheben, was 1971 und 1972 erfolgte.

## **2. Die neuere Entwicklung**

Die neue Bundesverfassung von 1999/2000 kodifizierte nun die so entwickelte Grundrechtsrechtsprechung und übernahm vor allem die Verfahrensgarantien der EMRK, unabhängig davon, ob sie im Einzelnen Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichts gefunden hatten oder nicht. Aufgrund der Entstehungsgeschichte der neuen Bundesverfassung in diesem Bereich drängt sich auch deren parallele Anwendung mit der EMRK geradezu auf. Dies begünstigt ausserdem eine Ko-

ordination des Grundrechtsschutzes in besonderem Masse. Grundsatzentscheide des Bundesgerichts ergehen daher gegebenenfalls konsequent gestützt auf die Verfassung und die EMRK sowie die eigene Rechtsprechung zu beiden und auch jene des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur letzteren. Und dies erfolgt in Anwendung des Grundsatzes von *iura novit curia* grundsätzlich auch dort, wo nur eine Verletzung der Bundesverfassung oder der EMRK geltend gemacht wird.

In nicht unbedeutenden Punkten wie z.B. der Garantie des fairen Verfahrens in Art. 29 Abs. 1 für *alle* gerichtlichen Verfahren - nicht nur für civil rights - geht die schweizerische Bundesverfassung aber auch über den Grundrechtsschutz der EMRK hinaus. Auch die Rechte einer festgenommenen Person gehen - um ein weiteres Beispiel anzuführen - weiter: Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, unter anderem Anspruch darauf, unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache über ihre Rechte unterrichtet zu werden, und sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Diese Bestimmung knüpft mit der Wendung "ihre Rechte" an die Ansprüche an, welche die betroffene Person nach der Bundesverfassung, den internationalen Abkommen und der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung geltend machen kann. Beispielhaft erwähnt sie das Recht, die nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen. Zu ihren Rechten zählt aber auch das Schweige- oder Aussageverweigerungsrecht der in einem Strafverfahren beschuldigten Person, wie das Bundesgericht entschied, und worauf diese bei der Festnahme daher unverzüglich aufmerksam zu machen ist (BGE 130 I 126); mit anderen Worten gilt in diesem Sinne eine allerdings besondere Art der "Miranda-Warning-Klausel".

### **3. Das Verhältnis Landesrecht/EMRK**

Die Schweiz folgt für das Verhältnis Landesrecht/Völkerrecht dem System des Monismus. Das Völkerrecht gilt, ohne dass der vorgängige Erlass entsprechender *landesrechtlicher* Normen erforderlich wäre.

Das Völkerrecht wird bei gegebenem sog. self-executing-Charakter direkt angewendet.

Der self-executing-Charakter wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *bejaht*, wenn die Norm hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu sein. Die Norm muss mit anderen Worten justiziabel sein; sie muss weiter Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressaten der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein (BGE 126 I 240). Hinzu kommt, dass gemäss der in der Schweiz bestehenden sog. "diffusen" Normenkontrolle jedes Gericht gehalten ist, das geltende Völkerrecht wie das innerstaatliche Recht zur Anwendung zu bringen. Nach der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre hat die EMRK Übergesetzes-, d.h. *grundsätzlich* Verfassungsrang oder, wenn sie wollen, "Quasi-Verfassungsrang". Verletzungen der Garantien der EMRK konnten vor Bundesgericht gleich wie die Verletzung verfassungsmässiger Rechte heute noch mit der staatsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht werden, aber auch mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wo diese gegeben war. Neu, d.h. nach dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen neuen Bundesgerichtsgesetz, kann mit jeder der drei in dieser Hinsicht der bisherigen Verwaltungsgerichtsbeschwerde nachgebildeten Einheitsbeschwerden (Beschwerde in Zivilsachen, Strafsachen oder öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) sowohl die Verletzung von Bundesgesetzen als auch der Bundesverfassung *und* der EMRK geltend gemacht werden. Ist keine der Einheitsbeschwerden gegeben, kann mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde die Verletzung verfassungs- *und* konventionsrechtlicher (BGE 128 III 244 E. 5 und 101 Ia 66 E. 2c S. 69) Ansprüche gerügt werden.

Diese *prozessuale Gleichstellung* und die grundsätzliche *Gleichrangigkeit* von verfassungs- und konventionsmässigen Grund- und Menschenrechten - zusammen mit der geschichtlichen Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Schweiz - ermöglichen in optimaler Weise eine *verfassungskompatible* Auslegung und Anwendung der *EMRK* wie auch eine *konventionskonforme* Auslegung und Anwendung der *Bundesverfassung*.

Die vielfach zu hörende Aussage, "die Schweiz kennt keine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze", muss heute relativiert werden. Wenn gar gesagt wird, die Schweiz kenne keine Verfassungsgerichtsbarkeit, so ist dies in jedem Fall so falsch. Wie ich anführte, bestand und besteht eine volle Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber kantonalen Erlassen und Entscheiden sowohl in der Form der abstrakten als auch in der Form der konkreten Normenkontrolle. Ausgeschlossen ist allein die Verfassungsgerichtsbarkeit über *Bundesgesetze*, und auch diese Einschränkung ist, wie gesagt, zu relativieren: Diese Einschränkung bedeutet nach konstanter Rechtsprechung kein Prüfungsverbot, sondern allein ein Anwendungsgebot, auch wenn sich die Bestimmung als verfassungswidrig erweisen sollte. Das Bundesgericht kann und muss in einem konkreten Anwendungsfall die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes feststellen, was im Sinne des "cheks and balances" zwischen den Staatsgewalten von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist. Die Legislative ist gehalten zu handeln und handelt auch, wenn eine solche Feststellung des Bundesgerichts erfolgt. Dass die Schweiz keine zwingende Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze kennt, ist eine historisch bedingte Konzession an die direkte Demokratie. Die Berechtigung dieser Konzession wird und muss jedoch immer mehr hinterfragt werden, angesichts des heutigen Übergewichts des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht im Gegensatz zum umgekehrten Verhältnis bei der Gründung des Bundesstaates und noch bis nach der Mitte des 20. Jahrhunderts.

Die Verfassungsbestimmung - heute Art. 190, vor dem In-Kraft-Treten der Justizreform am 1. Januar 2007 Art. 191 BV -, die diese Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit stipuliert, nannte neben den für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden "*massgebenden*" Bundesgesetzen stets auch die Staatsverträge und nennt heute allgemein "Völkerrecht". Das Bundesgericht hat in BGE 125 II 417 entschieden, im Konfliktfall gehe das Völkerrecht prinzipiell dem Landesrecht vor, insbesondere wenn völkerrechtliche Normen *dem Schutz der Menschenrechte dienen*. Dies führt dazu, dass Bundesgesetze trotz Art. 190 BV die Anwendung versagt wird, wenn sie

namentlich der EMRK widersprechen.

Beim zitierten Leitentscheid BGE 125 II 417 handelte es sich um den ersten Fall in der neueren Rechtsprechung, bei welchem ein tatsächlicher Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und Völkerrecht vorlag. Bei diesem ging es um die Einziehung und Vernichtung von staatsgefährdendem Propagandamaterial der kurdischen Arbeiterpartei PKK durch den Bundesrat; die Regierung war nach einem alten, inzwischen aufgehobenen Bundesbeschluss dafür zuständig. Dagegen wurde Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Gegen Entscheide des Bundesrates ist die Beschwerde ans Bundesgericht jedoch nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht zulässig. Das Bundesgericht liess die Beschwerde dennoch in direkter Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu. Es verwies insbesondere auf Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention (*pacta sunt servanda*) und die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie deren Art. 27, wonach sich ein Staat nicht unter Berufung auf inländisches Recht seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen kann. Daraus - und aus der Natur der völkerrechtlichen Vorschrift, wie in BGE 122 II 485 näher ausgeführt, - ergebe sich, dass Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht, insbesondere aber bei Normen zum Schutze der Menschenrechte. Dass ein Bundesgesetz, das die EMRK verletzt, gegebenenfalls in einem konkreten Fall keine Anwendung findet, lässt der Bundesgesetzgeber im Übrigen selber in Art. 139a des Organisationsgesetzes des Bundesgerichts zu. Nach dieser Bestimmung ist die Revision eines Entscheides des Bundesgerichts zulässig, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Beschwerde gegen diesen Entscheid gutgeheissen hat und eine Wiedergutmachung nur durch eine Revision möglich ist.

Die Praxis des Bundesgerichts mit dem Vorrang von Menschenrechtsnormen vor Bundesgesetzen findet weiterhin ihre Begründung im in der Bundesverfassung (Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2) ausdrücklich stipulierten Vorrang von "zwingendem Völkerrecht" vor allem Landesrecht und auch vor Verfassungsrecht. In jedem Falle hat Art. 190 BV zurückzuweichen, soweit es um solches *ius cogens* geht. Wird dieser Begriff zudem als eigener staatsrechtlicher verstanden

und etwa im Sinne eines Bezuges auf objektive Fundamentalnormen der Völkerrechtsordnung, dürfte die Frage des Zugangs zu einem Gericht unter den Voraussetzungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch darunter fallen, die Gegenstand des angeführten BGE bildete. Von einem verfassungsrechtlichen Charakter des ius cogens spricht auch die Botschaft zur Totalrevision der Bundesverfassung, die der Bundesversammlung und dem Bundesgericht aufträgt, die Tragweite dieses Begriff soweit als möglich zu klären. Die Bundesversammlung hat die angeführten Verfassungsbestimmungen zum Vorrang zwingenden Völkerrechts bereits einmal angewendet: Sie erklärte eine Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung als ungültig, die forderte, illegal eingereiste Asylbewerber und solche, deren Gesuch rechtskräftig abgewiesen wurde, umgehend und ohne Beschwerdemöglichkeit aus der Schweiz weg zu weisen. Sie kam zum Schluss, ein derartiges Vorgehen würde gegen das Prinzip des Non-Refoulement verstossen.

Der Vollständigkeit halber ist hinzuzufügen, dass namentlich der UNO-Pakt II über die politischen und bürgerlichen Rechte, der in weiten Teilen die gleichen Grund- und Menschenrechte garantiert wie die EMRK, durch das Schweizerische Bundesgericht ebenfalls regelmässig in seiner Rechtsprechung beigezogen wird, allerdings in minderm Masse.

#### **4. Zusammenfassung**

Die Schweiz wandte seit deren Ratifizierung 1974 und wendet auch heute parallel zu ihrem eigenem Verfassungsrecht - das in der "nachgeführten" Bundesverfassung von 1999/2000 in weiten Teilen die gleichen Grundrechte wie die EMRK garantiert, teils aber auch über diese hinausgeht, - stets auch die EMRK an.

Die EMRK bildet nach dem System des Monismus Teil der nationalen Rechtsordnung und hat "Quasi-Verfassungsrang".

Die EMRK trug und trägt wesentlich zur Festigung und Fortentwicklung der Grund- und Menschenrechtsrechtsprechung des Schweizer

rischen Bundesgerichts bei.

Die EMRK hat als Völkerrecht grundsätzlich Vorrang vor den Bundesgesetzen und brachte auf diese Weise eine Verfassungsgerichtsbarkeit auch über diese, die sonst, mit Rücksicht auf die direktdemokratische Tradition der Schweiz, (noch) ausgeschlossen ist; d.h. die EMRK und weitere völkerrechtliche Verträge haben die Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze in einem weiten Masse aufgehoben, nämlich dort, wo es um in diesen internationalen Konventionen gewährleistete Grund- und Menschenrechte geht.

\* Der Verfasser war von 1989 bis 2006 Richter am Schweizerischen Bundesgericht und von 2004 bis 2006 Bundesgerichtspräsident

1 Der Vortragsstil wurde belassen und auch auf die Anfügung des wissenschaftlichen Apparates wurde verzichtet. Für weiterführende Hinweise: Giusep Nay, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa: die schweizerische Perspektive, ZSR 124 (2005) 2. Halbbd. S. 97 ff.

*Christian Walter, Münster\**

## **Die Europäische Menschenrechtskonvention als „Konventionsgemeinschaft“: Praktische Wirkungen in der deutschen Rechtsordnung**

Die verfassungsrechtliche Qualifizierung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) scheint eindeutig zu sein: Bundesverfassungsgericht und herrschende Meinung behandeln sie als einen völkerrechtlichen Vertrag im Sinne von Art. 59 Abs. 2 GG und entwickeln ihre innerstaatlichen Wirkungen ausgehend von dieser Prämisse. Gegen diesen Ansatz lassen sich im Grundsatz kaum Einwände erheben, denn weder können am Charakter der Konvention als völkerrechtlichem Vertrag Zweifel bestehen, noch an der Anwendbarkeit des Art. 59 Abs. 2 GG auf völkerrechtliche Verträge. Das Grundgesetz hält allerdings in Art. 24 Abs. 1 GG eine Vorschrift bereit, mit der für „zwischenstaatliche Einrichtungen“ eine spezielle Rechtsgrundlage geschaffen wird. Freilich konnten sich Stimmen in der Literatur bislang nicht durchsetzen, die sich für eine Qualifikation als „zwischenstaatliche Einrichtung“ im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG aussprechen. Der folgende Beitrag zeichnet zunächst die herrschende Position anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach (I.), vergleicht in einem zweiten Schritt die unterschiedlichen institutionellen Perspektiven des Schweizer Bundesgerichts und des Bundesverfassungsgerichts (II.), um vor diesem Hintergrund zunächst neuere Entwicklungen in der deutschen fachgerichtlichen Rechtsprechung zu analysieren (III.) und darauf aufbauend einen (erneuten) Versuch zu unternehmen, die EMRK als „Konventionsgemeinschaft“ im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG zu deuten (IV.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Zusammenfassung (V.).

## I. Grundsätzliches zur Geltung der EMRK in der deutschen Rechtsordnung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum gilt die Europäische Menschenrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung im Range eines einfachen Bundesgesetzes<sup>1</sup>. Dies bedeutet praktisch, dass sie allem Landesrecht und den unter dem Gesetzesrang stehenden Bundesrecht ohne weiteres vorgeht. Für das Verhältnis zum insoweit gleichrangigen Bundesrecht stellt sich allerdings die Frage nach der Geltung des *lex posterior*-Grundsatzes. Nach dieser allgemeinen Regel müsste eigentlich ein nach dem Zustimmungsgesetz zur EMRK erlassenes Bundesgesetz, das mit dieser in Widerspruch steht, als neuere Regelung der EMRK vorgehen. Mit fortschreitendem Zeitablauf seit dem Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur EMRK mit Wirkung zum 3. September 1953 würde sich diese Problematik in immer stärkerem Umfang stellen. In der Praxis wird diese problematische Konsequenz aber weitgehend durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verhindert, das von einer Vermutung für völkerrechtskonformes Verhalten des Bundesgesetzgebers ausgeht und deshalb die *lex posterior*-Regel nur dann zur Anwendung bringen will, wenn der Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe, von seinen Verpflichtungen aus der EMRK abweichen zu wollen<sup>2</sup>. Man kann mit Stimmen aus der Literatur diesen Gedanken noch dadurch verstärken, dass man in Anlehnung an das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG verlangt, dass der Gesetzgeber diese Abweichung unter ausdrücklicher Nennung der betreffenden EMRK-Norm formuliert<sup>3</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht versteht die EMRK ausserdem seit 1987 als ein Hilfsmittel zur Bestimmung des Inhalts der im Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte. Danach sind die EMRK und die zu ihrer Auslegung ergangene Rechtsprechung als eine „Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“ heranzuziehen<sup>4</sup>. Die Konvention entfaltet auf diese Weise mittelbare Wirkungen

über die Interpretation der nationalen Grundrechte. Hervorhebung verdient in diesem Zusammenhang, dass sich diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich nicht nur auf den Konventionstext, sondern auch auf dessen Interpretation durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs bezieht<sup>5</sup>.

## **II. Institutionenbedingt unterschiedliche Perspektiven auf die innerstaatliche Anwendung der EMRK bei Bundesverfassungsgericht und Schweizer Bundesgericht**

Vergleicht man die deutsche Praxis mit der Selbstverständlichkeit, mit der etwa in der Schweiz im Gesetzgebungsverfahren aber auch in der Rechtsprechung der Gerichte die Konvention als Massstab immer wieder herangezogen wird<sup>6</sup>, so ist es nach wie vor richtig, den deutschen Gerichten und Staatsorganen eine gewisse „Introvertiertheit“ vorzuwerfen<sup>7</sup>. Für diese Unterschiede lassen sich gerade im Vergleich zur Schweiz die Gründe in der institutionellen Ausgestaltung der Gerichtsbarkeit in Deutschland ausmachen. Ausserdem gilt es hervorzuheben, dass sich in den vergangenen Jahren ein Wandel auch in Deutschland andeutet, der im Folgenden punktuell nachgezeichnet werden kann<sup>8</sup>.

### *1. Institutionelle Strukturen der Verfassungsgerichtsbarkeit als ein Erklärungsmuster*

Die besondere Bedeutung, welche die Schweizer Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskonvention zuerkennt<sup>9</sup>, ist nicht zuletzt auf den Umstand begründet, dass das Schweizer Verfassungsrecht dem Bundesgericht die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Bundesgesetzen verwehrt<sup>10</sup>. Anders als bei kantonalen Vorschriften, die einer vollständigen verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen, ist es für Bundesgesetze auf die blosser Feststellung der Verfassungswidrigkeit beschränkt, muss aber die Anwendung gleichwohl durchsetzen. Diesen Umstand konnte das Bundesgericht sowohl unter dem Gesichtspunkt der Durchsetzung der Grundrechte

gegenüber dem Bundesgesetzgeber als auch unter dem Gesichtspunkt der Stellung der eigenen Institution im Institutionengefüge als problematisch empfinden. Insoweit bot die Europäische Menschenrechtskonvention einen Ausweg, der es dem Bundesgericht ermöglichte, sich eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit zu verschaffen, die von der Verfassung eigentlich nicht vorgesehen war. Die von ihm im Wege der Rechtsprechungsentwicklung geschaffene Möglichkeit, Bundesgesetze auf Grund ihrer mangelnden EMRK-Konformität nicht anzuwenden verstärkte sowohl den Grundrechtsschutz gegenüber dem Bundesgesetzgeber als auch die eigene Machtposition des Gerichts innerhalb der Schweizer Institutionen.

Demgegenüber befand sich das Bundesverfassungsgericht in einer völlig anderen Ausgangssituation. Das Grundgesetz hat das Gericht mit breiten verfahrensrechtlichen Möglichkeiten ausgestattet, angerufen zu werden. Darüber hinaus hat das Gericht selbst durch seine Rechtsprechung zur „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte in sämtliche Bereiche der nationalen Rechtsordnung<sup>11</sup> ein Instrument kreiert, mit dem es ihm möglich wurde, unter Beachtung von unterschiedlichen Formen der Selbstbeschränkung auf die Auslegung und Anwendung des gesamten nationalen Rechts der Bundesrepublik Deutschland Einfluss zu nehmen<sup>12</sup>. Während es aus dieser Perspektive einer starken institutionellen und materiellen Stellung des Verfassungsgerichts normal erscheint, sich an der eigenen Rechtsprechung zu orientieren und die neu auftretenden Rechtsprobleme zunächst unter deren Heranziehung zu lösen, erscheint es in der Perspektive der Schweizer Rechtsordnung im Gegenteil normal, die Rechtsentwicklungen im Rahmen des Systems der EMRK zur Kenntnis zu nehmen und als Teil des selbst gewählten zusätzlichen Prüfungsmassstabs auch anzuwenden.

## 2. *Erweiterte Rechtswirkungen der EMRK in Deutschland nach dem Görgülü-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*

Es ist sicherlich auch seiner starken institutionellen Stellung im deutschen Verfassungsgefüge zuzuschreiben, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner viel beachteten Görgülü-Entscheidung vom 14. Oktober 2004<sup>13</sup> zwar einerseits seine bereits dargestellte bisherige Rechtsprechung bestätigt hat, andererseits aber auch auf Grenzen der Pflicht hingewiesen hat, die Rechtsprechung des EGMR zu beachten. Die Entscheidung ist zu Recht dafür kritisiert worden, dass die Passagen zu den Grenzen durch den Fall nicht veranlasst waren<sup>14</sup>. Hinzu kommt, dass die Tatbestände, für welche das Gericht seine Vorbehalte formuliert, unklar bleiben. Die für den Fall der Nichtbefolgung geforderte „nachvollziehbare Begründung“<sup>15</sup> dürfte – von krassen Ausnahmefällen, wie dem in der Sache Görgülü selbst einmal abgesehen – fast immer zu liefern sein. Was genau mit einem „ausbalancierten Teilsystem des innerstaatlichen Rechts“ (in welches die Strassburger Rechtsprechung nicht ohne weiteres eingreifen dürfe und bei dem die nationalen Behörden und Gerichte nur eine Pflicht zur „wertenden Berücksichtigung“ trifft<sup>16</sup>) gemeint ist, bleibt gleichfalls weitgehend unklar. Unbestreitbar ist, dass „mehrpole Grundrechtsverhältnisse“, in denen beide Parteien sich auf Grundrechtspositionen berufen können, schwierige Abwägungsfragen aufwerfen. Es erscheint aber wenig plausibel, hier an die Stelle der in Strassburgvorgenommenen Abwägung noch einmal eine zweite durch die nationalen Behörden und Gerichte anzuschliessen. In der Dogmatik des EGMR werden nationale Besonderheiten durch die Zuerkennung eines Einschätzungsspielraums („margin of appreciation“) gelöst<sup>17</sup>. Wenn diese nach Ansicht des EGMR in einem konkreten Fall überschritten ist, kann sie nicht durch die Hintertür des nationalen Rechts neu geschaffen werden, indem verfassungsrechtlich verlangt wird, „eine Entscheidung des EGMR in den betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen“<sup>18</sup>.

Von diesen kritischen Passagen abgesehen bringt die Entscheidung aber einen wichtigen Fortschritt für die Geltung der EMRK in der deut-

schen Rechtsordnung, der in der Berichterstattung über die Entscheidung und über die in ihrer Folge zwischen den Gerichten und ihren Präsidenten aufgetretene Kontroverse vielfach zu wenig beachtet wurde. Langfristig gesehen dürfte ein anderer Aspekt der Entscheidung stärkere Wirkung entfalten. Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich - zugunsten des Beschwerdeführers - entschieden, dass die fehlende Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR durch ein Instanzgericht einen Vorstoss gegen das entsprechende nationale Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip begründen kann, der mit der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden kann<sup>19</sup>. Es dürfte richtig sein, diese Rechtsprechung nicht nur auf Fälle zu beziehen, in denen die Bundesrepublik Deutschland selbst in Strassburg verurteilt wurde, sondern sie darüber hinaus in allen Fällen anzuwenden, in denen Rechtsprechung des EGMR missachtet wurde<sup>20</sup>. Für diese Auslegung spricht inzwischen ganz entscheidend, dass das Bundesverfassungsgericht den Gedanken neuerdings auch ganz allgemein für die Berücksichtigung völkerrechtlicher Entscheidungen gelten lassen will<sup>21</sup>.

### **III. Stärkere Berücksichtigung der EMRK in der neueren Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte**

Der vom Bundesverfassungsgericht in der zuletzt genannten Kammerentscheidung verwendete Begriff der „normativen Leitfunktion“ entstammt der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur EMRK und ist offenbar von dort für das Verhältnis von Verfassungsrecht und Völkerrecht insgesamt verallgemeinert worden. Er enthält eine zutreffende Perspektive, bedarf freilich insgesamt noch der Präzisierung und inhaltlichen Konturierung (1.). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen lässt sich nachweisen, wie eine „angemessene Berücksichtigung“ der EMRK aussehen könnte, wenn sich nicht zu einem Instrument der Umgehung völkerrechtlicher Verpflichtungen werden soll (2.). Schliesslich kann man – wiederum an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – indirekte Wirkungen der EMRK aufzeigen, die den Mitgliedstaaten die Zusam-

menarbeit im Bereich der Rechtshilfe und des Auslieferungsrechts erleichtern (3.).

### 1. „Normative Leitfunktion“ der EMRK im Verwaltungsprozessrecht

Trotz einer jedenfalls im Bereich des Ausländerrechts sehr zurückhaltenden Berücksichtigung der EMRK hat das Bundesverwaltungsgericht für das Verwaltungsprozessrecht einen erfreulich offenen Umgang mit der EMRK entwickelt, in dem zugleich der Begriff der „normativen Leitfunktion“ für die EMRK eingeführt wird. Ganz generell gilt, dass die EMRK im Hinblick auf Verfahrensgarantien deutlich konkretere Garantien enthält, als dies im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes der Fall ist. Es kann deshalb nur wenig überraschen, dass ihr deshalb auch im Verwaltungsprozessrecht besondere Bedeutung zugewachsen ist. Soweit aufgrund der Möglichkeit, durch Gerichtsbescheid zu entscheiden, eine mündliche Verhandlung gänzlich (also in allen zur Verfügung stehenden Instanzen) zu entfallen drohte, hat das Bundesverwaltungsgericht eine EMRK konforme Auslegung vorgenommen, in welcher der EMRK und den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte „normative Leitfunktion“ zukommen soll<sup>22</sup>. Mit dem Begriff der „normativen Leitfunktion“ verbindet das Gericht ein Konzept, in dem der Rechtsprechung des EGMR zwar kein unbedingter Vorrang zukommen soll, das aber doch die Argumentationslast für die nationalen Gerichte verschiebt. Sie sollen nur dann abweichen dürfen, wenn „die entscheidend besseren Gründe“ gegen die Auslegung des Gerichtshofs sprechen. Positiv an dieser Konzeption ist, dass sie – ebenso wie die bereits erwähnte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – die nationalen Gerichte zu einer intensiven Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nötigt. Problematisch ist aber der wenig klare Massstab der „entscheidend besseren Gründe“. Er ist zwar immerhin etwas schärfer formuliert als die vom Bundesverfassungsgericht verlangten „nachvollziehbaren Gründe“<sup>23</sup>, erzeugt aber immer noch deutliche Unsicherheiten. Diese könnten beseitigt werden, wenn man eine Parallele zum Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts bei der Überprüfung der

richtigen Anwendung des einfachen Rechts durch die Fachgerichtsbarkeit zieht. Hier überlässt das Bundesverfassungsgericht das Feld weitgehend der Fachgerichtsbarkeit, indem es seine eigene Kontrolle anhand von Art. 3 GG auf eine Willkürkontrolle reduziert und nur dann interveniert, wenn die betreffende Auslegung „unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt“ mehr vertretbar erscheint<sup>24</sup>. Überträgt man diesen Massstab auf die Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dann würde Fälle potentieller Abweichung deutlich reduziert und die Argumentationslast des Gerichts, welches abweichen möchte, noch einmal deutlich erhöht. Dies entspräche durchaus der allgemeinen Beschreibung, die das Bundesverfassungsgericht in der Görgülü-Entscheidung für die Bedeutung der EMRK in der deutschen Rechtsordnung gefunden hat<sup>25</sup>.

## 2. *BGHSt 45, 321: Legitimer Dialog der Jurisdiktionen in Ermangelung eines Vorlageverfahrens*

Ein gelungenes Beispiel für die „Berücksichtigung“ der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte findet sich in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Einsatz von Lockspitzeln<sup>26</sup>. Hier hat sich der Bundesgerichtshof zwar im Ergebnis für eine Auslegung entschieden, bei der man darüber streiten kann, ob sie mit den Vorgaben des Gerichtshofs tatsächlich übereinstimmt. Er hat aber einen Weg gewählt, der dem Gerichtshof nicht eine unzutreffende (und deshalb nicht zu berücksichtigende) Auslegung der EMRK vorwirft. Der Bundesgerichtshof analysiert in seiner Entscheidung die Strassburger Rechtsprechung eingehend und gelangt auf dieser Basis zu dem Ergebnis, dass von dort keine konkreten Vorgaben dafür gemacht werden, wie die Rechtsfolgen bei einem rechtswidrigen Lockspitzeleinsatz auszugestalten sind. Er sieht deshalb nur eine Strafmilderung vor lehnt die Annahme eines Beweisverwertungsverbots oder eines Verfahrenshindernisses ab. Dabei gehen die Richter – anders als verschiedene Stimmen in der Literatur<sup>27</sup> – davon aus, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Sanktion für einen konventionswidrigen Lockspitzeleinsatz weder ein Beweis-

verwertungsverbot noch die Annahme eines Verfahrenshindernisses verlange<sup>28</sup>. Geht man einmal von einem Fall aus, in dem feststeht, dass die Tat ohne eine Provokation durch den Lockspitzel nicht begangen worden wäre, dann mag man an dieser Rechtsfolge tatsächlich Zweifel haben und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eher im Sinne eines Strafverfolgungshindernisses deuten<sup>29</sup>. Da das Konventionssystem allerdings – anders als das Europäische Gemeinschaftsrecht mit Art. 234 EG-Vertrag – kein Vorlageverfahren kennt, ist das Vorgehen des Bundesgerichtshofs konventionsrechtlich nicht zu beanstanden. In noch nicht endgültig geklärten Bereichen und bei unklarer Rechtslage unter der EMRK, wie man sie wohl für die Problematik der prozessualen Folgen eines Lockspitzeinsatzes annehmen muss, können sich mitgliedstaatliche Gerichte durchaus für eher restriktive Lösungen entscheiden. Nach dem Konventionssystem obliegt es dann dem Beschwerdeführer, in einem eigenen Verfahren in Strassburg zu klären, ob diese Rechtsprechung mit den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar ist oder nicht. Im Ergebnis ist deshalb eine restriktive Interpretation von Entscheidungen des Gerichtshofs durch den BGH – wie immer man sie in der Sache beurteilen mag – aus Sicht der Konvention verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden. Man kann sich im Gegenteil über die intensive Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs freuen!

### 3. *Der „Kalif von Köln“: Indirekte Rechtswirkungen der EMRK im Auslieferungsrecht*

Die internen Auswirkungen der EMRK in der deutschen Rechtsordnung wurden vom Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2005 in eine Richtung ausgedehnt, die man zunächst so nicht erwarten konnte. Grundsätzlich ist die EMRK als ein externes Instrument zur Verstärkung des innerstaatlichen Schutzstandards im Bereich der Menschenrechte zu verstehen. Es handelt sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, der einen europäischen menschenrechtlichen Mindeststandard für die Mitgliedstaaten festlegen soll<sup>30</sup>. Allerdings hat der Gerichtshof der EMRK inzwischen einen objektiven, verfassungsrechtlichen Cha-

rakter zugesprochen<sup>31</sup>. Derartige objektive Wirkungen werden in der Literatur zum Anlass genommen, den verfassungsrechtlichen Charakter der EMRK hervorzuheben<sup>32</sup>.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Auslieferung des als „Kalif von Köln“ bekannt gewordenen türkischen Staatsangehörigen *Metin Kaplan* zu den Wirkungen der EMRK bei der Auslieferung zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten diese objektive Dimension der EMRK weiter akzentuiert<sup>33</sup>. In der bislang ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte findet sich keine Entscheidung zu den Wirkungen der EMRK bei der Auslieferung an einen anderen Mitgliedstaat der Konvention<sup>34</sup>. Die vorhandenen Entscheidungen haben vielmehr alle die Auslieferung an *Drittstaaten*, die nicht Vertragspartei der Konvention sind, zum Gegenstand. In diesen Entscheidungen wird ein Mindestmass an menschenrechtlichen Garantien im ersuchenden Staat zur Voraussetzung für die konventionsrechtliche Zulässigkeit einer Auslieferung gemacht<sup>35</sup>.

Für die Auslieferung an einen anderen Mitgliedstaat stellt sich nun die Frage, ob dessen Bindung an die in der Konvention niedergelegten Menschenrechte und das vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bestehende Individualbeschwerdeverfahren bei der Auslieferungsentscheidung berücksichtigt werden können. Eine solche Berücksichtigung ist einerseits nahe liegend, weil die Geltung der EMRK im ersuchenden Staat die Rechtsposition des Auszuliefernden stärkt, andererseits aber auch nicht ganz ungefährlich, weil allein durch die Bindung an die EMRK noch nicht die Einhaltung der von ihr formulierten Menschenrechtsgarantien gewährleistet ist. Das Bundesverwaltungsgericht wählt in seiner Entscheidung einen vorsichtigen Mittelweg, der einerseits auf einer grundsätzlichen Ebene die Bindung des ersuchenden Staates an die Konvention berücksich-

tigt (und deshalb grundsätzlich von einer gegenüber Drittstaaten erleichterten Möglichkeit zur Auslieferung ausgeht) und andererseits im Einzelfall prüft, ob die Konventionsgarantien auch in der Praxis des ersuchenden Staates hinreichende Beachtung finden<sup>36</sup>.

Durch diese Rechtsprechung wird der Charakter der Konvention als der einer objektiven, gesamteuropäischen Grundrechtsordnung gestärkt. Neben den nach wie vor im Vordergrund stehenden individuellen Grundrechtsschutz treten objektive Wirkungen grenzüberschreitender Art, die Eingriffshandlungen in einem Mitgliedstaat (hier die Auslieferung) unter erleichterten Voraussetzungen zulassen, weil hinsichtlich der von ihnen mittelbar bewirkten Folgen (der Haftsituation im Aufnahmestaat) dessen eigene Bindung an den gemeineuropäischen Standard zu berücksichtigen ist.

#### **IV. Die EMRK als „Konventionsgemeinschaft“ i.S. von Art. 24 Abs. 1 GG**

Die gerade beschriebenen neueren Entwicklungen in der verfassungsgerichtlichen und fachgerichtlichen Rechtsprechung veranlassen dazu, erneut über die verfassungsrechtliche Einordnung der EMRK nachzudenken.

Die Subsumtion der EMRK als „Konventionsgemeinschaft“ unter Art. 24 Abs. 1 GG wird schon seit den 1970er Jahren diskutiert<sup>37</sup>. Freilich wurde diese verfassungsrechtliche Einordnung bislang weder vom Bundesverfassungsgericht übernommen, noch fand sie in der Literatur einhellig Zustimmung<sup>38</sup>. Gegen sie wird namentlich eingewandt, dass die EMRK – anders als die EG, für welche die Vorschrift ursprünglich einmal zur Anwendung kam – keinen Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten beansprucht. Der Gerichtshof könne zudem nur Feststellungsurteile erlassen, denen in der innerstaatlichen Rechtsordnung keine unmittelbare Wirkung zukomme<sup>39</sup>. Diese Einwände berühren Grundsatzfragen des Verständnisses der Europäischen Menschenrechtskonvention, aber auch der Auslegung von Art. 24 Abs. 1 GG.

Das Bundesverfassungsgericht hat sein Verständnis von einer „zwischenstaatlichen Einrichtung“ im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG in inzwischen mehreren Entscheidungen entfaltet. Dabei sollen hier nur solche Entscheidungen herangezogen werden, die nicht den besonderen Kreis des Europäischen Gemeinschaftsrechts betreffen. Dieses begründet nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine eigenständige Rechtsordnung, die aus einer besonderen Rechtsquelle fließt<sup>40</sup>. Für die vom Bundesverfassungsgericht als „zwischenstaatliche Einrichtung“ qualifizierte Organisation „Eurocontrol“ lässt sich der Durchgriffscharakter der von den Organen erlassenen Rechtsakte in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bejahen<sup>41</sup>. Das Gleiche gilt für die meisten Rechtsakte, die das Europäische Patentamt erlassen kann<sup>42</sup>.

Die bislang zitierten Entscheidungen liegen auf einer Linie mit dem überwiegenden Schrifttum zu Art. 24 Abs. 1 GG, das von den betreffenden Organisationen „einseitig verbindliches Handeln gegenüber dem Bürger“<sup>43</sup> oder die Befugnis zum Erlass von „Rechtsakte[n] mit innerstaatlicher Wirkung“<sup>44</sup> verlangt. In ähnlicher Weise spricht das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den Auslandseinsätzen der Bundeswehr von „Hoheitsbefugnisse mit unmittelbarer Wirkung im innerstaatlichen Bereich“ als einem Kriterium für eine Organisation nach Art. 24 Abs. 1 GG<sup>45</sup>. Ganz anders liegt die Sache aber hinsichtlich der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Pershing-Urteil unter Art. 24 Abs. 1 GG subsumierten NATO<sup>46</sup>. Deren Rechtsakte entfalten ganz sicherlich keine unmittelbare Wirkung in der deutschen Rechtsordnung. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht diese Organisation als „zwischenstaatliche Einrichtung“ qualifiziert, weil das Zusammenwirken von Washingtoner-Vertrag, Aufenthaltsvertrag und Deutschlandvertrag seinen Auswirkungen nach als Einräumung von Hoheitsrechten im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG angesehen werden müsse<sup>47</sup>. Auch wenn zuzugeben ist, dass für diese Beurteilung die territorialen Auswirkungen von Entscheidungen der NATO der zentrale Gesichtspunkt gewesen sein dürften<sup>48</sup>, zeigt die Entscheidung doch eine gewisse Flexibilität des Gerichts beim Umgang mit dem Kriterium der „Durchgriffswirkung“.

Schon bisher konnte man an der Stichhaltigkeit von Argumenten zweifeln, die auf der Basis der genannten Rechtsprechung und Literatur zu Art. 24 Abs. 1 GG gegen eine Qualifikation des von der EMRK errichteten Systems des Menschenrechtsschutzes als „zwischenstaatliche Einrichtung“ argumentieren<sup>49</sup>. Insbesondere lässt sich gegen das Argument der fehlenden Durchgriffswirkung einwenden, dass dem Gerichtshof in Art. 32 EMRK die Aufgabe übertragen ist, sämtliche Fragen der Anwendung und Interpretation der Konvention zu entscheiden. Darin liegt zumindest dann eine verbindliche Gestaltungsmöglichkeit, wenn man berücksichtigt, dass das Bundesverfassungsgericht schon seit längerem den gestalterischen Charakter von Rechtsprechung betont<sup>50</sup> und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bei der Interpretation und Anwendung der vom Grundgesetz garantierten Grundrechte beachtet werden muss<sup>51</sup>. Insofern war es schon nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht ganz zutreffend, den Entscheidungen des EGMR die „Durchgriffswirkung in den innerstaatlichen Rechtsraum“ abzusprechen<sup>52</sup>. Man muss freilich zugeben, dass diese eher indirekte Wirkung kaum mit jener vergleichbar ist, die etwa Verordnungen des Gemeinschaftsgesetzgebers in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erzeugen.

An dieser Stelle erlangen nun die neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der obersten Bundesgerichte für die weitere Argumentation zu Art. 24 Abs.1 GG besondere Bedeutung. Man kann nicht in Abrede stellen, dass zumindest die Görgülü-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte deutlich gestärkt hat. Neben die gerade beschriebenen eher indirekten Auswirkungen auf die Auslegung der deutschen Grundrechte tritt nun mit der Möglichkeit eine Verfassungsbeschwerde wegen Nichtbeachtung eines Urteils des EGMR zu erheben, eine sehr konkrete und direkte Konsequenz. Ähnliches kann man von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Abschiebungssachen sagen, die den Charakter der EMRK als einer objektiven europäischen Grundrechtsordnung unterstreicht.

Auch auf der Ebene der Konventionsrechtsprechung lassen sich Veränderungen feststellen, die für eine verfassungsrechtliche Qualifikation der EMRK als „zwischenstaatliche Einrichtung“ im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG sprechen. Während es bislang unbestreitbar richtig war, dass die Urteile des EGMR keine Durchgriffswirkung in den innerstaatlichen Rechtsraum beanspruchten, kann man daran aufgrund einiger neuerer Entscheidungen aus Strassburg ebenfalls Zweifel anmelden. Der Gerichtshof ist in seiner neueren Rechtsprechung nicht nur dazu übergegangen, konkrete Rechtsfolgen im Einzelfall anzuordnen<sup>53</sup>, sondern er hat mit seiner Entwicklung sog. „Piloturteile“ bei Rechtsfragen, die Massenverfahren betreffen, ebenfalls einen Weg eingeschlagen, der auf innerstaatliche Wirkungen zielt<sup>54</sup>. Das Fehlen einer kassatorischen Wirkung bleibt selbstverständlich ein entscheidender Unterschied zum innerstaatlichen Gerichtsaufbau. Man darf aber nicht übersehen, dass auch dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg keine Kassationsbefugnis zukommt. Auch dort wirken die Entscheidungen mittelbar über die Auslegung des – im Gegensatz zur EMRK freilich vielfach unmittelbar anwendbaren – Gemeinschaftsrechts. Ungeachtet dieser nach wie vor wichtigen Unterschiede zwischen der EMRK und dem Gemeinschaftsrecht lässt sich aber nur schwer bestreiten, dass der Anspruch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Hinblick auf innerstaatliche Auswirkungen seiner Urteile deutlich gewachsen ist. Insgesamt hat die neuere nationale und europäische Rechtsprechungsentwicklung daher die Auffassung nachhaltig gestärkt, welche die EMRK als „Konventionsgemeinschaft“ im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG versteht.

## V. Zusammenfassung

Die innerstaatlichen Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bleiben in Deutschland nach wie vor deutlich hinter denen in der Schweiz zurück. Das hat vornehmlich institutionelle Gründe, die in erster Linie in der starken Stellung des Bundesverfassungsgerichts und dem umfassenden Grundrechtskatalog im Grundgesetz zu suchen sind. In den vergangenen Jahren ist aber eine deutliche Tendenz in der verfassungsgerichtlichen und fachgerichtlichen Rechtsprechung zu spüren, die EMRK stärker als bisher in der Praxis zu berücksichtigen. Hintergrund für diese Entwicklung ist zum einen die gewachsene Bedeutung welcher der Strassburger Rechtsprechung gerade auch in aktuellen grundrechtssensiblen Fragen zukommt. Neben diese subjektiven Rechtspositionen tritt aber auch in wachsendem Masse eine objektive Dimension der Konvention, die sich in der deutschen Rechtsprechung vor allem bei der Abschiebung in einen anderen Konventionsstaat bemerkbar macht. Diese neueren Entwicklungen unterstreichen, dass das von der Europäischen Menschenrechtskonvention errichtete System als eine „zwischenstaatliche Einrichtung“ im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG zu verstehen ist. Seit der Görgülü-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht fest, dass Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der innerstaatlichen Rechtsordnung verfassungsbeschwerdefähige Individualrechtspositionen begründen und damit direkte Wirkungen erzeugen können. Das deutsche Verfassungsrecht sollte daraus die dogmatische Konsequenz ziehen, die EMRK und das von ihr errichtete Rechtsschutzsystem als eine „zwischenstaatliche Einrichtung“ im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG zu qualifizieren, der Hoheitsgewalt übertragen wurde.

## Endnoten

- \* Der Verfasser ist Professor für Öffentliches Recht einschliesslich Völker- und Europarecht an der Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

- 1 BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (114); 111, 307 (317); dem entspricht die ganz herrschende Auffassung in der Literatur, siehe etwa *J.A. Frowein*, Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, Heidelberg 1992, § 180, Rn. 6; *R. Bernhardt*, Die EMRK und die deutsche Rechtsordnung, EuGRZ 1996, 339 ff. (; *R. Uerpman*, Die EMRK und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1993, 72 ff.; *ders.*, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 568 ff. (570); *A. Haratsch*, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung – Eine innerstaatliche Standortbestimmung, MenschenRechtsMagazin, Themenheft 2000 „50 Jahre EMRK“, 62 ff.; *T. Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: *R. Grote/T. Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG – Konkordanzkommentar, Tübingen 2006, 61 ff. (Rn. 41 ff.); siehe auch die Nachweise bei *C. Walter*, Nationale Durchsetzung, in: *R. Grote/T. Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar, Tübingen 2006, 1659 ff. (Rn. 8 ff.)
- 2 BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120).
- 3 *Giegerich* (Fn. 1), Rn. 46.
- 4 BVerfGE 74, 358 (370); man kann mit *E. Klein*, JZ 2004, 1176 insoweit von einem „Harmonisierungseffekt“ sprechen.
- 5 Zur dieser sog. „Orientierungswirkung“ *C. Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. München-Wien 2005, 98; allgemein *J. Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Berlin u.a. 1993, 279 ff.; *L. Wildhaber*, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zeitschrift für schweizerisches Recht N.F. 98 (1979), Bd. II, 229 ff. (355).
- 6 Siehe die beiden ersten Beiträge in dieser Schrift.
- 7 *J.A. Frowein*, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DöV 1998, 806 ff.; *ders.*, Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung, NVwZ 2002, 29.
- 8 Unten unter IV.
- 9 Zum „Quasi-Verfassungsrang“ der EMRK, *Giegerich* (Fn. 1), Rn. 40
- 10 *U. Häfelin / W. Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl. Zürich 2005, Rn. 1936 ff.; *W. Kälin*, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984, S. 34 f.
- 11 BVerfGE 7, 198 (205 f.); 73, 261 (269); näher hierzu statt anderer *B. Pieroth / B. Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 22. Aufl. Heidelberg 2006, Rn. 181 ff.

- 12 Zur Diskussion über die hierdurch notwendige Abgrenzung der Rollen von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit zuletzt umfassend *R. Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Tübingen 2006; aus der früheren Literatur siehe etwa *G. Robbers*, Für ein neues Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, in: *H. Bogs* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, 57 ff.; *C. Starck*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, 1033 ff.; sowie die Beiträge der Staatsrechtslehrertagung des Jahres 2001 von *R. Alexy*, *Ph. Kunig*, *W. Heun* und *G. Hermes* zum Thema Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in VVDStRL 61 (2002), 7 ff.; 34 ff.; 80 ff. und 119 ff.
- 13 BVerfGE 111, 307; aus der Literatur *H.J. Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, 683 ff.; *I. Pernice*, BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft, EuZW 2004, 705; *J. Meyer-Ladewig/H. Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR – Neues aus Strassburg und Karlsruhe, NJW 2005, 15 (19); *St. Schmahl*, Europäischer und internationaler Menschenrechtsschutz: Die Beachtlichkeit des Völkerrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung, Jahrbuch des Föderalismus 2005, 290 ff.; *M. Breuer*, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast Du's mit Strassburg?, NVwZ 2005, 412 ff.; *E. Klein*, Anmerkung, JZ 2004, 1176 ff.; *D. Buschle*, Ein neues „Solange“? – Die Rechtsprechung aus Karlsruhe und Strassburg im Konflikt, VBIBW 2005, 293 ff.; *St. Mückl*, Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, Der Staat 44 (2005), 403 ff.; *J.A. Frowein*, Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrecht, FS für Jost Delbrück, 2005, 279 ff.; *St. Kadelbach*, Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht. Anmerkungen zur neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JURA 2005, 480 ff.
- 14 Siehe dazu die Nachweise in der voranstehenden Fussnote.
- 15 BVerfGE 111, 307 (324).
- 16 BVerfGE 111, 307 (327 f.).
- 17 *E. Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 56 (1996), 240 ff.; *Grabenwarter* (Fn. 5), 112; *C. Walter*, Gleichheit und Rationalität: Umfang und Grenzen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers anhand des Gleichheitssatzes, in: *R. Wolfrum* (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin u.a. 2003, 253 ff. (258 ff.).

- 18 BVerfGE 111, 307 (327); vgl. zum Ganzen *Breuer* (Fn. 13), 413 f.
- 19 BVerfGE 111, 307 (328 ff.).
- 20 *Walter* (Fn. 1), Rn. 14; *Breuer* (Fn. 13), 412 f.
- 21 BVerfG (1. Kammer des 2. Senats), EuGRZ 2006, 684 ff.;
- 22 BVerwGE 110, 203 (210); bestätigt in BVerwG NVwZ 2002, 87 f.
- 23 Vgl. oben Fn. 15.
- 24 BVerfGE 89, 1 (13); vgl. den in eine ähnliche Richtung tendierenden Lösungsvorschlag bei *C. Lenz/D. Klose*, Der menschenrechtliche Anspruch auf mündliche Verhandlung über Normenkontrollanträge, NVwZ 2000, 1004 (1005).
- 25 BVerfGE 111, 307 (316 f.).
- 26 BGHSt 45, 321.
- 27 H.-H. *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 537; *Endriss/Kinzig*, NStZ 2000, 271 (272).
- 28 BGHSt 45, 321 (326 ff.); bestätigt und fortgeführt in BGHSt 47, 44 (47 f.; 50).
- 29 Vgl. *St. Sinner/A.. Kreuzer*, StV 2000, 114 ff. (115), wo die Rechtsprechung des BGH als „befremdlich“ bezeichnet wird.
- 30 *A. Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, 10.
- 31 EGMR, Rep. A-310 Rn. 75 - Loizidou.
- 32 *J. A. Frowein*, The European Convention on Human Rights as the Public order of Europe, Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. I Book 2, 267 (278); *ders.*, Die Herausbildung gemeineuropäischer Verfassungsprinzipien, in: FS für Werner Maihofer, Frankfurt 1988, 149 ff.; *F. Hoffmeister*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, Der Staat 40 (2001), 349 ff.; *C. Walter*, Die EMRK als Konstitutionalisierungsprozess, ZaöRV 59 (1999), 961 ff.
- 33 Zum folgenden bereits *C. Walter*, JZ 2005, 788 ff.
- 34 *R. Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, Berlin u.a. 1996, 10 ff. und 104 ff.
- 35 Vgl. dazu zuletzt mit zahlreichen Nachweisen *H. Dörig*, Der Abschiebungsschutz für Ausländer nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, ThürVBl. 2006, 217 ff.; speziell zu Abschiebungshindernissen aus Art. 6 EMRK *K. Hailbronner*, Art. 6 EMRK als Hindernis der Auslieferung und Abschiebung, in: FS für Georg Ress, Köln u.a. 2005, 997 ff.

- 36 Vgl. hierzu nochmals *Dörig* (Fn. 35), 221; sowie zur notwendigen Einzelfallprüfung auch *R. Alleweldt*, Schutz vor Folter, Terrorismusverdacht, Zusicherung menschenwürdiger Behandlung: das Chahal-Urteil des EGMR, NVwZ 1997, 1078 ff. (1079).
- 37 Namentlich *G. Ress*, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: FS für Wolfgang Zeidler, Bd. II, Berlin-New York 1987, 1775 ff. (1790 ff.); dem in neuerer Zeit folgend *W. Kleeberger*, Die Stellung der Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, München 1992, 92 ff.; *Walter* (Fn. 32), 973 ff.; *C. Langenfeld*, Die Stellung der EMRK im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: *J. Bröhmer* (Hrsg.), Der Grundrechtsschutz in Europa – Wissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 65. Geburtstags von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress, Baden-Baden 2002, 95 ff.
- 38 Ablehnend zuletzt etwa *Giegerich* (Fn. 1), 48 f.; *D. Deiseroth*, Art. 24, Rn. 115, in: D.C. Umbach/T. Clemens (hrsg.), Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. I, Heidelberg 2002
- 39 *Giegerich* (Fn. 1), Rn. 48.
- 40 EuGH, Slg. 1963, 3 (12) – van Gend und Loos; vom Bundesverfassungsgericht wurde diese besondere Qualifikation der vom Gemeinschaftsrecht begründeten Rechtsordnung ausdrücklich übernommen und der Wertung nach deutschem Verfassungsrecht zugrunde gelegt, BVerfGE 22, 293 (296); 31, 145 (173 f.); 37, 271 (277 f.).
- 41 BVerfGE 58, 1 ( 31).
- 42 Dieses wurde vom Bundesverfassungsgericht zumindest implizit als „zwischenstaatliche Organisation“ qualifiziert, BVerfG NJW 2001, 2705 f. (2705).
- 43 *I. Pernice*, Art. 24 Rdnr. 18, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Tübingen 1998.
- 44 *C. Tomuschat*, Art. 24 Rdnr. 42, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz; ähnlich *A. Randelzhofer*, Art. 24 Abs. 1 Rdnr. 48, in: Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, Grundgesetz-Kommentar.
- 45 BVerfGE 90, 286 (346 f.).
- 46 BVerfGE 68, 1 (93 ff.).
- 47 BVerfGE 68, 1 (93 f.).
- 48 Darauf macht zurecht *Giegerich* (Fn. 1), Rn. 49 aufmerksam.

- 49 Besonders deutlich ist diese Argumentation bei *R. Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1993, 172 ff., wo zwar der Gerichtshof als zwischenstaatliche Einrichtung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG qualifiziert wird (a.a.O., 187), dann aber die Übertragung von Hoheitsrechten auf den Gerichtshof verneint wird, weil seine Entscheidungen nur auf völkerrechtlicher Ebene Bindungswirkung entfalteten (a.a.O., 216).
- 50 „Der Richter war in Europa niemals „la bouche qui prononce les paroles de la loi“; das römische Recht, das englische common law, das Gemeine Recht waren weithin richterliche Rechtsschöpfungen ebenso wie in jüngerer Zeit etwa in Frankreich die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts durch den Staatsrat oder in Deutschland das allgemeine Verwaltungsrecht, weite Teile des Arbeitsrechts oder die Sicherungsrechte im privatrechtlichen Geschäftsverkehr.“, BVerfGE 75, 223 (243 f.).
- 51 Vgl. nochmals die Nachweise oben in Fn. 4.
- 52 So etwa *Giegerich* (Fn. 1), Rn. 48; *R. Streinz*, Art. 24, Rn. 31, in: *M. Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. München 2003.
- 53 EGMR(GK), Rep. 2004 II – Assanidze; EGMR(GK), Rep. 2004 II – Ilascu.
- 54 EGMR(GK), Rep. 2004 V – Broniowski; EMGR, Urt. v. 22. 12. 2005 (46347/99) – Xenides-Arestis; EGMR(GK), Urt. v. 19. 6. 2006 (35014/97) – Hutten-Szapska.

## **BASLER SCHRIFTEN ZUR EUROPÄISCHEN INTEGRATION**

- Wir bestellen die Schriftenreihe im Jahresabonnement zu CHF 120.-. Das Abonnement verlängert sich automatisch um ein Jahr, wenn es nicht drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird.
- Wir bestellen folgende Nummern zum Preis von CHF 20.- (Doppelnr 30.-)
- Wir sind an einem Publikationsaustausch interessiert.
- Wir sind an Weiterbildungs-Unterlagen (Nachdiplomkurs) interessiert.

### *\* vergriffen*

- Nr. 1 Subsidiarität - Schlagwort oder Kurskorrektur (mit Beiträgen von Flavio Cotti, Jean-Paul Heider, Jakob Kellenberger und Erwin Teufel) (Doppelnummer).
- Nr. 2 Ein schweizerisches Börsengesetz im europäischen Kontext (Tagungsband/ Doppelnummer). ○ Nr. 3 Martin Holland, The European Union's Common Foreign and Security Policy: The Joint Action Toward South Africa.\*
- Nr. 4 Brigid Gavin, The Implications of the Uruguay Round for the Common Agricultural Policy.
- Nr. 6 Urs Saxer, Die Zukunft des Nationalstaates.
- Nr. 7 Frank Emmert, Lange Stange im Nebel oder neue Strategie? Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit.
- Nr. 8 Stephan Kux, Subsidiarity and the Environment: Implementing International Agreements.
- Nr. 9 Arbeitslosigkeit (mit Beiträgen von Christopher Boyd, Wolfgang Franz und Jean-Luc Nordmann).
- Nr. 10 Peter Schmidt, Die ausserpolitische Rolle Deutschlands im neuen Europa.
- Nr. 11 Hans Baumann, Möglichkeiten und Grenzen der Sozialen Dimension nach Maastricht: Das Beispiel der Bauwirtschaft.\*
- Nr. 12 Georg Kreis, Das schweizerische Staatsvertragsreferendum: Wechselspiel zwischen indirekter und direkter Demokratie.
- Nr. 13 Markus Lusser, Die europäische Währungsintegration und die Schweiz.
- Nr. 14 Claus Leggewie, Ist kulturelle Koexistenz lernbar?
- Nr. 15 Rolf Lüpke, Die Durchsetzung strengerer einzelstaatlicher Umweltschutznormen im Gemeinschaftsrecht (Doppelnummer). ○ Nr. 16 Stephan Kux, Ursachen und Lösungsansätze des Balkankonflikts: Folgerungen für das Abkommen von Dayton

- O Nr. 17 Jan Dietze/Dominik Schnichels, Die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ).
- O Nr. 18 Basler Thesen für die künftige Verfassung Europas (2. Aufl.).
- O Nr. 19 Christian Garbe, Subsidiarity and European Environmental Policy: An Economic Perspective.
- O Nr. 20 Claudia Weiss, Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention: Die Haltung des Parlaments 1969-1995.
- O Nr. 21 Gunther Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines trans-nationalen Rechtspluralismus.
- O Nr. 22 Jürgen Mittelstrass, Stichwort Interdisziplinarität (mit einem anschliessenden Werkstattgespräch).
- O Nr. 23 William James Adams, The Political Economy of French Agriculture.
- O Nr. 24 Aktuelle Fragen der Wirtschafts- und Währungsunion (mit Beiträgen von Gunter Baer, Peter Bofinger, Renate Ohr und Georg Rich) (Tagungsband/Doppelnummer).\*
- O Nr. 25 Franz Blankart, Handel und Menschenrechte.
- O Nr. 26 Manfred Dammeyer/Christoph Koellreuter, Die Globalisierung der Wirtschaft als Herausforderung an die Regionen Europas.
- O Nr. 27 Beat Sitter-Liver, Von Macht und Verantwortung in der Wissenschaft.\*
- O Nr. 28 Hartwig Isernhagen, Interdisziplinarität und die gesellschaftliche Rolle der Geistes- und Kulturwissenschaften.
- O Nr. 29 Muriel Peneveyre, La réglementation prudentielle des banques dans l'Union Européenne.
- O Nr. 30 Giuseppe Callovi/Roland Schärer/Georg Kreis, Citoyenneté et naturalisations en Europe.
- O Nr. 31 Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht.
- O Nr. 32 Jacques Pelkmans, Europe's Rediscovery of Asia. Political, economic and institutional aspects.
- O Nr. 33 Maya Krell, Euro-mediterrane Partnerschaft. Die Chancen des Stabilitätstransfers.\*
- O Nr. 34 Valéry Giscard d'Estaing, L'Union Européenne: Elargissement ou approfondissement?
- O Nr. 35 Martin Holland, Do Acronyms Matter? The Future of ACP-EU Relations and the Developing World.\*
- O Nr. 36 Andreas Guski, Westeuropa - Osteuropa: Aspekte einer problematischen Nachbarschaft.

- O Nr. 37 Matthias Amgwerd, Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz - unter spezieller Berücksichtigung des Kartellrechts (Doppelnr.)
- O Nr. 38 Manfred Rist, Infotainment oder Sachinformation? Die Europäische Union als journalistische Herausforderung (Doppelnummer).
- O Nr. 39 Lothar Kettenacker/Hansgerd Schulte/Christoph Weckerle, Kulturpräsenz im Ausland. Deutschland, Frankreich, Schweiz.
- O Nr. 40 Georg Kreis/Andreas Auer /Christoph Koellreuter, Die Zukunft der Schweiz in Europa? Schweizerische Informationstagung vom 15. April 1999 veranstaltet durch das EUROPA FORUM LUZERN.
- O Nr. 41 Charles Liebherr, Regulierung der audiovisuellen Industrie in der Europäischen Union.
- O Nr. 42/3 Urs Saxer, Kosovo und das Völkerrecht. Ein Konfliktmanagement im Spannungsfeld von Menschenrechten, kollektiver Sicherheit und Unilateralismus.
- O Nr. 44/5 Gabriela Arnold, Sollen Parallelimporte von Arzneimitteln zugelassen werden? Eine Analyse der Situation in der Europäischen Union mit Folgerungen für die Schweiz.\*
- O Nr. 46 Markus Freitag, Die politischen Rahmenbedingungen des Euro: Glaubwürdige Weichenstellungen oder Gefahr möglicher Entgleisungen?
- O Nr. 47/8 Andrew Watt, „What has Become of Employment Policy?“ - Explaining the Ineffectiveness of Employment Policy in the European Union.
- O Nr. 49 Christian Busse, Österreich contra Europäische Union - Eine rechtliche Beurteilung der Reaktionen der EU und ihrer Mitgliedstaaten auf die Regierungsbeteiligung der FPÖ in Österreich.
- O Nr. 50 Thomas Gisselbrecht, Besteuerung von Zinserträgen in der Europäischen Union - Abschied vom Schweizerischen Bankgeheimnis?
- O Nr. 51 Uta Hühn, Die Waffen der Frauen: Der Fall *Kreil* - erneuter Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit? EuGH, Urteil vom 11.1.2000 in der Rs. C-283/98, *Tanja Kreil/BRD*.
- O Nr. 52/3 Thomas Oberer, Die innenpolitische Genehmigung der bilateralen Verträge Schweiz - EU: Wende oder Ausnahme bei aussenpolitischen Vorlagen?
- O Nr. 54 Georg Kreis, Gibraltar: ein Teil Europas - Imperiale oder nationale Besitzansprüche und evolutive Streiterledigung.
- O Nr. 55 Beat Kappeler, Europäische Staatlichkeit und das stumme Unbehagen in der Schweiz. Mit Kommentaren von Laurent Goetschel und Rolf Weder.
- O Nr. 56 Gürsel Demirok, How could the relations between Turkey and the European Union be improved?

- O Nr. 57 Magdalena Bernath, Die Europäische Politische Gemeinschaft. Ein erster Versuch für eine gemeinsame europäische Aussenpolitik
- O Nr. 58 Lars Knuchel, Mittlerin und manches mehr. Die Rolle der Europäischen Kommission bei den Beitrittsverhandlungen zur Osterweiterung der Europäischen Union. Eine Zwischenbilanz.
- O Nr. 59 Perspektiven auf Europa. Mit Beiträgen von Hartwig Isernhagen und Annetarie Pieper.
- O Nr. 60 Die Bedeutung einer lingua franca für Europa. Mit Beiträgen von Georges Lüdi und Anne Theme.
- O Nr. 61 Felix Dinger, What shall we do with the drunken sailor? EC Competition Law and Maritime Transport.
- O Nr. 62 Georg F. Kraye, Spielraum für Bankegoismen in der EU-Bankenordnung.
- O Nr. 63 Philippe Nell, China's Accession to the WTO: Challenges ahead.
- O Nr. 64 Andreas R. Ziegler, Wechselwirkung zwischen Bilateralismus und Multilateralismus Das Beispiel der Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten.
- O Nr. 65 Markus M. Haefliger, Die europäische Konfliktintervention im burundischen Bürgerkrieg, („Arusha-Prozess“) von 1996 bis 2002.
- O Nr. 66 Georg Kreis (Hrsg), Orlando Budelacci (Redaktion): Der Beitrag der Wissenschaften zur künftigen Verfassung der EU. Interdisziplinäres Verfassungssymposium anlässlich des 10 Jahre Jubiläums des Europainstituts der Universität Basel.
- O Nr. 67 Francis Cheneval, Die Europäische Union und das Problem der demokratischen Repräsentation.
- O Nr. 68\* Politik und Religion in Europa. Mit Beiträgen von Orlando Budelacci und Gabriel N. Toggenburg.
- O Nr. 69 Chantal Delli, Das Wesen der Unionsbürgerschaft, Überlegungen anhand des Falls Rudy Grzelczyk gegen Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve.
- O Nr. 70 Federica Sanna, La garantie du droit de grève en Suisse et dans la L'Union européenne.
- O Nr. 71 Elze Matulionyte, Transatlantic GMO Dispute in the WTO: Will Europe futher abstain from Frankenstein foods?
- O Nr. 72 Rolf Weder (Hrsg.), Parallelimporte und der Schweizer Pharmamarkt.
- O Nr. 73 Marc Biedermann, Braucht die EU Lobbying-Gesetze? Annäherungen an eine schwierige Frage.
- O Nr. 74 Hanspeter K. Scheller, Switzerland's Monetary Bilateralism. The episode of 1975.

- O Nr. 75 Bruno Kaufmann/Georg Kreis/Andreas Gross, Direkte Demokratie und europäische Integration. Die Handlungsspielräume der Schweiz.
- O Nr. 76 Daniel Zimmermann, Die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nach Art. 82 EG. Schutz vor Wettbewerb oder Schutz des Wettbewerbs?
- O Nr. 77 Laurent Goetschel/Danielle Lalive d'Epinay (Hrsg.), Die Beziehungen zwischen Wirtschaft und Aussenpolitik: Eine natürliche Symbiose?
- O Nr. 78 Georg Kreis (Hrsg.), Frieden und Sicherheit. Israel und die Nahostkrise als europäisches Thema.\*
- O Nr. 79 Cristoph Nufer, Bilaterale Verhandlungen, wie weiter? Liberalisierung der Dienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU: Gewinner und Verlierer aus Schweizerischer Sicht.
- O Nr. 80 Simon Marti: Die aussenpolitischen Eliten der Schweiz und der Beginn der europäischen Integration. Eine rollentheoretische Untersuchung der schweizerischen Teilnahme an der Lancierung des Marshallplans und an der Errichtung der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit in Europa 1947-1948.
- O Nr. 81 Thomas Cottier, Rachel Liechi: Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union: Eine kurze Geschichte differenzieller und schrittweiser Integration / Thomas Cottier, Alexandra Dengg: Der Beitrag des freien Handels zum Weltfrieden.
- O Nr. 82 Martina Roth: Die neue Rolle Nicht-Staatlicher Organisationen. Möglichkeiten und Grenzen am Beispiel des Engagements in der Konflikt-Prävention; Gereon Müller-Chorus: Privatwirtschaftliche Organisation der Trinkwasserversorgung. Fluch oder Segen?

ISBN-13: 978-3-905751-08-6

ISBN-10: 3-905751-08-9

Europainstitut der Universität Basel, Gellertstrasse 27, CH-4020 Basel,  
Schweiz, Tel. ++41 (0) 61 317 97 67, FAX ++41 (0) 61 317 97 66  
E-mail: [europa@unibas.ch](mailto:europa@unibas.ch), Internet: [www.europa.unibas.ch](http://www.europa.unibas.ch)

© Europainstitut der Universität Basel 2007

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, auch auszugsweise, sowie die Verbreitung auf elektronischem, photomechanischem oder sonstigem Wege bedürfen einer schriftlichen Genehmigung des Europainstituts.

ISBN-13: 978-3-905751-08-6

ISBN-10: 3-905751-08-9