

Marten Breuer

Verfassungsgerichte und Verfassungsvergleich: Die Perspektive des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

- I. Einleitung
- II. Zum Begriff „Verfassungsvergleich“
- III. Rechtsvergleichung im Allgemeinen
- IV. Verfassungsvergleichung
 - A. 1. Fallgruppe
 - B. 2. Fallgruppe
 - C. 3. Fallgruppe
 - D. 4. Fallgruppe
 - E. Funktionen der Verfassungsvergleichung
- V. Schlussbetrachtung

Abstract: In seiner jüngeren Rechtsprechung bedient sich der EGMR in zunehmendem Maße rechtsvergleichender Argumente. Eine Differenzierung zwischen einfachrechtlicher und verfassungsrechtlicher Rechtsvergleichung findet dabei allerdings nicht statt. Der Beitrag versucht, die vorliegende Judikatur zu systematisieren und auf diese Weise einen ersten Schritt auf dem Weg hin zum angemahnten dogmatischen Konzept im Umgang mit verfassungsvergleichenden Argumenten bei der Auslegung der EMRK zu unternehmen.

Deskriptoren: EGMR; EMRK; margin of appreciation; Verfassungsvergleich.

Rechtsquellen: EMRK.

I. Einleitung

Der EGMR ist seinem Selbstverständnis nach ein Verfassungsgericht. Das geht deutlich aus Äußerungen des früheren Präsidenten *Lucius Wildhaber* hervor, der den Gerichtshof ein „Quasi-Verfassungsgericht *sui generis*“ genannt hat.¹⁾ Die Zuschreibung verfassungsgerichtlicher Funktionen an den

¹⁾ Vgl. *Wildhaber*, Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *EuGRZ* 2009, 541 (552); siehe auch *Giege- rich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, den USA und Europa als Trägerin einer gemeinsamen Rechtswahrungsaufgabe, in: Klein-FS (2009) 95 (105) („europäischer ‚Grundrechtssenat‘“); *Vosskuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *NVwZ* 2010, 1 (2) („ein – auf die Menschenrechte bezogenes – Verfassungsgericht“); teilweise krit. *E. Klein*, Der Schutz der Grund- und Menschenrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd VI/1 (2010) § 150, Rn. 43.

EGMR stimmt mit der Beobachtung in der Literatur überein, dass es sich bei der EMRK um eine „völkerrechtliche Nebenverfassung“ handle.²⁾ In der Rechtsprechung des EGMR findet dieser Gedanke seinen Widerhall, wenn der Gerichtshof die Konvention als ein „Verfassungsinstrument des europäischen *ordre public*“ bezeichnet.³⁾

Vor diesem Hintergrund könnte man erwarten, dass der EGMR sich selbst als ein Mitglied der großen Familie der Verfassungsgerichte begreift, als ein Gleicher unter Gleichen. Und dies wiederum könnte die Bereitschaft auf Seiten des Gerichtshofs befördern, Rechtsprechungsentwicklungen aus anderen Verfassungsordnungen zu reflektieren oder sogar zu rezipieren. Der diesbezügliche Befund ist allerdings ein ambivalenter:

In institutioneller Hinsicht verkehrt der EGMR in der Tat mit den anderen Verfassungsgerichten auf der Grundlage eines Verhältnisses der Gleichordnung: Er empfängt regelmäßig Delegationen anderer Verfassungsgerichte.⁴⁾ Bei der jeweils im Januar stattfindenden Zeremonie zur Eröffnung des Straßburger Gerichtsjahres haben in der Vergangenheit wiederholt Präsidenten anderer Verfassungsgerichte (einschließlich des EuGH) gesprochen.⁵⁾ Zudem nehmen Richter des EGMR (wie auch des EuGH) regelmäßig an internationalen Konferenzen und Tagungen teil. In diesem Sinne beteiligt sich der EGMR als gleichrangiger Gesprächspartner an dem mitt-

²⁾ Grundlegend *Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, *VVDStRL* 36 (1978) 7 (51f); ferner *Uerpmann-Witzsack*, Völkerrechtliche Verfassungselemente, in: v Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*² (2009) 177 (178ff).

³⁾ EGMR (GK), *Loizidou/Türkei*, Series A no 310, Rn 75 = *ÖJZ* 1995, 629; EGMR (GK), *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irland*, Urteil v 30.6.2005, ECHR 2005-VI, Rn 156 = *NJW* 2006, 197.

⁴⁾ Vgl hierzu wie auch zur folgenden Fußnote die auf der Webseite des EGMR veröffentlichten Annual Reports.

⁵⁾ 2006: Präsident des türkischen Verfassungsgerichts; 2005: Präsident des russischen Verfassungsgerichts; 2003: *Lord Woolf* (House of Lords); 2002: Präsident des EuGH.

lerweile weltweit geführten Dialog der Verfassungsgerichte.⁶⁾

Dieses Gleichordnungsverhältnis muss aber notwendigerweise dort an ein Ende gelangen, wo der EGMR rechtsprechend tätig wird. Denn auch wenn der Gerichtshof nicht Teil des nationalen Instanzenzuges und daher nicht in einem formellen Sinne den nationalen Verfassungsgerichten übergeordnet ist, so obliegt ihm doch auch die Kontrolle nationaler Verfassungsgerichtsentscheidungen am Maßstab der Europäischen Menschenrechtskonvention. Das ergibt sich zwangsläufig aus der Tatsache, dass zur Erschöpfung des nationalen Rechtswegs jedenfalls im Regelfall die Anrufung des nationalen Verfassungsgerichts gehört. Und so kann es geschehen, dass eine Maßnahme, die vor dem nationalen Verfassungsgericht Bestand hatte, vom EGMR verworfen wird, wie in jüngster Zeit im Falle der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Fall *M gegen Deutschland*.⁷⁾ Der von Seiten des früheren Bundesverfassungsgerichtspräsidenten *Papier* erhobene Forderung, der EGMR möge seinen Prüfungsmaßstab auf grundsätzliche oder systematische Menschenrechtsverletzungen reduzieren, wenn eine Gerichtsentscheidung unter größtmöglichen rechtsstaatlichen Kautelen getroffen und ein voll ausgebauter Rechtszug (gemeint ist hier: unter Einschluss des Bundesverfassungsgerichts) bereits durchlaufen worden sei,⁸⁾ kann daher keine Folge geleistet werden.⁹⁾ Denn damit verletzt der EGMR die ihm ur-eigene Aufgabe, über die Einhaltung der Konventionsrechte zu wachen (Art 19 EMRK).

Diese präliminaren Überlegungen lassen bereits erste vorsichtige Schlussfolgerungen für die mögliche Bedeutung der Verfassungsvergleichung in der Rechtsprechung des EGMR zu. Aufgrund seiner

⁶⁾ Vgl insbesondere zum Dialog zwischen EGMR und EuGH: *E. Klein*, Das Verhältnis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd VI/1 (2010) § 167 Rn 62 ff.

⁷⁾ EGMR (Fünfte Sektion), *M/Deutschland*, Urteil v 17.12.2009, Beschwerde Nr 19359/04 = NStZ 2010, 263; zuvor BVerfGE 109, 133.

⁸⁾ Vgl *Papier*, Gerichte an ihren Grenzen: Das Bundesverfassungsgericht, in: Hilf/Kämmerer/König (Hrsg), Höchste Gerichte an ihren Grenzen (2007) 135 (156); siehe auch *O. Klein*, Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel. Zum geänderten Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte seit 1998, NVwZ 2010, 221 (224).

⁹⁾ Dezidiert ablehnend auch *Wildhaber*, Bemerkungen zum Vortrag von BVerfG-Präsident Prof. Dr. H.-J. Papier auf dem Europäischen Juristentag 2005 in Genf, EuGRZ 2005, 743. Bei der Beurteilung überlanger Verfahrensdauer ist der EGMR allerdings bereit, die besondere Rolle der Verfassungsgerichte zu berücksichtigen, vgl EGMR (Erste Sektion), *Gast und Popp/Deutschland*, ECHR 2000-II, Rn 75 = NJW 2001, 211.

Kontrollfunktion auch den nationalen Verfassungsgerichten gegenüber wird der Gerichtshof wohl nicht ohne Weiteres zu einer Rezeption nationalverfassungsrechtlicher Maßstäbe bereit sein. Zumindest stünde die unreflektierte Übernahme verfassungsrechtsvergleichender Argumente in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einem der Grundprinzipien der Rechtsprechung des EGMR, nämlich zu dem Prinzip der Autonomie der Konventionsrechtsordnung.¹⁰⁾

Ich möchte die Thematik im Folgenden in drei Schritten weiter entfalten. Zunächst wird es mir darum gehen darzulegen, wie ich für den vorliegenden Zusammenhang den Begriff der Verfassungsvergleichung verstehe. In einem zweiten Schritt werde ich die Bedeutung der Rechtsvergleichung im Allgemeinen in der Rechtsprechung des EGMR behandeln, um dann in einem dritten Teil die Rolle der Verfassungsvergleichung zu würdigen.

II. Zum Begriff „Verfassungsvergleichung“

Bevor wir uns der Bedeutung der Verfassungsrechtsvergleichung zuwenden können, erscheint es angezeigt, sich darüber Klarheit zu verschaffen, was im Folgenden unter „Verfassungsrecht“ verstanden werden soll. Dieser Begriff kann sowohl in einem formellen als auch in einem materiellen Sinne verstanden werden:¹¹⁾ Ein formelles Verfassungsrechtsverständnis knüpft an das Verfassungsdokument und die darin enthaltenen Regelungen an. „Verfassungsrecht“ in diesem Sinne ist, was in der Verfassung – gegebenenfalls noch in gesonderten „Verfassungsgesetzen“ – steht. Eine solche Vorgehensweise hat den Vorteil der Rechtsklarheit für sich. Gegen sie spricht allerdings, dass es bisweilen von starken Zufällen oder auch von nationalen Eigenheiten abhängt, ob eine bestimmte rechtliche Regelung in der Verfassung wiederzufinden ist oder nicht. Das lässt sich allein schon an der unterschiedlichen Länge von Verfassungen demonstrieren: So begnügt sich beispielsweise die dänische Verfassung mit gerade einmal 89 Paragraphen, Deutschland und Österreich bewegen sich mit 146 bzw 152 Artikeln im europäischen Mittelfeld, während die polnische Verfassung 243 und die portugiesische sogar 295 Artikel aufweist.¹²⁾

Die Alternative – die Etablierung eines materiellen Verfassungsbegriffs – sieht sich indes nicht minder gravierenden Einwänden ausgesetzt: Geht es

¹⁰⁾ Vgl andeutungsweise *Mahoney*, The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law, in: *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen* (2002) 143 (145 f); allgemein hierzu *E. Klein* (FN 1) Rn 36.

¹¹⁾ Vgl *Weber*, Europäische Verfassungsvergleichung (2010) 18 ff.

¹²⁾ Die Zahlen orientieren sich an *Kimmel/Kimmel*, Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten⁶ (2005).

hierbei doch darum zu bestimmen, ob einer konkreten Regelung ein verfassungsrechtlicher „Gehalt“ zukommt oder nicht. Gerade für die rechtsvergleichende Perspektive ist eine derartige Vorgehensweise mE jedoch ungeeignet. Die unterschiedliche Detailliertheit der Verfassungen belegt ja gerade, dass über die Frage, ob eine bestimmte Norm verfassungsrechtlicher Natur ist oder nicht, kein Konsens herrscht. Gewiss lassen sich Regelungen finden, die stets oder doch zumindest typischerweise in der Verfassung geregelt werden. Über einen bloßen Kern gemeinsamer Gewährleistungen käme man auf diese Art und Weise indes nicht hinaus.¹³⁾ Der Begriff der Verfassungsvergleichung würde so unnötigerweise eingeschränkt. Im Folgenden lege ich daher den formellen Verfassungsbegriff zugrunde.

Eine weitere Überlegung tritt hinzu: Beim Thema Verfassungsvergleich spielt die Rechtsprechung der jeweiligen Verfassungsgerichte naturgemäß eine zentrale Rolle. Freilich gibt es nicht „den“ Typus des Verfassungsgerichts. Aufbau und Funktion der Verfassungsgerichte sind ähnlich disparat wie die Verfassungen selbst. Im Wesentlichen lassen sich hier zwei Modelle unterscheiden:¹⁴⁾ Von Österreich aus trat das Modell des auf Verfassungsfragen spezialisierten Gerichts seinen weltweiten Siegeszug an. US Supreme Court und EuGH folgen demgegenüber noch dem Modell eines Spruchkörpers, der Funktionen eines obersten Gerichtshofes und eines Verfassungsgerichts in sich vereint.¹⁵⁾ Verweise nun der EGMR beispielsweise auf eine Entscheidung des US Supreme Court, wäre somit jeweils zu prüfen, ob die in Bezug genommene Aussage verfassungsrechtlichen Charakter hat oder nicht.

Schließlich möchte ich noch deutlich machen, was ich nicht in den Begriff des Verfassungsvergleichs mit einschließe: Das ist zum einen die Berücksichtigung anderer völkerrechtlicher Normen durch den EGMR. Die diesbezügliche Fragestellung weist deutliche Unterschiede zum Problemkreis der Verfassungsvergleichung im engeren Sinne auf und wird angesichts des knappen Zeitbudgets daher von

mir vernachlässigt.¹⁶⁾ Ähnliches gilt für die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH oder allgemein des Unionsrechts durch den EGMR. Auch dies ist eine Thematik, die eigenen Gesetzmäßigkeiten folgt und den Umfang meiner Untersuchung sprengen würde.¹⁷⁾ Wenn ich im Folgenden von „Verfassungsvergleich“ spreche, so meine ich damit folglich die Berücksichtigung nationalen Verfassungsrechts oder der Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte durch den EGMR.

III. Rechtsvergleichung im Allgemeinen

Die jüngere Rechtsprechung des EGMR zeichnet sich durch eine zunehmende Bedeutung der Rechtsvergleichung im Allgemeinen aus. Wer den Aufbau der EGMR-Urteile kennt, der weiß, dass sich zwischen der Schilderung des Sachverhalts („The Facts“) und den Rechtsausführungen zur Begründetheit („The Law“) regelmäßig ein Abschnitt findet, der für gewöhnlich mit „Relevant Domestic Law and Practice“ überschrieben ist. Der EGMR schildert hier die (zumeist einfachrechtliche) Rechtslage im beschwerdegegnerischen Staat selbst. In den vergangenen Jahren schließt der Gerichtshof in zunehmendem Maße aber in diesen Abschnitt Ausführungen rechtsvergleichender Art mit ein, so dass nicht nur die Rechtslage im betroffenen Staat selbst, sondern auch in anderen Staaten des Europarates oder sogar Rechtsentwicklungen außerhalb Europas thematisiert werden.

Diese Zunahme ist durchaus kein Zufall. Während in früheren Jahren die Beibringung rechtsvergleichenden Materials im Wesentlichen den Parteien, allenfalls noch am Verfahren beteiligten Drittintervenienten¹⁸⁾ oblag, hat sich der Gerichtshof dieser Aufgabe nunmehr selbst angenommen und eine entsprechende Research Division innerhalb der

¹³⁾ Diese Überlegungen gemahnen an die vom EuGH praktizierte Methode der „wertenden Rechtsvergleichung“, wobei der EuGH gerade nicht eine Vorgehensweise nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner praktiziert; vgl. Schlussanträge GA *Poiarés Maduro*, Rs C-120/06 P, Slg 2008, I-6513, Rn 55. Näher hierzu im Beitrag von *Sibylle Seyr* in diesem Heft.

¹⁴⁾ Vgl. *Brunner*, Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, JöR 50 (2002), 191 (195 ff.); *Tomuschat*, Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in: 50 Jahre Bundesverfassungsgericht-FS, Bd I (2001) 245 (251 f.).

¹⁵⁾ Vgl. *Rosenfeld*, Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court, in: *Pernice/Kokott/Saunders* (Hrsg.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective* (2006) 33 ff.; siehe auch *Giegerich* (FN 1) 106 f.

¹⁶⁾ Vgl. näher *Flauss*, Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in: *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen* (2002) 159 ff.; *Forowicz*, The Reception of International Law in the European Court of Human Rights (2010); *Wildhaber*, The European Convention on Human Rights and International Law, in: *Wildhaber*, *The European Court of Human Rights 1998–2006. History, Achievements, Reform* (2006) 196 ff.; siehe auch *Rozakis*, The European Judge as Comparatist, *Tulane Law Review* 80 (2005), 257 (274 ff.).

¹⁷⁾ Vgl. hierzu *E. Klein* (FN 6) Rn 19 ff. mwN.

¹⁸⁾ Vgl. die Intervention der NGO „Liberty“ in den Fällen EGMR (GK), *Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich*, Reports 1998-V, Rn 35 = ÖJZ 1999, 571; EGMR (GK), *Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*, ECHR 2002-VI, Rn 55 ff. = NJW-RR 2004, 289; ÖJZ 2003, 766. In dem jüngeren Fall *Kyprianou* bezog der EGMR seine rechtsvergleichenden Informationen von den als Intervenienten beteiligten Staaten, vgl. EGMR (GK), *Kyprianou/Zypern*, ECHR 2005-XIII, Rn 43 ff. = NJW 2006, 2901.

Kanzlei gebildet.¹⁹⁾ Darüber hinaus greift der Gerichtshof aber auch auf rechtsvergleichende Berichte etwa der Parlamentarischen Versammlung²⁰⁾ oder aber anderer nationaler Institutionen wie des französischen Senats zurück.²¹⁾

Die Tatsache, dass der EGMR einen gesonderten Abschnitt zur Rechtsvergleichung in sein Urteil aufnimmt, belegt zunächst einmal nur, dass der Gerichtshof die entsprechenden Entwicklungen zur Kenntnis genommen hat. Damit wird aber nichts darüber ausgesagt, ob und wenn ja inwiefern der rechtsvergleichende Befund den Gerichtshof in seiner Entscheidungsfindung beeinflusst hat. Bisweilen ergibt sich die Notwendigkeit zur Aufnahme eines gesonderten Abschnitts zur Rechtsvergleichung schlicht aus dem Vorbringen der Beschwerdeführer oder der beschwerdegegnerischen Regierung.²²⁾ Solange der EGMR in seinen eigenen Rechtsausführungen auf diese Argumente nicht zurückkommt, ist zumindest von außen ein etwaiger Einfluss nicht nachweisbar. Entscheidend in der Bewertung des Stellenwerts rechtsvergleichender Argumente für die Rechtsprechung des EGMR sind daher solche Urteile, in denen der Gerichtshof die rechtsvergleichenden Bezüge explizit macht.

In diesem Zusammenhang lassen sich zwei Funktionen der Rechtsvergleichung unterscheiden, eine positive und eine negative. Beide stehen sie im Zusammenhang mit der sog. *margin of appreciation*, dh dem Beurteilungsspielraum, den der Gerichtshof den Konventionsstaaten bei der Anpassung der EMRK an die nationalen Gegebenheiten regelmäßig zubilligt. Die maßgeblichen Grundsätze hat der Gerichtshof im Urteil *Rasmussen* folgendermaßen zusammengefasst:

„Der Umfang des Beurteilungsspielraums variiert je nach den Umständen, dem Gegenstand und seinem Kontext; in dieser Beziehung kann die Existenz oder Nichtexistenz einer weitgehenden Übereinstimmung in den [Rechtsordnungen] der verschiedenen Vertragsstaaten Bedeutung haben.“²³⁾

¹⁹⁾ Vgl die Erwähnung eines rechtsvergleichenden Gutachtens der Research Division in EGMR (Fünfte Sektion), *Stankov/Bulgarien*, ECHR 2007-VIII, Rn 24. Anders noch *Mahoney* (FN 10) 155, der im Jahr 2000 schrieb: „[T]he Registry of the Court simply does not have the resources to staff a proper research unit or to provide adequate library facilities with comparative material.“

²⁰⁾ Vgl den Fall EGMR (GK), *Stoll/Schweiz*, ECHR 2007-XIV, Rn 44 = NJW-RR 2008, 1141; ähnlich im Fall EGMR (Zweite Sektion), *Léger/Frankreich*, Urteil v 11.4.2006, Beschwerde Nr 19324/02.

²¹⁾ Vgl EGMR (Zweite Sektion), *Georgische Arbeiterpartei/Georgien*, ECHR 2008-■■■■, Rn 54; EGMR (Fünfte Sektion), *Bouchacourt/Frankreich*, Urteil v 17.12.2009, Beschwerde Nr 5335/06, Rn 27.

²²⁾ So etwa im Fall EGMR (Zweite Sektion), *Anheuser-Busch Inc/Portugal*, Urteil v 11.10.2005, Beschwerde Nr 73049/01, Rn 33 (bf Gesellschaft), Rn 38 (Regierung).

²³⁾ EGMR (Kammer), *Rasmussen/Dänemark*, Series A no 87, Rn 40 = EGMR-E 2, 517; bestätigt in EGMR

Mit anderen Worten:²⁴⁾ Der Beurteilungsspielraum der EMRK-Staaten ist abhängig von der Übereinstimmung (dem „common ground“ oder „dénominateur commun“), der zwischen den einzelnen Rechtsordnungen besteht. Ist die Übereinstimmung groß, verringert sich entsprechend der Spielraum für abweichende Regelungen.²⁵⁾ Lässt sich hingegen keine Übereinstimmung nachweisen, ist der Beurteilungsspielraum entsprechend größer.²⁶⁾ Diese Regel gilt mittlerweile allerdings nur noch *cum grano salis*. Gerade in jüngerer Zeit lassen sich durchaus auch Beispiele anführen, in denen der Gerichtshof trotz einer großen Übereinstimmung den Konventionsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum zubilligt.²⁷⁾ Ebenso finden sich umgekehrt Fälle, in denen der EGMR ungeachtet einer großen Diversität der nationalen Regelungen einen strengeren Maßstab anlegt.²⁸⁾

Ich halte die Rolle, die der EGMR der Rechtsvergleichung in der genannten Rechtsprechung zubilligt, zumindest in Teilen für dogmatisch fragwürdig. Ohne Weiteres einsichtig ist für mich die negative

(Erste Sektion), *Wagner und J.M.W.L./Luxemburg*, ECHR 2007-VII (Ausz), Rn 128 = FamRZ 2007, 1529.

²⁴⁾ Vgl *Wildhaber*, *The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in: *Wildhaber, The European Court of Human Rights 1998–2006. History, Achievements, Reform* (2006) 186 (193); *Rozakis* (FN 16) 273.

²⁵⁾ Deutlich in diesem Sinne EGMR (Dritte Sektion), *İzmir Savaş Karşıtları Derneği/Türkei*, Urteil v 02.03.2006, Rn 36; EGMR (Vierte Sektion), *Marini/Albanien*, ECHR 2007-XIV (Ausz), Rn 123; EGMR (Vierte Sektion), *Tănase and Chirtoacă/Moldau*, Urteil v 18.11.2008, Beschwerde Nr 7/08, Rn 108. In dem Fall EGMR (Erste Sektion), *Schalk und Kopf/Österreich*, Urteil v 24.06.2010, Rn 105 sieht der Gerichtshof zwar einen „emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples“, dieser sei aber noch nicht hinreichend etabliert.

²⁶⁾ Deutlich in diesem Sinne EGMR (Kammer), *Stjerna/Finnland*, Series A no 299-B, Rn 39 (Uneinheitlichkeit führt zu „wide margin of appreciation“). Ebenso EGMR (GK), *Schwisgebel/Schweiz*, Urteil v 10.06.2010, Beschwerde Nr 25762/07, Rn 92. Vorsichtiger EGMR (GK), *Stoll/Schweiz*, ECHR 2007-XIV, Rn 107 = NJW-RR 2008, 1141 („a certain margin of appreciation“); EGMR (Erste Sektion), *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti/Norwegen*, ECHR 2008-■■■■, Rn 67 („a somewhat wider margin of appreciation“); EGMR (Zweite Sektion), *Georgische Arbeiterpartei/Georgien*, ECHR 2008-■■■■, Rn 103 („a margin of appreciation“). Im Fall *Gäfgen* verweist die Große Kammer auf die Uneinheitlichkeit der nationalen Regelungen zum strafrechtlichen Beweisverwertungsverbot, ohne die hieraus abzuleitenden Konsequenzen offen zu legen, EGMR (GK), *Gäfgen/Deutschland*, Urteil v 01.06.2010, Beschwerde Nr 22978/05, Rn 174.

²⁷⁾ Vgl EGMR (GK), *Burden/Vereinigtes Königreich*, ECHR 2008-■■■■, Rn 65.

²⁸⁾ Vgl EGMR (Fünfte Sektion), *Kolevi/Bulgarien*, Urteil v 5.11.2009, Beschwerde Nr 1108/02, Rn 208; EGMR (Dritte Sektion), *Opuz ./ Türkei*, ECHR 2009-■■■■, Rn 138; tendenziell auch EGMR (Fünfte Sektion), *Zaunegger/Deutschland*, ECHR 2009-■■■■, Rn 60.

Funktion der Rechtsvergleichung, das Argument also, dass eine fehlende Einheit der nationalen Rechtsordnungen Ausdruck eines fehlenden europäischen Konsenses über die rechtliche Behandlung eines bestimmten sozialen Phänomens ist. Den Staaten in diesen Fällen einen erweiterten Beurteilungsspielraum zuzubilligen, ist aus meiner Sicht angemessen. Für problematisch halte ich dagegen die positive Funktion der Rechtsvergleichung, wenn der Gerichtshof aus einer Übereinstimmung der nationalen Rechtsordnungen auf einen entsprechend reduzierten Beurteilungsspielraum schließt. Problematisch hieran ist, dass der EGMR in seinen rechtsvergleichenden Ausführungen regelmäßig nicht zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht differenziert. Das mag der völkerrechtlichen Sichtweise des Gerichtshofs geschuldet sein, denn für das Völkerrecht spielt es in der Tat keine Rolle, ob eine bestimmte Regelung im einfachen Recht oder im Verfassungsrecht eines Staates enthalten ist. Die konkrete Vorgehensweise des EGMR birgt jedoch die Gefahr, einen bestimmten einfachrechtlichen Augenblickszustand qua Konventionsrecht festzuschreiben. Dafür besteht jedoch kein Anlass. Denn die Tatsache, dass sich eine bestimmte einfachrechtliche Regelungstechnik in der Mehrzahl der Konventionsstaaten durchgesetzt hat, ist noch kein notwendiger Indikator dafür, dass die Staaten eine solche Regelung auch für verfassungsrechtlich geboten hielten. Der EGMR sollte in derartigen Fällen seine Rolle als Verfassungsgericht ernster nehmen und nach dem Vorliegen eines europäischen Verfassungskonsenses fragen. Nur wenn ein solcher ermittelt werden kann, erscheint es legitim, der Rechtsvergleichung eine positive Wirkung im Sinne einer Reduzierung der *margin of appreciation* zuzubilligen.²⁹⁾

IV. Verfassungsvergleichung

Wie an dem eben Ausgeführten bereits deutlich geworden sein dürfte, fehlt dem EGMR ein dogmatisches Konzept zum Umgang mit verfassungsvergleichenden Argumenten. Bei dem Versuch einer Kategorisierung sind verschiedene Einteilungskriterien denkbar: Man kann danach unterscheiden, auf welche Verfassungsräume sich der EGMR bezieht – ob nur auf europäische oder auch auf außereuropä-

²⁹⁾ Damit sind freilich eine Reihe zusätzlicher Fragen aufgeworfen, die hier indes nur angedeutet werden können: So erscheint es bereits fraglich, wann vom Vorliegen eines solchen „Verfassungskonsenses“ gesprochen werden kann. Die Übernahme der Grundsätze des EuGH zur wertenden Rechtsvergleichung (FN 13) erscheint angesichts der strukturellen Unterschiede zwischen der (supranational verfassten) Unionsrechtsordnung und der (völkerrechtlich geprägten) Konvention problematisch. Zu überlegen wäre ferner, ob in diesem Punkt nicht möglicherweise der materielle Verfassungsbegriff zielführender ist.

ische.³⁰⁾ Man kann zwischen rechtsvergleichenden Ausführungen zum Staatsorganisationsrecht und solchen zum Grundrechtsschutz unterscheiden. Ich möchte im Folgenden eine anders geartete Differenzierung vornehmen und nach der Funktion fragen, die der Verfassungsvergleichung in der Argumentation des EGMR zukommt. Insoweit unterscheide ich vier Fallgruppen:

A. 1. Fallgruppe

Die erste Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass dem verfassungsrechtlichen Ursprung einer Regelung keine besondere Bedeutung zukommt. Die Verfassungsvergleichung wird in diesen Fällen vom EGMR nach dem Muster der einfachrechtlichen Rechtsvergleichung behandelt. Hierzu zwei Beispiele:

In dem Fall *Lykourazos gegen Griechenland* ging es um Inkompatibilitätsregelungen für Parlamentsabgeordnete. Eine neue Bestimmung in der griechischen Verfassung erklärte jegliche Berufstätigkeit mit der Zugehörigkeit zum Parlament für grundsätzlich unvereinbar, so dass der Beschwerdeführer, ein Anwalt, seinen Parlamentssitz verlor. Das Urteil des Gerichtshofs bietet in einem gesonderten Abschnitt zur Rechtsvergleichung umfangreiche Ausführungen zu Inkompatibilitätsregelungen anderer Europaratsstaaten.³¹⁾ In der Begründetheit führt der Gerichtshof aus, dass er sich nicht in allgemeiner Form zu dem generellen Berufsverbot zu äußern habe, fügt allerdings die Bemerkung hinzu, dass die neue griechische Regelung selten in anderen europäischen Staaten anzutreffen sei.³²⁾ Im Folgenden begründet der Gerichtshof den Verstoß gegen Art 3 1. ZPEMRK mit den Umständen des Einzelfalls.

Ein weiterer Fall ist das Urteil *Marini gegen Albanien*, das eine Frage des Verfassungsprozessrechts betraf. Ich möchte diesen Fall hier anfügen, auch wenn er nicht dem Verfassungsvergleich in dem von mir definierten engeren Sinne zuzuordnen ist. Das albanische Recht sah vor, dass bei Stimmengleichheit im Verfassungsgericht keine Entscheidung in der Sache ergeht, sondern die Beschwerde ohne weitere Begründung zurückgewiesen wird. Der Gerichtshof bemerkte hierzu unter Verweis auf seine rechtsvergleichenden Ausführungen:

³⁰⁾ Vgl hierzu auch *Flauss*, La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme, RTDH 2005, 313 ff; *Popović*, Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme, in : Caflisch ua (Hrsg), Human Rights – Strasbourg Views. Liber Amicorum Luzius Wildhaber (2007) 371 (380 f, 383 ff); *Rozakis* (FN 16) 270 ff, 276 ff.

³¹⁾ EGMR (Erste Sektion), *Lykourazos/Griechenland*, ECHR 2006-VIII, Rn 21-37.

³²⁾ EGMR, *Lykourazos/Griechenland*, ECHR 2006-VIII, Rn 53.

„[T]he approach adopted in Albania in the event of a tied vote would appear to differ significantly from that adopted in the legal systems of other Contracting Parties (...). In contrast to other legal systems, which either preclude a tied vote or provide different alternatives to enable a final decision to be reached in the event of such a vote, in the Albanian legal system a tied vote in the Constitutional Court results in a decision which does not formally determine the issue under appeal.“³³⁾

Unter anderem aus diesem Grund entschied der Gerichtshof auf eine Verletzung des Zugangs zum Gericht (Art 6 Abs 1 EMRK).

Beide Fälle haben gemeinsam, dass der EGMR auf den zahlenmäßigen Ausnahmecharakter der nationalen Regelung abstellt. Dass der Gerichtshof verfassungsvergleichende Untersuchungen anstellt, erklärt sich im ersten Fall damit, dass Inkompatibilitätsregelungen für Parlamentarier typischerweise in den Verfassungen selbst anzutreffen sind, im zweiten Fall mit dem verfassungsprozessualen Gegenstand der Menschenrechtsbeschwerde.

B. 2. Fallgruppe

Interessanter als die erste Fallgruppe ist jedoch die zweite Gruppe von Fällen, in denen der EGMR Wertungsentscheidungen aus anderen Verfassungsordnungen in das eigene Urteil mit einfließen lässt. Auch hierzu wiederum zwei Beispiele:

In dem Fall *Pretty gegen das Vereinigte Königreich* ging es bekanntlich um das Recht auf Selbsttötung. Aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention stellte sich die Frage, nach welchem Artikel der Fall zu beurteilen sei, ob nach Art 2 EMRK (Recht auf Leben) oder aber – so letztlich der EGMR – nach Art 8 EMRK. Dieser beinhaltet zwar das zunächst hier kaum einschlägig erscheinende Recht auf Privatleben, der EGMR interpretierte den Begriff des „Privatlebens“ jedoch in einem extensiven Sinne und leitete hieraus ein Recht auf Selbstbestimmung ab. In diesem Zusammenhang findet sich in dem Urteil folgender Passus:

„Im Fall *Rodríguez/Attorney General of Canada* (1994, 2 LRC 136), der einen ähnlichen Fall betraf, war die Mehrheit des *kanadischen Obersten Gerichtshofs* der Auffassung, dass ein an die Bf. gerichtetes Verbot der Sterbehilfe zu ihrem Leid beitrage und sie daran hindere, ihren Tod selbst zu gestalten. Das habe ihr das Recht auf Selbstbestimmung genommen und bedürfe der Rechtfertigung nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit. Obwohl der *kanadische Gerichtshof* eine Vorschrift der kanadischen Charta angewendet hat, die anders gefasst ist als Art. 8 EMRK, sind vergleichbare Bedenken hinsichtlich des Grundsatzes des Selbstbestimmungsrechts einer Person in dem Sinne eines Rechts, über seinen eigenen Körper zu bestimmen, aufgetreten.“³⁴⁾

³³⁾ EGMR (Vierte Sektion), *Marini/Albanien*, ECHR 2007-XIV (Ausz), Rn 123.

³⁴⁾ EGMR (Vierte Sektion), *Pretty/Vereinigtes Königreich*, ECHR 2002-III, Rn 66 = NJW 2002, 2851.

Der Verweis auf die Entscheidung des kanadischen Supreme Court hat hier also die Funktion, die vom EGMR eingenommene Auffassung, dass es bei der Zulässigkeit der Selbsttötung letztlich um eine Frage der Selbstbestimmung und nicht des Rechts auf Leben geht, zu bestätigen.

Ein weiteres Beispiel dieser Kategorie ist der Fall *Jalloh*, der die Zulässigkeit der Verabreichung von Brechmitteln betraf. Hier heißt es:

„Belastendes Beweismaterial, ob nun Geständnisse oder körperliche Beweise, das durch Gewalt oder Brutalität oder andere Formen der Behandlung erlangt wurde, die als Folter anzusehen sind, darf niemals verwendet werden, um die Schuld eines Opfers nachzuweisen, und zwar unabhängig von der Beweiskraft dieser Mittel. Jede andere Schlussfolgerung würde das sittlich verwerfliche Vorgehen, das die Verfasser von Art. 3 EMRK verbieten wollten, mittelbar rechtfertigen und ‚der Gewalttätigkeit einen Anschein von Gesetzmäßigkeit verleihen‘, wie der *Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten* in seinem Urteil in der Sache *Rochin ... zu Recht* entschieden hat.“³⁵⁾

Auch in diesem Fall dient die – hier sogar wörtliche – Wiedergabe des Supreme Court-Urteils der Absicherung des eigenen, aus der EMRK hergeleiteten Ergebnisses.

C. 3. Fallgruppe

In der dritten Fallgruppe macht der EGMR rechtsvergleichende Ausführungen, ohne die entsprechenden Wertungsentscheidungen zu übernehmen. Ein Beispiel hierfür bietet der bereits erwähnte Fall *M gegen Deutschland*, der die Zulässigkeit nachträglicher Sicherungsverwahrung betraf. Im Kern ging es dabei um die Frage, ob die Sicherungsverwahrung als rückwirkende „Strafe“ im Sinne des Art 7 EMRK anzusehen sei. Das Bundesverfassungsgericht hatte eine solche Qualifikation – mit Blick auf den Nulla poena-Satz aus Art 103 Abs 2 GG – abgelehnt.³⁶⁾ Hierzu der EGMR:

„Wie [...] ausgeführt [...], ist der Begriff der ‚Strafe‘ in Art. 7 in seiner Reichweite autonom; es liegt deshalb beim Gerichtshof, darüber zu befinden, ob eine bestimmte Maßnahme als Strafe einzustufen ist, ohne dabei an die Einstufung der Maßnahme nach innerstaatlichen Recht gebunden zu sein. Er stellt in diesem Zusammenhang fest, dass es vorkommen kann und auch schon vorgekommen ist, dass dieselbe Art von Maßnahme in einem Staat als Strafe eingestuft wird und in einem anderen als Präventionsmaßnahme, auf die der Grundsatz *nulla poena sine lege* nicht anwendbar ist. So wurde beispielsweise die in Belgien vorgesehene Möglichkeit, Rückfalltäter und Hangtäter ‚zur Verfügung der Regierung zu stellen‘, was in vielerlei Hinsicht der Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht gleicht, nach belgischem Recht als Strafe angesehen (...). Der französische Verfassungsrat hat in seiner Entscheidung vom 21. Februar 2008

³⁵⁾ EGMR (GK), *Jalloh/Deutschland*, ECHR 2006-IX, Rn 105 = NJW 2006, 3117.

³⁶⁾ BVerfGE 109, 133 (167 ff).

(Nr. 2008-562 DC) entschieden, dass die unlängst im französischen Recht eingeführte Sicherungsverwahrung zwar nicht als Strafe einzustufen sei, aber dennoch nicht rückwirkend angeordnet werden könne, insbesondere in Anbetracht ihrer unbestimmten Dauer (...).³⁷⁾

In diesem Fall dient der Verweis auf die nationale Entscheidungspraxis dazu, die Möglichkeit von Divergenzen in der (verfassungs-)rechtlichen Beurteilung zu dokumentieren. Indirekt legitimiert der EGMR hiermit die an den Beginn des Zitats gestellte These von der Autonomie der Konventionsrechtsordnung.

D. 4. Fallgruppe

Die letzte Fallgruppe schließlich betrifft das Auftreten verfassungsvergleichender Argumente in Sondervoten. Allgemein lässt sich sagen, dass rechtsvergleichende Ausführungen wesentlich früher in Sondervoten auftauchen als in den Urteilsgründen selbst. Das mag damit zusammenhängen, dass der dissentierende Richter nach einer argumentativen Stütze sucht, um seine abweichende Meinung gegenüber der Mehrheitsmeinung zu behaupten.³⁸⁾ Ein einschlägiges Beispiel in dieser Hinsicht ist der Fall *Vo gegen Frankreich*, der den Schutz des ungeborenen Lebens durch Art 2 EMRK betraf. Die Richtermehrheit kam hier mit Rücksicht auf den uneinheitlichen Befund in den nationalen Rechtsordnungen zu dem Ergebnis, dass bereits der Schutzbereich des Art 2 EMRK nicht als eröffnet angesehen werden könne. Dagegen wandten sich die Richter *Costa* und *Traja* mit den folgenden Worten:

„So haben der Oberste Gerichtshof Norwegens 1983, das BVerfG und der Verfassungsgerichtshof Spaniens angenommen, dass das Recht auf Leben, sei es nach Art. 2 EMRK, sei es entsprechend den Verfassungsgrundsätzen der einzelnen Staaten mit demselben Inhalt oder derselben Bedeutung, für den Fötus gilt, ohne dass es sich dabei um ein absolutes Recht handelte. Warum sollte unser Gerichtshof, der sich doch als ein Verfassungsgericht für den Raum der europäischen Menschenrechtsordnung sieht, hier zurückhaltender sein?“³⁹⁾

E. Funktionen der Verfassungsvergleichung

Zusammenfassend lassen sich damit folgende Funktionen der Verfassungsvergleichung unterscheiden:

³⁷⁾ EGMR (Fünfte Sektion), *M/Deutschland*, ECHR 2009-■■■■, Rn 126 = EuGRZ 2010, 25.

³⁸⁾ Vgl. *Flauss* (FN 30) 317 f.

³⁹⁾ EGMR (GK), Sondervotum *Costa* und *Traja*, *Vo/Frankreich*, ECHR 2004-VIII, Rn 12 = EuGRZ 2005, 568.

Von der ersten, hier zu vernachlässigenden Fallgruppe abgesehen benutzt der EGMR verfassungsvergleichende Argumente entweder zur Bestätigung eines von ihm bereits anderweitig gewonnenen Ergebnisses (2. Fallgruppe) oder zur Abwehr nationalverfassungsrechtlicher Wertungen (3. Fallgruppe). Auffällig hieran ist, dass der EGMR, auch soweit er Wertungsentscheidungen anderer Verfassungsordnungen übernimmt, sich hiervon jedenfalls nicht einseitig bestimmen lässt. Die eingangs problematisierte Autonomie der Konventionsrechtsordnung bleibt so gewahrt. Vor diesem Hintergrund erscheint es im Grundsatz auch als unproblematisch, wenn der Gerichtshof auf Gerichtsurteile außereuropäischer Staaten Bezug nimmt. In den Sondervoten schließlich (4. Fallgruppe) dient die Verfassungsvergleichung regelmäßig der Abstützung der eigenen Meinung zur Behauptung gegen die Mehrheitsauffassung.

V. Schlussbetrachtung

Abschließend kann man festhalten: Der EGMR ist kein Verfassungsautist. Er begreift die Verfassungsordnung der EMRK als offen, ja sogar als weltoffen. Zu beklagen ist jedoch ein Defizit an dogmatischer Durchdringung. Das betrifft zum einen die fehlende Unterscheidung zwischen einfachrechtlicher und verfassungsrechtlicher Rechtsvergleichung. Zum anderen erscheint der Einsatz verfassungsvergleichender Argumente höchst selektiv. Der vorliegende Beitrag konnte nicht mehr als einen ersten Impuls zu einer Diskussion zu geben, die in der Zukunft erst noch geführt werden muss.

Korrespondenz: Priv.-Doz. Dr. Marten Breuer, Europa-Kolleg Hamburg, Windmühlenweg 27, D-22607 Hamburg; m-breuer@europa-kolleg-hamburg.de