

Rechtliche Auswirkungen des grundgesetzlichen Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit auf das Verhältnis zwischen deutscher Rechtsordnung und Europäischer Menschenrechtskonvention

Stefanie Schmahl*

Universität Würzburg, Würzburg, Deutschland

stefanie.schmahl@uni-wuerzburg.de

Abstract	806
Keywords	806
I. Einleitung	806
II. Normativer Ausgangsbefund zur innerstaatlichen Wirkung der EMRK	807
1. Normhierarchischer Rang der EMRK als einfaches Bundesgesetz	807
2. (Nahezu) fehlende unmittelbare Maßstabsfunktion der EMRK in verfassungsgerichtlichen Verfahren	807
III. Implikationen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit für die innerstaatliche Relevanz der EMRK	809
1. EMRK als Auslegungshilfe bei der Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes	809
2. Orientierungs- und Präzedenzwirkung von EGMR-Entscheidungen	810
IV. Grenzen der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ im gemäßigt dualistischen System des Grundgesetzes?	811
1. EMRK-widrige, aber verfassungsgemäße <i>lex posterior</i>	812
2. Theorie des ausbrechenden Rechtsakts und Verfassungsidentitätskontrolle	812
3. Anwendung der Günstigkeitsklausel	814
4. Subsidiaritätsgrundsatz und „margin of appreciation“-Doktrin	815
5. Zwischenergebnis	816
V. Ambivalente Rechtsprechungspraxis des BVerfG zur Bedeutung der EMRK im innerstaatlichen Recht	816
VI. (Konventionswidrige) wissenschaftliche Vorschläge zur Reduzierung der Wirkkraft von EGMR-Entscheidungen in der deutschen Rechtsordnung	819
VII. Fazit	822
Summary: Legal Effects of the Constitutional Principle of Friendliness Towards International Law on the Relationship Between the German Legal Order and the European Convention on Human Rights	824

* Prof. Dr.; Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Abstract

Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ist von essenzieller Bedeutung für das Verhältnis zwischen deutscher Rechtsordnung und Europäischer Menschenrechtskonvention sowie zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte. Er vermag zwar diejenigen Brüche, die sich aus dem gemäßigten Dualismus des Grundgesetzes im Verhältnis zur Europäischen Menschenrechtskonvention ergeben können, nicht vollständig zu beseitigen. Er ist aber geeignet, Spannungslagen zu relativieren, indem er einerseits dem Selbststand des Bundesverfassungsgerichts Rechnung und andererseits zugleich dafür Sorge trägt, dass Funktion und Autorität des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der innerstaatlichen Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland respektiert werden.

Keywords

Normenhierarchie – Auslegungshilfe – Orientierungs- und Präcedenzwirkung – Günstigkeitsklausel – Verfassungsidentität – *margin of appreciation*

I. Einleitung

Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit bestimmt das Verhältnis des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes zum Menschenrechtsschutz der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹ in besonderer Weise. Dennoch vermag er spannungsgeladene Konkurrenzen zwischen diesen beiden Rechtsebenen und insbesondere zwischen ihren jeweiligen Gerichtsbarkeiten nicht vollständig zu beseitigen. Dies möchte ich im Folgenden näher erläutern. Im Anschluss an einen normativen Ausgangsbefund zur innerstaatlichen Wirkung der Konvention (II.) möchte ich die Implikationen des Konzepts der Völkerrechtsfreundlichkeit für die innerstaatliche Relevanz der EMRK ermitteln (III.) und die Grenzen der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ im gemäßigt dualistischen System des Grundgesetzes (GG) ausloten (IV). Auf dieser dogmatisch-normativen Grundlage nehme ich sodann die ambivalente Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Bedeutung der EMRK in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im innerstaatlichen Recht ebenso kritisch in den Blick

¹ Die von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten Protokolle zur EMRK sind im Folgenden mitgemeint.

(V.) wie die noch weitergehenden wissenschaftlichen Vorschläge zur Reduzierung der Wirkkraft von Entscheidungen des EGMR in der deutschen Rechtsordnung (VI.). Ein Fazit (VII.) soll meine Überlegungen abschließen.

II. Normativer Ausgangsbefund zur innerstaatlichen Wirkung der EMRK

1. Normhierarchischer Rang der EMRK als einfaches Bundesgesetz

Wie alle völkerrechtlichen Verträge, bei denen die Bundesrepublik Deutschland Vertragspartei ist, besitzt auch die EMRK in der deutschen Rechtsordnung keinen normhierarchischen Rang, der über den Bundesgesetzen steht. Zahlreiche wissenschaftliche Versuche, einen Überverfassungsrang oder wenigstens einen unmittelbaren Verfassungsrang der EMRK (u. a. über den Weg einer Hoheitsrechtsübertragung nach Art. 24 Abs. 1 GG) zu begründen,² haben das BVerfG bislang nicht zu überzeugen vermocht. Vielmehr steht die Konvention – vermittelt über den in Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG niedergelegten Rechtsanwendungsbefehl³ – in Deutschland in der Rechtsquellenhierarchie im Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Sie kann also Verfassungsrecht und damit auch die Grundrechte des Grundgesetzes weder in der Geltung noch in der Anwendung verdrängen.⁴

2. (Nahezu) fehlende unmittelbare Maßstabfunktion der EMRK in verfassungsgerichtlichen Verfahren

Infolge ihrer Rechtsnatur als einfaches Bundesgesetz kommt die EMRK in bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren lediglich sehr eingeschränkt als un-

² Zusammenfassend *Thomas Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2022, Kap. 2 Rn. 52 ff.

³ Zur Lehre des Rechtsanwendungsbefehls, die gegenüber der Transformationstheorie entscheidende Vorteile hat, da sie den völkerrechtlichen Charakter der Norm nicht verändert, vgl. nur *Helmut Steinberger*, Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, Heidelberg: C. F. Müller 1992, § 173, Rn. 42 f. Differenzierend *Philip Kunig/Robert Uerpmann-Witzack*, Völkerrecht und staatliches Recht, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl., Berlin: De Gruyter 2019, 2. Abschn., Rn. 116-119.

⁴ Vgl. BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 82, 106 (120); BVerfGE 111, 307 (316f.); BVerfGE 128, 326 (367); BVerfGE 148, 296 (Rn. 127); BVerfGE 148, 296 (Rn. 127).

mittelbarer Prüfungsmaßstab für deutsche Hoheitsakte in Betracht. Sowohl in Verfassungsbeschwerdeverfahren als auch bei Normenkontrollen ist unmittelbarer Maßstab für Bundesgesetze allein das Grundgesetz, was der Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, Nr. 2 Alt. 1 und Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG verdeutlicht.⁵ Nur soweit Landesrecht auf dem Prüfstand steht, stellen die für die Bundesrepublik verbindlichen EMRK-Garantien, da sie im Rang von Bundesrecht stehen, einen unmittelbaren und daher zwingend zu berücksichtigenden Kontrollmaßstab dar.⁶

Über diese Sondersituation des Landesrechts hinaus entfaltet die EMRK aber bloß mittelbare Maßstabsfunktion. Zwar ist seit dem *Görgülü*-Beschluss geklärt, dass die einer EMRK-Garantie komplementäre nationale Grundrechtsverbürgung i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG die geeignete Basis für die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde bieten kann.⁷ Auf diese Weise wird über das Rechtsstaatsprinzip eine prozessuale Brücke von den Grundrechten des Grundgesetzes zur EMRK geschlagen. Diese Brücke ist nicht geringzuschätzen, erhöht sie doch die Bedeutung der EMKR im innerstaatlichen Recht. Sie führt zur Vermutung, dass konventionswidrige Gesetze in der Regel auch verfassungswidrig sind.⁸ Allerdings kann diese Vermutung im Einzelfall widerlegt werden, da die fehlende unmittelbare Maßstabsfunktion der EMRK gegenüber Bundesrecht auch über den Weg des Rechtsstaatsprinzips nicht angetastet wird. Damit verbleibt das Risiko, dass den Verbürgungen der Konvention innerstaatlich nicht in vollem Umfang Rechnung getragen wird und die Bundesrepublik Deutschland dadurch eine Völkerrechtsverletzung

⁵ Anderes gilt nach dem „*Recht auf Vergessen II*“-Beschluss des BVerfG hingegen für die Unionsgrundrechte, die über eine dynamische Auslegung der Integrationsnorm des Art. 23 GG als Maßstab in Verfassungsbeschwerdeverfahren fungieren sollen, vgl. BVerfGE 152, 216 (Rn. 53 ff.). Die klare Kompetenzzuweisung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG wird insoweit beiseitegeschoben.

⁶ Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 und Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG. Die EMRK bindet die Landesstaatsgewalt umfassend, vgl. *Marten Breuer*, Die innerstaatliche Wirkung menschenrechtlicher Verträge im Bereich ausschließlicher Länderkompetenzen, *Der Staat* 61 (2022), 381-406 (402); ähnlich bereits *Wolfgang Kleeberger*, Die Stellung der Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, München: VVF 1992, 148 f.

⁷ BVerfGE 111, 307 (316, 324, 329); bestätigt in: BVerfGE 124, 300 (319); BVerfGE 148, 296 (Rn. 190). Zuvor bemühte das BVerfG in seiner Entscheidung zur Unschuldsvermutung noch Art. 2 Abs. 1 GG als rechtlichen „Hebel“, vgl. BVerfGE 74, 358 (370).

⁸ *Eckart Klein*, Zur Bindung staatlicher Organe an Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *JZ* 59 (2004), 1176-1178 (1178); ähnlich *Franz Merli*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, *VVDStRL* 66 (2007), 392-422 (402); *Christoph Grabenwarter*, Nationale Grundrechte und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band VI/2, Heidelberg: C. F. Müller 2010, § 169, Rn. 23.

begeht, die mit dem Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 34 f. EMRK vor dem EGMR geltend gemacht werden kann.⁹

III. Implikationen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit für die innerstaatliche Relevanz der EMRK

1. EMRK als Auslegungshilfe bei der Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes

Diese Gefahr eines Völkerrechtsbruchs hat das BVerfG schon früh erkannt und sich dazu entschlossen, die im Rang eines einfachen Bundesgesetzes stehenden EMRK-Garantien als Hilfe zur Interpretation der (höherrangigen) Grundrechte des Grundgesetzes heranzuziehen. So führt das Gericht bereits in seiner Entscheidung zur Unschuldsvermutung aus, dass bei Auslegung des Grundgesetzes auch Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK in Betracht zu ziehen seien, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führe, was eine Wirkung sei, die die Konvention in Art. 53 EMRK selbst ausschließe.¹⁰ Dogmatischer Ansatzpunkt für die verfassungsrechtliche Pflicht, die EMRK in den abwägungsorientierten Willensbildungsprozess der deutschen Gerichte bei der Auslegung des Grundgesetzes einzubeziehen, ist das Konzept der Völkerrechtsfreundlichkeit im Allgemeinen¹¹ und der Grundsatz der Menschenrechtsfreundlichkeit in Art. 1 Abs. 2 GG im Speziellen, wonach sich das deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten bekennt.¹²

⁹ Eckart Klein, Bundesverfassungsgericht und inter- sowie supranationale Gerichtsbarkeit, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2020, § 3, Rn. 69.

¹⁰ BVerfGE 74, 358 (369 f.). Zu Methodik, Hintergründen und Wirkung der Entscheidung vgl. Robert Uerpmann-Witzack, BVerfGE 74, 358 (370) und die Geburt der offenen Grundrechteordnung, ZöR 77 (2022), 813-818.

¹¹ Erstmals erwähnt in: BVerfGE 6, 309 (362 f.), seither st. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 148, 296 (350); BVerfGE 149, 346 (361 f.). Grundlegend Klaus Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen: Mohr Siebeck 1964; aus jüngerer Zeit Mehrdad Payandeh, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR 57 (2009), 465-502 (466 ff.).

¹² Deutlich BVerfGE 128, 326 (368 f.); vgl. auch BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 111, 307 (317); BVerfGE 120, 180 (200 f.); BVerfGE 128, 282 (306); BVerfGE 131, 268 (295); BVerfGE 148, 296 (Rn. 130). Zum Grundsatz der Menschenrechtsfreundlichkeit näher Karl-Peter Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1989), 391-422 (414 ff.); Heiko Sauer, in: Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier Grundgesetz-Kommentar, Band I, 4. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2023, Art. 1 Abs. 2, Rn. 24 ff.

Neben Art. 20 Abs. 3 GG sind es also gerade die Verfassungsgrundsätze der Völkerrechts- und Menschenrechtsfreundlichkeit, welche die (widerlegbare) Vermutung auch in materiell-rechtlicher Hinsicht stützen, dass konventionswidrige Gesetze mit dem Grundgesetz unvereinbar sind.

Damit diese mittelbare Maßstabssetzung der EMRK für deutsche Gesetze außerdem *pro futuro* erhalten bleibt, lehnt das BVerfG sogar eine Derogation der EMRK durch spätere innerstaatliche Gesetze mit Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 GG ab.¹³ Gemeinsam mit den Verfassungsgrundsätzen der Völkerrechts- und Menschenrechtsfreundlichkeit dient der Ausschluss eines *treaty override* mit Blick auf die EMRK der Minimierung der Gefahr völkerrechtswidrigen Handelns.¹⁴

2. Orientierungs- und Präzedenzwirkung von EGMR-Entscheidungen

Da die Konvention mit dem EGMR eine gerichtliche Instanz errichtet hat, die zur Kontrolle der Einhaltung der EMRK-Garantien durch die Vertragsparteien berufen ist, ist konsequenterweise deren Verständnis der Menschenrechtsnormen bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten des Grundgesetzes als Interpretationshilfe heranzuziehen.¹⁵ Diese Orientierungs- oder Präzedenzwirkung Straßburger Entscheidungen folgt ebenfalls aus den Konzepten der Völkerrechts- und Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.¹⁶ Deshalb wirken sich die menschenrechtlichen Verbürgungen der EMRK und die zu ihnen ergangene Straßburger Judikatur auf den Schutzbereich der nationalen Grundrechte aus. Außerdem vermögen sie ihren Geltungsbefehl auf den Schrankenbereich zu erstrecken. Einfaches Bundes- oder Landesrecht, das geeignet sein kann, ein Grundrecht einzuschränken, ist menschenrechtskonform auszulegen, soweit dies nach allgemeinen Interpretationsregeln (Stichwort: Wortlautgrenze) zulässig ist.¹⁷

¹³ BVerfGE 141, 1 (Rn. 76).

¹⁴ BVerfGE 141, 1 (Rn. 66). Dass diese Gefahr bei völkerrechtlichen Verträgen ohne direkten Menschenrechtsbezug vom BVerfG als weniger gewichtig eingeschätzt wird (vgl. BVerfGE 141, 1 [Rn. 53 ff.]), ist nicht sonderlich konsistent, vgl. *Mehrdad Payandeh*, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit: Der Treaty Override-Beschluss des BVerfG, NJW 69 (2016), 1279-1282 (1281).

¹⁵ Vgl. BVerfGE 111, 307 (319, 323); BVerfGE 128, 326 (367 ff.); BVerfGE 131, 268 (296 f.); BVerfGE 133, 59 (84); BVerfGE 134, 33 (59 ff.), 148, 296 (355).

¹⁶ Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Rechtspluralismus als Herausforderung, ZaöRV 79 (2019), 481-501 (485 f.); *Mehrdad Payandeh*, Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, JÖR NF 68 (2020), 1-36 (34 ff.).

¹⁷ Methodisch gelungene Beispiele hierfür sind: BVerfGE 127, 132 (156 f.); BVerfGE 128, 326 (374 ff.).

Damit besteht die Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR mit Blick auf jeden zu prüfenden innerstaatlichen Rechtssatz. Dies gilt nicht nur für das BVerfG. Auch die Fachgerichtsbarkeit, die zunächst mit der Lösung eines konkreten Falles konfrontiert ist, muss die EMRK-Rechte in der Auslegung des EGMR ihrer Entscheidung zugrunde legen. Allerdings gilt es, insoweit zwischen den Prinzipien der *res interpretata* und der *res iudicata* zu differenzieren. Ergehen Urteile des EGMR gegen andere Konventionsstaaten, resultiert aus Art. 1, 19 und 32 EMRK i. V. m. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG lediglich (aber immerhin) die Verpflichtung aller deutschen Staatsorgane auf die Orientierungswirkung der EGMR-Urteile, da deren Nichtberücksichtigung zu einer Verletzung der Konventionsrechte führen kann.¹⁸ In Fällen, in denen die Bundesrepublik Deutschland in Verfahren vor dem EGMR selbst Beschwerdegegnerin war, beansprucht die endgültige EGMR-Judikatur hingegen sogar Beachtlichkeit *inter partes*. Dies folgt zum einen aus dem völkerrechtlichen Bindungsbefehl des Art. 46 Abs. 1 EMRK, dem das *res iudicata*-Prinzip zugrunde liegt. Zum anderen ergibt sich die Verpflichtungswirkung aus der innerstaatlichen Bindung aller deutschen Staatsorgane an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG) und dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit. Es handelt sich also um eine verfassungsunmittelbare Verpflichtung.¹⁹

IV. Grenzen der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ im gemäßigt dualistischen System des Grundgesetzes?

Trotz seiner verfassungsrechtlichen Verankerung genießt der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit keinen Absolutheitsanspruch. Er kann normhierarchische Festlegungen ebenso wenig vollständig verdrängen wie er das Modell des gemäßigten Dualismus des Grundgesetzes²⁰ ignorieren

¹⁸ Vgl. Jörg Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, Berlin/Heidelberg: Springer 1993, 279 ff.; Eckart Klein, Should the Binding Effect of the Judgements of the European Court of Human Rights Be Extended?, in: Paul Mahoney/Franz Matscher/Herbert Petzold/Luzius Wildhaber (Hrsg.), Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in Memory of R. Ryssdal, Köln: Carl Heymanns 2000, 705-713 (706 f.).

¹⁹ Zutreffend Klein (Fn. 9), Rn. 71; vgl. jüngst auch Heiko Sauer, Die Umsetzung von EGMR-Urteilen in Deutschland – Verpflichtungen der Rechtspraxis, NJW 76 (2023), 2073-2079 (2075); sowie ausführlich Heiko Sauer, Zur vorrangigen Ausräumung festgestellter Konventionsverletzungen – Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Wirkungen von Urteilen des EGMR im deutschen Recht, EuGRZ 50 (2023), 305-321 (307 ff.).

²⁰ Grundlegend Walter Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 1967, 164 ff.

oder in sein Gegenteil (Monismus mit Primat des Völkerrechts) verkehren kann. Daraus ergeben sich folgende, durchaus nicht spannungsfreie Konsequenzen:

1. EMRK-widrige, aber verfassungsgemäße *lex posterior*

Wie ausgeführt, findet der *lex posterior*-Grundsatz bei der EMRK nach bisheriger Judikatur des BVerfG keine Anwendung; ein *treaty override* ist im Prinzip ausgeschlossen.²¹ Dessen ungeachtet kann der Fall eintreten, dass ein nach Inkrafttreten der EMRK erlassenes (späteres) nationales Gesetz einer Garantie der EMRK und der zu dieser ergangenen Judikatur des EGMR ausdrücklich und willentlich widerspricht, aber mit den Anforderungen der Grundrechte des Grundgesetzes in Einklang steht. Insofern wird man auf der Grundlage der in Deutschland geltenden gemäßigt dualistischen Theorie dem nationalen Recht Vorrang einräumen müssen. Solche Fälle werden wegen der Verpflichtung zur EMRK-freundlichen Auslegung des Grundgesetzes äußerst selten sein.²² Sie sind aber theoretisch nicht ausgeschlossen.²³ Unter Umständen nimmt jedes dualistische Modell einen Völkerrechtsverstoß zugunsten der Integrität der nationalen (Verfassungs-)Rechtsordnung hin. Dies gilt auch für ihre gemäßigte Variante.

2. Theorie des ausbrechenden Rechtsakts und Verfassungsidentitätskontrolle

Desgleichen können die Theorien des ausbrechenden oder „verfassungsidentitätsangreifenden“ Rechtsakts zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit führen. Anders als in Bezug zum Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat sich das BVerfG im Verhältnis zum EGMR zwar noch nicht mit dem Thema eines ausbrechenden oder die Verfassungsidentität berührenden Rechtsakts beschäftigt. Diese Zurückhaltung liegt wohl darin begründet, dass das Karlsruher Gericht – wie ausgeführt –

²¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 13 und 14.

²² Vgl. *Hans-Joachim Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 31 (2004), 683-700 (686); *Marten Breuer*, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du's mit Straßburg?, NVwZ 24 (2005), 412-414 (413).

²³ Ebenso *Mehrdad Payandeh*, Konventionswidrige Gesetze vor deutschen Gerichten, DÖV 64 (2011), 382-391 (386); *Klein* (Fn. 9), Rn. 70.

der in der Literatur zum Teil vertretenen Annahme einer Hoheitsrechtsübertragung auf den EGMR nach Art. 24 Abs. 1 GG ablehnend gegenübersteht. Allerdings hat das BVerfG die EMRK mithilfe der Verfassungsgrundsätze der Völkerrechts- und Menschenrechtsfreundlichkeit sehr wohl mittelbar aufgewertet. Deshalb könnte auf der gedanklichen Linie der durch das *Lissabon-Urteil* eingeführten *ultra vires*- und Verfassungsidentitäts-Kontrollen²⁴ die Befolgung eines gegen die Bundesrepublik Deutschland ergangenen, verbindlichen Urteils des EGMR mit der Begründung versagt werden, es sei z. B. methodisch eklatant unzureichend oder mit der grundgesetzlichen Verfassungsidentität nicht vereinbar und daher nichtig oder im Konventionsstaat nicht anwendbar.²⁵ Anklänge mit Blick auf die absolute Grenze der Verfassungsidentität, die der Berücksichtigung von endgültigen EGMR-Urteilen entgegenstehe, finden sich in der Entscheidung zur Sicherungsverwahrung und zum Streikverbot von Beamten.²⁶ Würde eine solche Feststellung getroffen, die eine dezidiert verfassungsrechtlich-introvertierte Perspektive einnimmt,²⁷ könnte die Bundesrepublik allerdings den Folgen eines Völkerrechtsbruchs nicht entgehen.²⁸

²⁴ BVerfGE 123, 267 (344 ff.). Das Konzept eines „ausbrechenden Rechtsaktes“ geht freilich bereits auf das *Maastricht-Urteil* des BVerfG zurück, vgl. BVerfGE 89, 155 (188), und ist spezifisch auf das Recht internationaler Organisationen und weniger auf die internationale Gerichtsbarkeit zugeschnitten, die an das gesetzte Recht gebunden ist, vgl. *Marten Breuer*, ‘Principled Resistance’ Meets ‘ultra vires’: New Techniques in Opposing ECtHR Judgments, *ZaöRV* 82 (2022), 641-669 (666 f.).

²⁵ Ähnliche Denkansätze bei *Klaus Grupp/Ulrich Stelkens*, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts, *DVBl.* 2005, 133-143 (142); *Angelika Nußberger*, Europäische Menschenrechtskonvention, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band X, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 2012, § 209, Rn. 13; *Klein* (Fn. 9), Rn. 70.

²⁶ Vgl. BVerfGE 128, 326 (371); BVerfGE 148, 296 (355).

²⁷ Diese Lesart wird etwa befürwortet von *Paul Kirchhof*, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, *EuGRZ* 21 (1994), 16-44 (31 ff.); *Anna-Bettina Kaiser*, Streikrecht für Beamte – Folgen einer Fehlrezeption?, *AöR* 142 (2017), 417-441 (432); *Frank Schorkopf*, Konturen einer Rezeptionsdogmatik für die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: *Frank Schorkopf/Christian Starck* (Hrsg.), *Rechtsvergleichung – Sprache – Rechtsdogmatik*, Baden-Baden: Nomos 2019, 175-188 (178).

²⁸ Vgl. *Luzius Wildhaber*, Bemerkungen zum Vortrag von BVerfG-Präsident Prof. Dr. H.-J. Papier auf dem Europäischen Juristentag 2005 in Genf, *EuGRZ* 32 (2005), 743-744 (744); *Renate Jaeger*, Menschenrechtsschutz im Herzen Europas: Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, *EuGRZ* 32 (2005), 193-203 (194); *Payandeh* (Fn. 23), 385 f.

3. Anwendung der Günstigkeitsklausel

Ferner kann die Judikatur des BVerfG, wonach bei der Auslegung des Grundgesetzes Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK nur soweit zu berücksichtigen seien, wie dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führe,²⁹ zu einer Modifikation des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit führen. Die EMRK will den einzelstaatlichen Verfassungen einen Spielraum zur Errichtung eines höheren Schutzniveaus belassen, was die Günstigkeitsklausel des Art. 53 EMRK hervorhebt.³⁰ In abwehrrechtlichen Situationen ist daher vorstellbar, dem nationalen Grundrechtsschutz gegenüber der Konvention Vorrang einzuräumen, wenn sich dieser für den Grundrechtsberechtigten im Ergebnis als vorteilhaft erweist.

Allerdings versagt das Günstigkeitsprinzip bekanntlich in Konstellationen mehrpoliger Rechtsverhältnisse, bei denen die Kollision gegenläufiger Grundrechtspositionen typischerweise dazu führt, dass die Maximierung des einen Gewährleistungsgehalts zu Einbußen bei der widerstreitenden Grundrechtsposition führt.³¹ Würde man ein pauschales Zurücktreten der Konventionsrechte annehmen, stünde der Mindeststandard der EMRK bei konfligierenden Grundrechtspositionen zur Disposition der Vertragsstaaten.³² Selbst bei einer Kollision von Grundrechtsansprüchen im Rahmen mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse darf deshalb keines der beiden in Anspruch genommenen Rechte das Niveau der EMRK unterschreiten. So kann es sein, dass ein auf nationaler Ebene weiterreichender Schutz des ungeborenen Lebens letztlich zurücktreten muss, weil anderenfalls der europäische Mindeststandard der Meinungsfreiheit nicht gewahrt würde. In der Rechtssache *Open Door gegen Irland* ist dies zum ersten Mal deutlich

²⁹ BVerfGE 74, 358 (370).

³⁰ Kritisch zu Sinn und Wirkkraft der Günstigkeitsklausel *Björnstjern Baade/Heike Krieger*, in: Katharina Pabel/Stefanie Schmahl (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur EMRK*, 31. Lfg., Köln: Carl Heymanns 2022, Art. 53, Rn. 3 ff.

³¹ Vgl. nur *Stefan Mückel*, *Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, *Der Staat* 44 (2005), 403-431 (408 f.); *Georg Ress*, *Horizontale Grundrechtskollisionen*, in: Eckart Klein/Stefan Ulrich Pieper/Georg Ress (Hrsg.), *Rechtsstaatliche Ordnung Europas*, GS für A. Bleckmann, Köln: Carl Heymanns 2007, 313-324 (321 f.); *Markus Ludwigs*, *Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR*, *EuGRZ* 41 (2014), 273-285 (282 f.).

³² Vgl. *Stefanie Schmahl*, *Die Verzahnung der deutschen, europäischen und internationalen Rechtsebenen bei der Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten*, in: Gabriele Bauschke u. a. (Hrsg.), *Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen*, Stuttgart: Boorberg 2003, 163-198 (183).

geworden.³³ In eine ähnliche Richtung weisen die *Caroline von Hannover*-Entscheidungen des EGMR, bei denen es um die Abwägung zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht ging.³⁴ Der Mindeststandard der EMRK ist für die Konventionsstaaten auch dann nicht verfügbar, wenn der EGMR auf der Grundlage anerkannter Methodik zu anderen Abwägungsergebnissen als die nationale Gerichtsbarkeit gelangt. Bei multipolaren Grundrechtssituationen streitet der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit für eine Beachtung der EGMR-Judikatur.

4. Subsidiaritätsgrundsatz und „margin of appreciation“-Doktrin

Abgemildert wird diese völkerrechtsfreundliche Bindung an die Straßburger Judikatur freilich durch *margin of appreciation*-Doktrin, wonach den Vertragsstaaten ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird.³⁵ Die EMRK erhebt keinen sakrosankten Exklusivitätsanspruch, sondern versteht sich gegenüber dem nationalen Grundrechtsschutz als subsidiär. Nationale Behörden und Gerichte sind grundsätzlich besser als ein internationales Gericht in der Lage, lokale Bedingungen zu beurteilen.³⁶ Allerdings ist hiermit keine vollständige Niederlegung der Kontrollfunktion des EGMR verbunden.³⁷ Das Straßburger Menschenrechtssystem will Fehlentwicklungen im innerstaatlichen Recht entgegenwirken und zielt deshalb auf die Ergänzung des staatlichen Grundrechtsschutzes durch die Etablierung europäischer Mindeststandards. Insoweit genießt der europäische *ordre public* als „völker-

³³ EGMR (Plenum), *Open Door v. Ireland*, Urteil v. 29.10.1992, Nr. 14234/88, Rn. 64 ff.; dazu *Christine Langenfeld/Andreas Zimmermann*, Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht, ZaöRV 52 (1992), 259-317 (260 ff.).

³⁴ EGMR, *von Hannover v. Germany*, Urteil v. 24.6.2004, Nr. 59320/00, Rn. 61 ff.; EGMR (Große Kammer), *von Hannover v. Germany No. 2*, Urteil v. 7.2.2012, Nr. 40660/08 und 60641/08, Rn. 95 ff. Das BVerfG hat zunächst ein gegenteiliges Abwägungsergebnis bevorzugt, vgl. BVerfGE 101, 361 (387 ff.); eine Änderung der Rechtsprechung ist aber durch BVerfGE 120, 180 (211 ff.) erfolgt.

³⁵ Vgl. *Stefanie Schmahl*, Entwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band III, 2. Aufl., München: C.H. Beck, 2022, § 61, Rn. 66 f., m. w. N.

³⁶ *Frank Schorkopf*, Menschenrechte und Mehrheiten, ZaöRV 82 (2022), 19-46 (28).

³⁷ Deutlich EGMR (Plenum), *Handyside v. The United Kingdom*, Urteil v. 7.12.1976, Nr. 493/72, Rn. 48 f.; EGMR (Große Kammer), *A, B and C v. Ireland*, Urteil v. 16.12.2010, Nr. 25579/05, Rn. 231 ff.

rechtliche Nebenverfassung“³⁸ letztlich faktischen Vorrang sogar vor nationalem Verfassungsrecht.³⁹

5. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes nicht uneingeschränkt gilt, weshalb er Verstöße der Bundesrepublik Deutschland gegen die EMRK nicht vollständig auszuschließen vermag. Im Wesentlichen liegt dies am grundgesetzlichen Modell des gemäßigten Dualismus, das seinerseits zugleich den Grund und die Grenze des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit bildet. Die Funktion der EMRK als europäischer *ordre public* und das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG vermögen es aber, gemeinsam mit den grundgesetzlichen Konzepten der Völkerrechts- und der Menschenrechtsfreundlichkeit, Verletzungen der EMRK durch die deutsche Staatsgewalt auf ein überschaubares Maß zu minimieren.

V. Ambivalente Rechtsprechungspraxis des BVerfG zur Bedeutung der EMRK im innerstaatlichen Recht

Vor dieser dogmatisch-normativen Grundlegung nimmt sich die Rechtsprechungspraxis des BVerfG zur Bedeutung der EMRK im innerstaatlichen Recht ambivalent aus. Insgesamt betrachtet, ist die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur als überwiegend konventionsfreundlich zu charakterisieren.⁴⁰ Das BVerfG erstreckt die Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG regelmäßig auf die Orientierungswirkung der EMRK und zeigt sich gegenüber den Argumenten des EGMR in Urteilen, die gegen andere Konven-

³⁸ Begriff von *Christian Tomuschat*, *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, VVDStRL 36 (1978), 7-63 (52).

³⁹ *Stefanie Schmahl*, *Nationale Grundrechte und Europäische Menschenrechtskonvention*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band III, 2. Aufl., München: C. H. Beck, 2022, § 98, Rn. 28. Ähnlich *Thomas Kleinlein*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller, 215. Lfg. 2022, Art. 59 Rn. 548: „mittelbare Rangerhöhung“ [der EMRK].

⁴⁰ Eingehend *Christian Walter*, *Nationale Durchsetzung*, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2022, Kap. 31, Rn. 3, 8 ff.

tionsstaaten ergangen sind, aufgeschlossen.⁴¹ Auch in sog. *inter partes*-Fällen, in denen die Bundesrepublik Deutschland selbst Beschwerdegegnerin vor dem EGMR war, verhält sich das BVerfG gegenüber „Straßburg“ konzilient. Jedenfalls hat sich das BVerfG Urteilen des EGMR gegen Deutschland bisher auch dann nicht versperrt, wenn sie seine zuvor getroffene Entscheidung korrigiert haben.⁴²

Zugleich macht das Karlsruher Gericht aber zunehmend gewichtige Einschränkungen im Blick auf die Wirkkraft der Entscheidungen des EGMR.⁴³ Diese sollen nicht beachtlich, sondern nur „wertend zu berücksichtigen“ sein, also zur Kenntnis genommen und in den Willensbildungsprozess des befassen Organs eingestellt werden.⁴⁴ Sogar die Judikate des EGMR, die sich spezifisch an die Bundesrepublik Deutschland richten, seien in den betroffenen Teilbereich der deutschen Rechtsordnung lediglich rechtskulturell einzupassen und fachgebietsnah zu kontextualisieren.⁴⁵ Damit ordnet das BVerfG letztlich eine ergebnisoffene Verfahrenspflicht an,⁴⁶ die von der materiell-rechtlichen Ergebnisverpflichtung, die der EMRK als europäischem Mindeststandard inhärent ist, nicht unerheblich abweicht. Auch der Bedeutung des EGMR als autoritativem Interpreten der EMRK⁴⁷ wird dieser souveränitätsschonende Ansatz der methodischen Kontextualisierung nicht gerecht.⁴⁸

In der Sache geht es dem BVerfG bei diesem Souveränitätsvorbehalt um die Kompetenz des „letzten Wortes“ in Grundrechtsfragen. Allerdings erläutert das Karlsruher Gericht nicht, unter welchen Umständen ein solcher

⁴¹ Ähnlich *Birgit Daiber*, Der Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 71 (2018), 957-963 (960 f.).

⁴² So bereits *Christian Tomuschat*, The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court, GLJ 11 (2010), 513-526 (515 ff.). Aus jüngster Zeit vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2023, 649-651 (Rn. 30-35), sogar mit der Aufforderung zur teleologischen Reduktion innerstaatlicher Rechtsvorschriften, um EMRK-Konformität herzustellen. Die *inter partes*-Befolgungspflicht von EGMR-Urteilen stellt auch die Streikverbot-Entscheidung nicht grundsätzlich in Frage, vgl. BVerfGE 148, 296 (Rn. 129, 132).

⁴³ Besonders deutlich BVerfGE 148, 296 (Rn. 129 ff.). Zum Folgenden vgl. auch *Schmahl* (Fn. 39), § 98, Rn. 36 ff.

⁴⁴ BVerfGE 111, 307 (324, 329); BVerfGE 148, 296 (Rn. 132); BVerfGE 151, 1 (Rn. 64).

⁴⁵ BVerfGE 111, 307 (327); BVerfGE 148, 296 (Rn. 132).

⁴⁶ *Klein* (Fn. 9), Rn. 72.

⁴⁷ Vgl. *Christian Walter*, Der Internationale Menschenrechtsschutz zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung, ZaöRV 75 (2015), 753-770 (756 f.).

⁴⁸ Wie hier *Matthias Jacobs/Mehrdad Payandeh*, Das beamtenrechtliche Streikverbot: Konventionsrechtliche Immunisierung durch verfassungsgerichtliche Petrifizierung, JZ 74 (2019), 19-26 (23); *Laura Hering*, Beamtenstreik zwischen Karlsruhe und Straßburg: Art. 11 EMRK und die konventionskonforme Auslegung durch das BVerfG, ZaöRV 79 (2019), 241-271 (258 f.). A. A. *Kaiser* (Fn. 27), 432 ff.

Vorbehalt konkrete Durchschlagskraft entfalten könnte. Im *Görgülü*-Beschluss, wo das BVerfG unterstreicht, auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität nicht zu verzichten,⁴⁹ war das Aufzeigen der Grenzen der Integration in das System der EMRK durch den Sachverhalt nicht veranlasst.⁵⁰ Sogar in Bezug auf das Streikverbot für Beamte, das der Senat als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums und zugleich als systemnotwendiges Strukturprinzip der Verfassung ansieht,⁵¹ werden die Voraussetzungen eines solchen Verfassungsvorbehalts nicht geklärt, was das BVerfG übrigens selbst hervorhebt.⁵² Es steht zu vermuten, dass es einen solchen echten Vorbehalt kaum jemals geben wird. Eine Kollision von EMRK-Garantien mit den auf identischen Wertvorstellungen beruhenden Grundrechten des Grundgesetzes ist schwerlich vorstellbar.⁵³ Vielmehr wird es bei der Auslegung von menschen- und grundrechtlichen Garantien meist um divergierende Akzentsetzungen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips gehen, die tragende Verfassungsgrundsätze überhaupt nicht berühren.⁵⁴ Dies gilt auch für den „Katholischen Chefarzt“-Beschluss, in dem das BVerfG angedeutet hat, einer möglicherweise dem kirchlichen Autonomierecht entgegenstehenden EGMR-Rechtsprechung nicht folgen zu wollen.⁵⁵ Diese Drohung mit einer Nichtbeachtung stellt jenseits des Vorliegens eines klaren und für die deutsche Rechtsordnung systemrelevanten, weil die Verfassungsidentität berührenden, *ultra vires*-Aktes eine konventionsunfreundliche Handlung dar.⁵⁶ Ist die Methodik des EGMR beanstandungsfrei, muss sie auch innerhalb der deutschen Rechtsordnung zumindest als vertretbar angesehen werden. Denn allein die von Art. 79 Abs. 3 GG „auf

⁴⁹ BVerfGE 111, 307 (319).

⁵⁰ Vgl. nur *Mehrdad Payandeh*, Normative Unschärfen zwischen Offenheit und Introvertiertheit: Die *Görgülü*-Entscheidung in Retrospektive, *ZöR* 77 (2022), 711-718 (715); *Stefanie Schmahl*, Der *Görgülü*-Beschluss des BVerfG oder wie ein Fall zum Umgangs- und Sorgerecht eines nichtehelichen Vaters Rechtsgeschichte schrieb, *ZöR* 77 (2022), 771-779 (775, 778 f.).

⁵¹ BVerfGE 148, 296 (Rn. 152, 172).

⁵² BVerfGE 148, 296 (Rn. 172).

⁵³ *Eckart Klein*, Die Grundrechtsgesamtlage, in: Michael Sachs/Helmut Siekmann (Hrsg.), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Festschrift für K. Stern, Berlin: Duncker & Humblot 2012, 389-403 (396). Ebenso *Michael Sachs*, Zur Bedeutung der Menschenrechtsgarantien der EMRK für das deutsche (Verfassungs-)Recht, in: Marten Breuer/Astrid Epiney/Andreas Haratsch/Stefanie Schmahl/Norman Weiß (Hrsg.), *Der Staat im Recht*, FS für E. Klein, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 321-333 (330).

⁵⁴ *Klein* (Fn. 9), Rn. 73; ähnlich *Thorsten Kingreen*, Das gute alte Grundgesetz und wir Nachkonstitutionellen, *Der Staat* 59 (2020), 195-226 (209 f.). A. A. *Udo Di Fabio*, Das Bundesverfassungsgericht und die internationale Gerichtsbarkeit, in: Andreas Zimmermann (Hrsg.), *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, Berlin: Duncker & Humblot 2014, 107-118 (110).

⁵⁵ BVerfGE 137, 273 (326 ff.).

⁵⁶ *Jacobs/Payandeh* (Fn. 48), 26; ähnlich *Breuer* (Fn. 24), 668 f.

ewig“ geschützten Prinzipien sind für die grundgesetzliche Verfassungsidentität elementar und nicht abdingbar. Da es sich bei Art. 79 Abs. 3 GG aber um eine „eng auszulegende Ausnahmeregelung“ handelt⁵⁷ und sich zudem nicht verlässlich bestimmen lässt, ob und inwieweit eine grundrechtliche Vorgabe des Grundgesetzes an der Ewigkeitsgarantie teilhat,⁵⁸ sind methodisch fundierte Modifikationen grundrechtlicher Garantien in Umfang und Gewichtung hinzunehmen.

Da das BVerfG die äußerste Notfallgrenze zur Aufrechterhaltung der deutschen Verfassungsidentität bislang nicht exakt herausgearbeitet hat,⁵⁹ besteht die Gefahr von Missverständnissen. Ohne konkrete Vorgaben zur übergreifenden Systemrelevanz wird es Fachgerichten jedenfalls recht unproblematisch ermöglicht, von inhaltlich nicht als zutreffend angesehenen EGMR-Urteilen ohne größeren Begründungsaufwand abzuweichen.⁶⁰ Auch dem BVerfG erleichtert dieser Ansatz eine starke Ergebnisorientierung bei der Auslegung, indem Aussagen des EGMR, die die eigene Rechtsanschauung in Frage stellen könnten, an den Rand gedrängt und nur diejenigen Argumente in den Vordergrund gerückt werden, die dem *status quo* der deutschen Rechtsordnung ohnehin entsprechen.⁶¹ Dies aber ist eine Situation, die weder menschenrechtlich noch angesichts des verfassungsrechtlichen Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit als zufriedenstellend bezeichnet werden kann.

VI. (Konventionswidrige) wissenschaftliche Vorschläge zur Reduzierung der Wirkkraft von EGMR-Entscheidungen in der deutschen Rechtsordnung

Dennoch treffen die souveränitätsbezogenen und die Urteile des EGMR marginalisierenden Entscheidungen des BVerfG im wissenschaftlichen Schrifttum auch auf Zustimmung.⁶² Zudem boten bereits die *Görgülü*- und

⁵⁷ Ausdrücklich: BVerfGE 109, 279 (310).

⁵⁸ *Sauer* (Fn. 12), Art. 1 Abs. 2, Rn. 32.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 111, 307 (329); BVerfGE 148, 296 (Rn. 133).

⁶⁰ *Klein* (Fn. 9), Rn. 74; *Schmabl* (Fn. 39), § 98, Rn. 40.

⁶¹ Vgl. *Jacobs/Payandeh* (Fn. 48), 24. Im *Streikverbot*-Urteil (BVerfGE 141, 296, Rn. 131) ist dieser ergebnisorientierte Ansatz sogar explizit enthalten: „Die Heranziehung der Europäischen Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfe für die Bestimmungen des Grundgesetzes ist ergebnisorientiert.“

⁶² So etwa bei *Thomas Haug*, Die Pflicht deutscher Gerichte zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, NJW 71 (2018), 2674-2677 (2677); *Martin Stuttmann*, Anmerkung zum Streikverbots-Urteil des BVerfG, NVwZ 37 (2018), 1136-1138 (1137 f.).

die *Caroline*-Fälle Anlass für literarische Vorschläge, die darauf abzielen, die Wirkkraft von EGMR-Entscheidungen in der deutschen Rechtsordnung noch weiter zu reduzieren. So wird in Anknüpfung an die *margin of appreciation*-Doktrin des EGMR eine „Korridorlösung“ empfohlen, wonach zwischen zwei konfligierenden Menschenrechtspositionen, etwa zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, nationaler Spielraum bestehe, dessen Überprüfung sich der Kontrollbefugnis des EGMR entziehe.⁶³ Im Hinblick auf das Urteil zum Streikverbot⁶⁴ sind Anregungen entwickelt worden, wonach die Zuständigkeit des EGMR auf richtungsweisende Grundsatzentscheidungen beschränkt sein sollte, während den nationalen Gerichten die Abwägung im konkreten Fall überlassen bleiben müsse.⁶⁵ Auch das Ansinnen, die für das Verhältnis zwischen EGMR und EuGH konzipierte *Bosphorus*-Rechtsprechung⁶⁶ auf das Verhältnis zum BVerfG analog zu übertragen,⁶⁷ reiht sich in diese Linie ein. Auch hiernach soll die Kontrollbefugnis des EGMR zurückgedrängt werden, solange nicht ein Herabsinken des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes unter den Standard der EMRK substantiiert geltend gemacht wird.

Alle diese Empfehlungen sind zweifellos von wissenschaftlichem Interesse, aber mit dem geltenden Recht unvereinbar.⁶⁸ Der EGMR ist im Wege des Individualbeschwerdeverfahrens gerade zur Lösung von Einzelfällen berufen. Es ist ihm auf der Grundlage von Art. 34 f. EMRK nicht erlaubt, Beschwerden aus seiner Prüfung mit der Begründung auszuschließen, dass

⁶³ Vgl. *Johannes Masing*, Vielfalt nationalen Grundrechtsschutzes und die einheitliche Gewährleistung der EMRK, in: Uwe Blaurock/Joachim Bornkamm/Christian Kirchberg (Hrsg.), FS für A. Krämer, Berlin: De Gruyter 2009, 61-74 (69 ff.); *Gertrude Lübke-Wolff*, Der Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei konfligierenden Individualrechten. Plädoyer für eine Korridorlösung, in: Martin Hochhuth (Hrsg.), Nachdenken über Staat und Recht, FS für D. Murswiek, Berlin: Duncker & Humblot 2010, 193-209 (199 ff.).

⁶⁴ BVerfGE 148, 296 (Rn. 132, 173).

⁶⁵ So etwa *Kaiser* (Fn. 27), 432 ff.; *Schorkopf* (Fn. 27), 181 ff. In diese Richtung zuvor schon *Hans-Jürgen Papier*, Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte, EuGRZ 33 (2006), 1-3 (2 f.).

⁶⁶ EGMR (Große Kammer), *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, Urteil v. 30.6.2005, Nr. 45036/98, Rn. 155 ff.

⁶⁷ So etwa *Hans-Jürgen Papier*, Das Rechtsprechungsdreieck Karlsruhe – Luxemburg – Straßburg, Speyerer Vorträge, Heft 89, Speyer: Universitätsverlag 2006, 18; *Udo Steiner*, Zum Kooperationsverhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in: Steffen Detterbeck/Jochen Rozek/Christian von Coelln (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit, FS für H. Bethge, Berlin: Duncker & Humblot 2009, 653-668 (663 f.); *Herbert Landau/Michael Trésoret*, Menschenrechtsschutz im Europäischen Mehrebenensystem, DVBl. 2012, 1329-1338 (1333).

⁶⁸ Zutreffend *Klein* (Fn. 9), Rn. 84. Ähnlich auch *Payandeh* (Fn. 16), 30.

er eine abwägende Entscheidung zwischen kollidierenden Rechtspositionen zu treffen habe und deshalb auf die nationale Gerichtsbarkeit verweisen müsse.⁶⁹ Der EGMR ist vielmehr zu dem Zweck eingerichtet worden, nach der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs und damit nach dem erfolglosen Durchlaufen der innerstaatlichen „Selbstreinigungskräfte“ die nationale Staatsgewalt einer externen internationalen Menschenrechtskontrolle zu unterziehen.⁷⁰ Dabei gibt es keine menschenrechtlichen Leit- oder Randwertungen. Jedes Menschenrecht schützt eigenständige Freiheits- oder Gleichheitssphären, die untereinander nicht hierarchisiert werden können.⁷¹ Auch trifft die EMRK keine Unterscheidung in gewichtige oder nieder-rangige Rechtsprechung des EGMR.⁷² Sogar die Entscheidungen der Großen Kammer haben kein größeres rechtliches Gewicht als die Kammerjurisprudenz, gegen die ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist oder eine Verweisung anderweitig ausscheidet (vgl. Art. 44 Abs. 2 EMRK). Wie der EGMR in der Rechtssache *GIEM Srl.* zu Recht betont, sind in Rechtskraft erwachsene Urteile des EGMR stets verbindlich, ganz unabhängig davon, welcher Spruchkörper sie erlassen hat.⁷³ Auch eine analoge Übertragbarkeit des für die Europäische Union (EU) konzipierten *Bosphorus*-Vorbehalts auf das Verhältnis des EGMR zu nationalen Verfassungsgerichten kommt auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht in Betracht. Der *Bosphorus*-Vorbehalt ist allein darauf zurückzuführen, dass die EU ihrerseits nicht der direkten Kontrolle des EGMR unterliegt und das Konventionssystem sich der Kooperation der Unionsstaaten nicht entgegenstellen will.⁷⁴ Eine Erstreckung der *Bosphorus*-Rechtsprechung auf das Verhältnis des EGMR zu nationalen Verfassungsgerichten hätte die sinnwidrige Folge, die Rolle der externen Menschenrechtskontrolle erheblich zu relativieren.⁷⁵ Letztlich widersprechen alle aufgezeigten Vorschläge nicht nur dem Konzept der EMRK, sondern auch der Funktion des völkerrechtsfreundlichen Ansatzes des

⁶⁹ Vgl. *Wildhaber* (Fn. 28), 743 f.; *Klein* (Fn. 9), Rn. 84; *Schmabl* (Fn. 39), § 98, Rn. 42.

⁷⁰ *Stefanie Schmabl*, Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht, EuR 43 (2008), Beiheft 1, 7-39 (37 f.).

⁷¹ Gleichsinnig *Hering* (Fn. 48), 263 f.

⁷² Vgl. *Jochen Abr. Frowein*, Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, in: Klaus Dicke u. a. (Hrsg.), Weltinnenrecht, FS für J. Delbrück, Berlin: Duncker & Humblot 2005, 279-287 (279); *Jörg Polakiewicz/Irene Suominen-Picht*, Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK, EuGRZ 45 (2018), 383-390 (385).

⁷³ Deutlich EGMR (Große Kammer), *GIEM Srl. and Others v. Italy*, Urteil v. 28.6.2018, Nr. 1828/06, Rn. 252: „In this connection, the Court would emphasise that its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered.”

⁷⁴ *Klein* (Fn. 9), Rn. 84; *Schmabl* (Fn. 35), § 61, Rn. 72.

⁷⁵ Ähnlich *Ludwigs* (Fn. 31), 284.

BVerfG, Verurteilungen der Bundesrepublik durch „Straßburg“ soweit wie möglich zu vermeiden.

VII. Fazit

Insgesamt fällt es nicht leicht, ein dogmatisch solides Fazit aus den aufgezeigten rechtlichen Auswirkungen des grundgesetzlichen Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit auf das Verhältnis der deutschen Rechtsordnung zur EMRK zu ziehen, zumal dieses auch von institutionellen Spannungen zwischen BVerfG und EGMR geprägt ist. Der primäre Grund für die Schwierigkeit, eine stichfeste Schlussfolgerung zu präsentieren, liegt darin, dass es keine echte Kollisionsregel gibt, die das Konfliktpotenzial zwischen BVerfG und EGMR eindeutig aufzulösen vermag. Während ein innerstaatlicher Vorrang der Verfassung vor der EMRK völkerrechtlich unbeachtlich ist, schlägt der völkerrechtliche Achtungsanspruch der Konvention nicht unmittelbar auf das innerstaatliche Recht durch.⁷⁶ Dies ist Folge des gemäßigten Dualismus des Grundgesetzes. Das Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit, das gerade in Ansehung des dualistischen Modells des Grundgesetzes richterrechtlich entwickelt wurde, verschafft zwar eine Abmilderung, aber keine Beseitigung des Konfliktpotenzials zwischen der innerstaatlichen und der europäischen Grund- und Menschenrechtsebene.

Handhabbare Lösungen zur Vermeidung verhärteter Konfrontationslinien sind daher unter Zuhilfenahme einer übergeordneten funktionalen und rechtssoziologischen Perspektive zu suchen. Insoweit ist entscheidend, dass die EMRK im Unterschied zum Grundgesetz keine eigene Hoheitsgewalt verfasst und dem EGMR keine Hoheitsgewalt gemäß Art. 24 Abs. 1 GG übertragen ist. Das Straßburger Menschenrechtssystem ist vielmehr ausschließlich dazu berufen, die Hoheitsgewalt seiner Vertragsstaaten im Sinne eines europäischen Wertesystems zu begrenzen und auf diese Weise den menschenrechtlichen Mindeststandard zum Nutzen der betroffenen Individuen zu sichern.⁷⁷ Der EGMR erfüllt daher eine andere Funktion als die nationalen Verfassungsgerichte, die in ihrer eigenen Rechtsordnung die Grundrechtskonformität der dortigen Hoheitsakte überprüfen.⁷⁸ Anders als

⁷⁶ Klarsichtig *Heiko Sauer*, Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem, in: Mathias Hong/Nele Matz-Lück (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, Berlin/Heidelberg: Springer 2011, 1-68 (66 f.).

⁷⁷ Vgl. *Eckart Klein*, Diskussionsbeitrag VVDStRL 66 (2007), 433-434 (433). Ähnlich *Josef Franz Lindner*, Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik, EuR 42 (2007), 160-194 (181 f.).

⁷⁸ *Schmahl* (Fn. 70), 37 f.

nationale Gerichte, die in einem Kontext operieren, der nicht allein durch das geltende Recht, sondern auch durch die eigene Rechtstradition und -kultur bestimmt ist,⁷⁹ nimmt die internationale Richterbank des EGMR eine Außenperspektive ein. Sie kann Probleme mit mehr Abstand und ohne innerstaatliche Vorprägungen entschärfen oder beseitigen.⁸⁰ In dieser rechtskulturellen Neutralität liegt der Gewinn einer externen europäischen Menschenrechtskontrolle.

Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass sich das BVerfG jedenfalls in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland in einer strukturell ungünstigen Situation gegenüber dem EGMR befindet. Das Gebot der Rechtswegerschöpfung nach Art. 35 Abs. 1 EMRK führt dazu, dass das BVerfG mit jedem deutschen Fall, der den EGMR erreicht, bereits selbst befasst war. Daher verbindet sich mit einem endgültigen EGMR-Urteil, das eine Konventionsverletzung seitens der Bundesrepublik feststellt, ein rechtsmittelähnliches Verhältnis zwischen BVerfG und EGMR, auch wenn dem EGMR die im innerstaatlichen Recht typischen Entscheidungsformen der Aufhebung und Zurückverweisung nicht zur Verfügung stehen.⁸¹ Diese faktische Möglichkeit eines „letzten Wortes“ aus „Straßburg“ führt zu einem Dilemma für den Selbststand des BVerfG im Gefüge der vertikalen Gewaltenteilung. Denn einem Gericht in einer Rechtsordnung, die wie das Grundgesetz Rechtsstaatlichkeit wertschätzt, wird es zu Recht schwerfallen, einer EGMR-Entscheidung die Gefolgschaft zu versagen.⁸²

Dennoch erscheint das wahrgenommene Bedrohungspotenzial aus „Straßburg“ für die Bedeutung des BVerfG als überzeichnet. Immerhin verfügen innerstaatliche Gerichte über ein rechtspraktisches Gestaltungspotenzial, das mit der Akzeptanz einer Orientierungsverpflichtung auf die EGMR-Entscheidungen einhergeht. Die vom EGMR konkretisierten Vorgaben der Konvention sind nicht unumstößlich, sondern entwickeln sich weiter – gerade auch im Zusammenspiel mit den innerstaatlichen Gerichten, deren Rechtsprechung für die Anerkennung eines europäischen *ordre public* nicht unwesentlich ist.⁸³ Je intensiver sich die nationalen Gerichte, auch das BVerfG, mit

⁷⁹ Vgl. *Udo Steiner*, Richterliche Grundrechtsverantwortung in Europa, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, FS für H. Maurer, München: C. H. Beck 2001, 1005-1017 (1007); *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 29 (2002), 473-483 (479).

⁸⁰ *Angelika Nußberger*, The European Court of Human Rights, Oxford: Oxford University Press 2020, 44 f.

⁸¹ Vgl. *Oliver Klein*, Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel, NVwZ 29 (2010), 221-225 (222); *Christian Walter*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, C. H. Beck: München 2017 (80. Lfg.), Art. 93, Rn. 172.

⁸² *Walter* (Fn. 81), Rn. 183.

⁸³ *Nußberger* (Fn. 80), 84 f.; *Schmahl* (Fn. 39), § 98, Rn. 50.

den EGMR-Urteilen befassen, desto geringer fällt meist die Kontrollintensität des Straßburger Gerichtshofs aus und desto größere mitgliedstaatliche Einschätzungsspielräume werden anerkannt.⁸⁴ Die Auseinandersetzung mit den Präjudizien des EGMR erweist sich damit als Möglichkeit für die innerstaatlichen Gerichte, eigene Gestaltungsspielräume zu erhalten und gleichzeitig den Prozess der Interpretation der Konvention zu beeinflussen.⁸⁵ Dies trägt nicht nur zur Entwicklung einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur bei, sondern lässt sich auch als Völkerrechtsfreundlichkeit im besten Sinne charakterisieren.

Summary: Legal Effects of the Constitutional Principle of Friendliness Towards International Law on the Relationship Between the German Legal Order and the European Convention on Human Rights

The constitutional principle of friendliness towards international law cannot fully avoid competition between the protection of fundamental rights under the Basic Law and the protection of human rights under the European Convention on Human Rights (ECHR). The primary reason for this is that there is no conflict rule that is able to resolve the rivalry potential between the Federal Constitutional Court (FCC) and the European Court of Human Rights (ECtHR). While the domestic requirement that the Basic Law takes precedence over the Convention is irrelevant under international law, the ECHR's claim to be respected does not directly affect domestic law. This is a consequence of the moderate dualism of the Basic Law. The constitutional principle of friendliness towards international law does mitigate, but not eliminate, the potential for conflict between the domestic and the European human rights levels.

Manageable solutions to avoid hardened lines of confrontation are therefore to be sought with the help of a functional and legal-sociological perspective. In

⁸⁴ Vgl. *Thomas Kleinlein*, The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution, ICLQ 68 (2019), 91-110 (92 ff.); *Payandeh* (Fn. 16), 36.

⁸⁵ Vgl. *Janneke H. Gerards*, The European Court of Human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of 'Shared Responsibility', in: *Janneke H. Gerards/Joseph Fleuren* (Hrsg.), Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-Law, Cambridge: Intersentia 2014, 13-94 (32 ff.); *Oddný Mjöll Arnardóttir*, Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights, EJIL 28 (2017), 819-843 (831 ff.); *Payandeh* (Fn. 16), 36.

this respect, it is crucial that the ECHR, in contrast to the Basic Law, does not establish its own sovereignty, but is exclusively called upon to limit the sovereignty of its contracting States for the benefit of the individuals concerned. The added value of an external human rights control compared to a national control of fundamental rights lies in its neutrality in terms of legal culture. However, insofar as it carefully deals with the precedents of the ECtHR, the FCC can retain its own leeway and influence the process of interpreting the Convention. Understood in this way, the principle of friendliness towards international law can contribute to the development of a common European legal culture.

