

## § 7 Fundamentalgarantien

Marten Breuer

A. Einleitung.....	1	d) Stellungnahme.....	57
B. Grundrechtecharta und EMRK im Bereich der Fundamentalgarantien.....	5	IV. Umgang mit ethisch-moralisch umstrittenen Fragen.....	59
I. Direkter versus indirekter Schutz der Menschenwürde.....	5	1. Der EGMR: Margin of appreciation-Doktrin.....	60
1. Die Charta: Schutz der Menschenwürde als eigenständiges Grundrecht.....	6	2. Der EuGH.....	65
2. Die EMRK: Indirekter Schutz der Menschenwürde.....	8	a) Grundfreiheiten.....	65
3. Stellungnahme.....	12	b) Grundrechte.....	68
II. Abwehrdimension und „positive obligations“.....	18	3. Stellungnahme.....	73
1. Die EGMR-Rechtsprechung.....	20	V. Negative Ausübungsfreiheit?.....	75
2. Die EuGH-Rechtsprechung.....	27	1. EGMR-Rechtsprechung.....	77
III. Spezielle Grundrechtsschranken vs. Generalklausel.....	32	a) Art. 2 EMRK.....	77
1. Die Charta: Generalklausel.....	34	b) Art. 3 EMRK.....	81
2. Die EMRK: Spezielle Schranken...	37	2. Primärrecht und EuGH-Rechtsprechung.....	85
3. Homogenitätsklausel (Art. 52 Abs. 3 GRC).....	42	a) Primärrecht.....	85
a) Allgemeines.....	42	b) EuGH-Rechtsprechung.....	88
b) Todesstrafenverbot.....	45	VI. Entindividualisierter Grundrechtsschutz?.....	91
c) Biomedizinische Regelungen...	48	1. Die EMRK.....	92
		2. Die Charta.....	95
		C. Ausblick.....	101
		Verzeichnis wichtiger Entscheidungen.....	104

**Literatur:** *Berlth, Astrid*, Artikel 1 GRCh – Die Menschenwürde im Unionsrecht, 2012; *Bernstorff, Jochen von*, Der Streit um die Menschenwürde im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine Verteidigung des Absoluten als Grenze und Auftrag, JZ 2013, S. 905; *Calliess, Christian*, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, in: Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke (Hg.), Das Dogma der Unantastbarkeit, 2009, S. 133; *Hillgruber, Christian*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; *Kersten, Jens*, Das Klonen von Menschen, 2004; *Kneihs, Benjamin*, Grundrechte und Sterbehilfe, 1998; *ders.*, Recht auf Leben und Terrorismusbekämpfung – Anmerkungen zur jüngsten Judikatur des EGMR zu Art. 2 EMRK, in: Grabenwarter, Christoph/Thienel, Rudolf (Hg.), Kontinuität und Wandel der EMRK, 1998, S. 21; *Koutnatzis, Stylianos-Ioannis G./Weilert, A. Katarina*, Fragen der menschlichen Reproduktion vor dem EGMR – Zugleich eine kritische Würdigung der Lehre vom staatlichen Beurteilungsspielraum (Margin of Appreciation), AVR 2013, S. 72; *Meiser, Christian*, Biopatentierung und Menschenwürde, 2006; *Meyer-Ladewig, Jens*, Menschenwürde und Europäische Menschenrechtskonvention, NJW 2004, S. 981; *Müller-Terpitz, Ralf*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007; *ders.*, Assistierte Reproduktionsverfahren im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, AVR 2013, S. 42; *Rau, Markus/Schorkopf, Frank*, Der EuGH und die Menschenwürde, NJW 2002, S. 2448; *Schmahl, Stefanie*, Volenti non fit iniuria – Der Verzicht im öffentlichen Recht, Habilitationsschrift, 2004, typographisches Manuskript; *Schwarz, Michael*, Die Menschenwürde als Ende der europäischen Wertegemeinschaft?, in: Der Staat 50 (2011), S. 533; *Schwarzburg, Katrin*, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, 2011; *Suchomel, Jan-Ulf*, Partielle Disponibilität der Würde des Menschen, 2010; *Voß, Ingrid*, Schutz der Grundrechte in Medizin und Biologie durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2011; *Wallau, Philipp*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010; *Walter, Christian*, Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht, in: Bahr, Petra/Heinig, Hans Michael (Hg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 127; *Weschka, Marion*, Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen: Status und Schutz des menschlichen Embryos vor den Herausforderungen der modernen Biomedizin, 2010.

**Vorschriften Sekundärrecht:** Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates v. 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsa-

mes Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, ABl. 1977 L 145/1.

Richtlinie 91/439/EWG des Rates v. 29.7.1991 über den Führerschein, ABl. 1991 L 237/1.

Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.7.1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. L 213/13.

Richtlinie 2002/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.1.2003 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, ABl. 2002 L 33/30.

Richtlinie 2003/9/EG des Rates v. 27.1.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl. 2003 L 31/18.

Richtlinie 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen, ABl. 2004 L 102/48.

Richtlinie 2010/45/EU des Rates v. 13.7.2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe (Organtransplantations-RL), ABl. 2010 L 207/14.

Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates v. 18.2.2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. 2003 L 50/1.

Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates v. 26.10.2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. 2004 L 349/1.

**Sonstige Rechtsakte der Union:** Bestimmungen über die Voraussetzungen für die Übergabe mutmaßlicher Piraten sowie beschlagnahmter Güter durch die EU-geführten Streitkräfte an die Republik Kenia, ABl. 2009 L 79/51.

**Sonstige Rechtsakte:** Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998, UNTS Vol. 2187, I-38544, S. 90 = BGBl. 2000 II 1394.

Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (Biomedizin-Konvention) v. 4.4.1997, ETS No. 164.

Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen (Klonprotokoll) v. 10.1.1998, ETS No. 168.

Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe v. 24.1.2002, ETS No. 186.

## A. Einleitung

- 1 Die im Titel I versammelten Fundamentalgarantien weisen eine für die Entstehung des unionalen Grundrechtsschutzes charakteristische Gemengelage auf, finden sich doch hier Versatzstücke sowohl aus nationalen Verfassungstraditionen als auch einzelne Gewährleistungen aus der EMRK versammelt. Das entspricht der Herleitung europäischer Grundrechte durch den EuGH bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon: Danach ermittelte der Gerichtshof die (richterrechtlich geschaffenen) Gemeinschaftsgrundrechte zum einen unter Rückgriff auf die nationalen Verfassungstraditionen,<sup>1</sup> zum anderen unter (einseitiger) Heranziehung der EMRK<sup>2</sup> (vgl auch Art. 6 Abs. 3 EUV). Entscheidend für diese

1 EuGH, 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) Slg. 1970, 1125, Rn 4.

2 EuGH, 14.5.1974, Rs. 4/79 (Nold) Slg. 1974, 491, Rn 13; Rs. 18.6.1991, 260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925, Rn 41.

Methode der „wertenden Rechtsvergleichung“ war dabei nicht die Frage, ob ein bestimmtes Grundrecht in allen oder zumindest in möglichst vielen der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen garantiert war; denn das hätte einem Grundrechtsschutz auf dem Niveau eines Minimalkonsenses Vorschub geleistet.<sup>3</sup> Entscheidend für die Anerkennung als Gemeinschaftsgrundrecht war vielmehr die Einpassung in die Eigenheiten und Notwendigkeiten der Gemeinschaftsrechtsordnung. Nicht zuletzt daher rührt die Heranziehung der EMRK (lediglich) als Rechtserkenntnisquelle.

Spuren mitgliedstaatlicher Verfassungstraditionen finden sich im Titel I vor allem mit der Garantie der Menschenwürde (Art. 1 GRC) – unter nahezu wörtlicher Übernahme des Art. 1 GG. Das bedeutet nicht, dass für die Auslegung des Art. 1 GRC nunmehr das deutsche Verfassungsverständnis maßgeblich wäre.<sup>4</sup> Art. 1 GRC schafft einen **genuin unionalen Grundrechtsstandard**, der den Bedürfnissen der Unionsrechtsordnung Rechnung tragen muss. Die Tatsache, dass die Menschenwürde in vielen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen nicht als Grundrecht, sondern bestenfalls als Programmsatz enthalten ist,<sup>5</sup> erweist sich daher als unschädlich. Vielmehr entspricht dies gerade der Methode der „wertenden Rechtsvergleichung“. In dieselbe Kategorie fällt das Recht auf Unversehrtheit aus Art. 3 GRC, welches vom EuGH bereits vor der Grundrechtecharta richterrechtlich als Gemeinschaftsgrundrecht anerkannt worden war.<sup>6</sup>

Im Gegensatz dazu übernehmen das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 1 GRC), das Todesstrafenverbot (Art. 2 Abs. 2 GRC), das Folter- (Art. 4 GRC) sowie das Sklavereiverbot (Art. 5 GRC) – z.T. in wörtlicher Übereinstimmung – jeweils den menschenrechtlichen Schutzstandard der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle (Art. 2-4 EMRK, Protokolle Nr. 6 und 13). Für das Verständnis der Fundamentalgarantien der Charta folgt hieraus, dass diese zutreffend nur in einer Zusammenschau von Unionsrecht und EMRK erfasst werden können. Derzeit findet in zunehmendem Maße eine **Amalgamierung der Rechtsschutzstandards** statt, indem sich auch der EGMR für Impulse des Unionsrechts offen zeigt.<sup>7</sup> So entsteht im Grundrechtsbereich eine Art **europäisches Verbundsystem**, das durch gegenseitige Bezüge und Einflüsse gekennzeichnet ist. Der künftige Beitritt der EU zur EMRK (Art. 6 Abs. 2 EUV) wird diese Entwicklung vermutlich noch zusätzlich befördern.

Für den Rechtsanwender freilich wird die Erfassung des unionsrechtlichen Grundrechtsstandards hierdurch erheblich erschwert. Die Rechtsprechung von EuGH und EGMR zeichnen sich teils durch strukturelle Parallelen, teils aber auch durch grundlegende Unterschiede aus. Dabei ist noch nicht abschließend geklärt, inwiefern bestimmte Konzepte des EGMR auch für das Unionsrecht relevant sind. Im Folgenden wird daher versucht, für den Bereich der Fundamentalgarantien gleichsam den „**genetischen Code**“ im Sinne struktureller Parallelen oder auch Unterschiede zwischen unionalem und konventionsrechtli-

3 GA *Roemer*, 13.7.1971, Rs. 5/71 (Zuckerfabrik Schöppenstedt) Slg. 1970, 975 (990); näher zur Methode der wertenden Rechtsvergleichung von *Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, 212 ff.; *Lenaerts*, ICQL 52 (2003), 873 ff.; *Skouris*, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR VI/1, § 157, Rn 27 ff, jeweils mwN.

4 Tettinger/Stern/Höfling, GRC, Art. 1, Rn. 11; Heselhaus/Nowak/Rixen, § 9, Rn 5; Schwarz, *Der Staat* 50 (2011), 533 (540); Schwarzburg, S. 40; siehe auch Meiser, S. 76 f; deutlich andere Schwerpunktsetzung bei Wallau, S. 299 ff.

5 Vgl die rechtsvergleichenden Ausführungen bei Meyer/Borowsky, GRC, Art. 1, Rn 2, 2 a; Calliess, S. 133, 136 ff; siehe auch Gutiérrez, *KritV* 2006, 384 ff.

6 EuGH, 9.10.2001, Rs. C-377/98 (Niederlande/Parlament und Rat) Slg. 2001, I-7149, Rn. 70.

7 Besonders deutlich z.B. in EGMR (GK), 10.2.2009 (Sergey Zolotukhin/Russland) Nr. 14939/03, NJOZ 2010, 2630, Rn 79 (Auslegung des Art. 4 Protokoll Nr. 7 unter Heranziehung u.a. des Art. 54 SDÜ); EGMR, 24.6.2010 (Schalk und Kopf/Österreich) Nr. 30141/04, EuGRZ 2010, 445, Rn 61 (Auslegung des Art. 12 EMRK unter Heranziehung des Art. 9 GRC); allgemein hierzu auch Klein, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR VI/1, § 167, Rn 22 f.

chem Grundrechtsschutz herauszuarbeiten. Angestrebt wird somit keine umfassende Kommentierung, sondern vielmehr die Offenlegung von Strukturen, um einem Nachdenken über die Möglichkeiten und Grenzen eines verschmelzenden europäischen Grundrechtsschutzes weitere Anstöße zu geben.

## B. Grundrechtecharta und EMRK im Bereich der Fundamentalgarantien

### I. Direkter versus indirekter Schutz der Menschenwürde

- 5 Titel I der Grundrechtecharta steht unter der verbindenden Überschrift „Würde des Menschen“. Darin kommt zum Ausdruck, dass sich die hier enthaltenen Einzelgarantien jeweils durch ein besonderes **Näheverhältnis zur Menschenwürde** auszeichnen. Im Hinblick auf die Menschenwürde selbst zeichnen sich Grundrechtecharta und EMRK indes durch fundamental unterschiedliche Ansätze aus. Beide Systeme haben dabei ihre je eigenen Vor- und Nachteile.

#### 1. Die Charta: Schutz der Menschenwürde als eigenständiges Grundrecht

- 6 Die Charta schützt die Menschenwürde *explizit* in Art. 1. Die Parallelen zum deutschen Grundgesetz – sowohl was die Positionierung am Anfang des Grundrechtsteils als auch was den Wortlaut angeht – sind unverkennbar und gehen nicht zuletzt auf die Präsidentschaft Roman Herzogs im Grundrechtekonvent zurück.<sup>8</sup> Art. 1 GRC schützt die Menschenwürde zudem **als Grundrecht**. Eine Argumentation wie bei Art. 1 GG, wo der Grundrechtscharakter der Menschenwürde z.T. aus systematischen Gründen abgelehnt wird (Erwähnung der „nachfolgenden Grundrechte“ in Art. 1 Abs. 3 GG),<sup>9</sup> ist bei der Charta ausgeschlossen. Hier ist nämlich bereits im Schlusssatz der Präambel – mithin noch vor dem Titel I – von den „nachstehend aufgeführten Rechte[n], Freiheiten und Grundsätze[n]“ die Rede. Damit allein steht der Grundrechtscharakter des Art. 1 GRC freilich noch nicht eindeutig fest. Erwogen werden könnte nämlich, die Menschenwürde aus Art. 1 GRC statt als „Recht“ als einen bloßen „Grundsatz“ zu qualifizieren.<sup>10</sup> Das widerspricht aber dem klaren Willen des Konvents als des „historischen Gesetzgebers“:<sup>11</sup> Ausweislich der Erläuterungen des Präsidiums handelt es sich bei der Menschenwürde um ein „Grundrecht an sich“.<sup>12</sup> Die Erläuterungen geben insoweit den Diskussionsverlauf im Grundrechtekonvent auch zutreffend wieder, da sich der Vorschlag, die Menschenwürde lediglich in der Präambel zu verankern (und ihr in der Konsequenz die Justiziabilität zu nehmen), während der Verhandlungen nicht durchzusetzen vermochte.<sup>13</sup>
- 7 In der **Rechtsprechung des EuGH** ist die Frage der eigenständigen Grundrechtsqualität der Menschenwürde allerdings weniger anerkannt, als manche Literaturstimmen glauben machen wollen. In dem häufig als Beleg angeführten Urteil *Niederlande gegen Parlament und Rat* sprach der Gerichtshof von der Menschenwürde zunächst als einem „allgemeinen

---

8 Vgl Meyer/Borowsky, GRC, Vor Titel I, Rn 1; Frenz, HB EuR IV, Rn 808 ff; Rau/Schorkopf, NJW 2002, 2448, 2449; Schwarzburg, S. 40. In den Erläuterungen des Präsidiums zur Charta (ABl. 2007 C 303/17) wird dieser Zusammenhang eher verschleiert, indem lediglich auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte verwiesen wird.

9 Hierzu stellvertretend einerseits Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 1, Rn 29 (Stand: Mai 2009), andererseits Dreier/Dreier, GG, Art. 1 I, Rn 121 ff; wN bei Suchomel, S. 58 ff.

10 Vgl (i.E. jeweils ablehnend) Meyer/Borowsky, GRC, Art. 1, Rn 32 a; Jarass, Grundrechte, § 8, Rn 2.

11 Beachtliche Kritik an der Argumentationsfigur des „Konventswillens“ äußert Ziegenhorn, Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta, 2009, S. 88 ff.

12 Erläuterungen (Fn. 8).

13 Meyer/Borowsky, GRC, Art. 1, Rn 32; näher Bernsdorff/Boworsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 142 ff.

Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“.<sup>14</sup> Darin konnte u.U. eine Anerkennung der Grundrechtsqualität der Menschenwürde erblickt werden, da die Unionsgrundrechte vom EuGH vor Schaffung der Charta bekanntlich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gewonnen wurden.<sup>15</sup> Jedoch erscheinen auch andere Deutungen möglich. So zog Generalanwältin Stix-Hackl im späteren Fall *Omega* in Betracht, der EuGH könnte mit seiner Äußerung die Menschenwürde auch lediglich „als allgemeinen Rechtsgrundsatz im Sinne eines Wertungsprinzips, jedoch nicht als selbständiges Grundrecht oder selbständige Anspruchsgrundlage“ anerkannt haben.<sup>16</sup> Der EuGH wiederum reagierte hierauf im nachfolgenden Urteil, indem er ausführte, für die Beurteilung des Falles spiele es keine Rolle, dass in Deutschland dem Grundsatz der Achtung der Menschenwürde die besondere Stellung eines selbständigen Grundrechts zukomme.<sup>17</sup> Damit dürfte der Gerichtshof für die EU-Ebene die Frage gerade offen gehalten haben.<sup>18</sup> In dem 2011 entschiedenen Fall *Brüstle* nennt der EuGH zumindest in der deutschen Sprachfassung die „Grundrechte und vor allem die Menschenwürde“ in einem Atemzug,<sup>19</sup> was im Sinne einer Anerkennung der Menschenwürde als eigenständiges Grundrecht verstanden werden könnte. Auch hier bleiben jedoch erhebliche Zweifel, denn die gemeinsame Nennung von Grundrechten *und* Menschenwürde lässt sich in anderen Sprachfassungen so nicht nachweisen.<sup>20</sup> Keinen endgültigen Aufschluss ergibt schließlich der jüngst entschiedene Fall *Cimade und GISTI*, hier zieht der Gerichtshof Art. 1 GRC lediglich zur grundrechtskonformen Auslegung der Aufnahme-richtlinie heran, ohne sich zum eigenständigen Grundrechtsgehalt zu äußern.<sup>21</sup> Auch wenn somit nicht alle Zweifel ausgeräumt werden können, ist vor dem Entstehungshintergrund des Art. 1 GRC vom eigenständigen Grundrechtsgehalt der Menschenwürde auf Unionsebene auszugehen.<sup>22</sup>

## 2. Die EMRK: Indirekter Schutz der Menschenwürde

Die EMRK wählt in der Frage des Menschenwürdeschutzes einen anderen Zugang. Dabei unterscheidet sie sich durchaus signifikant von anderen internationalen Rechtstexten: Bereits in der Charta der Vereinten Nationen ist in der Präambel vom „Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit“ die Rede. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 bekennt sich in ihrem Art. 1 zur freien und gleichen Würde aller Menschen, und auch die internationalen Menschenrechtspakte von 1966 erwähnen „die Würde aller Mitglieder der menschlichen Gesellschaft“ zumindest in ihrer Präambel.<sup>23</sup> Demgegenüber fehlt ein entsprechender Hinweis in der Konvention völlig.<sup>24</sup> Das bedeutet indes nicht, dass die Menschenwürde kon-

14 EuGH, 9.10.2001, Rs. C-377/98 (Niederlande/Parlament und Rat) Slg. 2001, I-7149, Rn 70.

15 In diesem Sinne *Wallau*, S. 85 f; wohl auch *Frenz*, HB EuR IV, Rn 819; siehe ferner *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 1, Rn 5; *Callies*, S. 133, 150 f (beide unter Verweis auf andere Sprachfassungen); aA *Raul Schorkopf*, NJW 2002, 2448, 2449 (Frage weiterhin offen); ferner *Berlth*, S. 96 f; überzeugend *Meiser*, S. 73 ff.

16 GA *Stix-Hackl*, 18.3.2004, Rs. C-36/02 (*Omega*) Slg. 2004, I-9609, Rn 90.

17 Vgl EuGH, 14.10.2004, Rs. C-36/02 (*Omega*) Slg. 2004, I-9609, Rn 34.

18 Ebenso *Berlth*, S. 107 f; *Walter*, S. 127, 138; zurückhaltend *Schwarzburg*, S. 233; siehe auch *Schwarz*, *Der Staat* 50 (2011), 533 (537 f); aA *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, 2007, S. 343; *Heselaus/Nowak/Rixen*, § 9, Rn 3; *Wallau*, S. 95 f.

19 EuGH, 18.10.2011, Rs. C-34/10 (*Brüstle/Greenpeace*), Rn 34.

20 Engl.: respect for human dignity; frz.: le respect dû à la dignité humaine; ital.: il rispetto dovuto alla dignità umana.

21 EuGH, 27.9.2012, Rs. C-179/11 (*Cimade und GISTI*), Rn 42.

22 Gegen den Grundrechtscharakter jedoch *Voß*, S. 98 ff.

23 Näher zum Schutz der Menschenwürde auf universeller völkerrechtlicher Ebene *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 1, Rn 4; *Dreier/Dreier*, GG, Art. 1 I, Rn 28; *Meiser*, S. 70 ff.

24 Vgl *Meyer-Ladewig*, NJW 2004, 981.

ventionsrechtlich nicht geschützt wäre. Wie der EGMR erstmalig im Fall *Pretty* formuliert hat, ist die Achtung vor der Menschenwürde und der menschlichen Freiheit ein „**Wesensmerkmal der Konvention**“.<sup>25</sup>

- 9 Andererseits erscheint es jedoch übertrieben, von einer „zunehmend dichten Rechtsprechung“ des Gerichtshofs zur Menschenwürde zu sprechen.<sup>26</sup> Eine Durchsicht der EGMR-Rechtsprechung belegt eher das Gegenteil: Bezugnahmen auf die Menschenwürde erscheinen oftmals eher zufallsgesteuert und **ohne ein erkennbares System**.<sup>27</sup> Eine konsistente Bezugnahme auf die Menschenwürde im Sinne von verallgemeinerungsfähigen, in der späteren Rechtsprechung sich wiederholenden Stehsätzen taucht in der Rechtsprechung des EGMR vor allem bei Inhaftierungsfällen auf. Hier formuliert der EGMR, die Bedingungen der Inhaftierung müssten mit der Achtung der Menschenwürde vereinbar sein.<sup>28</sup> Bereits zuvor hatte er anerkannt, die Anwendung von Gewalt gegen eine inhaftierte Person, die nicht wegen deren Verhaltens unbedingt notwendig sei, verletze die menschliche Würde.<sup>29</sup> Bezüglich der medizinischen Versorgung Gefangener heißt es, die dabei zugrunde gelegten Standards müssten mit der Menschenwürde vereinbar sein.<sup>30</sup> In einem Fall hat der Gerichtshof formuliert, bei der Inhaftierung geistig Behinderter stelle sich eindeutig die Frage nach der Achtung deren grundlegender Menschenwürde.<sup>31</sup> Außerhalb dieses relativ eng umgrenzten Bereichs findet sich wiederholt die Aussage, die Staaten träfe eine positive Verpflichtung, die Achtung der Menschenwürde und gewisse Aspekte der Lebensqualität zu gewährleisten.<sup>32</sup>
- 10 Umgekehrt lassen sich aber Urteile anführen, in denen der EGMR – teilweise trotz entsprechenden Vorbringens der Verfahrensbeteiligten – **ohne Rückgriff auf das Menschenwürdeargument** entscheidet. So betraf etwa der Fall *Kurić u.a.* die Rechtsstellung der aus dem slowenischen Bevölkerungsregister gestrichenen Ex-Jugoslawen (die sog. „erased“). Betroffen war die Anerkennung als Rechtsperson und damit eine Frage, die vielfach in den Menschenwürdezusammenhang gestellt wird.<sup>33</sup> Dennoch entschied der EGMR diesen Fall allein auf der Grundlage des Art. 8 EMRK.<sup>34</sup> Auch über die Zulässigkeit lebenslanger Freiheitsstrafe hat im Fall *Vinter* die Kammer zunächst allein anhand des sach nächsten Konventionsrechts (Art. 3 EMRK) ohne Rückgriff auf das Menschenwürdeargument ent-

25 EGMR, 29.4.2002 (*Pretty/Vereinigtes Königreich*) Nr. 2346/02, EuGRZ 2002, 234, Rn 65; bestätigt z.B. in EGMR (GK), 11.7.2002 (*Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*) Nr. 28957/95, NJW-RR 2004, 289, Rn 90; EGMR, 10.6.2010 (*Zeugen Jehovas in Moskau u.a./Russland*) Nr. 302/02, NJOZ 2011, 1501, Rn 135.

26 So aber Meyer/*Borowsky*, GRC, Art. 1, Rn 3 mit Fn. 80; siehe auch *Berlth*, S. 61 ff; v. *Bernstorff*, JZ 2013, 905, 906; *Wallau*, S. 103 ff.

27 Ebenso *Schwarz*, *Der Staat* 50 (2011), 533, 541.

28 Grundlegend EGMR (GK), 26.10.2000 (*Kudła/Polen*) Nr. 30210/96, EuGRZ 2004, 484, Rn 94; bestätigt z.B. in EGMR (GK), 8.7.2004 (*Ilaşcu u.a./Moldawien und Russland*) Nr. 48787/99, NJW 2005, 1849, Rn 428; EGMR (GK), 12.2.2008 (*Kafkaris/Zypern*) Nr. 21906/04, NJOZ 2010, 1599, Rn 96; EGMR (GK), 19.2.2009 (*A. u.a./Vereinigtes Königreich*) Nr. 3455/05, NJOZ 2010, 1903, Rn 128.

29 EGMR, 4.12.1995 (*Ribitsch/Österreich*) Nr. 18896/91, EuGRZ 1996, 504, Rn 38; EGMR (GK), 28.7.1999 (*Selmouni/Frankreich*) Nr. 25803/94, NJW 2001, 56, Rn 99; EGMR, 7.7.2011 (*Hellig/Deutschland*) Nr. 20999/05, NJW 2012, 2173, Rn 33.

30 EGMR, 22.12.2008 (*Aleksanyan/Russland*) Nr. 46468/06, Rn 140 (st.Rspr. der Ersten Sektion).

31 EGMR, 3.5.2012 (*M.S./Vereinigtes Königreich*) Nr. 24527/08, Rn 39.

32 EGMR, 11.9.2007 (*L./Litauen*) Nr. 27527/03, Rn 56; EGMR, 26.7.2011 (*Georgel und Georgeta Stoicescu/Rumänien*) Nr. 9718/03, Rn 49; EGMR, 24.7.2012 (*Đorđević/Kroatien*) Nr. 41526/10, Rn. 152; ähnlich EGMR, 20.3.2012 (*C.A.S. und C.S./Rumänien*) Nr. 26692/05, Rn 82.

33 Vgl *Enders*, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997, S. 502 f; *Heselhaus/Nowak/Rixen*, § 9, Rn 9.

34 EGMR (GK), 26.6.2012 (*Kurić u.a./Slowenien*) Nr. 26828/06, Rn 339 ff; die Beschwerdeführer hatten sich hingegen auf die Menschenwürde berufen (Rn 319); ebenso findet sich das Argument im Sondervotum von Richter *Vučinić*.

schieden – und das, obgleich in dem der Urteilsbegründung vorangehenden Abschnitt die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 1 GG sogar ausdrücklich referiert wird.<sup>35</sup> Interessanterweise findet sich im Urteil der Großen Kammer nunmehr der Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG direkt in den Urteilsgründen, verbunden mit dem Zusatz, ähnliche Überlegungen wie unter dem GG müssten für die EMRK gelten, deren Wesensmerkmal die Achtung der Menschenwürde sei.<sup>36</sup> Im Fall *Gäfen*, der die Androhung von Folter betraf, war die Menschenwürde zwar wesentlicher Bestandteil der Argumentation des BVerfG<sup>37</sup> (nicht zuletzt deshalb, weil das Grundgesetz ein eigenständiges Folterverbot nicht kennt). Im Urteil des EGMR taucht sie aber nur in der Wiedergabe der nationalen Rechtsprechung auf, der Gerichtshof selbst argumentiert allein mit Art. 3 EMRK.<sup>38</sup> Ähnlich im Fall der sog. Raelischen Bewegung, der von den Schweizer Behörden eine Plakatwerbeaktion u.a. deshalb verboten worden war, weil auf dem Plakat eine Webseite angegeben war, auf der für das menschliche Klonen geworben wurde: Hier berief sich zwar das Schweizerische Bundesgericht auf die Menschenwürde,<sup>39</sup> nicht jedoch der EGMR.<sup>40</sup> Auch in dem deutschen Fall der Tierschutzorganisation PETA ging es um eine umstrittene Plakataktion, bei der die Verhältnisse in der Massentierhaltung collageartig bildlichen Darstellungen von KZ-Opfern gegenübergestellt wurden. Die Besonderheit dieses Falles bestand darin, dass zwar die Fachgerichte in der Instrumentalisierung der KZ-Opfer einen Menschenwürdeverstoß der Juden in Deutschland erblickt hatten,<sup>41</sup> bereits das BVerfG jedoch allein von einer Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausgegangen war.<sup>42</sup> Dementsprechend verwundert es nicht, dass die Menschenwürde auch im Urteil des EGMR keine Rolle spielte.<sup>43</sup> Schließlich prüfte der EGMR den Fall der Beendigung einer Geiselnahme in einem Moskauer Theater ausschließlich anhand des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK). In den Urteilsgründen setzte er sich dabei u.a. mit dem Argument der Beschwerdeführer auseinander, der unterschiedslose Einsatz von Gas gegen Entführer und unschuldige Geiseln sei unverhältnismäßig gewesen, und erwähnt dabei ausdrücklich das Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz und den dort festgestellten Menschenwürdeverstoß im Falle der Tötung Unschuldiger.<sup>44</sup>

Hieraus ist Folgendes zu schließen: Zwar gehört das Menschenwürdeargument beim Umgang mit Inhaftierten mittlerweile zum etablierten Rechtsprechungsrepertoire des EGMR. In anderen Fällen wird die Menschenwürde jedoch nur sporadisch und ohne erkennbare Systematik erwähnt. Stattdessen herrscht vielmehr die Tendenz vor, Fälle mit Menschenwürdebezug unter Rückgriff allein auf das **sachnächste Konventionsrecht** zu lösen. Diese unterschiedliche Herangehensweise wirkt sich insbesondere bei der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter aus: Während im deutschen Kontext eine Berufung auf Art. 1 GG automatisch zur Folge hat, dass sich die betroffene Rechtsposition gegenüber etwaigen Rech-

11

35 EGMR, 17.1.2012 (Vinter u.a./Vereinigtes Königreich) Nr. 66069/09 u.a., Rn 56 ff einerseits, Rn 100 ff andererseits; EGMR, 10.4.2012 (Babar Ahmad u.a./Vereinigtes Königreich) Nr. 24027/07, Rn 145 ff einerseits, 235 ff andererseits (das Urteil ist rechtskräftig).

36 EGMR (GK), 9.7.2013 (Vinter u.a./Vereinigtes Königreich) Nr. 66069 u.a., Rn 113.

37 BVerfG NJW 2005, 656.

38 EGMR (GK), 1.6.2010 (Gäfen/Deutschland) Nr. 22978/05, EuGRZ 2010, 417, Rn 162 ff.

39 BGer, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 20.9.2005, 1P.336/2005, unter 5.5.1.

40 EGMR (GK), 13.7.2012 (Mouvement raélien suisse/ Schweiz) Nr. 16354/06, Rn 48 ff.

41 LG Berlin, AfP 2004, 461.

42 BVerfG, NJW 2009, 3089, 3090.

43 EGMR, 8.11.2012 (PETA Deutschland/Deutschland) Nr. 43481/09, ZUM-RD 2013, 233, Rn 42 ff; näher Rn 64.

44 EGMR, 20.12.2011 (Finogenov u.a./Russland) Nr. 18299/03, 27311/03, NJOZ 2013, 137, Rn 231 unter Verweis auf BVerfGE 115, 118.

ten Dritter durchsetzt,<sup>45</sup> gestaltet sich der Abwägungsprozess im Rahmen der EMRK deutlich flexibler. Mit Ausnahme des Art. 3 EMRK, der nach der Rechtsprechung des EGMR ebenfalls absolut gewährleistet ist (näher Rn. 40), unterliegen die in den vorstehend genannten Fällen anwendbaren Art. 2, 8, 10 EMRK nämlich jeweils einem Schrankenvorbehalt.

### 3. Stellungnahme

- 12 Beide Vorgehensweisen – expliziter Schutz der Menschenwürde als eigenständiges Grundrecht in der Grundrechtecharta sowie indirekter Schutz der Menschenwürde über das jeweils sachnächste Konventionsrecht – haben ihre Vorzüge, aber auch Nachteile. Zu den Vorzügen gehört sicherlich, dass die Menschenwürde durch ihre ausdrückliche Nennung in Art. 1 GRC auf Unionsebene **sichtbar gemacht** worden ist.<sup>46</sup> Darin kann eine wichtige Appellfunktion an die Rechtsanwender gesehen werden. Gleichzeitig erleichtert der explizite Schutz der Union das Eintreten für die Menschenwürde gegenüber Drittstaaten (Art. 21 Abs. 1 EUV),<sup>47</sup> da anderenfalls der Einwand nahe läge, von Dritten etwas zu verlangen, zu dem man selbst nicht bereit sei.
- 13 Umgekehrt birgt das Modell des eigenständigen Grundrechtsschutzes im Falle der Menschenwürde aber auch Nachteile, die in der deutschen Diskussion um den eigenständigen Grundrechtscharakter des Art. 1 Abs. 1 GG reflektiert werden. Am bedeutsamsten erscheint insoweit der Einwand, durch einen inflationären Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG drohe das **austarierte System** der Grundrechtsschranken **nivelliert** zu werden, da die Menschenwürde aufgrund ihrer Abwägungsfestigkeit dem Spiel von „Grund und Gegengrund“ von vornherein nicht zugänglich ist.<sup>48</sup> Dieses Argument ist für die europäische Ebene allerdings nur valide, wenn man voraussetzt, dass auch hier die Menschenwürde absoluten Schutz genießt. Das kann an dieser Stelle nicht näher begründet, sondern nur behauptet werden (näher Rn. 35). Im Vergleich hierzu erweist sich die Herangehensweise der EMRK als durchaus überlegen, da die berührten Rechtspositionen durch die Orientierung am jeweils sachnächsten Konventionsrecht offen benannt und miteinander in Ausgleich gebracht werden können, ohne dass der Abwägungsprozess durch die vorschnelle Fokussierung auf die Menschenwürde unterbunden würde.<sup>49</sup>
- 14 Dem werden von den Vertretern der h.L. in Deutschland namentlich drei Vorzüge entgegengehalten: Zum einen dürfe der Schutz der Menschenwürde nicht von der „**zufallsbedingten Zerlegung** in einzelne Freiheits- und Gleichheitsrechte“ abhängen.<sup>50</sup> Damit wird auf die Tatsache verwiesen, dass sich ein Grundrechtskatalog als lückenhaft erweisen kann – ein Phänomen, das insbesondere in der historischen Perspektive auftritt, wenn sich neue Gefährdungslagen ergeben, die der historische Verfassungsgeber nicht erkannt hat und auch nicht hat erkennen können. In der Rechtsprechung des BVerfG ist die Menschenwürde in diesem Sinne wiederholt als Begründungsreservoir zur Kreation neuer

---

45 Außer es läge eine Situation „Menschenwürde gegen Menschenwürde“ vor, vgl *Wittreck*, DÖV 2003, 873, 879 f.

46 Zur Sichtbarmachung der Grundrechte durch die Charta allgemein vgl Abs. 4 der Präambel.

47 Vgl hierzu die Leitlinien für die Politik der Europäischen Union gegenüber Drittländern betreffend Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, aktualisierte Fassung vom 15.3.2012, Ratsdok. 6129/12; siehe auch *v. Arnould* in ders. (Hg.), Europäische Außenbeziehungen (EnzEuR Bd. 10), § 1, Rn 65 ff.

48 Vgl *Isensee*, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR IV/1, § 87, Rn 106.

49 In diese Richtung auch *Ehlers/Schorkopf*, EU-Grundrechte, § 15, Rn 16; siehe auch *Cornils* (in diesem Band), § 5, Rn 77.

50 *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1, Rn 28 (Stand: Mai 1995); siehe auch *v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck*, GG<sup>6</sup>, Art. 1, Rn 30.



Grundrechte herangezogen worden:<sup>51</sup> so etwa beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht,<sup>52</sup> dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung,<sup>53</sup> dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums<sup>54</sup> oder (zuletzt) dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.<sup>55</sup> Übertragen auf die europäische Ebene ist dem zweierlei entgegenzuhalten: Zum einen geht die Grundrechtecharta bereits über den traditionellen Bestand an liberalen Freiheitsrechten hinaus. Das betrifft namentlich das innovative Kapitel „Solidarität“, daneben aber auch den abwehrrechtlichen Bereich, etwa mit den (in ihrem Rechtsgehalt freilich umstrittenen)<sup>56</sup> Regelungen zur Biotechnologie (Art. 3 Abs. 2 GRC) oder dem Schutz personenbezogener Daten in Art. 8 GRC. Das Bedürfnis nach der Entwicklung neuer Grundrechte ist im Fall der Charta dementsprechend gering(er).<sup>57</sup> Sofern gleichwohl ein solches Bedürfnis bestehen sollte, zeigt – zum anderen – die Rechtsprechung des EGMR, dass es hierfür nicht notwendigerweise des Rückgriffs auf die Menschenwürde bedarf, sondern durchaus spezielle Freiheitsrechte als „Andockstation“ zur Verfügung stehen. Insbesondere das Recht auf Privatleben aus Art. 8 EMRK ist vom EGMR diesbezüglich zu einem Recht auf Selbstbestimmung ausgebaut worden.<sup>58</sup>

Als zweites Argument zugunsten des eigenständigen Grundrechtsgehalts der Menschenwürde wird im deutschen Schrifttum angeführt, dass sich nur so eine „Klagbarkeitslücke“ gegenüber verfassungsändernden Gesetzen vermeiden lasse.<sup>59</sup> Dabei handelt es sich um ein spezifisch auf die deutsche Verfassungslage (Änderungsfestigkeit des Grundgesetzes gem. Art. 79 Abs. 3 GG) zugeschnittenes Argument. Versucht man, es gleichwohl auf die europäische Ebene zu übertragen, lassen sich zwei unterschiedliche argumentative Zielrichtungen unterscheiden: Schutz gegen den nationalen verfassungsändernden Gesetzgeber einerseits und Schutz gegen den „verfassungsändernden“ europäischen Gesetzgeber (mit anderen Worten: Schutz gegen Änderung des Primärrechts) andererseits. Was **nationale Verfassungsänderungen** angeht, so ist eine vergleichbare Rechtsschutzlücke wie im innerstaatlichen Recht nicht auszumachen. Denn das Unionsrecht genießt insgesamt Anwendungsvorrang vor nationalem Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts.<sup>60</sup> Nationale Verfassungsänderungen sind daher bereits bei jedem Verstoß gegen ein Unionsgrundrecht unzulässig, nicht erst bei Verstößen gegen die (europäische) Menschenwürdegarantie. Was etwaige „Verfassungsänderungen“ auf Unionsebene – also **Änderungen im Primärrecht** – angeht, ist darauf zu verweisen, dass eine Ewigkeitsklausel wie im deutschen Recht auf europäischer Ebene nicht existiert. Die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ sind daher an materielle Vertragsänderungsgrenzen nicht gebunden.<sup>61</sup> Das gilt unab-

15

51 Vgl. *Hömig*, EuGRZ 2007, 633, 634 f mwN.

52 BVerfGE 34, 269 (Soraya).

53 BVerfGE 65, 1 (Volkszählung).

54 BVerfGE 125, 175 (Hartz IV).

55 BVerfGE 120, 274.

56 Näher bei Rn 49 ff.

57 Siehe auch *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 1, Rn 32 a: „kaum Lücken [...] ersichtlich“; *Jarass*, Grundrechte, § 8, Rn 4.

58 Grundlegend EGMR, 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich) Nr. 2346/02, EuGRZ 2002, 234, Rn 61; hierzu näher Rn 77 ff.

59 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, GG<sup>6</sup>, Art. 1, Rn 31; dagegen (aus Sicht des deutschen Rechts) *Isensee*, in: *Merten/Papier* (Hg.), HB GR IV/1, § 87, Rn 105; *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1, Rn 29 (Stand: Mai 2009).

60 Vgl. EuGH, 11.1.2000, Rs. C-285/98 (Tanja Kreil) Slg. 2000, I-69.

61 Wie hier *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn 94; differenzierend *Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union, 2005, S. 575 ff.; aA *Steyns*, Grenzen der Vertragsänderung, 2006, *passim*; siehe auch *Nettesheim*, EuR 2006, 737, 743 mwN.

hängig davon, ob man die Menschenwürde als eigenständiges unionsrechtliches Grundrecht anerkennt oder nicht.

- 16 Schließlich wird drittens angeführt, nur über Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG lasse sich die **Subjektivierung der Schutzpflichten** des Staates bei den übrigen Grundrechten dogmatisch befriedigend erklären.<sup>62</sup> Ob dies für die nationale Ebene zutrifft, mag an dieser Stelle dahinstehen;<sup>63</sup> jedenfalls aus europäischer Sicht verfängt dieses Argument nicht, da die Rechtsprechung des EGMR zu den „positive obligations“ einen entsprechenden Begründungsansatz liefert, der ohne die Menschenwürde auskommt (näher Rn 20 ff).
- 17 Nach alledem vermögen die aus der deutschen Diskussion bekannten Argumente zugunsten eines eigenständigen Grundrechtsgehalts der Menschenwürde jedenfalls unter europäischen Vorzeichen letztlich nicht zu überzeugen. Was bleibt, ist die Gefahr, dass die im Verfassungsrecht notwendigen Abwägungsprozesse zwischen den betroffenen Rechtspositionen durch einen vorschnellen Rückgriff auf die Menschenwürde als eigenständiges Grundrecht unterbunden werden. Unter Respektierung der vom Grundrechtekonvent getroffenen Grundsatzentscheidung kann eine Operationalisierung des Art. 1 GRC als eigenständiges Grundrecht daher **nur in engsten Grenzen** befürwortet werden.<sup>64</sup> Insbesondere muss davor gewarnt werden, dass der EuGH im Falle der Menschenwürde ähnlich verfährt wie bei der Unionsbürgerschaft, die er unter Überwindung der sich aus den speziellen Grundfreiheiten ergebenden Schranken zu einem allgemeinen Freizügigkeitsrecht ausgebaut hat.<sup>65</sup> Sollte der EuGH bei der Menschenwürde ähnlich verfahren, wären die Grenzen verlässlicher und berechenbarer Grundrechtsdogmatik schnell erreicht.

## II. Abwehrdimension und „positive obligations“

- 18 Auffällige Unterschiede zwischen Grundrechtecharta und EMRK bestehen im Bereich der Fundamentalgarantien, wenn man die **Grundrechtsfunktionen** in den Blick nimmt. Während die Rechtsprechung des EuGH Ansätze zu einer Schutzpflichtenlehre im Zusammenhang mit den *Grundrechten* (im Gegensatz zu den *Grundfreiheiten*) so gut wie überhaupt nicht kennt (näher Rn 27), hat der EGMR gerade im Bereich der Art. 2, 3 EMRK eine umfangreiche Rechtsprechung zu den sog. „positive obligations“ entfaltet.
- 19 Terminologisch ist vorab darauf hinzuweisen, dass eine Gleichsetzung der „positive obligations“ mit den aus der deutschen Grundrechtsdoktrin bekannten „Schutzpflichten“ verfehlt wäre. Die „**positive obligations**“ umfassen eindeutig mehr als die Schutzpflichten deutscher Provenienz, so zB die vom EGMR angenommenen Untersuchungspflichten nach einer Tötung. Die (präventiv wirkende) Pflicht zum Schutz des Grundrechtsguts wird hier über den Zeitpunkt der Grundrechtsverletzung hinaus „verlängert“.<sup>66</sup> Eine unbesehene Übernahme der deutschen Schutzpflichtendogmatik ist daher nicht möglich, vielmehr muss man sich auf die Eigengesetzlichkeiten der EGMR-Rechtsprechung einlassen. Um dies zu kennzeichnen, wird im Folgenden der englische Begriff der „positive obligations“ verwendet.

---

62 Vgl v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, GG<sup>6</sup>, Art. 1, Rn 32.

63 Krit. etwa *Isensee*, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR IV/1, § 87, Rn 105.

64 Ebenso *Streinz/Streinz*, EUV/AEUV, Art. 1 GRC, Rn 5; siehe aber *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 1, Rn 33 aE, der in bestimmten Fallkonstellationen eine Verstärkungsfunktion der Menschenwürde befürwortet; siehe auch *Tettinger/Stern/Höfling*, GRC, Art. 1, Rn 18 aE; *Heselhaus/Nowak/Rixen*, § 9, Rn 12; *Wollenschläger* in *Hatje/Müller-Graff* (Hg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), § 8, Rn 142 ff.

65 *Frenz*, HB EuR I<sup>2</sup>, Rn 4016 ff; *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008, 2010.

66 *Grabenwarter/Pabel*, § 19, Rn 12.

## 1. Die EGMR-Rechtsprechung

Während Art. 2 Abs. 1 GRC von seinem **Wortlaut** her („Jeder Mensch hat das Recht auf Leben“) für die Herleitung positiver Pflichten nichts hergibt, enthält das konventionsrechtliche Pendant einen ersten Anhaltspunkt dafür, dass sich die Funktion der EMRK-Rechte nicht in der Eingriffsabwehr erschöpft: Heißt es doch in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK, das Recht auf Leben werde „gesetzlich geschützt“. Der EGMR griff denn auch zunächst auf den Wortlaut des Art. 2 EMRK zurück, um eine Pflicht des Staates zum Schutz des Lebens der seiner Hoheitsgewalt Unterworfenen zu begründen.<sup>67</sup> Erst in einem späteren Urteil stellte er eine Verbindung zum Konzept der (ursprünglich für Art. 8 EMRK entwickelten)<sup>68</sup> Lehre von den „positive obligations“ her.<sup>69</sup> Das ist seither gefestigte Rechtsprechung.<sup>70</sup>

Die Fallgruppen der „positive obligations“ aus Art. 2 EMRK werden in der Literatur unterschiedlich kategorisiert.<sup>71</sup> Sinnvoll erscheint vor allem eine Unterscheidung in zeitlicher Hinsicht, nämlich zwischen **präventiv wirkenden Pflichten** einerseits und **nachträglichen Ermittlungspflichten** andererseits. In präventiver Hinsicht enthält Art. 2 EMRK die Pflicht zum Erlass effektiver Strafvorschriften, um vor Angriffen auf Personen abzuschrecken, verbunden mit einem effektiven Rechtsdurchsetzungsmechanismus zur Verhinderung, Unterdrückung und Sanktionierung von Verstößen.<sup>72</sup> Das ist allerdings nicht im Sinne einer unbedingten Pflicht zur Pönalisierung von Angriffen auf Leib und Leben zu verstehen. Im Bereich der Arzthaftung beispielsweise lässt der EGMR zivilrechtliche Rechtsbehelfe – ggf in Verbindung mit einer Beteiligung am Strafverfahren – genügen, wenn dadurch die Verantwortlichkeit der betroffenen Ärzte ermittelt und angemessene Wiedergutmachung (z.B. Schadenersatz und Veröffentlichung der Entscheidung) erlangt werden kann; selbst disziplinarische Maßnahmen können insoweit ausreichen.<sup>73</sup>

Bei **Gefahrenlagen für Leib und Leben** ist der Staat in Abhängigkeit vom potentiellen Risiko zu entsprechender Regulierung (Lizenzierung, Setzen von Sicherheitsstandards etc.) verpflichtet, darüber hinaus aber auch zur Information der Öffentlichkeit sowie zur Schaffung von Verfahren, um mögliche Verantwortliche identifizieren zu können.<sup>74</sup> Bei Angriffen auf das Leben von Seiten privater Dritter darf der Polizei angesichts der fehlenden Vorhersagbarkeit menschlichen Verhaltens sowie der Notwendigkeit, operative Mittel nach Prioritäten und abhängig von Ressourcen einzusetzen, keine unmögliche oder un-

67 EGMR, 9.6.1998 (L.C.B./Vereinigtes Königreich) Nr. 23413/94, ÖJZ 1999, 353, Rn 36.

68 Grundlegend EGMR, 13.6.1979 (Marckx/Belgien) Nr. 6833/74, EGMR-E 1, 396, Rn 31.

69 Vgl EGMR (GK), 28.10.1998 (Osman/Vereinigtes Königreich) Nr. 23452/94, Rn 115.

70 Die allgemeine dogmatische Herleitung der „positive obligations“ ist in der Literatur umstritten, die Frage soll hier aber nicht vertieft werden; vgl dazu *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001, S. 117 ff; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 890 ff.

71 Vgl z.B. *Karpenstein/Mayer/Schübel-Pfister*, EMRK, Art. 2, Rn 31 ff; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 2, Rn 9 ff.

72 EGMR (GK), 28.10.1998 (Osman/Vereinigtes Königreich) Nr. 23452/94, Rn 115; EGMR (GK), 22.3.2001 (Streletz, Kessler und Krenz/Deutschland) Nr. 34044/96 u.a., EuGRZ 2001, 210, Rn 86; EGMR, 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich) Nr. 2346/02, EuGRZ 2002, 234, Rn 38.

73 EGMR (GK), 8.7.2004 (Vo/Frankreich) Nr. 53924/00, EuGRZ 2005, 568, Rn 90; EGMR (GK), 17.1.2002 (Calvelli und Ciglio/Italien) Nr. 32967/96, Rn 51 (siehe aber das abweichende Sondervotum der Richter *Rozakis*, *Bonello* und *Strážnická*, die auch bei fahrlässigen Tötungen grds. ein Strafverfahren fordern); EGMR, 23.3.2010 (Oyal/Türkei) Nr. 4864/05, Rn 66.

74 EGMR (GK), 30.11.2004 (Öneryıldız/Türkei) Nr. 48939/99, Rn 90 (Methangasexplosion auf einer Müllkippe); siehe auch für Naturkatastrophen (SchlammLawinen) EGMR, 20.3.2008 (Budayeva u.a./Russland) Nr. 15339/02 u.a., Rn 131 ff; für Lebensgefährdung durch Öffnung eines Wasserspeichers EGMR, 28.2.2012 (Kolyadenko u.a./Russland) Nr. 17423/05 u.a., NVwZ 2013, 993, Rn 157 ff; näher zur Schutzpflicht bei Umweltgefahren *Meyer-Ladewig*, NVwZ 2005, 25 ff.

verhältnismäßige Bürde auferlegt werden. Nicht jedes behauptete Lebensrisiko kann daher für die Behörden die Notwendigkeit nach sich ziehen, operative Maßnahmen zur Verhinderung von Lebensrisiken zu ergreifen. Eine „positive obligation“ entsteht erst, wenn die Behörden wussten oder zum fraglichen Zeitpunkt hätten wissen müssen, dass das Leben durch einen konkret bekannten Dritten real und unmittelbar gefährdet wird. Auch dann verpflichtet Art. 2 nur zu solchen Maßnahmen, die vernünftigerweise zur Abwendung der Lebensgefahr erwartet werden können.<sup>75</sup> Beim Einsatz von Waffengewalt durch Polizeikräfte verlangt der EGMR im Vorfeld der Operation Maßnahmen der Planung und Kontrolle, um das Leben Unschuldiger nach Möglichkeit zu schonen.<sup>76</sup> Auf diese Weise wird die Verantwortlichkeit vom konkret handelnden Polizeibeamten gelöst und im Sinne eines „Organisationsverschuldens“ vorverlagert.

- 23 Neben den Pflichten zum Schutz des menschlichen Lebens im Vorfeld einer Verletzung hat der EGMR unmittelbar aus Art. 2 EMRK **prozedurale (Ermittlungs-)Pflichten** nach dem Eintritt einer Grundrechtsverletzung hergeleitet.<sup>77</sup> Diese sind in ihrem Bestand von der Schutzpflicht im Vorfeld unabhängig, so dass es in Einzelfällen sogar zu einer dreistufigen Prüfung des Art. 2 EMRK kommen kann: Ist beispielsweise bei dem gewaltsamen Tod eines Menschen bestritten, ob die Tötung von Organen des Staates oder von (privaten) Terroristen ausging, prüft der EGMR Art. 2 EMRK zunächst in seiner abwehrrechtlichen Dimension (Verletzung durch Tötung seitens staatlicher Beamter), im Fall der Nichterweislichkeit die Verletzung einer „positive obligation“ im Vorfeld (durch Unterlassen präventiven Schutzes) sowie zusätzlich dazu eine Verletzung der „positive obligation“ durch Unterlassen ausreichender Ermittlungen.<sup>78</sup> Für die Anforderungen an die Ermittlungspflicht im Einzelnen wird auf die einschlägigen Kommentierungen verwiesen.<sup>79</sup>
- 24 Die zu Art. 2 EMRK entwickelten Grundsätze sind im Wesentlichen auf Art. 3 EMRK übertragbar. Beispielsweise hat der EGMR aus den „positive obligations“ zu Art. 3 EMRK eine Pflicht des Staates hergeleitet, strafrechtliche Vorschriften gegen Vergewaltigung einzuführen und diese in der Praxis auch effektiv durchzusetzen.<sup>80</sup> Auch die Grundsätze zu den Ermittlungspflichten sind auf Art. 3 EMRK übertragbar.<sup>81</sup> Eine besondere Fallgruppe im Rahmen von Art. 3 EMRK bildet die **Abschiebung bei drohender Todesstrafe** im Ausland. Unter der EMRK stellte sich hier das Problem, dass Art. 2 Abs. 1 Satz 2 EMRK die Todesstrafe ausdrücklich erlaubt. Dies wurde vom EGMR allerdings dadurch interpretativ überspielt, dass er auf die konkreten Umstände in der Todeszelle abstellte und in der psychischen Belastungssituation des Todeskandidaten (sog. Todeszellensyndrom) eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung erblickte.<sup>82</sup> Auch wenn der EGMR diese Fallgruppe nicht ausdrücklich mit der Figur der „positive obligations“ be-

75 EGMR (GK), 28.10.1998 (Osman/Vereinigtes Königreich) Nr. 23452/94, Rn 116; EGMR, 9.6.2009 (Opuz/Türkei) Nr. 33401/02, Rn 129.

76 EGMR (GK), 27.9.1995 (McCann u.a./Vereinigtes Königreich) Nr. 18984/91, Rn 202 ff; EGMR, 17.3.2005 (Bubbins/Vereinigtes Königreich) Nr. 50196/99, Rn 141 ff; EGMR (GK), 24.3.2011 (Giuliani und Gaggio/Italien) Nr. 23458/02, NVwZ 2011, 1441, Rn 249 f.

77 Hierzu ausführlich *Altermann*, Ermittlungspflichten der Staaten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2006, *passim*.

78 Vgl zB EGMR, 24.1.2008 (Osmanoğlu/Türkei) Nr. 48804/99, Rn 64, 70 ff, 85 ff.

79 Vgl Dörr/Grote/Marauhn/*Alleweldt*, EMRK/GG, Kap. 10, Rn 108 f; *Altermann* (Fn. 75), S. 24 ff; Frowein/Peukert/*Frowein*, EMRK, Art. 2, Rn 16 f; Karpenstein/Mayer/*Schübel-Pfister*, EMRK, Art. 2, Rn 42 ff.

80 EGMR, 4.12.2003 (M.C./Bulgarien) Nr. 39272/98, Rn 149 ff.

81 EGMR (GK), 1.6.2010 (Gäfen/Deutschland) Nr. 22978/05, EuGRZ 2010, 417, Rn 117 mwN.

82 Grundlegend EGMR, 7.7.1989 (Soering/Vereinigtes Königreich) Nr. 14038/88, EGMR-E 4, 376, Rn 92 ff.

gründet hat,<sup>83</sup> handelt es sich der Sache nach doch um eine Schutzpflichtenkonstellation, weshalb eine Behandlung im vorliegenden Zusammenhang gerechtfertigt erscheint.<sup>84</sup> Ein konventionsrechtlich begründetes Abschiebungshindernis besteht mittlerweile nicht allein bei drohender Todesstrafe im Ausland, sondern auch bei sonstigen Verstößen gegen Art. 3 EMRK. So hat der EGMR in dem viel beachteten Urteil *M.S.S.* einen Verstoß Belgiens gegen Art. 3 EMRK wegen Überstellung eines Asylbewerbers nach Griechenland im Rahmen der sog. Dublin II-Verordnung bejaht.<sup>85</sup>

Die wenigen Fälle, in denen sich der EGMR mit dem Verbot der **Sklaverei und Zwangsarbeit** auseinandersetzen hatte, betrafen jeweils die Dimension der „positive obligations“. Der Gerichtshof hat hier eine Pflicht zur strafrechtlichen Bewehrung sowie Ahndung von Verstößen gegen die Schutzgüter des Art. 4 EMRK durch Privatpersonen bejaht.<sup>86</sup> Darüber hinaus hat er auch die Verpflichtung zur Durchführung einer effektiven Untersuchung nach behaupteten Verstößen auf Art. 4 EMRK übertragen.<sup>87</sup> 25

Mit Blick auf die in der EMRK nicht ausdrücklich gewährleistete **körperliche Unversehrtheit** ist darauf hinzuweisen, dass hier das Recht auf Achtung des Privatlebens sowie der Wohnung (Art. 8 EMRK) eine gewisse Auffangfunktion erfüllt. So hat der EGMR gestützt auf die Figur der „positive obligations“ Schutz gegen Lärmimmissionen Privater<sup>88</sup> sowie gegen Gesundheitsgefährdungen durch Umweltverschmutzungen<sup>89</sup> geschaffen. Aus Sicht der Grundrechtecharta wären derartige Situationen wohl eher bei Art. 3 GRC zu verorten. 26

## 2. Die EuGH-Rechtsprechung

Angesichts des Umfangs der EGMR-Rechtsprechung zu den „positive obligations“ ist das **praktisch vollständige Fehlen** einer vergleichbaren Rechtsprechung auf Seiten des EuGH bemerkenswert.<sup>90</sup> So hat der Gerichtshof zwar das Konzept der Schutzpflicht im Bereich der Grundfreiheiten, speziell der Warenverkehrsfreiheit, zur Anwendung gebracht.<sup>91</sup> Doch ungeachtet der Stimmen im Schrifttum, die die strukturelle Vergleichbarkeit von Grundrechten und Grundfreiheiten betonen,<sup>92</sup> bleibt doch der Befund, dass jedenfalls für die Unionsgrundrechte als solche dieses Konzept vom EuGH bisher nicht fruchtbar gemacht worden ist. Daran ändert auch der Verweis auf diejenigen Judikate nichts,<sup>93</sup> in denen der Schutz der Pressefreiheit (Art. 10 EMRK) als zwingender Grund des Allgemeininteresses 27

83 Zutreffend Dörr/Grote/Marauhn/Krieger, EMRK/GG, Kap. 6, Rn 30, 55; *Szczekalla* (Fn. 68), S. 752.

84 Siehe auch *Jaeckel* (Fn. 68), S. 156 f.; Karpenstein/Mayer/Sinner, EMRK, Art. 3, Rn 24 ff; *Szczekalla* (Fn. 68), S. 752 ff.

85 EGMR (GK), 21.1.2011 (*M.S.S./Griechenland und Belgien*) Nr. 30696/09, EuGRZ 2011, 243, Rn 365 ff; hierzu v. *Arnauld*, EuGRZ 2011, 238 ff; *Thym*, ZAR 2011, 368 ff.

86 EGMR, 26.7.2005 (*Siliadin/Frankreich*) Nr. 73316/01, Rn 77 ff; EGMR, 10.1.2010 (*Rantsev/Zypern und Russland*) Nr. 25965/04, NJW 2010, 3003, Rn 283 ff; EGMR, 11.10.2010 (*C.N. und V./Frankreich*) Nr. 67724/09, Rn 105 ff.

87 EGMR, 10.1.2010 (*Rantsev/Zypern und Russland*) Nr. 25965/04, NJW 2010, 3003, Rn 288; EGMR, 11.10.2010 (*C.N. und V./Frankreich*) Nr. 67724/09, Rn 109 ff.

88 EGMR, 16.11.2004 (*Moreno Gómez/Spanien*) Nr. 4143/02, NJW 2005, 3767, Rn 53 ff; EGMR, 9.11.2010 (*Deés/Ungarn*) Nr. 2345/06, Rn 18 ff; EGMR, 25.11.2010 (*Mileva u.a./Bulgarien*) Nr. 43449/02 u.a., Rn 89 ff.

89 EGMR, 9.6.2005 (*Fadeyeva/Russland*) Nr. 55723/00, Rn 66 ff; EGMR, 2.11.2006 (*Giacomelli/Italien*) Nr. 59909/00, Rn 76 ff.

90 Vgl auch *Ekaradt/Susnjar*, ZG 2007, 134, 137; allgemein zu den positiven Pflichten aus der Charta *Cremmer* (in diesem Band), § 1, Rn 77 ff.

91 EuGH, 9.12.1997, Rs. C-265/95 (*Kommission/Frankreich*) Slg. 1997, I-6959; 12.6.2003, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*) Slg. 2003, I-5659.

92 Pointiert *Bleckmann*, in: GS Sasse II, 1981, S. 665 ff; dagegen *Jaeckel* (Fn. 68), S. 185 f; *Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Grundrechten, 2001, S. 148 ff.

93 EuGH, 25.7.1991, Rs. C-288/89 (*Collectieve Antennevoorziening Gouda*) Slg. 1991, I-4007, Rn 23; EuGH, 26.6.1997, Rs. C-368/95 (*Familiapress*) Slg. 1997, I-3689, Rn 18.

anerkannt worden ist:<sup>94</sup> Denn in diesen Urteilen dient der Hinweis auf das Grundrecht jeweils nur der Rechtfertigung von Eingriffen in die betroffenen Grundfreiheiten; ob und in welchem Umfang die Mitgliedstaaten tatsächlich zum Schutz der Pressefreiheit verpflichtet sind, wird dabei nicht thematisiert.<sup>95</sup>

- 28 Auch wenn es bis zu einem gewissen Grad spekulativ erscheinen mag, über die Gründe für die zurückhaltende Rechtsprechung des EuGH nachzudenken, so lassen sich doch zumindest mit einer gewissen Plausibilität eine Reihe von (möglichen) **Gründen** anführen. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass ein Großteil der oben behandelten EMRK-Fälle dem Bereich der Gefahrenabwehr entstammt, für den die Zuständigkeit nach wie vor allein bei den Mitgliedstaaten liegt.<sup>96</sup> Wenn der EuGH hier keine Schutzpflichtendogmatik entwickelt, so kann dies schlicht als ein Ergebnis der **Kompetenzverteilung** zwischen Union und Mitgliedstaaten gesehen werden. Als weiterer möglicher Grund lässt sich anführen, dass die hier behandelten Schutzpflichten bis zu einem gewissen Grad bereits im **Normtext** der Grundfreiheiten verarbeitet sind: Wenn sämtliche Grundfreiheiten den Rechtfertigungsgrund des Schutzes der öffentlichen Gesundheit kennen, handelt es sich hierbei gerade um solche Fälle, die nach herkömmlicher (deutscher) Grundrechtsdogmatik dem Bereich der Schutzpflichten zuzuordnen sind.<sup>97</sup> Ganz in diesem Sinne hat GA *Trstenjak* darauf hingewiesen, derartige Maßnahmen würden „von den Mitgliedstaaten nach moderner Auffassung im Rahmen der Staatsaufgabe Gesundheitsschutz in Erfüllung einer grundlegenden staatlichen Schutzpflicht getroffen“. Solche Regelungen seien aber, „solange und soweit die mitgliedstaatlichen Vorstellungen über das erforderliche Maß und die adäquaten Methoden des Sicherheitsniveaus divergieren, Handelshemmnisse und damit geradezu klassische Fälle von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne von [Art. 34 AEUV]“. <sup>98</sup>
- 29 Abgesehen von diesen durchaus nachvollziehbaren Gründen kann dem EuGH aber auch der **Vorwurf** nicht ganz erspart werden, sich der dogmatischen Annäherung an die Problematik der Schutzpflichten zu verweigern. So hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in einem Vorlagebeschluss zur Führerscheinrichtlinie 91/439/EWG explizit nach möglichen Ausnahmen von der Anerkennungspflicht im EU-Ausland erworbener Führerscheine „zumal im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 [GRC]“ gefragt. In der Begründung des Vorlagebeschlusses wird erwogen, ob Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GRC so zu verstehen seien, dass sie – ebenso wie Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – nicht nur dem Einzelnen Abwehrrechte gegen die öffentliche Gewalt verleihen, sondern die Organe der EU ebenfalls dazu verpflichten, Schutzvorkehrungen gegen von dritter Seite drohende Verletzungen dieser Grundrechte zu treffen.<sup>99</sup> Der EuGH freilich ließ in seinem Urteil die aufgeworfene Frage ausdrücklich offen und löste den Fall allein auf der Grundlage der Richtlinie.<sup>100</sup>

---

94 In diesem Sinne *Gersdorf*, AöR 119 (1994), 400, 414; zustimmend *Schindler* (Fn. 89), S. 152 ff; siehe auch *Wollenschläger* in Hatje/Müller-Graff (Hg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), § 8, Rn 47.

95 Ebenso *Ekaradt/Susnjar*, ZG 2007, 134 (138); *Jaeckel* (Fn. 68), S. 214 f; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 51 GRC, Rn 25; *Dörr/Grote/Marauhn/Krieger*, EMRK/GG, Kap. 6, Rn 37; *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 170.

96 Vgl *Jaeckel* (Fn. 68), S. 216 f; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 51 GRC, Rn 26; *Nettesheim*, EuZW 1995, 106, 108.

97 Vgl auch *Gersdorf*, AöR 119 (1994), 400, 404; siehe auch *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG, Art. 2 II, Rn 9.

98 GA *Trstenjak*, 21.6.2007, Rs. C-319/05 (Kommission/Deutschland) Slg. 2007, I-9811, Rn 35.

99 BayVGh, SVR 2011, 193, 197.

100 EuGH, 22.11.2011, Rs. C-590/10 (Köppl) Slg. 2011, I-177, insbesondere Rn 53.

Abzulehnen ist jedenfalls die in der Literatur vereinzelt geäußerte Ansicht, dass es aufgrund **fehlender Staatsqualität** der Europäischen Union an einem **schutzrechtlichen Grundrechtsstatus** fehle.<sup>101</sup> Auch wenn die Schutzpflicht als Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols verstanden werden kann,<sup>102</sup> bedeutet doch umgekehrt das Fehlen des Gewaltmonopols auf Seiten der Europäischen Union nicht, dass für die Schutzpflichtendimension kein Bedürfnis bestünde.<sup>103</sup> Einen ersten Ansatzpunkt für die Entwicklung von Schutzpflichten bildet heutzutage Art. 1 GRC, der in Satz 2 neben der „Achtung“ auch vom „Schutz“ der Menschenwürde handelt.<sup>104</sup> Speziell für den Bereich der Ausweisung von Ausländern ist in Art. 19 Abs. 2 GRC die einschlägige Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK chartarechtlich festgeschrieben. Darüber hinaus hat sich der EuGH der Rechtsprechung des EGMR (Rn. 24) zum Abschiebungsverbot von Asylbewerbern bei drohenden Verstößen gegen Art. 3 EMRK / Art. 4 GRC im Rahmen der Dublin II-Verordnung ausdrücklich angeschlossen.<sup>105</sup> Schließlich ist die Union ganz allgemein schon aufgrund der Homogenitätsklausel aus Art. 52 Abs. 3 GRC (hierzu näher Rn. 42 ff) zu einer Übernahme des EGMR-Konzepts der „positive obligations“ verpflichtet.<sup>106</sup> Deshalb seien abschließend noch einige mögliche Anwendungsfelder dieser Rechtsfigur genannt, freilich ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

In der Literatur ist darauf verwiesen worden, die auf die Staaten bezogene Pflicht zur Schaffung effektiver Strafvorschriften zum Schutze des Lebens könne mit zunehmenden Kompetenzen der EU im Bereich des Strafrechts auch für diese relevant werden.<sup>107</sup> Das trifft zu, allerdings ist auf die begrenzte Reichweite der Pönalisierungspflicht aus Art. 2, 3 EMRK hinzuweisen (s. Rn. 21, 24). Eine Rolle kommt den *positive obligations* ferner im **Bereich der Grenzsicherung** durch die Grenzagentur FRONTEX zu.<sup>108</sup> Auch wenn FRONTEX-Mitarbeiter im Wesentlichen (bei entsprechender Anforderung durch einen Mitgliedstaat) im Hintergrund koordinierend tätig werden (Art. 8 VO (EG) 2007/2004), so hat die EGMR-Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK doch gerade im Bereich der Organisation und Planung von Polizeieinsätzen entsprechende Pflichten entwickelt (s. Rn. 22). Relevant werden die *positive obligations* aus Art. 2 GRC ferner bei **Gemeinsamen Militäraktionen**.<sup>109</sup> Wenngleich insoweit fraglich ist, ob derartige Aktionen überhaupt der EU als solcher zugerechnet werden können oder ob es sich nicht vielmehr um gemeinsam koordinierte Militäreinsätze der Mitgliedstaaten handelt,<sup>110</sup> sind Implikationen für die EU doch nicht ausgeschlossen. So hat beispielsweise die Union im Rahmen der Anti-Piratenmission ATALANTA einen Vertrag mit Kenia über die Überstellung von in Haft genommenen so-

101 Vgl die Nachweise bei *Jaeckel* (Fn. 68), S. 219.

102 Vgl für die EMRK *Murswiek*, in: Konrad (Hg.), Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren, 1985, S. 213, 228 f.

103 Im Ergebnis wie hier *Jaeckel* (Fn. 68), S. 219; *Stieglitz* (Fn. 92), S. 171; *Suerbaum*, EuR 2003, 390, 392 f; ohne Stellungnahme *Dörr/Grote/Marauhn/Krieger*, EMRK/GG, Kap. 6, Rn 38.

104 Vgl *Ekardt/Susnjar*, ZG 2007, 134, 142; *Jaeckel* (Fn. 68), S. 207; *Suerbaum*, EuR 2003, 390, 406.

105 EuGH, 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, (N.S. u.a.) Rn 88 ff; zu den Mindestbedingungen für die Behandlung von Asylbewerbern im Aufnahmestaat selbst bis zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats vgl jetzt EuGH, 27.9.2012, Rs. C-179/11, (*Cimade und GISTI*) Rn 56 (unter Berufung nicht auf Art. 4 GRC, sondern auf Art. 1 GRC).

106 So auch *Rensmann* (Fn. 18), S. 346.

107 *Streinz/Streinz*, EUV/AEUV, Art. 2, Rn 8; siehe auch *Frenz*, HB EuR IV, Rn 901; *Gaede* in *Leible/Terhechte* (Hg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), § 3, Rn 93 f.

108 Hierzu *Schwarzburg*, S. 418 ff; *Lehnert/Markard*, ZAR 2012, 194, 198 f; vergleichbare Überlegungen lassen sich für Europol anstellen, vgl *v. Arnould* in ders. (Hg.), Europäische Außenbeziehungen (EnzEuR Bd. 10), § 1, Rn. 91; *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 4, Rn 23; *Jarass*, Grundrechte, § 10, Rn 3.

109 Vgl *Schwarzburg*, S. 420 f.

110 Hierzu VG Köln, JZ 2012, 366, 368 f; berechtigte Kritik bei *Walter/von Untern-Sternberg*, DÖV 2012, 861, 862 f.

malischen Piraten geschlossen, in dem die Todesstrafe ausdrücklich ausgeschlossen (Ziff. 4) und eine humane Behandlung unter Ausschluss von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder entwürdigender Behandlung oder Bestrafung zugesagt wird (Ziff. 2 lit. c, 3 lit. a).<sup>111</sup> Darin kann eine Umsetzung der Verpflichtung aus Art. 19 Abs. 2 GRC, der insoweit die Art. 2, 4 GRC konkretisiert, gesehen werden. Schließlich lassen sich auch Maßnahmen der Kommission im Kampf gegen die Rinderseuche BSE ohne weiteres der Schutzpflicht aus Art. 2 GRC zuordnen.<sup>112</sup>

### III. Spezielle Grundrechtsschranken vs. Generalklausel

- 32 Bereits bei der Behandlung der Menschenwürdegarantie als eigenständiges Grundrecht wurde die Frage nach deren Abwägungsfestigkeit im Unionsrecht aufgeworfen (s. Rn. 13). Die Fragestellung ist einzubetten in die **allgemeine Schrankensystematik** von Grundrechtecharta und EMRK, welche sich wiederum durch markante Unterschiede auszeichnet. Während die EMRK – vergleichbar dem Grundgesetz – dem System spezieller Grundrechtsschranken folgt, haben sich die Schöpfer der Grundrechtecharta für eine allgemeine Schrankenklausele (Art. 52 Abs. 1 GRC) entschieden.<sup>113</sup> Welche Konsequenzen sich hieraus für den Bereich der Fundamentalgarantien ergeben, ist im Folgenden zu erörtern.

33

#### 1. Die Charta: Generalklausel

Die Entscheidung des Verfassungskonvents zugunsten einer **allgemeinen Schrankenklausele** ist vor dem Hintergrund der Kritik, die in Deutschland am „Schranken-Wirrwarr“<sup>114</sup> des Grundgesetzes geübt wird, durchaus nachvollziehbar. Teilweise wird die Direktivkraft der Unterscheidung zwischen vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten und solchen mit einfachem oder qualifiziertem Gesetzesvorbehalt im deutschen Verfassungsrecht sogar grundlegend in Frage gestellt.<sup>115</sup> Auch wer so weit nicht gehen will, kommt doch nicht an dem Befund vorbei, dass die genannte Unterscheidung durch den Topos der verfassungsimmanenten Schranken (zumindest) stark relativiert worden ist.<sup>116</sup> Die Entscheidung zugunsten der Generalklausel findet sich zudem in etlichen jüngeren Verfassungsschöpfungen<sup>117</sup> – hier von einem „internationalen Trend“ zu sprechen, erscheint allerdings deutlich übertrieben.<sup>118</sup>

- 34 Andererseits hat der Verzicht auf spezielle Grundrechtsschranken **Kritik** auch und insbesondere von deutscher Seite hervorgerufen.<sup>119</sup> Die Frage der Einschränkung von Grundrechten sei bislang die „Hauptschwachstelle des Grundrechtsschutzes“ seitens des

111 ABl. EU 2009 L 79/51.

112 Hierzu EuG, 13.7.1996, Rs. T-76/96 R (The National Farmers' Union u.a./Kommission) Slg. 1996, II-815; vgl. Dörr/Grote/Marauhn/Krieger, EMRK/GG, Kap. 6, Rn 38.

113 Cornils (in diesem Band), § 5, Rn 16.

114 Bettermann, Grenzen der Grundrechte, 2. Aufl. 1976, S. 3.

115 Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 310 ff.

116 Vgl. Borowski, *Legisprudence* 1 (2007), 199, 217 ff, dort auch zu den Vor- und Nachteilen einer solchen Schrankensystematik, 222 ff. Vgl. ferner Cornils (in diesem Band), § 5, Rn 40; Sachs, in: Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, 464 f sowie die Kritik an der Verfassungspraxis bei Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 49 ff.

117 Vgl. in zeitlicher Reihenfolge: Kanada: Canadian Charter of Rights and Freedoms, (1982): Art. 1; New Zealand Bill of Rights Act 1990: Art. 5; Russland, (1993): Art. 55 Abs. 3 Verf.; Polen, (1997): Art. 31 Abs. 3 Verf.; Südafrika, (1997): Art. 36 Verf.; Lettland, (1998): Art. 116 Verf.; Schweiz, (1999): Art. 36 Verf.; Slowakei, (2008): Art. 15 Abs. 3 Verf.

118 So aber Meyer/Borowsky, GRC, Art. 52 Rn. 18; gegenteilige Einschätzung bei Schmitz, JZ 2001, 833, 838.

119 Allgemeine Kritik bei Mahrenholz, JöR 49 (2001), 15, 27; dagegen v. Arnim, *Der Standort der EU-Grundrechtecharta in der Grundrechtsarchitektur Europas*, 2006, S. 462 ff.



EuGH gewesen; durch spezifische Schrankenklauseln hätte man den EuGH dazu veranlassen können, über seine bisherige Kontrollintensität hinauszugehen und auf diese Weise den europäischen Grundrechtsschutz zu effektivieren.<sup>120</sup> Darüber hinaus wird die fehlende Transparenz der Regelung für den Rechtsanwender kritisiert.<sup>121</sup>

Die systematische Stellung des Art. 52 Abs. 1 GRC als hinter die Klammer gezogene „Querschnittsschranke“<sup>122</sup> könnte die Vermutung nahe legen, dass tatsächlich sämtliche Chartagrundrechte – also **auch die Menschenwürde** – einer Einschränkung zugänglich seien.<sup>123</sup> In diese Richtung könnten zudem Formulierungen des EuGH verstanden werden, wenn dieser seine *Omega*-Rechtsprechung mit den Worten zusammenfasst, dass u.a. die Menschenwürde „nicht außerhalb des Anwendungsbereichs der Bestimmungen des Vertrags“ liege und dass sie „mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen“ müsse.<sup>124</sup> Das könnte in der Tat im Sinne einer Abwägbarkeit (auch) der Menschenwürde verstanden werden.<sup>125</sup> Bei richtigem Verständnis der Textpassage dürfte es sich jedoch eher um eine missglückte Formulierung handeln. Das *Omega*-Urteil selbst lässt jedenfalls keinerlei Relativierungstendenzen erkennen, im Gegenteil hat hier der besonders weitgehende Menschenwürdeschutz deutscher Provenienz der Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten sogar standgehalten.<sup>126</sup> Dementsprechend wird für Art. 1 GRC der **absolute Charakter** unter Berufung auf den Wortlaut („unantastbar“),<sup>127</sup> den Konventswillen<sup>128</sup> oder durch die Gleichsetzung von Menschenwürde und Wesensgehalt, welcher nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC zu achten ist,<sup>129</sup> einhellig bejaht.

Für die übrigen Grundrechte des Titels I ergeben sich allerdings aus der Grundrechtecharta selbst keine Anhaltspunkte, die auf einen absoluten Charakter hindeuten würden. Bei diesem Befund stehen zu bleiben, wäre indes verfehlt. Die Einschränkungbarkeit der Rechte aus Titel I lässt sich zutreffend vielmehr erst in der **Zusammenschau** mit den Gewährleistungen der EMRK erfassen.<sup>130</sup>

120 *Pache*, EuR 2001, 475, 488 f; siehe auch *Kenntner*, ZRP 2000, 423, 424 f; *Schmitz*, JZ 2001, 833, 838; relativierend *Borowski*, *Legisprudence* 1 (2007), 199, 231 f; *Jarass*, *Grundrechte*, § 6, Rn 25; positiver hingegen die Einschätzung bei *v. Arnim* (Fn. 115), S. 458 ff; *v. Bogdandy*, JZ 2001, 157, 168; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, *EUV/AEUV*, Art. 52 GRC, Rn 59.

121 *Triantafyllou*, *CMLR* 39 (2002), 53, 58: „Charter is not transparent“; *Philippi*, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, 46: „unpräzises und für den Laien nicht auflösbares Schrankenwirrwarr“; dagegen *Borowski*, *Legisprudence* 1 (2007), 199, 228 f.

122 Begriff nach Groeben/Schwarze/Beutler, Art. 6 EU, Rn 119.

123 Fragend *Schmidt*, *ZEuS* 2002, 631, 642; vgl auch *v. Bogdandy*, JZ 2001, 157, 168: „scheinen“; für das Folterverbot vgl *Uerpman-Witzack*, *DÖV* 2005, 152, 155; dagegen *Grabenwarter*, in: *FS Steinberger*, 2002, 1129, 1138 mit Fn. 36; allgemein *v. Arnim* (Fn. 115), S. 451 ff; *Bühler*, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, 2005, S. 362 ff.

124 EuGH, 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*Viking*) *Slg.* 2007, I-10779, Rn 46; 18.12.2007, Rs. C-341/05 (*Laval*) *Slg.* 2007, I-11767, Rn 94.

125 Insoweit krit. *Ehlers/Schorkopf*, *EU-Grundrechte*, § 15, Rn 16.

126 Im Ergebnis wie hier *Schwarz*, *Der Staat* 50 (2011), 533, 559 f; *Schwarzburg*, S. 367 ff; näher zum *Omega*-Urteil Rn f.

127 *V. Arnim* (Fn. 119), S. 455; *Cornils* (in diesem Band), § 5, Rn 80; *Vedder/Heintschel von Heinegg/Folz*, *EVV*, Art. II-61, Rn 5; *Tettinger/Stern/Höfling*, *GRC*, Art. 1, Rn 31; *Jarass*, *Grundrechte*, § 8, Rn 11; *Heselhaus/Nowak/Rixen* § 9, Rn 22; *Schmidt*, *ZEuS* 2002, 631, 636; *Schwarze/Voet van Vormizeele*, *EU-Kommentar*, Art. 1 GRC, Rn 7; aA *Pietsch*, *Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta*, 2005, S. 161; *Schmitz*, *EuR* 2004, 691, 712. Ohne Begründung *Frenz*, *HB EuR IV*, Rn 499.

128 *Meyer/Borowsky*, *GRC*, Art. 1, Rn 40; *Tettinger/Stern/Höfling*, *GRC*, Art. 1, Rn 31; *Schwarze/Voet van Vormizeele*, *EU-Kommentar*, Art. 1 GRC, Rn 7.

129 *V. Arnim* (Fn. 115), S. 455; *Bühler* (Fn. 119), S. 367; *Cornils* (in diesem Band), § 5, Rn 80; *Tettinger/Stern/von Danwitz*, *GRC*, Art. 52, Rn 64; *Grabenwarter*, *DVBl.* 2001, 1, 3; *Rengeling/Szczekalla*, Rn 584; dagegen *Pietsch* (Fn. 123), S. 162 f.

130 Siehe auch *Cornils* (in diesem Band), § 5, Rn 79.

## 2. Die EMRK: Spezielle Schranken

- 37 Die EMRK folgt, ebenso wie das Grundgesetz, dem System **spezieller Grundrechtsschranken**. Kehrseite dieser Herangehensweise ist, dass der EGMR bislang keine überzeugende allgemeine Schrankendogmatik entwickelt hat. Vielmehr orientiert sich die Einschränkung stark an der jeweils konkreten Schranke.
- 38 Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) enthält in seinem Absatz 2 eine Aufzählung von Konstellationen, in denen eine Tötung nicht „als Verletzung dieses Artikels betrachtet“ wird. Die Erläuterungen zur Grundrechtecharta und daran anschließend die Charta-Literatur qualifizieren diese Klausel als „Negativdefinition“.<sup>131</sup> Der Sache nach handelt es sich allerdings nicht um eine Schutzbereichsbegrenzung, sondern um **Rechtfertigungsgründe**.<sup>132</sup> Die darin aufgeführten Fälle (Verteidigung gegen rechtswidrige Gewalt, rechtmäßige Festnahme oder Verhinderung der Flucht, Niederschlagung eines Aufruhrs oder Aufstands) werden vom EGMR als abschließend verstanden.<sup>133</sup> Das bedeutet, dass ein Rückgriff auf kollidierende Rechte Dritter zu Rechtfertigungszwecken ausgeschlossen ist, wie überhaupt die Rechtsprechung des EGMR das Institut der verfassungsimmanenten Schranken als solches bislang nicht kennt.<sup>134</sup> In einem Art. 6 Abs. 1 EMRK betreffenden Fall hat sich der Gerichtshof sogar ausdrücklich gegen eine Anwendung „impliziter“ Grundrechtsschranken ausgesprochen.<sup>135</sup> In der Schutzpflichtenkonstellation hingegen lässt er eine Abwägung widerstreitender Rechtspositionen zu,<sup>136</sup> ohne dies freilich näher zu problematisieren. So hat er in einem Abtreibungsfall entschieden, die streitgegenständliche Gesetzgebung schaffe einen fairen Ausgleich zwischen dem Schutz des Fötus einerseits und den Interessen der werdenden Mutter andererseits.<sup>137</sup> Der Sache nach wird der Eingriff in das Lebensrecht des Fötus hier durch die verfassungsimmanente Schranke des Selbstbestimmungsrechts der Mutter gerechtfertigt. Die fehlende Dogmatik seitens des EGMR ist vor allem im Vergleich zur EuGH-Rechtsprechung bemerkenswert, da dieser zumindest bei der Kollision von Grundrechten mit Grundfreiheiten einen Ausgleich zwischen beiden explizit zugelassen hat.<sup>138</sup>

---

131 Erläuterungen (Fn. 8); Meyer/Borowsky, GRC, Art. 2, Rn 38; Calliess/Ruffert/Calliess EUV/AEUV, Art. 2 GRC, Rn 21; anders aber Voß, S. 104. Wohl aus diesem Grund zählt GA Bot, 19.4.2012, verb. Rs. C-71/11 und C-99/11, Rn 62 das Recht auf Leben zu den absolut geschützten Rechten.

132 Vgl Frowein/Peukert/Frowein, EMRK, Art. 2, Rn 1; Jarass, Grundrechte, § 9, Rn 9; Meyer-Ladewig, EMRK<sup>3</sup>, Art. 2, Rn 37; Kneib, in: Grabenwarter/Thienel (Hg.), S. 21, 25 spricht sinngleich von „Schranken“; Löwe/Rosenberger/Esner, EMRK/IPBPR<sup>26</sup>, Art. 2, Rn 43 ff, eher untechnisch von „Ausnahmen“. So auch Grabenwarter/Pabel, § 20, Rn 11, wobei aber aaO, Rn 6 deutlich wird, dass es sich hier der Sache nach um Rechtfertigungsgründe handelt.

133 Dörr/Grote/Marauhn/Alleweldt, EMRK/GG, Kap. 10, Rn 57; Kneib, in: Grabenwarter/Thienel (Hg.), S. 21, 25 f.

134 Vgl Dörr/Grote/Marauhn/Marauhn/Merhof, EMRK/GG, Kap. 7, Rn 19; aA Borowski, *Legisprudence* 1 (2007), 199, 219 ff; Ehlers/Ehlers, EU-Grundrechte, § 2, Rn 60.

135 EGMR, 21.2.1975 (Golder/Vereinigtes Königreich) Nr. 4451/70, EGMR-E 1, 146, Rn 44. Akzeptiert hat der EGMR allerdings „implied limitations“ bei vorbehaltlos formulierten Rechten, insbesondere beim Wahlrecht (Art. 3 ZP I; vgl etwa EGMR, 2.3.1987 [Mathieu-Mohin und Clerfayt/Belgien] Nr. 9267/81, EGMR-E 3, 376, Rn 52) sowie beim Recht auf Zugang zum Gericht (Art. 6 Abs. 1; etwa EGMR [GK] 21.11.2001 [Fogarty/Vereinigtes Königreich] Nr. 37112/97, EuGRZ 2002, 411, Rn 33). Dabei handelt es sich aber nicht um immanente Grundrechtsschranken iSd deutschen Dogmatik, sondern eher um eine Schutzbereichsrestriktion, vgl Dörr/Grote/Marauhn/Marauhn/Merhof, EMRK/GG, Kap. 7, Rn 19; Ibing, Die Einschränkung der europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 106 f; Stieglitz (Fn. 92), S. 91 ff.

136 Für die abschließende Geltung des Art. 2 Abs. 2 EMRK auch in der Schutzpflichtenkonstellation hingegen Kneib, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR VII/1, § 189, Rn 21.

137 EGMR, 5.9.2002 (Boso/Italien) Nr. 50490/99 (Zulässigkeitsentscheidung).

138 EuGH, 9.12.1997, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich) Slg. 1997, I-6959; 12.6.2003, Rs. C-112/00 (Schmidberger) Slg. 2003, I-5659. Hierzu weiterführend Schindler (Fn. 89), S. 162 ff.

Die Todesstrafe ist, gemessen am Wortlaut der EMRK, prinzipiell zulässig (Art. 2 Abs. 1 Satz 2 EMRK). Allerdings ist auf Initiative insbesondere der Parlamentarischen Versammlung des Europarates die Todesstrafe weitestgehend zurückgedrängt worden. Normativ hat das seinen Niederschlag in den Protokollen Nr. 6 und 13 gefunden. Protokoll Nr. 6 formuliert dabei ein umfassendes Todesstrafenverbot (Art. 1), von dem aber die Todesstrafe in Kriegszeiten ausgenommen ist, welche weiterhin zugelassen werden kann (Art. 2). Faktisch regelt Protokoll Nr. 6 damit ein **Verbot der Todesstrafe in Friedenszeiten** und wird insoweit von Protokoll Nr. 13 ergänzt, das die Todesstrafe generell (also **auch in Kriegszeiten**) für unzulässig erklärt (Art. 1). Da es sich bei beiden Protokollen um fakultative Zusatzprotokolle handelt, gelten diese nicht automatisch für alle Vertragsstaaten der EMRK. Angesichts der überwältigenden Ratifikationszahlen (Protokoll Nr. 6 ist heute von allen EMRK-Staaten bis auf Russland ratifiziert worden, Protokoll Nr. 13 von allen EMRK-Staaten bis auf Armenien, Aserbaidschan, Polen und Russland) hat der EGMR indes in einem *obiter dictum* angedeutet, die weite Verbreitung der Protokolle Nr. 6 und 13 könne möglicherweise im Sinne eines generellen Todesstrafenverbots interpretiert werden, ohne dass die letzte Ratifikation des Protokolls Nr. 13 abgewartet zu werden bräuchte.<sup>139</sup> Dogmatisch überzeugt das nicht, im Gegenteil ist die Existenz der beiden Protokolle als ein Zeichen dafür zu werten, dass sich die EMRK-Staaten für die traditionelle Art der Fortentwicklung der EMRK mittels Zusatzprotokollen entschieden haben.<sup>140</sup>

Art. 3 und 4 EMRK, das Folter- und Sklavereiverbot, sind von ihrem Wortlaut her **vorbehaltlos** gewährleistet. Darin unterscheiden sie sich von den meisten übrigen Konventionsrechten. Zudem gestattet Art. 15 Abs. 2 EMRK Abweichungen von den Art. 3 und Art. 4 Abs. 1 EMRK nicht einmal in Zeiten eines öffentlichen Notstands. Hieraus schließt der EGMR, dass es sich insoweit um **absolute Rechte** handelt. Für das Folterverbot aus Art. 3 EMRK hat er die absolute Geltung ausdrücklich ausgesprochen,<sup>141</sup> für Art. 4 EMRK findet sich hingegen bislang lediglich ein Verweis auf dessen Vorbehaltlosigkeit.<sup>142</sup> Angesichts des Fehlens einer ausgefeilten Dogmatik zu den immanenten Schranken (Rn. 38) kommt dies einer absoluten Geltung allerdings gleich. Für Art. 4 EMRK ist weiterhin zu beachten, dass dessen Abs. 2 die Zwangs- und Pflichtarbeit verbietet, während Abs. 3 einige Fälle aufführt, die nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit „gelten“. Das ist nicht im Sinne einer Einschränkung des Art. 4 Abs. 2 EMRK zu verstehen, vielmehr handelt es sich insoweit um Schutzbereichsbegrenzungen.<sup>143</sup> Auch Art. 4 Abs. 2 EMRK enthält somit ein absolutes Verbot. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Art. 4 EMRK nach der neuesten Rechtsprechung des EGMR nicht allein ein Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit, sondern auch ein (ungeschriebenes) Verbot des Menschenhandels enthält.<sup>144</sup> Dieses ist ebenfalls als ein absolutes Verbot zu qualifizieren.

Für Art. 3 EMRK ist weiterhin daran zu erinnern, dass dieser nicht allein die Folter, sondern auch die unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung verbietet. Die

139 EGMR, 2.3.2010 (Al-Saadoon und Mufdhi/Vereinigtes Königreich) Nr. 61498/08, Rn 120.

140 So noch EGMR, 7.7.1989 (Soering/Vereinigtes Königreich) Nr. 14038/88, EGMR-E 4, 376, Rn 103; hierzu *Breuer*, EuGRZ 2003, 449, 453. Zustimmung zum Al-Saadoon-Urteil signalisiert hingegen *Schmahl*, Die Abschaffung der Todesstrafe in Europa, DTIEV-Online Nr. 2/2011, S. 14.

141 EGMR (GK), 1.6.2010 (Gäfgen/Deutschland) Nr. 22978/05, EuGRZ 2010, 417, Rn 107; allgemein zur Existenz absoluter Rechte in der EMRK *Ibing* (Fn. 130), S. 105 ff; *Stieglitz* (Fn. 92), S. 58.

142 EGMR, 26.7.2005 (Siliadin/Frankreich) Nr. 73316/01, NJW 2007, 41, Rn 112; EGMR, 10.1.2010 (Rantsev/Zypern und Russland) Nr. 25965/04, NJW 2010, 3003, Rn 283; EGMR, 11.10.2010 (C.N. und V./Frankreich) Nr. 67724/09, Rn 68.

143 Ebenso Löwe/Rosenberger/Esner, EMRK/IPBPR<sup>26</sup>, Art. 4 EMRK, Rn 24; *Grabenwarter/Pabel*, § 20 Rn. 51; *Jarass*, Grundrechte, § 10, Rn 22.

144 EGMR, 10.1.2010 (Rantsev/Zypern und Russland) Nr. 25965/04, NJW 2010, 3003, Rn 272 ff.

Differenzierung erfolgt nach dem Grad der Intensität, wobei der Kennzeichnung eines Verhaltens als „Folter“ eine besondere Stigmatisierungswirkung zukommt.<sup>145</sup> Ansonsten nimmt das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung jedoch in grds. gleicher Weise am absoluten Charakter teil wie das Folterverbot. Allerdings muss ein Verhalten, um als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung qualifiziert zu werden, ein gewisses **Mindestmaß an Schwere** aufweisen. Der Gerichtshof prüft dies anhand der Umstände des Einzelfalls, wobei Gesichtspunkte wie die Dauer der Behandlung, die körperlichen und psychischen Auswirkungen auf den Beschwerdeführer, teilweise auch das Geschlecht, das Alter und der Gesundheitszustand des Opfers eine Rolle spielen können.<sup>146</sup> Diese st. Rspr. ist vor dem Hintergrund der in Deutschland geführten Debatte um eine etwaige Relativierung des Menschenwürdeschutzes bemerkenswert, nimmt der EGMR doch hier eben jene Vorverlagerung der Abwägung von der Rechtfertigungs- auf die Tatbestandsebene vor, die zu der bisweilen heftigen Kritik am Vorschlag *Herdegens* geführt hat,<sup>147</sup> die Menschenwürdeverletzung im Rahmen einer „situationsgebundenen Gesamtwürdigung“ zu bestimmen.<sup>148</sup>

### 3. Homogenitätsklausel (Art. 52 Abs. 3 GRC)

#### a) Allgemeines

- 42 Die praktische Handhabung der Grundrechtsschranken wird durch Art. 52 Abs. 3 GRC erheblich verkompliziert. Diese Bestimmung bindet das Schutzniveau der Charta an dasjenige der EMRK als **Mindeststandard**. Hierdurch soll ein Auseinanderfallen von Charta- und Konventionsrechtsprechung bei vergleichbaren Gewährleistungen vermieden werden.<sup>149</sup> Wie dies rechtstechnisch zu erfolgen hat, ist in der Literatur äußerst umstritten.<sup>150</sup> Teils wird Art. 52 Abs. 3 GRC dahin verstanden, dass hierdurch bei vergleichbaren Chartarechten sowohl der Schutzbereich als auch die Grundrechtsschranken aus der EMRK „importiert“ werden.<sup>151</sup> Teils wird von einem Import nur des Schutzbereichs<sup>152</sup> oder aber nur der Schranken<sup>153</sup> ausgegangen. Daneben wird Art. 52 Abs. 3 GRC aber auch als bloße Auslegungsregel<sup>154</sup> oder als ein Hinweis auf die hervorgehobene Bedeutung der EMRK als Rechtserkenntnisquelle verstanden.<sup>155</sup>
- 43 Für den vorliegenden Zusammenhang entscheidender ist die Frage, wie das **Verhältnis von Art. 52 Abs. 1 und Abs. 3 GRC** bestimmt wird. Lässt man die Anwendung der allgemeinen Schrankenklausel aus Art. 52 Abs. 1 GRC auch bei den EMRK-analogen Chartarechten zu, bestünde möglicherweise die Gefahr, dass zusätzliche Rechtfertigungsmög-

145 EGMR, 18.1.1978 (Irland/Vereinigtes Königreich) Nr. 5310/71, EGMR-E 1, 232, Rn 167.

146 EGMR, 18.1.1978 (Irland/Vereinigtes Königreich) Nr. 5310/71, EGMR-E 1, 232, Rn 162; EGMR (GK), 11.7.2006 (Jalloh/Deutschland) Nr. 54810/00, EuGRZ 2007, 150, Rn 67; EGMR (GK), 1.6.2010 (Gäfgen/Deutschland) Nr. 22978/05, EuGRZ 2010, 417, Rn 88.

147 Vgl Maunz/Dürig/*Herdegens*, GG, Art. 1 Rn 46 ff (Stand: Mai 2009); äußerst krit. Böckenförde, F.A.Z. vom 3.9.2003, S. 33; weitere Nachweise bei Wallau, S. 162 ff.

148 Vgl auch Dörr/Grote/Marauhn/*Bank*, EMRK/GG, Kap. 11, Rn 13; Schwarzburg, S. 375.

149 Vgl die Erläuterungen zu Art. 52 (Fn. 8): „Mit Absatz 3 soll die notwendige Kohärenz zwischen der Charta und der EMRK geschaffen werden“.

150 Zum Folgenden vgl Cornils (in diesem Band), § 5, Rn 27 ff; Ziegenhorn (Fn. 11), S. 29 ff.

151 Vgl Meyer/Borowsky, GRC, Art. 52, Rn 30; Tettinger/Stern/von Danwitz, GRC, Art. 52, Rn 51; Vedder/Heintschel von Heinegg/Folz, EVV, Art. II-112, Rn 7; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 2; Schmitz, JZ 2001, 833, 838; Uerpmann-Witzack, DÖV 2005, 152, 156.

152 So die vereinzelt gebliebene Ansicht von Philippi (Fn. 117), S. 44.

153 IdS Alber/Widmaier, EuGRZ 2006, 113, 120.

154 So wohl Dorf, JZ 2005, 126, 128 f.

155 Vgl Jarass, Grundrechte, § 2 Rn. 19 ff; Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 52 GRC, Rn 19, 37.

lichkeiten für Grundrechtseingriffe geschaffen würden. Das liefe dem Ziel des Art. 52 Abs. 3 GRC, das Schutzniveau der EMRK nicht zu unterschreiten, ersichtlich zuwider. Dementsprechend steht die bislang wohl herrschende Literaturansicht auf dem Standpunkt, Art. 52 Abs. 1 GRC werde durch die kraft Art. 52 Abs. 3 GRC importierten speziellen Grundrechtsschranken verdrängt.<sup>156</sup> Allerdings hat der EuGH in anderem Zusammenhang die Anwendung des Art. 52 Abs. 1 GRC neben den Schranken der EMRK-Rechte zugelassen.<sup>157</sup>

Dieser Standpunkt ist freilich nicht in dem Sinne zu deuten, dass dadurch der konventionsrechtliche Schutzstandard unterschritten werden dürfte.<sup>158</sup> Vielmehr ist die Schrankenklausel aus Art. 52 Abs. 1 GRC **im Lichte des Abs. 3** zu lesen, um ein Unterschreiten des EMRK-Standards zu vermeiden. Das wiederum bedeutet, dass im Titel I der Grundrechtecharta nicht nur die Menschenwürde (Art. 1), sondern kraft EMRK-Verweisung vollumfänglich<sup>159</sup> auch das Folter- und das Sklavereiverbot (Art. 4, 5 GRC) absolut gewährleistet sind (Rn. 40 f). Lediglich im Rahmen des Art. 5 GRC sind die Schutzbereichsbegrenzungen aus Art. 4 Abs. 3 EMRK zu beachten. 44

#### b) Todesstrafenverbot

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Handhabung des Art. 52 Abs. 3 GRC im Falle des Todesstrafenverbots aus Art. 2 Abs. 2 GRC. Hier ist entscheidend, wie man den EMRK-Verweis in Art. 52 GRC interpretiert: Relativ unstreitig ist dabei, dass der Verweis nicht auf die Konvention als solche reduziert werden kann, sondern zumindest auch diejenigen **Zusatzprotokolle** mit umfasst, die von **sämtlichen EU-Mitgliedstaaten** ratifiziert worden sind.<sup>160</sup> Folgte man dieser Auffassung, hieße das für die Frage des Todesstrafenverbots, dass zwar Protokoll Nr. 6 berücksichtigt werden müsste, nicht aber Protokoll Nr. 13, da dieses von Polen bislang nicht ratifiziert worden ist (s. Rn. 39). Damit wäre die Todesstrafe zwar in Friedenszeiten absolut verboten, nicht aber in Kriegszeiten.<sup>161</sup> Wer auf dieser Grundlage der Grundrechtecharta ein absolutes Verbot auch in Kriegszeiten entnehmen wollte,<sup>162</sup> der müsste einen über den EMRK-Standard hinausgehenden Rechts- 45

---

156 Vgl. *v. Arnim* (Fn. 115), S. 437 f.; *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 52, Rn 29; *Bühler* (Fn. 119), S. 262 f.; *Rengeling/Szczekalla*, Rn 439, 473; *Streinz/Streinz/Michl*, EUV/AEUV, Art. 52 Rn 7; *Uerpmann-Wittzack*, DÖV 2005, 152, 156.

157 Vgl. (bzgl. Art. 8 GRC) EuGH, 9.11.2010, Rs. C-92/09, (Schecke und Eifert) Slg. 2010, I-11063, Rn 50 f.; (bzgl. Art. 10 GRC) EuGH, 5.9.2012, verb. Rs. C-71/11 und C-99/11, (Y und Z) Rn 60; siehe auch die dortigen Schlussanträge von GA *Bot*, Rn 37; EuGH, 28.2.2013, Rs. C-334/12 RX-II, (Aranjo Jaramillo u.a./EIB), Rn 43 f.; aus der Literatur vgl. *Tettinger/Stern/von Danwitz*, GRC, Art. 52, Rn 30; *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 150 ff.; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 52, Rn 38; *Molthagen*, Das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK, Diss. Hamburg 2003, 170 f.; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, 2010, S. 217 ff.

158 Vgl. aus der Literatur *Tettinger/Stern/von Danwitz*, GRC, Art. 52, Rn 31, 54; *Jarass*, GRC, Art. 52, Rn 25.

159 Das gilt auch für das Verbot des Menschenhandels, welches der EGMR im *Rantsev*-Fall als ungeschriebenes Recht aus Art. 3 EMRK hergeleitet hat (Rn 40). Demgegenüber begründen *Cornils* (in diesem Band), § 5, Rn 81 und *Schwarz*, *Der Staat* 50 (2011), 533 (500) die Absolutheit des Verbots des Menschenhandels nicht unter Rückgriff auf die EMRK, sondern als Spezialausprägung der Menschenwürde.

160 Vgl. *Groeben/Schwarze/Beutler*, Art. 6 EU, Rn 120; *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1, 2; *Rengeling*, in: FS Rauschning, 2001, S. 225, 229; *Schmitz*, JZ 2001, 833, 839.

161 In diesem Sinne *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1, 3; *Jarass*, Grundrechte, § 9, Rn 13 f.; uneinheitlich *Cornils* (in diesem Band), § 5, Rn 69 einerseits, Rn 81 andererseits.

162 Vgl. generell *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 2, Rn 45; *Nowak*, in: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (Hg.), *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, S. 32; *Schwarz*, *Der Staat* 50 (2011), 533, 552; ablehnend *Bühler* (Fn. 119), S. 363.

schutz postulieren, welcher dann aber nur autonom aus der Charta selbst hergeleitet werden könnte. Ob die Charta hierfür ausreichend Ansatzpunkte liefert, erscheint fraglich.

- 46 Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man dem Art. 52 Abs. 3 GRC einen Verweis auf **sämtliche Zusatzprotokolle zur EMRK** entnimmt. In der Literatur wird insoweit teilweise vorgeschlagen, nur die Union sei an sämtliche Zusatzprotokolle gebunden, während für die Mitgliedstaaten allein die von ihnen ratifizierten Protokolle relevant seien.<sup>163</sup> Auf diese Weise soll verhindert werden, dass den Mitgliedstaaten über das Unionsrecht ein Grundrechtsstandard aufgedrängt wird, an den sie selbst völkerrechtlich noch nicht gebunden sind. Demgegenüber wird teilweise aber auch von einer Bindung von Union und Mitgliedstaaten an sämtliche Zusatzprotokolle kraft des Art. 52 Abs. 3 GRC ausgegangen.<sup>164</sup> In beiden Fällen käme man für das Unionsrecht zu einer Geltung des Todesstrafenverbots auch in Kriegszeiten, wobei nach der erstgenannten Ansicht zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten zu differenzieren wäre, nach der anderen hingegen nicht. Eines autonomen Rückgriffs auf die Charta bedürfte es dann insoweit nicht.
- 47 Schließlich wird auch eine Lösung über die **gemeinsame Verfassungstradition** vertreten.<sup>165</sup> GA *Cruz Villalón* hat in seinen Schlussanträgen vom 12.6.2012 für das Zusatzprotokoll Nr. 7 einen ähnlichen Weg eingeschlagen, indem er angesichts der fehlenden Ratifikation durch sämtliche EU-Staaten und unter Rückgriff auf Art. 6 Abs. 3 EUV sich für eine „**teil-autonome Auslegung**“ des einschlägigen Chartagrundrechts aussprach.<sup>166</sup> Was das für die Frage des Todesstrafenverbots in Kriegszeiten hieße, erscheint unklar.

### c) Biomedizinische Regelungen

- 48 Noch komplizierter als im Fall der Todesstrafe gestaltet sich die Bestimmung der Einschränkung der in Art. 3 Abs. 2 GRC enthaltenen Ge- und Verbote. Die Schwierigkeiten resultieren hier insbesondere daraus, dass sich für Art. 3 Abs. 2 GRC keine Parallelbestimmung in der EMRK findet, so dass Art. 52 Abs. 3 GRC als Brückennorm ausscheidet. Die Regelungen des Art. 3 Abs. 2 GRC sind vielmehr überwiegend der **Biomedizin-Konvention** (BMK) des Europarates bzw dessen Zusatzprotokoll (sog. **Klonprotokoll**) nachgebildet. Als Harmonisierungsnorm wäre insoweit an Art. 53 GRC zu denken, der aber nur auf von *allen* EU-Mitgliedstaaten ratifizierte Verträge Anwendung findet; das trifft sowohl auf die BMK als auch auf das Klonprotokoll nicht zu. Die allgemeine Schranken Klausel aus Art. 52 Abs. 1 GRC findet daher dem ersten Anschein nach Anwendung.
- 49 Das setzt allerdings voraus, dass es sich bei Art. 3 Abs. 2 GRC überhaupt um ein Grundrecht und nicht einen bloßen Grundsatz handelt, da für die „Grundsätze“ Art. 52 Abs. 5 GRC eine Sonderbestimmung enthält.<sup>167</sup> Für die **Einordnung als „Grundsatz“** spricht in gewisser Weise die Entstehungsgeschichte, da der Einleitungssatz des heutigen Art. 3 Abs. 2 GRC lange Zeit lautete: „Im Rahmen der Medizin und der Biologie müssen insbesondere folgende Grundsätze beachtet werden“. Erst in einer späteren Fassung hat sich der Konvent auf die heutige Formulierung („muss insbesondere Folgendes beachtet werden“) verständigt,<sup>168</sup> während in den Erläuterungen des Präsidiums nach wie vor von

163 In diesem Sinne Meyer/Borowsky, GRC, Art. 52, Rn 35; dem folgend Bühler (Fn 119), S. 326 ff; Ibing (Fn. 130), S. 53 f.

164 In diesem Sinne Cornils (in diesem Band), § 5, Rn 5, 67; Tettinger/Stern/von Danwitz, GRC, Art. 52, Rn 59; dem folgend Schneiders (156), S. 163 ff; wohl auch Eisner (Fn. 156), S. 124 f.

165 Vgl Molthagen (Fn. 152), S. 93 ff.

166 GA *Cruz Villalón*, 12.6.2012, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn 81 ff. Der EuGH ist auf die Problematik nicht näher eingegangen, vgl Urteil vom 26.2.2013.

167 In diesem Sinne Berlth, S. 207.

168 Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3, Rn 40.

den „Grundsätzen des Art. 3“ die Rede ist.<sup>169</sup> Man kann die Normgenese indes auch im entgegengesetzten Sinne deuten, nämlich dass der Konvent den Charakter der Norm als Grundsatz gerade nicht habe präjudizieren wollen.<sup>170</sup> Entscheidend sollte daher auf die allgemeinen Auslegungskriterien abgestellt werden.

Der **Wortlaut** des Art. 3 Abs. 2 GRC spricht insoweit wiederum eher gegen den Grundrechtscharakter. Hier deutet die Wortlautauslegung des Art. 3 Abs. 2 GRC eher auf eine rein objektiv-rechtliche Bestimmung hin.<sup>171</sup> Freilich schließt eine objektive Formulierung für sich genommen den Grundrechtscharakter nicht zwingend aus, wie vergleichend etwa an Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK gezeigt werden kann. 50

**Systematische Erwägungen** sprechen wiederum eher für den Grundrechtscharakter des Art. 3 Abs. 2 GRC. So ist das Prinzip des sog. *informed consent* bei medizinischen Eingriffen erst kürzlich vom EGMR aus Art. 3 EMRK hergeleitet worden,<sup>172</sup> was über Art. 52 Abs. 3 GRC wiederum für die Auslegung der Charta von Bedeutung ist. Es wäre inkonsistent, das Prinzip des *informed consent* zwar über Art. 4 GRC subjektiv-rechtlich zu garantieren, ihm ansonsten aber kraft Art. 3 Abs. 2 lit. a GRC einen rein objektiv-rechtlichen Gehalt zuzubilligen. Allgemein lassen sich die in Art. 3 Abs. 2 lit. b–d GRC enthaltenen Verbote zwanglos auch als subjektive Rechte der von derartigen Praktiken Betroffenen deuten.<sup>173</sup> Das zeigt nicht zuletzt der Vergleich mit der EMRK: Art. 3 EMRK ist zwar ebenfalls als reine Verbotsnorm formuliert, das hindert den EGMR aber nicht daran, darin eines der wichtigsten subjektiven Rechte der Konvention überhaupt zu erblicken. Nicht zuletzt um der Effektivität des Grundrechtsschutzes willen dürften die in Art. 3 Abs. 2 GRC enthaltenen Regelungen daher insgesamt als subjektiv-öffentliche Rechte und nicht als bloße Grundsätze zu verstehen sein.<sup>174</sup> 51

Damit sind aber noch nicht alle Auslegungsschwierigkeiten gelöst. Was die Frage der Einschränkung angeht, beginnen sie vielmehr erst, da man nun zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 1 GRC Stellung beziehen muss.<sup>175</sup> Von den in Art. 3 Abs. 2 GRC enthaltenen Regelungen entspricht das **Prinzip des *informed consent*** (lit. a) der Regelung in Art. 5 BMK, die ihrerseits einschränkbar ist (zB gem. Art. 17 BMK bei Forschung an einwilligungsunfähigen Personen; vgl auch *e contrario* Art. 26 Abs. 2 BMK).<sup>176</sup> Insoweit lässt sich prinzipiell gegen eine Anwendung des Art. 52 Abs. 1 GRC nichts einwenden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dort, wo eine medizinische Behandlung ohne vorherige Einwilligung nach der Rechtsprechung des EGMR zugleich gegen Art. 3 EMRK verstieß,<sup>177</sup> von einem absoluten Recht ausgegangen werden muss. 52

169 Erläuterungen (Fn 8), S. 18.

170 Vgl Voß, S. 140 f.

171 In diesem Sinne (für Art. 3 Abs. 4 lit. d GRC) Kersten, S. 92 f; ähnlich Heselhaus/Nowak/Rixen, § 11, Rn 30, der Art. 3 Abs. 2 lit. b–d als bloße Schrankenregelung begreift.

172 EGMR, 8.11.2011 (V.C./Slowakei) Nr. 18968/07, Rn 106 ff; bestätigt in EGMR, 12.6.2012 (N.B./Slowakei) Nr. 29518/10, Rn 71 ff. Näher Rn ff in diesem Beitrag.

173 Vgl Frenz, HB EuR IV, Rn 973.

174 Im Ergebnis wie hier Frenz, HB EuR IV, Rn 973; Jarass, Grundrechte, § 9, Rn 17; dagegen Voß, S. 141 f; von einer „Konkretisierung der Schutzpflicht“ spricht Calliess/Ruffert/Calliess, EUV/AEU, Art. 3, Rn 12 ff; einen Doppelcharakter (Grundrecht und Grundsatz) bejaht Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3, Rn 40; grundsätzliche Einwände gegen eine Doppelqualifikation allerdings bei Jarass, Grundrechte, § 7, Rn 28; Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEU, Art. 52 GRC, Rn 17.

175 Allgemein für eine Anwendung des Art. 52 Abs. 1 GRC Nowak (Fn. 161), Art. 3, S. 41 f.

176 Ausführliche Gegenüberstellung von GRC und BMK bei Voß, S. 295 ff.

177 EGMR, 8.11.2011 (V.C./Slowakei) Nr. 18968/07, Rn 106 ff; bestätigt in EGMR, 12.6.2012 (N.B./Slowakei) Nr. 29518/10, Rn 71 ff.

- 53 Das Eugenikverbot aus **Art. 3 Abs. 2 lit. b GRC** findet sein Vorbild nicht in der BMK, sondern im Rom-Statut des IStGH (dort Art. 7 Abs. 1 lit. g).<sup>178</sup> Der anders geartete Regelungszusammenhang – es geht um die Bestimmung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit, nicht um die Beschränkung staatlicher Hoheitsgewalt – macht eine Übertragung auf den Grundrechtsbereich schwierig.
- 54 Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers oder Teile desselben (**Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC**) ist wiederum u.a.<sup>179</sup> durch die BMK (dort Art. 21) inspiriert. Gem. Art. 26 Abs. 2 BMK sind Einschränkungen u.a. der Rechte aus Art. 21 BMK unzulässig, so dass es sich jedenfalls nach dem Regelungskonzept der BMK um eine absolute Norm handelt. Ein solches Verständnis verlangt allerdings umgekehrt nach einer angemessenen Begrenzung des Schutzbereichs,<sup>180</sup> um Bagatellfälle wie den Verkauf von Haaren oder Fingernägeln nicht ebenfalls zu verbieten. Anhaltspunkte in diese Richtung liefert der Erläuternde Bericht zur Biomedizinkonvention.<sup>181</sup> Bei der Heranziehung des Zusatzprotokolls bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe aus dem Jahr 2002 (dort Art. 21, 22) ist angesichts des geringen Ratifikationsstands hingegen Zurückhaltung geboten.<sup>182</sup> Ein entsprechend restriktives Verständnis des Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC kommt im EU-Sekundärrecht zum Ausdruck, indem dort unter strengen Voraussetzungen gewisse Entschädigungsleistungen im Zusammenhang mit einer Spende für zulässig erklärt werden.<sup>183</sup>
- 55 Vergleichbare Überlegungen gelten für das Klonverbot aus **Art. 3 Abs. 2 lit. d GRC**: Dieses entspricht der Bestimmung in Art. 1 Klonprotokoll, die ihrerseits keine Ausnahmen zulässt (Art. 2 Klonprotokoll). Auch insoweit ist also von einem absoluten Verbot auszugehen.
- 56 Damit gelangt man insgesamt zu folgendem Ergebnis:<sup>184</sup> Die Rechte aus Art. 3 Abs. 2 GRC sind überwiegend der BMK nachgebildet, wobei es sich bei den Pendants der lit. c und d nach der Konvention jeweils um absolute Gewährleistungen handelt. Das Prinzip des *informed consent* hingegen unterliegt nach der BMK grds. Einschränkungen, eine absolute Gewährleistung kann sich aber aus Art. 3 EMRK ergeben. Nimmt man die Erläuterungen zur Grundrechtecharta ernst, denen zufolge die Charta von den Bestimmungen der BMK „nicht abweichen“ wollte, so ergibt zumindest die **historische Auslegung** Anhaltspunkte für eine absolute Geltung der Rechte aus Art. 3 Abs. 2 lit. c und d GRC. Die Heranziehung der BMK erfolgt dabei nicht aufgrund Art. 53 GRC, sondern „einseitig“ auf-

178 Erläuterungen (Fn. 8), S. 18.

179 Daneben wird auf Bestimmungen des französischen Code civil verwiesen, vgl Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3, Rn 45; Tettinger/Stern/Höfling, GRC, Art. 3, Rn 20.

180 Anders Nowak (Fn. 161) Art. 3, S. 40, der sich für eine Anwendung des Art. 52 Abs. 1 GRC in gewissen Ausnahmefällen ausspricht.

181 Erläuternder Bericht, Rn 133.

182 Vgl Schwarzbürg, S. 170 f; für eine Heranziehung aber Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3, Rn 45.

183 Vgl Art. 12 RL 2004/23/EG zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen (Geweberichtlinie), ABl. EU 2004 L 102/48; Art. 13 Abs. 2 RL 2010/45/EU über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe (Organtransplantations-RL), ABl. EU 2010 L 207/14. Auch RL 2002/98/EG zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG (Abl. EU 2002 L 33/30) steht geringfügigen Anerkennungen, Erfrischungen und einer Erstattung der mit der Spende verbundenen An- und Abreisekosten nicht entgegen: vgl EuGH, 9.12.2010, Rs. C-421/09 (Humanplasma) Slg. 2010, I-12869, Rn 44.

184 Ähnlich wie hier Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3, Rn 42; Bühler (Fn. 119), S. 368 f; Schwarz, Der Staat 50 (2011), 533, 554 f; Schwarze/Voet van Vormizeele, EU-Kommentar, Art. 3 GRC, Rn 6; weiter gehend Frenz, HB EuR IV, Rn 974 (Art. 3 Abs. 2 lit. a-d GRC als absolute Rechte).



grund des entsprechenden Willens des historischen Gesetzgebers. Dem steht nicht entgegen, dass der EuGH eine Berücksichtigung des Art. 21 BMK im Fall *De Fruytier* prinzipiell abgelehnt hat.<sup>185</sup> Denn hier ging es nicht um die Auslegung der Grundrechtecharta (die im Übrigen in der gesamten Entscheidung keine Erwähnung findet),<sup>186</sup> sondern um die Auslegung der Sechsten Mehrwertsteuer-Richtlinie. Vor diesem Hintergrund erklärt sich die Aussage des EuGH, dass die Union der BMK nicht beigetreten sei und auch nur eine „leichte Mehrheit der Mitgliedstaaten“ das Übereinkommen ratifiziert habe. Wenn der Konvent dagegen mit den in Art. 3 Abs. 2 GRC gewährleisteten Rechten von der BMK nicht hat abweichen wollen, so ist darin mehr zu sehen als eine bloße Auslegungshilfe.<sup>187</sup> Vielmehr hat sich der Unionsgesetzgeber damit insoweit einseitig an den Rechtsschutzstandard der BMK gebunden.

#### d) *Stellungnahme*

Wie die vorstehenden Ausführungen ergeben, kommt der Menschenwürde auf europäischer Ebene – anders als etwa im deutschen Recht – **keine solitäre Stellung** als unabwägbares Recht zu. Vielmehr gelangt man zu dem Ergebnis, dass die Mehrzahl der Rechte aus Titel I einen absoluten Charakter aufweist. Das kann als zusätzliches Argument gegen einen (vorschnellen) Rückgriff auf die Menschenwürde als eigenständiges Grundrecht gewertet werden (hierzu Rn 17), da zumindest im Regelfall durch die genannten Spezialverbürgungen ein ausreichender Schutz sichergestellt ist. 57

Umgekehrt bedeutet dies, dass von den Rechten aus Titel I der Grundrechtecharta lediglich das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 1 GRC) sowie das Recht auf Unversehrtheit (Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 lit. a GRC) **einschränkbare Grundrechte** sind. Für das Lebensgrundrecht spielen dabei kraft der Verweisung aus Art. 52 Abs. 3 GRC vor allem die Schranken des Art. 2 Abs. 2 EMRK eine Rolle. Für das Recht auf Unversehrtheit kommt hingegen, da es für diese Bestimmung keine Entsprechung in der EMRK gibt, lediglich die allgemeine Schrankenklausel aus Art. 52 Abs. 1 GRC zum Zuge. Allerdings ist auch hier vorrangig die Anwendbarkeit anderer Grundrechte zu prüfen:<sup>188</sup> Sofern eine Verletzung der körperlichen oder geistigen Unversehrtheit den Schweregrad einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung erreicht, wäre Art. 4 GRC (Art. 3 EMRK) als absolutes Recht einschlägig. Sofern es sich um lebensgefährdende Verletzungen handelt, kann das Lebensgrundrecht (mit dem ihm eigenen Schrankenregime) anwendbar sein.<sup>189</sup> Und sofern es um Schutz gegen Lärm- oder Umweltverschmutzungen geht, kann Art. 7 GRC (Art. 8 EMRK) mit der spezifischen Schrankenregelung aus Art. 8 Abs. 2 EMRK einschlägig sein (s. Rn 26).<sup>190</sup> All das gilt jedoch stets nur im Anwendungsbereich des jeweils anderen Konventionsrechts und führt nicht zu einer Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 3 GRC auch im Rahmen des Art. 3 GRC.<sup>191</sup> Letztlich bleibt das Schrankenregime der Grundrechtecharta für den Rechtsanwender schwer zu durchschauen. 58

185 EuGH, 3.6.2010, Rs. C-237/09 (*De Fruytier*) Slg. 2010, I-4985, Rn 27.

186 Vgl. *Schwarzburg*, S. 176.

187 So aber *Schwarzburg*, S. 67; gegen eine Auslegungshilfe bzgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a GRC sogar aaO, 104.

188 Zum Folgenden eingehend *Kneihls*, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR VII/1, § 189, Rn 24 ff.

189 EGMR, 14.6.2011 (Trévalet/Belgien) Nr. 30812/07, NVwZ 2012, 1017, Rn 55 ff mwN.

190 Vgl. *Voß*, S. 147 ff.

191 Vgl. *Grabenwarter*, in: FS Steinberger, 2002, S. 1129, 1136 f.

## IV. Umgang mit ethisch-moralisch umstrittenen Fragen

- 59 Fragen über Leben und Tod rühren an das **ethisch-moralische Grundverständnis** einer menschlichen Gemeinschaft.<sup>192</sup> Die Rechte aus Titel I der Grundrechtecharta sind daher besonders geeignet, tiefgreifende rechtspolitische Konflikte hervorzurufen. Das Opt-out Polens aus der Grundrechtecharta (Protokoll Nr. 30 zum Vertrag von Lissabon)<sup>193</sup> sowie das Protokoll Nr. 35 über Artikel 40.3.3 der Verfassung Irlands<sup>194</sup> bzw die nachträgliche Erklärung in Bezug auf Irland<sup>195</sup> haben eben diesen Hintergrund, da beide Staaten um die Fortexistenz ihrer strengen nationalen Abtreibungsverbote fürchteten.<sup>196</sup> Sowohl der EGMR als auch der EuGH haben ihre je eigenen Ansätze entwickelt, um auf derartige ethisch-moralisch sensiblen Konfliktlagen zu reagieren.

### 1. Der EGMR: Margin of appreciation-Doktrin

- 60 Der EGMR löst das angesprochene Problem durch die sog. **Margin of appreciation-Doktrin**. Diese Doktrin ist ursprünglich von den Konventionsorganen für die Bestimmung des Vorliegens eines Notstandsfalles im Sinne des Art. 15 EMRK entwickelt worden,<sup>197</sup> später jedoch in das reguläre Prüfprogramm der Konventionsrechte integriert worden. Dahinter steht der Gedanke, dass die nationalen Behörden und Gerichte aufgrund ihres unmittelbaren und kontinuierlichen Kontakts mit den bestimmenden Kräften des jeweiligen Landes grundsätzlich besser in der Lage sind als der internationale Richter zu entscheiden, wie der Schutz der betroffenen Rechte am besten sicherzustellen sei.<sup>198</sup> Der EGMR gesteht den Konventionsstaaten also einen gewissen Freiraum in der Bestimmung des erforderlichen menschenrechtlichen Schutzstandards zu, behält sich aber das letzte Wort über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Konventionsverletzung ausdrücklich vor.<sup>199</sup> Dass der Gerichtshof die Margin of appreciation-Doktrin ohne ausdrückliche Verankerung in der EMRK entwickelt hat, gab Anlass zu Kritik.<sup>200</sup> Ungeachtet dessen hält der EGMR in ständiger Rechtsprechung an seiner Argumentationsfigur fest. Mit dem (künftigen) Inkrafttre-

---

192 Gärditz, in: Dujmovits u.a. (Hg.), *Recht und Medizin*, 2006, S. 11, 31, spricht von „durch Positivierung normativ geronnene[n] Grundentscheidungen kulturgeprägter Staatsethik“. Zur kulturellen Prägung des Menschenwürdeverständnisses vgl auch *Isensee*, in: Merten/Papier (Hg.), *HB GR IV/1*, § 87, Rn 146.

193 Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich, *ABl. EU* 2010 C 306/313.

194 *ABl. EU* 2010 C 306/321.

195 Schlussfolgerungen des Vorsitzes zu der Tagung des Europäischen Rates in Brüssel (18./19.6.2009), 11225/2/09 REV 2, Ziff. 3.

196 Bzgl. Polens vgl *Lindner*, *EuR* 2008, 786, 788 ff; *Mehde*, *EuGRZ* 2008, 269, 271; bzgl. Irlands vgl *Girvin*, in: Carbone (Hg.), *National Politics and European Integration*, 2010, S. 126, 138; zum Hintergrund vgl auch *Mehde*, *KritV* 2002, 438, 445 ff.

197 Grundlegend *EKMR*, 26.9.1958 (Griechenland/Vereinigtes Königreich) Nr. 176/56, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 2, S. 174, 176.

198 Grundlegend *EGMR*, 7.12.1976 (Handyside/Vereinigtes Königreich) Nr. 5493/72, *EGMR-E* 1, 217, Rn 48. Aus der jüngeren *Rspr.* vgl etwa *EGMR*, 10.5.2011 (Mosley/Vereinigtes Königreich) Nr. 48009/08, *NJW* 2012, 747, Rn 108; *EGMR* (GK), 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich) Nr. 57813/00, *NJW* 2012, 207, Rn 94.

199 Vgl etwa (bzgl. Art. 6 Abs. 1 EMRK) *EGMR*, 21.7.2011 (Heinisch/Deutschland) Nr. 28274/08, *EuGRZ* 2011, 555, Rn 62; (bzgl. Art. 10 EMRK) *EGMR* (GK), 10.11.2005 (Leyla Şahin/Türkei) Nr. 44774/98, *EuGRZ* 2006, 28, Rn 154.

200 Besonders pointiert die Kritik im Sondervotum *De Meyer* zum Fall *EGMR*, 25.2.1997 (Z./Finnland) Nr. 22009/93, *Reports* 1997-I. Aus der Literatur vgl nur *van Drooghenbroeck*, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2001, S. 527 ff mwN.

ten des Protokolls Nr. 15<sup>201</sup> wird die Margin of appreciation-Doktrin in der Präambel der EMRK eine primärrechtliche Verankerung erfahren.

Die Weite des den Staaten zugestandenen Beurteilungsspielraums variiert. Wo es um wesentliche Aspekte der Existenz oder Identität einer Person – also etwa die sexuelle Orientierung – geht, arbeitet der EGMR regelmäßig mit einem engen Beurteilungsspielraum.<sup>202</sup> Gerade in moralisch sensiblen Bereichen erfolgt die Feinsteuerung jedoch über ein weiteres Argument, nämlich die Frage nach dem Vorliegen oder Fehlen eines **gesamteuropäischen Konsenses**, wobei der Gerichtshof in letzter Zeit verstärkt rechtsvergleichende Erwägungen in seine Argumentation mit einbezieht.<sup>203</sup> Ist ein gemeinsamer Konsens vorhanden, so wird auch ein ansonsten weiter Beurteilungsspielraum entsprechend verringert. Lässt sich hingegen kein gemeinsamer Konsens der Europaratsstaaten in einer bestimmten Frage ausmachen, folgt hieraus ein entsprechend weiterer Beurteilungsspielraum für die einzelnen Staaten.<sup>204</sup>

Diese Rechtsprechung hat zwar nicht dazu geführt, dass der EGMR zu moralisch umstrittenen Fragestellungen keinerlei Position bezogen hätte. Bereits im Jahr 1978 hat er die damals auf der Isle of Man praktizierte Prügelstrafe als Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewertet.<sup>205</sup> Im Jahr 2002 hat er – unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung – einen Anspruch Transsexueller auf rechtliche Anerkennung des neuen Geschlechts statuiert.<sup>206</sup> Gerade in jüngerer Zeit scheint der Gerichtshof in moralisch sensiblen Fragen jedoch **eher zurückhaltend** vorzugehen. So hat er die strengen irischen Abtreibungsregeln unbeanstandet gelassen, und zwar sogar entgegen einem klar feststellbaren Trend innerhalb der Europaratsstaaten.<sup>207</sup> Das österreichische Verbot der Eizell- und Samenspende hat die Große Kammer (unter Revision eines Kammerurteils) für mit der Konvention vereinbar erklärt.<sup>208</sup> Ebenso sind strikte Verbote einer Assistenz beim Suizid unbeanstandet geblieben.<sup>209</sup> Lediglich in Randbereichen ist es hier zu Verurteilungen gekommen, so im Falle des polnischen Abtreibungsrechts wegen fehlender Verfahrensgarantien,<sup>210</sup> in einem italienischen Fall zur künstlichen Fortpflanzung wegen Inkonsistenz der innerstaatlichen

201 Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 24.6.2013, Art. 1.

202 EGMR (GK), 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich) Nr. 6339/05, NJW 2008, 2013, Rn 77; EGMR (GK), 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich) Nr. 57813/00, NJW 2012, 207, Rn 94.

203 Hierzu näher *Breuer*, JRP 2010, 223 ff; *Mahoney*, in: *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, 2002, S. 143 ff; *Rozakis*, *Tulane Law Review* 80 (2005), 257, 274 ff; *Wildhaber*, in: *ders., The European Court of Human Rights 1998-2006. History, Achievements, Reform*, 2006, S. 186 ff.

204 EGMR, 28.11.1984 (Rasmussen/Dänemark) Nr. 8777/79, EGMR-E 2, 517, Rn 40; EGMR, 28.6.2007 (Wagner und J.M.W.L./Luxemburg) Nr. 76240/01, FamRZ 2007, 1529, Rn 128; siehe auch *Wildhaber* (Fn. 193), S. 193; krit. – mit im Einzelnen unterschiedlichen Gründen – *Breuer*, JRP 2010, 223, 226 f; *Hwang*, *EuR* 2013, 307 ff; *Koutnatzis/Weilert*, *AVR* 2013, 72, 92.

205 EGMR, 25.4.1978 (Tyrer/Vereinigtes Königreich) Nr. 5856/72, EGMR-E 1, 268.

206 EGMR (GK), 11.7.2002 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich) Nr. 28957/95, NJW-RR 2004, 289; anders zuvor EGMR, 17.10.1986 (Rees/Vereinigtes Königreich) Nr. 9532/81, EGMR-E 3, 267; EGMR, 27.9.1990 (Cossey/Vereinigtes Königreich) Nr. 10843/84, ÖJZ 1991, 173; EGMR (GK), 30.7.1998 (Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich) Nr. 22985/93, 23390/94, ÖJZ 1999, 571.

207 EGMR (GK), 16.12.2010 (A., B. und C./Irland) Nr. 25579/05, NJW 2011, 2107, insb. Rn 235; ebenfalls hervorgehoben von *Koutnatzis/Weilert*, *AVR* 2013, 72, 82 f.

208 EGMR (GK), 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich) Nr. 57813/00, NJW 2012, 207, gegen EGMR, 1.4.2010 (S.H. u.a./Österreich) Nr. 57813/00, ÖJZ 2010, 684; hierzu auch *Koutnatzis/Weilert*, *AVR* 2013, 72, 99 f; *Müller-Terpitz*, *AVR* 2013, 42, 60 ff.

209 EGMR, 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich) Nr. 2346/02, *EuGRZ* 2002, 234; EGMR, 20.1.2011 (Haas/Schweiz) Nr. 31322/07, NJW 2011, 3773.

210 EGMR, 20.3.2007 (Tysi c/Polen) Nr. 5410/03, *NJOZ* 2009, 3349; EGMR, 30.10.2012 (P. und S./Polen) Nr. 57375/08.

Rechtslage,<sup>211</sup> in einem deutschen Fall einer Suizidwilligen wegen verfahrensrechtlicher Hindernisse bei der Geltendmachung von Rechtsschutz durch nahe Angehörige<sup>212</sup> sowie in einem schweizerischen Fall einer Suizidwilligen wegen des Fehlens hinreichend klarer Regeln über die Gewährung lebensbeendender Medikamente.<sup>213</sup>

- 63 Eine weitere Besonderheit der Rechtsprechung des EGMR besteht darin, dass der Beurteilungsspielraum nicht nur auf der Rechtsfolgen-, sondern auch auf der Tatbestandsseite zum Einsatz kommt. Nach deutschem Rechtsverständnis erscheint die Einräumung eines Ermessensspielraums nur auf der Rechtsfolgenseite angezeigt, während unbestimmte Rechtsbegriffe auf der **Tatbestandsseite** gerichtlich voll überprüfbar sind.<sup>214</sup> Demgegenüber hat der EGMR im Fall *Vo* die Frage, ob im Falle ungeborenen Lebens der Schutzbereich des Art. 2 EMRK eröffnet sei, angesichts fehlenden europäischen Konsenses in den Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten gestellt.<sup>215</sup>
- 64 Wegen struktureller Parallelen zum EuGH-Urteil im Fall *Omega* verdient schließlich das Urteil des EGMR im Fall der deutschen Tierschutzorganisation *PETA* nähere Betrachtung. Gegenstand war eine Plakatkampagne unter dem Motto „Der Holocaust auf Ihrem Teller“, bei der bildliche Darstellungen aus der Massentierhaltung mit Fotos von KZ-Innassen collageartig gegenübergestellt und mit entsprechenden Bildunterschriften („Wandelnde Skelette“, „Die Fahrt in die Hölle“ etc.) versehen wurden. Das LG Berlin sah hierin einen Verstoß gegen die Menschenwürde der noch lebenden Juden in Deutschland, da zwar nicht das Menschsein an sich der Holocaustopfer in Frage gestellt, es aber auf eine Stufe mit dem Leid von Tieren gestellt werde.<sup>216</sup> Angesichts des Menschenwürdeverstoßes schied eine Abwägung mit der Meinungsfreiheit der Tierschutzorganisation aus Sicht des Landgerichts von vornherein aus.<sup>217</sup> Demgegenüber sah das BVerfG vorliegend zwar das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht aber die Menschenwürde als betroffen an. Das Gericht begründete dies damit, dass den Holocaustopfern durch die Kampagne nicht der personale Wert abgesprochen werde, indem sie wie Tiere bewertet oder gar behandelt würden.<sup>218</sup> Im Ergebnis hielt das BVerfG die instanzgerichtliche Entscheidung gleichwohl aufrecht, da bei der anzustellenden Interessenabwägung dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Vorrang vor der Meinungsfreiheit gebühre.<sup>219</sup> Für das spätere Verfahren vor dem EGMR war von Bedeutung, dass der österreichische OGH in einem Parallellfall der Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK den Vorrang eingeräumt hatte.<sup>220</sup> Der EGMR ließ die deutschen Gerichtsentscheidungen gleichwohl unbeanstandet. Das dabei bemühte Argument – die Umstände des Falles könnten von dem **historischen und sozialen Zusammenhang**, in dem die Äußerung gemacht wurde, nicht getrennt werden<sup>221</sup> – stieß allerdings auf erhebliche Kritik u.a. seitens des neuen EGMR-Präsidenten *Spielmann*.<sup>222</sup> Ebenso wie der EuGH im Fall *Omega* hat der EGMR hier also in einem moralisch sensiblen,

211 EGMR, 28.8.2012 (Costa und Pavan/Italien) Nr. 54270/10.

212 EGMR, 19.7.2012 (Koch/Deutschland) Nr. 497/09, EuGRZ 2012, 616; näher hierzu s. Rn 93.

213 EGMR, 14.5.2013 (Gross/Schweiz) Nr. 67810/10 (nicht rechtskräftig).

214 Vgl. *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 11 ff, 20 ff mwN.

215 EGMR (GK), 8.7.2004 (Vo/Frankreich) Nr. 53924/00, EuGRZ 2005, 568, Rn 81 ff; bestätigt in EGMR, 7.3.2006 (Evans/Vereinigtes Königreich) Nr. 6339/05, EuGRZ 2006, 389, Rn 46; krit. *Klein*, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR VI/1, § 150, Rn 51; *Koutnatzis/Weilert*, AVR 2013, 72, 89 ff.

216 LG Berlin, AfP 2004, 461, 462.

217 LG Berlin, AfP 2004, 461, 462.

218 BVerfG NJW 2009, 3089, 3090.

219 BVerfG NJW 2009, 3089, 3091.

220 OGH, 12.10.2006, JBl. 2007, 574.

221 EGMR, 8.11.2012 (PETA Deutschland/Deutschland) Nr. 43481/09, ZUM-RD 2013, 233, Rn 49.

222 Sondervotum Richter *Zupančič* unter Anschluss von Präsident *Spielmann*.

der Menschenwürde zumindest nahestehenden Bereich unterschiedliche Rechtsschutzstandards innerhalb Europas zugelassen.

## 2. Der EuGH

### a) Grundfreiheiten

Was die Rechtsprechung des EuGH angeht, ist zunächst auf den anders gearteten argumentativen **Ausgangspunkt** hinzuweisen: Die Thematisierung ethisch-moralisch sensibler Fragen erfolgt regelmäßig nicht im Rahmen der Prüfung der *Grundrechte*, sondern der *Grundfreiheiten* (typischerweise der Dienstleistungsfreiheit). Dabei geht es regelmäßig um die Fragestellung, ob ein Mitgliedstaat A eine moralisch als anstößig erachtete Dienstleistung, die jedoch nach der Rechtsordnung von Mitgliedstaat B erlaubt ist, auf dem eigenen Territorium gestatten muss. Der EuGH hat dabei dem Ansinnen einiger Mitgliedstaaten, bereits die Eröffnung des Schutzbereichs mit Rücksicht auf moralische Bedenken zu verneinen, eine Absage erteilt. In dem Abtreibungsfall *Grogan* heißt es hierzu, es sei nicht Sache des Gerichtshofes, die Beurteilung, die vom Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten vorgenommen worden sei, in denen die betreffenden Tätigkeiten legal ausgeübt würden, durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen.<sup>223</sup> Ausschlaggebend war hier allein der ökonomische Charakter der Tätigkeit. Entsprechende Aussagen finden sich zur Veranstaltung von Lotterien, deren sittlich „zumindst fragwürdiger“ Charakter dennoch nicht dazu führte, sie aus dem Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit von vornherein auszuschließen.<sup>224</sup> Schließlich hatte der EuGH auch keine Bedenken, Prostitution unter den Begriff der Dienstleistung zu fassen.<sup>225</sup> Der Gerichtshof hat somit jedenfalls im Bereich der *Grundfreiheiten* einer Relativierung bereits auf Schutzbereichsebene, wie sie in der Rechtsprechung des EGMR vorzufinden ist, bislang weitestgehend widerstanden.

Einzig diesbezüglich bekannte **Ausnahme** ist die Rechtsprechung zum Cannabis-Konsum in niederländischen Coffeeshops. Anders als sonst üblich verneint der Gerichtshof für den Drogenkonsum (im Gegensatz zum Begleitkonsum nichtalkoholischer Getränke und Esswaren) bereits die Eröffnung des Schutzbereichs. Hierbei beruft er sich auf das in allen Mitgliedstaaten geltende Verbot des Inverkehrbringens von Betäubungsmitteln einerseits und auf geltende völkerrechtliche Verträge andererseits.<sup>226</sup> In der Literatur ist diese Vorverlagerung der (ansonsten beim *ordre public*-Vorbehalt erfolgenden) Rechtfertigungsprüfung auf die Schutzbereichsebene auf Kritik gestoßen.<sup>227</sup>

Sieht der EuGH trotz ethisch-moralischer Sensibilität eines Themas den Schutzbereich der Grundfreiheiten auch regelmäßig als eröffnet an, so hat er andererseits in den Glücksspielfällen die „sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen, die in allen Mitgliedstaaten zu Lotterien ebenso wie zu den anderen Glücksspielen angestellt“ würden, zum Anlass genommen, den Mitgliedstaaten ein **besonderes Ermessen** einzuräumen.<sup>228</sup> Hierdurch kann es zu unterschiedlichen Schutzniveaus innerhalb der EU-Mitgliedstaaten kommen.<sup>229</sup> Die einheitliche Anwendung des Unionsrechts und mit ihr das Prinzip der gegenseitigen Aner-

223 EuGH, 4.10.1991, Rs. C-159/90 (*Grogan*) Slg. 1991, I-4685, Rn 20.

224 EuGH, 24.3.1994, Rs. C-275/92 (*Schindler*) Slg. 1994, I-1039, Rn 32.

225 EuGH, 20.11.2001, Rs. C-268/99 (*Jany*) Slg. 2001, I-8615, Rn 48 f; anders noch – unter Berufung auf die Menschenwürde – BVerwGE 60, 284, 288 ff.

226 EuGH, 16.12.2010, Rs. C-137/09 (*Josemans*) Slg. 2010, I-13019, Rn 36 f, 42.

227 Vgl. *Purnhagen*, EuZW 2011, 224, 225; *Schröder*, JZ 2011, 629.

228 EuGH, 24.3.1994, Rs. C-275/92 (*Schindler*) Slg. 1994, I-1039, Rn 60 f; 21.10.1999, Rs. C-67/98 (*Zenatti*) Slg. 1999, I-7289, Rn 14 f; 8.9.2009, Rs. C-42/07 (*Liga Portuguesa*) Slg. 2009, I-7633, Rn 57.

229 Vgl. EuGH, 21.10.1999, Rs. C-67/98 (*Zenatti*) Slg. 1999, I-7289, Rn 34; 8.9.2009, Rs. C-42/07 (*Liga Portuguesa*) Slg. 2009, I-7633, Rn 58.

kennung werden auf diese Weise nicht unerheblich relativiert.<sup>230</sup> Wenngleich der EuGH im Falle des Glücksspiels den Ermessensspielraum mit ethisch-moralischen Argumenten begründet, liegt diese Rechtsprechung doch in gewisser Weise im Trend.<sup>231</sup> Insbesondere zum Schutz der Gesundheit der Gesamtbevölkerung – und damit zumindest indirekt auch aus Gründen des Grundrechtsschutzes (Art. 3 GRC) – hat der EuGH den Mitgliedstaaten einen nicht unerheblichen Ermessensspielraum gewährt.<sup>232</sup> Zu beklagen ist allerdings, dass die EuGH-Rechtsprechung zu den Ermessensspielräumen einen dogmatisch weit weniger gesicherten Unterbau aufweist als die vergleichbare EGMR-Rechtsprechung.<sup>233</sup>

#### b) Grundrechte

- 68 Der Sache nach fällt der Fall *Omega* insofern noch in die vorgenannte Kategorie, als die Grundfreiheiten den Ausgangspunkt der Überlegung – es ging um die Gemeinschaftskonformität eines behördlichen Verbots simulierter Tötungsspiele – bildeten. Im Unterschied zu den soeben behandelten Fällen wurde die Untersagung innerstaatlich allerdings mit einem Verstoß gegen die Menschenwürde begründet,<sup>234</sup> und das rechtfertigt die gesonderte Behandlung. Das hierzu ergangene Urteil des EuGH weist eine erhebliche Ambivalenz auf. Einerseits betont der EuGH die Bedeutung der Menschenwürde auf Gemeinschaftsebene. Andererseits lässt er jedenfalls im Ergebnis zu, dass von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat **unterschiedliche Menschenwürdestandards** zur Anwendung kommen. In diesem Zusammenhang war vom vorlegenden BVerwG ausdrücklich gefragt worden, ob die Glücksspiel-Rechtsprechung in dem Sinne zu verstehen sei, dass eine gemeinsame Rechtsüberzeugung in *allen* Mitgliedstaaten Voraussetzung für die Befugnis sei, eine vom EG-Vertrag geschützte Dienstleistung nach Ermessen einzuschränken,<sup>235</sup> was der Gerichtshof der Sache nach verneint.<sup>236</sup>
- 69 Dieses Urteil ist in der Literatur überwiegend dahin gedeutet worden, dass der EuGH hier auf die mitgliedstaatliche Identität i.S.v. Art. 4 Abs. 2 EUV, konkret also auf die **besondere Stellung** der Menschenwürde in der deutschen Rechtsordnung, habe Rücksicht nehmen wollen.<sup>237</sup> Aus unionsrechtlicher Sicht erscheint es indes problematisch, den Mitgliedstaaten je nach ihren historischen Erfahrungen bei einzelnen Grundrechten besondere Zugeständnisse zu machen. Die Unionsgrundrechte sind vom EuGH bekanntlich nur deshalb entwickelt (und die Berufung auf entsprechende nationale Grundrechtsverbürgungen ausgeschlossen) worden, weil anderenfalls die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts nicht hätte gewährleistet werden können.<sup>238</sup> Dementsprechend weist die Generalanwältin im Fall *Omega* zutreffend darauf hin, der EuGH habe es von der frühesten Phase seiner

---

230 Vgl. *Dederer*, NJW 2010, 198, 199.

231 So auch *Dederer*, NJW 2010, 198, 199.

232 Vgl. EuGH, 11.9.2008, Rs. 141/07 (Kommission/Deutschland) 2008, I-6935, Rn 51; 19.5.2009, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a.) Slg. 2009, I-4171, Rn 19; 1.6.2010, verb. Rs. C-570/07 und 571/07 (Blanco Pérez und Chao Gómez) Slg. 2010, I-4629, Rn 44.

233 Vgl. *Koenig*, EWS 2008, 517 f; siehe auch *Walter*, S. 127, 144 f.

234 OVG Münster, NWVBl. 2001, 94, 95.

235 BVerwGE 115, 189, 190.

236 EuGH, 14.10.2004, Rs. C-36/02 (*Omega*) Slg. 2004, I-9609.

237 Vgl. *Calliess*, S. 133, 165; *von Danwitz*, EuR 2008, 769, 784; *Gärditz* (Fn. 183), S. 32; *Wallau*, S. 99 f; andeutungsweise auch *Schwarze*, NJW 2005, 3459, 3461; *Walter*, S. 127, 144.

238 Vgl. EuGH, 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) Slg. 1970, 1125, Rn 3.

Rechtsprechung an abgelehnt, „auf mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnungen basierende Einwendungen gegen die Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht gelten zu lassen“.<sup>239</sup>

Noch problematischer erscheint es freilich, wenn das *Omega*-Urteil in eine Reihe mit anderen Judikaten wie etwa demjenigen im Fall *Schmidberger* gestellt wird.<sup>240</sup> Im Unterschied zum Fall *Omega* ging es dort nämlich nicht um ethisch-moralisch sensible Fragestellungen, sondern um einen „gewöhnlichen“ Konflikt zwischen der Dienstleistungsfreiheit und der Meinungsfreiheit. Dass der EuGH dem betroffenen Mitgliedstaat in diesem Fall ein „weites Ermessen“ eingeräumt hat,<sup>241</sup> kann daher nicht an Besonderheiten der mitgliedstaatlichen Identität liegen. Mit dem Generalanwalt<sup>242</sup> wird man die Weite des Ermessens im Fall *Schmidberger* vielmehr damit begründen können, dass es nicht um einen Staat-Bürger-Konflikt ging, sondern der Staat einen Ausgleich zwischen verschiedenen Grundrechtsträgern herstellen musste (in der Terminologie des BVerfG lag ein „mehrpoliges Grundrechtsverhältnis“<sup>243</sup> vor).

Die Bedenken hinsichtlich einer Sonderstellung der Menschenwürde im Fall *Omega* werden schließlich erhärtet, wenn man sich die Begründungsstruktur des EuGH vergegenwärtigt. Anders als im Fall *Schmidberger* nimmt der Gerichtshof nämlich keine direkte Abwägung zwischen Grundfreiheit und Grundrecht vor, vielmehr kommt die Menschenwürde nur indirekt im Rahmen des Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ (Art. 46, 55 EG, heute Art. 52, 62 AEUV) zum Tragen.<sup>244</sup> Hinsichtlich des Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ entsprach es aber durchaus schon der vorherigen Rechtsprechung, dass dieser „von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein“ könne.<sup>245</sup> Die Hinnahme einer gewissen Uneinheitlichkeit der Unionsrechtsordnung ist mit Blick auf den ordre public-Vorbehalt somit schon im Normprogramm des Art. 46 AEUV selbst enthalten und bedarf keiner zusätzlichen Abstützung über Art. 4 Abs. 2 EUV. Es bleibt der für den EuGH ungewöhnliche Befund, dass unterschiedliche Schutzniveaus zwischen den Mitgliedstaaten toleriert werden. In diesem Punkt berührt sich die EuGH-Rechtsprechung mit der Margin of appreciation-Doktrin des EGMR.

Die entgegengesetzte Tendenz<sup>246</sup> begegnet im Fall *Brüstle*. Gegenstand dieses Falles war u.a. die Frage, von welchem Zeitpunkt an eine Eizelle als „menschlicher Embryo“ im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c RL 98/44/EG zu gelten habe. Ganz im Gegensatz zur vergleichbaren Rechtsprechung des EGMR (Rn. 63) vermeidet der EuGH die Festlegung nicht, sondern entscheidet in der Sache, nämlich im Sinne eines möglichst frühzeitigen Schutzes.<sup>247</sup> Er selbst weist dabei auf die gesellschaftspolitische Sensibilität des Themas sowie

239 GA *Stix-Hackl*, 18.3.2004, Rs. C-36/02 (*Omega*) Slg. 2004, I-9609, Rn 68. Deutlich zu weit daher *Bleckmann*, Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union, 2011, S. 313: Die *Omega*-Entscheidung begründe eine „Ausnahme vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts zugunsten der deutschen Menschenwürdegarantie“.

240 Eine solche unreflektierte Gleichsetzung findet sich freilich in EuGH, 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*Viking*) Slg. 2007, I-10779, Rn 46; 18.12.2007, Rs. C-341/05 (*Laval*) Slg. 2007, I-11767, Rn 94; aus der Literatur vgl *von Danwitz*, EuR 2008, 769, 784; dem folgend *Streinz*, AöR 135, 2010, 1, 20; siehe auch *Bleckmann* (Fn. 228), S. 309 ff.

241 EuGH, 12.6.2003, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*) Slg. 2003, I-5659, Rn 82.

242 Vgl GA *Jacobs*, 11.7.2002, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*) Slg. 2003, I-5659, Rn 106.

243 BVerfGE 111, 307, 324.

244 Vgl *Jestaedt*, Jura 2006, 127, 130 f.; *Wollenschläger* in Hatje/Müller-Graff (Hg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), § 8, Rn 27; siehe auch *Bleckmann* (Fn. 228), S. 310, allerdings mit m.E. unzutreffenden Schlussfolgerungen.

245 EuGH, 4.12.1974, Rs. 41/74 (*Van Duyn*) Slg. 1974, 1337, Rn 18/19; 27.10.1977, Rs. 30/77 (*Boucherau*) Slg. 1977, 1999, Rn 33/35.

246 Den Gegensatz zur Glücksspiel-Rechtsprechung betont auch *Spranger*, CMLR 49 (2012), 1197, 1204.

247 Krit. zur vereinheitlichenden Tendenz des Urteils *Taupitz*, GRUR 2012, 1 f; entsprechende Kritik an den Schlussanträgen des GA äußern *Laimböck/Dederer*, GRURInt 2011, 661, 662 ff.

auf die „unterschiedlichen Traditionen und Werthaltungen“ zwischen den Mitgliedstaaten hin. Zu diesen Fragen habe er indes keine Stellung zu nehmen, sondern allein die Richtlinie juristisch auszulegen.<sup>248</sup> An diesem Argument ist so viel wahr, als dass unmittelbarer Gegenstand des Urteils nicht der Begriff des menschlichen Lebens gem. Art. 2 GRC war.<sup>249</sup> Andererseits verweist der EuGH jedoch seinerseits auf das Ziel der Richtlinie, die Grundrechte und *vor allem die Menschenwürde* zu wahren.<sup>250</sup> Das setzt doch wohl voraus, dass dem menschlichen Embryo im Sinne der Richtlinie überhaupt schon Menschenwürde zukommt. Angesichts der ohnehin vorhandenen Tendenz, Primär- und Sekundärrecht miteinander zu vermischen,<sup>251</sup> wäre es sehr erstaunlich, wenn der EuGH bei den Art. 1 und 2 GRC den befruchteten Embryo vom Schutzbereich ausnähme. Dementsprechend wird in der Literatur bereits eine diesbezügliche Festlegung des EuGH auch für die Unionsgrundrechte angenommen.<sup>252</sup>

### 3. Stellungnahme

- 73 Um die vorstehend sichtbar gewordenen Differenzen zwischen EGMR und EuGH beim Umgang mit ethisch-moralisch sensiblen Fragestellungen richtig einordnen zu können, erscheint es angebracht, auf die unterschiedlichen Funktionen beider Gerichtshöfe zu verweisen: Aufgabe des EGMR ist insoweit der Schutz eines zwar europaweit einheitlichen, jedoch als **Mindeststandard** (Art. 53 EMRK) konzipierten Menschenrechtsschutzes. Die Margin of appreciation-Doktrin erhält vor diesem Hintergrund ihren Sinn, insbesondere auch ihre aus Sicht der deutschen Grundrechtsdogmatik ungewohnte Anwendung bereits auf Schutzbereichsebene (Rn 63). Durch die Handhabung der Margin of appreciation-Doktrin hat es der EGMR in der Hand, das Maß an Rechtsvereinheitlichung innerhalb der Europaratsstaaten zu steuern. Die Kritik, die an einzelnen, als zu stark rechtsvereinheitlichend angesehenen Urteilen des EGMR geübt wird, zielt gerade auf diesen Punkt.<sup>253</sup>
- 74 Die Rolle des EuGH ist verglichen damit von vornherein eine grundlegend andere, stand doch die **Rechtsvereinheitlichung** von Beginn an im Zentrum des Projekts der Europäischen Gemeinschaften.<sup>254</sup> Der primär ökonomische Zugriff des europäischen Einigungsprojekts brachte es dabei mit sich, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung eine ökonomische Betrachtungsweise zugrunde legte, wovon die Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf ethisch-moralisch umstrittene Tätigkeiten Zeugnis gibt (Rn 65). Dieses Übergewicht des Ökonomischen ist spätestens seit der durch den Vertrag von Lissabon bewirkten Ausweitung der Ziele der Union, welche nunmehr auch die Werte der Union (u.a. Achtung der Menschenwürde und Schutz der Menschenrechte, Art. 3 Abs. 1 iVm 2 EUV) umfassen, allerdings nicht mehr in demselben Maße gerechtfertigt wie

---

248 EuGH, 18.10.2011, Rs. C-34/10 (Brüstle), Rn 30.

249 Für eine auf die Richtlinie beschränkte Relevanz auch GA Bot, 10.3.2011, Rs. C-34/10, Rn 49, der aus diesem Grund die einschlägige Rechtsprechung des EGMR zu Art. 2 EMRK für irrelevant hält.

250 EuGH, 18.10.2011, Rs. C-34/10 (Brüstle), Rn 32.

251 Vgl beispielsweise im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit Frenz, HB EuR I<sup>2</sup>, Rn 1602 ff mwN; zum methodenrechtlichen Hintergrund der „sekundärrechtskonformen Auslegung“ von Primärrecht vgl Nettesheim, EuR 2006, 737, 753 ff.

252 Vgl Grob, EuZW 2011, 910, 911; Starck, JZ 2012, 145, 146; dagegen jedoch Spranger, CMLR 49 (2012), 1197, 1205.

253 Stellvertretend die Kritik am Kammer-Urteil EGMR, 3.11.2009 (Lautsi u.a./Italien) Nr. 30814/06: Walter, F.A.Z. vom 19.11.2009, S. 8; siehe auch Augsberg/Engelbrecht, JZ 2010, 450, 455 ff. Die Große Kammer hat in diesem Fall auf die Kritik reagiert und unter deutlicher Betonung der Margin of appreciation eine Verletzung verneint, vgl Urteil vom 18.3.2011, EuGRZ 2011, 677, Rn 68 ff; hierzu Walter, EuGRZ 2011, 673, 675 f.

254 Vgl nur Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht<sup>5</sup>, § 32.



ehedem.<sup>255</sup> Der EuGH bleibt somit aufgerufen, seine Rechtsprechung stärker von den Grundrechten als von den Grundfreiheiten her zu konzipieren,<sup>256</sup> wobei sich dann unweigerlich die Frage stellt, wie sich der EuGH zur Margin of appreciation-Doktrin des EGMR zu verhalten gedenkt. Nicht bestritten werden soll hier die Befugnis des EuGH, dort, wo Rechtsvereinheitlichung im Wege der Sekundärgesetzgebung stattgefunden hat, einen genuin unionsrechtlichen Schutzstandard zugrunde zu legen. Der Fall *Brüstle* hat jedoch zugleich die Gefahren sichtbar werden lassen, die eine sekundärrechtlich inspirierte „Aufladung“ des Primärrechts mit sich bringen kann.

## V. Negative Ausübungsfreiheit?

Bei nahezu allen Rechten aus Art. 1 bis 5 GRC ist die Frage, ob sie neben der positiven Abwehrdimension auch eine **negative Seite** aufweisen, von besonderer Relevanz. Dabei geht es um Fragen wie die, ob ein freiwilliges, jedoch selbst-entwürdigendes Verhalten staatlicherseits verboten werden darf, ob neben dem Recht auf Leben auch ein Recht auf den eigenen Tod anzuerkennen sei usw. Die besondere Komplexität des Themas wird dadurch bedingt, dass einige Begrifflichkeiten nicht immer klar unterschieden werden:

So geht es bei der hier untersuchten Thematik nicht um die Frage, ob auf den Grund- und Menschenrechtsschutz wirksam *verzichtet* werden kann. Die Frage der freiwilligen Selbsttötung mit dem **Verzicht** in Verbindung zu bringen, ist schon deshalb verfehlt, weil ein Verzicht aus normtheoretischen Gründen immer nur gegenüber dem Anspruchsverpflichteten, mithin gegenüber dem Staat, nicht aber gegenüber sich selbst oder privaten Dritten erfolgen kann.<sup>257</sup> Wer sich selbst das Leben nimmt, verzichtet damit nicht auf den an die Adresse des Staates gerichteten Achtungsanspruch, also auf die (staatsgerichtete) Pflicht zur Unterlassung von Grundrechtseingriffen.<sup>258</sup> Im Verhältnis zum Staat geht es bei der Zulassung des Suizids vielmehr um die Schutzpflichtendimension, genauer: um die Frage, ob dem Betroffenen auch gegen seinen Willen ein Schutz aufgezwungen werden darf.<sup>259</sup> Die Rechtsprechung von EGMR und EuGH bieten zu den hier angesprochenen Fragestellungen unterschiedliche Ansatzpunkte, die im Folgenden darzustellen sind.

### 1. EGMR-Rechtsprechung

#### a) Art. 2 EMRK

Die Frage nach einem aus Art. 2 EMRK ableitbaren negativen Recht – also einem „**Recht zu sterben**“ – war bekanntlich Gegenstand des Falles *Pretty*. Die Beschwerdeführerin war eine vom Hals abwärts gelähmte Frau, deren unheilbare Nervenerkrankung vorhersehbar zum Tod durch Ersticken führen würde und die sich deshalb mit Unterstützung ihres Ehemannes das Leben nehmen wollte. Vor dem EGMR machte sie geltend, Art. 2 EMRK schütze nicht nur das Recht auf Leben, sondern auch das Recht, darüber zu entscheiden, ob man weiterleben wolle oder nicht. Die Bestimmung schütze das *Recht* auf Leben, nicht das Leben selbst, und aus Abs. 2 werde deutlich, dass die Vorschrift darauf abziele, Personen vor Dritten – insbesondere vor dem Staat und Behörden – zu schützen, nicht aber vor

255 Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 89; eher zurückhaltend Luczak, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, 2009, S. 384 ff.

256 Vgl Klein/Breuer, in: Bücking/Jesse (Hg.), Deutsche Identität in Europa, 2008, S. 203, 213 ff; dagegen jedoch v. Bogdandy, JZ 2001, 157, 168 ff.

257 Kneihls, S. 190, 269.

258 Vgl Hillgruber, S. 82; Schmahl, S. 180.

259 Kneihls, S. 189 ff, 268 ff spricht daher treffend vom „oktroierten Grundrechtsschutz“. Dazu krit. Fink, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR IV/1, § 88, Rn 49.

sich selbst. Deshalb erkenne Art. 2 EMRK an, dass es Sache des Einzelnen sei zu entscheiden, ob er weiterleben wolle oder nicht, und er schütze als „logisches Gegenstück“ des Rechts auf Leben auch ihr Recht zu sterben, um unvermeidliches Leid und Erniedrigung als Folge des Rechts auf Leben zu vermeiden.<sup>260</sup>

- 78 Das Argument eines mit dem positiven Freiheitsrecht „logisch“<sup>261</sup> verbundenen negativen Korrelats fand in der Rechtsprechung des EGMR insofern eine gewisse Stütze, als bei anderen Konventionsrechten – etwa der Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK – anerkannt ist, dass diese nicht nur die positive Freiheit sich zu vereinigen schützt, sondern auch die negative Freiheit, sich nicht einer Vereinigung anschließen zu müssen.<sup>262</sup> Dennoch verweigerte der EGMR einer Übertragung dieses Gedankens auf Art. 2 EMRK die Gefolgschaft. Er berief sich dabei maßgeblich auf die (schon in der offiziellen Bezeichnung der EMRK angelegte) Unterscheidung zwischen „**Rechten**“ und „**Freiheiten**“: Während der Begriff der Freiheit gewisse Wahlmöglichkeiten hinsichtlich ihrer Ausübung einschließt, könne das Recht auf Leben nicht ohne sprachliche Verrenkung in ein Recht zu sterben uminterpretiert werden.<sup>263</sup> Damit nimmt der EGMR, wenn auch eher in angedeuteter Art und Weise, bei der aus der deutschen verfassungsrechtlichen Diskussion bekannten Unterscheidung zwischen „**Handlungs-**“ und (bloßen) „**Schutzrechten**“ Anleihe. Eine negative Grundrechtskomponente, so die Argumentation, könne nur bei Handlungsrechten anerkannt werden, bei denen dem Grundrechtsträger die Alternative zwischen Tun und Unterlassen eröffnet werde. Schutzrechte hingegen schützten lediglich bestimmte Sphären oder Bereiche, gestatteten aber keine Freiheitsbetätigung. Sie seien statische Rechte des „**Habens**“, nicht dynamische Rechte des „**Dürfens**“.<sup>264</sup>
- 79 Diese Argumentation ist indes abzulehnen. Sie verkennt, dass den Freiheitsrechten insgesamt und nicht nur den sog. Handlungsrechten der (letztlich aus dem Menschenwürdekern aller Grundrechte ableitbare) **Autonomiegedanke** innewohnt. In der Konsequenz dessen liegt es, die Verfügungsbefugnis des Einzelnen auch über sein Leben anzuerkennen.<sup>265</sup> Das aber bedeutet, dass jeder das Recht hat, mit seinem Leben in der einen oder anderen Weise umzugehen: indem er lebt, indem er sein Leben (durch gefährliche Sportarten, durch Verweigerung einer Heilbehandlung angesichts einer todbringenden Krankheit o.Ä.) gefährdet oder aber in letzter Hinsicht, indem er sich das Leben nimmt. Die für die Annahme einer negativen Grundrechtskomponente geforderte Handlungsalternativität ist damit gegeben. Wer das Verfügungsrecht über das Leben leugnet, kommt nicht umhin, das Leben sogar für den Grundrechtsträger selbst als unverfügbar zu bezeichnen.<sup>266</sup> Dann aber wird aus dem *Grundrecht* auf Leben eine **Grundpflicht zu leben**,<sup>267</sup> was der freiheitli-

---

260 EGMR, 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich) Nr. 2346/02, EuGRZ 2002, 234, Rn 35; hierzu die Anm. *Kneihls*, aaO, S. 242 ff; *Ress*, in: FS Fischer, 2004, S. 435 ff.

261 Hierzu auch *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 49 f, (krit.) 225 ff; *Kneihls*, S. 180, jeweils mwN.

262 EGMR, 13.8.1981 (Young, James und Webster/Vereinigtes Königreich) Nr. 7601/76 u.a., EGMR-E 1, 554, Rn. 52; EGMR, 30.6.1993 (Sigurdur A. Sigurjónsson/Island) Nr. 16130/90, ÖJZ 1994, 207, Rn 35.

263 EGMR, 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich) Nr. 2346/02, EuGRZ 2002, 234, Rn 39.

264 Stellvertretend *Merten*, in: ders./Papier (Hg.), HB GR II, § 42, Rn 7 f.

265 Ebenso *Fink*, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR IV/1, § 88, Rn 48; *Heselhaus/Nowak/Heselhaus/Rixen*, § 10, Rn 10; aA *Hellermann* (Fn. 250), S. 136 f; im Ansatz wie hier auch *Kneihls*, S. 267, der dann aber (S. 268) mit Rücksicht auf die Schrankenregelung des Art. 2 EMRK zu dem Ergebnis kommt, dass diese nur auf den Schutz des Lebens zugeschnitten seien, weshalb eine negative Seite bei diesem Konventionsrecht ausscheide.

266 So *Lorenz*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR VI<sup>2</sup>, § 128, Rn 62; krit. hierzu *Kneihls*, S. 269 f mit Fn. 1156.

267 Siehe auch *Hillgruber*, S. 82; eine derartige Pflicht lehnt *Lorenz*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR VI<sup>2</sup>, § 128, Rn 62, allerdings gleichwohl ab.

chen Zielrichtung der Grund- und Menschenrechte gerade widerspräche. Letztlich erscheint die These von der Unverfügbarkeit des Lebens stark durch religiöse Vorstellungen (Gottgegebenheit des Lebens) geprägt.<sup>268</sup> Was aber einer Religion angemessen erscheint – nämlich den Einzelnen zum Guten und Sinnvollen anzuleiten –, das erscheint aus der Sicht eines freiheitlichen Grundrechtsverständnisses als Bevormundung, als falsch verstandener Paternalismus.<sup>269</sup> Die grundrechtlich geschützte Freiheit ist eben nicht nur die Freiheit zu gutem, sinnhaftem Tun, sondern ebenso zu einem aus Sicht der Mehrheit sinnlosen Handeln.<sup>270</sup>

Akzeptiert man daher, dass der Einzelne ein grundrechtlich geschütztes Recht hat, über sein Leben zu verfügen, so erscheint es sachnäher, dieses Recht bei Art. 2 EMRK zu verorten als beim Recht auf Selbstbestimmung.<sup>271</sup> Die Entscheidung des EGMR im Fall *Pretty*, ein etwaiges Recht auf Selbsttötung aus dem Schutzbereich des Art. 2 EMRK auszuklamern und dieses stattdessen dem weit verstandenen Recht auf Privatleben (im Sinne eines **Rechts auf Autonomie**) aus Art. 8 EMRK zu unterstellen, dürfte denn auch eher durch die **leichtere Rechtfertigbarkeit** motiviert gewesen sein: Art. 8 Abs. 2 EMRK bietet ein wesentlich flexibleres Instrumentarium der Rechtfertigung als Art. 2 Abs. 2 EMRK, bei dem der EGMR jedenfalls bislang von einer abschließenden Aufzählung der Rechtfertigungsgründe ausgeht (Rn. 38). 80

#### b) Art. 3 EMRK

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich anhand der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK erhärten, wenngleich diese Rechtsprechung nicht frei von Widersprüchen ist. Die einschlägigen Urteile betreffen jeweils das Recht auf körperliche Unversehrtheit, welche zwar in der EMRK als solche nicht geschützt ist, über das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung jedoch zumindest in Teilaspekten miterfasst wird. So hat der EGMR im Fall *V.C.* den Art. 3 EMRK dazu genutzt, die Bedeutung des **Prinzips des sog. informed consent** im Zusammenhang mit medizinischen Eingriffen herauszustellen. Konkret ging es um eine Roma-Angehörige, die im Alter von 20 Jahren im Rahmen der Kaiserschnittgeburt ihres zweiten Kindes sterilisiert worden war. Dabei war der Betroffenen in der Endphase ihrer Wehen eröffnet worden, dass bei der nächsten Geburt eines Kindes entweder sie oder das Kind sterben würde. Die Frau hatte daher formal in die Sterilisation eingewilligt, freilich ohne sich der Tragweite ihrer Entscheidung bewusst zu sein. Der EGMR bejahte hier eine Verletzung des Art. 3 EMRK, da die Grundsätze des *informed consent* nicht gewahrt worden seien.<sup>272</sup> 81

Hieraus folgt, dass mit Blick auf die körperliche Unversehrtheit ein entsprechendes **Verfügungsrecht des Einzelnen** anerkannt wird. Der EGMR bezweifelt nicht die medizinische Notwendigkeit der Sterilisation, betont aber gleichwohl, dass die Betroffene als geistig gesunde Person ihren *informed consent* zu dem Eingriff hätte geben müssen.<sup>273</sup> Anders gewendet folgt daraus ein Recht der Betroffenen gegenüber dem von der öffentlichen Hand geführten Krankenhaus, sich auch gegen die eigene Gesundheit entscheiden zu dürfen. 82

---

268 Ebenso *Schwarzburg*, S. 199; vgl auch *Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 9 f.

269 Vgl *Schmahl*, S. 171.

270 Vgl *Gärditz* (in diesem Band), § 4, Rn 34, 41.

271 Ebenso *Heselhaus/Nowak/Heselhaus/Rixen*, § 10, Rn 10; anders die hM in Deutschland, vgl *Deger*, NVwZ 2001, 1229, 1230; *Hillgruber*, S. 83 f; *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG<sup>11</sup>, Art. 2, Rn 8; *Sachs/Murswiek*, GG<sup>6</sup>, Art. 2, Rn 211; *Schmahl*, S. 182 f; *Schwabe*, JZ 1998, 66, 69; dagegen *Lorenz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HStR VI<sup>2</sup>, § 128, Rn 62 mwN.

272 EGMR, 8.11.2011 (V.C./Slowakei) Nr. 18968/07, Rn 106 ff; bestätigt in EGMR, 12.6.2012 (N.B./Slowakei) Nr. 29518/10, Rn 71 ff.

273 EGMR, 8.11.2011 (V.C./Slowakei) Nr. 18968/07, Rn 110.

Das Verhalten des Krankenhauspersonals, so der EGMR wörtlich, sei paternalistisch gewesen, da der Betroffenen keine Wahl gelassen worden sei, als in die für notwendig erachtete Behandlung einzuwilligen. Gerade das sei aber im Interesse der Patientenautonomie erforderlich gewesen.<sup>274</sup>

- 83 Diese Ausführungen stehen allerdings unter einem gewichtigen Vorbehalt: So weist der EGMR im *V.C.*-Fall darauf hin, dass Sterilisierung generell nicht als lebensrettende Maßnahme gelte und auch im vorliegenden Fall kein Notfall mit dem unmittelbaren Risiko irreparabler Schäden vorgelegen habe.<sup>275</sup> Damit deutet der Gerichtshof an, dass bei akuter Lebensgefahr für die Frau eine Behandlung möglicherweise auch gegen deren Willen konventionsrechtlich zulässig gewesen wäre. Dies wiederum trifft sich mit Aussagen, die der EGMR in anderem Zusammenhang getätigt hat. So findet sich in dem deutschen Fall *Jalloh* der (später sentenzartig wiederholte) Stehsatz, eine Maßnahme, die nach anerkannten medizinischen Grundsätzen therapeutisch notwendig sei, könne grundsätzlich nicht als unmenschlich oder erniedrigend angesehen werden. Als Beispiel hierfür nennt der EGMR die Zwangsernährung eines die Nahrungsaufnahme bewusst verweigernden Gefangenen, wenn damit dessen Leben gerettet werden soll.<sup>276</sup> Die hinter beiden Urteilen als mögliche *ratio* aufscheinende **Unverfügbarkeit des menschlichen Lebens** (im Gegensatz zur menschlichen Gesundheit) sogar für den Grundrechtsträger selbst passt auf den ersten Blick zu dem Ansatz im Fall *Pretty* und der dortigen Weigerung des EGMR, eine negative Seite des Lebensrechts anzuerkennen. Allerdings lässt sich gerade der Fall *Pretty* nicht als Autorität für die Unverfügbarkeit des menschlichen Lebens anführen, hat der EGMR doch das Recht zur Selbsttötung als Ausdruck des freien Selbstbestimmungsrechts dem Schutz des Art. 8 EMRK unterstellt.
- 84 Hieran wird deutlich, dass sich der Schutz des menschlichen Lebens wie der körperlichen Unversehrtheit gegen den frei gebildeten Willen des Grundrechtsträgers nicht überzeugend aus der EMRK herleiten lässt. Vielmehr ist dem Leitmotiv des Falles *V.C.* beizupflichten, nämlich dem Gedanken des **Vorrangs der Patientenautonomie** und der damit einhergehenden Befugnis des Einzelnen, auch eine aus medizinischer Sicht unvernünftige Entscheidung zu treffen. Wenn nun ein derartiges Verfügungsrecht im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit anzuerkennen ist, so besteht kein Grund, beim Recht auf Leben anders zu verfahren.<sup>277</sup>

## 2. Primärrecht und EuGH-Rechtsprechung

### a) Primärrecht

- 85 Die zu Art. 3 EMRK angestellten Überlegungen lassen sich zunächst insofern auf die Grundrechtecharta übertragen, als das Prinzip des *informed consent* in Art. 3 Abs. 2 lit. a GRC für die Unionsrechtsordnung explizit festgeschrieben wird. Der Gedanke der **grundrechtlich gewährleisteten Autonomie** – und sei es auch gegen überwiegende gesellschaftliche Vorstellungen – trägt also auch hier. Allerdings wird der Einwilligungsprinzip in einem Teilssegment durch Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC überlagert, welcher die Gewinnerzielung mit Teilen des menschlichen Körpers verbietet. Unzulässig ist zwar nicht schon eine Or-

274 EGMR, 8.11.2011 (*V.C./Slowakei*) Nr. 18968/07, Rn 114.

275 EGMR, 8.11.2011 (*V.C./Slowakei*) Nr. 18968/07, Rn 110.

276 EGMR (GK), 11.7.2006 (*Jalloh/Deutschland*) Nr. 54810/00, EuGRZ 2007, 150, Rn 69; bestätigt in EGMR, 5.4.2005 (*Nevmerzhitsky/Ukraine*) Nr. 54825/00, Rn 94; EGMR, 19.6.2007 (*Ciorap/Moldawien*) Nr. 12066/02, Rn 77.

277 Ebenso Heselhaus/Nowak/*Heselhaus/Rixen*, § 10, Rn 10.

ganentnahme als solche (nämlich im Fall der Unentgeltlichkeit), wohl aber die entgeltliche Verfügung über den eigenen Körper.<sup>278</sup>

Sucht man nach Gründen für diese Form des Paternalismus,<sup>279</sup> gelangt man zu Art. 21 BMK als dem Vorbild für Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC (s. Rn. 54). Der Erläuternde Bericht zu BMK begründet das Kommerzialisierungsverbot ganz allgemein mit einem Verweis auf die Menschenwürde.<sup>280</sup> Freilich ist dieses Argument schon im Ansatz problematisch, da die menschliche Autonomie ihrerseits in der Menschenwürde wurzelt.<sup>281</sup> Das bedeutet nicht, dass das primäre Ziel des Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC, nämlich den ausbeuterischen Organhandel unter Ausnutzung der finanziellen Bedürftigkeit von Menschen insbesondere in unterentwickelten Ländern zu verhindern,<sup>282</sup> nicht mit der Menschenwürde in Einklang stünde. Dieses Ziel ließe sich jedoch schon mit dem **Freiwilligkeitserfordernis**, letztlich also dem Prinzip des *informed consent*, erreichen. Wo an der Freiwilligkeit keine Zweifel bestehen, bewirkt das Kommerzialisierungsverbot eine Verkürzung der individuellen Autonomie. Als Setzung<sup>283</sup> des Konvents ist diese Begrenzung des negativen Grundrechts aus Art. 3 GRC gleichwohl hinzunehmen.

Dass Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC **nicht** im Sinne eines **umfassenden Kommerzialisierungsverbots** für jegliche Körpersubstanz aufzufassen ist, belegt im Übrigen die Diskussion um die Reichweite des Warenbegriffs aus Art. 34 AEUV. Dem ethischen Neutralitätsgrundsatz des EuGH im Bereich der Dienstleistungsfreiheit entsprechend (vgl Rn. 65, 67) wird auch im Bereich des Art. 34 AEUV allein eine ökonomische Betrachtung befürwortet. Ethisch-moralische Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten sind dementsprechend (erst) auf der Rechtfertigungsebene durch die Gewährung von Ermessensspielräumen abzufedern.<sup>284</sup> Dem entspricht die Rechtsprechung des EuGH zum Handel mit Blutspenden, wobei der Gerichtshof die österreichische Regelung, die sogar die Erstattung von Aufwendungen im Zusammenhang mit Blutspenden ausschloss, wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zu weitgehend beanstandete.<sup>285</sup>

#### b) EuGH-Rechtsprechung

Was die weitere EuGH-Rechtsprechung angeht, ist zunächst an den bereits behandelten *Omega*-Fall zu denken, sah sich der Gerichtshof doch hier mit dem ganz besonderen, der deutschen Rechtsordnung eigentümlichen Verständnis von Menschenwürde konfrontiert. Rechtsprechung und Lehre in Deutschland haben in verschiedenen Konstellationen das Dogma von der Unverfügbarkeit der Menschenwürde aktiviert, um Menschen vor (angeblich) **selbstentwürdigenden Verhaltensweisen** zu schützen: So hat das BVerwG in seiner früheren Rechtsprechung die Prostitution noch als eine „mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarende Art der Erzielung von Einkünften“ qualifiziert.<sup>286</sup> In seiner Peep-Show-Ent-

278 Frenz, HB EuR IV, Rn 982; Tettinger/Stern/Höfling, GRC, Art. 3, Rn 21; siehe auch Heselhaus/Nowak/Rixen, § 11, Rn 32.

279 Vgl die Zitate aus der Literatur zum deutschen Transplantationsgesetz bei Schwarzburg, S. 188 mit Fn. 699: „Strafrechtspaternalismus“ sowie „strafbewehrte Menschenwürdepflicht“.

280 Erläuternder Bericht, Rn 131.

281 Schwarzburg, S. 188.

282 Vgl näher Schwarzburg, S. 169, 173 ff.

283 Vgl *mutatis mutandis* Heselhaus/Nowak/Rixen, § 9, Rn 30 (zum Klonverbot aus Art. 3 Abs. 2 lit. d GRC): „Dezision“, die die „Notwendigkeit der Reflexion auf den Gehalt des Menschenwürde-Prinzips [unterbindet]“.

284 Ebenso Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV, Rn 121; Ehlers/Epiney, EU-Grundrechte, § 8, Rn 11; differenzierend Frenz, HB EuR I<sup>2</sup>, Rn 701 f; Schwarzburg, S. 181 f; siehe auch Streinz/Kamann, EUV/AEUV, Art. 28 AEUV, Rn 16.

285 EuGH, 9.12.2010, Rs. C-421/09 (Humanplasma) Slg. 2010, I-12869.

286 BVerwGE 22, 286, 289; 60, 284, 289.

scheidung befand das Gericht die Zurschaustellung der Frau als reines Lustobjekt für menschenwürdevidrig.<sup>287</sup> Entsprechendes gilt für die Entscheidung des VG Neustadt zum sog. Zwergenweitwurf.<sup>288</sup> Darüber hinaus sind in der Literatur etwa auch das Sendeformat „Big Brother“<sup>289</sup> oder die Ausstellung „Körperwelten“<sup>290</sup> zT als Verstoß gegen die Menschenwürde gewertet worden.

- 89 Für den vorliegenden Zusammenhang ist allerdings entscheidend, dass im *Omega*-Fall die innerstaatliche Rechtsprechung nicht auf eine etwaige Selbstentwürdigung der Teilnehmer an den simulierten Tötungsspielen abstellte. Das BVerwG hob in seinem Vorlagebeschluss vielmehr hervor, die Spieler stünden sich im Kampfgeschehen prinzipiell „chancengleich“ gegenüber. Das lege es nicht nahe, in dem einen Mitspieler ein Objekt zu sehen, welches dem anderen hilflos ausgeliefert sei.<sup>291</sup> Für das BVerwG war ganz im Gegenteil ausschlaggebend, dass durch simulierte Tötungsspiele bei den Spielteilnehmern ein Einstellungswandel dahingehend befördert werden könne, dass der jedem Menschen zukommende „fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch“ geleugnet werde.<sup>292</sup> Letztlich rechtfertigt das BVerwG die Untersagungsverfügung also mit dem **Schutz der Gesellschaft** (und ihrer Werte), nicht aber mit dem Schutz des Einzelnen vor sich selbst. Der *Omega*-Fall erweist sich in diesem Punkte somit als unergiebig.
- 90 Anders verhält es sich aber mit der ebenfalls schon referierten EuGH-Rechtsprechung zur Prostitution. Indem der EuGH ungeachtet verbreiteter moralischer Bedenken die Berufung Prostituerter auf die Dienstleistungsfreiheit zuließ, entschied er zumindest implizit gegen einen „aufgedrängten“ Würdeschutz und damit gegen ein paternalistisch geprägtes Menschenwürdeverständnis. Die Entscheidung sollte allerdings mit Zurückhaltung herangezogen werden, da sich eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Würdeproblematik in ihr nicht findet. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung nicht im Sinne eines negativen Freiheitsrechts, also eines „Rechts zur Selbstentwürdigung“ verstanden werden darf. Die Prostituierte, die ihre Tätigkeit tatsächlich freiwillig ausübt, „verfügt“ damit – anders als in den Fällen zum Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit – nicht über ihre Menschenwürde. Denn die Menschenwürde ist nichts von außen Vorgegebenes, sondern das **Ergebnis eigener Selbstwahrnehmung**.<sup>293</sup> Die Tätigkeit einer Prostituierten mag den Würdevorstellungen breiter Bevölkerungsschichten widersprechen, doch hängt das Verständnis der Menschenwürde primär vom Selbstverständnis des jeweils Betroffenen ab.<sup>294</sup> Dies anzuerkennen, fordert gerade der in der Menschenwürde angelegte Autonomiegedanke.

## VI. Entindividualisierter Grundrechtsschutz?

- 91 Fragestellungen aus dem Bereich der Biomedizin bilden den Hintergrund gewisser Tendenzen innerhalb der (primär deutschen) Lehre, einen vom einzelnen **Individuum losgelös-**

---

287 BVerwGE 64, 274, 278; zu dieser und den nachfolgend aufgeführten Fallbeispielen vgl eingehend *Suchomel*, S. 20 ff.

288 VG Neustadt, NVwZ 1993, 98, 99.

289 Vgl *Hinrichs*, NJW 2000, 2173 ff.

290 Vgl *Finger/Müller*, NJW 2004, 1073, 1076 f; *Thiele*, NVwZ 2000, 405, 407; aA BayVGh, NVwZ 2003, 1618, 1620.

291 BVerwGE 115, 189, 199.

292 BVerwGE 115, 189, 200.

293 Ähnlich wie hier *Suchomel*, S. 152 f, differenzierend S. 187 ff, 191 ff. Auch der EGMR stellt im Rahmen des Art. 3 EMRK bezüglich der „erniedrigenden Behandlung“ primär auf die Selbstwahrnehmung des Opfers ab, vgl EGMR, 25.4.1978 (Tyrrer/Vereinigtes Königreich) Nr. 5856/72, EGMR-E 1, 268, Rn 32; hierzu ferner *Kneibls*, S. 301 f.

294 Ebenso *Höfling*, NJW 1983, 1582, 1583; *Schmahl*, S. 172; aA *Hillgruber*, S. 106.

ten Grundrechtsschutz zu befürworten. Wie noch im Einzelnen darzulegen sein wird, gibt auf europäischer Ebene insbesondere die Grundrechtecharta dieser Diskussion neue Nahrung. Zunächst sollen jedoch auch der EMRK einige Gedanken gewidmet werden.

## 1. Die EMRK

Die Ausprägung einer überindividuellen Grundrechtskonzeption sieht sich im Rahmen der EMRK insbesondere prozessualen Hindernissen gegenüber. Das Verfahren vor dem EGMR ist mit der Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) **streng (menschen-)rechtsakzessorisch** ausgestaltet, so dass eine Geltendmachung überindividueller Interessen in diesem Rahmen nur schwer realisierbar ist. Eine objektivrechtliche Ausgestaltung hat zwar die Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK), doch spielt diese Rechtsschutzform wegen der mit ihr verbundenen außenpolitischen Implikationen in der Rechtswirklichkeit keine Rolle. Ähnliches gilt für das Gutachtenverfahren (Art. 47 EMRK). 92

Gewisse Ansätze, die Geltendmachung von Rechten losgelöst von einer eigenen Rechtsverletzung zuzulassen, ergeben sich allerdings im Umfeld des Rechts auf Leben. Insbesondere in der Fallgruppe des sog. Verschwindenlassens, wo das weitere Schicksal einer verschwundenen Person innerstaatlich oftmals nicht hinreichend aufgeklärt ist, hat der EGMR die Geltendmachung des Lebensrechts aus Art. 2 EMRK durch nahe Verwandte zugelassen.<sup>295</sup> Diese Rechtsprechung hat in dem deutschen Fall *Koch* zu einer Verurteilung der Bundesrepublik wegen fehlender gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten des Ehemannes einer zwischenzeitlich durch Suizid verstorbenen Frau geführt. Dabei hat der EGMR die Frage, ob es sich bei dem geltend gemachten Recht auf Selbsttötung um ein übertragbares Recht handele, ausdrücklich offen gelassen.<sup>296</sup> Vielmehr hat er – unter bewusstem Rückgriff auf seine Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK – ein eigenes Recht des Ehemannes aus Art. 8 EMRK bejaht, gerichtliche Rechtsbehelfe im Zusammenhang mit dem Suizidwunsch seiner Ehefrau ergreifen zu können.<sup>297</sup> Er verwies zusätzlich ausdrücklich darauf, dass es sich um Fragen von allgemeinem Interesse handele, welche über die persönliche Situation und die Interessen des Beschwerdeführers wie auch seiner verstorbenen Ehefrau hinausgingen.<sup>298</sup> Auf diese Weise kann es also in gewissem Umfang zu einer **Geltendmachung überindividueller Interessen** vor dem EGMR kommen. In Abgrenzung zu dem sogleich noch Auszuführenden ist freilich darauf hinzuweisen, dass es sich bei den hier geltend gemachten Rechten um Rechte handelte, die jedenfalls überhaupt einmal einem Individuum (nämlich der suizidwilligen Ehefrau zu deren Lebzeiten) zugestanden haben. 93

Ähnliche Überlegungen gelten für den Abtreibungsfall *Boso*. Die Besonderheit dieses Falles bestand darin, dass nicht eine abtreibungswillige Frau gegen die Restriktionen im nationalen Recht vorging, sondern dass umgekehrt ein Ehemann die Abtreibung bei seiner Frau zu verhindern suchte. Der EGMR führte hierzu aus, dass der Beschwerdeführer als potentieller Vater so unmittelbar von dem Schwangerschaftsabbruch bei seiner Frau betroffen sei, dass er das Recht auf Leben geltend machen könne.<sup>299</sup> Auch hier kommt es also zu einer **Geltendmachung überindividueller Interessen**, indes gilt auch hier das zuvor Gesagte, dass das in Anspruch genommene Konventionsrecht jedenfalls überhaupt einmal 94

---

295 Vgl. EGMR, 14.11.2000 (Taş/Türkei) Nr. 24396/94 (Vater); 18.6.2002 (Orhan/Türkei) Nr. 25656/94 (Bruder bzw. Vater); zusammenfassend EGMR, 28.7.2009 (Dvořáček und Dvořáčková/Slowakei) Nr. 30754/04, Rn 40.

296 EGMR, 19.7.2012 (Koch/Deutschland) Nr. 497/09, EuGRZ 2012, 616, Rn 42; verneinend zuvor EGMR, 26.10.2000 (Sanles Sanles/Spanien) Nr. 48335/99 (Zulässigkeitsentscheidung).

297 EGMR, 19.7.2012 (Koch/Deutschland) Nr. 497/09, EuGRZ 2012, 616, Rn 43.

298 EGMR, 19.7.2012 (Koch/Deutschland) Nr. 497/09, EuGRZ 2012, 616, Rn 45.

299 EGMR, 5.9.2002 (Boso/Italien) Nr. 50490/99 (Zulässigkeitsentscheidung).

einem Individuum zustand (die entsprechenden Ausführungen des EGMR erfolgen hilfsweise für den Fall, dass dem Fötus bereits das Lebensrecht zuzubilligen ist (zur Problematik Rn. 63).

## 2. Die Charta

- 95 Für die Grundrechtecharta gilt es zunächst, die Besonderheit des hier angesprochenen Phänomens „überindividueller Grundrechtsschutz“ herauszuarbeiten. Das Bedürfnis nach einem solchen Schutz besteht, wie erwähnt, vor allem im Bereich der modernen Biomedizin. Das sei am Beispiel des **Verbots reproduktiven Klonens** verdeutlicht: Gestützt wird dieses Verbot üblicherweise auf einen (behaupteten) Verstoß gegen die Menschenwürde. Bei genauerem Hinsehen kommen grundsätzlich zwei Referenzpunkte in Betracht: Verstoßen könnte das reproduktive Klonen zum einen gegen die **Menschenwürde des geklonten „Originals“**. Mit dieser Argumentation gelangt man indes dort nicht weiter, wo das „Original“ in die Klonierung einwilligt.<sup>300</sup> Vielmehr folgt umgekehrt aus der Menschenwürde die Autonomie des „Originals“, über seine Reproduktion disponieren zu können.
- 96 Somit ist zum anderen als zweiter Referenzpunkt die **Menschenwürde des Klons** in Betracht zu ziehen.<sup>301</sup> Problematisch allerdings ist, dass dieser noch gar nicht existiert, dass eine Würdeverletzung das Existieren eines Menschen aber gerade voraussetzt. Man könnte nun versucht sein, dieses Problem durch einen Rückgriff auf die objektive Schutzpflichtendimension zu umgehen: In der Tat kommt die objektive Schutzpflicht auch in solchen Fallkonstellationen zum Tragen, in denen ein subjektives Recht noch nicht greift. Insofern kann eine objektive Schutzpflicht dem Grunde nach zugunsten künftiger Individuen bestehen.<sup>302</sup> Entscheidend gegen eine Aktivierung der Schutzpflicht in der vorliegenden Fallkonstellation spricht jedoch die Zielrichtung, mit der das Menschenwürdeargument hier verwandt wird: Soll es doch die Entstehung des zu schützenden Menschen gerade verhindern. Dies freilich ist in sich widersprüchlich: Denn die Menschenwürde kann nicht in Anspruch genommen werden, um die Entstehung desjenigen, der durch sie geschützt werden soll, zu unterbinden. In der Konsequenz hilft also auch die objektive Schutzpflichtendimension nicht weiter.<sup>303</sup>
- 97 Vor diesem Hintergrund ist in der deutschen Literatur das Argument entwickelt worden, Art. 1 GG umfasse auch die **Menschheitswürde** im Sinne eines **Gattungsschutzes**.<sup>304</sup> Der Unterschied zu den in Zusammenhang mit der EMRK diskutierten Fällen (Rn. 93 f) ist offenkundig: Dort ging es darum, die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes durch andere Personen als den direkt Betroffenen zuzulassen, wobei aber der Grundrechtsträger jedenfalls irgendwann einmal existiert hat. Das ist bei der „Menschheitswürde“ anders: Hier geht es um einen vom einzelnen Individuum gänzlich losgelösten Grundrechtsschutz mit dem Ziel, ein bestimmtes Grundverständnis, ein bestimmtes Menschenbild – etwa das von der „naturwüchsigen“ Fortpflanzung des Menschen – zu schützen.
- 98 In der deutschen Diskussion wird als Argument gegen den Schutz einer Menschheitswürde zunächst der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 GG angeführt: Dort ist von der **Würde „des“ Menschen** die Rede, was, so das Argument, einen individuell verstandenen Grundrechts-

300 Vgl. Dreier, in: Vöneky/Wolfrum (Hg.), Human Dignity and Human Cloning, 2004, S. 77, 80; Radau, Die Biomedizinkonvention des Europarates, 2006, S. 314 f; Schwarzburg, S. 208; Wallau, S. 271; Weschka, S. 291 f.

301 Hierzu auch Radau (Fn. 288), S. 312 ff; Schwarzburg, S. 209 ff; Wallau, S. 268 ff; Weschka, S. 220 ff.

302 Vgl. Müller-Terpitz, S. 106 f.

303 Wie hier Müller-Terpitz, S. 353 f; Weschka, S. 227 f.; ähnlich Dreier (Fn. 288), S. 79; aA Wallau, S. 269 f.

304 Grundlegend Benda, NJW 1985, 1730, 1732; aus neuerer Zeit etwa – wenn auch mit Einschränkungen – Meiser, S. 129 ff; Weschka, S. 235 f.



schutz impliziere.<sup>305</sup> Für die europäische Ebene ist das Wortlautargument allerdings nur bedingt durchschlagend: Zwar ist in Art. 1 Satz 1 GRC in Anlehnung an die deutsche Terminologie ebenfalls von der Würde „des“ Menschen die Rede. Das verhält sich aber nicht in allen Sprachfassungen so, ja man kann das Argument sogar umkehren: In der überwiegenden Mehrzahl der Sprachfassungen des Jahres 2000 wird nicht von der Würde des Menschen, sondern adjektivisch von der „menschlichen Würde“ gesprochen.<sup>306</sup> Das lässt sich ohne weiteres in Richtung eines Gattungsschutzes interpretieren.<sup>307</sup> Auf der europäischen Ebene ist das Wortlautargument also bestenfalls ambivalent, eher sprechen die übrigen Wortlautfassungen für eine Deutung der Menschenwürde im Sinne eines Gattungsschutzes.

Als weiteres Argument ließe sich das in Art. 3 Abs. 2 lit. d GRC festgeschriebene Verbot reproduktiven Klonens anführen. Dieses Verbot kann, wie vorstehend dargelegt, aus einem individualistisch konzipierten Menschenwürdeverständnis nicht ohne weiteres hergeleitet werden.<sup>308</sup> Was liegt da näher, als in der **systematischen Zusammenschau** eine Bestätigung des schon im Wortlaut des Art. 1 GRC angelegten überindividuellen Menschenwürdekonzepts zu erblicken? Hinzu kommt, dass die Verbindung zwischen dem Verbot reproduktiven Klonens und der Menschenwürde bereits im sog. Klonprotokoll des Europarates<sup>309</sup> zum Ausdruck kommt, welches den Schöpfern der Charta bei ihrer Regelung als Vorbild diente.<sup>310</sup> Dort heißt es in der Präambel, die Instrumentalisierung menschlicher Lebewesen durch die bewusste Erzeugung genetisch identischer menschlicher Lebewesen verstoße gegen die Menschenwürde.<sup>311</sup> Auch wenn beim interpretativen Rückgriff auf das Klonprotokoll Zurückhaltung angebracht ist, da es bislang nur von einer Minderheit der EU-Mitgliedstaaten ratifiziert worden ist und gem. Art. 53 GRC nur solche völkerrechtlichen Verträge bei der Auslegung der Charta zu berücksichtigen sind, denen alle EU-Staaten angehören (Rn. 48), so ist der Zusammenhang doch zu offensichtlich, um vernachlässigt werden zu können.

All diese Argumente sprechen indes nicht zwingend für ein Verständnis der Menschenwürde (auch) im Sinne einer Gattungswürde. Denn in **teleologischer Hinsicht** lassen sich gewichtige Gründe gegen eine solche Annahme anführen.<sup>312</sup> In diesem Punkt berühren sich die Überlegungen mit den Ausführungen zum negativen Grundrechtsschutz: So wie die These von der Unverfügbarkeit der Menschenwürde zu einem „aufgedrängten“ Würdeschutz und damit zu einer Verkürzung der menschlichen Freiheit führt, verhält es sich auch mit dem Argument der Menschheitswürde. Die große Gefahr dieses Arguments besteht in der Beliebigkeit, mit der einzelne Grundrechtsinterpreten ihr je eigenes Menschenbild unter Rückgriff auf eine etwaige „Menschheitswürde“ anderen aufzwingen können. Letzten Endes dient der Rekurs auf die Menschenwürde im vorliegenden Zusammenhang

305 Vgl Dreier/Dreier, GG, Art. 1 I, Rn 115; Müller-Terpitz, S. 330, jeweils mwN.

306 Dän.: „menneskelige værdighed“; engl.: „human dignity“; frz.: „dignité humaine“; griech.: „ανθρώπινη αξιοπρέπεια“; ital.: „dignità umana“; niederl.: „menselijke waardigheid“; span.: „dignidad humana“.

307 Vgl Schwarzburg, S. 335; Wallau, S. 174.

308 So auch Schwarzburg, S. 213 f.

309 Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen vom 12.1.1998, ETS No. 168, deutsche Sprachfassung der Schweiz unter AS 2009 83.

310 Vgl Erläuterungen (Fn. 8), S. 18; Kersten, S. 91 f.

311 Krit. zu diesem unreflektiert hergestellten Zusammenhang Radau (Fn. 288), S. 219 ff.

312 Wie hier Aubel, Die Verwaltung 37 (2004), 229, 251 f; Dreier/Dreier, GG, Art. 1 I, Rn 120; Müller-Terpitz, S. 331 f; Suchomel, S. 96 ff (siehe auch S. 207 ff, 209 ff); Wallau, S. 175 f; grds. ferner Nettessheim, AöR 130 (2005), 71, 107 ff, allerdings mit Einschränkungen (S. 110 f).

primär der **Schaffung von Tabuzonen**,<sup>313</sup> von denen heute ja nur noch wenige existieren. Die Existenz derartiger Tabuzonen mag im Interesse der Identitätsbildung menschlicher Gesellschaften wichtig sein, doch entbindet das nicht von einer argumentativen Herleitung. Insbesondere in einer immer pluraler werdenden Gesellschaft (auf die europäische Ebene gewendet muss man sogar formulieren: *Gesellschaften*) erscheint die diskursive Verständigung über Tabus wichtiger denn je. Vor einem Rückgriff auf den Topos der Menschheitswürde, der hier eher verunklarend als erhellend wirkt, kann daher nur gewarnt werden.<sup>314</sup>

### C. Ausblick

- 101 Die Aufnahme der Menschenwürdegarantie an prominenter Stelle in Art. 1 GRC ist in der Literatur mit den Worten begrüßt worden, die Menschenwürde sei nunmehr zu einem „**Schlüsselbegriff der europäischen Wertegemeinschaft** und Verfassungsordnung“ aufgestiegen und erfordere künftig ein „Denken vom Menschen her“.<sup>315</sup> Auch wenn die Forderung nach einer stärkeren grundrechtlichen Fundierung der Unionsrechtsordnung hier geteilt wird (Rn. 74), scheinen an dieser Einschätzung vor dem Hintergrund des vorstehend Ausgeführten (Rn. 27 ff) doch Zweifel angebracht. Vielmehr steht nach hiesiger Einschätzung zu erwarten, dass der Zugriff des EuGH – jedenfalls soweit mitgliedstaatliches Handeln im Raume steht – auch weiterhin primär über die Grundfreiheiten, nicht über die EU-Grundrechte erfolgen wird. Die Tatsache, dass die Grundfreiheiten in ihren Rechtfertigungsklauseln grundrechtliche Schutzpflichten bereits verarbeitet haben, mag dem EuGH den Anreiz nehmen, eine diesbezügliche Dogmatik eigens auszuformen. Andererseits wäre es aber auch nicht von vornherein ausgeschlossen, die hinter den Art. 36, 45 Abs. 3 und 52 AEUV stehende grundrechtliche Schutzpflichtendimension offen anzusprechen. Damit würde der Gerichtshof die Anschlussfähigkeit nicht nur zur Rechtsprechung des EGMR im Bereich der *positive obligations*, sondern auch zu seiner eigenen grundfreiheitlichen Schutzpflichtendogmatik sicherstellen.
- 102 Ein Bedeutungszuwachs der EU-Grundrechte ist nach hiesiger Einschätzung eher im Bereich der **Kontrolle von EU-Rechtsakten** selbst zu erwarten. Hier hat der EuGH in der Vergangenheit die Grundfreiheiten – an sich systemfremd<sup>316</sup> – als Maßstab auch gegenüber der Gemeinschaft selbst aktiviert. Der primären Adressierung der EU-Grundrechte an die Organe der Union (Art. 51 Abs. 1 GRC) würde es entsprechen, in stärkerem Maße direkt auf die Chartarechte zurückzugreifen. Es dürfte daher kein Zufall sein, dass sowohl der Fall *Niederlande gegen Parlament und Rat*<sup>317</sup> als auch der Fall *Brüstle*<sup>318</sup> die Kontrolle bzw. Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts zum Gegenstand hatten.
- 103 Mit dem Fall *Brüstle* ist zugleich ein Problem angesprochen, das in der vorangegangenen Untersuchung deutlich geworden ist: Durch die heute vermehrt anzutreffende Bezugnahme auf die EU-Grundrechte – insbesondere auf die Menschenwürde<sup>319</sup> – in Sekundärrechtsakten der Union droht die Trennlinie zwischen primärem und sekundärem Unions-

313 Vgl. *Isensee*, in: Merten/Papier (Hg.), HB GR IV/1, § 87, Rn 142 ff; *Poscher*, JZ 2004, 756 ff.

314 Krit. auch Heselhaus/Nowak/*Rixen*, § 9, Rn 11 („Scheinargument“); Rn 30 („Dezision“, durch die „die Notwendigkeit der Reflexion auf den Gehalt des Menschenwürde-Prinzips unterbunden“ wurde); § 11, Rn 33 („prekäre“ Spezifizierung des Art. 1 GRC).

315 Meyer/*Borowsky*, GRC, Vor Titel I, Rn 1.

316 Vgl. *Kingreen*, EuGRZ 2004, 570, 575 f; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 36, Rn 109 f; allgemein hierzu *Mortelmans*, CMLR 39 (2002), 1303 ff; *Sørensen*, ELR 36 (2011), 339 ff; *Zazoff*, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, *passim*.

317 EuGH, 9.10.2001, Rs. C-377/98 (Niederlande/Parlament und Rat) Slg. 2001, I-7149.

318 EuGH, 18.10.2011, Rs. C-34/10, 18.10.2011 (Brüstle/Greenpeace).

319 Vgl. *Berlth*, S. 110 ff; *Schwarzburg*, S. 70 ff, jeweils mwN.

recht zu schwimmen (Rn. 72). Der EuGH bleibt daher aufgerufen, den Unterschied zwischen grundrechtlich Gebotenem und sekundärrechtlicher Konkretisierung klar herauszuarbeiten. Daneben haben die Überlegungen sowohl zur negativen Ausübungsfreiheit (Rn. 85 ff) als auch zum entindividualisierten Grundrechtsschutz (Rn. 95 ff) gezeigt, dass insbesondere dem Menschenwürdeargument eine gewisse Gefahr paternalistischer Bevormundung innewohnt. Hinzu kommt die Gefahr, dass eine an sich gebotene Abwägung der Interessen verschiedener Grundrechtsträger durch einen vorschnellen Rückgriff auf die Menschenwürde angesichts des absoluten Charakters derselben unterbunden wird (Rn. 13 ff). All dies spricht aus hiesiger Sicht für eine ausgesprochen **vorsichtige Handhabung** des Art. 1 GRC. Durch eine stärkere Orientierung am konkret betroffenen Einzelgrundrecht würden nicht nur die Abwägungsprozesse transparenter gestaltet, sondern zugleich die Anschlussfähigkeit der unionalen Grundrechtsordnung an die EMRK im Sinne eines „europäischen Grundrechtsverbunds“ sichergestellt.

### Verzeichnis wichtiger Entscheidungen

104

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	4.10.1991	Rs. C-159/90	Slg. 1991, I-4685	Grogan	EuZW 1993, 35 = NJW 1993, 776
EuGH	24.3.1994	Rs. C-275/92	Slg. 1994, I-1039	Schindler	EuZW 1994, 311 = NJW 1994, 2013
EuGH	9.12.1997	Rs. C-265/95	Slg. 1997, I-6959	Kommission/ Frankreich	EuZW 1998, 84 = NJW 1998, 1931
EuGH	9.10.2001	Rs. C-377/98	Slg. 2001, I-7149	Niederlande/ Parlament und Rat	EuR 2002, 67 = EuZW 2001, 691
EuGH	12.6.2003	Rs. C-112/00	Slg. 2003, I-5659	Schmidberger	EuZW 2003, 592 = NJW 2003, 3185
EuGH	14.10.2004	Rs. C-36/02	Slg. 2004, I-9609	Omega	NVwZ 2004, 1471 = EuZW 2004, 753
EuGH	9.12.2010	Rs. C-421/09	Slg. 2010, I-12869	Humanplasma	EuZW 2011, 188 = GRUR Int 2011, 252
EuGH	16.12.2010	Rs. C-137/09	Slg. 2010, I-13019	Josemans	EuZW 2011, 219 = EuGRZ 2011, 37
EuGH	18.10.2011	Rs. C-34/10		Brüstle/Green- peace	EuR 2012, 323 = EuZW 2011, 908
EuGH	21.12.2011	verb. Rs. C-411/10 und C-493/10		N.S. u.a.	NVwZ 2012, 417
EuGH	27.9.2012	Rs. C-179/11		Cimade und GIS- TI	NVwZ 2012, 1529
EuGH	26.2.2013	Rs. C-617/10		Åkerberg Fransson	EuZW 2013, 302 = NJW 2013, 1415
EGMR	7.7.1989	Nr. 14038/88	Series A no. 161	Soering	EGMR-E 4, 376 = EuGRZ 1989, 314 = NJW 1990, 2183
EGMR	29.4.2002	Nr. 2346/02	ECHR 2002-III	Pretty	EuGRZ 2002, 234 = NJW 2002, 2851 = ÖJZ 2003, 311

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EGMR (GK)	11.7.2002	Nr. 28957/95	ECHR 2002-VI	Christine Goodwin	NJW-RR 2004, 289 = ÖJZ 2003, 766
EGMR	5.9.2002	Nr. 50490/99	ECHR 2002-VII	Boso	
EGMR (GK)	8.7.2004	Nr. 53924/00	ECHR 2004-VIII	Vo	EuGRZ 2005, 568; NJW 2005, 727
EGMR (GK)	11.7.2006	Nr. 54810/00	ECHR 2006-IX	Jalloh	EuGRZ 2007, 150 = NJW 2006, 3117
EGMR	20.3.2007	Nr. 5410/03		Tysiąc	NJOZ 2009, 3349
EGMR (GK)	10.4.2007	Nr. 6339/05		Evans	NJW 2008, 2013
EGMR	2.3.2010	Nr. 61498/08		Al-Saadoon und Mufdhi	
EGMR (GK)	16.12.2010	Nr. 25579/05		A., B. und C.	NJW 2011, 2107
EGMR	20.1.2011	Nr. 31322/07		Haas	NJW 2011, 3773
EGMR (GK)	21.1.2011	Nr. 30696/09		M.S.S.	EuGRZ 2011, 243 = NVwZ 2011, 413
EGMR (GK)	3.11.2011	Nr. 57813/00		S.H. u.a.	FamRZ 2012, 23 = NJW 2012, 207 = ÖJZ 2012, 379
EGMR	8.11.2011	Nr. 18968/07		V.C.	
EGMR (GK)	1.6.2012	Nr. 22978/05		Gäfen	EuGRZ 2010, 417 = NJW 2010, 3145
EGMR	19.7.2012	Nr. 497/09		Koch	EuGRZ 2012, 616
EGMR	14.5.2013	Nr. 67810/10		Gross	
EGMR (GK)	9.7.2013	Nr. 66069/09, 130/10, 3896/10		Vinter u.a.	