

Europäische Menschenrechtskonvention

Ein Studienbuch

Bearbeitet von
Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, Prof. Dr. Katharina Pabel

6. Auflage 2016. Buch. Rund 580 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 66424 3
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Europarecht , Internationales Recht, Recht des Auslands > Europarecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Treten zu unterscheiden,⁸¹ da der Gerichtshof nur zuständig zur Überprüfung von Sachverhalten ist, die nach dem In-Kraft-Treten der Konvention liegen.

Typische Fälle, in denen zwischen Zeitabschnitten vor und nach In-Kraft-Treten zu unterscheiden ist, sind Beschwerden über die Dauer von Untersuchungshaft oder von Gerichtsverfahren⁸² sowie über die Bedingungen der Haft.⁸³ Ergeht indessen die Entscheidung in einem Gerichtsverfahren nach In-Kraft-Treten der EMRK, so kann das gesamte zu dieser Entscheidung führende Verfahren anhand der Konventionsgarantien überprüft werden, da dieses Verfahren und damit auch mögliche Verfahrensfehler in der abschließenden Entscheidung enthalten sind.⁸⁴

Weitere Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen, wenn die als konventionswidrig gerügte Situation auf eine Entscheidung zurückzuführen ist, die noch vor In-Kraft-Treten der Konvention ergangen ist. Der EGMR unterscheidet zwischen fortdauernden Situationen und abgeschlossenen Rechtsakten („instantaneous acts“) mit fortdauernden Auswirkungen.⁸⁵ Letztere fallen im Gegensatz zu fortdauernden Situationen nicht in den Geltungsbereich der EMRK. In nachfolgend ergangenen Entscheidungen, welche einen von der Ratifikation ergangenen Rechtsakt gutheißen oder bestätigen, kann jedoch eine Verletzung der Konvention erblickt werden. 21

Die Entziehung von Eigentum oder anderen dinglichen Rechten durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes stellt grundsätzlich einen abgeschlossenen Rechtsakt dar und nicht eine fortdauernde Situation der Entziehung eines Rechts.⁸⁶ Etwas anderes gilt, wenn der Beschwerdeführer sich weiterhin auf eine Eigentumsposition i. S. v. Art. 1 I. ZP berufen kann (z. B. bei einer nur faktischen Eigentumsentziehung).⁸⁷

Grundsätzlich gilt, dass vor dem In-Kraft-Treten der Konvention gefällte *Urteile* 22 nicht durch ihre *Vollstreckung* nach diesem Zeitpunkt in den zeitlichen Geltungsbereich der EMRK gelangen.⁸⁸ Das Urteil stellt einen abgeschlossenen Rechtsakt dar. Ergibt sich hingegen aus der Entscheidung selbst eine fortdauernde Konventionsverletzung, so ist die Konvention anwendbar. Eine solche fortdauernde Konventionsverletzung kann dann angenommen werden, wenn die gerügte Verletzung in einer Situation besteht, die sich aus ein und derselben „sich täglich neu ereignenden“ Konventionsverletzung zusammensetzt.⁸⁹ Im Fall eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens nach Ratifikation der EMRK ist eine Beschwerde unzulässig, wenn die

⁸¹ EGMR, 23.9.1994, *Hokkanen .I.* FIN, Nr.19823/92, Z. 53; EKMR, 8.10.1991, *Kaunisto*, Nr. 17925/91.

⁸² EGMR, 10.12.1982, *Foti u. a. .I.* ITA, Nr.7604/76 u. a. = EuGRZ 1985, 578, Z. 53; EGMR, 27.4.1989, *Neves e Silva .I.* POR, Nr. 11213/84, Z. 40; *Frowein/Peukert*, Art. 34 Rn. 55.

⁸³ Vgl. EKMR, 15.5.1980, *McFeeley*, DR 20, 44 (76), Z. 24.

⁸⁴ EKMR, 8.10.1976, *X, Y u. Z.*, Nr.6916/75, DR 6, 107 (108); EKMR, 8.10.1991, *Kaunisto*, Nr. 17925/91. Vgl. auch EKMR, 6.10.1976, *X*, Nr. 7211/75, DR 7, 104 (105).

⁸⁵ Näher *Vajic*, Before ... and After: *Ratione Temporis* Jurisdiction of the (New) European Court of Human Rights and the Blečić Case, *Liber Amicorum Wildhaber*, S. 483 (492ff.).

⁸⁶ EGMR, 11.1.2000, *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao u. a. .I.* POR, Nr.29813/96 u. a., Z. 43; EGMR, 13.12.2000 (GK), *Malhous .I.* CZE, Nr.33071/96. Vgl. auch EGMR, 12.7.2001 (GK), *Prinz Hans-Adam II. von Liechtenstein .I.* GER, Nr. 42527/98, Z. 81, 85. Kritisch im Hinblick auf diese Rspr. *Loucaides*, GS Ryssdal, S. 810ff.

⁸⁷ EGMR, 24.6.1993, *Papamichalopoulos u. a. .I.* GRE, Nr.14556/89, Z. 39f.; EGMR, 18.12.1996 (GK), *Loizidou .I.* TUR, Nr. 15318/89 = ÖJZ 1997, 793, Z. 41, 46; EGMR, 22.5.1998, *Vasilescu .I.* ROM, Nr. 27053/95, Z. 49f.; EGMR, 13.12.2000 (GK), *Malhous .I.* CZE, Nr. 33071/96. S. auch EGMR, 23.4.1996, *Phocas .I.* FRA, Nr. 17869/91, Z. 49.

⁸⁸ EKMR, 19.12.1961, *X*, Nr. 913/60, CD 8, 43 (44).

⁸⁹ *Loucaides*, GS Ryssdal, S. 813; vgl. auch EKMR, 9.6.1958, *de Becker*, Yb 2, 214 (244).

fachgerichtliche Entscheidung als abgeschlossener Rechtsakt vor diesem Zeitpunkt rechtskräftig geworden ist.⁹⁰

Im Fall *De Becker* wurde der Beschwerdeführer noch vor In-Kraft-Treten der Konvention für Belgien strafrechtlich verurteilt.⁹¹ Direkte Folge dieser strafrechtlichen Verurteilung war eine auch nach seiner Freilassung fortbestehende lebenslange Beschränkung bestimmter Rechte des Beschwerdeführers, u. a. der Meinungsfreiheit. Die EKMR erkannte hierin eine fortdauernde Situation und bejahte die Anwendbarkeit der Konvention *ratione temporis*.⁹² Im Fall *Kotälla* hatte der Beschwerdeführer eine Konventionsverletzung durch seine Verurteilung zu lebenslanger Haft geltend gemacht. Die EKMR ging auf das diesbezügliche Beschwerdevorbringen ein, obgleich die Verurteilung noch vor In-Kraft-Treten der Konvention für die Niederlande stattgefunden hatte.⁹³ Insgesamt lässt sich der Konventionsrechtsprechung im Hinblick auf die Frage, wann eine fortdauernde Konventionsverletzung vorliegt, keine eindeutige Linie entnehmen.⁹⁴

§ 18. Struktur der Grundrechtsprüfung

Literatur: *Berka*, Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ÖZÖR 1986, 71; *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, 240; *Callewaert*, Quel avenir pour la marge d'appréciation?, GS Ryssdal, S. 147; *Conforti*, Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, FS Wildhaber, S. 173; *Gaja*, The Review by the European Court of Human Rights of Member States Acts Implementing European Union law: „Solange“ Yet Again?, FS Tomuschat, S. 517; *Grabenwarter*, Das mehrpolige Grundrechtsverhältnis im Spannungsfeld zwischen europäischem Menschenrechtsschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit, FS Tomuschat, 2006, S. 193; *Hailbronner*, Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft, FS Mosler, 1988, S. 359; *Holoubek*, Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas: Schutzbereich-Eingriff-Schranken, in: Grabenwarter u. a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, S. 61; *Macdonald*, The margin of appreciation, in: Macdonald/Matscher/Petzold, S. 83; *Lord Mackay of Clashfern*, The Margin of appreciation and the need for balance, GS Ryssdal, S. 837.

I. Allgemeines

- 1 Die Struktur der Grundrechtsprüfung ist im Rahmen der EMRK nicht einheitlich. Wortlaut und Aufbau der einzelnen Menschenrechte sind zu unterschiedlich, um ein einheitliches Schema zu erlauben. Hinsichtlich ihres Aufbaus lassen sich in einer Grobgliederung zwei Gruppen von Rechten unterscheiden, zum einen Menschenrechte mit primär abwehrrechtlichem Charakter, zum anderen die so genannten Verfahrensgarantien. Die Abwehrrechte umfassen im Kern die Freiheitsrechte der Art. 8 bis 11 EMRK, das Recht auf Leben, das Verbot der Folter sowie unmenschlicher Behandlung, die Freizügigkeit und die Eigentumsgarantie. Zu den Justiz- und Verfahrensgarantien gehören die Art. 5 bis 7, Art. 13 sowie Art. 1 bis 4 des 7. ZP.

Für beide Gruppen lässt sich jeweils eine eigene Struktur der Prüfung von Grundrechtsbeschränkungen definieren. Bei den Abwehrrechten folgt diese Prüfung dem dreistufigen Schema von Schutzbereich, Eingriff und (soweit es sich nicht um die vorbehaltlos gewährleisteten Rechte des Art. 3 EMRK sowie der Art. 3 und 4 4. ZP han-

⁹⁰ EGMR, 8. 3. 2006 (GK), *Blecic .I.* CRO, Nr. 59532/00 = NJW 2007, 347, Z. 92.

⁹¹ EKMR, 9. 6. 1958, *de Becker*, Yb 2, 214.

⁹² EKMR, 9. 6. 1958, *de Becker*, Yb 2, 214 (234).

⁹³ EKMR, 6. 5. 1978, *Kotälla*, DR 14, 238.

⁹⁴ Kritisch auch *Loucaides*, GS Ryssdal, S. 808 ff.

delt) Rechtfertigung des Eingriffs.¹ Bei den Verfahrensgarantien ist zwar auch im ersten Schritt die Eröffnung des Schutzbereichs (die Anwendbarkeit) des Grundrechts zu prüfen. Im nächsten Schritt aber geht es regelmäßig nicht um Eingriff und Rechtfertigung, sondern um die Einhaltung teils detaillierter verfahrensrechtlicher Vorgaben. Dementsprechend ist zwischen Abwehrrechten und Verfahrensgarantien zu unterscheiden.

II. Schutzbereich

Den Einstieg in die Grundrechtsprüfung bildet auch nach der EMRK die Bestimmung des Schutzbereichs eines Grundrechts. Der Schutzbereich eines Grundrechts kann mit seinem Anwendungsbereich gleichgesetzt werden. Er wird durch zumeist allgemeine Begriffe umschrieben, wobei sich im Rahmen der EMRK besondere Probleme der Schutzbereichsbestimmung ergeben. Diese Probleme haben im Wesentlichen zwei Ursachen: Die von den Staatssprachen abweichenden authentischen Sprachen sowie die Rückbindung von Begriffen zur Umschreibung des Schutzbereichs an nationale oder völkerrechtliche Begrifflichkeiten. Die dabei auftauchenden Auslegungsprobleme werden unter den Auslegungsfragen (s. oben § 5) näher behandelt.

Die Bestimmung des Schutzbereichs hat indessen nicht für alle EMRK-Rechte die gleiche Bedeutung. Größeres Augenmerk wird in der Judikatur der Konventionsorgane auf die Bestimmung des Schutzbereichs bei den Verfahrensgrundrechten, insbesondere bei Art. 6 und den ihm verwandten Grundrechten mit ähnlichen Begrifflichkeiten (z. B. dem Strafrechtsbegriff), beim vorbehaltlos gewährleisteten Grundrecht des Art. 3, bei den Tatbeständen des Art. 8 Abs. 1 sowie beim Eigentumsgrundrecht des Art. 1 1. ZP gelegt. Dort, wo es Überschneidungen von Tatbeständen innerhalb eines Grundrechts oder im Verhältnis zwischen inhaltlich benachbarten Grundrechten gibt, wird hingegen häufig auf eine präzise Schutzbereichsbestimmung verzichtet. Diese ist wegen der Ähnlichkeit der zur Anwendung kommenden Schranken für die Prüfung regelmäßig nicht maßgeblich.²

Bezüge zum Schutzbereich weist das *Missbrauchsverbot* des Art. 17 auf. Die Regelung dient in der Rechtsprechung mitunter dazu, Beschwerden mit einer Begründung für unzulässig zu erklären, die die Annahme der Begrenzung des Schutzbereichs nahelegt.³ In der Mehrheit der Fälle, in denen Art. 17 von den Konventionsorganen herangezogen wurde, dient Art. 17 aber als zusätzliche Präzisierung bei der Feststellung der Grundrechtsschranken.⁴

Vom Schutzbereich zu unterscheiden ist der *Regelungsbereich* eines Grundrechts. Dieser umfasst über den Schutzbereich eines Grundrechts hinaus jenen Ausschnitt der Wirklichkeit, dem das Grundrecht zuzuordnen ist. Zu Divergenzen zwischen Regelungs- und Schutzbereich kommt es insbesondere dort, wo der Schutzbereich durch

¹ Vgl. die insoweit entsprechende Struktur der Grundrechtsprüfung der Grundrechte nach dem GG, für alle Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 119ff.; für Österreich Berka, Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, 1999, Rn. 241 ff.

² Dies gilt namentlich vor allem für die Eingriffe in die Rechte nach den Art. 8 bis 11 EMRK.

³ EKMR, 11.10.1979, *Glimmerveen u. Hagenbeek*, DR 18, 187 (194); EGMR, 23.9.1994 (GK), *Jersild* /J. DEN, Nr. 15890/89 = NStZ 1995, 237, Z. 35; aus späterer Zeit EGMR, 24.6.2003, *Garaudy* /J. FRA, Nr. 65831/01. Vgl. auch *Gundel*, Beschränkungsmöglichkeiten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd. VI/1, 2010, § 147 Rn. 69 ff.

⁴ S. unten Rn. 24.

nähere Präzisierungen bzw. die Formulierung von Ausnahmen bestimmt und damit zusätzlich eingeschränkt wird (Beispiele: Recht, sich „friedlich zu versammeln“ gemäß Art. 11 Abs. 1; Ausnahmen vom Verbot der Zwangsarbeit in Art. 4 Abs. 3). Die Differenzierung in Regelungs- und Schutzbereich wird vor allem in Fällen im Zusammenhang mit Diskriminierungsverboten relevant. Für die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots gemäß Art. 14 ist es nicht erforderlich, dass der Schutzbereich des betreffenden Einzelgrundrechts eröffnet ist, vielmehr genügt es, wenn der Sachverhalt im Regelungsbereich eines Grundrechts angesiedelt ist.⁵

III. Der Eingriff in ein Grundrecht

- 5 Bei der Frage des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs wird festgestellt, ob eine bestimmte Maßnahme eine grundrechtlich gewährleistete Position beschränkt mit der Folge, dass diese Beschränkung nach den weiteren normativ vorgegebenen Kriterien des Grundrechts auf ihre Rechtfertigung oder Vereinbarkeit mit dem Grundrecht zu prüfen ist.⁶ Während der Begriff des Schutzbereichs ein bloßer Wissenschaftsbegriff ist, der der Beschreibung des Aufbaus einer Grundrechtsprüfung dient, findet der Terminus „Eingriff“ in vielen Konventionsrechten selbst Erwähnung. In Art. 8 Abs. 2 ist explizit vom Eingriff („interference“/„ingérence“) die Rede, ferner findet sich der Begriff der „Einschränkung“ („restriction“) in den Art. 9, 10 und 11, jener der „Bedingungen“ („conditions“) in Art. 10 Abs. 2 sowie der Begriff des „Entziehens“ des Eigentums („deprived“/„privé“) in Art. 1 1. ZP. In den Urteilen des EGMR bildet die Feststellung des Eingriffs jedenfalls bei den Abwehrrechten stets den ersten Prüfungsschritt.
- 6 Die Bestimmung des Eingriffs ist auf den Schutzbereich bezogen und leistet damit einen Beitrag zur Konturierung des Schutzbereichs. Die Beantwortung der Frage, ob Entziehungen der persönlichen Freiheit, Maßnahmen der Beeinträchtigung des Rechts auf Leben oder des Eigentumsrechts einen Eingriff bilden oder nicht, dient auch der Bestimmung des Schutzbereichs. Der Eingriff wird vom Schutzbereich her gedacht, ebenso wie der Schutzbereich dieser Grundrechte im Hinblick auf drohende Eingriffe formuliert und definiert ist.⁷ Bei so genannten „grundrechtlichen Dreiecksverhältnissen“ bestimmt die Annahme eines Grundrechtseingriffs auch die Schutzrichtung des Grundrechts. Bei der Annahme eines Eingriffs durch Unterlassen des Gesetzgebers wird mit der Feststellung des Eingriffs eine mittelbare Drittwirkung des Grundrechts bejaht.⁸

Die größte Bedeutung hat das Kriterium des Grundrechtseingriffs jedoch für die Abgrenzung zwischen Schutzbereichsbeschränkungen, welche als Eingriffe anzusehen sind und daher aus grundrechtlicher Sicht Rechtfertigungsbedarf auslösen, und anderen Akten oder Unterlassungen, die den Schutzbereich oder die in ihm vereinten Rechtspositionen nicht in einer rechtlich relevanten Weise berühren.

⁵ Vgl. z. B. EGMR, 18.7.1994, *Karlheinz Schmidt* / . GER, Nr. 13580/88, Z. 22ff.; s. näher unten § 26 Rn. 2ff.; ähnlich EGMR, 25.10.2005, *Okpysz* / . GER, Nr. 59140/00, Z. 30ff. (Diskriminierung bei Ansprüchen auf Kindergeld, Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 8).

⁶ Vgl. *Holoubek*, Der Grundrechtseingriff – Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*, 2007, 17ff.

⁷ Vgl. nur zu den Grundrechten nach dem Grundgesetz *Marauhn/Merhof*, in: *Dörr/Grote/Marauhn*, Kap. 7 Rn. 10ff.

⁸ Vgl. *Holoubek*, DVBl. 1997, 1033f.; zur Drittwirkungsproblematik unten § 19 Rn. 8f.

Eingriffe müssen durch Staatsorgane erfolgen oder diesen zumindest zuzurechnen sein (vgl. Art. 8 Abs. 2: „Eine Behörde ...“). Hierfür genügt es, wenn die staatlichen Behörden in das EMRK-widrige Verhalten in qualifizierter Weise involviert sind.⁹

Bei der Annahme von Eingriffen, die dem Staat zuzurechnen und zu rechtfertigen sind, ist der Gerichtshof gelegentlich recht großzügig. So nahm er einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit bereits durch die Nichtaufnahme einer Soldatenzeitschrift in das Verteilungssystem der Heeresverwaltung an.¹⁰

IV. Gesetzliche Grundlage

In unterschiedlicher Formulierung verlangen alle Abwehrrechte der EMRK eine gesetzliche Grundlage des Eingriffs. Wenngleich die Formulierungen der Grundrechte variieren, so haben diese Unterschiede in den Formulierungen der authentischen Sprachen¹¹ keine Auswirkung auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Vielmehr ist von einem einheitlichen Gesetzesbegriff in der EMRK auszugehen.¹² Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage hat eine rechtsstaatliche und eine demokratische Komponente. In *rechtsstaatlicher* Hinsicht geht es um den Schutz vor behördlicher Willkür auf Seiten der Exekutive. In *demokratischer* Hinsicht fordert dieses Kriterium eine Rückbindung des Eingriffs an einen Akt des Parlaments.¹³ Ohne dass die EMRK über konkrete Vorgaben für Staatsorganisationsrecht verfügt, wird auf diese Weise ein Mindestmaß an Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung gefordert und dem Grundsatz der Demokratie Rechnung getragen.

Das Kriterium einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe bezieht sich nicht auf ein Gesetz im formellen Sinn, sondern im Wesentlichen auf ein *Gesetz im materiellen Sinn*.¹⁴ Gesetz im Sinn der EMRK sind daher auch untergesetzliche Normen mit Außenwirkung, nicht aber rein verwaltungsinterne Verwaltungsvorschriften.¹⁵ Diese Sichtweise wird vor allem von zwei Überlegungen gestützt. Zum einen ist der Gesetzesbegriff in den authentischen Sprachen („law“/„loi“) nicht auf ein Gesetz im formellen Sinn festgelegt. Zum anderen müssen die Unterschiede in den Rechtsquellen der einzelnen Rechtssysteme in den Mitgliedstaaten Berücksichtigung finden. So gilt für die stark richterrechtlich geprägte französische Rechtsordnung oder das System des *common law* des Vereinigten Königreichs und Irlands etwas anderes als für die Rechtsordnungen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, in denen das Gesetz im formellen Sinn für die Rechtsstaatskonzeption stets größere Bedeutung hatte. Vor diesem Hintergrund ist es zutreffend, wenn von unterschiedlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage in Abhängigkeit von der jeweiligen Rechtsordnung und ihrem Rechtsquellensystem ausgegangen wird.¹⁶

⁹ EGMR, 23.11.1993, *A. J. FRA*, Nr. 14838/89, Z. 36; EGMR, 8.4.2003, *M. M. J. NED*, Nr. 39339/98, Z. 39ff.

¹⁰ EGMR, 19.12.1994, *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs u. Gubi J. AUT*, Nr. 15153/89, Z. 27.

¹¹ Vgl. Art. 8 und Art. 2 des 4. ZP einerseits und die Art. 9 bis 11 andererseits.

¹² *Hoffmann-Remy*, Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach Art. 8–11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1976, S. 38; *Frowein/Peukert*, Vorb. zu Art. 8–11 Rn. 2.

¹³ So im Ergebnis auch *Schilling*, „Gesetz“ und Demokratieprinzip: Eine Inkohärenz in der Rechtsprechung des EGMR?, AVR 2006, 57 (60), der für den kontinentaleuropäischen Rechtskreis grundsätzlich eine „nicht allzu indirekte Rückführbarkeit (des Eingriffs) auf ein Parlamentsgesetz“ verlangt.

¹⁴ *Hoffmann-Remy*, Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung, S. 37; *Matscher*, Der Gesetzesbegriff der EMRK, FS Loebenstein, 1991, S. 105 (111f.); *Villiger*, Rn. 45.

¹⁵ EGMR, 25.3.1983, *Silver u. a. J. GBR*, Nr. 5947/72, Z. 86 = EuGRZ 1984, 147.

¹⁶ EGMR, 25.5.1993, *Kokkinakis J. GRE*, Nr. 14307/88, Z. 37ff.; kritisch *St. Korinek*, JBl. 1998, S. 575.

Eine Bestätigung für diese Ansicht lässt sich bereits im Urteil im Fall *Sunday Times Nr. 1* finden, in dem der Gerichtshof feststellte, dass auch ungeschriebenes Recht als Gesetz im Sinn der Konvention angesehen werden müsse, da anderenfalls die vom *common law* geprägten Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs und Irlands nicht denkbar wären. Nach Auffassung des EGMR könne man nicht unterstellen, dass die Grundrechtsvorhalte der EMRK eine Grundlage der Rechtsordnungen der Staaten des *common law* verändern wollten.¹⁷

Auch hat der EGMR im Fall *Leela Förderkreis E. V.* eine gesetzliche Grundlage angenommen, indem er der Begründung des BVerfG – die gesetzliche Grundlage könne direkt aus dem GG hergeleitet werden und bedürfe im konkreten Fall keiner weiteren Regelungen – folgte.¹⁸

Die Anforderungen an den Gesetzesbegriff lassen sich im Einzelnen in drei Kriterien zusammenfassen:¹⁹

1. Rückführbarkeit der Eingriffsgrundlage auf ein vom Parlament beschlossenes Gesetz

- 9 Der Eingriff in das Grundrecht muss zwar nicht unmittelbar auf Gesetz beruhen; stützt er sich jedoch auf eine von einem formellen Gesetz verschiedene normative Grundlage, so muss diese wenigstens auf ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz rückführbar sein.²⁰

2. Zugänglichkeit

- 10 Die gesetzliche Grundlage des Eingriffs muss dem Bürger ausreichend zugänglich sein. Es muss ihm möglich sein, die einschlägigen Rechtsnormen zu ermitteln und ihren Inhalt zu erfahren.²¹ Dabei kann es maßgeblich sein, ob der Betroffene rechtskundig ist oder ob er ein Gesetz zu beachten hat, das speziell für seinen Berufskreis gilt.²²

3. Hinreichende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage

- 11 Die gesetzliche Grundlage muss so formuliert sein, dass es dem Bürger möglich ist, sein Verhalten dem Gesetz entsprechend einzurichten. Er muss die Folgen seines Handelns voraussehen können, ohne dass dabei absolute Gewissheit gefordert ist. Hinsichtlich der Bestimmtheit legte der EGMR in der Vergangenheit keine allzu strengen Maßstäbe an. Er berücksichtigte insofern die Dynamik eines Rechtsgebiets und die Notwendigkeit der Konkretisierung von unbestimmten Begriffen durch die Gerichte.²³ Bei unbestimmten Rechtsbegriffen, aber auch bei Ermessen, ist maßgebliche Richtschnur für die Beurteilung der hinreichenden Bestimmtheit, ob ein Schutz gegen willkürliche Eingriffe und Missbrauch gegeben ist. Auf diese Weise kann die relative

¹⁷ EGMR, 26.4.1979, *Sunday Times (Nr. 1)* ./. GBR, Nr. 6538/74 = EuGRZ 1979, 386, Z. 47 ff.

¹⁸ EGMR, 6.11.2008, *Leela Förderkreis E. V.* ./. GER, Nr. 58911/00 = NVwZ 2010, 177, Z. 89.

¹⁹ Ausführlich *Marauhn/Merhof*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 7 Rn. 23 ff.

²⁰ *Frowein/Peukert*, Vorb. zu Art. 8–11 Rn. 2.

²¹ EGMR, 26.4.1979, *Sunday Times (Nr. 1)* ./. GBR, Nr. 6538/74 = EuGRZ 1979, 386, Z. 47 ff.; *Matscher*, FS Loebenstein, S. 113 f. m. w. N.

²² Vgl. für Art. 7 EGMR, 15.11.1996 (GK), *Cantoni* ./. FRA, Nr. 17862/91 = EuGRZ 1999, 193, Z. 35.

²³ Vgl. zum Tatbestand des „Contempt of Court“ als Grundlage für die Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit EGMR, 26.4.1979, *Sunday Times (Nr. 1)* ./. GBR, Nr. 6538/74 = EuGRZ 1979, 386, Z. 46 ff. Vgl. zu anderen Tatbeständen auch EGMR, 25.5.1993, *Kokkinakis* ./. GRE, Nr. 14307/88, Z. 40; EGMR, 15.11.1996 (GK), *Cantoni* ./. FRA, Nr. 17862/91 = EuGRZ 1999, 193, Z. 31. Im Fall *Hasan und Chaush* sah der Gerichtshof hingegen das Erfordernis der Vorhersehbarkeit als nicht erfüllt an, EGMR, 26.10.2000 (GK), *Hasan u. Chaush* ./. BUL, Nr. 30985/96, Z. 85.

Unbestimmtheit des anwendbaren Gesetzestexts durch verfahrensrechtliche Sicherungen, insbesondere gerichtliche Kontrolle, kompensiert werden.

Der EGMR hielt strafgesetzliche Bestimmungen, die die Verunglimpfung des „Türkentums“ oder der türkischen Nation unter Strafe stellten, für zu unbestimmt, da die Betroffenen nicht voraussehen konnten, welches Verhalten strafbar war.²⁴

Variationen in der gebotenen Regelungsdichte können sich aus dem Sachbereich ergeben, in dem ein Grundrechtseingriff erfolgt. Bei besonders grundrechtssensiblen Bereichen, in denen eine große Gefahr des Missbrauchs besteht oder die eine höhere Gefährdung der Ausübung von Grundrechten in sich bergen, sind vergleichsweise strengere Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen anzunehmen.

In den französischen Abhörfällen *Kruslin* und *Huwig* prüfte der EGMR die Rechtsgrundlage für Abhörmaßnahmen im innerstaatlichen Recht. Dabei stand die Frage im Mittelpunkt, ob das Gesetz ausreichend Sicherheiten gegen Missbrauch bietet. Dies verneinte der EGMR, weil vom Gesetz nicht festgelegt worden sei, welche Personen abgehört werden können und bei welchen Delikten dies zulässig sei. Ebenso wenig seien die zeitliche Dauer bzw. die Löschung von Aufzeichnungen normiert worden. Aus diesem Grund sah der EGMR das Erfordernis gesetzlicher Grundlage als nicht erfüllt an, weil Reichweite und Ausübung des Ermessens des zuständigen Untersuchungsrichters nicht hinreichend begrenzt wurden.²⁵

Für die gesetzliche Regelung der Nutzung des Internets ging der EGMR davon aus, dass es wegen seiner Besonderheiten der weltweiten massenweisen Verbreitung von Informationen nicht der gleichen Regulierung unterliegt und unterliegen kann wie die Presse. Gleichzeitig stelle diese Form der Kommunikation eine besondere Gefährdung des Privatlebens dar. Wegen der Bedeutung des Internets für professionelle Medienarbeit und für die Ausübung der Meinungsfreiheit überhaupt hielt der EGMR das Fehlen jeglicher gesetzlicher Regelungen, die Journalisten eine Nutzung des Internets ohne Angst vor Sanktionen erlauben, für eine unverhältnismäßige Beschränkung von Art. 10.²⁶

Auf diese Weise kann die relative Unbestimmtheit des anwendbaren Gesetzestexts durch verfahrensrechtliche Sicherungen, insbesondere gerichtliche Kontrolle, kompensiert werden.

V. Legitimes Ziel

Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Eingriffs in die abwehrrechtlichen Garantien der EMRK ist, dass diese ein „legitimes Ziel“ verfolgen. Die Rechte der Art. 8 bis 11 enthalten jeweils eine abschließende Aufzählung von solchen Zielen. Das Gleiche gilt für Art. 2 4. ZP. Auch bei den Verfahrensgarantien bildet das legitime Ziel von einzelnen Beschränkungen dieser Grundrechte einen eigenen Prüfschritt zur Feststellung der Vereinbarkeit von Beschränkungen mit der Konvention.

Die Aufzählung von zulässigen Eingriffszielen legt zunächst nahe, darin eine wesentliche beschränkende Funktion für die eingreifenden Staatsgewalten zu sehen. Bei genauerer Betrachtung der Rechtsprechung zeigt sich jedoch eine Entwicklung der Uni- 13

²⁴ EGMR, 25.10.2011, *Altuğ Taner Akçam* ./. TUR, Nr. 27520/07, Z. 88ff. mit Verweis auf EGMR, 14.9.2010, *Dink* ./. TUR, Nr. 2668/07 u. a., Z. 116.

²⁵ EGMR, 24.4.1990, *Kruslin* ./. FRA, Nr. 11801/85 = ÖJZ 1990, 564, Z. 24f. (mit Anm. *Okresek*); EGMR, 24.4.1990, *Huwig* ./. FRA, Nr. 11105/84, Z. 56f.; vgl. auch EGMR, 30.7.1998, *Valenzuela Contreras* ./. ESP, Nr. 27671/95, Z. 46. Zur Zulässigkeit von Abhörmaßnahmen nach dem deutschen G 10-Gesetz vgl. unten § 22 Rn. 45. Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage bei staatlichen Eingriffen in die individuelle Kommunikation s. unten § 22 Rn. 37.

²⁶ EGMR, 5.5.2011, *Editorial Board of Pravoye Delo u. Shtekel* ./. UKR, Nr. 33014/05, Z. 63f.

tarisierung unterschiedlicher Gesetzesvorbehalte, wie sie auch bei differenzierten Schranken von innerstaatlichen Grundrechten zu beobachten ist.²⁷ Die Inhalte der jeweiligen Ziele überschneiden sich und werden vom Gerichtshof keiner eingehenden begrifflichen Klärung unterzogen. Bis heute hat der EGMR keine abstrakte Definition legitimer Ziele gegeben und die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs nur in Ausnahmefällen am Mangel eines legitimen Ziels scheitern lassen.²⁸ Wohl aber stellt der EGMR gelegentlich fest, dass sich der Staat zur Rechtfertigung auf bestimmte Ziele nicht berufen darf.²⁹ Daher sind die Unterschiede in den Formulierungen und den Aufzählungen der Absätze 2 der Art. 8 bis 11 auch nur von untergeordneter Bedeutung.³⁰ Die Variation erklärt sich zum Gutteil aus dem Inhalt der jeweiligen Grundrechte, der andere Gefährdungslagen und Eingriffsziele des Gesetzgebers bedingt.

Beim Abwehrrecht des Art. 1 1. ZP (Eigentumsgarantie) fehlt überhaupt eine Aufzählung legitimer Ziele. Demgegenüber wird gefordert, dass der Eingriff im Fall von Eigentumsentziehungen vom öffentlichen Interesse verlangt wird bzw. im Fall von Nutzungsregelungen in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Interesse steht.³¹ Das Kriterium des öffentlichen bzw. allgemeinen Interesses hat die gleiche Funktion wie die Prüfung des Vorliegens eines legitimen Ziels.³²

Bei Art. 3 1. ZP geht der EGMR von „impliziten Schranken“ aus, die weniger eng gezogen sind als jene nach Art. 8 bis 11. Art. 3 1. ZP enthält insbesondere keine Liste von legitimen Zielen, sondern es steht den Mitgliedstaaten frei, sich auf ein legitimes Ziel zu berufen, um die Beschränkung zu rechtfertigen.³³

VI. Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

- 14 Eingriffe in die Abwehrrechte der EMRK bedürfen einer Rechtfertigung.³⁴ Am präzisesten ist das normative Programm für die Rechtfertigung in den Art. 8 bis 11 EMRK vorgegeben. Neben dem Vorliegen eines legitimen Ziels muss der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft“ notwendig sein. Hinter dieser Formulierung verbirgt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie er in vergleichbarer Form auch bei vielen

²⁷ Vgl. nur Art. 5 Abs. 1 GG einerseits und Art. 12 GG andererseits. Kritisch dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 2001, S. 49 ff.

²⁸ Vgl. z. B. EGMR, 22.2.1994, *Burghartz* /J. SUI, Nr. 16213/90, Z. 28f.; in EGMR, 25.1.2007, *Vereinigung Bildender Künstler* /J. AUT, Nr. 68354/01 = ÖJZ 2007, 618, Z. 30f., lehnte der Gerichtshof das von der Regierung ins Treffen geführte Ziel des Schutzes der Moral ab, hingegen akzeptierte er das Ziel des Schutzes der Rechte anderer unter Hinweis auf das einschlägige Gesetz und die hierzu ergangene Rechtsprechung; *Kempees*, „Legitimate aims“ in the case-law of the European Court of Human Rights, GS Ryssdal, S. 660. Zur Überschneidung der einzelnen Ziele vgl. im Einzelnen *Hauer*, in: Grabenwarter/Thienel, Die Polizeizwecke der Grundrechtsschranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 115 (123 ff.).

²⁹ EGMR, 22.10.1981, *Dudgeon* /J. GBR, Nr. 7525/76, Z. 61; EGMR, 26.10.1988, *Norris* /J. IRL, Nr. 10581/83, Z. 44 ff. (keine Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundrechte von Homosexuellen durch Berufung auf den Schutz der öffentlichen Moral).

³⁰ Näher *Marauhn/Merhof*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 7 Rn. 40.

³¹ Dazu näher unten § 25 Rn. 19 ff.

³² Vgl. nur EGMR, 7.12.1976, *Handyside* /J. GBR, Nr. 5493/72, Z. 62; s. unten § 25 Rn. 19.

³³ EGMR, 16.3.2006 (GK), *Ždanoka* /J. LAT, Nr. 58278/00, Z. 115; EGMR, 27.4.2010 (GK), *Tănase* /J. MDA, Nr. 7/08, Z. 164; EGMR, 6.1.2011 (GK), *Paksas* /J. LTU, Nr. 34932/04, Z. 100; s. auch § 23 Rn. 113.

³⁴ Zu den Unterschieden zu den Schrankenschranken des Grundgesetzes vgl. *Marauhn/Merhof*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 7 Rn. 56.

Grundrechten nationaler Verfassungen Bedingung zulässiger Eingriffe ist. Dieses Kriterium wird häufig mit dem „dringenden sozialen Bedürfnis“ („pressing social need“) umschrieben, das gegeben sein muss, um einen Eingriff als verhältnismäßig erscheinen zu lassen.³⁵ In einer Reihe von Entscheidungen heißt es ausdrücklich, dass die Gründe für den Eingriff relevant und ausreichend sowie verhältnismäßig zum legitimen Ziel sein müssen.³⁶

Die Prüfung der Notwendigkeit ist der Sache nach als Prüfung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bezeichnet worden.³⁷ In der gedanklichen Abfolge seiner Prüfung steht die Eignung des Eingriffs zur Zielerreichung an der Spitze. Dieses Erfordernis wird in der Rechtsprechung des EGMR nur ausnahmsweise ausdrücklich geprüft,³⁸ in der Regel findet eine implizite Prüfung statt. Den Kern der Prüfung der Rechtfertigung bildet die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn. Dass die eingreifende Maßnahme das gelindeste Mittel zur Zielerreichung sein muss (Grundsatz der Erforderlichkeit), findet sich als eigenständiger Prüfschritt nicht, wohl aber wird in der Rechtsprechung in der Frage der Verhältnismäßigkeit bisweilen nach gelinderen Mitteln gefragt.³⁹ Einen absoluten Schutz des Wesensgehalts jeder Garantie vergleichbar mit Art. 19 Abs. 2 GG enthält die EMRK nicht. Nur ausnahmsweise findet sich ein Hinweis auf Kerngehalte von Rechten, wie etwa beim Recht auf Heirat, beim Recht auf Bildung, beim Recht auf freien Zugang zu Gericht oder beim Recht auf freie Wahlen. Hier verweist der EGMR auf die Substanz der Rechte, die keinen ausdrücklichen Schrankenvorbehalt enthalten, um die äußerste Grenze der Beschränkung des jeweiligen Rechts aufzuzeigen.⁴⁰ 15

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit i. e. S. umfasst eine Gegenüberstellung zwischen Nachteilen für den aus der Konventionsgarantie Berechtigten einerseits und dem Gewicht des verfolgten legitimen Ziels auf Seiten des Staates andererseits. Die Bezugnahme auf eine so genannte „fair balance“ findet sich vor allem bei Eingriffen in das Recht auf Privat- und Familienleben durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen⁴¹ sowie in Entscheidungen zur Eigentumsgarantie des Art. 1 1. ZP.⁴² Dabei prüft der EGMR, ob der Eingriff „in einem angemessenen Verhältnis“ zu dem damit verfolgten legitimen Ziel steht und ob die von den innerstaatlichen Behörden zur Rechtfertigung angeführten Gründe „relevant und ausreichend“ sind.⁴³ Bei der Prüfung der impliziten 16

³⁵ Vgl. etwa EGMR, 25.11.1996, *Wingrove .I.* GBR, Nr. 17419/90, Z. 53; EGMR, 13.12.2001, *Eglise Métropolitaine de Bessarabie .I.* MDA, Nr. 45701/99, Z. 119.

³⁶ Z. B. EGMR, 16.12.1997, *Camenzind .I.* SUI, Nr. 21353/93, Z. 45.

³⁷ Z. B. EGMR, 25.2.1993, *Funke .I.* FRA, Nr. 10828/84, Z. 55ff.; EGMR, 25.2.1997, Z. .I. FIN, Nr. 22009/93, Z. 94.

³⁸ Vgl. z. B. EGMR, 27.9.1999, *Lustig-Prean u. Becket .I.* GBR, Nr. 31417/96 u. a., Z. 67.

³⁹ Z. B. bereits EGMR, 7.12.1976, *Handyside .I.* GBR, Nr. 5493/72, Z. 58.

⁴⁰ Vgl. für das Recht auf Eheschließung EGMR, 17.10.1986, *Rees .I.* GBR, Nr. 9532/81, Z. 50; für das Recht auf Bildung EGMR, 25.2.1982, *Campbell u. Cosans .I.* GBR, Nr. 7511/76 u. a., Z. 41; für das Wahlrecht EGMR, 2.3.1987, *Mathieu-Mohin u. Clerfayt .I.* BEL, Nr. 9267/81, Z. 52; *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, 240 (289) m. w. H.

⁴¹ Z. B. EGMR, 21.10.1997, *Boujlifa .I.* FRA, Nr. 25404/94, Z. 43.

⁴² EGMR, 21.2.1986, *James u. a. .I.* GBR, Nr. 8793/79, Z. 50; EGMR, 18.2.1991, *Fredin (Nr. 1) .I.* SWE, Nr. 12033/86, Z. 51; EGMR, 23.2.1995, *Gasus Dosier- u. Fördertechnik GmbH .I.* NED, Nr. 15375/89, Z. 62.

⁴³ Vgl. etwa EGMR, 26.9.1995 (GK), *Vogt .I.* GER, Nr. 17851/91 = EuGRZ 1995, 590, Z. 52.