

*Dirittifondamentali.it - Fascicolo 2/2016**Data di pubblicazione: 12.10.2016*

Verfassungswandel durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*

di

Matthias Herdegen *

SOMMARIO: I. „Verfassungswandel“ als neue Herausforderung durch und für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - II. Die gesteigerte Rezeptivität für die Europäische Menschenrechtskonvention und die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - III. Konventionsgetriebener Verfassungswandel und politisches Gefüge - IV. Aufwertung staatsrechtlicher Entscheidungen durch das Siegel identitätsbildender Bedeutung - V. „Evolutive“ Auslegung der EMRK - VI. Konventionsrechtliche Leitbilder der rechtlich verfassten Gemeinschaft - VII. Anleihen bei verfassungsrechtlichen Entwicklungen in einzelnen Konventionsstaaten

I. „Verfassungswandel“ als neue Herausforderung durch und für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Erst in jüngerer Zeit ist ein von der Europäischen Konvention für Menschenrechte ausgehender „Verfassungswandel“ überhaupt ein Thema für das Staatsrecht und den europäischen Menschenrechtsschutz. Der Grund liegt darin, dass erst seit einigen Jahren die Straßburger Rechtsprechung in breiter Front auf Grundsätze und Strukturen zugreift, welche das Profil der Verfassungsordnung berühren und sich auf Richtungsentscheidungen im staatsrechtlichen Eigenleben beziehen.

Mit dem Mut zur selektiven Beschränkung seien hier nur einige Beispiele herausgegriffen. Seit einiger Zeit nimmt sich der Straßburger Gerichtshof im

* Relazione svolta all'incontro scientifico sul tema dal titolo: "I mutamenti costituzionali attraverso la giurisprudenza europea", Cassino, 12 e 13 maggio 2016.

* Prof. Dr. DDr. h.c. Matthias Herdegen, Lehrstuhl Verfassungsrecht – Universität Bonn

Rahmen der sogenannten Drittwirkung von Konventionsrechten oder der vertraglichen Schutzpflicht von Konventionsstaaten der Kollision von widerstreitenden Verfassungsbelangen an, etwa beim Konflikt der Kommunikationsrechte mit dem Schutz des Privat- und Familienlebensⁱ, der Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch Religionsgemeinschaften und ähnliche Tendenzbetriebeⁱⁱ. Damit tariert die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht nur die Grundrechtsordnung, sondern auch das Staatskirchenrecht neu aus.

Bei der Beschränkung des Zugangs zu Fernsehen und anderen Massenmedien für Interessenvereinigungen entscheidet der EGMR über die Verteilung gesellschaftlicher Macht auch mit Implikationen für die politische Meinungs- und Willensbildung. Die Rechtsprechung zum Verbot fundamentalistischer Parteien in der Türkeiⁱⁱⁱ oder zu hohen Hürden bei Parlamentswahlen^{iv} betreffen Grundfragen der Staatsorganisation.

Die Rechtsprechung zum Schutz von Asylbewerbern und anderen Flüchtlingen vor Abschiebung oder Rücküberstellung in ihren Heimatstaat oder einen Drittstaat hat zu tektonischen Erschütterungen des europäischen Asylregimes geführt^v. Der Straßburger Gerichtshof hat die Rückführung von Flüchtlingen, die die italienische Marine auf hoher See aufgegriffen und an Land verbracht hat – für viele überraschend – als eine verbotene Kollektivausweisung (Art. 4 des Protokolls Nr. 4) qualifiziert^{vi}. Dies beschneidet denkbare Handlungsoptionen im Rahmen der gegenwärtigen Flüchtlingskrise ganz empfindlich.

Im Vereinigten Königreich dürfte die Justizreform mit der Abschaffung des House of Lords als gerichtlichem Spruchkörper auch auf die Sorge zurückzuführen sein, der EGMR könne im bisherigen System ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK sehen.

Mancher „Verfassungswandel“ wird nur mittelbar von der Straßburger Rechtsprechung ausgelöst und wurzelt zunächst einmal in der Reaktion nationaler Gerichte oder des nationalen Gesetzgebers auf der Straßburger Rechtsprechung. Hierher gehört die Durchbrechung der Rechtskraft von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die eine Korrektur der bisherigen Entscheidungspraxis des Verfassungsgerichts im Lichte einer neuen Entscheidung des Straßburger Gerichtshofs ermöglichen soll^{vii}.

Weit in die Staatsorganisation greift die Rechtsprechung zu den gebotenen Standards für die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren ein. Nach Urteilung des EGMR musste Frankreich die Mitwirkung des *commissaire du gouvernement* und des *avocat général* in Frankreich neu konfigurieren. Auch die Entscheidungen zur Beanstandung der Militärgerichtsbarkeit in der Türkei oder der zur Abberufung oberster Richter zuständigen Instanz in der Ukraine berühren Grundstrukturen der Rechtsordnung.

Die Zuerkennung eines Streikrechts für Amtsträger und andere öffentliche Bedienstete mit einer ganz engen funktionalen Ausnahme berührt etwa in Deutschland hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums, auf welche das Grundgesetz (Art. 33 Abs. 5) verweist.

II. Die gesteigerte Rezeptivität für die Europäische Menschenrechtskonvention und die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Ein Verfassungswandel durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte setzt ein hohes Maß an Rezeptivität einer Rechtsordnung für die Standards der Europäischen Konvention und deren Fortentwicklung voraus. Am stärksten schlägt die Judikatur des Straßburger Gerichtshofs dann auf die rechtliche Grundordnung durch, wenn die Europäische Menschenrechtskonvention unmittelbar mit Verfassungsrang gilt.

Aber auch der Grundsatz der konventionsfreundlichen Auslegung auch der Verfassung ist ein wirksamer Mechanismus zu Über- und Umformung von Verfassungsrecht durch neue Konventionsstandards. Dies gilt insbesondere für die Variante des Auslegungsgleichklanges, der sich auf parallele Gewährleistungen bezieht, wie er nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 51 Abs. 3) gilt. In der Bundesrepublik Deutschland praktiziert das Bundesverfassungsgericht eine etwas weichere Variante, nämlich den Gleichklang nur im Ergebnis^{viii}.

Die Reichweite der konventionsfreundlichen Auslegung der Verfassung hängt entscheidend an den methodischen Standards der Verfassungsinterpretation. Große Elastizität der Verfassungsauslegung macht das Tor zu einem konventionsgesteuerten Wandel der Verfassung weit auf. Wenn Wortlaut und historischer Wille des Verfassungsgebers keine dominierende Rolle mehr für die Verfassungsexegese spielen, kann sich die konventionsfreundliche Verfassungsauslegung fast ohne Grenzen entfalten. Dies gilt unter dem deutschen Grundgesetz insbesondere für die Grundrechte und die Staatszielbestimmungen, wie insbesondere das Rechtsstaatsprinzip. In Deutschland ist die Rücksichtnahme auf Standards der Europäischen Menschenrechtskonvention weiter dadurch katalysiert worden, dass dem Bekenntnis zu unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG unmittelbare Geltung als operabler Rechtssatz eingeräumt wird und dieses Bekenntnis nicht auf einen bloßen Programmsatz reduziert wird^{ix}.

Natürlich gibt es Gegenmodelle. In besonders scharfer Form ist die grundsätzliche Abwehr eines konventionsgeleiteten Verfassungswandels in der Russischen Föderation ausgeprägt. Dort steht jede Umsetzung von Urteilen des EGMR unter dem Vorbehalt, dass sie mit russischem Verfassungsrecht vereinbar ist.

III. Konventionsgetriebener Verfassungswandel und politisches Gefüge

Die Offenheit für einen konventionsgetriebenen Verfassungswandel hängt auch am politischen Kontext. Staatsordnungen, bei denen die politischen Organe im Sinne gerichtlicher Handlungsanleitungen diszipliniert sind, werden im Grundsatz auch Direktiven internationaler Gerichte Raum geben. Dies gilt insbesondere dann, wenn zur politischen Kultur eines Landes die hohe Sensibilität für völkervertragliche Verpflichtungen gehört. Beide Voraussetzungen treffen etwa in der Bundesrepublik Deutschland zusammen. Hier ist das Parlament gewöhnt, sich sogar legislatorische Handlungsprogramme von einem starken Verfassungsgericht in die Feder diktieren zu lassen. Der Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ ist ein Eckpfeiler des deutschen Verfassungsverständnisses^x.

Eine andere Beurteilung ist in Staaten angezeigt, in denen ein selbstbewusster Parlamentarismus herrscht oder die unmittelbare Bekundung des Volkswillens als höchste Stufe der Legitimität betrachtet wird. Hier stellt sich im Verhältnis zu nationalen und internationalen Gerichten das Verhältnis von *master* und *agent* ganz anders dar, als im System der Bundesrepublik Deutschland oder auch der Europäischen Union. Dies erklärt auch, weshalb in Konventionsstaaten wie der Schweiz und dem Vereinigten Königreich als Eingriffe in die staatsrechtliche Substanz verstandene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte oft weniger einen Verfassungswandel katalysiert als heftige Widerstände gegen die Umsetzung im innerstaatlichen Recht auslösen. Hingewiesen sei hier nur auf die schroffe Kritik aus dem britischen Unterhaus an der Judikatur zum Wahlrecht für Straftäter (Fall *Hirst v. United Kingdom*^{xi})^{xii} oder die Volksinitiative „Landesrecht vor Völkerrecht“ in der Schweiz. Aus der Sicht umsetzungsbeflissener Staaten ist dies umso erstaunlicher, als die Entwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention bisher weder in der Schweiz noch im Vereinigten

Königreich zu tektonischen Verschiebungen in der staatsrechtlichen Architektur gezwungen hat.

IV. Aufwertung staatsrechtlicher Entscheidungen durch das Siegel identitätsbildender Bedeutung

In neuerer Zeit scheint eine Strategie auf, bestimmte staatsrechtliche Entscheidungen und Grundsätze mit dem Siegel des Identitätsbildenden zu versehen und so gegen Einwirkungen aus dem Konventionssystem abzuschotten. Diese Strategie zeigt auch einen gewissen Erfolg. Im Fall *Lautsi v. Italien*^{xiii} hat die italienische Regierung geltend gemacht, dass das Schulgebet rechtskulturprägende Bedeutung für Italien hat^{xiv} und hat damit offenbar die Große Kammer des Gerichtshofs beeindruckt.

Die französische Nationalversammlung hatte das gesetzliche Verbot der Burka in der Öffentlichkeit mit einem einstimmigen Beschluss abgestützt, der dieses Verbot in einen engen Zusammenhang mit den Grundwerten der französischen Revolution rückte. Eine Beanstandung durch den Straßburger Gerichtshof hätte aus dieser Perspektive an die Grundfesten der französischen Rechtsordnung gerührt. Dies mag vielleicht erklären, weshalb der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit dem französischen Burka-Verbot recht glimpflich umgegangen ist und eine Rechtfertigung im Schutz des gedeihlichen Zusammenlebens („vivre ensemble“) gefunden hat^{xv}.

Das Minarett-Verbot in der Schweiz ruht auf einer plebiszitären Verfassungsänderung. Man darf gespannt sein, ob der Straßburger Gerichtshof im Fall einer Individualbeschwerde sich angesichts greifbarer Zweifel an der Vereinbarkeit mit der EMRK^{xvi} einlässt.

V. „Evolutive“ Auslegung der EMRK

Eine beachtliche Dynamik hat in die Entfaltung der Konventionsstandards der Grundsatz der „evolutiven Auslegung“ der EMRK als „living instrument“ gebracht^{xvii}. Eine wesentliche Rolle spielt dabei neben der völkervertraglichen Entwicklung die Berufung des EGMR auf einen wirklichen oder angeblichen Konsens unter den Mitgliedstaaten.

Für diesen Ansatz spricht, dass nach völkerrechtlichen Grundsätzen eine konvergierende Auslegungspraxis von Vertragsstaaten ein relevantes Kriterium bildet (Art. 31 Abs. 3 *lit. a* der Wiener Vertragsrechtskonvention). Jedoch ist die Handhabung des Konsensarguments durch den EGMR beachtlichen Einwendungen ausgesetzt.

Zunächst einmal verfährt der Gerichtshof bei der Annahme eines Konsenses außerordentlich großzügig. Bleibt die Zahl der konvergierenden Mitgliedstaaten weit hinter der Mehrheit zurück, wird eben der entstehende Konsens (*emerging consensus*) bemüht. In der Regel prüft der EGMR auch gar nicht, ob eine gesetzliche Regelung oder nationale Rechtsprechung überhaupt von dem Bewusstsein einer Verpflichtung aus der EMRK getragen ist und nicht von Gründen der politischen Opportunität. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Konventionsstaat an eine dynamische Auslegung der EMRK nur deswegen gebunden sein soll, weil sich mehr oder wenige andere Vertragsstaaten für einen weitergehenden Schutz eines Konventionsrechts entschieden haben.

Eine extensive Auslegung, die sich auf eine Konvergenz nationaler Regelungen stützt, führt dazu, dass der in einem bestimmten Moment gegebene Konsens einer mehr oder weniger großen Zahl von Mitgliedstaaten im Sinne einer völkerrechtlichen Verpflichtung eingefroren wird. Dies hindert dann Vertragsstaaten auch an einer Abkehr von der einmal gefundenen nationalen Regelung.

VI. Konventionsrechtliche Leitbilder der rechtlich verfassten Gemeinschaft

Die Europäische Menschenrechtskonvention lässt sich durchaus als eine Art „gemeineuropäisches Verfassungsrecht“ verstehen. Dies gilt aber nur für Teilbereiche der rechtlichen Grundordnung, nämlich die Beziehung zwischen dem Einzelnen einschließlich politischer Parteien und dem Staat sowie – eingeschränkt – unter Privaten. Es wäre daher ein vergebliches Unterfangen, aus der Europäischen Menschenrechtskonvention einen in sich geschlossenen Entwurf der rechtlich verfassten Gemeinschaft herauslesen zu wollen. Jedoch lässt die Straßburger Rechtsprechung durchaus gewisse Leitbilder erkennen, von denen im Folgenden mit dem Mut zur Simplifikation das eine oder andere skizziert werden soll.

1. Ein „liberales“ Ordnungsmodell

Die Konstruktion der Grundkonventionsrechte lässt sowohl im Text wie in seiner jahrzehntelangen Entfaltung durch die Rechtsprechung ein „liberales“ Ordnungsmodell erkennen, wie es in der Aufklärung und im Liberalismus des 19. Jahrhunderts seine Wurzeln hat. Es ist das Leitmodell einer offenen, demokratisch verfassten Gemeinschaft, bei dem Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre einer einmal strengeren, einmal großzügigeren Prüfung der Verhältnismäßigkeit unterworfen wird. In Kernbereichen des individuellen So-Seins und der individuellen Selbstbestimmung fällt die Prüfung streng aus und lässt den Konventionsstaaten in der Tendenz kaum oder nur einen geringen Einschätzungsspielraum. Die Meinungsfreiheit und andere Kommunikationsfreiheiten werden – ähnlich wie in den USA oder in der Rechtsprechung des Deutschen Bundesverfassungsgerichts – als Eckpfeiler dieser liberalen Grundordnung begriffen. Aber anders als in der überkommenen Exegese etwa des deutschen Grundgesetzes verliert die Meinungsfreiheit ihre Privilegierung gegenüber dem Schutz der Privatsphäre und den Persönlichkeitsrechten anderer, wenn es nicht speziell um Fragen von speziell politischem Interesse oder Aspekte eines für das Gemeinwesen

relevanten öffentlichen Diskurses geht. In dieser Stärkung des „Rechtes, in Ruhe gelassen zu werden“ (*right to be left alone*) setzt die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs andere Akzente als das deutsche Bundesverfassungsgericht und andere höchste Gerichte.

In ein solches liberales Ordnungsmodell fügt sich auch die Entscheidung zum französischen Burka-Verbot als Instrument eines gedeihlichen, friedlichen Zusammenlebens in einer offenen Gesellschaft harmonisch ein^{xviii}.

2. Stabilität der politischen Ordnung

Die Straßburger Rechtsprechung stuft die Stabilität der politischen Ordnung als ein hohes Gut ein. Sie stuft selbst außerordentlich hohe Prozenschwellen für Parteien und andere politische Vereinigungen bei Parlamentswahlen als gerechtfertigt ein, wenn sie im Lichte geschichtlicher Erfahrungen als angemessene Mittel zum Schutz vor einer Fragmentierung der politischen Landschaft dienen (10-Prozent-Hürde bei Parlamentswahlen in der Türkei).

3. Wächterfunktion des pluralistischen Staates

In der Straßburger Rechtsprechung erscheint der Staat als Garant einer pluralistischen Ordnung mit einem weitreichenden Mandat, intoleranten politischen Bestrebungen klare Grenzen aufzuzeigen oder diese sogar in der Arena des politischen Wettkampfes ganz zu verbannen. Demokratie verknüpft der EGMR unmittelbar mit einer pluralistischen Ordnung^{xix}. In diesem Sinne betont der Straßburger Gerichtshof die Rolle des Staates als „neutraler und unparteiischer Organisator der unterschiedlichen Religionen, Glaubensrichtungen und Bekenntnisse in einer demokratischen Gesellschaft“^{xx}. Dies berührt sich eng etwa mit dem deutschen Konzept der „wehrhaften Demokratie“.

4. Empathische Entfaltung der Konvention

Die Rechtsprechung zum Schutz von illegal eingereisten Ausländern vor Abschiebung in ihren Heimatstaat bei dort herrschenden unzumutbaren

Lebensbedingungen^{xxi} zeigt die Kraft der Empathie bei der Auslegung der Konvention. Das gleiche dürfte für die Rechtsprechung gelten, nach der die Rückführung von Flüchtlingen, die ein Konventionsstaat auf Hoher See aufgenommen hat, sich als verbotene Massenausweisung darstellt.

VII. Anleihen bei verfassungsrechtlichen Entwicklungen in einzelnen Konventionsstaaten

Die neuere Rechtsprechung zeigt eine interessante Bereitschaft, Konventionsstandards unter Rückgriff auf verfassungsrechtliche Entwicklungen in einzelnen Konventionsstaaten zu konkretisieren und weiter zu entfalten. Prominentes Beispiel ist die Rechtsprechung zu gesetzlich konkretisierten Aussicht auf Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe^{xxii}. Hier führt der Gerichtshof das Verbot einer unmenschlichen Behandlung in Art. 3 EMRK auf die Achtung der Menschenwürde zurück, die ihrerseits den Ankerpunkt für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe bildet. Wir haben hier also eine potentierte Dynamik in der Entfaltung normativer Standards. Das Bundesverfassungsgericht entdeckte im Jahre 1977, dass der konsequente Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe bis zum Tod die Menschenwürde verletzt, wenn der Gesetzgeber kein Verfahren zur Überprüfung der weiteren Freiheitsentziehung nach einer längeren Haftdauer vorsieht^{xxiii}. Diese Entscheidung ist seinerzeit von vielen als ein kühnes, ja allzu kühnes Stück richterlichen Aktivismus verstanden worden, auch wenn es uns heute nicht mehr sehr aufregend erscheint. Der Straßburger Gerichtshof weitet das Verbot der erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlung durch einen ausgreifenden Schutz der Menschenwürde aus, die in der europäischen Menschenrechtskonvention in Art. 3 überhaupt nicht erwähnt wird. Damit schafft die Straßburger Rechtsprechung gewissermaßen die Brücke zur

Übernahme einer dynamischen Entfaltung des deutschen Grundgesetzes. Der Gesetzgeber, Exekutive und die Rechtsprechung des vereinigten Königreichs sind bislang nicht auf den Gedanken gekommen, daß die Menschenwürde einen gesetzlichen Mechanismus zur Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe gebietet. So wird am Ende dem Vereinigten Königreich ein sehr partikuläres Verständnis der Menschenwürde entgegen gehalten, das der Straßburger Gerichtshof nun auf eine gemeineuropäische Ebene hebt. Dies nährt nachhaltige methodische Zweifel und die Frage nach der Legitimität einer derartigen dynamischen Entfaltung des Vertragstextes.

Etwas anderes mag die Bilanz aus der Sicht des italienischen oder deutschen Verfassungsrechts ausfallen, die sich gewissermaßen in der sakralen Weihe einer Europäisierung ihrer nationalen Wertungen sieht.

-
- i EGMR, *von Hannover ./. Deutschland*, Beschwerde-Nr. 59320/00, paras 48 ff.; EGMR (Große Kammer), *Axel Springer ./. Deutschland*, Beschwerde-Nr. 40660/08 und 60641/08, paras 84, 89 ff.
- ii EGMR, *Obst ./. Deutschland*, Beschwerde-Nr. 425/03, paras 39 ff.
- iii EGMR, *Refah Partisi [Wohlfahrtspartei] u.a. ./. Türkei*, Beschwerde-Nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 31344/98, paras 90 ff., 119.
- iv EGMR (Große Kammer), *Yumak und Sadak ./. Türkei*, Beschwerde-Nr. 10226/03, paras 110 ff.
- v EGMR (Große Kammer), *M.S.S. ./. Belgien und Griechenland*, Beschwerde Nr. 30696/09, paras. 338 ff., 362 ff.
- vi EGMR (Große Kammer), *Hirsi Jamaa u.a. ./. Italien*, Beschwerde-Nr. 27765/09, paras 70 ff.
- vii BVerfGE 128, 326.
- viii BVerfGE 128, 326 (370).
- ix BVerfGE 111, 307 (329).
- x *M. Herdegen*, *Völkerrecht*, 15. Aufl. 2016, § 22 Rn. 8 ff.
- xi EGMR (Große Kammer), *Hirst ./. Vereinigtes Königreich (No. 2)*, Beschwerde-Nr. 74025/01, paras 56 ff.
- xii <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7461#fullreport>> (Abruf vom 10. Mai 2016).
- xiii EGMR (Große Kammer), *Lautsi u.a. ./. Italien*, Beschwerde-Nr. 30814/06.
- xiv EGMR (Große Kammer), *Lautsi u.a. ./. Italien*, Beschwerde-Nr. 30814/06, paras 36 ff., 67 ff.

-
- xv EGMR (Große Kammer), *S.A.S. ./.* *Frankreich*, Beschwerde-Nr. 43835/11, paras 140 ff.
- xvi Hierzu *R. Zimmermann*, *Zur Minarettverbotsinitiative in der Schweiz*, *ZaöRV* 69 (2009), S. 829 ff.
- xvii EGMR, *Mamatkulov und Abdurasulovic ./.* *Türkei*, Beschwerde-Nr. 46827/99 und 46951/99, para 94.
- xviii EGMR (Große Kammer), *S.A.S. ./.* *Frankreich*, Beschwerde-Nr. 43835/11, para 127 f.
- xix ...
- xx EGMR, *Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a. ./.* *Türkei*, Beschwerde-Nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 31344/98, paras 51, 70.
- xxi EGMR, *D ./.* *Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 146/1996/767/964, paras 39 ff.
- xxii ...
- xxiii BVerfGE 45, 187 (253 ff.).