

WALTER FRENZ

HANDBUCH EUROPA- RECHT

BAND 4 Europäische
Grundrechte



Springer

Handbuch Europarecht
Band 4
Europäische Grundrechte

Walter Frenz

Handbuch Europarecht

Band 4

Europäische Grundrechte

Professor Dr. jur. Walter Frenz, Maître en Droit Public
RWTH Aachen
Wüllnerstraße 2
52062 Aachen
frenz@bur.rwth-aachen.de
www.rwth-aachen.de/bur

ISBN 978-3-540-31116-4

e-ISBN 978-3-540-31117-1

DOI 10.1007/978-3-540-31117-1

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2009 Springer-Verlag Berlin Heidelberg

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funk-sendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Herstellung: le-tex publishing services oHG, Leipzig
Einbandgestaltung: WMXDesign GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

9 8 7 6 5 4 3 2 1

springer.de

Für Edelgard, Hannah und Christian

Vorwort

Die Bände 1-3 des Handbuchs Europarecht behandeln die traditionellen wirtschaftlichen Freiheiten, nämlich die Grundfreiheiten und die Wettbewerbsfreiheit einschließlich des Beihilfe- und Vergaberechts. Zumal wenn die Europäische Grundrechtecharta bei Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon auch formal nach Art. 6 Abs. 1 EUV in das Primärrecht einbezogen wird, treten gleichgeordnet die europäischen Grundrechte hinzu. Sie enthalten ebenfalls wichtige wirtschaftsrelevante Garantien, namentlich die Berufs- und die Eigentumsfreiheit sowie die in der Charta eigens gewährleistete Unternehmerfreiheit. Zudem kann der Datenschutz gerade auch für Unternehmen wichtige Garantien vor staatlichem Zugriff etwa zur Bekämpfung des Terrorismus enthalten. Hierzu werden die jüngsten Äußerungen von EuGH und EGMR aufgearbeitet; ebenso zu anderen wichtigen Fragen wie dem gewerkschaftlichen Blockade- und Streikrecht (EuGH-Urteile *Laval* und *Viking*).

Damit erweisen sich die Grundrechte als besonders aufgeschlossen für aktuelle Entwicklungen. Zugleich können sie zumeist auf einer festgefügteten Tradition aufbauen, nämlich der nach der EMRK. Daher werden ausführlich die Entscheidungen des EGMR und der EKMR einbezogen. Das gilt vor allem für den Ehe- und Familienschutz, die Kommunikationsfreiheit (*Caroline von Hannover*) und die Justizgrundrechte (*Gäfgen*). Diese Entscheidungen sind in einer Konkordanztafel am Ende zusammengestellt, bei der wir an die hervorragenden Arbeiten des Instituts für Menschenrechte in Potsdam anknüpfen konnten.

Schon diese Beispiele lassen eine hohe Konjunktur der Grundrechte für die Zukunft erwarten. Der Reformvertrag von Lissabon beinhaltet zudem erhebliche auch grundrechtsrelevante Kompetenzerweiterungen. So ist in verstärktem Maße eine polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82 ff. AEUV) vorgesehen sowie eine gemeinsame Politik im Bereich der Einwanderung und des Asyls (Art. 78 AEUV). Das am 29.5.2008 angekündigte „Europa des Asyls“ soll unabhängig davon einheitliche Standards bringen. Grundsätzlich wird die Bedeutung der Grundrechte dadurch gestärkt, dass sie nunmehr im Einzelnen in einer Charta festgelegt und ausformuliert sind. Regelmäßig auf den Einzelnen bezogen, müssen auch die individuellen Belange in einer situationsbezogenen Abwägung hinreichend gewichtet werden. Das betrifft die Struktur der Grundrechte, die hier in den allgemeinen Lehren näher dargestellt wird.

Vom Typ her gänzlich neu in der europäischen Grundrechtsdogmatik sind die sozialen und solidaritätsbezogenen Grundrechte (z.B. der Umweltschutz und die Gewährleistung des Zugangs zu Einrichtungen der Daseinsvorsorge). Sie bilden vielfach lediglich Grundsätze und sind damit nur Maßstäbe und keine konkreten

Einzelrechte. Daraus ergeben sich aber wichtige Konsequenzen für die europäischen Einzelmaßnahmen, so für den Klimaschutz.

Angesichts dieser reichhaltigen Fragestellungen verwundert es nicht, dass dieser Band, der ursprünglich als einer der schmaleren konzipiert war, nunmehr zum ausführlichsten wurde. Gerade deshalb war ich diesmal besonders auf die qualifizierte Mitwirkung meiner Mitarbeiterinnen und meines Mitarbeiters angewiesen. Ich danke sehr herzlich Erika Casimir-van den Broek, Anne Dauber, Vera Götzkes, Dr. jur. Andrea Kühl, Moritz Rademacher, Ellen Rennen M.A., Kristina Wimmers M.A. sowie meiner Sekretärin Claudia Schütt M.A., die zusammen mit Frau Wimmers eine druckfertige Vorlage erstellte, und den studentischen Hilfskräften Christiane Domagala, Lena Kasper und Anne Rudolph.

Frau Dr. jur. Brigitte Reschke vom Springer-Verlag ermöglichte mit ihrer Flexibilität, dass wir diesen Band so ausführlich schreiben und noch um aktuelle Entwicklungen ergänzen konnten. Bearbeitungsstand ist, soweit möglich, der 1.7.2008. Die nach dem Reformvertrag von Lissabon geplanten Bestimmungen sind trotz des gescheiterten Irland-Referendums vom 12.6.2008 einbezogen. Die bisherige Rechtslage wird aber als Ausgangspunkt zugrunde gelegt.

Über Rückmeldungen, auch zu den vorherigen Bänden, freue ich mich sehr. Ich erbitte sie an:

Univ-Prof. Dr. jur. Walter Frenz
RWTH Aachen
Wüllnerstr. 2
52062 Aachen
T: (0241) 80-95691
e-mail: frenz@bur.rwth-aachen.de

Aachen, den 12. September 2008

Walter Frenz

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XIII

Abkürzungsverzeichnis	XCIII

Teil I Allgemeine Lehren	1

Kapitel 1 Entwicklung und Bezüge der europäischen Grundrechte.....	3

§ 1 Entwicklung im Rahmen der Europäischen Verträge	3

§ 2 Europäische Grundrechte und EMRK	15

§ 3 Einfluss sonstiger Menschenrechtsabkommen	41

§ 4 Europäische und nationale Grundrechte	43

§ 5 Europäische Grundrechte und nationales Recht	55

§ 6 Europäische Grundrechte und sonstiges Unionsrecht	59

Kapitel 2 Grundrechtsverpflichtete und -träger	69

§ 1 Grundrechtsadressaten	69

§ 2 Grundrechtsträger	89

Kapitel 3 Die Bedeutung der Grundrechte.....	97

§ 1 Abwehrrechte	97

§ 2 Teilhaberechte	99

§ 3 Verfahrensrechte	100

§ 4 Leistungsrechte	101

§ 5 Gleichheitsrechte	103

§ 6 Wertentscheidungen und objektive Grundrechtsgehalte	104

§ 7 Schutzpflichten	107

§ 8 Grundpflichten	118

§ 9 Schranken	121

§ 10 Auslegungsmaxime	132

§ 11 Grundsätze	133

Kapitel 4 Struktur der europäischen Grundrechte	139

§ 1 Schutzbereich	139

§ 2 Beeinträchtigungen und Schrankensystematik	149

§ 3 Rechtfertigung	183

§ 4 Grundsätze	205

§ 5 Prüfungsschema zu Art. 52 Abs. 1 und Abs. 5 EGRC	211

Kapitel 5 Durchsetzung der Grundrechte	213
§ 1 Allgemeiner Rahmen	213
§ 2 Durchsetzung vor den nationalen Gerichten	219
§ 3 Rechtsdurchsetzung vor dem EuGH.....	226
§ 4 Europäische Grundrechteagentur	240
Teil II Personenbezogene Grundrechte	245
Kapitel 6 Menschenwürde und persönliche Integrität.....	247
§ 1 Unantastbarkeit der Menschenwürde	247
§ 2 Recht auf Leben.....	268
§ 3 Recht auf Unversehrtheit	282
§ 4 Folterverbot.....	300
§ 5 Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit.....	318
Kapitel 7 Personenbezogene Freiheiten	325
§ 1 Freiheit und Sicherheit	325
§ 2 Asylrecht	345
§ 3 Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung	353
§ 4 Privat- und Familienleben	358
§ 5 Datenschutz	420
§ 6 Gründung von Ehe und Familie	455
§ 7 Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit	470
Teil III Kommunikative Grundrechte	529
Kapitel 8 Kommunikationsgrundrechte	531
§ 1 System.....	531
§ 2 Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit.....	534
§ 3 Medienfreiheit	591
§ 4 Versammlungsfreiheit	641
§ 5 Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit.....	657
§ 6 Kunst- und Wissenschaftsfreiheit.....	681
§ 7 Recht auf Bildung.....	699
Teil IV Wirtschaftsbezogene Grundrechte.....	731
Kapitel 9 Wirtschaftsgrundrechte.....	733
§ 1 Berufsfreiheit.....	733
§ 2 Unternehmerische Freiheit.....	785
§ 3 Eigentumsfreiheit	816
§ 4 Vertrauensschutz und Rechtssicherheit.....	887
Teil V Gleichheits-, Solidaritäts- und Schutzrechte	943
Kapitel 10 Gleichheits- und besondere Schutzrechte	945
§ 1 Das Gleichheitskapitel der EGRC	945
§ 2 Allgemeine Gleichheit vor dem Gesetz	952

§ 3	Nichtdiskriminierung.....	966
§ 4	Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen.....	996
§ 5	Gleichheit von Männern und Frauen.....	1004
§ 6	Kinder.....	1024
§ 7	Ältere Menschen.....	1042
§ 8	Integration Behinderter.....	1049
Kapitel 11 Soziale und solidarische Grundrechte		1057
§ 1	Die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Charta.....	1057
§ 2	Betriebsbezogene Rechte.....	1081
§ 3	Individuelle Arbeitnehmerrechte.....	1130
§ 4	Schutz der Familie	1203
§ 5	Sozialer Schutz	1210
§ 6	Gesundheitsschutz.....	1257
§ 7	Zugang zu gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen.....	1276
§ 8	Umweltschutz.....	1289
§ 9	Verbraucherschutz	1310
Teil VI Klassische und neue Bürgerrechte		1323
Kapitel 12 Bürgerrechte.....		1325
§ 1	Wahlrechte.....	1325
§ 2	Das Recht auf eine gute Verwaltung.....	1358
§ 3	Zugang zu Dokumenten.....	1394
§ 4	Der Bürgerbeauftragte	1432
§ 5	Petitionsrecht	1442
§ 6	Freizügigkeit und Aufenthaltsrecht.....	1452
§ 7	Diplomatischer und konsularischer Schutz	1501
Kapitel 13 Justizielle Grundrechte		1513
§ 1	Bedeutung mit und ohne Lissabonner Vertrag.....	1513
§ 2	Effektiver Rechtsschutz.....	1514
§ 3	Strafverfolgung.....	1534
Literaturverzeichnis		1565
Rechtsprechungsverzeichnis von EuGH und EuG.....		1611
Entscheidungstabelle zur EMRK, Konkordanztabelle		1629
Vorschriftenverzeichnis.....		1661
Sachwortverzeichnis		1671

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XCIII

Teil I Allgemeine Lehren	1

Kapitel 1 Entwicklung und Bezüge der europäischen Grundrechte	3

§ 1 Entwicklung im Rahmen der Europäischen Verträge	3

A. Fehlende Kodifizierung	3
B. Rechtsprechung des EuGH	3
I. Anfänge	3
II. Fundamente	4
1. Wertende Rechtsvergleichung	4
2. Einfluss des BVerfG?	4
3. EMRK	5
III. Hauptgrundrechte	5
IV. Verbleibende Defizite	5
C. Art. 6 Abs. 2 EUV als Rechtsquelle	6
D. Kodifikation von Einzelgrundrechten in der EGRC	7
E. Europäische Verfassung	8
F. Reformvertrag	9
G. Vorbehalte gegen die EGRC	10
H. Inkrafttreten	11
J. Dreifacher Grundrechtsschutz?	12
K. Auswirkungen des irischen Referendums vom 12.6.2008 auf die Charta	13

§ 2 Europäische Grundrechte und EMRK	15

A. Ableitung der europäischen Grundrechte aus der EMRK	15
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte	15
II. Die EMRK als Rechtserkenntnisquelle	16
1. Verankerung in Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV?	16
2. Verhältnis nationaler Verfassungsüberlieferungen zur EMRK	18
III. Die Bezugnahme auf die EMRK in der EGRC	18

IV. Der Einfluss der EMRK auf den Inhalt der Charta	19
B. Die EMRK als Maßstab für die europäischen Grundrechte	20
I. Die Regelungen der EGRC	20
1. Die Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC.....	20
a) Zielsetzung.....	20
b) Voraussetzung der Kongruenz	20
c) Bezugsrahmen.....	21
aa) Protokolle.....	21
bb) Rechtsprechung des EGMR	22
d) Rechtsfolge	23
aa) Unionskonforme Auslegung von EMRK-Schranken	23
bb) Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC als <i>lex specialis</i>	23
cc) Vorbehaltlos gewährte Grundrechte.....	24
2. Zulässigkeit weiter gehenden Schutzes (Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC).....	24
a) Ansatz	24
b) Vergleich der Schutzbereiche	24
c) Vergleich der Schranken.....	25
d) Die EMRK als Mindeststandard	26
3. Die Sicherungsklausel des Art. 53 EGRC	26
a) Inhalt	26
b) Entstehungsgeschichte	26
c) Bedeutung	27
aa) Keine Mindestschutzklausel.....	27
bb) Keine Verankerung des höchsten Schutzniveaus	27
cc) Wahrung des jeweiligen Status quo als Grundsatz.....	28
dd) Meistbegünstigungsklausel	28
ee) Grundrechtskollisionen	28
II. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für die Auslegung der Charta	29
1. Die Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR.....	29
a) Die Regelungen der EMRK	29
b) Haltung des EGMR.....	30
c) Nur faktische, keine rechtliche Bindung	30
2. Rezeption der Rechtsprechung des EGMR durch den EuGH	31
a) Bezugnahme.....	31
b) Rechtsprechungsdivergenzen.....	32
aa) Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 8 Abs. 1 EMRK).....	32
bb) „Nemo tenetur“-Grundsatz (Art. 6 Abs. 1 EMRK).....	33
c) Folgeprobleme	34
d) Die <i>Bosphorus</i> -Entscheidung als Lösungsansatz	34
aa) Sachverhalt.....	34
bb) Vermutungsregel	35
cc) Rücknahme der Prüfungskompetenz	36

dd) Entschärfung des Kollisionsproblems	36
C. Die Bedeutung der EMRK nach dem Reformvertrag	37
I. Art. 6 Abs. 3 EUV	37
II. Beitritt der Union zur EMRK	38
1. Rechtsgutachten 2/94 des EuGH	38
2. Voraussetzungen eines Beitritts	38
3. Folgen eines Beitritts	39
a) Unmittelbare Bindung der Union an die EMRK	39
b) Letztentscheidungskompetenz des EGMR	40
c) Erweiterung des Grundrechtsschutzes	40
§ 3 Einfluss sonstiger Menschenrechtsabkommen	41
A. Bezugnahmen in der Charta und durch die Rechtsprechung	41
I. Ausdrückliche Erwähnung in der Charta	41
II. Die Rechtsprechung des EuGH	42
B. Voraussetzungen einer Herleitung von Grundrechten aus völkerrechtlichen Abkommen	42
I. Menschenrechtscharakter	42
II. Bedeutung der Ratifikation	42
C. Maßstab- oder Vorbildfunktion	43
D. Sonderstellung der EMRK	43
§ 4 Europäische und nationale Grundrechte	43
A. Grundsätzliches Verhältnis	43
B. Gegenseitige Prägung	44
I. Einwirken nationaler auf die europäischen Grundrechte	44
1. Nationale Grundrechte als Rechtserkenntnisquelle	44
2. Gleichberechtigtes Nebeneinander	45
3. Harmonieklausel des Art. 52 Abs. 4 EGRC	45
a) Auslegungsregel	45
b) Anwendungsbereich	46
c) Umfang der Herleitung	46
4. Konkrete Einflüsse der nationalen Grundrechte	47
II. Beeinflussung nationaler Grundrechte durch die EGRC	47
C. Geltungsabgrenzung	48
I. Geltung der Chartagrundrechte für nationale Rechtsakte	48
II. Geltung der nationalen Grundrechte für europäische Rechtsakte	48
1. Vorüberlegungen	48
2. Sichtweise des EuGH	49
3. Die abweichende Rechtsprechung des BVerfG	49
a) Ergebnis einer Entwicklung	49
b) Gemeinschaftsrechtsakte keine Akte deutscher Staatsgewalt ...	49
c) Wende durch die <i>Solange I</i> -Entscheidung	50

d) Ausreichender gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz (<i>Solange II</i>)	50
e) Kooperationsverhältnis zwischen BVerfGE und EuGH (<i>Maastricht</i>)	51
f) Bestätigung der Rechtsprechung in der <i>Bananenmarkt-</i> Entscheidung.....	52
g) Weitgehende Rücknahme der Prüfungskompetenz.....	52
h) Reservekompetenz bei Umsetzung zwingenden Europarechts?.....	53
j) Klärung durch den Emissionshandel-Beschluss	54

§ 5 Europäische Grundrechte und nationales Recht 55

A. Bezugnahme in der Charta auf mitgliedstaatliches Recht	55
B. Verschiedene Arten von Verweisen	55
I. Verweis auf einzelstaatliche Gesetze	55
II. Einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	56
III. Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten.....	57
C. Die allgemeine Verweisungsklausel des Art. 52 Abs. 6 EGRC	57
I. Auslegung der Klausel	57
II. Verhältnis zum Gesetzesvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 EGRC.....	59

§ 6 Europäische Grundrechte und sonstiges Unionsrecht 59

A. Regelungen in der Charta und in den Verträgen	59
I. Art. 6 Abs. 1 EUV.....	59
II. Art. 52 Abs. 2 EGRC	60
1. Hintergrund der Vorschrift	60
2. Anwendungsbereich	60
a) Regelung in den Verträgen	60
b) „Rechte“	61
3. Umfang der Verweisung.....	61
a) Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs	61
b) Einbeziehung des Sekundärrechts.....	62
4. Erfasste Rechte	63
5. Akzessorietät als Problem?	64
B. Grundrechte und Grundfreiheiten	64
I. Die EGRC und die Grundfreiheiten	64
II. Allgemein zum Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten	65
1. Unterschiede	65
2. Seltene Überschneidungen	66
3. Gemeinsamkeiten	66
4. Rechtfertigung von Einschränkungen.....	66
C. Relevanz der Unionsziele.....	67

Kapitel 2 Grundrechtsverpflichtete und -träger 69**§ 1 Grundrechtsadressaten..... 69**

A. Grundkonzeption.....	69
B. Unionsorgane, Einrichtungen, sonstige Stellen der Union.....	69
I. Unionsorgane	69
II. Einrichtungen und sonstige Stellen	70
III. Umfassende Bindung der Union	70
C. Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts	72
I. Grundkonzeption entsprechend der bisherigen Rechtsprechung.....	72
II. Mitgliedstaaten	74
III. Durchführung von Unionsrecht.....	74
1. Kompetenzgrundlage der Union.....	74
2. Tatsächliche Prägung durch Unionsrecht	75
a) Weitgehende Formunabhängigkeit	75
b) Gemeinsame Politiken	75
c) Nicht lediglich potenzielle Durchführung des Unionsrechts.....	76
3. Begriff der Durchführung.....	77
a) Umsetzung und Vollzug von Unionsrecht	77
b) Anpassung und Beibehaltung nationalen Rechts	78
4. Grenzen der Durchführung.....	79
a) Öffnungsklauseln	79
b) Durchführung von Sekundärrecht	79
5. Durchführung von Unionsrecht durch nationales Verfahrensrecht	80
6. Völkerrecht.....	81
7. Einschränkung der Grundfreiheiten als Durchführung von Unionsrecht.....	82
a) Bisherige Einstufung als Anwendung.....	82
b) Akzessorität.....	82
c) Urteile <i>Karner</i> und <i>Carpenter</i>	83
d) Beeinträchtigung der Grundfreiheit unter begrenztem grundrechtlichem Einfluss	84
e) Ausübungsmodalitäten.....	85
f) Korrektur der Rechtsprechung durch Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC?	86
D. Verpflichtung von Personen des Privatrechts.....	87
I. Parallelität zu den Grundfreiheiten.....	87
II. Begrenzung durch den Anwendungsbereich	88

§ 2 Grundrechtsträger 89

A. Diversität der Grundrechtsträger	89
I. Jedermann	89

II.	Unionsbürger.....	89
III.	Ansässige	89
B.	Natürliche Personen	90
I.	Grundsatz	90
II.	Grundrechtsspezifische Besonderheiten.....	90
1.	Ungeborenes Leben und Verstorbene.....	90
2.	Grundrechtsmündigkeit	91
C.	Juristische Personen	91
I.	Juristische Personen des Privatrechts	91
II.	Juristische Personen des öffentlichen Rechts	92
1.	Restriktiver Grundansatz	92
2.	Allgemeine Weiterungen	93
a)	Justizgrundrechte	93
b)	Nur begrenzte Weisungsverhältnisse	93
c)	Sicherungsfunktion für die individuelle Grundrechtswahrung.....	94
3.	Ausdehnung der Wirtschaftsgrundrechte	94
III.	Nicht rechtsfähige Vereinigungen	94
D.	Drittstaatsangehörige.....	95
E.	Grundrechtsverzicht	96

Kapitel 3 Die Bedeutung der Grundrechte.....97

§ 1 Abwehrrechte 97

A.	Klassische Freiheitsrechte	97
B.	Würdebezogene Elementarrechte.....	97
C.	Gleichheitsrechte.....	98
D.	Solidaritätsrechte.....	98
E.	Bürgerrechte.....	98

§ 2 Teilhaberechte.....99

§ 3 Verfahrensrechte.....100

A.	Bürgerrechte.....	100
B.	Justizielle Rechte.....	100
C.	Sicherung von Grundrechten.....	100

§ 4 Leistungsrechte 101

A.	Soziale Rechte.....	101
B.	Arbeitnehmerrechte.....	102
C.	Förderpflicht.....	102
D.	Ausnahmecharakter.....	103

§ 5 Gleichheitsrechte	103
§ 6 Wertentscheidungen und objektive Grundrechtsgehalte	104
A. Bestehende Ansätze	104
B. Geschlossenes Wertesystem der Grundrechte?	105
C. Bloßer Impulscharakter	106
D. Ausstrahlungswirkung	106
E. Individuell einforderbare Konkretisierung in Abgrenzung zu den Grundsätzen	107
§ 7 Schutzpflichten	107
A. Die Schutzpflichten als Element der durch die Grundrechte aufgerichteten objektiven Ordnung	108
I. Die Schutzpflichten als Rechtsgüterschutz	108
1. Ansatz	108
2. Beschränkung auf Elementargüter?	109
3. Parallele zu den Grundfreiheiten	109
II. Erstreckung auf Naturgefahren und ausländische Staaten	110
III. Die grundsätzliche Unbestimmtheit der unmittelbaren Zielrichtung einer Schutzmaßnahme	110
IV. Breiter Beurteilungsspielraum	111
V. Verengung in Einzelfällen	112
B. Subjektiv-rechtliche Herleitung	113
I. Zu vermeidende Schutzlücken	113
II. Bestimmung der Grenzen von Normierungen ausschließlich nach abwehrrechtlicher Dogmatik	114
III. Geschichtliche Entwicklung	115
IV. Der Grundrechtsvoraussetzungsschutz als notwendige Bedingung abwehrrechtlicher Grundrechtsverwirklichung	116
V. Grenzen	117
VI. Einzelermittlung	118
§ 8 Grundpflichten	118
A. Funktionsweise	118
B. Begrenzte Bedeutung auf europäischer Ebene	119
C. Pflicht zur Erhaltung der Lebensgrundlagen des Anderen?	120
§ 9 Schranken	121
A. Entwicklung	121
I. Vorläufer	121
II. Eigenständige ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	121

III. Im Rahmen eines geschriebenen Rechtfertigungsgrundes	123
B. Begründung	124
C. Wirkungsweise	125
I. Als Rechtfertigungsansatz	125
II. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit	126
D. Fallabhängige Bedeutung der Grundrechte	128
I. Ansätze	128
II. Maßgebliche Faktoren und Konstellationen	128
1. Offene oder versteckte Einschränkung der Grundfreiheit	128
2. Betroffene Grundrechtsfunktion	129
3. Objektive Seite der Grundrechte	129
III. Einbeziehung in das System der Grundfreiheiten	130
§ 10 Auslegungsmaxime	132
§ 11 Grundsätze	133
A. Indirekte Wirkung	133
B. Reichweite in Abhängigkeit vom Umsetzungsrecht	133
C. Abgrenzung zu den Grundrechten	134
I. Wortlaut nur als erster Anhalt	134
II. Systematik	135
III. Inhaltlicher Bezug und Hintergrund	135
IV. Einzelfallabhängigkeit	136
D. Erlass von Umsetzungsrecht	136
E. Reichweite des Umsetzungsrechts	138
Kapitel 4 Struktur der europäischen Grundrechte	139
§ 1 Schutzbereich	139
A. Ansatz	139
B. Relevanz des Hintergrundes	139
C. Grundsätze	140
D. Immanente Reduktion?	141
I. Umweltschädigendes Verhalten	141
II. Verbotene oder sozialschädliche Tätigkeiten	141
III. Keck-Ansatz	142
IV. Einfluss der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln	143
V. Grundrechtlich fundierte Ausklammerung von Randbereichen?	144
E. Missbrauchsverbot	145
I. Abgleich mit der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten	145
II. Rückgriff auf Art. 17 EMRK	146
1. Auch staatliche Stoßrichtung	146
2. Individuelle Stoßrichtung	146

III. Kaum relevante ultima ratio	147
F. Konkurrenzen	148
§ 2 Beeinträchtigungen und Schrankensystematik	149
A. Formen	149
I. Einbeziehung mittelbarer und indirekter Beeinträchtigungen	149
II. Analog zur <i>Dassonville</i> -Formel	150
III. Unantastbare Grundrechte	151
B. Einschränkung und Schranke	151
C. Notwendigkeit eines Gesetzes und eingreifende Schranken	153
I. Anknüpfung an die EuGH-Judikatur	153
II. Einbeziehung demokratischer Grundlagen in der EGRC	154
1. Bedeutung des Demokratieprinzips für die EU	154
2. Konsequenzen für den Gesetzesvorbehalt	155
3. Altfälle	156
4. Besonderheiten europäischer Normierung	156
5. Delegation	157
III. Grundsätzlich umfasste Rechtsnormen	158
1. Ansatz nach der Genese	158
2. Abgleich mit der EMRK	160
a) Erstreckung auf Gewohnheits- und Richterrecht	160
b) Rechtsstaatlicher Ansatz	160
c) Demokratiebezogene Elemente	161
IV. System des Gesetzesvorbehaltes	162
1. Offener Ansatz	162
a) Umfasste Grundrechte	162
b) Präzisierung nach der Wesentlichkeitstheorie	162
c) Keine Verzichtbarkeit	163
2. Spezielle Schrankenregelungen	163
3. Art. 52 Abs. 1 EGRC als durchgehende allgemeine Grundrechtsschranke?	164
4. Vorrang spezieller Schranken	165
5. Grenzen	166
a) Prinzip der Meistbegünstigung	166
aa) Ansatz	166
bb) Durchsetzung der EMRK-Standards	167
cc) Relativierung	167
b) Lückenfüllung	168
6. Überblick zu Schrankenregelungen	169
7. Nationale Gesetzesvorbehalte	169
V. Geeignete Gesetzesformen	171
1. Andere Gesetzessystematik im Europarecht	171
a) Wahrung nationaler Strukturen	171

b) Besondere Handlungsformen.....	171
c) Inkorporation der Rechte nach der EMRK	172
d) Einheitliche Anwendung der EGRC	172
2. Verordnungen.....	174
a) Wirkung wie nationale Gesetze	174
b) „Hinkende Verordnungen“	174
c) Defizitäre Mitwirkung des Parlaments.....	175
3. Richtlinien	176
a) Bei gestufter Wirkungsweise	176
b) Bei unmittelbarer Anwendbarkeit.....	177
4. Entscheidungen/Beschlüsse.....	179
5. Sonstige Rechtsakte.....	180
6. Europäisches Primärrecht	181
7. Übersicht zu möglichen Einschränkungsgesetzen.....	182
§ 3 Rechtfertigung.....	183
A. Grundstruktur	183
I. Ansatz in Art. 52 Abs. 1 EGRC	183
II. EMRK-Rechte.....	183
III. Sachgebietspezifische Besonderheiten	184
B. Einschätzungsspielraum	185
I. Wegen einer partiell subsidiären Grundrechtskontrolle auf europäischer Ebene	185
II. Begrenzung durch fortschreitende Integration?	187
III. Grundrechtliche Grenzen	187
IV. Aus dem Wesen der Einschränkungsgünde	188
V. Großzügige materienbezogene Zubilligung durch den EuGH	189
VI. Defizitäre Verhältnismäßigkeitsprüfung	190
VII. Notwendige gleiche Verhältnismäßigkeitskontrollen bei Grundrechten und Grundfreiheiten	191
C. Möglicher Zweck	192
I. Gemeinwohl- oder Individualbezug.....	192
1. Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC	192
2. Art. 52 Abs. 3 EGRC.....	193
3. Art. 52 Abs. 2 EGRC.....	193
4. Gleichklang	194
II. Weiter Ansatz.....	194
1. Gemeinwohlzwecke	194
2. Rechte und Freiheiten anderer.....	196
3. Zur Verengung	196
III. Tatsächliche Verfolgung legitimer Zwecke	197
IV. Unabhängig von bestimmter Wertigkeit	197
D. Geeignetheit	198

E. Erforderlichkeit	199
F. Angemessenheit	200
I. Fundierung	200
II. Notwendiger Individualbezug	201
III. Übertragung der Judikatur des EGMR	201
G. Wesensgehalt.....	202
H. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft	204
§ 4 Grundsätze	205
A. Strukturell bedingte eingeschränkte Prüfung	205
I. Gründe.....	205
II. Beeinträchtigung durch fehlerhafte Ausgestaltung	205
III. Bei definiertem Mindeststandard	206
IV. Sonstige einschränkende Maßnahmen	206
B. Unterraßverbot.....	207
I. Fundierung	207
II. Nähere Ausgestaltung	208
1. Definition des zu wahrenen Mindestmaßes	208
2. Unterschreitung	208
III. Rechtfertigung.....	209
IV. Eingeschränkte Unwirksamkeit.....	210
§ 5 Prüfungsschema zu Art. 52 Abs. 1 und Abs. 5 EGRC.....	211
Kapitel 5 Durchsetzung der Grundrechte.....	213
§ 1 Allgemeiner Rahmen	213
A. Keine grundrechtsspezifischen Durchsetzungsmechanismen	213
I. Nicht übernommene Ansätze	213
II. Verstoß gegen Art. 52 Abs. 3 EGRC?.....	213
B. Einfügung in das allgemeine Klagesystem.....	215
I. Eingeschränkte Anrufbarkeit des EuGH	215
II. Erweiterung gegen Normen?	215
1. Schutzdefizit	215
2. BVerfG?	216
3. „Umweg“ Verwaltungsgerichte.....	217
III. Schwerpunkt vor nationalen Gerichten	219
§ 2 Durchsetzung vor den nationalen Gerichten	219
A. Verwaltungsgerichte.....	219
I. Klagebefugnis	219
II. Materieller Prüfungsmaßstab	221

B. BVerfG.....	222
I. Keine unmittelbare Anrufung.....	222
II. Nationale Durchführungsgesetze	223
III. Inzidentprüfung	223
1. Schranken-Schranken	223
2. Faktische Prägung der Verhältnismäßigkeit?	224
3. Vorlagepflicht.....	225
C. Ordentliche Gerichte	225
§ 3 Rechtsdurchsetzung vor dem EuGH	226
A. Vorlageverfahren.....	226
I. Grundrechtsrelevante Fragen	226
II. Vorlagepflicht	227
III. Vorlagerecht.....	227
IV. Fehlender europarechtlicher Anspruch	228
B. Nichtigkeitsklage.....	228
I. Gegen an den Kläger ergangene Entscheidungen	228
II. Gegen Entscheidungen an andere Personen	229
III. Verordnungen.....	229
1. Problem hinreichender Betroffenheit	229
2. Partielle Erweiterung durch den Lissabonner Vertrag.....	230
3. Begrenztes Ausweichen auf stärkeren nationalen Rechtsschutz..	231
4. Inzidente Geltendmachung	231
C. Angleichung der bisherigen Rechtsakte mitgliedstaatlicher Zusammenarbeit.....	232
I. Polizei und Justiz.....	232
II. Außen- und Sicherheitspolitik.....	233
III. Bedeutung der nationalen Gerichte	233
IV. Durchführungsmaßnahmen zur Terrorabwehr	234
D. Untätigkeitsklage.....	234
E. Bedeutung der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten	235
I. Keine erforderliche unmittelbare, individuelle Betroffenheit	235
II. Untätigkeitsklage mit begrenzter Bedeutung	235
III. Nichtigkeitsklage.....	236
IV. Vertragsverletzungsverfahren	236
F. Zur Exemption von UN-Recht	236
I. Praktische Relevanz	236
II. Solange-Vorbehalt.....	237
III. Bei Umsetzungsersinnen.....	238
IV. Akzeptanz internationaler Vorgaben bei Grundrechtslücke?	239
V. Rechtfertigungsansatz	239

§ 4 Europäische Grundrechteagentur 240

A. Dienende Ausrichtung	240
B. Aufgaben	241
C. Rahmen	241
D. Vielfältige Zusammenarbeit	242
E. „Plattform für Grundrechte“	242
F. Organisation	243
I. Verwaltungsrat	243
II. Exekutiv- und wissenschaftlicher Ausschuss	243
III. Direktor	244
IV. Allgemeine Struktur und Rahmenbedingungen	244

Teil II Personenbezogene Grundrechte 245**Kapitel 6 Menschenwürde und persönliche Integrität 247****§ 1 Unantastbarkeit der Menschenwürde 247**

A. Die Menschenwürde als Leitgrundrecht.....	247
I. Formulierung im Grundrechtekonvent in Anlehnung an Art. 1 Abs. 1 GG	247
II. Elementargrundsatz und eigenes Recht	248
III. Mittlerweile feste Verankerung in der Rechtsprechung des EuGH....	249
1. Entscheidung zur Diskriminierung eines Transsexuellen	249
2. Entscheidung zur BiopatentRL 98/44/EG	250
3. Urteil <i>Omega</i>	251
4. Irrelevanz des Urteils <i>Stauder</i>	251
B. Inhalt der Menschenwürde	252
I. Unveräußerlichkeit und Achtung der Subjektivität des Menschen	252
1. Keine Herabwürdigung zum Objekt.....	252
2. Stammzellenforschung	252
a) Berechtigung des Nasciturus.....	252
b) Verbesserung des menschlichen Lebens allgemein	254
c) Embryonale Stammzellen	254
d) Klonen.....	254
e) Adulte Stammzellen.....	255
3. Künstliche Befruchtung.....	255
4. Lebensverlängernde Maßnahmen	256
5. Terrorabwehr durch Flugzeugabschüsse	257
a) Europäische Relevanz	257
b) Täter als Subjekt	257
c) Opfer als Objekt.....	258
d) Würde gegen Würde	258

6.	Abwehr illegaler Einwanderung.....	259
a)	Auftretende Situationen	259
b)	Keine Inkaufnahme des Todes Unschuldiger.....	259
c)	Opferschutz bei illegalem Menschenhandel	259
d)	Keine Selbstschussanlagen	260
II.	Autonome Selbstbestimmung	260
1.	Eigene Bestimmung der individuellen Würde.....	260
2.	Grenzen	261
3.	Folgenverantwortung.....	261
III.	Gemeinschaftsbezogenheit.....	262
IV.	Zukunftsbezogenheit	262
C.	Achtungspflicht	263
I.	Abwehrrecht	263
II.	Wertungsvorgabe	264
D.	Schutzpflicht	265
I.	Verhinderung von Übergriffen Privater	265
II.	Strafandrohungen	265
III.	Sonstige Maßnahmen	266
E.	Auslegung	267
F.	Prüfungsschema zu Art. 1 EGRC.....	268

§ 2 Recht auf Leben 268

A.	Fortführung der EMRK ohne nähere Konkretisierung der Reichweite	268
B.	Leben.....	269
I.	Anfang.....	269
1.	Zurückhaltender Ansatz nach Art. 2 Abs. 1 EMRK	269
2.	Verbindung zur Menschenwürde.....	269
3.	Embryo als notwendiges Durchgangsstadium zum Leben	270
4.	Bestehende menschliche Empfindungen	270
5.	Künstliche Embryonen und Stammzellen	271
II.	Ende	271
C.	Abwehrrecht.....	272
I.	Tötung von Menschen.....	272
II.	Embryonentötung.....	273
III.	Schutzpflichten als Schwerpunkt	273
IV.	Verbindung zu den Grundfreiheiten.....	274
D.	Schutzpflichten.....	275
I.	Relevanz.....	275
II.	Staatliche Handlungspflichten.....	275
1.	Konkret.....	275
2.	Repressiv	276
3.	Präventiv.....	276
4.	Vorbehalt der Möglichkeit	277

5. Opportunitätsermessen	277
E. Folgepflichten.....	278
F. Verbot der Todesstrafe	280
I. In der EU	280
II. Todesstrafe in anderen Staaten	281
G. Prüfungsschema zu Art. 2 EGRC	281
§ 3 Recht auf Unversehrtheit	282
A. Ursprung.....	282
I. Allgemeiner europarechtlicher Grundsatz.....	282
II. Supranationale Abkommen	282
III. Heftige Diskussion	283
B. Körperliche und geistige Unversehrtheit	284
I. Bezug zur Menschenwürde und zum Recht auf Leben	284
II. Menschenrecht	284
III. Erhaltung der körperlichen Integrität	285
1. Schutz des Körpers im jeweiligen konkreten Zustand.....	285
2. Schutz der Körpersubstanz	286
3. Schutz der Körperfunktionen.....	286
IV. Geistige Unversehrtheit.....	287
1. Grundansatz	287
2. Nähere Abgrenzung bei psychischen Beeinträchtigungen.....	288
V. Selbstbestimmung über den eigenen Körper und Geist.....	289
1. Ausdrucksformen	289
2. Notwendige Aufklärung	289
3. Selbstbestimmungsfähigkeit	289
C. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigung.....	290
I. Unmittelbare und mittelbare Eingriffe	290
II. Schutzpflichten.....	291
III. Schrankensystem	292
IV. Beschränkung von Heilbehandlungen	292
D. Verbote für Medizin und Biologie	293
I. Enger Bezug zur Menschenwürde.....	293
1. Notwendige Einwilligung als Ausdruck der Selbstbestimmung..	293
2. Eugenische Praktiken als Eingriff in die natürliche Entwicklung.....	294
3. Verbot des reproduktiven Klonens als bereichsspezifische Begrenzung.....	294
4. Organhandel: Der Mensch als Objekt.....	295
II. Grundrechtliche Verbotstatbestände	295
III. Recht auf medizinische Behandlung nur bei freier Einwilligung.....	296
IV. Verbot eugenischer Praktiken	296
V. Verbot des Organhandels	297

VI. Verbot des reproduktiven Klonens.....	298
E. Prüfungsschema zu Art. 3 EGRC.....	300

§ 4 Folterverbot 300

A. Stellung und Bedeutung	300
I. Unbedingte Geltung	300
II. Auch bei Terrorismus und organisiertem Verbrechen	301
III. Schutzkomponente	302
1. Spezielles Abschiebungs-, Ausweisungs- und Auslieferungsverbot	302
2. Organisatorische Vorkehrungen.....	302
IV. Einzelbestandteile in absteigender Linie	303
B. Folter	303
I. Bestimmungsansatz.....	303
II. Gleichstellung schwerer körperlicher und seelischer Schmerzen und Leiden.....	304
III. Vorsatz	305
IV. Amtliche Veranlassung	305
V. Schutzpflichten.....	305
VI. Private Handlungen.....	306
C. Unmenschliche oder erniedrigende Strafe/Behandlung	307
I. Abhängigkeit von der Reichweite der Folter.....	307
II. Subjektive Komponente	307
III. Unmenschlich.....	308
IV. Todesstrafe	309
V. Erniedrigend.....	309
VI. Umgang mit Angehörigen.....	310
D. Ausklammerung des normalen Ermittlungsverfahrens und des Strafvollzugs	310
I. Akzeptanz von Strafen	310
II. Haftbedingungen.....	311
III. Ermittlungsverfahren.....	312
IV. Allgemeine Zustände	313
E. Gewährleistung des Existenzminimums.....	314
F. Beeinträchtigungen ohne Möglichkeit der Rechtfertigung.....	315
I. Hauptfall Haft und Strafe	315
II. Beweiserleichterung durch Vermutungswirkung	315
III. Verfahrensdefizite	316
1. Mangelnde Beschwerde- und Sanktionsmöglichkeiten.....	316
2. Information von Angehörigen	316
IV. Indirekte Bedeutung	317
V. Absolutes Verbot.....	317
G. Prüfungsschema zu Art. 4 EGRC.....	317

§ 5 Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit.....318

A. Grundstruktur und heutige Bedeutung	318
B. Sklaverei und Leibeigenschaft	319
I. Enge Sicht der Sklaverei	319
II. Weitere Konzeption der Leibeigenschaft	319
C. Zwangs- oder Pflichtarbeit	320
I. Ansatz.....	320
II. Ausnutzung einer ausweglosen Zwangslage	321
D. Menschenhandel.....	322
E. Verbot.....	322
F. Konsequenzen	323
G. Prüfungsschema zu Art. 5 EGRC	324

Kapitel 7 Personenbezogene Freiheiten.....325**§ 1 Freiheit und Sicherheit 325**

A. Grundkonzeption.....	325
1. Schutz vor Freiheitsentzug	325
2. Allgemeine Handlungsfreiheit?	325
a) Ausschluss in Art. 5 EMRK.....	325
b) Rückschritt hinter bisherigen Standard?	326
c) Nur partieller Bedeutungswandel.....	327
d) Abgleich mit der Menschenwürde	328
3. Recht auf Sicherheit als Annex oder eigenständige Komponente?.....	328
a) Spezifischer Gehalt nach Art. 9 IPbPR	328
b) Verschwindende Bedeutung nach EMRK und Genese zur EGRC.....	329
c) Erweiterte Bedeutung durch Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?	330
d) Klassisches Fundamentalrecht auf Freiheit durch Sicherheit vor willkürlicher Verhaftung.....	331
B. Recht auf Freiheit	331
I. Enger Freiheitsbegriff	331
II. Schutz vor Freiheitsentziehung in Anlehnung an Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK	333
1. Abschließende Gründe	333
a) Numerus Clausus	333
b) Nach Verurteilung.....	333
c) Durchsetzung gerichtlicher Anordnung oder gesetzlicher Verpflichtung	333
d) Im Kontext einer Straftat.....	334

e) Besondere Personen	334
f) Ausländer	334
g) Absolutes Verbot im Übrigen	335
2. Verfahrensgarantien	336
a) Information	336
b) Richter- und Urteils Garantien.....	336
c) Haftprüfung.....	338
d) Zusätzliche Abwehrrechte.....	338
3. Schadensersatz.....	338
III. Sicherungen als Rechte auf ordnungsgemäße Freiheitsentziehung....	339
C. Recht auf Sicherheit	339
I. Enger Begriff der Sicherheit	339
II. Schutz vor terroristischen Handlungen?.....	341
1. Begrenzter Ansatz von Art. 6 EGRC.....	341
2. Recht auf Leben und Gesundheit.....	341
3. Raum der Sicherheit als Aufgabennorm.....	342
III. Beschränkung auf Rechtssicherheit.....	343
D. Beeinträchtigung und Rechtfertigung	343
E. Prüfungsschema zu Art. 6 EGRC.....	345
§ 2 Asylrecht.....	345
A. Nur begrenzte Garantie	345
I. Bloße Gewährleistung ohne Vorbild.....	345
II. Grundrechtliche Fortführung der bisherigen Asylmaßnahmen	346
III. Gewährleistungen in anderen Bestimmungen	347
B. Bedeutung als objektive Gewährleistung	348
I. Genese.....	348
II. Anknüpfung an internationale Abkommen	349
C. Flüchtlingsbegriff.....	349
I. Nach Art. 1A Genfer Flüchtlingskonvention	349
II. Verfolgung	350
III. Geschlechtsbezogen	351
IV. Furcht	351
D. Rechtsstellung	352
E. Prüfschema zu Art. 18 EGRC	352
§ 3 Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung	353
A. Ergänzende Bedeutung in Anlehnung an die EMRK.....	353
I. Art. 4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK	353
II. Art. 3 EMRK.....	354
B. Unzulässigkeit von Kollektivausweisungen.....	354
I. Subjektives Recht.....	354
II. Faktische Sicht	355

III. Verfahrensanforderungen	355
C. Keine Abschiebung, Ausweisung oder Auslieferung in Folterstaaten	356
I. Folterverbot und Todesstrafe.....	356
II. Ernsthaftes Risiko	356
III. Auch von nichtstaatlichen Kräften	357
IV. Refoulement-Verbot.....	357
D. Seltene Rechtfertigung von Einschränkungen.....	358
E. Prüfungsschema zu Art. 19 EGRC	358
§ 4 Privat- und Familienleben	358
A. Grundkonzeption.....	358
I. Anlehnung an Art. 8 EMRK.....	358
II. Schutzbereich ohne Auffangcharakter	359
III. Schranken.....	360
IV. Privates Recht trotz Verbindung zur demokratischen Gesellschaft....	360
V. Spezielle Rechte	361
VI. Schutzgegenstände mit partiellen Überschneidungen	361
VII. Berechtigte	362
1. Natürliche Personen auch aus Drittstaaten	362
2. Kinder und ihre Vertretung.....	362
3. Juristische Personen.....	363
VIII. Achtung: Abwehr und Schutz	364
B. Privatleben.....	364
I. Aufgliederung in verschiedene Persönlichkeitsbereiche	364
II. Selbstbestimmungsrecht über den Körper.....	365
1. Physische und psychische Integrität	365
2. Sexuelle Selbstbestimmung.....	365
3. Geschlechtsumwandlung.....	366
4. Abtreibung.....	366
III. Schutz der Privatsphäre.....	367
1. Persönlicher Entfaltungsbereich	367
2. Manifestationen privater Entfaltung	367
a) Daten- und Kommunikationsschutz	367
b) Recht am eigenen Bild	368
aa) Ausfluss der persönlichen Entfaltung.....	368
bb) Beschränkung auf privaten Kreis und Einwilligung.....	369
cc) Einbeziehung der sozialen Dimension auch bei Personen der Zeitgeschichte	369
dd) Kein abgestufter Schutzbereich.....	370
ee) Zeitliche Komponente	371
c) Tagebücher.....	372
3. Grundlagen der persönlichen Entfaltung	372
a) Name	372

b) Recht auf Selbstdarstellung.....	372
c) Persönliche Ehre	373
IV. Freie Gestaltung der Lebensführung	373
V. Brücke zum Berufsleben	374
VI. Umwelt.....	376
1. Grundlagenfunktion für das Privatleben.....	376
2. Fluglärm als Pilotbereich.....	376
3. Weiterungen	378
4. Grenzen	379
a) Hinreichende Erheblichkeit.....	379
b) Abgrenzung zu Art. 37 EGRC	379
C. Familienleben	379
I. Enger Bezug zum Privatleben	379
II. Tatsächliches Familienleben	380
III. Kein notwendiges Fortbestehen	381
IV. Trennung von einem Elternteil.....	381
V. Konstitutive Bedeutung eines Kindes	382
VI. Großfamilie	383
VII. Erbrecht	383
VIII. Scheinehen und Ausländeraufenthalt	383
D. Wohnung	384
I. Privatwohnung	384
II. Geschäftsräume	385
E. Kommunikation.....	386
F. Recht auf Achtung.....	387
I. Primat der Abwehr	387
II. Subsidiarität des Schutzes	388
III. Notwendiger Ausgleich in beiden Fällen	388
IV. Besonderer Schutz Schwacher	389
V. Keine Leistungsansprüche.....	389
G. Zulässige Beschränkungen.....	389
I. Allgemeiner Zuschnitt.....	389
1. Ansatz.....	389
2. Beurteilungsspielraum	390
II. Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts über den Körper..	391
1. Untersuchungen und Behandlungen	391
2. Sexuelle Beschränkungen.....	392
III. Beeinträchtigung der Privatsphäre	394
1. Eingriffe in den persönlichen Lebensbereich	394
2. Verletzungen des Rechts am eigenen Bild	395
a) Ansatzpunkte	395
b) Abwägung mit der Pressefreiheit.....	396
c) Abgestufte Abwägung nach Öffentlichkeitsinteresse	396
d) Privatbilder.....	397

e) Rechtsfolgen	398
3. Verletzungen der persönlichen Ehre.....	398
4. Beeinträchtigungen des Rechts am eigenen Namen	400
IV. Beeinträchtigung der freien Gestaltung der Lebensführung.....	401
V. Umweltbeeinträchtigungen	401
VI. Beeinträchtigung des Familienlebens.....	402
1. Durch Fürsorgemaßnahmen	402
a) Wahrung von Kindes- und Elternwohl.....	402
b) Aufrechterhaltung des Kontaktes mit den Eltern	403
c) Beteiligung der Eltern	404
d) Behördlicher Beurteilungsspielraum.....	404
e) Kindeswohl und Adoption	405
f) Zeitliche und inhaltliche Begrenzung	405
g) Gefangene	406
2. Ausländerrechtliche Maßnahmen	406
a) Abgrenzung zu Art. 18 EGRC	406
b) Beeinträchtigungen	406
aa) Gentests	407
bb) Integrationserfordernis	408
c) Legitimer Beweggrund	408
aa) Einwanderungshindernisse.....	408
bb) Ausweisungen und Abschiebungen.....	409
d) Abgestufter Schutz.....	412
VII. Beeinträchtigungen der Wohnung.....	413
1. Durchsuchungen	413
a) Formelle und materielle Anforderungen	413
b) Anwaltskanzlei: Relevanz des Ortes	414
c) Grundrechtsschutz durch Verfahren.....	414
2. Zwangsvollstreckung.....	414
3. Notwendiger Zugriff auf die Privatsphäre	415
VIII. Beeinträchtigungen der Kommunikation	415
1. Formen.....	415
2. Überwachung von Fernmelde-, Brief- und E-Mailverkehr.....	416
a) Konkreter Verdacht bei Personalisierung: G10- Entscheidung.....	416
b) Schutzvorkehrungen.....	416
c) PC-Überwachung.....	417
d) Terrorgefahren	418
3. Briefverkehr Gefangener	419
H. Prüfungsschema zu Art. 7 EGRC	420

§ 5 Datenschutz.....420

A. Bedeutung und Verbindung zum Sekundärrecht.....	420

I.	Doppelte Zielrichtung	420
II.	Eigenes Grundrecht in Abweichung von der EMRK	422
III.	Wechselwirkung mit der DatenschutzRL 95/46/EG	422
B.	Schutz personenbezogener Daten.....	424
I.	Ausschluss geschäftlicher Daten	424
II.	Potenzieller Personenbezug.....	425
III.	Erfasste Bereiche	425
IV.	Bereichsausschlüsse	426
C.	Umfassender Schutz bei der Verarbeitung personenbezogener Daten	427
D.	Dreifaches Individualrecht	428
I.	Schutzrecht als Grundlage	428
1.	Abwehranspruch.....	428
2.	Schutzpflicht.....	428
a)	Grundrechtssicherung durch Verfahren und Organisation.....	428
b)	Bedeutung gegenüber Privaten	429
II.	Auskunftsansprüche	430
1.	Subjektives Recht	430
2.	Reichweite	430
3.	Antragsunabhängigkeit.....	431
III.	Berichtigungsanspruch	431
E.	Beeinträchtigungen	432
I.	Vielfältige Eingriffsmöglichkeiten.....	432
1.	Sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten	432
2.	Einzelvorgänge als eigene Eingriffe	433
3.	Missachtung der Zweckbindung.....	434
4.	Verletzung von Auskunfts- und Berichtigungsansprüchen	434
5.	Unzureichender Schutz.....	434
II.	Einwilligung.....	435
1.	Ausschluss eines Eingriffs.....	435
2.	Tatsächliches Vorliegen	435
3.	In Kenntnis der Sachlage	436
4.	Normkonformität	436
5.	Begrenzte Reichweite	436
6.	„Gläserner Verbraucher“?	437
F.	Rechtfertigung.....	437
I.	Ansatz.....	437
II.	Gesetzliche Grundlage mit Zweckbindung	439
1.	Feststehender konkreter Zweck	439
2.	Zulässige Zwecke	440
a)	Grundsatz	440
b)	Spezifizierung in Richtlinien	440
c)	Weitergabe personenbezogener Daten bei Urheberrechtsverletzungen	441
d)	Notwendige Vorhersehbarkeit	442

e) Detaillierte Fassung der Ausnahmetatbestände.....	443
3. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft.....	443
4. Kollidierende Grundrechtspositionen, insbesondere bei Terrorabwehr	444
5. Informationsbedürfnis Privater	445
III. Verhältnismäßigkeit	446
1. Beurteilungsspielraum	446
2. Terrorabwehr	446
3. Verschärfter Maßstab bei Personalisierung	447
4. Begrenzte Speicherdauer	449
5. Staatliche Stellen als milderes Mittel	449
6. Inhaltliche Begrenzung.....	450
IV. Weitere Einschränkungen.....	450
V. Treu und Glauben.....	450
G. Organisationsrechtliche Sicherungen	451
I. Allgemeine Vorgaben	451
II. Besonderheiten bei der Datenschutzüberwachung Privater	452
III. Europäischer Datenschutzbeauftragter	454
H. Prüfungsschema zu Art. 8 EGRC	455

§ 6 Gründung von Ehe und Familie.....455

A. Modifizierte Anlehnung an Art. 12 EMRK.....	455
I. Ausklammerung des rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutzes der Familie und des Schutzes des Kindes	455
II. Eigenständige Grundrechte für den Familien- und Kinderschutz	456
III. Erweiterung auf die Eheschließungsfreiheit.....	456
IV. Einfließen nationaler Regelungen	457
B. Eheschließung	458
I. Die Ehe als Verbindung von Mann und Frau.....	458
1. Restriktiver Ansatz von EuGH und EGMR.....	458
2. Bedeutungswandel.....	458
3. Offenere Formulierung von Art. 9 EGRC und ihre Konsequenzen.....	459
4. Bezug zu Art. 12 EMRK	460
5. Eheschutz unabhängig von Familiengründung und -planung.....	461
II. Weiterungen und Grenzen.....	461
1. Transsexuelle Ehen.....	461
2. Heiratsalter	462
3. Scheidung	462
C. Familiengründung	463
I. Loser Bezug zur Ehe und Einbeziehung Alleinstehender	463
II. Tatsächliches Familienleben	463
D. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigung.....	464

I.	Formelle und materielle Beeinträchtigungen	464
II.	Regulierung und Schutz	465
III.	Überschreitung des Mindestniveaus.....	466
IV.	Ausgestaltung finanzieller Leistungen	467
V.	Ausländerrechtliche Maßnahmen.....	467
VI.	Sonstige Beeinträchtigungen der Familiengründung	468
E.	Prüfungsschema zu Art. 9 EGRC.....	469

§ 7 Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit 470

A.	Einordnung und Bedeutung.....	470
I.	Übereinstimmung mit der EMRK	470
1.	Enger Zusammenhang der Einzelfreiheiten.....	470
2.	Nähere Umschreibung der Bekenntnisfreiheit.....	470
3.	Zusammenhang von Schutzbereich und Schranken	471
4.	Wehrdienstverweigerung.....	472
II.	Bezug und Verhältnis zu Vertragsbestimmungen	472
1.	Diskriminierungsvorschriften	472
a)	Kein unmittelbarer vertraglicher Schutz gegen religiöse Diskriminierungen	472
b)	Freiheitlicher Ansatz des Religionsgrundrechts.....	473
c)	Gleichheitsgrundsatz als Prüfungsansatz des EuGH.....	473
d)	Implizite Anerkennung der Religionsfreiheit.....	474
2.	Grundfreiheiten	474
a)	Religiöse Tätigkeiten	474
b)	Einschränkung aus religiösen Gründen.....	475
3.	Vertrag von Amsterdam	476
III.	Verbindung zu anderen Grundrechtsbestimmungen	476
1.	Diskriminierungsverbot.....	476
2.	Vielfalt der Religionen	477
3.	Erziehungsrecht der Eltern	478
B.	Schutzbereich	478
I.	Dreifache Garantie	478
II.	Gedankenfreiheit	479
1.	Weiter als Glaubensfreiheit	479
2.	Abgrenzung zur Meinungsbildungsfreiheit	480
3.	Innerer Vorgang	480
III.	Gewissensfreiheit	481
1.	Gewissensbildung und Entscheidung	481
2.	Gewissensgeleitetes persönliches Handeln.....	481
IV.	Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen	482
V.	Individuelle Religionsfreiheit.....	483
1.	Unterscheidung von der Gewissensfreiheit	483
2.	Religion	483

3.	Gleichstellung von Weltanschauungen.....	484
4.	Zentrale Bedeutung staatlicher Neutralität	485
5.	Demokratiebezug der Religionsfreiheit und Minderheitenschutz	486
6.	Gleichgewicht und Abwägung	486
	a) Notwendige Bewältigung von Unterschieden	486
	b) Nicht durch Einschränkung des Schutzbereichs	487
7.	Innere Religionsfreiheit	488
8.	Individuelle Religionsausübungsfreiheit	489
	a) Untrennbare Verbindung mit der inneren Religionsfreiheit....	489
	b) Notwendiger weiter Schutz	490
	c) Begrenzung durch einen notwendigen Religionsbezug	491
	d) Konsequentes Verhalten	492
	e) Alle Ausdrucksformen innerer religiöser Überzeugung.....	493
	f) Individuelle Kundgabe	493
	g) Notwendige Wahrung der Selbstbestimmung anderer	494
	h) Glaubensbekenntnis	494
	aa) Gottesdienst.....	494
	bb) Unterricht	495
	cc) Bräuche und Riten	495
	dd) Glaubenswechsel	496
	ee) Negative Bekenntnisfreiheit	496
	j) Wehrdienstverweigerung	496
VI.	Kollektive Religionsfreiheit	497
	1. Verbindung zur individuellen Religionsfreiheit	497
	2. Gottesdienst	497
	3. Unterricht in Sonntags- und Koranschulen.....	498
	4. Bräuche und Riten	498
	5. Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften	499
	6. Notwendiger Religionsbezug.....	499
VII.	Korporative Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht.....	499
	1. Staatliche Neutralität gegenüber Religionsgemeinschaften.....	499
	2. Kirchliches Selbstbestimmungsrecht	500
	3. Staatliche Ordnungsfunktion	502
	4. Staatskirche.....	503
	5. Unterschiedliche nationale Traditionen	503
	6. Notwendige Gleichstellung	504
	7. Staatliche Abstinenz	504
	8. Achtung der Strukturen	505
	9. Befruchtender Eigenraum der Religionsgemeinschaften.....	506
	10. Achtung des nationalen Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften	506
VIII.	Schutzpfllichten.....	508
	1. Gegenüber Religionsgemeinschaften	508

2. Zugunsten Einzelner	509
C. Beeinträchtigung und Rechtfertigung	510
I. Grundstruktur	510
1. Gesetzliche Grundlage.....	510
2. Zweigleisige Rechtfertigung.....	510
II. Gedankenfreiheit	511
1. Ausschluss direkter Eingriffe	511
2. Äußere Erschwerisse	512
3. Mangelnder Schutz	512
III. Gewissensfreiheit	513
1. Forum internum	513
2. Forum externum	514
3. Mittelbare Beeinträchtigungen	514
4. Notwendiger Gewissensbezug.....	514
5. Rechtfertigung	515
a) Maßstab.....	515
b) Äußere Gewissensfreiheit	515
IV. Sonderfall Wehrdienstverweigerung.....	516
V. Religionsfreiheit.....	517
1. Maßgebliche Bezugspunkte.....	517
2. Berechtigte Ziele	517
a) Öffentliche Sicherheit	517
b) Öffentliche Ordnung	518
c) Gesundheit	518
d) Moral.....	519
e) Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.....	519
3. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft	520
a) Notwendige Begrenzung der Religionsfreiheit	520
b) Beurteilungsspielraum	521
c) Konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung	521
D. Zusammenspiel mit nationalen Konzeptionen anhand des Kopftuchverbotes	522
I. Möglicher Verbotsansatz von EGMR und EKMR.....	522
II. Ansatz des BVerfG: Positive Religionsfreiheit für Lehrerinnen mit Kopftuch.....	524
III. Gleichheitsprüfung durch das VG Stuttgart als neue Komponente....	524
IV. Folgerungen für den <i>Kopftuch</i> -Streit in Deutschland.....	525
V. Begrenzter Einfluss der EMRK auf die deutsche Rechtsordnung.....	527
VI. Fazit und Ausblick	527
E. Prüfungsschema zu Art. 10 EGRC.....	528

Teil III Kommunikative Grundrechte 529**Kapitel 8 Kommunikationsgrundrechte..... 531****§ 1 System.....531**

- A. Kommunikationsgrundrechte 531
- B. Kommunikationsfreiheit im engeren Sinne..... 532
 - I. Meinungsäußerungsfreiheit mit Vorstufen..... 532
 - 1. Anlehnung an Art. 10 EMRK..... 532
 - 2. Einheitliches Konzept..... 532
 - II. Medienfreiheit als eigenständiges Grundrecht in Fortentwicklung der EMRK 533

§ 2 Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit 534

- A. Abgrenzung zu anderen Grundrechten..... 534
 - I. Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit 535
 - II. Kunstfreiheit..... 535
 - III. Achtung des Privat- und Familienlebens..... 536
 - IV. Schutz personenbezogener Daten..... 537
 - V. Versammlungsfreiheit 538
- B. Berechtigte 538
 - I. Natürliche Personen 538
 - 1. Minderjährige 538
 - 2. Beamte und andere Bedienstete..... 539
 - a) Meinungsfreiheit trotz Treuepflicht 539
 - b) Meinungsfreiheit und Zugang zum öffentlichen Dienst..... 540
 - 3. Drittstaatsangehörige 541
 - II. Juristische Personen und Vereinigungen..... 542
 - 1. Offener Ansatz..... 542
 - 2. Juristische Personen des öffentlichen Rechts 543
- C. Verpflichtete..... 543
- D. Meinungen, Ideen und Informationen 544
 - I. Geschützte Kommunikationsinhalte..... 544
 - 1. Schwer unterscheidbarer Dreiklang..... 544
 - 2. Abgestufte Schutzintensität 544
 - 3. Unbeachtlichkeit des Inhalts..... 545
 - II. Tatbestandliche Begrenzung gem. Art. 17 EMRK/54 EGRC 545
 - III. Sonderfall kommerzielle Werbung..... 546
 - 1. Restbedeutung zur Meinungsfreiheit..... 546
 - 2. Ideelle und kommerzielle Kommunikationsinhalte 547
 - 3. Werbebeschränkungen..... 548
- E. Bilden und Haben einer Meinung..... 548
- F. Freiheit, Informationen, Ideen und Meinungen zu äußern 550

I.	Umfassender Ansatz.....	550
II.	Tathandlungen.....	550
III.	Negative Meinungsäußerungsfreiheit.....	551
G.	Empfang von Informationen und Meinungen	551
I.	Rezipientenfreiheit für alle Kommunikationsformen.....	551
II.	Facetten der Informationsfreiheit	552
H.	Informationspflicht des Staates	553
J.	Beeinträchtigung	555
I.	Weite Konzeption.....	555
II.	Unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigungen	555
III.	Direkte und indirekte Sanktionen.....	555
IV.	Faktische Beeinträchtigungen	557
V.	Spürbarkeitserfordernis	557
K.	Rechtfertigung.....	558
I.	Schrankenregelung.....	558
II.	Verbindung mit Pflichten und Verantwortung	558
III.	Gesetzliche Grundlage	559
1.	Durchgehendes Erfordernis einer Eingriffsermächtigung	559
2.	Formelle Anforderungen an das zugrunde liegende Gesetz	559
3.	Materielle Anforderungen an das zugrunde liegende Gesetz	560
IV.	Legitimes Beschränkungsziel.....	561
1.	Weite der Ziele vs. enge Auslegung.....	561
2.	Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer	562
3.	Demokratische Grundwerte.....	562
4.	Aufrechterhaltung der Ordnung.....	562
5.	Unionsrechtliche Legitimierung der Eingriffszwecke	563
V.	Verhältnismäßigkeit	564
1.	Differenzierende Kasuistik	564
2.	Geeignetheit.....	564
3.	Notwendigkeit	565
4.	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	565
VI.	Fallgruppen im Hinblick auf den variierenden Beurteilungsspielraum.....	566
1.	Variation des Beurteilungsspielraums je nach dem Inhalt der geäußerten Meinung	566
a)	Meinungsäußerungen zu Themen öffentlichen Interesses bzw. politischen Themen	566
b)	Meinungsäußerungen mit wirtschaftswerbendem Inhalt	567
aa)	Grundsätzliche Behandlung kommerzieller Werbung	567
bb)	Differenzierender Ansatz im Bereich von Meinungsäußerungen mit nicht ausschließlich werblichem Inhalt ..	568
(1)	Abgrenzung nach dem Schwerpunkt	568
(2)	Abgrenzungsschwierigkeiten.....	569

cc)	Überprüfung der nationalen Entscheidungen nach der Doktrin des Beurteilungsspielraums.....	570
(1)	Ansatz	570
(2)	Urteil <i>Markt intern</i>	571
(3)	Urteil <i>Demuth</i>	571
(4)	Urteil <i>Jacobowski</i>	571
(5)	Tendenz	572
(6)	Vergleich zur sonstigen Judikatur des EGMR.....	572
dd)	Übernahme durch den EuGH	572
c)	Religionskritische Meinungsäußerungen	573
aa)	Einordnung.....	573
bb)	Urteil <i>Tatlav</i>	574
cc)	Urteil <i>Ī.A.</i> („Die verbotenen Sätze“).....	575
dd)	Urteile <i>Otto-Preminger</i> und <i>Wingrove</i>	576
ee)	Fazit.....	577
2.	Variation des Beurteilungsspielraums je nach verfolgtem Eingriffsziel	578
a)	Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutze der Moral.....	578
aa)	Bloße Plausibilitätsprüfung im Urteil <i>Handyside</i>	578
bb)	Strengerer Maßstab	579
b)	Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutze des guten Rufs oder der Rechte anderer	580
3.	Variation des Beurteilungsspielraums nach beteiligten Personengruppen	581
4.	Sonderfall Meinungsäußerungen von Beamten	583
a)	Verschwiegenheitspflicht	584
b)	Anzeigepflicht bei Veröffentlichungen	584
c)	Zurückhaltungspflicht	585
d)	Treuepflicht	586
e)	Staatliche Haftung für Meinungsäußerungen seiner Beamten – keine Rechtfertigung über die individuelle Meinungsfreiheit des Äußernden	587
VII.	Wesensgehaltsgarantie	588
L.	Objektivrechtliche Grundrechtsgehalte	588
I.	Schutzpflichten und Einbeziehung Privater	588
II.	Ausstrahlungswirkung.....	590
III.	Teilhaberechte und institutioneller Gehalt von Art. 11 EGRC.....	590
M.	Prüfungsschema zu Art. 11 Abs. 1 EGRC.....	591
§ 3	Medienfreiheit.....	591
A.	Besondere Bedeutung der Medienfreiheit innerhalb der Kommunikationsgrundrechte	591

B. Eingeschränkte Zuständigkeit der Union nach Art. 151 EG/167 AEUV	592
C. Entstehungsgeschichte des Art. 11 Abs. 2 EGRC und dogmatische Folgerung	593
I. Abrücken vom Einheitskonzept der Kommunikationsfreiheit	593
II. Abschwächung der Schutzintensität?	595
D. Personelle Reichweite	595
I. Berechtigte	595
1. Offener Ansatz	595
2. Natürliche Personen.....	596
3. Juristische Personen und Vereinigungen	596
a) Juristische Personen des Privatrechts.....	596
b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts	596
c) Parallelität mit der EMRK	597
II. Verpflichtete.....	598
E. Sachlicher Gewährleistungsgehalt	598
I. Verhältnis zur allgemeinen Meinungsfreiheit	598
II. Geschützte Medien.....	599
1. Technologieoffener Ansatz.....	599
2. Rundfunk.....	599
3. Presse.....	600
a) Grundbegriff	600
b) Merkmal der Periodizität	600
4. Film	602
5. „Neue Medien“	602
a) Grundsätzliche Technologieoffenheit	602
b) Differenzierte Betrachtung der einzelnen Angebote	603
c) Verhältnis zur Telekommunikation.....	604
III. Umfang der geschützten Tätigkeiten.....	604
1. Vermittlung von Inhalten	604
2. Mitteilungen fremder Meinungen.....	605
3. Negative Medienfreiheit.....	606
4. Werbung	606
5. Zugang zu Informationen	607
6. Medienspezifischer Schutz	607
a) Pressefreiheit.....	607
aa) Gestaltungsfreiheit	608
bb) Schutz journalistischer Quellen.....	608
cc) Tätigkeit der einzelnen Mitarbeiter	609
b) Rundfunkfreiheit.....	610
aa) Grundsätzliche Parallelität zur Pressefreiheit	610
bb) Recht auf Zulassung als Rundfunkveranstalter	610
cc) Verwertung des Programms	610
c) Filmfreiheit	611
d) „Neue Medien“	611

IV.	Pluralismus als objektiv-rechtliche Dimension der Medienfreiheit ...	611
1.	Bedeutung und Herleitung des Pluralismusprinzips	611
2.	Inhalt des Medienpluralismus.....	612
3.	Pluralismus sichernde Grundmodelle	613
4.	Pluralismus sichernde Maßnahmen der Europäischen Union.....	614
F.	Verhältnis zu anderen Grundrechten der Grundrechtecharta und Grundfreiheiten	615
I.	Abgrenzung innerhalb der Gewährleistungen des Art. 11 EGRC	615
II.	Abgrenzung zur Berufs- und Eigentumsfreiheit.....	615
III.	Abgrenzung zur Kunst- und Wissenschaftsfreiheit	616
IV.	Abgrenzung zur Religionsfreiheit	616
G.	Beeinträchtigung	616
I.	Große Bandbreite	616
II.	Rundfunkfreiheit	617
III.	Pressefreiheit	618
IV.	„Neue Medien“	619
H.	Rechtfertigung	619
I.	Schrankenregelung	619
II.	Gesetzliche Grundlage	620
III.	Legitimes Beschränkungsziel.....	621
1.	Beschränkungsziele aus Art. 10 Abs. 2 EMRK	621
2.	Besonderheit des Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK	621
3.	Keine über Art. 52 EGRC hinausgehenden Einschränkungsmöglichkeiten des Art. 11 Abs. 2 EGRC	622
IV.	Verhältnismäßigkeit bei variierendem Beurteilungsspielraum.....	622
1.	Paralleler Ansatz zur allgemeinen Kommunikationsfreiheit	622
2.	Variation des Beurteilungsspielraums je nach dem Inhalt der geäußerten Meinung	623
a)	Meinungsäußerungen zu Themen öffentlichen Interesses bzw. politischen Themen	623
b)	Tatsachen und Werturteile	623
c)	Variation nach dem Wahrheitsgehalt der Äußerungen	625
d)	Tatsachenbehauptungen Dritter und Schutz journalistischer Quellen.....	625
e)	Werbung und Äußerungen mit wirtschaftskritischem Inhalt ..	627
f)	Ideelle Werbung im Rundfunk.....	627
3.	Variation nach dem betroffenen Personenkreis	628
a)	Politiker.....	628
b)	Andere in der Öffentlichkeit stehende Personen.....	629
c)	Richter und andere Personen der Rechtspflege.....	630
d)	Fazit	630
4.	Variation nach den Besonderheiten des jeweiligen Mediums	631
5.	Variation des Beurteilungsspielraums je nach verfolgtem Eingriffsziel	632

a)	Beeinträchtigungen der Medienfreiheit zum Schutze der Moral.....	632
b)	Beeinträchtigungen zum Schutze des guten Rufs oder des Rechts anderer auf Achtung der Privatsphäre	632
c)	Beeinträchtigungen der Medienfreiheit zum Schutze weiterer Rechte anderer	633
V.	Sonderfall der Zensur	635
VI.	Wesensgehaltsgarantie	636
J.	Weitere Gehalte der Medienfreiheit	636
I.	Schutzpflichten.....	636
1.	Pluralismussicherung.....	636
2.	Sonderfall der inneren Pressefreiheit.....	637
3.	Schutz von Presseunternehmen vor Gewalttaten.....	639
II.	Teilhaberechte und institutionelle Garantien.....	639
K.	Prüfungsschema zu Art. 11 EGRC.....	640

§ 4 Versammlungsfreiheit 641

A.	Bedeutung der Versammlungsfreiheit innerhalb der Kommunikationsgrundrechte	641
B.	Personelle Reichweite	642
I.	Berechtigte	642
1.	Natürliche Personen.....	642
2.	Juristische Personen und Personenmehrheiten	642
II.	Verpflichtete.....	643
C.	Versammlung als undefinierter Zentralbegriff	643
I.	Allgemeine Merkmale.....	643
II.	Versammlung mehrerer.....	644
III.	Gemeinsamer Zweck.....	644
IV.	Spontanversammlungen	645
V.	Friedlichkeit der Versammlung.....	645
1.	Weite Auslegung	645
2.	Irrelevanz von Außeneinflüssen	646
3.	Illegale Handlungen und „Schutzbewaffnung“	647
VI.	Ort der Versammlung.....	647
VII.	Negative Versammlungsfreiheit.....	647
D.	Abgrenzung zu anderen Grundrechten	648
I.	Verhältnis zu Art. 10 und 11 EGRC.....	648
II.	Verhältnis zur Vereinigungsfreiheit	648
E.	Beeinträchtigung	649
I.	Weiter Eingriffsbegriff.....	649
II.	Anmeldepflichten und formelle Genehmigungserfordernisse.....	650
F.	Rechtfertigung.....	651
I.	Schrankenregelung.....	651

1.	Grundsätzliche Übertragung der Schranken des Art. 11 EMRK	651
2.	Keine Einschränkung nach Art. 16 EMRK für Unionsbürger	651
3.	Besondere Regelungen gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK	652
II.	Gesetzliche Grundlage	653
III.	Zulässige Ziele	653
IV.	Verhältnismäßigkeit	653
1.	Ansatz	653
2.	Notwendigkeit	653
3.	Angemessenheit	654
V.	Wesensgehaltsgarantie	655
G.	Schutzplichten	656
H.	Prüfungsschema zur Versammlungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 EGRC	657

§ 5 Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit 657

A.	Bedeutung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit	657
B.	Personelle Reichweite	658
I.	Berechtigte	658
II.	Verpflichtete	658
1.	Keine unmittelbare Drittwirkung von Art. 12 EGRC	658
2.	Weiterung über die Grundfreiheiten	659
C.	Vereinigungsfreiheit	659
I.	Schutz des Zusammenschlusses als solchem	659
II.	Begriff der Vereinigung	659
1.	Freiwilligkeit – keine öffentlich-rechtlichen Zusammenschlüsse	660
2.	Kriterien für den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Organisation	660
III.	Vereinszweck	661
D.	Koalitionsfreiheit	662
I.	Klarstellung	662
II.	Individuelle Koalitionsfreiheit	662
III.	Kollektive Koalitionsfreiheit	663
1.	Grundansatz	663
2.	Ausschließbarkeit des Streikrechts?	663
3.	Unschärfe der tatbestandlichen Gewährleistung	664
4.	Konturierung der Gewerkschaftsfreiheit an anderer Stelle	665
5.	Konkretisierung der kollektiven Vereinigungsfreiheit durch EuGH-Rechtsprechung	666
E.	Negative Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit	666
F.	Politische Parteien	667
I.	Schutz der Parteien	667
II.	Fraktionen im Europäischen Parlament	668
G.	Abgrenzung zu anderen Grundrechten	668

I.	Anknüpfungspunkt der typischen Vereinstätigkeit	668
II.	Abgrenzung zur Versammlungsfreiheit	668
III.	Abgrenzung zu Art. 28 EGRC	669
H.	Beeinträchtigungen	669
J.	Rechtfertigung.....	670
I.	Paralleler Ansatz	670
II.	Verhältnismäßigkeit	670
1.	Schwerpunkte der Judikatur	670
2.	Eingriffe in die allgemeine Vereinigungsfreiheit	670
3.	Eingriffe bei politischen Parteien	671
a)	Enge Konzeption.....	671
b)	Beschränkter Beurteilungsspielraum der nationalen Behörden.....	672
c)	Rein formale Kriterien nicht ausreichend	672
d)	Inhaltliche Kriterien.....	672
aa)	Freiheit für politische Gegner vs. Kerngehalt der Demokratie.....	672
bb)	Prüfungsschema des EGMR.....	673
cc)	Kerngehalt einer Demokratie	673
e)	Der Partei selbst zurechenbares Verhalten von einzelnen Parteimitgliedern.....	675
f)	Gesamtbild.....	675
g)	Fazit	676
4.	Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Koalitionsfreiheit	676
III.	Wesensgehaltsgarantie	677
K.	Schutzpflichten.....	677
I.	Beitrittszwang billigende Gesetzgebung	677
II.	Zwangsausübung durch Boykott.....	678
III.	Positive Anreize zum Verzicht auf gewerkschaftliche Rechte.....	679
L.	Organisationsrechtlicher Rahmen	680
I.	Anerkennung von Zusammenschlüssen in der Rechtsordnung.....	680
II.	Institutionelle Verankerung der Parteien.....	681
M.	Prüfungsschema zur Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit aus Art. 12 EGRC.....	681

§ 6 Kunst- und Wissenschaftsfreiheit.....681

A.	Rückbezug auf die Gedanken- und Meinungsäußerungsfreiheit.....	681
I.	Genese.....	681
II.	Vorläufer	683
1.	Art. 15 IPwskR.....	683
2.	Art. 19 Abs. 2 IPbpR.....	684
III.	Ableitung aus Art. 10 EMRK.....	684
IV.	Bisheriges europäisches Primärrecht.....	685

B. Kunst	686
I. Schöpferischer Prozess.....	686
II. Darbieten und Verbreiten	686
III. Rahmenbedingungen	687
C. Wissenschaft.....	688
I. Forschung.....	688
1. Werkbereich	688
2. Wirkungsbereich	688
3. Individuell geprägter Gegenstand.....	689
4. Kein Leistungsanspruch	689
II. Akademische Freiheit.....	689
III. Rechte für Studierende	690
D. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigung.....	690
I. Kunstfreiheit.....	690
1. Begrenzte Relevanz	690
2. Inhaltsbezogene Sanktionen	691
3. Enger Zusammenhang von Wirk- und Werkbereich	692
4. Zwischen Bezug zur EMRK und eigenständiger Formulierung ..	692
5. Allgemeines Persönlichkeitsrecht.....	693
6. Menschenwürde.....	694
II. Wissenschaftsfreiheit	695
1. System der Schranken	695
a) Eigenständigkeit.....	695
b) Unterschiedliche Behandlung von Forschung und akademischer Freiheit?	696
2. Beeinträchtigungen.....	696
a) Organisatorische Maßnahmen.....	696
b) Rahmenbedingungen.....	697
c) Finanzielle Belastungen	698
d) Benachteiligungen privater Forschung.....	698
E. Prüfungsschema zu Art. 13 EGRC	699

§ 7 Recht auf Bildung 699

A. Grundstruktur und Kontext	699
B. Hintergrund	701
I. Genese.....	701
II. Hauptvorbild EMRK	702
III. Art. 10 ESC	702
IV. Art. 13 IPwskR.....	703
V. Verfassungen der Mitgliedstaaten	703
VI. Art. 18 Abs. 4 IPbpR.....	704
VII. Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot	704
1. Zugangsrechte.....	704

2. Grenzüberschreitende Bildungsleistungen	706
C. Bildung.....	706
I. Einbeziehung der Hochschulen	706
II. Berufliche Ausbildung	708
III. Bildung als weiter Oberbegriff.....	708
D. Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu bestehenden Einrichtungen	709
I. Freiheitsrecht mit Bezügen zum Diskriminierungsverbot.....	709
II. Minimaleinrichtung.....	710
III. Subjektive Zugangsvoraussetzungen	711
IV. Anerkennung von Abschlüssen	711
V. Inhaltliche Mindestvorgaben.....	712
VI. Effektivität	712
VII. Neutralität.....	713
VIII. Bildungspflicht.....	714
IX. Schwächere Aus- und Weiterbildungsfreiheit.....	715
X. Abgrenzung zum Diskriminierungsverbot	716
XI. Eingeschränkte Verpflichtung der Mitgliedstaaten	716
XII. Bindung der Unionsorgane.....	717
E. Schulische Rechte	718
I. Unentgeltliche Teilnahme am Pflichtschulunterricht	718
1. Spezifische Teilhabekomponente	718
2. Kein Ausschluss von Schulgeld	718
3. Umfang der Unentgeltlichkeit	718
II. Freiheit zur Lehranstaltsgründung.....	719
1. Erfasste Bildungseinrichtungen	719
a) Bildungsstufen	719
b) Inhaltliche Grundbedingungen.....	720
2. Gewährleistungen	721
3. Berechtigte.....	722
III. Erziehungsrecht der Eltern	722
F. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigungen.....	725
I. Unionsorgane	725
II. Mitgliedstaaten.....	726
III. Schulfreiheiten	726
IV. Gründung von Lehranstalten.....	728
G. Prüfungsschema zu Art. 14 EGRC.....	730

Teil IV Wirtschaftsbezogene Grundrechte..... 731**Kapitel 9 Wirtschaftsgrundrechte 733****§ 1 Berufsfreiheit.....733**

A. Grundlagen.....	733
I. Genese.....	733
II. Rechtsgrundlagen.....	733
1. EuGH.....	733
2. Nr. 4 GCSGA	734
3. Art. 1 Abs. 2 ESC	734
4. EMRK	735
5. Nationale Verfassungen.....	735
6. Grundfreiheiten.....	736
B. Stellung und Abgrenzung.....	737
I. Die Berufsfreiheit als Teil der freiheitlichen Wirtschaftsverfassung .	737
II. Grundfreiheiten	738
III. Wettbewerbsfreiheit	739
IV. Eigentumsfreiheit	739
V. Unternehmerische Freiheit	740
VI. Bereichsbezogene Grundrechte.....	741
VII. Berufliche und soziale Sonderrechte	742
VIII. Gleichheitsrechte	743
C. Beruf.....	743
I. Ansatz und Anknüpfung an die Grundfreiheiten.....	743
II. Merkmale	744
III. Verbotene und sittenwidrige Tätigkeiten	745
D. Berechtigte und Verpflichtete.....	747
I. Unterschiedliche Berechtigte	747
1. Natürliche Personen.....	747
a) Keine Beschränkung auf Unionsbürger	747
b) Bereichsausnahmen?.....	747
c) EU-Beamte.....	748
d) Art. 15 Abs. 2 EGRC	749
e) Art. 15 Abs. 3 EGRC	749
2. Juristische Personen und sonstige Unternehmen	750
a) Art. 15 Abs. 1 EGRC	750
b) Art. 15 Abs. 2 EGRC	750
c) Art. 15 Abs. 3 EGRC	751
d) Personen des öffentlichen Rechts.....	751
II. Grundrechtsverpflichtete	752
1. Union und Mitgliedstaaten	752
a) Sekundärrecht	752

b) Bei nationalen Beeinträchtigungen des grenzüberschreitenden Verkehrs.....	752
2. Private.....	753
a) Art. 15 Abs. 3 EGRC.....	753
b) Art. 15 Abs. 2 EGRC.....	753
c) Art. 15 Abs. 1 EGRC.....	754
E. Gewährleistungsebenen: Umfasste Betätigungen	754
I. Berufswahl und Berufsausübung.....	754
1. Begriffliche Trennung bei einheitlicher Behandlung	754
2. Berufswahl.....	755
3. Abgrenzung zur Berufsausübung	756
4. Bedeutung der Berufsankennungs- und der Dienstleistungsrichtlinie	756
5. Vertrauensschutz	757
6. Rahmenbedingungen beruflicher Tätigkeit	758
7. Freiheit von Arbeit	759
II. Recht auf Arbeit?	760
1. Genese	760
2. Vorbildcharakter von Art. 1 ESC und Art. 6 IPwskR	761
3. Beschränkter Gehalt von Art. 15 Abs. 1 EGRC	762
III. Grundfreiheiten (Art. 15 Abs. 2 EGRC)	763
1. Maßgeblichkeit der Grundfreiheiten	763
2. Grundfreiheiten als Konkretisierungen der Berufsfreiheit	764
IV. Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen (Art. 15 Abs. 3 EGRC).....	764
1. Bezug und Unterschiede zu den Grundfreiheiten.....	764
2. Anspruchscharakter	765
a) Wortlaut und systematische Stellung.....	765
b) Genese und sozialbezogener Hintergrund.....	765
c) Sinn und Zweck	767
3. Anspruchsinhalt.....	767
F. Beeinträchtigung	769
I. Art. 15 Abs. 3 EGRC	769
II. Art. 15 Abs. 2 EGRC	770
III. Art. 15 Abs. 1 EGRC	770
1. Formenvielfalt unter Einbeziehung mittelbarer Beeinträchtigungen.....	770
2. Unmittelbare Eingriffe – Einzelbereiche	771
a) Agrarsektor	771
b) Abgaben	772
c) Abgrenzung im Umwelt- und Klimaschutz	772
G. Rechtfertigung.....	773
I. Ansatz des EuGH: Abstufung nach Dreistufentheorie?	773
II. Gesetzliche Grundlage	774

III.	Legitimierende Gemeinwohlziele	775
1.	EU-Ziele als Ansatz	775
2.	Agrarpolitik	776
3.	Rechtfertigungsgründe parallel zu den Grundfreiheiten	776
4.	Völkerrechtliche Verpflichtungen	777
IV.	Verhältnismäßigkeit	778
1.	Ansatz	778
2.	Ermessensspielraum	778
3.	Geeignetheit	780
4.	Erforderlichkeit	781
5.	Angemessenheit	781
6.	Übergangsbestimmungen	782
7.	Härtefallregelungen	783
V.	Wesensgehaltsgarantie	783
H.	Prüfungsschema zu Art. 15 EGRC	784

§ 2 Unternehmerische Freiheit 785

A.	Grundlagen	785
I.	Stellung in den Wirtschaftsgrundrechten und der Wirtschaftsverfassung	785
II.	Rechtsquellen der unternehmerischen Freiheit	786
1.	EuGH-Judikatur unter Rückgriff auf nationale Verfassungstraditionen	786
2.	EMRK	787
B.	Schutzbereichsbezogene Konzeption des Art. 16 EGRC	788
I.	Keine doppelte Schranke	788
1.	Verschiedene Verständnismöglichkeiten	788
2.	Historische und genetische Auslegung	789
3.	Systematische und teleologische Auslegung	789
II.	Ausdruck des Prinzips wertenden Rechtsvergleichs	790
III.	Schrankenfunktion nur im Rahmen des Art. 52 Abs. 1 EGRC	790
C.	Persönlicher Schutzbereich	791
I.	Natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts	791
II.	Öffentliche Unternehmen	791
III.	Drittstaatsangehörige und Staatenlose	792
IV.	Keine unmittelbare Drittwirkung	793
D.	Sachlicher Schutzbereich	793
I.	Unternehmensbegriff	793
1.	Ansatz	793
2.	Sachliches Substrat	794
3.	Personelles Substrat	795
II.	Die Freiheiten des Unternehmens	796
1.	Weite Konzeption	796

2.	Konstitutionsfreiheit	796
3.	Organisationsfreiheit	796
4.	Planungsfreiheit	797
5.	Vertragsfreiheit.....	797
a)	Grundlagenfunktion	797
b)	Freie Wahl des Geschäftspartners.....	797
c)	Freiheit der Vertragsgestaltung	797
d)	Ambivalenz der Vertragsfreiheit.....	798
6.	Handelsfreiheit	798
a)	Binnenhandelsfreiheit	798
b)	Außenhandelsfreiheit	799
7.	Wettbewerbsfreiheit	800
a)	Bisheriger Entwicklungsstand.....	800
b)	Teleologische Auslegung der Wettbewerbsfreiheit	801
8.	Werbefreiheit.....	801
9.	Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	802
10.	Informationsanspruch	803
11.	Schutz des Mittelstandes	803
III.	Konkurrenzen.....	803
1.	Grundrechtskonkurrenzen	803
2.	Beziehung zu den Grundfreiheiten	804
E.	Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigung.....	805
I.	Formen der Beeinträchtigungen.....	805
1.	Grundsätzliche Parallelität zur Berufsfreiheit	805
2.	Beeinträchtigung unternehmerischer Interessen	805
3.	Gesellschaftsrecht.....	806
4.	Vertragsrecht	807
5.	Wettbewerbsrecht.....	808
6.	Abgabenrecht.....	808
7.	Gemeinsame Marktordnung	809
8.	Sonstige Rechtsvorschriften	809
II.	Rechtfertigung.....	810
1.	Schranken der Berufsfreiheit.....	810
2.	Wohl der Allgemeinheit	810
3.	Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Rechtsprechung des EuGH zur unternehmerischen Freiheit	811
a)	Weiter Beurteilungsspielraum.....	811
b)	Erforderlichkeit	811
c)	Angemessenheit	812
F.	Wesensgehaltsgarantie	813
G.	Schutzpflichten.....	813
H.	Prüfungsschema zu Art. 16 EGRC.....	815

§ 3 Eigentumsfreiheit.....816

A. Verschiedene Grundlagen	816
I. Anknüpfung der Beratungen an vorhandene Grundlagen	816
II. EMRK	817
III. EuGH unter Rückgriff auch auf nationale Traditionen	817
IV. Weitere Verankerungen im EG-Recht.....	818
1. Gewerbliches oder kommerzielles Eigentum als Grenze der Warenverkehrsfreiheit	818
2. Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten	819
V. Das Eigentum zwischen europäischer und nationaler Rechtsordnung.....	820
1. Eigentum als offener Rechtsbegriff	820
2. Konkretisierung des Eigentumsbegriffs.....	820
3. Nationale Eigentumsordnung und europäischer Eigentumsschutz	821
a) Bedeutung von Art. 295 EG/345 AEUV	821
b) Die Eigentumsordnung als Gesamtheit eigentumsrechtlicher Vorschriften	822
c) Die Eigentumsordnung als wirtschaftspolitische Systemfrage.....	822
VI. Folgerungen.....	823
VII. Widerspiegelung im Wortlaut	824
B. Berechtigte	825
I. „Jede Person“	825
II. Juristische Personen des öffentlichen Rechts	826
1. Privateigentum und Eigentum Privater.....	826
2. Das Eigentumsrecht öffentlicher Unternehmen in der Wirtschaftsgemeinschaft der Europäischen Union	827
a) Wirtschaftseigentum öffentlicher Unternehmen	827
b) Negativkriterium Hoheitsgewalt	828
C. Eigentum	828
I. Grundlagen.....	828
II. Erworbenes und Erwerbschancen	829
III. Sach- und Grundeigentum.....	830
IV. Obligatorische Rechte und Forderungen.....	831
V. Eigentum an öffentlich-rechtlichen Positionen	833
1. Subjektive öffentlich-rechtliche Positionen aus Eigenleistung....	833
a) Früchte eigener Arbeit als Ansatz	833
b) Kein Ausschluss durch nationale Besonderheiten.....	833
c) Loslösung von den Beiträgen.....	834
d) Einseitige Gewährungen	835
2. Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb	836
a) Substanzschutz des Unternehmens	836

b) Eigentumsschutz von Marktanteilen und Marktrechten.....	838
3. Geistiges Eigentum.....	839
4. Eigentumsrechtlicher Vermögensschutz	840
a) Kein Ausschluss durch das Urteil <i>Zuckerfabrik Süderdithmarschen</i>	840
b) Schlussfolgerungen aus der EMRK und Rechtsprechung des EGMR.....	841
c) Eigentumsbezug von Abgabepflichten	843
5. Definition des Eigentums	843
VI. Verwendungsmöglichkeiten.....	844
1. Neuer Ansatz	844
2. Besitzrecht.....	844
3. Nutzungsrecht.....	845
4. Verfügungsrecht	846
5. Erbrecht	846
VII. Grenze des Schutzbereichs: Rechtmäßiger Erwerb.....	847
1. Rechtmäßigkeitsmaßstab	847
2. Rechtmäßiger Erwerb und Straftaten.....	848
3. Dogmatische Einordnung	849
4. Grundrechtskonkurrenzen	850
D. Eigentumsentzug.....	851
I. Zuerst geprüfte Form der Eigentumsbeeinträchtigung.....	851
II. Zurechenbarkeit.....	851
III. Völkerrechtliche Ansätze zu einem Schutz vor Enteignung	852
IV. Begriff der Eigentumsentziehung nach Art. 17 EGRC	852
V. Formelle Enteignung.....	853
VI. Faktische Enteignung	854
1. Kriterium der Eingriffsintensität nach dem EGMR.....	854
a) Ansatz	854
b) Einbeziehung von Realakten.....	855
2. Kriterium der Finalität nach dem EuGH	856
VII. Ausschluss einer Enteignung wegen rechtswidriger Eigentumsnutzung?	857
VIII. Rechtfertigung der Enteignung	858
1. Grundvoraussetzungen	858
2. Gesetzlich vorgesehene Enteignungsbedingungen.....	858
3. Gründe des öffentlichen Interesses	859
a) Beurteilungsspielraum	859
b) Enteignung zugunsten Privater und zugunsten privater Interessen	860
c) Gründe des öffentlichen Interesses und Allgemeininteresse... ..	860
4. Verhältnismäßigkeit	861
a) Ansatz	861

b) Die Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung von EGMR und EuGH	862
IX. Entschädigung	864
1. Herleitung	864
2. Entschädigungsmodalitäten	864
3. Entschädigungshöhe	865
4. Entschädigung in Naturalien	867
5. Entschädigungslose Enteignung	867
X. Enteignungskompetenz der EU	868
1. Wortlaut des Art. 17 EGRC	868
2. Gegenwärtige gemeinschaftsrechtliche Enteignungskompetenz	868
3. Potenzielle europäische Enteignungskompetenz	869
a) Eigentumsordnung und Eigentumszuordnung	869
b) Historische Auslegung des Begriffs der Eigentumsordnung	869
E. Nutzungsregelungen	870
I. Ansatz	870
II. Definition der Nutzungsregelung	871
1. Weiter Begriff der Nutzungsregelung	871
2. Typisierung der Nutzungsregelung	871
a) Eingriffszweck und Eingriffsintensität	871
b) Nutzungsbeschränkung und Inhaltsbestimmung	872
3. Problemfälle	874
a) Produktionsbeschränkungen	874
b) Vermarktungsmöglichkeiten	875
c) Verselbstständigte Eigentumsrechte aus Eigentumsnutzung	875
d) Genehmigte Nutzungsrechte als verselbstständigte Eigentumspositionen	876
III. Gesetzliche Regelung	877
IV. Wohl der Allgemeinheit	877
V. Verhältnismäßigkeit	879
1. Rechtsprechungsgrundsätze des EuGH und des EGMR	879
a) Ansatz	879
b) Milderes Mittel	879
c) Angemessenheit	880
2. Abwägungsaspekte in der Verhältnismäßigkeitsprüfung	880
VI. Ausgleichspflichtige Nutzungsregelung	882
F. Sonstige Eingriffe	882
G. Wesensgehaltsgarantie	884
I. Grundzüge der Rechtsprechung des EuGH	884
II. Grundzüge der Rechtsprechung des EGMR	885
H. Schutzpflichten	885
J. Prüfungsschema zu Art. 17 EGRC	886

§ 4 Vertrauensschutz und Rechtssicherheit 887

A. Bezug zu den Wirtschaftsgrundrechten.....	887
I. Veränderung der Wettbewerbspositionen durch staatliche Maßnahmen ohne Grundrechtsschutz?	887
II. Eigentumsgrundrecht	888
III. Berufsfreiheit	890
IV. Unternehmerfreiheit	891
V. Eigenständiger Rechtsgrundsatz nach dem EuGH	892
B. Anwendungsfelder	893
I. Folgen einer grundrechtlichen Fundierung	893
II. Die klassischen Verwaltungskonstellationen	894
1. Beihilfefälle als Hauptausgangspunkt	894
a) Ursprünge und Gesamtbild	894
b) Grundrechtlicher Ansatz	895
aa) Basis	895
bb) Keine rechtswidrige Begünstigung im Wettbewerb	896
cc) Reduktion auf Evidenz-Maßstab bei der Rücknahme belastender Verwaltungsakte.....	896
dd) Insolvenzgefahr	896
ee) Absolute Unmöglichkeit	897
2. Stärkerer Vertrauensschutz bei fehlender Wettbewerbsrelevanz	897
3. Ausschlussgründe	899
4. Deklaratorische Verwaltungsakte.....	900
5. Aufhebung für die Zukunft.....	901
6. Rechtmäßige Verwaltungsakte	902
III. Duldung und Verwirkung.....	903
1. Treu und Glauben als Ansatzpunkt	903
2. Duldung	903
3. Verwirkung.....	904
IV. Legalisierungswirkung von Genehmigungen.....	906
1. Verbindung zum Vertrauensschutz.....	906
2. Legalisierungswirkung von Genehmigungen über den Vertrauensschutz hinaus?	906
a) Begrenzte Wirkung von Genehmigungen	906
b) Unerfüllte Schutzbedürfnisse	907
c) Weitere Folgen einer „Legalisierungswirkung“	908
3. Vertrauensschutz als bloße zusätzliche Grenze nachträglicher staatlicher Eingriffe	909
V. Gerichtsurteile	909
VI. Rückwirkung von Gesetzen	910
1. Grundsätzlicher Ausschluss der echten Rückwirkung.....	910
a) Sachliche Übereinstimmung mit dem BVerfG	910

b) Kumulative Voraussetzungen	911
2. Fälle unechter Rückwirkung.....	913
a) Grundsätzlicher Nachrang des Vertrauensschutzes	913
b) Fortführung	913
c) Enttäuschung von Vertrauen	914
d) Ausnahmen	914
3. Abgrenzung	915
4. Strafvorschriften	917
C. Allgemeine Voraussetzungen.....	917
I. Grundlagen.....	917
II. Vertrauensbasis	918
1. Feststehende Rechtsstellungen	918
a) Einzelakte.....	918
b) Normen	918
c) Zusagen	919
d) Auskünfte.....	919
2. Begründete Erwartungen	920
a) Verhaltensbedingt	920
b) Normbedingt	921
c) Normierungsprozesse.....	922
d) Bedeutung der Handlungsform	923
e) Relevanz der Handlungsdauer.....	924
f) Verwaltungspraxis	924
g) Rechtswidriges tatsächliches Verwaltungshandeln.....	925
3. Begrenzte Schutzbereichweite.....	925
III. Schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen	926
1. Subjektiver Vertrauenstatbestand nach objektiven Maßstäben ...	926
2. Kennen oder Kennenmüssen einer fehlerhaften oder entfallenen Vertrauensgrundlage	927
a) Strenge Konzeption des EuGH	927
b) Auflockerung durch Mitteilungspflicht von Änderungen?	928
c) Folgen	929
aa) Reaktionen auf veränderte Umstände.....	929
bb) Ausdrücklicher Vorbehalt	929
cc) Vorläufige Maßnahmen.....	930
dd) Offene Normierungen.....	930
ee) Rechtswidrige Vertrauensgrundlagen	931
d) Überspannte Anforderungen	931
e) Stärkere Absicherung über die Grundrechte	932
f) Vertrauen als Ausgangspunkt	932
IV. Kein überwiegendes Gemeinschaftsinteresse.....	933
1. Starke Betonung des Gemeinschaftsinteresses	933
2. Einzelne Gemeinschaftsinteressen.....	935
3. Verhältnismäßigkeitsprüfung	936

4. Seltenes Überwiegen des Vertrauensschutzes	937
5. Fragliche Vereinbarkeit mit den Grundrechten	937
D. Rechtsfolgen.....	938
I. Ausnahmsweise Ungültigkeit der Gemeinschaftsregelung	938
1. Vollständige Durchsetzung des Vertrauensschutzes	938
2. Rückwirkende Aufhebung von rechtmäßigen Einzelakten.....	938
3. Echte Rückwirkung von Normen	939
4. Zukunftsbezogene Rechtsänderungen	940
5. Rechtswidrige Maßnahmen	940
II. Regelmäßige Übergangsregelungen.....	941
III. Ausgleich und Schadensersatz	941
Teil V Gleichheits-, Solidaritäts- und Schutzrechte	943
Kapitel 10 Gleichheits- und besondere Schutzrechte	945
§ 1 Das Gleichheitskapitel der EGRC.....	945
A. Gleichheitsrechte und soziale Rechte	945
B. Systematik der Gleichheitsrechte	946
I. Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote	946
II. Bestand im Primärrecht.....	947
III. Rechte in den EGRC-Vorschriften.....	948
IV. Systematik.....	949
1. EuGH-Rechtsprechung.....	949
2. Dreistufiges Spezialitätsverhältnis	950
C. Prüfungsaufbau	951
§ 2 Allgemeine Gleichheit vor dem Gesetz.....	952
A. Grundlagen.....	952
I. Zentrale Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung.....	952
II. Internationale Übereinkommen.....	954
III. Verfassungen der Mitgliedstaaten	954
IV. Abgrenzung.....	955
B. Gewährleistungsbereich und Verhältnismäßigkeit	955
I. Ungleichbehandlung	956
1. Vergleich der Sachverhalte.....	956
a) Ansatz	956
b) Parallelen und Bedeutung für den Wettbewerb.....	957
c) Maßgeblichkeit der Beziehungen zum Staat.....	957
d) Öffentliche und private Unternehmen.....	958
2. Ungleichbehandlung durch gleichen Hoheitsträger.....	958
3. Benachteiligung.....	959
4. Ergebnisorientierte Betrachtungsweise	959

5. Keine Gleichheit im Unrecht	959
II. Rechtfertigung	960
1. Ansatz	960
2. Legitimes Ziel	960
3. Selbstbindung der Verwaltung	961
III. Verhältnismäßigkeit	961
IV. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte	962
V. Grundrechtsträger	962
VI. Staatliche Stellen und nicht Private als Normadressaten	963
C. Folgen eines Verstoßes	964
I. Wahlmöglichkeit des Gesetzgebers	964
II. Schadensersatz	964
D. Prüfungsschema zu Art. 20 EGRC	965

§ 3 Nichtdiskriminierung 966

A. Grundlagen	966
I. Entstehung	966
II. Parallelen im europäischen Primärrecht	966
1. Entwicklung	966
2. Art. 12 EG/18 AEUV	967
3. Art. 13 EG/19 AEUV	967
a) Inhalt	967
b) Verhältnis zu Art. 21 Abs. 1 EGRC	968
aa) Überschneidung bei divergierender Wirkung	968
bb) Erläuterungen zur EGRC	968
cc) Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 EGRC?	969
dd) Problem des Art. 52 Abs. 2 EGRC	970
ee) Art. 21 Abs. 1 EGRC als Präzisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes	970
ff) Systematik von Art. 21 Abs. 1 EGRC	971
III. EuGH-Rechtsprechung	971
IV. Internationale Übereinkommen	972
1. Art. 14 EMRK	972
2. Art. 11 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin	973
V. Verfassungen der Mitgliedstaaten	973
VI. Abgrenzung der Diskriminierungsverbote	974
B. Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 EGRC	975
I. Grundstruktur	975
II. Ungleichbehandlung	976
1. Parallele zu Art. 20 EGRC	976
2. Diskriminierungsmerkmale	976

3. Personengebundene Merkmale.....	977
4. Einzelne Merkmale.....	977
a) Geschlecht.....	977
b) Rasse	978
c) Hautfarbe	978
d) Ethnische oder soziale Herkunft	978
e) Genetische Merkmale	979
f) Sprache.....	979
g) Religion oder Weltanschauung	979
h) Politische oder sonstige Anschauung.....	979
j) Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit	980
k) Vermögen.....	980
l) Geburt	981
m) Behinderung.....	981
n) Alter	981
o) Sexuelle Ausrichtung.....	982
p) Bildung	982
q) Staatsangehörigkeit	982
III. Rechtfertigung.....	983
IV. Verhältnismäßigkeit	983
V. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte.....	983
VI. Grundrechtsträger.....	984
VII. Mittelbare Diskriminierung.....	984
VIII. Behinderung Privater	985
1. Notwendige Zwischenschaltung von Sekundärrecht	985
2. Weitgehende unmittelbare Drittwirkung von Sekundärrecht: die Urteile <i>Mangold</i> und <i>Palacios</i>	986
C. Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 21 Abs. 2 EGRC	986
I. Übereinstimmung mit Art. 12 EG/18 AEUV	986
II. Ungleichbehandlung	987
III. Rechtfertigung.....	987
IV. Verhältnismäßigkeit	988
V. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte.....	988
VI. Grundrechtsträger.....	988
1. Natürliche und juristische Personen	988
2. Drittstaatsangehörige und Staatenlose.....	988
3. Inländerdiskriminierung	989
a) Problematik.....	989
b) EuGH-Rechtsprechung	990
c) Übertragung auf Art. 21 Abs. 2 EGRC	991
VII. Normadressaten.....	991
1. Bindung der Union	991
2. Bindung der Mitgliedstaaten	991

3. Bindung Privater.....	992
VIII. Mittelbare Diskriminierung.....	992
D. Folgen eines Verstoßes.....	993
I. Unterlassungspflicht.....	993
II. Unterbindungspflicht.....	994
III. Verstoß gegen die Unterlassungspflicht.....	994
E. Prüfungsschemata zu Art. 21 EGRC.....	995
I. Prüfungsschema zu Art. 21 Abs. 1 EGRC.....	995
II. Prüfungsschema zu Art. 21 Abs. 2 EGRC.....	996
§ 4 Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen.....	996
A. Grundlagen.....	996
I. Gleichheit in Vielfalt.....	996
1. Verbindung von Vielfalt und Gleichheit.....	996
2. Entstehungshintergrund.....	997
II. Rechtsgrundlagen.....	998
1. Primärrecht.....	998
2. EMRK.....	999
3. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR).....	999
4. EuGH.....	1000
III. Rechtscharakter.....	1000
IV. Abgrenzung.....	1001
B. Vielfalt der Kulturen.....	1001
C. Vielfalt der Religionen.....	1002
D. Vielfalt der Sprachen.....	1003
E. Achtungsgebot.....	1003
F. Prüfungsschema zu Art. 22 EGRC.....	1004
§ 5 Gleichheit von Männern und Frauen.....	1004
A. Grundlagen.....	1004
I. Entstehungshintergrund.....	1005
II. Rechtsgrundlagen.....	1005
1. Art. 2, 3 Abs. 2 EG/3 Abs. 3 EUV, 8 AEUV.....	1005
2. Art. 141 EG/157 AEUV.....	1006
a) Inhalt.....	1006
b) Vergleich mit Art. 23 EGRC.....	1007
3. Art. 20 rev. ESC.....	1007
4. Nr. 16 GCSGA.....	1008
5. Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG.....	1008
III. EuGH-Rechtsprechung.....	1009
1. Grundrechtsqualität des Art. 141 EG/157 AEUV.....	1009

2. Kein allgemeines Gleichheitsgrundrecht zwischen Männern und Frauen.....	1010
IV. Verfassungen der Mitgliedstaaten	1011
V. Abgrenzung.....	1012
1. Art. 20, 21 Abs. 1 EGRC.....	1012
2. Art. 21 Abs. 2 EGRC.....	1012
3. Art. 33 Abs. 2 EGRC.....	1012
4. Art. 141 EG/157 AEUV	1012
B. Allgemeines Diskriminierungsverbot nach Art. 23 Abs. 1 EGRC	1013
I. Anordnung als subjektives Recht	1013
II. Ungleichbehandlung	1013
1. Unmittelbar.....	1013
2. Mittelbare Diskriminierung	1014
3. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte	1015
III. Rechtfertigung.....	1015
1. Ansatz.....	1015
2. Unmittelbare Diskriminierungen	1015
3. Mittelbare Diskriminierung	1016
IV. Verhältnismäßigkeit	1017
V. Folgen eines Verstoßes	1018
VI. Grundrechtsträger.....	1018
VII. Normadressat	1018
VIII. Schutzauftrag nach Art. 23 Abs. 1 EGRC.....	1019
C. Art. 23 Abs. 2 EGRC	1020
I. Übernahme der Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV	1020
II. Rechtfertigungsnorm.....	1021
III. Auftragsfunktion	1021
IV. Grundsatz	1021
D. Prüfungsschema zu Art. 23 EGRC.....	1023
§ 6 Kinder	1024
A. Grundlagen.....	1024
I. Bedeutung und Hintergrund	1024
II. Rechtsgrundlagen	1025
1. UN-Kinderrechtskonvention	1025
a) Grundkonzeption.....	1025
b) Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC.....	1025
c) Art. 24 Abs. 1 S. 2 und 3 EGRC	1026
d) Art. 24 Abs. 2 EGRC	1026
e) Art. 24 Abs. 3 EGRC	1026
2. EuGH-Rechtsprechung.....	1026
3. Internationales Recht	1027
4. Verfassungen der Mitgliedstaaten	1027

III.	Qualifizierung als Grundrechte	1027
1.	Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC.....	1028
2.	Art. 24 Abs. 1 S. 2 und 3 EGRC.....	1028
3.	Art. 24 Abs. 2 EGRC.....	1029
4.	Art. 24 Abs. 3 EGRC.....	1029
IV.	Abgrenzung	1029
1.	Gewährleistungen innerhalb des Art. 24 EGRC	1029
2.	Sonstige EGRC-Vorschriften	1029
a)	Erwachsenenrechte.....	1029
b)	Familienrechte.....	1030
c)	Besondere Schutzrechte	1030
B.	Kinder als Grundrechtsträger	1030
C.	Anspruch auf Schutz und Fürsorge	1031
I.	Gewährleistungsbereich	1031
1.	Schutz	1031
2.	Fürsorge.....	1031
3.	Wohlergehen.....	1031
4.	Notwendig	1032
II.	Beeinträchtigung	1032
D.	Meinungsäußerungsfreiheit und Berücksichtigung der Kindesmeinung... ..	1032
I.	Enger Zusammenhang zwischen Art. 24 Abs. 1 S. 2 und S. 3 EGRC	1033
II.	Berücksichtigungspflicht.....	1033
III.	Recht des Kindes	1034
IV.	Kinderspezifische Angelegenheiten	1034
V.	Keine Drittwirkung	1034
VI.	Beeinträchtigung	1035
E.	Vorrangige Erwägung des Kindeswohls	1035
I.	Gewährleistungsbereich	1035
1.	Kinder betreffende Maßnahmen	1035
2.	Öffentliche Stellen und private Einrichtungen	1035
3.	Vorrangige Erwägung.....	1035
4.	Wohl des Kindes.....	1036
5.	Keine Drittwirkung.....	1036
II.	Beeinträchtigung	1037
F.	Anspruch auf persönliche Beziehungen zu den Eltern	1037
I.	Gewährleistungsbereich	1037
1.	Persönliche Beziehung und direkte Kontakte.....	1038
2.	Eltern	1038
3.	Mangelnde Unionskompetenz	1038
4.	Recht des Kindes	1039
5.	Keine Drittwirkung.....	1039
II.	Beeinträchtigung	1040
G.	Prüfungsschemata zu Art. 24 EGRC	1040

I.	Prüfungsschema zu Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC	1040
II.	Prüfungsschema zu Art. 24 Abs. 1 S. 2 und S. 3 EGRC	1041
III.	Prüfungsschema zu Art. 24 Abs. 2 EGRC	1041
IV.	Prüfungsschema zu Art. 24 Abs. 3 EGRC	1042
§ 7	Ältere Menschen	1042
A.	Grundlagen.....	1042
I.	Entstehungshintergrund.....	1042
II.	Rechtsgrundlagen.....	1043
1.	Art. 23 rev. ESC	1043
2.	Nr. 24, Nr. 25 GCSGA	1044
3.	EuGH-Rechtsprechung.....	1044
4.	Verfassungen der Mitgliedstaaten	1044
III.	Qualifizierung als Grundsatz.....	1045
IV.	Abgrenzung.....	1045
1.	Art. 21 Abs. 1 EGRC.....	1045
2.	Art. 34 Abs. 1 EGRC.....	1045
B.	Gewährleistungsbereich	1046
I.	Bedeutung	1046
II.	Ältere Menschen	1046
III.	Würdiges und unabhängiges Leben	1047
IV.	Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben.....	1047
C.	Rechtsfolgen.....	1048
D.	Prüfungsschema zu Art. 25 EGRC.....	1049
§ 8	Integration Behinderter	1049
A.	Grundlagen.....	1049
I.	Kontext.....	1049
II.	Rechtsgrundlagen.....	1050
1.	Art. 15 ESC	1050
2.	Art. 23 rev. ESC	1051
3.	Nr. 26 GCSGA	1051
4.	EuGH-Rechtsprechung.....	1051
5.	Internationales Recht	1052
6.	Verfassungen der Mitgliedstaaten	1052
III.	Qualifizierung als Grundsatz.....	1052
IV.	Abgrenzung.....	1053
B.	Gewährleistungsbereich	1053
I.	Integration	1053
II.	Behinderung	1053
III.	Anspruch auf Maßnahmen	1054
1.	Anerkennung und Achtung.....	1054
2.	Maßnahmen zur Gewährleistung der Eigenständigkeit	1054

3. Maßnahmen zur Gewährleistung der sozialen und beruflichen Eingliederung	1054
4. Maßnahmen zur Gewährleistung der Teilnahme am Leben der Gemeinschaft	1055
C. Rechtsfolgen	1055
D. Prüfungsschema zu Art. 26 EGRC	1056

Kapitel 11 Soziale und solidarische Grundrechte..... 1057

§ 1 Die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Charta.....1057

A. Die Grundlagen	1057
I. ESC	1057
II. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer ..	1059
III. Unterschiede zur EGRC	1059
B. Die Auseinandersetzung im Grundrechtekonvent	1060
C. Soziale Grundrechte	1061
I. Unterschiedlicher Bestand in den Mitgliedstaaten	1061
1. Allgemeine Bedeutung sozialer Rechte	1061
2. Verschiedene Ansätze in nationalen Verfassungen	1062
3. Deutsches Grundgesetz	1062
II. Der Begriff der sozialen Grundrechte	1063
1. Unterschiedliches Verständnis in den Mitgliedstaaten	1063
2. Europarechtliche Definition	1064
a) Vorhandene Ansätze	1064
b) Normative Anhaltspunkte aus dem EU und EG/EUV und AEUV	1065
c) ESC und GCSGA	1066
d) Weite Begrifflichkeit	1067
III. Soziale Rechte in Titel IV	1068
IV. Soziale Rechte außerhalb des Titels IV	1068
1. Fließende Grenzen und Janusköpfigkeit der Grundrechte	1068
2. Verbot der Zwangsarbeit	1069
3. Achtung des Privat- und Familienlebens	1069
4. Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit	1070
5. Recht auf Bildung	1070
6. Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten	1070
7. Nichtdiskriminierung	1071
8. Gleichheit von Männern und Frauen	1071
9. Rechte des Kindes	1071
10. Rechte älterer Menschen	1072
11. Integration von Menschen mit Behinderung	1072
V. Grundrechtsqualität	1073
D. Solidarische Rechte	1073

I.	Genetischer Hintergrund	1073
II.	Solidarität im Europarecht	1074
III.	Begriffsbestimmung	1074
IV.	Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz	1075
V.	Andere soziale Rechte	1076
E.	Funktionen der sozialen Grundrechte	1076
I.	Leistungsrechte	1076
II.	Grundrechtsdogmatik	1077
1.	Grundsätze	1077
2.	Einordnung	1078
F.	Kompetenzen	1079
I.	Befürchtete Ausweitung europäischer Sozialpolitik	1079
II.	Art. 51 Abs. 2 EGRC	1079
III.	Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	1080
§ 2	Betriebsbezogene Rechte	1081
A.	Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer	1081
I.	Grundlagen	1081
1.	ESC und GCSGA	1081
2.	Europäischer Besitzstand	1082
a)	Art. 136-139 EG/151-155 AEUV	1082
b)	RL 2002/14/EG	1083
c)	RL 98/59/EG	1084
d)	RL 2001/23/EG	1085
e)	RL 94/45/EG	1085
3.	Verfassungen der Mitgliedstaaten	1085
II.	Einordnung	1086
1.	Qualifizierung als Grundsatz	1086
a)	Wortlaut	1086
b)	Genese	1087
c)	Systematik	1088
d)	Zweck	1088
e)	Folgerungen	1089
f)	Zusammenspiel mit der Menschenwürde	1089
2.	Kollektiv und individuell	1090
III.	Gewährleistungsbereich	1090
1.	Arbeitnehmer	1091
2.	Vertreter	1092
3.	Unternehmen	1094
a)	Bedeutung	1094
b)	Weiter Begriff	1094
c)	Transnationale Konzerne	1095

4.	Rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung.....	1095
a)	Abgrenzung zur Mitbestimmung	1095
b)	Anhörung	1096
c)	Unterrichtung	1096
d)	Rechtzeitig	1097
5.	Geeignete Ebenen.....	1097
IV.	Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	1098
1.	Verweis hinsichtlich des „Wie“.....	1098
a)	Notwendige Ausgestaltung	1098
b)	ESC und GCSGA.....	1098
c)	Richtlinien.....	1098
2.	Verweis hinsichtlich des „Ob“.....	1099
a)	Grundsätzliches Wahlrecht	1099
b)	Kein konkreter Gesetzgebungsauftrag	1099
c)	Mindeststandard wegen Betroffenheit der Menschenwürde ..	1100
d)	Geringer Regelungsgehalt	1100
e)	Tribut an Kompetenzstreit.....	1101
V.	Rechtsfolgen.....	1101
VI.	Prüfungsschema zu Art. 27 EGRC.....	1102
B.	Kollektivverhandlungen und -maßnahmen	1103
I.	Grundlagen.....	1103
1.	ESC und GCSGA	1103
a)	ESC	1103
b)	GCSGA	1104
c)	Vergleich.....	1104
2.	EMRK und EGMR.....	1104
3.	Europäischer Besitzstand.....	1106
a)	Explizite Anknüpfung an das Unionsrecht.....	1106
b)	Art. 137 EG/153 AEUV.....	1106
aa)	Arbeitskampf.....	1106
bb)	Tarifvertragsrecht	1107
c)	Art. 138, 139 EG/154, 155 AEUV	1108
d)	Sekundärrecht	1108
e)	EuGH-Rechtsprechung	1109
4.	Verfassungen der Mitgliedstaaten	1110
II.	Einordnung.....	1111
1.	Qualifizierung als Grundrecht	1111
a)	Wortlaut	1111
b)	Genese.....	1112
c)	Systematik.....	1112
d)	Zweck.....	1112
e)	Folgerungen	1112
2.	Abwehrrecht und Schutzpflicht	1113

3.	Kollektiv und individuell.....	1113
a)	Hintergrund.....	1113
b)	Wortlaut.....	1114
c)	Folgerungen.....	1115
4.	Abgrenzung.....	1115
a)	Art. 12 EGRC.....	1115
b)	Grundfreiheiten.....	1116
III.	Gewährleistungsbereich.....	1117
1.	Arbeitnehmer.....	1117
2.	Arbeitgeber.....	1119
3.	Organisationen.....	1119
4.	Kollektivverhandlungen.....	1120
a)	Tarifverträge.....	1120
b)	Negative Freiheit.....	1121
c)	Geeignete Ebenen.....	1121
5.	Kollektivmaßnahmen.....	1121
a)	Streik.....	1121
b)	Aussperrung.....	1122
c)	Zweck des Arbeitskampfs.....	1123
d)	Kein Zwang.....	1123
6.	Sonstige Aktivitäten.....	1124
7.	Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.....	1124
a)	Ausgestaltungsvorbehalt.....	1124
b)	Weiter Gestaltungsspielraum.....	1125
c)	Garantiegehalt des Art. 28 EGRC.....	1125
d)	Geringe Regelungskompetenz der EU.....	1126
IV.	Beeinträchtigung und Rechtfertigung.....	1127
V.	Prüfungsschema zu Art. 28 EGRC.....	1129

§ 3 Individuelle Arbeitnehmerrechte 1130

A.	Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst.....	1130
I.	Diskussion im Grundrechtekonvent.....	1130
II.	Grundlagen.....	1131
1.	ESC und GCSGA.....	1131
2.	Europäischer Besitzstand.....	1131
3.	EuGH-Rechtsprechung.....	1132
4.	Verfassungen der Mitgliedstaaten.....	1133
III.	Einordnung.....	1133
1.	Qualifizierung als Grundrecht.....	1133
a)	Wortlaut.....	1133
b)	Genese.....	1133
c)	Systematik.....	1134

d) Zweck.....	1134
2. Funktion.....	1134
a) Kein Abwehrrecht	1134
b) Kein originäres Leistungsrecht	1135
c) Teilhaberecht.....	1135
3. Abgrenzung	1136
a) Art. 15 EGRC.....	1136
b) Art. 36 EGRC.....	1136
IV. Gewährleistungsbereich	1136
1. Grundrechtsträger	1136
a) Nur natürliche Personen.....	1136
b) Nur Arbeitnehmer	1137
2. Arbeitsvermittlungsdienst.....	1138
3. Unentgeltlich	1138
4. Negative Freiheit	1139
V. Prüfungsschema zu Art. 29 EGRC.....	1140
B. Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung	1140
I. Grundlagen.....	1140
1. Internationale Abkommen	1140
a) ESC, GCSGA und EMRK	1140
b) Rev. ESC.....	1141
c) Vergleich.....	1142
2. Europäischer Besitzstand.....	1142
a) Art. 137 Abs. 1 lit. d) EG und Art. 141 EG/ 153 Abs. 1 lit. d) und Art. 157 AEUV	1142
b) RL 2001/23/EG, RL 80/987/EWG, RL 2002/74/EG	1143
c) Weitere Richtlinien und Verordnungen	1144
3. EuGH-Rechtsprechung.....	1144
4. Verfassungen der Mitgliedstaaten	1145
II. Einordnung.....	1145
1. Qualifizierung als Grundrecht	1145
a) Wortlaut, Genese und Systematik	1146
b) Kein entgegenstehender Zweck	1146
2. Abgrenzung	1146
a) Art. 33 Abs. 2 EGRC	1146
b) Art. 20 EGRC, Art. 21 EGRC, Art. 23 EGRC	1147
c) Art. 15 EGRC.....	1147
III. Gewährleistungsbereich	1148
1. Arbeitnehmer	1148
2. Ungerechtfertigte Entlassung.....	1149
a) Entlassung	1149
b) Ungerechtfertigt	1149
3. Rechtsfolgen bei ungerechtfertigter Entlassung	1150

4.	Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	1151
a)	Ausgestaltungsvorbehalt	1151
b)	Weiter Gestaltungsspielraum	1152
c)	Mindestgarantiegehalt des Art. 30 EGRC.....	1152
d)	Begrenzung des Schutzbereichs.....	1152
IV.	Beeinträchtigung und Rechtfertigung	1153
V.	Prüfungsschema zu Art. 30 EGRC.....	1155
C.	Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen	1155
I.	Grundlagen.....	1155
1.	ESC und GCSGA	1155
a)	Art. 31 Abs. 1 EGRC	1155
b)	Art. 31 Abs. 2 EGRC	1156
2.	Sonstige internationale Erklärungen und Abkommen	1157
3.	Europäischer Besitzstand.....	1157
a)	Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer	1158
b)	Arbeitsbedingungen nach Art. 137 Abs. 1 lit. b) EG/ 153 Abs. 1 lit. b) AEUV	1158
aa)	Begriff der Arbeitsbedingungen	1158
bb)	Einschränkung.....	1159
c)	Arbeitsbedingungen nach Art. 140 2. Spiegelstrich EG/ 156 2. Spiegelstrich AEUV	1159
aa)	Eigener Begriff der Arbeitsbedingungen.....	1160
bb)	Einschränkung.....	1160
d)	Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG	1161
e)	Arbeitszeit-RLn 93/104/EG, 2003/88/EG.....	1161
f)	Weitere Richtlinien	1162
4.	EuGH-Rechtsprechung.....	1163
5.	Verfassungen der Mitgliedstaaten	1163
II.	Einordnung.....	1164
1.	Qualifizierung als Grundrecht	1164
a)	Wortlaut	1164
b)	Genese.....	1164
c)	Systematik.....	1165
d)	Zweck	1165
2.	Abgrenzung	1165
a)	Art. 1 EGRC	1165
b)	Art. 20, 21 EGRC.....	1166
c)	Art. 33 Abs. 2 EGRC	1166
III.	Gewährleistungsbereich	1166
1.	Art. 31 Abs. 1 EGRC.....	1166
a)	Arbeitnehmer	1166
b)	Arbeitsbedingungen	1167
c)	Gesunde und sichere Arbeitsbedingungen	1167

d) Würdige Arbeitsbedingungen	1168
e) Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen	1169
f) Gerechter Lohn	1170
2. Art. 31 Abs. 2 EGRC	1170
a) Verhältnis zu Art. 31 Abs. 1 EGRC	1170
b) Konkretisierung	1171
IV. Beeinträchtigung und Rechtfertigung	1171
V. Prüfungsschema zu Art. 31 EGRC	1173
D. Kinder und Jugendliche	1173
I. Grundlagen	1174
1. ESC und GCSGA	1174
a) Art. 7 ESC	1174
b) Nr. 20-23 GCSGA	1175
c) Vergleich von ESC und GCSGA mit Art. 32 EGRC	1175
2. Sonstige internationale Übereinkommen	1176
a) Internationale Arbeitsorganisation	1176
aa) Konvention Nr. 138	1176
bb) Konvention Nr. 182	1177
b) Vereinte Nationen	1177
3. Europäischer Besitzstand	1178
a) Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV	1178
b) RL 94/33/EG	1178
4. EuGH-Rechtsprechung	1179
5. Verfassungen der Mitgliedstaaten	1179
II. Einordnung	1179
1. Qualifizierung als Grundrecht	1179
a) Wortlaut	1180
b) Genese	1180
c) Systematik	1180
d) Zweck	1181
e) Folgerungen	1181
2. Abgrenzung	1181
III. Gewährleistungsbereich	1182
1. Kinderarbeit	1182
a) Kinder	1182
b) Arbeit	1183
2. Schutz der Jugendlichen	1184
a) Jugendliche	1184
b) Schutz	1185
aa) Dem Alter angepasste Arbeitsbedingungen	1185
bb) Schutz vor Ausbeutung	1186
cc) Gefährdungspotenziale	1186
IV. Beeinträchtigung und Rechtfertigung	1187
V. Prüfungsschema zu Art. 32 EGRC	1188

E. Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben	1188
I. Grundlagen.....	1189
1. ESC.....	1189
a) Art. 8 ESC.....	1189
b) Art. 27 rev. ESC.....	1189
c) Vergleich mit Art. 33 Abs. 2 EGRC	1190
2. Europäischer Besitzstand.....	1190
a) Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV	1190
b) Mutterschutz-RL 92/85/EWG.....	1191
c) RL 96/34/EG.....	1191
3. EuGH-Rechtsprechung.....	1192
4. Verfassungen der Mitgliedstaaten	1192
II. Einordnung.....	1193
1. Qualifizierung als Grundrecht	1193
a) Wortlaut	1193
b) Genese.....	1193
c) Systematik.....	1194
d) Zweck	1194
e) Subjektives Recht – gegen den (privaten) Arbeitgeber?	1194
2. Abgrenzung	1196
a) Art. 21 EGRC	1196
b) Art. 23 EGRC	1196
c) Art. 30 EGRC	1196
d) Art. 31 EGRC	1196
e) Art. 33 Abs. 1 EGRC	1196
f) Art. 34 Abs. 1 EGRC	1196
III. Gewährleistungsbereich	1197
1. Einklang von Familien- und Berufsleben	1197
2. Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund.....	1197
a) Entlassung.....	1197
b) Mutterschaft.....	1198
3. Bezahlter Mutterschaftsurlaub.....	1198
a) Mutterschaftsurlaub	1198
b) Bezahlt	1198
4. Elternurlaub.....	1199
5. Grundrechtsträger	1199
IV. Beeinträchtigung und Rechtfertigung	1201
V. Prüfungsschema zu Art. 33 Abs. 2 EGRC	1202

§ 4 Schutz der Familie 1203

A. Grundlagen.....	1203
I. ESC	1203

II.	Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten von 1989	1204
III.	Sonstige internationale Übereinkommen	1205
IV.	Europäischer Besitzstand	1205
V.	Verfassungen der Mitgliedstaaten	1205
B.	Einordnung.....	1206
I.	Qualifizierung als Grundsatz.....	1206
1.	Wortlaut.....	1206
2.	Genese	1207
3.	Systematik	1207
4.	Zweck	1207
5.	Folgerungen	1208
II.	Abgrenzung	1208
C.	Gewährleistungsbereich	1208
I.	Familie	1208
II.	Rechtlicher, wirtschaftlicher und sozialer Schutz	1209
D.	Rechtsfolgen.....	1209
E.	Prüfungsschema zu Art. 33 Abs. 1 EGRC.....	1210
§ 5	Sozialer Schutz.....	1210
A.	Zweiteilung	1210
B.	Soziale Sicherheit.....	1211
I.	Grundlagen.....	1211
1.	ESC.....	1212
2.	GCSGA	1213
3.	Europäischer Besitzstand.....	1214
a)	Art. 2 und Art. 136 EG/3 Abs. 3 EUV und Art. 151 AEUV	1214
b)	Art. 137 und Art. 140 EG/153 und 156 AEUV.....	1214
c)	Art. 42 EG/48 AEUV	1215
d)	WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71 und VO (EWG) Nr. 574/72.....	1216
e)	VO (EG) Nr. 883/2004.....	1217
4.	EuGH-Rechtsprechung.....	1218
5.	Verfassungen der Mitgliedstaaten	1218
II.	Qualifizierung als Grundsatz.....	1219
1.	Wortlaut.....	1219
2.	Genese	1219
3.	Systematik	1220
4.	Zweck	1220
5.	Folgerungen	1221
III.	Gewährleistungsbereich	1221
1.	Leistungen der sozialen Sicherheit	1221
a)	Erweiterte Grundkonzeption	1221

b) Sozialversicherungssysteme.....	1222
c) Arbeitgeberleistungen	1223
2. Soziale Risiken	1223
a) Mutterschaft.....	1223
b) Sonstige Risiken	1224
3. Soziale Dienste	1224
4. Begünstigte	1225
5. Recht auf Zugang zu den Leistungen	1225
6. Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	1226
7. Einschränkung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsfreiheit .	1227
8. Normadressat	1228
IV. Rechtsfolgen.....	1228
V. Prüfungsschema zu Art. 34 Abs. 1 EGRC	1230
C. Gleichbehandlung	1230
I. Entstehung und Entwicklung	1230
II. Grundlagen.....	1231
1. ESC.....	1231
2. GCSGA	1232
3. Europäischer Besitzstand.....	1233
a) Art. 12 EG/18 AEUV.....	1233
b) WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71	1233
c) FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68	1234
d) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG	1234
aa) Aufenthaltsrechte	1235
bb) Gleichbehandlungsgrundsatz.....	1235
4. EuGH-Rechtsprechung.....	1236
5. Verfassungen der Mitgliedstaaten	1236
III. Einordnung.....	1236
1. Qualifizierung als Grundrecht	1236
a) Wortlaut	1236
b) Genese.....	1237
c) Systematik.....	1237
d) Zweck	1237
e) Folgerungen	1237
2. Abgrenzung	1238
a) Art. 20 und Art. 21 EGRC	1238
b) Art. 45 EGRC	1238
IV. Gewährleistungsbereich	1238
1. Leistungen der sozialen Sicherheit	1238
2. Soziale Vergünstigungen	1239
3. Grundrechtsträger	1240
a) Personenkreis	1240
b) Rechtmäßiger Wohnsitz und Aufenthaltswechsel.....	1240

aa) Maßgebliche Ankündigungspunkte	1240
bb) Unionsbürger und ihre Familienangehörigen	1241
cc) Drittstaatsangehörige	1241
c) Innerhalb der Union	1242
4. Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	1243
5. Normadressat	1244
V. Beeinträchtigung und Rechtfertigung	1244
VI. Prüfungsschema zu Art. 34 Abs. 2 EGRC	1246
D. Soziale Unterstützung	1246
I. Grundlagen	1246
1. ESC	1247
a) Art. 13 ESC	1247
b) Art. 30 rev. ESC	1248
c) Art. 31 rev. ESC	1248
2. GCSGA	1249
3. Europäischer Besitzstand	1249
4. EuGH-Rechtsprechung	1250
5. Verfassungen der Mitgliedstaaten	1250
a) Recht auf soziale Unterstützung	1250
b) Recht auf Unterstützung für die Wohnung	1250
II. Einordnung	1251
1. Qualifizierung als Grundsatz	1251
a) Wortlaut	1251
b) Genese	1251
c) Systematik	1252
d) Zweck	1252
e) Folgerungen	1252
2. Abgrenzung und Zusammenspiel mit Art. 1 EGRC	1252
III. Gewährleistungsbereich	1253
1. Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Armut	1253
2. Soziale Unterstützung	1253
3. Unterstützung für die Wohnung	1254
4. Menschenwürdiges Dasein	1254
5. Begünstigte	1255
6. Verweis auf das Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	1255
7. Normadressat	1256
8. Rechtsfolgen	1256
IV. Prüfungsschema zu Art. 34 Abs. 3 EGRC	1257

§ 6 Gesundheitsschutz 1257

A. Grundlagen	1257

I.	EG/AEUV	1257
II.	ESC	1258
III.	EuGH-Rechtsprechung	1259
IV.	Verfassungen der Mitgliedstaaten	1260
B.	Einordnung.....	1261
I.	Qualifizierung von Art. 35 S. 1 EGRC als Grundrecht.....	1261
1.	Wortlaut.....	1261
2.	Genese	1261
3.	Systematik	1261
4.	Zweck.....	1261
5.	Folgerungen.....	1262
II.	Qualifizierung von Art. 35 S. 2 EGRC als Grundsatz.....	1263
1.	Wortlaut.....	1263
2.	Genese	1263
3.	Systematik	1263
4.	Zweck.....	1264
5.	Folgerungen.....	1264
III.	Abgrenzung.....	1264
1.	Recht auf Grundversorgung.....	1264
2.	EMRK und Parallelrechte in der EGRC	1265
3.	Diskriminierungsfreier Zugang	1265
4.	Leistungen der sozialen Sicherheit	1266
5.	Grundfreiheiten	1266
a)	Gesundheitsschutz als Rechtfertigungsgrund.....	1266
b)	Zugang zu medizinischen Leistungen im EU-Ausland	1266
6.	Kollision mit anderen Grundrechten	1267
C.	Zugang zur Gesundheitsvorsorge und ärztliche Versorgung.....	1268
I.	Gewährleistungsbereich	1268
1.	Gesundheit.....	1268
2.	Gesundheitsvorsorge	1269
3.	Zugang.....	1269
4.	Ärztliche Versorgung	1270
5.	Begünstigte	1270
6.	Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	1271
a)	Spielraum des Gesetzgebers.....	1271
b)	Kein Verweis auf Unionsrecht.....	1272
II.	Beeinträchtigung und Rechtfertigung	1272
D.	Hohes Gesundheitsschutzniveau	1272
I.	Gewährleistungsbereich	1272
1.	Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus	1273
2.	Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union.....	1273
II.	Rechtsfolgen.....	1274

E.	Prüfungsschemata zu Art. 35 EGRC	1275
I.	Prüfungsschema zu Art. 35 S. 1 EGRC.....	1275
II.	Prüfungsschema zu Art. 35 S. 2 EGRC.....	1276
§ 7	Zugang zu gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen	1276
A.	Vorhandener europäischer Standard als Grundlage	1276
I.	Entstehung.....	1276
II.	Anknüpfung an Art. 16 EG/14 AEUV	1277
III.	Notwendige Zusammenschau mit Art. 86 und 87 EG/ 106 und 107 AEUV	1278
B.	Einordnung.....	1278
I.	Qualifizierung als Grundsatz.....	1278
1.	Wortlaut.....	1278
2.	Genese	1279
3.	Systematik	1279
4.	Zweck	1279
II.	Abgrenzung	1280
C.	Gewährleistungsbereich	1280
I.	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	1280
II.	Zugang	1281
III.	Verweis auf einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten	1281
IV.	Einklang mit dem Unionsrecht.....	1282
1.	Primär- und Sekundärrecht.....	1282
2.	Zentrale Bedeutung der Wettbewerbsregeln.....	1283
3.	Beihilfenverbot	1284
4.	Richtlinien	1284
V.	Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts in der Union.....	1284
D.	Rechtsfolgen.....	1285
I.	Unterlassen von Eingriffen.....	1285
II.	Begrenzte positive Verpflichtung.....	1285
III.	Garantie des nationalen Status quo?.....	1286
1.	Absicherung.....	1286
2.	Notwendige Rechtfertigung von Einschränkungen	1287
3.	Abwägung	1287
E.	Prüfungsschema zu Art. 36 EGRC	1288
§ 8	Umweltschutz	1289
A.	Vorhandener europäischer Standard als Grundlage	1289
B.	Grundsatz entsprechend dem Status quo	1289
I.	Genese	1289
II.	Wortlaut.....	1290

III. Systematik.....	1290
IV. Zweck.....	1291
V. Fazit und Folgen.....	1292
C. Umweltschutz.....	1293
I. Maßgeblichkeit der europäischen Umweltpolitik.....	1293
II. Soziale und kulturelle Umwelt?	1294
III. Umfassende und flexible Konzeption	1295
IV. Grenzüberschreitende Dimension	1295
V. Erhaltung und Schutz der Umwelt	1296
VI. Verbesserung der Qualität der Umwelt	1296
D. Hohes Schutzniveau	1297
I. Kein durchgehendes Gebot	1297
II. Näherer Gehalt	1298
III. Grundsatz des bestmöglichen Umweltschutzes?	1300
E. Nachhaltige Entwicklung.....	1301
I. „Sustainable development“ nach der Brundtland-Kommission	1301
II. Abwägungserheblichkeit des Umweltschutzes	1302
III. Nachhaltigkeit als Wirtschaftsgrundsatz	1303
IV. Instrumentelle Vorgaben	1304
V. Kein Vorrang des Umweltschutzes	1305
VI. Verknüpfung von Umweltzielen mit den Bedürfnissen der europäischen Wirtschaft: das Beispiel Emissionshandel.....	1306
F. Übergreifende Berücksichtigung.....	1307
I. Relevante Belange.....	1307
II. Ausmaß und Inhalt der Verpflichtung.....	1309
G. Prüfungsschema zu Art. 37 EGRC.....	1310

§ 9 Verbraucherschutz.....1310

A. Grundlagen.....	1310
I. EG/AEUV	1310
1. Art. 153 EG/169 AEUV	1311
2. Kein primärrechtliches Grundrecht auf Verbraucherschutz	1311
3. Bedeutung des Art. 38 EGRC.....	1312
II. Europäischer Besitzstand	1312
III. EuGH-Rechtsprechung	1313
IV. Verfassungen der Mitgliedstaaten	1313
B. Einordnung.....	1314
I. Qualifizierung als Grundsatz.....	1314
1. Wortlaut.....	1314
2. Genese	1314
3. Systematik	1315
4. Zweck.....	1315
II. Abgrenzung.....	1315

1. Gesundheit.....	1315
2. Datenschutz	1316
3. Information.....	1316
4. Eigentum und Vermögen.....	1316
5. Unternehmerische Freiheit	1317
6. Grundfreiheiten.....	1317
C. Gewährleistungsbereich	1317
I. Verbraucher.....	1317
II. Verbraucherschutz.....	1319
III. Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus	1319
IV. Sicherstellung durch die Politik der Union	1320
D. Rechtsfolgen.....	1321
E. Prüfungsschema zu Art. 38 EGRC.....	1322
Teil VI Klassische und neue Bürgerrechte	1323
Kapitel 12 Bürgerrechte.....	1325
§ 1 Wahlrechte	1325
A. Wahlrecht zum Europäischen Parlament (Art. 39 EGRC)	1325
I. Grundlagen.....	1325
1. Genese	1325
2. Das Wahlrecht nach dem Reformvertrag von Lissabon	1326
3. EMRK	1327
4. Primärrecht	1327
a) Ausgangspunkt: Unterschiedliches Wahlrecht der Mitgliedstaaten.....	1327
b) Gleichbehandlungsgebot des Art. 19 Abs. 2 EG.....	1328
c) Keine Regelung des Wahlrechts im Herkunftsstaat	1328
d) Zulässigkeit eines Wahlrechts für Nicht-Unionsbürger	1329
5. Regelungen des Sekundärrechts	1330
a) Direktwahlakt 1976.....	1330
aa) Rechtsnatur.....	1330
bb) Bedeutung und Regelungsgehalt	1330
cc) Vertragskonformität	1331
dd) Änderungen durch den Beschluss 2002/772/EG	1331
b) RL 93/109/EG.....	1332
aa) Aktives Wahlrecht.....	1332
bb) Passives Wahlrecht.....	1332
cc) Ausnahmeregelungen	1332
6. Nationales Recht.....	1333
7. Bedeutung der Wahlen zum Europäischen Parlament.....	1333
a) Legitimationsfunktion.....	1333

b) Integrationsfunktion.....	1334
c) Praktische Bedeutung.....	1334
II. Aktives und passives Wahlrecht zum Europäischen Parlament in allen Mitgliedstaaten (Art. 39 Abs. 1 EGRC)	1335
1. Grundrechtsträger	1335
2. Schutzbereich	1335
a) Mögliche Bandbreite.....	1335
b) Keine Gewährleistung eines Wahlrechts auch im Herkunftsstaat	1336
c) Beschränkung auf gleichheitsrechtliche Gehalte	1337
d) Schutzzumfang	1337
3. Ungleichbehandlung und Rechtfertigung.....	1337
4. Vertragskonformität	1338
a) Unvereinbarkeit mit Art. 189 EG?	1338
b) Autonome Auslegung des EG.....	1339
c) Unionsbürgerschaft als Prozess	1339
d) Änderungen durch den Reformvertrag.....	1340
5. Prüfungsschema zu Art. 39 Abs. 1 EGRC.....	1341
III. Wahlrechtsgrundsätze (Art. 39 Abs. 2 EGRC)	1341
1. Kongruenz mit den Anforderungen der EMRK	1341
2. Gewährleistung eines subjektiven Rechts	1342
3. Grundrechtsträger	1342
4. Schutzbereich, Beeinträchtigung und Rechtfertigung	1342
a) Allgemeine Wahl	1342
b) Unmittelbare Wahl.....	1343
c) Freie Wahl.....	1344
aa) Umfassende Freiheit vor Zwang	1344
bb) Freiheit, nicht zu wählen?	1344
cc) Rechtfertigung der Wahlpflicht.....	1344
d) Geheime Wahl	1345
e) Keine Gewährleistung der Wahlgleichheit	1346
5. Prüfungsschema zu Art. 39 Abs. 2 EGRC.....	1348
B. Kommunalwahlrecht (Art. 40 EGRC).....	1348
I. Grundlagen.....	1348
1. Genese	1348
2. Primärrecht	1349
3. Sekundärrecht	1349
a) Bedeutung	1349
b) Begriff der Kommunalwahl	1350
aa) Bestimmung eines Vertretungsorgans auf der Grundstufe.....	1350
bb) Keine Einbeziehung kommunaler Abstimmungen.....	1350
c) Voraussetzungen für die Ausübung des Wahlrechts.....	1351
d) Einschränkungen des passiven Wahlrechts.....	1351

e) Beschränkungen für kommunale Leitungsämter.....	1351
f) Ausnahmeregelung.....	1353
4. Umsetzung auf der nationalen Ebene	1353
a) Umsetzung durch die Länder	1353
b) Verfassungsrechtliche Voraussetzungen.....	1353
5. Bedeutung.....	1354
a) Entkoppelung von Staatsangehörigkeit und Wahlrecht	1354
b) Veränderung des nationalen Legitimationssubjekts?	1355
c) Verbesserte Integration	1355
d) Geringe praktische Bedeutung	1356
II. Schutzbereich	1356
1. Grundrechtsträger	1356
2. Gewährleistungsumfang	1356
a) Gleichbehandlungsrecht.....	1356
b) Kommunalwahlen	1357
3. Beeinträchtigung und Rechtfertigung.....	1357
III. Prüfungsschema zu Art. 40 EGRC.....	1358

§ 2 Das Recht auf eine gute Verwaltung 1358

A. Grundlagen.....	1358
I. Entwicklungsgeschichte	1358
II. Struktur des Art. 41 EGRC.....	1359
III. Vergleichbare Regelungen auf anderen Normebenen	1359
1. Primärrecht	1359
2. EMRK	1360
3. Der Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis	1360
B. Das allgemeine Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 Abs. 1 EGRC). 1362	
I. Berechtigte	1362
1. Menschenrecht.....	1362
2. Juristische Personen.....	1362
3. Beschränkung auf eigene Angelegenheiten	1363
II. Verpflichtete.....	1364
1. Organe	1364
2. Einrichtungen und sonstige Stellen	1364
3. Mitgliedstaaten	1365
III. Anwendungsbereich	1366
IV. Unparteiische Behandlung	1367
1. Gewährleistungsinhalt	1367
2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung	1368
V. Gerechte Behandlung	1368
VI. Behandlung innerhalb angemessener Frist.....	1369
1. Gewährleistungsinhalt	1369
2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung	1370

VII. Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 EGRC als einheitliches Grundrecht.....	1371
C. Einzelne Rechte auf eine gute Verwaltung	1371
I. Rechtliches Gehör (Art. 41 Abs. 2 lit. a) EGRC).....	1371
1. Gewährleistungsinhalt	1371
a) Kodifizierung eines allgemeinen Grundsatzes.....	1371
b) Ausprägungen	1372
c) Bei nachteiligen Maßnahmen.....	1372
2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung	1373
II. Recht auf Akteneinsicht (Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC).....	1374
1. Gewährleistungsinhalt	1374
a) Personenbezogene Akten	1374
b) Potenziell zu verwendende Akten.....	1374
c) Adressaten und Dritte	1374
2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung	1375
a) Geschriebene Schranken	1375
b) Ungeschriebene Schranken	1376
III. Pflicht zur Begründung (Art. 41 Abs. 2 lit. c) EGRC)	1376
1. Gewährleistungsinhalt	1376
2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung	1377
a) Begrenzte Anerkennung.....	1377
b) Nachschieben von Gründen	1378
c) Fehlerfolgen.....	1379
IV. Weitere Gehalte eines Rechts auf eine gute Verwaltung	1379
1. Angelegte Weiterung und ihre Probleme	1379
2. Recht auf anwaltliche Beratung.....	1380
3. „Nemo tenetur“-Grundsatz	1380
4. Unschuldsvermutung.....	1381
5. Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung	1381
D. Haftungsregelung	1382
I. Parallelität mit Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV.....	1382
II. Anspruchsberechtigte	1383
III. Anspruchsverpflichtete	1383
IV. Handeln eines Bediensteten oder eines Organs.....	1383
V. Handeln in Ausübung einer Amtstätigkeit	1384
VI. Rechtsverletzung	1384
1. Handlungsunrecht.....	1384
2. Normatives Unrecht.....	1385
3. Haftung ohne Handlungsunrecht	1386
a) Haftung für rechtmäßiges Handeln	1386
b) Gefährdungshaftung.....	1386
VII. Schaden	1386
VIII. Kausalität	1387
IX. Kein Verschuldenserfordernis.....	1387
E. Sprachengarantie	1388

F. Abgrenzung zu anderen Grundrechten.....	1389
I. Allgemeines Recht auf Dokumentenzugang (Art. 42 EGRC).....	1389
II. Justizielle Grundrechte (Art. 47 Abs. 2 EGRC)	1390
G. Prüfungsschemata zu Art. 41 EGRC	1391
I. Schema zu Art. 41 Abs. 1, Abs. 2 EGRC.....	1391
II. Schema zu Art. 41 Abs. 3 EGRC	1393
III. Schema zu Art. 41 Abs. 4 EGRC	1394
§ 3 Zugang zu Dokumenten	1394
A. Rechtliche Rahmenbedingungen.....	1394
I. Zugang zu Dokumenten nach dem EGRC und dem EG/AEUV	1394
1. Dokumentenzugang nach dem Reformvertrag von Lissabon	1394
2. Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV als Maßstab	1395
3. Subjektiv-rechtlicher Gehalt des Art. 255 EG/ 15 Abs. 3 AEUV.....	1396
a) Art. 255 Abs. 1 EG.....	1396
b) Das Recht auf Dokumentenzugang als ungeschriebener Rechtsgrundsatz	1397
4. Kongruenz	1397
5. Abgrenzung zu anderen Zugangsrechten.....	1398
a) Grundrechtsgewährleistungen.....	1398
b) Sekundärrecht	1398
c) Konkurrenzen.....	1399
II. Zugang zu Dokumenten nach nationalem Recht.....	1400
III. Europäisches Sekundärrecht – die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001	1402
1. Entwicklungsgeschichte	1402
2. Die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 als Ausgestaltungsnorm	1403
B. Schutzbereich	1404
I. Zugangsberechtigte	1404
II. Zugangsverpflichtete	1405
III. Gegenstand des Zugangsrechts	1406
1. Dokumente der Organe.....	1406
2. Dokumente Dritter.....	1407
a) Mitgliedstaaten als Urheber	1407
b) Sonstige Dritte als Urheber	1409
C. Beeinträchtigung und Rechtfertigung.....	1410
I. System.....	1410
II. Konkreter Prüfungsmaßstab.....	1411
III. Teilweiser Zugang.....	1411
IV. Öffentliches Interesse.....	1412
1. Ermessensspielraum	1412

2. Die öffentliche Sicherheit.....	1412
3. Verteidigung und militärische Belange	1413
4. Internationale Beziehungen	1414
5. Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik	1415
V. Privatsphäre und Integrität des Einzelnen	1416
VI. Geschäftliche Interessen und geistiges Eigentum	1419
1. Geschäftliche Interessen.....	1419
2. Geistiges Eigentum.....	1420
VII. Gerichtsverfahren und Rechtsberatung	1421
1. Gerichtsverfahren	1421
2. Rechtsberatung	1422
3. Dauer des Schutzes.....	1423
VIII. Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten	1423
IX. Überwiegendes öffentliches Interesse	1425
X. Interne Dokumente	1426
XI. Zeitlich begrenzte Anwendbarkeit der Ausnahmen	1427
XII. Sensible Dokumente.....	1427
XIII. Ungeschriebene Ausnahmen?	1428
1. Effizienz der Verwaltung	1428
2. Rechtsmissbrauch	1428
XIV. Verfahren	1429
D. Prüfungsschema zu Art. 42 EGRC.....	1431

§ 4 Der Bürgerbeauftragte.....1432

A. Grundlagen.....	1432
I. Entwicklungsgeschichte	1432
II. Zweck und Bedeutung.....	1432
1. Verschiedene Funktionen	1432
2. Unterschiedliche Bewertung.....	1433
III. Ausgestaltung in Art. 43 EGRC.....	1434
IV. Weitere Vorschriften auf anderen Normebenen.....	1434
1. VE.....	1434
2. Primärrecht	1434
3. Geschäftsordnung des Parlaments	1435
4. Statut des Bürgerbeauftragten	1435
B. Das Amt des Bürgerbeauftragten	1435
I. Wahl und Amtsenthebung	1435
II. Stellung	1435
III. Verfahren	1436
1. Ablauf.....	1436
2. Form und Frist	1437
3. Vorherige administrative Schritte.....	1437
IV. Rechtsschutz.....	1437

C. Befassungsanspruch	1438
I. Grundrechtsträger	1438
II. Verpflichtete	1439
III. Betroffene Tätigkeiten	1439
1. Tun und Unterlassen	1439
2. Ausnahme für die Rechtsprechung	1440
3. Umfassende Einbeziehung der Verwaltung auf Unionsebene ...	1440
4. Missstände	1440
D. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung	1441
E. Prüfungsschema zu Art. 43 EGRC	1442
§ 5 Petitionsrecht	1442
A. Grundlagen	1442
I. Entwicklungsgeschichte	1442
II. Zweck und Bedeutung	1443
III. Ausgestaltung in Art. 44 EGRC	1443
IV. Weitere Vorschriften auf anderen Normebenen	1444
1. Primärrecht	1444
2. Geschäftsordnung des Parlaments	1444
V. Verfahren	1445
1. Verfahrensgliederung	1445
2. Form und Frist	1445
VI. Rechtsschutz	1446
B. Schutzbereich	1446
I. Petitionsberechtigte	1446
II. Petitionsadressaten und ihre Pflichten	1448
III. Reichweite	1448
1. Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft/Union	1448
2. Einschränkung zugunsten der Judikative	1449
C. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung	1450
D. Abgrenzung zur Beschwerde beim Bürgerbeauftragten	1450
I. Kein Vorrangverhältnis	1450
II. Praktische Kooperation	1451
E. Prüfungsschema zu Art. 44 EGRC	1451
§ 6 Freizügigkeit und Aufenthaltsrecht	1452
A. Rechtliche Rahmenbedingungen	1452
I. Die Freizügigkeitsregelung nach dem Reformvertrag von Lissabon	1452
II. Die Freizügigkeit nach der EGRC und dem EG/AEUV	1452
III. Kongruenzregel	1452
B. Schutzbereich	1453
I. Beschränkung auf Unionsbürger	1453

1. Natürliche Personen.....	1453
2. Drittstaatsangehörige.....	1454
II. Freie Bewegung und freier Aufenthalt	1454
1. Einheitliches Grundrecht der Freizügigkeit	1454
2. Geschützte Bestandteile.....	1455
3. Bewegungsfreiheit.....	1455
4. Wahrnehmung in der EU	1456
III. Zusammenwirken mit Art. 12 EG/18 AEUV	1456
1. Entwicklung der Rechtsprechung.....	1456
2. Spezifischer Gewährleistungsgehalt und Vorrang des Art. 18 EG/21 AEUV	1458
IV. Anwendung auch auf Inlandssachverhalte	1459
1. Kongruenz mit den Grundfreiheiten?	1459
2. Beschränkung von Art. 18 EG/21 AEUV auf grenzüberschreitende Sachverhalte nach dem EuGH	1460
V. Einbeziehung sekundärrechtlicher Ausgestaltungen	1461
C. Sekundärrechtliche Konkretisierung durch die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG	1462
I. Systematik.....	1462
II. Berechtigte	1463
1. Erweiterung auf Lebenspartner	1463
a) Grundsätzliche Erstreckung	1463
b) Nichteheliche Lebensgemeinschaften	1464
c) Gleichgeschlechtliche Lebenspartner.....	1464
d) Lebenspartner außerhalb der Ehe gleichgestellter Gemeinschaften.....	1465
e) Gesetzgebungsauftrag?	1465
2. Weitere Familienangehörige.....	1465
3. Folgen von Tod oder Wegzug des Unionsbürgers.....	1466
4. Scheidung/Aufhebung der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft	1466
III. Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten Dauer	1467
IV. Aufenthaltsrecht von über drei Monaten Dauer	1468
V. Beendigung des Aufenthalts.....	1469
1. System	1469
2. Aufenthalt bis zu drei Monaten	1470
3. Aufenthalt von mehr als drei Monaten Dauer	1471
VI. Recht auf Daueraufenthalt.....	1471
1. Neuerung	1471
2. Grundsatz: Fünf Jahre ununterbrochener Aufenthalt.....	1472
3. Privilegierungen zugunsten von Arbeitnehmern und Selbstständigen.....	1473
4. Daueraufenthaltsrecht von Familienangehörigen	1474
5. Verlust des Daueraufenthaltsrechts	1475

VII.	Beschränkungen des Aufenthaltsrechts und Ausweisung	1475
1.	Allgemeine Grundsätze	1475
2.	Differenzierter Ausweisungsschutz	1476
a)	System.....	1476
b)	Schutz der Gesundheit	1476
c)	Öffentliche Sicherheit und Ordnung	1477
aa)	Unionsbürger ohne Daueraufenthaltsrecht	1477
bb)	Unionsbürger mit Daueraufenthaltsrecht.....	1478
cc)	Stärkste Schutzstufe	1478
3.	Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz.....	1479
VIII.	Gleichbehandlung.....	1479
IX.	Verwaltungsformalitäten	1481
1.	Meldepflicht	1481
2.	Anmeldebescheinigung	1481
3.	Aufenthaltskarte	1482
4.	Bescheinigung des Daueraufenthalts	1483
X.	Umsetzung in deutsches Recht.....	1483
1.	Ergangene Regelungen	1483
2.	Die ersten drei Monate des Aufenthalts.....	1483
3.	Daueraufenthaltsrecht	1484
a)	Unionsbürger, Familienangehörige und Lebenspartner	1484
b)	Nach Beendigung der Erwerbstätigkeit bzw. bei voller Erwerbsminderung	1485
4.	Ausweisungsschutz.....	1485
5.	Aufenthaltsrecht Familienangehöriger	1485
6.	Verfahrensrecht	1486
XI.	Unmittelbare Wirkung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG	1486
D.	Abgrenzung zu anderen Vorschriften.....	1487
I.	Die besonderen Personenverkehrsfreiheiten des EG	1487
II.	Art. 15 Abs. 2 EGRC	1489
E.	Beeinträchtigungen.....	1490
I.	Bandbreite	1490
II.	Grenzkontrollen.....	1490
III.	Aufenthaltsbeschränkungen	1491
IV.	Nachteilige Auswirkungen der Ausübung des Freizügigkeitsrechts	1492
V.	Ausweisung	1494
VI.	Verbot der Ein- oder Ausreise	1494
F.	Schranken	1494
I.	Ausübungsbedingungen	1495
II.	Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit	1495
III.	Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.....	1496
IV.	Beschränkungen durch neues Sekundärrecht	1498

G. Rechtfertigungsschranken	1498
I. Verhältnismäßigkeit	1498
II. Wesensgehalt	1500
III. Grundrechte.....	1500
H. Prüfungsschema zu Art. 45 EGRC.....	1501
§ 7 Diplomatischer und konsularischer Schutz	1501
A. Dreifacher Bezug	1501
B. Genese	1502
C. Regelungen auf anderen Normebenen.....	1502
I. Reformvertrag von Lissabon.....	1502
II. EG	1503
III. Vereinbarungen der Mitgliedstaaten	1503
IV. Initiativen zur Verbesserung des Schutzes	1504
V. EMRK	1505
D. Praktische Relevanz	1505
E. Personelle Reichweite	1506
I. Berechtigte	1506
1. Natürliche Personen.....	1506
2. Juristische Personen.....	1507
II. Verpflichtete.....	1507
F. Gewährleistungsinhalt.....	1508
I. Inländergleichbehandlung	1508
II. Art des Schutzes.....	1509
1. Völkerrechtliche Begriffe.....	1509
2. Rückwirkungen auf den Schutzgehalt von Art. 46 EGRC	1509
3. Erweiterung durch Art. 20 S. 1 EG/23 S. 1 AEUV?	1510
III. Unmittelbare Anwendbarkeit	1511
G. Beeinträchtigung und Rechtfertigung	1511
I. Beeinträchtigung	1511
II. Rechtfertigung.....	1512
H. Prüfungsschema zu Art. 46 EGRC.....	1512
Kapitel 13 Justizielle Grundrechte	1513
§ 1 Bedeutung mit und ohne Lissabonner Vertrag	1513
§ 2 Effektiver Rechtsschutz	1514
A. Grundkonzeption.....	1514
I. Gewährleistungsinhalt.....	1514
II. Anlehnung an die EMRK	1514
III. Systematik von Art. 47 EGRC	1514
B. Der gerichtliche Rechtsschutz nach Art. 47 Abs. 1 EGRC	1515

I.	Vergleich zu Art. 13 EMRK.....	1515
II.	Persönlicher Geltungsbereich.....	1516
III.	Verletzung von Rechten und Freiheiten	1516
1.	Qualität der Rechte	1516
a)	Durch das Unionsrecht garantierte Rechte und Freiheiten	1516
b)	Subjektive Rechte	1517
2.	Verletzung	1517
a)	Verursachung	1517
b)	Behauptung	1519
IV.	Gerichtliche Kontrolle.....	1519
1.	Gerichtseigenschaft	1519
2.	Rechtsbehelf	1520
a)	Rechtsbehelfseigenschaft.....	1520
b)	Wirksamkeit	1520
c)	Einstweiliger Rechtsschutz	1521
C.	Recht auf ein gerichtliches und faires Verfahren nach	
Art. 47 Abs. 2 EGRC		1521
I.	Verfahrensgegenstand	1521
II.	Das Gericht.....	1521
1.	Unabhängigkeit.....	1521
2.	Unparteilichkeit	1522
3.	Durch Gesetz errichtet	1523
III.	Zugang	1524
IV.	Faires Verfahren	1524
1.	Grundlage und Reichweite	1524
2.	Anspruch auf rechtliches Gehör	1525
a)	Information	1525
b)	Recht auf Stellungnahme	1526
c)	Berücksichtigung	1526
d)	Einschränkungen.....	1527
3.	Waffen- und Chancengleichheit	1527
V.	Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlungen.....	1527
VI.	Angemessene Frist	1528
VII.	Begründungserfordernis	1529
VIII.	Gerichtliche Kontrolldichte	1530
IX.	Verteidigung und Vertretung.....	1530
X.	Folgen der Verletzung von Verfahrensvorschriften	1531
D.	Recht auf Prozesskostenhilfe.....	1532
I.	Überblick und Herleitung.....	1532
II.	Inhalt der Gewährleistung	1532
E.	Prüfungsschema zu Art. 47 EGRC	1534

§ 3 Strafverfolgung 1534

A. Relevanz.....	1534
B. Unschuldsvermutung.....	1535
I. Herleitung.....	1535
II. Gewährleistung	1536
1. Strafrechtliches Verfahren.....	1536
2. Angeklagte Person.....	1537
3. Geltung als „unschuldig“.....	1538
a) Sicherungsmaßnahmen	1538
b) Auslagenerstattung und Entschädigung nach Untersuchungshaft	1539
c) Auswirkungen zwischen Privaten.....	1539
aa) Mittelbare Drittwirkung	1539
bb) Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	1540
cc) Arbeits- und sozialrechtliche Fälle	1540
d) Bewährungswiderruf.....	1541
e) Erweiterter Verfall	1541
4. Rechtsförmlich erbrachter Beweis.....	1542
5. „Nemo tenetur“-Grundsatz	1542
a) Inhalt	1542
b) Erweiterung des Anwendungsbereichs	1543
C. Verteidigungsrechte	1543
I. Grundkonzeption und Stellung.....	1543
II. Anklage wegen einer Straftat	1544
III. Verletzung der Verteidigungsrechte.....	1544
1. Mögliche Kausalität.....	1544
2. Ausprägungen der Verteidigungsrechte	1544
3. Rechtfertigung	1545
D. Gesetzmäßigkeit (Art. 49 Abs. 1, 2 EGRC).....	1545
I. Charakter, Bestandteile und Vorläufer	1545
II. Gesetzmäßigkeit.....	1546
1. Inhalt.....	1546
2. Ausnahmeklausel des Art. 49 Abs. 2 EGRC	1546
III. Bestimmtheitsgebot.....	1547
1. Tatbestand	1548
2. Rechtsfolgen	1549
IV. Analogieverbot.....	1549
V. Rückwirkungsverbot	1550
1. Einordnung	1550
2. Nulla poena sine lege.....	1550
a) Anwendungsbereich und Inhalt	1550
b) Adressat	1551
c) Beschränkungen.....	1552
3. Echte und unechte Rückwirkung.....	1552
4. Wettbewerbspolitik der Kommission	1553

VI. Grundsatz des milderen Gesetzes (Art. 49 Abs. 1 S. 3 EGRC).....	1553
E. Verhältnismäßigkeit (Art. 49 Abs. 3 EGRC)	1554
I. Überblick.....	1554
1. Quellen	1554
2. Inhalt und Anwendungsbereich	1554
II. Ebene der Gesetzgebung	1555
III. Ebene der Gesetzesanwendung	1555
F. Verbot der Doppelbestrafung – „ne bis in idem“ (Art. 50 EGRC).....	1556
I. Überblick und Quellen	1556
II. Gewährleistungsinhalt	1557
1. Straftat	1557
2. Aburteilung.....	1559
a) Strafrechtliche Aburteilung	1559
b) Rechtskraft	1559
aa) Urteile.....	1559
bb) Einstellung.....	1560
cc) Sonderfälle mit Bezug zur deutschen Rechtsprechung ..	1560
dd) Zusammenfassung	1561
3. Räumlicher Anwendungsbereich.....	1561
a) In dem Gebiet der Union.....	1561
b) Erstreckung	1562
4. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung	1562
a) Absolutes Verfahrenshindernis	1562
b) Beeinträchtigungen	1562
G. Übersicht zu strafrechtlichen Garantien	1563
Literaturverzeichnis	1565
Rechtsprechungsverzeichnis (EuGH, EuG)	1611
Entscheidungstabelle zur EMRK, Konkordanztabelle	1629
Vorschriftenverzeichnis.....	1661
Sachwortverzeichnis	1671

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABC-Waffen	Atomare, Biologische und Chemische Waffen
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 26.2.1996, BGBl. I S. 227, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.10.2007, BGBl. I S. 3140
AEVO	Ausbilder-Eignungsverordnung vom 14.8.1969, BGBl. S. 1112, zuletzt geändert durch Verordnung vom 21.9.1997, BGBl. S. 2390
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.8.2006, BGBl. I S. 1897, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.12.2007, BGBl. I S. 2840
AKP	afrikanische, karibische und pazifische Länder
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965, BGBl. I S. 1089, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.7.2007, BGBl. I S. 1330
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz vom 7.8.1996, BGBl. I S. 1246, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.6.2008, BGBl. I S. 1010
ArbZG	Arbeitszeitgesetz vom 6.5.1994, BGBl. I S. 1170, 1171 zuletzt geändert durch Verordnung vom 31.10.2006, BGBl. I S. 2407
ArGV	Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer (Arbeitsgenehmigungsverordnung) vom 17.9.1998, BGBl. I S. 2899, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.12.2006, BGBl. I S. 2814 in Verbindung mit der Bekanntmachung vom 26.1.2007 II 127
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil

AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.2.2008, BGBl. I S. 162, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.3.2008, BGBl. I S. 313
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AusfG	Ausführungsgesetz
AuslG	Ausländergesetz vom 9.7.1990, BGBl. I S. 1354, 1356 zuletzt geändert durch Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23.7.2004, BGBl. I S. 1842
Ausn.	Ausnahme
AVR	Archiv des Völkerrechts
AWG	Außenwirtschaftsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.6.2006, BGBl. I S. 1386, zuletzt geändert durch Verordnung vom 28.4.2008, BAnz. Nr. 69, 1662
Az.	Aktenzeichen
BadWürttSchulG	Baden-Württembergisches Schulgesetz vom 1.8.1983, GBl. 1983, 397, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.1.2008, GBl. 2008, 12
BaföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 6.6.1983, BGBl. I S. 645, 1680, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.12.2007, BGBl. I S. 3254
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BÄO	Bundesärzteordnung
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag vom 23.2.1961, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag vom 31.1.2003
BayGLKrWG	Bayerisches Gesetz über die Wahl der Gemeinderäte, der Bürgermeister, der Kreistage und der Landräte (Gemeinde- und Landkreiswahlgesetz) vom 7.11.2006, GVBl. S. 834
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.3.1999, BGBl. I S. 675, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.6.2008, BGBl. I S. 1010
Bd.	Band
BeamVG	Beamtenversorgungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.3.1999, BGBl. I S. 322, 847, 2033, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.12.2007, BGBl. I S. 2861
Ber.	Bericht
ber.	berichtigt
BerlVerfGH	Berliner Verfassungsgerichtshof
BERzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9.2.2004, BGBl. I S. 206, geändert durch Gesetz vom 13.12.2006, BGBl. I S. 2915
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
Bez.	Bezeichnung

Bf.	Beschwerdeführer
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.1.2002, BGBl. I S. 42, 2909, BGBl. I 2003 S. 738 zuletzt geändert durch Gesetz vom 4.7.2008, BGBl. I S. 1188
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.9.2002, BGBl. I S. 3830, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.10.2007, BGBl. I S. 2470
BMI	Bundesministerium des Inneren
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz) vom 25.3.2002, BGBl. S. 1193, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.4.2008, BGBl. I S. 686
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.6.2008, BGBl. I S. 1000
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.3.1999, BGBl. I S. 654, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.6.2008, BGBl. I S. 1010
BSE	Bovine Spongiform Encephalopathy
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSHG	Bundessozialhilfegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.2.1975, BGBl. I S. 433, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.12.2003, BGBl. I S. 3022
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bull. EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaft
BundesbankG	Bundesbankgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.8.1993, BGBl. I S. 1473, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.11.2007, BGBl. I S. 2614
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (Österreich) in der Fassung von 1929, BGBl. 1930, S. 1
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CD	Collection of Decisions, Sammlung der Entscheidungen der EKMR (1960-1974)
CDE	Cahiers de droit européen
CEEP	Centre européen des entreprises à participation publique

CHARTE	Teil der Dokumentenbezeichnung von Konvents- und Ratsdokumenten, die sich auf die Grundrechtecharta, ihre Entwürfe und Erläuterungen beziehen; abrufbar im Dokumentenregister des Rates im Internet: http://register.consilium.europa.eu (Bereich: Suche im Register/detaillierte Suche) unter ihrer jeweiligen Nummer
CMA	Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH
CMLR	Common Market Law Review
CNTA	Comptoir National Technique Agricole
CTC	Counter-Terrorism-Committee
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DKP	Deutsche Kommunistische Partei
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Decisions and Reports, Sammlung der Entscheidungen der EKMR (1975-1998)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVD	Digitale Versatile Disk
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
EAG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EAGFL	Europäischer Ausgleichs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft
EBRG	Europäische-Betriebsräte-Gesetz vom 28.10.1996, BGBl. I S. 1548, 2022, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2000, BGBl. I S. 1983
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEG	Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien vom 21.7.2004, BGBl. I S. 1918, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.11.2006, BGBl. I S. 2550
EFA	Europäisches Fürsorgeabkommen
EFTA	European Free Trade Association
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Nizza
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.9.1994, BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1061, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.3.2008, BGBl. I S. 441
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGRC	Europäische Grundrechtecharta, ABl. 2007 C 303, S. 1
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Maastricht/Amsterdam
EHLRL	European Human Rights Law Review
Einl.	Einleitung
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELJ	European Law Journal
ELRev	European Law Review

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950 in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.5.2002, BGBl. II S. 1055
endg.	endgültig
engl.	englisch
Entsch.	Entscheidung
ERT	Elliniki Radiofonia Tileorasi Anonymi Etaira
ESC	Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, abrufbar über das virtuelle Vertragsbüro des Europarats unter http://conventions.coe.int/Treaty/GER/v3DefaultGER.asp
ESCR	European Committee for Social Rights
EstG	Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.10.2002, BGBl. I S. 4210, 2003 I S. 179, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.6.2008, BGBl. I S. 1010
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Nizza
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGGes	Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuHbG	Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz) vom 21.7.2004, BGBl. I S. 1748
EuR	Europarecht
EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9.3.2000, BGBl. I S. 182, 1349, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.12.2007, BGBl. I S. 2840
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
Eurocontrol	Europäische Organisation zur Sicherung der Luftfahrt
EURODAC	European Automated Fingerprint Recognition System
	Europäischer Verein
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon; in gekennzeichneten Altfällen in der Fassung des Vertrags von Maastricht/Amsterdam
EuWG	Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland (Europawahlgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 8.3.1994, BGBl. I S. 423, 555, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.3.2008, BGBl. I S. 394
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.3.1957
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f./ff.	folgende Seite(n)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FFH-RL	Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie

FG	Finanzgericht
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FKVO	EG-Fusionskontrollverordnung, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Fn.	Fußnote
FPR	Familie – Partnerschaft – Recht
FR	Finanzrundschau
FreizügG/EU	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern vom 30.7.2004, BGBl. I S. 1950, 1986, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.8.2007, BGBl. I S. 1970
FS	Festschrift
G	Gesetz
G10-Gesetz	Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz-G10) vom 26.6.2001, BGBl. I S. 1254, 2298 (Berichtigung), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 21.12.2007, BGBl. I S. 3198
GA/GAe	Generalanwalt/-anwälte
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GATS	General Agreement on Trade in Services, zu finden über die Internetseite der WTO unter http://www.wto.org
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade, zu finden über die Internetseite der WTO unter http://www.wto.org
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GCSGA	Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg.
gem.	gemäß
GeschO	Geschäftsordnung
GeschOEP	Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments in der Fassung vom 15.2.2005, ABl. L 44, S. 1
GeschORat	Geschäftsordnung des Rates der Europäischen Union, Beschluss vom 15.9.2006 (2006/683/EG, Euratom), ABl. 2006 L 285, S. 47
GewArch.	Gewerbearchiv
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGK I	Grundgesetzkommentar, Band 1
GK	Große Kammer
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.4.2007, BGBl. I S. 542
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GO	Gemeindeordnung
GRCh, GR-Charta	Grundrechtecharta
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt

GV. NRW	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.7.2005, BGBl. I S. 2114, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.12.2007, BGBl. I S. 2966
GYIL	German Yearbook of International Law
GZT	Gemeinsamer Zollltarif
HessVGh	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HGB	Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2007, BGBl. I S. 3089
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder vom 19.8.1969, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Verordnung vom 31.10.2006, BGBl. I S. 2407
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
HwO	Handwerksordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.9.1998, BGBl. I S. 3074, BGBl. 2006 I S. 2095, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.9.2007, BGBl. I S. 2246
IAO	Internationale Arbeitsorganisation, deren Abkommen sind im Internet über das ILOLEX-System abrufbar, http://www.ilo.org/ilolex/english/iloquery.htm
ICJ	International Court of Justice
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in dem/diesem Sinn
IFAW	Internationaler Tierschutzfonds
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes vom 5.9.2005 (Informationsfreiheitsgesetz), BGBl. I S. 2722
IfSG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz) vom 20.7.2000, BGBl. I S. 1045, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.12.2007, BGBl. I S. 2904
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILO	International Labour Organization
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
insbes.	insbesondere
Int.	International
IPbpr	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, auch UN-Zivilpakt, UN-dokument mit der Nr. A/RES/2200 A (XXI), deutsche amtl. Fassung: BGBl. II 1973 S. 1553. Im Internet auf deutsch abrufbar auf den Seiten des Regionalen Informationszentrums der Vereinten Nationen für Westeuropa http://www.unric.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1097&Itemid=232
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts

IPwskR	Internationaler Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966, auch UN-Spezialpakt, UN-dokument mit der Nr. A/RES/2200 A (XXI), deutsche amtl. Fassung: BGBl. II 1973 S. 1570. Im Internet auf deutsch abrufbar auf den Seiten des Regionalen Informationszentrums der Vereinten Nationen für Westeuropa http://www.unric.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1097&Itemid=232
IR	Irish Reports
IRIS plus	Redaktionsbeilage von IRIS – Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle
i.S.d.	im Sinne des/der
ISIC	International Standard Industrial Classification
IStR	Internationales Steuerrecht
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KAG NRW	Kommunalabgabengesetz Nordrhein-Westfalen vom 21.10.1969, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.12.2007, GV. NRW 2008 S. 8, 13
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KOM	Dokument der Kommission der Europäischen Gemeinschaft
KOME	Entscheidung der Kommission
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz vom 27.9.1994, BGBl. I S. 2705, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.7.2007, BGBl. I S. 1462
KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.8.1969, BGBl. I S. 1317, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.3.2008, BGBl. I S. 444
KStG	Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002, BGBl. I S. 4144, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2007, BGBl. I S. 3150
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Kunsturhebergesetz) in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 440-3, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.2.2001, BGBl. I S. 266
KWahlG NRW	Gesetz über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen (Kommunalwahlgesetz NRW) in der Fassung der Bekanntmachung vom 30.6.1998, GV. NRW S. 454, 509, 1999, S. 70, zuletzt geändert durch Gesetz vom 9.10.2007, GV. NRW S. 374
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
Lit.	Literatur

LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LKW	Lastkraftwagen
LLM	Master of Law
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16.2.2001, BGBl. I S. 266
LSG	Landessozialgericht
LVerf. Bay	Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung vom 15.12.1998, GVBl. S. 991, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.11.2003, GVBl. S. 816 und 817
LVerf. Bbg	Verfassung des Landes Brandenburg vom 20.8.1992, GBl. I S. 298, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.8.2004, GBl. S. 254
LVerf. BW	Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11.11.1953, GBl. S. 173, zuletzt geändert durch Gesetz vom 6.5.2008, GBl. S. 119
LVerf. NRW	Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom 28.6.1950, GV. NRW S. 127, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.6.2004, GV. NRW S. 360
LVerf. Sächs	Verfassung des Freistaates Sachsen vom 27.5.1992, SächsGVBl. S. 243
MEMO	Ökumenischer Manuskriptdienst für religiöse Sendungen im ORF
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MMR	Multimedia und Recht
m.N.	mit Nachweisen
MOEL	Mittel- und osteuropäische Länder
MuSchG	Mutterschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.6.2002, BGBl. I S. 2318, geändert durch Gesetz vom 5.12.2006, BGBl. I S. 2748
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NachwG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz) vom 20.7.1995, BGBl. I S. 946, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.7.2001, BGBl. I S. 1542
NATO	North Atlantic Treaty Organization (Nordatlantikvertrag-Organisation)
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
NotBZ	Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr(n).	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
n.v.	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.	oben
o.ä.	oder ähnlich(e)
OBG	Gesetz über den Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetz) vom 13.5.1980, GV. NRW S. 528, zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.4.2005, GV. NRW S. 274

OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
öff.	öffentlich(e, r)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLAF	Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung
OLG	Oberlandesgericht
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
ÖVerfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
OVG	Oberverwaltungsgericht
ÖZDEP	Partei der Freiheit und Demokratie gegen die Türken
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8.8.1990, BGBl. I S. 1690, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.9.2007, BGBl. I S. 2246
PC	Personal Computer
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PKW	Personenkraftwagen
Plc./Ltd.	private limited company
ProstG	Prostitutionsgesetz vom 20.12.2001, BGBl. I S. 3983
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RdM	Recht der Medizin
REACH	Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe, ABl. L 396, S. 1
RED	Revue Européenne de Droit Public
Rep.	Reports of the European Court of Human Rights (ECHR), Entscheidungssammlung des EGMR (1996-1998)
rev. ESC	revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, abrufbar über das virtuelle Vertragsbüro des Europarates unter http://conventions.coe.int/Treaty/GER/v3DefaultGER.asp
Rh-Pf.	Rheinland-Pfalz
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJD	Reports of Judgments and Decisions, Entscheidungssammlung des EGMR (seit 1996)
RL(n)	Richtlinie(n)
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtssprechung
RTDE	Revue trimestrielle du droit européen
RTL	Radio Télévision Luxembourg
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
s.	siehe
S.	Satz/Seite
s.a.	siehe auch/aber
SaarlABL.	Amtsblatt des Saarlandes
SächsGemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.3.2003, SächsGVBl. S. 55, ber. S. 159
Sart. II	Sartorius II (Textsammlung – Internationale Verträge, Europarecht)

SCE	Societas Cooperativa Europeae (Europäische Genossenschaft)
SchProt	Protokoll zum Amsterdamer Vertrag zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union von 1997
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
SE	Societas Europeae (Europäische Gesellschaft)
SEAG	Gesetz zur Ausführung der VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) vom 22.12.2004, BGBl. I S. 3675, zuletzt geändert durch Art. 12 Abs. 11 des Gesetzes vom 10.11.2006, BGBl. I S. 2553
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SEDOC	Europäisches System für die Übermittlung für Stellen und Bewerbungsangebote im internationalen Ausgleich
SE-Kommentar	Societas Europeae Kommentar
Ser.	Serie
SEV	Sammlung der Europäischen Verträge (bis 2003), ab 2004: Sammlung der Europaratsverträge, im Internet zu finden unter http://conventions.coe.int/Treaty/GER/v3DefaultGER.asp
SE-VO	Societas Europeae Verordnung
S.E.W.	Sociaal Economische Wetgeving
SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB I	Erstes Buch Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil, Artikel 1 des Gesetzes vom 11.12.1975, BGBl. I S. 3015, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.2007, BGBl. I S. 3024
SGB V	Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung, Artikel 1 des Gesetzes vom 20.12.1988, BGBl. I S. 2477, zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.5.2008, BGBl. I S. 874
SGB IX	Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Artikel 1 des Gesetzes vom 19.6.2001, BGBl. I S. 1046, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.12.2007, BGBl. I S. 2984
SGB XI	Elftes Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung, Artikel 1 des Gesetzes vom 26.5.1994, BGBl. I S. 1014, zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.5.2008, BGBl. I S. 874
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r, s)
Spiegelstr.	Spiegelstrich
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 102-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.8.2007, BGBl. I S. 1970
Sten. Ber.	Stenographischer Bericht
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998, BGBl. I S. 3322, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.3.2008, BGBl. I S. 306
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7.4.1987, BGBl. I S. 1074, 1313, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.7.2008, BGBl. I S. 1212

StrEG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen vom 8.3.1971, BGBl. I S. 157, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.12.2001, BGBl. I S. 3574
str.	strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger
s.u.	siehe unten
SZ	Süddeutsche Zeitung
TARIC	Tarif intégré des communautés européennes
Tbc	Tuberculose
TdL	Tarifgemeinschaft deutscher Länder
TEHG	Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission mit Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz) vom 8.7.2004, BGBl. I S. 1578, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2007, BGBl. I S. 3089
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TÜV	Technischer Überwachungsverein
TV	Television
TVE	Television Espanola – Spanische Rundfunkanstalt
Tz.	Teilziffer
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21.12.2000, BGBl. I S. 1966, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.4.2007, BGBl. I S. 538
u.	und/unten
u.a.	und andere/unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
u.ä.	und ähnliche(s)
UEFA	Union of European Football Associations
UHT	Ultrahocherhitzung
UIG	Umweltinformationsgesetz vom 22.12.2004, BGBl. I S. 3704
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UN-AMR	UN-Ausschuss für Menschenrechte
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe
UNO	United Nations (Vereinte Nationen)
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz vom 9.9.1965, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.12.2007, BGBl. I S. 2897
Urt.	Urteil
USA	United States of America
usw.	und so weiter
UTR	Umwelt- und Technikrecht
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVP-RL	Umweltverträglichkeitsprüfungs-Richtlinie
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3.7.2004, BGBl. I S. 1414, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2006, BGBl. I S. 3367
v.	von/van
v.a.	vor allem
VBIBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
VDSÖ	Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs

VE	Vertrag über eine Verfassung für Europa (Entwurf), am 13.6. und 10.7.2003 vom Europäischen Konvent angenommen, am 18.7.2003 dem Präsidenten des Europäischen Rates überreicht, CONV 850/03
verb.	verbundene
VerfO	Verfahrensordnung
VerfSchGNRW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen) vom 20.12.1994 GV. NRW 1995, S. 28, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2006, GV. NRW S. 620
VergabeR	Vergaberecht
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz in der Fassung vom 26.8.1998, BGBl. I S. 2512 zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.4.2007, BGBl. I S. 594
VgT	Verein gegen Tierfabriken
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VIG	Verbraucherinformationsgesetz vom 5.11.2007, BGBl. I S. 2558
VO	Verordnung
VOen	Verordnungen
VOB/A	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A
Vorbem.	Vorbemerkung
vs.	versus
VSSR	Vierteljahrsschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VW	Volkswagen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.3.1991, BGBl. I S. 686, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.6.2008, BGBl. I S. 1010
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.1.2003, BGBl. I S. 102, geändert durch Gesetz vom 5.5.2004, BGBl. I S. 718
WHG	Wasserhaushaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.8.2002, BGBl. I S. 3245, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.5.2007, BGBl. I S. 666
WHO	World Health Organisation
WissR	Wissenschaftsrecht
WiVerw.	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Wertpapiermitteilungen
w.N.	weitere Nachweise
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) vom 11.8.1919
WTO	World Trade Organisation
WÜD	Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18.4.1961, BGBl. 1964 II S. 959
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963, BGBl. 1969 II S. 1585

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
WWW	World Wide Web
YB	Yearbook of the European Convent on Human Rights
zahlr.	zahlreich
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde (Zahnheilkundengesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.4.1987, BGBl. I S. 1225, zuletzt geändert durch Verordnung vom 17.12.2007, BGBl. I S. 2945
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIAs	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozial- recht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZK	Zollkodex
ZollkodexDVO	Zollkodex-Durchführungsverordnung
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
z.Zt.	zur Zeit
ZuG	Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissi- onsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 (Zutei- lungsgesetz 2012 – ZuG 2012) vom 7.8.2007, BGBl. I S. 1788
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust.	zustimmend

Die übrigen Abkürzungen erklären sich selbst bzw. ergeben sich aus Kirchner, Hildebert/
Butz, Cornelia, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl. 2003.

Teil I

Allgemeine Lehren

Kapitel 1

Entwicklung und Bezüge der europäischen Grundrechte

§ 1 Entwicklung im Rahmen der Europäischen Verträge

A. Fehlende Kodifizierung

In den drei Gründungsverträgen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der Europäischen Atomgemeinschaft und der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl war der Grundrechtsschutz nicht geregelt. Dieser blieb vielmehr gänzlich unerwähnt. Zwar gewährleistete der EWGV seit jeher elementare Grundfreiheiten. Diese weisen auch Gemeinsamkeiten mit den Grundrechten auf, unterscheiden sich aber doch erheblich von den klassischen Grundrechtsgewährleistungen, wie sie nunmehr in der EGRC enthalten sind.¹ In dem Fehlen von Grundrechtsgewährleistungen spiegelt sich das primär auf eine wirtschaftliche Integration ausgerichtete Ziel der Gründung der Gemeinschaften.² Dass auch Gemeinschaftsrechtsakte im ökonomischen Bereich potenzielle Grundrechtsrelevanz besitzen, war noch nicht im Bewusstsein der Mitgliedstaaten.³

B. Rechtsprechung des EuGH

I. Anfänge

Diese Lücke in den Verträgen wurde zunächst auch nicht vom Gerichtshof gefüllt. 2 Rügen, die sich auf eine Verletzung von nationalen Grundrechten stützten, wies er unter Hinweis auf eine insoweit fehlende Prüfungskompetenz zurück, ohne weiter auf die Grundrechtsproblematik und einen etwaigen Grundrechtsschutz auf der Gemeinschaftsebene einzugehen.⁴ Bezogen auf das Eigentumsrecht beschränkte sich der EuGH auf die Aussage, dass im Gemeinschaftsrecht weder ein geschriebener noch ein ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz existiert,

¹ S. ausführlich zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 42 ff.
² *Nicolaysen*, in: Heselhaus/Nowak, § 1 Rn. 3.

³ *Bahlmann*, EuR 1982, 1 (3).

⁴ EuGH, Rs. 1/58, Slg. 1959, 43 (63 f.) – Stork; Rs. 36 u.a./59, Slg. 1960, 887 (920 f.) – Ruhrkohlenverkaufsgesellschaft; Rs. 40/64, Slg. 1965, 295 (312) – Sgarlata u.a.

dass ein erworbener Besitzstand nicht angetastet werden darf.⁵ Dieser Befund bedeutet allerdings nicht, dass der EuGH überhaupt keinen Individualrechtsschutz gewährt hat. Vielmehr hat er schon in dieser Anfangsphase der Gemeinschaft die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten entwickelt⁶ und damit schon früh einen Beitrag zur Anerkennung von Individualrechten im Gemeinschaftsrecht geleistet.⁷

II. Fundamente

1. Wertende Rechtsvergleichung

- 3 Mit der Rechtssache *Stauder* beginnt dann 1969 die Entwicklung eines Grundrechtsschutzes auf europäischer Ebene durch den EuGH. Hier erkennt der Gerichtshof erstmalig an, dass Grundrechte „allgemeine Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung“ sind, „deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat“.⁸ Dieser Ansatz wurde zur festen Rechtsprechung.⁹ Grundlage für den näheren Gehalt war zunächst eine wertende Rechtsvergleichung der nationalen Verfassungen.¹⁰

2. Einfluss des BVerfG?

- 4 Teilweise wird hier dem deutschen Recht in Form der *Solange I*-Entscheidung des BVerfG¹¹ eine besondere Bedeutung beigemessen.¹² Jedoch ist diese These mit der Chronologie der Entwicklung nicht in Einklang zu bringen. Denn 1974, als die *Solange I*-Entscheidung erging, war die Rechtsprechung des EuGH zum Grundrechtsschutz schon zu weit entwickelt, als dass dem BVerfG ein spezieller Einfluss zugeschrieben werden könnte.¹³

⁵ EuGH, Rs. 36 u.a./59, Slg. 1960, 887 (921) – Ruhrkohlenverkaufsgesellschaft.

⁶ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 83 ff.

⁷ Darauf weist *Lenz*, EuGRZ 1993, 585 (585) zutreffend hin.

⁸ EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419 (425, Rn. 7) – Stauder.

⁹ Etwa EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135, Rn. 4) – Internationale Handelsgesellschaft; Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507, Rn. 13) – Nold; Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219 (1232, Rn. 32) – Rutili; Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2923, Rn. 13) – Hoechst; Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2963 f., Rn. 41) – ERT; Rs. C-219/91, Slg. 1992, I-5485 (5512 f., Rn. 34) – Ter Voort; Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5065, Rn. 79) – Bosman.

¹⁰ EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135, Rn. 4) – Internationale Handelsgesellschaft; Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507, Rn. 13) – Nold.

¹¹ BVerfGE 37, 271 ff.

¹² Vgl. *Nehl*, Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002, S. 100 f.; *Gerards*, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, 2007, S. 216.

¹³ So auch *Nicolaysen*, in: Heselhaus/Nowak, § 1 Rn. 58.

3. EMRK

Später wurden als weitere Rechtserkenntnisquelle die in völkerrechtlichen Verträgen garantierten Menschenrechte herangezogen. Besonders hervorgehoben hat der Gerichtshof hier die EMRK, der damit trotz fehlenden Beitritts der Europäischen Gemeinschaften immerhin eine indirekte Bedeutung zukam.¹⁴

III. Hauptgrundrechte

Auf diesem Fundament entwickelte der EuGH zahlreiche und teilweise auch sehr ausdifferenzierte Grundrechte.¹⁵ Besonders häufiger Gegenstand der Rechtsprechung waren die Eigentums- und die Berufsfreiheit, die vielfach in einem Atemzug genannt bzw. zusammen geprüft wurden.¹⁶ Auch im persönlichen Lebensbereich des Einzelnen hat der Gerichtshof Grundrechte anerkannt, so die Achtung des Privatlebens,¹⁷ die Meinungsfreiheit¹⁸ sowie die Achtung des Familienlebens.¹⁹ Hinzu kommen die Vereinigungsfreiheit²⁰ und elementare Verfahrensrechte.²¹

IV. Verbleibende Defizite

Trotz dieser vielfachen Ausprägung blieb als Defizit, dass keine Grundrechte aus einem Guss existierten, sondern sie immer wieder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitet werden mussten.²² Trotz bestehender Rechtsprechungslinien zeigte sich erst im jeweiligen Einzelfall, inwieweit ein Grundrecht bestand und in welchem Maße es zum Tragen kam. Sowohl die Rechtssicherheit als auch

¹⁴ Dazu ausführlich Rn. 32 ff.

¹⁵ Lenz, EuGRZ 1993, 585 (587 ff.); Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 16 ff.

¹⁶ S. EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold; Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3745 ff., Rn. 17 ff.; 3750, Rn. 31 f.) – Hauer; Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15 f.) – Schröder; Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552 f., Rn. 73 ff.) – Süderdithmarschen; Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065 ff., Rn. 78 ff.) – Bananen.

¹⁷ EuGH, Rs. C-62/90, Slg. 1992, I-2575 (2609, Rn. 23) – Kommission/Deutschland; Rs. C-404/92 P, Slg. 1994, I-4737 (4789, Rn. 17) – X/Kommission.

¹⁸ Dazu EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 44) – ERT; Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 (1675 f., Rn. 39) – Connolly.

¹⁹ S. EuGH, Rs. 249/86, Slg. 1989, 1263 (1290, Rn. 10) – Kommission/Deutschland; Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6321 f., Rn. 41 ff.) – Carpenter; Rs. C-109/01, Slg. 2003, I-9607 (9688 f., Rn. 58 f.) – Akrich; Rs. C-482 u. 493/01, Slg. 2004, I-5257 (5327, Rn. 98) – Orfanopoulos u. Oliveri.

²⁰ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5065, Rn. 79) – Bosman; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539 (4619, Rn. 137) – Montecatini.

²¹ EuGH, Rs. 98/78, Slg. 1979, 69 (86 f., Rn. 20) – Racke (Verbot der Rückwirkung von sanktionsbewehrten Gesetzen); Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097 (4117, Rn. 14 f.) – Heylens (Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz).

²² Anschaulich am Beispiel des *Hoechst*-Urteils *Ress/Ukrow*, EuZW 1990, 499 (500 ff.).

die Transparenz und Bürgernähe dieser Herleitung wurden daher in Frage gestellt.²³

- 8 Im Ergebnis führte die Berufung auf die Grundrechte kaum zum Erfolg. So hat der EuGH lediglich ein Mal eine Verordnung im Einklang mit der Berufsfreiheit ausgelegt,²⁴ hingegen soweit ersichtlich noch keinen Verstoß gegen die Berufs- oder Eigentumsfreiheit bejaht, sondern einen solchen regelmäßig kategorisch verneint.²⁵ Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der EuGH Beeinträchtigungen bereits dann als gerechtfertigt ansieht, „sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zwecken der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet“.²⁶ Mittel scheiden nur aus, wenn sie offensichtlich ungeeignet sind und die für sie angestellten Prognosen offensichtlich irrig sind.²⁷ Die Schwere der Beeinträchtigung Einzelner in einer konkreten Situation bleibt außer Betracht.²⁸ Insoweit ist die grundrechtliche Kontrolldicke erheblich zurückgenommen.²⁹ Der dogmatische Grund dafür könnte sein, dass die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze herangezogen wurden. Als solche sind sie ausfüllungsbedürftig und auf ein Ziel bezogen. Daraus mag sich eine bloße Abwägung zwischen den Grundrechten und den mit ihrer Beeinträchtigung angestrebten Gemeinwohlzielen erklären.

C. Art. 6 Abs. 2 EUV als Rechtsquelle

- 9 Die grundlegenden Ansatzpunkte des EuGH für die Gewinnung der Grundrechte wurden durch den Maastrichter Vertrag in Art. F Abs. 2 EUV festgelegt, der mit dem Vertrag von Amsterdam Art. 6 Abs. 2 EUV wurde.³⁰ Danach achtet die Union die Grundrechte, wie sie in der am 4.11.1950 in Rom unterzeichneten Europäi-

²³ Vgl. *Magiera*, DÖV 2000, 1017 (1018 f.).

²⁴ EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3637 f., Rn. 13 ff.) – Neu.

²⁵ Bes. deutlich EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-534 (552, Rn. 73) – Süderdithmarschen; Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986 f., Rn. 22 ff.) – Bosphorus.

²⁶ EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder; Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639, Rn. 18) – Wachauf; Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119 (5156 f., Rn. 28) – von Deetzen; Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (63 f., Rn. 16) – Kühn; Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 78) – Bananen.

²⁷ EuGH, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4063, Rn. 14) – Fedesa; Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5583, Rn. 27) – Winzersekt; Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5068 f., Rn. 90) – Bananen; Rs. C-44/94, Slg. 1995, I-3115 (3152 f., Rn. 57) – Fishermen's Organisations.

²⁸ *Nettesheim*, EuZW 1995, 106 (106 f.).

²⁹ Dazu V. *Danwitz*, EWS 2003, 393 (395 f.); differenzierend v. *Bogdandy*, JZ 2001, 157 (165 ff.); *Kischel*, EuR 2000, 380 (390 ff.), sieht die Grundlinien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausdrücklich gewahrt.

³⁰ Diese Vorschrift ist auch noch im durch den Lissabonner Reformvertrag geänderten EUV enthalten (Art. 6 Abs. 3). Inwieweit ihr nach der Positivierung der Grundrechte in der EGRC noch eine Bedeutung zukommt, s.u. Rn. 23 ff.

schen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Spätestens damit sind die Grundrechte fester Bestandteil des Europarechts, nunmehr sogar schriftlich fixiert. Allerdings ging mit dieser Kodifizierung der Ableitung der Gemeinschaftsgrundrechte keine Aufwertung ihrer Bedeutung oder eine engere Prüfungsdichte einher.

D. Kodifikation von Einzelgrundrechten in der EGRC

Angesichts dieser Defizite wurden in der Wissenschaft seit Ende der siebziger Jahre geschriebene Grundrechte angemahnt.³¹ Auch auf politischer Ebene wurde der Ruf nach einem umfassenden Katalog laut. Bereits 1977 hatten das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission eine „Gemeinsame Erklärung über die Grundrechte“³² verabschiedet, die aber keine Aufzählung einzelner Gewährleistungen enthielt, sondern lediglich ein allgemeines Bekenntnis zur Achtung der Grundrechte.³³

Die „Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten“ des Europäischen Parlaments von 1989 formulierte dann einen umfassenden Grundrechtekatalog.³⁴ Für die Entstehung der Europäischen Grundrechtecharta kommt dieser Erklärung jedoch keine Bedeutung zu. Vielmehr geht sie auf eine Initiative des Rates zurück.

Am 4.6.1999 erteilte der Europäische Rat von Köln das Mandat, eine Charta der Grundrechte zu erarbeiten. Diese Aufgabe sollte einem Gremium übertragen werden, das aus Beauftragten der Staats- und Regierungschefs und des Präsidenten der Europäischen Kommission sowie Mitgliedern des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente besteht.³⁵ Vom Europäischen Rat in Tampere am 16.10.1999 wurden Zusammensetzung und Arbeitsverfahren des Gremiums festgelegt.³⁶

Seine konstituierende Sitzung hatte der Grundrechtekonvent am 17.12.1999. Er bestand aus 62 Mitgliedern, davon waren 46 Parlamentarier (16 Europaabgeordnete und 30 nationale Parlamentarier, je zwei pro Mitgliedstaat), 15 Beauftragte der

³¹ Sasse, in: Mosler/Bernhardt/Hilf (Hrsg.), Grundrechtsschutz in Europa, 1977, S. 51 (59 f.); Starck, EuGRZ 1981, 545 (548 f.); Bahlmann, EuR 1982, 1 (16 ff.); Rengeling, DVBl. 1982, 140 (144).

³² ABl. 1977 C 103, S. 1.

³³ Zuvor hatte das BVerfG in seiner *Solange I*-Entscheidung einen „formulierten Katalog von Grundrechten“ auf europäischer Ebene gefordert, vgl. BVerfGE 37, 271 (285). Teilweise wird die Erklärung als Reaktion darauf bewertet, so Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1 Rn. 48.

³⁴ ABl. C 120, S. 51.

³⁵ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rats in Köln, 3./4.6.1999, Anhang IV; abgedruckt bei Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 59 f.

³⁶ Vgl. Anlage zu den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rats von Tampere, 15./16.10.1999, abgedruckt bei Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 61 ff.

nationalen Regierungen und ein Mitglied war Vertreter der Kommission.³⁷ Der Konvent wählte den früheren deutschen Bundespräsidenten Roman Herzog zum Vorsitzenden. Er konnte seine Arbeit bereits am 2.10.2000 mit der Vorlage des Entwurfs einer Grundrechtecharta beenden. Dieser Entwurf wurde am 7.12.2000 durch die Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission in Nizza beim dort stattfindenden Europäischen Rat als „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“ proklamiert.³⁸

- 14 Obwohl selbst nicht rechtsverbindlich, wurde die EGRC schon 2001 und 2002 vom EuG herangezogen.³⁹ Sogar der EGMR bezog sich auf die EGRC.⁴⁰ Damit bildete die EGRC zumindest faktisch eine feste Größe für die Rechtsprechung zu den europäischen Grundrechten.⁴¹

E. Europäische Verfassung

- 15 Die Grundrechtecharta in ihrer am 7.12.2000 in Nizza proklamierten Form wurde nahezu ohne Änderungen in den Entwurf eines Vertrages für eine Verfassung für Europa⁴² (VE) übernommen. Die Charta bildete Teil 2 des VE, in dem die Grundrechte noch vor den Grundfreiheiten genannt wurden. Die systematische Stellung unmittelbar nach dem Grundlagenteil betont die überragende Bedeutung der Grundrechtecharta. Der VE wurde zwar vom Europäischen Konvent am 10. und 13.6.2003 angenommen, doch in Volksabstimmungen im Mai 2005 in Frankreich und im Juni 2005 in den Niederlanden abgelehnt. Das Scheitern wird auf ein Bündel von Gründen zurückgeführt. Als wesentlich wird dabei zum einen die mangelnde Transparenz des Verfassungsprozesses genannt. Zum anderen seien die Referenden als Vehikel zur Abstimmung über innenpolitische Fragen, aber auch über europapolitische Pläne etwa im Hinblick auf die Aufnahme weiterer Mitgliedstaaten genutzt worden.⁴³ Damit war der gesamte Verfassungsprozess in Frage

³⁷ Zur Bedeutung dieser Zusammensetzung für die „duale Legitimation“ des Konvents A. Weber, NJW 2000, 537 (538).

³⁸ Sie wurde dann im ABl. veröffentlicht, vgl. ABl. 2000 C 364, S. 1; insgesamt näher zu Kontext und Entwicklung etwa v. Arnim, Der Standort der EU-Grundrechtecharta in der Grundrechtsarchitektur Europas, 2006.

³⁹ EuG, Rs. T-112/98, Slg. 2001, II-729 (758, Rn. 76) – Mannesmannröhren-Werke; Rs. T-54/99, Slg. 2002, II-313 (333, Rn. 48) – max.mobil Telekommunikation; s. danach EuG, Rs. T-67/01, Slg. 2004, II-49 (71, Rn. 36) – JCB Service; jüngst EuGH, Rs. C-303/05, DVBl. 2007, 897 (900, Rn. 46) – Europäischer Haftbefehl.

⁴⁰ EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 28957/95 (Rn. 58), RJD 2002-VI – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; s. auch Sondervotum der Richter Costa, Ress, Türmen, Zupancic und Steiner, EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 1), EuGRZ 2005, 584 (591) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

⁴¹ S. Grabenwarter, VVDStRL 60 (2001), 290 (343 f.).

⁴² ABl. 2004 C 310, S. 1. Krit. zu der Bezeichnung als Verfassungs-Vertrag Chrysosgonos, in: FS für Schneider, 2008, S. 449 (451 ff.).

⁴³ Geerlings, DVBl. 2006, 129 (131); Wuermeling, ZRP 2005, 149 (150); Chrysosgonos, in: FS für Schneider, 2008, S. 449 (455).

gestellt. Dies führte auch in der Wissenschaft zu einem Nachdenken über Alternativen⁴⁴

F. Reformvertrag

Der Europäische Rat hat auf seiner Tagung am 16./17.6.2005 in Brüssel aus dem Scheitern der Referenden in Frankreich und in den Niederlanden zunächst keine Konsequenzen ziehen wollen und an der Idee eines Verfassungsvertrages festgehalten. Er hielt aber eine Phase der Reflexion für erforderlich, an deren Ende im Frühjahr 2006 über den Fortgang des Ratifizierungsprozesses entschieden werden sollte.⁴⁵ Erst im Frühjahr 2007 kam nach zwei Jahren der Ungewissheit wieder Bewegung in den Reformprozess, verbunden mit einem Abschied von der Verfassungsidee. In der „Berliner Erklärung“ vom 25.3.2007⁴⁶ anlässlich des 50. Jahrestages der Unterzeichnung der Römischen Verträge wurde der Wille bekundet, die Union „auf eine erneuerte Grundlage zu stellen“. Die Begriffe „Verfassung“ oder „Verfassungsvertrag“ kommen in diesem Text nicht vor.⁴⁷ Daran wurde deutlich, dass die Reform nicht im Rahmen eines Verfassungsvertrages stattfinden würde, sondern durch eine Änderung der bestehenden Verträge.⁴⁸

Auf der Tagung des Europäischen Rates in Brüssel am 21./22.6.2007 wurde dann beschlossen, eine Regierungskonferenz zur Ausarbeitung und Verabschiedung eines Europäischen Reformvertrages einzuberufen.⁴⁹ Das Mandat für die Regierungskonferenz enthielt bereits detaillierte Vorgaben für die geplanten Änderungen. Dies war nur möglich, weil das entsprechende Dokument bereits während der deutschen Ratspräsidentschaft im Stillen vorbereitet worden war. Bei genaue-

⁴⁴ Vgl. *Hector*, ZEuS 2006, 465 (473 ff.).

⁴⁵ Vgl. Erklärung der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Ratifizierung des Vertrags über eine Verfassung für Europa zur Tagung des Europäischen Rates am 16./17.6.2005, SN 117/05 (zu finden auf der Website des Rates der Europäischen Union unter <http://www.consilium.europa.eu> bei den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates).

⁴⁶ Der Wortlaut der Erklärung findet sich auf der Website der deutschen Ratspräsidentschaft unter <http://www.eu2007.de>, Stand: 31.5.2008 und ist abgedruckt bei *Oppermann*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 609 (613 f.). Zu deren Vorbereitung durch die deutsche Bundesregierung im Wege der „Geheimdiplomatie“ und näher zum Inhalt *Oppermann*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 609 (611 f., 614 ff.).

⁴⁷ Zur Entwicklung des Verfassungsbegriffs zum „Reizwort“ s. *Oppermann*, in: FS für Hirsch, 2008, S. 149 (150 f.).

⁴⁸ *K.H. Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, 2008, S. 31; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 25.

⁴⁹ Auf den Verfassungsvertrag wird hierin nicht mehr Bezug genommen, vgl. Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates (Tagung vom 21./22.6.2007 in Brüssel), Ziff. 8 ff., 11177/1/07 REV 1 (zu finden auf der Website des Rates der Europäischen Union unter <http://www.consilium.europa.eu> im Dokumentenregister).

rem Hinsehen finden sich hierin zahlreiche Formulierungen des Verfassungsvertrages 2004 wieder.⁵⁰

- 18** Zu den Vorgaben gehörte auch ein im künftigen Art. 6 EUV aufzunehmender Verweis auf die vom Grundrechtekonvent ausgearbeitete Charta vom 7.12.2000, der in einer angepassten Fassung Rechtsverbindlichkeit zuerkannt werden sollte.⁵¹ Die Regierungskonferenz nahm am 23.7.2007 unter portugiesischem Vorsitz ihre Arbeit auf. Am 12.12.2007 wurde die EGRC im Europäischen Parlament in Straßburg von den Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission feierlich proklamiert.⁵² Der Reformvertrag von Lissabon wurde schließlich am 13.12.2007 von den Staats- und Regierungschefs der 27 Mitgliedstaaten unterzeichnet.⁵³

G. Vorbehalte gegen die EGRC

- 19** Dem Reformvertrag sind zahlreiche Protokolle angefügt. Eines davon behandelt die Vorbehalte Großbritanniens und Polens gegen eine rechtsverbindliche Grundrechtecharta.⁵⁴ Nach Art. 1 Abs. 1 dieses Protokolls bewirkt die Charta keine Ausweitung der Kompetenz des EuGH oder der Gerichte in Polen oder Großbritannien zu der Feststellung, dass nationale Rechtsakte oder die Verwaltungspraxis mit den durch die Charta bekräftigten Grundrechten, Freiheiten und Grundsätzen nicht vereinbar sind. Weiterhin werden nach Art. 1 Abs. 2 des Protokolls aus dem mit Solidarität überschriebenen Titel IV der Charta keine für Polen oder Großbritannien geltenden einklagbaren Rechte geschaffen, die nicht bereits im nationalen Recht anerkannt sind.
- 20** Die Auswirkungen dieser Vorbehalte dürften in der Praxis jedoch nicht so weitreichend sein, wie dies auf den ersten Blick erscheint.⁵⁵ Denn die im Rahmen des Titel IV der Charta eingeräumten Rechte vermitteln zum großen Teil keine konkreten einklagbaren Rechtspositionen.⁵⁶ Im Hinblick auf die gerichtliche Prüfungskompetenz am Maßstab der Grundrechte hat die Charta im Wesentlichen nur positiviert, was zuvor bereits der EuGH in seiner Rechtsprechung über die Geltung der Grundrechte als ungeschriebene Grundsätze des Gemeinschaftsrechts entwickelt

⁵⁰ *Rabe*, NJW 2007, 3153 (3157) spricht insoweit von einer „Metamorphose“ des Verfassungsvertrags. Ähnlich *Oppermann*, DVBl. 2008, 473 (476), der den aus dem Mandat hervorgegangenen Reformvertrag als „verschleierte EU-Verfassung“ bezeichnet.

⁵¹ Mandat für die Regierungskonferenz 2007, Ziff. 9, Dok. 11218/07 POLGEN 74 (zu finden im Dokumentenregister des Rates der Europäischen Union auf dessen Website unter <http://www.consilium.europa.eu>).

⁵² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 303, S. 1 ff.

⁵³ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. C 306, S. 1 ff.

⁵⁴ Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich.

⁵⁵ A.A. *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, 473 (474), wonach die Grundrechtecharta in diesen Staaten aufgrund des Protokolls nicht justiziabel ist.

⁵⁶ Ausführlich dazu u. Rn. 3533 ff.

hat. Auch danach unterliegen die Mitgliedstaaten bereits insoweit dem Maßstab der europäischen Grundrechte, als es sich um die Ausführung von europäischem Recht handelt.⁵⁷ Damit führt die Charta keine nennenswerte Ausweitung der gerichtlichen Prüfungskompetenz herbei. Eine Ausweitung kann allenfalls hinsichtlich der Gewährleistungen vorliegen, die nicht bereits als Grundsatz anerkannt waren. Dazu gehören v.a. zahlreiche „soziale Rechte“ der Art. 27 ff. EGRC, denen überwiegend aber kein subjektiv-rechtlicher Charakter zukommt.

Ein generelles Ausnehmen Großbritannien und Polens von der Geltung der Chartarechte kann insoweit aus dem Wortlaut des Protokolls nicht abgeleitet werden,⁵⁸ auch wenn ein solcher Wunsch aus den Erwägungen durchaus herauszulesen ist. Diese Zielsetzung wird besonders deutlich, wenn man in dem Wortlaut ergänzt, dass die Charta keine Ausweitung der Befugnis der Gerichte „hin“ zu der Feststellung bewirkt, dass nationale Vorschriften in Polen und Großbritannien nicht mit der Charta vereinbar sind. Von einer Ausweitung der Prüfungskompetenz kann aber wie dargelegt nicht generell, sondern höchstens im Einzelfall in Bezug auf nicht als Grundsätze anerkannte Gewährleistungen gesprochen werden.

H. Inkrafttreten

Im Übrigen ist die EGRC für alle Mitgliedstaaten über den Reformvertrag⁵⁹ Teil des europäischen Vertragswerkes und damit des geschriebenen Europarechts. Sie bildet jedenfalls ab dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens die Basis für die Ableitung der europäischen Grundrechte, welche von der Rechtsprechung, von der Kommission und dem Rat ebenso wie von den Mitgliedstaaten bei der Ausführung von Unionsrecht zu beachten ist. Rechtsverbindlichkeit erlangt die Charta gem. Art. 6 Abs. 2 des Reformvertrages⁶⁰ zum 1.1.2009, soweit alle Mitgliedstaaten den Vertrag ratifiziert haben.⁶¹ Ansonsten tritt der Vertrag am ersten Tag des auf die Hinterlegung der letzten Ratifikationsurkunde folgenden Monats in Kraft.

⁵⁷ Ausführlich dazu Rn. 223 ff.

⁵⁸ Im Einzelnen auch *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 103 f.

⁵⁹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABl. C 306, S. 1 ff.; konsolidierte Fassungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2008 C 115, S. 1 ff.

⁶⁰ ABl. 2007 C 306, S. 51 (134) – nicht konsolidierte Fassung.

⁶¹ Ob Deutschland diesen Termin einhalten kann, erscheint nach der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde gegen den Reformvertrag durch den Bundestagsabgeordneten *Gauweiler* fraglich, vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 24.5.2008, S. 1. Nach dem negativen Ausgang des irischen Referendums am 12.6.2008 ist nicht nur der Termin des Inkrafttretens, sondern der Reformvertrag als solcher in Frage gestellt. Zu den Konsequenzen für die EGRC s. u. Rn. 28 ff.

J. Dreifacher Grundrechtsschutz?

- 23** Trotz der Existenz eines mit Inkrafttreten des Reformvertrags rechtsverbindlichen Grundrechtekatalogs enthält Art. 6 Abs. 3 EUV einen dem vorherigen Art. 6 Abs. 2 EU nachgebildeten Verweis auf die Grundrechte der EMRK und der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten: „Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“
- 24** Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung diesen Grundsätzen neben einem geschriebenen Grundrechtekatalog bzw. nach einem Beitritt der Union zur EMRK noch zukommen kann. Bis zu einem Beitritt zur EMRK bildet Art. 6 Abs. 3 EUV neben Art. 52 Abs. 3 EGRC die dogmatische Grundlage für eine (faktische) Bindung der Union an die EMRK. Durch das Inkrafttreten der Charta wird diese Verknüpfung mit der EMRK nicht obsolet. Zwar hat die Charta erkennbar die EMRK zum Vorbild genommen,⁶² jedoch wird die EMRK nicht inkorporiert.⁶³ Nach einem Beitritt der Union wird Art. 6 Abs. 3 EUV, soweit er auf die Grundrechte der EMRK verweist, aber überflüssig, da die Union dann als Mitgliedstaat unmittelbar rechtlich an die EMRK gebunden ist.
- 25** Auch der in Art. 6 Abs. 3 EUV enthaltene Verweis auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten verliert mit Inkrafttreten der Charta seine eigenständige Bedeutung. Denn die Charta selbst sieht die in ihr gewährten Rechte als Ausdruck dieser gemeinsamen Überlieferungen.⁶⁴
- 26** Demgegenüber gehen Teile der Lit. von einer fortbestehenden Bedeutung des Art. 6 Abs. 3 EUV sowohl im Hinblick auf die Rechte der EMRK als auch auf die aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten abgeleiteten Grundrechte aus. In Bezug darauf ist auch von einem „dreifachen Grundrechtsschutz“ die Rede.⁶⁵
- 27** Indes hat die Regelung des Art. 6 Abs. 3 EUV nach dem Beitritt zur EMRK bzw. nach dem Inkrafttreten der Charta ihre Funktion als dogmatische Grundlage zur Herleitung der Grundrechtsgeltung in der Union verloren. Die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts hat der EuGH im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung⁶⁶ entwickelt, weil es keinen geschriebenen Grundrechtekatalog gab. Nachdem diese „Lücke“ durch geschriebenes Recht gefüllt ist, haben die richterrechtlich entwickelten Grundsätze ihre Herleitungsvorausset-

⁶² Vgl. dazu näher u. Rn. 32 ff.

⁶³ S. Rn. 49.

⁶⁴ Vgl. Präambel, 5. Erwägungsgrund: „Diese Charta bekräftigt ... die Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen ... der Mitgliedstaaten ... ergeben.“

⁶⁵ Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 100; Pache/Rösch, NVwZ 2008, 473 (475).

⁶⁶ Ausführlich dazu Calliess, NJW 2005, 929 ff.

zung⁶⁷ und ihre Funktion verloren. Hinzu kommt, dass bei einer Fortgeltung das Verhältnis der ungeschriebenen Grundsätze zum geschriebenen Recht völlig unklar bleibt. Zu einer verbesserten Transparenz der Grundrechtsgeltung auf Unionsebene, eines der Ziele der EGRC,⁶⁸ führt dies nicht.⁶⁹

K. Auswirkungen des irischen Referendums vom 12.6.2008 auf die Charta

Nach Art. 6 Abs. 1 Reformvertrag von Lissabon tritt dieser erst in Kraft, wenn er von allen Mitgliedstaaten im Einklang mit deren verfassungsrechtlichen Vorschriften ratifiziert ist. Nachdem bereits zwei Drittel der 27 Mitgliedstaaten den Reformvertrag ratifiziert hatten, haben die Iren in einem nach der irischen Verfassung erforderlichen Referendum am 12.6.2008 den Reformvertrag mit einer Mehrheit von 53,4 % abgelehnt.⁷⁰ Die Folgen für den Reformprozess sind derzeit noch nicht absehbar. Die Lösungsvorschläge laufen vor allem auf ein zweites Referendum⁷¹ hinaus, während über einen zeitweiligen Ausstieg Irlands aus dem Reformprozess oder die Bildung eines „Kerneuropas“ praktisch nicht mehr diskutiert wird.⁷²

Zu fragen ist, welche Auswirkungen das (vorläufige) Nicht-Inkrafttreten des Reformvertrages von Lissabon für die EGRC hat. Nach Art. 6 Abs. 1 EUV in der durch den Reformvertrag vorgesehenen geänderten Fassung erkennt die Union „die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte vom 7.12.2000 in der am 12.12.2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.“ Insoweit sollte die Charta mit dem Inkrafttreten des Reformvertrags rechtsverbindlich werden. Tritt der Reformvertrag nicht in Kraft, wird aufgrund dieses Junktims auch die Charta nicht rechtsverbindlich.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie keinerlei rechtliche Wirkungen erzeugt. Vielmehr behält sie ihre Funktion als Ausdruck der aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, der EMRK und der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte resultierenden Rechte.⁷³ Bei einem Scheitern des Reformvertrags bleibt es bei einer Geltung der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze aufgrund von Richterrecht. Die EGRC bildet in diesem Rahmen ein Hilfsmittel zur inhaltlichen Konkretisierung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als eine der Rechtserkenntnisquellen, aus denen gem. Art. 6 Abs. 2 EU in

⁶⁷ Vgl. zur Gesetzeslücke als Voraussetzung richterlicher Rechtsfortbildung *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 187 ff.

⁶⁸ Präambel, 4. Erwägungsgrund.

⁶⁹ Dies sehen auch *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, 473 (475).

⁷⁰ Insoweit hat sich das „Risiko der Ratifikation“ realisiert, vgl. dazu *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 26 f.

⁷¹ Eine solche zweite Abstimmung hat Irland schon einmal im Rahmen der Ratifikation des Vertrags von Nizza durchgeführt.

⁷² Vgl. FAZ vom 17.6.2008, S. 1.

⁷³ Vgl. Präambel der Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 1 (2).

der derzeit gültigen Fassung die Grundrechte hergeleitet werden.⁷⁴ Sie wird in der Rechtspraxis bereits selbstverständlich zugrunde gelegt, und zwar nicht nur in der Judikatur von EuG⁷⁵ und nunmehr auch des EuGH,⁷⁶ sondern auch des EGMR.⁷⁷ Dessen Urteil *Hatton u.a./Vereinigtes Königreich* nahm mit Art. 37 EGRC sogar auf ein soziales Grundrecht Bezug, das bislang vom EuGH nicht als allgemeiner grundrechtlicher Rechtsgrundsatz anerkannt war, wenngleich der Umweltschutz schon lange einen wichtigen Abwägungsfaktor bildete. Damit besteht eine Offenheit auch für grundrechtliche Neuerungen, wie sie die sozialen Grundrechte darstellen. Das gesamte System der EGRC bildet schließlich eine Einheit, die daher insgesamt der näheren Konkretisierung der Grundrechte zugrunde zu legen ist.

- 31** Analog dem *lex-posterior*-Grundsatz könnte die Charta 2007 an die Stelle der Charta 2000 gerückt sein und diese insoweit verdrängen. Aus den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte 2007 geht jedoch hervor, dass diese als bloße Aktualisierung der Charta 2000 verstanden und dass insoweit die Charta 2000 als maßgebliches Dokument betrachtet wird, soweit die Charta 2007 keine Änderungen vorgenommen hat.⁷⁸ Diese Sichtweise spiegelt sich auch in der jüngsten nach der Proklamation der Charta 2007 ergangenen Rechtsprechung des EuGH wider. Soweit darin eine Prüfung am Maßstab der Grundrechte erfolgt, werden die Grundrechte der Charta 2000 herangezogen, sogar ohne auf die Aktualisierung durch die Charta 2007 hinzuweisen.⁷⁹ Soweit die Charta 2007 auf die geplanten Änderungen durch den Reformvertrag bezogen ist, muss bis zu dessen Inkrafttreten der Wortlaut der Charta 2000 herangezogen werden. Ein Beispiel ist der Verweis auf den Gerichtshof der Europäischen Union, eine Sammelbezeichnung für die Europäischen Gerichte, die erst durch Art. 1 Ziff. 20 des Reformvertrages eingeführt werden soll. Gleiches gilt für die Bezugnahme auf die Union. Die Union kann nicht einfach als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft verstanden werden, so wie dies in Art. 1 Ziff. 2 lit. b) Reformvertrag vorgesehen ist. Vielmehr ist dieser Begriff vorläufig i.S.v. Art. 1 Abs. 1 EU auszulegen, so wie ihn auch die

⁷⁴ Vgl. GA Kokott, EuGH, Rs. C-387/02 u.a., Slg. 2005, I-3565 (3604, Rn. 109 mit Fn. 83) – Berlusconi u.a.: die Charta 2000 als Rechtserkenntnisquelle, die „Aufschluss (gibt) über die durch die Gemeinschaftsrechtsordnung garantierten Grundrechte“.

⁷⁵ Näher Schwarze, EuZW 2001, 517 ff.

⁷⁶ S. sogleich Rn. 31.

⁷⁷ EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97, NVwZ 2004, 1465 – *Hatton u.a./Vereinigtes Königreich*.

⁷⁸ Vgl. vor dem Titel I der Erläuterungen: „Die nachstehenden Erläuterungen wurden ursprünglich unter der Verantwortung des Präsidiums des Konvents, der die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausgearbeitet hat, formuliert. Sie wurden unter der Verantwortung des Präsidiums des Europäischen Konvents aufgrund der von diesem Konvent vorgenommenen Anpassungen des Wortlauts der Charta ... aktualisiert“, ABl. 2007 C 303, S. 17 (17).

⁷⁹ S. EuGH, Rs. C-244/06, EuZW 2008, 177 (179, Rn. 41) – *Dynamic Medien*; Rs. C-450/06, EuGRZ 2008, 136 (138, Rn. 48) – *Varec*. Dies mag aber daran liegen, dass die Rs. noch vor der Proklamation der Charta 2007 rechtshängig geworden sind. Ein Hinweis auf die aktualisierte Fassung findet sich dagegen bei GA Sharpston, EuGH, Schlussanträge vom 24.4.2008, Rs. C-353/06 (Rn. 9 mit Fn. 9) – Grunkin u. Paul; GA Kokott, Schlussanträge vom 8.5.2008, Rs. C-73/07 (Rn. 38 mit Fn. 7) – *Satamedia*.

Charta 2000 verwendet.⁸⁰ In diesem Handbuch wird dennoch durchgehend der Wortlaut der Charta 2007 zugrundegelegt, weil sie das aktuellere Dokument darstellt und die Absicht besteht, den Lissabonner Reformvertrag doch noch zu retten. Sollte er endgültig scheitern, ändert dies am Gehalt der Grundrechte einschließlich der allgemeinen Lehren ohnehin praktisch nichts Wesentliches.

§ 2 Europäische Grundrechte und EMRK

A. Ableitung der europäischen Grundrechte aus der EMRK

I. Die Entwicklung der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte

In den Anfängen seiner Rechtsprechung bezeichnete der EuGH die Grundrechte 32 als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung, ohne näher zu erläutern, woraus diese abgeleitet werden.⁸¹ Später nannte er als Rechtskenntnisquelle die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten.⁸² Schon in der Rechtssache *Nold* verwies der Gerichtshof zusätzlich auf die internationalen Verträge zum Schutz der Menschenrechte, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts „Hinweise“ geben können.⁸³

Das EuG zog dann 1994 einen Einzelartikel der EMRK scheinbar unmittelbar 33 als Prüfungsmaßstab heran. Allerdings nahm es keine inhaltliche Prüfung vor, sondern stellte lediglich fest, dass eine gerügte Maßnahme keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK darstelle.⁸⁴ Der EuGH bestätigte inhaltlich diese Entscheidung, machte aber deutlich, dass Prüfungsmaßstab nicht Art. 8 EMRK ist, sondern das aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hergeleitete gleichlautende Recht auf Achtung des Privatlebens, das ein in der Gemeinschaftsrechtsordnung geschütztes Grundrecht darstelle.⁸⁵ Auch in seinem Gutachten über die Zulässigkeit eines Beitritts zur EMRK betont der EuGH deutlich deren lediglich indirekte Bedeutung.⁸⁶

⁸⁰ Vgl. Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 46 (zu Art. 51 EGRC).

⁸¹ EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419 (425, Rn. 7) – Stauder.

⁸² EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135, Rn. 4) – Internationale Handelsgesellschaft.

⁸³ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507, Rn. 13) – Nold, noch ohne explizite Nennung der EMRK; ebenso Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639, Rn. 17) – Wachauf. In der Rs. *Rutili* greift der EuGH dann ausdrücklich auf die EMRK zurück, allerdings nicht zur Begründung der Geltung von Grundrechten, sondern zur Absicherung der engen Auslegung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219 (1232, Rn. 32).

⁸⁴ EuG, Rs. T-121/89 u. 13/90, Slg. 1992, II-2195 (2216, Rn. 59) – X/Kommission.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-404/92 P, Slg. 1994, I-4737 (4789, Rn. 17) – X/Kommission.

⁸⁶ S. EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 (1789, Rn. 33) unter Hinweis auf Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2963 f., Rn. 41) – ERT.

- 34 In gewissem Gegensatz dazu stehen Formulierungen in anderen Entscheidungen, in denen der Gerichtshof sich unmittelbar auf Artikel der EMRK bezog und auch auf die Rechtsprechung des EGMR, die er zur Interpretation zugrunde legte.⁸⁷ Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass die EMRK nicht selbst und somit als bindende Rechtsquelle⁸⁸ herangezogen wurde, sondern als Rechtserkenntnisquelle zur Ermittlung des Bestandes an Grundrechten und ihres Gehalts. So hat der EuGH etwa in der Sache *Familiapress* zwar Art. 10 EMRK als Prüfungsmaßstab herangezogen, doch sich dabei auf ein vorangegangenes Urteil bezogen. Darin hatte der Gerichtshof ausdrücklich die Bedeutung der EMRK als „hinweisgebende“ Quelle zur Ableitung von Grundrechten betont und sich damit in die Tradition seiner eigenen Rechtsprechung gestellt.⁸⁹
- 35 Entscheidungen aus jüngerer Zeit machen diesen Zusammenhang zwischen den Gemeinschaftsgrundrechten und der EMRK wieder verstärkt deutlich.⁹⁰ Auch wenn die Prüfung unmittelbar an Schutzrechten der EMRK erfolgt, ist diese eingebettet in die Qualifikation der EMRK als Grundlage für die Ermittlung von Grundrechten auf Gemeinschaftsebene.⁹¹
- 36 Deshalb ist die Rechtsprechung des EuGH weiterhin vor dem Hintergrund der Herleitung der Grundrechte als Gemeinschaftsgrundsätze zu sehen. Zur Begründung dieser ungeschriebenen Grundsätze hat der Gerichtshof ursprünglich auf zwei Rechtserkenntnisquellen zurückgegriffen, die gleichberechtigt nebeneinander standen. Der zunehmende, auch unmittelbare Rückgriff nur auf die Vorschriften der EMRK könnte aber als Ausdruck eines Vorrangs dieser Quelle im Verhältnis zu den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zu verstehen sein.⁹²

II. Die EMRK als Rechtserkenntnisquelle

1. Verankerung in Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV?

- 37 Weil der EuGH die Urteile des EGMR unmittelbar befolgte und damit übernahm, bilden sie nicht eine bloße Auslegungshilfe, sondern eine direkte Erkenntnisquelle.⁹³ Diese immer stärkere Heranziehung der EMRK durch den EuGH wurde sicht-

⁸⁷ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 25 f.) – *Familiapress*; Rs. C-7/98, Slg. 2000, I-1935 (1969, Rn. 39 f.) – *Krombach*; zuvor bereits Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 18) – *Hoechst*; auch Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283 (3350, Rn. 30) – *Orkem*.

⁸⁸ Zur Differenzierung zwischen bindenden Rechtsquellen und die Auslegung steuernden Rechtserkenntnisquellen *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 32 f.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2963 f., Rn. 41) – *ERT*.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-276/01, Slg. 2003, I-3735 (3777, Rn. 70) – *Steffensen*; Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5717, Rn. 71) – *Schmidberger* (*Brenner-Blockade*).

⁹¹ Dies wird nicht gesehen von *Grabenwarter*, in: Tettinger/Stern, B III Rn. 5.

⁹² S. dazu auch nachfolgend Rn. 40 ff.

⁹³ *Alber/Widmaier*, EuGRZ 2000, 497 (505); *Gerards*, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, 2007, S. 180, nach Aufzeigen der historischen Gesamtentwicklung S. 178 ff.

bar durch den im Maastrichter Vertrag⁹⁴ ausdrücklich aufgenommenen Art. 6 Abs. 2 EUV, den bisherigen Art. 6 Abs. 2 EU, der ausdrücklich die Gewährleistungen der EMRK als Rechtsquelle für die Grundrechte angibt. Damit traten diese gleichberechtigt neben die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und werden sogar noch vor diesen genannt.⁹⁵

Damit geht freilich keine unmittelbare Bindung der Union an die EMRK einher.⁹⁶ Denn die Gemeinschaft als bislang gem. Art. 281 EG maßgebliches Völkerrechtssubjekt⁹⁷ ist selbst (noch)⁹⁸ nicht Vertragspartei der EMRK und wird deshalb völkerrechtlich nicht verpflichtet.⁹⁹ Teilweise wurde demgegenüber eine unmittelbare Bindung aufgrund einer Rechtsnachfolge der Gemeinschaft in die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten vertreten.¹⁰⁰ Eine solche Rechtsnachfolge internationaler Organisationen in die völkerrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten kennt das Völkerrecht jedoch nicht.¹⁰¹ Dieser Umstand findet auch im Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 EU seinen Ausdruck. Danach achtet die Union die Grundrechte, „wie“ sie die EMRK gewährleistet, und nicht „die die EMRK gewährleistet“.¹⁰² 38

Der durch den Reformvertrag eingefügte Art. 6 Abs. 2 EUV sieht einen Beitritt der Union zur EMRK vor.¹⁰³ Mit einem solchen Schritt erübrigen sich die vorgenannten Probleme. Zugleich belegt die Aufnahme dieser Bestimmung, dass bislang die Union bzw. die Gemeinschaft nicht unmittelbar an die EMRK gebunden ist.¹⁰⁴ 39

⁹⁴ Vertrag über die Europäische Union, ABl. 1992 C 191.

⁹⁵ Daraus kann allerdings kein Rangverhältnis abgeleitet werden, näher dazu sogleich Rn. 40 ff.

⁹⁶ Etwa Ehlers, Jura 2000, 372 (373); Molthagen, Das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK, 2003, S. 55 ff. Dazu auch Rn. 86 ff.

⁹⁷ Kokott, in: Streinz, Art. 281 EGV Rn. 1 f.; Pechstein, a.a.O., Art. 1 EUV Rn. 15 ff. m.w.N.

⁹⁸ Nach dem Reformvertrag wird in Art. 6 Abs. 2 EUV die ausdrückliche Ermächtigung für einen Beitritt der Union zur EMRK eingefügt. Dazu näher u. Rn. 111 ff.

⁹⁹ Vgl. EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 (1789, Rn. 33 f.); Grabenwarter, § 17 Rn. 8.

¹⁰⁰ Sog. Sukzessionstheorie, vgl. die Nachweise bei Ress, in: FS für Winkler, 1997, S. 897 (921 f., Fn. 115 f.).

¹⁰¹ Ress, in: FS für Winkler, 1997, S. 897 (921 f.); S. Winkler, Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2000, S. 31; Wiethoff, Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR, 2008, S. 32 f.; abl. auch EKMR, Ent. vom 10.7.1978, Nr. 8030/77, EuGRZ 1979, 431 – CFDT/EG.

¹⁰² Gerards, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, 2007, S. 199. In der Nachfolgevorschrift des Art. 6 Abs. 3 EUV findet sich dieselbe Formulierung, allerdings werden diese Rechte als Teil des Unionsrechts bezeichnet.

¹⁰³ Die Union wird als Rechtsnachfolger der Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV) Völkerrechtssubjekt (Art. 47 EUV).

¹⁰⁴ Dazu entsprechend u. Rn. 86 ff.

2. Verhältnis nationaler Verfassungsüberlieferungen zur EMRK

- 40** Dieses Nebeneinander verschiedener Rechtserkenntnisquellen zur Ableitung gemeinschaftsrechtlicher Grundrechte wirft die Frage nach ihrem Verhältnis zueinander auf. Dieses Problem setzt sich auf der Ebene der Auslegung konkreter Schutzrechte fort. Es stellt sich die Frage, welches der maßgebliche Auslegungsmaßstab ist – die EGRC oder die EMRK –, wenn die Schutzgehalte oder Schranken divergieren. Damit verknüpft ist das Problem des Verhältnisses von EuGH und EGMR.
- 41** Aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV ist kein Rangverhältnis abzuleiten. Aufgrund der völkerrechtlichen Bindung der Vertragsstaaten ergibt sich, dass der Grundrechtsschutz der Mitgliedstaaten zwar über die Gewährleistungen der EMRK hinausgehen, diese aber nicht unterschreiten darf.¹⁰⁵ Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen werden also relevant, wenn die EMRK für einen bestimmten Lebensbereich kein Schutzrecht enthält.
- 42** In den Fällen, in denen auf beiden Ebenen Grundrechte enthalten sind, ist es ausreichend, auf die EMRK abzustellen, die als Mindeststandard angesehen werden kann, zu dessen Einhaltung sich die Vertragsstaaten verpflichtet haben.¹⁰⁶ Dies könnte auch eine pragmatische Erklärung dafür sein, warum der EuGH zur Begründung von Grundrechten zunehmend auf die Gewährleistungen der EMRK abgehoben hat. Versteht man diese als positivrechtlichen Ausdruck der den Vertragsstaaten gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, so erübrigt sich die dogmatisch aufwändigere Herleitung der Grundrechte unmittelbar aus den unterschiedlichen Verfassungen der inzwischen 27 Mitgliedstaaten.¹⁰⁷

III. Die Bezugnahme auf die EMRK in der EGRC

- 43** Die EGRC trägt dieser engen Verbindung zwischen den europäischen Grundrechten mit der EMRK an verschiedenen Stellen Rechnung. Schon in der Präambel nimmt die Charta auf die EMRK Bezug. Danach sind die Grundrechte der Charta eine „Bekräftigung“ der Rechte, die sich aus der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR ergeben.
- 44** In Titel VII finden sich dann konkrete Vorschriften über das Verhältnis der Chartarechte zur EMRK. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC enthält eine Kongruenzklausel, wonach den Rechten der Charta, die eine Entsprechung in der Konvention finden, die gleiche Bedeutung und Tragweite zukommt wie nach der EMRK. Ein weiter gehender Schutz von Rechten durch die Charta wird dadurch allerdings nicht ausgeschlossen (Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC). Art. 53 EGRC statuiert schließlich, dass die EGRC nicht als Verletzung der durch die EMRK anerkannten Menschenrechte ausgelegt werden darf.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Grabenwarter, § 4 Rn. 3.

¹⁰⁶ Grabenwarter, § 4 Rn. 3.

¹⁰⁷ Grabenwarter, § 4 Rn. 3.

¹⁰⁸ Ausführlich zur Bedeutung dieser Klauseln nachfolgend Rn. 48 ff.

IV. Der Einfluss der EMRK auf den Inhalt der Charta

Wie eng die Verbindung der Charta zu den Gewährleistungen der EMRK ist, zeigt sich schon in der Präambel. Danach bekräftigt die Charta die Rechte, die sich aus der EMRK ergeben. Besonders deutlich wird die „Patenschaft“¹⁰⁹ der EMRK bei einer Gegenüberstellung der konkreten Schutzrechte.¹¹⁰ Die Charta hat hier zum Teil die Gewährleistungen der EMRK wörtlich übernommen. Dies gilt etwa für das Folterverbot des Art. 4 EGRC¹¹¹ oder das Verbot der Sklaverei in Art. 5 Abs. 1 EGRC.¹¹² 45

Zahlreiche andere Rechte stimmen bis auf kleine Formulierungsunterschiede überein. Dabei wurde verschiedentlich der Wortlaut der Gewährleistungen in der EGRC verkürzt. So findet sich das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, nach Art. 9 EGRC mit geringen Unterschieden auch in Art. 12 EMRK. Gleiches gilt für das Verbot der Zwangsarbeit nach Art. 5 Abs. 2 EGRC, das in Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK eine Entsprechung findet. Deutlich zeigt sich die Anlehnung auch bei dem Recht auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 6 EGRC, das aber in Art. 5 EMRK wesentlich ausführlicher formuliert ist. 46

Vielfach liegt die Verkürzung darin, dass das Recht in der EGRC parallel zur Gewährleistung nach der EMRK festgelegt ist, so die Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 EGRC/Art. 8 Abs. 1 EMRK), die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 10 EGRC/Art. 9 EMRK), die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 11 Abs. 1 EGRC/Art. 10 Abs. 1 EMRK) oder die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 EGRC/Art. 11 Abs. 1 EMRK), indes die jeweils in Abs. 2 der genannten Vorschriften nach der EMRK festgelegten Schranken fehlen. Hier sichert aber die allgemeine Vorschrift des Art. 52 Abs. 3 EGRC den notwendigen Gleichklang. Die Rechte der EGRC, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, haben danach nämlich die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird, was sich auch auf die Schranken bezieht.¹¹³ 47

¹⁰⁹ Vgl. Grabenwarter, § 4 Rn. 12.

¹¹⁰ Vgl. dazu bereits Tettinger, NJW 2001, 1010 (1012 ff.); Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (3 f.) – noch zur EGRC 2000.

¹¹¹ Wortgleich mit Art. 3 EMRK.

¹¹² Wortgleich mit Art. 4 Abs. 1 EMRK.

¹¹³ S. dazu ausführlich sogleich Rn. 48 ff.

B. Die EMRK als Maßstab für die europäischen Grundrechte

I. Die Regelungen der EGRC

1. Die Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC

a) Zielsetzung

- 48** Nach der Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC haben die Rechte der Charta, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite wie in der Konvention. Die Terminologie ist uneinheitlich. Je nach Auslegung dieser Vorschrift finden sich auch andere Bezeichnungen. Bei einem Verständnis als bloßes Harmonisierungsgebot wird sie z.B. „Gleichlauf“-Klausel genannt.¹¹⁴ Wird mit dieser Norm eine Übernahme der EMRK-Rechte verbunden, findet sich der Begriff „Transfer- oder Inkorporationsklausel“.¹¹⁵
- 49** Mit dieser Vorschrift soll die Vereinbarkeit der EGRC mit der EMRK sichergestellt werden.¹¹⁶ Gleichzeitig soll dies zu einem Gleichklang des Grundrechtsschutzes zwischen EGRC und EMRK führen, der Divergenzen vermeidet.¹¹⁷ Die Vorschrift des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC verpflichtet aber lediglich zu einer inhaltlichen Harmonisierung, eine komplette Übernahme der Entsprechungsvorschriften in die Charta ist damit nicht verbunden.¹¹⁸ Damit würde die Eigenständigkeit der Unionsgrundrechte aufgegeben, die in der Charta betont wird. So behandelt die Präambel die EMRK neben den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ausdrücklich als Rechtserkenntnisquelle. Aus Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC, der die Möglichkeit eines über die EMRK hinausgehenden Schutzes formuliert, resultiert die Möglichkeit von Divergenzen.¹¹⁹ Schließlich wird in den Chartaerläuterungen 2007 festgestellt, dass durch die Kongruenzklausel die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des Gerichtshofs unberührt bleibt.¹²⁰

b) Voraussetzung der Kongruenz

- 50** Die Vorschrift des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC ergreift alle Chartarechte, die den in der EMRK garantierten Rechten „entsprechen“. Diese Voraussetzung ist jedenfalls für die Gewährleistungen erfüllt, die wörtlich mit denen der EMRK überein-

¹¹⁴ So von *Lindner*, EuR 2007, 160 (179).

¹¹⁵ Vgl. v. *Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 56; *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 34.

¹¹⁶ *Callewaert*, EuGRZ 2003, 198 (198).

¹¹⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (33); *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 303 ff. mit detaillierter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte.

¹¹⁸ *Jarass*, § 2 Rn. 19 ff.; *Lindner*, EuR 2007, 160 (173); a.A. *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 30, 34; v. *Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 51; *Callewaert*, EuGRZ 2003, 198 (199); *Uerpman-Witzack*, DÖV 2005, 152 (155).

¹¹⁹ *Jarass*, § 2 Rn. 19.

¹²⁰ Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (33).

stimmen. Jedoch ist der Anwendungsbereich der Kongruenzregel nicht auf diese Fälle beschränkt.

Die Chartaerläuterungen 2007 machen deutlich, dass hier eine weitere Auslegung zugrunde gelegt werden muss. Sie zählen im Einzelnen auf, für welche Rechte der Charta eine solche Entsprechung vorliegt.¹²¹ Dazu gehören auch Rechte, die keine identischen Formulierungen aufweisen. Dabei legen die Erläuterungen den Kreis der kongruenten Vorschriften nicht abschließend fest, sondern stellen lediglich eine Interpretationshilfe dar.¹²² Deshalb ist im Einzelnen durch Auslegung zu ermitteln, wann eine Entsprechung vorliegt. Eine solche ist zu bejahen, wenn derselbe Lebensbereich geschützt wird.¹²³ 51

Insoweit ist es grundsätzlich ausreichend, wenn der konkrete Grundrechtsgehalt nicht in einem geschriebenen Konventionsrecht, sondern in der Rechtsprechung des EGMR ausgeformt wurde.¹²⁴ Allerdings müssen der Schutzgehalt und die Tragweite hinreichend entwickelt sein, durch punktuelle Rechtsprechung zu Einzelfragen wird diese Anforderung nicht erfüllt.¹²⁵ 52

Die teilweise Beschränkung der Kongruenzklausel auf die geschriebenen Rechte der EMRK¹²⁶ vernachlässigt, dass die effektive Gewährung von Grundrechten auf eine Fortentwicklung durch die Rechtsprechung angewiesen ist, weil sonst nicht auf neue Bedrohungslagen reagiert werden kann.¹²⁷ Dies gilt auch für den Grundrechtsschutz auf der Ebene der EMRK. 53

c) *Bezugsrahmen*

Maßgeblich für die Frage, welche Rechte in der EMRK garantiert werden, ist zunächst der Text der Konvention. Dieser ist aber für den Bestand an Rechten nicht allein maßgeblich. 54

aa) *Protokolle*

Zahlreiche wichtige Gewährleistungen finden sich auch in den Protokollen zur EMRK. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC nimmt auch diese in Bezug.¹²⁸ Fraglich ist allerdings, ob insoweit alle Protokolle erfasst sind oder nur diejenigen, die von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wurden und deshalb rechtswirksam sind. 55

¹²¹ Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (33 f.).

¹²² Vgl. hierzu die Einl. der Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17.

¹²³ V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 55; Grabenwarter, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1129 (1135 f.).

¹²⁴ Rengeling/Szczekalla, Rn. 474.

¹²⁵ V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 55.

¹²⁶ Calliess, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 20 Rn. 17; Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 31a.

¹²⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2008, 822 (827) – Online-Durchsuchung nach VerfSchGNRW: Anerkennung eines Grundrechts auf Gewährleistung von Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

¹²⁸ Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (33).

- 56 Gegen eine Einschränkung auf die allseits ratifizierten Protokolle spricht zunächst der Wortlaut des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC, der umfassend formuliert ist. Auch die Charta selbst stützt einige Artikel auf Protokolle der EMRK, die nicht von allen Konventionsstaaten ratifiziert wurden.¹²⁹ Schließlich sprechen auch Gründe der Rechtssicherheit und -klarheit für eine umfassende Bezugnahme. Ansonsten würde die Auslegung des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC vom Stand des Ratifikationsprozesses abhängig gemacht. Parallel dazu sind mitgliedstaatliche Vorbehalte gegen die EMRK auf der Grundlage von Art. 57 EMRK für die Reichweite der Bezugnahme unbeachtlich.¹³⁰

bb) Rechtsprechung des EGMR

- 57 Bedeutung und Tragweite der Rechte der EMRK werden maßgeblich auch durch den EGMR ausgeformt, so dass auch hier dessen Rechtsprechung mit heranzuziehen ist.¹³¹ Dies ergibt sich bereits aus der Präambel und den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, die ausdrücklich auf einzelne Entscheidungen des EGMR Bezug nehmen.¹³² Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH, der sich für die Auslegung von EMRK-Rechten selbstverständlich auf den EGMR bezieht.¹³³
- 58 Die Rechtsprechung wird dynamisch einbezogen, d.h. nicht nur die Entscheidungen bis zum Inkrafttreten der Charta sind insoweit auslegungsrelevant, sondern auch die zukünftigen Judikate.¹³⁴ Für ein solches dynamisches Verständnis sprechen zum einen die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte.¹³⁵ Zum anderen kann nur dadurch sichergestellt werden, dass die Charta in ihrer Entwicklung nicht von der EMRK abgekoppelt wird.¹³⁶ Schließlich sieht auch der EGMR selbst die

¹²⁹ Vgl. Art. 19 und dessen Bezugnahme auf Art. 4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK, Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24) sowie Art. 50 und die Bezugnahme auf Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK, Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (31); *Strunz*, Strukturen des Grundrechtsschutzes der EU in ihrer Entwicklung, 2006, S. 158.

¹³⁰ V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 60.

¹³¹ V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 57; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 468; *Griller*, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (158 f.); *Ruffert*, EuR 2004, 165 (173).

¹³² So im Zusammenhang mit Art. 19, vgl. ABl. C 303, S. 17 (24) oder Art. 47, vgl. ABl. 2007 C 303, S. 17 (30).

¹³³ Vgl. aus jüngerer Zeit EuGH, Rs. C-276/01, Slg. 2003, I-3735 (3778 f., Rn. 75 ff.) – Steffensen; Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5719, Rn. 79) – Schmidberger (Brenner-Blockade); Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541 (579 f., Rn. 33 ff.) – National Health Service; Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5827 ff., Rn. 54 ff.) – Parlament/Rat.

¹³⁴ V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 57; *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 323, mit der Einschränkung, dass im Hinblick auf den Autonomiewillen des EuGH auch Ausnahmen zulässig sein müssen.

¹³⁵ ABl. 2007 C 303, S. 17 (33): „Die Rechte, bei denen derzeit – ohne die Weiterentwicklung des Rechts, der Gesetzgebung und der Verträge auszuschließen – davon ausgegangen werden kann, dass sie Rechten aus der EMRK im Sinne dieses Absatzes entsprechen, sind nachstehend aufgeführt.“

¹³⁶ *Philippi*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 44.

Konvention als „lebendes Instrument“, das „im Lichte der jeweiligen Zeitumstände“ ausgelegt werden muss.¹³⁷

d) Rechtsfolge

Gewissermaßen als Rechtsfolge bei Vorliegen einer Entsprechung ordnet Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC an, dass das jeweilige Recht dieselbe Bedeutung und Tragweite hat wie in der Konvention. Das bedeutet, dass der Sachverhalt nach Maßgabe des Schutzbereichs und der Schranken des EMRK-Grundrechts zu beurteilen ist.¹³⁸ Insofern ordnet Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC einen Vorrang der EMRK an und schließt dadurch aus, dass die EGRC im Vergleich zur EMRK nur einen verringerten Grundrechtsschutz gewährleistet, weil die Schutzbereiche enger sind oder die Beschränkungsmöglichkeiten weiter.¹³⁹ **59**

aa) Unionskonforme Auslegung von EMRK-Schranken

Bei den in der EMRK genannten Schranken kann es erforderlich sein, diese unionskonform auszulegen. So können etwa die Schutzgüter der „nationalen oder öffentlichen Sicherheit“ oder des „wirtschaftlichen Wohls des Landes“ (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK) nicht unmittelbar herangezogen werden, sondern sind bezogen auf europäische Maßnahmen umzudeuten als öffentliche Sicherheit bzw. als wirtschaftliches Wohl der Union.¹⁴⁰ **60**

bb) Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC als *lex specialis*

Art. 52 Abs. 1 EGRC enthält eine für alle Eingriffe in die Chartarechte geltende allgemeine Schrankenregelung. Greift die Kongruenzregel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC, so ordnet sie aber die Geltung der Schranken des jeweiligen EMRK-Rechts an. Insofern ist Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC *lex specialis* zur allgemeinen Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 EGRC.¹⁴¹ Denn nur so lässt sich vermeiden, dass die teilweise engen Schrankenregelungen der EMRK über die allgemeine Regelung des Art. 52 Abs. 1 EGRC wieder aufgeweicht werden.¹⁴² **61**

¹³⁷ Vgl. nur EGMR, Ur. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 39), NJW 1999, 3107 (3109) – Matthews/Vereinigtes Königreich; *Philippi*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 45.

¹³⁸ Nach *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 313 umschreibt die „Bedeutung“ das Schutzgut des jeweiligen Rechts und mit „Tragweite“ sind der Schutzbereich sowie die Schranken gemeint. Nach der hier vertretenen Auslegung des Art. 52 Abs. 2 S. 1 EGRC ist der parallele Schutz eines bestimmten Lebensbereichs Anwendungsvoraussetzung dieser Norm, die Begriffe der „Bedeutung“ und „Tragweite“ werden erst auf der Rechtsfolgenseite relevant.

¹³⁹ V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 54.

¹⁴⁰ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 38; *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 315 f.

¹⁴¹ *Uerpman-Wittzack*, DÖV 2005, 152 (156).

¹⁴² *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 29; ausführlich u. Rn. 493 ff.

cc) Vorbehaltlos gewährte Grundrechte

- 62** Es gibt allerdings Grundrechte in der Charta, die als absolute Rechte nicht einschränkbar sind und auf die deshalb weder eine besondere Schranke nach Art. 52 Abs. 3 EGRC noch der allgemeine Schrankenvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 EGRC eingreifen. Es ist schlicht keine Schranke vorhanden. Darin besteht insoweit die Tragweite nach Art. 52 Abs. 3 EGRC.
- 63** Dazu gehört schon aufgrund des Wortlauts Art. 1 EGRC, der die Würde des Menschen „unantastbar“, d.h. ohne die Möglichkeit der Einschränkung gewährleistet.¹⁴³ Gleiches muss für die Rechte gelten, die besondere Ausprägungen der Menschenwürde darstellen. Dazu zählen die Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2 lit. b)-d), Art. 4 und Art. 5 EGRC.¹⁴⁴
- 64** Dagegen sind die Rechte auf Leben und auf körperliche und geistige Unversehrtheit keine absoluten Rechte. Dies zeigt sich an den gemeinsamen Verfassungstraditionen¹⁴⁵ und ergibt sich auch aus der praktischen Notwendigkeit etwa im Rahmen polizeilicher Tätigkeit.¹⁴⁶ Insoweit gehören nicht alle in Titel I der Charta unter der Überschrift „Würde des Menschen“ zusammengefassten Grundrechte zu den absoluten Rechten.¹⁴⁷

**2. Zulässigkeit weiter gehenden Schutzes
(Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC)**

a) Ansatz

- 65** Die Kongruenzklausel schließt gem. Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC einen über die EMRK hinaus gehenden Schutz der Grundrechte durch die EGRC nicht aus. Dieses Mehr an Schutz kann sich entweder im Hinblick auf den Schutzbereich oder die Beschränkungsmöglichkeiten ergeben. Insoweit erfordert die Anwendung der Vorschrift einen Vergleich der Schutzbereiche sowie der Schranken der jeweiligen Gewährleistung, um entscheiden zu können, ob ein weiter reichender Schutz durch die EGRC im Vergleich zur EMRK vorliegt.

b) Vergleich der Schutzbereiche

- 66** Unter diesem Blickwinkel lässt sich für einige Schutzbereiche auf Seiten der Charta ein weiter gehender Schutz feststellen.¹⁴⁸ Dies gilt für Art. 47 Abs. 2 und Abs. 3 EGRC. Das Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen, un-

¹⁴³ Borowsky, in: Meyer, Art. 1 Rn. 40; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 367.

¹⁴⁴ Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 367 f.

¹⁴⁵ Vgl. nur den Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG.

¹⁴⁶ Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 368.

¹⁴⁷ So zutreffend Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 368.

¹⁴⁸ Vgl. dazu Bernsdorff, in: Meyer, vor Kap. II Rn. 7.

parteiischen durch Gesetz errichteten Gericht ist anders als in Art. 6 EMRK nicht auf zivilrechtliche oder strafrechtliche Verfahren beschränkt, sondern greift für alle Gerichtsverfahren. Auch die in Art. 49 EGRC garantierten Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen gehen über die parallele Vorschrift des Art. 7 EMRK hinaus. Die EMRK enthält kein ausdrückliches Rückwirkungsgebot milderer Strafvorschriften und sieht kein geschriebenes Verhältnismäßigkeitsgebot vor.

Weiter gehend ist auch der Schutz der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit in Art. 12 EGRC. Anders als in Art. 11 EMRK sind auch transnationale Vereinigungen vom Schutzbereich erfasst.¹⁴⁹ Schließlich geht das in Art. 14 EGRC verankerte Recht auf Bildung über das entsprechende Recht in Art. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK hinaus, da es auch den Zugang zur beruflichen Aus- und Weiterbildung mitumfasst. Letzteres schließt auch nicht die Privatschulfreiheit ein, die Art. 14 Abs. 3 EGRC gewährleistet. Die in Art. 15 und Art. 16 EGRC garantierten Rechte der Berufsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit finden in der EMRK überhaupt keine Entsprechung.

Ist also in einem konkreten Fall eines der genannten Grundrechte betroffen, so ist im Rahmen der Prüfung der weiter gehende Schutzbereich der Charta zugrunde zu legen.

c) Vergleich der Schranken

Schwieriger ist die Frage des weiter gehenden Schutzes in Bezug auf die Schrankenregelungen zu beantworten. So wirken die für jedes einzelne Recht ausgeformten Schrankenregelungen der EMRK auf den ersten Blick enger als die allgemeine Schrankenregelung in Art. 52 Abs. 1 EGRC. Umgekehrt ist die allgemeine Schrankenklausele offen für alle möglichen Einschränkungsgünde, solange sie „den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ dienen oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sind. Insoweit kann sie auch durchaus weiter reichen als eine auf bestimmte Beschränkungsgründe festgelegte Schrankenklausele. Sollte dies in einem konkreten Einzelfall eintreten, ordnet die Kongruenzklausele des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC jedoch die Anwendung der weniger weitreichenden Schrankenregelung des jeweiligen EMRK-Rechts an.

Allerdings zeigt die Erfahrung im Hinblick auf die Grundrechte des Grundgesetzes, dass im Text allgemein formulierte Grundrechtsschranken durch die Verfassungsgerichtsrechtsprechung ausgeformt werden¹⁵⁰ und sich deshalb im Ergebnis geschriebenen ausdifferenzierten Einschränkungsregeln annähern.¹⁵¹ Die Frage des weiter reichenden Schutzes kann deshalb auf der Schrankenebene nicht abstrakt, sondern nur im konkreten Einzelfall beantwortet werden.

¹⁴⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007, C 303, S. 17 (22); Bernsdorff, in: Meyer, vor Kap. II Rn. 7.

¹⁵⁰ Vgl. nur die im Rahmen des Gesetzesvorbehalts von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG entwickelte „Drei-Stufen-Theorie“ des BVerfG, grundlegend BVerfGE 7, 377 (405 ff.); s. etwa Frenz, Öffentliches Recht, Rn. 321 ff.

¹⁵¹ Vgl. Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 42.

d) Die EMRK als Mindeststandard

- 71 Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC sichert i. V. m. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC die EMRK als Mindeststandard, den die EGRC nicht unter-, aber überschreiten darf. Trotz der Koppelung an die EMRK bleibt die EGRC damit in ihrem Schutzniveau unabhängig. Für den unwahrscheinlichen Fall, dass die Grundrechtsstandards der EMRK durch die Vertragsstaaten abgesenkt werden, wird die EGRC vor einem automatischen Mitabsinken geschützt.¹⁵²

3. Die Sicherungsklausel des Art. 53 EGRC

a) Inhalt

- 72 Nach Art. 53 EGRC ist keine Bestimmung der Charta als Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte oder Grundfreiheiten auszulegen, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie die internationalen Übereinkünfte, wie insbesondere die EMRK, sowie durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden. Diese Vorschrift behandelt das Verhältnis der Charta zu den Gewährleistungen anderer Rechtsquellen, darunter der EMRK, die eine fast gleichlautende Klausel enthält.¹⁵³ Andere Menschenrechtstexte enthalten ebenfalls solche Bestimmungen, so etwa Art. 5 Abs. 2 IPbPR.¹⁵⁴ Um so erstaunlicher ist es, dass in den Erläuterungen auf diese offensichtlichen Vorbilder kein Bezug genommen wird.¹⁵⁵

b) Entstehungsgeschichte

- 73 Die Norm war Gegenstand intensiver Diskussionen im Grundrechtekonvent. Ursprünglich sollte diese Regelung eine Aussage zum Verhältnis der Charta zur EMRK treffen. Dieser Punkt wurde jedoch bald in Art. 52 EGRC verlagert und in das Zentrum trat die Sorge, dass das Schutzniveau der nationalen Grundrechtsordnungen durch die Charta beeinträchtigt werden könnte.¹⁵⁶
- 74 Dieser Prozess lässt sich auch anhand der Erläuterungen verfolgen. Während die Präsidiumserläuterungen des Grundrechtekonvents von 2000 noch darauf hinweisen, dass der Schutz der Charta keinesfalls unter dem Niveau der EMRK lie-

¹⁵² Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 40; v. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 62; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 325.

¹⁵³ S. Art. 53 EMRK: „Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer Hohen Vertragspartei oder in einer anderen Übereinkunft, deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden.“

¹⁵⁴ BGBl. II 1973 S. 1534: „Die in einem Vertragsstaat ... anerkannten ... Menschenrechte dürfen nicht unter dem Vorwand beschränkt oder außer Kraft gesetzt werden, dass dieser Pakt derartige Rechte nicht oder nur in einem geringeren Ausmaße anerkenne.“

¹⁵⁵ Borowsky, in: Meyer, Art. 53 Rn. 1.

¹⁵⁶ Borowsky, in: Meyer, Art. 53 Rn. 2.

gen darf,¹⁵⁷ ist dieser in den Verfassungserläuterungen von 2004 und auch den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte von 2007 nicht mehr enthalten. Es wurden verschiedene Entwurfsfassungen vorgelegt und diskutiert, bis ihr jetzt auch verbindlich gewordener Inhalt festgeklopft war.¹⁵⁸

c) *Bedeutung*

aa) *Keine Mindestschutzklausel*

Die Vorschrift des Art. 53 EGRC ist nicht als Mindestschutzklausel zu verstehen,¹⁵⁹ auch nicht im Hinblick auf die EMRK. Die EMRK wird durch die Charta zwar als Minimalstandard festgelegt und geschützt, dies aber nicht im Rahmen des Art. 53 EGRC, sondern (nur) im Rahmen des Art. 52 Abs. 3 EGRC.¹⁶⁰ Das Verständnis als Mindestschutzklausel zugunsten der Grundrechte in den nationalen Verfassungen setzte eine Überprüfbarkeit europäischer Maßnahmen am Maßstab der nationalen Grundrechte voraus mit der weiteren Folge, dass im Falle des Verstoßes die konkrete Maßnahme für nichtig erklärt werden müsste. Ein solches Verständnis ist allerdings mit dem Grundsatz des Vorrangs des Europarechts als wesentlichem Grundprinzip der Unionsrechtsordnung nicht vereinbar.¹⁶¹ 75

bb) *Keine Verankerung des höchsten Schutzniveaus*

Eine weitere Auslegung sieht Art. 53 EGRC als Norm zur Übertragung des jeweils höchsten mitgliedstaatlichen Schutzniveaus auf die Unionsebene. Dieser Gedanke wurde im Ansatz bereits früh von *GA Warner* vertreten¹⁶² und findet sich in der Lit. wieder.¹⁶³ Doch auch ein solches Verständnis ist mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Unionsrechts nicht vereinbar. Die Geltung des Unionsrechts würde abhängig von der Grundrechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten.¹⁶⁴ 76

Auch widerspricht die Vorstellung, dass ein Mitgliedstaat allen anderen sein Verständnis aufzwingen kann, dem Prinzip der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Mitgliedstaaten.¹⁶⁵ Schließlich ist das Unionsrecht nach der auch durch das BVerfG akzeptierten Rechtsprechung des EuGH nur an den Unionsgrundrechten, 77

¹⁵⁷ Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 50.

¹⁵⁸ Zu den verschiedenen Entwürfen vgl. *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 397 ff.

¹⁵⁹ Für eine solche Auslegung aber *Griller*, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (174 f.).

¹⁶⁰ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 53 Rn. 9. Dazu bereits o. Rn. 48 ff.

¹⁶¹ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 53 Rn. 10; v. *Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 53 Rn. 13; *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 409 ff.

¹⁶² Vgl. *GA Warner*, EuGH, Rs. 7/76, Slg. 1976, 1213 (1236) – IRCA.

¹⁶³ *Besselink*, CMLR 1998, 629 (677).

¹⁶⁴ *Griller*, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (177 f.); *Borowsky*, in: Meyer, Art. 53 Rn. 9.

¹⁶⁵ *Griller*, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (177 f.).

nicht aber an den nationalen Grundrechten zu überprüfen.¹⁶⁶ Die Maximalstandardthese steht im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung, die Ausdruck des Grundsatzes einer einheitlichen Geltung des Unionsrechts ist.¹⁶⁷

cc) Wahrung des jeweiligen Status quo als Grundsatz

- 78** Es zeigt sich, dass die Auslegung des Art. 53 EGRC gerade im Verhältnis zu den nationalen Grundrechten sowohl die einheitliche Geltung des Unionsrechts als auch dessen Vorrang berücksichtigen muss. Dieser Anforderung wird nur eine Auslegung gerecht, die von einem grundsätzlichen Nebeneinander von europäischen und nationalen Grundrechten sowie in völkerrechtlichen Verträgen anerkannten Menschenrechten ausgeht. Dafür spricht auch der Wortlaut des Art. 53 EGRC, der auf die getrennten Anwendungsbereiche der unterschiedlichen Rechtsgewährleistungen hinweist.
- 79** Diese Interpretation deckt sich weiter mit dem politischen Ziel, das mit Art. 53 EGRC verfolgt wurde. Es sollte nach außen deutlich werden, dass die Charta nicht zu einer Änderung oder Anpassung nationaler Verfassungen bzw. Grundrechte führt. Dies wird durch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte bestätigt: „Der Zweck dieser Bestimmung ist die Aufrechterhaltung des durch das Recht der Union, das Recht der Mitgliedstaaten und das Völkerrecht in seinem jeweiligen Anwendungsbereich gegenwärtig gewährleisteten Schutzniveaus.“¹⁶⁸
- 80** Vor allem die Mitgliedstaaten mit einem hoch entwickelten Grundrechtsschutz fürchteten, ihr Schutzniveau könnte durch die Charta herabgesenkt werden.¹⁶⁹ Insofern ist die Klausel des Art. 53 EGRC als Sicherung des menschenrechtlichen Status quo zu verstehen, die den in den Mitgliedstaaten gewährten Standard, der von dem der Charta nach oben oder nach unten abweichen kann, unberührt lässt.¹⁷⁰

dd) Meistbegünstigungsklausel

- 81** In den Fällen, in denen die Anwendungsbereiche der Chartagrundrechte und anderer Menschenrechtsgewährleistungen wie etwa die nationalen Grundrechte sich überschneiden, führt Art. 53 EGRC dazu, dass das günstigere Recht sich durchsetzt. Denn nur dann bleibt die weiter gehende Gewährleistung „unbeeinträchtigt“, wie in Art. 53 EGRC angeordnet.

ee) Grundrechtskollisionen

- 82** Schwierig wird die Umsetzung der Günstigkeitsklausel allerdings in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen, d.h. wenn die Grundrechte verschiedener Grundrechts-

¹⁶⁶ Dazu ausführlich u. Rn. 150 ff.

¹⁶⁷ V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 53 Rn. 12; Griller, in: Duschanek/Grilller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (178); Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 414.

¹⁶⁸ ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

¹⁶⁹ Borowsky, in: Meyer, Art. 53 Rn. 11.

¹⁷⁰ Borowsky, in: Meyer, Art. 53 Rn. 11; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 419 f.

träger, die möglicherweise noch auf unterschiedlichen Rechtsquellen beruhen,¹⁷¹ miteinander konfliktieren. Hier können sich nicht alle Grundrechte gleichermaßen durchsetzen. Vielmehr muss ausgelotet werden, welches Recht im konkreten Fall zugunsten des anderen zurücktreten muss. In diesen Konfliktfällen kann das Meistbegünstigungsprinzip deshalb nicht eingreifen, denn es ist eine Frage des Einzelfalls und der konkreten Umstände, welche Gewährleistung sich durchsetzt.¹⁷²

II. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für die Auslegung der Charta

1. Die Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR

a) Die Regelungen der EMRK

Im Hinblick auf die enge Verzahnung von EGRC und EMRK stellt sich die Frage, 83
welche Bedeutung Entscheidungen des EGMR und auch solche der EKMR auf die Auslegung der Charta haben. Das gilt zumal dann, wenn die Union, wie in Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehen, der EMRK beitrifft, aber wegen der Einbeziehung der EMRK in die Auslegung der europäischen Grundrechte nach Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV bereits vorher.

Nach Art. 32 Abs. 1 EMRK ist der EGMR zuständig für alle die Auslegung 84
und Anwendung der Konvention und der Protokolle betreffenden Angelegenheiten. Eine rechtliche Bindungswirkung entfalten seine Urteile gem. Art. 46 Abs. 1 EMRK nur inter partes, also nur für den am Verfahren beteiligten Vertragsstaat, nicht aber die übrigen Konventionsstaaten.¹⁷³ Eine darüber hinausgehende Wirkung ist in Art. 47 EMRK nur für Rechtsgutachten des EGMR über die Auslegung der Konvention und ihrer Protokolle im Auftrag des Ministerkomitees vorgesehen.¹⁷⁴ Daraus könnte e contrario zu folgern sein, dass in anderen Fällen eine allgemeine Verbindlichkeit gerade ausgeschlossen ist. Dies hätte wiederum zur Folge, dass den Entscheidungen des EGMR auch für die Auslegung der EGRC eine prägende Wirkung nur im Hinblick auf bereits konkret entschiedene Fallkonstellationen zukommen könnte.

¹⁷¹ Wie etwa in der Rs. *Schmidberger (Brenner-Blockade)*, bei der die durch Art. 10 und 11 EMRK geschützte Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit von Umweltschützern, die eine Autobahn blockierten, mit der Warenverkehrsfreiheit auf Seiten von Frachtunternehmen in Ausgleich zu bringen war, EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5719 ff., Rn. 77 ff.).

¹⁷² *Grabenwarter/Pabel*, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, 2005, S. 81 (93 f.); a.A. *Borowsky*, in: Meyer, Art. 53 Rn. 20, der aufgrund ihrer besonderen Erwähnung in Art. 53 EGRC einen Vorrang der EMRK auch im Rahmen von Kollisionsfällen annimmt; im Einzelnen auch *Grabenwarter*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1129 (1144).

¹⁷³ *Ress*, EuGRZ 1996, 350 (350).

¹⁷⁴ Diese Vorschrift hat aber im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel des Art. 47 Abs. 2 EMRK bislang noch keine praktische Anwendung erfahren, *Meyer-Ladewig*, EMRK, Anm. zu Art. 47-49.

b) Haltung des EGMR

- 85 Demgegenüber versteht der EGMR selbst seine Funktion weiter gehend. Zwar sieht er die EMRK in erster Linie als Instrument zur Gewährleistung individuellen Rechtsschutzes in einem konkreten Fall. Darüber hinaus begreift er es aber auch als seine Aufgabe, die generellen Standards der Menschenrechte hervorzuheben und die menschenrechtliche Judikatur innerhalb der Konventionsstaaten auszuweiten. Die Urteile sollen die von der Konvention aufgestellten Regeln sichern und weiterentwickeln, wenn auch unter Einbeziehung der von den Vertragsstaaten übernommenen Verpflichtungen.¹⁷⁵ Unter Hinweis darauf hat der EGMR auch die Teilnahme von Organisationen am Verfahren zu den Rechten Homosexueller gestattet, die selbst nicht Verfahrensbeteiligte waren.¹⁷⁶ Insgesamt zeigt sich, dass der EGMR seinen Urteilen eine über den konkreten Fall hinaus gehende Wirkung beimisst und insoweit eine faktische Bindungswirkung erzeugen will.¹⁷⁷

c) Nur faktische, keine rechtliche Bindung

- 86 Der oben in Erwägung gezogene Umkehrschluss aus Art. 46 Abs. 1 EMRK greift zu kurz. Bei der Frage der Bindungswirkung kann nicht nur auf diese Vorschrift Bezug genommen werden. Vielmehr ist auch die aus Art. 1 EMRK resultierende Verpflichtung der Vertragsstaaten, die niedergelegten Rechte auch zu gewährleisten, mit einzubeziehen. Die Bestimmung der konkreten Reichweite der einzelnen Rechte ist durch Art. 32 Abs. 1 EMRK aber dem EGMR zugewiesen. Insoweit ergibt sich bereits aus der Konvention notwendig eine Bindung an die Rechtsprechung des EGMR auch über die Verfahrensbeteiligten hinaus. Nur durch eine hinreichende Beachtung der Rechtsprechung können darüber hinaus künftige Konventionsverletzungen vermieden werden.¹⁷⁸
- 87 Allerdings bleibt die Qualität dieser Bindung zu bestimmen. Die herrschende Auffassung betont, dass die Urteile rechtlich nur den am Verfahren beteiligten Staat, nicht aber die anderen Konventionsstaaten binden. Für die nicht beteiligten Staaten entfalten die Urteile danach nur eine Orientierungswirkung.¹⁷⁹ Die Konventionsstaaten und auch die nationalen Gerichte sind verpflichtet, die Auslegung der EMRK durch den EGMR zu beachten. Damit verbleibt den Konventionsstaat-

¹⁷⁵ EGMR, Urt. vom 24.7.2003, Nr. 40016/98 (Rn. 26), ÖJZ 2004, 36 (37) – Karner/Österreich.

¹⁷⁶ EGMR, Urt. vom 24.7.2003, Nr. 40016/98 (Rn. 27), ÖJZ 2004, 36 (37) – Karner/Österreich.

¹⁷⁷ Dieser Sichtweise entsprechend misst etwa das deutsche BVerwG den Entscheidungen des EGMR eine „normative Leitfunktion“ bei, vgl. BVerwGE 110, 203 (210). Eine rechtliche Bindungswirkung über den Kreis der Verfahrensbeteiligten hinaus lehnt es jedoch ab, s. BVerwGE 104, 265 (275).

¹⁷⁸ Grabenwarter, VVDStRL 60 (2001), 290 (321); Ress, EuGRZ 1996, 350 (350).

¹⁷⁹ Diesen Begriff verwendet Ress, EuGRZ 1996, 350 (350); ähnlich *Papier*, EuGRZ 2006, 1 (1): „Leit- und Orientierungsfunktion“; gegen eine rechtliche Bindungswirkung auch *E. Klein*, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), *Protecting Human Rights*, 2000, S. 705 (708).

ten und den nationalen Gerichten ein Auslegungsspielraum, der Abweichungen im Einzelfall ermöglicht.

Demgegenüber wird teilweise im Sinne einer rechtlichen Bindung argumentiert. Die rechtliche Bindung der Konventionsstaaten an die Konvention selbst setzt sich danach in einer ebensolchen Bindung an die Rechtsprechung des zur Auslegung und Fortentwicklung der Konvention berufenen EGMR fort.¹⁸⁰ Dieser soll in Menschenrechtsfragen de lege lata die Letztentscheidungskompetenz haben, und zwar auch gegenüber dem EuGH.¹⁸¹ **88**

Die Auslegung der EMRK und ihre Fortentwicklung werden maßgeblich durch den EGMR bestimmt. Diese Aufgabe wird ihm in Art. 32 Abs. 1 EMRK auch ausdrücklich zugewiesen. Nur durch eine Beachtung dieser Auslegung kann die Bindung der Konventionsstaaten an die EMRK letztlich auch umgesetzt werden. Jedoch ist diese Argumentation nicht ausreichend, eine rechtliche Bindung an die Rechtsprechung des EGMR zu begründen.¹⁸² Denn damit setzte man sich über die insoweit in der EMRK getroffenen Regelungen hinweg. Die EMRK enthält gerade keine dem § 31 Abs. 1 BVerfGG entsprechende Norm, die für die Urteile des BVerfG eine umfassende Bindungswirkung statuiert. **89**

2. Rezeption der Rechtsprechung des EGMR durch den EuGH

a) Bezugnahme

Wie bereits dargelegt, greift der EuGH im Rahmen seiner Rechtsprechung auf die EMRK und die zu der jeweiligen Schutznorm ergangene Rechtsprechung des EGMR zurück. Dabei übernimmt der Gerichtshof die Auslegung des EGMR und legt sie seinen Entscheidungen zugrunde.¹⁸³ Insoweit scheint der EuGH bemüht, Rechtsprechungsdivergenzen zu vermeiden. Dies wird besonders deutlich in Fällen, in denen der EuGH mangels Vorliegen einschlägiger Judikate des EGMR auf eine eigenständige Auslegung von EMRK-Rechten verzichtet hat. So hatte der EuGH in der Rechtssache *ERT*¹⁸⁴ über die Rechtmäßigkeit des Fernsehmonopols einer griechischen Fernsehgesellschaft zu entscheiden. Der Gerichtshof stellte zwar fest, dass bei der Anwendung der zu beurteilenden Monopolregelung Art. 10 EMRK zu berücksichtigen ist, nahm aber dann keine Prüfung des Art. 10 EMRK vor. **90**

Dieses „Schweigen“ kann nicht ohne weiteres als implizite Feststellung der Vereinbarkeit des Rundfunkmonopols mit Art. 10 EMRK gedeutet werden.¹⁸⁵ **91**

¹⁸⁰ In diese Richtung *Cremer*, EuGRZ 2004, 683 (692, 693 f.).

¹⁸¹ Ausführlich *Heer-Reißmann*, Die Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Europa, 2008.

¹⁸² So auch *Haß*, Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2006, S. 167, 173; im Ergebnis auch *Wiethoff*, Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR, 2008, S. 47 ff. (vor dem Hintergrund des Art. II-112 Abs. 3 VE, dem Art. 52 Abs. 3 EGRK entspricht).

¹⁸³ Dazu bereits Rn. 32 ff.

¹⁸⁴ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925.

¹⁸⁵ So aber *Philippi*, ZEuS 2000, 97 (115).

Denn dann hätte der Gerichtshof die Vorlagefrage nach der Vereinbarkeit mit den Grundrechten wenigstens kurz beantworten können. Das völlige Fehlen einer Auseinandersetzung mit den Grundrechten spricht vielmehr dafür, dass hier bewusst richterliche Zurückhaltung geübt wurde.¹⁸⁶ Nachdem der EGMR später im Zusammenhang mit dem österreichischen Rundfunkmonopol die Vereinbarkeit solcher Regelungen mit Art. 10 EMRK geprüft hatte, nahm der EuGH im Fall *Familiapress* ausdrücklich darauf Bezug.¹⁸⁷

b) Rechtsprechungsdivergenzen

- 92 Jedoch war der EuGH nicht immer so zurückhaltend. Teilweise hat er die EMRK auch in Fällen fehlender Vorgaben des EGMR trotz des Risikos widersprüchlicher Entscheidungen eigenständig ausgelegt. In der Folge traten Rechtsprechungsdivergenzen¹⁸⁸ auf.

aa) Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 8 Abs. 1 EMRK)

- 93 In der Rechtssache *Hoechst*¹⁸⁹ hat der EuGH festgestellt, dass das Gemeinschaftsgrundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung zwar für die Privatwohnung natürlicher Personen anzuerkennen sei, nicht aber für die Geschäftsräume von Unternehmen. Auch für Art. 8 Abs. 1 EMRK gelte nichts anderes, weil dessen Schutzbereich die freie Entfaltung der Persönlichkeit betreffe und sich daher nicht auf Geschäftsräume ausdehnen lasse.¹⁹⁰ Demgegenüber hat der EGMR den Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK auch auf Geschäftsräume ausgedehnt.¹⁹¹ Allerdings war der Beschwerdeführer eine natürliche Person, so dass sich hieraus noch keine Divergenz zu den Feststellungen des EuGH ergibt.¹⁹²
- 94 Erst in jüngerer Zeit hatte der EGMR sich mit dem Schutz der Geschäftsräume eines Unternehmens durch Art. 8 Abs. 1 EMRK zu befassen. Hier hat er entschieden, dass unter bestimmten Umständen auch die Geschäftsräume von Unternehmen den Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK beanspruchen können,¹⁹³ so dass eine Rechtsprechungsdivergenz zwischen EuGH und EGMR vorlag.¹⁹⁴ Der EuGH hatte

¹⁸⁶ So *Gebauer*, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 321.

¹⁸⁷ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 24 ff.).

¹⁸⁸ Ausführlich dazu *Gebauer*, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 300 ff.

¹⁸⁹ EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859.

¹⁹⁰ EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 17 f.) – *Hoechst*.

¹⁹¹ EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 29 ff.), NJW 1993, 718 (718 f.) – *Niemietz/Deutschland*.

¹⁹² Dies wird nicht gesehen von *Philippi*, ZEuS 2000, 97 (110 f.).

¹⁹³ EGMR, Urt. vom 16.4.2002, Nr. 37971/97 (Rn. 41), RJD 2002-III – *Société Colas Est u.a./Frankreich*. Zur Entwicklung dieser Rechtsprechungsdivergenz vgl. die ausführliche Darstellung bei *Gebauer*, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 301 ff.

¹⁹⁴ Allgemein zum unterschiedlichen Grundrechtsschutz von Unternehmen auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts und der EMRK *Hilf/Hörmann*, NJW 2003, 1 (5 ff.).

im Fall *Roquettes Frères III*¹⁹⁵ die Gelegenheit, diesen Unterschied auszuräumen und seine Rechtsprechung an die des EGMR anzugleichen. Er bezieht die Rechtsprechung des EGMR für den Schutz der Geschäftsräume ein und hält einen solchen für möglich, wendet aber für die Ausgestaltung dieses Schutzes im Einzelnen weiterhin die Grundsätze der *Hoechst*-Entscheidung an.¹⁹⁶ Allerdings hat die *Hoechst*-Rechtsprechung einen anderen Hintergrund, indem sie einen allgemeinen Schutz vor willkürlicher Durchsuchung aufstellt, der auch im System der EGRC anders geregelt ist.¹⁹⁷

Daher ist im Rahmen der EGRC vom Ansatz her ein spezifisch auf Art. 7 EGRC abgestimmter, maßgeblich auch den Untersuchungsort berücksichtigender Schutz vorzuziehen, wie er der Parallelität zu Art. 8 EMRK und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR entspricht, auf die der EuGH auch hinsichtlich der Schutzintensität verwies.¹⁹⁸ Die praktischen Unterschiede sind insofern gering, als die *Hoechst*-Entscheidung den Mindeststandard markiert.¹⁹⁹ Hinzu kommen aber noch die standortbezogenen Schutzbedürfnisse von Geschäftsräumen wie einer Anwaltskanzlei.²⁰⁰ **95**

bb) „Nemo tenetur“-Grundsatz (Art. 6 Abs. 1 EMRK)

Unterschiedlich bewerten die beiden Gerichte die Verankerung des „nemo tenetur“-Grundsatzes in Art. 6 Abs. 1 EMRK. Während der EuGH feststellte, dass Art. 6 EMRK keinen solchen Grundsatz enthält,²⁰¹ urteilte der EGMR einige Jahre später, dass diese Vorschrift ein umfassendes Verbot der Pflicht zur Selbstbelastung beinhaltet. Danach kann weder eine unmittelbare Selbstbelastung durch das Eingestehen eines Rechtsverstoßes verlangt werden noch eine mittelbare Selbstbelastung durch das Bereitstellen von belastendem Beweismaterial.²⁰² **96**

¹⁹⁵ EuGH, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 – *Roquette Frères III*.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 (9054 ff., Rn. 29, 33 ff.) – *Roquette Frères III*.

¹⁹⁷ S.u. Rn. 1331 ff. sowie Rn. 1239 f. zur erweiterten Auslegung des Wohnungsbegriffs nach der EGRC.

¹⁹⁸ EuGH, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 (9054, Rn. 29) – *Roquette Frères III* unter Bezug auf das Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 31), NJW 1993, 718 (719) – *Niemietz/Deutschland*.

¹⁹⁹ S.u. Rn. 1331.

²⁰⁰ EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 37), NJW 1993, 718 (719) – *Niemietz/Deutschland*.

²⁰¹ EuGH, Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283 (3350, Rn. 30) – *Orkem*. Der Gerichtshof hat allerdings aus dem Grundsatz der Wahrung der Rechte der Verteidigung das Verbot hergeleitet, sich durch das Geständnis eines Rechtsverstoßes unmittelbar selbst zu belasten. Eine indirekte Selbstbelastung durch das Zurverfügungstellen von Belastungsmaterial, wie sie konkret zu prüfen war, hat der EuGH indes nicht als Verstoß gegen diesen Grundsatz bewertet.

²⁰² EGMR, Urt. vom 25.2.1993, Nr. 10828/84 (Rn. 44), ÖJZ 1993, 532 (533) – *Funk/Frankreich*.

c) Folgeprobleme

- 97** Zwar sind die europäischen Grundrechte in der Charta eng mit den Gewährleistungen der EMRK verknüpft, doch fehlt eine Bindung des EuGH an die Rechtsprechung des EGMR. Die materiell-rechtliche Anbindung wird verfahrensrechtlich nicht gestützt. Dieses Auseinanderfallen kann für die Mitgliedstaaten zu unlösbaren Bindungskollisionen führen.²⁰³ Sie sind einerseits als Konventionsstaaten an die EMRK und deren Auslegung durch den EGMR gebunden. Andererseits unterliegen sie als Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Art. 51 Abs. 1 EGRC der Charta.
- 98** Da der EGMR eine Prüfungskompetenz nicht nur für mitgliedstaatliche Rechtsakte, sondern auch für durch die Mitgliedstaaten durchgeführtes, ja von der europäischen Ebene verabschiedetes Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht annimmt,²⁰⁴ kann es zu einer unterschiedlichen Beurteilung der Grundrechtskonformität des jeweiligen Rechtsaktes kommen. Das gilt erst recht bei einem Beitritt der EU zur EMRK, so dass Unionsrechtsakte ohne den Umweg über die Bindung der Mitgliedstaaten und damit ohne weiteres auch bei einer Durchführung durch die Union selbst der Prüfung des EGMR unterliegen. Es ist insoweit denkbar, dass der EuGH eine Vereinbarkeit eines Unionsrechtsakts mit der EGRC annimmt, während der EGMR einen Verstoß gegen die EMRK feststellt.
- 99** In dieser Situation sieht sich der Mitgliedstaat einander widersprechenden Pflichten ausgesetzt: Setzt er das Unionsrecht um, etwa eine Richtlinie, und kommt damit seiner Pflicht aus Art. 249 Abs. 3 EG/288 Abs. 3 AEUV nach, verletzt er die EMRK. Unterlässt er die Umsetzung, um seine Pflichten als Konventionsstaat zu erfüllen, verstößt er gegen seine europarechtliche Umsetzungspflicht.

d) Die Bosphorus-Entscheidung als Lösungsansatz**aa) Sachverhalt**

- 100** Diese Bindungskollision ist kein theoretisches Problem. Sie hat sich in der Entscheidung *Bosphorus*²⁰⁵ bereits praktisch gestellt. Konkret ging es um die Anwen-

²⁰³ S. dazu *Lindner*, EuR 2007, 160 (175 f.).

²⁰⁴ Der EGMR hat insoweit betont, dass ein Konventionsstaat zwar internationalen Organisationen beitreten und auch Hoheitsrechte auf supranationale Organisationen übertragen darf, dass damit aber nicht die Verantwortung für die Einhaltung der Konventionsrechte endet (EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 26083/94 (Rn. 67), NJW 1999, 1173 (1175) – Waite u. Kennedy/Deutschland; Urt. vom 12.7.2001, Nr. 42527/98 (Rn. 47 f.), NJW 2003, 649 (650) – Prinz Hans-Adam II/Deutschland). Die Konventionsstaaten sind deshalb auch im Hinblick auf gemeinschaftsrechtliche Rechtsakte zur Einhaltung der Konventionsrechte verpflichtet, was durch den EGMR überprüft wird, vgl. EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 32 ff.), NJW 1999, 3107 (3108) – Matthews/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 154), NJW 2006, 197 (202) – Bosphorus/Irland.

²⁰⁵ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98, NJW 2006, 197 ff.

dung der VO (EWG) Nr. 990/93,²⁰⁶ mit der die Resolution 820²⁰⁷ der UN zur Beschlagnahme von Flugzeugen im Rahmen von Sanktionen gegen die ehemalige Republik Jugoslawien umgesetzt worden war. Auf der Grundlage dieser Verordnung hatten die irischen Behörden ein Flugzeug im Eigentum der Yugoslav Airlines, das wiederum von einer türkischen Charterfluggesellschaft geleast worden war, beschlagnahmt. Die Charterfluggesellschaft klagte gegen die Beschlagnahme. Im Rahmen der Berufung richtete der irische Oberste Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, der die Verordnung als mit den Grundrechten vereinbar erklärte.²⁰⁸ Die Chartergesellschaft bewertete die Beschlagnahme als Verstoß gegen das in Art. 1 Abs. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK garantierte Eigentumsrecht. Der EGMR hatte insoweit zu prüfen, ob eine Verordnung, die vom EuGH für rechtmäßig erachtet worden war, mit den Garantien der EMRK vereinbar ist.²⁰⁹

bb) Vermutungsregel

Der EGMR bejahte das Vorliegen eines Eingriffs in das Eigentumsrecht und prüfte dann, inwieweit dieser gerechtfertigt ist.²¹⁰ Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung behandelte der EuGH die Pflichtenkollision des beklagten Konventionsstaates. Er löste diese durch die Statuierung einer widerlegbaren Vermutung. Wenn die internationale Organisation (konkret die Union) einen der EMRK vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet, und zwar in materieller wie in verfahrensrechtlicher Hinsicht, gilt die Vermutung, dass der Konventionsstaat, der durch sein Handeln gleichzeitig Pflichten erfüllt, die sich aus der Mitgliedschaft in dieser Organisation ergeben, nicht gegen die EMRK verstoßen hat.²¹¹ **101**

Der EGMR prüfte daraufhin den Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft und stellte vor allem im Hinblick auf den engen Zusammenhang zwischen der Charta und der EMRK ein vergleichbares Schutzniveau fest. Auch die im EG vorgesehenen Kontrollmechanismen erachtete der Gerichtshof trotz des Fehlens einer speziellen Grundrechtsrüge und der nur eingeschränkten Individualklagemöglichkeiten als ausreichend.²¹² Die Widerlegung dieser Vermutung behandelt der EGMR dann nur noch mit der pauschalen Feststellung, dass es im konkreten Fall offen- **102**

²⁰⁶ Des Rates vom 26.4.1993 über den Handel zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Bundesrepublik Jugoslawien (Serbien und Montenegro), ABL L 102, S. 14.

²⁰⁷ UN-Sicherheitsrat, 3200ste Sitzung, Resolution S/RES/820 vom 17.4.1993.

²⁰⁸ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3985 ff., Rn. 21 ff.) – Bosphorus.

²⁰⁹ Weitere Einzelheiten des Sachverhalts finden sich in der Zusammenfassung von Bröhmer, EuZW 2006, 71 (71).

²¹⁰ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 149 ff.), NJW 2006, 197 (201 f.) – Bosphorus/Irland.

²¹¹ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 159 ff., 165), NJW 2006, 197 (203) – Bosphorus/Irland.

²¹² EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 160 ff.), NJW 2006, 197 (203) – Bosphorus/Irland.

sichtlich nicht zu einem Versagen der gemeinschaftlichen Kontrollmechanismen gekommen sei.²¹³

cc) *Rücknahme der Prüfungskompetenz*

- 103** Im Ergebnis hat der EGMR seine Prüfungskompetenz in Bezug auf Unionsrechtsakte zugunsten des EuGH zurückgenommen und so das Problem der Pflichtenkollision pragmatisch gelöst.²¹⁴ Die Begründung weist Parallelen zur *Solange*-Rechtsprechung des BVerfG auf. Auch hier war im Rahmen des Aufeinandertreffens zweier Grundrechtsordnungen zu klären, welcher Ordnung und mittelbar auch welchem Gericht der Vorrang zukommen sollte. Das BVerfG verzichtet auf seine Prüfungskompetenz, solange der EuGH einen generell wirksamen Grundrechtsschutz gewährleistet, der dem des Grundgesetzes im Wesentlichen gleichzuachten ist.²¹⁵
- 104** Wie das BVerfG, so lässt es auch der EGMR ausreichen, wenn generell, d.h. unter Zugrundelegen einer abstrakten Betrachtungsweise vergleichbarer Schutz gewährleistet wird. Auch im Rahmen der Prüfung, ob die Vermutung widerlegt sein könnte, statuiert der EGMR für den Einzelfall nur einen grobmaschigen Prüfungsmaßstab. Eine konkrete Prüfung soll nur erfolgen, wenn der Schutz offensichtlich unzureichend war.²¹⁶ Dabei lässt der EGMR offen, wann dies der Fall ist.²¹⁷

dd) *Entschärfung des Kollisionsproblems*

- 105** Gerade wegen dieser nur eingeschränkten Einzelfallprüfung wurde die Entscheidung des EGMR kritisiert. Der Gerichtshof gebe damit den Konventionsstaaten eine sehr weitreichende Möglichkeit, sich von der Beachtung der EMRK-Maßstäbe freizuzeichnen.²¹⁸ Gleichzeitig wurde aber das Bemühen des EGMR gesehen, eine pragmatische Lösung für das schwierige Konkurrenzverhältnis zwischen EuGH und EGMR zu finden.²¹⁹ Indes kann diese Rechtsprechung ebenso wie ein Beitritt der Union zur EMRK²²⁰ Konflikte nicht völlig ausschließen.

²¹³ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 166), NJW 2006, 197 (203 f.) – Bosphorus/Irland.

²¹⁴ Abw. die Einschätzung von Wiethoff, Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR, 2008, S. 26, der mit der Bosphorus-Entscheidung den Grundstein für künftige Konflikte gelegt sieht.

²¹⁵ BVerfGE 73, 339 (387); 102, 147 (164) – Bananenmarkt; dazu u. Rn. 155 f.

²¹⁶ Hier ist der Prüfungsmaßstab des EGMR strenger als der des BVerfG. Denn insoweit behält sich der EGMR in bestimmten Fällen eine Einzelfallprüfung vor, während das BVerfG darauf generell verzichtet, so auch Schohe, EuZW 2006, 33.

²¹⁷ Dagegen wendet sich der Richter Ress in seinem Sondervotum. Er schlägt vor, eine offensichtliche Mangelhaftigkeit jedenfalls dann anzunehmen, wenn der EuGH von der Rechtsprechung des EGMR abweiche, s. Sondervotum Ziff. 3, abgedruckt in EuGRZ 2007, 669 (670).

²¹⁸ Heer-Reißmann, NJW 2006, 192 (193); Schaller, EuR 2006, 656 (672); Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 376.

²¹⁹ Heer-Reißmann, NJW 2006, 192 (194); Bröhmer, EuZW 2006, 71 (76); Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 379 f.

²²⁰ Dazu sogleich Rn. 111 ff.

Nach einem Beitritt und der damit verbundenen Bindung der EU-Organen an die Entscheidungen des EGMR ist zwar das Verhältnis der beiden Gerichtshöfe zueinander grundsätzlich geklärt. Auch dann bleiben aber das Nebeneinander zweier Grundrechtsordnungen und die damit verbundenen Kollisions- und Abwägungsfragen bestehen, die im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung zu lösen sind.²²¹ **106**

C. Die Bedeutung der EMRK nach dem Reformvertrag

I. Art. 6 Abs. 3 EUV

Die EMRK war Vorbild für die Entwicklung der EGRC und spielt auch für deren Auslegung eine wichtige Rolle. Trotz dieser Bedeutung im Zusammenhang mit der Charta geht auch der Lissabonner Reformvertrag auf die EMRK und ihre Bedeutung für die Grundrechte auf Unionsebene nochmals gesondert ein. In Art. 6 Abs. 3 EUV wird weiterhin hervorgehoben, dass die Grundrechte, wie sie die EMRK gewährleistet und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, allgemeine Grundsätze des Unionsrechts darstellen. Die Grundrechte der EMRK gelten (noch)²²² nicht als unmittelbarer Bestandteil des Unionsrechts, sondern beanspruchen Geltung als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze.²²³ **107**

Damit wird die Rechtsprechung des EuGH zur Herleitung der Grundrechte²²⁴ positivrechtlich normiert und eine Bestimmung übernommen, die auch in Art. I-9 Abs. 3 VE enthalten war. Diese Regelung erscheint angesichts der in der EGRC enthaltenen Verweise auf die EMRK und die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten²²⁵ überflüssig. **108**

Nach den Erläuterungen zu einem Vorentwurf des VE soll diese Bestimmung allerdings als Ermächtigung zur Anerkennung zusätzlicher, über die Gehalte der EGRC hinausgehender Grundrechte auszulegen sein.²²⁶ Die Annahme einer solchen Generalermächtigung ist aber weder erforderlich noch mit der Systematik der EGRC vereinbar. Zum einen ist angesichts der Fülle der Einzelgewährleistungen der EGRC die Notwendigkeit der Aufnahme weiterer Schutzrechte nicht ersichtlich.²²⁷ Zum anderen können Weiterentwicklungen etwa auf der Ebene des Schutzbereichs von Grundrechten im Rahmen der Auslegung bestehender Schutzrechte durch den EuGH erfolgen.²²⁸ Schließlich fiele die Aufnahme eines neuen und insoweit die EGRC ändernden Schutzrechts nicht in die Zuständigkeit des EuGH, **109**

²²¹ So auch Bröhmer, EuZW 2006, 71 (76).

²²² Bis zu einem Beitritt der Union zur EMRK.

²²³ Grabenwarter, EuGRZ 2004, 563 (568).

²²⁴ S. dazu Rn. 2 ff.; 32 ff.

²²⁵ Vgl. Art. 52 Abs. 3 und Abs. 4 EGRC.

²²⁶ Vermerk des Präsidiums an den (Verfassungs-)Konvent, Entwurf der Art. 1 bis 16 des Verfassungsvertrags vom 6.2.2003, CONV 528/03.

²²⁷ Grabenwarter, in: Tettinger/Stern, B III Rn. 28.

²²⁸ Grabenwarter, in: Tettinger/Stern, B III Rn. 27; s. auch Epping, JZ 2003, 821 (827).

sondern in die Kompetenz der für eine Vertragsänderung zuständigen Mitgliedstaaten.²²⁹

- 110** Insgesamt dürfte deshalb Art. 6 Abs. 3 EUV keine eigenständige Bedeutung im Sinne einer zusätzlichen Grundrechtsebene neben der EGRC zukommen.²³⁰

II. Beitritt der Union zur EMRK

- 111** Von weitreichender Bedeutung ist der durch den Reformvertrag neu eingefügte Art. 6 Abs. 2 EUV, der eine Ermächtigung und wegen seiner nicht lediglich fakultativen Formulierung auch Verpflichtung²³¹ zum Beitritt der Union zur EMRK enthält. Damit wurde die bereits in Art. I-9 Abs. 2 VE enthaltene Ermächtigung übernommen. Diese Regelung beendet eine schon seit etwa 30 Jahren geführte Diskussion um die Erforderlichkeit eines Beitritts der Union zur EMRK.²³²

1. Rechtsgutachten 2/94 des EuGH

- 112** Diese ausdrückliche Ermächtigung zu einem Beitritt war notwendig, weil der EuGH in einem vom Rat nach dem damaligen Art. 228 Abs. 6 EG²³³ beantragten Gutachten die Kompetenz zu einem solchen Beitritt verneint hatte. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass die Gemeinschaft zur Erreichung eines Ziels im Inneren erforderliche völkerrechtliche Verträge auch ohne ausdrückliche Ermächtigung abschließen dürfe.²³⁴ Jedoch bedeutete ein Beitritt zur EMRK eine so grundlegende Änderung des Menschenrechtsschutzes in der Gemeinschaft durch die Einbindung in ein andersartiges institutionelles System, dass sie nur durch eine Vertragsänderung umgesetzt werden könne.²³⁵

2. Voraussetzungen eines Beitritts

- 113** Für einen Beitritt der Union als supranationaler Organisation zur EMRK müssen zuerst die rechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden. Nach derzeitiger

²²⁹ Grabenwarter, in: Tettinger/Stern, B III Rn. 28.

²³⁰ So auch Uerpmann-Witzack, DÖV 2005, 152 (155) zu der parallelen Vorschrift des Art. I-9 Abs. 3 VE; a.A. Pache/Rösch, NVwZ 2008, 473 (475), die Art. 6 Abs. 3 EUV einen eigenständigen Gehalt beimessen und insoweit nach dem Beitritt zur EMRK von einem dreifachen Grundrechtsbestand in der Union ausgehen; s. bereits o. Rn. 23 ff.

²³¹ Pache/Rösch, NVwZ 2008, 473 (474); A. Weber, EuZW 2008, 7 (8: „Selbstverpflichtung der Staaten“).

²³² S. dazu die Nachweise bei Grabenwarter, § 4 Rn. 18 mit Fn. 41. Umfassend dazu S. Winkler, Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2000, S. 46 ff., 72 ff., 115 ff., 137 ff.

²³³ I.d.F. des Vertrags von Nizza Art. 300 Abs. 6 EG; nach dem Lissabonner Vertrag Art. 218 Abs. 11 AEUV.

²³⁴ EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 (1787 f, Rn. 26 ff.) unter Verweis auf den damaligen Art. 235 EG (jetzt: Art. 352 AEUV).

²³⁵ EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 (1789, Rn. 34 ff.).

Rechtslage ist der Beitritt gem. Art. 59 Abs. 1 S. 1 EMRK an die Mitgliedschaft im Europarat geknüpft, dessen Mitgliedschaft gem. Art. 4 der Satzung des Europarates wiederum Staaten vorbehalten ist. Eine entsprechende Änderung ist im Protokoll Nr. 14 zur EMRK²³⁶ auch schon umgesetzt. Art. 17 dieses Zusatzprotokolls zur EMRK sieht einen neuen Art. 59 Abs. 2 EMRK vor, der einen Beitritt der Union ausdrücklich erlaubt. Dieses Zusatzprotokoll ist allerdings noch nicht in Kraft getreten, weil Russland es als einziger der 47 Mitgliedstaaten bislang nicht ratifiziert hat.²³⁷

Weiterhin sind Änderungen im Text der EMRK angezeigt, etwa soweit in Bestimmungen der Begriff „Staat“ verwendet wird, der auf die Union nicht passt. Ähnliche Anpassungserfordernisse ergeben sich für die Vorschriften, die staatsbezogene Begriffe wie etwa „wirtschaftliches Wohl des Landes“ (Art. 8 Abs. 2 EMRK) oder „innerstaatliche Gesetze“ (Art. 12 EMRK) verwenden. Insoweit bleibt allerdings eine auf die EU angepasste Interpretation, wie sie auch für die über Art. 52 Abs. 3 EGRC heranzuziehenden Schranken nach der EMRK notwendig ist.²³⁸ Schließlich sind noch die Repräsentation im EGMR durch einen für die EU ernannten Richter sowie die Vertretung der EU im Ministerkomitee als politisches Lenkungs- und Entscheidungsorgan des Europarats zu regeln.²³⁹ **114**

3. Folgen eines Beitritts

a) *Unmittelbare Bindung der Union an die EMRK*

Schon jetzt sind die Mitgliedstaaten für Verletzungen der EMRK durch Handlungen der Organe der Union verantwortlich. Der EGMR hat insoweit festgestellt, dass die Bindung der Mitgliedstaaten an die EMRK auch hinsichtlich Handlungen einer supranationalen Organisation fortbesteht, an die die Mitgliedstaaten Teile ihrer Hoheitsgewalt übertragen haben.²⁴⁰ Damit tragen die Mitgliedstaaten völkerrechtlich auch die Verantwortung für Rechtsverletzungen, die nicht unmittelbar auf sie, sondern auf die Organe einer supranationalen Organisation, deren Mitglied sie sind, zurückzuführen sind. Ein Beispiel dafür wäre etwa die Rechtsverletzung durch die Umsetzung einer Richtlinie, die gegen die EMRK verstößt.²⁴¹ Bei Feststellung einer Verletzung der EMRK durch den EGMR wäre die Union verpflichtet, die Richtlinie entsprechend zu ändern. Durch die Mitgliedschaft der Union in der EMRK wird insoweit eine Kongruenz zwischen der Urheberschaft eines **115**

²³⁶ Der Text ist abgedruckt in EuGRZ 2005, 278 ff.

²³⁷ Grabenwarter, § 2 Rn. 4; vgl. dazu auch EuGRZ 2006, 704.

²³⁸ S.o. Rn. 60.

²³⁹ Vgl. dazu mit Lösungsvorschlägen Krüger/Polakiewicz, EuGRZ 2001, 92 (102 f.).

²⁴⁰ S. EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 32 f.), NJW 1999, 3107 (3108) – Matthews/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 18.2.1999, Nr. 28934/95 (Rn. 57) – Beer u. Regan/Deutschland; Urt. vom 18.2.1999, Nr. 26083/94 (Rn. 67), NJW 1999, 1173 (1175) – Waite u. Kennedy/Deutschland.

²⁴¹ Zum Problem der Bindungskollision bereits o. Rn. 100 ff.

Grundrechtseingriffs und der völkerrechtlicher Verantwortlichkeit dafür hergestellt.²⁴²

b) Letztentscheidungskompetenz des EGMR

- 116** Darüber hinaus kommt dem EGMR nach einem Beitritt der Union die Letztentscheidungskompetenz für die Auslegung der Konventionsrechte auch gegenüber dem EuGH zu. Zwar orientiert sich der EuGH für die Auslegung der EMRK schon jetzt an der Rechtsprechung des EGMR.²⁴³ Indes wäre die Maßgeblichkeit der Auslegung durch den EGMR nach dem Beitritt auch institutionell und damit gerade auch für den Fall der Divergenz²⁴⁴ abgesichert.²⁴⁵
- 117** Damit ist aber keine Einordnung des EuGH in eine Instanzenhierarchie mit dem EGMR an der Spitze verbunden.²⁴⁶ Vielmehr wird ein neues Nebeneinander geschaffen, in dem der EGMR die auf Grundrechtsschutz spezialisierte gesamteuropäische Instanz darstellt, die für einen Gleichlauf der Rechte der EMRK und der europäischen Grundrechte sorgt.²⁴⁷

c) Erweiterung des Grundrechtsschutzes

- 118** Schließlich werden mit einem Beitritt bislang bestehende Rechtsschutzlücken geschlossen. So hat das BVerfG die Prüfung von Europarecht am Maßstab der deutschen Grundrechte stark eingeschränkt.²⁴⁸ Gleichzeitig ist der Individualrechtsschutz auf europäischer Ebene bislang gem. Art. 230 Abs. 4 EG auf unmittelbar und herausgehoben den Einzelnen betreffendes Sekundärrecht beschränkt. Art. 263 Abs. 4 AEUV schließt diese Lücke nicht vollständig.²⁴⁹ Eine Überprüfungsmög-

²⁴² Grabenwarter, EuGRZ 2004, 563 (569).

²⁴³ Vgl. aus jüngerer Zeit EuGH, Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 (1675 ff., Rn. 39 ff.) – Connolly; Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 (9054, Rn. 29) – Roquette Frères III; Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5719, Rn. 79) – Schmidberger (Brenner-Blockade); Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541 (579 f., Rn. 33 f.) – National Health Service; Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5826 ff., Rn. 52 ff.) – Parlament/Rat. Zum derzeitigen Verhältnis von EuGH und EGMR s. ausführlich Rn. 90 ff.

²⁴⁴ Zur Behandlung dieses Problems nach derzeitiger Rechtslage ausführlich o. Rn. 100 ff.

²⁴⁵ Grabenwarter, EuGRZ 2004, 563 (569).

²⁴⁶ Alber/Widmaier, EuGRZ 2000, 497 (506); Krüger/Polakiewicz, EuGRZ 2001, 92 (100). Insoweit ist eine Subordination des EuGH nicht zu befürchten – so aber die Bedenken von E. Klein, in: Mosler/Bernhardt/Hilf (Hrsg.), Grundrechtsschutz in Europa, 1977, S. 160 (166 f.).

²⁴⁷ Krüger/Polakiewicz, EuGRZ 2001, 92 (94 f.).

²⁴⁸ Das BVerfG überprüft Sekundärrecht nur dann am Maßstab der deutschen Grundrechte, wenn der Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene den im jeweiligen Einzelfall unabdingbaren Standard generell nicht gewährleistet, vgl. BVerfGE 89, 155 (174 f.); 102, 147 (161 ff.) – Bananenmarkt zur Unzulässigkeit einer Normenkontrollklage gegen die VO (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, ABl. L 47, S. 1.

²⁴⁹ S.u. Rn. 708 ff.

lichkeit des Primärrechts sowie der Urteile des EuGH am Maßstab der Grundrechte besteht insoweit nicht.²⁵⁰

Die unmittelbare Bindung der Union an die EMRK und die damit einhergehende Prüfungskompetenz des EGMR beseitigen dieses Rechtsschutzdefizit. Dann besteht unabhängig von der Ausgestaltung des Individualrechtsschutzes auf Unionsebene bzw. auf der Ebene der Mitgliedstaaten ein umfassender Schutz gegen Grundrechtsverletzungen durch Hoheitsakte der Union sowie unmittelbar durch Unionsrecht.²⁵¹ **119**

§ 3 Einfluss sonstiger Menschenrechtsabkommen

A. Bezugnahmen in der Charta und durch die Rechtsprechung

I. Ausdrückliche Erwähnung in der Charta

In der Präambel der Charta werden als Rechtserkenntnisquellen für die Ableitung der Grundrechte neben der ausdrücklich erwähnten EMRK auch die Rechte herangezogen, die sich aus den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ergeben.²⁵² Angesichts der Fülle solcher Verpflichtungen verzichtet die Präambel auf deren nähere Bestimmung. **120**

In Art. 18 EGRC verweist die Charta ausdrücklich auf die Genfer Flüchtlingskonvention und gewährt das Asylrecht nach deren Maßgabe. In den Erläuterungen finden sich Bezugnahmen auf weitere völkerrechtliche Abkommen. So verweisen die Erläuterungen zu Art. 3 EGRC auf das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin sowie auf das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs.²⁵³ In den Erläuterungen zu Art. 19 EGRC²⁵⁴ und Art. 49 EGRC²⁵⁵ finden sich Verweise auf den IPbPR.²⁵⁶ Schließlich finden sich in den Erläuterungen zu den in Titel IV unter der Überschrift „Solidarität“ zusammengefassten Gewährleistungen Verweise auf die ESC²⁵⁷ und die GCSGA.²⁵⁸ **121**

²⁵⁰ Näher u. Rn. 709.

²⁵¹ Krüger/Polakiewicz, EuGRZ 2001, 92 (100).

²⁵² Zur Frage, inwieweit die europäischen Grundrechte Prüfungsmaßstab für Rechtsakte sind, die auf völkerrechtlichen Verträgen beruhen, s. Rn. 780 ff.

²⁵³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (18).

²⁵⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

²⁵⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (30).

²⁵⁶ BGBl. II 1973 S. 1534.

²⁵⁷ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

²⁵⁸ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

II. Die Rechtsprechung des EuGH

- 122 Auch der EuGH nimmt in seiner Rechtsprechung auf völkerrechtliche Abkommen Bezug.²⁵⁹ Schon früh hat er festgestellt, dass internationale Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, zur Herleitung von Rechten heranzuziehen sind.²⁶⁰ Nachfolgend hat er dann solche Verträge konkret benannt, so den IPbPR,²⁶¹ die Konvention Nr. 111 der IAO²⁶² oder das Übereinkommen über die Rechte des Kindes.²⁶³

B. Voraussetzungen einer Herleitung von Grundrechten aus völkerrechtlichen Abkommen

I. Menschenrechtscharakter

- 123 Sowohl die Präambel der EGRC als auch der EuGH sprechen von Rechten bzw. Menschenrechten, die in internationalen Verträgen geregelt sind. Insoweit scheiden unverbindliche Vereinbarungen zu Menschenrechten als unmittelbare Grundlage der Herleitung aus. Sie können lediglich als Interpretationshilfe herangezogen werden.²⁶⁴

II. Bedeutung der Ratifikation

- 124 Die Formulierung des EuGH von „internationale(n) Verträge(n), an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind“ als Rechtserkenntnisquelle,²⁶⁵ könnte den Schluss nahe legen, dass nur solche Verträge herangezogen werden können, die von allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden sind. Dagegen spricht zum einen die eigene Praxis des EuGH, der sich auf internationale Abkommen auch dann gestützt hat, wenn sie noch nicht alle Mitgliedstaaten ratifiziert hatten.²⁶⁶ Zum anderen kann hier auf die parallele Problematik bei der Einbeziehung der nicht von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Protokolle zur EMRK verwiesen werden.²⁶⁷ Aus Gründen der Rechtsklarheit kann es nicht darauf

²⁵⁹ S. dazu auch *Strunz*, Strukturen des Grundrechtsschutzes der EU in ihrer Entwicklung, 2006, S. 91 f.

²⁶⁰ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507, Rn. 13) – Nold.

²⁶¹ EuGH, Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283 (3351, Rn. 31) – Orkem.

²⁶² EuGH, Rs. 149/77, Slg. 1978, 1365 (1379, Rn. 26/29) – Defrenne/Sabena.

²⁶³ EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5828, Rn. 57) – Parlament/Rat.

²⁶⁴ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 2 Rn. 25 nennt insoweit als Beispiel das Recht auf eine gesunde Umwelt nach der Rio-Deklaration von 1992.

²⁶⁵ EuGH, Rs. 136/79, Slg. 1980, 2033 (2057, Rn. 18) – National Panasonic.

²⁶⁶ EuGH, Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283 (3351, Rn. 31) – Orkem.

²⁶⁷ Dazu o. Rn. 55 f.

ankommen, dass alle Mitgliedstaaten ein Abkommen ratifiziert haben, solange dies wenigstens bei einem der Mitgliedstaaten der Fall ist.²⁶⁸

C. Maßstab- oder Vorbildfunktion

Einigen Abkommen kommt im Vergleich zu anderen eine besondere Bedeutung für die Charta zu, weil sie Maßstab oder Vorbild für eine konkrete Gewährleistung gewesen sind. Dies gilt zum einen für die Genfer Flüchtlingskonvention, die neben der EMRK die einzige völkerrechtliche Vereinbarung ist, die in der Charta ausdrücklich erwähnt wird. Dies war nahe liegend, weil die meisten Mitgliedstaaten die Flüchtlingskonvention unterzeichnet haben und deshalb ohnehin zu deren Einhaltung verpflichtet sind.²⁶⁹ 125

Zum anderen ist Art. 24 EGRC, der Kinderrechte gewährleistet, auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes gestützt. Der Wortlaut orientiert sich insbesondere an den Formulierungen in Art. 3, 9, 12 und 13 dieses Übereinkommens,²⁷⁰ so dass hier von einer Vorbildfunktion gesprochen werden kann.²⁷¹ 126

D. Sonderstellung der EMRK

Mit der Bezugnahme auf völkerrechtliche Abkommen in der Charta und in der Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt die Union die auf Seiten der Mitgliedstaaten bestehenden Bindungen und ermöglicht so deren Berücksichtigung auf der Ebene des Unionsrechts. Jedoch ändert dies nichts an der herausgehobenen Stellung der EMRK innerhalb der völkerrechtlichen Vereinbarungen, die sowohl in der Charta als auch vom Gerichtshof betont wird.²⁷² Grund für diese besondere Stellung der EMRK mag sein, dass anderen Menschenrechtsverbürgungen ein dem EGMR vergleichbares Rechtsprechungsorgan fehlt, das die einzelnen Rechte verbindlich auslegt und auch für deren Weiterentwicklung sorgt.²⁷³ 127

§ 4 Europäische und nationale Grundrechte

A. Grundsätzliches Verhältnis

Nachdem die Beziehung der EGRC zu den Rechten der EMRK näher beleuchtet wurde, wird nunmehr das Verhältnis zu den nationalen Grundrechten betrachtet. 128

²⁶⁸ Im Ergebnis auch *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 2 Rn. 29 ff.

²⁶⁹ *Jochum*, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 1; s. ausführlich dazu Rn. 1128 ff.

²⁷⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

²⁷¹ Ausführlich dazu Rn. 3419 ff.

²⁷² Vgl. nur EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2963 f., Rn. 41) – ERT.

²⁷³ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 2 Rn. 23.

Auszugehen ist dabei von den durch den EuGH als ungeschriebene Grundsätze des Europarechts entwickelten Rechte. Mittlerweile sind aber die Rechte nach der EGRC maßgeblich.²⁷⁴ Daher werden nachfolgend primär sie als „europäische“ Grundrechte bezeichnet. Europäische und nationale Grundrechte stehen nebeneinander. Dies bedingt ihr unterschiedlicher Anwendungsbereich. Auch Art. 51 Abs. 1 EGRC geht von einer Trennung beider Grundrechtsbereiche aus. Danach ist die Geltung der europäischen Grundrechte darauf beschränkt, dass Unionsorgane handeln oder die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen. Das Handeln mitgliedstaatlicher Organe, welches sich nicht auf die Durchführung von Unionsrecht beschränkt, unterliegt deshalb ausschließlich dem Maßstab der nationalen Grundrechte. Insoweit ist die Anwendung der europäischen Grundrechte prinzipiell auf die europäische Ebene beschränkt. Praktisch erstreckt sie sich wegen des grundsätzlichen mitgliedstaatlichen Vollzugs aber tief in die Verwaltungen der Mitgliedstaaten hinein, zumal wenn man auch Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten einbezieht.²⁷⁵ Aber auch unabhängig von diesem Einwirken auf die Ebene des nationalen Rechts schließt die grundsätzliche Trennung der Anwendungsgebiete eine wechselseitige inhaltliche Prägung europäischer und nationaler Grundrechte nicht aus.

B. Gegenseitige Prägung

I. Einwirken nationaler auf die europäischen Grundrechte

1. Nationale Grundrechte als Rechtserkenntnisquelle

- 129** In der Entwicklung der Grundrechte als Bestandteil der Grundsätze ungeschriebenen Gemeinschaftsrechts spielen die Grundrechte der nationalen Verfassungen eine besondere Rolle, waren es doch die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, aus denen der Gerichtshof zunächst die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze abgeleitet hat.²⁷⁶ Diese Rechtsprechung hat dann Eingang gefunden in Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV und findet sich auch in der Präambel der Charta wieder.
- 130** Bezugspunkt sind dabei nicht einzelne Verfassungen bzw. Gewährleistungen, sondern die Existenz eines durch einen breiten Konsens der nationalen Verfassungen getragenen gemeinsamen Rechtsgedankens. Dieser ergibt sich nicht auf der Grundlage des kleinsten gemeinsamen Nenners, sondern als Ergebnis einer wertenden Rechtsvergleichung.²⁷⁷ Dabei nimmt der EuGH nicht immer einen einge-

²⁷⁴ S. o. Rn. 27 ff.

²⁷⁵ S. im Einzelnen u. Rn. 262 ff.

²⁷⁶ EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135, Rn. 4) – Internationale Handelsgesellschaft; Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507, Rn. 13) – Nold; Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639, Rn. 17) – Wachauf. S. dazu bereits o. Rn. 3.

²⁷⁷ Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (34); *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 67.

henden Abgleich der nationalen Verfassungen vor,²⁷⁸ sondern hat vereinzelt ein Grundrecht schon dann als Bestandteil gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen anerkannt, wenn es in der Grundrechtsordnung eines vorlegenden Gerichts von besonderer Bedeutung ist.²⁷⁹

2. Gleichberechtigtes Nebeneinander

Für das Verhältnis der europäischen zu den nationalen Grundrechten statuiert Art. 53 EGRC eine Konkurrenzregel, wonach beide Grundrechtsordnungen grundsätzlich nebeneinander stehen. Dafür spricht schon der Wortlaut des Art. 53 EGRC, der auf den jeweiligen Anwendungsbereich der verschiedenen Grundrechtsgewährleistungen im Unionsrecht, im Völkerrecht und in den nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten hinweist. Insoweit entfalten weder die Charta noch die Verfassungen der Mitgliedstaaten eine Maßstabfunktion. Abweichungen im Grundrechtsschutz sind von daher zulässig.²⁸⁰ **131**

3. Harmonieklausel des Art. 52 Abs. 4 EGRC

a) *Auslegungsregel*

Zu diesem Nebeneinander scheint die Regelung des Art. 52 Abs. 4 EGRC in einem gewissen Widerspruch zu stehen. Erkennt die Charta Grundrechte an, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, so werden sie nach dieser Vorschrift im Einklang mit den Überlieferungen ausgelegt. Diese Formulierung könnte bedeuten, dass das Chartarecht im Falle paralleler Gewährleistungen wie das jeweilige nationale Grundrecht ausgelegt werden muss. Jedoch soll die Ermittlung des Grundrechtsgehalts nicht durch eine Übertragung der Gehalte des nationalen Rechts vollzogen werden, sondern im Wege wertender Rechtsvergleichung.²⁸¹ Dies zeigt sich schon am Wortlaut des Art. 52 Abs. 4 EGRC. Darin wird auf gemeinsame Verfassungsüberlieferungen und nicht auf einzelne nationale Grundrechte abgestellt. **132**

Es handelt sich also nicht um eine Transferklausel, sondern um eine Auslegungsregel, die dem Rechtsanwender einigen interpretatorischen Freiraum lässt. Dieser ist auch erforderlich, um etwa mit divergierenden Traditionen oder Wertkonflikten umgehen zu können.²⁸² Im Hinblick darauf kann diese Vorschrift keine starke Bindungswirkung für die Rechtsprechung des EuGH entwickeln.²⁸³ **133**

²⁷⁸ So aber EuGH, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 (1610 f., Rn. 18 ff.) – AM&S.

²⁷⁹ So für die Eigentums- und Berufsfreiheit des Grundgesetzes EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold.

²⁸⁰ S. dazu o. Rn. 78 ff.

²⁸¹ Grabenwarter, EuGRZ 2004, 563 (566 f.).

²⁸² Darauf weist Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 44 zutreffend hin.

²⁸³ Vgl. Ladenburger, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 78, der ihr nur eine geringe praktische Bedeutung prophezeit. Daher werden in diesem Buch die nationalen Verfassungsüberlieferungen nur sehr beschränkt einbezogen.

b) Anwendungsbereich

- 134** Unabhängig davon hat die Vorschrift des Art. 52 Abs. 4 EGRC a priori nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich. Denn sie kommt überhaupt nur zum Tragen, wenn Art. 52 Abs. 2 und Abs. 3 EGRC nicht eingreifen.²⁸⁴ Handelt es sich also um Rechte, die aus den Verträgen oder der EMRK herrühren, sind die Art. 52 Abs. 2 EGRC bzw. Art. 52 Abs. 3 EGRC vorrangig. Diese Spezialität gilt auch dann, wenn die Verträge bzw. die EMRK nicht die einzige Ableitungsquelle darstellen, sondern daneben auch die nationalen Verfassungen dieses Recht anerkennen.²⁸⁵
- 135** Wenn dem Recht aus den nationalen Verfassungen ein weiter gehender Schutzbereich erwächst, könnte aber für diesen „überschießenden“ Teil die Regel des Art. 52 Abs. 4 EGRC herangezogen werden.²⁸⁶ Dies ist jedenfalls zulässig für das Verhältnis zu Art. 52 Abs. 3 EGRC, da Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC ausdrücklich einen weiter gehenden Schutz der Union zulässt.
- 136** Fraglich ist jedoch, ob das auch für die Rechte mit einer Entsprechung in den Verträgen gilt, oder ob diese Vorschriften eine Art „Sperrwirkung“ entfalten, so dass im Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 2 EGRC ein Rückgriff auf Art. 52 Abs. 4 EGRC unzulässig ist. Für einen solchen absoluten Vorrang des Art. 52 Abs. 2 EGRC spricht bereits das Fehlen einer dem Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC vergleichbaren „Öffnungsklausel“.²⁸⁷
- 137** Auch aus normenhierarchischer Sicht bestehen gegen den umfassenden Vorrang des Art. 52 Abs. 2 EGRC, also der Verträge gegenüber der Charta, keine Bedenken. Nach der durch den Reformvertrag aufgenommenen Regelung des Art. 6 Abs. 1 2. HS EUV sind die Verträge und die Charta nämlich rechtlich gleichrangig. Eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 52 Abs. 4 EGRC ergibt sich im Hinblick auf die in der Charta genannten Grundsätze. Der Wortlaut der Vorschrift ist auf Grundrechte beschränkt, so dass diese Auslegungsregel auf Grundsätze nicht anwendbar ist.²⁸⁸

c) Umfang der Herleitung

- 138** Es stellt sich weiter die Frage, wie weit die Herleitungsbefugnis aus Art. 52 Abs. 4 EGRC reicht. Grundsätzlich müsste sie mangels Einschränkung im Wortlaut eine umfassende Herleitung eines Grundrechts stützen. Neben dem Schutzbereich wären dann auch Schrankenforderungen aus den mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen ableitbar. Damit würde Art. 52 Abs. 4 EGRC neben die Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 EGRC treten.²⁸⁹

²⁸⁴ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 44 b.

²⁸⁵ Dorf, JZ 2005, 126 (129).

²⁸⁶ So Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 44 b.

²⁸⁷ So auch Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 27. Näher zur Auslegung des Art. 52 Abs. 2 EGRC u. Rn. 183 ff.

²⁸⁸ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 44b.

²⁸⁹ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 44c.

4. Konkrete Einflüsse der nationalen Grundrechte

Es gibt allerdings auch Grundrechte, welche gänzlich auf nationale Verfassungen zurückzuführen sind. Das gilt insbesondere für die Menschenwürdegarantie des Art. 1 EGRC. Diese stimmt nahezu wörtlich mit Art. 1 Abs. 1 GG überein und weist denselben Elementarcharakter wie diese Bestimmung auf.²⁹⁰ Dementsprechend ist sie auch weitgehend wie diese Bestimmung auszulegen.²⁹¹ 139

Teilweise bauen die europäischen Grundrechte auf nationalen Gewährleistungen auf. Das gilt etwa für den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 EGRC. Dieser Zugang wird nämlich von der Union anerkannt und geachtet, so wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und -gepflogenheiten im Einklang mit der jeweiligen nationalen Verfassung geregelt ist. Damit haben es die Mitgliedstaaten in der Hand, wie sie diesen Zugang regeln, soweit sie sich nur an den Rahmen halten, der durch das europäische Unionsrecht gezogen wird. Ist dies aber der Fall, richten sich die Ausgestaltung des Zugangsrechts und seine Reichweite danach, was die Mitgliedstaaten festgelegt haben, ggf. auch in nationalen Grundrechten. Das europäische Grundrecht des Art. 36 EGRC baut nur darauf auf, ohne die nationalen Gewährleistungen verändern zu können. Insoweit prägen, soweit vorhanden, letztlich die nationalen Grundrechte das Zugangsrecht.²⁹² Das europäische Grundrecht schreibt nur die Achtung davor und die Anerkennung dessen fest. 140

II. Beeinflussung nationaler Grundrechte durch die EGRC

Es ist auch in umgekehrter Richtung bei den nationalen Grundrechten eine Beeinflussung durch die neuen Standards der EGRC möglich. Schließlich sind die nationalen Verfassungen vielfach älteren Datums als die EGRC und damit fortentwicklungsfähig bzw. -bedürftig. Von den tief in den nationalen Verfassungstraditionen verwurzelten europäischen Grundrechten können wichtige Impulse ausgehen. So hat etwa der ÖVerfGH bereits die EGRC als zusätzliche Quelle herangezogen.²⁹³ 141

Eine besondere Bedeutung kann den Grundrechten der EGRC für diejenigen Verfassungen zukommen, die über keine längere Grundrechtstradition verfügen. Hier können diese europäischen Grundrechte eine wichtige Vorbildfunktion einnehmen, wie dies auch für die Standards der EMRK gilt. Die auf ihrer Basis ergangenen Urteile des EGMR hatten oft einen tiefgreifenden Einfluss auf die nationalen Rechtsordnungen einschließlich der Verfassungsbestimmungen.²⁹⁴ 142

²⁹⁰ S. im Einzelnen u. Rn. 813 ff.

²⁹¹ S. insbes. u. Rn. 824.

²⁹² Zum Verhältnis der Chartarechte zum nationalen Recht s. Rn. 164 ff.

²⁹³ ÖVerfGH, Vorlagebeschluss vom 12.12.2000 an den EuGH, abgedruckt in EuGRZ 2001, 83 (86); s. auch mit weiteren Belegen A. Weber, DVBl. 2003, 220 (221).

²⁹⁴ Näher mit Beispielen Grabenwarter, VVDStRL 60 (2001), 290 (324); Gerards, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, 2007, S. 280 ff.

C. Geltungsabgrenzung

I. Geltung der Chartagrundrechte für nationale Rechtsakte

- 143** Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC gelten die Grundrechte der EGRC in erster Linie für die Organe der Union, die Mitgliedstaaten binden sie lediglich bei der Durchführung des Unionsrechts. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des EuGH.²⁹⁵ Damit wird die Geltung der Chartarechte für die Mitgliedstaaten auf den ersten Blick stark eingeschränkt. Jedoch bleibt im Hinblick auf die weite Geltung der Grundfreiheiten und den mitgliedstaatlichen Vollzug von Unionsrecht ein weiterer Bereich, in dem die Chartarechte in die nationale Ebene hineinwirken.²⁹⁶ Hier kann es auch zu Überschneidungen kommen, d.h. zur parallelen Anwendung von Chartagrundrechten und nationalen Grundrechten. Dabei kann der Vorrang des Europarechts dazu führen, dass das nationale Grundrecht zurücktreten muss, etwa weil ein Durchführungsakt europarechtlich zwingend geboten ist.²⁹⁷ Im Übrigen greifen die nationalen Grundrechte zusätzlich ein, unter Umständen aufgrund des Günstigkeitsprinzips des Art. 53 EGRC auch vorrangig.²⁹⁸

II. Geltung der nationalen Grundrechte für europäische Rechtsakte

1. Vorüberlegungen

- 144** Bei unbefangener Betrachtung scheint es auf der Hand zu liegen, dass die nationalen Grundrechte kein Prüfungsmaßstab für europäische Rechtsakte sein können. Aus europarechtlicher Perspektive folgt dies aus dem Vorrangprinzip, das auch gegenüber nationalen Grundrechten eingreift. Aus der Sicht des deutschen Rechts ergibt sich dies aus Art. 1 Abs. 3 GG, wonach nur die deutsche öffentliche Gewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden ist.²⁹⁹ Insoweit ergibt sich eine klare Trennung zwischen der europarechtlichen und der nationalrechtlichen Ebene mit der Folge, dass die deutschen Grundrechte nicht auf europäische Rechtsakte anwendbar sind.

²⁹⁵ EuGH, Rs. 60 u. 61/84, Slg. 1985, 2605 (2627, Rn. 26) – Cinéthèque; Rs. 355/85, Slg. 1986, 3231 (3242, Rn. 11) – Cognet; Rs. 80 u. 159/85, Slg. 1986, 3359 (3384, Rn. 23) – Edah; Rs. 201 u. 202/85, Slg. 1986, 3477 (3508, Rn. 11) – Klensch.

²⁹⁶ Ausführlich zur Frage, wann ein solcher „mitgliedstaatlicher Vollzug“ vorliegt, u. Rn. 230 ff.

²⁹⁷ Jarass, § 3 Rn. 14; Ladenburger, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, S. 83 (90 f.). Dazu ausführlich Rn. 159 ff.

²⁹⁸ S. dazu o. Rn. 131.

²⁹⁹ Diese Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG ist unbestritten, vgl. nur Kunig, in: v. Münch/Kunig, GGG I, Art. 1 Rn. 52.

2. Sichtweise des EuGH

Diese Trennung entspricht der Rechtsprechung des EuGH. Schon früh hat der Gerichtshof klargestellt, dass aus seiner Sicht keine Bindung des Europarechts an nationales Verfassungsrecht existiert. Dies sei mit dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar. Die Geltung und Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung würde sonst in Frage gestellt.³⁰⁰ Gemeinschaftsrechtsakte können danach nur an Gemeinschaftsgrundrechten, nicht aber an nationalen Grundrechten gemessen werden. **145**

3. Die abweichende Rechtsprechung des BVerfG

a) *Ergebnis einer Entwicklung*

Die Position des BVerfG³⁰¹ in dieser heiklen, weil das grundsätzliche Verhältnis von Europarecht und nationalem Recht berührenden Frage, unterlag einer Entwicklung.³⁰² Anfänglich stimmte das BVerfG mit der Auffassung des EuGH überein, wenn auch nur im Ergebnis, weil rein auf der Basis nationalen Rechts begründet. Dann stellte das BVerfG sich dem EuGH entgegen und beanspruchte eine eigene Prüfungskompetenz für Gemeinschaftsrechtsakte am Maßstab der deutschen Grundrechte. Diese hat es dann aber zugunsten des EuGH zurückgenommen und beschränkt sich nunmehr auf eine Art Notkompetenz. Die Anforderungen daran hat es so hoch gesteckt, dass diese nicht praktisch werden dürfte. **146**

b) *Gemeinschaftsrechtsakte keine Akte deutscher Staatsgewalt*

In seiner frühen Rechtsprechung ist das BVerfG zunächst davon ausgegangen, dass Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen Gemeinschaftsrecht unzulässig sind. Rechtlicher Anknüpfungspunkt war die Vorschrift des § 90 BVerfGG, wonach die Prüfungskompetenz des BVerfG auf Akte der deutschen Staatsgewalt beschränkt ist. Verordnungen des Rates seien Akte einer von der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten deutlich verschiedenen „supranationalen“ öffentlichen Gewalt.³⁰³ Auch fehlende Rechtsschutzmöglichkeiten auf Gemeinschaftsrechtsebene änderten daran nichts. Denn die Zuständigkeiten des BVerfG könnten durch kein noch so dringendes rechtspolitisches Bedürfnis erweitert werden.³⁰⁴ **147**

³⁰⁰ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (1270) – Costa/ENEL; Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135, Rn. 3) – Internationale Handelsgesellschaft; Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839 (1871, Rn. 31 ff.) – Costanzo (hier nur allgemein zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts).

³⁰¹ Zur Rechtsprechung der Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten am Beispiel Frankreichs s. *Mayer/Lenski/Wendel*, EuR 2008, 63 ff.

³⁰² Diese ist nachgezeichnet bei *Hofmann*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1207 ff.

³⁰³ BVerfGE 22, 293 (295 f.).

³⁰⁴ BVerfGE 22, 293 (298).

c) Wende durch die „Solange I“-Entscheidung

- 148** Im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG entschied das BVerfG dann einige Jahre später grundlegend anders. Auch hier bestand allein auf der Grundlage der einschlägigen Zuständigkeitsnormen wie im oben genannten Fall der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen einen Gemeinschaftsrechtsakt keine Prüfungskompetenz des BVerfG. Denn nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG ist die Vorlage durch die Instanzgerichte auf die von dem deutschen Gesetzgeber erlassenen Gesetze beschränkt. Danach unterliegen Gemeinschaftsrechtsakte nicht der Überprüfung durch das BVerfG.
- 149** Das Verfassungsgericht hat jedoch in der *Solange I*-Entscheidung seine Prüfungskompetenz, gestützt auf die Besonderheiten des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, erweitert und insoweit die Regelungen des Normenkontrollverfahrens im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung modifiziert.³⁰⁵ Die Besonderheiten hat das Gericht darin gesehen, dass die damals auch im Hinblick auf die europäische Ebene noch in Art. 24 GG³⁰⁶ verankerte Kompetenz zur Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen nicht vorbehaltlos sei.³⁰⁷ Zu den unverzichtbaren Essentialia der deutschen Verfassung gehörten die Grundrechte.³⁰⁸ Solange der Integrationsprozess der Gemeinschaft noch nicht so weit fortgeschritten sei, dass das Gemeinschaftsrecht über einen geschriebenen Grundrechtekatalog verfüge, sei bei Zweifeln über die Vereinbarkeit von Gemeinschaftsrecht mit den Grundrechten des Grundgesetzes deshalb eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zulässig und geboten.³⁰⁹

d) Ausreichender gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz (Solange II)

- 150** Nachdem es zwischenzeitlich bereits ein Abrücken von der *Solange I*-Entscheidung angedeutet hatte,³¹⁰ vollzog das BVerfG in der *Solange II*-Entscheidung eine Kehrtwende. Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung des BVerwG brauchte das Gericht nicht näher auf die einschlägige verfahrensrechtliche Kompetenznorm des § 90 BVerfGG einzugehen. Diese bereitete keine Probleme, da mit einem Urteil des BVerwG unzweifelhaft ein Akt deutscher öffentlicher Staatsgewalt vorlag. Die Verknüpfung mit dem Gemeinschaftsrecht ergab sich dadurch, dass das BVerwG seiner Entscheidung die Auslegung einer Gemeinschaftsnorm durch den EuGH zugrunde legte, durch die der Beschwerdeführer seine Grundrechte verletzt sah.

³⁰⁵ Diese Rechtsfortbildung erklärten die Richter *Rupp*, *Hirsch* und *Wand* in ihrem Sondervotum ausdrücklich für unzulässig, BVerfGE 37, 291 (300 ff.); abl. zu dieser verfahrensrechtlichen Ausdehnung der Prüfungskompetenzen auch *Ost*, NVwZ 2001, 399 (402).

³⁰⁶ Art. 23 GG n. F.

³⁰⁷ BVerfGE 37, 271 (280).

³⁰⁸ BVerfGE 37, 271 (280).

³⁰⁹ BVerfGE 37, 271 (285).

³¹⁰ Vgl. BVerfGE 52, 187 (202 f.). Deshalb wurde diese Entscheidung vielfach auch „Vielleicht“-Entscheidung genannt, so etwa bei *Hofmann*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1207 (1209).

Trotz Erfüllen der Voraussetzungen des § 90 BVerfGG erklärte das BVerfG die Verfassungsbeschwerde aber für unzulässig, weil sie eine Prüfung des Gemeinschaftsrechts am Maßstab der Grundrechte erforderte, die das Gericht nunmehr nicht mehr für zulässig hielt. Nach ausführlicher Darstellung und Bewertung der Entwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes durch die Rechtsprechung des EuGH³¹¹ kam das BVerfG zu dem Ergebnis, dass das Verfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht nicht mehr ausüben werde, solange auf Gemeinschaftsebene ein wirksamer Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleistet ist, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleichzuachten ist.³¹² 151

e) Kooperationsverhältnis zwischen BVerfGE und EuGH („Maastricht“) 152

Im Rahmen der Verfassungsbeschwerden gegen das Zustimmungsgesetz zum Maastrichter Vertrag und die damit zusammenhängende Verfassungsänderung hat das BVerfG noch einmal seine grundsätzliche Kompetenz zur Überprüfung von Gemeinschaftsrechtsakten bekräftigt. Auch hier setzt sich das Gericht ausdrücklich über die im Grundgesetz und dem BVerfGG enthaltene Beschränkung der Prüfungskompetenz auf Akte deutscher Staatsgewalt hinweg.³¹³ Allerdings ist seine Begründung hier eine andere. Es stützt seine Prüfungskompetenz für Gemeinschaftsrechtsakte darauf, dass es den Grundrechtsschutz in Deutschland und insoweit nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen zu sichern habe.³¹⁴ Allerdings übe es seine Gerichtsbarkeit im Rahmen eines „Kooperationsverhältnisses“ mit dem EuGH aus. Dabei werde der Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft durch den EuGH garantiert, während das BVerfG sich auf eine generelle Beschränkung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränken könne. An dieser Stelle greift das Gericht die Formulierungen der *Solange II*-Entscheidung auf und bestätigt sie damit. 153

Mit der Formel des Grundrechtsschutzes in Deutschland hat das BVerfG seine Prüfungskompetenz über die ausdrücklichen Zuweisungen im Grundgesetz und im BVerfGG hinaus erheblich erweitert.³¹⁵ Danach besteht eine grundsätzliche Prü-

³¹¹ BVerfGE 73, 339 (378 ff.).

³¹² BVerfGE 73, 339 (387).

³¹³ Insoweit weicht es auch ausdrücklich von seiner eigenen Rechtsprechung in BVerfGE 58, 1 (26 f.) ab. In der *Eurocontrol*-Entscheidung hatte das BVerfG festgestellt, dass die Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG nur gegenüber Eingriffen durch die deutsche Staatsgewalt gelte und in der Folge eine Verfassungsbeschwerde nur gegen Akte der deutschen öffentlichen Gewalt zulässig sei. Gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 19 Abs. 4 GG aufgrund der *Maastricht*-Entscheidung aber Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 178 ff.; Frenz, Der Staat 34 (1995), 586 ff.

³¹⁴ BVerfGE 89, 155 (175).

³¹⁵ Für Irritationen gesorgt hat neben dieser Aussage auch die vom BVerfG an anderer Stelle angenommene Prüfungszuständigkeit über die Einhaltung der von den europäischen Einrichtungen und Organe in Anspruch genommenen Kompetenzen, vgl. BVerfGE 89, 155 (188). Krit. dazu etwa Everling, JZ 2000, 217 (225 f.).

fungskompetenz nicht nur für Rechtsakte der Europäischen Union, sondern allgemein gegenüber Akten supranationaler Organisationen. Insoweit hat das Gericht die Begründung der *Solange II*-Entscheidung ergänzt.

- 154 Offen ist nach dieser Formel aber, wann genau der Grundrechtsschutz aktiviert wird. Da ein rein territorialer Anknüpfungspunkt willkürlich erscheint, entspricht es der Zielsetzung des BVerfG mehr, auf die Auswirkungen einer Entscheidung in die deutsche (Grund-)Rechtsordnung abzustellen.³¹⁶ Das BVerfG hat seine Formel inzwischen auch dahin gehend konkretisiert. Danach ist entscheidend, ob der konkret angegriffene Rechtsakt der supranationalen Organisation in der innerstaatlichen Rechtsordnung gegenüber den Grundrechtsberechtigten Rechtswirkungen erzeugt.³¹⁷

f) Bestätigung der Rechtsprechung in der Bananenmarkt-Entscheidung

- 155 Zuletzt hat das BVerfG seine Rechtsprechungslinie in der *Bananenmarkt*-Entscheidung bestätigt und zusätzlich hohe Anforderungen an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde oder einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG gestellt. Konkret hatte das vorlegende Gericht die Frage nach der Vereinbarkeit einer Gemeinschaftsverordnung mit den Grundrechten des Grundgesetzes gestellt. Das BVerfG ist hier ausdrücklich von einer analogen Anwendung des Art. 100 Abs. 1 GG ausgegangen, die es erlaubt, auch Gemeinschaftsrecht zur Überprüfung vorzulegen.³¹⁸
- 156 Gleichzeitig hat es die Anforderungen an die Begründung einer solchen Vorlage verdeutlicht. Die Begründung des nationalen Gerichts oder einer Verfassungsbeschwerde müsse im Einzelnen darlegen, dass der als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet sei. Dazu sei eine Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene erforderlich, und zwar in der Art und Weise, wie das BVerfG dies in der *Solange II*-Entscheidung getan habe.³¹⁹

g) Weitgehende Rücknahme der Prüfungskompetenz

- 157 Im Ergebnis hat das BVerfG seine Prüfungskompetenz zur Vereinbarkeit von Gemeinschaftsrecht am Maßstab der deutschen Grundrechte – und zwar sowohl im Falle der unmittelbaren Anwendung als auch bei Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Normen durch die deutsche Staatsgewalt – in weitem Umfang zurückgenommen. Die hohen Begründungsanforderungen an die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen sind praktisch kaum zu erfüllen,³²⁰ so dass das Verhältnis zwischen dem EuGH und dem BVerfG (vorerst) im Sinne eines Vorrangs des EuGH geklärt ist.

³¹⁶ Dazu ausführlich Walter, AöR 129 (2004), 39 (47 ff.).

³¹⁷ BVerfG, DVBl. 2001, 1130 (1131).

³¹⁸ BVerfGE 102, 147 (161) – Bananenmarkt.

³¹⁹ BVerfGE 102, 147 (164) – Bananenmarkt.

³²⁰ Vgl. zur EmissionshandelsRL 2003/87/EG BVerfG, NVwZ 2007, 942 (942).

Dogmatisch ist die Argumentationslinie des BVerfG angreifbar, und zwar sowohl aus Sicht des nationalen als auch des Europarechts. Die Prüfungskompetenz wird über den klaren Wortlaut der einschlägigen nationalen Regelungen des materiellen und des Verfahrensrechts ausgedehnt. Gleichzeitig wird das grundlegende Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ignoriert. Auch werfen die vom BVerfG entwickelten Zulässigkeitsanforderungen für eine Eröffnung seiner Prüfungskompetenz Fragen hinsichtlich ihrer praktischen Anwendung auf. So hat das Gericht offengelassen, ob der Vergleich zwischen europäischem und nationalem Grundrechtsschutz sich nur auf den Schutzbereich oder auch auf die Schranken der Grundrechte bezieht und inwieweit Unterschiede hier verrechnet werden können.³²¹ Dass die Entscheidung des BVerfG dennoch so positiv aufgenommen wurde,³²² mag an der Erleichterung darüber liegen, dass die Gefahr einer Dauerkonfrontation zwischen dem EuGH und dem BVerfG³²³ gebannt scheint.³²⁴ 158

h) Reservekompetenz bei Umsetzung zwingenden Europarechts?

Insgesamt hat das BVerfG seine Prüfungskompetenz für Sekundärrecht und seine Anwendung durch die deutsche Staatsgewalt am Maßstab der deutschen Grundrechte auf eine Reservekompetenz zurückgenommen. Es stellt sich weiter gehend die Frage, ob dies nicht auch im Hinblick auf die Prüfung nationaler Umsetzungsakte gelten muss. Für die Umsetzung von Richtlinien ist dies in der jüngeren Kammerrechtsprechung des BVerfG bereits seit längerem anerkannt.³²⁵ Auch wenn Richtlinien nicht unmittelbar wirksam sind und einer Umsetzung in nationales Recht bedürfen, sind danach Umsetzungsakte, soweit sie zwingend aus dem Gemeinschaftsrecht folgen, ebenso wenig wie das Gemeinschaftsrecht selbst am Maßstab deutscher Grundrechte zu prüfen.³²⁶ Umgekehrt folgt daraus, dass bei vorhandenen Umsetzungsspielräumen deutsche Rechtsakte an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen werden können.³²⁷ 159

Eine Gelegenheit für das BVerfG, diese Frage im Rahmen einer Senatsentscheidung zu erörtern, bot sich schon 2005 im Zusammenhang mit einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Auslieferungsentscheidung auf der Grundlage des Europäischen Haftbefehlsgesetzes (EuHbG).³²⁸ Das EuHbG wurde in Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf der Grundlage des Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. b) EUV (a.F.) erlassen. Nach dieser Vorschrift sind Rah- 160

³²¹ Vgl. die Kritik bei *Nettesheim*, NVwZ 2002, 932 (933 f.).

³²² Vgl. *Classen*, JZ 2000, 1157 ff.; *Mayer*, EuZW 2000, 685 (688).

³²³ Zu dieser Befürchtung *Heintzen*, AöR 119 (1994), 564 (578 ff.); *Nicolaysen*, EuR 2000, 495 (496 f., 508 f.).

³²⁴ S. nur *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2002, 473 (476); *Hofmann*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1207 (1222); *Masing*, NJW 2006, 264 (264 f.).

³²⁵ BVerfG, NVwZ 1993, 883 (883); NJW 2001, 1267 (1268); NVwZ 2004, 1346 (1346 f.).

³²⁶ BVerfG, NJW 2001, 1267 (1268); NVwZ 2004, 1346 (1346 f.).

³²⁷ BVerwGE 124, 47 (63); *Pernice*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 30; Art. 23 Rn. 67; *Streinz*, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, § 182 Rn. 33, 67, 75; *Frenz*, Verw-Arch. 2003, 345 (364).

³²⁸ BVerfGE 113, 273 ff.

menbeschlüsse den Richtlinien vergleichbar. Wie diese sind sie für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen diesen jedoch Form und Mittel der Umsetzung. Lediglich ihre unmittelbare Wirksamkeit ist ausgeschlossen.

- 161** Aufgrund dieser Parallelen war es naheliegend, die Anwendung der Kammerrechtsprechung auch auf das EuHbG zumindest zu prüfen. Doch hat der Zweite Senat des BVerfG die Frage seiner Prüfungskompetenz überhaupt nicht erörtert und das EuHbG wegen Verstoßes gegen Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG für nichtig erklärt.³²⁹ Dabei hat es maßgeblich auf die für den deutschen Gesetzgeber bestehenden Umsetzungsspielräume abgestellt, die grundrechtschonend auszufüllen seien.³³⁰ Demgegenüber wurde das EuHbG in der Lit. als Anwendungsfall eines europarechtlich zwingend vorgegebenen Umsetzungsakts mit der Folge einer mangelnden Prüfungskompetenz des BVerfG bewertet.³³¹

j) Klärung durch den Emissionshandel-Beschluss

- 162** Im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens gegen § 12 ZuG 2007 hat der Erste Senat des BVerfG nunmehr ausdrücklich festgestellt, dass die Rücknahme seiner Prüfungskompetenz gegenüber Gemeinschaftsrecht nicht nur im Hinblick auf Verordnungen eingreift, sondern auch für innerstaatliche Rechtsvorschriften gilt, die zwingende Vorgaben einer Richtlinie umsetzen.³³² Bezogen auf das ZuG 2007 hat das Gericht eine vollumfängliche Prüfungskompetenz angenommen, soweit es zwar auf der EmissionshandelsRL 2003/87/EG³³³ beruhe, aber die in § 12 ZuG getroffene Regelung in der Richtlinie ausdrücklich in das Gestaltungsmessen der Mitgliedstaaten gestellt worden sei.³³⁴
- 163** Mit dieser Entscheidung wird das Verhältnis zwischen nationalen und europäischen Grundrechten als geklärt betrachtet.³³⁵ In Anpassung an die Rechtsprechung des EuGH hat das BVerfG seine Prüfungskompetenz zurückgenommen und prüft Europarecht und zwingend vorgegebene nationale Ausführungsakte nur dann am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, wenn geltend gemacht wird, dass der unabdingbare Grundrechtsschutz auf der Ebene des Europarechts generell nicht gewährleistet ist.

³²⁹ BVerfGE 113, 273 (292 ff.); krit. dazu *Vogel*, JZ 2005, 801 (805).

³³⁰ BVerfGE 113, 273 (300 f.).

³³¹ *Gas*, EuR 2006, 285 (294); *Masing*, NJW 2006, 264 (265 ff.) – Er hat diese Auffassung auch als Bevollmächtigter der Bundesregierung in dem Verfahren vor dem BVerfG vertreten, vgl. BVerfGE 113, 273 (283 f.).

³³² BVerfGE 118, 79 (95 f.).

³³³ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates, ABl. L 275, S. 32; zuletzt geändert durch RL 2004/101/EG, ABl. 2004 L 338, S. 18.

³³⁴ BVerfGE 118, 79 (98).

³³⁵ So die Feststellung von *Schmahl*, EuR 2008, Beiheft 1, 7 (18).

§ 5 Europäische Grundrechte und nationales Recht

A. Bezugnahme in der Charta auf mitgliedstaatliches Recht

Während die Präambel die Verfassungen der Mitgliedstaaten als Erkenntnisquelle für die Chartarechte aufführt, wird in vielen Gewährleistungen der Charta in unterschiedlicher Weise auf das einfache Recht der Mitgliedstaaten Bezug genommen. **164**

Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund für die Verweise waren die Diskussionen um die Aufnahme von Gewährleistungen in die Charta zu Lebensbereichen, für die eine gemeinschaftsrechtliche Regelungskompetenz fehlte. Konkret handelte es sich um die in Art. 9 (Eheschließung und Gründung einer Familie) und Art. 28 (Kollektivverhandlungen und Streik- und Aussperrungsrecht) EGRC gewährten Rechte. Von Teilen des Grundrechtekonvents wurde aus diesen kompetentiellen Gründen die Möglichkeit zur Aufnahme dieser Rechte bestritten. Demgegenüber wollte das Präsidium an einem thematisch vollständigen Grundrechtekatalog festhalten und nahm sozusagen als Kompromisslösung die Verweise auf die einzelstaatlichen Gesetze auf.³³⁶ In den weiteren Verhandlungen wurde dieser Verweis dann auch in andere Gewährleistungen aufgenommen, wenn auch aus anderen Motiven. In dem mit „Solidarität“ überschriebenen Titel IV sollten damit Ängste vor überbordenden sozialen Rechten ausgeräumt werden.³³⁷ **165**

B. Verschiedene Arten von Verweisen

I. Verweis auf einzelstaatliche Gesetze

Zunächst sind hier die Chartarechte zu nennen, die auf Regelungen in einzelstaatlichen Gesetzen hinweisen. Dies ist im Rahmen des Art. 9 und Art. 10 Abs. 2 EGRC der Fall. **166**

Art. 9 EGRC gewährleistet das Recht, eine Ehe einzugehen und das Recht, eine Familie zu gründen, nach den einzelstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieser Rechte regeln. Mit dieser Formulierung wird die Ausgestaltung dieser Rechte etwa durch Vorschriften zu Voraussetzungen und Wirkungen der Eheschließung oder durch die Statuierung von Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Familienmitgliedern den nationalen Gesetzgebern überlassen. Daraus resultiert ein großer Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten, aber kein völliges Fehlen eines normativen Gehalts. So bildet Art. 9 EGRC eine institutionelle Garantie von Ehe und Familie mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten Ehe und Familie in ihrem Recht vorsehen müssen.³³⁸ **167**

³³⁶ Vgl. dazu *Ladenburger*, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, S. 83 (96).

³³⁷ Dazu näher Rn. 3533 ff.

³³⁸ Näher dazu u. Rn. 1496 ff.

- 168** Nach Art. 10 Abs. 2 EGRC wird das Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen nach einzelstaatlichen Gesetzen anerkannt, welche die Ausübung dieses Rechts regeln. Dieser Verweis auf die mitgliedstaatlichen Gesetze formuliert keinen bloßen Ausgestaltungsvorbehalt, sondern überantwortet schon die Anerkennung des Rechts auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen den nationalen Gesetzgebern. Insoweit bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, ein solches Recht anzuerkennen oder es abzulehnen.³³⁹

II. Einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

- 169** In zahlreichen Vorschriften der Charta wird auf „einzelstaatliche Vorschriften und Gepflogenheiten“ verwiesen. Dieser Verweis ist umfassender als derjenige auf die einzelstaatlichen „Gesetze“. Die weite Formulierung ist der ESC³⁴⁰ entnommen. Damit sollte sichergestellt werden, dass auch untergesetzliche Normen oder Tarifvertragsrecht bis hin zu Gepflogenheiten der Tarifpartner miteinbezogen werden können.³⁴¹
- 170** Ein solcher weitgefasster Verweis findet sich etwa bei der Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 EGRC. Bei dieser der bereits als Grundrecht anerkannten Berufsfreiheit entnommenen Freiheit handelt es sich jedoch nicht um einen Ausgestaltungsvorbehalt, der den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum bei der Anerkennung des Rechts der Unternehmensfreiheit lässt. Vielmehr muss jegliche mitgliedstaatliche Konkretisierung dem Maßstab des Art. 52 Abs. 1 EGRC genügen.³⁴²
- 171** Demgegenüber sind die unter Titel IV in den sozialen Grundrechten enthaltenen Verweise auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten sehr viel weitgehender zu verstehen. Wenn etwa in Art. 30 EGRC jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung eingeräumt wird, so ist die Ausgestaltung des Kündigungsschutzes im Einzelnen – wozu auch die Rechtsfolgen gehören – den Mitgliedstaaten überlassen. Einzig die Entscheidung, überhaupt Kündigungsschutz zu gewähren, ist den Mitgliedstaaten durch die Charta vorgegeben.³⁴³ Gleiches gilt für den identischen Vorbehalt in Art. 34 Abs. 1, 2 und 3 EGRC oder Art. 35 EGRC.³⁴⁴
- 172** Teilweise wird neben den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten auch auf das Unionsrecht verwiesen.³⁴⁵ Diese Ergänzung war für die Lebensbereiche notwendig, für die auch Gesetzgebungskompetenzen der Union bestehen. Für diese Gebiete musste sichergestellt werden, dass nur solche einzel-

³³⁹ Dazu Rn. 1547, 1590 f.

³⁴⁰ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

³⁴¹ *Ladenburger*, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, S. 83 (97).

³⁴² Dazu noch u. Rn. 180 f. Ausführlich zum allgemeinen Gesetzesvorbehalt in Art. 52 Abs. 1 EGRC Rn. 601 ff.

³⁴³ Dazu Rn. 3841.

³⁴⁴ S. Rn. 4106 ff., 4255 ff.

³⁴⁵ Art. 16, 27, 28, 30, 34 Abs. 1-3 EGRC.

staatlichen Normen und Gepflogenheiten berücksichtigt werden, die auch mit den unionsrechtlichen Regelungen in Einklang stehen.³⁴⁶

III. Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten

Schließlich enthält die Charta in Art. 41 Abs. 3 einen Verweis auf allgemeine Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Abweichend von den bisher genannten Verweisen wird hier nicht die jeweilige einzelstaatliche Rechtsordnung zum Maßstab gemacht, sondern parallel zur Präambel oder zu Art. 52 Abs. 4 EGRC werden hierin Regelungen der Mitgliedstaaten insgesamt in den Blick genommen. Abweichend von Art. 52 Abs. 4 EGRC dient Art. 41 Abs. 3 EGRC jedoch nicht der Rezeption des Haftungsrechts der Mitgliedstaaten. Vielmehr ist er als Auftrag an den EuGH zu verstehen, in richterlicher Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf die Regelungen der Mitgliedstaaten ein europarechtliches Haftungsrecht zu entwickeln.³⁴⁷ 173

C. Die allgemeine Verweisungsklausel des Art. 52 Abs. 6 EGRC

I. Auslegung der Klausel

In Art. 52 Abs. 6 EGRC enthält die Charta auch eine allgemeine Regelung, nach der den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, wie es in der Charta bestimmt ist, in vollem Umfang Rechnung zu tragen ist. Nach den Chartaerläuterungen bezieht sich diese Vorschrift auf die verschiedenen Artikel der Charta, in denen auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten verwiesen wird. Danach kommt ihr nur ein deklaratorischer Charakter zu.³⁴⁸ Der genaue Inhalt des Verweises ist danach für jede Norm getrennt zu bestimmen und kann insoweit auch unterschiedlich sein. 174

Eine solche Auslegung, die den konkreten Gehalt eines Teils der Chartagrundrechte mitgliedstaatlicher Regelungskompetenz unterwirft, wird für unvereinbar mit dem Charakter der Charta als supranationale, auf eine einheitliche Anwendung angelegte Rechtsordnung gehalten. Deshalb soll bei der Auslegung der Verweise zu unterscheiden sein.³⁴⁹ Geht es um die Anwendung der Charta durch die Unionsorgane und -einrichtungen, sollen die Verweise lediglich als Aufforderung an den EuGH zu verstehen sein, den Gehalt des jeweiligen Chartarechts im Wege wertender Rechtsvergleichung zu ermitteln. Bei der Anwendung der Charta auf 175

³⁴⁶ So explizit Art. 36 EGRC.

³⁴⁷ Näher dazu Rn. 4592 ff.

³⁴⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35); zust. Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 46.

³⁴⁹ Ladenburger, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, S. 83 (98 ff.).

mitgliedstaatliches Handeln könne den Mitgliedstaaten nicht bereits auf der Schutzbereichsebene eine Ausgestaltungskompetenz zugebilligt werden. Die Anerkennung unterschiedlicher Schutzgehalte je nach Mitgliedstaat widerspreche dem Charakter der Charta als autonome Unionsrechtsordnung. Deshalb müsse der Schutzgehalt unionsweit einheitlich sein, mitgliedstaatliche Besonderheiten könnten lediglich auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Tragen kommen.³⁵⁰

- 176** Zwar stehen die Verweise auf das mitgliedstaatliche Recht in einem Spannungsverhältnis zu dem Grundsatz der einheitlichen Geltung des Unionsrechts. Dieser Grundsatz wird aber auch im Bereich der Grundfreiheiten nicht strikt durchgehalten. So liegt im Rechtfertigungsgrund der „öffentlichen Sicherheit“ eine Einbruchsstelle für unterschiedliche mitgliedstaatliche Vorstellungen.³⁵¹
- 177** Im Bereich der Grundrechte kann unter Rückgriff auf diesen Grundsatz nicht die differenzierte Formulierung der Vorbehalte in den einzelnen Chartarechten überspielt werden. So wird in Art. 9 EGRC das Recht auf Ehe und Familie nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet, welche die Ausübung dieser Rechte regeln. In dieser Formulierung ist angelegt, dass die Mitgliedstaaten Ehe und Familie als Institute anerkennen müssen, die Ausgestaltung im Einzelnen jedoch ihnen obliegt. Davon unterscheidet sich der Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 EGRC. Danach wird das Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen nach Maßgabe der einzelstaatlichen Gesetze anerkannt, d.h. hier wird bereits die Existenz eines solchen Rechts der Entscheidung der Mitgliedstaaten überlassen.³⁵²
- 178** Weiterhin kann die in Art. 52 Abs. 1 EGRC angelegte Differenzierung zwischen der Anwendung des Unionsrechts durch die Organe und Einrichtungen der Union und der Ausführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten nicht für ein differenziertes Verständnis der Bedeutung des Art. 52 Abs. 6 EGRC herangezogen werden. Denn Art. 52 Abs. 1 EGRC behandelt die Anwendbarkeit der Chartarechte, beeinflusst aber nicht ihre Auslegung.
- 179** Dass die in der Charta formulierten Grundrechte aufgrund der Vorbehalte zugunsten des mitgliedstaatlichen Rechts nicht unionsweit einheitlich gelten, war ein Zugeständnis des Konvents an die Mitgliedstaaten und letztlich der Preis für die Konsensfähigkeit der Charta. Diese Entscheidung kann ex post nicht durch den Rückgriff auf die allgemeine Klausel des Art. 52 Abs. 6 EGRC rückgängig gemacht werden. Angesichts differierender Formulierungen muss für jedes Recht die Bedeutung des Verweises einzeln ermittelt werden. Deshalb ist es auch zu weitgehend, aus Art. 52 Abs. 6 EGRC zu folgern, dass Schutzbereich und Schranken generell in vollem Umfang in der Hand der Mitgliedstaaten bleiben.³⁵³ Art. 52 Abs. 6 EGRC kommt nur deklaratorische Bedeutung zu.

³⁵⁰ *Ladenburger*, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, S. 83 (99 f.); in diese Richtung auch *Röder*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 101.

³⁵¹ Vgl. dazu EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9652, Rn. 31; 9654, Rn. 39) – *Omega*.

³⁵² S. bereits vorstehend Rn. 168.

³⁵³ So aber *Dorf*, JZ 2005, 126 (130).

II. Verhältnis zum Gesetzesvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 EGRC

Fraglich ist, ob Art. 52 Abs. 6 EGRC durch den Verweis auf einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten den in Art. 52 Abs. 1 EGRC verankerten Gesetzesvorbehalt relativiert und Grundrechtseingriffe auch aufgrund von Regelungen unterhalb der Gesetzesebene oder gar aufgrund von „Gepflogenheiten“ rechtfertigt. Ein solches Verständnis geht aber über den Sinn und Zweck des Art. 52 Abs. 6 EGRC weit hinaus. Durch die Übernahme der Formulierung aus der ESC³⁵⁴ sollte lediglich eine breite Berücksichtigung einzelstaatlicher Ausgestaltungen in den Lebensbereichen, in denen mitgliedstaatliche Kompetenzen bestehen und somit auf der Ebene der Schutzbereiche ermöglicht werden.³⁵⁵ **180**

Auch fordert eine effektive Gewährung von Grundrechten eine generelle Geltung der in Art. 52 Abs. 1 EGRC formulierten Schranken,³⁵⁶ sofern nicht die speziellen Regeln nach Art. 52 Abs. 2 bzw. 3 EGRC eingreifen,³⁵⁷ die aber weitestgehend gleichwertig sind.³⁵⁸ Insoweit lässt Art. 52 Abs. 6 EGRC den Gesetzesvorbehalt in Art. 52 Abs. 1 und auch Abs. 2 sowie Abs. 3 EGRC unberührt.³⁵⁹ **181**

§ 6 Europäische Grundrechte und sonstiges Unionsrecht

A. Regelungen in der Charta und in den Verträgen

I. Art. 6 Abs. 1 EUV

In dem durch den Reformvertrag von Lissabon neu gefassten Art. 6 Abs. 1 EUV ist zum einen ein ausdrückliches Bekenntnis der Union zu den in der EGRC niedergelegten Grundrechten enthalten. Darüber hinaus wird die Charta – obwohl nicht im Vertragstext, sondern in einem eigenständigen Dokument enthalten – mit den Verträgen, d.h. dem EUV und dem AEUV rechtlich gleichgestellt. Damit wird die Charta als Bestandteil des Primärrechts anerkannt.³⁶⁰ **182**

³⁵⁴ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

³⁵⁵ *Ladenburger*, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, S. 83 (101 f.) – unter Verweis auf das Sozialrecht; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 484 unter Bezug auf EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Höchchst, wonach die Geltung eines Gesetzesvorbehaltes bei den Gemeinschaftsgrundrechten zum *acquis communautaire* gehört.

³⁵⁶ *V. Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 30.

³⁵⁷ Letztere etwa für Art. 9 EGRC, der Art. 12 EMRK nachgebildet ist.

³⁵⁸ S. Rn. 48 f., 184.

³⁵⁹ So auch *Röder*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 102 f.

³⁶⁰ *K.H. Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, 2008, S. 115; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 98.

II. Art. 52 Abs. 2 EGRC

- 183** Auch die Charta enthält in ihrem Allgemeinen Teil eine Regelung, die das Verhältnis der Chartagrundrechte zu dem in den Verträgen enthaltenen Primärrecht, und zwar insbesondere zu den Grundfreiheiten betrifft. Nach Art. 52 Abs. 2 EGRC erfolgt die Ausübung der durch die Charta anerkannten Rechte, die auch in den Verträgen geregelt sind, im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen.³⁶¹

1. Hintergrund der Vorschrift

- 184** Der Grundrechtekonvent wollte auch die bereits im Primärrecht verankerten Rechte in die Charta aufnehmen, um sie zu betonen und auch um die Charta abzurunden.³⁶² Dies führte zu einer Verdoppelung von Rechten, die aber inhaltlich deckungsgleich ausgelegt werden müssen, da der Konvent den bisherigen „acquis“ weder ändern durfte noch wollte.³⁶³ Um eine divergierende Auslegung zu verhindern, musste klargestellt werden, dass die sich entsprechenden Rechte auch identisch auszulegen sind. Damit stellt Art. 52 Abs. 2 EGRC auch eine *lex specialis* zu Art. 52 Abs. 1 EGRC dar.³⁶⁴

2. Anwendungsbereich

a) *Regelung in den Verträgen*

- 185** Nach Art. 52 Abs. 2 EGRC erfasst der Verweis nur die Rechte, die bereits in den Verträgen, d.h. im EU/EUV, EG/AEUV oder EAG geregelt sind. Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, dass eine Regelung in den Verträgen selbst erforderlich ist. Insoweit ist eine Herleitung aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen über die Verweisungsnorm des Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV nicht ausreichend.³⁶⁵
- 186** Auch eine Verankerung ausschließlich im Sekundärrecht genügt insoweit nicht. Dagegen spricht die Entwicklung des Wortlauts des Art. 52 Abs. 2 EGRC. Abweichend von der 2000 proklamierten Charta der Grundrechte der Union, in der noch von den „Rechte(n), die in den Gemeinschaftsverträgen oder im Vertrag über die Europäische Union begründet sind“ die Rede war,³⁶⁶ verwies bereits Art. II-112 Abs. 2 VE auf die Rechte, „die in anderen Teilen der Verfassung geregelt sind“.³⁶⁷ Die Formulierung „begründet“ kann noch i.S.v. „seinen Ursprung habend“ ausgelegt werden, so dass dieser Verweis auch als das Sekundärrecht erfas-

³⁶¹ Näher zur Auslegung dieser Vorschrift sogleich Rn. 185 ff.

³⁶² Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 24.

³⁶³ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 24.

³⁶⁴ Dazu auch u. Rn. 544 ff.

³⁶⁵ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 25.

³⁶⁶ Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 47.

³⁶⁷ ABl. 2004 C 310, S. 41 (53).

send ausgelegt werden konnte, das seine Rechtsgrundlage in einschlägigem Primärrecht hat.³⁶⁸ Eine solche Auslegung ist mit der jetzigen Fassung und dem Erfordernis der Regelung in den Verträgen nicht mehr vereinbar.³⁶⁹

b) „Rechte“

Weiterhin muss der primärrechtlichen Regelung selbst subjektiv-rechtlicher Charakter zukommen.³⁷⁰ Insoweit ist es nicht ausreichend, wenn im Primärrecht lediglich eine Kompetenznorm enthalten ist, auf deren Grundlage im Sekundärrecht ein Anspruch formuliert wird.³⁷¹ Ansonsten würde der Gehalt von Chartarechten sekundärrechtlich bestimmt so, dass die Chartarechte ihre Maßstabwirkung verlieren würden.³⁷² **187**

3. Umfang der Verweisung

a) Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs

Sozusagen auf der Rechtsfolgenseite der Verweisung des Art. 52 Abs. 2 EGRC³⁷³ wird angeordnet, dass die Ausübung der Rechte „im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen“ erfolgt. Damit wird auf den Schutzbereich und die Einschränkungsmöglichkeiten verwiesen, die für die in den Verträgen verankerten parallelen Rechte bestehen. **188**

Offen bleibt danach, ob auch das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs als ungeschriebene, der Schutzbereichsebene zuzuordnende Anwendbarkeitsvoraussetzung der Grundfreiheiten³⁷⁴ mit erfasst wird. Dagegen lässt sich der Wortlaut der Charta etwa in Art. 15 Abs. 2 EGRC anführen, in dem ein solches Erfordernis fehlt.³⁷⁵ Andererseits ist die Formulierung der „Bedingungen und Grenzen“ so offen, dass der Wortlaut einer Einbeziehung auch nicht entgegensteht.³⁷⁶ Zwar ist dieses Erfordernis nicht ausdrücklich in den Grundfreiheiten formuliert, doch ist es aus dem Wortlaut der Grundfreiheiten selbst und somit aus dem Primärrecht ableitbar, wie etwa bei der Warenverkehrsfreiheit in Art. 28 ff. **189**

³⁶⁸ So *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 283.

³⁶⁹ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 25.

³⁷⁰ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 25; *Pietsch*, Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta, 2005, S. 144; a.A. *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 279 f., die Art. 52 Abs. 2 – über den Wortlaut hinaus – auch auf objektive Grundsätze anwenden will.

³⁷¹ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 25; v. *Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 48; *Dorf*, JZ 2005, 126 (128).

³⁷² V. *Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 48; *Dorf*, JZ 2005, 126 (128).

³⁷³ Vgl. o. Rn. 59.

³⁷⁴ Zur Verortung dieser Voraussetzung auf der Schutzbereichsebene s. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 373 f.

³⁷⁵ *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 563 (568).

³⁷⁶ *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 272.

EG/34 ff. AEUV, in der von Ein- und Ausfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten die Rede ist.³⁷⁷

- 190** Auch Sinn und Zweck des Art. 52 Abs. 2 EGRC sprechen für eine Geltung des grenzüberschreitenden Bezugs. Die Charta sollte nur den geltenden „acquis“ abbilden und dieser wird nicht nur durch den Vertrag selbst, sondern auch durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt. Nach dieser Rechtsprechung stellt der grenzüberschreitende Bezug eine seit langem anerkannte ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung der Grundfreiheiten dar.³⁷⁸ Insoweit ist davon auszugehen, dass auch dieses ungeschriebene Erfordernis von dem Verweis des Art. 52 Abs. 2 EGRC mitumfasst wird.³⁷⁹ So ist auch die Strukturgleichheit zu Art. 52 Abs. 3 und 4 EGRC gewahrt, die gleichfalls nicht eingeschränkt formuliert und daher umfassend zu verstehen sind.

b) Einbeziehung des Sekundärrechts

- 191** Damit noch nicht geklärt ist, inwieweit hier auch sekundärrechtlich geregelte Ausübungs- und Schrankenregelungen mit einbezogen werden. Nach dem Wortlaut dürfen nur in den Verträgen selbst festgelegte Bedingungen und Grenzen herangezogen werden. Dies kann aber nicht für diejenigen Rechte gelten, für die in den Verträgen selbst auf das Sekundärrecht verwiesen wird, das dann entsprechende Vorbehalte konkretisiert.³⁸⁰ Denn insoweit ordnet das Primärrecht selbst die Anwendung sekundärrechtlicher Ausgestaltungsregelungen an. Daraus ergibt sich erst das jeweilige Recht in vollem Umfang. Das Sekundärrecht erfüllt damit eine grundlegende Funktion als die Rechtsprechung, die ebenfalls einbezogen wird, um den näheren Gehalt eines Rechts zu ermitteln.³⁸¹
- 192** Besonders deutlich wird dies am Beispiel des Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV. Das Recht der Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, besteht danach nur vorbehaltlich der in den Verträgen und den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Unter welchen Voraussetzungen das freie Aufenthaltrecht in ande-

³⁷⁷ Dazu und zur Ableitung des grenzüberschreitenden Bezugs aus dem Wortlaut der anderen Grundfreiheiten *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 375 ff.

³⁷⁸ Vgl. nur für die Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 355/85, Slg. 1986, 3231 (3242, Rn. 10) – *Cognet*; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit Rs. 180/83, Slg. 1984, 2539 (2547, Rn. 18) – *Moser*; Rs. C-332/90, Slg. 1992, I-341 (356 f., Rn. 9) – *Steen I*; für die Niederlassungsfreiheit Rs. C-29-35/94, Slg. 1995, I-301 (316, Rn. 9) – *Aubertin u.a.*; für die Dienstleistungsfreiheit Rs. 246/80, Slg. 1981, 2311 (2329, Rn. 20) – *Broekmeulen*; weitere Nachweise bei *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, 2000, S. 55 Fn. 157; aus jüngerer Zeit im Hinblick auf das Problem der Inländerdiskriminierung *Frenz*, JZ 2007, 343 (344).

³⁷⁹ So auch *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtscharta, 2005, S. 272; vgl. auch *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 14 Rn. 13.

³⁸⁰ V. *Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 50.

³⁸¹ S. für Art. 52 Abs. 3 EGRC o. Rn. 57 f.

ren Mitgliedstaaten besteht, kann der Unionsbürger nicht Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV, sondern der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG³⁸² entnehmen.³⁸³

Die notwendige Einbeziehung sekundärrechtlicher Ausgestaltungen im Rahmen des Art. 52 Abs. 2 EGRC folgt auch aus Sinn und Zweck des Art. 52 Abs. 2 EGRC. Denn die geltende Rechtslage, die durch die Charta nicht geändert werden sollte, ergibt sich nur unter Einbeziehung des ausgestaltenden Sekundärrechts, das allerdings primärrechtskonform auszulegen ist.³⁸⁴

193

4. Erfasste Rechte

In den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 2 EGRC wird im Gegensatz zu Art. 52 Abs. 3 EGRC nicht im Einzelnen aufgeführt, welche Rechte von der Vorschrift erfasst werden. Es wird lediglich festgestellt, dass es sich „insbesondere um die Rechte aus der Unionsbürgerschaft“ handelt. Insoweit sind von der Klausel das Wahlrecht zum Europäischen Parlament sowie bei Kommunalwahlen, das Recht auf Zugang zu Dokumenten, das Recht der Beschwerde beim Europäischen Bürgerbeauftragten sowie das Petitionsrecht, das Recht auf Freizügigkeit und freien Aufenthalt sowie das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz erfasst.³⁸⁵

194

Hinweise auf weitere „Doppelrechte“ ergeben sich aus den Erläuterungen zu einzelnen Rechten, in denen Vorbildnormen in den Verträgen genannt werden. So wird in den Erläuterungen zu Art. 8 EGRC auf die Gewährung des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten in Art. 16 Abs. 1 AEUV hingewiesen.³⁸⁶ Da mit dem Vertrag von Lissabon der Datenschutz in Art. 16 AEUV primärrechtlich gewährleistet ist, wird mit seinem Inkrafttreten insoweit Art. 52 Abs. 2 EGRC anwendbar.³⁸⁷ Die Gewährleistung des Art. 15 Abs. 2 EGRC fasst die Grundfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit zusammen, die bereits in Art. 45, Art. 49 und Art. 56 AEUV garantiert werden.³⁸⁸

195

³⁸² Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der RLn 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (FreizügigkeitsRL), ABL L 158, S. 77, berichtigt durch ABL 2004 L 229, S. 35.

³⁸³ Ausführlich dazu Rn. 4821 ff.

³⁸⁴ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 26; Dorf, JZ 2005, 126 (128); im Ergebnis auch Griller, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (146).

³⁸⁵ Zu diesen Rechten und ihren Entsprechungen im Vertrag ausführlich Rn. 4416 ff.

³⁸⁶ Aktualisierte Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007 C 303, S. 17 (20).

³⁸⁷ Zur Diskussion zur Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 2 EGRC nach bisheriger Rechtslage auf der Grundlage einer im Wesentlichen sekundärrechtlichen Ausgestaltung des Datenschutzes vgl. Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 284 ff.

³⁸⁸ Vgl. den Verweis in den aktualisierten Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007 C 303, S. 17 (23).

5. Akzessorietät als Problem?

- 196** Die Verknüpfung der Chartagrundrechte mit dem Primärrecht sorgt für Rechtssicherheit und Transparenz im Grundrechtsschutz. Widersprüche zwischen gleichrangigen Normebenen werden so vermieden. Gleichzeitig hat die Akzessorietät die Sorge hervorgerufen, die Chartarechte könnten dadurch zur Disposition der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ gestellt werden.³⁸⁹ Dies ist zum einen die notwendige Folge des begrenzten Mandats des Grundrechtekonvents, das sich auf eine Kodifizierung des Bestehenden beschränkte.³⁹⁰ Zum anderen sind die Mitgliedstaaten in der Einschränkung oder gar Abschaffung einzelner Chartarechte über den Weg von Änderungen des Primärrechts nicht völlig frei. So garantiert Art. 52 Abs. 1 EGRC den Wesensgehalt der einzelnen Rechte.³⁹¹ Auch aus der Garantie der Menschenwürde ergibt sich ein unveränderlicher Kernbestand an Rechten, die nicht abgeschafft werden dürfen.³⁹² Schließlich wird die Union bei einem Beitritt zur EMRK, wie nach Art. 6 Abs. 2 EUV festgelegt,³⁹³ an die Konventionsrechte gebunden, die zu einem großen Teil denen der Charta entsprechen.³⁹⁴
- 197** Insgesamt ist deshalb eine Aushöhlung des Grundrechtsschutzes in der Union nicht zu befürchten. Auch normenhierarchisch ist die Verknüpfung der Charta mit dem Primärrecht nicht problematisch. Denn in Art. 6 Abs. 1 EUV wird die Charta ausdrücklich mit dem Primärrecht gleichgestellt. Somit steht sie nicht im Range über den Verträgen wie etwa das deutsche Grundgesetz im Verhältnis zum Bundes- und Landesrecht, sondern gehört zur selben Normebene, nämlich dem Primärrecht.³⁹⁵

B. Grundrechte und Grundfreiheiten

I. Die EGRC und die Grundfreiheiten

- 198** Bereits in der Präambel wird eine Verbindung zwischen den Grundrechten und den Grundfreiheiten hergestellt. Danach trägt die Union zur Erhaltung und Entwicklung der gemeinsamen Werte der Menschenwürde, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität bei und stellt den freien Personen-, Dienstleistungs-, Waren- und Kapitalverkehr sowie die Niederlassungsfreiheit sicher.
- 199** Konkreter wird die Verbindung in Art. 15 Abs. 2 EGRC, in dem allen Unionsbürgern die Freiheit garantiert wird, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Die Grundfrei-

³⁸⁹ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 28; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 270.

³⁹⁰ Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 270 f.

³⁹¹ Zur Wesensgehaltsgarantie s. Rn. 669 ff.

³⁹² Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 28.

³⁹³ S.o. Rn. 111.

³⁹⁴ Dazu bereits o. Rn. 45 ff.

³⁹⁵ Vgl. dazu Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 28.

heiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit werden als spezielle Ausprägungen des Grundrechts der Berufsfreiheit im Rahmen der Charta geschützt. Durch die Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 2 EGRC ist aber der Gehalt des Art. 15 Abs. 2 EGRC mit den in Art. 39 ff. EG/45 ff. AEUV festgelegten Bedingungen und Grenzen verknüpft. Damit fehlt Art. 15 Abs. 2 EGRC ein eigenständiger grundrechtlicher Gehalt.³⁹⁶

Art. 52 Abs. 2 EGRC sichert insoweit positiv-rechtlich den Status der Grundfreiheiten als *leges speciales* gegenüber den wirtschaftsbezogenen Grundrechten ab, soweit ihr spezifischer Anwendungsbereich berührt ist. Dabei sind nur die personenbezogenen Grundfreiheiten relevant, die Warenverkehrsfreiheit sowie die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit werden außer in der Präambel in der Charta nicht genannt. Dies liegt wohl darin begründet, dass sie primär sach- und nicht personenbezogen sind und deshalb nicht in die auf die Rechte von Personen gewährende Charta mit aufgenommen wurden.³⁹⁷ **200**

II. Allgemein zum Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten

1. Unterschiede

Bei den Verpflichteten zeigt sich der Hauptunterschied zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten. Während die Grundrechte in erster Linie die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten nur bei Durchführung des Unionsrechts verpflichten, sind die Mitgliedstaaten die Hauptadressaten der Grundfreiheiten. Nationale Unterschiede sollen durch die Grundfreiheiten insoweit beseitigt werden, als sie einen innergemeinschaftlichen Handelsverkehr hindern. Daher finden die Grundfreiheiten auf das Handeln von europäischen Organen, das gerade auf den Abbau von Hindernissen zielt, praktisch nur begrenzt Anwendung.³⁹⁸ Dagegen beschränken die Grundrechte das Handeln der Unionsorgane und legen einen einheitlichen Maßstab fest, wahren dabei allerdings strikt die Zuständigkeitssphären der Mitgliedstaaten. Deren Kompetenzen werden durch die Grundrechte sogar insoweit erweitert, als sie damit eine Begrenzung der Grundfreiheiten rechtfertigen können. Beispiel dafür in der Rechtsprechung war die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit bei der Brenner-Blockade aus Gründen der Versammlungsfreiheit.³⁹⁹ **201**

Ein weiterer Unterschied zeigt sich in dem materiellen Charakter von Grundrechten und Grundfreiheiten. Die Grundrechte sind primär individuelle Rechte und dann erst aus diesem individualrechtlichen Gehalt abgeleitet auch objektive Prinzipien. Demgegenüber sind die Grundfreiheiten schon von ihrer Formulierung her auf das Ziel des Binnenmarkts bezogene objektive Prinzipien, die erst im Rahmen **202**

³⁹⁶ Dazu ausführlich Rn. 2572 ff.

³⁹⁷ *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 141.

³⁹⁸ Näher *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 316 ff.

³⁹⁹ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 ff.– *Schmidberger* (Brenner-Blockade); dazu bereits *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 735, 1037 f. Ausführlich u. Rn. 401 ff.

einer teleologischen Auslegung durch den EuGH eine subjektivrechtliche Dimension entfaltet haben.⁴⁰⁰

2. Seltene Überschneidungen

- 203** Damit haben Grundrechte und Grundfreiheiten zwar grundsätzlich verschiedene Anwendungsbereiche und sie überschneiden sich daher auch nur sehr selten. Gleichwohl ist es denkbar, dass sie beide – wenn auch mit unterschiedlicher Stoßrichtung – eingreifen, so wenn es um Maßnahmen europäischer Organe geht, welche den Warenverkehr sicherstellen und zugleich das Eigentum schützen sollen. Auch das Vergaberecht kann auf beide Systeme zurückgeführt werden, wenn man auch die Vergabe öffentlicher Aufträge als grundrechtsrelevant ansieht.⁴⁰¹

3. Gemeinsamkeiten

- 204** Trotz dieser unterschiedlichen Anwendungsbereiche haben Grundrechte und Grundfreiheiten eine parallele Struktur. Sie gewährleisten bestimmte Freiräume, welche beeinträchtigt werden können. Eine solche Beeinträchtigung ist aber nur möglich, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und in verhältnismäßiger Weise erfolgt. Daher lassen sich auch die Grundfreiheiten in weiterem Sinne als Grundrechte begreifen;⁴⁰² umgekehrt bilden die Grundrechte Freiheitsrechte.⁴⁰³

4. Rechtfertigung von Einschränkungen

- 205** Aufgrund dieser Struktur sind Grundrechte und Grundfreiheiten auch geeignet, im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung für Beeinträchtigungen aufeinander zu treffen. Grundrechte können die Einschränkung von Grundfreiheiten rechtfertigen.⁴⁰⁴ Umgekehrt können aber auch die Grundfreiheiten zur Beschränkung der Grundrechte herangezogen werden.⁴⁰⁵ Beide sind gleichermaßen zu gewichten. Das gilt zumal bei einer expliziten Einbeziehung der Grundrechtecharta in den Vertrag durch den Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV.
- 206** Damit wird letztlich nachvollzogen, was die Rechtsprechung namentlich im Urteil *Schmidberger* schon vorher praktizierte: Eine Gegenüberstellung von grundfreiheitlichen und grundrechtlichen Belangen, die in einen verhältnismäßigen Aus-

⁴⁰⁰ Dazu *Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, 2001, S. 176 ff.

⁴⁰¹ Näher *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1786 ff.

⁴⁰² A.A. etwa v. *Bogdandy*, JZ 2001, 157 (165 f.).

⁴⁰³ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 47 ff.; zur Kritik an dieser „Doppelung“ vgl. nur *Kingreen*, EuGRZ 2004, 570 (572 f.).

⁴⁰⁴ S. bereits o. Rn. 201 und *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 75. Ausführlich zu den Grundrechten als Schranken u. Rn. 400 ff.

⁴⁰⁵ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 76.

gleich gebracht werden müssen. Daraus ergeben sich dann die konkreten Beschränkungen des jeweiligen Grundrechts bzw. der infrage stehenden Grundfreiheit.⁴⁰⁶

C. Relevanz der Unionsziele

Neben den Grundfreiheiten und Grundsätzen des Unionsrechts können insbesondere die in Art. 2 EU, 2 EG/3 EUV genannten europäischen Ziele eine Beschränkung individueller Freiheit rechtfertigen. Das gilt insbesondere dann, wenn keine ausdrücklichen Schrankenregelungen existieren. Nach Art. 52 Abs. 1 EGRC müssen die einschränkenden Gründe benannt und in einer gesetzlichen Regelung im Einzelnen konkretisiert werden.⁴⁰⁷ **207**

⁴⁰⁶ Im Einzelnen EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5719 ff., Rn. 80 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade); s. nachfolgend auch Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9653, Rn. 35) – Omega (Spielerisches Töten von Menschen in sog. Laserdromes); s. dazu auch *Frenz*, EWS 2005, 15 ff.

⁴⁰⁷ Zu den insoweit bestehenden Anforderungen im Einzelnen Rn. 506 ff.

Kapitel 2

Grundrechtsverpflichtete und -träger

§ 1 Grundrechtsadressaten

A. Grundkonzeption

Im Allgemeinen Teil der EGRC findet sich mit Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC eine Bestimmung zum Anwendungsbereich der Grundrechte, die den Kreis der Grundrechtsverpflichteten benennt. Bereits frühzeitig hatte der EuGH den Schutzgehalt des Gemeinschaftsrechts hervorgehoben.¹ Die daraus entwickelte Grundrechtsbindung der Union ist notwendiger Bestandteil der Legitimation, die den Vorrang des Europarechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten begründet.² **208**

Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC gelten die Grundrechte für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union. Dieser Grundsatz wird allerdings in einzelnen Grundrechten eingeschränkt. So erfassen die Art. 42, 43 und 44 EGRC lediglich Stellen der Union, nicht hingegen die Mitgliedstaaten. Ferner richtet sich Art. 41 Abs. 4 EGRC nur an die Organe der Union. **209**

Durch die Aufnahme einer gesonderten allgemeinen Bestimmung über die Grundrechtsverpflichteten hebt sich die Systematik der EGRC von den Verfassungen der Mitgliedstaaten und der EMRK ab.³ **210**

B. Unionsorgane, Einrichtungen, sonstige Stellen der Union

I. Unionsorgane

Die Geltung der EGRC beschränkt sich bewusst auf die europäische Ebene und erstreckt sich daher an erster Stelle auf die Unionsorgane.⁴ Nach den Erläuterungen zur EGRC ergibt sich der Begriff „Organe“ aus den Verträgen.⁵ Dass weder **211**

¹ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (25) – van Gend & Loos.

² Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 4; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 1.

³ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 1.

⁴ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 113.

⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (32).

die EGRC noch die Erläuterungen den Begriff „Organe“ oder die diesen bestimmenden Verträge näher spezifizieren, erweist sich nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages und der Entwicklung des Vertrages von Lissabon als zweckdienlich. Die Formulierung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC ist insoweit gleichermaßen geeignet, ihren Anwendungsbereich durch geltendes wie durch künftiges Recht konkretisieren zu lassen.

- 212** In den Definitionsbereich fallen in erster Linie das Parlament, der Rat und die Kommission,⁶ aber auch der Gerichtshof einschließlich des EuG und der Rechnungshof, nach Art. 13 Abs. 1 EUV auch der Europäische Rat und die Zentralbank.⁷ Dadurch soll den Werten der Union Geltung verschafft werden.⁸ Insbesondere die Judikative muss die Einhaltung der Grundrechte sicherstellen und hat damit auch selbst deren Grenzen wahren.⁹ In Art. 7 EG sind der Europäische Rat und die Europäische Zentralbank noch nicht enthalten. Indes ist die Grundrechtsbindung nicht auf die jeweilige Definition der Unionsorgane beschränkt.

II. Einrichtungen und sonstige Stellen

- 213** Neben den Unionsorganen werden ferner Einrichtungen und sonstige Stellen der Union als Adressaten der Grundrechte benannt. Der Auffangtatbestand „sonstige Stellen der Union“ veranschaulicht die betont weite Fassung des Kreises der Grundrechtsverpflichteten.¹⁰ Eine möglichst umfassende Bindung der Union war insoweit auch die Intention des Grundrechtekonvents.¹¹ Es kommt daher auch auf eine genaue Abgrenzung zwischen den Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union nicht an.¹²
- 214** Deshalb sind sowohl der Wirtschafts- und Sozialausschuss, der Ausschuss der Regionen als auch die Europäische Investitionsbank, Europol, sämtliche Agenturen und sonstige Ämter an die Grundrechte gebunden.¹³ Eine Umgehung der Grundrechtsverpflichtung durch Auslagerung bestimmter Bereiche an Nebenorgane ist damit ausgeschlossen.

III. Umfassende Bindung der Union

- 215** Wenn die EGRC wie beispielsweise in den Art. 22, 25, 26, 34 und 36 die „Union“ in Bezug nimmt, so ist auch dies entsprechend der Aufzählung in Art. 51 Abs. 1

⁶ Rengeling/Szczekalla, Rn. 270; Borowsky, in: Meyer, Art. 51 Rn. 18 schon unter Einschluss des Europäischen Rates.

⁷ Noch in Bezug auf den Verfassungsvertrag Ladenburger, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 5; Borowsky, in: Meyer, Art. 51 Rn. 19a.

⁸ K.H. Fischer, Der Vertrag von Lissabon, 2008, S. 124.

⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 270.

¹⁰ Vgl. auch Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 62.

¹¹ Vgl. Borowsky, in: Meyer, Art. 51 Rn. 2.

¹² Ladenburger, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 5; Jarass, § 4 Rn. 3.

¹³ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 29; Borowsky, in: Meyer, Art. 51 Rn. 19.

S. 1 EGRC umfassend zu verstehen.¹⁴ Mit der „Union“ sind daher sämtliche Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen gemeint. Diese Auslegung war auch schon zur Grundrechtsbindung der Union gem. Art. 6 Abs. 2 EU (Art. 6 Abs. 3 EUV) allgemein verbreitet.¹⁵

Wesentlich für die Grundrechtsverpflichtung ist daher lediglich, dass eine der Union zurechenbare Stelle im Wirkungskreis des Unionsrechts agiert. Entsprechend kann sich die Union ihrer Grundrechtsbindung auch nicht dadurch entziehen, dass sie privaten Dritten die Wahrnehmung ihrer Aufgaben überträgt.¹⁶ Daraus ergibt sich wiederum, dass die Union im Bereich fiskalischen Handelns gegenüber Privaten an die Grundrechte gebunden ist.¹⁷ **216**

Die Grundrechtsbindung der Union gilt erst recht für sämtliche Tätigkeitsbereiche¹⁸ und Formen hoheitlichen Handelns, also für Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung.¹⁹ Es sind alle Ausprägungen des Unionsrechts unabhängig von ihrer Rechtsform erfasst, also Richtlinien, Verordnungen und Entscheidungen bzw. nach Art. 228 Abs. 4 AEUV Beschlüsse. Letztere werden gerade im Bereich wettbewerbsrechtlich relevanter Tätigkeiten im Hinblick auf die Wirtschaftsgrundrechte nach Art. 15 ff. EGRC relevant.²⁰ **217**

Aber auch Empfehlungen haben die Grundrechte zu achten, prägen sie unter Umständen zumindest Rechtsakte der Union vor. Auch wenn sie nicht rechtsverbindlich sind, bilden sie doch Emanationen von Unionsorganen. Das gilt auch für reale Handlungen. Soll der Grundrechtsschutz umfassend gesichert sein, muss jedwede Handlungs- und Maßnahmenform der Union an die Grundrechte gebunden sein. **218**

Deshalb kommt es auch nicht darauf an, welches konkrete Organ handelt. Vielfach überschneiden sich ohnehin deren Handlungsbereiche. Bei der Rechtsetzung greifen sie eng verwoben ineinander. Daher kann oft gar nicht genau zurückverfolgt werden, auf wen konkret eine bestimmte Gestalt einer Rechtsnorm zurückzuführen ist. Auch dies ist aber unerheblich, weil sämtliche Unionsorgane aus den Grundrechten verpflichtet sind. Es zählt letztlich das Resultat, dass ein Rechtsakt der Union vorliegt. **219**

Auch Maßnahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik sowie der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit haben die Grundrechte der EGRC zu achten.²¹ Das gilt für Letztere zumal nach dem Reformvertrag von Lissabon, der die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit umfassend in den AEUV als **220**

¹⁴ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 7; deshalb ungenau *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 3.

¹⁵ Vgl. *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 27 f.

¹⁶ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 5; *Jarass*, § 4 Rn. 4, 18; *Borowsky*, in: Meyer, Art. 51 Rn. 25.

¹⁷ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 268.

¹⁸ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 51 Rn. 16; *Jarass*, § 4 Rn. 4; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 117.

¹⁹ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 267.

²⁰ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 48.

²¹ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 51 Rn. 18; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 5; *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 28; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 276; *Scheuing*, EuR 2005, 162 (184).

Unionspolitik integriert (s. Art. 81 ff. AEUV). Entscheidend ist aber nicht, welchem Vertragswerk eine Maßnahme entspringt, sondern nur, dass sie von Unionsorganen ausgeht. Daher gehören auch Maßnahmen auf der Basis des EAG dazu.²² Grenzen ergeben sich freilich unter Umständen aus einer völkerrechtlichen Verpflichtung, welche eine nähere Prüfung an den europäischen Grundrechten ausschließt.²³

- 221 Da Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC schließlich keine territoriale Beschränkung der Grundrechtsbindung der Union vornimmt, sind auch Maßnahmen mit extraterritorialer Wirkung an den Grundrechte zu messen.²⁴ Einschränkungen ergeben sich daher nicht aus dem örtlichen Bezug des Unionshandelns,²⁵ sondern nur aus internationalem Recht.

C. Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts

I. Grundkonzeption entsprechend der bisherigen Rechtsprechung

- 222 Neben den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union bindet Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC auch die Mitgliedstaaten. Die Erläuterungen zur EGRC knüpfen an die bisherige Rechtsprechung zur Bindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Grundrechte an.²⁶
- 223 Vor der Geltung der EGRC basierte die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten der Union lediglich auf dem Richterrecht des EuGH.²⁷ Sie war nicht zuletzt deshalb nach Art und Umfang äußerst problematisch und wurde daher auch breit diskutiert.²⁸ Die Regelung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC bindet die Mitgliedstaaten explizit bei der Durchführung des Rechts der Union an die Grundrechte. Damit ist die Reichweite der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten allerdings nicht in vollem Umfang zweifelsfrei geregelt.
- 224 Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte gliedert sich nämlich in zwei Fallgruppen. Einerseits geht es um die Bindung der Mitgliedstaaten bei der Einschränkung der Grundfreiheiten,²⁹ andererseits um die Durchführung von Unionsrecht.³⁰ Die zweite Konstellation ergibt

²² Jarass, § 4 Rn. 4 a.E.

²³ S.u. Rn. 780 ff.

²⁴ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 118.

²⁵ So auch Rengeling/Szczekalla, Rn. 428; Schröder, in: FS für Rengeling, 2008, S. 619 (621).

²⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (32).

²⁷ Scheuing, EuR 2005, 162 (162).

²⁸ Vgl. zur Entwicklung Rengeling/Szczekalla, Rn. 277 ff., 291 ff.; Scheuing, EuR 2005, 162 (162 ff.); Bienert, Die Kontrolle mitgliedstaatlichen Handelns anhand der Gemeinschaftsgrundrechte, 2001, S. 46 ff.; Cirkel, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2000, S. 56 ff.; Fries, Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nach dem Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 8 ff., 85 ff.

²⁹ Vgl. dazu Rn. 262 ff.

³⁰ Scheuing, EuR 2005, 162 (163).

sich daraus, dass regelmäßig die Mitgliedstaaten mangels eigenen Verwaltungsunterbaus der Union das von dieser erlassene Recht vollziehen.³¹ Daher steht den Mitgliedstaaten ein Spielraum nur in dem Umfang zu, den das Unionsrecht zulässt. Der Inhalt dieser Vollzugstätigkeit wird im Übrigen vollständig durch das Unionsrecht determiniert.

Diese Bindung besteht offensichtlich für den Vollzug von Verordnungen,³² aber auch für den Vollzug von Entscheidungen³³ bzw. von Beschlüssen nach dem Lisabonner Vertrag. Die nationalen Vollzugsorgane fungieren in diesem Rahmen ohne originäre Entscheidungsbefugnis.³⁴ Aber auch Richtlinien bestimmen den materiellen Gehalt der Verwaltungstätigkeit, da sie unabdingbare Vorgaben an die nationale Rechtsordnung stellen und die innerstaatliche Gesetzgebung nur darauf reagieren kann, mithin den Richtliniengehalt „vollzieht“.

Demgemäß bemisst sich in diesen Konstellationen auch der rechtliche Maßstab ausschließlich nach Unionsrecht.³⁵ Daher gelten für diese nationale Vollzugstätigkeit die europäischen Grundrechte, soweit es sich um Sachbereiche handelt, die der Union übertragen und von ihr geregelt sind.³⁶ Auf diese Gebiete bleibt freilich ihr Anwendungsbereich beschränkt.³⁷ Die Mitgliedstaaten sind also nur insoweit an die Grundrechte der EGRC gebunden, als sie gegenüber den Grundrechtsträgern als verlängerter Arm der Union³⁸ handeln („agency situation“).³⁹

Dadurch unterscheidet sich der Wirkungskreis der Grundrechte der EGRC wesentlich von der EMRK, an der gerade auch autonomes Handeln der Mitgliedstaaten gemessen wird.⁴⁰ Im Rahmen der EGRC wird dieses nur insoweit einbezogen, als es gegen Grundfreiheiten verstößt. Dadurch wird es aber ebenfalls von europarechtlichen Vorgaben erfasst und geprägt⁴¹ und ist in diesem Umfang nicht mehr autonom.

³¹ Etwa *Schmidt-Aßmann*, EuR 1996, 270 (270).

³² *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 34.

³³ *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 39.

³⁴ *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 614; *Frenz*, DVBl. 1995, 408 (414); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 11.

³⁵ *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 37 sowie o. Rn. 159 ff.

³⁶ EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639 f., Rn. 19) – Wachauf; Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 42) – ERT; *Scheuing*, EuR 2005, 162 (163).

³⁷ Bereits EuGH, Rs. 60 u. 61/84, Slg. 1985, 2605 (2627, Rn. 26) – Cinéthèque sowie Rs. 355/85, Slg. 1986, 3231 (3242, Rn. 11) – Cagnet; Rs. 80 u. 159/85, Slg. 1986, 3359 (3384, Rn. 23) – Edah; Rs. 201 u. 202/85, Slg. 1986, 3477 (3507 f., Rn. 9 f.) – Klensch; *Jürgensen/Schlünder*, AöR 121 (1996), 200 (222 f.) befürworten weiter gehend bei ausschließlicher Gemeinschaftskompetenz eine Geltung der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte unabhängig von der Kompetenzausübung, also vom Vorhandensein einer zu vollziehenden Gemeinschaftsregelung.

³⁸ *Jürgensen/Schlünder*, AöR 121 (1996), 200 (212).

³⁹ *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 31; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 121, 126; *Borowsky*, in: Meyer, Art. 51 Rn. 25.

⁴⁰ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 6.

⁴¹ Näher u. Rn. 262 ff.

II. Mitgliedstaaten

- 228** Obwohl die EGRC nicht die einzelnen Untergliederungen der Mitgliedstaaten auflistet, fordern Konzeption und Zweck der EGRC ein umfassendes Verständnis des Begriffs „Mitgliedstaat“. Daher sind bei der Durchführung des Unionsrechts sämtliche Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Mitgliedstaaten an die Grundrechte der EGRC gebunden.⁴² Davon sind nach den Erläuterungen zur EGRC alle zentralen Behörden sowie regionale und lokale Stellen wie auch öffentliche Einrichtungen miterfasst.⁴³ Auch die mitgliedstaatlichen Gerichte sind an die Grundrechte der EGRC gebunden, soweit Unionsrecht Gegenstand des Verfahrens ist.⁴⁴
- 229** Vom weiten Begriffsverständnis der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Mitgliedstaaten nicht erfasst sind hingegen Tätigkeiten von Drittstaaten und öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgemeinschaften. Das gilt für Erstere, weil sie keine der Union zurechenbare Hoheitsgewalt ausüben und für Letztere, sofern sie keine Hoheitsgewalt ausüben.⁴⁵ In diesem Zusammenhang können allerdings Schutzpflichten der Union und der Mitgliedstaaten zum Tragen kommen.

III. Durchführung von Unionsrecht

1. Kompetenzgrundlage der Union

- 230** Geht es um die Durchführung des Unionsrechts, kann eine negative Abgrenzung zunächst insoweit vorgenommen werden, als die Mitgliedstaaten im Ansatz nicht im Rahmen ihrer nationalen Kompetenzen an die Grundrechte der EGRC gebunden sind.⁴⁶ Dadurch unterscheidet sich die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten wesentlich von der Bindung an die Grundfreiheiten⁴⁷ und die Grundrechte der EMRK.⁴⁸
- 231** Ausgangspunkt für die Grundrechtsbindung auch der Mitgliedstaaten ist daher eine Kompetenz der Union. Da die EGRC selbst aber keine erweiterten Zuständigkeiten und Aufgaben der Union begründet, muss diese Kompetenzgrundlage im übrigen Unionsrecht verankert sein.⁴⁹ Soweit die Grundrechte auf der Basis der Grundfreiheiten zur Geltung kommen, kann zwar eine Maßnahme auch auf nationaler Grundlage ergangen sein; sie ragt aber dennoch in den europäischen Kompetenzbereich hinein.⁵⁰
- 232** Ansonsten setzt die Möglichkeit zur Durchführung von Unionsrecht voraus, dass Unionsrecht tatsächlich existiert, also von einer Kompetenzgrundlage

⁴² *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 330; *Borowsky*, in: Meyer, Art. 51 Rn. 25; *Jarass*, § 4 Rn. 8.

⁴³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (32).

⁴⁴ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 38 f.

⁴⁵ *Jarass*, § 4 Rn. 10.

⁴⁶ *Jarass*, § 4 Rn. 11.

⁴⁷ *Jarass*, § 4 Rn. 11.

⁴⁸ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 6; s. bereits vorstehend Rn. 227.

⁴⁹ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 34; *Jarass*, § 4 Rn. 11.

⁵⁰ Näher u. Rn. 242, 264 ff.

Gebrauch gemacht und die mitgliedstaatliche Durchführung des Unionsrechts damit veranlasst wurde. Dass eine Maßnahme lediglich potenziell in Durchführung von Unionsrecht ergehen könnte, genügt demnach nicht für die Anwendung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.⁵¹

2. Tatsächliche Prägung durch Unionsrecht

a) *Weitgehende Formunabhängigkeit*

Indem Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC für die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten lediglich an das Unionsrecht anknüpft und sich jeder weiteren Differenzierung enthält, liegt dem Begriff des Unionsrechts gleichzeitig ein umfassendes wie wandelbares Verständnis zugrunde. Vom Unionsrecht ist daher jedweder normative Akt erfasst,⁵² wenngleich sich die Rechtswirkungen je nach Art des Rechtsaktes unterscheiden können. Auf die Terminologie von Richtlinie, Verordnung, Entscheidung bzw. Beschluss nach dem Lissabonner Vertrag oder jeder anderen Bezeichnung eines Rechtsaktes kommt es hingegen nicht an.

Maßgeblich ist aber, dass das Unionsrecht Handeln der Mitgliedstaaten tatsächlich prägt. Das ist bei unverbindlichen Handlungsformen wie Empfehlungen schon vom Typ her ausgeschlossen. Jedoch auch von der Anlage her verbindliche Regelungen wie Richtlinien dürfen nicht so allgemeine Inhalte haben, dass sie die Mitgliedstaaten jedenfalls faktisch in keiner Weise binden.⁵³ Dann weisen sie schon gar keine Regelungen auf, welche die Mitgliedstaaten durchzuführen hätten. Tun sie es dennoch, mag die EU einen sachlichen Anstoß gegeben haben, aber dieser ist ohne hinreichendes inhaltliches Gepräge. Daher können autonome nationale Vorstellungen Platz greifen, die generell nicht den europäischen Grundrechten unterliegen. Dieser Fall dürfte indes selten eingreifen, weil Richtlinien eher zu detailliert sind als zu wenig konturiert.

b) *Gemeinsame Politiken*

Kommt es damit weniger auf die Form einer nationalen Handlung als auf die tatsächliche Prägung durch Unionsrecht an, ist sie nicht schon wegen ihrer Zuordnung zu dem Feld einer Gemeinsamen Politik von der Bindung an die europäischen Grundrechte befreit. Vielmehr hindert deren Geltung, wenn eine EU-Maßnahme nicht so konkret und unmittelbar ist, dass sie die Mitgliedstaaten im Einzelnen verpflichtet. Das trifft vor allem für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik zu. Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit wird mit dem Lissabonner Reformvertrag vollends in die Einzelpolitiken integriert und unterliegt dann den sonst üblichen Regeln, sobald noch eingezogene Übergangsfristen abgelaufen sind.⁵⁴

⁵¹ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 28; *Jarass*, § 4 Rn. 14.

⁵² *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 33; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 8.

⁵³ Mit Beispiel *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 133.

⁵⁴ Zum Rechtsschutz s.u. Rn. 768.

- 236** Auch im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik werden allerdings konkret die Mitgliedstaaten verpflichtende Maßnahmen getroffen. Bei Beschlüssen zu militärischen Einsatzregeln im Rahmen Gemeinsamer Aktionen nach Art. 14 EU/28 EUV erfolgt ein direkter Vollzug durch die beteiligten Mitgliedstaaten, wenn Gewalt angewendet bzw. Personen festgenommen werden,⁵⁵ ein indirekter bei Strafverfahren gegen Soldaten, die gegen die Einsatzregeln verstoßen haben,⁵⁶ oder bei der Vorgabe von Kontrollen oder der Beschlagnahmen z.B. von Konten zur Terrorabwehr.⁵⁷
- 237** Handelt es sich wie beim letzten Beispiel um völkerrechtliche Vorgaben etwa des UN-Sicherheitsrates, stellt sich das Problem, ob diese überhaupt an den europäischen Grundrechten gemessen bzw. durch eine Überprüfung auch nur der nationalen Durchführungsmaßnahmen in Zweifel gezogen werden (dürfen).⁵⁸ Unabhängig davon ist die Jurisdiktionskompetenz des EuGH gem. Art. 35 EU im Einzelnen begrenzt.⁵⁹ Dass sie aber auch insoweit überhaupt besteht, macht die Notwendigkeit deutlich, rechtliche Maßstäbe anzulegen; zu diesen gehören nach Art. 46 lit. d) EU⁶⁰ gerade die Grundrechte. Damit bleibt es aber immer noch möglich, wegen der nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle die Besonderheiten der Gemeinsamen Politik(en) zu berücksichtigen.⁶¹
- 238** Damit kann es sich zwar auch bei der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik wie bei der (bisherigen) polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit nach dem EU um Durchführung von Unionsrecht handeln. Das gilt zumal nach dem Lissabonner Reformvertrag, wonach es nur noch Unionsrecht gibt und nicht mehr zwischen Unions- und Gemeinschaftsrecht zu unterscheiden ist. Indes kann der EuGH nur entsprechend den aufgeführten Konstellationen angerufen werden und es können sich völkerrechtliche Hürden ergeben.

c) Nicht lediglich potenzielle Durchführung des Unionsrechts

- 239** Obwohl der Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC keine Anhaltspunkte enthält, sind an die Durchführung von Unionsrecht auch qualitative Anforderungen zu stellen. Dies liegt darin begründet, dass jede nationale Regelung bei entsprechender Gestaltung gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, wie etwa das Diskriminierungsverbot oder die Grundfreiheiten oder auch nur die Unionstreue, verstoßen könnte. Stellte man keine qualitativen Anforderungen, so wäre selbst in jeder europarechtskonformen nationalen Regelung zumindest eine Durchführung allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts zu sehen, allein weil es diese nicht ver-

⁵⁵ Art. 3 der Gemeinsamen Aktion 2003/92/GASP des Rates über die militärische Operation der Europäischen Union in der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien, ABl. 2003 L 34, S. 26 sah die Tötung und Festnahme von Personen vor.

⁵⁶ S. R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 159.

⁵⁷ S. EuGH, Rs. C-402/05 P – Kadi; Rs. C-415/05 P – Al Barakaat; auch EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98, NJW 2006, 197 – Bosphorus/Irland: Beschlagnahme von Flugzeugen. Zum Rechtsschutz u. Rn. 768.

⁵⁸ S.u. Rn. 780 ff.

⁵⁹ Diese Vorschrift wird durch den Lissabonner Vertrag aufgehoben. S. auch u. Rn. 767 f.

⁶⁰ Diese Vorschrift wird durch den Lissabonner Vertrag aufgehoben.

⁶¹ Näher R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 156 ff.

letzt bzw. nicht das Funktionieren einer Unionspolitik beeinflusst.⁶² Eine solche umfassende Einbeziehung kann aber nicht Zweck des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC sein, da nicht jede nationale Regelung an den Grundrechten der EGRC gemessen werden soll. Andernfalls wäre die Beschränkung der Bindung der Mitgliedstaaten auf die Durchführung des Unionsrechts hinfällig.⁶³

Es genügt daher nicht eine potenzielle Berührung mit Unionsrecht, sondern nur eine tatsächliche Beeinflussung in der konkreten Situation, damit eine nationale Maßnahme in Durchführung von Unionsrecht ergeht. Eine nationale Vorschrift darf also nicht lediglich einen Sachverhalt regeln, der Auswirkungen auf das Unionsrecht haben könnte.⁶⁴ **240**

Das Unionsrecht muss demnach konkrete Vorgaben enthalten oder tatsächlich verletzt sein, damit auf Seiten der Mitgliedstaaten von einer Durchführung gesprochen werden kann. Die Achtung oder Befolgung allgemeiner Prinzipien oder Grundsätze des Unionsrechts bei der Gestaltung nationalen Rechts ist hingegen keine Durchführung i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC. Es liegt in diesen Fällen weder eine Determinierung noch Veranlassung durch Unionsrecht vor. **241**

Beseitigt ein Mitgliedstaat einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten, so ist diese Maßnahme zwar durch Unionsrecht veranlasst, nicht aber determiniert. Sie kann nach autonomen mitgliedstaatlichen Vorstellungen gestaltet werden, sofern sie nur nicht Unionsrecht verletzt.⁶⁵ Ist dies hingegen der Fall, trat und tritt sie auch künftig in den Fokus des Unionsrechts. Daran ist dann das Eingreifen der europäischen Grundrechte gekoppelt. Das gilt vor allem für die Grundfreiheiten.⁶⁶ Bei ihnen greifen damit die Grundrechte nur bei einem grenzüberschreitenden Bezug ein.⁶⁷ **242**

3. Begriff der Durchführung

a) Umsetzung und Vollzug von Unionsrecht

Die Durchführung des Unionsrechts kann entsprechend seiner Typologie in mehreren unterschiedlichen Maßnahmen bestehen. Während bei Richtlinien der Union die legislative Umsetzung in nationales Recht im Vordergrund steht, gestaltet sich die Durchführung des Unionsrechts bei Verordnungen als administrativer Vollzug.⁶⁸ Damit ist die Durchführung des Unionsrechts als Oberbegriff sowohl für die Umsetzung als auch für den Vollzug von Unionsrecht zu betrachten.⁶⁹ Darüber **243**

⁶² Dass es einen solchen Einfluss mittelbar haben kann, genügt nicht, EuGH, Rs. C-309/96, Slg. 1997, I-7493 (7511, Rn. 21) – Annibaldi; näher *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 128 f.

⁶³ Näher *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 125 f., 130 f.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-299/95, Slg. 1997, I-2629 (2645, Rn. 16) – Kremzow; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 287 u. 323; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 127 f.

⁶⁵ *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 130 f.

⁶⁶ Insoweit bereits EuGH, Rs. C-60 u. 61/84, Slg. 1985, 2605 (2627, Rn. 26) – Cinéthèque.

⁶⁷ Näher u. Rn. 262 ff.

⁶⁸ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 51 Rn. 26 ff.; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 305, 310.

⁶⁹ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 8; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 119.

hinaus ist auch die Anwendung des Unionsrechts durch Gerichte eine Durchführung i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.⁷⁰

- 244** Umsetzung und Vollzug sind daher als Einheit zu sehen. Wenn die Umsetzung von Unionsrecht der Grundrechtsbindung unterliegt, gilt dies grundsätzlich auch für den Vollzug. Auch dies spricht dafür, den Vollzug von Maßnahmen im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik an den europäischen Grundrechten zu messen.⁷¹

b) Anpassung und Beibehaltung nationalen Rechts

- 245** Neben den vorgenannten zentralen Varianten der Durchführung des Unionsrechts ist es ebenso denkbar, dass nur einzelne nationale Vorschriften beseitigt oder beibehalten werden müssen, um mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu harmonisieren. In diesen Fällen tritt zwar lediglich eine geringe oder gar keine Änderung nationalen Rechts ein, doch entfaltet das Unionsrecht für die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten die gleiche Bindungswirkung. Deshalb ist auch diese Anpassung oder Beibehaltung nationaler Vorschriften als Durchführung des Unionsrechts i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC zu verstehen.
- 246** Nicht dazu gehört indes die (negative) Anpassung nationalen Rechts nach einem Verstoß gegen Unionsrecht und dabei insbesondere die Grundfreiheiten, und zwar nicht entsprechend darüber hinausgehenden europäischen (Harmonisierungs-)Vorgaben, sondern nach autonomen nationalen Vorstellungen, um gerade aus dem Anwendungsbereich des Unionsrechts zu kommen.⁷²
- 247** Für die Einbeziehung der sonstigen Anpassung und Beibehaltung nationalen Rechts in den Begriff der Durchführung spricht auch das Prinzip einheitlichen Grundrechtsschutzes auf europäischer Ebene. Es ist nämlich gerade im Bereich einer Harmonisierungskompetenz der Union denkbar, dass Richtlinien sich an bestehenden Regelungen eines oder mehrerer Mitgliedstaaten ausrichten. Für diese würde die Umsetzung der europäischen Vorgaben dann zumindest teilweise lediglich in einer Beibehaltung oder ggf. in einer geringfügigen Anpassung bestehen. Das Erfordernis eines einheitlichen Grundrechtsschutzes rechtfertigt daher auch die Einbeziehung solcher Fälle in den Anwendungsbereich des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.
- 248** Damit aber nicht jede lediglich europarechtskonforme nationale Regelung als Durchführung des Unionsrechts zu qualifizieren ist, gilt dieser Grundsatz vorbehaltlich der qualitativen Anforderungen an das Unionsrecht.⁷³

⁷⁰ Jarass, § 4 Rn. 12.

⁷¹ Näher insoweit R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 159 f.; s. bereits o. Rn. 236 ff. sowie u. Rn. 768 im Zusammenhang mit der näher geregelten Zuständigkeit des EuGH.

⁷² R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 131; näher o. Rn. 242.

⁷³ Vgl. dazu Rn. 233 f., 239 ff.

4. Grenzen der Durchführung

a) Öffnungsklauseln

Während bei den Wendungen „Mitgliedstaaten“ und „Unionsrecht“ ein weites Begriffsverständnis zugrunde zu legen ist, betont die Formulierung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC mit „ausschließlich“ den restriktiven Ansatz der EGRC im Hinblick auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten.⁷⁴ 249

Daher ist die Inanspruchnahme von Öffnungsklauseln in Richtlinien, die den Mitgliedstaaten gestatten, abweichende oder weiter gehende Regelungen von den Vorgaben der Richtlinie vorzunehmen, nicht mehr von der Durchführung des Unionsrechts erfasst.⁷⁵ Die jeweilige Abweichung findet ihre Grundlage dann ausschließlich im nationalen Recht und ist nicht europarechtlich determiniert; im Gegenteil. In diesen Fällen greift auch gerade nicht das Argument, die Anwendung der Grundrechte der EGRC solle die einheitliche Geltung des Unionsrechts gewährleisten.⁷⁶ 250

Anders verhält es sich hingegen, wenn das Unionsrecht den Mitgliedstaaten Ermessen einräumt,⁷⁷ eingeschränkte Wahlmöglichkeiten⁷⁸ eröffnet oder unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet.⁷⁹ Gegenstand des Ermessens, der Wahlmöglichkeiten oder der unbestimmten Rechtsbegriffe ist in diesen Fällen ausschließlich das Unionsrecht. Dieses prägt daher auch, wie die Mitgliedstaaten diesen vorgezeichneten Rahmen ausschöpfen. Überschreiten sie ihn, verletzen sie schon deshalb Unionsrecht, wenn auch nicht notwendig (auch) die Grundrechte etwa durch überscharfe Standards. 251

b) Durchführung von Sekundärrecht

Insbesondere bei der Durchführung von Sekundärrecht ist danach zu fragen, ob die jeweilige nationale Maßnahme an die europarechtliche Vorgabe selbst oder lediglich an eine nationale Regelung anknüpft, die sich selbst wiederum auf Sekundärrecht bezieht, ohne dieses spezifisch umzusetzen. Letztere erfolgt nicht in Durchführung des Unionsrechts. 252

Ein solches Beispiel bildet das Verbot über den Verkauf von Lebensmitteln nach Ablauf des Verfallsdatums. Während die Angabe des Verfallsdatums europä- 253

⁷⁴ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 22.

⁷⁵ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 12; *Jarass*, § 4 Rn. 12; *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 35; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 313; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 135 ff.; wohl auch *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 37.

⁷⁶ Dazu für den Regelfall *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 120 f.

⁷⁷ *Jarass*, § 4 Rn. 13.

⁷⁸ Differenzierend nach dem Umfang der Wahlmöglichkeiten *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 135.

⁷⁹ *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 35.

rechtlich festgelegt ist, folgt das Verkaufsverbot lediglich aus nationalem Recht.⁸⁰ Maßnahmen, die an das Verkaufsverbot anknüpfen, sind daher nicht an den Grundrechten der EGRC zu messen. Demgegenüber sind schon durch sekundäres Unionsrecht vorgezeichnete Sanktionstatbestände, die nach dem Lissabonner Reformvertrag durch deren Verweis in die Sachpolitik⁸¹ sowie die Integration der justiziellen Zusammenarbeit auch in Strafsachen in den AEUV noch stärker werden dürften, autonomer Ausfluss nationalen Rechts und daher an den europäischen Grundrechten zu messen.

- 254 Die Grenzen werden fließend, wenn das sekundäre Unionsrecht zwar keine Sanktionstatbestände vorgibt, aber solche praktisch für eine effektive Verwirklichung fordert.⁸² Je detailliertere Vorgaben aus dem allgemeinen Grundsatz eines notwendigen wirksamen Vollzugs resultieren, desto eher sind Sanktionstatbestände, die zur effektiven Durchsetzung von Unionsrecht festgelegt werden, an den europäischen Grundrechten zu messen, soweit sie sich in dem sekundärrechtlich konditionierten Normprogramm halten und nicht etwa eine nationale Verschärfung Platz greift.

5. Durchführung von Unionsrecht durch nationales Verfahrensrecht

- 255 Aus der Rechtssache *Steffensen*⁸³ lässt sich folgern, dass der EuGH auch nationales Verfahrensrecht an den Grundrechten der EGRC misst, sofern dieses geeignet ist, europarechtlich gewährleistete Rechte zu gefährden.⁸⁴ In concreto ging es um eine Vorabentscheidung über die Auslegung einer Richtlinie zur Lebensmittelüberwachung,⁸⁵ die den von der Lebensmittelkontrolle Betroffenen u.a. auch das Recht zuerkannte, durch erforderliche Vorkehrungen ein Zweitgutachten für die beanstandeten Erzeugnisse einholen zu können. Die Art und Weise der Gewährleistung dieses Rechts war den Mitgliedstaaten überlassen. Im Fall *Steffensen* war

⁸⁰ EuGH, Rs. C-144/95, Slg. 1996, I-2909 (2919, Rn. 12) – Maurin; *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 36; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 12 und m.w.N. zur a.A. im älteren Schrifttum.

⁸¹ S. bislang den Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. 2003 L 192, S. 54 sowie Rahmenbeschluss 2003/80/JI des Rates über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht, ABl. 2003 L 29, S. 55; für unvereinbar mit den Umweltkompetenzen erklärt von EuGH, Rs. C-176/03, Slg. 2005, I-7879 (7924 ff., Rn. 43 ff.) – Kommission/Rat; s. nunmehr den Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, KOM (2007) 51 endg.; vgl. dazu auch u. Rn. 5067.

⁸² Vgl. u. Rn. 5067.

⁸³ EuGH, Rs. C-276/01, Slg. 2003, I-3735 (3775 f., Rn. 64 ff.) – *Steffensen*.

⁸⁴ *Scheuing*, EuR 2005, 162 (169).

⁸⁵ RL 89/397/EWG des Rates vom 14.6.1989 über die amtliche Lebensmittelüberwachung, ABl. L 186, S. 23; mittlerweile aufgehoben durch VO (EG) Nr. 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz, ABl. 2004 L 165, S. 1; diese wurde wiederum zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 301/2008, ABl. 2008 L 97, S. 85.

dessen effektive Inanspruchnahme allerdings aus nicht näher geklärten Umständen vereitelt worden. Der EuGH hatte dem vorlegenden Gericht dann u.a. aufgegeben zu prüfen, ob die Verletzung des Rechts auf ein Gegengutachten nach den jeweiligen Beweisregeln auch gegen das Recht auf ein faires Verfahren, wie es nach den Grundsätzen des Europarechts gewährleistet wird, verstößt.

Eigentlich dient die Anwendung allgemeiner nationaler Prozessregeln und von Beweisrecht nicht der Durchführung von Richtlinienvorschriften durch mitgliedstaatliche Verwaltungsbehörden. Richtlinienfremdes mitgliedstaatliches Recht, das auf Richtlinienvorgaben Einfluss nimmt, könnte nicht bereits deshalb als Durchführungsrecht zu qualifizieren sein. Deshalb könnte der EuGH durch sein Urteil eine neue eigenständige Kategorie der Bindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Grundrechte geschaffen haben.⁸⁶ 256

Entscheidend ist hier letztlich aber nicht die grundrechtliche Überprüfung nationalen Verfahrensrechts, sondern die Durchsetzung eines europarechtlich begründeten Anspruchs in einem sekundärrechtlich geregelten Bereich. Jedenfalls die Gewährleistung dieses Anspruchs ist eine Durchführung bzw. seine Vereitelung eine Nichtdurchführung von Europarecht. Die Nichtdurchführung ist im Falle eines europarechtlich begründeten Verfahrensrechts gleichzeitig auch ein Verstoß gegen das Grundrecht auf ein faires Verfahren. Ist dieser Verstoß durch nationale Verfahrensvorschriften provoziert, lässt sich der Konflikt zwischen nationalem Recht und den europäischen Vorgaben durch den allgemeinen Anwendungsvorrang des Europarechts lösen. Fehlte es an diesem Anwendungsvorrang, so würde das nationale Verfahrensrecht mittelbar das Recht auf ein faires Verfahren verletzen. Einer neuen Kategorie der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Grundrechte bedarf es daher nicht. 257

6. Völkerrecht

Grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten auch bei der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Union an die Grundrechte gebunden.⁸⁷ Eine bedeutende Entwicklung für den Grundrechtsschutz auf dieser Ebene lassen aber die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Kadi*⁸⁸ und *Al Barakaat*⁸⁹ (in erster Instanz *Yusuf*) erwarten. 258

Das EuG hatte in beiden Fällen eine unbedingte Bindung der Union an eine Resolution des UN-Sicherheitsrates angenommen und aus diesem Grunde eine materielle Grundrechtsprüfung der im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik gem. Art. 15 EU i.V.m. Art. 60, 301, 308 EG/29 EUV i.V.m. Art. 75, 259

⁸⁶ *Scheuing*, EuR 2005, 162 (168); a.A. wohl *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 39.

⁸⁷ Implizit EuGH, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719 (3754, Rn. 28) – Demirel; aus der Lit. *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 125.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-402/05 P – *Kadi*.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-415/05 P – *Al Barakaat*.

215, 352 AEUV umgesetzten Verordnung abgelehnt.⁹⁰ Für den Grundrechtsschutz würde dies in letzter Konsequenz bedeuten, dass von den Mitgliedstaaten durchgeführtes und durch UN-Recht determiniertes Unionsrecht nicht am Schutzstandard der EGRC gemessen werden könnte.

260 Gegen einen solch schutzfreien Raum hat sich *GA Maduro* in seinen Schlussanträgen in den Rechtssachen *Kadi* und *Al Barakaat* ausgesprochen. Darin hat er zunächst die Bindung der Union an die europäischen Grundrechte auch bei Umsetzung von Völkerrecht bekräftigt und zugleich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, der effektiven gerichtlichen Kontrolle und des Eigentumsrechts angenommen.⁹¹

261 Bejahte der EuGH indes solche Verstöße gegen Grundrechte durch Maßnahmen in Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates, stellte er deren Rechtmäßigkeit in Frage und prüfte damit unter Umständen Völkerrecht am Maßstab europäischer Grundrechte. Das ist damit weniger eine Frage, ob die Mitgliedstaaten Unions- oder vielmehr – ggf. durch Unionsrecht vermitteltes – Völkerrecht durchführen, sondern vor allem ein Problem der Prüfungsbefugnis des EuGH entsprechend der Geltungsabgrenzung zwischen Europa- und Völkerrecht.⁹²

7. Einschränkung der Grundfreiheiten als Durchführung von Unionsrecht

a) Bisherige Einstufung als Anwendung

262 Die Bindung der Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC hat zu unterschiedlichen Ansichten in der Frage geführt, ob eine von den Mitgliedstaaten vorgenommene Einschränkung der Grundfreiheiten noch als Durchführung von Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC betrachtet werden kann. Bisher wurde diese Konstellation vom EuGH⁹³ und der Literatur⁹⁴ insoweit als Anwendungsfall des Europarechts bezeichnet und auch als solche an den Grundrechten gemessen.

b) Akzessorität

263 Die Grundrechte spielen nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH eine wesentliche Rolle, wenn es um die Beschränkung von Grundfreiheiten geht.⁹⁵ Sie bilden

⁹⁰ EuG, T-306/01, Slg. 2005, II-3533 (3623, Rn. 266; 3626, Rn. 276 f.) – Yusuf u. Al Barakaat; T-315/01, Slg. 2005, II-3649 (3718, Rn. 204; 3721, Rn. 215; 3723 f., Rn. 221, 226) – Kadi; Prüfung nur am völkerrechtlichen ius cogens; näher u. insbes. Rn. 785.

⁹¹ *GA Maduro*, EuGH, Schlussanträge vom 16.1.2008, Rs. C-402/05 P (Rn. 40, 55) – Kadi; *ders.*, Schlussanträge vom 23.1.2008, Rs. C-415/05 P (Rn. 40, 55) – Al Barakaat; i.S.d. Rechtsprechung des EuG hingegen *Tomuschat*, EuGRZ 2007, 1 (9); *Steinbarth*, ZEuS 2006, 269 (281 f., 285).

⁹² Ausführlich u. Rn. 781 ff., 786 ff.

⁹³ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 42 f.) – ERT.

⁹⁴ *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 6 Rn. 40.

⁹⁵ *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 51 GRCh Rn. 13.

einen Rechtfertigungsgrund und zugleich eine Schranke.⁹⁶ Der EuGH wägt Grundfreiheiten und europäische Grundrechte miteinander und gegeneinander ab. Schon deshalb müssen die Mitgliedstaaten die europäischen Grundrechte in dem Umfang beachten, wie sie die Grundfreiheiten einschränken.⁹⁷ Das gilt selbst dann, wenn sie dies auf der Basis nationaler Kompetenzen tun, denn auch dann bilden die europäischen Grundrechte wegen des grenzüberschreitenden Bezuges einer solchen Maßnahme die Schranke.⁹⁸ Diese Schranken könnten die Mitgliedstaaten umgehen, wären sie nicht bei sämtlichen Einschränkungen der Grundfreiheiten an die europäischen Grundrechte gebunden.

Die Reichweite der europäischen Grundrechte nimmt damit Teil an der fortlaufenden Ausweitung der möglichen Beschränkung von Grundfreiheiten. Ein wesentlicher Schritt war dabei die Annahme eines allgemeinen Beschränkungsverbotes auch im Bereich der Personenfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit.⁹⁹ Damit einhergehend zog der EuGH die europäischen Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten auch bei unterschiedslos anwendbaren mitgliedstaatlichen Regelungen heran.¹⁰⁰ **264**

Im Falle der Beschränkung von Grundfreiheiten setzt die Anwendbarkeit der europäischen Grundrechte akzessorisch zu den Grundfreiheiten zunächst einen grenzüberschreitenden Bezug voraus.¹⁰¹ Dieses Erfordernis führt zu einer Parallelität der Anwendungsbereiche von Grundrechten und Grundfreiheiten. Die europäischen Grundrechte sind bei einer Einschränkung der Grundfreiheiten daher lediglich dann als Rechtfertigungsmaßstab oder Schranken-Schranke heranzuziehen, wenn die jeweilige Grundfreiheit aufgrund eines grenzüberschreitenden Bezuges zur Anwendung kommt. **265**

c) Urteile *Karner und Carpenter*

Etwas anderes lässt sich auch nicht aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Karner* ableiten. Zwar bestätigte der EuGH die Vereinbarkeit von Bestimmungen des österreichischen UWG mit den europäischen Grundrechten, obschon er zuvor einen Eingriff in die Grundfreiheiten ausgeschlossen hatte.¹⁰² Jedoch erfolgte diese Prüfung eher in einer hilfswisen Argumentation, wie sie explizit von *GA Alber* in seinen Schlussanträgen¹⁰³ zu diesem Fall vorbereitet worden war.¹⁰⁴ **266**

⁹⁶ Insbes. EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718, Rn. 74) – Schmidberger (Brenner-Blockade); ausführlich *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1708 ff. sowie u. Rn. 359 ff.

⁹⁷ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 283, 320.

⁹⁸ S.u. Rn. 269 f. sowie aus der Rspr. EuGH, Rs. C-62/90, Slg. 1992, I-2575 (2609, Rn. 24) – Kommission/Deutschland.

⁹⁹ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2621.

¹⁰⁰ Deutlich EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 24) – Familiapress; *Kin-green/Störmer*, EuR 1998, 263 (282); zur vorherigen Entwicklung v. *Papp*, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 129 ff.

¹⁰¹ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 262 ff.; s. auch sogleich Rn. 267.

¹⁰² EuGH, Rs. C-71/02, Slg. 2004, I-3025 (3067 ff., Rn. 39 f., 44, 50) – *Karner*.

¹⁰³ *GA Alber*, EuGH, Rs. C-71/02, Slg. 2004, I-3025 (3044, Rn. 67 f.) – *Karner*.

¹⁰⁴ Vgl. auch die teilweise kritischen Ausführungen bei *Scheuing*, EuR 2005, 162 (174 f.).

267 Wenn allerdings ausschließlich nach dem Maßstab der Grundfreiheiten festgelegt wird, ob ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, so ist es nicht unbedingt zwingend, dass sich der Betroffene selbst über die Grenzen seines Heimatstaates hinaus bewegt hat. So genügt bei der Dienstleistungsfreiheit, dass er seine Leistungen in anderen Mitgliedstaaten erbringt.¹⁰⁵ In diesem Falle sind die Grundrechte auch dann anwendbar, wenn der sie betreffende Sachverhalt interner Natur ist. So ging es im Fall *Carpenter* um die Ausweisung einer Frau, die im selben Mitgliedstaat wohnte wie ihr Mann, welcher in anderen Mitgliedstaaten Dienstleistungen erbrachte. Indes sah der EuGH trotzdem die volle Wirkung der Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigt.¹⁰⁶

d) *Beeinträchtigung der Grundfreiheit unter begrenztem grundrechtlichem Einfluss*

268 Maßgeblicher Ansatz ist damit zwar die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit. Diese gewinnt der EuGH indes dadurch, dass der Schutz des Familienlebens für die Ausübung der Grundfreiheiten von Bedeutung ist.¹⁰⁷ Der EuGH nennt dabei als Bezugspunkt Sekundärrecht, welches die Grundfreiheiten konkretisiert. Später aber zieht er das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK als Maßstab heran, ob ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt werden kann.¹⁰⁸ Im Ergebnis wird damit der Eingriff in eine Grundfreiheit mit einem solchen in ein Grundrecht gleichgesetzt.¹⁰⁹

269 Formaler Ansatzpunkt bleibt aber immer noch die Grundfreiheit. Deren Anwendungsbereich wird höchstens auch unter Einbeziehung der Wertungen nach den europäischen Grundrechten bestimmt. Danach bemisst sich dann, wodurch auch eine Grundfreiheit beeinträchtigt werden kann. Indes kommt das relevante Grundrecht erst auf der Ebene der Rechtfertigungsprüfung ins Spiel, noch nicht bei der Frage, ob der Schutzbereich der Grundfreiheit beeinträchtigt wurde. Daher wird letztlich auch nach der Entscheidung *Carpenter* der Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte jenseits der schon durch sekundäres Europarecht regulierten Bereiche ausschließlich durch den Schutzbereich der Grundfreiheiten bestimmt, ohne dass Letzterer über die Grundrechte hinaus zusätzlich ausgedehnt wird.

270 Ein grenzüberschreitender Sachverhalt wird damit nicht etwa entbehrlich. Ob ein solcher vorliegt, richtet sich allein nach der Grundfreiheit. Ist diese insoweit einschlägig, muss bezogen auf das Grundrecht kein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen. Praktisch ist diese Vorgehensweise dadurch legitimiert, dass auch die Ausübung der Grundfreiheiten maßgeblich darauf beruht, dass das familiäre Umfeld des Berechtigten keinen staatlichen Eingriffen unterliegt. Zumal die Ausweisung eines Ehegatten derart elementar ist, dass dadurch die gesamte Ge-

¹⁰⁵ Frenz, Europarecht 1, Rn. 2504.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6320, Rn. 39) – Carpenter.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6320, Rn. 38) – Carpenter.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6321, Rn. 40 ff.) – Carpenter.

¹⁰⁹ V. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 148.

schäftstätigkeit eines Dienstleistungserbringers in andere Mitgliedstaaten darunter leiden kann. Teilweise wird im Schrifttum in Bezug auf die Entscheidung *Carpen-ter* hingegen von einer bloßen Einzelfallentscheidung ausgegangen.¹¹⁰

e) *Ausübungsmodalitäten*

Daraus folgt allerdings nicht, dass die Mitgliedstaaten sämtliche grundrechtlichen Belange der aus Grundfreiheiten Berechtigten schützen müssen. Dadurch werden nämlich weitgehend die Beschränkungen der Schutzintensität der Grundfreiheiten durch die *Keck*-Rechtsprechung umgangen, welche über die Warenverkehrsfreiheit hinaus auf die anderen Grundfreiheiten ausgedehnt wurde.¹¹¹ Indes verhindert auch die *Keck*-Formel nicht vollständig eine Prüfung von bloßen Modalitäten. Diese müssen nämlich diskriminierungsfrei sein und dürfen nicht tatsächlich die grenzüberschreitende Wahrnehmung der betroffenen Grundfreiheit beeinträchtigen können.¹¹² Gerade dieses letzte Kriterium kann maßgeblich durch die Grundrechte ausgefüllt werden.¹¹³ Liegt eine solche tatsächliche Beeinträchtigung vor, ist der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eröffnet und einschränkende Maßnahmen sind auch auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu überprüfen. 271

Formaler Anknüpfungspunkt des Anwendungsbereichs auch der Grundrechte bleibt aber die entsprechende Grundfreiheit, die nur auch vor dem Hintergrund der Grundrechte ausgelegt wird. Dabei kommt es dann auf die Schwere des betroffenen Belanges an, ob dieser also geeignet ist, die Wahrnehmung der Grundfreiheit als solche in Frage zu stellen und nicht nur eine Ausübungsmodalität zu betreffen. Damit sind letztlich die grundfreiheitlichen Maßstäbe relevant und nicht die grundrechtlichen. Daher schützen die Grundfreiheiten auch als allgemeine Beschränkungsverbote jedenfalls nicht sämtliche grundrechtlichen Gehalte. Umgekehrt haben sie ein eigenes Gepräge auf der Ebene der Rechtfertigung.¹¹⁴ 272

Während die Rechtfertigungsebene auch durch die Grundrechte bestimmt wird, die hier gleichberechtigt den Grundfreiheiten gegenüber treten und mit ihnen ausgeglichen werden müssen,¹¹⁵ wird der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten im Ansatz ausschließlich durch diese selbst bestimmt. Insoweit können höchstens grundrechtliche Wertungen mit einfließen. Somit hängt die Eröffnung der Grundfreiheiten und damit letztlich auch der Prüfung europarechtlicher Schranken nicht 273

¹¹⁰ Dazu *Scheuing*, EuR 2005, 162 (166).

¹¹¹ Für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 (1178, Rn. 38) – *Alpine Investments*; näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2559 ff.

¹¹² *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2559 ff.

¹¹³ V. *Papp*, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 199 f. unter Verweis auf EuGH, Rs. 71/02, Slg. 2004, I-3025 (3068 f., Rn. 43 ff.) – *Karner*; in diesem Urteil die Grundrechte für irrelevant haltend hingegen *Schaller*, JZ 2005, 193 ff.

¹¹⁴ S. dagegen *Schaller*, Die EU-Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten der Gemeinschaftsgrundrechte, 2003, S. 93 ff., 102 f.; gegen diesen v. *Papp*, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 155 ff.

¹¹⁵ S. EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 f., Rn. 77) – *Schmidberger* (*Brenner-Blockade*); näher u. Rn. 401 ff.

davon ab, ob ein europäisches Grundrecht verletzt wurde,¹¹⁶ sondern von der Schwere des Grundrechtseingriffs, der dann dazu führt, dass tatsächlich die Wahrnehmung der Grundfreiheit behindert wird.

f) Korrektur der Rechtsprechung durch Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC?

- 274** Aus der Formulierung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC ist teilweise gefolgert worden, dass die EGRC eine bewusste Korrektur der vorstehend skizzierten Rechtsprechung vornehme. Danach soll eine von den Mitgliedstaaten aufgrund ausdrücklicher Bestimmungen des Unionsrechts vorgenommene Einschränkung der Grundfreiheiten nicht als Durchführung von Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC gelten.¹¹⁷
- 275** Für eine solche Korrektur spricht zunächst die Entstehungsgeschichte der Charta. Bevor in Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC die Formulierung „Durchführung“ verankert wurde, lautete die Bestimmung zunächst auf „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“. Dieser Wortlaut wurde gerade aufgrund seiner Weitläufigkeit geändert.¹¹⁸ Dabei ist bezeichnend, dass auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache ERT von „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ sprach.¹¹⁹
- 276** Dass der Grundrechtekonvent trotz der restriktiven Formulierung keine Abkehr von der Rechtsprechung des EuGH vollziehen wollte, zeigt sich aber an den Erläuterungen zur EGRC.¹²⁰ Diese verweisen für die Bindung der Mitgliedstaaten gerade auf die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Einschränkungskonstellationen,¹²¹ von der die Gegenansicht behauptet, die EGRC wolle von ihr abweichen. Gleichwohl bleibt zu bedenken, dass den Erläuterungen des Grundrechtekonvents keine Rechtsverbindlichkeit zukommt. Umgekehrt verweist auch Art. 6 Abs. 3 EUV noch auf die allgemeinen Grundsätze für die Grundrechte.¹²² Gegen eine Einschränkung der Rechtsprechung des EuGH spricht weiter, dass die Bindung der Mitgliedstaaten bei der Einschränkung von Grundfreiheiten gegenüber der Umsetzung und dem Vollzug von Unionsrecht geringere Restriktionen mit sich bringt.¹²³
- 277** Für die Praxis ist auch unwahrscheinlich, dass der EuGH lediglich aufgrund des Wortlautes des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC von seiner bisherigen Rechtsprechung

¹¹⁶ V. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 201; offen insoweit allerdings Schaller, JZ 2005, 193 (194 f.); Scheuing, EuR 2005, 162 (175).

¹¹⁷ Borowsky, in: Meyer, Art. 51 Rn. 24, 29; Streinz, in: ders., Art. 17 GR-Charta Rn. 9; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRCh Rn. 17; Cremer, NVwZ 2003, 1452 (1457); Schwarze, EuR 2003, 535 (562).

¹¹⁸ Vgl. Ladenburger, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 22.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 42) – ERT.

¹²⁰ Ladenburger, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 23; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 46; Rengeling/Szczekalla, Rn. 295; Scheuing, EuR 2005, 162 (186).

¹²¹ ABl. 2007 C 303, S. 17 (32).

¹²² S. schon Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 48 zu Art. II-117 VE.

¹²³ Scheuing, EuR 2005, 162 (183).

abweichen wird.¹²⁴ Damit sind die Mitgliedstaaten auch bei Einschränkungen der Grundfreiheiten an die EGRC gebunden, da auch solche Maßnahmen das Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC durchführen.¹²⁵

Tabelle 2.1. Nationale Durchführung von Unionsrecht

Gesetzgebung	Verwaltung	278
• Umsetzung von Richtlinien: (auch Anpassung und Beibehaltung nationalen Rechts) • Beeinträchtigung von Grundfreiheiten/ nicht: Behebung Verstoß	• Vollzug von Verordnungen • Vollzug nationalen Umsetzungsrechts oder unmittelbar wirkender Richtlinien • nationales Verfahrensrecht, soweit europarechtlich geprägt • völkerrechtliche Verpflichtungen der Union (str.) • Beeinträchtigung von Grundfreiheiten	

D. Verpflichtung von Personen des Privatrechts

I. Parallelität zu den Grundfreiheiten

Private sind grundsätzlich Berechtigte und nicht Verpflichtete der Grundrechte. 279 Das folgt aus der vorrangigen Abwehrfunktion der Grundrechte¹²⁶ und entspricht dem Befund im Rahmen der EMRK.¹²⁷ Insoweit liegen europäische Grundrechte und Grundfreiheiten parallel.¹²⁸

Allerdings hat der EuGH insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit zulasten Privater ausgedehnt, wenn anders ihre Verwirklichung praktisch vereitelt würde. Ein Anwendungsbereich ist die diskriminierungsfreie Einstellung von Bewerbern.¹²⁹ Im Bereich der sozialen Grundrechte, die spezifisch auf Arbeitnehmer zugeschnitten sind, ist es ebenfalls denkbar, dass sie ohne eine Verpflichtung der Arbeitgeber weitestgehend leer liefen. In diesen Fällen kommt wie nach der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit auch eine unmittelbare Ver- 280

¹²⁴ Vgl. auch *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 45; *Borowsky*, in: Meyer, Art. 51 Rn. 30b.

¹²⁵ Im Einzelnen auch *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 37; *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 48.

¹²⁶ *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 49.

¹²⁷ Vgl. *Jarass*, § 4 Rn. 17.

¹²⁸ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 319 ff.

¹²⁹ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 (4172 f., Rn. 34 f.) – Angonese; näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1163; *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 51 ff.

pflichtung der Arbeitgeber aus den sozialen Grundrechten in Betracht.¹³⁰ Indes werden die Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 EGRC klar nicht auf Private bezogen, so dass es sich höchstens um Einzelausnahmen handeln kann. Oft sind gerade die sozialen Rechte erst auf Verwirklichung angelegt.¹³¹ Zudem sind Schutzpflichten im Bereich der Grundrechte eher etabliert als bei den Grundfreiheiten.¹³² Die vorzuziehende Alternative ist daher, durch eine Intensivierung der Schutzpflichten eine (unmittelbare) Bindung Privater überflüssig werden zu lassen.¹³³

II. Begrenzung durch den Anwendungsbereich

- 281** Bei einer Bindung Privater an die Grundrechte darf jedenfalls nicht der Anwendungsbereich der EGRC, wie er sich aus Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC ergibt, unterlaufen werden. Da eine Gleichstellung mit Unionsorganen offenbar ausscheidet, können die Grundrechte eine Verpflichtung Privater lediglich dann bewirken, wenn sich ein Zusammenhang mit der Durchführung des Unionsrechts ergibt. In diesem Punkte unterscheiden sich die Grundrechte von der unmittelbaren Wirkung der Grundfreiheiten.¹³⁴
- 282** Allerdings gibt es Grundrechte, denen absolute Geltung zukommt. Sie verletzen keine Durchbrechung, auch nicht durch Private. Dazu zählen die Achtung der Menschenwürde sowie die damit eng zusammenhängenden Gewährleistungen wie das Folterverbot. Hier kann es auch nicht hingenommen werden, dass Private davon abweichen. Praktische Relevanz gewinnt diese Frage vor allem, wenn es um das Klonen, die embryonale Stammzellenforschung und die Präimplantationsdiagnostik geht. Soweit hier Grenzen aus der Menschenwürde folgen,¹³⁵ müssen diese auch von Privaten beachtet werden, soweit sie unbedingt sind und nicht einer näheren Ausgestaltung bedürfen, weil sie mit den ebenfalls durch die Menschenwürde geschützten Belangen der von Heilfortschritten Profitierenden abzuwägen sind. Jedenfalls müssen die Gesetzgebungsorgane Normen erlassen, die diese Verpflichtung Privater sicherstellen.¹³⁶

¹³⁰ S. dazu im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 2 EGRC u. Rn. 3993 ff.; *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 6 Rn. 57 f.

¹³¹ S. für Art. 27 EGRC o. Rn. 3677.

¹³² S. näher u. Rn. 3995 f.

¹³³ *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 6 Rn. 57; *Jarass*, § 4 Rn. 19; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 51 GRCh Rn. 18.

¹³⁴ *Ladenburger*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 51 Rn. 9, 12 f.; vgl. auch *Jarass*, § 4 Rn. 20 und o. Rn. 227.

¹³⁵ S.u. Rn. 831, 832, 979.

¹³⁶ Im Einzelnen u. Rn. 869, 903; a.A. wohl *Borowsky*, in: *Meyer*, Art. 51 Rn. 31.

§ 2 Grundrechtsträger

A. Diversität der Grundrechtsträger

Anders als der Kreis der Verpflichteten sind die Berechtigten der Grundrechte **283** nicht in den allgemeinen Bestimmungen der Art. 51 ff. EGRC zusammengefasst, sondern den jeweiligen Einzelvorschriften zu entnehmen.¹³⁷ Dennoch lassen sich trotz Besonderheiten bei speziellen Grundrechten allgemeine Lehren für den persönlichen Schutzbereich entwickeln.

I. Jedermann

Die Grundrechte stehen weitgehend jeder Person bzw. jedem Menschen zu und **284** bekräftigen damit die Allgemeingültigkeit der EGRC.¹³⁸ Demgegenüber beschränkt sich der Anwendungsbereich des Art. 24 EGRC auf Kinder und derjenige des Art. 25 EGRC auf ältere Menschen. Gleichwohl bleiben damit auch diese Grundrechte potenzielle Jedermann-Rechte, da grundsätzlich davon ausgegangen werden darf, dass jeder Grundrechtsberechtigte diese Lebensabschnitte durchläuft.

II. Unionsbürger

Ausschließlich den Unionsbürgern steht hingegen die Freiheit aus Art. 15 Abs. 2 **285** EGRC zu, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Das gilt auch für das Wahlrecht bei der Wahl zum Europäischen Parlament nach Art. 39 EGRC und den Kommunalwahlen nach Art. 40 EGRC. Darüber hinaus knüpfen die Bewegungsfreiheit und das Aufenthaltsrecht gem. Art. 45 Abs. 1 EGRC sowie das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz gem. Art. 46 EGRC an die Unionsbürgerschaft an.

Der Schwerpunkt der Unionsbürgerrechte liegt damit einerseits auf den politischen Rechten.¹³⁹ Andererseits gehören zu ihnen diejenigen mit einer Entsprechung im EG/AEUV, die gleichfalls nur die Unionsbürger berechtigten. Dadurch ist die Konkordanz nach Art. 52 Abs. 2 EGRC gesichert. **286**

III. Ansässige

Ferner kennt die EGRC Rechte, die neben den Unionsbürgern auch Personen zu- **287** stehen, die in der Union ansässig sind. Diese sind in den Art. 42 ff. EGRC verankert und umfassen den Zugang zu Dokumenten der Union und ihren Stellen, die

¹³⁷ Rengeling/Szczekalla, Rn. 345; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 102.

¹³⁸ Rengeling/Szczekalla, Rn. 346.

¹³⁹ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 104.

Befassung des Bürgerbeauftragten sowie das Petitionsrecht zum Europäischen Parlament und auch die mögliche Gewährung von Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit (Art. 45 Abs. 2 EGRC).

B. Natürliche Personen

I. Grundsatz

- 288** In erster Linie sind natürliche Personen Grundrechtsträger.¹⁴⁰ Das entspricht der Funktion als Individualgrundrechte¹⁴¹ und gilt vor allem für die Grundrechte, die jede Person oder jeden Menschen berechtigen (so genannte Jedermann-Rechte).¹⁴² Diese sind vielfach auch von ihrem Gegenstand her auf die Situation natürlicher Personen zugeschnitten, so wenn sie das Leben oder die körperliche Unversehrtheit gewährleisten.
- 289** Allerdings sind auch zumindest herkömmlich auf natürliche Personen zugeschnittene Grundrechte wie das Recht auf Wohnung auf juristische Personen ausgedehnt worden. Grundlage dafür war aber, dass auch hier ein Bezug zur Entfaltung natürlicher Personen vorlag.¹⁴³

II. Grundrechtsspezifische Besonderheiten

1. Ungeborenes Leben und Verstorbene

- 290** Die Grundrechte natürlicher Personen beginnen grundsätzlich mit der Geburt und enden mit dem Tod.¹⁴⁴ Demgegenüber kommt für die Menschenwürde und das Recht auf Leben auch eine Grundrechtsberechtigung des Nasciturus in Betracht.¹⁴⁵ Bei Verstorbenen kann demgegenüber das postmortale Persönlichkeitsrecht zum Tragen kommen.¹⁴⁶
- 291** Trotz ihrer Erwähnung in Erwägungsgrund 6 der Präambel zur EGRC kommt künftigen Generationen keine Grundrechtsfähigkeit zu. Damit ist eine objektivrechtliche Funktion des Schutzes künftiger Generationen als öffentlicher Belang hingegen nicht ausgeschlossen.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 2, 5; Jarass, § 4 Rn. 22.

¹⁴¹ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 101 f.

¹⁴² Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 5; Ladenburger, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 2; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 102 f.

¹⁴³ S. näher u. Rn. 1239 f.

¹⁴⁴ Jarass, § 4 Rn. 22 f.

¹⁴⁵ Rengeling/Szczekalla, Rn. 374; s. näher u. Rn. 825 ff.

¹⁴⁶ Rengeling/Szczekalla, Rn. 375.

¹⁴⁷ Rengeling/Szczekalla, Rn. 382.

2. Grundrechtsmündigkeit

Die Grundrechte der EGRC sind grundsätzlich auch unabhängig von Alter und Befähigung.¹⁴⁸ Allerdings stellt sich im Hinblick auf bestimmte Rechte die Frage, ob ein Mindestmaß an Einsichtsfähigkeit zu verlangen ist. Das gilt etwa für das Wahlrecht oder die Religions- und Meinungsfreiheit, die Freiheit der Wissenschaft, das Recht auf Bildung und die persönliche Freiheit.¹⁴⁹ Auch können gerade bei Kindern Konflikte mit dem Erziehungsrecht der Eltern entstehen,¹⁵⁰ so beim Recht auf Bildung.¹⁵¹ **292**

Das Kriterium der Einsichtsfähigkeit verbietet grundsätzlich eine starre Festlegung der Grundrechtsmündigkeit durch eine bestimmte Altersgrenze.¹⁵² Soweit daher nicht für die Praktikabilität wie beim Wahlrecht die Festlegung eines Mindestalters erforderlich ist,¹⁵³ muss die Grundrechtsmündigkeit in jedem Einzelfall gesondert prüfen werden.¹⁵⁴ **293**

C. Juristische Personen

I. Juristische Personen des Privatrechts

Die Grundrechtecharta nimmt lediglich in einzelnen Artikeln auf juristische Personen Bezug.¹⁵⁵ Unbestritten ist dennoch, dass die Grundrechte der EGRC grundsätzlich auch auf juristische Personen Anwendung finden.¹⁵⁶ Das gilt unproblematisch für juristische Personen des Privatrechts mit satzungsmäßigem Sitz in der Union,¹⁵⁷ deren Grundrechtsfähigkeit der EuGH in seinem Prüfungsgang regelmäßig voraussetzt.¹⁵⁸ Sie lässt sich jedenfalls durch einen Rückgriff auf die EMRK aufgrund der Mindestgarantie nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC gewinnen. So berechtigt etwa Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK ausdrücklich „jede natürliche oder juristische Person“. **294**¹⁵⁹

¹⁴⁸ Jarass, § 4 Rn. 22 f.

¹⁴⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 379; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 110, 111.

¹⁵⁰ Rengeling/Szczekalla, Rn. 379.

¹⁵¹ S.u. Rn. 2455.

¹⁵² R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 111.

¹⁵³ Rengeling/Szczekalla, Rn. 378.

¹⁵⁴ Rengeling/Szczekalla, Rn. 379; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 110.

¹⁵⁵ Jarass, § 4 Rn. 27.

¹⁵⁶ Rengeling/Szczekalla, Rn. 389.

¹⁵⁷ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 13 f.; Ladenburger, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 3; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 105.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7474 f., Rn. 65 ff.) – Booker Aquaculture.

¹⁵⁹ Vgl. auch Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 51; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 15.

- 295** Gleichwohl gibt es Grundrechte, die ihrem Wesen nach vor allem auf natürliche Personen zugeschnitten sind.¹⁶⁰ So können juristische Personen etwa Diskriminierungen nach Art. 21 EGRC nur rügen, soweit diese auf sie anwendbar sind.¹⁶¹ Die Würde des Menschen passt offenkundig überhaupt nicht auf juristische Personen.¹⁶² Die deutsche Übersetzung der EGRC differenzierte entsprechend zwischen Grundrechten für jeden Menschen und solchen, die jeder Person zustehen.¹⁶³ Aber auch innerhalb der Jedermann-Rechte bleibt die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts letztlich immer eine Frage des Einzelfalls.¹⁶⁴
- 296** Demgegenüber betreffen die Wirtschaftsgrundrechte und damit insbesondere die Unternehmerfreiheit sowie die Berufs- und die Eigentumsfreiheit von ihrer praktischen Bedeutung her in erster Linie juristische Personen. Daher wäre es sachwidrig, gerade sie vom Grundrechtsschutz auszunehmen.
- 297** Soweit eine hoheitliche Maßnahme vorrangig an einzelne Mitglieder einer juristischen Person adressiert ist, kommt eine Grundrechtsberechtigung der Vereinigung selbst grundsätzlich nicht in Betracht.¹⁶⁵

II. Juristische Personen des öffentlichen Rechts

1. Restriktiver Grundansatz

- 298** Wie auch im deutschen Recht lehnt die europarechtliche Literatur die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts ganz überwiegend ab.¹⁶⁶ Gleiches gilt für solche juristischen Personen des Privatrechts, deren Anteilsmehrheit in öffentlicher Hand liegt (öffentliche Unternehmen).
- 299** Gegen die Grundrechtsfähigkeit öffentlicher Unternehmen und juristischer Personen des öffentlichen Rechts wird zuvorderst das klassische Konfusionsargument angeführt.¹⁶⁷ Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind Bestandteil des Staates und stehen nicht wie Private außerhalb. Die Grundrechtsfähigkeit wird ihnen nur dann zugestanden, wenn sie „von den ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben her unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind“ und insoweit „Bürgern (auch) zur Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen“.¹⁶⁸ Regelmäßig wird daher Rundfunkanstalten, Religionsgemeinschaften und Universitäten im Wirkungsbe-
reich des jeweiligen Grundrechts eine spezielle Grundrechtsberechtigung zuer-

¹⁶⁰ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 14.

¹⁶¹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 350.

¹⁶² Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 5; Jarass, § 4 Rn. 30.

¹⁶³ Ladenburger, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 4.

¹⁶⁴ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 105.

¹⁶⁵ Rengeling/Szczekalla, Rn. 355, 388.

¹⁶⁶ Rengeling/Szczekalla, Rn. 359; Jarass, § 4 Rn. 33; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 23; m.w.N. R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 106 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Rengeling/Szczekalla, Rn. 359, 392; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 109.

¹⁶⁸ BVerfGE 68, 193 (207) – Zahntechniker-Innung; 75, 192 (196 f.) – Sparkasse.

kannt.¹⁶⁹ Auf europäischer Ebene greift eine solche Ausnahme etwa für das Europäische Hochschulinstitut in Florenz.¹⁷⁰

2. Allgemeine Weiterungen

a) Justizgrundrechte

Darüber hinaus werden auch öffentlichen Unternehmen und juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Justizgrundrechte zuerkannt.¹⁷¹ Zwar bilden die Verfahrensgrundrechte auch umfassendes objektives Recht, was deren Zuerkennung an juristische Personen relativiert.¹⁷² Jedoch befinden sie sich dabei regelmäßig in Situationen wie private Grundrechtsträger. 300

b) Nur begrenzte Weisungsverhältnisse

Gegenüber der Union bestehen ohnehin für die meisten juristischen Personen des öffentlichen Rechts keine besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen.¹⁷³ Diese kommen in ihrer spezifischen Ausprägung hingegen regelmäßig zum Tragen, wenn es um die Geltung der europäischen Grundrechte in Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten geht. Dann sind sie vielfach in den nationalen Verwaltungsaufbau eingegliedert. Grundrechtliche Gefährdungslagen sind indes ausgeschlossen, wenn ein Weisungs- bzw. hoheitliches Überordnungsverhältnis zu dem Grundrechtsverpflichteten besteht. Das gilt auch bezogen auf die europäische Ebene.¹⁷⁴ 301

Ein solches Verhältnis fehlt etwa für die Europäische Zentralbank.¹⁷⁵ Aber deren Position beruht nicht auf den Grundrechten, sondern auf ihrer spezifischen Aufgabe und damit auf institutioneller, nicht freiheitlicher Basis. Grundrechte können insoweit keine zusätzlich abstützende oder gar konstitutive Funktion einnehmen und dürfen die vertragliche Zuständigkeitsordnung nicht zusätzlich aufladen. 302

¹⁶⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 362, 394; Jarass, § 4 Rn. 34; Nowak, in: Heselerhaus/Nowak, § 6 Rn. 24.

¹⁷⁰ Rengeling/Szczekalla, Rn. 395.

¹⁷¹ S. sogar für die Mitgliedstaaten EuGH, Rs. C-3/96, Slg. 1998, I-3031 (3060, Rn. 17) – Kommission/Niederlande; Rs. C-69/94, Slg. 1997, I-2599 (2617 ff., Rn. 12 ff.) – Frankreich/Kommission, allerdings bezogen auf die spezielle Regelung in Art. 226 EG/258 AEUV bzw. nähere Verfahrensregelungen in VOen; Rengeling/Szczekalla, Rn. 393; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 107; Jarass, § 4 Rn. 32; Nowak, in: Heselerhaus/Nowak, § 6 Rn. 23, 26.

¹⁷² S. L. Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 144.

¹⁷³ L. Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 173.

¹⁷⁴ Keine Berufung eines Mitgliedstaates gegenüber EuGH oder EU auf Vertrauensschutz, EuGH, Rs. C-177 u. 181/99, Slg. 2000, I-7013 (7076, Rn. 67) – Ampafrance.

¹⁷⁵ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 108 auch zum Vorhergehenden.

c) Sicherungsfunktion für die individuelle Grundrechtswahrung

- 303** Weiter gehend ist gerade aufgrund der weiten Wege für den Einzelnen in Europa an eine Sicherungsfunktion von juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu denken. Ausgangspunkt muss dann sein, inwieweit juristische Personen des öffentlichen Rechts eine Funktion für die Sicherung individueller Grundrechte einnehmen.¹⁷⁶ Davon ausgehend ist eine wirkungsorientierte Betrachtung ihrer Funktion für die Grundrechte des Bürgers entscheidend.

3. Ausdehnung der Wirtschaftsgrundrechte

- 304** Darüber hinaus sind jedenfalls die Wirtschaftsgrundrechte zu erweitern. Die EU lebt als Wirtschaftsgemeinschaft von der unternehmerischen Tätigkeit der natürlichen und juristischen Personen im Binnenmarkt. Öffentliche Unternehmen beteiligen sich wie private Unternehmen an diesem Markt. Für alle Unternehmen gelten im Ansatz¹⁷⁷ die gleichen Wettbewerbsvorschriften.
- 305** Dadurch werden die Unterscheidungsmerkmale zur Privatwirtschaft „öffentliche Aufgabe“ und „Ausübung von Hoheitsgewalt“ eingeebnet, die ansonsten gegen die Grundrechtsträgerschaft öffentlicher Unternehmen angeführt werden. Diese Kriterien sind ohnehin national aufgeladen und daher europaweit nicht einheitlich, so dass sie für die auf gleiche Geltung in den Mitgliedstaaten angelegten europäischen Grundrechte nicht maßgeblich sein können. Daher bedarf es autonomer Kriterien, unabhängig von der Rechts- und auch Handlungsform.¹⁷⁸
- 306** Für private und öffentliche Unternehmer besteht insoweit die gleiche grundrechtstypische Gefährdungslage. Zwar bleibt der Staat selbst bei der Erfüllung seiner Aufgaben unabhängig von der Rechtsform immer auch Staat und darf sich nicht ins Privatrecht flüchten. Indes ist er auch jenseits seiner öffentlichen Aufgaben wirtschaftlich aktiv. Da die Grundrechtsfähigkeit öffentlicher Unternehmen auf diese Fälle beschränkt wird, steht die staatliche Hoheitsfunktion gerade nicht im Vordergrund.
- 307** Stehen also öffentliche und private Unternehmen im Wettbewerb und sind sie im Ansatz denselben Wettbewerbsregeln unterworfen, so muss auch die unternehmerische Freiheit in gleicher Weise für beide gewährleistet sein.¹⁷⁹

III. Nicht rechtsfähige Vereinigungen

- 308** Nicht unmittelbar aus der EGRC, gleichwohl aber aus der Kohärenzbestimmung des Art. 52 Abs. 3 EGRC folgt mittelbar auch die Grundrechtsberechtigung nicht

¹⁷⁶ Näher zum Grundgesetz *Frenz*, VerwArch. 1994, 22 (38 ff.).

¹⁷⁷ Die Unterschiede folgen aus Art. 86 Abs. 2 EG/106 Abs. 2 AEUV, sind aufgabenbezogen und können daher auch rein private Unternehmen begünstigen; näher *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 2026 ff., 2038 ff.

¹⁷⁸ *Tettinger*, in: FS für Börner, 1992, S. 625 ff.; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 107.

¹⁷⁹ S. dazu eingehend und m.w.N. u. Rn. 2537 ff., 2672 ff, 2808 ff.

rechtsfähiger Vereinigungen des Privatrechts. Denn gem. Art. 34 EMRK steht auch diesen ein Grundrechtsschutz zu. Damit ist zugleich der Standard der EMRK zum Minimalstandard der EGRC erhoben.¹⁸⁰ Das gilt jedenfalls für die der EMRK entnommenen Grundrechte. Im Übrigen verwirklichen sich vielfach natürliche Personen in Vereinigungen des Privatrechts. Wären sie nicht auch grundrechtsberechtigt, würden deren Handlungsmöglichkeiten und Aktivitäten nur unzureichend gewährleistet, obwohl sich darüber Individuen zumindest mittelbar entfalten. Daher müssen die Vereinigungen auch als Dach für individuelle Aktivitäten geschützt sein, etwa vor Enteignungen.

Besteht weder eine juristische Person noch eine nicht rechtsfähige Vereinigung, 309 geht die Grundrechtsberechtigung von Kollektiven, einschließlich Minderheiten, in dem Grundrechtsschutz ihrer jeweiligen Mitglieder auf.¹⁸¹

D. Drittstaatsangehörige

Drittstaatsangehörige können sich jedenfalls auf solche Grundrechte der EGRC 310 berufen, die jedermann zuerkannt werden. Soweit die EGRC den Gedanken der Menschenrechte aufgreift, gelten die Grundrechte universell.¹⁸² Grundrechtsberechtigungen können sich auch ergeben, soweit die EGRC in einzelnen Grundrechten an die Ansässigkeit des Grundrechtsberechtigten in der Union anknüpft. Ein erweiterter Grundrechtsschutz von Drittstaatsangehörigen kann darüber hinaus aus Sekundärrecht oder besonderen Europaabkommen resultieren.¹⁸³ Da aus der EGRC allerdings keine allgemeine Handlungsfreiheit abzuleiten ist,¹⁸⁴ besteht für Drittstaatsangehörige eine Schutzlücke, soweit einzelne Grundrechte auf sie keine Anwendung finden.

Die Grundrechtsberechtigung von Drittstaatsangehörigen ist also aus dem je- 311 weiligen Grundrecht selbst herzuleiten. Sie wird entsprechend auch für das Grundrecht auf Freiheit und Sicherheit aus Art. 6 EGRC, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit nach Art. 12 EGRC und die Wirtschaftsgrundrechte der Art. 15 ff. EGRC diskutiert.¹⁸⁵

Für eine Grundrechtsberechtigung von Drittstaatsangehörigen lässt sich an die- 312 ser Stelle im Allgemeinen anführen, dass auch die EMRK an einem weiten Konzept der Grundrechtsberechtigung ausgerichtet ist und die Kohärenzbestimmung des Art. 52 Abs. 3 EGRC daher diesen Minimalstandard vorgibt.¹⁸⁶

¹⁸⁰ Rengeling/Szczekalla, Rn. 355; Jarass, § 4 Rn. 28.

¹⁸¹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 383, 385, 388.

¹⁸² Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 8, 22; Rengeling/Szczekalla, Rn. 365; Jarass, § 4 Rn. 24.

¹⁸³ Rengeling/Szczekalla, Rn. 367.

¹⁸⁴ Vgl. dazu Rn. 1060 ff.

¹⁸⁵ Vgl. auch Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 11.

¹⁸⁶ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 6 Rn. 12, 22.

- 313** Spezielle Ausländergrundrechte finden sich in den Art. 18 und 19 EGRC. In diesem Bereich bleibt für die Grundrechtsbindung insbesondere auch die Entwicklung im Rahmen eines gemeinsamen Asylsystems abzuwarten.¹⁸⁷
- 314** Darüber hinaus haben Staatsangehörige dritter Länder, denen eine Arbeitserlaubnis in einem Mitgliedstaat erteilt ist, gem. Art. 15 Abs. 3 EGRC einen Anspruch auf Arbeitsbedingungen, die denen der Unionsbürger entsprechen.

E. Grundrechtsverzicht

- 315** Die Diskussion um die Möglichkeit eines Grundrechtsverzichts ist selbst im deutschen Verfassungsrecht noch im Gange.¹⁸⁸ Dementsprechend gestaltet sich die dogmatische Herangehensweise an die Möglichkeit eines Verzichts auf die Grundrechte der EGRC schwierig.
- 316** Zu unterscheiden ist die Frage des Grundrechtsverzichts zunächst von der negativen Ausübung eines Grundrechts. So erfasst beispielsweise die Meinungsfreiheit auch das Recht, seine Meinung nicht zu äußern. Ebenso kann der Eigentümer einer Sache diese aufgeben.¹⁸⁹ In Einpersonen-Konstellationen spielt die Abwehrfunktion der Grundrechte keine Rolle. Für die meisten Grundrechte mit Ausnahme des Rechts auf Leben gilt dies in Einpersonen-Konstellationen auch in Bezug auf grundrechtliche Schutzpflichten.
- 317** Die Frage des Grundrechtsverzichts bezieht sich demgegenüber zumindest auf eine Zweipersonenkonstellation zwischen Privaten oder einem Privaten und einem Hoheitsträger. In diesen Konstellationen ist die Möglichkeit des Grundrechtsverzichts fließend. Mögliche Maßstäbe sind zum einen die Bedeutung des jeweiligen Grundrechts und zum anderen der Umfang oder die Dauer des Verzichts auf das jeweilige Grundrecht. So dürfte der Verzicht auf den Grundrechtsschutz im Falle einer Enteignung unproblematisch zulässig sein. Demgegenüber wird ein Verzicht auf das Wahlrecht schwieriger und auf Leben und Menschenwürde unzulässig sein.
- 318** Dass die Möglichkeit zum Verzicht auf den Grundrechtsschutz dem Konzept der EGRC zugrunde liegt, lässt sich jedenfalls aus Art. 8 EGRC ableiten, wonach personenbezogene Daten auf der Grundlage der Einwilligung dieser Person erhoben werden dürfen.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Vgl. *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 43.

¹⁸⁸ Vgl. nur *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 22 Rn. 45.

¹⁸⁹ *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 112.

¹⁹⁰ *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 112 f.

Kapitel 3

Die Bedeutung der Grundrechte

§ 1 Abwehrrechte

A. Klassische Freiheitsrechte

Die Grundrechte bilden vor allem Abwehrrechte. In erster Linie trifft dies für die klassischen Freiheitsrechte zu, wie sie in Titel II EGRC enthalten sind. Diesen Charakter haben auch diejenigen Rechte, denen gleichzeitig eine Schutzfunktion zukommt. Für diese regelmäßig der EMRK nachgebildeten Rechte (Art. 52 Abs. 3 EGRC) betont der EGMR immer wieder, dass die Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte seien. Das gilt für den Schutz des Familienlebens ebenso wie für den der Privatsphäre.¹ 319

B. Würdebezogene Elementarrechte

Parallel dazu bilden auch die Elementarrechte des Titels I EGRC Abwehrrechte. 320 Die Menschenwürde ist nach Art. 1 S. 1 EGRC sogar unantastbar. Damit müssen auch Angriffe von privater Seite abprallen. Gem. Art. 1 S. 2 EGRC ist die Menschenwürde allerdings gleichermaßen zu achten und zu schützen. Die Abwehrkomponente ist damit gleich geordnet. Für den Einzelnen gewinnt sie eine hauptsächliche Bedeutung, wenn es um die Abwehr staatlicher Ein- und Übergriffe geht.

Der Schutzanspruch garantiert dem Einzelnen staatliche Hilfe, wenn Beeinträchtigungen durch Private abzuwehren sind. Insoweit kommt deshalb ebenfalls eine Abwehrkomponente zum Tragen. Sie aktiviert aber erst staatliches Handeln. Dieses erfolgt daher im Rahmen der Schutzfunktion. Da die Grundrechte, wie aus Art. 51 Abs. 1 S. 2 EGRC hervorgeht, grundsätzlich nur staatliche Organe verpflichten, ist die auf sie bezogene Perspektive maßgeblich. 321

Darüber hinaus hat gerade der Achtungsanspruch nach Art. 1 EGRC eine die weiteren Vorschriften maßgeblich prägende Bedeutung. Damit geht Art. 1 EGRC zwar über die Bedeutung eines bloßen Abwehrrechts weit hinaus. Indes transportiert auch die Ausstrahlungsfunktion der Menschenwürdegarantie deren Abwehr- 322

¹ S. näher u. Rn. 360; etwa EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 57), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland.

gehalt weiter. Das gilt vor allem für die unmittelbar nachgelagerten Elementarrechte und damit die auf Leben und auf Unversehrtheit sowie die Verbote von Folter und Sklaverei. Diese sind freilich schon für sich gesehen klassische Abwehrrechte.

C. Gleichheitsrechte

- 323 Auch die Gleichheitsrechte sind insofern Abwehrrechte, als sie Ungleichbehandlungen verbieten. Der Einzelne hat daher einen Anspruch auf deren Abwehr. Allerdings bleibt es staatlichen Organen überlassen, wie sie die Ungleichbehandlung beseitigen, ob sie also eine gleichheitswidrige Regelung ausdehnen oder ganz aufheben. Bis dahin besteht eine solche Regelung aber fort.² Damit wirken Gleichheitsrechte nicht absolut, sondern nur relativ.³ Ihre Wirkung bleibt hinter der von klassischen Abwehrrechten zurück.⁴

D. Solidaritätsrechte

- 324 Die Solidaritätsrechte sind zumeist bloße Grundsätze. Soweit sie Rechte gewähren, geht es oft um Teilhabe und Schutz. Jedoch sind auch Abwehrrechte darunter, so das Verbot der Kinderarbeit nach Art. 32 EGRC, das allerdings regelmäßig gegenüber Privaten durchgesetzt werden muss und insoweit eine staatliche Schutzpflicht bildet. Das gilt auch für das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen gem. Art. 31 Abs. 1 EGRC.

E. Bürgerrechte

- 325 Die Bürgerrechte sind klassischerweise auf Teilhabe gerichtet, so das Wahlrecht nach Art. 39 f. EGRC. Indes beinhalten sie auch Abwehrkomponenten, wenn nämlich die Teilhabe beeinträchtigt wird, so etwa das Recht auf allgemeine, unmittelbare, freie und geheime Wahl gem. Art. 39 Abs. 2 EGRC. Das Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 EGRC) umfasst auch Anhörungs- und Zugangsrechte, die ebenfalls auf die Abwehr von Beeinträchtigungen gerichtet sind. Das gilt zwar an sich auch für das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz. Dieses ist aber in Art. 46 EGRC als Gleichbehandlungssatz ausgestaltet. Die daraus folgende Abwehrkomponente richtet sich indes nicht gegen Organe der Union oder der Mitgliedstaaten und wird daher allenfalls über eine staatliche Schutzpflicht ver-

² Vgl. EuGH, Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753 (1771, Rn. 13) – Ruckdeschel; Rs. 300/86, Slg. 1988, 3443 (3463 f., Rn. 22 ff.) – Luc van Landschoot; Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2270 f., Rn. 26) – Schröder.

³ Jarass, § 5 Rn. 18.

⁴ Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 42.

mittelt. Damit hängt die Einordnung von der Einstufung der staatlichen Schutzpflichten ab.⁵

Die justiziellen Rechte bilden klassische Bürgerrechte zur Sicherung vor staatlicher Willkür und wehren daher Übergriffe staatlicher Organe ab. **326**

§ 2 Teilhaberechte

Einige Rechte der EGRC sind auch auf Teilhabe gerichtet. Das gilt insbesondere für das Wahlrecht. Hier nimmt der Einzelne am demokratischen Willensbildungsprozess durch Wahlen teil. Grundlage dafür ist, dass er die Möglichkeit zur Teilnahme und damit zur Teilhabe hat. Entsprechendes gilt bei Zugangsrechten etwa zu Dokumenten. Damit finden sich die Teilhaberechte vor allem im Bereich der Bürgerrechte. **327**

Teilhaberechte müssen aber nicht ausschließlich diesen Charakter tragen. Vielmehr sind sie regelmäßig eng mit Gleichheitsaspekten verbunden. Das ist dann der Fall, wenn es um die gleichberechtigte Teilhabe aller geht, so bei den Wahlrechten nach Art. 39 f. EGRC oder beim Zugang zu sozialen Diensten nach Art. 34 Abs. 1 EGRC, zu Stellen des Gesundheitsschutzes nach Art. 35 S. 1 EGRC sowie zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 EGRC, die einen allgemeinen Zugangsanspruch voraussetzen.⁶ Allerdings folgt daraus weder ein Teilhabe- noch ein Gleichheitsrecht, das subjektiv eingefordert werden könnte, wenn es sich um einen bloßen Grundsatz handelt, wie dies bei den Zugangsrechten aus dem Solidaritäts-Titel der Fall ist. **328**

Liegt demgegenüber wie bei den Bürgerrechten ein einforderbares Teilhaberecht vor, bildet dieses regelmäßig auch ein Gleichheitsrecht. So sehen die Wahlrechte nach Art. 39 Abs. 1 und 40 EGRC dieselben Bedingungen für Unionsbürger vor wie für die Angehörigen des Mitgliedstaates, in dem sie wohnen. Ein zentraler Wahlrechtsgrundsatz ist die Gleichheit der Wahl, wie er im nationalen Recht vielfach ausdrücklich verankert ist, so in Art. 38 GG. **329**

Weiter können Teilhaberechte auch Abwehrkomponenten aufweisen. Das gilt etwa für das Recht auf eine gute Verwaltung mit Zugangsrechten zu Dokumenten und Anhörungsrechten, die nicht vereitelt werden dürfen. Ansonsten hat der Bürger einen Abwehranspruch gegenüber solchen Beeinträchtigungen staatlicher Organe.⁷ Das Wahlrecht kann nur wahrgenommen werden, wenn es nicht privaten Übergriffen ausgesetzt ist. Davor haben staatliche Organe zu schützen, so dass auch eine Schutzpflicht bestehen kann. **330**

⁵ S.u. Rn. 360 ff.

⁶ Jarass, § 5 Rn. 14; näher Rn. 345 f.

⁷ S. bereits vorstehend Rn. 325.

§ 3 Verfahrensrechte

A. Bürgerrechte

- 331** Eine Form der Teilhabe im weiteren Sinne ist die Einbeziehung in ein staatliches Verfahren. Auch diese Beteiligung muss für alle gleichermaßen erfolgen. Nicht umsonst gibt es für jede Person Ansprüche auf Anhörung und Aktenzugang im Rahmen des Rechts auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 Abs. 2 lit. a) und b) EGRC sowie auf Zugang zu Dokumenten nach Art. 42 EGRC. Insoweit handelt es sich um spezifische Ausprägungen, wie sich der Einzelne am Verwaltungsverfahren einbringen und beteiligen kann. Diese Bürgerrechte verleihen ihm auch konkret einforderbare subjektive Rechte, mit denen eine staatliche Leistung in Verfahrensform verlangt werden kann. Daher geht es um eine positive Verpflichtung.⁸

B. Justizielle Rechte

- 332** Weitere eigens festgelegte Verfahrensrechte finden sich in den justiziellen Rechten. Auch insoweit werden Verfahrenspositionen – hier vor Gericht – garantiert, die selbst keine materiellen Rechte begründen, sondern deren Wahrung dienen.⁹
- 333** Die Grenzen sind allerdings fließend. So bilden die Unschuldsvermutung, die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen sowie das Doppelbestrafungsverbot nach Art. 48-50 EGRC materielle Rechtsgrundsätze, die im gerichtlichen Verfahren zu beachten sind. Insoweit handelt es sich auch nicht um bloße Teilhabe- bzw. Gleichheits-, sondern um Abwehrrechte. Sie beinhalten keine Forderung nach staatlicher Leistung, sondern sollen Übergriffe der Justizbehörden verhindern, betreffen mithin nicht wie typischerweise Teilhaberechte den status positivus, sondern den status negativus.

C. Sicherung von Grundrechten

- 334** Diese Einordnung als negative Verpflichtung gilt auch für verfahrensrechtliche Anforderungen an den Eingriff in ein bestimmtes Grundrecht, wie sie sich für Art. 6 EGRC aus Art. 5 EMRK im Hinblick auf eine Freiheitsentziehung ergeben. Sie reduzieren das Ausmaß des Grundrechtseingriffs.¹⁰ Daher handelt es sich insoweit auch nicht um eigenständige Rechte, sondern um Schranken eines Grundrechtseingriffs.¹¹

⁸ Jarass, § 5 Rn. 16.

⁹ Ähnlich Jarass, § 5 Rn. 16: betreffen nicht unmittelbar materielle Rechte.

¹⁰ Treffend Jarass, § 5 Rn. 17.

¹¹ S.u. Rn. 400 ff.; vgl. (allgemeiner) R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 170: „Verfahrensvorbehalt“.

Solche Ergänzungen des abwehrrechtlichen Grundrechtsgehalts bilden auch verfahrensmäßige Vorkehrungen zur Sicherung von Grundrechten („Grundrechts-sicherung durch Verfahren“).¹² Daraus können freilich konkrete Verfahrensrechte erwachsen, so auf Anhörung. Zudem hängt es von der Natur des Grundrechts ab, ob ein Verfahrensrecht im Zusammenhang mit Abwehr-, Leistungs-, Teilhabe- oder Gleichheitsrechten steht. Daher kann es auch eine positive Verpflichtung ergänzen.¹³ 335

Es geht letztlich um einen Abgleich der Verfahrensinhalte mit dem materiellen Grundrecht. In dieses sind sie zu integrieren, damit insgesamt eine kraftvolle Wirkungsweise sichergestellt ist. Auf dieser Linie liegt auch, dass der EuGH den Verfahrensaspekt immer wieder stark betont.¹⁴ Dadurch werden nicht eigene Verfahrensgrundrechte geschaffen, sondern vorhandene materielle Grundrechtspositionen abgesichert. Dieser Vorgang führt dann aber ggf. zu Verfahrens- und Organisationsgewährleistungen als Teilrechten, so explizit in Art. 8 Abs. 3 EGRC, wonach der Schutz personenbezogener Daten mit seinen Teilgarantien von einer unabhängigen Stelle überwacht wird. 336

§ 4 Leistungsrechte

A. Soziale Rechte

Durch die Aufnahme sozialer Grundrechte scheint die EGRC auch zahlreiche Leistungsrechte zu enthalten. Bei näherer Durchsicht ergibt sich allerdings, dass die eigentlich als Leistungsrechte prädestinierten sozialen Rechte vielfach nur Grundsätze enthalten und damit der Einzelne gerade kein unmittelbar einforderbares Leistungsrecht erhält.¹⁵ 337

Inhaltlich bestehen teilweise Zugangsgewährleistungen, so zu Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichem Interesse. Dabei geht es dann aber um Teilhabe, nicht um eine darüber hinausgehende staatliche Leistung. Lediglich das Vorhandene steht dem Einzelnen offen. Der Staat muss keine zusätzliche Leistung erbringen. Zudem ist dieses Recht oft wie beim Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 EGRC auf die mitgliedstaatliche Ausgestaltung gebaut.¹⁶ Daher beinhalten solche Zugangsgewährleistungen nur höchst eingeschränkt eine Leistungsfunktion. 338

Eigentliche Leistungsrechte in Form originärer Leistungsansprüche sind praktisch kaum ausgeprägt: Das gilt selbst für die soziale Sicherheit und die soziale Unterstützung nach Art. 34 Abs. 3 EGRC. Auch insoweit besteht nur ein Recht 339

¹² Insoweit generell von akzessorischen Rechten ausgehend R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 170.

¹³ S. Jarass, § 5 Rn. 17 a.E. unter Verweis auf Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der EMRK, 2003, S. 58 f.

¹⁴ Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 5 Rn. 40.

¹⁵ Näher u. Rn. 441 ff.

¹⁶ S.u. Rn. 4284 ff.

auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu sozialen Diensten nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Es handelt sich nur um einen Grundsatz,¹⁷ welcher gem. Art. 52 Abs. 5 EGRC lediglich die nähere Ausgestaltung prägt und erst auf dieser Basis gerichtlich geltend gemacht werden kann, aber nicht als subjektives Recht. Sogar die subjektiven Rechte nach Art. 34 Abs. 2 EGRC und Art. 35 S. 1 EGRC gewähren selbst keine konkreten Leistungsansprüche.¹⁸

B. Arbeitnehmerrechte

- 340** Andere soziale Grundrechte verleihen spezifisch den Arbeitnehmern Rechte. Dazu gehören auch Unterrichts- und Mitwirkungsrechte (s. Art. 27 f. EGRC). Auch dabei geht es eher um Teilhabe als um soziale Leistung. Zudem bestehen diese Gewährleistungen im Rahmen eines privaten Betriebes. Daher geht es ebenfalls schon von der Sache her nicht um staatliche Leistungen, sondern höchstens um staatliche Normierung. Nach deren näherer Ausgestaltung sind diese Inhalte auch nur garantiert (s. auch Art. 30 EGRC). Damit handelt es sich auch insoweit um Grundsätze, die sich nur bei Betroffenheit des Menschenwürdegehalts zu einem subjektiven Recht verdichten.¹⁹ Auf die Würde schon begrifflich bezogen ist das Recht auf sichere und würdige Arbeitsbedingungen nach Art. 31 EGRC.²⁰

C. Förderpflicht

- 341** Dass Art. 51 EGRC die Förderung der Anwendung von Rechten und Grundsätzen vorsieht, beinhaltet zwar eine positive Verpflichtung. Sie besteht aber in keinem konkreten Leistungsrecht, sondern allenfalls in einer staatlichen Handlungspflicht, etwa auch auf der Basis grundrechtlicher Schutzfunktionen. Es handelt sich damit um eine allgemeine Vorgabe, dass die Grundrechte nicht nur eine negative abwehrende, sondern auch eine positive fördernde Komponente haben, die der EGMR immer wieder betont hat.²¹

¹⁷ Näher u. Rn. 4082 ff. und 4188 ff.

¹⁸ S.u. Rn. 444, 4166 ff., 4255 ff.

¹⁹ S.u. Rn. 3632 ff.

²⁰ Dazu u. Rn. 3901.

²¹ S. Jarass, § 5 Rn. 10 unter Verweis u.a. auf EGMR, Urt. vom 16.3.2000, Nr. 23144/93 (Rn. 42), RJD 2000-III – Özgür Gündem/Türkei; Urt. vom 26.3.1985, Nr. 8978/80 (Rn. 23), NJW 1985, 2075 (2075) – X. u. Y./Niederlande; Urt. vom 21.6.1988, Nr. 10126/82 (Rn. 32), EuGRZ 1989, 522 (524) – Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich sowie Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der EMRK, 2003, S. 179 ff.

D. Ausnahmecharakter

Leistungsrechte bestehen deshalb auch nach der EGRC lediglich in einem Minimalbereich. Das betrifft insbesondere die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Dieses folgt aber nicht aus den sozialen Grundrechten, sondern aus der Menschenwürde.²² 342

Insbesondere dürfen die Aufenthaltsrechte nicht zu einem umfassenden staatlichen Leistungsrecht ausgebaut werden. Ansonsten werden zwei eigentlich voneinander zu trennende und auch in der EGRC separat geregelte Bereiche miteinander vermischt.²³ Ein Aufenthaltsrecht kann daher höchstens auf ausreichender sozialer Potenz beruhen, regelmäßig nicht aber soziale Leistungsansprüche begründen. Solche können höchstens nach dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung gewährt und dürfen an einen hinreichend langen Aufenthalt gebunden werden.²⁴ 343

Begründen grundrechtliche Leistungsrechte Handlungspflichten der zuständigen Organe, müssen diese handeln dürfen und damit kompetent sein. Europäische Grundrechte können daher nur insoweit Leistungsansprüche begründen, wie die Unionskompetenzen reichen, so dass nach Art. 51 Abs. 1 EGRC Stellen der Union oder der Mitgliedstaaten in Durchführung von Unionsrecht diese Ansprüche umsetzen können. Grundrechtsschutz und Kompetenz liegen insoweit schon aufgrund der Natur des Anspruchs parallel.²⁵ Ein solcher Grundsatz musste daher nicht eigens festgeschrieben werden.²⁶ 344

§ 5 Gleichheitsrechte

Zwischen Abwehr-, Teilhabe- und Leistungsrechten stehen die Gleichheitsrechte.²⁷ Sie geben einen Anspruch auf Abwehr von Ungleichbehandlungen. Allerdings steht dieser Abwehranspruch in seinem konkreten Gehalt nicht näher fest, sondern die staatlichen Organe können wählen, wie sie ihn erfüllen.²⁸ Dehnen sie eine Begünstigung aus, lassen sie den gleichheitswidrig ausgeschlossenen Personenkreis teilhaben bzw. gewähren ihm eine Leistung. Von daher handelt es sich um ein Teilhabe- bzw. Leistungsrecht. Wird dagegen eine Regelung, die Personen gleichheitswidrig belastet, zurückgenommen, liegt ein staatliches Unterlassen vor, wie es typischerweise die Reaktion auf einen Abwehranspruch bildet. Es steht 345

²² S.u. Rn. 1025.

²³ Vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 205 ff. zu den Grundfreiheiten.

²⁴ Näher u. Rn. 4120 ff.

²⁵ *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 14 Rn. 24; *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 41.

²⁶ Dies fordernd dagegen *Calliess*, EuZW 2001, 261 (264); *Pernice*, DVBl. 2000, 847 (852); *Scholz*, in: FS für Maurer, 2001, S. 993 (999); *Zimmermann*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zwischen Gemeinschaftsrecht, Grundgesetz und EMRK, 2002, S. 26

²⁷ *Jarass*, § 5 Rn. 18.

²⁸ S.o. Rn. 323.

nicht von vornherein fest, ob der Staat etwas aktiv durch Ausdehnung tut oder durch Wegfall unterlässt.²⁹

- 346** Damit ist in Gleichheitsrechten eine doppelte Wirkungsweise angelegt. Welche Seite zum Durchbruch kommt, hängt von der staatlichen Reaktion ab.

§ 6 Wertentscheidungen und objektive Grundrechtsgehalte

A. Bestehende Ansätze

- 347** Der EuGH hat sich verschiedentlich zu den Grundrechten als Wertentscheidungen bekannt. Das betrifft vor allem die Entscheidungen, in denen er einen grundrechtlichen Belang als Rechtfertigungsansatz für eine Einschränkung der Grundfreiheiten angeführt hat, ohne auf die Grundrechte als Abwehrrechte abzustellen. Das gilt insbesondere für eine pluralistische Rundfunkordnung.³⁰ Immer mehr wird auf die Herausbildung einer europäischen Werteordnung abgehoben, bei der die Grundrechte den „Kristallisationspunkt“ bilden.³¹
- 348** Insbesondere werden die Grundrechte selbst in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension erschlossen.³² Das können sie vor allem dann, wenn die Grundrechtecharta durch den Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV auf sie fester Bestandteil des geschriebenen Unionsrechts wird und daher als Grundlage für ein fest gefügtes Wertesystem dienen kann, aus dem objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte abgeleitet werden können. Unabhängig davon sind sie vor allem in der Rechtsprechung fest etabliert und dient die schon bislang in Bezug genommene EGRC ihrer Konkretisierung. Damit braucht es keiner (zusätzlichen) Festschreibung der grundrechtlichen Werte im EU selbst, wie es in Art. 2 EUV unter Auflistung fast aller Titel der Grundrechtecharta vorgesehen ist.³³
- 349** Gleichwohl bleiben die Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte. Das zeigt sich in ihrem Schwerpunkt, der in den klassischen Freiheitsrechten liegt, sowie in ihrer meist gegebenen Formulierung, nach der Personen bzw. Menschen konkrete Rechte verliehen werden. Leistungs- und Teilhaberechte sind wesentlich seltener als Abwehrrechte.
- 350** Soweit den zuständigen Organen daher obliegt, bestimmte Wertvorstellungen zu verfolgen, sind diese, wenn sie grundrechtlich abgeleitet werden, ihrer Haupt-

²⁹ S. Krieger, in: Grote/Maruhn, Kap. 6 Rn. 19.

³⁰ EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487 (518, Rn. 9) – Veronica Omroep; Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 (4043, Rn. 23) – Collectieve Antennevoorziening Gouda; näher u. Rn. 400.

³¹ Calliess, JZ 2004, 1033 (1035 ff.).

³² S. Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 14 Rn. 28. Ausführlich Gersdorf, AöR 119 (1994), 400 (407 ff.) in Anlehnung an die deutsche Grundrechtsjudikatur und -dogmatik.

³³ Auf den gleichlautenden Art. I-2 VE verweisend Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 43.

funktion³⁴ und daher zumeist Abwehrrechten entnommen. Steht dieser Charakter bei einem Recht im Vordergrund, dienen die aus ihm abgeleiteten objektiv-rechtlichen Elemente der Verstärkung seiner Geltungskraft und damit seines abwehrrechtlichen Kerngehalts.³⁵ Bei einer Ableitung aus Teilhabe- bzw. Leistungsrechten flankieren sie diese. Indes sind sie nicht in der Lage, den Charakter des Grundrechts, aus dem sie abgeleitet werden, grundlegend zu ändern.

Bildet eine Vorschrift der EGRC einen bloßen Grundsatz und kein unmittelbar subjektiv einforderbares Grundrecht, beschränkt sie sich von vornherein auf objektiv-rechtliche Gehalte. Deren Wirkungsweise ist in Art. 52 Abs. 5 EGRC festgelegt. Sie können vor Gericht nur herangezogen werden, wenn die diese Grundsätze umsetzenden und durchführenden Rechtsakte ausgelegt bzw. auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden. Damit fließen dabei ihre Wertungen ein. Diese Bedeutung kommt auch den aus den Abwehr-, Teilhabe- und Leistungsgrundrechten abgeleiteten objektiven Gehalten zu. Insoweit ist ihre Wirkung ähnlich.³⁶ Gleichwohl ist ihre Wirkungsweise nicht gänzlich deckungsgleich mit der von Grundsätzen.³⁷ 351

B. Geschlossenes Wertesystem der Grundrechte?

Ein geschlossenes Wertesystem der Grundrechte könnte sich daraus ergeben, dass die Menschenwürdegarantie an der Spitze der EGRC steht. Dem Grundgesetz kam dabei Vorbildfunktion zu.³⁸ Aus ihm folgerte der deutsche Staatsrechtslehrer *Dürig* sogar ein in sich geschlossenes, ausschließlich auf die Menschenwürdegarantie ausgerichtetes Wertesystem, das alle Grundrechte umfasst und „in dem sich der Hauptwert zu den Teilwerten wie der rechtliche Obersatz zu den Teilrechtssätzen verhält“.³⁹ 352

Indes stellt jedes Grundrecht neben seiner Eigenschaft als Abwehrrecht zugleich eine Wertentscheidung hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgutes dar.⁴⁰ Diese Rechtsgüter bilden vielfach Gegensätze und können auch mit in enger Verbindung zur Menschenwürde stehenden Belangen oder mit dieser selbst in Konflikt geraten, so die Pressefreiheit. Zwar sind diese Rechtsgüter alle im Lichte der an der Spitze des Grundrechtsteils stehenden und dessen Fundament bildenden Menschenwürde auszulegen. Indes formen sie aufgrund ihrer teilweisen Gegen- 353

³⁴ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 181.

³⁵ S. für das deutsche Verfassungsrecht die grundlegende *Lüth*-Entscheidung, BVerfGE 7, 198 (205); ebenso BVerfGE 35, 79 (114) m.w.N.

³⁶ Allgemein Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 43.

³⁷ S. sogleich Rn. 357 f.

³⁸ Näher u. Rn. 808 ff.

³⁹ G. Dürig, AöR 81 (1956), 117 ff. Dieses System wird aber auch vom BVerfG nicht als Grundlage der Schutzpflichtdogmatik herangezogen, wie die Fundierung nur der Schutzpflicht spezifisch für das ungeborene Leben in Art. 1 Abs. 1 GG in BVerfGE 88, 203 (251) zeigt.

⁴⁰ S. vorstehend Rn. 347 ff.

sätzlichkeit und ihrer unterschiedlichen Bezugsintensität kein geschlossenes, einheitlich auf die Menschenwürde bezogenes Wertesystem.

- 354 Zudem reichen die Grundrechte über die Menschenwürde hinaus und haben teilweise noch andere, zusätzliche Wurzeln.⁴¹ So stehen namentlich die Achtung religiöser Strömungen, die Meinungsäußerungsfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit in enger Verbindung zur Demokratie.⁴² Daraus kann sich je nach Betrachtung für einen Grundrechtsgehalt eine unterschiedliche Bedeutung für eine Werteordnung ergeben. Sollen diese insoweit zu anderen Ergebnissen führenden anderen Wurzeln nicht außer Acht gelassen werden, kann nicht von einem ausschließlich auf die Menschenwürde bezogenen Wertesystem ausgegangen werden. Vielmehr ist danach zu fragen, was für jedes Grundrecht entsprechend seinen Wurzeln als Wert geschützt werden muss.

C. Bloßer Impulscharakter

- 355 Die Grundrechte als objektive Elemente geben freilich von ihrer Anlage her nur Richtlinien und Impulse für das staatliche Handeln.⁴³ Es handelt sich eher um Direktiven und Maximen denn um konkrete Handlungsgebote, so dass in dieser Hinsicht manche Gemeinsamkeiten mit den Staatsstruktur- und Staatszielbestimmungen bestehen.⁴⁴ Dadurch entstehen auch Parallelen zu den Grundsätzen, die in Art. 52 Abs. 5 EGRC von den Grundrechten unterschieden werden. Danach sind diese nur beim Umsetzungsrecht und bei Durchführungshandlungen gerichtlich einforderbar. Das ist auch die wesentliche Bedeutung der Grundrechte als Wertentscheidungen.

D. Ausstrahlungswirkung

- 356 Allein auf der Basis objektiv-rechtlicher Gehalte kann der Einzelne keine konkreten Rechtsfolgen geltend machen. Vielmehr bedarf es der Konkretisierung. Diese muss allerdings mit den objektiv-rechtlichen Gehalten übereinstimmen. Damit wird der Inhalt dieser Konkretisierung gleichfalls an den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten gemessen, wie dies Art. 52 Abs. 5 EGRC für die Grundsätze vorgibt. Auch darüber hinaus wirken die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte in die Rechtsordnung hinein. Sie sind umfassend bei der Abwägung und Auslegung zu berücksichtigen.⁴⁵

⁴¹ Darauf verweist auch *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 36.

⁴² S. z.B. Rn. 1545.

⁴³ S. bereits BVerfGE 7, 198 (205).

⁴⁴ *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 921.

⁴⁵ S. für die Meinungsfreiheit EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 24) – Familiapress; Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5719, Rn. 78 f.) – Schmidberger (Brenner-Blockade), sowie u. Rn. 437

E. Individuell einforderbare Konkretisierung in Abgrenzung zu den Grundsätzen

Zudem kann auf der Basis objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte, wenn man aus ihnen grundrechtliche Schutzpflichten ableitet, verlangt werden, dass eine bislang fehlende Maßnahme als solche ergeht.⁴⁶ Ansonsten könnten die zuständigen Organe eine aus den Grundrechten folgende Schutzverpflichtung leerlaufen lassen. 357

Insoweit wirken daher die Grundrechte mit ihren objektiv-rechtlichen Gehalten stärker als die Grundsätze, deren Umsetzung auch als solche gem. Art. 52 Abs. 5 S. 2 EGRC vom Einzelnen nicht verlangt werden kann. Sie bilden daher nur Direktiven, die für den Bürger unmittelbar erst einforderbar werden, wenn staatliche Maßnahmen auch ergriffen werden, nicht hingegen, wenn gar nichts passiert. Allerdings haben sie durchaus aus sich heraus verpflichtende Wirkung und können auch insoweit gerichtlich geltend gemacht werden, wenn andere subjektive Rechte bestehen und damit dem Einzelnen eine Klage ermöglichen.⁴⁷ 358

§ 7 Schutzpflichten

Schutzpflichten sind darauf ausgelegt, dass zuständige Organe zum Schutz bestimmter Rechtsgüter aktiv werden. Werden sie durch ein Verhalten Privater ausgelöst, handeln diese Organe, um dieses Verhalten Privater dergestalt zu neutralisieren, dass die zu schützenden Güter gewahrt bleiben. Insoweit besitzt deren Handeln eine bestimmte Zielrichtung, die determiniert ist durch das gefährdende Verhalten Privater. Es ist aber regelmäßig nicht in seinen Einzelheiten festgelegt. Diese Merkmale zeigten sich in der Judikatur des EuGH zu den grundfreiheitlichen Schutzpflichten, die allerdings von ihm nicht explizit als solche bezeichnet wurden.⁴⁸ 359

⁴⁶ Wenngleich dabei regelmäßig ein breiter Beurteilungsspielraum besteht, s.u. Rn. 365 ff.

⁴⁷ Näher u. Rn. 438 ff.

⁴⁸ S. EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 (6998 f., Rn. 29 ff.) – Kommission/Frankreich (Agrarblockaden); Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5713 f., Rn. 57 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

A. Die Schutzpflichten als Element der durch die Grundrechte aufgerichteten objektiven Ordnung

I. Die Schutzpflichten als Rechtsgüterschutz

1. Ansatz

360 Die grundrechtlichen Schutzpflichten werden auch auf europäischer Ebene aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte abgeleitet.⁴⁹ Insbesondere entnimmt der EGMR der EMRK, auf der viele Grundrechte der EGRC beruhen, positive Schutzfunktionen, die er den Abwehrrechten gegenüberstellt, ohne sich also näher über die dogmatische Herleitung zu äußern;⁵⁰ letztlich leitet er sie damit gleichermaßen ab.⁵¹ Jedenfalls sind die Schutzfunktionen nicht mit den Abwehrrechten gleichzusetzen. Allgemein werden objektiv-rechtliche Grundrechtsfunktionen angenommen.⁵² Das entspricht der ganz herrschenden Konzeption in der deutschen Judikatur und Literatur, welche die Schutzpflichten intensivst dogmatisch erfasst hat. Sie werden vom Bundesverfassungsgericht⁵³ meist aus den Grundrechten als objektive Werteordnung⁵⁴ bzw. mittlerweile als Elemente objektiver Ordnung⁵⁵ gewonnen. Als ihr Grund wird die Gefährdung eines in einem Grundrecht verkörperten Rechtsgutes gesehen.⁵⁶

⁴⁹ V. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 207 und näher S. 124 Fn. 470; Suerbaum, EuR 2003, 390 ff.; Gersdorf, AöR 119 (1994), 400 ff.; Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997, S. 247 ff.; singular eine abwehrrechtliche Lösung beschreibend Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 1056 ff., dem Staat alles erlaubte Private zurechnend, daher aber entgegen dem System der EMRK-Grundrechte, auf denen viele EGRC-Rechte beruhen, nicht zwischen bloßem staatlichem Unterlassen und positivem Handeln unterscheidend.

⁵⁰ S. z.B. EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 57), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland, sowie u. Rn. 899, 902.

⁵¹ Dies allgemein näher fundierend u. Rn. 374 ff.

⁵² Wildhaber/Breitenmoser, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 8 Rn. 86; Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 1051 f. m.w.N.

⁵³ Zu weiteren Begründungsansätzen in der – dem BVerfG weitgehend folgenden (etwa Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (12); Erichsen, Jura 1997, 85 (86); Jarass, AöR 110 (1985), 363 (378); Stern, Staatsrecht III/1, S. 931) – Literatur im Einzelnen Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 37 ff.

⁵⁴ BVerfGE 39, 1 (41) unter Verweis namentlich auf BVerfGE 7, 198 (205); später explizit BVerfGE 53, 30 (57); 56, 54 (73); i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG auch BVerfGE 49, 89 (141 f.).

⁵⁵ BVerfGE 73, 261 (269); auch BVerfGE 77, 170 (214); 92, 26 (46). Damit reagierte das Gericht wohl auf die Kritik am Begriff der Werteordnung (zur Entwicklung Stern, Staatsrecht III/1, S. 901 f. sowie Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993).

⁵⁶ Näher Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 60 ff.; Isensee, in: ders./Kirchhof, HStR V, § 111 Rn. 93 ff.

2. Beschränkung auf Elementargüter?

Eine Ableitung der Schutzpflichten aus den Grundrechten als objektiver Ordnung kann dann eine Beschränkung auf Elementargüter⁵⁷ mit sich bringen, wenn diese Ordnung aus den Grundrechten in ihrer Gesamtheit folgt⁵⁸ und aus ihr nur die fundamentalen Bestandteile von staatlichen Schutzpflichten erfasst werden sollen. Das könnte erfolgen unter Rückbezug auf den zentralen Aufhänger der Grundrechte, die Menschenwürde.⁵⁹ Eine solche Verengung ist aber schon für die Ableitung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte abzulehnen.⁶⁰ 361

Damit sind die grundrechtlichen Schutzpflichten aus jedem Grundrecht ableitbar,⁶¹ wenn sich auch nicht stets eine eigene Textbasis namentlich durch die Vorgabe des Schutzes ausmachen lässt. In der Sache werden sie vor allem zum Tragen kommen, wenn sie auch durch Private gefährdet werden können, wie dies insbesondere auf die klassischen Garantien für Leben, körperliche Unversehrtheit und Eigentum, aber auch für neuere Errungenschaften wie das Recht auf Achtung des Privatlebens zutrifft. Teilhabe- und Leistungsansprüche sind hingegen regelmäßig spezifisch auf staatliche Organe bezogen. Private können hier höchstens im Umfeld störend wirken, so wenn sie Wahlen behindern. 362

3. Parallele zu den Grundfreiheiten

Der EuGH gewinnt Schutzpflichten aus den Grundfreiheiten, ohne näher nach deren Wertigkeit zu fragen, nimmt allerdings Art. 10 Abs. 1 EG/4 Abs. 3 EUV hinzu, der den Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen auferlegt, um ihre vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen.⁶² Schutzpflichten ergeben sich freilich aus den Grundfreiheiten als solchen, werden doch durch sie bestimmte Schutzgüter gewährleistet, so dass die Herkunft der Beeinträchtigung zurücktritt.⁶³ Diese Konzeption ist auch auf die europäischen Grundrechte zu übertragen. Dass die Grundfreiheiten eigentlich nicht subjektiv formuliert sind, ändert daran nichts, da sie in erster Linie als individuell einforderbare Berechtigungen in Erscheinung treten,⁶⁴ und auch die Schutzpflichtseite im Zusammenhang damit entwickelt wurde. Dies spricht auch im Rahmen der europäischen Grundrechte für eine Ableitung unmit- 363

⁵⁷ In diesem Sinne *Isensee*, in: FS für Sendler, 1991, S. 39 (63); *ders.*, in: *ders./Kirchhof*, HStR V, § 111 Rn. 131.

⁵⁸ In diese Richtung deutet BVerfGE 7, 198 (205): „... in seinem Grundrechtsabschnitt ... objektive Wertordnung“. Ähnlich BVerfGE 39, 1 (41) als eine Leitentscheidung für die grundrechtlichen Schutzpflichten: „Die Grundrechtsnormen ... verkörpern zugleich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung ... gilt.“

⁵⁹ S. BVerfGE 6, 32 (36, 41); 27, 1 (6); 30, 173 (193); 72, 105 (115); 72, 155 (170).

⁶⁰ S. vorstehend Rn. 352 ff.

⁶¹ Vgl. für das deutsche Recht *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*, HStR V, § 111 Rn. 89, 93; *Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (380 f.); *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 944.

⁶² EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 (6992 f., Rn. 1 ff.) – Kommission/Frankreich (Agrarblockaden); auch Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5713 f., Rn. 57 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

⁶³ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 191 ff. m.w.N.

⁶⁴ Ausführlich *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 83 ff. m.w.N.

telbar auf ihrer subjektiv-rechtlichen Grundlage und nicht erst über den Umweg einer objektiv-rechtlichen Ableitung.⁶⁵ Der EGMR differenziert insoweit ohnehin nicht, sondern stellt die Schutzfunktion gleichgewichtig neben die Abwehrfunktion.⁶⁶

II. Erstreckung auf Naturgefahren und ausländische Staaten

- 364** Bei einer Konzeption der Schutzpflichten als Rechtsgüterschutz⁶⁷ ist die Gefährdung des jeweils einschlägigen Rechtsgutes entscheidend, nicht aber der konkrete Auslöser in Form des Verhaltens eines bestimmten Personenkreises oder einer einzelnen Person. Zwar wird vertreten, Schutzpflichten bestünden nur bei einer Grundrechtsgefährdung durch Privatpersonen und nicht aufgrund von Naturgefahren und dem Verhalten ausländischer Staaten.⁶⁸ Das ist aber bei einem Abstellen auf eine Rechtsgutsgefährdung nicht konsequent. Hier zählt die Gefährdung des Rechtsgutes, nicht deren nähere Ursache. Spezifisch Schutz vor Gefährdungen im Ausland bietet ohnehin das Grundrecht auf diplomatischen und konsularischen Schutz, das aber nach Art. 46 EGRC als Gleichstellungsrecht ausgestaltet ist.⁶⁹

III. Die grundsätzliche Unbestimmtheit der unmittelbaren Zielrichtung einer Schutzmaßnahme

- 365** Aus objektiv-rechtlichen Gehalten abgeleitet, sind Schutzpflichten aus sich selbst heraus an sich inhaltlich unbestimmt, wie es in der Natur der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte liegt. Nur bei höchstwertigen Rechtsgütern werden bereits aus den grundrechtlichen Schutzpflichten im Einzelnen ableitbare Pflichten bejaht,⁷⁰ aber auch insoweit ergeben sich Bedenken im Hinblick auf die bei einer objektiv-rechtlichen Ableitung gegebene Unbestimmtheit der Schutzpflichten.⁷¹

⁶⁵ Näher u. Rn. 374 ff.

⁶⁶ S.o. Rn. 360.

⁶⁷ Insbes. BVerfGE 53, 30 (57); *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HStR V, § 111 Rn. 93 ff.; *E. Klein*, NJW 1989, 1633 (1636); *H. Klein*, DVBl. 1994, 489 (490); *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 96 ff.; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 734; etwa auch *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 197; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 64 f.

⁶⁸ *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HStR V, § 111 Rn. 112, 120 ff. Anders die h.M., etwa *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 124; *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 124; *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 5 Rn. 20 f. m.w.N.

⁶⁹ S.o. Rn. 325

⁷⁰ BVerfGE 39, 1 (42 f.); 88, 203 (254 f.).

⁷¹ Die Ableitung konkreter Pflichten abl. Sondervotum *Rupp-von Brünneck*, BVerfGE 39, 68 ff.; auch BVerfGE 88, 338 (346 f., 355); krit. etwa auch *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 102; *Hermes/Walther*, NJW 1993, 2337 (2339 f.).

Bezogen auf die Umsetzung der grundrechtlichen Schutzpflichten und damit auch für die Maßnahmerichtung bedeutet ihre Ableitung aus den Grundrechten als Elemente objektiver Ordnung im Einzelnen: Sie gebieten den zuständigen Organen, vor einer bestimmten Gefährdung der Grundrechte zu schützen, überlassen ihnen jedoch prinzipiell die Wahl der Mittel⁷² und auch deren unmittelbare Zielrichtung.⁷³ Von daher steht es ihnen frei, etwa bei gesundheitsgefährdenden Lärmemissionen von Flughäfen Schutzwälle zu errichten und dafür Nachbargrundstücke zu enteignen, statt den Flughafenbetreiber zu zwingen, die Geräusche zu reduzieren.⁷⁴ **366**

IV. Breiter Beurteilungsspielraum

Es ergibt sich – wie aber auch regelmäßig bei einem Ausgleich divergierender Interessen im Rahmen eines Abwehrrechts – ein weiter Beurteilungsspielraum der staatlichen Organe, so dass eine Evidenzkontrolle erfolgt.⁷⁵ **367**

Da es vor allem um die Bewältigung von Interessengegensätzen und die Abmessung des bürgerlichen Freiheitsraumes durch konkretisierende Normen geht, bleibt weitestgehend der Normgeber zuständig. Das korreliert damit, dass die Beschränkung der Grundrechte, die zum Schutz Einzelner regelmäßig notwendig ist, nach Art. 52 Abs. 1 EGRC nur auf normativer Grundlage möglich ist. Wenn indes der Normgeber dieser Aufgabe nicht nachkommt, ist diese Übergangszeit durch Lösungen zu bewältigen, die nicht eine einseitige Bevorzugung der Abwehrseite der Grundrechte zur Folge haben, sondern die Schutzseite gleichermaßen wahren,⁷⁶ wie dies bei einem Aufeinanderprallen von grundrechtlichen Abwehrrechten erfolgt.⁷⁷ Der EGMR geht hier mit gutem Beispiel voran.⁷⁸ **368**

Praktisch umgesetzt werden kann diese Entscheidungsprärogative des Normgebers im Rahmen der Schranken, denen auch die Schutzgewährleistung unterliegen muss, um sie in das Gesamtgefüge der EGRC einzubinden. Insoweit ist auch zu fragen, was der staatlichen Gestaltung möglich ist. Damit soll nicht etwa ein Vorbehalt nationaler Unmöglichkeit errichtet werden, der auch an anderer Stelle kaum in Betracht kommt.⁷⁹ **369**

Indes betreffen die grundrechtlichen Schutzpflichten wie die Grundrechte allgemein nach Art. 52 Abs. 1 EGRC Unionshandeln und die Umsetzung bzw. An- **370**

⁷² Bes. deutlich BVerfGE 77, 170 (214 f.); 92, 26 (46).

⁷³ Allgemein zur Bindung des Gesetzgebers an Schutzpflichten vgl. *Classen*, JöR 36 (1987), 29 (42 ff.).

⁷⁴ Vgl. zu grundrechtlichen Schutzansprüchen insoweit u. Rn. 1289 ff. Die hier aufgeführte Konstellation entspricht der von BVerfGE 56, 54.

⁷⁵ *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 1040 f.

⁷⁶ Vgl. im Einzelnen *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 313 ff.

⁷⁷ S. näher u. Rn. 374 ff.

⁷⁸ S.o. Rn. 360.

⁷⁹ Näher *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1436 f. für die Rückforderung von Beihilfen.

wendung von Unionsrecht. Damit geht es für die Gesetzgebung vor allem darum, inwieweit ein Vorbehalt der Unmöglichkeit auf Unionsebene besteht. Er ist insoweit anzuerkennen, als die Unionsorgane nicht an allen Stellen gleichzeitig tätig sein können. Indes müssen sie dabei die dringendsten Bereiche zuerst abarbeiten. Inhaltlich müssen sie die in Frage stehenden Belange umfassend berücksichtigen und haben dabei einen breiten Abwägungsspielraum. Insoweit bestehen Parallelen zu den Grundsätzen.⁸⁰

- 371 Die Mitgliedstaaten haben ebenfalls einen erheblichen Gestaltungsspielraum, wenn es um den Ausgleich gegenläufiger Interessen geht. Dies hat der EuGH im Hinblick auf einen Konflikt zwischen grundfreiheitlichen Schutzpflichten und den Grundrechten deutlich gemacht.⁸¹ Der Ausgang war fallbezogen und damit nicht von vornherein vorgegeben. Dabei müssen die Mitgliedstaaten aber die relevanten Gesichtspunkte in ihre Abwägung einbeziehen und dürfen zu keinem unververtretbaren Ergebnis gelangen.⁸² Im Ergebnis besteht damit nur eine Plausibilitätskontrolle. Der EuGH stellte grundfreiheitliche Schutzpflichten und grundrechtliche Abwehrrechte gleichgeordnet gegenüber.⁸³

V. Verengung in Einzelfällen

- 372 Lediglich dann, wenn eine Gefährdung nur auf eine bestimmte Weise abwendbar erscheint, bestehen mithin nähere verfassungsrechtliche Determinanten für die zu ergreifenden Mittel und auch für deren unmittelbare Zielrichtung. So verlangte der EGMR eine bestimmte Intensitätsschwelle bei Strafandrohungen gegenüber Taten, die das Leben und die Gesundheit der Opfer gefährden. Zudem müssen diese Strafandrohungen effektiv durchgesetzt werden.⁸⁴ Dieser Ansatz liegt parallel zu dem des BVerfG, das für den Schutz des ungeborenen Lebens die Statuierung von rechtlichen Verhaltensgeboten, mit Verbindlichkeit und Rechtsfolgen versehen,⁸⁵ verlangte, die sich gegen die das ungeborene Leben gefährdenden Personen richten.
- 373 Lässt sich anders als durch Maßnahmen gegen die (potenziellen) Verursacher eine Gefahr nicht beseitigen und ist bei einem Fehlen dieser Maßnahmen der Schutz nicht ausreichend, gebieten danach die grundrechtlichen Schutzpflichten das Ergreifen dieser Maßnahmen. Allerdings schrieb das BVerfG in einer anderen, auch auf den Lebensschutz bezogenen Entscheidung dem Staat gerade keine

⁸⁰ S.u. Rn. 456; s. aber den Unterschied nach Rn. 357 f.

⁸¹ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5720, Rn. 82) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

⁸² EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5720 f., Rn. 83 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade); näher *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 200 f.

⁸³ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 77, 81) – Schmidberger (Brenner-Blockade)

⁸⁴ S.u. Rn. 870.

⁸⁵ BVerfGE 88, 203 (253); anders aber Sondervotum *Mahrenholz/Sommer*, BVerfGE 88, 338 ff. Noch stärker BVerfGE 39, 1 (53 ff.); dagegen Sondervotum *Rupp-von Brünneck/Simon*, BVerfGE 39, 68.

bestimmte Zielrichtung vor.⁸⁶ Auch in anderen Judikaten zum Lebensschutz betonte es die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers darin, wie er die grundrechtliche Schutzpflicht erfüllt.⁸⁷ Damit sind personelle Zielrichtungen nicht notwendig mit grundrechtlichen Schutzpflichten verbunden. Schließlich geht es um den Schutz von Rechtsgütern. Entscheidend ist deren Erhaltung. Lediglich aus faktischen Zwängen kann sich damit eine Handlungspflicht gegen bestimmte Personen ergeben, nicht hingegen schon aus der Anlage der grundrechtlichen Schutzpflichten. Die daraus ableitbaren Maßnahmen beziehen sich daher unmittelbar auf die Schutzgutgefährdungen und nur mittelbar auf die sie verursachende Person.

B. Subjektiv-rechtliche Herleitung

I. Zu vermeidende Schutzlücken

Der grundsätzliche Prinzipiencharakter bedingt a priori einen „Kern- oder Minimalenschutz“.⁸⁸ Er hat weiter zur Folge, dass Schutzpflichten abstrakt und konkretisierungsbedürftig sind und im Gegensatz zu den abwehrrechtlichen Gehalten erst dadurch zur Geltung kommen, dass sie in Normen umgesetzt werden.⁸⁹ Lediglich im Rahmen von Abwägungen kommen sie schon als objektiv-rechtliche Gehalte zum Zuge. Auf sie können aber keine schützenden Einzelmaßnahmen gestützt werden. Insoweit bedarf es einer normativen Grundlage. Fehlt diese, setzen sich die Abwehrrechte als unabgeleitete, ursprünglich vorhandene Freiheiten durch, da sie nicht vom positiven Recht zugeordnet und inhaltlich bemessen und begrenzt sind. 374

Eine potenziell gefährliche Anlage kann danach ungeachtet möglicher Auswirkungen auf Nachbarn betrieben werden, sofern eine Zulassungsregelung nicht existiert.⁹⁰ Einem Verbot fehlt die gesetzliche Basis. Eine Notkompetenz der Verwaltung⁹¹ würde dieses System durchbrechen und auch der notwendigen Konkretisierung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte widersprechen.⁹² Das gilt selbst dann, wenn bereits eine Richtlinienvorgabe besteht, deren Umsetzungsfrist aber noch nicht abgelaufen ist. Bis eine notwendige Norm ergeht oder die Richtlinie 375

⁸⁶ Fall *Schleyer*, BVerfGE 46, 160 (165).

⁸⁷ Näher BVerfGE 56, 54 (73 ff.); später etwa BVerfGE 90, 145 (195); BVerfG, NJW 1995, 2343; NJW 1996, 651; NJW 1996, 651 (652); *Steinberg*, NJW 1996, 1985 ff.

⁸⁸ *Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (395).

⁸⁹ *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 42, 44.

⁹⁰ *Preu*, JZ 1991, 265 ff.; *Kloepfer*, in: FS für Lerche, 1993, S. 755 ff. gegen VGH Kassel, NJW 1990, 336.

⁹¹ Dafür in extremen Ausnahmefällen *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, 1072 f., skeptisch aber *Berg*, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, 1997, S. 532 ff.

⁹² Näher *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 106 f., 313 ff. aber dann auf subjektiv-rechtlicher Grundlage.

unmittelbar wirkt, bleiben die Schutzbelange des Bürgers unberücksichtigt.⁹³ Weil umgekehrt die abwehrrechtliche Freiheit als Regel nicht unter generellem Vorbehalt stehen soll,⁹⁴ ist sie somit letztlich gegenüber der erst auf Vollendung angewiesenen Schutzpflicht vorrangig.⁹⁵ Die durch sie geschützten Belange bleiben damit auf der Strecke.

- 376 Insoweit besteht die Gefahr einer Verfestigung einer durch die Betätigung der abwehrrechtlichen Freiheit eingeleiteten Entwicklung. Das gilt insbesondere im Umweltbereich: Die Fortsetzung von Umweltschädigungen kann zu einem Ausmaß führen, das bleibende Folgewirkungen hat. Aus solchen Konstellationen resultierende Gesundheitsschädigungen lassen sich unter Umständen nicht mehr rückgängig machen, verseuchte (Privat-)Grundstücke nicht mehr vollständig reinigen. Die Folge sind mithin irreparable Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Rechtsgüter.

II. Bestimmung der Grenzen von Normierungen ausschließlich nach abwehrrechtlicher Dogmatik

- 377 Wird der Normgeber tätig, um grundrechtlich garantierte Güter zu schützen, ist dieses Handeln zwar durch die Schutzpflichtseite veranlasst. Führt es aber wie regelmäßig zu einer Freiheitseinschränkung von Bürgern, unterliegt es im Verhältnis zu den beeinträchtigten Grundrechtsträgern den Anforderungen, die an Grundrechtseingriffe zu stellen sind, und damit den Prinzipien der abwehrrechtlichen Freiheit, mithin des klassischen Rechtsstaates. Bestimmt allein diese abwehrrechtliche und nicht eine (auch) von den Schutzpflichten gespeiste Grundrechtsdogmatik, die Grenzen eines aus den Schutzpflichten folgenden Handelns des Staates, bedarf ein dem Schutz grundrechtlich gewährleisteter Rechtsgüter dienendes staatliches Handeln der spezifischen Rechtfertigung.⁹⁶ Das gilt hingegen nicht für das auf diese Weise eingeschränkte, Schutzgüter anderer Bürger gefährdende abwehrrechtliche private Verhalten.
- 378 Damit steht der Normgeber in Begründungs- und Nachweiszwang, nicht aber etwa der eine gefährliche Anlage betreibende Unternehmer. Ein non licet wirkt dann zugunsten des Inhabers der abwehrrechtlichen Freiheit und zulasten des gefährdeten Schutzguthabers. Vermag der Normgeber also seiner Darlegungslast nicht zu genügen, ist ein Schutz grundrechtlich gewährleisteter Güter nicht möglich. Diese ungleichgewichtige Begründungsverteilung führt im Effekt ebenfalls zu einem Vorrang der abwehrrechtlichen Freiheit.
- 379 Eine „Symmetrie zwischen Störer und Opfer“,⁹⁷ das an sich Ziel der Schutzpflichten ist,⁹⁸ kann nach alldem bei einer objektiv-rechtlichen Ableitung nicht

⁹³ Eine unmittelbare Wirkung schon auf der Basis grundrechtlicher Schutzpflichten andeutend *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 436; abl. *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 1084 ff.

⁹⁴ *Preu*, JZ 1991, 265 (269).

⁹⁵ Im Einzelnen *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (557 ff.).

⁹⁶ *Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (397).

⁹⁷ *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 204.

hergestellt werden.⁹⁹ Der EuGH stellt zwar im Rahmen von Abwägungen Abwehr- und Schutzbelange gleichgewichtig gegenüber,¹⁰⁰ aber auch, um die Einschränkung privaten, die Grundfreiheiten störenden Verhaltens zu rechtfertigen. Allerdings ging es in der Ausgangskonstellation darum, ob der Staat genügend zum Schutz der beeinträchtigten Grundfreiheit getan hatte. Dieses Unterlassen war zu rechtfertigen, indes nur im Hinblick auf die nationale Beeinträchtigung einer Grundfreiheit, wofür bislang der EuGH noch keinen Gesetzesvorbehalt eingelegen hat. Der EuGH hatte nicht zu untersuchen, inwieweit die aus den grundrechtlichen Schutzpflichten verpflichtete nationale Stelle zu einem Eingriff in die Grundrechte der Störer berechtigt war, sondern nur die Grundrechte auf europäischer Ebene der beeinträchtigten Grundfreiheit gegenüberzustellen.¹⁰¹

III. Geschichtliche Entwicklung

Am Beginn der geschichtlichen Entwicklung der modernen Freiheitsrechte stand deren Funktion als Abwehrrechte gegen staatliche Übergriffe ihrer Ausprägung als Schutz vor äußeren und inneren Gefahren gleichgewichtig gegenüber. Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, die Eingang fand in die französische Verfassung vom 3.9.1791, nennt die Sicherheit als eines der „natürlichen und unabdingbaren Menschenrechte“, deren Erhaltung „der Endzweck aller politischen Vereinigung ist“.¹⁰² Zwar war die Sicherheit maßgeblich bezogen auf den Schutz vor staatlicher Willkür, namentlich in Gestalt einer Sicherheit im Gesetz. Jedoch tritt auch der heutige Gehalt der grundrechtlichen Schutzpflichten jedenfalls in der Form hervor, dass der Staat ein wohleingerichtetes Gemeinwesen sicherzustellen verpflichtet ist, in dem auch die willkürlich übergreifende Macht von Privatpersonen gebändigt wird.¹⁰³

⁹⁸ S. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 33.

⁹⁹ Bereits Suhr, JZ 1980, 166 (167) z.B. Raucher contra Nichtraucher. Mit subjektiv-rechtlichem Ansatz in Deutschland daher Frenz, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 111 ff. mit weiteren Einzelheiten auch zum Folgenden; partiell auch Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 86 f.

¹⁰⁰ S. insbes. EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 73 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

¹⁰¹ S. EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5720, Rn. 81 f.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

¹⁰² Art. 2, zitiert nach der Übersetzung von Commichau, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 1998, S. 55. Ähnlich Art. 1 und 2 sowie zudem Art. 8 der Verfassung vom 24.6.1793, im Wortlaut abgewandelt in Art. 4 der Rechte in der Verfassung vom 22.8.1795.

¹⁰³ Dieser Gedanke taucht in den Beratungen der Nationalversammlung über die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte bei Jean-Joseph Mounier, Präsident der verfassungsgebenden Nationalversammlung 28.9.-10.10.1789, auf (Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs & politiques des Chambres françaises, imprimé par ordre du Corps législatifs sous la direction de J. Mavidal et É. Laurent, Série 1 (1787–1799), Bände 8 bis 31, Paris 1969, Bd. VIII, S. 409). Auf dessen Vorschlag fanden die ersten drei Artikel ihre endgültige Fassung. Weiter ge-

- 381** In Deutschland etablierte vor allem Christian Wolff das Recht auf Sicherheit einschließlich des Schutzes gegen Übergriffe Privater¹⁰⁴ und in § 76 der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht nahm dieser Gedanke normative Gestalt an.¹⁰⁵ Dieser Ansatz verblasste allerdings in seiner umfassenden Gestalt im Zuge des Vormärz parallel zur Reduzierung des Einzelnen auf den Untertanen zum bloßen Staatszweck und behielt konkrete und verbindliche Kraft allenfalls noch als Schutz vor willkürlicher Verhaftung und Enteignung und damit vor dem Staat.¹⁰⁶ Der Schutz des Bürgers vor dem Staat war das große Thema des letzten Jahrhunderts. Indes wird die weitere Entwicklung zumindest auch „von dem neuen großen Thema beherrscht werden: dem Schutz der Bürger vor Gewalt und Verbrechen.“¹⁰⁷

IV. Der Grundrechtsvoraussetzungsschutz als notwendige Bedingung abwehrrechtlicher Grundrechtsverwirklichung

- 382** Vielfach sind Voraussetzungen dafür erforderlich, dass Grundrechte ausgeübt werden können, dass sie als Abwehrrechte wahrnehmbar sind. Wird jemandem etwa ein Gegenstand gestohlen, kann er ihn nicht mehr als sein Eigentum nutzen. Das grundrechtlich garantierte „Dürfen“ – hier die Ausübung des Eigentumsrechts – setzt ein „Können“ voraus, nämlich die für dieses Dürfen notwendigen tatsächlichen Grundlagen zu schaffen und – etwa vor Dieben – zu erhalten.
- 383** Als Rahmenbedingung aller Grundrechtsverwirklichungen erforderlich ist etwa auch, dass die Umwelt in einem Zustand bleibt, in dem der Mensch überleben und sich nach eigenen Vorstellungen entfalten kann. Besondere Bedeutung hat hier der Klimawandel, der heute noch nicht konkret zu übersehende Auswirkungen haben kann. Dass die Ozonwerte für manche Personen bereits anstrengende körperliche Bewegung zum Risiko machen, zeigt, dass solche Auswirkungen bereits Realität sind.¹⁰⁸ Insoweit bedarf auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 3

hend *Emmanuel Joseph Sieyès*, Präsident des Nationalkonvents 21.11.-20.12.1797, in seiner am 20. und 21.7.1789 vor dem Verfassungsausschuss verlesenen „Einleitung zur Verfassung“: „... Schutz der Individualfreiheit vor übelwollenden Bürgern, vor Amtsträgern, die die Rechte der Bürger nicht achten, und vor auswärtigen Feinden ...“, in einer Neuübersetzung abgedruckt bei *Schmitt/Reichardt (Hrsg.)*. *Emmanuel Joseph Sieyès*, Politische Schriften 1788-1790, 1975, S. 245 (247 f.). Zum Ganzen einschließlich der geistesgeschichtlichen Grundlagen und der weiteren Entwicklung *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 53 ff.

¹⁰⁴ S. *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 85.

¹⁰⁵ Jedenfalls nach der gleichsam authentischen Interpretation von *Svarez*, Vorträge über Recht und Staat, 1960, S. 243 f.

¹⁰⁶ Näher *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 97 ff. Symptomatisch für das herrschende und die Staatswirklichkeit bestimmende Verständnis ist Teil IV § 8 der Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26.5.1818 (BayGBL. 1818 S. 101, abgedr. bei *E. R. Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl. 1978, S. 155).

¹⁰⁷ *Wassermann*, NJW 1994, 833 (837).

¹⁰⁸ Die Festlegung von Ozongrenzwerten nicht als geboten ansehend allerdings BVerfG, NJW 1996, 651; s. auch *Steinberg*, NJW 1996, 1985 ff.

EGRC des Schutzes seiner tatsächlichen Voraussetzungen und kann daher in den Anwendungsbereich der Schutzpflichten fallen.¹⁰⁹

Ohne diese Grundlage entfällt auch die abwehrrechtliche Entfaltung gegen den Staat. Die Grundrechtsvoraussetzungen bilden die Substanz, den Unterbau, ohne den der Überbau der Entfaltungsfreiheit in sich zusammenfällt, zur „leeren Formel“¹¹⁰ wird.¹¹¹ So ergibt sich eine „grundrechtliche Sinneinheit“¹¹² von Grundrechten und den für ihre Ausübung notwendigen Voraussetzungen.¹¹³ Der grundrechtliche Schutz ist von daher auf beide Elemente gleichermaßen zu erstrecken. Daraus ergibt sich eine einheitliche subjektiv-rechtliche Ableitung. **384**

V. Grenzen

Allerdings sollen die Grundrechte die menschliche Freiheit in ihrem vorgegebenen und ursprünglich vorhandenen Maße schützen. Art. 1 EGRC als auf alle Grundrechte einwirkende zentrale Vorschrift¹¹⁴ geht von der Würde des Menschen aus, die aus seiner Autonomie und Selbstbestimmung folgt. Schon kraft seines Menschseins kommt ihm Würde zu.¹¹⁵ Die EGRC nimmt den Menschen daher so, wie er ist. **385**

Staatliches Handeln darf somit nicht menschliche Eigenschaften ersetzen, sondern kann sie nur unterstützen. Stellte der Staat Grundrechtsvoraussetzungen erst her, ohne dass ein privater Keim schon vorhanden ist, würden Freiheitsrechte auf einer vom Staat geschaffenen Plattform ohne individuelle Substanz ausgeübt. Die Möglichkeit der Grundrechtsausübung wäre das Produkt staatlicher Gewährung. Dies aber ist dem Wesen der Grundrechte fremd. **386**

Als allgemeine Grenze für das Eingreifen eines Grundrechtsvoraussetzungsschutzes ist daher in Anlehnung an den abwehrrechtlichen Schutz gegen den Staat aus dem Eigentumsgrundrecht zu fordern, dass die betroffene Grundrechtsvoraussetzung nicht überwiegend auf staatlicher Gewährung beruhen darf, sondern (auch) eigener Leistung entspringen oder prinzipiell ursprünglich vorhanden sein muss. **387**

Ursprünglich vorhanden sind etwa Gesundheit, aber auch äußere Sicherheit, also vor allem anerkannte Elemente aus dem Schutzpflichtbereich. Dagegen ist der vertragliche Sektor gerade durch die private Gestaltungsfreiheit und damit auch durch die Unzulänglichkeiten des Menschen geprägt, die nur in Extremfällen korrigiert werden dürfen,¹¹⁶ nämlich dann, wenn eine privatautonome Entschlie- **388**

¹⁰⁹ S.u. Rn. 958 ff.

¹¹⁰ Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 77.

¹¹¹ Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 460 f.

¹¹² Kloepfer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 30 für die Entstehenssicherung.

¹¹³ Für die Leistungsseite s. BVerfGE 33, 303 (329 f.).

¹¹⁴ S.u. Rn. 813 ff.

¹¹⁵ S.u. Rn. 824.

¹¹⁶ Vgl. bereits Medicus, AcP 192 (1992), 35 (61 f.); Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 25, 34 ff., 40.

fehlt und eine über die Gegenstände des unabdingbaren Bedarfs hinausgehende Teilnahme am Rechtsverkehr für immer ausgeschlossen ist.¹¹⁷

- 389** Aufgrund dieses Grundrechtssystems bleiben staatliche Maßnahmen im Grundrechtsbereich nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Mangels Differenzierung gilt dies auch dann, wenn private Belange durch Privatpersonen beeinträchtigt werden. Eine staatliche Reaktion braucht somit nicht immer zu erfolgen, wenn die mögliche Verwirklichung privater Grundrechte angetastet wird. Vielmehr ist nur bei einer gravierenden Beeinträchtigung der Grundrechtsvoraussetzungen durch privates Handeln eine Schutzpflicht des Staates gegeben.

VI. Einzelermittlung

- 390** Wann das der Fall ist, gilt es für jedes Grundrecht einzeln zu ermitteln. Aussagen in den Grundrechten selbst sind spärlich und teilweise auch für den Grundrechtsvoraussetzungsschutz abwehrrechtlich formuliert. Art. 11 Abs. 1 EGRC benennt neben der Meinungsäußerungsfreiheit die Freiheit, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.
- 391** Fehlen solche Aussagen, sind die Elemente des mittels Schutzpflichten zu erfüllenden Grundrechtsvoraussetzungsschutzes durch Auslegung zu ermitteln. Darunter fällt jedenfalls das, was für die Verwirklichung des jeweiligen Grundrechts unentbehrlich ist. Glaubensfreiheit erfordert den Schutz religiöser Veranstaltungen vor Gewalttätern. Entsprechendes gilt für die Demonstrationsfreiheit. Die Pluralität der Medien basiert auf einer Vielfalt von Presse- bzw. Rundfunkorganen.¹¹⁸ Daraus ergibt sich die Notwendigkeit des Schutzes von kleineren Unternehmen vor Konzentrationsprozessen jedenfalls durch wettbewerbsschützende Vorschriften.

§ 8 Grundpflichten

A. Funktionsweise

- 392** Die Grundpflichten verpflichten nicht wie die Schutzpflichten, ja die Grundrechte generell, unmittelbar den Staat, sondern den Bürger und berechtigen dementsprechend – gleichsam seitenverkehrt – den Staat. Sie verleihen diesem die Macht, vom Bürger ein bestimmtes Verhalten zu fordern. Berechtigten Grundrechte zu einem bestimmten Verhalten, verpflichten die Grundpflichten dazu.¹¹⁹ Diese zielen demzufolge, auch wenn sie noch der Konkretisierung durch Gesetze bedürfen, von ihrer Anlage her direkt auf den verpflichteten Bürger. Demgegenüber wird nach der Konzeption der Schutzpflichten nur der Staat unmittelbar verpflichtet, nicht

¹¹⁷ Vgl. BVerfGE 89, 214 (230 f.); Frenz, JR 1994, 92 (95 f.).

¹¹⁸ Näher dazu u. Rn. 2034 ff.; vgl. BVerfGE 74, 297 (325); 73, 118 (175 ff.) auch im Hinblick auf eine Kombination.

¹¹⁹ Merten, BayVBl. 1978, 554 (555).

aber der Bürger. Der Einzelne wird lediglich indirekt durch das aus der Schutzpflicht rührende Verhalten des Staates in Anspruch genommen.

Auf der Passivseite der Grundpflichten steht mithin eindeutig das Individuum, das verfassungsrechtlich zu bestimmten Beiträgen und Verhaltensweisen verpflichtet ist,¹²⁰ auf der Aktivseite der in die Pflicht nehmende Staat. Die Grundpflichten erlegen dem Staat höchstens auf, sie einzufordern. **393**

B. Begrenzte Bedeutung auf europäischer Ebene

Bejaht man Grundpflichten, die wie die Pflicht zur Tragung von Lasten auf das Gemeinwesen bezogen sind, können diese auf europäischer Ebene schon deshalb nicht so ausgeprägt sein, weil das Band zur Europäischen Union für die Bürger wesentlich lockerer ist als das zu ihren Mitgliedstaaten. Die Unionsbürgerschaft nach Art. 17 EG/20 AEUV führt eher zu Rechten, wie schon der unmittelbar nachgelagerte Art. 18 EG/21 AEUV belegt, und nicht zu Pflichten. Solche sind auch in der EGRC nicht festgelegt. **394**

Es sind auch keine konkreten Du-bezogenen Grundpflichten ersichtlich. Solche könnten am ehesten noch Art. 14 Abs. 3 EGRC entnommen werden. Danach besteht zwar ein Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht der Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen. Dieses ist aber i.V.m. Art. 24 EGRC auszulegen,¹²¹ wonach Kindern gegenüber eine Fürsorgepflicht besteht und deren Wohl im Vordergrund stehen muss. Damit haben sie bei der Ausübung ihres Erziehungsrechts die Pflicht, das Kindeswohl adäquat zu wahren. Das gilt auch im Rahmen des nach Art. 7 EGRC gewährleisteten Familienlebens. **395**

Im Übrigen aber stehen in der EGRC die rechtlichen Gewährleistungen im Vordergrund. Das entspricht auch der historischen Entwicklung. So lehnte die französische Nationalversammlung im August 1789 für den Bereich der Individualrechtsbeziehungen die Statuierung ausdrücklicher Pflichten ab: in einem freiheitlichen Gemeinwesen seien die (ursprünglichen) Pflichten mit den Grenzen der Rechte identisch.¹²² Diese Überlegung findet ihre Fortsetzung in der Auffassung während der Beratungen zum Grundgesetz, es gebe keine „echten“ Grundpflichten.¹²³ **396**

¹²⁰ Götz, VVDStRL 41 (1983), 7 (12).

¹²¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹²² Schickhardt, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789-91 in den Debatten der Nationalversammlung, 1931. S. hingegen Art. 2 der französischen Direktorialverfassung vom 22.8.1795: „... Ne faites pas à autrui ce, que vous ne voudiez pas, qu'on vous fit. Faites constamment aux autres le bien, que vous voudriez recevoir.“ S. bereits Art. 6 S. 2 der Verfassung vom 24.6.1793.

¹²³ S. Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S. 33; vgl. dazu v. Mangoldt, 4. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 23.9.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. V, S. 67: „Die Grundpflichten liegen schon be-

C. Pflicht zur Erhaltung der Lebensgrundlagen des Anderen?

- 397** Die freiheitliche Entfaltung des Einzelnen hängt allerdings heute mehr denn je davon ab, dass andere die Grundlagen der Freiheitsausübung unangetastet lassen. Das betrifft vor allem die Umwelt. Dass die Menschen derart aufeinander angewiesen sind, ist prägendes Element des Daseins. Jedenfalls insoweit ist – in Abwandlung der Thesen *Suhrs* – die „Entfaltung der Menschen“ nur noch „durch die Menschen“¹²⁴ möglich, als keiner dem anderen die Basis der Entfaltung entzieht. Daher erscheint das Menschenbild spezifisch „Du-bezogen“. Damit könnte man aus dieser „Du-Bezogenheit“ als eine in der Menschenwürde begründete Grundpflicht ableiten, dem anderen die Grundlagen der Freiheitsentfaltung nicht zu entziehen bzw. zu deren Förderung beizutragen, mithin eine Pflicht zur Solidarität fundieren.¹²⁵
- 398** Bei einer Begründung aus der Menschenwürde könnte sich eine solche Pflicht aber nur auf die Grundlagen des menschlichen Daseins beziehen, welche die Würde ausmachen. Für den Umweltbereich folgte daraus die Achtung des ökologischen Existenzminimums. Die Menschenwürde entfaltet ihre Kraft jedoch aufgrund der Übereinstimmung über ihre Unantastbarkeit. Das beruht darauf, dass über den durch sie geschützten Gehalt Einigkeit besteht.¹²⁶ Die Ableitung von Grundpflichten aus ihr ist indes nicht allgemein anerkannt.¹²⁷
- 399** Griffe man über den durch die Menschenwürde abgesicherten Standard hinaus und auf ein allgemeines „Du-bezogenes“ Menschenbild zurück, ergäben sich methodische Bedenken. Dem Menschenbild kommt eine Leitfunktion zu, welche die Auslegung von Verfassungsvorschriften dirigiert, ohne aus sich heraus normative Folgerungen zuzulassen; höchstens gewisse Grundprinzipien mögen sich auf es stützen lassen, schwerlich aber Grundpflichten.¹²⁸

gründet ... in der Stellung des einzelnen in der Gemeinschaft, innerhalb deren er nur seine allgemeinen Rechte geltend machen darf.“

¹²⁴ *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, bes. S. 87 ff.

¹²⁵ S. *Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, S. 84 f.; auch *ders.*, Rechtstheorie 11 (1980), 389 (412 f.).

¹²⁶ *Lerche*, in: *Lukes/Scholz* (Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986, S. 88 (100 f., 103, 110 f.).

¹²⁷ Vgl. lediglich *Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, 1988, S. 447 ff.

¹²⁸ Kategorisch abl. *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 1024.

§ 9 Schranken

A. Entwicklung

I. Vorläufer

Zunächst traten Grundrechte im Zusammenhang mit anderen Rechtfertigungsfundamenten auf. Als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe hat der EuGH schon länger kulturelle Interessen anerkannt.¹²⁹ Später hat er eine nationale Kulturpolitik akzeptiert, mit deren Hilfe die Meinungsfreiheit der verschiedenen gesellschaftlichen, kulturellen, religiösen und geistigen Strömungen geschützt werden soll.¹³⁰ Auch die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt kann ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses darstellen, welches Beschränkungen einer Grundfreiheit (hier der Warenverkehrsfreiheit) zu rechtfertigen vermag. Dies begründete der EuGH damit, dass die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt dem Schutz des in Art. 10 EMRK verbürgten Grundrechts auf freie Meinungsäußerung dient.¹³¹ Das Urteil *Bosman* erwähnt die Vereinigungsfreiheit zwar gesondert als Schutzgut, stellt sie aber in den Rahmen der besonderen Belange des Sports und der Sportverbände und benennt sie nicht als eigenen Rechtfertigungsgrund.¹³² Dieses Judikat wird im Urteil *Omega*¹³³ auch nicht in Bezug genommen.

II. Eigenständige ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Im Urteil *Schmidberger* akzeptierte der EuGH dann die Grundrechte selbst als berechnete Interessen der Mitgliedstaaten und damit als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. Dieser Charakter ändert sich durch die Festschreibung der europäischen Grundrechte in der EGRC und dem Verweis auf sie bei Inkrafttreten des Lisboner Vertrages in Art. 6 Abs. 1 EUV nicht, da geschriebene Rechtfertigungsgründe nur die in den Grundfreiheiten selbst benannten bilden.¹³⁴

Der EuGH zog die Meinungsäußerungs- und zudem die Versammlungsfreiheit heran,¹³⁵ und zwar als Rechtfertigungsgrund dafür, dass die österreichischen Be-

¹²⁹ EuGH, Rs. 60 u. 61/84, Slg. 1985, 2605 (2625 f., Rn. 20 ff.) – Cinéthèque; vgl. auch EuGH, Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069 (4096 f., Rn. 29 f.) – Kommission/Niederlande; Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487 (518, Rn. 9 f.) – Veronica Omroep. S. Art. 3 Abs. 1 lit. q) 2. Alt., 151 EG/6 S. 2 lit. c), 167 AEUV.

¹³⁰ EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 (4043 f., Rn. 22 ff.) – Collectieve Antennevoorziening Gouda. In diesem Zusammenhang deuten *Fezer/Grosshardt*, RIW 1991, 141 ff. an, dass die Buchpreisbindung im Binnenmarkt ebenfalls aus diesem Grund gerechtfertigt sein müsste.

¹³¹ Auch EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3715 f., Rn. 18 ff.) – Familiapress.

¹³² EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5065, Rn. 79 f.) – Bosman.

¹³³ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 – Omega.

¹³⁴ Frenz, Europarecht 1, Rn. 466.

¹³⁵ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 73 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade). Dazu *Kadelbach/Petersen*, EuGRZ 2003, 693 ff.

hörden eine friedliche Versammlung von beschränkter Dauer auf der Brenner-Autobahn nicht untersagten, also für ein die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigendes Unterlassen. Um eine Blockade, allerdings durch Gewerkschaften vor einem Betrieb, ging es auch in den Rechtssachen *Viking*¹³⁶ und *Laval*.¹³⁷ Da auch Organisatoren mit kollektiver Regelungsbefugnis an die Grundfreiheiten gebunden sind,¹³⁸ war aktives Tun zu rechtfertigen, und zwar gegenüber einem Betrieb, der länderübergreifend Arbeitnehmer einsetzen wollte, ohne sich an die örtlichen Tarifbindungen zu halten. Indes bildet der Schutz der Grundrechte „ein berechtigtes Interesse ..., das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung der Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie des freien Warenverkehrs oder der Dienstleistungsfreiheit, bestehen“.¹³⁹

- 403** Da sowohl die Warenverkehrsfreiheit als auch die Meinungsäußerungs- und die Versammlungsfreiheit bzw. das Recht auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts nicht schrankenlos gewährleistet sind, ist im Kollisionsfall eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Es ist zu prüfen, ob die Stelle, die sich auf die Grundrechte beruft, einen sachgerechten Interessenausgleich herbeigeführt hat, wobei die staatliche Stelle über ein weites Ermessen verfügt. Ein solches wird zwar den ebenfalls aus den Grundfreiheiten verpflichteten Gewerkschaften nicht explizit zugestanden. Es muss aber auch für sie gelten, sind sie doch wie staatliche Stellen verpflichtet, um Umgehungen zu vermeiden. Daher kann ihre Bindung nicht weiter gehen. Jedenfalls sind vom Ansatz her auch soziale Aspekte relevant. Gem. Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV fördert die Union auch ein hohes Beschäftigungsniveau/Vollbeschäftigung und ein hohes Maß an sozialem Schutz/sozialem Fortschritt; sie hat mithin auch eine soziale Zielrichtung.¹⁴⁰ Daher kann ein davon gem. Art. 136 EG/151 AEUV umfasster angemessener sozialer Schutz der Arbeitnehmer eine Einschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen. Hierauf gerichtete Maßnahmen einschließlich einer gewerkschaftlichen Blockade sind deshalb grundsätzlich legitimiert.¹⁴¹ Entsprechend der RL 96/71/EG¹⁴² ist indes europaweit ein Mindestniveau festgelegt. Daher sind darüber hinauszielende Maßnah-

¹³⁶ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 – Viking.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 – Laval.

¹³⁸ Im vorliegenden Zusammenhang EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (48, Rn. 98) – Laval; Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248 f., Rn. 33, 57) – Viking auch für alle Personenfreiheiten.

¹³⁹ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 93 f.) – Laval; bereits Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (249, Rn. 45) – Viking sowie Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718, Rn. 74) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (48, Rn. 104 f.) – Laval; Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (250, Rn. 78 f.) – Viking.

¹⁴¹ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (48, Rn. 107) – Laval.

¹⁴² S. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a)-g) RL 96/71/EG (RL des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen – EntsendeRL), ABl. L 18, S. 1.

men der Gewerkschaften nicht gerechtfertigt.¹⁴³ Das deckt sich mit der Linie des EuGH bei seiner *Tarifreue*-Entscheidung.¹⁴⁴ Die sozialen Grundrechte verstärken diesen Ansatz nicht. Ansonsten würde das vertragliche Grundgefüge zulasten der Grundfreiheiten verschoben, weil eine Leistungserbringung von Staaten mit geringerem Lohnniveau in solche mit hohen Gehältern praktisch ausgeschlossen werden könnte. Dadurch könnte zugleich ein Arbeitnehmerschutz nur zugunsten der schon durch hohe Löhne Privilegierten betrieben werden – auf Kosten der davon nicht Teilhabenden. Das wäre Arbeitnehmerschutz zulasten Dritter. Hierbei handelt es sich aber um Fragen der konkreten Ausgestaltung. Im Ansatz akzeptiert der EuGH soziale und gewerkschaftliche Belange als gleichwertige Abwägungskomponenten im Verhältnis zu den Grundfreiheiten. Das gilt, obwohl Art. 28 EGRC das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme nur nach dem Unionsrecht sowie den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten schützt. Damit kommt es auf die grundrechtliche Absicherung als solche an und nicht auf die nähere Ausgestaltung, so dass soziale Grundrechte ebenso wie die klassischen Abwehrgrundrechte Grundfreiheiten einschränken können. Das ist die grundrechtliche Konsequenz des immer sozialeren Europas.

III. Im Rahmen eines geschriebenen Rechtfertigungsgrundes

Das Urteil *Omega* vom 14.10.2004 knüpft an das Urteil *Schmidberger* an und anerkennt die Grundrechte als berechnigte Interessen auch zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.¹⁴⁵ Es ging um die Untersagung des so genannten spielerischen Tötens von Menschen an Spielautomaten nach § 14 OBG NRW. Diese Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit des das Spiel zur Verfügung stellenden Franchisegebers sieht der EuGH durch den Schutz der öffentlichen Ordnung nach Art. 55 i.V.m. Art. 46 EG/62 i.V.m. Art. 52 AEUV gerechtfertigt.¹⁴⁶ Erst im Rahmen dieses geschriebenen Rechtfertigungsgrundes wird von ihm das Grundrecht der Menschenwürde herangezogen. Durch dieses füllt der EuGH entsprechend der Argumentation der mit dem Fall befassten deutschen Verwaltungsgerichte¹⁴⁷ den unbestimmten Rechtsbegriff der öffentlichen Ordnung näher aus.¹⁴⁸

¹⁴³ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (46, Rn. 81 f.; 48, Rn. 108) – Laval; s. auch Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (250 f., Rn. 81 f.) – Viking; Es darf nicht bereits eine anderweitige Absicherung bestehen.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-346/06, EuZW 2008, 306 (307 f., Rn. 33) – Rüffert; s. bereits *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 313 f.; *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 3011 ff.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9653, Rn. 35) – Omega.

¹⁴⁶ EuGH Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9651 f., Rn. 28 ff.) – Omega und zur Beeinträchtigung vorher Rn. 25 ff.

¹⁴⁷ S. als letzte Instanz BVerwGE 115, 189, die Vorlageentscheidung an den EuGH; krit. *Aubel*, Die Verwaltung 2004, 229 (250 ff.); zust. *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 547, 590.

¹⁴⁸ EuGH Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9652 f., Rn. 32 ff.) – Omega.

- 405** Damit steht diese Entscheidung zwischen den beiden vorstehend behandelten Grundkonstellationen. Entsprechend der ersten Konstellation¹⁴⁹ behandelt der Gerichtshof ein Grundrecht im Rahmen eines anderen Belangs, hier der öffentlichen Ordnung. Im Hinblick darauf untersucht er, ob die Menschenwürde herangezogen werden darf. Diese Frage bejaht er, begründet dies aber damit, dass der Schutz der Grundrechte „ein berechtigtes Interesse“ darstellt, das sich grundsätzlich zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs eignet.¹⁵⁰
- 406** Eben diese Formulierung wählte der EuGH in der Sache *Schmidberger* zur Abstützung der Grundrechte als eigene (ungeschriebene) Rechtfertigungsgründe.¹⁵¹ In der Rechtssache *Schmidberger* gebrauchte er sie im Zusammenhang mit der Erörterung eines geschriebenen Rechtfertigungsgrundes, auf den er in der nachfolgenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit wiederum explizit Bezug nimmt.¹⁵² Damit ist die Menschenwürde zwar ein europarechtlich anzuerkennendes berechtigtes Interesse, das im Urteil *Omega* aber nur im Rahmen der öffentlichen Ordnung herangezogen wurde.

B. Begründung

- 407** Der EuGH zieht die Grundrechte als mittlerweile etablierten Prüfungsmaßstab heran. Nach seiner Rechtsprechung sind die im Europarecht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen.¹⁵³ Geht es um die Rechtfertigung von Maßnahmen, dürfen diese nicht gegen die europäischen Grundrechte als Bestandteil des Europarechts verstoßen.¹⁵⁴ Das gilt zumal dann, wenn man die Grundfreiheiten und die Grundrechte als Teil eines Gesamtsystems zur Sicherung vor allem wirtschaftlicher Freiheit sieht.¹⁵⁵
- 408** Zwar finden die europäischen Grundrechte auf in Frage stehende nationale Maßnahmen keine direkte Anwendung, sofern sie nicht in Umsetzung bzw. Durchführung des Unionsrechts ergangen sind.¹⁵⁶ Indes geraten diese mitgliedstaatlichen Handlungen dadurch in den Fokus des Europarechts, dass sie die Grundfreiheiten beeinträchtigen. Ob dies im Einzelfall gerechtfertigt ist, beurteilt sich nach europarechtlichen Maßstäben. Zu diesen einzuhaltenden Maßstäben gehören auch die europäischen Grundrechte, zumal als expliziter Bestandteil des europäischen Ver-

¹⁴⁹ S.o. Rn. 400.

¹⁵⁰ EuGH Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9653, Rn. 35) – *Omega*.

¹⁵¹ S.o. Rn. 402

¹⁵² EuGH Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9653, Rn. 36) – *Omega*.

¹⁵³ Vgl. zur Dienstleistungsfreiheit schon EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 43) – *ERT*.

¹⁵⁴ Grundlegend EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 43 f.) – *ERT*; später EuGH Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 24) – *Familiapress*; aus der Lit. *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, 2000, S. 459 f.

¹⁵⁵ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 67 ff.

¹⁵⁶ S. z.B. EuGH, Rs. 60 u. 61/84, Slg. 1985, 2605 (2627, Rn. 26) – *Cinéthèque*; weiter *Jürgensen/Schlünder*, AöR 121 (1996), 200 (222 ff.).

tragswerkes, zu dem sie durch den ausdrücklichen Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV auf die EGRC werden. Grundrechtliches Einfallstor ist nach Auffassung des EuGH neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen auch der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund des zwingenden Allgemeininteresses.¹⁵⁷

C. Wirkungsweise

I. Als Rechtfertigungsansatz

Aus den Grundrechten können daher zum einen Rechtfertigungsgründe folgen. Die Grundrechte können zum anderen aber auch das Eingreifen von anderen Rechtfertigungsgründen beeinflussen. Im Europarecht vorgesehene Rechtfertigungen sind im Lichte der Grundrechte auszulegen.¹⁵⁸ Das kann sowohl erweiternd als auch beschränkend wirken. **409**

Im *Bosman*-Urteil wurde die Vereinigungsfreiheit zwar unter den aufgeführten Belangen des Sports und der Sportverbände für beachtlich gehalten.¹⁵⁹ Der EuGH verneinte im Ergebnis jedoch eine Rechtfertigung mit der Begründung, dass die konkret getroffenen Regelungen zur Wahrung der Vereinigungsfreiheit nicht erforderlich sind.¹⁶⁰ **410**

Im Urteil *Omega* befürwortete der EuGH hingegen die Notwendigkeit einer Grundfreiheitsbeeinträchtigung zum Schutz der Menschenwürde.¹⁶¹ Methodischer Ansatz ist deren Implantierung in den Schutz der öffentlichen Ordnung nach Art. 55 i.V.m. Art. 46 EG/62 i.V.m. Art. 52 AEUV.¹⁶² Der Schutz der Menschenwürde ist insofern ein beachtlicher Gesichtspunkt. Das folgte aus der Gewährleistung dieses Grundrechts bereits im bisherigen Gemeinschaftsrecht. Durch dieses Grundrecht wird auch der Gehalt geschriebener Rechtfertigungsgründe geprägt. Das gilt erst recht mit der Festschreibung an der Spitze der EGRC. **411**

Grundrechte vermögen als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nur diskriminierungsfreie Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten zu legitimieren. Auch wenn in Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV vorgesehen und in der EGRC, auf welche Art. 6 Abs. 1 EUV Bezug nimmt, ausdrücklich im Einzelnen niedergelegt, handelt es sich nicht um geschriebene Rechtfertigungsgründe,¹⁶³ da sie nicht im System der Grundfreiheiten benannt sind. Zu geschriebenen Rechtfertigungsgründen werden sie nur, wenn sie den Inhalt anderer, in den Grundfreiheiten festgelegter Rechtfertigungsgründe prägen. Dann vermögen sie auch offene Diskriminierungen zu legi- **412**

¹⁵⁷ Zur Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 24) – Familiapress. Im Einzelnen zu abw. Ansichten *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 506 ff.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 43) – ERT.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5065, Rn. 79) – Bosman.

¹⁶⁰ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5065, Rn. 80) – Bosman.

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9654 f., Rn. 39 ff.) – Omega.

¹⁶² S.o. Rn. 404 ff.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718, Rn. 74) – Schmidberger (Brenner-Blokkade).

timieren.¹⁶⁴ Die formale Grundlage dafür bildet dann aber dieser andere Rechtfertigungsgrund, etwa in Gestalt des Schutzes der öffentlichen Ordnung. Auf ihn wirkt das jeweilige Grundrecht nur ein und kommt gewissermaßen als Trojanisches Pferd daher.

- 413** Eine Berufung auf die Grundrechte als Rechtfertigungsgrund scheidet aus, wenn es um Gewalttätigkeiten im Rahmen einer Demonstration geht. Dann liegt schon keine geschützte Versammlung vor.¹⁶⁵ Zudem ist an einen Missbrauch zu denken. Da Grundrechte dann schon tatbestandsmäßig nicht eingreifen, bilden sie auch keine Grenzen für staatliche Schutzmaßnahmen. Daher spielten sie im *Erdbeerstreit*¹⁶⁶ keine Rolle.¹⁶⁷

II. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit

- 414** Das Übermaßverbot setzt voraus, dass eine beeinträchtigende Maßnahme auf einem legitimen Zweck beruht und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich sowie angemessen ist. Im Rahmen der Prüfung durch den EuGH liegt der Schwerpunkt allerdings, anders als im Rahmen des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts,¹⁶⁸ regelmäßig auf der Prüfung der Erforderlichkeit.¹⁶⁹ Diese hat auch noch im Urteil *Viking* maßgebliche Bedeutung, wenn es um eine anderweitige Absicherung der angestrebten sozialen Standards geht.¹⁷⁰ Die Frage der Angemessenheit spielte bislang kaum eine Rolle.¹⁷¹ Etwas anderes gilt, wenn es spezifisch um den Ausgleich aufeinanderprallender Belange geht. Dies ist vor allem im Rahmen der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Fall, wenn gegenläufige Grundrechte existieren.
- 415** Im *Erdbeerstreit* prüfte der EuGH auch im Rahmen grundfreiheitlicher Schutzpflichten die Angemessenheit noch nicht näher.¹⁷² Das ist aber mit den in diesem Fall gegebenen Gewalttätigkeiten erklärbar, welche einen Grundrechtsschutz ausschließen¹⁷³ und daher auch eine Abwägung mit einer Angemessenheitsprüfung entbehrlich machen.

¹⁶⁴ Zu den abgestuften Rechtfertigungsmöglichkeiten für verschiedene Beeinträchtigungstypen vor dem Hintergrund jüngster Rspr. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 484 ff.

¹⁶⁵ S.u. Rn. 2179 ff.

¹⁶⁶ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 – Kommission/Frankreich.

¹⁶⁷ Sich insoweit zurückhaltend äußernd EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5721, Rn. 86) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

¹⁶⁸ S. z.B. BVerfGE 65, 1 (48 ff.) – Volkszählung.

¹⁶⁹ EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837 (866 f., Rn. 26) – Mac Quen; Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (1697, Rn. 32) – Kraus; Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (4197 f., Rn. 37) – Gebhard; Rs. C-424/97, Slg. 2000, I-5123 (5166, Rn. 57) – Haim II.

¹⁷⁰ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (251, Rn. 87 ff.) – Viking.

¹⁷¹ Etwa *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, 2. Aufl. 2002, Art. 30 EGV Rn. 57 unter Hinweis auf eine Ausnahme in EuGH, Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-285 (309, Rn. 25 ff.) – Pastoors u. Trans-Cap, bzgl. Art. 12 EG/18 AEUV – aber nur unter Aufzeigen der gravierenden Nachteile für die Betroffenen. Näher zum aktuellen Stand u. Rn. 416.

¹⁷² EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 – Kommission/Frankreich.

¹⁷³ S. o. Rn. 413.

In Abgrenzung zu diesem Sachverhalt stellt der EuGH im Urteil *Schmidberger* 416 den Ausgleich von Grundfreiheit und Grundrechten als jeweils beschränkbare Rechte und damit die Angemessenheitsprüfung ins Zentrum seiner Verhältnismäßigkeitskontrolle.¹⁷⁴ Schließlich ging es darum, „ob das rechte Gleichgewicht zwischen diesen Interessen gewahrt worden ist“¹⁷⁵, dies entspricht der für die Angemessenheit charakteristischen Güterabwägung. Besonderes Merkmal in diesem Urteil ist aber der weite Ermessensspielraum, der den staatlichen Stellen auch für den Ausgleich der divergierenden Belange zugebilligt wurde. Daraus ergeben sich wichtige Weichenstellungen.¹⁷⁶ Dadurch kommt es schwerlich zu einem unangemessenen staatlichen Unterlassen.¹⁷⁷

Im Rahmen von Schutzpflichten ist diese Abwägung dann elementar, wenn 417 staatliches Handeln wie zumeist auf Rechte Dritter trifft. Aber auch bei einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten nicht durch Unterlassen, sondern durch aktives Tun geht es um die Rechtfertigung staatlichen bzw. gleichgestellten gewerkschaftlichen¹⁷⁸ Handelns. Dieses muss daher auch gegenüber beeinträchtigten Rechten Privater angemessen sein, und seien es auch Grundfreiheiten, die etwa im Widerspruch zu Grundrechten stehen. Deshalb bedarf es durchgängig einer eigenständigen Angemessenheitsprüfung. Das Urteil *Schmidberger* ist damit nicht Ausnahme, sondern Vorbild für den Regelfall. Im Urteil *Laval* hält der EuGH bereits das Maß für überschritten, das er im Hinblick auf die EntsendeRL 96/71/EG¹⁷⁹ der zur Einschränkung von Grundfreiheiten führenden Verfolgung von Arbeitnehmerschutzstandards zubilligt, und daher schon die Rechtfertigungsfähigkeit als solche für nicht gegeben.¹⁸⁰

Im Urteil *Omega* beschränkt sich der EuGH trotz des Aufeinanderprallens von 418 Grundfreiheiten und Grundrechten auf eine Erforderlichkeitsprüfung.¹⁸¹ Dies dürfte weniger damit zusammenhängen, dass es um den Schutz der Menschenwürde ging, die jedenfalls nach deutschem Verfassungsrecht als gem. Art. 1 Abs. 1 GG unantastbares Schutzgut keiner Relativierung durch Abwägung unterliegt. Die nationalverfassungsrechtlich garantierte Menschenwürde wurde wie im Urteil *Schmidberger* auf ein gemeinschaftsrechtlich garantiertes Grundrecht bezogen:¹⁸² Die EGRC nennt die Unantastbarkeit der Menschenwürde sogar an erster Stelle.

Im Urteil *Omega* wurde jedoch nur geprüft, ob ein Mitgliedstaat die Mens- 419 chenwürde in den Schutz der öffentlichen Ordnung einbeziehen kann. Rechtfertigungsbasis der Grundfreiheitsbeeinträchtigung war daher letztlich Art. 55 i.V.m. Art. 46 EG/62 i.V.m. Art. 52 AEUV, nicht hingegen ein neben dem System der

¹⁷⁴ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5719 f., Rn. 78 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

¹⁷⁵ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5720, Rn. 81) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

¹⁷⁶ Mager, EuR 2004, Beiheft 3, 41 (55).

¹⁷⁷ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 200 f.

¹⁷⁸ S.o. Rn. 402.

¹⁷⁹ ABl. 1996 L 18, S. 1.

¹⁸⁰ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (48, Rn. 108) – Laval.

¹⁸¹ EuGH Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9653 f., Rn. 36 ff.) – Omega.

¹⁸² EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9652 f., Rn. 33 f.) – Omega.

Grundfreiheiten stehendes Grundrecht. Daher ist es nur konsequent, dass vom EuGH sein sonst bei einer Grundfreiheitsbeschränkung aus Gründen der öffentlichen Ordnung gebräuchliches Schema herangezogen wird. Allerdings sollte auch insoweit eine Angemessenheitsprüfung vorgenommen werden. Diese würde hier freilich eindeutig zugunsten der Menschenwürde ausfallen.

D. Fallabhängige Bedeutung der Grundrechte

I. Ansätze

- 420** Grundrechte als Bestandteil des Unionsrechts können mithin sowohl eigene (ungeschriebene) Rechtfertigungsgründe für die Beeinträchtigung von Grundfreiheiten bilden als auch andere geschriebene Rechtfertigungsgründe prägen. Im zweiten Fall wird ihre Prüfung von der Struktur des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes geprägt. So kommen im Rahmen der öffentlichen Ordnung nach Art. 46 (i.V.m. Art. 55) EG/52 (i.V.m. Art. 62) AEUV die nationalen Interessen spezifisch zur Geltung. Daher wirkt die Menschenwürde in dem Maße, wie es ihrem Schutz in dem jeweiligen Mitgliedstaat entspricht.¹⁸³ Das prägt die erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung. Zwar hat das Europarecht einheitlich zu gelten. Jedoch geht es hier gerade um die Rechtfertigung einer mitgliedstaatlichen Maßnahme durch die öffentliche Ordnung.¹⁸⁴
- 421** Diese Prüfung fällt beim Aufeinanderprallen grundfreiheitlicher Schutzpflichten mit Grundrechten sehr weitmaschig aus. Grundrechte selbst vermögen mangels ausdrücklicher Festlegung als Schranken der Grundfreiheiten allein keine offenen Diskriminierungen zu rechtfertigen, sondern nur im Rahmen geschriebener Rechtfertigungsgründe wie der öffentlichen Ordnung. Handelt es sich um Maßnahmen gegen Personen aus anderen EU-Staaten, ist zweifelhaft, ob ein nationales Interesse hinreichendes Gewicht hat.¹⁸⁵

II. Maßgebliche Faktoren und Konstellationen

1. Offene oder versteckte Einschränkung der Grundfreiheit

- 422** Welche Bedeutung die Grundrechte konkret bei der Rechtfertigung einer Freiheitsbeschränkung haben, hängt damit maßgeblich von dem Kontext ab, in dem sie zum Zuge kommen. Dieser Kontext wird zunächst durch die jeweilige Grundfreiheit und die vorliegende Beschränkung bestimmt, ob es sich nämlich um eine offene oder eine versteckte handelt.

¹⁸³ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9654, Rn. 39) – Omega.

¹⁸⁴ Näher o. Rn. 404 ff.

¹⁸⁵ S. EuGH, Rs. 115 u. 116/81, Slg. 1982, 1665 (1707 f., Rn. 8) – Adoui; Rs. 249/86, Slg. 1989, 1263 (1292, Rn. 19) – Kommission/Deutschland.

2. Betroffene Grundrechtsfunktion

Indes weisen auch die Grundrechte selbst verschiedene Funktionen auf. Diese sind auch mit konkreten Folgen verbunden. So haben die staatlichen Organe bei der Erfüllung grundrechtlicher und auch grundfreiheitlicher Schutzpflichten einen breiten Spielraum.¹⁸⁶ Daher kann sich der vom EuGH ohnehin schon für den Ausgleich von Grundfreiheiten und Grundrechten zugebilligte große Ermessensspielraum noch weiter vergrößern.¹⁸⁷ Für diese zweite Konstellation stehen insbesondere die vorgenannten Entscheidungen *Schmidberger*¹⁸⁸ und *Omega*.¹⁸⁹ 423

Darüber hinaus können auch zwei verschiedene Grundrechtsdimensionen aufeinander prallen, nämlich grundrechtliche Abwehransprüche und Schutzpflichten.¹⁹⁰ Schließlich können die Grundfreiheiten des Einzelnen und die Grundrechte als Abwehrrechte parallel eingreifen und damit beide von staatlichen Schutzbelangen begrenzt werden. 424

Treffen individuelle grundrechtliche Abwehrrechte als Schranke auf die Grundfreiheiten, erfolgt eine direkte Gegenüberstellung und Abwägung der in Frage stehenden individuellen Belange. Es geht also nicht nur darum, dass ein grundrechtliches Abwehrrecht als solches ein berechtigtes Interesse darstellt, das zur Beschränkung einer Grundfreiheit geeignet ist.¹⁹¹ Vielmehr ist auch für die konkrete Situation ein sachgerechter Interessenausgleich herbeizuführen. Gleichwohl verfügen dabei die zuständigen staatlichen Stellen über ein weites Ermessen, das freilich einer Angemessenheitsprüfung standhalten muss.¹⁹² 425

3. Objektive Seite der Grundrechte

Werden die Grundrechte auf objektiver Basis herangezogen, kommt ihnen in der konkreten Situation nicht notwendig eine individuelle Bedeutung zu. Sie können auch auf eher abstrakter Ebene eingreifen und haben nicht zwingend einen Interessenausgleich in der konkreten Situation zur Folge. Vielmehr können sie auch eine Auslegungsvorgabe enthalten. So zog der EuGH im Urteil *Omega* die Menschenwürde heran, um den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung näher 426

¹⁸⁶ S.o. Rn. 368 ff.

¹⁸⁷ V. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 24 ff. mit Darstellung im Einzelnen.

¹⁸⁸ Die Grundrechte der Versammlungsteilnehmer auf Demonstrations- und Meinungsäußerungsfreiheit prallten dabei auf die zu schützende Warenverkehrsfreiheit, so dass die Schutzfunktion einer Grundfreiheit betroffen war.

¹⁸⁹ S.o. Rn. 401 ff.

¹⁹⁰ V. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 24 u. näher dann S. 246 ff.

¹⁹¹ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718, Rn. 74) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

¹⁹² EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5720, Rn. 81 f.) – Schmidberger (Brenner-Blockade); zu Grenzen in denkbaren anderen Konstellationen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1039 ff.

auszufüllen.¹⁹³ Die konkrete Abwägung erfolgte dann im Rahmen dieses grundfreiheitlichen Rechtfertigungsgrundes.¹⁹⁴

427 In anderen Entscheidungen bilden die Grundrechte als objektive Wertentscheidungen eigenständige Rechtfertigungsgründe. So bildet die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens aufgrund ihres Zusammenhangs mit der Meinungsfreiheit ein zwingendes Allgemeininteresse¹⁹⁵ und damit einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund. Als solcher wurde er aber in das System der Grundfreiheiten gestellt. Der EuGH prüfte konkret die Erforderlichkeit und verneinte sie im Urteil *Gouda* wegen eines möglichen mildereren Mittels.¹⁹⁶

428 Danach werden die Grundrechte als Wertentscheidungen ebenso behandelt wie sonstige Allgemeininteressen. Die objektiv-rechtliche Ableitung führt zu keinem breiteren Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten. Im Gegenteil wurde ein solcher vielmehr bei einem Aufeinandertreffen von Grundfreiheit und individuellem Grundrecht als subjektivem Abwehrrecht angenommen.¹⁹⁷

429 Allerdings erging die Entscheidung *Schmidberger* zeitlich später und weist erstmals den Weg einer unmittelbaren Abwägung und gegenseitigen Einschränkung von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Letztere bilden daher unmittelbare Schranken, ohne dass noch vorher näher geprüft werden müsste, ob es sich um einen europarechtlich anerkannten Gemeinwohlbelang handelt. Diese unmittelbare Wirkung kam aber bislang nur zum Tragen, wenn die Grundrechte als Abwehrrechte eingriffen.¹⁹⁸

III. Einbeziehung in das System der Grundfreiheiten

430 Für die objektiv-rechtliche Dimension als Wertentscheidung ging der EuGH im Fall *Omega* wiederum den Weg, zunächst das Vorliegen eines gemeinschaftsrechtlich anerkannten Gemeinwohlbelangs zu prüfen. Hier bestand freilich die Besonderheit, dass das Grundrecht einen grundfreiheitlichen Rechtfertigungsgrund präg-

¹⁹³ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9652 f., Rn. 32 ff.) – *Omega*; dazu näher o. Rn. 404 ff.

¹⁹⁴ S.o. Rn. 418 f.

¹⁹⁵ EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 (4043, Rn. 23) – *Collectieve Antennevoorziening Gouda*; ebenso Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487 (518, Rn. 9 f.) – *Veronica Omroep*; Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795 (4832, Rn. 18 ff.) – *TV10*.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 (4044, Rn. 24) – *Collectieve Antennevoorziening Gouda*; mit gegenteiligem Ergebnis EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487 (518 ff., Rn. 11 ff.) – *Veronica Omroep*. Hingegen ebenfalls im grundrechtlichen Kontext ein milderer Mittel annehmend EuGH, Rs. C-62/90, Slg. 1992, I-2575 (2609, Rn. 24) – *Kommission/Deutschland*; im Ansatz auch Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 27) – *Familiapress*, wo die nähere Prüfung dem nationalen Gericht überlassen wurde, aber unter engen Vorgaben des EuGH, v. *Papp*, *Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft*, 2007, S. 212 f.

¹⁹⁷ S.o. Rn. 403.

¹⁹⁸ Auch v. *Papp*, *Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft*, 2007, S. 218 f.

te. Gleichwohl ergab sich erst aus seiner Betrachtung ein solcher anerkannter Gemeinwohlbelang.¹⁹⁹ Dies beruht aber auf dem System der Grundfreiheiten.

Auch wenn die Grundrechte als Abwehrrechte zum Tragen kommen, können sie als europarechtlich anerkannter Gemeinwohlbelang gefasst werden und damit einen Rechtfertigungsgrund bilden. Nur über diesen Weg ist es auch möglich, spezifische Gegebenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einfließen zu lassen. Grundfreiheiten werden ja regelmäßig von den Mitgliedstaaten beschränkt. Wollen sie eine solche Beschränkung rechtfertigen, müssen sie jeweils auf sie zutreffende Rechtfertigungsgründe benennen. Damit spielt es eine wesentliche Rolle, inwieweit ein solcher Rechtfertigungsgrund bei ihnen gegeben ist und in welchem Umfang er zum Tragen kommen kann. **431**

Würden die europäischen Grundrechte automatisch herangezogen und ohne den systematischen Zwischenschritt, dass sie einen anerkannten Gemeinwohlbelang bilden, könnte diese vom System der Grundfreiheiten vorgesehene nationale Prägung nicht mehr erfolgen. Die Grundrechte würden in allen Mitgliedstaaten in gleichem Umfang zur Geltung kommen. Daher wurde im Gefolge des *Omega*-Urteils auch gefragt, ob nicht die in Deutschland verbotenen Laserspiele auch in Großbritannien untersagt werden müssten.²⁰⁰ In diesem Urteil wurde indes der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung nach Art. 46 EG i.V.m. Art. 55 EG/52 i.V.m. Art. 62 AEUV durch den in Deutschland vorgefundenen Schutz der Menschenwürde näher ausgefüllt. Damit zählen die nationalen Vorstellungen. Diese können deshalb über das unionsrechtliche Grundrechtsniveau hinausreichen. Erforderlich ist nur, dass sie zur Einschränkung der jeweiligen Grundfreiheit verhältnismäßig sind.²⁰¹ **432**

Allerdings dürfen die Grundrechtsgehalte, die von den Mitgliedstaaten zugrunde gelegt werden, nicht wesentlich von den unionsrechtlichen abweichen. Schließlich bilden die europäischen Grundrechte auch eine Schranken-Schranke für die Einschränkung der Grundfreiheiten.²⁰² Eine solche Diskrepanz wird aber eher selten auftreten, sind doch die europäischen Grundrechte auch auf die Verfassungstradition der Mitgliedstaaten gegründet.²⁰³ Im Übrigen sind die Mitgliedstaaten Konventionsstaaten der EMRK, welcher viele Grundrechte nachgebildet wurden. Die den Gegenstand des *Omega*-Urteils bildenden Menschenwürde in ihrer deutschen Ausprägung war Vorbild für den Schutz auf europäischer Ebene in Art. 1 EGRC.²⁰⁴ **433**

Gleichwohl können Unterschiede auftreten, so wenn es um ein Verbot auch des therapeutischen und nicht nur des reproduktiven Klonens geht, das Art. 3 Abs. 2 EGRC ausdrücklich nennt.²⁰⁵ Indes bildet die EGRC nach ihrem Art. 53 gerade **434**

¹⁹⁹ S.o. Rn. 405.

²⁰⁰ Bröhmer, EuZW 2004, 755 (757).

²⁰¹ V. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 310.

²⁰² S. EuGH, Rs. C-62/90, Slg. 1992, I-2575 (2609, Rn. 24) – Kommission/Deutschland; allg. Frenz, Europarecht 1, Rn. 539.

²⁰³ S.o. Rn. 129 ff.

²⁰⁴ Näher u. Rn. 808 ff.

²⁰⁵ S.u. Rn. 983 ff.

keine Einschränkung des nationalen Grundrechtsschutzes. In dem jeweiligen Anwendungsbereich der Grundrechte, auf den Art. 53 EGRC abstellt, kann daher der einzelstaatliche Grundrechtsschutz durchaus höher sein, wenn nämlich mitgliedstaatliche Maßnahmen geprüft und gerechtfertigt werden müssen.²⁰⁶ Insoweit können daher die Mitgliedstaaten einen höheren Grundrechtsstandard anlegen.

- 435** Da somit dieser höhere Grundrechtsstandard beschränkt ist, geht es nicht darum, Unionsmaßnahmen unter Berufung auf die nationalen Grundrechte nicht anwendbar werden zu lassen.²⁰⁷ Zudem ergeben sich schon deshalb keine unkontrollierten Ausschlüsse, weil auch die nationalen Grundrechtsstandards im Verhältnis zur Einschränkung der Grundfreiheiten angemessen und sich im Rahmen der durch die EGRC aufgerichteten Grundrechtsordnung halten müssen. Letztlich muss mit-
436 hin ein unionsrechtskonformes Ergebnis gewährleistet sein.²⁰⁸ Werden damit die Grundrechte als Rechtfertigung für mitgliedstaatliche Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch nationale Eigenheiten mit geprägt, ist dies nur das Korrelat dazu, dass solche Maßnahmen überhaupt den europäischen Grundrechten unterliegen, obwohl sie streng genommen keine Durchführung des Unionsrechts nach Art. 51 Abs. 1 EGRC bilden. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der europäischen Grundrechte allein aufgrund einer Antastung der Grundfreiheiten führt so zu einer aufgelockerten Geltung, welche nationale Besonderheiten berücksichtigt, soweit sich diese im europarechtlichen Rahmen halten. So ist auch der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ durch zahlreiche Entscheidungen näher konturiert.²⁰⁹

§ 10 Auslegungsmaxime

- 437** Schließlich bilden die Grundrechte eine wichtige Auslegungsmaxime von Sekundärrecht. Bei einem Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon werden sie offiziell Teil des europäischen Vertragswerkes und bilden formal höherrangiges Recht, an dem sich das Sekundärrecht messen lassen muss. Unabhängig davon sind sie als allgemeine, durch die Charta konkretisierte Grundsätze fest anerkannt.²¹⁰ Ist Sekundärrecht mit den Grundrechten nicht vereinbar, führt dies zu seiner Nichtigkeit, außer es ist eine grundrechtskonforme Auslegung möglich. Wie auch im Bereich der Richtlinien²¹¹ verfolgt der EuGH hierbei eine sehr weite Kon-

²⁰⁶ V. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 311.

²⁰⁷ S. dagegen Seidel, EuZW 2003, 97.

²⁰⁸ So in anderem Kontext EuGH, Rs. C-270 u. 271/97, Slg. 2000, I-929 (950, Rn. 50) – Deutsche Post; auch unter Rückgriff auf die Lehre von der State Overprotection of Constitutional Rights in der US-amerikanischen Rechtsprechung v. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 299 ff.

²⁰⁹ S. m.w.N. Frenz, Europarecht 1, Rn. 1646 ff.

²¹⁰ S.o. Rn. 207.

²¹¹ EuGH, Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835 – DRK; dazu krit. Frenz, EWS 2005, 104 ff.

zeption, wie die Entscheidung zur RL 2003/86/EG²¹² zeigt.²¹³ Eine Klausel, welche generell die Einführung einer Wartezeit für die Familienzusammenführung vorsah, wurde hier so ausgelegt, dass die Grundrechte adäquat berücksichtigt werden konnten. Dadurch wurde die vom GA geforderte Nichtigkeit abgewendet.²¹⁴ Ansatzpunkte dafür waren Klauseln an anderer Stelle der Richtlinie, welche aufgegriffen und als Einfallstore für die Grundrechte verwendet wurden.²¹⁵ Damit genügen gewisse textuelle Anhaltspunkte auch an anderer Stelle eines Sekundärrechtsaktes, um die Grundrechte hinreichend zur Geltung kommen zu lassen. Dies entspricht der Konzeption der *DRK*-Entscheidung,²¹⁶ um eine richtlinienkonforme Auslegung nationalen Umsetzungsrechts sicherzustellen.

§ 11 Grundsätze

A. Indirekte Wirkung

Die EGRC enthält nicht nur die klassischen Grundrechte, sondern auch verschiedene Grundsätze. Diese bestehen vor allem im sozialen Bereich und sind dadurch gekennzeichnet, dass ihr Inhalt nicht in vollem Umfang verwirklicht werden muss. Vielmehr sind sie auf Optimierung angelegt. Es sollen Maßnahmen ergriffen werden, die das in den Grundsätzen festgelegte Ziel vorantreiben. **438**

Diese Grundsätze wirken also nicht unmittelbar, sondern es müssen zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden, um ihnen zum Durchbruch zu verhelfen. Daher sieht Art. 52 Abs. 5 EGRC vor, dass die Grundsätze durch Akte der Gesetzgebung und der Ausführung der Organe und Einrichtungen der Union sowie durch Akte der Mitgliedstaaten zur Durchführung des Unionsrechts in Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeit umgesetzt werden. Dementsprechend legt diese Bestimmung weiter fest, dass Grundsätze vor Gericht nur bei der Auslegung dieser Akte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden können. Sie vermitteln daher keine unmittelbaren subjektiven Rechtspositionen, sondern können nur im Rahmen der Anfechtung von anderen Rechtsakten geltend gemacht werden. **439**

B. Reichweite in Abhängigkeit vom Umsetzungsrecht

Inwieweit Grundsätze vom Einzelnen vor Gericht geltend gemacht werden können, richtet sich wegen ihrer indirekten Wirkungsweise nach dem Umfang des zu **440**

²¹² Des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (FamilienzusammenführungsRL), ABl. L 251, S. 12.

²¹³ Zu ihr ausführlich im Rahmen des Grundrechts auf Familienleben u. Rn. 1313 ff.

²¹⁴ *GA Kokott*, EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5802, Rn. 103 ff.) – Parlament/Rat.

²¹⁵ EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5840 f., Rn. 103 ff.) – Parlament/Rat.

²¹⁶ EuGH, Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835.

ihrer Realisierung ergangenen Umsetzungsrechts. Dieses aktiviert sie erst für Individuen und legt so ihren zugunsten des Einzelnen wirkenden Anwendungsbereich fest.²¹⁷ Es kann selbst als solches nicht eingefordert, sondern nur inhaltlich modifiziert werden.

C. Abgrenzung zu den Grundrechten

I. Wortlaut nur als erster Anhalt

- 441** Entscheidend für die Abgrenzung von Grundsätzen und Grundrechten ist daher, ob eine Vorschrift bereits aus sich heraus für den Einzelnen wirkt oder hierfür erst der Umsetzung bedarf. Einen nur ersten Anhalt für diese Abgrenzung gibt die Verwendung der Begriffe „Anspruch“ und „Recht“.²¹⁸ Es kommt dabei auch auf den Kontext an, der durch die Entstehungsgeschichte näher erhellt wird. So wird das Recht älterer Menschen in Art. 25 EGRC und der Anspruch von Menschen mit Behinderung nach Art. 26 EGRC nur durch die Union anerkannt und geachtet. Konsequenterweise handelt es sich nach den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte²¹⁹ nur um Grundsätze.
- 442** Maßgeblich ist, ob die Bestimmung aus sich heraus ein eindeutig festgelegtes Recht beinhaltet. Daran fehlt es von vornherein, wenn nur eine Achtung oder Sicherstellung verlangt wird, ohne dass von einem Recht oder Anspruch oder einer Freiheit²²⁰ die Rede ist, so in Art. 22 EGRC für die Vielfalt der Kulturen. Gleichzustellen sind die bloßen Gewährleistungen nach Art. 27 und 33 Abs. 1 EGRC. Art. 23 Abs. 1 EGRC gewährleistet zwar nur die Gleichheit von Männern und Frauen und Absatz 2 spricht von „Grundsatz“. Das gleiche Arbeitsentgelt sichert aber die Vorbildnorm des Art. 141 Abs. 1 EG/157 Abs. 1 AEUV mit unmittelbarer Wirkung,²²¹ so dass jedenfalls Art. 52 Abs. 2 EGRC eingreift.
- 443** Oder es werden wie beim Umwelt- und Verbraucherschutz nach Art. 37 und 38 EGRC nur Vorgaben für die Politiken der Union gemacht. Hier wird die Union als Adressat genannt, nicht hingegen ein Grundrechtsträger, wie dies für viele klassische Grundrechte typisch ist.²²²
- 444** Für das Vorliegen eines Grundsatzes spricht auf den ersten Blick auch, dass ein Recht nur nach Maßgabe des Unionsrechts bzw. der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten (s. Art. 27 f., 30, 34-36 EGRC) besteht. Daraus folgt aber nicht schon der Charakter als Grundsatz. Art. 28 EGRC ist ein klares Recht, Art. 34 und 35 EGRC sind in sich uneinheitlich.²²³ Zwar ist die unternehmerische

²¹⁷ So allgemein *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 45.

²¹⁸ *Jarass*, § 7 Rn. 22 ff. auch zum Folgenden.

²¹⁹ ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

²²⁰ S. *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 91 f.

²²¹ *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 108 f.

²²² Allgemein zu diesem Indiz näher *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 94 f.

²²³ S.u. Rn. 448 sowie Rn. 3597.

Freiheit nach Art. 16 EGRC entsprechend formuliert. Indes ist sie auf die schon früher durch den EuGH als unmittelbar wirkendes Grundrecht anerkannte Berufsfreiheit rückführbar und zudem unter den klassischen Freiheitsrechten platziert, die typischerweise individuell einforderbare Rechte bilden. Demgegenüber sind soziale Rechte eher auf Konkretisierung angelegt, nicht zuletzt wegen der damit vielfach einhergehenden Kosten.²²⁴ Gleichwohl bestehen auch insoweit nicht bloße Grundsätze, so nach Art. 34 Abs. 2 und 35 S. 1 EGRC;²²⁵ indes nur in sehr eingeschränktem Maße ein subjektives Recht, nämlich keines auf Leistungen.²²⁶

II. Systematik

Damit kommt es in erheblichem Maße auch auf die systematische Einordnung an. 445
Klassische Bürgerrechte wie das Wahlrecht (Art. 39 f. EGRC) sind subjektive Rechte. Aber auch ihnen gleichgestellte moderne Teilhaberechte wie das Recht auf eine gute Verwaltung, auf Zugang zu Dokumenten und auf Befassung des Bürgerbeauftragten (Art. 41-43 EGRC) sind auf individuelle Einforderung angelegt und auch so formuliert. Gleiches gilt für die justiziellen Rechte nach Art. 47 ff. EGRC.

III. Inhaltlicher Bezug und Hintergrund

Art. 45 Abs. 1 EGRC mit seinem Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt für die Unionsbürger liegt zudem parallel zu Art. 18 EG/21 AEUV und kann daher wegen 446
Art. 52 Abs. 2 EGRC nicht hinter dessen Anspruchscharakter zurücktreten. Insofern ist generell der Gleichklang mit anderen europarechtlichen Gewährleistungen zu wahren.²²⁷ Vom Entstehungshintergrund her gilt dies auch für Grundsätze, nicht aber auf der Basis von Art. 52 Abs. 2 EGRC, der nur von Rechten spricht.²²⁸ Das schließt eine parallele Interpretation nicht aus, vermeidet indes eine schematische Übertragung von Regelungscharakteristika, die auf die EGRC nicht vollständig passen. So erschöpft sich die Bedeutung von Art. 37 EGRC nicht in einer bloßen Querschnittsklausel, wie sie Art. 6 EG/11 AEUV bildet,²²⁹ sondern es handelt sich um einen Grundsatz mit klarer Zielbeschreibung, die aber auch aus anderen Quellen stammt.²³⁰

²²⁴ Jarass, § 7 Rn. 26 unter Verweis auf die Genese zu Art. 52 Abs. 5 EGRC; s. Riedel, in: Meyer, vor Art. 27 Rn. 37; Ashiagbor, EHRLR 2004, 62 (71); gegen eine entscheidende Bedeutung dieses Umstandes Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 96.

²²⁵ Näher u. Rn. 4140 ff., 4220 ff.

²²⁶ S.u. Rn. 4166 ff., 4255 ff.

²²⁷ Jarass, § 7 Rn. 27. Im Einzelnen Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 81 ff.

²²⁸ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 17; s. auch Rengeling/Szczekalla, Rn. 463. Anders Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 279 f.

²²⁹ Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 86 f.

²³⁰ S.u. Rn. 4269 ff.

- 447** Damit wird auch der inhaltliche Bezug und Hintergrund relevant. So sind die auf die EMRK rückführbaren Bestimmungen subjektiv-rechtliche Gewährleistungen, schon um ihnen nach Art. 52 Abs. 3 EGRC die gleiche Bedeutung wie nach der EMRK zu geben.²³¹ Demgegenüber verleiht die ESC²³² ebenso wie die GCSGA²³³ weniger individuelle Rechte, sondern beinhaltet Vorgaben für die Staaten, so dass die daraus abgeleiteten insbesondere sozialen Rechte Grundsätze bilden, außer sie wurden wie die Bildungsfreiheit bewusst anders platziert.

IV. Einzelfallabhängigkeit

- 448** Angesichts dieser verschiedenen relevanten Ansatzpunkte, um eine Vorschrift als Recht oder Grundsatz einstufen zu können, hängt die Qualifikation letztlich von den Umständen des Einzelfalles ab. In einem Artikel können sogar sowohl ein Recht als auch ein Grundsatz enthalten sein. Dass vom Präsidium Art. 23, 33 und 34 EGRC als Rechte und Grundsätze eingestuft wurden,²³⁴ kann höchstens diesen Hintergrund haben, weil ein Doppelcharakter einer Bestimmung wegen der unterschiedlichen Wirkungsweise ausgeschlossen ist.²³⁵ Damit bedarf es der Einstufung jedes einzelnen Absatzes einer Bestimmung, außer eine einheitliche Konzeption liegt auf der Hand.
- 449** Darüber hinaus prägen die Grundsätze das Umsetzungsrecht selbst und stoßen dieses an. Insoweit wird ihr Anwendungsbereich gegenständlich durch das in dem jeweiligen Grundsatz festgelegte Thema bestimmt.

D. Erlass von Umsetzungsrecht

- 450** Allerdings ist die Reichweite der Umsetzungsmaßnahmen, welche Unionsorgane ergreifen, durch die Kompetenzen beschränkt, die an anderer Stelle der EU verliehen sind. Art. 52 Abs. 5 EGRC knüpft an die jeweiligen Zuständigkeiten von Unionsorganen und Mitgliedstaaten an. Daher verleihen Grundsätze keine Kompetenzen und weiten damit die Zuständigkeiten der Union nicht aus. In welchem Ausmaß Mitgliedstaaten durch sie verpflichtet werden, hängt von ihrer Ausgestaltung ab, vor allem, ob sie wie der Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 EGRC unter dem Vorbehalt nationaler Ausgestaltung stehen.

²³¹ Detailliert dazu *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 88 ff.

²³² Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

²³³ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

²³⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

²³⁵ *Jarass*, § 7 Rn. 28; *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 72 f.

Inwieweit Umsetzungsrecht ergeht, liegt weitgehend im Ermessen der zuständigen Organe. Das entspricht der Konzeption des EuG, den umweltrechtlichen Vorsorgegrundsatz, der nunmehr auch in Art. 37 EGRC enthalten ist, durch eine Verordnung zu realisieren, wie sie im Urteil *Pfizer*²³⁶ zum Ausdruck kommt. Auf dieses Urteil verweisen die Erläuterungen zur EGRC.²³⁷ Sie beziehen sich zudem auf das Urteil *Van den Bergh*. **451**

In diesem zweitgenannten Urteil des EuGH wird der Umgang mit mehrgestaltigen Zielen präzisiert. Ein solches bildet letztlich auch der Umweltschutz unter Einbeziehung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung und damit ökonomischer und sozialer Elemente, wie dies in Art. 37 EGRC vorgegeben ist.²³⁸ Diese verschiedenen Ziele sind miteinander auszugleichen. Auch darf einem unter ihnen der Vorrang eingeräumt werden, allerdings nur zeitweilig und unter der Bedingung, dass „die wirtschaftlichen Gegebenheiten und Umstände, die den Gegenstand der Beschlussfassung bilden, dies gebieten.“²³⁹ Daraus ergibt sich ein weiterer Beurteilungsspielraum, wie verschiedene Teilkomponenten austariert und gewichtet werden sollen. **452**

Auch eine einseitige Zielverfolgung kann danach rechtmäßig sein.²⁴⁰ Schließlich können auch nicht alle als Grundsatz gewährleisteten Elemente gleichzeitig und gleichermaßen umgesetzt werden. Dies hängt auch von den finanziellen Möglichkeiten ab. Allerdings darf die Verwirklichung eines anderen (Teil-)Ziels nicht unmöglich gemacht werden.²⁴¹ **453**

Diese Maßstäbe bieten sich auch an, wenn mehrere verschiedene Grundsätze aufeinanderprallen,²⁴² sind doch sie im Gesamtwerk der EGRC vereint. **454**

Gem. Art. 52 Abs. 5 EGRC kann die Umsetzung durch Akte der Gesetzgebung, der Ausübung und der Durchführung erfolgen. Dieser Bezug auf verschiedene Umsetzungsformen macht deutlich, dass sich das „können“ darauf bezieht, nicht hingegen auf die Umsetzung als solche.²⁴³ Diese steht also nicht zur Disposition, ist mithin nicht freiwillig, sondern auch an die Grundsätze haben sich die Verpflichteten gem. Art. 51 Abs. 1 S. 2 EGRC zu halten,²⁴⁴ auch wenn weite Beurteilungsspielräume bestehen.²⁴⁵ **455**

Die Grundsätze verpflichten in dem ihnen eigenen Gehalt und damit hinsichtlich des „Ob“ sowie eines allgemeinen Rahmens, aber ohne feste Gestalt, die erst das Umsetzungsrecht verleiht. Daran zeigt sich auch der spezifische Gehalt der Grundsätze nach der EGRC, die zwar in Art. 51 Abs. 1 EGRC von den Rechten **456**

²³⁶ EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 (3382 f., Rn. 166 ff.) – Pfizer.

²³⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

²³⁸ S.u. Rn. 4350 ff.

²³⁹ EuGH, Rs. C-265/85, Slg. 1987, 1155 (1174, Rn. 20) – Van den Bergh en Jurgens.

²⁴⁰ *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 60.

²⁴¹ EuGH, Rs. C-265/85, Slg. 1987, 1155 (1174, Rn. 20) – Van den Bergh en Jurgens.

²⁴² Zurückhaltend *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 60.

²⁴³ *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 46.

²⁴⁴ Eine Einhaltung verlangen auch explizit die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

²⁴⁵ *Jarass*, § 3 Rn. 5. Sein Verweis auf Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC ist wohl ein Schreibfehler.

unterschieden werden, aber gleichwohl zusammen mit ihnen eine Grundrechtecharta bilden. Sie dürfen daher nicht einfach mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Rechtsquelle gleichgestellt werden.²⁴⁶

E. Reichweite des Umsetzungsrechts

- 457** Zentral ist damit, was unter das nicht näher definierte Umsetzungsrecht fällt. Da Art. 52 Abs. 5 S. 2 EGRC eine Heranziehung vor Gericht auch bei Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit dieser Akte ermöglicht, die zuständigen Organe aber einen weiten Umsetzungsspielraum haben, kann diese Bestimmung effektiv in größerem Umfang nur zur Geltung kommen, wenn auch beeinträchtigende Akte einbezogen werden. Das entspricht der Auslegung von nationalen Durchführungsakten des Unionsrechts nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.²⁴⁷ Für eine umfassende Einbeziehung spricht auch, dass ansonsten in Mischbestimmungen wie Art. 23, 33 und 34 EGRC der Grundsatz nicht zur Interpretation und auch Überprüfung der an dem dazugehörigen Recht zu messenden Handlungen herangezogen werden könnte.²⁴⁸
- 458** Darüber hinaus sind inhaltliche Vorgaben wie der Umwelt- und der Verbraucherschutz (Art. 37 f. EGRC) explizit auf alle Politiken der Union bezogen und damit nicht nur auf diejenigen, die eigens ihrer Verwirklichung dienen.²⁴⁹ Diese Grundsätze verlangen damit schon aus sich heraus eine umfassende Geltung und damit auch für sie beeinträchtigende Maßnahmen im Rahmen anderer Politiken.
- 459** Umsetzungsakte, die an den Grundsätzen zu messen sind, bilden damit nicht nur die als solche gekennzeichneten, sondern alle diejenigen, die den thematischen Anwendungsbereich der Grundsätze inhaltlich tangieren, also gerade auch die beeinträchtigenden.²⁵⁰ Es sind nach Art. 52 Abs. 5 S. 1 EGRC alle Legislativ- und Exekutivakte²⁵¹ der zuständigen Stellen der Union. Judikativakte gehören nicht zu Akten der Gesetzgebung und der Ausführung;²⁵² sie sichern nach Art. 52 Abs. 5 S. 2 EGRC die Kontrolle. Akte der Mitgliedstaaten, die Unionsrecht durchführen, sind parallel zu der gleichen Begrifflichkeit in Art. 51 Abs. 1 EGRC zu verstehen.²⁵³

²⁴⁶ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 173.

²⁴⁷ S.o. Rn. 262 ff.

²⁴⁸ Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 56.

²⁴⁹ Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 47 f.

²⁵⁰ Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 48 f.; auch Jarass, § 7 Rn. 33.

²⁵¹ „Ausführung“ ist nach dem englischen und französischen Text als Exekutive zu verstehen, Jarass, § 7 Rn. 33 Fn. 73.

²⁵² Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 53.

²⁵³ S. daher o. Rn. 223 ff.

Kapitel 4

Struktur der europäischen Grundrechte

§ 1 Schutzbereich

A. Ansatz

Der Schutzbereich der einzelnen Grundrechte wird durch die Gewährleistungen in der EGRC definiert. In ihnen werden regelmäßig bestimmte Rechte benannt. Diese stehen entweder den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, ggf. erweitert um juristische Personen, oder als Jedermann-Grundrecht allen zu. Damit ist für den sachlichen und personellen Anwendungsbereich in erster Linie das jeweilige Einzelgrundrecht maßgeblich. Dieses entwickelt einen etwa vorhandenen allgemeinen Rechtsgrundsatz fort bzw. legt ein Pate stehendes EMRK-Recht in der übernommenen oder auch abgewandelten Fassung fest. Darin ist unabhängig von einem Inkrafttreten der EGRC mit dem Lissabonner Vertrag ein mittlerweile erreichter Entwicklungsstand zu sehen, auf den die Rechtsprechung bereits Bezug nimmt.¹ Daher zählt in erster Linie die Gestalt des jeweiligen Grundrechts in der EGRC; die EMRK-Rechte als Vorbild sind aber weiterhin auslegungsrelevant.² Die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden hingegen trotz des Verweises auf sie in Art. 6 Abs. 3 EUV spätestens mit Inkrafttreten der Charta obsolet³ und dienen nur noch der Ermittlung des durch die EGRC Gemeinten, soweit die Charta-Rechte an diese Grundsätze anknüpfen, was sich insbesondere aus den Erläuterungen erschließt, soweit diese auf die EuGH-Rechtsprechung Bezug nehmen. **460**

B. Relevanz des Hintergrundes

Für die Interpretation kann also auch maßgeblich sein, woher das jeweilige Grundrecht stammt. Wurde es aus der EMRK übernommen, zählt nach Art. 52 Abs. 3 EGRC der dortige Standard, und zwar sowohl für die Bedeutung und damit den Schutzbereich als auch für die Tragweite und damit die jeweiligen Einschränkungen. **461**

¹ S.o. Rn. 32 ff.

² Näher o. Rn. 24. Spezifisch zu den Gleichheitsrechten u. Rn. 3183 ff.

³ Sie verlieren ihr lückenfüllende Bedeutung, s.o. Rn. 25 ff.

gen.⁴ Entsprechendes gilt für bereits im EG/AEUV enthaltene Rechte gem. Art. 52 Abs. 2 EGRC. Es zählen daher umfassend die dort festgelegten Bedingungen und Grenzen. Dazu gehört auch eine nähere sekundärrechtliche Ausgestaltung, wenn auf sie im Primärrecht wie in Art. 18 Abs. 2 EG/21 Abs. 2 AEUV verwiesen wird und sich erst aus ihr der nähere Gehalt eines Rechts ergibt.⁵ Sie ist dann eine Bedingung nach Art. 52 Abs. 2 EGRC.

462 Nach Art. 52 Abs. 4 EGRC sind die Traditionen der Mitgliedstaaten heranzuziehen, soweit sich die Grundrechte aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben. Divergieren deren Standards, bedarf es einer Harmonisierung. Diese kann nur dem EuGH obliegen.⁶ Damit hat der EuGH diese verschiedenen Traditionen zusammenzuführen. Er hat damit immer noch die Möglichkeit, im Zuge dieser wertenden Betrachtung eine Vorschrift autonom auszulegen und auch die Ziele der Union einzubeziehen.⁷

463 Bevor Art. 52 Abs. 4 EGRC zur Geltung kommt, sind ohnehin Art. 52 Abs. 2 und 3 EGRC heranzuziehen.⁸ Außerdem ist auch Art. 53 EGRC relevant. Dieser bildet ebenfalls eine Schutzverstärkungsklausel.⁹ Auch diese nennt die Verfassungen der Mitgliedstaaten am Ende. Weil aber diese Verfassungen regelmäßig am Schluss genannt werden, kann ihnen keine zu hohe Bedeutung zugemessen werden.

C. Grundsätze

464 Auch Art. 52 Abs. 6 EGRC verlangt, dass den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in vollem Umfange Rechnung zu tragen ist. Das bezieht sich auch auf die Grundsätze, die vielfach auf diesen Vorschriften und Gepflogenheiten aufbauen und damit letztlich durch diese ausgefüllt werden. Das gilt aber nur bei einem entsprechenden ausdrücklichen Verweis in der EGRC selbst. Anderenfalls werden die Grundrechte nicht durch die nationalen Vorschriften inhaltlich determiniert.¹⁰ Gerade mit dem feststehenden Gehalt der subjektiv einforderbaren Grundrechte ist eine solche prägende Bedeutung nationalen Rechts nicht vereinbar.

465 Bei den Grundsätzen kann demgegenüber eine gänzlich andere Herangehensweise angezeigt sein. Diese sind nämlich vielfach nicht in den Grundrechten komplett ausformuliert, sondern verweisen auf andere Vorschriften und Gepflogenhei-

⁴ S.u. Rn. 540. *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 29, der aber von einer vollständigen Transferklausel ausgeht. S. demgegenüber o. Rn. 49: Harmonisierungsgebot.

⁵ S. für das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht u. Rn. 4818 ff. m.w.N. auch zur gegenteiligen Ansicht.

⁶ *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 154; s.o. Rn. 132 f.

⁷ Anders allerdings *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 44.

⁸ S.o. Rn. 134.

⁹ *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 157.

¹⁰ S.o. Rn. 174 ff.

ten, seien es nationale, seien es europarechtliche. Dann ist auf diese zurückzugreifen, um den Schutzbereich näher auszufüllen.

D. Immanente Reduktion?

Ist solchermassen der Schutzbereich bestimmt, könnte er gleichwohl durch immanente Schranken zu reduzieren sein. Ein zweiter Ansatz zur Eingrenzung des Tatbestandes ist die Ausklammerung bestimmter Handlungsformen. 466

I. Umweltschädigendes Verhalten

Eine solche Eingrenzung wird teilweise für umweltschädigendes Verhalten angenommen, weil die Nutzung von Umweltgütern nicht als Freiheitsausübung, sondern als Teilhabe verstanden wird.¹¹ Indes ist der Umweltschutz in Art. 37 EGRC als notwendige Abwägungskomponente aufgenommen. Das wäre nicht notwendig, wenn umweltschädigendes Verhalten von vornherein nicht geschützt wäre. Zwar bezieht sich diese Vorschriften auf die Politiken der Union. Immerhin aber steht sie in der EGRC. 467

Als Abwägungskomponente ist der Umweltschutz schon in Art. 6 EG/11 AEUV vorgegeben. Damit zeigt Art. 37 EGRC spezifisch die Wertigkeit des Umweltschutzes auch im Rahmen der Grundrechte. Dieser setzt sich damit nicht notwendig durch,¹² was der Fall wäre, wenn umweltschädigendes Verhalten durchgehend aus dem grundrechtlichen Schutzbereich herausfiele. 468

II. Verbotene oder sozialschädliche Tätigkeiten

Im Rahmen der Grundfreiheiten, speziell der Arbeitnehmerfreizügigkeit, wird problematisiert, inwieweit rechtswidrige und sittenwidrige Tätigkeiten überhaupt zum Wirtschaftsleben gehören und damit dem Anwendungsbereich der betroffenen Grundfreiheit unterfallen. Zwar verlangen die Grundrechte keinen wirtschaftlichen Bezug, sondern sie erstrecken sich auch auf zahlreiche andere Bereiche. Indes stellt sich die vorgenannte Frage insbesondere auch für die Berufsfreiheit, die einen engen wirtschaftlichen Bezug hat und zudem in engem Zusammenhang mit den Grundfreiheiten steht,¹³ wie Art. 15 Abs. 2 EGRC deutlich macht.¹⁴ 469

Der EuGH bezieht schon seit längerem auch „sittlich bedenkliche“ Tätigkeiten in den Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit ein und prüft etwaige Einschränkungen unter dem Blickwinkel der Rechtfertigung insbesondere aus Gründen der öf- 470

¹¹ Murswiek, DVBl. 1994, 77 (81) für die deutschen Grundrechte; abl. dazu Frenz, Das Verursacherprinzip im öffentlichen Recht, 1997, S. 80.

¹² Näher u. Rn. 4361 ff.

¹³ Anders allerdings Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 68.

¹⁴ S. auch Frenz, Europarecht 1, Rn. 69 f., 73 f.

fentlichen Ordnung.¹⁵ Eine Ausnahme und damit ein Herausfallen bereits aus dem Anwendungsbereich kommt nur in Betracht, wenn eine Tätigkeit in allen Mitgliedstaaten verboten ist.¹⁶ Insoweit setzen sich dann allerdings mitgliedstaatliche Standards durch. Um aber zum Tragen zu kommen, müssen sämtliche mit der jeweiligen nationalen Berufsfreiheit vereinbar sein. Damit scheidet eine missbräuchliche Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit praktisch aus.¹⁷ Das lässt sich auf die Berufsfreiheit übertragen, ist doch gerade sie bislang nicht in der EMRK verankert und beruht daher in der bisherigen Herleitung auf den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten. Daher kann in diesem begrenzten Bereich schon der Schutzbereich beschränkt werden. Es bedarf deshalb nicht erst einer Prüfung auf der Rechtfertigungsebene.¹⁸

- 471 Im Übrigen aber kommt ein Ausschluss verbotener oder sozialschädlicher Verhaltensweisen aus dem grundrechtlichen Schutzbereich nicht in Betracht, stellte man diesen doch gleichsam unter Gesetzesvorbehalt.¹⁹ Letzterer dient indes der hinreichenden Abstützung von Eingriffen und nicht schon einer Begrenzung des Schutzbereichs.

III. *Keck-Ansatz*

- 472 Ein grundrechtsübergreifender Ansatz, den Schutzbereich sachgerecht zu begrenzen, könnte darin liegen, nur diejenigen Verhaltensweisen zu erfassen, welche die eigentliche Zielrichtung des jeweiligen Grundrechts widerspiegeln. Insoweit könnte der *Keck*-Ansatz des EuGH im Rahmen der Grundfreiheiten fortentwickelt werden. Danach stellen bloße Verkaufsmodalitäten regelnde nationale Maßnahmen nur dann einen Eingriff in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit dar, wenn sie nicht unterschiedslos auf in- und EU-ausländische Produkte anwendbar sind oder sich auf deren Absatz rechtlich oder tatsächlich nachteilig auswirken.²⁰ Damit werden Beschränkungen weitgehend ausgeschlossen, die sich nicht auf das Produkt und damit die grenzüberschreitende Ware selbst beziehen, sondern nur indirekte Auswirkungen haben, ohne diskriminierend zu sein. Dieser eine uferlose Ausweitung des Schutzbereichs vermeidende Ansatz wird mittlerweile auch bei den anderen Grundfreiheiten herangezogen.²¹

¹⁵ EuGH, Rs. 115 u. 116/81, Slg. 1982, 1665 (1707 ff., Rn. 5 ff.) – Adoui.

¹⁶ EuGH, Rs. C-268/99, Slg. 2001, I-8615 (8682 ff., Rn. 58 ff.) – Jany u.a.; näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1239 ff.

¹⁷ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1244.

¹⁸ So allerdings *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 68; *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 118 im Gegensatz zu den Grundfreiheiten (S. 71).

¹⁹ Unter Verweis auf einen Strafrechtsvorbehalt *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 10.

²⁰ EuGH, Rs. C-267 u. 268/91, Slg. 1993, I-6097 (6131, Rn. 16 f.) – *Keck*; st. Rspr.

²¹ Z.B. EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 (1177 f., Rn. 36 ff.) – *Alpine Investments* für die Dienstleistungsfreiheit; Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5070 f., Rn. 102 f.) – *Bosman* für die Arbeitnehmerfreizügigkeit; Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 (4631 f.,

Indes sind die Grundfreiheiten zunächst Diskriminierungsverbote gewesen. 473 Daher bietet es sich eher an, bei Beeinträchtigungen in Randbereichen lediglich solche diskriminierender Natur zu erfassen. Zudem handelt es sich um wirtschaftliche Vorgänge, bei denen eher zwischen einem Kern- und einem Randbereich zu unterscheiden ist, zumal wenn es sich um grenzüberschreitende Vorgänge und deren Beeinträchtigung handelt. Demgegenüber sind Grundrechte nicht Diskriminierungsverbote entwachsen und verlangen zudem keinen grenzüberschreitenden Verhaltensbezug. Sie müssen vor allem noch näher ausgestaltet werden. Die Grundrechte sind keinesfalls schon so ausgeprägt wie die Grundfreiheiten und bedürfen daher weniger der Limitierung als vielmehr der Akzentuierung bzw. Verstärkung.²² Daher besteht schon gar kein Bedürfnis nach einer Begrenzung des Schutzbereichs.

Von der Entstehungsgeschichte her ist eine solche Limitierung höchstens im 474 Hinblick darauf notwendig, dass der Union keine zusätzlichen Kompetenzen erwachsen sollten und daher mitgliedstaatliche Verhaltensweisen lediglich bei einem hinreichenden Unionsbezug erfasst werden dürfen. Vor diesem Hintergrund greifen die Grundrechte sehr weit aus, wenn an ihnen auch Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten zu messen sind, selbst wenn diese nicht in Umsetzung von primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht erfolgten.²³ Damit aber handelt es sich um einen anderen kompetenzbezogenen Ansatz, den die *Keck*-Rechtsprechung nicht verfolgt. Sie kann letztlich nicht auf die Grundrechte übertragen werden.

IV. Einfluss der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln

Die europäischen Grundrechte beschränken den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nicht,²⁴ und zwar selbst dann nicht, wenn Einschränkungen der Grundfreiheiten mit der Ausübung der Grundrechte einhergehen, wie dies bei kollektiven gewerkschaftlichen Maßnahmen in Form von Blockaden gegen grenzüberschreitende Anbieter der Fall ist.²⁵ Vielmehr können die Grundrechte umgekehrt einer Maßnahme einen grenzüberschreitenden Bezug verleihen, so dass sie in den Geltungsbereich der Grundfreiheiten fällt.²⁶ Im Übrigen sind die Grundrechte auf der Ebene der Schranken mit den Grundfreiheiten auszugleichen. Ebenso verhält es sich umgekehrt. Werden durch private Aktivitäten wie Versammlungen oder kollektive gewerkschaftliche Maßnahmen die Grundrechte beschränkt, geht nicht der grundrechtliche Schutz verloren. Die Ausübung der betroffenen Grundrechte liegt „nicht außerhalb der Bestimmungen des Vertrags. Sie muss mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang ge-

Rn. 59 ff.) – Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien) für die Kapitalverkehrsfreiheit; zusammenhängend *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 405 ff.

²² Zum letzten Aspekt näher u. Rn. 629 ff.

²³ S.o. Rn. 262 ff.

²⁴ Jüngst EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (249, Rn. 47) – Viking; Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 95) – Laval.

²⁵ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (249, Rn. 48 ff.) – Viking.

²⁶ S.o. Rn. 262 ff.

bracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.“²⁷ Dieser Ansatz gilt auch dann, wenn die grundfreiheitlich geschützte Aktivität regelmäßig Grundrechte beeinträchtigt. Ob dies notwendig ist, muss sich erst im Rahmen einer Abwägung erweisen. Auch wenn die Wettbewerbsfreiheit Teil der Wirtschaftsgrundrechte ist,²⁸ kann die für die Wettbewerbsregeln vom EuGH befürwortete Zurückdrängung des Anwendungsbereichs bei Tarifverträgen²⁹ nicht übertragen werden. Der EuGH lehnte dies bereits für die Grundfreiheiten ab, da diese ihren „eigenen Anwendungsvoraussetzungen gehorchen“.³⁰ Die Grundrechte aber sind eher mit den Grundfreiheiten als mit den Wettbewerbsregeln zu vergleichen.³¹ Zwar geht es hier wie bei den Wettbewerbsregeln um die Austarierung privater Interessen. Indes werden diese wie im Bereich der Grundfreiheiten über staatliche Stellen oder ihnen gleichzusetzende Einheiten mit kollektiver Regelungsmacht wie Gewerkschaften³² verwirklicht. Damit ist naturgemäß eine Abwägung verbunden,³³ die auf einer Einbindung der jeweiligen Interessen und damit Aktivitäten beruht.

V. Grundrechtlich fundierte Ausklammerung von Randbereichen?

- 476** Ebenfalls die Randbereiche werden ausgeklammert, wenn man gänzlich unwesentliche Verhaltensweisen ausnimmt. Grundlage könnte die Eigenschaft der Grundrechte als Fundamentalrechte sein, an deren Spitze die Menschenwürde steht, so dass völlig alltägliche Verhaltensweisen ausgeklammert sein könnten. Allerdings ist unklar, wer dies definiert. Jeder Grundrechtsträger hat dazu seine eigenen Vorstellungen und muss diese gerade angesichts der Menschenwürdegarantie³⁴ und in eigener Verantwortung entwickeln sowie verwirklichen können. „Jegliches menschliche Verhalten ist Freiheitsgebrauch“ und daher von den Grundrechten geschützt; ein „Banalitäts- oder Trivialitätsvorbehalt“ kommt nicht in Betracht.³⁵ Ansatzpunkt für Begrenzungen sind höchstens die einzelnen grundrechtlichen Schutzbereiche. Sie sind allerdings grundsätzlich weit auszulegen.³⁶ Indes ist weder eine allgemeine Handlungsfreiheit noch ein sonstiges Auffanggrundrecht ga-

²⁷ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 94) – Laval; s. bereits Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 f., Rn. 77) – Schmidberger (Brenner-Blockade); Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9653, Rn. 36) – Omega.

²⁸ S.u. Rn. 2716 f.

²⁹ EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (5882, Rn. 59) – Albany.

³⁰ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (249, Rn. 53) – Viking.

³¹ Ausführlich Frenz, Europarecht 1, Rn. 65 ff.

³² S. EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248, Rn. 33 f.) – Viking m.w.N.

³³ Gegen eine zwangsläufige Beeinträchtigung und damit erst recht eine Ausschaltung auch EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (249, Rn. 52) – Viking.

³⁴ Die Brücke zu ihr schlägt in diesem Zusammenhang auch Lindner, BayVBl. 2001, 523 (525).

³⁵ Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 5, 7 f. auch zum Vorhergehenden.

³⁶ Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 5 unter Verweis insbes. auf EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5043, Rn. 73) – Österreichischer Rundfunk zum Privatleben nach Art. 8 EMRK.

rantiert. Daher werden – im Gegensatz zum Grundgesetz³⁷ – nicht alle Verhaltensweisen erfasst, sondern nur solche mit einem – ggf. auch weiten – sachlichen Bezug zu einem näher spezifizierten Grundrecht nach der EGRC.³⁸

E. Missbrauchsverbot

I. Abgleich mit der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten

Gem. Art. 54 EGRC darf eine Bestimmung der Charta nicht so ausgelegt werden, 477
als begründe sie das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als dies in der Charta vorgesehen ist. Diese Missbrauchsklausel ist Art. 17 EMRK sehr ähnlich. Danach wird ein Recht von vornherein ausgeschlossen, wenn eine Handlung dieses abschaffen oder stärker einschränken will, als in der Charta vorgesehen. Der Einzelne kann sich also nicht zu deren Zerstörung auf die Rechte der EGRC berufen, und zwar ohne dass dafür ein förmliches Verfahren erforderlich ist wie nach Art. 18 GG.³⁹

Im Europarecht wurde ein Missbrauchsverbot bislang in erster Linie bei den 478
Grundfreiheiten herangezogen. Der EuGH hat wiederholt ein berechtigtes Interesse der Mitgliedstaaten daran anerkannt, zu verhindern, dass sich einige ihrer Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch die Grundfreiheiten geschaffenen Möglichkeiten der Anwendung des nationalen Rechts entziehen. Die missbräuchliche oder betrügerische Berufung darauf ist danach nicht gestattet.⁴⁰ Zudem hat der EuGH den nationalen Gerichten zugestanden, im Einzelfall das missbräuchliche oder betrügerische Verhalten der Betroffenen in Rechnung zu stellen, um ihnen die Berufung auf das einschlägige Recht zu verwehren.⁴¹

Grundansatz ist aber der, dass die Berechtigten der Grundfreiheiten die Rege- 479
lungsunterschiede zwischen einzelnen Mitgliedstaaten grundsätzlich ausnutzen dürfen und daher die Berufung auf einen Missbrauch weder den Schutzbereich begrenzen noch pauschal Beeinträchtigungen rechtfertigen kann.⁴² Zwar geht es bei den Grundrechten nicht um die Ermöglichung grenzüberschreitender Vorgän-

³⁷ BVerfGE 80, 137 (154 f.) zum Reiten im Walde entgegen Sondervotum *Grimm*, BVerfGE 80, 137 (164 ff.).

³⁸ S. auch u. Rn. 1060 ff., 1077.

³⁹ Unter Bezug auf Art. 17 EMRK *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 71; s. bereits *Frowein/Peukert*, Art. 17 Rn. 1.

⁴⁰ EuGH, Rs. 115/78, Slg. 1979, 399 (410, Rn. 24) – *Knoors*; Rs. C-61/89, Slg. 1990, I-3551 (3568, Rn. 14) – *Bouchoucha*; Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (1492, Rn. 24) – *Centros*.

⁴¹ EuGH, Rs. C-206/94, Slg. 1996, I-2357 (2391, Rn. 25) – *Paletta II*; Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (1493, Rn. 25) – *Centros*.

⁴² Zu Letzterem EuGH, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (1493, Rn. 27) – *Centros*; zum Ganzen näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1284, 2010 ff., 2284 ff.

ge, so dass dieser Aspekt hier nicht greift.⁴³ Allerdings verleihen auch die Grundrechte dem Einzelnen individuelle Freiheiten, die er prinzipiell nutzen darf. Daher ist sein Verhalten grundsätzlich hinzunehmen und kann nicht in einen Missbrauch gedeutet werden, außer dieser lässt sich auch durch objektive Umstände belegen. Im Übrigen aber ist der Ansatz von Art. 54 EGRC ein anderer, nämlich die Zerstörung der Rechte durch die Ausnutzung zu vermeiden, nicht hingegen, Umgehungen zu verhindern.

II. Rückgriff auf Art. 17 EMRK

480 Im Verlaufe der Beratungen wurde Art. 54 EGRC immer mehr Art. 17 EMRK angenähert⁴⁴ und entspricht dieser Bestimmung nach den Erläuterungen zur EGRC.⁴⁵

1. Auch staatliche Stoßrichtung

481 Damit hat Art. 54 EGRC auch eine staatliche Stoßrichtung. Entsprechend Art. 17 EMRK dürfen auch die an dortiger Stelle genannten Staaten die Rechte und Freiheiten nicht abschaffen oder stärker einschränken, als dies in der Charta vorgesehen ist. Damit dürfen sie insbesondere nicht deren Wesen zerstören.⁴⁶ Zudem könnte man bei weiter Betrachtung die Verhältnismäßigkeit ableiten. Beide Elemente sind aber schon in Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC genannt.

482 Praktische Bedeutung könnte daher diese Vorschrift erlangen, soweit man Art. 52 Abs. 1 EGRC nicht auf die EMRK-Rechte erstreckt und auch für diese die Wesensgehaltstheorie und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausdrücklich in der Charta verankert sehen will. Allerdings ergeben sich beide Elemente bereits aus der Spruchpraxis der Konventionsorgane.⁴⁷ Damit hat diese Stoßrichtung gegenüber staatlichen Organen eigentlich keine praktische Bedeutung.

2. Individuelle Stoßrichtung

483 Im Mittelpunkt steht daher die individuelle Stoßrichtung von Art. 54 EGRC, nämlich die individuelle Nutzung der Grundrechte zum Zwecke ihrer Zerstörung. Das betrifft zunächst das Grundrecht selbst. So würde etwa die Meinungsäußerungsfreiheit pervertiert, wenn über sie rassistisches Gedankengut verbreitet werden könnte⁴⁸ oder jemand bei freien Wahlen kandidieren könnte, um andere auszu-

⁴³ Insoweit zu Recht *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 69 f.

⁴⁴ Näher *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 423 f.

⁴⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

⁴⁶ *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 425 unter Rückgriff auf *van Dijk/van Hoof*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl. 1998, S. 750 ff.

⁴⁷ Näher u. Rn. 602, 672.

⁴⁸ Vgl. allerdings u. Rn. 1787 ff.

grenzen und zu diskriminieren.⁴⁹ Damit sind vor allem totalitäre Gruppen im Visier, die letztlich die von ihnen beanspruchten Rechte im demokratischen Staat ausschalten wollen.⁵⁰

Hieran zeigt sich aber bereits die Gefahr dieser Klausel, weil im Gegensatz zu Art. 18 GG kein förmliches Verfahren vorgeschaltet ist. Auf diese Weise mag eine „streitbare Demokratie“⁵¹ zu streitbar werden und andersdenkende Gruppen von elementaren demokratischen Rechten ausschließen. Daher kann das Missbrauchsverbot nur sehr eingeschränkt ausgelebt werden. Das gilt unabhängig von Art. 1 EGRC und der Erläuterung zur EGRC, wonach keines der in der Charta anerkannten Rechte dazu verwendet werden darf, die Würde eines anderen Menschen zu verletzen.⁵² Vielmehr birgt das Missbrauchsverbot schon in sich selbst die Gefahr, genau das zu ermöglichen, was es eigentlich verbieten will, nämlich die Abschaffung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten. **484**

III. Kaum relevante ultima ratio

Die Erläuterung zu Art. 1 EGRC zeigt damit, wo die Hauptzielrichtung liegt, nämlich beim Verbot, ein Recht der Charta dazu zu verwenden, die Würde eines anderen Menschen zu verletzen. Hieraus kann ebenfalls ein Missbrauchsverbot hergeleitet werden.⁵³ Indes lassen sich auch diese Fälle i.d.R. über die Rechte anderer lösen. Dabei ist dann allerdings im Einzelnen abzuwägen. Soweit Rechte anderer (auch) in der Menschenwürde fundiert werden können, sind sie ohnehin nach Art. 1 EGRC unantastbar. Sie setzen sich deshalb durch. **485**

Art. 54 EGRC ist daher als ultima ratio zu sehen, auf die nur nach einer solchen Schrankenziehung zurückgegriffen werden kann.⁵⁴ Damit aber ist jedenfalls der Schutzbereich des entsprechenden Grundrechts, um dessen Missbrauch es geht, grundsätzlich näher zu prüfen und dann seine Reichweite im konkreten Fall auch angesichts bestehender Schranken zu beurteilen, bevor dann auf eine Abschaffung der Rechte und Freiheiten anderer abgestellt wird. Daher vermag das Missbrauchsverbot den Schutzbereich kaum einzuschränken.⁵⁵ Sind aber die Schranken aus den Grundrechten anderer vorrangig zu prüfen, handelt es sich jedenfalls in diesen **486**

⁴⁹ Stieglitz, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 97 m.N.

⁵⁰ Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 425, 427.

⁵¹ In diesem Zusammenhang Borowsky, in: Meyer, Art. 54 Rn. 8.

⁵² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (17). Unter Hinweis darauf Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 427.

⁵³ Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 425.

⁵⁴ Borowsky, in: Meyer, Art. 54 Rn. 12; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 428.

⁵⁵ Zweifelnd für Auswirkungen auf den Schutzbereich auch Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 54 GRCh Rn. 3. S. auch Borowsky, in: Meyer, Art. 54 Rn. 10: „kein Grundrechtsverlust“, nur keine Berufungsmöglichkeit.

Konstellationen auch nicht um eine der Schutzbereichsebene vorgelagerte Frage der Anwendbarkeit des jeweiligen Grundrechts.⁵⁶

- 487** Ein Ausschluss kommt jedenfalls nicht in Betracht, wenn es um Verfahrensrechte geht.⁵⁷ Auch die Verfahrensrechte der EMRK können nicht verwirkt werden.⁵⁸

F. Konkurrenzen

- 488** Sind mehrere Schutzbereiche einschlägig, stellt sich die Frage der Konkurrenzen. Allgemeine Regeln enthält die EGRC nicht. Auch gibt es kein Auffanggrundrecht, das von vornherein nachrangig wäre. Lediglich einige spezielle Grundrechte lassen sich ausmachen. Das sind Spezifizierungen allgemeiner Gewährleistungen, so das Verbot der Folter zum Recht auf körperliche Unversehrtheit oder das Verbot der Zwangsarbeit zur negativen Berufsfreiheit. Insoweit sind die speziellen Garantien auch noch stärker, da es sich um absolute Verbote handelt.
- 489** Unabhängig von einer abgestuften Gewährleistung bestehen weitere Grundrechte, die aus bisher übergreifenden Rechten herausgelöst wurden, so der Datenschutz aus der Achtung des Privatlebens und die Unternehmerfreiheit aus der Berufsfreiheit. Gleichwohl kann flankierend das bisherige „Muttergrundrecht“ eingreifen, wenn ansonsten nicht gewollte Schutzdefizite auftreten.⁵⁹
- 490** Auf diese Weise ist ein möglichst umfassender und intensiver Grundrechtsschutz sicherzustellen, wie es allgemein Anliegen der EGRC ist. Daher geht auch der Schutz an einem subjektiv einforderbaren Grundrecht einem bloßen Grundsatz vor. Das folgt schon daraus, dass Letzterer nach Art. 52 Abs. 5 EGRC nur eine eingeschränkte Wirkung hat.⁶⁰ Praktisch relevant wird dies vor allem beim Umweltschutz, der explizit in Art. 37 EGRC nur als Grundsatz enthalten ist, aber in der Judikatur des EGMR maßgeblich am Schutz des Privatlebens festgemacht wird und zudem bzw. noch eher aus dem Schutz von Leben und Gesundheit folgt.⁶¹ Letzteres gilt auch für den Gesundheits- und den Verbraucherschutz, so wie der Kündigungsschutz nach Art. 30 EGRC rudimentär schon aus der Schutzfunktion der Berufsfreiheit abgeleitet wird.⁶²
- 491** Darüber hinaus aber besteht kein abgestufter Schutz. Die Grundrechte sind auch nicht etwa in einem fest geordneten Wertesystem angeordnet.⁶³ Daher haben sie grundsätzlich die gleiche Bedeutung und den gleichen Rang. Deshalb besteht

⁵⁶ Dahin *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 427.

⁵⁷ S. auch *Borowsky*, in: Meyer, Art. 54 Rn. 10.

⁵⁸ *Frowein/Peukert*, Art. 5 Rn. 3 m.w.N.

⁵⁹ S. zum Eingreifen der Berufsfreiheit neben der Unternehmerfreiheit u. Rn. 2506 f., 2727.

⁶⁰ *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 16 mit Fn. 37.

⁶¹ S.u. Rn. 206 ff.; 960.

⁶² *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 16, 96.

⁶³ S.o. Rn. 352 ff.

im Allgemeinen Idealkonkurrenz,⁶⁴ außer es lässt sich eine sachliche Unterscheidung treffen. Diese richtet sich aber nach den einzelnen Grundrechten.⁶⁵

Vielfach werden die Grundrechte aber auch einfach zusammen geprüft, so die Eigentums- und Berufsfreiheit⁶⁶ oder die Berufsausübungs- und die unternehmerische Freiheit.⁶⁷ **492**

§ 2 Beeinträchtigungen und Schrankensystematik

A. Formen

I. Einbeziehung mittelbarer und indirekter Beeinträchtigungen

Nach Art. 52 Abs. 1 EGRC muss jede Einschränkung der Ausübung der in der EGRC anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein. Damit bleibt die Form dieser Einschränkung offen. Vielmehr ist jede solche negative An-tastung eines Grundrechts eingeschlossen. Es geht also nicht nur um die Abwehr direkter bzw. unmittelbarer Eingriffe nach klassischem Grundrechtsverständnis, sondern auch indirekte und mittelbare Beeinträchtigungen werden erfasst, ebenso faktische Auswirkungen von positivem Staatshandeln wie auch durch Unterlassen. **493**

Dass es sich insoweit gerade um keine klassischen Eingriffe handelt und zudem die Unionsorgane selbst kaum vollziehend, sondern eher regulierend tätig sind, mithin selbst nicht „eingreifen“,⁶⁸ zeigt der Begriff der Beeinträchtigung eher. Auch die nationalen Organe sind, wenn sie gem. Art. 51 EGRC Unionsrecht durchführen, oft rechtsetzend tätig⁶⁹ bzw. handeln tatsächlich und beeinträchtigen dabei die Grundfreiheiten.⁷⁰ Die Wortwahl „Beeinträchtigung“ stimmt auch mit der für den Bereich der Grundfreiheiten gewählten Begrifflichkeit überein.⁷¹ So werden auch allzu pauschale Übernahmen aus der deutschen Grundrechtsdogma-tik vermieden. Umgekehrt spricht aber auch die EMRK, der viele Grundrechte der EGRC nachgebildet wurden, von Eingriffen. Daher ist der Begriff des Eingriffs gleichbedeutend. Die Terminologie des EuGH ist ohnehin nicht eindeutig.⁷² **494**

Von dieser Weite der erfassten Einwirkungen auf Grundrechte geht auch der EuGH jedenfalls seit der Entscheidung *Bosphorus* aus, in der er die mittelbaren Auswirkungen einer EG-Verordnung und eines nationalen Umsetzungsaktes auf **495**

⁶⁴ *Szczekalla*, in: Heselerhaus/Nowak, § 7 Rn. 18.

⁶⁵ S. etwa u. Rn. 2054, 2508 ff., 2730 zur Abgrenzung von Medien- und Berufs- sowie Unternehmerfreiheit.

⁶⁶ S. im Grundansatz und ohne nähere Abgrenzung EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 78) – Bananen.

⁶⁷ EuGH, Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004, I-7789 (7846 f., Rn. 51) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat.

⁶⁸ S. auch *Szczekalla*, in: Heselerhaus/Nowak, § 7 Rn. 19.

⁶⁹ S.u. Rn. 579 ff.

⁷⁰ S.o. Rn. 262 ff.

⁷¹ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 425f.

⁷² S. sogleich Rn. 500.

eine türkische Fluggesellschaft als rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung einstuft.⁷³ Das soll zumindest dann gelten, wenn diese mittelbaren Auswirkungen den Zwangswirkungen einer unmittelbaren Nutzungs-, Verfügungs- oder Verwertungsbeschränkung gleichkämen.⁷⁴ Diese Ausdehnung auf mittelbare Beeinträchtigungen entspricht der vorherigen Judikatur, die mittelbare Eingriffe nicht explizit ausgeschlossen hat.⁷⁵ Das hat sie auch nicht für bestimmte Grundrechtseingriffe wie solche in die Berufswahlfreiheit.⁷⁶

- 496** Richtlinien bedürfen grundsätzlich eines nationalen Umsetzungsakts und greifen damit i.d.R. nicht unmittelbar in grundrechtlich geschützte Positionen ein. Wohl kann eine Beeinträchtigung eines Grundrechts insofern absehbar sein, als der in Rede stehende Teil der Richtlinie umsetzungspflichtig ist. Insoweit kann von einer Zwangsläufigkeit gesprochen werden, die zu einer beeinträchtigungsgleichen Gefährdung durch die Richtlinie selbst führt.⁷⁷ Allerdings kann eine solche Gefährdung jedenfalls nach der bisherigen Rechtsschutzkonzeption schwerlich gerichtlich geltend gemacht werden.⁷⁸

II. Analog zur *Dassonville*-Formel

- 497** Diese Weite der erfassten Einschränkungen erinnert an die *Dassonville*-Formel im Bereich der Grundfreiheiten, wonach diese durch eine Maßnahme beschränkt werden, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potenziell zu behindern.⁷⁹ Zudem sieht der EuGH explizit die Grundfreiheiten auch durch geringe Einschränkungen beeinträchtigt und lehnt einen im Wettbewerbsrecht gebräuchlichen Bagatellvorbehalt ab.⁸⁰ Dieser weite Ansatz ist auf die Grundrechte zu übertragen,⁸¹ schon um eine schleichende Aushöhlung zu vermeiden.

⁷³ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986, Rn. 22 ff.) – Bosphorus; ebenso schon Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3637 f., Rn. 13 f.) – Neu.

⁷⁴ S. v. *Milczewski*, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1994, S. 78.

⁷⁵ S. *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 73 f. Das gilt auch für EuG, Rs. T-113/96, Slg. 1998, II-125 (150 f., Rn. 75 ff.) – Dubois et fils.

⁷⁶ S.u. Rn. 2547, 2601 ff. im Zusammenhang mit der Berufsfreiheit und EuGH, Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 (2545, Rn. 27) – Qualitätswein b.A.

⁷⁷ So auch *Kühling*, in: Heselerhaus/Nowak, § 23 Rn. 41.

⁷⁸ S.u. Rn. 262 ff.

⁷⁹ EuGH, Rs. 7/74, Slg. 1974, 837 (852, Rn. 5) – *Dassonville*; auch etwa Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511 (6537, Rn. 25) – Broede für die Dienstleistungsfreiheit; näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 406, 439, 751 ff., 2597, 2796 ff. auch zur Kapitalverkehrsfreiheit.

⁸⁰ EuGH, Rs. 177 u. 178/82, Slg. 1984, 1797 (1812 f., Rn. 13) – van de Haar; Rs. 103/84, Slg. 1986, 1759 (1773, Rn. 18) – Kommission/Italien; s. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 419 ff., 805 ff. Zu einer entsprechenden Tatbestandsbegrenzung o. Rn. 476.

⁸¹ *Röder*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 51; *Szczekalla*, in: Heselerhaus/Nowak, § 7 Rn. 24 unter Hinweis auf die schwierige Abgrenzbarkeit; dagegen *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 14 Rn. 44; s. auch

III. Unantastbare Grundrechte

Nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC muss jede Einschränkung der Grundrechtsausübung gesetzlich vorgesehen sein. Das setzt voraus, dass sie überhaupt vorgesehen und damit möglich ist. Art. 52 Abs. 1 EGRC bestimmt also die Form der Grundrechtseinschränkung, nicht deren Zulässigkeit als solche und damit deren „Ob“.⁸² **498**

Diese Option hängt vom jeweiligen Grundrecht ab. Sie ist ausgeschlossen, wenn ein Grundrecht unantastbar ist. Das gilt für die Würde des Menschen nach Art. 1 EGRC. Soll sie in vollem Umfang unantastbar sein, dürfen auch die ihr entspringenden weiteren Rechte wie das Verbot der Todesstrafe (Art. 2 Abs. 2 EGRC) oder der Folter (Art. 4 EGRC) nicht eingeschränkt werden. Dort heißt es aber zudem, dass „niemand“ einer bestimmten Behandlung unterworfen werden darf. Weiter greift Art. 52 Abs. 3 EGRC, soweit es sich um EMRK-Rechte handelt.⁸³ **499**

B. Einschränkung und Schranke

Der Begriff „Einschränkung“ in Art. 52 Abs. 1 EGRC bezeichnet Begrenzungen der Ausübung der Rechte und Freiheiten nach der EGRC und damit Beeinträchtigungen bzw. Eingriffe nach der klassischen Grundrechtsterminologie. Der EuGH verwendet keine feste Ausdrucksweise. Er verwendet die Begriffe „Eingriffe“,⁸⁴ „Einschränkungen“,⁸⁵ „Beschränkungen“⁸⁶ und „Beeinträchtigungen“⁸⁷ synonym und im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Rechtfertigung, die ihrerseits verhältnismäßig ausgefüllt worden ist.⁸⁸ **500**

Wegen dieser regelmäßigen Verbindung von Beeinträchtigungen und ihrer Legitimation einschließlich der dabei einzuhaltenden Anforderungen handelt es sich ohnehin oft um eine nicht scharf abgegrenzte Prüfung, bei der im Wesentlichen sogleich die Beschränkung der Grundrechte den dadurch geschützten Gemein- **501**

R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 248: „qualifizierte Berührung eines Gewährleistungsgegenstandes“. Dabei gilt es, weit hergeholte Antastungen des grundrechtlichen Schutzbereichs auszuschneiden.

R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 248.

⁸² S.u. Rn. 544 f.

⁸⁴ Unter Bezug auf diesen Begriff in der EMRK (Art. 8 Abs. 2) EuGH, Rs. 136/79, Slg. 1980, 2033 (2057, Rn. 19) – National Panasonic; Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5042 ff., Rn. 71 ff.) – Österreichischer Rundfunk.

⁸⁵ S. die früheren Entscheidungen EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold; Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3747, Rn. 23) – Hauer; auch noch Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 (1677, Rn. 46) – Connolly.

⁸⁶ EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder; Rs. C-340/00 P, Slg. 2001, I-10269 (10298 f., Rn. 28) – Cwik; auch in einem Fall mit Verweis auf Art. 11 EMRK, wo es eigentlich in Art. 2 „Einschränkungen“ heißt, EuG, Rs. T-222/99 R, Slg. 1999, II-3397 (3410, Rn. 22 f.) – Martinez u. de Gaulle.

⁸⁷ S. EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 26) – Familiapress: „beeinträchtigen“.

⁸⁸ Näher u. Rn. 622 ff.

schaftsbelangen gegenübergestellt wird.⁸⁹ Daher liegt es nahe, die Einschränkung direkt auf die Rechtfertigung zu beziehen und mit ihr auch nach Art. 52 Abs. 1 EGRC gleichzusetzen.⁹⁰

502 Indes ging auch der EuGH in seinen Entscheidungen von einer Beschränkung aus. Deren Vorliegen problematisierte er vor allem bei Schwierigkeiten.⁹¹ Da Art. 52 Abs. 1 EGRC an die EuGH-Judikatur anknüpft,⁹² ist auch die Beschränkung einbezogen. Sie wurde in der EuGH-Rechtsprechung des Öfteren als Einschränkung bezeichnet.⁹³ Daher ist sie auch in Art. 52 Abs. 1 EGRC auf die Beeinträchtigung eines Grundrechts zu beziehen.⁹⁴ Dass sie in die Aussagen zur Rechtfertigung eingebunden ist, setzt sie nicht mit dieser gleich, sondern bringt sie dazu in Bezug, wie dies auch in den aufgeführten EuGH-Urteilen⁹⁵ der Fall ist. In ihnen zeigt sich denn auch anerkanntermaßen die geläufige dreistufige Prüfung, bestehend aus Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung.⁹⁶

503 Allerdings kann Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC schwerlich im strengen Wortsinn meinen, dass jede Einschränkung gesetzlich vorgesehen ist. Das kann eine Norm unmöglich leisten. Sie kann nicht jede einzelne Beeinträchtigung vorhersehen und bezeichnen.⁹⁷ Vielmehr geht es darum, dass jede Einschränkung auf gesetzlicher Grundlage erfolgt und damit eine normative Basis hat. Das bringt vor allem Art. 11 Abs. 2 GG wesentlich klarer zum Ausdruck.

504 Vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit platziert, bezeichnet auch Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC die Voraussetzungen, unter denen ein Grundrecht eingeschränkt werden kann. Gleichwohl wird in einer weitgehend Art. 52 Abs. 1 EGRC entsprechenden Formulierung des EuGH⁹⁸ nur ein Schrankenvorbehalt gesehen.⁹⁹ Bei der vom EuGH nur im Zusammenhang mit EMRK-Rechten verwendeten Anforderung einer gesetzlichen Grundlage¹⁰⁰ handelt es sich insoweit um eine Schranken-Schranke, als es um die näheren Anforderungen aus dem Gesetzesvorbehalt geht.¹⁰¹ Die gesetzliche Grundlage bildet hingegen eine Schranke, soweit sie den

⁸⁹ S. die vorstehend angeführten Urteile sowie näher Rn. 627.

⁹⁰ So *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 33.

⁹¹ S. etwa zur Berufsfreiheit u. Rn. 2601 ff.

⁹² S.u. Rn. 506 ff., 524.

⁹³ S. vorstehend Rn. 500.

⁹⁴ So auch R. *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 192 ff., 250 ff.

⁹⁵ S. vorstehend Rn. 500.

⁹⁶ So auch *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 33 m.w.N.

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 105, 279 (304 f.); *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 32.

⁹⁸ Seit EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder, st. Rspr.; näher u. Rn. 506 ff.

⁹⁹ *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 39; ähnlich *Schildknecht*, Grundrechtsschranken in der Europäischen Gemeinschaft, 2000, S. 15 ff.; enger *Chwolik-Lanfermann*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, 1994, S. 82.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-219/91, Slg. 1992, I-5485 (5513 f., Rn. 38) – Ter Voort; Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 26) – Familiapress.

¹⁰¹ S. *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 239; hier unterscheidend bereits *Chwolik-Lanfermann*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, 1994, S. 82 und auch *Bühler*,

materiellen Rechtfertigungsgrund enthält, auf dessen Basis die Grundrechtsbeschränkung erfolgt.

Damit umfasst Art. 52 Abs. 1 EGRC sowohl Schranken als auch Schranken-Schranken i.S.d. deutschen Grundrechtsterminologie, die aber so auf europäischer Ebene nicht besteht.¹⁰² Art. 52 Abs. 2 und 3 EGRC haben letztlich dieselbe Reichweite, auch wenn sie anders formuliert sind. „Bedingungen und Grenzen“ nach Art. 52 Abs. 2 EGRC sind ebenso umfassend zu verstehen wie „Bedeutung und Tragweite“ gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC. Dabei ist entsprechend dem System dieser beiden Normen an die umfassende Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten und des EGMR zur EMRK anzuknüpfen, die beide sowohl Schranken als auch Schranken-Schranken prüfen.¹⁰³ **505**

C. Notwendigkeit eines Gesetzes und eingreifende Schranken

I. Anknüpfung an die EuGH-Judikatur

Dass gem. Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC jede Einschränkung der Grundrechte gesetzlich vorgesehen sein und deren Wesensgehalt achten muss, erinnert an die Rechtsprechung des EuGH und steht für deren grundlegende Bedingungen. Die Vorschrift bildet zwei verschiedene Stränge ab: einen formellen und einen materiellen. **506**

Der materielle Strang wird in Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fortgeführt; mit diesem Prinzip ist die Wahrung des Wesensgehalts in Urteilen des EuGH eng verwoben.¹⁰⁴ Der formelle Strang ist inhaltlich vorgelagert. Um zu prüfen, ob die materiellen Bedingungen erfüllt sind, ist erst herauszufinden, welche Norm dafür maßgeblich ist und von ihrer Qualität her die geforderte gesetzliche Grundlage bildet. **507**

Der EuGH verlangte schon lange eine Rechtsgrundlage für Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung und eine Rechtfertigung „aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen“.¹⁰⁵ Gerade das grundlegende Urteil *Hoechst* steht für den Hintergrund dieses Erfordernisses, nämlich einen wirksamen Schutz vor willkürlichen und unverhältnismäßigen Eingriffen – hier in Form der Durchsuchung von Geschäftsräumen. Der Gesetzesvorbehalt hatte mithin traditionell eine rechtsstaatliche Grundlage, welche die Berechenbarkeit und Normbin-

Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 39.

¹⁰² Böhler, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, 2005, S. 33.

¹⁰³ Zum EuGH ausführlich Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 464 ff.; im Übrigen näher u. Rn. 602 ff.

¹⁰⁴ S. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 78) – Bananen m.w.N.; st. Rspr.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Hoechst.

dung staatlichen Handelns sichert,¹⁰⁶ nicht hingegen eine demokratische, auf Partizipation der vom Volk gewählten bzw. zumindest indirekt legitimierten Organe gerichtete. Auch fehlte lange eine spezifisch grundrechtliche Fundierung, die nach der Bedeutung eines Rechtsaktes für die Grundrechtsverwirklichung fragt.

509 Diese beiden fehlenden Ansätze schimmerten erst 2005 in den Schlussanträgen von GA Kokott zu der Rechtssache *Raucharomenverordnung* durch, bei der es um eine hinreichende Festlegung der wesentlichen Grundzüge einer Materie in einer Verordnung ging, die Teile an die Kommission delegierte. Sie verwies auf die gesteigerte demokratische Legitimation des das Parlament stärker einbeziehenden Mitentscheidungsverfahrens und auf den Regelungsgegenstand, bei dem zwischen wirtschaftlicher Handlungsfreiheit von Unternehmen und Gesundheits- sowie Verbraucherschutz im Binnenmarkt abzuwägen war, und legte daher strenge Maßstäbe an.¹⁰⁷

510 Dieser so vorgezeichneten strengen und ausführlichen Prüfung schloss sich der EuGH an und verlangte, dass die wesentlichen Elemente in der delegierenden Verordnung festzulegen sind.¹⁰⁸ Damit legte er implizit den demokratischen und grundrechtlichen Begründungsansatz des GA zugrunde,¹⁰⁹ ohne ihn aber explizit zu benennen.

511 Sowohl die demokratische als auch die grundrechtliche Ableitung sind also noch nicht näher abgesichert, sondern befinden sich erst auf dem Vormarsch.¹¹⁰ Einen erheblichen Schub dürften hier die EGRC sowie die verstärkte Einbeziehung des Parlaments in die Rechtsetzung hervorrufen. Dementsprechend hinterfragte der EuGH bisher nicht das Zustandekommen eines Rechtsaktes unter gleichberechtigter Beteiligung des Parlaments. Dessen Anhörung genügte ihm und damit eine vom Rat erlassene Durchführungsverordnung.¹¹¹

II. Einbeziehung demokratischer Grundlagen in der EGRC

1. Bedeutung des Demokratieprinzips für die EU

512 Nach Satz 2 der 2. Erwägung der Präambel zur EGRC beruht die Union auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit. Beide Komponenten werden gleichberechtigt nebeneinander genannt. Daher kann bei einem Bezug zu beiden nicht ein Element gänzlich ausgeblendet werden. Die deutlich intensivierte Verbindung der Normgebung zum Demokratieprinzip auf europäischer Ebene

¹⁰⁶ Röder, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 26.

¹⁰⁷ GA Kokott, EuGH, Rs. C-66/04, Slg. 2005, I-10553 (10569 f., Rn. 53 ff.) – *Raucharomenverordnung*.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-66/04, Slg. 2005, I-10553 (10590, Rn. 48 ff.) – *Raucharomenverordnung*.

¹⁰⁹ Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 190.

¹¹⁰ S. Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 195 f. noch unter Einbeziehung des gescheiterten Verfassungsvertrages.

¹¹¹ EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Hoechst; Rs. 97-99/87, Slg. 1989, 3165 (3186, Rn. 16) – Dow Chemical.

spiegelt die vermehrte gleichberechtigte Beteiligung des Europäischen Parlaments wider.

Das Demokratieprinzip ist auch fest im Vertragstext verankert.¹¹² Für seine 513 Wahrung ist die Rolle des Parlaments zentral, wie schon früher der EuGH betonte.¹¹³ Sie muss daher auch bezogen auf den Gesetzesvorbehalt hinreichend beachtet werden, obgleich nicht in einem ausschließlichen Sinn,¹¹⁴ zumal wenn dadurch nationalrechtliche Denkmuster allzu ungefiltert übernommen werden.¹¹⁵ Der Rat ist mittelbar über die nationalen Parlamente demokratisch legitimiert. Insoweit besteht eine zweite demokratische Säule.¹¹⁶ Das Demokratieprinzip wird somit dual¹¹⁷ und daher am effektivsten durch eine gleichberechtigte Beteiligung von Parlament und Rat am Normgebungsprozess gewahrt.¹¹⁸

2. Konsequenzen für den Gesetzesvorbehalt

Deshalb sollen für grundrechtswesentliche Entscheidungen grundsätzlich nur sol- 514 che Gesetze genügen, an deren Verabschiedung Rat und Parlament gleichberechtigt beteiligt sind.¹¹⁹ Bestehen insoweit Defizite, sollen diese durch eine erhöhte Kontrolldichte des EuGH vor allem bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgeglichen werden.¹²⁰ In solchen Fällen ist aber eine nachträgliche verstärkte gerichtliche Kontrolle durch den EuGH problematisch. Schließlich handelt es sich dabei nicht um ein demokratisch legitimates Organ. Durch ihn werden nicht die verschiedenen Interessengruppen repräsentiert, welche auch die verschiedenen grundrechtlichen Betroffenheiten im Rahmen des Normierungsprozesses zum Ausdruck bringen können. Daher liegt es näher, dass der Rat, soweit möglich, vom besonde-

¹¹² S. Art. 6 Abs. 1 EU/10 Abs. 1 EUV.

¹¹³ Bereits EuGH, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333 (3360, Rn. 33) – Roquette Frères I; Rs. 139/79, Slg. 1980, 3393 (3424, Rn. 34) – Maizena. S. näher u. Rn. 4442.

¹¹⁴ Röder, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 33, 58 f.; dagegen Hil/Classen, in: FS für Selmer, 2004, S. 71 (80).

¹¹⁵ Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 87.

¹¹⁶ Sog. intergouvernementaler Legitimationsstrang; näher zu diesem Begriff Dreier, in: ders., GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 53 f.; Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 234 ff.; Quasdorf, Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, 2001, S. 199 f.; Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 104 ff.

¹¹⁷ Etwa v. Bogdandy, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 149 (174 f.) und Everling, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 846 (865); s. auch Gerkrath, EuGRZ 2006, 371 (376) sowie nach dem Lissabonner Reformvertrag Art. 10 Abs. 2 EUV.

¹¹⁸ Calliess, in: FS für Ress, 2005, S. 399 (400).

¹¹⁹ V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 34, Triantafyllou, CMLR 2002, 53 (61). Abl. wegen der anderen Normgebungsstruktur Eisner, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 137 f.

¹²⁰ Ausführlich Röder, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 209 ff., 226 ff.

ren zum normalen Gesetzgebungsverfahren wechselt, bei dem das Parlament mit entscheidet.¹²¹

- 515 Da wesentlich für die Grundrechte aber auch fördernde Maßnahmen¹²² und solche mit unterschiedlichen Auswirkungen auf mehrere Grundrechtsberechtigte sein können,¹²³ gehört dazu der Großteil aller Rechtssetzungsmaßnahmen, so dass dann zumeist das Mitentscheidungsverfahren greift. Mit dem Vertrag von Lissabon bildet dieses aber ohnehin den Regelfall.

3. Altfälle

- 516 Das war aber nicht immer so. Daher können diese Anforderungen aus der Wesentlichkeitstheorie und damit an eine Beteiligung des Parlaments über das Mitentscheidungsverfahren erst zu dem Zeitpunkt zum Zuge kommen, zu dem das Mitentscheidungsverfahren in größerem Umfang vorgesehen war.¹²⁴ Auch für die meisten bisherigen Anwendungsfelder gilt es erst seit 1999. Insbesondere Verordnungen sind hingegen lediglich im Anhörungsverfahren verabschiedet worden. Daher müsste das europäische Sekundärrecht in großem Umfange neu beschlossen werden, wenn es weiterhin eine gesetzliche Grundlage für Grundrechtseinschränkungen bilden soll.

- 517 Indes trifft Art. 52 Abs. 1 EGRC insoweit keine Aussage. Eine zeitliche Komponente, ab wann Rechtsakte taugliche gesetzliche Grundlage sein können, fehlt, ebenso eine Pflicht zur umfassenden Neuverabschiedung von Normen, die zur Einschränkung von Grundrechten führen. Eine solche implizit anzunehmen verbietet sich wegen der in vielen Bereichen flächendeckenden Notwendigkeit. Deshalb ist nicht von gravierenden Konsequenzen auszugehen, sondern mangels näherer Anhaltspunkte sind auch die vor 1999 verabschiedeten sekundären Gemeinschaftsrechtsakte als taugliche Einschränkungsgrundlage heranzuziehen.¹²⁵

4. Besonderheiten europäischer Normierung

- 518 Inhaltlich sind die Besonderheiten der Normierung und des Zuschnitts der Organe auf europäischer Ebene einzubeziehen, die eine einfache Übertragung nationaler Maßstäbe ausschließen.¹²⁶ Auch wenn das Europäische Parlament zustimmen oder auch nur angehört werden muss, ist es beteiligt und kann zumindest potenziell in-

¹²¹ Röder, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 229 ff.

¹²² Nur aus rechtlicher und demokratischer Sicht Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 167 ff.

¹²³ Näher Röder, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 210 ff.

¹²⁴ Dahin auch Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 87, 162 f.

¹²⁵ Philippi, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 41; Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 346 f.

¹²⁶ S.o. Rn. 4442.

haltlich Einfluss nehmen.¹²⁷ Und selbst eine Verabschiedung lediglich durch den Rat kann sich deshalb mit den Besonderheiten der europäischen Normierung erklären, weil die Agrarpolitik entsprechend den dominierenden nationalen Interessen nur im Rat entschieden werden kann.¹²⁸

5. Delegation

Zudem sehen Art. 202 3. Spiegelstrich, 211 4. Spiegelstrich EG/291 Abs. 2 AEUV **519** eigens eine gestufte Rechtsetzung mit Ermächtigung an die Kommission bzw. nach dem Lissabonner Vertrag in Ausnahmefällen und im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik alternativ an den Rat vor. Hierfür sind allgemeine Regeln und Grundsätze vorgesehen, welche die Ausübung dieser Befugnisse festlegen (Art. 202 3. Spiegelstrich EG/291 Abs. 3 AEUV). Je enger eine Regelung gefasst ist, auf der die abgeleitete Norm beruht, desto eher setzen sich die Festlegungen in dieser Basisrechtsnorm fort. Daher ist der Gesetzesvorbehalt um so eher auch vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips gewahrt, wurden doch die wesentlichen Entscheidungen schon im Ausgangsrechtsakt getroffen. Dies verlangt die EuGH-Judikatur ohnehin, allerdings unabhängig von der Grundrechtsrelevanz, waren doch in einem Fall Sanktionen lediglich in Durchführungsvorschriften vorgesehen, ohne dass sie der EuGH beanstandet hätte.¹²⁹

Art. 291 Abs. 3 AEUV erwähnt ebenfalls nur den eher kompetenziellen Aspekt, **520** dass die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren. Indes bezieht der übergreifende Art. 10 EUV in Abs. 2 UAbs. 2 die Mitgliedstaaten in das mit dem Lissabonner Reformvertrag stark aufgewertete Demokratieprinzip ein. Die nachträgliche Kontrolle ist nicht zuletzt das Minus zur nicht mehr möglichen Einflussnahme auf die Kommission über den Rat, obwohl doch eigentlich die Mitgliedstaaten für die Durchführung zuständig sind (Art. 291 Abs. 1 AEUV).

Der EuGH grenzte für die Zulässigkeit von Durchführungsvorschriften danach **521** ab, ob es um die grundsätzliche Ausrichtung oder die verwaltungstechnische Effektivierung einer europäischen Politik geht,¹³⁰ so dass deren Eigenheiten und Erfordernisse ausschlaggebend waren. So wurde die wirksame Durchführung der betroffenen Politik maßgeblich.¹³¹ Dadurch entstand ein dehnbarer, großzügiger

¹²⁷ Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 13, 115; s. auch Kluth, in: Callies/Ruffert, Art. 189 EGV Rn. 21.

¹²⁸ Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 114.

¹²⁹ S. z.B. Demmke/Haibach, DÖV 1997, 710 (714); Hammer-Strnad, Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 55 f.

¹³⁰ EuGH, Rs. C-240/90, Slg. 1992, I-5383 (5434, Rn. 37) – Deutschland/Kommission: Sanktionen zur Absicherung ordnungsgemäßer Durchführung.

¹³¹ Etwa Hofmann, Normenhierarchien im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 151; Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 189; bereits v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 167 f.

Maßstab,¹³² ohne dass die Basisrechtsnorm besonders genau oder bestimmt sein musste.¹³³

- 522 Jüngst griff der EuGH die Grundrechtsrelevanz auf.¹³⁴ Jedoch auch auf dieser Basis war die Delegation im konkreten Fall ordnungsgemäß, aber nur, weil sie näher bestimmt und eingegrenzt war und damit die für eine Harmonisierungsmaßnahme wesentlichen Elemente enthielt.¹³⁵ Der Rechtsakt befand sich aber außerhalb des Agrarrechts,¹³⁶ was wieder auf eine materienbezogene Betrachtung deutet. Zudem war das Parlament an der Verabschiedung über das Mitentscheidungsverfahren verstärkt beteiligt.¹³⁷ Damit geht es um eine Delegation von Rat und Parlament zusammen, so dass die europäische Legislative an die Exekutive delegiert und die demokratische Legitimation deutlich erhöht ist.¹³⁸
- 523 Bildet damit die Grundrechtsrelevanz neben dem demokratischen Legitimationsstrang das maßgebliche Kriterium, muss eine Basisrechtsnorm umso präziser und bestimmter sein, je stärker auf ihrer Grundlage in Grundrechte eingegriffen werden kann.¹³⁹ Handelt es sich um strafrechtliche Sanktionen, müssen diese in ihr selbst festgelegt und in der Höhe bestimmt werden. Das ist zu beachten, wenn die Union wie im Umweltbereich geplant¹⁴⁰ vermehrt solche Sanktionen zur effektiven Gewährleistung materiellen Rechts¹⁴¹ vorsieht. Schließlich ergibt sich auch aus der EGRC die besondere Schwere der eigens geregelten strafrechtlichen Sanktionen, die über Verwaltungssanktionen deutlich hinausgeht.

III. Grundsätzlich umfasste Rechtsnormen

1. Ansatz nach der Genese

- 524 Auch nach der weitgehenden Einführung des Mitentscheidungsverfahrens von Rat und Parlament bleiben mithin immer noch Rechtsakte, die weder vom Parlament

¹³² S. Möllers, EuR 2002, 483 (490); Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 178.

¹³³ Vgl. dazu EuGH, Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 (2342, Rn. 31) – Rau/BALM; Rs. C-240/90, Slg. 1992, I-5383 (5434 f., Rn. 36 f., 41) – Deutschland/Kommission.

¹³⁴ S.o. Rn. 510.

¹³⁵ EuGH, Rs. C-66/04, Slg. 2005, I-10553 (10590 ff., Rn. 48 ff.) – Raucharomenverordnung.

¹³⁶ Dies betonend GA Kokott, EuGH, Rs. C-66/04, Slg. 2005, I-10553 (10569, Rn. 55) – Raucharomenverordnung.

¹³⁷ S. GA Kokott, EuGH, Rs. C-66/04, Slg. 2005, I-10553 (10570, Rn. 56) – Raucharomenverordnung.

¹³⁸ Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 181, 186 f.

¹³⁹ Dahin Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 20a; Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 189 ff. (unter Hinzunahme der Bedeutung für die Allgemeinheit); Streinz, JuS 2006, 446 (448).

¹⁴⁰ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, KOM (2007) 51 endg.

¹⁴¹ S. bereits den Ansatz in EuGH, Rs. C-176/03, Slg. 2005, I-7879 (7924 ff., Rn. 44 ff.) – Kommission/Rat; nunmehr Rs. C-440/05, EuGRZ 2007, 696 (700 f., Rn. 58 f., 66 ff.) – Kommission/Rat; dazu v. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (542).

noch vom Rat verabschiedet werden, sondern von der Kommission. Das betrifft Durchführungsmaßnahmen, mit denen die Kommission nach Art. 202 3. Spiegelstrich, 211 4. Spiegelstrich EG/291 Abs. 2 AEUV betraut wurde. Indes wurde in Art. 52 Abs. 1 EGRC – korrespondierend zum Urteil *Hoechst*¹⁴² – bewusst die Wendung „gesetzlich vorgesehen“ gewählt und im Hinblick auf diese Durchführungsmaßnahmen der Begriff „Rechtsnorm“ abgelehnt.

Der erste Formulierungsvorschlag des Präsidiums zum Grundrechtekonvent ermöglichte demgegenüber eine Einschränkung nur „aufgrund einer Rechtsvorschrift erfolgt, die keine Durchführungsvorschrift darstellt“.¹⁴³ Durchführungsmaßnahmen sollten gerade nicht ausreichen, sondern nur der Gesetzgeber sollte die Grundrechte einschränken können.¹⁴⁴ Durch das Abrücken von diesem engen Ansatz ging man nunmehr von Gesetzen im formellen und im materiellen Sinne einschließlich Gewohnheits- und Richterrecht aus.¹⁴⁵ Nähere Erläuterungen und Definitionen fehlten in den späteren Beratungen; darauf bezogene Vorschläge wurden nicht aufgenommen. Die englische Fassung „provided by law“ deutet entsprechend der angelsächsischen Rechtstradition auf die Einbeziehung von Richter- und Gewohnheitsrecht.¹⁴⁶

Hingegen wurde bei den Beratungen das verabschiedende Organ nicht näher problematisiert. Letztlich kommt die demokratische Legitimation in beiden Organen – Rat und Parlament – zum Ausdruck. Daher können auch Rechtsetzungsmaßnahmen des Rates Grundrechtsbeeinträchtigungen legitimieren. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich um geringfügige Einschränkungen handelt.¹⁴⁷ Bezieht man das Ausmaß der Grundrechtseinschränkung mit ein, so ist umso eher eine gleichberechtigte Mitwirkung des Parlaments erforderlich, desto stärker eine Maßnahme ein Grundrecht beeinträchtigt. Jedenfalls gravierende Grundrechtseingriffe können daher nur im Wege des Mitentscheidungsverfahrens verabschiedet werden.

¹⁴² EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – *Hoechst*: identisch auch im Französischen: „prévues par la loi“; ähnlich im Englischen: „must be laid down by law“ in Art. 52 Abs. 1 EGRC wie im *Hoechst*-Urteil in EuGH, Rs. 97-99/87, Slg. 1989, 3165 (3186, Rn. 16).

¹⁴³ CHARTE 4123/1/00 REV 1 CONVENT 5, S. 10.

¹⁴⁴ CHARTE 4123/1/00 REV 1 CONVENT 5, S. 11.; *Hilf/Classen*, in: FS für Selmer, 2004, S. 71 (83 f.): strenger Gesetzesvorbehalt mit Notwendigkeit eines Legislativaktes.

¹⁴⁵ CHARTE 4149/00 CONVENT 13, S. 18; aus der Lit. *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 245 ff.; hinsichtlich unwesentlicher, den Bürger nicht bes. belastender Maßnahmen auch *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 20a; von einer beabsichtigten Zukunftsoffenheit der Formulierung ausgehend demgegenüber *Hilf/Classen*, in: FS für Selmer, 2004, S. 71 (85); *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 458 a.E.; *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 159 f.

¹⁴⁶ *Röder*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 63. Abl. *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 139.

¹⁴⁷ Vgl. o. Rn. 521 f.

2. Abgleich mit der EMRK

a) Erstreckung auf Gewohnheits- und Richterrecht

- 527 Die Einbeziehung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des EGMR zur EMRK. Es zählt der Gesetzestext in der Auslegung, die er durch die Rechtsprechung erfahren hat.¹⁴⁸ Damit geht es aber zunächst nur um die konkretisierende Interpretation. Auf die umfassende Einbeziehung von Richterrecht auch ohne geschriebene Rechtsgrundlage ist nur das common law gebaut. Daher ist nach dem Zuschnitt der jeweiligen Rechtsordnung zu unterscheiden.¹⁴⁹ Das machte auch der EGMR in einem Urteil.¹⁵⁰ Nur für den angelsächsischen Rechtskreis¹⁵¹ genügt somit ungeschriebenes Richterrecht.¹⁵²

b) Rechtsstaatlicher Ansatz

- 528 Die Erstreckung auf Gewohnheits- und Richterrecht ist teilweise schon den in anderen Sprachfassungen allgemeiner gefassten Vorbehalten nach der EMRK zu entnehmen, so Art. 8 Abs. 2 EMRK.¹⁵³ Deren offene Formulierung umschließt jedenfalls auch Gesetze im materiellen Sinn.¹⁵⁴ Jedoch ist Ausgangspunkt für die Anforderungen an ein Gesetz auch beim EGMR das rechtsstaatliche Fundament, indem dieser in seiner Judikatur eine allgemeine Zugänglichkeit, hinreichende Bestimmtheit und die Vorhersehbarkeit fordert.¹⁵⁵ In einem Fall, in dem die Be-

¹⁴⁸ EGMR, Urt. vom 24.4.1990, Nr. 11801/85 (Rn. 27 ff.), ÖJZ 1990, 564 (565 f.) – Kruslin/Frankreich; Urt. vom 24.4.1990, Nr. 11105/84 (Rn. 26 ff.), ÖJZ 1990, 567 (565 f.) – Huvig/Frankreich.

¹⁴⁹ EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 37 ff.), ÖJZ 1994, 59 (60 f.) – Kokkinakis/Griechenland; näher m.w.N. *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 146 f.

¹⁵⁰ S. EGMR, Urt. vom 22.6.2000, Nr. 32492 u.a./96 (Rn. 98), RJD 2000-VII – Coëme u.a./Belgien.

¹⁵¹ Allgemein hingegen *Ibing*, Die Einschränkung der europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 155 ff.

¹⁵² S. z.B. EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 47), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1); aber auch ohne Differenzierung Urt. vom 24.2.1994, Nr. 15450/89 (Rn. 43), ÖJZ 1994, 636 (638) – Casado Coca/Spanien; Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 88), NVwZ 2006, 1389 (1390 f.) – Leyla Sahin/Türkei.

¹⁵³ „In accordance with the law“; dazu EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 46), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1); s. auch Art. 2 Abs. 3 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK: „prescribed by Law“.

¹⁵⁴ R. Weiß, Das Gesetz im Sinne der EMRK, 1996, S. 77 f.; *Ibing*, Die Einschränkung der europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 122 und auch S. 130 f.; s. dagegen auf formelle Gesetze beschränkt R. Fischer, Das Demokratiedefizit bei der Rechtsetzung durch die Europäische Gemeinschaft, 2001, S. 30; *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 60.

¹⁵⁵ EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 49), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1); Urt. vom 2.8.1984, Nr. 8691/79 (Rn. 66 ff.), EuGRZ 1985, 17 (20 f.) – Malone/Vereinigtes Königreich.

schwerdeführer nach dem Versuch, eine Fuchsjagd zu stören, strafrechtlich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten verurteilt wurden, befand der EGMR etwa, der Begriff *contra bonus morus* sei zu weit gefasst. Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sei folglich nicht gegeben.¹⁵⁶ Dies hängt aber mit den besonderen Anforderungen an strafrechtliche Normen nach dem Grundsatz *nulla poena sine lege* zusammen.¹⁵⁷

Für Bestimmungen, die den Behörden einen Ermessensspielraum einräumen, stellt sich ebenfalls die Frage, inwieweit das Kriterium der Vorhersehbarkeit noch gegeben ist. Hier wird vom EGMR gefordert, dass die Reichweite des Ermessens und die Art und Weise seiner Ausübung mit ausreichender Klarheit aus der Ermächtigungsgrundlage hervorgehen.¹⁵⁸ Der vom Gesetz geforderte Bestimmtheitsgrad hängt vom behandelten Gegenstand ab.¹⁵⁹ Besondere Anforderungen an die Vorhersehbarkeit von Eingriffen aufgrund der Schwere des Eingriffs hat der EGMR bei geheimer Überwachung wie Telefonabhörmaßnahmen entwickelt.¹⁶⁰ **529**

c) *Demokratiebezogene Elemente*

Es bestehen auch Verbindungen zu den Anforderungen in einer demokratischen Gesellschaft.¹⁶¹ Die Brücke dafür bilden in der EMRK verschiedene Gesetzesvorbehalte, die an die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft anknüpfen. Jedenfalls bei einer Einbeziehung auch des demokratischen Fundamentes des Gesetzesvorbehaltes bilden bloße Verfügungen und Richtlinien der Exekutive keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage.¹⁶² **530**

Der EGMR betonte auch gerade die besondere Bedeutung des europäischen Parlaments im Gemeinschaftssystem für die demokratische Ordnung.¹⁶³ Damit ist eine möglichst gleichberechtigte Beteiligung des Parlaments an der Normsetzung angezeigt. Zumindest dann sind nach der EMRK die notwendigen Bedingungen erfüllt. **531**

¹⁵⁶ EGMR, Urt. vom 25.11.1999, Nr. 25594/94 (Rn. 36 ff.), RJD 1999-VIII – Hashman u. Harrup/Vereinigtes Königreich.

¹⁵⁷ S.u. Rn. 5130 ff.

¹⁵⁸ EGMR, Urt. vom 13.7.1995, Nr. 18139/91 (Rn. 37), ÖJZ 1995, 949 (950) – Tolstoy Misloslawsky/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 27.3.1996, Nr. 17488/90 (Rn. 31), ÖJZ 1995, 795 (795) – Goodwin/Vereinigtes Königreich.

¹⁵⁹ EGMR, Urt. vom 2.8.1984, Nr. 8691/79 (Rn. 68), EuGRZ 1985, 17 (20 f.) – Malone/Vereinigtes Königreich.

¹⁶⁰ EGMR, Urt. vom 2.8.1984, Nr. 8691/79 (Rn. 68 ff.), EuGRZ 1985, 17 (20 f.) – Malone/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 25.3.1998, Nr. 23224/94 (Rn. 64, 72 f.), ÖJZ 1999, 115 (116 f.) – Kopp/Schweiz; Urt. vom 16.2.2000, Nr. 27798/95 (Rn. 52 ff.), ÖJZ 2001, 71 (72) – Amann/Schweiz. Näher u. Rn. 1343 ff.

¹⁶¹ EGMR, Urt. vom 2.8.1984, Nr. 8691/79 (Rn. 79); EuGRZ 1985, 17 (22) – Malone/Vereinigtes Königreich.

¹⁶² EGMR, Urt. vom 25.3.1983, Nr. 5947/72 u.a. (Rn. 26), Ser. A 61 u. (Rn. 86), EuGRZ 1984, 147 (150) – Silver u.a./Vereinigtes Königreich im Hinblick auf den angelsächsischen Rechtskreis.

¹⁶³ EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 52), NJW 1999, 3107 (3110) – Matthews/Vereinigtes Königreich.

- 532 Allerdings hat der EGMR bislang eine Rechtsetzung durch Rat oder Kommission nicht als unzureichend betrachtet, um dem Gesetzesvorbehalt nachzukommen.¹⁶⁴ Jedenfalls Verordnungen genügen dem EGMR.¹⁶⁵

IV. System des Gesetzesvorbehaltes

1. Offener Ansatz

a) Umfasste Grundrechte

- 533 Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC bestimmt allgemein, dass jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein muss. Es werden also nicht bestimmte Rechte und Freiheiten herausgegriffen. Vielmehr wird die umfassende Reichweite dieses Gesetzesvorbehaltes betont. Daher greift er auch dann ein, wenn ein Grundrecht überhaupt keine nähere Anforderung an Einschränkungen enthält. Da er aber nur das „Wie“ einer Einschränkung regelt, muss diese als solche und damit das „Ob“ nach dem betroffenen Grundrecht möglich sein.¹⁶⁶

b) Präzisierung nach der Wesentlichkeitstheorie

- 534 Eine allgemeine Schrankenbestimmung bedeutet zwar eine umfassende Geltung. Zugleich bedarf es aber einer Anpassung an die Besonderheiten des jeweiligen Grundrechts und des Eingriffs in dieses. Je stärker die Freiheit des Einzelnen betroffen ist, desto höher sind vor allem bei Einbeziehung eines demokratiebezogenen Ansatzes die Anforderungen.¹⁶⁷ Die textuelle Offenheit und Weite erfordert daher eine Konkretisierung und Ausfüllung im jeweiligen Einzelfall, wobei der Rahmen als solcher und damit das grundsätzliche Ausreichen von Gesetzen im materiellen Sinne vorgegeben sind.¹⁶⁸
- 535 Die nähere Präzisierung wird vor allem durch die Rechtsprechung zu erfolgen haben. Diese ist daher einerseits sehr flexibel, andererseits aber auch mit einer großen Verantwortung für die weitere mögliche dynamische Entwicklung belastet.¹⁶⁹ Damit wird dem EuGH eine große Bedeutung zugewiesen. Er wird schwerlich die nähere Ausfüllung dem europäischen Gesetzgeber unter Hinweis

¹⁶⁴ Röder, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 85.

¹⁶⁵ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 145 ff.), NJW 2006, 197 (200 f.) – Bosphorus/Irland.

¹⁶⁶ S.o. Rn. 498 f.

¹⁶⁷ S.o. Rn. 514 f.

¹⁶⁸ S.o. Rn. 524 ff.

¹⁶⁹ S. Eisner, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 196 f.; Knecht, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2005, S. 208.

auf dessen weiten Einschätzungsspielraum überlassen können.¹⁷⁰ Ein generelles Leitmuster ist dabei eine europäische Wesentlichkeitstheorie. Die sich aus ihr ergebenden Anforderungen richten sich sehr stark nach dem Ausmaß der jeweiligen Grundrechtsbeeinträchtigung.¹⁷¹

c) *Keine Verzichtbarkeit*

Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ist umfassend formuliert. Es gilt daher auch für faktische Eingriffe. Zwar mag für sie manchmal das Auffinden einer solchen Grundlage schwieriger sein als bei anderen Formen von Grundrechtseingriffen.¹⁷² Jedoch ist das Erfordernis einer normativen Basis allgemein. Daher kann auf eine gesetzliche Grundlage für die Rechtfertigung nicht verzichtet werden, und sei es auch nur eine polizeiliche Generalklausel. 536

Der EGMR hat die Frage, ob der Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, zwar in einem Fall offen gelassen. Dies erfolgte aber deshalb, weil der zu prüfende Eingriff aus anderen Gründen als unrechtmäßig erachtet wurde.¹⁷³ Daraus kann daher nicht geschlossen werden, dass ein ohne Ermächtigungsgrundlage erfolgter Eingriff konventionskonform sein könne, sofern er nur verhältnismäßig ist.¹⁷⁴ 537

2. Spezielle Schrankenregelungen

Einige Grundrechte weisen spezifische Schrankenregelungen auf. Das gilt für das Datenschutzrecht nach Art. 8 Abs. 2 EGRC und das Eigentumsrecht gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGRC. 538

Spezifische Schranken können sich auch indirekt ergeben. Stimmen Grundrechte mit an anderer Stelle in den europäischen Verträgen garantierten Rechten überein, erfolgt die Ausübung gem. Art. 52 Abs. 2 EGRC im Rahmen der darin festgelegten Bedingungen und Grenzen und damit auch etwaiger Gesetzesvorbehalte. Diese Klausel ist weit zu sehen, geht es doch um die Wahrung der bisherigen Standards. Daher zählen auch solche Vorschriften dazu, die keine individuellen Rechte enthalten. Vielmehr nehmen die Erläuterungen zur EGRC etwa auf Art. 14 Abs. 3 EU/28 Abs. 2 EUV Bezug.¹⁷⁵ Zudem ist das Sekundärrecht maßgeblich.¹⁷⁶ 539

Zumeist folgen spezielle Gesetzesvorbehalte aus Parallelen zur EMRK. In Art. 52 Abs. 3 EGRC haben Grundrechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite wie dort. Dazu gehö- 540

¹⁷⁰ Röder, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 47.

¹⁷¹ S. vorstehend Rn. 526.

¹⁷² Darauf weist Hoffmeister, EuGRZ 2000, 358 (359) hin.

¹⁷³ Vgl. EGMR, Urt. vom 28.10.1999, Nr. 28396/95 (Rn. 56), NJW 2001, 1195 (1197) – Wille/Liechtenstein.

¹⁷⁴ So aber Hoffmeister, EuGRZ 2000, 358 (359).

¹⁷⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (28).

¹⁷⁶ S.o. Rn. 461 sowie u. Rn. 4819 f.

ren auch parallele Schranken.¹⁷⁷ Die EGRC kann nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 höchstens einen weiter gehenden Schutz verleihen.

- 541 Vielfach sind aber die Unterschiede aus diesen speziellen Schrankenvorbehalten und aus Art. 52 Abs. 1 EGRC nicht sehr groß. Auch die EMRK sieht eine gesetzliche Grundlage vor. Zudem formuliert sie in mehreren Kontexten weitere Bedingungen, so die Notwendigkeit einer Einschränkung für die demokratische Gesellschaft. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie er in Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC zum Ausdruck kommt, ist auch für Einschränkungen nach der EMRK Standard.¹⁷⁸

3. Art. 52 Abs. 1 EGRC als durchgehende allgemeine Grundrechtsschranke?

- 542 Damit ist auch eine Gesamtschau möglich, die Art. 52 Abs. 1 EGRC als Grundlagenvorschrift ansieht und Art. 52 Abs. 2 und 3 EGRC in den jeweils dort genannten Bestimmungen weitere Anforderungen entnimmt.¹⁷⁹ Die durchgehende Notwendigkeit, Art. 52 Abs. 1 EGRC als Grundrechtsschranke heranzuziehen, wird aus der Formulierung „jede Einschränkung“ und die fehlende Herausnahme von Rechten nach Art. 52 Abs. 2 und 3 EGRC gefolgert.¹⁸⁰ Zudem soll nur so eine einheitliche Verhältnismäßigkeitskontrolle sichergestellt sein. Das gilt vor allem dann, wenn Rechte zugleich aus anderen Stellen im Vertrag nach Art. 52 Abs. 2 EGRC und aus der EMRK nach Art. 52 Abs. 3 EMRK ableitbar sind, wie dies für den auf sekundärrechtliche Datenschutzrichtlinien und auf Art. 8 EMRK gestützten Datenschutz zutrifft.¹⁸¹ Hier gewährleistet Art. 52 Abs. 1 EGRC einen einheitlichen Überbau, der die Verhältnismäßigkeitskontrolle vorgibt.¹⁸² Schließlich prüfen der EGMR und der EuGH die Verhältnismäßigkeit nicht gleich.¹⁸³
- 543 Indes ist im Hinblick auf die verstärkte Bedeutung der Grundrechte in der EGRC, unterstrichen durch den Verweis darauf nach Art. 6 Abs. 1 EUV, ohnehin eine schärfere Verhältnismäßigkeitskontrolle des EuGH notwendig.¹⁸⁴ Daher ergibt sich dann auch wieder eine Kohärenz. Die Wesensgehaltsgarantie wird zwar nur in Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC genannt. Sie ist damit bei einer allgemeinen Anwendung deutlicher und transparenter.¹⁸⁵ Das lässt sich auch auf die Rechte bezie-

¹⁷⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (33).

¹⁷⁸ S.u. Rn. 602, 652, 658, 666.

¹⁷⁹ So umfassend *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 146 ff.

¹⁸⁰ *Heringa/Verhey*, MJ 2001, 11 (25).

¹⁸¹ In diesem Zusammenhang *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 73. S.u. Rn. 1360 ff.

¹⁸² *Röder*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 50.

¹⁸³ Näher *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 84 ff. einerseits und S. 138 ff. andererseits; kürzer v. *Danwitz*, EWS 2003, 393 (401) sowie u. Rn. 622 ff.

¹⁸⁴ Näher u. Rn. 627 ff.

¹⁸⁵ *Röder*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2007, S. 50.

hen, die nach der EMRK gewährleistet werden.¹⁸⁶ Allerdings liegt es schon im Wesen der Grundrechte und bei einer Rückführbarkeit auf die Menschenwürde zudem in dieser begründet, dass zumindest ihr Kerngehalt nicht angetastet werden darf.¹⁸⁷

4. Vorrang spezieller Schranken

Gegen eine durchgehende Anwendung von Art. 52 Abs. 1 EGRC auch bei speziellen Schranken nach Art. 52 Abs. 2 bzw. 3 EGRC spricht indes die allgemeine Regel, dass spezielle Bestimmungen allgemeine verdrängen. Zudem würden so die bewussten Anlehnungen an die EMRK verwischt, wenn die nach Art. 52 Abs. 1 EGRC geltenden und teilweise von der Rechtsprechung des EGMR abweichenden Maßstäbe des EuGH¹⁸⁸ herangezogen würden. Die hohen Grundrechtsstandards nach der EMRK könnten damit unter Umständen auch novelliert werden. Selbst nach der EMRK uneinschränkbare Rechte könnten vom Ansatz her limitiert werden,¹⁸⁹ außer man begrenzt Art. 52 Abs. 1 EGRC insoweit selbst.¹⁹⁰ Andernfalls könnte nur noch die Sicherungsklausel nach Art. 53 EGRC korrigierend eingreifen.

Umgekehrt kann der Verweis auf die EMRK nach Art. 52 Abs. 3 EGRC gerade sicherstellen, dass der EuGH mit schärferen Standards zur Sicherung der Grundrechte nachzieht. Jedenfalls würde das Regime der Einschränkungsschranken differenzierter.¹⁹¹ Art. 52 Abs. 3 EGRC bildet auch nur so eine vollständige Transferklausel, als die sie formuliert ist. Es sind daher auch die Schranken vollständig und ohne Abstriche zu übernehmen.¹⁹²

Bezogen auf Art. 52 Abs. 2 EGRC macht Art. 51 EGRC deutlich, dass der Status quo der bereits gewährleisteten Rechte erhalten bleiben soll. Dies könnte dann durch Art. 52 Abs. 1 EGRC überspielt werden.¹⁹³ Dies alles spricht dafür, Art. 52 Abs. 2 und 3 EGRC als *leges speciales* zu Art. 52 Abs. 1 EGRC anzusehen.¹⁹⁴

¹⁸⁶ *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 148 f.

¹⁸⁷ S. im Übrigen u. Rn. 669 ff.

¹⁸⁸ S.u. Rn. 622 ff., 662 ff.

¹⁸⁹ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 19, 29.

¹⁹⁰ So hier o. Rn. 498 f.

¹⁹¹ *Grabenwarter*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1129 (1139).

¹⁹² *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 29.

¹⁹³ *Peers*, in: ders. (Hrsg.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, 2004, S. 141 (164).

¹⁹⁴ Dafür *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 157; *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 13, 29; *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 262 f.; *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (3); *Holoubek*, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), *Grundrechte für Europa*, 2002, S. 26 ff.; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 463, 473; *Schmitz*, JZ 2001, 833 (838); *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 72, 82; *Streinz*, in: ders., Art. 52 GR-Charta Rn. 8; w.N. bei v. *Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 30; a.A. *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 146 ff.

5. Grenzen

a) *Prinzip der Meistbegünstigung*

aa) *Ansatz*

- 547 Art. 52 Abs. 3 EGRC vermag allerdings Art. 52 Abs. 1 EGRC insoweit nicht zu verdrängen, als er und damit die speziellen Schranken ungünstiger sind als die allgemeinen Gewährleistungen für die Einschränkung von Grundrechten. Diese Grenze zieht das Prinzip der Meistbegünstigung nach Art. 53 EGRC. Danach legt die EMRK ein Mindestniveau fest. Wird dieses allerdings durch die EGRC überschritten, kommt diese zur Anwendung.¹⁹⁵
- 548 Eine solche Überschreitung liegt auch dann vor, wenn die EGRC inhaltlich weitergeht, mithin das in der EMRK enthaltene Grundrecht nicht nur übernimmt, sondern materiell erweitert. Art. 9 EGRC ermöglicht gegenüber Art. 12 EMRK andere Formen der Eheschließung, wenn die nationalen Ausgestaltungsvorschriften solche vorsehen. Art. 12 Abs. 1 EGRC dehnt Art. 11 EMRK auf die Ebene der Union aus, Art. 14 Abs. 1 und 3 EGRC geht für den Zugang zur beruflichen Aus- und Weiterbildung sowie die Privatschulfreiheit über Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK hinaus. Art. 47 Abs. 2, 3 sowie 50 EGRC weiten den Anwendungsbereich der justiziellen Grundrechte teilweise gegenüber Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK, da für die Unionsebene eine Ausdehnung erfolgte bzw. Beschränkungen entfielen. Die Beschränkung der Rechte von Ausländern nach Art. 16 EMRK kann wegen des Verbots jeglicher Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit für Unionsbürger keinen Bestand haben.¹⁹⁶ Es gelten insoweit die weiter gehenden Gewährleistungen nach Unionsrecht. Für die Schranken greift dann aber auch nicht die EMRK ein, sondern Art. 12 Abs. 2 bzw. Abs. 1 EGRC.
- 549 Regelmäßig beinhalten die Schrankenregelungen der EMRK präzisere Anforderungen als die allgemeine Vorgabe nach Art. 52 Abs. 1 EGRC. Insbesondere gewährleistet die EMRK auch absolute Rechte wie das Folterverbot, so dass überhaupt keine Einschränkungen möglich sind. Diese Grenze kommt in Art. 52 Abs. 1 EGRC explizit nicht zum Ausdruck, liegt aber durchaus im System der Vorschrift und ist auch aus ihrem Wortlaut ableitbar.¹⁹⁷ Diese Bestimmung kann insoweit jedenfalls mit Blick auf Art. 52 Abs. 3 EGRC nicht angewendet werden.¹⁹⁸

¹⁹⁵ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 340.

¹⁹⁶ S. zum Ganzen Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (34); *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 81 f.

¹⁹⁷ S.o. Rn. 498 f.

¹⁹⁸ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 341.

bb) Durchsetzung der EMRK-Standards

Damit setzt sich auch im Rahmen der Schranken fort, dass die Standards der EMRK durch die EGRC keinesfalls unterschritten werden dürfen und sich von daher letztlich durchsetzen. Das gilt auch in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen, in denen je nach betrachteter Beziehung unterschiedliche Grundrechtsschranken eingreifen.¹⁹⁹ Schließlich bildet die Günstigkeitsklausel des Art. 53 EGRC den Schlussstein der Konkurrenzvorschriften nach Art. 52 f. EGRC und hebt am Ende die Gewährleistung der Rechte nach der EMRK besonders hervor.²⁰⁰ Dies entspricht dem Zweck, die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zur Einhaltung der EMRK zu wahren.²⁰¹ 550

cc) Relativierung

Allerdings sind damit nur die Standards vorgezeichnet, nicht stets die Ergebnisse im konkreten Fall. Es setzt sich also nicht stets das der EMRK entnommene Recht auch materiell durch, sofern es selbst grundsätzlich eingeschränkt werden kann. Vielmehr kommt es auf die jeweiligen Umstände an. Ein Beispiel ist das Aufeinanderprallen der Versammlungsfreiheit nach dem Art. 11 EMRK nachgebildeten Art. 12 EGRC und der Dienstleistungsfreiheit als grundfreiheitlich gem. Art. 49 EG/56 AEUV unterlegte Ausprägung der Berufsfreiheit nach Art. 15 Abs. 2 EGRC, wenn eine Transitstrecke ohne Ausweichmöglichkeit durch eine Demonstration blockiert wird.²⁰² Da die Berufsfreiheit im Rahmen der EMRK nicht gewährleistet ist, müsste sich die Versammlungsfreiheit durchsetzen. 551

Indes sieht auch der über Art. 52 Abs. 3 EGRC einschlägige Art. 11 Abs. 2 EMRK die Rechte und Freiheiten anderer als Schranke an, ohne diese näher etwa auf die nach der EMRK zu begrenzen. Damit bedarf es auch nach dieser Vorschrift der Abwägung, wie dies auch für die Grundfreiheiten²⁰³ sowie die Berufsfreiheit fest etabliert ist. Der Bezug zur EMRK verlangt freilich gem. deren Art. 11 Abs. 2 eine adäquate Berücksichtigung, welche Bedeutung die Demonstrationsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft hat. Insoweit setzt sich diese vorgegebene Abwägungskomponente durch. Sie schränkt das weite Ermessen ein, das der EuGH den zuständigen Stellen auf der Basis einzuhaltender Schutzpflichten einräumte,²⁰⁴ und führt dazu, dass die Auswirkungen der Demonstration sehr gravierend sein müssen, um der Berufs- bzw. Dienstleistungsfreiheit zum Durch-

¹⁹⁹ Ebenso *Grabenwarter*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1129 (1144); *Fischbach*, RUDH 2000, 7 (8 f.).

²⁰⁰ *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 128 f.

²⁰¹ *Grabenwarter*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1129 (1142 ff.).

²⁰² Beispiel bei *Grabenwarter*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1129 (1140 ff.).

²⁰³ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 73 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade) für die Warenverkehrsfreiheit, die explizit mit den Grundrechten der Meinungsäußerungen und der Versammlungsfreiheit abgewogen wurde; s. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 198 ff., 539, 718, 1037 ff.

²⁰⁴ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5720, Rn. 81) – Schmidberger (Brenner-Blockade); *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1038.

bruch zu verhelfen. Eine kurze Blockade etwa ist zulässig, eine längere wohl jedenfalls dann, wenn es doch eine Ausweichstrecke gibt, und sei dies auch beschwerlicher.

b) *Lückenfüllung*

- 553 Allerdings muss Art. 52 Abs. 1 EGRC insoweit eingreifen, als keine spezifischen Grundrechtsschranken vorhanden sind.²⁰⁵ In diesem Umfang fehlt eine spezielle Regelung, die Art. 52 Abs. 1 EGRC verdrängen könnte, außer die Lücke wurde bewusst gelassen. Das gilt vor allem für die gänzlich ohne Schranken und damit absolut garantierten Rechte wie das Folterverbot. Auch deshalb findet Art. 52 Abs. 1 EGRC insoweit keine Anwendung.²⁰⁶
- 554 Lücken bestehen aber dann, wenn in Art. 52 Abs. 1 EGRC eigens aufgeführte Elemente fehlen. Bezogen auf die EMRK wurden sie aber teilweise durch die Konventionspraxis aufgefüllt, so im Hinblick auf die Wesensgehaltsgarantie.²⁰⁷ Im Ergebnis macht es dann keinen Unterschied, den so fortentwickelten Ansatz der speziellen Schranke zu nehmen oder sich auf Art. 52 Abs. 1 EGRC zu stützen. Beim zweiten Weg erfolgt eine eindeutige Festlegung in Art. 52 Abs. 1 EGRC, die für Unklarheiten keinen Raum mehr lässt. Im Interesse der Rechtssicherheit ist daher darauf zurückzugreifen. Nur bildet Art. 52 Abs. 1 EGRC nicht durchgehend eine zusätzliche Schranke.²⁰⁸
- 555 Wegen der Besonderheiten der Grundrechte mit speziellen Schranken bedarf es einer Gesamtschau von Art. 52 Abs. 1 und 2 bzw. 3 EGRC, soweit bestimmte Voraussetzungen in den in Bezug genommenen Rechten nicht auftauchen, gleichwohl aber auch für diese angezeigt sind, ohne den Status quo bzw. das Schutzniveau zu verfälschen. Diese Lösung ergibt sich aber aus einer wertenden Gesamtbetrachtung und nicht aus einer strikten parallelen Anwendung. Damit kann behutsam auf die Einzelfälle reagiert werden.
- 556 Art. 52 Abs. 1 EGRC gilt vor allem nur insoweit, als in den der EMRK entnommenen Grundrechten nichts Spezifisches vorgesehen ist. Einige enthalten nämlich eigene Schrankenregelungen, so Art. 17 Abs. 1 S. 2 und 3 EGRC. Soweit danach spezielle Anforderungen bestehen, werden diese nicht etwa durch Art. 52 Abs. 1 EGRC verdrängt, sondern es verhält sich umgekehrt.²⁰⁹ Allerdings kommt Art. 52 Abs. 1 EGRC noch insoweit zum Zuge, als die speziellen Schrankenregelungen keine besonderen Anforderungen enthalten, sondern einen bestimmten Bereich aussparen. Soweit sich daraus im Ergebnis ein stärkerer Schutz ergibt, ist dieser durch Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC legitimiert, sofern man zum Recht der Uni-

²⁰⁵ *Triantafyllou*, CMLR 2002, 53 (56); A. Weber, DVBl. 2003, 220 (224).

²⁰⁶ S.o. Rn. 498 f.

²⁰⁷ Bereits EGMR, Urt. vom 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298 (300) – „Belgischer Sprachenfall“; *Grabenwarter*, § 18 Rn. 15; näher u. Rn. 672.

²⁰⁸ Dafür aber *Molthagen*, Das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK, 2003, S. 170 ff.; *Philippi*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 42, s. auch R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 248.

²⁰⁹ *Calliess*, EuZW 2001, 261 (264); *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 15; *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 342.

on auch Art. 52 Abs. 1 EGRC zählt, zumal wenn die EGRC über den Reformvertrag nach Art. 6 EUV in das Unionsrecht inkorporiert wird.

Das Beispiel des Art. 17 Abs. 1 EGRC zeigt wie das des Art. 8 Abs. 2 EGRC, dass spezielle Schranken aus den Besonderheiten einzelner Grundrechte resultieren können. Beim Eigentumsgrundrecht sind es die besonderen Bedingungen von Enteignung und Sozialbindung, die jeweils in einem spezifischen Gesetzesvorbehalt eigens genannt wurden, um die Sozialbindung zu verankern und zu betonen,²¹⁰ ohne dass damit die nicht eigens aufgeführten Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit und der Wahrung des Wesensgehalts des Eigentums entfallen könnten. Diese ergeben sich jedenfalls aus Art. 52 Abs. 1 EGRC, wo sie ausdrücklich aufgeführt sind, wenn nicht schon aus Art. 52 Abs. 3 EGRC.²¹¹

So verhält es sich auch bei Art. 8 Abs. 2 EGRC, der einige datenschutzspezifische Schranken aufführt,²¹² die so auch in der DatenschutzRL 95/46/EG²¹³ enthalten sind,²¹⁴ auf die Art. 8 EGRC maßgeblich gestützt wurde.²¹⁵

6. Überblick zu Schrankenregelungen

- a) Art. 52 Abs. 2 EGRC bei parallelen Unionsrechten 559
- b) Art. 52 Abs. 3 EGRC bei parallelen EMRK-Rechten: Mindeststandard
- c) Art. 52 Abs. 1 EGRC nur subsidiär, keine durchgehende allgemeine Schranke (str.), aber Prinzip der Meistbegünstigung (Art. 53 EGRC).

7. Nationale Gesetzesvorbehalte

Teilweise verweisen Bestimmungen der EGRC auch auf nationale Gesetze bzw. Gepflogenheiten. Das gilt für Art. 9, 10 Abs. 2, 14 Abs. 3, 16, 27, 28, 30 sowie 34-36 EGRC. Schon mangels Zuständigkeit der Union für diese Bereiche sind hier die nationalen Regelungen einschlägig.²¹⁶ Wegen des umfassenden Verweises auf die nationalen Gesetze sind auch deren Schranken eingeschlossen. Von daher ist nach der Typik der nationalen Gesetze zu entscheiden, ob es sich um geeignete Einschränkungsgrundlagen handelt.

²¹⁰ S. *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 133; vgl. *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 17 Rn. 6 ff.

²¹¹ S.o. Rn. 541.

²¹² Hingegen einen Gleichklang annehmend *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 132. Jedenfalls sind die Elemente von Treu und Glauben und der Einwilligung eigen.

²¹³ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DatenschutzRL), ABl. L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1.

²¹⁴ S. *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 8 Rn. 17.

²¹⁵ Näher u. Rn. 1361 ff.

²¹⁶ *Triantafyllou*, CMLR 2002, 53 (56).

- 561 Jedoch weist der Begriff der nationalen Gesetze, Rechtsvorschriften bzw. Gepflogenheiten weiter. Er bezieht sich auch auf begründende Regelungen. Damit ist der Kontext angesprochen, in dem die nationalen Normen in den genannten Grundrechten angesprochen sind. Sie legen den Bereich der jeweiligen Gewährleistung erst näher fest,²¹⁷ indem sie die Ausübung der Eheschließungs- und Familiengründungsfreiheit (Art. 9 EGRC), der gewissensbedingten Wehrdienstverweigerung (Art. 10 Abs. 2 EGRC) oder die Privatschulfreiheit (Art. 14 Abs. 3 EGRC) regeln, Arbeitnehmerrechte nach Art. 27, 28, 30 EGRC vorsehen bzw. soziale Leistungsrechte und Dienste, die Gesundheitsvorsorge sowie den Zugang zu gemeinwohlbezogenen Diensten (Art. 34-36 EGRC) gewährleisten. Erst in dem so von den Mitgliedstaaten – zum Teil zusammen mit der Union – festgesetzten Bereich kommt dann das Grundrecht zur Anwendung. Dabei handelt es sich wie vor allem im Bereich der sozialen Grundrechte ggf. nur um einen bloßen Grundsatz, so dass es nicht um die Rechtfertigung von Eingriffen, sondern um eine Achtung der nationalen Ausgestaltung geht.²¹⁸
- 562 Soweit es sich um ein echtes Grundrecht handelt, bestimmt nationales Recht die grundrechtliche Gewährleistung mit. Dabei vorhandene Schranken etwa der Eheschließung kommen zum Tragen, aber schon zur Bestimmung des Schutzbereichs. Wird in diesen eingegriffen, enthält Art. 52 Abs. 1 EGRC darüber hinausgehend weitere Anforderungen und damit die Schranken-Schranken.²¹⁹ Diesen sind auch die Einschränkungsgrundlagen aus dem nationalen Recht unterworfen,²²⁰ jedoch nur, soweit sie in den Schutzbereich eingreifen – etwa in Durchführung von Unionsrecht – und diesen nicht bereits bestimmen. Im letzten Fall bestehen keine doppelten Schranken, sondern nur im ersten.²²¹
- 563 Verstößt ein Eingriff gegen die nationale Rechtsgrundlage, auf der er beruht, ist er bei einem EMRK-Recht auch konventionswidrig. Allerdings räumt der EGMR den nationalen Gerichten insoweit den Vorrang ein, das innerstaatliche Recht auszulegen. Mit bloßen Meinungsverschiedenheiten zwischen den nationalen Gerichten und dem Beschwerdeführer ist daher noch keine Verletzung eines Menschenrechts zu begründen. Der EGMR prüft allerdings klare Verstöße gegen das nationale Recht sowie natürlich die weiteren spezifisch konventionsrechtlichen Voraussetzungen, ob also ein legitimes Ziel verfolgt wurde und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt wurde.²²² Da die EGRC nach Art. 51 einen beschränkten Anwendungsbereich hat, bedarf es ohnehin zumeist einer Rechtsgrundlage auf europäischer Ebene, deren Auslegung naturgemäß dem EuGH obliegt. Nur sehr be-

²¹⁷ *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 134 f.

²¹⁸ So generell *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 249.

²¹⁹ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 16.

²²⁰ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 342.

²²¹ Allgemein hingegen *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 16; *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (3); *Philippi*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 42; allgemein abl. *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 249.

²²² EGMR, Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 48 ff.), NJW 1985, 2885 (2886) – *Barthold/Deutschland*.

grenzt kommen nationale Normen als Basis für Eingriffe in Betracht, und auch dies nur rückgekoppelt an Unionsrecht.²²³

V. Geeignete Gesetzesformen

1. Andere Gesetzessystematik im Europarecht

a) *Wahrung nationaler Strukturen*

Schränkt mitgliedstaatliches Handeln in Ausführung des Unionsrechts Grundrechte ein, genügen hierfür jedenfalls formelle nationale Gesetze. Weiter gehend hat der EGMR auch materielle Gesetze und die Fortentwicklung normativer Bestimmungen durch die Rechtsprechung als hinreichende Ermächtigungsgrundlage angesehen.²²⁴ Die Festlegung von möglichen Eingriffen durch die Rechtsprechung ist vor allem für den angelsächsischen Rechtskreis von großer Bedeutung. Insoweit kann an die Struktur der Mitgliedstaaten angeknüpft werden. Das ist auch notwendig, weil die Durchführung des Europarechts innerhalb der nationalen Strukturen erfolgt. Das europäische Recht nimmt nur insoweit Einfluss, als seine Tragweite und Wirksamkeit nicht beeinträchtigt und keine Unterschiede gegenüber der Behandlung rein nationaler Sachverhalte herbeigeführt werden dürfen.²²⁵ Mithin muss lediglich die ordnungsgemäße Durchführung sichergestellt sein.²²⁶ Eine solche die Tragweite und Effektivität des Unionsrechts antastende Wirkung hat aber die Formtypik nationaler Normen regelmäßig nicht.

b) *Besondere Handlungsformen*

Allerdings können nationale Strukturen nicht maßgeblich sein, wenn es um die Einstufung europäischer Rechtsakte geht, entspringen diese doch einer besonderen Rechtsstruktur.²²⁷ Die europäischen Verträge sehen für das Handeln der Gemeinschafts- bzw. Unionsorgane schon keine Gesetze vor. Das gilt vor allem für Art. 249 EG/288 AEUV, welcher die möglichen Handlungsformen zur Ausfüllung der vertraglichen Zuständigkeiten aufführt. Von daher ist für die einzelnen Handlungsformen näher zu untersuchen, ob sie geeignet sind, gem. Art. 52 Abs. 1 EGRK Einschränkungen der Grundrechtsausübung gesetzlich vorzusehen.

²²³ S.u. Rn. 583.

²²⁴ S. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 88 a.E.), NVwZ 2006, 1389 (1390 f.) – Leyla Sahin/Türkei; näher o. Rn. 527.

²²⁵ Grundlegend EuGH, Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633 (2666 f., Rn. 22 f.) – Deutsche Milchkontor; ebenso EuGH, Rs. 94/87, Slg. 1989, 175 (192, Rn. 12) – Kommission/Deutschland; Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959 (1019, Rn. 61) – Belgien/Kommission; Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437 (3456, Rn. 12) – Kommission/Deutschland.

²²⁶ EuGH, Rs. C-8/88, Slg. 1990, I-2321 (2360 f., Rn. 20) – EAGFL.

²²⁷ S. Rieckhoff, Der Vorbehalt der Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 7 ff.

c) Inkorporation der Rechte nach der EMRK

- 566** Sieht man Art. 52 Abs. 3 EGRC wie hier²²⁸ als eigenständige Schrankenvorschrift für die Rechte, welche den Rechten der EMRK nachgebildet sind, ist bei der Frage, ob Handlungsformen für Unionsorgane Grundrechtseinschränkungen tragen können, auch die Konzeption der EMRK einzubeziehen. Schließlich wird auf deren Bedeutung in Art. 52 Abs. 3 EGRC ausdrücklich verwiesen.
- 567** Insoweit hat zurückzustehen, dass die Gemeinschaft²²⁹ bislang nicht formelles Mitglied der EMRK ist. Art. 6 Abs. 2 EUV sieht einen Beitritt der Union ausdrücklich vor.²³⁰ Die Grundrechte, die aus der EMRK übernommen wurden, sind Bestandteil der EGRC und damit in vollem Umfange auch auf Unionsorgane anwendbar. Dementsprechend müssen die Schrankenregelungen ebenfalls für Unionsorgane eingreifen. Diese haben daher die Möglichkeit, Grundrechte einzuschränken, soweit es sich um gesetzliche Grundlagen nach dem materiellen und nicht nur dem formellen Verständnis der EMRK handelt. Gegen eine Anwendung des Gesetzesbegriffs auf Unionsrechtsakte werden aber im Wesentlichen lediglich formale Gesichtspunkte angeführt und nicht materielle.²³¹
- 568** Die Beurteilung fällt daher weitgehend parallel aus, ob es sich um aus der EMRK übernommene Grundrechte handelt oder um neu kreierte und damit originär um solche der EGRC. Beide sind in der EGRC enthalten und müssen daher im Rahmen des allgemeinen Unionsrechts erfasst werden, zumal wenn die EGRC gem. Art. 6 Abs. 1 EUV formal integriert wird.²³² Daher braucht auch nicht auf die *Matthews*-Entscheidung des EGMR zurückgegriffen zu werden,²³³ worin ein Rechtsakt der EG implizit an der EMRK gemessen wurde. Deshalb läuft das formale Argument leer, dass die EU keine Vertragspartei der EMRK ist.²³⁴

d) Einheitliche Anwendung der EGRC

- 569** Nur durch einen Gleichklang der Gesetze, welche Grundrechte nach Art. 52 Abs. 1 und nach Abs. 3 EGRC einschränken können, ist auch eine einheitliche Anwendung der EGRC gewährleistet. Daher schlägt im Rahmen von Art. 52 Abs. 1 EGRC ebenfalls der materielle Gesetzesbegriff durch, wie er für die EMRK vertreten wird, schon auch um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.²³⁵ Ebenfalls

²²⁸ S.o. Rn. 540 ff.

²²⁹ Nach Art. 281 EG besitzt (nur) die Gemeinschaft Völkerrechtsfähigkeit, nicht die Union, *Kokott*, in: Streinz, Art. 281 EGV Rn. 1 f.; *Pechstein*, a.a.O., Art. 1 EUV Rn. 15 ff. m.w.N.

²³⁰ S.o. Rn. 38 f.

²³¹ Im Einzelnen *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 221 ff. m.w.N. sowie dann exemplarisch S. 231 f.

²³² Bereits jetzt greift die Rechtsprechung darauf zurück, s.o. Rn. 30.

²³³ EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 39 ff.), NJW 1999, 3107 (3109) – *Matthews*/Vereinigtes Königreich.

²³⁴ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 221 f.

²³⁵ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 346.

deshalb kann das Erfordernis einer hinreichenden Beteiligung des Europäischen Parlaments nur für die Zukunft wirken,²³⁶ da der EGMR darauf bislang praktisch nicht abstellte.

Vielmehr hebt der EGMR darauf ab, dass eine Norm dem Bürger ohne weiteres in einer Weise zugänglich ist, dass er die Einschlägigkeit für sich erkennen kann,²³⁷ und sie zudem hinreichend bestimmt und damit hinsichtlich des geforderten Verhaltens vorhersehbar ist.²³⁸ Diese Merkmale der accessibility und foreseeability erfüllen europäische Rechtsakte durchgehend. Ihre Veröffentlichung im Amtsblatt macht sie ohne weiteres zugänglich. Das Bestimmtheitsgebot gilt für das Unionsrecht allgemein und muss daher von sämtlichen Rechtsakten erfüllt werden. Unbestimmte Rechtsbegriffe und notwendige Interpretation schließen die hinreichende Bestimmtheit als solche nicht aus. Der Bürger soll im Wesentlichen vor staatlicher Willkür geschützt werden. Damit verbunden ist allerdings, dass ein Gesetz umso präziser sein muss, je eher es Grundrechtseingriffe im Geheimen ermöglicht.²³⁹

Ist bei Art. 52 Abs. 3 EGRC schon von der Struktur her ein Gleichklang mit der EMRK und damit ein weiter Gesetzesbegriff zugrunde zu legen, ergibt sich ein solcher für Art. 52 Abs. 1 EGRC neben der Harmonisierung mit Art. 52 Abs. 3 EGRC aus einer notwendigen Parallelität zum bisherigen Gemeinschaftsrecht. Ansonsten kommt es zu Widersprüchen, wenn eine Freiheit sowohl nach der EGRC als auch nach dem EG/AEUV garantiert ist. Das trifft für die Freizügigkeit nach Art. 45 Abs. 1 EGRC zu, die zudem in Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV gewährleistet ist, dort aber unter den „in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“ steht. Insofern findet sich für die Durchführungsvorschriften keine nähere Beschränkung auf eine bestimmte Form. Darunter fällt daher das gesamte sekundäre Unionsrecht. Das muss dann aber grundsätzlich auch für Art. 52 Abs. 1 EGRC ausreichen, soll hier kein Widerspruch für die Anwendung von Art. 45 Abs. 1 EGRC entstehen und damit Rechtsunsicherheit erwachsen.²⁴⁰

²³⁶ S. bereits o. Rn. 516 f.

²³⁷ S. EGMR, Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 30 a.E.), EuGRZ 1996, 302 (305) – markt intern/Deutschland; Urt. vom 28.3.1990, Nr. 10890/84 (Rn. 68), NJW 1991, 615 (618) – Groppera Radio AG u.a./Schweiz.

²³⁸ EGMR, Urt. vom 25.11.1999, Nr. 25594/94 (Rn. 31), RJD 1999-VIII – Hashman u. Harrup/Vereinigtes Königreich; s. bereits EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 49), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1).

²³⁹ EGMR, Urt. vom 2.8.1984, Nr. 8691/79 (Rn. 67), EuGRZ 1985, 17 (20) – Malone/Vereinigtes Königreich; näher *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 118 f.

²⁴⁰ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 346; auch *Triantafyllou*, CMLR 2002, 53 (55).

2. Verordnungen

a) *Wirkung wie nationale Gesetze*

- 572 Verordnungen stellen abstrakt-generelle Normen auf,²⁴¹ wirken praktisch wie nationale Gesetze und können daher nach Art. 52 Abs. 1 bzw. 3 EGRC Einschränkungen der Grundrechtsausübung gesetzlich vorsehen. Sie sind nach Art. 249 Abs. 2 EG/288 Abs. 2 AEUV in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Damit entfalten sie per se unmittelbare Wirkung und können deshalb die Grundrechte selbst einschränken sowie den Gesetzesvorbehalt wahren.²⁴²
- 573 Entweder schreiben Verordnungen unmittelbare Rechte und Pflichten fest, so dass keine weiteren Konkretisierungsmaßnahmen etwa in Form von Verwaltungsakten erforderlich sind. Oder aber auf der Grundlage von Verordnungen ergehen Vollzugsakte, die dann unmittelbar in die Rechte des Bürgers eingreifen. Das erfolgt außerhalb des Wettbewerbsrechts und der Beihilfeaufsicht, wo die Kommission selbst tätig wird,²⁴³ regelmäßig durch nationale Maßnahmen.²⁴⁴ Insoweit handelt es sich dann um das Handeln der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts nach Art. 51 Abs. 1 EGRC. Dieses Handeln kann dann gar keine andere Grundlage haben als das Recht der Union und auch keinen anderen Maßstab,²⁴⁵ außer es ergingen noch konkretisierende nationale Verordnungen, welche die europäischen Verordnungen näher ausgestalteten.
- 574 Aber auch in diesem letzten Fall ist zu differenzieren, auf welcher Grundlage der nationale Rechtsakt erging, ob nämlich auf der Basis der europäischen Verordnung oder nach der nationalen Ausgestaltungsverordnung bzw. dem nationalen Ausgestaltungsgesetz. Ist der Inhalt dieser Ausgestaltung im zweiten Fall nicht durch die Verordnung vorgegeben, sondern lässt diese entsprechende Spielräume, wird nicht das Recht der Union durchgeführt, sondern das innerstaatliche. Daher greifen dann auch die nationalen Grundrechte ein.

b) *„Hinkende Verordnungen“*

- 575 Die nationale Ausgestaltungsgesetzgebung erlangt demgegenüber eine ausschließliche Bedeutung auch für Eingriffe in europäische Grundrechte des Bürgers, wenn die europäische Verordnung von vornherein der Umsetzung bedarf, weil sie nicht

²⁴¹ S. bereits *GA Lagrange*, EuGH, Rs. 16 u. 17/62, Slg. 1962, 963 (1990) – Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes: „echte sekundäre Gesetzgebung“.

²⁴² S. bereits *A. Weber*, Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik, 1987, S. 20.

²⁴³ Zur Zuständigkeitsverteilung für das europäische Kartellrecht näher *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 1456 ff., 1462 ff.; zum Beihilferecht s.u. Rn. 589 ff.

²⁴⁴ S. EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 – Hauer.

²⁴⁵ S. die Überprüfung der VO (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, ABl. L 47, S. 1, aufgehoben durch VO (EG) Nr. 1234/2007, ABl. 2007 L 299, S. 1, ausschließlich an den europäischen Grundrechten, EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 sowie BVerfGE 102, 147; dazu *Nettesheim*, NVwZ 2002, 932 ff.; *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 29 f.

inhaltlich unbedingt an den Bürger gerichtet ist, sondern an die Mitgliedstaaten. Daher schafft noch nicht die Union die unmittelbare Grundlage für Grundrechtsbeeinträchtigungen, sondern dies tun die Mitgliedstaaten. Ihnen ist nur vorge-schrieben, bis zu einem näher bezeichneten Zeitpunkt in der Verordnung näher vorgegebene Maßnahmen zu erlassen. Solche „hinkenden Verordnungen“²⁴⁶ bilden daher keine Gesetze, welche Einschränkungen der Grundrechtsausübung vorsehen.²⁴⁷ Diese Funktion haben vielmehr die nationalen Gesetze, welche in Durchführung des Rechts der Union nach Art. 51 Abs. 1 EGRC ergehen. Erst gegen diese kann sich auch der Bürger wenden. Gegen die so genannten hinkenden Verordnungen können sich dagegen nur die Mitgliedstaaten wehren; diese aber sind nicht grundrechtsberechtigt.

c) Defizitäre Mitwirkung des Parlaments

Der EuGH hat Verordnungen als taugliche Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe in seiner früheren Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt.²⁴⁸ Gerade bei ihnen fehlte freilich regelmäßig eine Mitwirkung des Parlaments im Mitentscheidungsverfahren.²⁴⁹ Dieses wurde nämlich für die meisten seiner Anwendungsfelder erst 1999 durch den Vertrag von Amsterdam eingeführt. Durchführungsverordnungen erließ die Kommission. Es ist aber schwerlich vorstellbar, dass die möglichen Grundrechtseinschränkungen so gefasst wurden, dass zahlreiche mögliche Grundlagen erst neu verabschiedet werden müssen, um den aufgestellten Anforderungen zu genügen, zumal Art. 52 Abs. 1 EGRC insoweit offen formuliert ist.²⁵⁰ 576

Verordnungen etwa nach Art. 39 Abs. 3 lit. d) EG/45 Abs. 3 lit. d) AEUV werden zwar nur durch die Kommission erlassen. Jedoch wird deren Gehalt im Groben schon durch die Eckpunkte für das Gebiet im EG/AEUV vorgezeichnet, das sie ausgestalten sollen. Die wesentlichen Entscheidungen sind also bereits vertraglich getroffen, so dass von daher keine Mitwirkung des Parlaments erforderlich ist und es sich um einen primärrechtlich vorgesehenen so genannten Basisrechtsakt²⁵¹ handelt. 577

Verordnungen hingegen, die zwar auch durchführenden Charakter haben, aber in Bezug auf schon bestehendes Sekundärrecht (s. Art. 202 3. Spiegelstrich, 211 4. Spiegelstrich EG/291 Abs. 2 AEUV) und nicht eigens primärrechtlich vorgesehen 578

²⁴⁶ S. EuGH, Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 (2771, Rn. 34) – Eridania. Aus der Lit. Schmidt, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 249 EG Rn. 31.

²⁴⁷ Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 236 f.

²⁴⁸ EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Hoechst; Rs. 97-99/87, Slg. 1989, 3165 (3186, Rn. 16) – Dow Chemical.

²⁴⁹ Abl. daher Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 81, allgemein relativierend freilich S. 87.

²⁵⁰ S.o. Rn. 516 f.

²⁵¹ Für dessen Qualifikation als Legislativakt allgemein etwa Hofmann, Normenhierarchien im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 204; Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 436; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 83.

sind, fehlt diese vertragliche Bestimmung der wesentlichen Gehalte und zudem auch formal die Vertragsunmittelbarkeit. Dieser zweite Mangel steht generell einer Qualifikation als Legislativakt entgegen, wird doch solches Durchführungsrecht typischerweise von der Exekutive erlassen.²⁵²

3. Richtlinien

a) *Bei gestufter Wirkungsweise*

- 579** Schon vom Grundansatz bedürfen Richtlinien einer näheren Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Sie sind nach Art. 249 Abs. 3 EG/288 Abs. 3 AEUV per se schon an die Mitgliedstaaten gerichtet und daher auch nur für diese verbindlich. Das gilt zudem lediglich hinsichtlich des zu erreichenden Zieles, nicht für die Wahl der Form und der Mittel, außer diese ist konkret vorgegeben. Damit fehlt Richtlinien die unmittelbare Wirkung gegenüber dem Bürger, durch die sie erst Grundrechte einschränken können. Das trifft selbst dann zu, wenn es sich wie mittlerweile regelmäßig um detaillierte Richtlinien handelt.²⁵³
- 580** Die Grundlage für Einschränkungen der europäischen Grundrechte des Bürgers bilden daher die nationalen Umsetzungsakte, welche in Durchführung des Rechts der Union gem. Art. 51 EGRC erlassen wurden. Auch nach dem EuGH muss „ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den (tangierten) Rechten und Interessen eher auf nationaler Ebene im Stadium der Anwendung der die Richtlinie ... umsetzenden Regelung auf konkrete Fälle gefunden werden“.²⁵⁴ Zwar verweist der EuGH auf die hinreichende Vorhersehbarkeit sowie die Gemeinschaftskonformität der Richtlinienregelung, obwohl diese den Mitgliedstaaten in vielerlei Hinsicht einen Handlungsspielraum lässt.²⁵⁵ Indes müssen die Mitgliedstaaten stets den Rückbezug über nationales Umsetzungsrecht nicht nur auf die Richtlinie, sondern auch auf die Grundrechte und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sicherstellen, indem sie bei der Auslegung der Richtlinie einbezogen werden müssen.²⁵⁶
- 581** Ist auch die Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EG/288 Abs. 3 AEUV notwendig zwischengeschaltet, bleibt Bezugspunkt für das nationale Recht immer noch das betroffene europäische Grundrecht. In Letzteres kann daher auf der Basis des nationalen Rechts eingegriffen werden, wenngleich die Richtlinien die wesentlichen Leitlinien aufzeigen muss. Damit besteht eine doppelte Sicherung und zugleich eine gestufte Erfüllung des Gesetzesvorbehalts. Bereits die Richtlinie muss die wesentlichen Grundentscheidungen ausdrücken. Die Details ergeben sich aber notwendig aus dem nationalen Recht – unter Rückkoppelung und in Übereinstimmung mit den europäischen Grundrechten.

²⁵² Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 83 f.

²⁵³ Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 239 f.

²⁵⁴ EuGH, Rs. C-101/01, Slg. 2003, I-12971 (13024, Rn. 85) – Lindqvist.

²⁵⁵ EuGH, Rs. C-101/01, Slg. 2003, I-12971 (13024, Rn. 84) – Lindqvist.

²⁵⁶ EuGH, Rs. C-101/01, Slg. 2003, I-12971 (13024, Rn. 84) – Lindqvist.

Dabei genügen nur unzweifelhaft verbindliche, zwingende Außenrechtssätze,²⁵⁷ 582 so dass von daher der Gesetzesvorbehalt gewahrt ist²⁵⁸ – zwar auf nationaler Grundlage, aber auch kraft europarechtlicher Vorgabe. Angesichts dieser zweistufigen Wirkungsweise sind Richtlinien nicht als mögliche gesetzliche Einschränkungen anzusehen,²⁵⁹ auch wenn sie den groben Rahmen vorzeichnen und daher gleichfalls grundrechtlichen Anforderungen unterliegen.²⁶⁰

Die vorstehend bezeichnete Konstellation ist einer der Hauptfälle, in denen nationales Recht an den europäischen Grundrechten zu messen ist.²⁶¹ 583 Das ist in dem Umfang der Fall, in dem das nationale Recht nicht Ausgestaltungsspielräume ausfüllt, welche die Richtlinien lassen, und daher nur an den nationalen Grundrechten zu überprüfen ist.²⁶² Soweit es hingegen in Umsetzung einer europäischen Richtlinie ergangen ist, sieht es eine Einschränkung der europäischen Grundrechte nach Art. 52 Abs. 1 bzw. 3 EGRC vor. Auch aus dieser Sicht haben daher die Mitgliedstaaten eine Garantiepflicht, die europäischen Grundrechte praktisch und effektiv zu gewährleisten, wie dies der EGMR im Hinblick auf die Rechte der EMRK befürwortet hat, wenn die Mitgliedstaaten europäisches Recht umgesetzt haben.²⁶³

b) Bei unmittelbarer Anwendbarkeit

Hingegen bilden Richtlinien selbst unmittelbar wirkende Normen, wenn die Frist zu ihrer Umsetzung abgelaufen ist und sie zudem hinreichend genau sowie unbedingt sind, so dass der Bürger sich auf sie unmittelbar berufen kann.²⁶⁴ 584 Nach Art. 249 Abs. 3 EG/288 Abs. 3 AEUV nur an die Mitgliedstaaten gerichtet, können Richtlinien allerdings grundsätzlich keine Pflichten zulasten des Bürgers be-

²⁵⁷ Etwa EuGH, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (2632, Rn. 23 f.) – Kommission/Deutschland.

²⁵⁸ *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 200 f., 215 f. auch zu Fragen demokratischer Legitimation bei detaillierten Richtlinienvorgaben.

²⁵⁹ *Royla/Lackhoff*, DVBl. 1998, 1116 (1119); näher *Gassner*, in: *Liber amicorum Thomas Oppermann*, 2001, S. 503 (512 ff.).

²⁶⁰ Wenngleich nicht „übertriebenen“, *Szczekalla*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 7 Rn. 68.

²⁶¹ Zum Emissionshandelsrecht BVerfG, NVwZ 2007, 942 in Billigung von BVerwGE 124, 47; s. bereits *Ehrmann/Greinacher*, RdE 2006, 97 (98); *Frenz*, ZUR 2006, 393 (395); weiter *Weidemann*, DVBl. 2004, 727 ff.; *ders.*, NVwZ 2006, 623 (626 ff.); im Einzelnen *Frenz*, Emissionshandelsrecht, § 9 TEHG Rn. 49 ff., 82 ff. auch zu den nationalen Grundrechten.

²⁶² Für den Emissionshandel BVerwGE 124, 47 (62 f.).

²⁶³ Näher begründet in EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 34), NJW 1999, 3107 (3108) – *Matthews/Vereinigtes Königreich*; unter Verweis darauf *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 241.

²⁶⁴ Grundlegend EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1348 f., Rn. 12 ff.) – *Van Duyn*; Rs. 51/76, Slg. 1977, 113 (126 f., Rn. 20/29) – *Nederlandse Ondernemingen („Investitionsgüter“)*; später etwa EuGH, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 (70 f., Rn. 22 ff.) – *Becker*; Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969 (3985, Rn. 7 f.) – *Kolpinghuis*; s. auch Rs. C-96/95, Slg. 1997, I-1653 (1679 f., Rn. 37) – *Kommission/Deutschland* sowie Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835 (8915, Rn. 103) – *DRK m.w.N.*

gründen.²⁶⁵ Damit stellt sich die Frage, ob sie überhaupt auf der Basis einer unmittelbaren Wirkung Grundrechte einzuschränken vermögen, welche gerade Rechte für den Bürger begründen und keine Pflichten.

585 Indes sind Rechte und Pflichten vielfach wechselbezüglich, so dass eine Begünstigung des einen notwendigerweise eine Belastung anderer mit sich bringt. Das kann vor allem auch durch faktische Nebenwirkungen erfolgen, die daher eine unmittelbare Wirkung jedenfalls nicht generell ausschließen können.²⁶⁶ Verschiedenen Richtlinienwirkungen treten vor allem dann zutage, wenn eine staatliche Entscheidung ergeht, welche wie eine Umweltverträglichkeitsprüfung vorhabenbezogen ist und den einen belastet, den anderen aber begünstigt.

586 Der EuGH stellt genau auf diese notwendige Staatsvermitteltheit belastender Wirkungen für Private ab, um eine unmittelbare Wirkung zu befürworten. Es muss also eine staatliche Stelle dazwischen getreten sein, damit eine Richtlinie Private unmittelbar belasten kann.²⁶⁷ Diesen Durchgriff belastender Wirkungen auf Private hat der EuGH aber in der Rechtssache *Wells*²⁶⁸ in den Fällen ausgeschlossen, in denen zwischen privater Pflicht und staatlichem Tun ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Die private Pflicht darf also durch die Richtlinie noch nicht konkret bestehen, sondern erst durch das Tätigwerden des Staates zustande kommen, so dass die Richtlinie selbst „bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter“ hat.²⁶⁹

587 Gleichwohl gibt es immer noch einen erheblichen Anwendungsbereich von Belastungen Privater, die durch eine staatlich vermittelte unmittelbare Wirkung von Richtlinien zustande kommen können. Diese ist aber daran geknüpft, wie weit die unmittelbare Wirkung von Richtlinien ausgedehnt wird. Insoweit handelt es sich nicht um eine spezifisch grundrechtliche Frage.²⁷⁰ Aus Sicht der Grundrechte ist nur entscheidend, dass die unmittelbare Wirkung als solche bejaht wird und daher

²⁶⁵ EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 (749, Rn. 48) – Marshall I; näher Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325 (3355 ff., Rn. 20 ff.) – Faccini Dori; auch Rs. C-192/94, Slg. 1996, I-1281 (1303, Rn. 15 ff.) – El Coste Inglés.

²⁶⁶ EuGH, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839 (1871, Rn. 31 ff.) – Costanzo zu öffentlichen Auftragsvergaben, die indirekt Bieter beeinträchtigen, die wegen der unmittelbar angewendeten Richtlinienbestimmungen nicht zum Zuge gekommenen sind; zur Grundrechtsrelevanz näher Frenz, Europarecht 3, Rn. 1808 ff. m.w.N. auch zur Gegenauffassung; faktisch ganz ähnlich bei wesentlichem nationalem Verfahrensverstoß EuGH, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535 (7584 f., Rn. 50 f.) – Unilever Italia, aber unter Betonung, eine Richtlinie begründe „weder Rechte noch Pflichten für Einzelne“; auch in den Konsequenzen anders EuGH, Rs. C-221/88, Slg. 1990, I-495 (525 f., Rn. 24 ff.) – Busseni. S. auch EuGH, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 (1642, Rn. 20 ff.) – Ratti; Götz, NJW 1992, 1849 (1856).

²⁶⁷ Dazu EuGH, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189 – Großkrotzenburg (für die UVP-RL 85/337/EWG, ABl. 1985 L 175, S. 40; zuletzt geändert durch RL 2003/35/EG, ABl. 2003 L 156, S. 1); verallgemeinernd etwa Epiney, DVBl. 1996, 409 ff.; Erbuth/Stollmann, DVBl. 1997, 453 (455 f.); Gellermann, DÖV 1996, 433 ff.

²⁶⁸ EuGH, Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723 (765, Rn. 56 f.) – Wells.

²⁶⁹ Dazu Jarass/Beljin, EuR 2004, 714 (727 f., 731 ff.); weiter Frenz, EWS 2005, 104 (107) in Auseinandersetzung mit dem DRK-Urteil EuGH, Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835.

²⁷⁰ S. näher Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 202 ff.

auch Richtlinien insoweit eine geeignete gesetzliche Grundlage nach Art. 52 Abs. 1 und Abs. 3 EGRC bilden können.²⁷¹

4. Entscheidungen/Beschlüsse

Auch Entscheidungen/Beschlüsse werden als geeignete Rechtsgrundlage für Grundrechtseinschränkungen angesehen.²⁷² Sie sind nach Art. 249 Abs. 4 EG/288 Abs. 4 AEUV in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnen. Sie regeln also Einzelfälle. Schon deshalb fehlt ihnen der Charakter eines Gesetzes. Vielmehr beruhen sie auf anderen europarechtlichen Grundlagen und dabei insbesondere Verordnungen sowie dem Primärrecht. Daher ist die Lage vergleichbar mit der Situation, dass die Mitgliedstaaten auf der Basis von europäischem Recht Verwaltungsakte erlassen und in diesem Rahmen an die Grundrechte gebunden sind.

In diesem Falle aber ist die gesetzliche Grundlage nicht der Einzelakt, sondern die Vorschrift, auf welche dieser gestützt ist. Das gilt auch, wenn eine Entscheidung/ein Beschluss an die Mitgliedstaaten gerichtet ist und dann für diese die Grundlage für weitere Einzelakte bildet. Die Entscheidung/der Beschluss selbst verpflichtet dann ohnehin den Bürger jedenfalls grundsätzlich nicht unmittelbar²⁷³ und greift daher noch nicht in seine Grundrechte ein – ebenso wenig wie eine Richtlinie.²⁷⁴ Diese Konstellation betrifft insbesondere die Rückforderung staatlicher Beihilfen, die gegen Art. 87 f. EG/107 f. AEUV verstoßen.²⁷⁵

Dann wird zwar dieser Einzelakt durch die Entscheidung/den Beschluss praktisch genauso vorgegeben wie durch eine Verordnung, so dass eine „quasi legislative“ Wirkung entsteht.²⁷⁶ Gleichwohl bleibt die normative Grundlage für die Entscheidung/den Beschluss europäisches Primär- oder Sekundärrecht. Daher kann der Entscheidung/dem Beschluss auch in einem solchen Fall keine Normqualität

²⁷¹ Bezogen auf die EMRK *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 253 f. Unter dem allgemeineren Blickwinkel des materiellen Gesetzes „namentlich“ dazu *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 71 f.

²⁷² *Royla/Lackhoff*, DVBl. 1998, 1116 (1118); anders *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 68; A. *Weber*, NJW 2000, 537 (543): nur eine Rechtsnorm.

²⁷³ Für eine unmittelbar den Bürger belastende Wirkung *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, 2006, S. 216 f.; dagegen *Tuengerthal*, Zur Umsetzung von EG-Richtlinien und staattergerichteten EG-Entscheidungen in deutsches Recht, 2003, S. 233 f.; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 2005, S. 171 ff.; ebenso *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 208 ff.; dahin auch EuGH, Rs. 30/75, Slg. 1975, 1419 (1428, Rn. 18) – UNIL-IT; ohne nähere Aussagekraft Rs. C-192/94, Slg. 1996, I-1281 (1303, Rn. 17) – El Coste Inglés.

²⁷⁴ So auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV Rn. 203; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 125.

²⁷⁵ *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 93.

²⁷⁶ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 124; *Triantafyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, 1996, S. 81; s. auch *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 72: „Wirkung eines materiellen Gesetzes erkennbar“.

zugemessen werden. Dieser Akt bildet deshalb auch insoweit keine Rechtsnorm, sondern eine Einzelfallentscheidung,²⁷⁷ so dass es sich um keine gesetzliche Einschränkung von Grundrechten handelt.²⁷⁸

- 591** Zwar folgt der nationale Einzelakt der europarechtlichen Entscheidung/dem Beschluss. Letztere(r) trägt aber an den Mitgliedstaat erst die europarechtliche Norm heran, auf welche die Entscheidung/der Beschluss gestützt ist. So bedarf es im Rahmen des Beihilfenverbotes erst einer konkreten Festlegung, ob eine Beihilfe mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Somit konkretisiert und aktualisiert die Entscheidung nach Art. 249 Abs. 4 EG/der Beschluss nach Art. 288 Abs. 4 AEUV nur die Basisnorm dafür.
- 592** Von daher lässt sich letztlich auch der nationale Einzelakt, der eine Beihilfe zurückfordert, auf die europarechtliche Grundnorm zurückführen und ist dadurch inhaltlich geprägt.²⁷⁹ Das ändert aber nichts daran, dass er auch den nationalen Rechtsstrukturen gehorchen muss. Rückforderungsgrundlage ist deshalb bei einer Gewährung durch Verwaltungsakt § 48 VwVfG. Zudem kann eine vertraglich vereinbarte Beihilfe nicht plötzlich per Verwaltungsakt zurückgefordert werden, sondern im Streitfall nur durch eine Klage.²⁸⁰ Art. 87 f. EG/107 f. AEUV genügen daher nicht als Ermächtigungsgrundlage für nationale Rückforderungsentscheidungen,²⁸¹ sondern nur für solche der Kommission. Deren Entscheidungen wiederum können Art. 87 f. EG/107 f. AEUV nicht dergestalt an die Mitgliedstaaten herantragen, dass sie zur Grundlage für nationales Handeln werden bzw. selbst die Rechtsgrundlage bilden.
- 593** Jedenfalls ist der nationale Vollzugsakt an den europäischen Grundrechten zu messen, soweit er europarechtliche Vorgaben in nationales Recht überführt und damit in Durchführung des Rechts der Union nach Art. 51 Abs. 1 EGRC ergeht.

5. Sonstige Rechtsakte

- 594** Zwar gibt es weitere Formen für Rechtshandlungen der Unionsorgane, so Mitteilungen, Leitlinien und Programme.²⁸² Diese Maßnahmen sind aber grundsätzlich nicht verbindlich. Unabhängig davon, ob man einen *numerus clausus* der aufgeführten Handlungsformen annimmt,²⁸³ bestehen jedenfalls keine anderen normativen Handlungsformen. Hierfür kommen damit nur Verordnungen und Richtlinien in Betracht, nicht aber, da unverbindlich, Empfehlungen bzw. Stellungnahmen

²⁷⁷ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 18.

²⁷⁸ Für die EMRK *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 255.

²⁷⁹ S. Frenz, Europarecht 3, Rn. 1468 ff.

²⁸⁰ Näher m.w.N. Frenz, Europarecht 3, Rn. 1512 ff. gegen OVG Berlin-Brandenburg, EuZW 2006, 91.

²⁸¹ *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 211; *Vögler*, NVwZ 2007, 294 (298); anders *Heidenhain*, EuZW 2005, 660 (661).

²⁸² S. Greaves, ELRev. 21 (1996), 3 (4); Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 131 ff.

²⁸³ Näher und abl. Frenz, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001, S. 140 ff.

und die in Art. 249 EG/288 AEUV nicht benannten sonstigen Rechtsakte. Sie haben höchstens vorbereitenden Charakter für europarechtliche Normierungen.

Im Übrigen können die sonstigen Rechtsakte eine konkretisierende Funktion für die Mitgliedstaaten oder die Unionsorgane haben. Das gilt namentlich für Entschliefungen. Sie richten sich damit zwar an die Mitgliedstaaten bzw. verpflichten die Unionsorgane selbst,²⁸⁴ nicht aber den Bürger.²⁸⁵ Daher handelt es sich auch nicht um Einschränkungsgesetze.²⁸⁶ So kann etwa ein gemeinsamer Standpunkt des Europäischen Rates kein Einschränkungsgesetz sein, weil er nicht unmittelbar anwendbar ist.²⁸⁷

6. Europäisches Primärrecht

Kann Sekundärrecht ein Einschränkungsgesetz nach Art. 52 Abs. 1 bzw. Abs. 3 EGRC sein, so trifft dies auf den ersten Blick erst recht für Primärrecht zu. Auch dieses kann unmittelbar wirken bzw. die Grundlage für Einzelrechtsakte sein. Letztere werden insbesondere auf das Beihilfenverbot²⁸⁸ und auf die unternehmensbezogenen Wettbewerbsregeln gestützt. Eine unmittelbare Wirkung haben vor allem die Grundfreiheiten²⁸⁹ sowie das Gebot gleichen Entgelts nach Art. 141 EG/157 AEUV.²⁹⁰ Dadurch können auch die Grundrechte eingeschränkt werden,²⁹¹ so bei Wettbewerbsbeschränkungen und Gleichbehandlungserfordernissen die Berufs- bzw. die Unternehmensfreiheit.²⁹²

Allerdings erfolgt dann, wenn Grundrechte mit Grundfreiheiten zusammenstoßen, ohnehin eine Abwägung,²⁹³ ohne dass der EuGH spezifisch dafür eine gesetzliche Grundlage verlangt.²⁹⁴ Stoßen auch verschiedene Inhalte des primären Unionsrechts aufeinander, die ausgeglichen werden müssen, kann doch dieser Ausgleich zu einer Beeinträchtigung (auch) der Grundrechte führen. Bei einer Betrachtung als Gesetze wäre daher durch die Grundfreiheiten und andere unmittelbar wirkende primärrechtliche Bestimmungen zugleich die Form gewahrt, dass eine Einschränkung durch Gesetz erfolgt.

Indes hat die normative Grundlage gerade die Funktion, den Normgeber für eine bestimmte Konstellation dazu anzuhalten, die verschiedenen primärrechtlichen

²⁸⁴ Zu Letzterem Bast, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, 2006, S. 324; Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 212 f.

²⁸⁵ EuGH, Rs. 59/75, Slg. 1976, 91 (102, Rn. 21) – Manghera für Entschliefungen.

²⁸⁶ Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 256; s. auch Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 73: schon keine materiellen Gesetze.

²⁸⁷ EGMR, Ent. vom 23.5.2002, Nr. 6422 u. 9916/02, RJD 2002-V – Segi u.a./15 Mitgliedstaaten der EU.

²⁸⁸ S. aber vorstehend Rn. 592.

²⁸⁹ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 83 ff.

²⁹⁰ Für Letzteren bereits EuGH, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 (476, Rn. 40) – Defrenne.

²⁹¹ S. für die Grundfreiheiten o. Rn. 475.

²⁹² Näher u. Rn. 2560, 2743, 2745 f., 2767 ff.

²⁹³ S.o. Rn. 475.

²⁹⁴ S. EuGH, C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 f., Rn. 73 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

Belange adäquat auszugleichen. So hat nach deutschem Verfassungsrecht der Normgeber die grundrechtswesentlichen Entscheidungen gerade auch dann zu treffen, wenn verschiedene Grundrechte aufeinander stoßen.²⁹⁵ Auch auf europäischer Ebene lässt sich eine Wesentlichkeitstheorie begründen.²⁹⁶

- 599** Der Erlass einer Norm, welche einen Konflikt verschiedener Primärrechtssätze konkretisiert, dient daher der Rechtssicherheit und zugleich einer verantwortungsbewussten Entscheidung des Normgebers. Schließlich sind die verschiedenen Primärrechtssätze auch zu wenig konkret, um für einen bestimmten Bereich hinreichend genaue Anhaltspunkte für einen Ausgleich zu geben. Die Rechtssicherheit ist aber gerade auch für den EGMR ein wesentlicher Maßstab, inwieweit ein einschränkendes Gesetz vorliegt. Ein solches muss daher hinreichend bestimmt sein.²⁹⁷ Höchstens die Konkretisierungen durch die Rechtsprechung können somit als Einschränkungsgesetze betrachtet werden.²⁹⁸ Sie sind aber oftmals nicht so transparent, um sogleich Rechtssicherheit zu schaffen. Vor allem aber kann in neuen ausgleichsbedürftigen Situationen das Abwägungsergebnis nichts stets im Detail vorhergesehen werden.

7. Übersicht zu möglichen Einschränkungsgesetzen

- 600** a) Verordnungen einschl. von vor 1999 (außer „hinkende“ und nur nach Sekundärrecht durchführende)
- b) Richtlinien nur bei unmittelbarer Anwendbarkeit; sonst nationales Umsetzungsrecht
- c) bei Entscheidungen/Beschlüssen deren normative Grundlage
- d) nicht: Empfehlungen, Stellungnahmen
- e) grds. nicht: Primärrecht, da normative Konkretisierung erforderlich
- f) nationale Gesetze, wenn
- aa) in Umsetzung Sekundärrecht
 - bb) mitgliedstaatlicher Vollzugsakt auf verfahrensrechtlicher Grundlage (z.B. § 48 VwVfG)
 - cc) Grundrecht darauf verweist

²⁹⁵ Vgl. nur BVerfGE 49, 89 (126); 88, 103 (116).

²⁹⁶ S.o. Rn. 669 ff.

²⁹⁷ S. EGMR, Urt. vom 25.11.1999, Nr. 25594/94 (Rn. 31), RJD 1999-VIII – Hashman u. Harrup/Vereinigtes Königreich; bereits EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 49), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1).

²⁹⁸ Dahin *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 260 ff., 268. S. auch o. Rn. 527.

§ 3 Rechtfertigung

A. Grundstruktur

I. Ansatz in Art. 52 Abs. 1 EGRC

Gem. Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC müssen Grundrechtseinschränkungen den Grund- **601**
satz der Verhältnismäßigkeit wahren. Sie dürfen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Grundlage ist also ein legitimer Zweck. Dessen Verfolgung muss im Einzelfall geeignet, notwendig und angemessen sein. Zudem muss nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC der Wesensgehalt der eingeschränkten Rechte und Freiheiten geachtet werden.

II. EMRK-Rechte

Damit ist man im klassischen Schema der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der **602**
Wesensgehaltsgarantie nach deutschem Verfassungsrecht. Diese Abfolge zeigt sich auch in der ständigen Rechtsprechung des EGMR.²⁹⁹ Danach ist ein Eingriff notwendig, wenn er auf einem dringenden sozialen Bedürfnis beruht³⁰⁰ und mithin im Hinblick auf den verfolgten legitimen Eingriffszweck verhältnismäßig ist.³⁰¹ Auch die Wesensgehaltsgarantie lässt sich ableiten,³⁰² sofern man Art. 52 Abs. 1 EGRC nicht ohnehin eine Reservefunktion zuerkennt.³⁰³ Jedenfalls greift Art. 52 Abs. 3 EGRC. Bei Parallelen zu Freiheitsrechten nach den Verträgen wie dem Aufenthaltsrecht nach Art. 18 EG/21 AEUV und nach Art. 45 EGRC sowie den in Art. 15 Abs. 2 EGRC bezeichneten Grundfreiheiten sichert Art. 52 Abs. 2 EGRC die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten maßgeblich prägt.³⁰⁴ Damit ist die Prüfungsab-

²⁹⁹ Ehlers, Jura 2000, 372 (380); Grabenwarter, § 18 Rn. 15; Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 213. Anders Stiegilitz, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 69.

³⁰⁰ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 48), EuGRZ 1977, 38 (41 f.) – Handy-side/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 59), EuGRZ 1979, 386 (388 f.) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1); Urt. vom 20.5.1999, Nr. 25390/94 (Rn. 42), NVwZ 2000, 421 (423) – Rekvényi/Ungarn.

³⁰¹ EGMR, Urt. vom 25.3.1983, Nr. 5947/72 u.a., (Rn. 97), EuGRZ 1984, 147 (151 f.) – Silver u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9815/82 (Rn. 40), NJW 1987, 2143 (2144) – Lingens/Österreich; Urt. vom 29.4.2002, Nr. 2346/02 (Rn. 70), NJW 2002, 2851 (2854) – Pretty/Vereinigtes Königreich.

³⁰² Näher u. Rn. 672.

³⁰³ S.o. Rn. 553 ff.

³⁰⁴ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 523 ff.

folge bei allen Grundrechten jedenfalls in den abzuarbeitenden Prüfungspunkten parallel.

III. Sachgebietsspezifische Besonderheiten

- 603** Diese Parallelität besteht weitestgehend auch für die betroffenen Grundrechtsfunktionen. Lediglich die Grundsätze unterliegen der Sonderregel nach Art. 52 Abs. 5 EGRC.³⁰⁵ Im Übrigen wird nicht nach Grundrechtsfunktionen unterschieden, sondern Art. 52 Abs. 1 EGRC bezieht sich auf die Rechte und Freiheiten der Charta allgemein. Auch für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird nicht differenziert. Damit gilt er auch für die grundrechtlichen Leistungs- und Schutzpflichten.³⁰⁶
- 604** Für Letztere nimmt auch der EGMR eine Abwägung mit konkurrierenden Belangen vor,³⁰⁷ ebenso der EuGH bezogen auf grundfreiheitliche Schutzpflichten.³⁰⁸ Das ist jedenfalls der Kern der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch bei den Schutzpflichten. Nur ist die Perspektive eine andere. Bei ihnen muss ein Mindestmaß an Schutz gewährleistet sein, während bei den Grundrechten als Abwehrrechten nur ein Höchstmaß staatlichen Eingreifens zulässig ist.
- 605** Daher wird im ersten Fall von Untermaßverbot³⁰⁹ und im zweiten Fall von Übermaßverbot³¹⁰ gesprochen. Das ist zwar den Besonderheiten der jeweils betroffenen Grundrechtsfunktion geschuldet, bildet damit aber lediglich eine sachgebietsspezifische Ausprägung der Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie auch bei den einzelnen Grundrechten auftritt, vor allem in Hinblick auf den bestehenden Beurteilungsspielraum der staatlichen Organe. Im Übrigen ist es eine Frage der Perspektive, auch bei den abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktionen insofern das Untermaßverbot zu wahren, als ein bestimmtes Maß an individueller Freiheit nicht unterschritten werden darf, dessen genaue Grenze aber wie bei den Schutzpflichten durch Abwägung ermittelt werden muss, um nicht mit der Wesensgehaltsgarantie zusammen zufallen.
- 606** Damit ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung regelmäßig der Kern bei der Kontrolle, ob eine Grundrechtsbeeinträchtigung gerechtfertigt ist, und nur auf die Besonderheiten der jeweiligen Situation bzw. der betroffenen Grundrechtsfunktion abzustimmen. Bei Gleichheitsrechten ist eine etwaige Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund zu legitimieren.³¹¹

³⁰⁵ S.u. Rn. 677 ff.

³⁰⁶ Gegen eine Aufspaltung auch *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 35; aber dagegen *Kühling*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 583 (602 ff.); s. auch *Emmerich-Fritzsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 585 ff.

³⁰⁷ S. EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 57 ff.), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland; im Einzelnen *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 712 ff.

³⁰⁸ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5719 f., Rn. 80 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade); näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 200 f.

³⁰⁹ BVerfGE 88, 203 (254ff.) – Schwangerschaftsabbruch II.

³¹⁰ Grundlegend hierbei *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

³¹¹ S. näher u. Rn. 3205 ff.

B. Einschätzungsspielraum

I. Wegen einer partiell subsidiären Grundrechtskontrolle auf europäischer Ebene

Die Einschätzung, ob ein Eingriff für einen konkreten Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist, kann unterschiedlicher Beurteilung unterliegen. Der EGMR räumt den Konventionsstaaten grundsätzlich einen gewissen „Margin of Appreciation“ ein.³¹² Er billigt ihnen sogar bei Eingriffen in den Schutz des Privatlebens einen „ziemlich weiten Beurteilungsspielraum“ ein, wenn es um die nationale Sicherheit geht.³¹³ Um gleichwohl Missbrauch zu verhindern, verlangt der EGMR angemessene und wirksame Garantien dagegen. Dabei zählen dann die einzelnen Umstände wie die jeweils zuständigen Behörden und die Art der nationalen Rechtsbehelfe.³¹⁴ Damit bleibt auch insoweit die nähere Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen, solange insgesamt im Ergebnis eine hinreichende Missbrauchswehr sichergestellt ist. 607

Hintergrund des eingeräumten Beurteilungsspielraums ist, dass die Einschätzung des Einzelfalls den nationalen Stellen obliegt. Sie überblicken eher die Umstände des Einzelfalls, kennen sie doch genauer die Verhältnisse vor Ort.³¹⁵ Umso eher muss daher ein Beurteilungsspielraum bestehen, je stärker die nationalen Regelungsunterschiede sind.³¹⁶ Tieferer Ansatzpunkt ist, dass die Kontrolle durch den EGMR subsidiär ist, mithin erst eingreift, wenn die nationalen Instanzen die geschützten Rechte nicht ausreichend gewährleistet haben.³¹⁷ Zudem gibt es unterschiedliche Rechtstraditionen auch zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit; so ist in Großbritannien die Bedeutung des Politischen und der damit verbundenen Spielräume seit jeher wesentlich größer (Parlamentssuprematie).³¹⁸ In jüngster Zeit wurde durchaus in mehreren Fällen eine ansatzweise – Verhältnismäßigkeitskontrolle durchgeführt, aber immer noch die Herstellung eines Gleichgewichts zwischen den kollidierenden rechtlich geschützten Interessen betont (*striking a fair balance*).³¹⁹ 608

³¹² EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9815/82 (Rn. 39), NJW 1987, 2143 (2144) – *Lingens/Österreich*; Urt. vom 26.11.1991, Nr. 13585/88 (Rn. 59), EuGRZ 1995, 16 (20) – *Observer u. Guardian/Vereinigtes Königreich*.

³¹³ EGMR, Ent. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 106), NJW 2007, 1433 (1437) – *Weber u. Saravia/Deutschland zum deutschen G10-Gesetz m.w.N.*

³¹⁴ EGMR, Ent. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 106), NJW 2007, 1433 (1437) – *Weber u. Saravia/Deutschland zum deutschen G10-Gesetz m.w.N.*

³¹⁵ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 48), EuGRZ 1977, 38 (41 f.) – *Handyside/Vereinigtes Königreich*; Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 48), NJW 1985, 2885 (2886) – *Barthold/Deutschland*.

³¹⁶ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 48), EuGRZ 1977, 38 (41 f.) – *Handyside/Vereinigtes Königreich*; v. *Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 24 m.w.N.

³¹⁷ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 216 m.w.N.

³¹⁸ Ausführlich *Sydow*, Parlamentssuprematie und Rule of Law, 2005.

³¹⁹ Näher v. *Arnould*, EuR 2008, Beiheft 1, 41 (44 ff.); *Baum*, Der Schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, 2004, S. 39, 398 ff.

- 609** Allerdings sind auch bei der Durchführung des Unionsrechts diese unterschiedlichen nationalen Verwaltungsstrukturen und Rechtstraditionen zu wahren, soweit sie die Umsetzung des europäischen Rechts nicht in Frage stellen.³²⁰ Damit einher geht notwendigerweise auch eine Erfassung der einzelnen Sachverhalte. Deshalb handeln nur die nationalen Stellen vor Ort und haben damit eine genauere Kenntnis der Verhältnisse, wie sie auch für den EGMR leitendes Motiv für die Zubilligung eines Beurteilungsspielraumes war.
- 610** Die Subsidiarität wird in Art. 51 EGRG benannt und trifft insofern auf die europäischen Grundrechte zu, als auch diese in erster Linie von nationalen Instanzen gewährleistet werden können. Der größte Anwendungsbereich der Grundrechte liegt im Bereich der Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten. Dessen ordnungsgemäße und vor allem europarechtskonforme Durchführung gewährleisten in erster Linie die nationalen Gerichte. Erst im Rahmen der vor ihnen stattfindenden Verfahren wird der EuGH nach Art. 234 EG/267 AEUV angerufen.
- 611** Billigt dann der EuGH den nationalen Gerichten einen weiten Beurteilungsspielraum zu, käme diesen bei stark am einzelnen Sachverhalt orientierten Fragen auch die letztliche Entscheidung zu, wie es dem Subsidiaritätsprinzip entspricht. Sie wären von vornherein die kompetenten Organe. Damit erübrigt sich auch eine zusätzliche, eigens zu prüfende Schranken-Schranke der Subsidiarität. Diese bezieht sich ohnehin nicht auf materielles Recht, sondern auf Kompetenzen.³²¹
- 612** Allerdings darf der Beurteilungsspielraum nicht so weit aufgelockert werden, dass dadurch die materiellen grundrechtlichen Anforderungen leerlaufen, indem den Mitgliedstaaten weitestgehend die grundrechtskonforme Ausgestaltung und Anwendung von Richtlinien überlassen wird, ohne dass selbst im sensiblen Bereich des Datenschutzes nähere Eckpunkte festgelegt werden.³²²
- 613** Europäische Rechtsakte selbst können nur eingeschränkt von Einzelnen vor dem EuGH angefochten werden. Daher werden sie regelmäßig erst dann relevant, wenn sie auf nationaler Ebene vollzogen werden. Auch dann greift wiederum zuerst die innerstaatliche Kontrolle. Aber auch sie muss immer noch insoweit der Überprüfung durch den EuGH unterliegen, dass die Grundrechte noch wirksam zur Geltung kommen.³²³
- 614** Allerdings gibt der EuGH die wesentlichen Linien der Grundrechtsinterpretation für die nationalen Gerichte vor. Er kann auch auf anderem Wege als durch Individuen angerufen werden. In diesen Fällen ist der EuGH erste Anlaufstelle. Daher ist die Subsidiarität eingeschränkt.

³²⁰ S.o. Rn. 564.

³²¹ S. denn auch *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 59 mit seinem Alternativvorschlag, die Subsidiarität im Rahmen der allgemeinen Zuständigkeit herauszuziehen; Dadurch wird aber die Verwebung mit materiellen Fragen durchbrochen, die auf der Ebene des Einschätzungsspielraums und der Kontrolldichte mit hereinspielen.

³²² S. EuGH, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (116, Rn. 67 f.) – Promusicae/Telefónica; krit. dazu u. Rn. 1457 ff.

³²³ S. näher zum Rechtsschutz u. Rn. 702 ff.

II. Begrenzung durch fortschreitende Integration?

Zudem ist die Integration im Rahmen der europäischen Einigung stärker als im Rahmen der EMRK.³²⁴ Auch für Letztere wird in Frage gestellt, ob bei einer fortschreitenden Integration der nationale Beurteilungsspielraum noch sachgemäß ist oder besser abgeschafft werden sollte.³²⁵ Dieser Ansatz wird allerdings deshalb abgelehnt, weil die einzelnen Rechtsordnungen und Gesellschaften der Mitgliedstaaten aktuell immer noch sehr verschieden sind.³²⁶ Immerhin ermöglicht er dem EGMR, auch sehr flexibel auf eine zunehmende Rechtsangleichung in den Mitgliedstaaten zu reagieren und seine Kontrolle langsam anzuheben.³²⁷ 615

Dieses Herangehen passt auch für die europäischen Grundrechte. Sie sollen gerade die Unionskompetenzen nicht ausweiten und damit auch die unterschiedlichen Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten respektieren. Teilweise knüpfen die Grundrechte ausdrücklich an die nationalen Gewährleistungen an. Daher ist deren Unterschiedlichkeit gerade zugrunde gelegt. Zudem ist der Vollzug des Unionsrechts, bei dem hauptsächlich Grundrechtsverletzungen jedenfalls von der Zahl her auftreten dürften, in erster Linie Sache der Mitgliedstaaten. Nur in dem Maße, in dem Unionsrecht harmonisiert ist, kann den Mitgliedstaaten schwerlich ein Beurteilungsspielraum zugebilligt werden. Ansonsten würde die Rechtsangleichung unterlaufen, außer zu dieser gehört in der Norm ein entsprechender Gestaltungsspielraum. 616

III. Grundrechtliche Grenzen

Allerdings wird der Beurteilungsspielraum umso geringer, je stärker der Grundrechtseingriff ist³²⁸ oder ein Grundrecht mit einer besonders wichtigen Bedeutung eingeschränkt wird.³²⁹ Das gilt etwa für das Recht auf Schutz des Privatlebens, wenn die Intimsphäre des Einzelnen berührt wird.³³⁰ Ein Beispiel dafür ist die Vertraulichkeit personenbezogener Gesundheitsdaten,³³¹ die nach der EGRC Art. 8 unterfällt. 617

³²⁴ S. auch *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 118 internationalgerichtliche Besonderheiten.

³²⁵ Dafür abw. Meinung *De Meyer*, EGMR, Urt. vom 25.2.1997, Nr. 22009/93 (Ziff. III), Rep. 1997-I – Z./Finnland.

³²⁶ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 216 f. m.w.N.

³²⁷ *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 82.

³²⁸ *Uerpman-Witzack*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 3 Rn. 25; s. auch EGMR, Urt. vom 6.9.1978, Nr. 5029/71 (Rn. 50), NJW 1979, 1755 (1757) – *Klass u.a./Deutschland*.

³²⁹ *Prepeluh*, ZaöRV 2001, 771 (777).

³³⁰ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4781 f., Rn. 229) – *Parlament/Rat u. Kommission*.

³³¹ S. EGMR, Urt. vom 25.2.1997, Nr. 22009/93 (Rn. 95), ÖJZ 1998, 152 (154) – Z./Finnland.

- 618** Die Meinungsfreiheit ist für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft besonders wichtig.³³² Die Bedeutung eines Grundrechts, welche den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten einschränkt, muss daher nicht notwendigerweise für das Individuum bestehen, wenngleich sie daraus resultieren kann.³³³
- 619** Ein Beurteilungsspielraum entfällt entsprechend dem Ansatz, dass er bei besonders schweren Grundrechtseingriffen kleiner wird, ganz, wenn der Mindeststandard eines Grundrechts angetastet wird.³³⁴ Er wird dadurch herabgesetzt, dass eine Rechtsfrage innerhalb des Mitgliedstaates uneinheitlich gehandhabt wird, weil etwa erhebliche interne Kontroversen bestehen.³³⁵

IV. Aus dem Wesen der Einschränkungsründe

- 620** Vom Ansatz her ist der Beurteilungsspielraum umso stärker, je eher die Beurteilung von Einschränkungsründen den Mitgliedstaaten obliegt. Das richtet sich nach dem Wesen des Eingriffs, zuvörderst aber nach der Zielsetzung.³³⁶ Eine große Variationsbreite besteht beim Schutz der Moral³³⁷ oder bei der Erfüllung positiver Schutzpflichten, bei denen naturgemäß ein erheblicher Beurteilungsspielraum besteht, wie sie verwirklicht werden.³³⁸ Daher tritt auch die Bedeutung der Frage zurück, ob insoweit eine modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung in Form eines Untermaßverbotes erforderlich ist.³³⁹ Der konkrete Zuschnitt wird eher durch die Weite des nicht überprüfbaren Gestaltungsrahmens bestimmt.
- 621** Von aktueller Bedeutung ist die Zubilligung einer großzügigen Gestaltungsfreiheit bei der Terrorabwehr und beim Schutz der nationalen Sicherheit. Insoweit will der EGMR nicht „die Beurteilung der Frage, welches der bestmögliche Weg der Verfolgung terroristischer Straftaten ist, durch seine eigene Beurteilung ... ersetzen.“³⁴⁰ Dieser Ansatz bezog sich auf die Übernahme persönlicher Angaben in eine Niederschrift und wurde von *GA Léger* für die Vorratsdatenspeicherung bei Fluggästen übernommen: „Angesichts des Wesens und der Bedeutung des Zieles der Terrorismusbekämpfung, das ... von ausschlaggebender Bedeutung ist, ... soll-

³³² EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 49), EuGRZ 1977, 38 (42) – Handyside/Vereinigtes Königreich.

³³³ EGMR, Urt. vom 22.10.1981, Nr. 7525/76 (Rn. 52 a.E.), EuGRZ 1983, 488 (491) – Dudgeon/Vereinigtes Königreich.

³³⁴ EGMR, Urt. vom 28.11.1984, Nr. 8777/79 (Rn. 40), NJW 1986, 2176 (2177) – Rasmussen/Dänemark; aus der Lit. vgl. *Grabenwarter*, § 18 Rn. 21; *Prepeluh*, ZaöRV 2001, 771 (774 f.).

³³⁵ *Prepeluh*, ZaöRV 2001, 771 (776 f.). S. umgekehrt zu einem weiteren Beurteilungsspielraum bei divergierenden nationalen Verhältnissen o. Rn. 608 ff.

³³⁶ EGMR, Urt. vom 26.3.1987, Nr. 9248/81 (Rn. 59), Ser. A 116 – Leander/Schweden.

³³⁷ S. EGMR, Urt. vom 29.10.1992, Nr. 14234 u. 14235/88 (Rn. 68), NJW 1993, 773 (775) – Open Door u. Dublin Well Woman/Irland.

³³⁸ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 219 m.w.N.

³³⁹ S.o. Rn. 604 f.

³⁴⁰ EGMR, Urt. vom 28.10.1994, Nr. 14310/88 (Rn. 90), Ser. A 300-A – Murray/Vereinigtes Königreich.

te sich die Kontrolle ... auf die Prüfung eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers beschränken.“³⁴¹ Diese Linie entspricht dem Urteil des EuG in der Sache *Sison*, in der die Geheimhaltung eines Dokuments aus Gründen der Bekämpfung des Terrorismus ebenfalls nur auf einen „öffentlichen Beurteilungsfehler“ überprüft wurde.³⁴² Zugleich schlug *GA Léger* die Brücke zur EuGH-Judikatur.

V. Großzügige materienbezogene Zubilligung durch den EuGH

Der EuGH gewährt einen weiten Beurteilungsspielraum weniger aufgrund des Wesens der Einschränkungsründe als vielmehr nach der betroffenen Materie. 622 Verfügt ein europäisches Organ in einem bestimmten Bereich über ein weites Ermessen, so scheitert die Rechtmäßigkeit nur, wenn die Maßnahme für die Erreichung des verfolgten Ziels offensichtlich ungeeignet ist.³⁴³ Das betrifft neben spezifischen Feldern wie der Agrar- oder Sozialpolitik und der schon näher erläuterten Terrorabwehr³⁴⁴ auch die internationale Zusammenarbeit.³⁴⁵

Eine solche eingeschränkte Verhältnismäßigkeitskontrolle ist vor allem geboten, wenn es darum geht, „einen Ausgleich zwischen divergierenden Interessen herbeizuführen und auf diese Weise im Rahmen der in (die) eigene Verantwortung fallenden politischen Entscheidungen eine Auswahl zu treffen.“³⁴⁶ Ansatzpunkt ist damit tiefer gehend wie beim EGMR die Wahrung der politischen Entscheidungsbefugnis, die nicht durch eine zu enge gerichtliche Kontrolle verdrängt werden darf, und damit die Gewaltenteilung.³⁴⁷ Diese kann aber schwerlich zu einer Abschwächung des Grundrechtsschutzes führen, hat doch auch sie wiederum eine die Freiheit des Bürgers sichernde Funktion. Daher wird eher die Gewaltenteilung durch die Grundrechtskonformität geprägt als umgekehrt.³⁴⁸ 623

Ein weiterer Ansatz sind komplexe Abwägungen, die getroffen werden müssen.³⁴⁹ Diese sind oft bei einem Ausgleich zwischen divergierenden Interessen notwendig und betreffen mittlerweile zahlreiche europarelevante Materien. 624

³⁴¹ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4782 f., Rn. 231) – Parlament/Rat u. Kommission unter Hinzunahme eines „politisch sensiblen Kontextes“ bei den Verhandlungen zwischen EU und USA wegen der Erfassung und Übermittlung von Fluggastdaten.

³⁴² EuG, Rs. T-110/03 u.a., Slg. 2005, II-1429 (1456, Rn. 76) – *Sison*.

³⁴³ EuGH, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4063, Rn. 14) – *Fedesa*.

³⁴⁴ S.o. Rn. 621.

³⁴⁵ S. EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 (2511, Rn. 71) – *Hautala*; Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 (507, Rn. 53) – *Kuijer II*; Rs. T-110/03 u.a., Slg. 2005, II-1429 (1447, Rn. 46) – *Sison*; auch *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4782, Rn. 231) – Parlament/Rat u. Kommission.

³⁴⁶ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1992, I-4973 (5069, Rn. 91) – *Bananen*.

³⁴⁷ S. *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4782 f., Rn. 231, 233) – Parlament/Rat u. Kommission.

³⁴⁸ S. zum Grundgesetz und den Befugnissen des BVerfG *Frenz*, ZG 1993, 248 (253 ff.).

³⁴⁹ S. *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4783, Rn. 232 a.E.) – Parlament/Rat u. Kommission m.w.N.

- 625 Der EuGH billigt dem europäischen Gesetzgeber und den Mitgliedstaaten daher einen weitgehenden Gestaltungsspielraum bei der Regelung wirtschaftlicher Sachverhalte zu.³⁵⁰ So prüfte der EuGH im *Bananen*-Urteil nur, ob die fragliche Maßnahme zur Erreichung des verfolgten Zieles offensichtlich ungeeignet ist und ob sie bei Unsicherheiten bezüglich der künftigen Auswirkungen im Hinblick auf die Erkenntnisse, die der Gemeinschaftsgesetzgeber im Zeitpunkt des Erlasses verfügt, offensichtlich irrig erscheint.³⁵¹ In dieser Sentenz zeigt sich auch der Gedanke eines Prognosespielraums bei zukunftsbezogenen Sachverhalten.
- 626 Damit überprüft der EuGH im Wesentlichen grundrechtseinschränkendes Handeln nur auf evidente Irrtümer. Seine wesentlichen Eckpunkte sind, dass die Beschränkungen tatsächlich den dem Gemeinwohl dienenden Zwecken entsprechen und die gewährleisteten Rechte nicht in ihrem Wesensgehalt antasten.³⁵² Mit diesem letzten Gedanken ist die Verhältnismäßigkeit verwoben. Die Beschränkungen dürfen „nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet“.³⁵³

VI. Defizitäre Verhältnismäßigkeitsprüfung

- 627 Auch in der Sache erfolgt keine Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie für individuelle Grundrechtsgewährleistungen typisch ist. Zwar lassen sich formal die Elemente der Verhältnismäßigkeit, also die legitime Zielsetzung, die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahmen, identifizieren.³⁵⁴ Den angestrebten Gemeinwohlbelangen wird indes nicht die Schwere der Beeinträchtigung Einzelner in einer konkreten Situation gegenübergestellt.³⁵⁵ Vielmehr wird die gesellschaftliche Funktion dieser Rechte herausgestrichen. Die in Frage ste-

³⁵⁰ Etwa EuGH, Rs. 113/88, Slg. 1989, 1991 (2015, Rn. 20) – Leukhardt.

³⁵¹ S. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5068 f., Rn. 90) – Bananen; auch Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4063, Rn. 14) – Fedesa; Rs. C-44/94, Slg. 1995, I-3115 (3152 f., Rn. 57) – Fishermen's Organisations.

³⁵² Ausführlich zur Rechtsprechung *Schildknecht*, Grundrechtsschranken in der Europäischen Gemeinschaft, 2000; *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 36 ff.

³⁵³ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4933 (5065, Rn. 78) – Bananen; auch etwa Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2777, Rn. 45) – Karlsson; bereits Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder; Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639, Rn. 18) – Wachauf; Rs. C-62/90, Slg. 1992, I-2575 (2609, Rn. 23) – Kommission/Deutschland; Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552, Rn. 73) – Süderdithmarschen; Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119 (5156 f., Rn. 28) – von Deetzen; Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (63 f., Rn. 16) – Kühn.

³⁵⁴ Seit EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2269, Rn. 21) – Schröder; *Schwarze*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 633 (636 f.); ausführlich m.w.N. *ders.*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. LXXVI.

³⁵⁵ Im Einzelnen *Nettesheim*, EuZW 1995, 106 (106 f.); s. auch *Kokott*, AöR 121 (1996), 599 (608 f.).

henden Belange werden daher nicht ausreichend ermittelt und gewichtet,³⁵⁶ sondern eher abstrakt betrachtet,³⁵⁷ so dass die im Einzelfall entscheidenden Gründe nicht immer deutlich werden.³⁵⁸ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt daher nur formal und ohne wirkliche Substanz; sie bleibt eine leere Hülle.

Dementsprechend hat der EuGH, soweit ersichtlich, bislang keinen Rechtsakt als Verstoß gegen die praktisch hoch bedeutsame Berufs- oder Eigentumsfreiheit angesehen und lediglich einmal eine Verordnung in Einklang mit der Berufsfreiheit ausgelegt,³⁵⁹ sondern regelmäßig eine solche Verletzung kategorisch verneint.³⁶⁰ In anderen Bereichen ist es zwar nicht so, dass überhaupt keine Verletzungen von Grundrechten festgestellt wurden.³⁶¹ Sie waren aber sehr selten und konzentrierten sich auf Verfahrensgrundsätze und Diskriminierungsverbote.³⁶² **628**

Der Beurteilungsspielraum, der den grundrechtseinschränkenden Organen zusteht, kommt damit nach der Konzeption des EuGH praktisch einem Freifahrschein gleich. Es müssen nur tatsächlich die aufgeführten Gemeinwohlziele verfolgt sein. Die grundrechtseinschränkende Maßnahme darf dafür nicht offensichtlich verfehlt sein und muss zudem den Wesensgehalt der eingeschränkten Grundrechte intakt lassen. Es dominiert die Gestaltungsfreiheit der Unionsorgane bzw. der Mitgliedstaaten. Die individuellen Grundrechtsbelange werden nicht hinreichend berücksichtigt, sondern bleiben auf der Strecke. Die Abwägung geht regelmäßig zugunsten der Gemeinwohlinteressen aus.³⁶³ **629**

VII. Notwendige gleiche Verhältnismäßigkeitskontrollen bei Grundrechten und Grundfreiheiten

Die notwendige Anpassung der Grundrechtsjudikatur des EuGH an die des EGMR³⁶⁴ folgt auch aus seiner sehr präzisen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Be- **630**

³⁵⁶ *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 60, 62 m.w.N.

³⁵⁷ *V. Danwitz*, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 20 m.N.: Beschränkung auf „abstrakte Wertungen“.

³⁵⁸ *Wetter*, Die Grundrechtecharta des Europäischen Gerichtshofes, 1998, S. 107.

³⁵⁹ EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3637 f., Rn. 12 ff.) – Neu.

³⁶⁰ Bes. deutlich EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552 f., Rn. 74 ff.) – Süderdithmarschen; Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986 f., Rn. 22 ff.) – Bosphorus, wo auch keine individualbezogenen Auflockerungen diskutiert werden; s. für alle Grundrechte *Philippi*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 50.

³⁶¹ S. dagegen für die Freiheitsrechte *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 147; einen oder einige Fälle konzедierend *Kenntner*, ZRP 2000, 423 (424, Fn. 10); *Stein*, in: FS für Steinberger, 2002, S. 1425 (1431).

³⁶² *S. Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 27 f., m.N. aus der Rechtsprechung; zum Vertrauensschutz ausführlich Rn. 3012 ff.; zum effektiven Rechtsschutz Rn. 4988 ff.

³⁶³ Von einer „systematischen Verzerrung“ spricht das VG Frankfurt/M., EuZW 1997, 182 (190).

³⁶⁴ Für die Angemessenheit näher u. Rn. 666 ff.

reich der Grundfreiheiten, auch wenn diese ihren Schwerpunkt in der Erforderlichkeit findet. Immerhin werden hier präzise positive Effekte einschränkender Maßnahmen und die dabei entstehenden individuellen Beeinträchtigungen gegenübergestellt und mildere Mittel geprüft.³⁶⁵ Damit sind klare Maßstäbe vorgezeichnet, die der EuGH in Bezug auf die Grundrechte nur übernehmen müsste. Diese sind elementar für eine effektive Verhältnismäßigkeitskontrolle, um „der hoheitlichen Gewalt (k)ein Ausbrechen“ durch „weitmaschige, generalklauselartige Normen ... (zu) gestatten.“³⁶⁶

631 Zwar haben die Grundfreiheiten insofern eine andere Zielrichtung, als sie in erster Linie das Handeln der Mitgliedstaaten einschränken, während die Grundrechte den Bürger vor einem Ausgreifen der Unionsorgane in seine Freiheitsrechte bewahren. Daher hat die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den ersten Blick einen anderen Kontext, woraus eine völlig andere Bedeutung abgeleitet wird, die eine Übertragung ausschließen soll.³⁶⁷ Trotz dieser unterschiedlichen Hauptstoßrichtung gewährleisten indes beide Rechte individuelle Freiräume. Beide müssen gleichermaßen vor staatlichen Handlungen geschützt werden. Zu diesem Zweck gehen beide Rechte über ihre Hauptstoßrichtung hinaus. So verpflichten die Grundfreiheiten auch Unionsorgane,³⁶⁸ die Grundrechte umgekehrt mitgliedstaatliche Stellen, die Unionsrecht durchführen (Art. 51 EGRC), wozu selbst eine Missachtung der Grundfreiheiten gehört.³⁶⁹

632 Damit geht es gleichermaßen um den Schutz individueller Entfaltungsfreiheit, der übergeordnete Zwecke gegenüberstehen, die jeweils mit den beeinträchtigten Individualbelangen abgewogen werden müssen. Klassischer Maßstab dafür ist gerade die Verhältnismäßigkeitskontrolle. Diese muss daher bei den Grundfreiheiten und den Grundrechten gleichermaßen Anwendung finden.

C. Möglicher Zweck

I. Gemeinwohl- oder Individualbezug

1. Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC

633 Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC sieht Einschränkungen von Grundrechten aus von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen sowie aus Erfordernissen des Schutzes von Rechten und Freiheiten anderer vor. Eine Zielsetzung

³⁶⁵ S. bereits EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227 (1269 ff., Rn. 25 ff.) – Kommission/Deutschland; zum deutschen Reinheitsgebot auch etwa Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151 (173, Rn. 35 f.) – TK-Heimdienst; im Einzelnen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1057 ff.

³⁶⁶ *Schwarze*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 633 (643 f.).

³⁶⁷ *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 189; bereits *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 413.

³⁶⁸ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 309 ff.

³⁶⁹ S.o. Rn. 262 ff.

dient dem Gemeinwohl jedenfalls dann, wenn sie im Primärrecht verankert ist.³⁷⁰ Schon dieser Ansatz lässt sich in der Praxis weit auslegen.³⁷¹ Weiter gehend ist die Anerkennung durch die Union entscheidend, und sei es im Sekundärrecht oder faktisch.³⁷² Extensiv interpretieren lassen sich auch die Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer.

2. Art. 52 Abs. 3 EGRC

Diese Formulierung der Rechte anderer ist auch in Schrankenvorbehalten zur EMRK enthalten. Daher tritt in den Hintergrund, dass Art. 18 EMRK verbietet, Einschränkungen der Konventionsrechte für andere Zwecke als die vorgesehenen heranzuziehen. Die in der EMRK aufgezählten Eingriffszwecke gelten immer noch als so unbestimmt, „dass sich fast jeder staatliche Eingriff unter sie subsumieren lässt“.³⁷³ **634**

3. Art. 52 Abs. 2 EGRC

Diese breite Basis haben auch die möglichen Ansätze, um die Grundfreiheiten einzuschränken, welche parallel zu den Grundrechten liegen (s. Art. 15 Abs. 2, 45 EGRC), so dass Art. 52 Abs. 2 EGRC eingreift. Es gelten über die *Cassis*-Formel³⁷⁴ alle zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls. **635**

Zwar sind diese Gründe nicht explizit im EG/AEUV festgelegt, wie es der strenge Wortlaut des Art. 52 Abs. 2 EGRC verlangt.³⁷⁵ Indes sind sie fester Bestandteil der Systematik der Grundfreiheiten und lassen sich auch aus dieser herleiten.³⁷⁶ Ansonsten könnten zudem die Grundrechte trotz Parallelität zu die gleichen Rechte verleihenden Grundfreiheiten nicht so gut eingeschränkt werden. Dabei sollte Art. 52 Abs. 2 EGRC gerade die Kohärenz beider Rechtsquellen sicherstellen. **636**

Im Übrigen enthalten die ausdrücklichen Schrankenregelungen wichtige öffentliche Belange, auf deren Basis die Grundfreiheiten eingeschränkt werden können. Sie weisen zudem Ansätze mit zumindest auch individualbezogener Zielrichtung auf, so den Schutz der Gesundheit des Menschen sowie des gewerblichen und kommerziellen Eigentums nach Art. 30 EG/36 AEUV.³⁷⁷ Über die notwendige Be- **637**

³⁷⁰ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 21.

³⁷¹ Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 350.

³⁷² S.u. Rn. 639 ff.

³⁷³ Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 212; auch Grabenwarter, § 18 Rn. 13; Uerpmann-Witzack, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 3 Rn. 24.

³⁷⁴ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 (662, Rn. 8) – *Cassis*.

³⁷⁵ Daher sie nicht einbeziehend Eisner, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 148.

³⁷⁶ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 478 ff., 999.

³⁷⁷ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 940 ff.

achtung der Grundrechte greifen zahlreiche weitere individualbezogene Schranken.³⁷⁸

4. Gleichklang

- 638** Wegen dieser weitgehenden Parallelität der Ergebnisse tritt auch in den Hintergrund, in welchem Verhältnis Art. 52 Abs. 1, 2 und 3 EGRC zueinander stehen. Die Eingriffsmöglichkeiten sind breit. Um aber einen zu den jeweiligen Eigenheiten des jeweiligen Grundrechts, die wesentlich auf der Herkunft und der inhaltlichen Verwandtschaft mit EMRK- oder bestehenden Vertragsrechten beruhen, passenden Einstieg zu finden, ist zu differenzieren, ob Art. 52 Abs. 1, 2 oder 3 EGRC zum Tragen kommen.³⁷⁹ So ist in jedem Fall ein Gleichklang mit den jeweiligen Parallelrechten gesichert, der Divergenzen vermeidet.

II. Weiter Ansatz

1. Gemeinwohlzwecke

- 639** Diese weite Konzeption möglicher Eingriffsziele entspricht der Rechtsprechung des EuGH. Nach ihr sind auch Gemeinwohlzwecke als Rechtfertigungsansätze geeignet, die nicht ausdrücklich im Primärrecht verankert waren. Das trifft immer noch auf die Grundfreiheiten zu,³⁸⁰ deren Beschränkung einer im Ansatz wesentlich schärferen Kontrolle unterliegt als die der Grundrechte.
- 640** Für die Grundrechte verlangte der EuGH in einer frühen Entscheidung³⁸¹ allgemein, dass sie sich „in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft einfügen“.³⁸² Dabei geht es aber nicht um eine eigene gemeinschaftsspezifische Schranke,³⁸³ sondern um eine europarechtsbezogene Sichtweise.³⁸⁴ Die Grundrechte „müssen im Hinblick auf die soziale Funktion der geschützten Rechtsgüter gesehen werden. Aus diesem Grunde werden ... (sie) ... in der Regel unter dem Vorbehalt von Einschränkungen geschützt, die im öffentlichen Interesse liegen.“³⁸⁵

³⁷⁸ S. EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718, Rn. 74) – Schmidberger (Brenner-Blockade); dazu Frenz, Europarecht 1, Rn. 1037 ff.

³⁷⁹ Näher o. Rn. 539 ff.

³⁸⁰ Grundlegend EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 (662, Rn. 8) – Cassis; im Einzelnen Frenz, Europarecht 1, Rn. 499.

³⁸¹ Später aber nicht mehr, *Schildknecht*, Grundrechtsschranken in der Europäischen Gemeinschaft, 2000, S. 35.

³⁸² EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135, Rn. 4) – Internationale Handelsgesellschaft.

³⁸³ Unter Bezug auf *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 24, 42 f., 212; *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 133; auch *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 55; ähnlich *Borrmann*, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 160.

³⁸⁴ Näher *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 56 ff.

³⁸⁵ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold.

Im folgenden Satz verweist der EuGH „weiterhin“ auf mögliche Begrenzungen, 641
 „die durch die dem allgemeinen Wohl der Gemeinschaft dienenden Ziele der Gemeinschaft gerechtfertigt sind.“³⁸⁶ Damit ist nicht ganz klar, ob ein verfolgtes Ziel im Gemeinschaftsinteresse liegen und dabei auch kompetenziell abgedeckt³⁸⁷ oder gar ausdrücklich festgelegt sein muss.³⁸⁸

Diese Unsicherheit besteht auch nach der später gebrauchten und nunmehr in 642
 Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC fast wörtlich übernommenen Formel, Grundrechte können Beschränkungen unterworfen werden, „sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen.“³⁸⁹ Jedenfalls hat der EuGH neben agrarpolitischen³⁹⁰ und wettbewerblichen³⁹¹ Belangen auch solche des Verbraucherschutzes³⁹² herangezogen, bevor dieser Aspekt mit dem Amsterdamer Vertrag in den EGV aufgenommen wurde. Das erinnert an sein Vorgehen im Bereich der Grundfreiheiten, wo der Verbraucherschutz ebenfalls traditionell als Rechtfertigungsansatz für Beschränkungen diente.³⁹³

Nunmehr wird in Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC zwar ausdrücklich verlangt, dass 643
 die dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen von der Union anerkannt sind. Dadurch ergibt sich aber letztlich schon deshalb keine andere Beurteilung, weil mittlerweile die meisten gemeinwohlbezogenen Zielsetzungen in irgendeiner Weise im Primärrecht verankert sein dürften. Da die von der Union anerkannten Zielsetzungen einschlägig sind, kann weiter gehend auch eine Anerkennung im Sekundärrecht oder sogar eine faktische durch Unionsorgane unabhängig von einer normativen Festschreibung genügen. Die notwendige Gemeinwohlbezogenheit sichert nur eine bestimmte inhaltliche Ausrichtung, besagt aber nichts über eine Verankerung im Vertrag.

Daran ändert auch nichts, dass dieser Bezug die vorgesehene Formulierung 644
 „von der Union verfolgte Zielsetzungen“ ergänzen sollte.³⁹⁴ Der EuGH ließ trotz des für erforderlich gehaltenen Gemeinwohlbezugs nicht im EG festgeschriebene Zwecke genügen.³⁹⁵ Zwar mag der Konvent die Absicht gehabt haben, den EuGH zu einer Verengung seiner Linie zu bewegen, indem er den zunächst enthaltenen zusätzlichen Passus mit „anderen legitimen Interessen, die in einer demokrati-

³⁸⁶ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold.

³⁸⁷ Dahin *Pauly*, EuR 1998, 242 (256).

³⁸⁸ S. *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 55 f. m.w.N.

³⁸⁹ Seit EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder; später z.B. EuGH, Rs. C-62/90, Slg. 1992, I-2575 (2609, Rn. 23) – Kommission/Deutschland; auch Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2777, Rn. 45) – Karlsson; Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7474 f., Rn. 68) – Booker Aquaculture.

³⁹⁰ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 82) – Bananen.

³⁹¹ S. EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2926, Rn. 25) – Hoechst.

³⁹² EuGH, Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897 (2913, Rn. 14 f.) – Keller.

³⁹³ S. bereits EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 (662, Rn. 8) – Cassis. Im Einzelnen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1006 ff., 2271 ff., 2651, 2663.

³⁹⁴ So *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 21.

³⁹⁵ S. vorstehend Rn. 642 sowie im hiesigen Kontext *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 144.

schen Gesellschaft zu beachten sind“, als weitere Eingriffszwecke gestrichen hat.³⁹⁶ Jedoch blieb damit immer noch die nunmehr festgeschriebene weite Formulierung,³⁹⁷ welche – ob gewollt oder nicht – die bisherige EuGH-Rechtsprechung widerspiegelt.

2. Rechte und Freiheiten anderer

- 645** Ansonsten ist zu prüfen, ob es sich um Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer handelt. Damit werden gleichberechtigt individuelle neben gemeinwohlbezogene Belange als Eingriffszwecke gestellt. Vom EuGH wurden sie bislang im Rahmen von EMRK-Rechten herangezogen.³⁹⁸ Nunmehr werden diese Belange allgemein festgeschrieben.
- 646** Dadurch sind nicht etwa verfassungsimmanente Schranken ausgeschlossen, indem das Bedürfnis dafür entfiel,³⁹⁹ sondern diese wurden so durch den Rechtscharakter auch der Grundrechte in weitem Umfang begründet,⁴⁰⁰ ohne aber darauf notwendig begrenzt zu sein. Der Lissabonner Reformvertrag inkorporiert sogar gem. Art. 6 Abs. 1 EUV die Grundrechte in den Vertrag insgesamt. Dieser bildet daher als Ganzes den Bezugspunkt für verfassungsunmittelbare Schranken. Auf diese muss freilich im Bereich der Grundrechte faktisch wegen der weiten Rechtfertigungsmöglichkeiten nach Art. 52 Abs. 1 EGRC kaum zurückgegriffen werden.

3. Zur Verengung

- 647** Allerdings ist vorrangig zu untersuchen, ob diese weiten Rechtfertigungsmöglichkeiten nicht durch einzelne Bestimmungen der EGRC verengt wurden. Spezielle Schrankenregelungen sind nämlich vorrangig.⁴⁰¹ Das gilt auch, wenn explizite EMRK-Schrankenregelungen existieren und diese nach Art. 52 Abs. 3 EGRC heranzuziehen sind. Da dies sehr häufig zutrifft, ist der Anwendungsbereich nach Art. 52 Abs. 1 EGRC sehr begrenzt.⁴⁰² Das gilt jedenfalls vom Ansatz der berücksichtigungsfähigen Belange. Gleichwohl erwachsen daraus keine unüberwindbaren Schranken. Gerade im Bereich der EMRK zeigte sich, dass trotz qualifizierter Gesetzesvorbehalte⁴⁰³ Einschränkungen praktisch nie wegen eines fehlenden ge-

³⁹⁶ S. Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 21.

³⁹⁷ Eisner, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 144.

³⁹⁸ S. EuGH, Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 (1677, Rn. 46) – Connolly; schon Rs. 136/79, Slg. 1980, 2033 (2057, Rn. 19) – National Panasonic.

³⁹⁹ So Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 22.

⁴⁰⁰ Eisner, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 144 f.

⁴⁰¹ S.o. Rn. 538 ff.

⁴⁰² Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 350.

⁴⁰³ Die Notwendigkeit in Art. 8 Abs. 2 EMRK erfordert sogar ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis, GA Léger, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4781, Rn. 226) – Parlament/Rat u. Kommission unter Verweis insbes. auf EGMR,

eigneten Eingriffszweckes für rechtswidrig befunden wurden.⁴⁰⁴ Überdies kann Art. 52 Abs. 1 EGRC in seiner Lückenfüllungsfunktion⁴⁰⁵ der Grundgedanke der Unionskompatibilität der Eingriffsziele entnommen werden,⁴⁰⁶ was allerdings weit zu verstehen ist.⁴⁰⁷ Zudem liegt die Nennung der eher auf nationale Maßnahmen passenden Eingriffsziele der öffentlichen Sicherheit und Ordnung parallel zu den europäischen Grundfreiheiten.

III. Tatsächliche Verfolgung legitimer Zwecke

Damit kommt es eher darauf an, dass die angeführten Zielsetzungen auch tatsächlich 648 verfolgt werden. Dies wurde vom EuGH des Öfteren problematisiert, wenn auch im Hinblick auf die Grundfreiheiten⁴⁰⁸ – insbesondere zur Ausscheidung rein wirtschaftlicher Zielsetzungen.⁴⁰⁹ Solche sind demgegenüber im Bereich der Grundrechte vom Ansatz her möglich, weil diese nicht spezifisch Wirtschaftsschranken und nationale Protektion einheimischer Anbieter abbauen wollen, sondern davon losgelöst vor allem individuelle Freiheit und Gleichheit schützen.

Allerdings sind auch die Grundrechte zumal bei ihrer Inkorporierung über einen Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV nach dem Lissabonner Vertrag in das europäische Regelwerk eingebunden. Dessen Grundzielsetzung besteht im Ausbau des Binnenmarktes. Dem widersprechen zwar nicht rein wirtschaftliche Zielsetzungen, aber solche zum Schutze nationaler Anbieter. Diese bilden daher wie im Bereich der Grundfreiheiten⁴¹⁰ keine legitime Zielsetzung. Da derartige Motive gerne kaschiert werden, ist bei nationalen Maßnahmen, die europäische Grundrechte einschränken, besonders sorgfältig darauf zu achten, ob behauptete andere Beweggründe nur vorgeschoben sind oder tatsächlich bestehen. 649

IV. Unabhängig von bestimmter Wertigkeit

Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC verlangt nur, dass eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung von der Union anerkannt ist. Eine Zielsetzung muss daher keine bestimmte Wertigkeit aufweisen. Auch der EuGH verlangte bislang eine solche nicht.⁴¹¹ Daher wird ihm vorgeworfen, er lasse selbst drittrangige Gemeinschaftsinteressen 650

Urt. vom 24.11.1986, Nr. 9063/80 (Rn. 55), Ser. A 109 – Gillow/Vereinigtes Königreich.

⁴⁰⁴ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 350 f.

⁴⁰⁵ S.o. Rn. 555.

⁴⁰⁶ Bereits *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, 2. Aufl., EUV/EGV, Art. 6 EUV Rn. 70 u. 123.
⁴⁰⁷ S.o. Rn. 643 ff.

⁴⁰⁸ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 525 f.

⁴⁰⁹ Z.B. EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 (1884, Rn. 39) – Decker.

⁴¹⁰ EuGH, Rs. C-203/96, Slg. 1998, I-4075 (4126 f., Rn. 43 f.) – Dusseldorp.

⁴¹¹ S. *Selmer*, Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH, 1998, S. 131.

für die Rechtfertigung nachhaltiger und gravierender Grundrechtseingriffe genügen.⁴¹²

- 651** Eine solche Wertigkeit lässt sich indes schwerlich bestimmen. Art. 2 und 3 EG/3 Abs. 3 EUV, 26 ff. AEUV nennen verschiedene Belange gleichermaßen, ohne etwa den elementaren Grundfreiheiten eine herausgehobene Stellung zuzumessen; nach dem Lissabonner Vertrag werden sie an den fraglichen Stellen nicht mehr explizit genannt.⁴¹³ Die Grundrechte sind darin weiterhin nicht erwähnt. Damit hängt der Vorrang des einen oder anderen Belangs von der konkreten Situation ab. Es gibt keinen generellen Vorrang des jeweils beeinträchtigten Grundrechts und umgekehrt kein automatisches Überwiegen besonders hochwertiger beeinträchtigender Belange.⁴¹⁴ Welcher Aspekt sich im Einzelfall durchsetzt, hängt von der konkreten Abwägung ab. Diese schlägt nur tendenziell eher zugunsten hochwertiger Güter aus. Stehen solche auf Seiten der Grundrechte, wird deren Bedeutung im konkreten Fall unter Umständen durch die geringe Intensität der Beeinträchtigung geschmälert.

D. Geeignetheit

- 652** Immerhin prüfte der EuGH die Eignung der ein Grundrecht einschränkenden Maßnahme im Hinblick auf das verfolgte Ziel, wenn auch nur auf eine offensichtliche Ungeeignetheit.⁴¹⁵ Die Geeignetheitsprüfung steht auch beim EGMR an der Spitze der Verhältnismäßigkeitskontrolle.⁴¹⁶ Dieser prüft, ob die geltend gemachten Motive für eine Einschränkung überhaupt beachtlich und genügend sind.⁴¹⁷
- 653** Dadurch wird der Begriff der Eignung mit der Relevanz der verfolgten Ziele in Verbindung gebracht. In der Tat lässt sich regelmäßig annehmen, dass die geltend gemachten Zielsetzungen irrelevant sind und damit tatsächlich überhaupt nicht verfolgt werden, sofern eine Maßnahme von vornherein ungeeignet dafür ist. Das gilt zumal dann, wenn sie entsprechend dem Prüfungsmaßstab des EuGH offensichtlich ungeeignet ist.
- 654** Aus dieser Verbindung mag sich erklären, dass in Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC das Kriterium der Geeignetheit nicht eigens genannt ist. Es kann entsprechend dem Ansatz des EGMR dem explizit aufgeführten Erfordernis entnommen wer-

⁴¹² *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 60; *Huber*, EuZW 1997, 517 (520).

⁴¹³ Indirekt erfasst werden sie über den Binnenmarkt, s. Art. 4 Abs. 2 lit. a); 26 Abs. 2 AEUV.

⁴¹⁴ Vgl. zum Umweltschutz u. Rn. 1207 ff.

⁴¹⁵ Dazu EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5068 f., Rn. 90) – Bananen; s. bereits o. Rn. 625.

⁴¹⁶ *S. Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 214.

⁴¹⁷ EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9815/82 (Rn. 40), NJW 1987, 2143 (2144) – *Lingens/Österreich*; Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 47), Rep. 1998-I – *Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei*.

den, dass Einschränkungen den verfolgten Gemeinwohlzielen tatsächlich entsprechen.

Der EuGH nennt die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme getrennt.⁴¹⁸ Die Prüfung erfolgte früher unter dem Ansatz, ob eine Maßnahme ein notwendiges und angemessenes Mittel bildet.⁴¹⁹ Danach lassen sich unter die in Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC ausdrücklich enthaltene Notwendigkeit sowohl die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit fassen. Sieht man nur Letztere umfasst,⁴²⁰ ist die Geeignetheit der Erforderlichkeit naturgemäß vorgelagert.⁴²¹ 655

Für die Geeignetheit genügt, dass eine Maßnahme das verfolgte Ziel überhaupt erreichen kann.⁴²² An ihr wird daher eine grundrechtseinschränkende Maßnahme kaum scheitern, wenn die geltend gemachten Zielsetzungen ernst gemeint sind und damit tatsächlich verfolgt werden. 656

Bereits die vorstehenden Ausführungen, dass unter die Notwendigkeit sowohl die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit gefasst werden können, zeigen, dass der EuGH sich jedenfalls im Hinblick auf die gewohnten Kategorien der deutschen Grundrechtsprüfung nicht immer klar ausdrückt.⁴²³ Diese terminologische Unschärfe gilt auch für die folgenden Prüfungspunkte, so insbesondere auch für die Angemessenheit, die keineswegs stets mit einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne einhergeht.⁴²⁴ 657

E. Erforderlichkeit

Dass Einschränkungen nur bei Erforderlichkeit vorgenommen werden dürfen, legt Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC durch die eigenständig benannte Bedingung der Notwendigkeit ausdrücklich fest. Damit ist diese jedenfalls bei Einschränkungen europäischer Grundrechte zu prüfen. Sie könnte höchstens dann entfallen, wenn Art. 52 Abs. 3 EGRC zum Zuge kommt und man in diesem Rahmen eine eigen- 658

⁴¹⁸ Etwa EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2269, Rn. 21) – Schröder.

⁴¹⁹ Z.B. EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1136 f., Rn. 8 ff.) – Internationale Handelsgesellschaft; näher m.w.N. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 414 f.

⁴²⁰ Die Geeignetheit von der Notwendigkeit begrifflich trennend schon EuGH, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4063 f., Rn. 15 f.) – Fedesa.

⁴²¹ S. EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2269, Rn. 21) – Schröder.

⁴²² Schwarze, in: FS für Rengeling, 2008, S. 633 (637).

⁴²³ S. Eisner, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 61, 187 f. mit verschiedenen Beispielen (neben der Rs. Internationale Handelsgesellschaft EuGH, Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161 (1176 ff., Rn. 25 ff.) – Köster, wo ebenfalls die Geeignetheit und dann die Erforderlichkeit im Hinblick auf ein notwendiges und angemessenes Mittel geprüft wurde.

⁴²⁴ S. EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1137, Rn. 14 f.) – Internationale Handelsgesellschaft; Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161 (1177 f., Rn. 31) – Köster einerseits; Rs. 99 u. 100/76, Slg. 1977, 861 (873, Rn. 11) – „De beste Boter“ u. Hoche; Rs. 122/78, Slg. 1979, 677 (684 f., Rn. 16/18) – Buitoni andererseits; näher Eisner, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 187 f.

ständige Erforderlichkeitsprüfung ablehnt.⁴²⁵ Immerhin fragt der EGMR bei der Verhältnismäßigkeit nach gelinderen Mitteln,⁴²⁶ wenn man in der Erforderlichkeit nicht schon einen eigenen Rechtsgrundsatz der europäischen Menschenrechtsordnung sehen will.⁴²⁷

- 659** Die Erforderlichkeit umfasst die Prüfung, ob ein milderes Mittel zur Verfügung steht, welches bei gleicher Wirksamkeit die angetasteten Grundrechte weniger beeinträchtigt. „Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen.“⁴²⁸

F. Angemessenheit

I. Fundierung

- 660** Die Angemessenheit wird in Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC nicht ausdrücklich verlangt. Die grundrechtseinschränkende Maßnahme muss aber den von der Union anerkannten gemeinwohlbezogenen Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Das impliziert bereits, dass die Grundrechtsbeeinträchtigung den sie tragenden Zielsetzungen bzw. Erfordernissen gegenübergestellt wird. Grundlage dafür ist natürlich, dass diese Motive tatsächlich verfolgt werden.⁴²⁹ Dies kann jedoch schwerlich alleine ausreichen.
- 661** Trotz seiner sehr zurückgenommenen Prüfung verlangt auch der EuGH, dass Beschränkungen neben der tatsächlichen Zielverfolgung „nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen ... Eingriff darstellen“.⁴³⁰ Dadurch ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und damit die Angemessenheit angesprochen, was in folgender Formulierung deutlicher wird: „Ferner müssen die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.“⁴³¹

⁴²⁵ So *Grabenwarter*, § 18 Rn. 15.

⁴²⁶ So auch *Grabenwarter*, § 18 Rn. 15 unter Verweis auf EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 58), EuGRZ 1977, 38 (47 f.) – *Handyside/Vereinigtes Königreich*; s. auch EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 39), EuGRZ 1994, 549 (550 f.) – *Informationsverein Lentia u.a./Österreich*; Urt. vom 2.10.2001, Nr. 36022/97 (Rn. 97), ÖJZ 2003, 72 (74) – *Hatton u.a./Vereinigtes Königreich*.

⁴²⁷ So *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 214 m.w.N.

⁴²⁸ EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – *Schräder*.

⁴²⁹ S.o. Rn. 648 f.

⁴³⁰ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 78) – *Bananen*.

⁴³¹ EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2269, Rn. 21) – *Schräder*.

II. Notwendiger Individualbezug

Indes werden vom EuGH nur Grundrecht und Allgemeininteresse einander gegenübergestellt; es zählt hingegen nicht die Schwere der Beeinträchtigung Einzelner in einer konkreten Situation.⁴³² 662

Genau darauf kommt es aber im Rahmen eines wirksamen Schutzes individueller Grundrechte an. Dieser ist jedenfalls durch die ausdrückliche Festschreibung detaillierter Grundrechte in der EGRC geboten, während bislang die Grundrechte lediglich als allgemeine Rechtsgrundsätze fungierten und daher breitere Gestaltungsmöglichkeiten ließen. Zwar bestehen immer noch Beurteilungsspielräume.⁴³³ 663 Diese aber haben sich in einem Rahmen zu halten, dass es sich tatsächlich um festgefügte Grundrechte des Einzelnen handelt, die ihn vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen schützen.

Damit ist Bezugspunkt der Abwägung nicht das Grundrecht als solches, sondern das Maß der individuellen Beeinträchtigung. Es sind daher nicht nur Allgemeinwohlbelang und Grundrecht abstrakt gegenüberzustellen,⁴³⁴ sondern ganz konkret die Auswirkungen auf die Betroffenen mit einzubeziehen und mit dem Nutzen für den verfolgten Zweck zu vergleichen. Erst auf dieser Grundlage kommt der Beurteilungsspielraum zum Zuge. Mit dieser Maßgabe deckt er weiterhin ab, dass auch zukunftsbezogene und daher unsichere Maßnahmen ergriffen bzw. komplexe Sachverhalte geregelt werden können. 664

Der Beurteilungsspielraum kann sich auch dadurch erweitern, dass das Ausmaß individueller Rechtsbeeinträchtigungen unsicher ist. Dies darf aber nicht nur zu Lasten der Grundrechte gehen, werden diese doch ansonsten im Ansatz weniger stark geschützt als die bei Grundrechtsbeeinträchtigungen verfolgten Gemeinwohlbelange. 665

III. Übertragung der Judikatur des EGMR

Der EGMR verfolgt bereits einen solchen individualbezogenen Ansatz. Er wägt das Interesse der Allgemeinheit mit dem Interesse des Einzelnen am Schutz seiner Grundrechte ab und fragt, ob Ersteres überwiegt.⁴³⁵ Das entspricht in etwa der Prüfung der Angemessenheit im deutschen Recht. Dieses Merkmal als solches ver- 666

⁴³² Etwa *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 113 m.w.N.: keine subjektive Verhältnismäßigkeitsprüfung.

⁴³³ S.o. Rn. 615 ff.

⁴³⁴ So demgegenüber bislang der EuGH, s.o. Rn. 627 ff.

⁴³⁵ EGMR, Urt. vom 6.9.1978, Nr. 5029/71 (Rn. 59), NJW 1979, 1755 (1758) – Klass u.a./Deutschland; Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 32), Rep. 1998-I – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei. Auch EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 39), EuGRZ 1994, 549 (550 f.) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich; Urt. vom 2.10.2001, Nr. 36022/97 (Rn. 97), ÖJZ 2003, 72 (74) – Hatton u.a./ Vereinigtes Königreich.

wenden zwar sowohl der EGMR als auch der EuGH.⁴³⁶ Allerdings ist die individualbezogene Sichtweise des EGMR auch im Rahmen der EGRC generell zugrunde zu legen und damit nicht nur bei Heranziehung von Art. 52 Abs. 3 EGRC, sondern auch für den allgemeinen Art. 52 Abs. 1 EGRC. Insoweit muss der EuGH seine Rechtsprechung fortentwickeln.⁴³⁷

667 Zieht man die Rechtsprechung des EGMR allgemein heran, sind die Besonderheiten auszublenken, die aus dem Merkmal eines notwendigen Schutzes der demokratischen Gesellschaft erwachsen. Dieses Erfordernis gilt bei Rechten, die der EMRK nachgebildet wurden, so insbesondere für die Achtung der privaten Sphäre, die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, das Recht der freien Meinungsäußerung sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Aus diesem Merkmal⁴³⁸ ergeben sich besondere Gesichtspunkte, die zu berücksichtigen sind. Typische Merkmale dieses Leitbildes sind insbesondere Pluralismus, Toleranz und ein Geist der Offenheit.⁴³⁹

668 Diese besondere Ausrichtung des Interesses der Allgemeinheit auf den Schutz der demokratischen Gesellschaft⁴⁴⁰ ändert aber nichts an der Gegenüberstellung von Gemeinwohlbelangen und individuellen Interessen am Schutze des betroffenen Grundrechts. Es bleibt damit gleichwohl die individualbezogene Abwägung erhalten. Nur wird das gewählte Motiv des gemeinwohlbezogenen Interesses besonders aufgeladen und regelmäßig verstärkt. Das ist aber nicht notwendig der Fall. So sind engagierte Staatsbürger ein notwendiges Merkmal einer demokratischen Gesellschaft. Hierfür brauchen sie aber einen entsprechenden grundrechtlichen Freiraum. Daher kann der Schutz einer demokratischen Gesellschaft auch die Interessen des Einzelnen am Schutz seiner Grundrechte verstärken.

G. Wesensgehalt

669 Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC verlangt ausdrücklich, dass der Wesensgehalt des eingeschränkten Grundrechts geachtet wird. Das entspricht der Rechtsprechung des EuGH, der ebenfalls diese Forderung aufstellte,⁴⁴¹ teils in einem Atemzug mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung⁴⁴² und ohne den Wesensgehalt zu konkretisieren.⁴⁴³

⁴³⁶ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 214, 351.

⁴³⁷ S. aus Sicht der Grundfreiheiten bereits o. Rn. 630 ff.

⁴³⁸ Näher u. Rn. 674 ff.

⁴³⁹ S. schon EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 49), EuGRZ 1977, 38 (42) – Handyside/Vereinigtes Königreich; auch Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 33), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland; zusammenfassend *Grabenwarter*, § 18 Rn. 18.

⁴⁴⁰ S. *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 214 sowie etwa *Wildhaber/Breitenmoser*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 8 Rn. 724.

⁴⁴¹ Erstmals EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold; später Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder; Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639, Rn. 18) – Wachauf; Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4513 f., Rn. 72) – SAM u. Stapf.

⁴⁴² S. z.B. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 78) – Bananen.

Blickt man auf das deutsche Verfassungsrecht, liegt eine Parallele zu Art. 19 Abs. 2 GG nahe.⁴⁴⁴

Durch die Vermischung beider Begriffe wird dem EuGH in der Lit. ein relatives Verständnis der Wesensgehaltsgarantie attestiert.⁴⁴⁵ Danach enthält die Wesensgehaltsgarantie keinen absoluten Kern, der nicht aufgrund besonderer Umstände unantastbar wäre.⁴⁴⁶ **670**

Zwar werden Wesensgehaltsgarantie und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch in Art. 52 Abs. 1 EGRC sprachlich von einander getrennt, doch lehnt sich die Formulierung des Art. 52 Abs. 1 EGRC lediglich an die Rechtsprechung des EuGH an,⁴⁴⁷ so dass sich aus Art. 52 Abs. 1 EGRC das Verhältnis der Wesensgehaltsgarantie zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenfalls nicht deutlich herauslesen lässt.⁴⁴⁸ **671**

Der EGMR hat verlangt, dass ein Eingriff nicht die Substanz eines Rechts verletzen oder auf eine Weise erfolgen dürfe, die den Kern eines Rechts antastet.⁴⁴⁹ Insbesondere wird auch auf die Wahrung der Menschenwürde als eines der grundlegendsten Zielsetzungen der EMRK verwiesen.⁴⁵⁰ Weil in der EGRC der Menschenwürdegehalt an der Spitze in Art. 1 EGRC steht, folgt insbesondere aus ihm, worin der Wesensgehalt eines Grundrechts besteht.⁴⁵¹ **672**

Die Wahrung des Wesensgehaltes ist durchgehend zu prüfen, sei es nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC unmittelbar, sei es nach Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. der Judikatur des EGMR oder im Wege der Lückenfüllung auch im Hinblick auf Art. 52 Abs. 2 EGRC.⁴⁵² Allerdings hat auch der EuGH im Bereich der Grundfreiheiten anklingen lassen, „das durch den Vertrag verliehene ... Recht (würde sonst) **673**

⁴⁴³ Pernice, NJW 1990, 2409 (2416); Eisner, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 58, 141 f. m.w.N.

⁴⁴⁴ Dazu Krebs, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 19 Rn. 22 ff.

⁴⁴⁵ S. Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 90; Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 48; dahin tendierend auch Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 117.

⁴⁴⁶ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 52 GRCh Rn. 64.

⁴⁴⁷ Streinz, in: ders., Art. 52 GR-Charta Rn. 1.

⁴⁴⁸ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 91; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 52 GRCh Rn. 64.

⁴⁴⁹ EGMR, Urt. vom 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298 (300) – „Belgischer Sprachenfall“; Urt. vom 21.2.1975, Nr. 4451/70 (Rn. 38), EuGRZ 1975, 91 (98) – Golder/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 28.5.1985, Nr. 8225/78 (Rn. 57), NJW 1986, 2173 (2175) – Ashingdane/Vereinigtes Königreich.

⁴⁵⁰ Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 215 unter Verweis auf EGMR, Urt. vom 22.11.1995, Nr. 20190/92 (Rn. 42), Ser. A 335-C – C.R./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 22.11.1995, Nr. 20166/92 (Rn. 44), ÖJZ 1996, 356 (357) – S.W./Vereinigtes Königreich; anders die Beurteilung von Grabenwarter, § 18 Rn. 15; wie hier Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 30; Stieglitz, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 86 ff.

⁴⁵¹ Borowsky, in: Meyer, Art. 1 Rn. 31 u. Art. 52 Rn. 23; Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 352.

⁴⁵² S.o. Rn. 539 ff.

selbst verneint“.⁴⁵³ Diese Sentenz wurde aber nicht fest etabliert⁴⁵⁴ und wird zudem der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugeordnet.⁴⁵⁵ Sie lässt sich indes parallel zu den Grundrechten aus den Grundfreiheiten ableiten, dürfen doch auch diese nicht vollständig ausgehöhlt werden.⁴⁵⁶ Das läuft aber eher auf ein abstrakt-generelles Verständnis hinaus.⁴⁵⁷

H. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft

- 674** Dass ein Grundrechtseingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, wird u.a. in Art. 8 Abs. 2 EMRK als eigene Voraussetzung aufgestellt. Dabei handelt es sich daher um ein allgemeines Schrankenmerkmal.⁴⁵⁸ Das gilt allerdings nur für die Grundrechte, die einen solchen Vorbehalt gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC aufweisen, da sie wie die Achtung des Privat- und Familienlebens, die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, die Meinungsäußerungs- sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit der EMRK nachgebildet wurden.
- 675** Soweit die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft die möglichen Eingriffe erweitert, ist darauf zu achten, dass daraus kein Rückschritt gegenüber dem bestehenden europäischen Standard entgegen Art. 53 EGRC erwächst. Indes wurden schon bisher Grundrechte unter Rückgriff auf die EMRK ausgelegt.⁴⁵⁹ Zudem kann die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft auch die Einschränkungsmöglichkeiten verengen, jedenfalls wenn man daraus die Konsequenz eines mündigen Staatsbürgers zieht, der Raum zu eigener Entfaltung und Äußerung seiner Ansichten benötigt.⁴⁶⁰
- 676** Eine demokratische Gesellschaft weist dabei auch die Struktur der Europäischen Union auf, obwohl früher immer wieder Kritik an Demokratiedefiziten geübt wurde.⁴⁶¹ Ohnehin ist der EGMR nicht so streng, wenn es um das Vorliegen einer demokratischen Gesellschaft geht.⁴⁶² Im Kern geht es um eine bestimmte Ausrichtung ergriffener Maßnahmen. Diese sollen die für eine Demokratie charakteristischen Merkmale und damit insbesondere Pluralismus, Toleranz und Neutra-

⁴⁵³ EuGH, Rs. 118/75, Slg. 1976, 1185 (1199, Rn. 20) – Watson u. Belmann.

⁴⁵⁴ Sie zurückweisend *Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, 2005, S. 148.

⁴⁵⁵ *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 177 f.; auch *H. Schneider*, Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag, 1998, S. 182 f.

⁴⁵⁶ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 537.

⁴⁵⁷ Dafür auch *Szczekalla*, in: Heselerhaus/Nowak, § 7 Rn. 51 f.

⁴⁵⁸ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 213.

⁴⁵⁹ S.o. Rn. 532 ff.

⁴⁶⁰ S.o. Rn. 668.

⁴⁶¹ *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 334.

⁴⁶² Näher *Ibing*, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 205 ff. sowie spezifisch zur EG S. 280 ff.; s. auch o. Rn. 531 f.

lität sicherstellen.⁴⁶³ Nur dann sind sie notwendig. Damit wird dieses Merkmal letztlich in die Verhältnismäßigkeitsprüfung integriert.⁴⁶⁴ Das kann auch in der Weise erfolgen, dass die Bedeutung eines Verhaltens für die demokratische Gesellschaft den staatlichen Beurteilungsspielraum für ein Verbot verengt.⁴⁶⁵

§ 4 Grundsätze

A. Strukturell bedingte eingeschränkte Prüfung

I. Gründe

Die Funktionsweise von Grundsätzen ist indirekt, vergleichbar den Richtlinien.⁴⁶⁶ Sind aber staatliche Maßnahmen zu ihrer Ausgestaltung notwendig, kann eine Beeinträchtigung erst auf dieser Basis geprüft werden. Nicht jede staatliche Maßnahme, die Grundsätze antastet, führt also zu ihrer Beeinträchtigung. Vielmehr ist ein Gesamtbild der ergriffenen Maßnahmen notwendig, ob diese insgesamt gesehen die Grundsätze näher ausformen oder aber einschränken. Sie sind ohnehin nicht auf vollständige Verwirklichung angelegt. Daher liegt es auch in der Natur der Sache, dass die staatlichen Maßnahmen sie nicht optimal verwirklichen, mithin ihre vollständige Wirkungskraft kaum entfaltet werden kann. Würde man dies bereits als Beeinträchtigung ansehen, wäre der in Art. 52 Abs. 5 EGRC zugebilligte Gestaltungsspielraum⁴⁶⁷ weitgehend verloren. Es geht um fortlaufende Optimierung und Annäherung. Daher ist auch die gerichtliche Überprüfung beschränkt. Sie wird auch dadurch erheblich zurückgedrängt, dass die erst realisierungsbedürftigen Grundsätze selbst kein subjektives Recht verleihen.⁴⁶⁸ **677**

II. Beeinträchtigung durch fehlerhafte Ausgestaltung

Daher geht es auch schon im Ansatz weniger darum, ob die Grundsätze durch staatliche Maßnahmen beeinträchtigt werden. Vielmehr ist in erster Linie darauf zu achten, dass überhaupt staatliche Maßnahmen zur näheren Verwirklichung ergehen. In diesem Rahmen können dann die Grundsätze bei Maßnahmen, die zur Verwirklichung der Grundsätze ergehen, zur Auslegung einfließen und damit die so betroffenen staatlichen Maßnahmen verstärken. So verfuhr der EuGH bei der Interpretation von Richtlinien.⁴⁶⁹ **678**

⁴⁶³ S. bereits o. Rn. 667.

⁴⁶⁴ S. auch u. Rn. 1861.

⁴⁶⁵ S.u. Rn. 1863 ff. je nach öffentlichem Interesse einer Meinungsäußerung zumal (auch) mit wirtschaftswerbendem Gehalt.

⁴⁶⁶ S.o. Rn. 579 ff.

⁴⁶⁷ Allgemein näher o. Rn. 407 ff.

⁴⁶⁸ Jarass, § 7 Rn. 36 f. Näher o. Rn. 439.

⁴⁶⁹ EuGH, Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835 – DRK.

- 679** Problematisch wird es erst, wenn eine solche Interpretation nicht möglich ist, entweder weil keine staatlichen Maßnahmen ergangen sind oder diese so weit hinter den durch die Grundsätze festgelegten Standards zurück bleiben, dass sie sich nicht auf die dadurch festgesetzte Linie „hochinterpretieren“ lassen. Dann droht die Verwirklichung der in der EGRC festgelegten Grundsätze auf der Strecke zu bleiben.
- 680** Damit ist die Effektivität dieser Grundsätze bedroht. Das gilt aber nur in dem Umfang, wie diese Grundsätze tatsächlich bestimmte Standards europarechtlich festschreiben und nicht eine allgemeine Zielbestimmung enthalten, deren Verwirklichung weitestgehend in die Hände der Union bzw. der Mitgliedstaaten gelegt ist. Je weiter dieser Gestaltungsspielraum reicht, desto weniger kann die Verwirklichung der in der EGRC festgelegten Grundsätze gefährdet werden. Das gilt etwa dann, wenn gänzlich auf das Unionsrecht und die betreffenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten verwiesen wird. Dann bestimmen diese letztlich auch den Gehalt des entsprechenden Grundsatzes. Daher können dann die einzelstaatlichen Vorschriften nicht einen solchen Grundsatz beeinträchtigen. Sie verstoßen höchstens gegen konkretisierendes Unionsrecht, welches den fraglichen Grundsatz in zulässiger Weise bereits näher ausgestaltet hat.

III. Bei definiertem Mindeststandard

- 681** Allerdings gibt es auch Grundsätze, bei denen sich ein bestimmtes Schutzniveau aus der EGRC ergibt. Dafür steht insbesondere der Umweltschutz nach Art. 37 EGRC, für den ein hohes Niveau und eine Verbesserung nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sicherzustellen sind. Das betrifft allerdings die Politik der Union, in die der Umweltschutz entsprechend einbezogen werden muss. Damit unterliegt er von vornherein der Abwägung mit anderen Gesichtspunkten.⁴⁷⁰ Gleichwohl ist er in diese Abwägung mit einem hohen Schutzniveau und dem Ziel der Verbesserung einzustellen. Daraus ergibt sich dann auch ein zumindest im Grundsatz festgelegter Maßstab, der nicht unterschritten werden darf.

IV. Sonstige einschränkende Maßnahmen

- 682** Sollen die Grundsätze nicht weitgehend leer laufen, müssen sie auch vor Beeinträchtigungen durch Maßnahmen geschützt werden, die nicht auf die Verwirklichung des betroffenen Grundsatzes gerichtet sind, ihn aber bei anderer Zielsetzung gleichwohl einschränken. Das gilt zumal dann, wenn ein Grundsatz wie der Umwelt- und der Verbraucherschutz nach Art. 37 f. EGRC auf Einbeziehung in die Politiken der Union zielt. Dann wird er gerade an die Politiken herangetragen, die andere Ziele verfolgen und ihn daher zu missachten drohen. Erfolgt dies tatsächlich trotz thematischer Einschlägigkeit, liegt eine Beeinträchtigung vor, sei es, dass

⁴⁷⁰ Näher u. Rn. 4352 ff.

ein Grundsatz gar nicht in die Abwägung eingestellt wird (Abwägungsausfall), sei es, dass er nicht hinreichend gewichtet wird (Abwägungsdisproportionalität).

Geht es nicht um eine adäquate Einstellung in die Abwägung bei der Festlegung von Unionspolitiken, liegt eine Beeinträchtigung vor, wenn der materielle Gehalt verletzt wird, so wenn die Union ein postuliertes Recht nicht achtet, so zugunsten älterer Menschen nach Art. 25 EGRC oder von Menschen mit Behinderung nach Art. 26 EGRC. Allerdings ist auch dabei der weite Spielraum bei der Einhaltung des Grundsatzes zu beachten. Lediglich wenn er überschritten wird, liegt eine Beeinträchtigung vor. **683**

B. Untermaßverbot

I. Fundierung

Ist in einem Grundsatz ein bestimmter Standard festgeschrieben, wird er unterschritten, wenn gemeinschaftliche Maßnahmen dahinter zurück bleiben. Das durch einen materiell aufgeladenen Grundsatz vorgegebene Maß wird unterschritten. Daher wird ein solchermaßen gewonnenes Untermaßverbot verletzt.⁴⁷¹ **684**

Das entspricht der Rechtsprechung des deutschen Verfassungsgerichts zu den grundrechtlichen Schutzpflichten.⁴⁷² Auch diese sind dadurch gekennzeichnet, dass die staatlichen Stellen für die Umsetzung einen sehr weiten Spielraum haben, der nur durch bestimmte Mindestanforderungen begrenzt ist. Schutzpflichten geben wie Grundsätze nur Richtlinien und Impulse für das staatliche Handeln, jedenfalls wenn sie objektiv-rechtlich abgeleitet werden.⁴⁷³ Den staatlichen Stellen ist die Wahl der Mittel überlassen.⁴⁷⁴ Grundsätze sind dabei eher noch unbestimmter als grundrechtliche Schutzpflichten. Das gilt zumal dann, wenn man Letztere subjektiv-rechtlich gewinnt.⁴⁷⁵ Daher passt auf Grundsätze umso weniger die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. **685**

Allerdings dürfte die bloße Annahme eines Wesensgehaltsgebotes⁴⁷⁶ zu kurz greifen, ist doch damit lediglich ein unabdingbarer Mindestgehalt vorgegeben und der Charakter eines Grundsatzes als Strukturprinzip, welches die Abwägung bestimmt, nicht deutlich genug gemacht, außer man reduziert die Wesensgehaltsgarantie ihrerseits auf eine bloße Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁴⁷⁷ **686**

Ein solches Untermaßverbot greift auch dann ein, wenn zwar ein Grundrecht auf das bestehende Unionsrecht und die nationalen Rechtsvorschriften und Ge- **687**

⁴⁷¹ Für diese Wortwahl auch R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 54.

⁴⁷² BVerfGE 88, 203 (254); BVerfG, NJW 1996, 651; bereits Canaris, AcP 184 (1984), 201 (228); Jarass, AöR 110 (1985), 363 (383); näher Dietlein, ZG 1995, 131 ff.

⁴⁷³ BVerfGE 39, 1 (41).

⁴⁷⁴ BVerfGE 77, 170 (214 ff.); 92, 26 (46).

⁴⁷⁵ S.o. Rn. 374 ff.

⁴⁷⁶ So R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 54.

⁴⁷⁷ S. BVerfGE 109, 133 (156 ff.) – Sicherungsverwahrung; aber BVerfGE 80, 367 (373) – Tagebuchaufzeichnung; Frenz, Öffentliches Recht, Rn. 257 f. sowie o. Rn. 669 ff.

pflogenheiten verweist, wie dies bei Art. 36 EGRC der Fall ist, aber immerhin durch die Aufnahme in die Charta zeigt, dass ein solches Recht zumindest bestehen soll.⁴⁷⁸ Damit ist immerhin das Recht als solches festgeschrieben. Nur die Ausgestaltung ist variabel, je nachdem, wie das bestehende Unionsrecht und die nationalen Vorschriften und Gepflogenheiten zugeschnitten sind.

688 Allerdings muss bei Änderungen dieser Bestimmungen die grundsätzliche Existenz des jeweiligen Grundrechts bedacht werden. Das gilt etwa für den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 EGRC. Wegen der ausdrücklichen Festschreibung handelt es sich um eine Abwägungskomponente, die bei der jeweiligen Regulierung einzubeziehen ist. Damit gelangt man wiederum zu einer notwendigen Gewichtung des entsprechenden Grundsatzes, die nicht außer Acht gelassen werden darf, und damit zu einem einzuhaltenden Untermaßverbot. Allerdings ist dieses aufgelockerter als dann, wenn aus der EGRC zugleich bestimmte materielle Standards wie ein hohes Schutzniveau folgen. Von daher ist für solche lediglich als Hülle festgeschriebenen Rechte eher die Bezeichnung als Wesensgehaltsgebot⁴⁷⁹ gerechtfertigt.

689 Damit bildet das Untermaßverbot den zentralen Kontrollmaßstab bei Grundsätzen, die in der EGRC festgelegt sind.

II. Nähere Ausgestaltung

1. Definition des zu wahrenen Mindestmaßes

690 Zunächst sind die genaue Zielrichtung des entsprechenden Grundsatzes und deren konkrete Festlegung herauszufinden. Werden Schutzstandards definiert, wie etwa ein hohes Umweltschutzniveau für die Verbesserung der Umweltqualität in Art. 37 EGRC, sind diese materiellen Maßstäbe zugrunde zu legen und näher auszufüllen. Fehlt es daran, ist gleichwohl der jeweilige Mindeststandard aus dem betroffenen Grundrecht zu ermitteln. Knüpft das Grundrecht ausschließlich an die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten an, wie dies etwa in Art. 36 EGRC der Fall ist, ist auch immerhin das Recht als solches festgelegt und damit auch bei nationalen Regulierungen zu wahren.⁴⁸⁰

2. Unterschreitung

691 Auf dieser Basis ist dann zu prüfen, ob der festgelegte Mindeststandard unterschritten wurde. Dabei sind die Inhalte der Normierungen, welche den betroffenen Grundsatz konkretisiert haben, zu ermitteln und dem zu wahrenen Mindeststandard gegenüber zu stellen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Grundsätze auf Verwirklichung angelegt sind und daher einen großen Spielraum lassen.

⁴⁷⁸ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 54.

⁴⁷⁹ So auch hier R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 54.

⁴⁸⁰ Zu Art. 36 EGRC näher u. Rn. 4285 f. sowie auch Rn. 4302 ff.

Dieser Spielraum ist höchstens durch materielle Festlegungen in dem Grundsatz selbst verengt. Insbesondere die Wahl der Mittel obliegt aber wie bei Richtlinien den Mitgliedstaaten und den Unionsorganen. Diese sind im Übrigen nur auf die Einhaltung des Grundsatzes als solchem verpflichtet, ohne dass regelmäßig vorgegeben ist, ob dies auf einem hohen oder einem niedrigen Niveau zu geschehen hat. Insbesondere sind sie auch weitgehend frei darin, zu entscheiden, wo zunächst Maßnahmen ergehen und wo diese erst später erfolgen sollen, es sei denn, es entstehen konkrete Anlässe für bestimmte Maßnahmen.⁴⁸¹ Solche ergeben sich allerdings vor allem dann, wenn ein bestimmtes Schutzniveau festgeschrieben wurde und dieses unterschritten ist. 692

Geht es um zukünftige Entwicklungen, steht den zuständigen Organen auch insoweit ein erheblicher Einschätzungsspielraum zu, ob Maßnahmen notwendig sind, ebenso bei komplexen Sachverhalten, bei denen verschiedene Interessen aufeinander prallen, die von vornherein nicht vollständig verwirklicht werden können, so dass in jedem Fall Abstriche zu machen sind. Unter diesen einschränkenden Maßgaben ist festzustellen, ob das vorgegebene Mindestschutzniveau angesichts der ergriffenen Maßnahmen tatsächlich unterschritten wurde. 693

III. Rechtfertigung

Wurde das vorgegebene Schutzniveau unterschritten, ist parallel zu den unmittelbar subjektiv einforderbaren Grundrechten zu prüfen, ob diese Unterschreitung im Einzelfall gerechtfertigt ist. Daher sind zunächst die Gründe heraus zu arbeiten, die dazu führten. Insbesondere im sozialen Bereich können hier finanzielle Gesichtspunkte ausschlaggebend sein, welche die Bezahlung bestimmter Maßnahmen (noch) nicht erlauben. 694

Bei Grundsätzen, die wie der Umweltschutz von vornherein mit anderen Gesichtspunkten im Rahmen der Politik der Union abgewogen werden müssen, sind die konkurrierenden Belange zu ermitteln. Sie sind dann in ihrer konkreten Ausprägung den jeweils einschlägigen Gesichtspunkten gegenüber zu stellen. Hier hat dann eine Abwägung zu erfolgen, ob es geeignet, erforderlich und angemessen ist, etwa die Umweltschutzbelange im konkreten Fall zurückstehen und z.B. ökonomische Belange überwiegen zu lassen. 695

Zwar erinnert dieses Vorgehen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den klassischen Grundrechten. Indes sind die Maßstäbe durch den Grundsatzcharakter der betroffenen Bestimmung sehr verschieden. Den Mitgliedstaaten kommt ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Zudem steht die Kontur der konkreten Maßnahme, welche sich grundrechtlich ergibt, kaum fest. Daher geht es eher um ein abstraktes Gegenüberstellen von verschiedenen Belangen, die nur in einen sachgerechten Ausgleich in der jeweiligen Situation gebracht werden mussten. 696

Das gleicht dem Vorgehen bei Planungen, wo gleichfalls sämtliche relevanten Belange in die Abwägung eingestellt, richtig gewichtet und in einen vernünftigen Ausgleich gebracht werden müssen, ohne dass einem Belang ein zu großes oder 697

⁴⁸¹ S. für den Umweltschutz u. Rn 4338 f.

zu niedriges Gewicht gegeben wurde. Nur die verbindlichen Leitsätze sind zu wahren. Das sind hier die Mindestgewährleistungen im Rahmen des jeweiligen Grundsatzes.

698 Im Übrigen aber sind die handelnden Organe im Wesentlichen nur auf einen sachgerechten Ausgleich verpflichtet, ohne dass sie jeden individuellen Belang konkret berücksichtigen können und müssen. Eine solche Prüfung im Bereich der Grundsätze erinnert an das Vorgehen, welches der EuGH bislang im Rahmen der Grundrechte generell an den Tag legte, das aber gerade keiner sauberen Verhältnismäßigkeitsprüfung entspricht.⁴⁸²

IV. Eingeschränkte Unwirksamkeit

699 Grundsätze zielen auf Optimierung. Ergeht eine Maßnahme zu ihrer Realisierung, ist sie selbst dann, wenn sie hinter den geforderten Standards zurückbleibt, regelmäßig immer noch besser als gar keine. Sie ist daher nur unwirksam, wenn der betroffene Grundsatz ohne sie nicht noch stärker beeinträchtigt wird.⁴⁸³ Der Normgeber kann dann nur den Auftrag zur Nachbesserung erhalten.

700 Handelt es sich hingegen um eine Maßnahme, die den Grundsatz nur antastet, aber nicht seiner Realisierung dient, kann sie aus der Sicht der Verwirklichung dieses Grundsatzes sehr wohl aufgehoben werden. Dann wird nur eine vorhandene Beeinträchtigung beseitigt.

⁴⁸² S.o. Rn. 627 f.

⁴⁸³ Jarass, § 7 Rn. 35.

§ 5 Prüfungsschema zu Art. 52 Abs. 1 und Abs. 5 EGRC

701

Tabelle 4.1. Prüfungsschema zu Grundrechten und Grundsätzen

Grundrechte	Grundsätze
Schutzbereich	
• ohne immanente Reduktion • Missbrauchsverbot als ultima ratio • Gleichrang der Grundrechte, grds. nur Spezialität	• nähere Ausfüllung oft durch nationale bzw. europäische Bestimmungen
Beeinträchtigung	
• auch mittelbar und indirekt • kein Bagatellvorbehalt	• fehlerhafte Ausgestaltung • Unterschreitung Mindeststandard • Missachtung in der Abwägung
Rechtfertigung	
• legitimer Beweggrund • auf gesetzlicher Grundlage • geeignet • erforderlich • angemessen • Beurteilungsspielraum: v.a. bei komplexen Sachverhalten, Schutzpflichten	• legitimer Beweggrund • auf gesetzlicher Grundlage • Untermaßverbot bei großem Beurteilungsspielraum • Abwägung, ob Zurückstehen eines Belangs geeignet, erforderlich und angemessen (sachgerechter Ausgleich)
Wesensgehalt	

Kapitel 5

Durchsetzung der Grundrechte

§ 1 Allgemeiner Rahmen

A. Keine grundrechtsspezifischen Durchsetzungsmechanismen

I. Nicht übernommene Ansätze

Um die europäischen Grundrechte durchzusetzen, bestehen keine spezifischen Mechanismen. Dies steht im Gegensatz zur Geltendmachung der Grundrechte nach dem Grundgesetz mittels der darauf spezifisch ausgerichteten Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Auch für die Durchsetzung der Rechte nach der EMRK ist ein eigenes Klageverfahren vorgesehen. Hierfür wurde sogar ein eigener Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte eingerichtet. 702

Für die europäischen Grundrechte wurde ebenfalls immer wieder gefordert, eine eigene Durchsetzungsform zu schaffen.¹ Indes wurde in die EGRC keine eigene Regelung aufgenommen. Dies betrifft auch die Rechte, welche der EMRK nachgebildet wurden. Diese verfügen daher im Rahmen der EGRC über keinen auf sie spezifisch zugeschnittenen Durchsetzungsmechanismus. Es können höchstens die Parallelrechte aus der EMRK vor dem EGMR geltend gemacht werden, aber nur über die Bindung der Mitgliedstaaten, solange die EU nicht selbst Vertragspartei der EMRK ist² und daher der darin eingerichteten Gerichtsbarkeit von vornherein nicht unterworfen ist. 703

II. Verstoß gegen Art. 52 Abs. 3 EGRC?

Deshalb könnten allerdings die der EMRK nachgebildeten Grundrechte hinter der Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird, entgegen Art. 52 Abs. 3 EGRC zurückbleiben. Schließlich ist ein eigens für die Durchsetzung der Grundrechte eingerichtetes Verfahren möglicherweise eher in der Lage, den Besonderheiten des Grundrechtsschutzes Rechnung zu tragen. Das betrifft so- 704

¹ S. *Pache*, in: Heselhaus/Nowak, § 8 Rn. 22 und ausführlich *Rengeling*, in: FS für Everling, 1995, S. 1187 ff.

² S.o. Rn. 38, 107.

wohl den Zugang insbesondere der Individuen, welche eine Verletzung der Grundrechte geltend machen, als auch die materielle Ausgestaltung, da in einem solchen Verfahren ausschließlich oder doch zumindest in erster Linie grundrechtliche Fragen geprüft werden und daher tendenziell einen größeren Stellenwert einnehmen. Diesem Ansatz entsprechend könnte aus Art. 52 Abs. 3 EGRC die Notwendigkeit eines Verfahrens abgeleitet werden, welches eigens für die Grundrechte eingerichtet wird.

705 Jedenfalls die Einsetzung eines eigenen Gerichts für die Grundrechte erscheint aber deshalb entbehrlich, weil mit dem EuGH bereits eine anerkannte Rechtsprechungsinstanz zur Verfügung steht. Der EGMR wurde nicht zuletzt deshalb eingerichtet, um überhaupt die Durchsetzung der Rechte nach der EMRK sicherzustellen. Ziel war es insoweit, ausschließlich für diese Rechte einen Gerichtshof zu schaffen, auch wenn er im Ergebnis lediglich über die Konventionsrechte zu urteilen hat. Das beruht indes auf seinem von vornherein begrenzten Wirkungskreis.

706 Aber auch die Einrichtung eines eigenen Verfahrens für die Durchsetzung von Grundrechten ist in dem Maße entbehrlich, wie die Durchsetzung der Grundrechte gleichwohl gewährleistet bleibt. Art. 52 Abs. 3 EGRC verlangt inhaltlich die gleiche Bedeutung und Tragweite. Er erstreckt sich damit zwar insbesondere auf die Schrankenvorbehalte³ und auch auf die Schranken-Schranken, nicht aber auf die prozessuale Durchsetzung. Entscheidend ist vielmehr, dass der materielle Gehalt der Rechte mit den vorhandenen Durchsetzungsmöglichkeiten adäquat zur Geltung kommen kann. Das ist durch den EuGH im Rahmen der allgemeinen Verfahren gewährleistet.

707 Bester Beleg dafür ist die Gewährleistung der Grundfreiheiten, welche in einer vielfältigen Rechtsprechung immer weiter ausgeformt und zu ihrer heutigen Stärke geführt wurden. Entscheidend dafür war ihr Charakter als subjektiv-öffentliche Rechte kraft unmittelbarer Geltung, nicht hingegen ein für sie spezifisch eingerichtetes Gerichtsverfahren. Vielmehr trugen dazu die verschiedenen Möglichkeiten für den Einzelnen bei, die Gerichte anzurufen, nämlich nicht nur den EuGH, sondern auch die nationalen Gerichte, wenn es etwa um die direkte Einforderung vor den Verwaltungsgerichten geht oder um Schadensersatz wegen Staatshaftung vor den ordentlichen Gerichten.⁴ Auch für die Grundrechte ist eine adäquate Entwicklung zu erwarten. Hinzu kommen die Verfahren, die den Mitgliedstaaten sowie der Kommission an die Hand gegeben sind, um die Einhaltung von Unionsrecht und damit auch der Grundrechte in den Mitgliedstaaten sicherzustellen. Die Wahrung unter anderem der Grundrechte auf europäischer Ebene gewährleistet insbesondere die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG/263 AEUV.

³ S.o. Rn. 59.

⁴ Ausführlich *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 86 ff.

B. Einfügung in das allgemeine Klagesystem

I. Eingeschränkte Anrufbarkeit des EuGH

Da spezielle Verfahren fehlen, sind Klagen, die auf die Durchsetzung der europäischen Grundrechte gerichtet sind, nur im Rahmen des allgemein zur Verfügung stehenden Klagesystems möglich. Auf europäischer Ebene stellt sich dadurch allerdings insbesondere das Problem, dass die Grundrechtsberechtigten, also vor allem die Individuen, nur eingeschränkt den EuGH unmittelbar anrufen können. Von der Klageart ist das Verfahren nach Art. 230 Abs. 4 EG/263 Abs. 4 AEUV prädestiniert.⁵ Danach können aber natürliche und juristische Personen bislang nur gegen an sie ergangene Entscheidungen sowie sie unmittelbar und individuell betreffende Verordnungen und an andere Personen adressierte Entscheidungen klagen. So können insbesondere Rechtshandlungen der europäischen Organe, welche die Grundrechte beeinträchtigen, kaum angegriffen werden, außer es handelt sich um an Einzelpersonen oder Unternehmen gerichtete Entscheidungen etwa im Wettbewerbsbereich. Art. 263 Abs. 4 AEUV soll natürlichen und juristischen Personen allerdings die Nichtigkeitsklage auch gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter öffnen, die sie unmittelbar – und damit nicht mehr notwendig individuell⁶ – betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen.⁷ **708**

II. Erweiterung gegen Normen?

1. Schutzdefizit

Deshalb bleiben insbesondere die normativen Grundlagen für Grundrechtseingriffe durch Einzelakte dem individuellen Rechtsschutz entzogen. Das ist aber weitgehend auch in Deutschland so, weil die Individualverfassungsbeschwerde wie die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG/263 Abs. 4 AEUV im Allgemeinen eine unmittelbare, gegenwärtige, individuelle Beschwerde voraussetzt, welche Gesetzen regelmäßig fehlt.⁸ **709**

Ausnahmen bestehen nach dem BVerfG dann, wenn der Einzelne schon vor dem Ergehen von Vollzugsakten zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder Dispositionen veranlasst⁹ wird oder straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtliche Sanktionen befürchten muss¹⁰ oder allein schon wegen der Wirkung des Gesetzes betroffen wird,¹¹ so dass ein Zuwarten unzumutbar ist.¹² Entsprechende Weiterungen gibt es in der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 230 Abs. 4 EG/263 **710**

⁵ Es als Mittelpunkt ansehend *Pache*, in: Heselhaus/Nowak, § 8 Rn. 13.

⁶ *Kokott/Dervisopoulos/Henze*, EuGRZ 2008, 10 (14).

⁷ Näher u. Rn. 761 f.

⁸ S. etwa BVerfGE 28, 314 (320); 34, 338 (340); 51, 369 (376 f.); 89, 69 (82).

⁹ BVerfGE 68, 287 (300); 75, 246 (263).

¹⁰ BVerfGE 89, 69 (82) – Haschischkonsum.

¹¹ S. BVerfGE 110, 274 (290 f.) – Ökosteuer.

¹² Zum Ganzen etwa *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 107 ff.

Abs. 4 AEUV nicht. Auch Art. 263 Abs. 4 AEUV bezieht nur Rechtsakte mit Verordnungscharakter ein, die keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen. Diese dürfen also auch nicht drohen, sondern müssen wegen der unmittelbaren Rechtsfolgenanordnung etwa in der Verordnung selbst entbehrlich sein.¹³ Ist dies nicht der Fall, bleibt weiterhin nur¹⁴ eine erweiterte Anfechtbarkeit vor nationalen Gerichten. Praktische Konsequenzen ergeben sich etwa bei drohenden Strafen, die als solche auch in europäischen Rechtsakten vorgesehen werden können,¹⁵ sowie bei ohne vorherigen Rechtsschutz vollziehbaren Abschiebungen und Ausweisungen, sofern auch insoweit europarechtliche Vorgaben bestehen.¹⁶

2. BVerfG?

- 711 Das BVerfG kommt aber allenfalls für nationales Umsetzungsrecht in Betracht, da sich seine Gerichtsbarkeit auf europäische Rechtsakte jedenfalls grundsätzlich von vornherein nicht erstreckt, auch wenn sie sich in Deutschland negativ auf die Grundrechte des Grundgesetzes auswirken.¹⁷ Das europarechtlich zwingend vorgeprägte Umsetzungsrecht unterliegt ebenfalls an sich nur der Kontrolle an den europäischen Grundrechten.¹⁸ Von daher ist höchstens denkbar, den Rechtsweg zum BVerfG auf der Basis von Art. 19 Abs. 4 GG gegen nationale Umsetzungsgesetze zu ermöglichen, die zu nicht mehr korrigierbaren Dispositionen zwingen oder unmittelbaren Belastungen z.B. durch Steuern oder Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitentatbestände führen.¹⁹
- 712 Damit wäre aber auch das BVerfG funktionell ein Unionsgericht zur Wahrung der europäischen Grundrechte. Auf diese Rolle ist das BVerfG bisher nicht ausgerichtet. Sie würde auch nicht seinem Selbstverständnis als Teil eines Kooperationsverhältnisses mit dem EuGH²⁰ entsprechen. Aus Sicht des Unionsrechts ist nur der EuGH Verfassungsgericht.²¹ Diesem lässt das BVerfG den Vortritt, solange er den Grundrechtsschutz generell gewährleistet.²² In solchen Fällen sieht es sich nicht in einer partiellen Lückenfunktion.

¹³ Dazu EuG, Rs. T-177/01, Slg. 2002, II-2365 – Jégo-Quéré, aufgehoben durch EuGH, Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3425 – Jégo-Quéré; s.u. Rn. 760.

¹⁴ Zu einer Erweiterung der Nichtigkeitsklage u. Rn. 762, 764.

¹⁵ S. EuGH, Rs. C-440/05, EuGRZ 2007, 696 (701, Rn. 66 ff.) – Kommission/Rat.

¹⁶ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 332.

¹⁷ Ausführlich dazu Rn. 150 ff.; in diesem Zusammenhang auch Heck, NVwZ 2008, 523 (525).

¹⁸ S. BVerfGE 124, 47 sowie näher Rn. 162 f.

¹⁹ S.u. Rn. 735 f.

²⁰ BVerfGE 89, 155 (175) – Maastricht, s. dazu auch Rn. 152 ff.

²¹ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 344.

²² S.o. Rn. 150 ff.

3. „Umweg“ Verwaltungsgerichte

Bleibt als „Umweg“, ²³ dass die nationalen Gerichte verstärkt angerufen werden können, ²⁴ und sei es auf der Basis europarechtlich gewonnener Verfahrensrechte im Wege grundrechtskonformer Auslegung, weil andernfalls das betroffene europäische Grundrecht nicht wirksam gesichert werden könnte. ²⁵ 713

So ist an eine unmittelbare verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zu denken, die nicht subsidiär zu einem Vorgehen gegen bevorstehende Verwaltungsakte wäre. ²⁶ Das kommt in erster Linie bei sonst drohenden straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionierungen in Betracht, müssen doch solche Maßnahmen schon nach deutschem Verwaltungsprozessrecht nicht abgewartet werden. ²⁷ 714

Im Übrigen aber drohte das verwaltungsgerichtliche Klagesystem in starkem Umfang pervertiert zu werden. Zwar ist der EuGH großzügig in der europarechtskonformen Interpretation nationaler Ansätze, wenn die Umsetzung von Richtlinien ansteht. ²⁸ Hier ginge es um das Überspringen einer Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Feststellungsklage und eine erweiterte Sicht des in § 43 Abs. 1 VwGO geforderten Feststellungsinteresses. 715

Indes führt das Absehen von einem Vorrang einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zu einer tiefgreifenden Umgestaltung des deutschen verwaltungsgerichtlichen Klagesystems. So sollte auch nach dem EuGH bezogen auf eine Ausdehnung einer individuellen Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG/263 Abs. 4 AEUV eine Auslegung „im Lichte des Grundsatzes eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ... nicht zum Wegfall der fraglichen Voraussetzung, die ausdrücklich im Vertrag vorgesehen ist, führen. Andernfalls würden die Gemeinschaftsgerichte die ihnen durch den Vertrag verliehenen Befugnisse überschreiten.“ ²⁹ Vielmehr verwies der EuGH auf die Notwendigkeit einer Vertragsänderung, ³⁰ die der Lissabonner Vertrag vorsieht. Dann kann aber schwerlich von den nationalen Gerichten verlangt werden, dass sie sich über ausdrückliche nationale Grenzen hinwegsetzen, zumal es sich hier um Gemeinschafts- bzw. nunmehr Unionsgerichte im funktionellen Sinne handelt. 716

Der EuGH verfährt zwar offenbar bei einer den mitgliedstaatlichen Gerichten vorgegebenen Uminterpretation innerstaatlichen Rechts wesentlich flexibler als bei einer Erweiterung der europarechtlichen Klagevoraussetzungen. Indes geht es hier um die Ausfüllung des gerade nationaler Autonomie unterliegenden prozes- 717

²³ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 334.

²⁴ Dahin auch EuGH, Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3425 (3458 f., Rn. 31 f., 35 f.) – Jégo-Quéré.

²⁵ Näher Gundel, VerwArch. 2001, 81 (105 ff.); auch Cremer, Die Verwaltung 2004, 165 (175 ff.).

²⁶ Im Hinblick auf Verordnungen Lenz/Staeglich, NVwZ 2004, 1421 (1424 ff.).

²⁷ S. VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 227; OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 264; OVG Saarlouis, NJW 1992, 2846.

²⁸ EuGH, Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835 – DRK.

²⁹ EuGH, Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3425 (3459, Rn. 36) – Jégo-Quéré.

³⁰ EuGH, Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3425 (3462, Rn. 45) – Jégo-Quéré.

sualen Bereichs. Für diesen ließ der EuGH erst jüngst wieder einen erheblichen Spielraum.³¹

- 718** Auch wenn insoweit der EuGH sich nicht gegen eine Konkurrenz durch die nationalen Gerichte sperrt, sprechen doch gewichtige Gründe gegen diesen Weg. Vor allem die Einheitlichkeit des Rechtsschutzes hindert eine generelle Verlagerung der gerichtlichen Durchsetzung europäischer Grundrechte auf die nationale Ebene durch die Herleitung einer Grundrechtsklage im jeweiligen Prozessrecht.³²
- 719** Nimmt man die nationale Autonomie im Bereich des Prozessrechts ernst, ist in Deutschland vorrangig nach Angriffsmöglichkeiten auf der Basis der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage zu suchen, außer es stehen Strafen oder Ordnungsgelder an. So können Ausnahmegewilligungen beantragt und bei Ablehnung mit der Verpflichtungsklage gerichtlich geltend gemacht werden. Darüber kann unter Umständen eine grundrechtskonforme Auslegung etwa über Härtefallregeln³³ oder aber bei Zweifeln an der Grundrechtskonformität eine Vorlage an den EuGH erreicht werden.
- 720** Vorläufige Abhilfe vermag der einstweilige Rechtsschutz sicherzustellen, der bei für rechtswidrig erachtetem Europarecht zur Aussetzung des Vollzuges führen kann. Voraussetzungen sind erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der entsprechenden Norm, schwere irreparable Nachteile für den Antragsteller und eine angemessene Berücksichtigung des Gemeinschaftsinteresses an einer einheitlichen Rechtsanwendung. Das so vorläufigen Rechtsschutz gewährende Gericht hat die europarechtliche Norm dem EuGH vorzulegen.³⁴
- 721** Dadurch entstehen freilich erhebliche zeitliche Verzögerungen, zumal wenn die Vorlage an den EuGH durch ein letztinstanzliches Gericht aufgrund von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erst erzwungen werden muss.³⁵ Insoweit ist auf einen Rechtsschutz in angemessener Zeit zu achten, um Verstöße dagegen zu vermeiden.³⁶ Im Übrigen aber geht es dem EuGH um eine Überprüfung überhaupt, und sei es auch im Rahmen von Schadensersatzklagen, sofern nur der europäische Rechtsakt selbst

³¹ S. EuGH, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148 (151 f., Rn. 57 f.) – Kempster; dazu *Kanitz/Wendel*, EuZW 2008, 231 ff.

³² Auch *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 333 f. hat insoweit erhebliche systematische Bedenken; zu Divergenzen in den Mitgliedstaaten *Wölker*, DÖV 2003, 570 (573 f.).

³³ Vgl. zur VO (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, ABl. L 47, S. 1, aufgehoben durch VO (EG) Nr. 1234/2007, ABl. 2007 L 299, S. 1, EuGH, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065 (6097 ff., Rn. 26 ff.) – T.Port.

³⁴ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (542 f., Rn. 23 ff.) – Süderdithmarschen; BVerfG, NJW 2007, 1521 (1522) – Sportwetten; zum Ganzen *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 641 ff.

³⁵ Insoweit besteht kein europarechtlicher Anspruch, *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 334 f.

³⁶ Jüngst umfassend *Ottaviano*, Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, 2008. Dazu auch u. Rn. 5049 ff.

überprüft wird.³⁷ Die nähere Ausgestaltung dieses breiten Rahmens ist Sache des nationalen Rechts.³⁸

III. Schwerpunkt vor nationalen Gerichten

Daher können im Wesentlichen erst Vollzugsakte angegriffen werden, wenn es 722
um die Verletzung von Grundrechten geht. Unionsrecht wird in erster Linie in den Mitgliedstaaten vollzogen. Diese Durchführung wird nach Art. 51 EGRC ebenfalls vom Schutz europäischer Grundrechte umfasst. Da sich der Vollzug des Unionsrechts in die nationalen Strukturen einfügt, ist es nicht ungewöhnlich, sondern gerade konsequent, dass insoweit der Rechtsschutz auch gegen eine Verletzung europäischer Grundrechte vor den nationalen Gerichten erfolgt.

Hieran zeigt sich der notwendige Durchgriff auch der europäischen Grundrechte 723
auf nationaler Ebene im Bereich des Rechtsschutzes im Gefolge des nationalen Vollzugs von Unionsrecht. Nur ist insoweit eine Konzentration erforderlich, als der EuGH eine einheitliche Gesamtauslegung sicherstellen muss, wozu insbesondere das Vorlageverfahren nach Art. 234 EG/267 AEUV dient. Im Übrigen aber kann der Rechtsschutz dezentral erfolgen. Das Rechtsschutzsystem steht daher auch im Bereich der europäischen Grundrechte auf zwei Standbeinen.³⁹ Während bisher die Judikate des EuGH im Blickfeld standen, werden daher wohl die Entscheidungen der nationalen Gerichte verstärkte Bedeutung erlangen. Einen Anfang machte das BVerwG zum Emissionshandel,⁴⁰ dessen Einführung als System an den europäischen Grundrechten gemessen und für vereinbar mit ihnen gehalten wurde.

§ 2 Durchsetzung vor den nationalen Gerichten

A. Verwaltungsgerichte

I. Klagebefugnis

Vor diesem Hintergrund kann der Einzelne die ihm zustehenden europäischen 724
Grundrechte in erster Linie vor den nationalen Verwaltungsgerichten geltend machen. Auch die europäischen Grundrechte verleihen ihm dort subjektiv-öffentliche Rechte, auf die er nach deutschem Recht die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO gründen kann. Damit kann er auf der Grundlage europarechtlicher Normen eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen ihn in seinen Grundrechten beeinträch-

³⁷ EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 (2317, Rn. 41; 2321, 58 f.) – Unibet; näher u. Rn. 746; in diesem Kontext bereits *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 335.

³⁸ EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 (2316 f., Rn. 39, 42) – Unibet.

³⁹ S. etwa jüngst v. *Danwitz*, DVBl. 2008, 537 (538).

⁴⁰ BVerwGE 124, 47; bestätigt von BVerfG, NVwZ 2007, 942.

tigende Verwaltungsakte bzw. auf die Vornahme von Verwaltungsakten erheben, die er für die Verwirklichung seiner Grundrechte braucht.

725 Im zweiten Fall ist allerdings die unmittelbare Berufung auf Grundrechte deshalb eingeschränkt, weil die Klagebefugnis auf den Erlass von Verwaltungsakten regelmäßig auf einfachgesetzliche Bestimmungen gestützt wird und damit eher aus einer europäischen Verordnung folgen kann. Jedoch können in diesem Rahmen die Grundrechte eine Verordnungsermächtigung subjektiv aufladen und indirekt zu einer Klagebefugnis führen. Sie können etwa dann eine Rolle spielen, wenn es um die Auslegung nach den Maßstäben der weiterhin auch für europäisches Recht herangezogenen Schutznormtheorie⁴¹ und damit um die Frage geht, ob europarechtliche Bestimmungen entsprechende Schutznormen bilden.

726 Eine Klagebefugnis aus europäischen Grundrechten kann auch für eine Leistungsklage⁴² und eine Feststellungsklage⁴³ folgen. Erstere kommt in Betracht, wenn nationale Stellen Warnungen und Empfehlungen aussprechen, die sich auf europarechtliche Vorgaben gründen. Letztere kann erforderlich sein, wenn die konkreten Rechte und Pflichten auf der Basis einer europäischen Verordnung, die von nationalen Stellen vollzogen wird, oder einer durch eine Richtlinie geprägtes nationales Gesetz unklar sind, aber für den Betroffenen bald geklärt werden müssen – so im Bereich des Emissionshandels, sobald die jeweilige Handelsperiode beginnt.⁴⁴ Aber auch insoweit gilt die Subsidiarität der Feststellungsklage.⁴⁵ Vorrangig sind daher Klagen etwa auf Zuteilung von Berechtigungen bzw. gegen die Abgabe von Zertifikaten oder Berichten.

727 Damit ist die Einforderbarkeit vor nationalen Gerichten nicht nur fester Bestandteil der individualrechtsverleihenden Grundfreiheiten,⁴⁶ sondern auch der europäischen Grundrechte. Daraus ergibt sich auch insoweit die Notwendigkeit, einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen. Fehlen Kontrollmöglichkeiten durch deutsche Gerichte, wird die Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG verletzt.⁴⁷ Zu den subjektiven Rechten, deren Durchsetzbarkeit gewährleistet sein muss, gehören auch die europarechtlich garantierten⁴⁸ und damit die Grundrechte. Auch für sie sind die nationalen Gerichte Unionsgerichte im funktionellen Sinn.⁴⁹ Daher wird insoweit auch ihre Arbeit von europarechtlichen Standards geprägt. Auch die mitgliedstaatlichen Gerichte unterliegen damit der Garantie effektiven Rechtsschutzes in der europarechtlichen Ausprägung,⁵⁰ haben doch auch sie kraft ihrer Mitwirkungspflicht nach Art. 10 EG/4 Abs. 3 EUV den

⁴¹ S. aus jüngster Zeit näher *Pietzcker*, in: FS für Isensee, 2007, S. 577 (586 ff.); m.w.N. *Hoppe*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 263 (272 ff.).

⁴² § 42 Abs. 2 VwGO ist entsprechend heranzuziehen, BVerwG, NJW 1996, 139.

⁴³ Für diese gilt § 42 Abs. 2 VwGO analog, BVerwGE 100, 262 (271); 99, 64 (66); m.w.N. auch zur Gegenansicht *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 1099.

⁴⁴ S. allerdings BVerwGE 124, 47 (54).

⁴⁵ Näher o. Rn. 715 f.

⁴⁶ Dazu *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 87 f.

⁴⁷ BVerwGE 124, 47 (57).

⁴⁸ Im Einzelnen *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 152 ff.

⁴⁹ Allgemein *Burgi*, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 58, noch bezogen auf die Gemeinschaftsgerichte.

⁵⁰ Z.B. EuGH, Rs. C-13/01, Slg. 2003, I-8679 (8721, Rn. 50) – *Safalero*.

Schutz der individuellen europäischen Rechte zu gewährleisten⁵¹ und sind damit Bestandteil des europäischen Rechtsschutzsystems.⁵²

II. Materieller Prüfungsmaßstab

Geht es um den Erlass bzw. Abwehr von Verwaltungsakten oder die Feststellung eines Rechtsverhältnisses mit Grundlage im Europarecht, so können die europäischen Grundrechte eine maßgebliche Bedeutung im Rahmen einer Inzidentkontrolle erlangen. Das gilt zumal dann, wenn eine EU-Verordnung die Basis bildet. Diese Funktion kann sie nur erfüllen, wenn sie u.a. mit den europäischen Grundrechten vereinbar ist. Soweit das nationale Recht zwingend aus europäischem Richtlinienrecht folgt, so sind gleichfalls die europäischen Grundrechte maßgeblich, „... denn auf die Prüfung der Vereinbarkeit mit den nationalen Grundrechten wird gerade im Hinblick darauf verzichtet, dass es einen vergleichbaren europäischen Grundrechtsstandard⁵³ und vergleichbaren Rechtsschutz gibt. Daraus folgt zwangsläufig, dass an die Stelle einer inzidenten Normenkontrolle am Maßstab deutschen Rechts eine solche am Maßstab europäischen Rechts treten muss. Das deutsche Gericht muss prüfen, ob die europäische Norm, die das anzuwendende deutsche Recht zwingend vorgibt, mit höherrangigem europäischem Recht vereinbar ist.“⁵⁴ 728

So wurde die Vereinbarkeit des durch die EmissionshandelsRL 2003/87/EG⁵⁵ vorgegebenen Emissionshandelssystems detailliert „am Maßstab des Eigentumsgrundrechts und der Berufsfreiheit, allerdings jeweils in ihrer europarechtlichen Ausprägung“, geprüft und bejaht.⁵⁶ Lediglich die Ausfüllung des Spielraums, den eine europäische Richtlinie dem Umsetzungsgesetzgeber lässt, und damit die Umsetzung der Richtlinie „jenseits der darin enthaltenen zwingenden Vorgaben“, ist am Maßstab der nationalen Grundrechte zu prüfen.⁵⁷ 729

Eine solche Inzidentkontrolle genügt auch dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz, wonach die Ausübung der gewährleisteten Rechtspositionen nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf. Es muss nur der 730

⁵¹ Jüngst EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 (2316, Rn. 37 f.) – Unibet m.w.N.

⁵² V. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (538).

⁵³ S. im Hinblick auf die *Solange II*-Rspr., die auch BVerwGE 124, 47 (57) in Bezug nimmt, o. Rn. 150 ff.

⁵⁴ BVerwGE 124, 47 (57) unter Verweis auf BVerfG, NJW 2001, 1267 (1268).

⁵⁵ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates, ABl. L 275, S. 32; zuletzt geändert durch RL 2004/101/EG, ABl. 2004 L 338, S. 18.

⁵⁶ BVerwGE 124, 47 (57 ff.); bestätigt durch BVerfG, NVwZ 2007, 942; m.w.N. Frenz, Emissionshandelsrecht, § 9 TEHG Rn. 49 ff.

⁵⁷ BVerwGE 124, 47 (63).

Verstoß eines nationalen Rechtsaktes gegen Gemeinschaftsrecht gerügt werden können.⁵⁸

- 731** Ist die Grundlage eines Verwaltungsaktes rechtswidrig, weil sie gegen europäische Grundrechte verstößt, macht dies den Verwaltungsakt selbst rechtswidrig. Zugleich erwächst daraus die Verletzung in eigenen Rechten nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, so dass der Verwaltungsakt aufzuheben ist.
- 732** Konkretisiert sekundäres Gemeinschaftsrecht einen grundrechtlichen Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsaktes, verletzt dessen Verweigerung letztlich ebenfalls europäische Grundrechte, jedenfalls aber die entsprechend grundrechtlich fundierte Bestimmung des Sekundärrechts, so dass der rechtswidrig vorenthaltene Verwaltungsakt nach § 113 Abs. 5 VwGO zuzusprechen ist, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls ergeht ein Bescheidungsurteil, auf dessen Grundlage dann die Behörde die europäischen Grundrechte des Klägers adäquat verwirklichen muss.

B. BVerfG

I. Keine unmittelbare Anrufung

- 733** Das BVerfG ist der Hüter des Grundgesetzes und hat sich insoweit in der Kontrolle von europäischen Rechtsakten weit zurückgenommen. Diese können daher grundsätzlich nicht vom BVerfG auf ihre Vereinbarkeit mit den nationalen Grundrechten überprüft werden, außer der in der *Solange II*-Entscheidung geforderte Grundrechtsstandard ist nicht gewahrt.⁵⁹
- 734** Das gilt erst recht für die europäischen Grundrechte, deren Einhaltung der EuGH auch nach dem vom BVerfG entwickelten Kooperationsverhältnis⁶⁰ sicherzustellen hat. Auch unmittelbar wirkende Verordnungen sind trotz Schutzlücken erfasst.⁶¹ Denn das BVerfG kann über die Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1, 4a GG nur wegen einer behaupteten Verletzung der Grundrechte des Grundgesetzes angerufen werden. Deshalb musste das BVerfG Verfassungsbeschwerden wegen einer Verletzung von Rechten aus der EMRK ablehnen.⁶²

⁵⁸ S. EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 (2317 f., Rn. 41, 43; 2323, Rn. 65) – Unibet; Rs. C-13/01, Slg. 2003, I-8679 (8721 f., Rn. 54 f.) – Safalero. Danach genügt auch Sekundärrechtsschutz, s.u. Rn. 745 f.

⁵⁹ BVerfGE 73, 339 (378 ff.); nachfolgend 102, 147 (164) zur VO (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, ABl. L 47, S. 1, aufgehoben durch VO (EG) Nr. 1234/2007, ABl. 2007 L 299, S. 1; BVerfGE 118, 79 (95) zur EmissionshandelsRL 2003/87/EG, ABl. 2003 L 275, S. 32; zuletzt geändert durch RL 2004/101/EG, ABl. 2004 L 338, S. 18) – generelles Ausnehmen von Gemeinschaftsrecht, da es kein Akt deutscher Staatsgewalt sei; dazu *Frenz*, Emissionshandelsrecht, § 9 TEHG Rn. 51 ff.; näher zum Ganzen o. Rn. 711 ff.

⁶⁰ BVerfGE 89, 155 (175) – Maastricht.

⁶¹ S.o. Rn. 708 ff.

⁶² BVerfGE 10, 271 (274); 74, 102 (128), st. Rspr.

II. Nationale Durchführungsgesetze

Eine andere Frage ist, ob nicht gegen nationale Durchführungsgesetze auf der Basis von Europarecht das BVerfG wegen Art. 19 Abs. 4 GG unmittelbar angerufen werden muss, wenn ein anderer Rechtsweg noch nicht zur Verfügung steht.⁶³ Ein solcher ist deshalb nicht ersichtlich, weil gegen nationale Gesetze grundsätzlich nur das BVerfG angerufen werden kann. Voraussetzung ist allerdings auch insoweit, dass ein nationales Gesetz selbst, gegenwärtig und unmittelbar in diese europäischen Grundrechte eingreift. Ansonsten kann ein nationaler Vollzugsakt abgewartet werden, gegen den dann die Verwaltungsgerichte angerufen werden können.

Allerdings hat das BVerfG mit seiner Entscheidung zur EmissionshandelsRL 2003/87/EG⁶⁴ klargestellt, dass es seine Gerichtsbarkeit generell nur noch für Umsetzungsakte ausübt, die nicht zwingend aus dem Europarecht folgen.⁶⁵ Ein Umsetzungsakt ohne Umsetzungsspielraum unterliegt also grundsätzlich nicht der Prüfungskompetenz des BVerfG, solange der Mindeststandard durch den EuGH gewahrt ist. Eine solche kommt nur bei nationalem Umsetzungsspielraum in Betracht, dann aber auch nur bezogen auf die nationalen Grundrechte, welche die Ausfüllung dieses Umsetzungsspielraums mangels europarechtlicher Vorgaben bestimmen.

III. Inzidentprüfung

1. Schranken-Schranken

Im Übrigen können die europäischen Grundrechte inzident herangezogen werden.⁶⁶ Insbesondere bilden sie eine wichtige Schranken-Schranke. Auch Eingriffe in nationale Grundrechte müssen bei hinreichendem EU-Bezug europarechtskonform sein, um Bestand haben zu können. Ein Ansatz ist die Einbeziehung in die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Basis dafür ist, dass das vom Staat angewandte Mittel als solches überhaupt eingesetzt werden darf.⁶⁷

⁶³ Näher Frenz, DÖV 1995, 414 ff.; bezogen auf die Grundfreiheiten *ders.*, Europarecht 1, Rn. 91 ff. auch zum Folgenden.

⁶⁴ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates, ABl. L 275, S. 32; zuletzt geändert durch RL 2004/101/EG, ABl. 2004 L 338, S. 18.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 118, 79 (95 f.).

⁶⁶ Eine Inzidentprüfung genügt europarechtlichen Maßstäben, EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 (2317, Rn. 41) – Unibet.

⁶⁷ Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Abs. 3 Rn. 314.

- 738** Mehrfach wurde in der Literatur im Rahmen der Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG bejaht, dass gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht verstoßende nationale Gesetze nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung nach dieser Vorschrift gehören.⁶⁸
- 739** Vorzuziehen ist aber eine selbstständige Prüfung im Rahmen der Schranken-Schranken. Die nationalen Organe sind wegen der Öffnung des Grundgesetzes über Art. 23 GG und aufgrund des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG durchgehend an das europäische Recht gebunden und haben dieses daher selbstständig zu prüfen.⁶⁹ Allerdings würde auch dadurch die grundsätzliche Trennung zwischen BVerfG- und EuGH-Judikatur insoweit durchbrochen, als europarechtliche Vorgaben vom BVerfG aufgegriffen und beurteilt würden, wenn auch im Rahmen einer Prüfung der nationalen Grundrechte und zur Wahrung europarechtlicher Standards.

2. Faktische Prägung der Verhältnismäßigkeit?

- 740** Das BVerfG stellte die Zumutbarkeit des Meisterzwangs für selbstständige Handwerker „in Frage, weil sich für den hier maßgeblichen Zeitraum durch die wachsende Konkurrenz aus dem EU-Ausland eine erhebliche Verschärfung der Umstände ergeben hatte“. Für Letztere genügte nämlich eine mehrjährige Berufserfahrung mit herausgehobener beruflicher Verantwortung. Daher sollen die zeitlichen, fachlichen und finanziellen Mehrbelastungen der deutschen Aspiranten nicht mehr unzweifelhaft angemessen, wenn überhaupt noch geeignet sein.⁷⁰ Ein entsprechendes Vorgehen ist auch bei den Grundrechten denkbar, wenn eine Vergleichsgruppe durch die Umsetzung von EU-Recht gegenüber rein nationalen Sachverhalten begünstigt wird.
- 741** Indes handelt es sich dabei um Rückwirkungen auf das nationale Recht, das eigentlich von den europäischen Grundrechten unangetastet bleiben sollte. Die europäischen Grundrechte lassen nach Art. 51 Abs. 2 EGRC die vorhandene Kompetenzverteilung unberührt. Daher vermögen sie nicht die nationale Grundrechtsdogmatik und die Behandlung reiner Inlands Sachverhalte zu prägen, wie dies auch für die spezifisch auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkten Grundfreiheiten zutrifft.⁷¹
- 742** Weil die europäischen Grundrechte keinen grenzüberschreitenden, sondern nur einen Europarechtsbezug verlangen, können sie sich allerdings auch auf Inlands Sachverhalte auswirken, aber eben nur bei europarechtlicher Vorprägung. In dieser liegt dann auch ein hinreichender Unterscheidungsgrund für eine etwaige Ungleichbehandlung.⁷² Die nationale Grundrechtsdogmatik selbst bleibt jedenfalls rechtlich unangetastet.

⁶⁸ Bereits *Rengeling*, in: GS für Sasse I, 1981, S. 197 (204); auch etwa *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 89; näher *Lerche*, in: FS für Schmitt-Glaeser, 2003, S. 41 ff. m.w.N.

⁶⁹ Dafür auch *Bungenberg*, DVBl. 2007, 1405 (1414).

⁷⁰ BVerfG, GewArch. 2006, 71 (72 f.); s. bereits *Fastenrath*, JZ 1987, 170 (177 f.); *König*, AöR 118 (1993), 591 (611); krit. *Leisner*, GewArch. 2006, 393 ff.

⁷¹ Insoweit näher *Frenz*, JZ 2007, 343 (344 ff.).

⁷² Vgl. *Frenz*, JZ 2007, 343 (347).

Allerdings wird es aus Gründen der Rechtssicherheit angezeigt sein, eine Harmonisierung von Rechtsstandards anzustreben. Das gilt namentlich dann, wenn EMRK-Rechte beeinträchtigt sind, die durch eine ausgefeilte EGMR-Judikatur detailliert festgelegt sind. Ein Beispiel sind Pressefotos Prominenter, die sowohl vom EGMR als auch vom BVerfG⁷³ und BGH behandelt wurden. Um hier das eigene Verhalten einigermaßen kalkulieren zu können, bedarf es möglichst einheitlicher Maßstäbe. Da der EGMR staatenübergreifend judiziert, bleibt letztlich nur eine Anpassung an seine Rechtsprechung. Deren tieferer Grund liegt aber in der Bindung Deutschlands als Konventionsstaat an die EMRK⁷⁴ und nicht in den europäischen Grundrechten, welche die Zulässigkeit von Pressefotos in Deutschland bislang mangels europarechtlicher Regelung nicht prägen. Sie kommen höchstens bei grenzüberschreitenden Presseaktivitäten über die Grundfreiheiten ins Spiel.

3. Vorlagepflicht

Treten beim BVerfG noch offene europarechtliche Fragen auf, ist auch dieses selbst zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Ansonsten wird dieser trotz seines Entscheidungsmonopols nicht mit einer relevanten Frage befasst, so dass die Einheitlichkeit des Europarechts nicht gewährleistet ist. Dem Betroffenen wird daher der gesetzliche Richter entzogen und damit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das BVerfG selbst verletzt.⁷⁵ Daher hätte das BVerfG bei seiner Entscheidung zu den Unterschwellenvergaben⁷⁶ selbst Anlass gehabt, den EuGH wegen einer Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten anzurufen, ohne aber diese Frage zu problematisieren.⁷⁷

C. Ordentliche Gerichte

Als haftungsauslösender Rechtsverstoß genügen Rechtshandlungen der Mitgliedstaaten, zu denen auch solche der Rechtsprechung⁷⁸ gehören können, die Europarecht verletzen. Da zu diesem nunmehr auch die europäischen Grundrechte gehören, greift der Staatshaftungsanspruch auch bei ihrer Verletzung ein, ebenso wie bei einer solchen der Grundfreiheiten.⁷⁹

⁷³ Jüngst BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a.; s. näher dazu Rn. 1185.

⁷⁴ Wenngleich nach BVerfGE 111, 307 (316 ff.) – Görgülü nur in Form einer Pflicht zur adäquaten Berücksichtigung, aber auf der Grundlage von Art. 20 Abs. 3 GG (Bindung an Recht und Gesetz).

⁷⁵ Zum Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bei Nichtvorlage durch die Instanzgerichte BVerfGE 73, 339 (366); 82, 159 (192 ff.); BVerfG, NJW 2001, 1267 (1268) im Hinblick auf BVerwGE 108, 289.

⁷⁶ BVerfG, NJW 2006, 3701 ff.

⁷⁷ Näher krit. Frenz, VergabeR 2007, 1 ff.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 – Köbler.

⁷⁹ Dazu Frenz, Europarecht 1, Rn. 95 ff.

- 746** Werden die europäischen Grundrechte im Wege des Primärrechtsschutzes nicht durchgesetzt, gleichwohl aber verletzt, kommt ein Staatshaftungsanspruch in Betracht. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH genügt die Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen dem europarechtlichen Rechtsweggebot, sofern dabei entsprechend dem Effektivitätsgrundsatz die Vereinbarkeit des fraglichen Rechtsaktes mit europäischem Recht tatsächlich geprüft wird.⁸⁰

§ 3 Rechtsdurchsetzung vor dem EuGH

A. Vorlageverfahren

I. Grundrechtsrelevante Fragen

- 747** Liegt damit der Schwerpunkt individueller Durchsetzung der europäischen Grundrechte bei den nationalen Gerichten, wird auf dieser Grundlage der EuGH insbesondere über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG/267 AEUV angerufen. Auf diese Weise kann eine einheitliche Rechtsprechung im Bereich der europäischen Grundrechte sichergestellt werden. Davon müssen aber auch alle insoweit bedeutsamen Fragen erfasst sein.
- 748** Grundrechtsrelevant ist daher nicht nur die Auslegung der Grundrechte selbst als Teil europäischen Primärrechts, sondern auch die Grundrechtswidrigkeit von Sekundärrecht⁸¹ sowie dessen grundrechtskonforme Auslegung. Auch dadurch wird eine einheitliche Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten infrage gestellt. Dass nationale Behörden in Durchführung von Unionsrecht eine solche Interpretation praktizieren, ohne selbst vorlageberechtigt zu sein, ändert daran nichts, unterliegen sie doch dabei der Kontrolle durch die nationalen Gerichte, die dann vorlegen. Letztere haben bei Zweifeln auch klären zu lassen, ob ein bestimmter Maßnahmentyp etwa auch zur Umsetzung einer Richtlinie ein europäisches Grundrecht verletzt, ohne aber die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Europarecht als solche klären lassen zu können. Der EuGH darf nur über Europarecht befinden, kann aber eine falsch gestellte Frage umformulieren.⁸²

⁸⁰ S. EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 (2321, Rn. 58 f.) – Unibet sowie v. *Danwitz*, DVBl. 2008, 537 (538 f. mit Fn. 15, 21); zur früheren Diskussion *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2006, Rn. 415.

⁸¹ R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 339.

⁸² S. in diesem Kontext R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 345.

II. Vorlagepflicht

Zur Vorlage verpflichtet sind die letztinstanzlichen Gerichte sowie sämtliche Gerichte, wenn sie sich über eine europarechtliche Norm hinwegsetzen wollen.⁸³ Das gilt auch im einstweiligen Rechtsschutz.⁸⁴ Gem. Art. 104b VerfO-EuGH⁸⁵ kann das vorgehende nationale Gericht für alle Fälle aus dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Titel IV EG, Titel VI EU/Titel V AEUV und damit vor allem für Haft-, Asyl- und Aufenthalts-, aber auch Sorgerechtsverfahren, jedenfalls wenn es um die Anerkennung von Entscheidungen geht, mittlerweile ein Eilvorlageverfahren beantragen; ein solches kann auch von Amts wegen der Präsident des Gerichtshofes anregen. Art. 267 Abs. 4 AEUV sieht eine Vorabentscheidung in Haftsachen in kürzester Zeit vor. Eine Vorlage an den Gerichtshof erübrigt sich für ein vorlageverpflichtetes Gericht lediglich dann, wenn die Rechtslage klar ist. Voraussetzung dafür ist, dass der EuGH eine Frage schon entschieden hat oder eine Auslegungsfrage bei vernünftiger Betrachtung eindeutig ist.⁸⁶ 749

Diese Eindeutigkeit muss sich aber aus dem europäischen Recht ergeben. Es genügt also nicht, wenn ein deutsches Gericht die Frage durch einen Vergleich mit den deutschen Grundrechten für gelöst hält. Das gilt selbst dann, wenn Grundrechte wie die Menschenwürdegarantie parallel zum deutschen Verfassungsrecht formuliert sind. Auch dann kann es durchaus zu Unterschieden kommen oder zu offenen Bewertungsfragen, wie die Behandlung des therapeutischen Klonens von Menschen belegt.⁸⁷ 750

Mangels einschlägiger Entscheidungen des EuGH jedenfalls auf der Basis der EGRC werden daher bei nicht eindeutig erschließbaren Auslegungsfragen im Bereich der europäischen Grundrechte die letztinstanzlichen nationalen Gerichte zur Vorlage verpflichtet sein. Am ehesten werden sich Anhalte aus der Spruchpraxis von EMRK und EGMR ergeben. Das betrifft aber nur die der EMRK entnommenen Grundrechte. 751

III. Vorlagerecht

Bei Auslegungszweifeln muss die Gerichtsbarkeit nicht warten, bis ein Fall zum letztinstanzlichen Gericht gelangt ist. Vielmehr können auch vorherige Instanzen vorlegen; sie sind nur nicht dazu verpflichtet. Um entsprechend frühzeitig Klarheit in einer für den jeweiligen Fall relevanten Grundrechtsfrage zu haben, obliegt es dann den Parteien, ein Vorabentsuchersuchen anzuregen. Erzwingen kön- 752

⁸³ EuGH, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199 (4231, Rn. 15) – Foto-Frost; auch BVerwGE 124, 47 (57). Eine Ausnahme besteht bislang nach Art. 68 Abs. 1 EG.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (542, Rn. 24) – Süderdithmarschen.

⁸⁵ Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften i.d.F. vom 20.12.2007, ABl. 2008 L 24, S. 39.

⁸⁶ Sog. acte-claire-Doktrin; näher EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 (3429 f., Rn. 14, 16) – C.I.L.F.I.T.

⁸⁷ S. ausführlich u. Rn. 832 sowie den lediglich in der EGRC enthaltenen Anhalt aus Art. 3 Abs. 2 lit. d), dazu u. Rn. 885, 983 ff.

nen sie dieses allerdings nicht. Das Recht auf den gesetzlichen Richter, wozu auch der EuGH zählt,⁸⁸ nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird nur dann verletzt, wenn eine Vorlagepflicht missachtet wird,⁸⁹ weil nur diese ausdrücklich vorgesehen ist.

IV. Fehlender europarechtlicher Anspruch

- 753 Eine europarechtlicher Anspruch auf Einholung einer Vorabentscheidung soll generell nicht bestehen.⁹⁰ Eine Weiterung könnte sich allerdings daraus ergeben, dass anders effektiver Grundrechtsschutz nicht sichergestellt werden kann, weil sich trotz deutlicher Auslegungszweifel selbst ein letztinstanzliches Gericht nicht zur Vorlage entschließt und so der Schutz eines europäischen Grundrechts leerläuft.⁹¹ In Deutschland tritt hier indes wegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine Schutzlücke auf.

B. Nichtigkeitsklage

I. Gegen an den Kläger ergangene Entscheidungen

- 754 Gegen für grundrechtswidrig gehaltene Handlungen der europäischen Organe kann der Einzelne allenfalls Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG/263 Abs. 4 AEUV erheben. Diese ist insbesondere dann zulässig, wenn die Handlungen an den Kläger ergangen sind. Art. 263 Abs. 1 S. 2 AEUV bezieht explizit Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten ein. Auf diese Weise können etwa Durchsuchungsanordnungen daraufhin überprüft werden, ob sie mit dem Recht auf Unversehrtheit der Wohnung nach Art. 7 EGRC, das sich auch auf Geschäftsräume erstreckt, vereinbar sind.⁹²

⁸⁸ BVerfGE 73, 339 (366 ff.); 75, 223 (233 ff.); 82, 159 (192 ff.).

⁸⁹ Das BVerfG beschränkt eine Verletzung allerdings auf die Fälle einer „objektiv willkürlichen“ Nichtvorlage, vgl. BVerfGE 82, 159 (195 f.); BVerfG, NJW 2001, 1267 (1268): „offensichtlich unhaltbar“; in der Lit. wird demgegenüber zur Sicherung der Anwendung des Unionsrechts ein strengerer Maßstab gefordert, vgl. *Vedder*, NJW 1987, 526 (530 f.).

⁹⁰ *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 339 f.

⁹¹ Es wird auch eine Nichtvorlagebeschwerde zum EuGH erwogen, *Allkemper*, Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag, 1995, S. 207 ff.; dagegen *Pache*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 8 Rn. 70. Ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtvorlage würde höchstens den Mitgliedstaat zur Folgenbeseitigung oder Haftung verpflichten, die Rechtskraft des Urteils aber nicht beseitigen, *Schwarze*, in: *ders.*, Art. 234 EGV Rn. 50 f.; auch wäre es nicht individuell erzwingbar.

⁹² S.u. Rn. 1234 ff.

II. Gegen Entscheidungen an andere Personen

Bereits wenn Entscheidungen, die sich auf Grundrechte des Klägers auswirken, gegenüber anderen Personen, wie insbesondere Konkurrenten, ergangen sind, wird eine Klage nach Art. 230 Abs. 4 EG/263 Abs. 4 AEUV sehr problematisch. So verlangte der EuGH für Beihilfeentscheidungen an Konkurrenten, dass der Kläger am Verfahren beteiligt wurde bzw. seine Marktstellung spürbar beeinträchtigt wird.⁹³ Ansonsten fehlt die in Art. 230 Abs. 4 EG/263 Abs. 4 AEUV verlangte unmittelbare und individuelle Betroffenheit. Die individuelle Betroffenheit ist nur bei Rechtsakten mit Verordnungscharakter ohne Durchführungsmaßnahmen im Gefolge entbehrlich. 755

Für die unmittelbare Betroffenheit wird zwar nicht verlangt, dass einem Konkurrenten eine konkrete Begünstigung bereits gewährt und von diesem bereits verwendet wurde, so dass für den Kläger ein Nachteil entstanden ist.⁹⁴ Jedoch fehlt regelmäßig eine hinreichende individuelle Betroffenheit, außer der Kläger besitzt bestimmte persönliche Eigenschaften oder ist in besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender, Weise berührt und daher ähnlich individualisiert wie der Adressat der Entscheidung.⁹⁵ 756

Damit darf der Kläger nicht allgemein als bloßer Wirtschaftsteilnehmer betroffen sein, sondern es bedarf zusätzlicher Umstände wie der Verfahrensbeteiligung bzw. der spürbaren Beeinträchtigung seiner Marktstellung. Daher sind Konkurrentenklagen auch im grundrechtlichen Bereich empfindlich beschränkt. Die spürbare Beeinträchtigung der Marktstellung erinnert an die schwere und unerträgliche Betroffenheit, bei der insbesondere das BVerwG erst eine Klagebefugnis gegen die Konkurrenz bejaht. Diese Grenze ist etwa bei der Gefahr der Insolvenz oder bei einer drohenden Verdrängung vom Markt überschritten.⁹⁶ 757

Damit ist allerdings der Grundrechtsschutz erheblich eingeschränkt, obwohl die Auswirkungen vergleichbar sein können, ob eine Entscheidung an den Kläger oder einen Dritten ergangen ist. Es ist grundsätzlich bedenklich, die Intensität des Grundrechtsschutzes vom Adressaten einer Maßnahme abhängig zu machen. 758

III. Verordnungen

1. Problem hinreichender Betroffenheit

Auch Verordnungen können nach Art. 230 Abs. 4 EG von natürlichen oder juristischen Personen nur dann angegriffen werden, wenn sie diese unmittelbar und individuell betreffen. Das setzt aber regelmäßig voraus, dass diese Regelung konkret 759

⁹³ EuGH, Rs. 169/84, Slg. 1986, 391 (415, Rn. 24 f.) – Cofaz. Ausführlich *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1594 ff. m.w.N.

⁹⁴ EuG, Rs. T-435/93, Slg. 1995, II-1281 (1306, Rn. 60) – ASPEC; *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1590.

⁹⁵ EuGH, Rs. 25/62, Slg. 1963, 213 (238) – Plaumann.

⁹⁶ S. BVerwGE 39, 329 (336); BVerwG, NJW 1995, 2938 (2939); krit. *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 490.

angewandt wird. Höchstens wenn eine Verordnung selbst konkrete Rechtsfolgen festschreibt, die nicht erst durch einen Vollzugsakt aktualisiert werden, ist an eine unmittelbare Betroffenheit zu denken.⁹⁷ Das Erfordernis der individuellen Betroffenheit wird aber insoweit gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV entbehrlich, der eine Nichtigkeitsklage durch natürliche und juristische Personen auch „gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter“⁹⁸ zulässt, „die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“.

- 760** Danach ist nicht mehr erforderlich, dass diese Rechtswirkung auf den Kläger wegen spezifischer Umstände bezogen ist und damit ähnlich wie bei einer Entscheidung individualisiert ist.⁹⁹ Diese traditionelle Linie wurde zwar vom EuGH entgegen einer weiter gehenden Entscheidung des EuG¹⁰⁰ wiederhergestellt.¹⁰¹ Der Einzelne konnte daher kaum geltend machen, dass Grundrechte durch europäische Verordnungen verletzt werden. Dies wurde vielfach als Rechtsschutzlücke kritisiert.¹⁰² Sie würde mit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags geschlossen – aber nur partiell.

2. Partielle Erweiterung durch den Lissabonner Vertrag

- 761** Nach Art. 263 Abs. 4 AEUV ist für Rechtsakte mit Verordnungscharakter nicht mehr darauf abzustellen, ob der Kläger individuell und damit herausgehoben betroffen ist. Damit sind nicht mehr Verordnungen der Überprüfung durch den Einzelnen entzogen, welche alle Betroffenen gleichermaßen unmittelbar mit bestimmten Pflichten belegen bzw. in ihren Verhaltensweisen einschränken.
- 762** Das gilt aber nur, wenn eine Verordnung selbst unmittelbar wirkt, ohne eines weiteren Vollzugs zu bedürfen, und damit gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV keine Durchführungsmaßnahmen nach sich zieht. Aber auch wenn solche Maßnahmen drohen, kann der Einzelne in seinem grundrechtlich geschützten Verhalten beeinträchtigt sein. Daher ist es sachgerechter, entsprechend der Judikatur des BVerfG darauf abzustellen, ob der Betroffene zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder Dispositionen gezwungen wird.¹⁰³ Dann steuert die Verordnung das Verhalten des Betroffenen genauso wie ein Vollzugsakt und erzeugt damit eine vergleichbare Wirkung, die unmittelbar den grundrechtsgeschützten Rechtskreis be-

⁹⁷ S. EuGH, Rs. 92/78, Slg. 1979, 777 (798, Rn. 25 f.) – Simmenthal.

⁹⁸ Zur Frage, was von diesem Begriff erfasst ist, *Streinz/Ohler/Hermann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 94; auch Richtlinien und abstrakt-generelle Beschlüsse, soweit sie unmittelbare Wirkung entfalten.

⁹⁹ S. bereits EuGH, Rs. 25/62, Slg. 1963, 213 (238) – Plaumann; ausführlich zum Ganzen *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1592 ff.

¹⁰⁰ EuG, Rs. T-177/01, Slg. 2002, II-2365 (2376, Rn. 24) – Jégo Quéré.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3425 (3458 f., Rn. 33 ff.) – Jégo Quéré.

¹⁰² S. v.a. den Schlussber. des Vorsitzenden der Gruppe II an die Mitglieder des Konvents zum Thema „Einbeziehung der Charta/Beitritt zur EMRK“, Dokument des Europäischen Konvents Nr. CONV 354/02 (DE) vom 22.10.2002, S. 15 f.; w.N. auch bei *Pache*, in: Heselhaus/Nowak, § 8 Rn. 41 f., 50, 56 ff., sowie bereits o. Rn. 709.

¹⁰³ S.o. Rn. 710.

trifft. An der Beeinträchtigung individueller Grundrechte ändert sich nichts daran, dass ein weiter Kreis von Personen tangiert ist.

3. Begrenztes Ausweichen auf stärkeren nationalen Rechtsschutz

Solange Art. 263 Abs. 4 AEUV nicht auch solche Fälle drohender Durchführungsmaßnahmen erfasst bzw. der Lissabonner Vertrag nicht in Kraft tritt, bleiben nur erweiterte Rechtsschutzmöglichkeiten im nationalen Recht. Diese sind aber in Deutschland sehr eingeschränkt, will man nicht das verwaltungsgerichtliche Klagensystem durcheinander wirbeln. Dafür wird allein der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes angesichts der auch vom EuGH immer wieder zugestandenen mitgliedstaatlichen Autonomie nicht als Grundlage ausreichen.¹⁰⁴ 763

Gänzlich ins Leere läuft dieser Weg für die unmittelbaren Wirkungen, die von den Verordnungen selbst ausgehen, ohne dass es noch Vollzugsakte bedarf.¹⁰⁵ Jedenfalls insoweit kann man daher um eine Ausweitung der „Klagebefugnis“ nach Art. 230 Abs. 4 EG nicht herum kommen, solange Art. 263 Abs. 4 AEUV nicht gilt, um Rechtsschutzlücken gerade im Bereich der Grundrechte zu vermeiden. Eine Feststellungsklage nach der VwGO lässt unabhängig von ihrer systemwidrigen Überdehnung¹⁰⁶ den Rechtsakt als solchen bestehen; eine Ungültigerklärung durch nationale Gerichte ist nicht vorgesehen, eine Vorlage an den EuGH nicht garantiert,¹⁰⁷ allerdings auch bei einer Erweiterung der Klagemöglichkeiten nach Art. 263 Abs. 4 AEUV nicht ausgeschlossen.¹⁰⁸ 764

4. Inzidente Geltendmachung

Wird eine Verordnung, die gegen Grundrechte verstößt, in einem Rechtsstreit entscheidend, kann ihre Unanwendbarkeit nach Art. 241 EG/277 AEUV geltend gemacht werden. Eine „Verletzung dieses Vertrages“ nach Art. 230 Abs. 2 EG/263 Abs. 2 AEUV, auf den Art. 241 EG/277 AEUV verweist, ist auch durch einen Verstoß gegen die Grundrechte möglich. Die Frist nach Art. 230 Abs. 5 EG/263 Abs. 6 AEUV gilt nicht. 765

¹⁰⁴ Näher o. Rn. 715 ff.

¹⁰⁵ GA Jacobs, EuGH, Rs. C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677 (6694, Rn. 43) – Unión de Pequeños Agricultores; Nettesheim, JZ 2002, 928 (933).

¹⁰⁶ S.o. Rn. 763.

¹⁰⁷ Pache, in: Heselhaus/Nowak, § 8 Rn. 61.

¹⁰⁸ Kokott/Dervisopoulos/Henze, EuGRZ 2008, 10 (14).

C. Angleichung der bisherigen Rechtsakte mitgliedstaatlicher Zusammenarbeit

I. Polizei und Justiz

766 In Grundrechte eingreifen können insbesondere auch Durchführungsmaßnahmen aus den Bereichen Polizei und Justiz. Für diese ist bislang in Strafsachen eine Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten nach Art. 29 ff. EU vorgesehen. Diese will der Lissabonner Vertrag durch die regulären Handlungsformen ablösen. Es soll das ordentliche Rechtsetzungsverfahren eingreifen. Gleichzeitig werden die auf dieser Basis getroffenen Maßnahmen der allgemeinen Zuständigkeit des EuGH unterworfen. Art. 35 EU, der eine Sonderzuständigkeit des EuGH für Maßnahmen im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen vorsieht, soll durch den Reformvertrag abgelöst werden. Damit findet vor allem das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG/267 AEUV Anwendung.¹⁰⁹ Dies gilt allerdings erst fünf Jahre, nachdem der Reformvertrag in Kraft getreten ist (s. Art. 9 f. des Protokolls über die Übergangsbestimmungen zum Vertrag von Lissabon). Nationale Maßnahmen der Polizei und anderer Strafverfolgungsbehörden oder zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und – korrespondierend zu Art. 72 AEUV – den Schutz der inneren Sicherheit entzieht allerdings Art. 276 AEUV der Zuständigkeit des EuGH, soweit es um die Gültigkeit und die Verhältnismäßigkeit geht. Damit kann aber immer noch die Auslegungsrelevanz europarechtlicher Vorgaben eine Rolle spielen. Allerdings bleibt es für die vorgenannte Übergangszeit bei der lediglich begrenzten Zuständigkeit des EuGH nach dem bisherigen Art. 35 EU.

767 Zwar haben die meisten Mitgliedstaaten mittlerweile die Zuständigkeit des EuGH nach dem bisherigen Art. 35 Abs. 2 EU anerkannt, aber regelmäßig in Gestalt einer Berechtigung teilweise nur der letztinstanzlichen Gerichte zur Vorlage, nicht hingegen in Form einer Verpflichtung. Zudem erstreckt sich die Zuständigkeit des EuGH nach Art. 35 Abs. 1 EU eigentlich nur auf die in Art. 34 Abs. 2 EU vorgesehenen Rechtshandlungsformen und damit auf die Gültigkeit und die Auslegung von Rahmenbeschlüssen und Beschlüssen, auf die Auslegung von Übereinkommen und auf die Gültigkeit und Auslegung der dazugehörigen Durchführungsmaßnahmen. Allerdings bezieht der EuGH auch andere Maßnahmen des Rates ein, die Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten sollen, wie sie für Rahmenbeschlüsse und Beschlüsse typisch sind, auch wenn sie eine andere Rechtsnatur oder Form haben. Das gilt etwa für einen atypischen gemeinsamen Standpunkt, der solche Rechtswirkungen gegenüber Dritten hat. Insoweit ist auch eine Nichtigkeitsklage nach Art. 35 Abs. 6 EU möglich.¹¹⁰ Damit zählen also die Rechtswirkungen einer Maßnahme, nicht ihre Rechtsform oder die Rechtsnatur.¹¹¹

¹⁰⁹ V. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (545); s. bereits Schmahl, DVBl. 2007, 1463 (1469 f.).

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-354/04 P, Slg. 2007, I-1579 (1652 f., Rn. 53, 55) – Gestoras Pro Amnistía; Rs. C-355/04 P, Slg. 2007, I-1657 (1682 f., Rn. 53, 55) – Segi.

¹¹¹ V. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (543).

II. Außen- und Sicherheitspolitik

Diese eingeschränkte Zuständigkeit des EuGH, die gleichwohl vom Gericht selbst erheblich gestärkt wurde, gilt unabhängig vom Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon weiterhin für Maßnahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP). Diese werden auch mit dem Reformvertrag nicht dem normalen Rechtsschutzsystem unterstellt (s. Art. 275 Abs. 1 AEUV). Immerhin soll der EuGH gem. Art. 275 Abs. 2 AEUV über Nichtigkeitsklagen entscheiden, die von natürlichen oder juristischen Personen gegen Zwangsmaßnahmen im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik erhoben werden. Gem. Art. 215 Abs. 3 AEUV müssen bei Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Terrorismus – etwa in Umsetzung von UN-Resolutionen – die erforderlichen Bestimmungen über den Rechtsschutz vorgesehen sein. Insbesondere sie schränken europäische Grundrechte ein. Diese sind auch bei nationalen Vollzugsmaßnahmen im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik anwendbar.¹¹² Allerdings sind dabei völkerrechtliche Grenzen zu wahren, je nachdem, wie weit man diese zieht.¹¹³

III. Bedeutung der nationalen Gerichte

Im Übrigen sind die mitgliedstaatlichen Gerichte zuständig. Werden Maßnahmen der polizeilichen und justiziellen Arbeit in die normalen Zuständigkeiten überführt, sind auch die nationalen Gerichte nach den Maßstäben zuständig, die für sonstige Handlungen gelten, die sie in Durchführung des Unionsrechts treffen. Für die Maßnahmen im Gefolge der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik im nationalen Bereich müssen unabhängig davon die nationalen Gerichte einen effektiven Grundrechtsschutz gewährleisten, um den entsprechenden europarechtlichen Grundsatz zu erfüllen.¹¹⁴

Dadurch dass der bis zum Inkrafttreten des Reformvertrags geltende Art. 35 Abs. 1 EU an erster Stelle den Weg der Vorabentscheidung nennt und diesen nach Art. 35 Abs. 3 EU auf die nationalen Gerichte bezieht, belegt er, dass Rechtsschutz primär durch die mitgliedstaatlichen Gerichte erfolgen soll und der EuGH lediglich im Rahmen der jeweiligen nationalen Verpflichtung über die Einheitlichkeit wacht, soweit ihm nicht Art. 35 Abs. 6 EU im Rahmen der Nichtigkeitsklage weiter gehende Möglichkeiten gibt. Ein wirksamer nationaler Rechtsschutz wird damit auch spezifisch in Art. 35 EU vorausgesetzt.

¹¹² S.o. Rn. 236.

¹¹³ S.u. Rn. 781 ff.

¹¹⁴ Allgemein o. Rn. 727 sowie spezifisch dazu v. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (543 f.).

IV. Durchführungsmaßnahmen zur Terrorabwehr

- 771 Wegen dieser Bedeutung der innerstaatlichen Gerichte bedarf es aber auch der Anpassung von Rechtsschutzmöglichkeiten, wenn diese bislang etwa dadurch zurückblieben, dass Durchführungsmaßnahmen zur Terrorabwehr¹¹⁵ bloße actes de gouvernement bildeten. Insoweit muss zumindest eine Schadensersatzklage möglich sein.¹¹⁶ Nach Art. 75 Abs. 3 AEUV müssen ohnehin in europarechtlichen Rechtsakten die erforderlichen Bestimmungen über den Rechtsschutz vorgesehen sein.
- 772 Soweit allerdings diese nationalen Maßnahmen auf Unionsrecht beruhen, besteht bereits nach dem jetzigen System des Vertragsrechts ein Verwerfungsmonopol des EuGH. Wollen die nationalen Gerichte also unionsrechtliche Rechtsakte als ungültig behandeln, müssen sie diese dem EuGH vorlegen. Das gilt auch dann, wenn es sich um atypische, in Art. 35 Abs. 5 bzw. Abs. 6 EU nicht eigens erwähnte Rechtsakte wie etwa gemeinsame Standpunkte mit Rechtswirkungen gegenüber Dritten handelt.¹¹⁷

D. Untätigkeitsklage

- 773 Entsprechende Maßstäbe wie bei der Nichtigkeitsklage gelten bei der Untätigkeitsklage nach Art. 232 EG/265 AEUV. Von natürlichen oder juristischen Personen kann diese nach Art. 232 Abs. 3 EG/265 Abs. 3 AEUV nur erhoben werden, wenn ein europäisches Organ es unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme an sie zu richten. Auch dabei ist parallel zur Nichtigkeitsklage zu prüfen, ob die beantragte Entscheidung den Kläger unmittelbar und individuell betroffen hätte.¹¹⁸
- 774 Bei einer Untätigkeitsklage auf grundrechtlicher Basis wird es vor allem darum gehen, inwieweit auf europäischer Ebene Verordnungen und andere Rechtsakte erlassen werden müssen, um grundrechtlichen Schutzpflichten nachzukommen. Solche Verordnungen sind aber zumeist allgemein und abstrakt, so dass es insoweit an der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit fehlt. Der Einzelne hat regelmäßig keinen Anspruch auf eine in bestimmter Weise ausgestaltete Verordnung. Vielmehr haben die zuständigen Organe gerade zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten einen weiten Beurteilungsspielraum.¹¹⁹
- 775 Die Untätigkeitsklage kann von daher höchstens darauf gerichtet sein, bestimmte Einzelentscheidungen herbeizuführen. Geht es aber um den Schutz von Grundrechten, werden diese Einzelentscheidungen eher von nationalen Stellen getroffen,

¹¹⁵ S.o. Rn. 236 ff.

¹¹⁶ V. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (544) in ausdrücklicher Abweichung von Berramdane, Revue du droit de l'Union européenne 2007, 433 (445).

¹¹⁷ V. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (544).

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065 (6105, Rn. 59) – T.Port; näher Frenz, Europarecht 3, Rn. 1618.

¹¹⁹ S.o. Rn. 367 ff.

auch wenn es um die Durchführung von Europarecht geht. Regelmäßig muss dann aber eine einfachgesetzliche Grundlage vorliegen. Und auch wenn die Mitgliedstaaten europäisches Recht nicht umgesetzt haben, besteht kein Anspruch auf den Erlass solcher Maßnahmen gänzlich unabhängig von einer rechtlichen Basis, sondern aufgrund einer dann unmittelbar wirkenden Richtlinie. Aber auch dafür sind die nationalen Gerichte zuständig.

E. Bedeutung der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten

I. Keine erforderliche unmittelbare, individuelle Betroffenheit

Sind damit natürliche und juristische Personen, deren Grundrechte auf dem Spiel stehen, vor dem EuGH bzw. dem EuG nur eingeschränkt klageberechtigt, kommt den europäischen Organen¹²⁰ und den Mitgliedstaaten eine maßgebliche Bedeutung zu, auf europäischer Ebene die Einhaltung der Grundrechte sicherzustellen. Sie müssen weder bei der Nichtigkeitsklage noch bei der Untätigkeitsklage ihre unmittelbare und individuelle Betroffenheit nachweisen, um klagen zu können (s. Art. 230 Abs. 2 EG/263 Abs. 2 AEUV und Art. 232 Abs. 1 EG/265 Abs. 1 AEUV). Daher dürfen sie durchgehend gegen oder auf Rechtsakte der europäischen Organe klagen, wenn sie die Grundrechte als verletzt erachten. Bei einem Verstoß gegen diese liegt ebenfalls eine Verletzung des Vertrags nach Art. 230 Abs. 2 EG/263 Abs. 2 AEUV bzw. Art. 232 Abs. 1 EG/265 Abs. 1 AEUV vor. Zwar wird nach dem durch den Lissabonner Vertrag eingefügten Art. 6 Abs. 1 EUV die EGRC nicht Bestandteil des Vertrags, aber rechtlich gleichrangig. Bereits bislang sind die Grundrechte nach Art. 6 Abs. 2 EU allgemeine Grundsätze und stehen jedenfalls als solche Vertragsbestimmungen gleich. 776

II. Untätigkeitsklage mit begrenzter Bedeutung

Eine Untätigkeitsklage ist allerdings nach Art. 232 Abs. 2 EG/265 Abs. 2 AEUV nur zulässig, wenn das fragliche Organ zuvor aufgefordert worden ist, tätig zu werden. Reagiert dieses Organ innerhalb von zwei Monaten nicht mit einer Stellungnahme, kann nach weiteren zwei Monaten Klage erhoben werden. Eine konkrete Maßnahme wird sich aber auf dieser Basis schwerlich erzwingen lassen, kommt doch den europäischen Organen bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.¹²¹ 777

¹²⁰ Rechnungshof und europäische Zentralbank scheiden aber aus, da sie nach Art. 230 Abs. 3 EG – nach Art. 263 Abs. 3 AEUV auch der Ausschuss der Regionen – nur ihre eigenen Rechte und damit mangels Trägerschaft keine Grundrechte geltend machen können.

¹²¹ S.o. Rn. 367 ff.

III. Nichtigkeitsklage

- 778** Wesentlich bedeutender könnte demgegenüber die Nichtigkeitsklage werden. Über sie können die Grundrechte ebenso wie Kompetenzvorschriften oder die Grundfreiheiten ein Ansatz sein, um eine Verletzung des Europarechts durch einen Rechtsakt der Unionsorgane darzutun. Allerdings hat der EuGH bislang noch keinen europäischen Rechtsakt als Verstoß gegen die so wichtige Berufs- oder Eigentumsfreiheit angesehen, sondern diese nur zur modifizierenden Auslegung herangezogen.¹²² Von daher wird sich erst erweisen müssen, welche Bedeutung den Grundrechten tatsächlich zukommt, um Rechtsakte der europäischen Organe anzugreifen und zu Fall zu bringen.

IV. Vertragsverletzungsverfahren

- 779** Nach Art. 6 Abs. 1 EUV erkennt die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der EGRC niedergelegt sind; nach Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV bilden die Grundrechte allgemeine Rechtsgrundsätze, die nunmehr durch die EGRC konkretisiert sind.¹²³ Insoweit ist die Achtung der Grundrechte eine vertragliche Verpflichtung. Damit können die Grundrechte Grundlage eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission und durch die anderen Mitgliedstaaten (s. Art. 226 EG/258 AEUV bzw. Art. 227 EG/259 AEUV) sein, wenn ein Mitgliedstaat dagegen verstößt. Letzteres wird allerdings sehr selten angestrengt.¹²⁴ Auch die Kommission kann zu einem solchen Verfahren nicht von außen gezwungen werden, selbst wenn sich jemand auf die Grundrechte beruft.¹²⁵

F. Zur Exemption von UN-Recht

I. Praktische Relevanz

- 780** So wie die nationalen Gerichte gehindert sind, Europarecht zu verwerfen, dürfen die europäischen Gerichte UN-Recht nicht infrage stellen. Schließlich handelt es sich um eine übergeordnete Rechtsordnung. Praktische Relevanz erlangt diese Frage dann, wenn Resolutionen des Sicherheitsrates über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik aufgenommen und in Durchführungsmaßnahmen umgesetzt werden. Art. 60 EG/75 AEUV sieht i.V.m. Art. 301 EG/215 AEUV bei gemeinsamen Standpunkten oder gemeinsamen Aktionen nach Art. 14, 15 EU/28, 29 EUV Sofortmaßnahmen auf dem Gebiet des Kapital- und Zahlungsverkehrs vor.

¹²² EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3637 f., Rn. 11 ff.) – Neu.

¹²³ S.o. Rn. 182 ff.

¹²⁴ Nach *Pache*, in: Heselhaus/Nowak, § 8 Rn. 28 handelt es sich „lediglich um eine theoretische Möglichkeit der prozessualen Durchsetzung der Gemeinschaftsgrundrechte“.

¹²⁵ EuG, Rs. T-13/94, Slg. 1994, II-431 (438 f., Rn. 15) – *Century Oils*; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 346 gegen Nowak, Konkurrentenschutz in der EG, 1997, S. 470 f.

Dadurch können etwa Konten eingefroren werden. Auf diese Weise wird das Eigentumsgrundrecht tangiert. Diese Folge kann auch die Beschlagnahme von Wirtschaftsgütern haben.¹²⁶ Die Sofortmaßnahmen sind in Art. 301 EG allgemein auf die Aussetzung, Einschränkung bzw. vollständige Einstellung der Wirtschaftsbeziehungen zu einem oder mehreren dritten Ländern bezogen und damit nicht auf den Kapital- und Zahlungsverkehr beschränkt. Diese Regelung setzt Art. 215 AEUV fort. Art. 215 Abs. 2 AEUV sieht eigens restriktive Maßnahmen gegen Einzelne vor, die auch Kontensperrungen und Beschlagnahmen von Wirtschaftsgütern umfassen.

II. Solange-Vorbehalt

Das EuG konstatierte eine Bindung an das UN-Recht und die Resolutionen des Sicherheitsrates.¹²⁷ Dagegen wurde der EuGH angerufen. Die Verfahren *Kadi*¹²⁸ und *Al Barakaat*¹²⁹ sind noch anhängig. Auch insoweit stellt sich die Problematik eines Solange-Vorbehaltes.¹³⁰ Danach kann eine Kontrolle des EuG und des EuGH an den europäischen Grundrechten solange unterbleiben, wie ein vergleichbarer Grundrechtsstandard auf der Ebene der UN sichergestellt ist. 781

Insoweit besteht aber gerade keine Rechtsschutzmöglichkeit. Internationale Grundrechte sind jedenfalls nicht verbindlich vorgesehen. So ist der IPbpr¹³¹ weitgehend ein bloßes Achtungsgebot für die Vertragsstaaten, ohne dass der Einzelne daraus individuelle Rechte ableiten oder gar einklagen kann. Entsprechendes gilt für den IPwskR.¹³² Die universellen Menschenrechte sind schon deshalb nicht mit den europäischen Grundrechten gleichwertig; zudem fehlen gerade für Sanktionsbeschlüsse essenzielle Grundrechte wie der Schutz von Individualeigentum auch jenseits des Fremdenrechts.¹³³ 782

Daher bleibt durchaus Raum für einen höheren und vor allem individuell durchsetzbaren Grundrechtsschutz durch den EuGH. Nur so kann der Einzelne für international vorgegebene Maßnahmen der EU im Rahmen der UN überhaupt ein Gericht anrufen. Ansonsten werden insoweit jedenfalls im Ergebnis grundrechtli- 783

¹²⁶ S. EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 140), NJW 2006, 197 (200) – Bosphorus/Irland zu Flugzeugen.

¹²⁷ EuG, Rs. T-315/01, Slg. 2005, II-3649 – Kadi; Rs. T-306/01, Slg. 2005, II-3533 – Yusuf u. Al Barakaat. Zum Literaturecho s. die Nachweise bei Schröder, in: FS für Rengeling, 2008, S. 619 (623).

¹²⁸ EuGH, Rs. C-402/05 P – Kadi.

¹²⁹ EuGH, Rs. C-415/05 P – Al Barakaat.

¹³⁰ S. BVerfGE 73, 339 (387); 102, 147 (162 ff.) – Bananenmarkt sowie o. Rn. 733; darauf verweisend der zur Entscheidungsformation (so v. Danwitz) gehörende EuGH-Richter v. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (545) sowie Kämmerer, EuR 2008, Beiheft 1, 65 (78 f.), beide auch unter Bezug auf die Kontrollreserve des EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 155 ff.), NJW 2006, 197 (202 f.) – Bosphorus/Irland; s. auch Schmalenbach, JZ 2006, 349 (353 mit Fn. 44).

¹³¹ BGBl. II 1973 S. 1534.

¹³² BGBl. II 1973 S. 1570.

¹³³ Näher zu beidem Kämmerer, EuR 2008, Beiheft 1, 65 (75 f., 81 f.).

che Standards der EU nicht gewährt.¹³⁴ Von diesen Handlungen kann man genauso betroffen sein wie von EU-Maßnahmen ohne internationale Veranlassung. Der Handlungsgrund tritt daher zurück.¹³⁵ Eigentlich handelndes Organ ist das europäische, das etwa eine UN-Resolution erst im konkreten Fall ins Werk setzt.

III. Bei Umsetzungsermessen

784 Deshalb ist, soweit man gleichwohl die Gerichte der EU entsprechend der *International-Fruit-Company*-Rechtsprechung¹³⁶ nicht für eine solche Prüfung zuständig hält, immer noch nach Spielräumen im Rahmen der Umsetzung zu suchen. So wie die Mitgliedstaaten ihre eigenen Grundrechte zu prüfen haben, wenn sie Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung von Richtlinien nutzen,¹³⁷ könnten die europäischen Grundrechte auch für Maßnahmen einschlägig sein, soweit diese nicht zwingend von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates vorgezeichnet sind. Zudem ist wie im Bereich der europäischen Grundrechte, soweit sie nicht unmittelbar gegen direkte Rechtsfolgen enthaltende Verordnungen geltend gemacht werden können, an Ausnahmeregelungen und Befreiungen auf der Anwendungsebene zu denken.¹³⁸ Daher geht es also nicht nur um die Bindung der EU an UN-Recht bei der Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates, sondern auch um die Frage eines Umsetzungsermessens und dessen Kontrolle anhand der europäischen Grundrechte.¹³⁹

785 So hat das EuG die nähere europäische Konkretisierung und Individualisierung einer lediglich abstrakt vom UN-Sicherheitsrat vorgegebenen Maßnahme als genuin europäischen Akt¹⁴⁰ näher an den Grundrechten geprüft.¹⁴¹ In den Fällen *Kadi* und *Yusuf* waren dagegen sogar die Personen konkret vorgegeben, gegen die Sanktionen in Form von Konteneinfrierungen zu verhängen waren. Daher prüfte das EuG vom formalen Ansatz her diese Rechtsakte nur darauf, ob zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) verletzt wurde, und bejahte eine Bindung über Art. 24 Abs. 1, Art. 25 und 48 sowie 103 UN-Charta¹⁴² i.V.m. Art. 307 EG/351 AEUV.¹⁴³

¹³⁴ Von Missachtung spricht *GA Maduro*, EuGH, Schlussanträge vom 16.1.2008, Rs. C-402/05 P – *Kadi*; Schlussanträge vom 23.1.2008, Rs. C-415/05 – *Al Barakaat*, der daher die Aufhebung verlangte.

¹³⁵ S. *Kotzur*, EuGRZ 2006, 19 (24 f.); *Ohler*, EuR 2006, 848 (864 f.); *Schmahl*, EuR 2006, 566 (573).

¹³⁶ EuGH, Rs. 21-24/72, Slg. 1972, 1219 (1227, Rn. 7/9).

¹³⁷ S. Rn. 736.

¹³⁸ Vgl. o. Rn. 719.

¹³⁹ Das sind die ersten beiden Fragen, über die der EuGH nach v. *Danwitz*, DVBl. 2008, 537 (545); *ders.*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 511 (525) zu entscheiden hat.

¹⁴⁰ Trotz Überwachung durch das „Counter-Terrorism-Committee“ (CTC) als Nebenorgan des Sicherheitsrates, *Kämmerer*, EuR 2008, Beiheft 1, 65 (66).

¹⁴¹ EuG, Rs. T-228/02, Slg. 2006, II-4665 (4709 ff, Rn. 110 ff.) – Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran.

¹⁴² Charta der Vereinten Nationen i.d.F. vom 28.8.1980, BGBl. II 1980 S. 1252.

¹⁴³ EuG, Rs. T-306/01, Slg. 2005, II-3533 (3615, Rn. 234; 3621 f., Rn. 260 ff.) – *Yusuf* u. *Al Barakaat*; Rs. T-315/01, Slg. 2005, II-3649 (3713 f., Rn. 184; 3719 f., Rn. 209 ff.) –

Gleichwohl untersuchte er näher die Rechte auf individuelles Eigentum, rechtliches Gehör bzw. Anhörung sowie ein faires Gerichtsverfahren, ohne vorher näher zu klären, ob bzw. inwieweit es sich insoweit um ius cogens handelt. Das deutet auf eine im Ergebnis gewollte weiter gehende Grundrechtsprüfung, die erst durch das schmale Tor des ius cogens eröffnet wird.¹⁴⁴

IV. Akzeptanz internationaler Vorgaben bei Grundrechtslücke?

Bejaht man jedenfalls im Rahmen des Umsetzungsspielraumes der EU-Organen eine Prüfung an den europäischen Grundrechten, stellt sich weiter gehend die daran gekoppelte Frage, ob die Resolutionen des UN-Sicherheitsrates als Grundlage für die europäischen und dann die nationalen Umsetzungsmaßnahmen rechtmäßig sind. Diese Prüfung setzt aber eine diesbezügliche Prüfungskompetenz des EuGH voraus. Damit hängt schließlich das ebenfalls durch v. *Danwitz* benannte vierte Problem zusammen, ob die Verbindlichkeit einer UN-Sicherheitsratsresolution auch dadurch in Zweifel gezogen wird, dass ihrer Umsetzung dienende Rechtsakte als nichtig festgestellt werden.¹⁴⁵ **786**

Diese Fragenabfolge deutet auf eine strikte Trennung in die Bereiche, die vom UN-Sicherheitsrat vorgegeben sind und in die Felder, welche die umsetzenden Staaten gestalten können. Soll allerdings damit der EuGH nicht die Grundrechtskonformität von Beschlüssen des UN-Sicherheitsrates infrage stellen können, die auch die EU bzw. ihre Mitgliedstaaten zu Umsetzungsmaßnahmen veranlassen, wird damit ein erheblich unterhalb des europäischen Schutzniveaus liegender „Grundrechtsschutz“ in den internationalen Pakten akzeptiert, die gerade wegen ihrer Schutzlücken kaum zur Interpretation der EGRC herangezogen werden können. **787**

Damit entstehen „weiße Bereiche“, in denen die EGRC praktisch nicht zu wirken vermag, obwohl konkrete Maßnahmen erfolgen, welche die Grundrechte empfindlich treffen können, so beim Einfrieren von Geldern. Dies ist ein sehr hoher Tribut an die internationale Ausrichtung der EU. Diese ist gleichwohl an verschiedenen Stellen im Vertrag vorgesehen, besonders deutlich im Umweltschutz. Daraus ergibt sich auch die Legitimation dafür, die Grundrechte erheblich einzuschränken. **788**

V. Rechtfertigungsansatz

Dogmatisch stimmiger wäre es, diesen Ansatz für eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zu benutzen und nicht sogleich die Kontrolle durch die Europäi- **789**

Kadi; auch Rs. T-235/02, Slg. 2006, II-2139 (2186 ff., Rn. 116) – Ayadi; EGMR, Urt. vom 2.5.2007, Nr. 71412 u. 78166/01 (Rn. 132 ff. u. 144 ff.), EuGRZ 2007, 522 (539 ff.) – Behrami u. Saramati/Frankreich u.a.; s. etwa *Lorz*, DVBl. 2006, 1061 (1067); krit. *Kämmerer*, EuR 2008, Beiheft 1, 65 (67 ff.) m.w.N.

¹⁴⁴ Im Einzelnen *Kämmerer*, EuR 2008, Beiheft 1, 65 (81 ff.).

¹⁴⁵ V. *Danwitz*, DVBl. 2008, 537 (545).

schen Gerichte auszuschalten. Diese Konzeption widerspricht letztlich insofern nicht dem Vorgehen des EuG, als er seine über das *ius cogens* eröffnete und durchaus weit angelegte Rechtsprüfung¹⁴⁶ wegen der „Immunität“ der internationalen Organisationen und dabei speziell des UN-Sicherheitsrates wieder verengt.¹⁴⁷ Dieser Aspekt kann schwerlich inhaltlich prägen, inwieweit Menschenrechte zwingend geschützt sind.¹⁴⁸ Ihn zur Reduzierung der Reichweite von Menschenrechten in Anschlag zu bringen, erscheint daher fragwürdig. Eher kommt er als Rechtfertigung für Grundrechtsverkürzungen in Betracht. Eine weitere Auflockerung können Abwägungsspielräume im Rahmen international bedingter Maßnahmen und Grenzen der Ermittlung international geprägter Sachverhalte bringen.¹⁴⁹

§ 4 Europäische Grundrechteagentur

A. Dienende Ausrichtung

- 790** Die europäische Grundrechteagentur, die ihre Tätigkeit nach Art. 32 VO (EG) Nr. 168/2007¹⁵⁰ als Nachfolgeeinrichtung der Europäischen Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit¹⁵¹ mit Sitz in Wien¹⁵² ihre Tätigkeit aufnahm,¹⁵³ dient nicht direkt dem Grundrechtsschutz. Sie hat vielmehr gem. Art. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 den relevanten Organen, Einrichtungen, Ämtern und Agenturen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten Unterstützung zu gewähren und ihnen Fachkenntnisse bereit zu stellen. Dadurch soll sie ihnen die uneingeschränkte Achtung der Grundrechte erleichtern.
- 791** Damit dient die Grundrechteagentur letztlich auch dem vollen Schutz der Grundrechte, aber in indirekter Weise und eher helfend, nicht selbst aktiv werdend. Ihre Arbeit soll vielmehr nach Art. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 erst eingreifen, wenn die relevanten Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der Union sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen Maßnahmen einleiten oder Aktionen festlegen.
- 792** Ist somit ihre Tätigkeit akzessorischer Natur, ist die Grundrechteagentur nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 168/2007 an die Zuständigkeitsgrenzen der Union gebunden. Inhaltlicher Bezugspunkt sind nach Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 die europäischen Grundrechte. Es wird auch Art. 6 Abs. 2 EU genannt. In dem

¹⁴⁶ S.o. Rn. 785.

¹⁴⁷ S. EuG, Rs. T-306/01, Slg. 2005, II-3533 (3643, Rn. 342 f.) – Yusuf u. Al Barakaat.

¹⁴⁸ Kämmerer, EuR 2008, Beiheft 1, 65 (83).

¹⁴⁹ Schröder, in: FS für Rengeling, 2008, S. 619 (631).

¹⁵⁰ Des Rates vom 15.2.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, ABl. L 53, S. 1.

¹⁵¹ Art. 23 Abs. 4 VO (EG) Nr. 168/2007. Die Einrichtung dieser Beobachtungsstelle erfolgte durch die VO (EG) Nr. 1035/97, ABl. 1997 L 151, S. 1, welche im Februar 2007 insgesamt durch die VO (EG) Nr. 168/2007, ABl. 2007 L 53, S. 1 aufgehoben wurde.

¹⁵² Art. 23 Abs. 5 VO (EG) Nr. 168/2007.

¹⁵³ Krit. auch zur Grundrechteagentur Brenner, in: FS für Rengeling, 2008, S. 193 (203).

durch den Reformvertrag von Lissabon geänderten Art. 6 Abs. 1 EUV wird ausdrücklich auf die EGRC verwiesen. Tritt er in Kraft, ist diese Bezugnahme deshalb auch im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 relevant. Erwägungsgrund 9 nimmt bereits explizit auf die EGRC Bezug und verweist auf deren Status und die zugehörigen Erläuterungen, welche zu „beachten sind“. Sämtliche insoweit relevanten Fragen bilden die Reichweite der Tätigkeit der europäischen Grundrechteagentur. Diese hängt damit letztlich davon ab, wie weit der Anwendungsbereich der Grundrechte selbst definiert wird.¹⁵⁴

B. Aufgaben

Dieser generell dienenden Ausrichtung entsprechen die in Art. 4 VO (EG) Nr. 168/2007 benannten Aufgaben:

- Sammlung, Erfassung, Analysierung und Verbreitung relevanter objektiver, verlässlicher und vergleichbarer Informationen und Daten einschließlich der von anderen Stellen übermittelten Ergebnisse von Forschungs- und Überwachungsmaßnahmen,
- Entwicklung von Methoden und Standards für eine bessere Vergleichbarkeit, Objektivität und Verlässlichkeit der Daten auf europäischer Ebene, und zwar in Zusammenarbeit mit der Kommission und den Mitgliedstaaten,
- wissenschaftliche Forschungsarbeiten und Erhebungen sowie Voruntersuchungen und Durchführbarkeitsstudien bzw. Beteiligung an solchen Arbeiten und Förderung auch auf Ersuchen des Europäischen Parlaments, des Rates oder der Kommission,
- Ausarbeitung und Publikation von Schlussfolgerungen und Gutachten zu bestimmten Themen von sich aus oder auf Ersuchen des Europäischen Parlaments, des Rates oder der Kommission für die Organe der Union und die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Durchführung des Unionsrechts,
- Veröffentlichung eines Jahresberichtes über Grundrechtsfragen mit einigen Beispielen für bewährte Verfahrensweisen sowie themenspezifische Berichte auf der Grundlage der durchgeführten Analysen, Forschungsarbeiten und Erhebungen sowie eines jährlichen Tätigkeitsberichts,
- Entwicklung einer Kommunikationsstrategie und Förderung des Dialoges mit der Zivilgesellschaft.

C. Rahmen

Das überwölbende Dach für diese Einzelaufgaben bildet der Mehrjahresrahmen nach Art. 5 VO (EG) Nr. 168/2007, den der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments annimmt. Er erstreckt sich auf fünf Jahre und bestimmt die thematischen Tätigkeitsbereiche der Agentur, zu de-

¹⁵⁴ S.o. Rn. 208 ff.

nen die Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und damit einhergehend Intoleranz gehören. Inhaltlich steht der Rahmen im Einklang mit den Prioritäten der Union und trägt den Grundgedanken der Entschließung des Europäischen Parlaments und der Schlussfolgerung des Rates auf dem Gebiet der Grundrechte gebührend Rechnung. Institutionell ist die Komplementarität mit dem Mandat anderer Institutionen der Union sowie mit dem Europarat und anderen internationalen Organisationen aus dem Bereich der Grundrechte zu gewährleisten. Soweit ihre finanziellen und personellen Möglichkeiten reichen, kann die europäische Grundrechteagentur über diesen Rahmen hinaus Ersuchen des Europäischen Parlaments, des Rates oder der Kommission Folge leisten.

D. Vielfältige Zusammenarbeit

- 795 Ausgehend von dem vorhandenen Fachwissen einer Vielzahl von Organisationen und Stellen errichtet und koordiniert die europäische Grundrechteagentur Informationsnetze und nutzt vorhandene Netze, organisiert Sitzungen mit externen Experten und richtet erforderlichenfalls Ad-hoc-Arbeitsgruppen ein (Art. 6 Abs. 1 VO (EG) Nr. 168/2007). Sie trägt bei der Ausführung ihrer Tätigkeiten jedenfalls Informationen und Arbeiten Rechnung, insbesondere von Stellen der Union und der Mitgliedstaaten, des Europarates, der OSZE (Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa), der UNO und anderer internationaler Organisationen. Mit diesen kann sie vertragliche Bindungen eingehen sowie Unteraufträge vergeben. Insoweit sehen Art. 7 ff. VO (EG) Nr. 168/2007 Formen der Koordinierung und Zusammenarbeit vor, insbesondere mit Organisationen auf Ebene der Mitgliedstaaten und auf internationaler Ebene.

E. „Plattform für Grundrechte“

- 796 Darüber hinaus arbeitet die europäische Grundrechteagentur eng mit nicht staatlichen Organisationen und Institutionen der Zivilgesellschaft zusammen, die auf nationaler, europäischer oder internationaler Ebene im Bereich der Grundrechte einschließlich zur Bekämpfung des Rassismus und der Fremdenfeindlichkeit tätig sind. Zu diesem Zweck richtet sie gem. Art. 10 Abs. 1 S. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 ein Kooperationsnetz ein, die so genannte Plattform für Grundrechte. Sie setzt sich aus nicht staatlichen Menschenrechtsorganisationen, Gewerkschaften und Arbeitgeberorganisationen, relevanten sozialen Organisationen und Berufsverbänden, Kirchen, Organisationen der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, Hochschulen und anderen qualifizierten Experten von europäischen und internationalen Gremien und Organisationen zusammen.
- 797 Diese Plattform ermöglicht den Austausch von Informationen und Bündelung von Wissen und steht allen interessierten und qualifizierten Akteuren, die vorstehend benannt wurden, offen (Art. 10 Abs. 2, 3 VO (EG) Nr. 168/2007). Über diese

Plattform für Grundrechte holt die Grundrechteagentur nach Art. 10 Abs. 4 VO (EG) Nr. 168/2007 Vorschläge, Rückmeldungen und Empfehlungen ein.

F. Organisation

I. Verwaltungsrat

Zentrale Stelle der europäischen Grundrechteagentur ist der Verwaltungsrat. Er ist nach Art. 12 Abs. 6 VO (EG) Nr. 168/2007 die Planungs- und Überwachungsinstanz und gewährleistet die Ausführung der Aufgaben. Er besteht nach Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 168/2007 aus je einer von jedem Mitgliedstaat benannten unabhängigen Persönlichkeit, die in einer unabhängigen nationalen Menschenrechtsinstitution oder in anderen Organisationen des öffentlichen oder privaten Sektors mit verantwortungsvollen Aufgaben betraut ist, eine vom Europarat benannte unabhängige Persönlichkeit sowie zwei Vertretern der Kommission. Sie alle sind gem. Art. 12 Abs. 3 VO (EG) Nr. 168/2007 jeweils fünf Jahre im Amt und können gem. Art. 12 Abs. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 durch ein stellvertretendes Mitglied repräsentiert werden. Neben einer angemessenen Erfahrung in der Verwaltung müssen diese Persönlichkeiten zusätzliche Kenntnisse im Bereich der Grundrechte haben. Der so zusammengesetzte Verwaltungsrat wählt nach Art. 12 Abs. 5 VO (EG) Nr. 168/2007 seinen Vorsitzenden und seinen stellvertretenden Vorsitzenden, ebenso zwei weitere Mitglieder. **798**

II. Exekutiv- und wissenschaftlicher Ausschuss

Diese vom Verwaltungsrat gewählten Mitglieder sowie einer der Vertreter der Kommission im Verwaltungsrat bilden zusammen den Exekutivausschuss, welcher nach Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 168/2007 den Verwaltungsrat unterstützt. **799**

Zudem gibt es nach Art. 14 VO (EG) Nr. 168/2007 einen wissenschaftlichen Ausschuss aus elf unabhängigen und in Grundrechtsfragen hoch qualifizierten Personen, die im Rahmen eines transparenten Stellenausschreibungs- und Auswahlverfahrens vom Verwaltungsrat nach Konsultation des zuständigen Ausschusses des Europäischen Parlaments ernannt werden. Die genauen Bedingungen hierfür ergeben sich aus einer nach Art. 12 Abs. 6 lit. g) VO (EG) Nr. 168/2007 festgelegten Geschäftsordnung. Die Amtszeit der Mitglieder beträgt fünf Jahre, ohne verlängerbar zu sein. **800**

Die Mitglieder sind unabhängig (Art. 14 Abs. 3 VO (EG) Nr. 168/2007) und haben die wissenschaftliche Qualität der Arbeiten der Agentur zu garantieren und diese entsprechend zu lenken (Art. 14 Abs. 5 VO (EG) Nr. 168/2007). Der wissenschaftliche Ausschuss legt nach Art. 14 Abs. 6 VO (EG) Nr. 168/2007 seine Standpunkte mit Zweidrittelmehrheit fest und wird viermal jährlich von seinem Vorsitzenden einberufen. Dazwischen können schriftliche (Umlauf-)Verfahren oder außerordentliche Sitzungen durchgeführt werden. **801**

III. Direktor

- 802** Leiter der Agentur ist ein Direktor. Er wird nach Art. 15 VO (EG) Nr. 168/2007 vom Verwaltungsrat nach einem Verfahren der Zusammenarbeit („Konzertierung“) nach näherer Maßgabe von Art. 15 Abs. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 ernannt, und zwar auf der Grundlage seiner Verdienste, seiner Erfahrung auf dem Gebiet der Grundrechte und seiner Verwaltungs- und Managementfähigkeiten (Art. 15 Abs. 1 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 168/2007). Auch er ist fünf Jahre im Amt, mit einer Verlängerungsmöglichkeit um drei Jahre.
- 803** Der Direktor ist nach Art. 15 Abs. 4 VO (EG) Nr. 168/2007 insbesondere dafür verantwortlich, dass die Grundrechteagentur ihre Aufgaben wahrnimmt, das Jahresarbeitsprogramm erstellt und durchführt, ebenso für Personalangelegenheiten und laufende Verwaltungsgeschäfte.

IV. Allgemeine Struktur und Rahmenbedingungen

- 804** Insgesamt nimmt die Agentur ihre Aufgaben nach Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 168/2007 in völliger Unabhängigkeit wahr. Die Mitglieder ihrer organisatorischen Einheiten handeln im öffentlichen Interesse und geben eine entsprechende Erklärung ab, dass keinerlei Interessen direkter oder indirekter Art vorhanden sind, die als ihre Unabhängigkeit beeinträchtigend angesehen werden könnten.
- 805** Nach Art. 17 VO (EG) Nr. 168/2007 entwickelt die Grundrechteagentur gute Verwaltungspraktiken, um für das größtmögliche Maß an Transparenz in Bezug auf ihre Tätigkeit zu sorgen. Auf die Dokumente findet die TransparenzVO (EG) 1049/2001¹⁵⁵ Anwendung, ebenso die DatenschutzVO (EG) Nr. 45/2001¹⁵⁶ (Art. 18 VO (EG) Nr. 168/2007).
- 806** Ihr Geld erhält die Agentur im Wesentlichen durch einen Zuschuss aus dem Gesamthaushaltsplan der EU (Einzelplan „Kommission“, Art. 20 Abs. 3 VO (EG) Nr. 168/2007). Sie nimmt nach Art. 30 Abs. 1 VO (EG) Nr. 168/2007 regelmäßige ex-ante- und ex-post-Bewertungen aller Tätigkeiten vor, die bedeutende Ausgaben mit sich bringen.
- 807** Die Agentur besitzt nach Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 168/2007 Rechtspersönlichkeit und in jedem Mitgliedstaat nach Art. 23 Abs. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 die weitestgehende Rechts- und Geschäftsfähigkeit, die juristischen Personen nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates zuerkannt ist. Vertreter nach außen ist der Direktor. Das Personal unterliegt dem Statut der europäischen Beamten und den Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten. Bei Streitigkeiten entscheidet der Gerichtshof nach näherer Maßgabe von Art. 27 VO (EG) Nr. 168/2007.

¹⁵⁵ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO), ABl. L 145, S. 43.

¹⁵⁶ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. L 8, S. 1.

Teil II

Personenbezogene Grundrechte

Kapitel 6

Menschenwürde und persönliche Integrität

§ 1 Unantastbarkeit der Menschenwürde

A. Die Menschenwürde als Leitgrundrecht

I. Formulierung im Grundrechtekonvent in Anlehnung an Art. 1 Abs. 1 GG

Bei der Lektüre von Art. 1 EGRC fühlt man sich an den Beginn des deutschen Grundgesetzes versetzt, wo es in Satz 1 identisch und in Satz 2 ganz ähnlich heißt: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Dass „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ in Art. 1 EGRC fehlt, ändert am umfassenden Geltungsanspruch der Menschenwürdegarantie nichts. Auch durch die europäische Formulierung ist alle staatliche Gewalt verpflichtet, allerdings begrenzt auf den Geltungsbereich der europäischen Grundrechte. Zudem unterliegen insbesondere auch die Unionsorgane der europarechtlichen Menschenwürdegarantie, aber auch die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht ausführen (Art. 51 Abs. 1 EGRC). **808**

Wie auch im Grundgesetz steht die Menschenwürdegarantie in der EGRC am Beginn in Art. 1. Damit steht sie jeweils an der Spitze, was ihre Bedeutung als solche wie für die anderen Grundrechte betont. Nicht umsonst bildet sie nach den Erläuterungen des Präsidiums „das eigentliche Fundament der Grundrechte“.¹ **809**

Diese inhaltliche und systematische Parallele zur Eingangsbestimmung des deutschen Grundgesetzes ist maßgeblich auf den Präsidenten des Grundrechtekonvents, den früheren deutschen Verfassungsgerichtspräsidenten und Bundespräsidenten Roman Herzog, zurückzuführen. Dieser hielt schon bei seiner Antrittsrede am 7.12.1999 die Formulierung eines Grundrechtekatalogs für wesentlich, der es ermögliche, einen am Menschen orientierten, für die Würde des Menschen eintretenden Geist in der Union zu verwirklichen.² Dieser Kurs wurde insbesondere unter seinem Einfluss beibehalten. **810**

Dementsprechend stand die Menschenwürdegarantie während der ganzen Beratungen an der Spitze der Charta und war durchgehend wie Art. 1 Abs. 1 GG for- **811**

¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (17).

² Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 111.

muliert, ohne durch die Aufnahme von oder die Verbindung mit anderen Elementen relativiert zu werden.³ Zeitweise aufgenommene zusätzliche Bestandteile wie das Folterverbot oder das Verbot der Zwangs- oder Pflichtarbeit, welche noch im ersten Formulierungsvorschlag des Präsidiums⁴ enthalten waren, wurden letztlich in eigene Bestimmungen ausgelagert.⁵ Dies ändert nichts an der engen Verbindung der Menschenwürde zu anderen Grundrechten, sondern unterstreicht diese gerade. Die Menschenwürde kann umso stärker wirken, je eher sie absolut und für sich selbst steht. Diese Ausstrahlungswirkung erfasst auch die sozialen Rechte, deren Aufnahme längere Zeit umstritten war.⁶ Sie sollten umso eher in der Charta ihren Platz haben, je enger sie mit der Menschenwürde verknüpft sind.⁷

- 812** Insbesondere wurden Bestrebungen zurückgewiesen, die Menschenwürde nicht als eigenes Grundrecht aufzunehmen, sondern lediglich in der Präambel zu nennen. Damit war zugleich die Frage verbunden, ob es sich um ein justiziables Recht handeln soll.⁸ Zur Begründung verwies das Präsidium auf die Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.⁹ Die Formulierung wurde auch nicht im Hinblick darauf abgeändert, dass teilweise die Würde als kein eigentliches Recht, sondern als grundlegende Überzeugung bzw. als großer Grundsatz angesehen wurde.¹⁰

II. Elementargrundsatz und eigenes Recht

- 813** Dass die Menschenwürde das „Fundament der rechtlichen, politischen und sozialen Ordnung der Europäischen Union“¹¹ sein sollte, drückt freilich auch der verabschiedete, im ersten Gesamtentwurf der Charta gewählte schlichte Satz „Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen“¹² aus. Allerdings wurde in der Begründung¹³ in weitgehender Übernahme der mit diesem Vorschlag verbundenen Erläuterung Herzogs¹⁴ lediglich der Charakter der Würde des Menschen als „das

³ Im Einzelnen *Borowsky*, in: Meyer, Art. 1 Rn. 7 ff.

⁴ CHARTE 4123/1/00 REV 1 CONVENT 5.

⁵ S. bereits Dokument CHARTE 4149/00 CONVENT 13.

⁶ Ausführlich dazu u. Rn. 3543 ff.

⁷ So der Vorschlag von Roman Herzog in seiner Funktion als Vorsitzender des Konvents im Sommer 2000, *Borowsky*, in: Meyer, Art. 1 Rn. 9.

⁸ *Borowsky*, in: Meyer, Art. 1 Rn. 10 f., 13; *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 1 Rn. 3.

⁹ Am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung genehmigt und verkündet (Resolution 217 (A) III, im Internet z.B. abrufbar über www.unric.org oder www.un.org), heute als Völkergewohnheitsrecht anerkannt. S. *Borowsky*, in: Meyer, Art. 1 Rn. 10, 14. Ursprünglich wurden auch Art. 1 der „Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten“ des Europäischen Parlaments von 1989 (ABl. C 120, S. 51) sowie gemeinsame Verfassungsgrundsätze der Mitgliedstaaten herangezogen, die allerdings nicht durchgehend die Menschenwürde als Grundrecht aufgenommen haben, näher *Borowsky*, in: Meyer, Art. 1 Rn. 2 f.

¹⁰ So detailliert *Tarschys* und *Bereijo*, s. *Borowsky*, in: Meyer, Art. 1 Rn. 19.

¹¹ So der spanische Regierungsvertreter *Bereijo*, s. *Borowsky*, in: Meyer, Art. 1 Rn. 19.

¹² CHARTE 4422/00 CONVENT 45.

¹³ CHARTE 4423/00 CONVENT 46.

¹⁴ CHARTE 4371/00 CONVENT 38.

eigentliche Fundament der Grundrechte“ herausgestellt. Darin liegt sicherlich die Hauptbedeutung. Auch die Grundlagenfunktion für die Ordnung der EU ergibt sich indirekt über die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte.

Der Fundamentalcharakter der Menschenwürde hat insbesondere die Wirkung, dass keines der in der Charta festgelegten Rechte dazu verwendet werden darf, die Würde eines anderen zu verletzen. Weiter gehört die Würde des Menschen zum „Wesensgehalt der in dieser Charta festgelegten Rechte ... Sie darf daher auch bei Einschränkungen eines Rechtes nicht angetastet werden“.¹⁵ **814**

Indes ist damit der Grundrechtecharakter der Menschenwürde selbst noch nicht festgelegt. Dieser wurde erst in den abschließenden Erläuterungen des Präsidiums explizit angesprochen: „Die Würde des Menschen ist nicht nur ein Grundrecht an sich, sondern bildet das eigentliche Fundament der Grundrechte.“¹⁶ Damit wurden mit der letztlich gewählten Formulierung in Art. 1 EGRC „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen“ die beiden Ansätze zusammengezogen, dass die Menschenwürde keinesfalls eingeschränkt werden darf und zudem Rechtscharakter besitzt.¹⁷ Damit hat die Menschenwürdegarantie nach Art. 1 EGRC ebenso eine Doppelnatur wie weitgehend anerkannt¹⁸ die aus Art. 1 Abs. 1 GG: Sie ist ein die anderen Grundrechte prägender Elementargrundsatz und selbst ein subjektiv einfordersbares Grundrecht. **815**

An das deutsche Vorbild angelehnt, steht auch Art. 1 EGRC in der Tradition, dass insbesondere im letzten Jahrhundert zumal durch das nationalsozialistische Unrechtsregime die Menschenwürde mit Füßen getreten wurde. Die Menschenwürdegarantie ist aber nicht nur vergangenheitsbezogen, sondern auch zukunftsgerichtet. Daher wurden die aktuellen Gefährdungen der Menschenwürde durch Bio- und Informationstechnologien ausdrücklich thematisiert.¹⁹ Damit bleibt der Menschenwürde offen, als Maßstab für neue Entwicklungen zu dienen. **816**

III. Mittlerweile feste Verankerung in der Rechtsprechung des EuGH

1. Entscheidung zur Diskriminierung eines Transsexuellen

Der EuGH hat die Menschenwürde sowohl als subjektives Recht als auch als objektiv zu wahrenen Rechtsgrundsatz anerkannt. Eine Person hat Anspruch auf Achtung ihrer Würde, und der Gerichtshof muss die Würde schützen.²⁰ Damit greift der EuGH beide Komponenten auf, die heute in Art. 1 S. 2 EGRC enthalten **817**

¹⁵ Zitiert in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (17).

¹⁶ Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtskonvents vom 20.9.2000, CHARTE 4471/00 CONVENT 48, S. 3; ebenso Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (17).

¹⁷ Borowsky, in: Meyer, Art. 1 Rn. 25; Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 1 Rn. 3.

¹⁸ S. nur BVerfGE 1, 332 (343); 109, 133 (149 f.); Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 20, 26 ff. m.w.N.

¹⁹ Borowsky, in: Meyer, Art. 1 Rn. 6; Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 1 Rn. 1.

²⁰ EuGH, Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2143 (2165, Rn. 22) – P./S.

sind. Den Anspruchscharakter bejaht er zwar im Zusammenhang mit einer Diskriminierung. Würde sie toleriert, liefe dies indes auf eine Verletzung des Anspruchs auf Achtung der Würde des im konkreten Fall betroffenen Transsexuellen hinaus. Damit betont der EuGH gerade den subjektiv-rechtlichen Charakter der Menschenwürde und zieht diesen nicht als bloßen Auslegungsgrundsatz oder Wertungshintergrund heran. Allerdings ist der Anspruch auf Achtung der Würde mit dem auf Achtung der Freiheit bzw. hier der Gleichheit verknüpft.²¹

- 818** Während der Beratungen im Grundrechtekonvent wurde gerade eine solche Verbindung abgelehnt, um die eigenständige und absolute Bedeutung der Menschenwürde zu betonen.²² Durch die Trennung beider Elemente in der EGRC selbst ist die jeweils eigenständige Bedeutung nunmehr geklärt. Zudem ist auch nach der Konzeption der EGRC nicht ausgeschlossen, dass die Menschenwürde Freiheits- und Gleichheitsrechte beeinflusst. Schließlich bleibt die essenzielle Aussage des EuGH, dass der Einzelne einen Anspruch auf Achtung der Würde hat, und damit deren Anerkennung als Grundrecht.

2. Entscheidung zur BiopatentRL 98/44/EG

- 819** Weil damit der EuGH den subjektiven Charakter anerkannt hat, tritt auch zurück, dass er in späteren Entscheidungen darauf nicht mehr ausdrücklich Bezug nimmt. So wird der Grundrechtecharakter in Zweifel gezogen.²³ Indes kontrollierte der Gerichtshof die Übereinstimmung der BiopatentRL 98/44/EG²⁴ „mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts“. ²⁵ Daher ist nicht überzubewerten, dass der EuGH die Beachtung der Menschenwürde neben das Grundrecht auf Unversehrtheit der Person stellt.²⁶ Beide werden vielmehr objektiv geprüft, hat doch auch kein Individuum, sondern ein Staat Klage erhoben, und alle beiden herangezogenen Elemente sind Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Nur diese Frage ist in dem vom EuGH untersuchten Kontext maßgeblich.
- 820** Damit zählt letztlich, dass der EuGH auch in seinem Urteil zur BiopatentRL 98/44/EG die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip der EU ausdrücklich anerkannt hat.²⁷ Allerdings bringt auch dieses Urteil inhaltlich keine näheren

²¹ EuGH, Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2143 (2165, Rn. 22) – P./S.

²² Borowsky, in: Meyer, Art. 1 Rn. 8; s. bereits o. Rn. 811; s. dagegen den Vorstoß, die Menschenwürde gleichrangig und gleichwertig gemeinsam mit der Freiheit zu nennen, im englischsprachigen Dokument CHARTE 4370/00 CONTRIB 233, S. 11.

²³ Rau/Schorkopf, NJW 2002, 2448 (2449) halten die rechtsdogmatische Einordnung der Menschenwürde als subjektives Recht für „offen“.

²⁴ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (BiopatentRL), ABl. L 213, S. 13.

²⁵ EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079 (7168, Rn. 70) – Niederlande/Parlament u. Rat („Biopatentrichtlinie“).

²⁶ EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079 (7168, Rn. 70) – Niederlande/Parlament u. Rat („Biopatentrichtlinie“).

²⁷ Dies betonen auch Rau/Schorkopf, NJW 2002, 2448 (2449).

Anhaltspunkte.²⁸ Immerhin ergibt sich aus der Entscheidung des EuGH, dass Bestandteile des menschlichen Körpers nicht zum bloßen Objekt gemacht werden dürfen, mithin unverfügbar und unveräußerlich bleiben müssen, um die Menschenwürde zu wahren,²⁹ auch wenn die Entscheidung lediglich auf die Patentierbarkeit bezogen ist.³⁰

3. Urteil *Omega*

Auch in der Entscheidung *Omega* nimmt der EuGH die Menschenwürde nur zum Ansatzpunkt für eine objektive Prüfung, und zwar einer Einschränkung der Grundfreiheiten. Danach „zielt die Gemeinschaftsrechtsordnung unbestreitbar auf die Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde als eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ab“.³¹ Allerdings überlässt er die Ausfüllung des konkreten Gehaltes der Menschenwürde den Mitgliedstaaten. Dies bezieht sich aber auf die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit einer Einschränkung der Grundfreiheiten. Hier können die Schutzregelungen und Maßstäbe in den Mitgliedstaaten differieren, weil eine allen gemeinsame Auffassung über den Schutz des betreffenden Grundrechts nicht besteht.³²

Hintergrund dafür ist, dass die Menschenwürde hier zur näheren Ausfüllung der Gründe der öffentlichen Ordnung benutzt wird, welche eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können. Das setzt die Notwendigkeit der Maßnahme als solche wie auch ihrer Ausgestaltung im Einzelnen voraus.³³ Daraus erklärt sich auch die scheinbare Relativierung der Menschenwürde, die hier in eine Abwägung mit einer Grundfreiheit einbezogen wird.³⁴

4. Irrelevanz des Urteils *Stauder*

Die Menschenwürde bildet damit auch nach der EuGH-Rechtsprechung einen festen Bestandteil der europäischen Rechtsordnung. Sie ist nicht nur als objektiver Grundsatz anerkannt, sondern auch als subjektives Recht. Ihre Herausbildung ist allerdings neueren Datums und nicht bereits im Urteil *Stauder* erfolgt,³⁵ da dort nur die „Grundrechte der Person“ explizit angesprochen werden.³⁶

²⁸ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 9 Rn. 3.

²⁹ EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079 (7169 f., Rn. 73, 77) – Niederlande/Parlament u. Rat („Biopatentrichtlinie“).

³⁰ Krit. dazu *Frahm/Gebauer*, EuR 2002, 78 (86 ff.).

³¹ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9653, Rn. 34) – *Omega*.

³² EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9654, Rn. 37 f.) – *Omega*.

³³ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9653, Rn. 36) – *Omega*.

³⁴ *Frenz*, NVwZ 2005, 48 (50).

³⁵ S. dagegen etwa *Stumpf*, in: Schwarze, Art. 6 EUV Rn. 31 ff.

³⁶ EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419 (425, Rn. 7) – *Stauder*; ebenso in der Bewertung *Rau/Schorkopf*, NJW 2002, 2448 (2448); *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 1 Rn. 12 mit Fn. 13; *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 9 Rn. 3.

B. Inhalt der Menschenwürde

I. Unveräußerlichkeit und Achtung der Subjektivität des Menschen

1. Keine Herabwürdigung zum Objekt

824 In seiner Entscheidung zur BiopatentRL 98/44/EG³⁷ hob der EuGH, wenn auch im Zusammenhang mit Patenten, darauf ab, dass die Unveräußerlichkeit der Menschenwürde gewahrt werden muss. Daher durften bloße Körperteile nicht zum Gegenstand von Patenten gemacht werden.³⁸ Sie konnten mithin nicht zum Gegenstand kommerzieller Rechte werden. Bestandteile des Menschen dürfen demzufolge nicht zum Objekt herabgewürdigt werden. Damit ist eine Brücke zur im Bereich des Art. 1 Abs. 1 GG gebräuchlichen so genannten Dürig'schen Objektformel³⁹ geschlagen. Der Mensch darf mithin nie als Objekt behandelt werden, sondern ist in seinem individuellen Achtungsanspruch zu respektieren und stets als Subjekt zu betrachten. Die EGRC definiert weder in Art. 1 noch anderswo den Menschen näher. Sie verleiht ihm einfach Würde. Deshalb nimmt sie ihn so, wie er ist. Damit gilt auch hier der vom BVerfG geprägte Satz: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu.“⁴⁰ Das Dasein als Mensch ist also ohne Würde nicht denkbar. Sie kommt ihm allein schon durch seine Existenz zu. Damit wird der Schutz- und Achtungsanspruch von Art. 1 EGRC von subjektiven Einschränkungen und Bewertungen losgelöst. Der Mensch ist kraft seiner selbst zu respektieren.

2. Stammzellenforschung

a) *Berechtigung des Nasciturus*

825 Die praktische Relevanz dieses Ansatzes der Menschenwürde zeigt sich nicht nur in eher klassischen speziellen Ausprägungen, nämlich im Folterverbot nach Art. 4 EGRC und im Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit nach Art. 5 EGRC,⁴¹ sondern auch in aktuellen Entwicklungen. Diese beziehen sich bereits auf den Beginn des Lebens. Insoweit blieb allerdings offen, wann dieser Beginn anzusetzen ist und ob auch der Nasciturus Träger und Subjekt der Menschenwürdegarantie sein soll.⁴² Eine Anmerkung während der Beratungen, von der Würde des Menschen könne man erst sprechen, wenn er geboren ist, wurde nicht weiter verfolgt.⁴³

³⁷ ABl. 1998 L 213, S. 13.

³⁸ S.o. Rn. 820.

³⁹ G. Dürig, AöR 81 (1956), 117 (127); s. auch etwa BVerfGE 30, 1 (25); H. Hofmann, AöR 118 (1993), 353 (360); Höfling, JuS 1995, 857 (860) m.w.N.

⁴⁰ BVerfGE 39, 1 (41).

⁴¹ S.u. Rn. 987 ff. bzw. Rn. 1036 ff.

⁴² Streinz, in: ders., Art. 1 GR-Charta Rn. 7; offen auch EuGH, Rs. C-159/90, Slg. 1991, I-4733 – Grogan.

⁴³ Borowsky, in: Meyer, Art. 1 Rn. 37.

Damit ist auf den materiellen Gehalt der Menschenwürde zurückzugreifen. 826 Selbst wenn man menschliche Stammzellen aus befruchteten Eizellen noch nicht dem Lebensschutz unterstellt, ruft doch deren Verwendung im Rahmen der Stammzellenforschung Bedenken im Hinblick auf die Menschenwürde hervor.⁴⁴ Schließlich handelt es sich um Zellen, die auch der Mensch in sich trägt. Sie dann zu Forschungszwecken zu verwenden, macht sie zu deren Gegenstand und damit zum Objekt, vergleichbar der Patentierbarkeit von Körperteilen.⁴⁵

Darüber hilft auch nicht eine abgestufte Schutzintensität je nach Entwicklungsstadium hinweg.⁴⁶ Die Behandlung als Objekt bleibt. Zudem können leicht die Grenzen zerfließen und immer wieder neue Relativierungen die Folge sein.⁴⁷ Der Absolutheit der Menschenwürde droht die fortlaufende Aushöhlung. Praktisch relevant kann diese Frage bei der aktuellen Kompetenzverteilung vor allem für die Forschungsförderung nach Art. 163 ff. EG/179 ff. AEUV sein.⁴⁸ 827

Damit besteht jedenfalls ein Schutz ungeborenen Lebens auf objektiv-rechtlicher Basis.⁴⁹ Ein solcher auf subjektiver Grundlage wird angesichts der verschiedenen Vorstellungen über den Schutz des Nasciturus in den Mitgliedstaaten eher nicht für möglich gehalten; der EuGH werde daher das frühembryonale Leben nicht als Mensch ansehen.⁵⁰ Indes blendet eine solche Konzeption die natürliche Entwicklung des Menschen aus, die zwingend mit dem Vorstadium des Nasciturus verbunden ist. Bereits dann ist der Einzelne als ganzer Mensch angelegt⁵¹ und muss daher auch subjektiv berechtigt sein,⁵² und zwar nicht lediglich gestuft je nach Entwicklungsstadium. Nur so ist seine Position in der Abwägung voll geschützt und entspricht der bereits entwickelter Menschen, deren Würde gleichfalls nicht deshalb geringer abgesichert ist, weil sie durch Krankheit schwere Defizite 828

⁴⁴ Den embryonalen Stammzellen selbst die Lebensqualität absprechend *Höfling/Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 23.

⁴⁵ Dazu abl. die Rspr. des EuGH im Zusammenhang mit der BiopatentRL 98/44/EG (ABl. 1998 L 213, S. 13); o. Rn. 820.

⁴⁶ Dafür auf der Basis von Art. 1 Abs. 1 GG *Herdegen*, JZ 2001, 773 (774 f.); *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 65 ff.; krit. z.B. *Dederer*, AöR 127 (2002), 1 (13 f.); *Hoerster*, Ethik des Embryonenschutzes, 2002, S. 52.

⁴⁷ „Dambruch“- bzw. „slippery slope“-Argument, *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 585; s. auch *Höfling/Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 18: gegen Differenzierung nach der Nidation in utero.

⁴⁸ *Streinz*, in: *ders.*, Art. 2 GR-Charta Rn. 8.

⁴⁹ Dafür auch *Jarass*, § 8 Rn. 8.

⁵⁰ *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 469; auch *Vöneky/Petersen*, EuR 2006, 340 (345 ff.).

⁵¹ Vgl. die beiden Abtreibungsentscheidungen BVerfGE 39, 1 (37); 88, 203 (251 f.) zu Art. 1 Abs. 1 GG unter Abstellen auf die individuelle Identität, die Einmalig- und die Unverwechselbarkeit. Diese besteht aber wegen einer möglichen Teilung des frühembryonalen Lebens nicht schon mit der Verschmelzung von Samen- und Eizelle (Konjugation) und der folgenden Einnistung (Nidation), sondern erst mit der Individuation, *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 143 m.w.N. Indes umfasst die menschliche Entwicklung notwendig auch die genannten Vorstadien, so dass es darauf nicht ankommt.

⁵² Für einen Würdeschutz des Embryos auch *Starck*, EuR 2006, 1 (12).

aufweisen. Die Rechte des Nasciturus müssen freilich von anderen wahrgenommen werden. So verhält es sich aber auch bei kranken Menschen.

b) Verbesserung des menschlichen Lebens allgemein

829 Umgekehrt können Erfolge bei der Stammzellenforschung die Qualität des menschlichen Lebens erheblich verbessern, so wenn Krankheiten erfolgreicher bekämpft werden können oder das menschliche Leben überhaupt verlängert bzw. auch im hohen Alter in guter Verfassung gehalten werden kann. Insoweit handelt es sich um das Ergebnis, welche die Würde der Begünstigten befördert und diese in ihrer Subjektsqualität besonders achtet.

830 Von daher treffen zwei Ausprägungen der Menschenwürde aufeinander, nämlich im Hinblick auf die zu Forschungszwecken verwendeten Stammzellen einerseits und im Bezug auf die davon profitierenden Menschen andererseits. Achtet man beide Elemente gleichermaßen, bedarf es gleichwohl einer Entscheidung. Diese wird freilich erleichtert, wenn man ein Element als weniger gewichtig betrachten kann. So geht es „nur“ um die Verlängerung von Leben und die Verbesserung von Lebensqualität der von einer Stammzellenforschung Profitierenden. Demgegenüber werden die Stammzellen im Zuge der Forschung wie ein Gegenstand behandelt, wenn nicht gar auch vernichtet. Dabei ist allerdings zu differenzieren.

c) Embryonale Stammzellen

831 Embryonale Stammzellen beruhen auf Embryonen, die durch künstliche Befruchtung erzeugt wurden. Diese können zu einem Menschen heranwachsen. Ihnen werden einzelne Zellen entnommen, sofern sie nicht für die Fortpflanzung verwendet werden. Damit werden sie zugleich vernichtet. Der Nukleus eines menschlichen Wesens wird damit ausgelöscht. Auch wenn er für sich selbst noch nicht lebensfähig ist, trägt er doch den Keim eines Menschen in sich, wie dies auch bei natürlich gezeugten Embryonen der Fall ist. Nimmt man den Menschen so wie er ist,⁵³ kommt menschlichen Wesen, so wie sie auftreten, Würde und damit Achtung und Schutz nach Art. 1 EGRC zu. Dies kann schwerlich von der beabsichtigten Verwendung abhängen.

d) Klonen

832 Auch beim Klonen entstehen menschliche Wesen. Diese sind genetisch mit dem Ausgangswesen identisch. Über ihre Freiheitsfähigkeit ist wenig bekannt, so dass ihr Schutz durch die Menschenwürde nicht sicher erscheint.⁵⁴ Art. 3 Abs. 2 EGRC verbietet das Klonen ausdrücklich, aber nur das reproduktive, nicht das therapeutische. Dieses bleibt bewusst offen. Die Menschenwürde wird insoweit speziell geregelt,⁵⁵ obwohl das therapeutische Klonen je nach Vorgehen vergleichbare Be-

⁵³ S.o. Rn. 824.

⁵⁴ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 9 Rn. 30.

⁵⁵ S.u. Rn. 885.

denken wie die embryonale Stammzellenforschung hervorrufen kann. Daher folgen aus der Menschenwürde zumindest partielle Grenzen.⁵⁶

e) *Adulte Stammzellen*

Anders verhält es sich demgegenüber bei adulten Stammzellen. Sie werden aus Zellmaterial bereits auf der Erde lebender Menschen gewonnen und dann dem Betroffenen eingesetzt. Dabei muss also nicht auf Embryonen zurückgegriffen werden. Sie werden mithin nicht durch Zerstörung von Wesen gewonnen, welche die Anlagen zum Menschen in sich tragen. **833**

Die Verbindung zum Menschen entsteht nur dadurch, dass diese Stammzellen auch im Menschen vorkommen und sie von daher Bestandteil von menschlichen Wesen sind. Damit gehören sie aber doch eher zum menschlichen Körper. Dieser wird vom Menschen vielfach in den Dienst seiner Aktivitäten gestellt und von seinem Geist gelenkt. Um die Erhaltung dieser Aktivitäten geht es auch bei der Stammzellenforschung, wenn Krankheiten bekämpft werden und das menschliche Leben verlängert werden soll. **834**

Von daher wird nur im Rahmen dieser Forschung wiederholt, was der Mensch selbst tut: Die Bestandteile des menschlichen Körpers werden benutzt, um menschliche Aktivität hervortreten zu lassen. Der menschliche Körper bildet dafür die Grundlage. Sollen seine Existenz und seine Lebendigkeit verlängert werden, ist dafür in vielen Punkten die Stammzellenforschung das Fundament. Dadurch basiert die Menschenwürde auf ihr. Wird sie damit in den Dienst der Menschenwürde gestellt, indem das natürliche menschliche Vorgehen nachgeahmt wird, kann sie dagegen schwerlich verstoßen. Kann auf diesem Wege bereits das menschliche Leben würdevoller gestaltet werden, bedarf es keines Rückgriffes mehr auf embryonale Stammzellen. **835**

3. Künstliche Befruchtung

Eine künstliche Befruchtung ist aber dann unabdingbar, wenn es um die Zeugung von Nachwuchs geht, der nicht auf natürlichem Wege zustande kommt. Viele Menschen betrachten es als wesentlichen Lebensinhalt, Kinder zu haben, und können keine bekommen. Bei diesem Anliegen wird menschliches Leben künstlich erzeugt und nicht vernichtet. Allerdings werden wegen der geringen Erfolgsquote der künstlichen Befruchtung der Frau mehr Eizellen entnommen und auch befruchtet als benötigt. Es werden daher oft nicht alle befruchteten Eizellen eingesetzt. Werden sie dann etwa nach vorteilhaften und nicht nur überlebenswichtigen Anlagen oder Wunschgeschlecht durchleuchtet, greift der Mensch in den natürlichen Fortpflanzungsprozess ein und manipuliert damit zufällige Eigenschaften des Menschen. Er nimmt ihn daher nicht mehr so wie er ist und verstößt so gegen die Menschenwürde. **836**

⁵⁶ S.u. Rn. 985 f.

4. Lebensverlängernde Maßnahmen

- 837** Die Frage der Vereinbarkeit mit der Menschenwürde stellt sich nicht nur am Lebensanfang, sondern auch und angesichts der zunehmenden Alterung der Bevölkerung immer mehr am Lebensende. Hier kann die Menschenwürde nach beiden Seiten ausschlagen: In welchem Maße können lebensverlängernde Maßnahmen eingesetzt werden, auch wenn der Betroffene lediglich in seinen Körperfunktionen erhalten wird, mithin ein geistig selbstbestimmtes Leben nicht mehr führen kann? Inwieweit ist es umgekehrt mit der Menschenwürde vereinbar, wenn der Einzelne über die Fortsetzung seines Lebens nicht mehr selbst zu entscheiden vermag, in einem nicht mehr wieder gut zu machenden Siechtum ohne eigene geistige Anteilnahme lebt und deshalb dem Leben ein Ende gesetzt wird?
- 838** Dass der Mensch in einen solchen Zustand kommt, in dem er keine geistige Wahrnehmung mehr hat, ist Bestandteil des menschlichen Lebens. Nimmt man den Menschen so wie er ist,⁵⁷ kommt ihm daher auch in einem solchen Zustand Würde zu. Diese Würde ist daher ebenfalls zu achten und zu schützen. Deshalb kann nicht im Hinblick darauf, dass die geistige Wahrnehmung des Menschen praktisch völlig ausgeschaltet ist, das Leben beendet werden. Dann wird menschliche Würde verletzt. Das zeigt vor allem der Entstehungshintergrund der grundgesetzlichen Menschenwürdegarantie, nämlich die Gräueltaten im Nationalsozialismus,⁵⁸ zu denen auch die Vernichtung so genannten lebensunwerten Lebens gehörte.
- 839** Daher verstößt es gegen Art. 1 EGRC, welcher Art. 1 GG nachgebildet ist,⁵⁹ wenn Unionsorgane bzw. die Mitgliedstaaten im Rahmen des europarechtlichen Regelungsbereiches durch ihre Gesetzgebung oder auch durch bloßes Nichtstun in Form fehlender Strafandrohung eine Beendigung menschlichen Lebens zulassen bzw. ermöglichen. Art. 152 EG/168 AEUV sieht immerhin in begrenztem Umfang Maßnahmen vor. Solche können etwa erforderlich werden, wenn sich lebensbeendende Maßnahmen in Krankenhäusern verschiedener Mitgliedstaaten häufen.
- 840** Umgekehrt gehört auch der Tod zur menschlichen Existenz. Seine Hinauszögerung kann daher dann gegen die menschliche Würde verstoßen, wenn sie künstlich ist und gänzlich vom natürlichen Gang der Dinge abweicht. Der Mensch hat auch ein Anrecht auf ein menschenwürdiges Sterben. Dieses wird außer Acht gelassen, wenn er gegen seinen Willen z.B. nur noch durch Apparate am Leben gehalten werden kann, ohne dass er noch eine geistige Wahrnehmung besitzt. Dann werden lediglich seine Körperfunktionen künstlich verlängert, ein natürlicher Tod, wie er zur menschlichen Existenz gehört, wird gerade verhindert. Hat damit der natürliche Sterbeprozess begonnen, muss er nicht unterbrochen werden. Er darf dies auch schwerlich, sofern damit nur Leben künstlich aufrechterhalten wird.
- 841** Allerdings werden damit die Grenzen zur Beendigung von Leben fließend, das ohne geistige Wahrnehmung vonstatten geht. Wurden nämlich die Apparate angeschaltet, bevor der Sterbeprozess begonnen hat, wird damit Leben durch mensch-

⁵⁷ S.o. Rn. 824.

⁵⁸ S.o. Rn. 816.

⁵⁹ S.o. Rn. 808 ff.

liches Eingreifen beendet, indem die Apparate abgeschaltet werden. Zugleich wird allerdings ggf. ein natürliches Sterben erst ermöglicht. Daher richtet es sich in erster Linie nach dem Willen des Einzelnen, sofern er diesen rechtzeitig und in welchem Zustand geäußert hat. Darüber hinaus ist den Ärzten ein großer Spielraum zuzubilligen, wie sie entscheiden, weil diese am ehesten beurteilen können, wann ein natürlicher Sterbeprozess beginnt und wann die Erhaltung von Leben schon künstlich ist. Der Grad dazwischen ist allerdings schmal.

5. Terrorabwehr durch Flugzeugabschüsse

a) *Europäische Relevanz*

Ein klassischer Fall, der auch auf europäischer Ebene relevant werden kann, wurde 842 noch vor gar nicht allzu langer Zeit vom BVerfG entschieden. Danach macht der Staat Menschen zum Objekt, wenn er sie als Insassen eines entführten Flugzeuges zum Abschuss freigibt, um die Zahl der potenziellen Opfer einzuschränken.⁶⁰ Auf europäischer Ebene werden diese Grundsätze in dem Maße relevant, wie eine europäische Sicherheitspolitik etabliert wird. Terrorabwehr wird dabei leicht zu einem gesamteuropäischen Thema, operieren doch Attentäter grenzüberschreitend. Daher ist es entscheidend, dass die Staaten kooperieren. Der EuGH urteilte bereits über eine staatenübergreifende Zusammenarbeit in den allerdings nicht derart elementaren Bereichen von Auskunftsverweigerungen⁶¹ und Datenübermittlungen zur Abwehr des Terrorismus.⁶²

b) *Täter als Subjekt*

Die Menschenwürde verlangt, jeden Menschen als Subjekt zu achten. Das gilt 843 auch für den Straftäter. Dieser darf somit nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht werden.⁶³ Eine Opferrolle fehlt hingegen, soweit Menschen selbst ein Flugzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens einsetzen wollen. Dann setzt sich der Staat gegen einen von dieser Person ausgehenden rechtswidrigen Angriff zur Wehr und wendet sich daher gegen einen Menschen als Subjekt, nicht als Objekt. Deshalb ist die Menschenwürde nicht tangiert. Der Eingriff in das Recht der Täter auf Leben ist durch die staatliche Schutzpflicht für das Leben der Opfer nach Art. 3 EGRC gerechtfertigt, soweit im Einzelnen die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Die Intensität des Lebensschutzes zugunsten der Täter ist durch deren Angriffsverhalten gemindert, von dem sie zudem jederzeit durch ein klares Abdrehen oder ein Landen des Flugzeugs erkennbar ablassen können. Etwaige Prognoseunsicherheiten und Fehleinschätzungen gehen zulasten des Angreifers.⁶⁴

⁶⁰ BVerfGE 115, 118 ff.

⁶¹ EuGH, Rs. C-266/05 P, Slg. 2007, I-1233 – Sison.

⁶² EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 – Parlament/Rat u. Kommission; näher u. Rn. 1450 ff.

⁶³ S. zur deutschen Strafrechtspflege BVerfGE 45, 187 (228).

⁶⁴ Vgl. im Einzelnen BVerfGE 115, 118 (160 ff.).

c) Opfer als Objekt

- 844** Der Mensch wird hingegen zum Objekt des Staates, wenn dieser ihn als Opfer einer Flugzeugentführung zum Abschuss freigibt, und sei es auch zur Rettung anderer, gegen die eine solche Maschine als Angriffswaffe verwendet wird. Durch einen solchen Abschuss wird der Einzelne Mittel zum Zweck und damit „verdinglicht und zugleich entrechtlich“.⁶⁵ Er hat auf diese Rettungsaktion des Staates keinen Einfluss. Über sein Leben wird einseitig verfügt. Ihm wird daher sein Wert abgesprochen. Dieser steht ihm unabhängig von der (noch) zu erwartenden Dauer des individuellen menschlichen Lebens zu. Eine vorsätzliche Tötung unschuldiger Menschen ist danach gänzlich ausgeschlossen, auch wenn sie dem Tod geweiht scheinen, zumal in einer solchen Extremsituation Prognosefehler und damit Fehlentscheidungen unterlaufen können.⁶⁶

d) Würde gegen Würde

- 845** Bedenklich stimmt allerdings schon, dass damit die sich am 11.9.2001 in das World Trade Center bohrenden Flugzeuge auch bei einer Möglichkeit dazu nicht hätten abgeschossen werden dürfen. Schließlich kamen dabei Tausende von Menschen zu Tode. Zwar kann man nicht Leben gegen Leben aufrechnen.⁶⁷ Indes handelt es sich um eine Extremsituation auch zulasten der Betroffenen auf der Erde. Ist der Staat an wirksamen Maßnahmen zu ihrem Schutz gehindert, werden auch sie Opfer eines durch sie nicht beherrschbaren Vorganges. Gibt der Staat ihr Leben von vornherein preis, indem er ein Vorgehen gegen Angriffsflugzeuge erst gar nicht vorsieht, macht er (auch) sie zum Objekt und negiert ihre Subjektsqualität, nur dass er nicht aktiv handelt. Das Ergebnis bleibt aber gleich, nämlich der staatlich in Kauf genommene Tod Unschuldiger.
- 846** Damit stehen sich zwei Ausprägungen der Menschenwürde gegenüber: die der unschuldigen Passagiere im Flugzeug und die der nichtsahnenden Opfer auf dem Boden. Nimmt man sie hinzu, liegt eine mögliche Legitimation eines Flugzeugabschusses darin, die Menschenwürde der auf dem Boden befindlichen Betroffenen zu schützen, mithin in der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 1 EGRC. Diese ist höchstens deshalb nachrangig, weil sie wegen ihrer objektiv-rechtlichen Ableitung für sich selbst zu unbestimmt ist.⁶⁸ Indes ist die Menschenwürde als solche nicht relativierbar, selbst wenn ihr eine bloße Ausstrahlungswirkung zukommt. Auch diese ist objektiv-rechtlich begründet. Die Würde des Menschen bildet einen unantastbaren Wert, der nach Art. 1 EGRC gleichermaßen zu achten und zu schützen ist.

⁶⁵ BVerfGE 115, 118 (154).

⁶⁶ Näher BVerfGE 115, 118 (152, 156 f.).

⁶⁷ S. Schenke, NJW 2006, 736 (738), der die Entscheidung billigt.

⁶⁸ Dazu allgemein o. Rn. 817.

6. Abwehr illegaler Einwanderung

a) *Auftretende Situationen*

Ein weiteres die Menschenwürde tangierendes, schon konkret praxisrelevantes **847** Thema ist die illegale Einwanderung. Die EU-Grenzschutzagentur Frontex, die im Oktober 2005 in Warschau ihre Arbeit aufgenommen hat, soll den Kampf der Mitgliedstaaten gegen illegale Migration unterstützen und koordinieren. Darüber hinaus sind einheitliche Standards für die Abschiebung geplant.⁶⁹ Hier kann die Menschenwürde in verschiedener Weise einschlägig sein: Das gilt vor allem, wenn bei der Abwehr illegaler Einwanderer Waffengewalt eingesetzt und dabei der Tod Unschuldiger in Kauf genommen wird. So ist auf Flüchtlingsbooten schwer auszumachen, wer die Verantwortung für eine illegale Einwanderung trägt, ja überhaupt, wer willentlich in ein entsprechendes Boot gestiegen ist. Kinder jedenfalls können nichts dafür. Sie sind im Gegenteil besonders schutzbedürftig. Werden daher Schutzmaßnahmen gezielt unterlassen, obwohl ein nicht fahrtüchtiges Boot in europäischen Gewässern ist, wird auch der Tod Unschuldiger in Kauf genommen. Die betroffenen Menschen werden Objekt staatlichen Unterlassens. Wird für ihre Rettung nichts unternommen, werden sie in ihrer Würde verletzt. Sie werden zum Spielball staatlicher Flüchtlingspolitik.

b) *Keine Inkaufnahme des Todes Unschuldiger*

Anders verhält es sich höchstens mit den Drahtziehern der Flüchtlingstransporte. **848** Sie haben ihr Verhalten genauso zu verantworten wie Flugzeugentführer, bei deren alleinigem Abschuss die Menschenwürde nicht verletzt wurde, weil diese Personen selbst verantwortlich eine entsprechende Gefahrenlage für andere hervorgeufen haben.⁷⁰ Eine solche Gefahrenlage für andere kann aber gerade nicht durch die bewusste Inkaufnahme des Todes der Drahtzieher illegaler Einwanderung abgewendet werden, wenn diese mit im Boot sitzen. Es wäre höchstens an einen Abschreckungseffekt zu denken, um Nachahmungen zu verhindern. Dieser wäre aber mit der bewussten Inkaufnahme von Menschenopfern allzu hoch erkaufte. Genau dadurch würden Menschen wieder zum Objekt staatlicher Flüchtlingspolitik werden, was mit der Würde des einzelnen Menschen schwerlich vereinbar ist.

c) *Opferschutz bei illegalem Menschenhandel*

Beim illegalen Menschenhandel geht es daher vor allem um den Schutz von Opfern. **849** Zwar werden diese zunächst durch die Menschenhändler bzw. Flüchtlingshelfer zum Objekt illegaler Geschäfte gemacht. Geraten sie aber bei der Flucht in Seenot, bedürfen sie des Schutzes vor Lebensgefahr. Vor einer späteren Übergabe an „Arbeitgeber“ schützt Art. 5 EGRC.⁷¹

⁶⁹ Näher u. Rn. 1114.

⁷⁰ S.o. Rn. 843.

⁷¹ S.u. Rn. 1051 und auch Rn. 1045 ff.

- 850** Zudem kann es ein der langen Menschenwürdetradition Europas verpflichteter Staat schwerlich hinnehmen, dass Menschen, die in die Fänge von Fluchthelfern und Menschenhändlern geraten sind, in dieser Lage bleiben, die ihre Subjektivität grob missachtet. Daher sind sie zur Hilfe verpflichtet, um die Würde des Menschen zu achten und zu schützen. Gesichtspunkte wie die Begrenzung illegaler Einwanderung haben dahinter zurückzustehen. Diese sind über die Asylpolitik durchzusetzen, nicht aber über die Inkaufnahme von Menschenleben schon bei der Einwanderung.

d) Keine Selbstschussanlagen

- 851** Die Abwehr von Flüchtlingen verstößt insbesondere gegen die Menschenwürde, wenn Selbstschussanlagen installiert werden, welche herannahende Flüchtlinge oder auch andere Personen wahllos erschießen und damit zum Objekt einer staatlichen Tötungsmaschine machen.⁷²

II. Autonome Selbstbestimmung

1. Eigene Bestimmung der individuellen Würde

- 852** Dem Menschen wird als solchem mit dem ihm jeweils eigenen Wesen Würde zuerkannt.⁷³ Art. 1 EGRC nimmt ihn in der ihm eigenen Würde. Deren Grund und zugleich Ausdruck ist die nur dem Menschen gegebene Fähigkeit, sein Leben vernunftgeleitet und ethisch verantwortungsvoll zu gestalten.⁷⁴ Dies setzt voraus, dass dem Einzelnen die Möglichkeit verbleibt, diese Fähigkeit zu entfalten. Das kann er in dem Maße, wie er frei von fremdem Einfluss bleibt. Er legt daher grundsätzlich auch das Ausmaß und die Intensität seiner Würde selbst fest.⁷⁵ Er ist mithin grundsätzlich so hinzunehmen, wie er über sich selbst bestimmt. Der Verfassungs-

⁷² Vgl. auch BVerfGE 95, 96 (140 ff.) aus Sicht der wegen solcher Taten verurteilten „Mauerschützen“.

⁷³ S.o. Rn. 824.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 49, 286 (298); *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 6 f. Dies dürfte sowohl einem christlichen Ansatz, der betont, der Mensch sei Ebenbild Gottes, als auch einer philosophischen, v.a. auf Kant gestützten Begründung entsprechen. Jedenfalls von der Rechtsfolge her gilt das auch bei einer Ableitung aus dem, was sich die Menschen einander zusprechen und daher in einem Staatsgründungsakt wechselseitig versprechen (*H. Hofmann*, AöR 118 (1993), 353 (369 ff.) m.N. zu den beiden anderen Ansätzen S. 357 f.). Freilich bedeutet dies nicht, dass der Einzelne zu einem vernunftgeleiteten Verhalten auch tatsächlich fähig sein muss. Schon kraft seines Menschseins kommt ihm Würde zu, BVerfGE 39, 1 (41); 88, 203 (252); auch *H. Hofmann*, AöR 118 (1993), 353 (376). Nur beim Menschen kann aber die Vernunft zur Geltung kommen.

⁷⁵ *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 86 f., 89 f. m.w.N. in Fn. 319; *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 1 Abs. 1 u. 2, Rn. 39 f., 90, 120 ff.

staat will ihn somit nicht instrumentalisieren oder verbessern. Er akzeptiert ihn als unvollkommenes Wesen.⁷⁶

Kernstück ist damit, dass sich der Mensch entsprechend seinen eigenen Vorstellungen von Würde entfalten kann. Die Autonomie ist daher das Herzstück der Menschenwürde.⁷⁷ Als solche wirkt sie zugleich prägend: Art. 1 EGRC schützt somit wie Art. 1 Abs. 1 GG „die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner Selbst bewusst wird. Hierzu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.“⁷⁸ Der Einzelne muss also nicht nur autonom sein können, sondern so akzeptiert werden, wie er in dieser Autonomie die für ihn geltende Reichweite und Intensität der Menschenwürde bestimmt.⁷⁹ Auch dies ist Ausdruck seiner Würde. **853**

2. Grenzen

Daher können dem Einzelnen auch schwerlich Grenzen gezogen werden, seine eigene Würde zurückzunehmen. Da durch eine solche Rücknahme erst der Umfang der Menschenwürde für den Einzelnen festgelegt wird, ist dies auch keine Frage eines etwaigen Verzichts, der für das Elementarrecht der Menschenwürde auszuschließen ist.⁸⁰ Eine Grenze kann höchstens dort liegen, wo für alle erkennbar der Einzelne seine Würde negiert. Das ist namentlich dann der Fall, wenn er Selbstmord begeht und damit seine eigene Subjektivität verneint. Daher verstößt es nicht gegen die Menschenwürde, sondern ist viel eher durch sie geboten, wenn die Polizei eingreift, um einen Einzelnen von seinem Selbstmord abzuhalten oder wenn Ärzten und auch anderen Personen eine Hilfe zur Selbsttötung verboten ist.⁸¹ Insoweit besteht eine Schutzpflicht des Staates, die Menschenwürde durch strafrechtliche Sanktionen abzusichern. **854**

3. Folgenverantwortung

So weit der Einzelne aber seine Würde definieren und selbstbestimmt verwirklichen kann, hat er selbst die Folgen seines eigenen Tuns zu verantworten. Damit hat er aber auch dafür einzustehen. Deshalb wird der Selbstbestimmung des Einzelnen am ehesten dadurch Rechnung getragen, dass der Staat ihn auch die Folgen seines Tuns tragen lässt und nicht auf einen anderen abschiebt. Daher ist das Verursacherprinzip besonders geeignet, das selbstbestimmte Handeln des Menschen zu sichern und zu gewährleisten, dass dabei auch nicht die Folgen des eigenen Tuns ausgeblendet werden.⁸² **855**

⁷⁶ S. etwa *Kopp*, in: FS für Obermayer, 1986, S. 53 (62 f.); *W. Geiger*, in: FS für Faller, 1984, S. 3 (13).

⁷⁷ *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 31.

⁷⁸ BVerfGE 49, 286 (298).

⁷⁹ *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 1 Abs. 1 u. 2, Rn. 39 f., 90, 120 ff.

⁸⁰ BVerwGE 64, 274 (275); auch BGHZ 67, 118 (125).

⁸¹ S.o. Rn. 841.

⁸² Näher *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 197 f.

- 856** Im besonderen Maße gilt dies für die Basis der Entfaltung der Würde des Menschen und damit für die eigene Lebensgrundlage, also für die Bewahrung einer Umwelt, in der eigenverantwortliche Entfaltung noch möglich ist.⁸³ Ausdruck der Autonomie des Menschen ist daher auch seine Verantwortung für die Umwelt.

III. Gemeinschaftsbezogenheit

- 857** Dieser Ansatz ergibt sich in noch stärkerem Maße aufgrund der Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen. Es gehört zu seinem Wesen, Kontakt mit anderen zu haben und in der Gemeinschaft zu leben. Auch ein selbstbestimmtes Individuum ist damit in die Gemeinschaft eingebettet und verwirklicht sich erst in ihr und ihr gegenüber.⁸⁴ In der EGRC ergibt sich dies insbesondere aus dem Titel Solidarität. Hier wird die Einbettung des Einzelnen in die Arbeitswelt und sein Angewiesensein auf staatliche Infrastruktur näher konkretisiert. Dabei handelt es sich jedenfalls im Kern auch um Ausprägungen der Menschenwürde.⁸⁵ In Art. 37 EGRC ist auch eigens der Umweltschutz aufgeführt.
- 858** Ist der Einzelne in die Gemeinschaft eingebunden, gehört der Rückbezug auf sie zum menschlichen Wesen. Die Erhaltung dieser Gemeinschaft bedeutet eine Voraussetzung für die individuelle Entfaltung. Durch die Einbindung in die Gemeinschaft ist das Individuum damit auch um seiner selbst willen insoweit beschränkt, als es den Bestand dieser Gemeinschaft als Voraussetzung auch seiner Entfaltung nicht gefährden darf. Daraus folgt, dass der Einzelne bei seiner eigenen Entfaltung die Grundlagen wahren muss, welche die Gemeinschaft für ihre Fortentwicklung benötigt. Dazu gehören namentlich die natürlichen Lebensgrundlagen zumindest auf dem Niveau des ökologischen Existenzminimums. Dessen Bestandteil ist auch ein Klima, in dem der Einzelne überleben und sich in einem Mindestmaß entfalten kann. Dafür hat der Staat durch eine adäquate Klimapolitik Sorge zu tragen, ohne dass sich indes konkrete Maßnahmen im Einzelnen definieren lassen.

IV. Zukunftsbezogenheit

- 859** Diese Verantwortung zur Erhaltung der Grundbedingungen einer selbstverantwortlichen Entfaltung dürfte sich auch auf die nachfolgenden Generationen erstrecken. Zwar ergeben sich für diese noch nicht individualisierten Personen wegen der Formulierung in Art. 1 EGRC „des Menschen“ Zweifel, ob sie in den Menschenwürdeschutz einbezogen werden können.⁸⁶ Jedoch geht es hier um die weite-

⁸³ Frenz, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 198 f.

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f.); 33, 303 (334); 50, 166 (175).

⁸⁵ S. zu Art. 27 EGRC Rn. 874.

⁸⁶ Näher zum gleichlautenden Art. 1 Abs. 1 GG insbes. Enders, EuGRZ 1986, 241 (251 f.); vgl. Bergsträsser, 4. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 23.9.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. V, S. 16: „Es ist der einzelne Mensch, dessen Würde geschützt

re Entwicklung der Menschheit. Dass gegenwärtige Generationen die Grundlagen der Selbstentfaltung künftiger Generationen zerstören und damit diesen die Möglichkeit des Weiterlebens als Mensch entziehen, ja überhaupt den Fortbestand der Gattung „Mensch“ aufs Spiel setzen können, kommt einer Selbstverleugnung gleich, die ohne den Verlust der Selbstachtung, mithin der Würde nicht erfolgen kann.⁸⁷ Am Recht, die eigene Art auszulöschen, findet jede Freiheit ihre unverrückbare Grenze. Dadurch wird die Würde des heute lebenden Menschen berührt, der sich damit als nicht fähig zeigen würde, sich selbst und seine Art zu erhalten, so dass seine Vernunft in Frage stünde. Auch würde durch die Annahme, eine Zerstörung der Lebensbedingungen künftiger Generationen und damit letztlich auch der von Menschen, wenn auch nicht individualisierbar, verstieße nicht gegen die Menschenwürde, die aus dem Rückbezug des Einzelnen auf die Gemeinschaft folgende Unantastbarkeit dieses Elements in Frage gestellt. Jedenfalls würde die uneingeschränkte Achtungspflicht in der objektiv-rechtlichen Seite der Menschenwürde, die sich ebenfalls nicht auf konkret individualisierte Personen bezieht,⁸⁸ anzweifelbar.

C. Achtungspflicht

I. Abwehrrecht

Die Menschenwürde zu achten verpflichtet den Staat in erster Linie, sie selbst nicht anzutasten. Er muss sich also aller Eingriffe enthalten, welche die Menschenwürde verletzen. Damit korrespondiert ein Abwehrrecht des Einzelnen. Er kann sich daher etwa gegen Haftbedingungen wehren, welche ihn zum Objekt des Strafvollzugs herabwürdigen. Das wird bereits dann bejaht, wenn dem Einzelnen keine Chance verbleibt, jemals wieder in Freiheit zu kommen. Der Einzelne muss also immer die Hoffnung haben, wieder aus der Haft entlassen zu werden, selbst bei einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe.⁸⁹ Spezifische Ausprägungen dieses Verbotes, dass der Staat selbst die Menschenwürde antastet, ist das Verbot der Folter und der unmenschlichen sowie erniedrigenden Behandlung in Art. 4 EGRC.

Der Staat darf aber auch durch seine Gesetzgebung die Menschenwürde nicht verletzen. Dies würde er etwa tun, wenn er im Falle geistiger Umnachtung nach

werden soll.“ Ebenso *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 250. Bejahend hingegen etwa *Balz*, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen, 1980, S. 39; *Vitzthum*, JZ 1985, 201 (209); zurückhaltender *ders.*, ZRP 1987, 33 (36).

⁸⁷ Bereits *H. Hofmann*, JZ 1986, 253 (260) für Eingriffe in die individuellen Anlagen durch eine Gentechnik, die eine bewusste Entfaltung als körperlicher Mensch mit einem entsprechenden Bewusstsein und Empfinden unmöglich macht. Dem gleichzustellen ist die Erhaltung einer menschengerechten Umgebung, die ebenfalls die Voraussetzung für eine Entfaltung als vernunftbegabter Mensch ist.

⁸⁸ Zu den verschiedenen Rechtswirkungen der Menschenwürde *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 22 ff.

⁸⁹ BVerfGE 45, 187 (229).

einem Unfall und zu erwartendem lebenslänglichen Siechtum Ärzten den Tod unabhängig vom Willen des Einzelnen freigeben würde. Er würde dann die Subjektsqualität des Menschen in jedem gesundheitlichen Zustand bis zum natürlichen Tode negieren.⁹⁰

862 Ein individuelles Abwehrrecht besteht aber insoweit nur, als die Menschenwürde eine konkrete Lösung absolut verbietet. Es scheidet hingegen aus, wenn dem Staat mehrere Lösungen zur Verfügung stehen, welche mit der Menschenwürde vereinbar sind, und er eine davon wählt. Das ist gerade im Bereich der Lebensbeendigung der Fall, sobald der natürliche Sterbeprozess eingesetzt hat. Die Menschenwürde gebietet es nicht, ihn künstlich durch Beatmung und Ernährung von außen zu verlängern.⁹¹ Umgekehrt erlaubt sie diesen Weg, soweit der Patient damit nicht zum Objekt der Apparate gemacht und gequält wird. In diesem Umfang bildet es daher eine politische Entscheidung, welcher Weg etwa normativ vorgegeben wird.

863 Ausdruck der Menschenwürde ist es allerdings auch, hierüber selbst etwa im Wege einer Patientenverfügung eine Bestimmung zu treffen, an die der Arzt gebunden ist. Damit ist freilich noch keine Selbsttötung erlaubt. Hier geht es aber um den Eintritt des natürlichen Todes, der nicht durch künstliche Maßnahmen hinausgezögert werden soll. Hier obliegt es auch dem Staat, einen Rahmen zur Verfügung zu stellen. Er darf dabei nur nicht von den grundlegenden Vorgaben der Menschenwürdegarantie abweichen. Lediglich in diesem äußersten Fall besteht ein Abwehrrecht. Der Einzelne ist dann auch nicht an die staatlichen Vorgaben gebunden, sondern kann sich darüber kraft seines aus der Menschenwürde resultierenden Selbstbestimmungsrechts darüber hinweg setzen.

II. Wertungsvorgabe

864 Das Beispiel normativer Spielräume bei der Regelung von Patientenverfügungen und lebensverlängernden Maßnahmen zeigt, dass die Menschenwürde auch in Elementarfragen des menschlichen Lebens Regelungsmöglichkeiten lässt, ohne einen bestimmten Weg vorzuschreiben. Bei der Ausfüllung dieser Spielräume ist aber die Menschenwürde gebührend zu beachten.

865 Ihre Wertungen sind bei der Ausarbeitung der gesetzlichen Bestimmungen adäquat einzubeziehen. Dies muss auch bei den Gesetzesberatungen zum Ausdruck kommen. Sicherstes Indiz dafür ist, wenn es in der Normbegründung aufgenommen wird und der Gesetzgeber darin im Einzelnen darlegt, aus welchen Gründen er sich gerade auch im Hinblick auf die Menschenwürde für einen bestimmten Weg entschieden hat. Das gilt etwa auch bei europäischen Vorgaben für die Bewältigung illegaler Einwanderung oder zur Abwehr von Terrorangriffen.

866 Auch nach diesen Vorgaben besteht ein Normierungsspielraum aber nur innerhalb der feststehenden Grenzen der Menschenwürde. Diese müssen also etwa auch bei der Festlegung einer europäischen Haltung zur illegalen Einwanderung und

⁹⁰ S.o. Rn. 841.

⁹¹ S.o. Rn. 840.

deren Abwehr beachtet werden.⁹² Die Menschenwürde als Abwehrrecht geht also der bloßen Pflicht zur Beachtung der aus ihr folgenden Wertungen vor.

D. Schutzpflicht

I. Verhinderung von Übergriffen Privater

Gem. Art. 1 EGRC ist die Menschenwürde gleichermaßen zu achten und zu schützen. Beide Komponenten sind ohne Abstufung nebeneinander gestellt. Wird die Menschenwürde geachtet, wird sie allerdings regelmäßig zugleich auch geschützt. Die Schutzpflicht geht aber darüber hinaus. Es geht nicht nur um die Abwehr bestimmter Beeinträchtigungen sowie um die Achtung bei normativer Regulierung, sondern um einen umfassenden staatlichen Schutz. Das betrifft einmal die Voraussetzungen, damit der Einzelne seine Menschenwürde überhaupt erst selbstbestimmt entfalten kann. Das ist etwa kaum möglich in Gefängnissen mit Rahmenbedingungen, die ein menschenwürdiges Leben praktisch nicht zulassen. So weit diese allerdings staatlich gestaltet sind, besteht schon ein Abwehranspruch auf Abhilfe, weil damit unmittelbar in die Menschenwürde eingegriffen wird. 867

Damit zeigt sich der Schwerpunkt der Schutzpflicht, nämlich die Verhinderung von Übergriffen Privater auf Mitmenschen, die Letzteren ein menschenwürdiges Dasein verwehren. Besonders gravierende Fälle sind Bürgerkriegssituationen und die kommerzielle Vermarktung von Menschen. Diese kann auch unterhalb der Stufe der Sklaverei und Zwangsarbeit erfolgen, die bereits durch Art. 5 EGRC erfasst sind und gleichfalls staatliche Schutzvorkehrungen erfordern.⁹³ Es genügt allein schon die illegale Einschleusung in menschenunwürdigen Verhältnissen, so wenn Flüchtlinge auf Booten zusammengepfercht wurden bzw. mit Schulden belastet sind, die sie ihr Leben lang abzahlen müssen, so dass sie damit gleichsam Objekt der Schuldknechtschaft von Menschenhändlern werden. Auch in diesem Fall verbleibt den Betroffenen kaum Hoffnung auf ein in finanziellen Dingen selbstbestimmtes Leben, wodurch in der sehr stark kommerzialisierten Welt eine Entfaltung eigener Bedürfnisse schwerlich möglich ist.⁹⁴ 868

II. Strafandrohungen

Bei solchen Einwirkungen Privater auf die Menschenwürde von Mitmenschen ist dann der Staat verpflichtet, adäquate Maßnahmen zu ergreifen. Im Falle gravierender Verletzungen der Menschenwürde kommen hier nur Strafandrohungen in Betracht. Diese versprechen immer noch den wirksamsten Erfolg. Je stärker die Menschenwürde von Mitmenschen angetastet wird, desto höher muss das zu erwartende Strafmaß ausfallen, um einen korrespondierenden Abschreckungseffekt 869

⁹² S.o. Rn. 847 ff.

⁹³ S.u. Rn. 1052 ff.

⁹⁴ Näher *Frenz*, JR 1994, 92 ff.

zu erzeugen und dadurch die Menschenwürde zugunsten der potenziell Betroffenen wirksam zu schützen. Hier gelten erst recht die entsprechenden Ausführungen des EGMR zum Recht auf Leben⁹⁵ und zum Verbot von Zwangsarbeit.⁹⁶ Der Staat hat daher keine Wahlmöglichkeit. Vielmehr muss er die Strafandrohung so fassen, dass sämtliche Formen einer etwaigen Verletzung der Menschenwürde hinreichend erfasst sind, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden.

- 870** Die Strafandrohungen können allerdings nur wirksam sein, wenn sie auch angewendet und durchgesetzt werden. Deshalb sind auch die Verfolgungsstellen in der Pflicht. Daher können auch auf Unionsebene gebotene Strafbarkeitsandrohungen auf das Verhalten der Mitgliedstaaten durchschlagen, die immer noch kompetent sind, Straftäter zu verfolgen und auch die dazu notwendigen Straftatbestände zu erlassen. Auf europäischer Ebene können immerhin bei besonders schwerer Kriminalität gem. Art. 31 lit. e) EUV/83 AEUV Straftatbestände und Strafen vorgegeben werden. Zudem sehen Art. 29 ff. EU/85 ff. AEUV eine Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung vor.

III. Sonstige Maßnahmen

- 871** Auch unterhalb der Schwelle von Strafbarkeitsandrohungen können staatliche Maßnahmen geboten sein. Eine solche Strafandrohung ist auch nur dann ausreichend, wenn tatsächliche Aussicht auf ihre Verwirklichung besteht. Gerade im Bereich des Menschenhandels ist dies schwierig, weil die Drahtzieher vielfach außerhalb europäischer Staaten sitzen. Das betrifft insbesondere die Bootsflüchtlinge. Einen Abschreckungseffekt mögen hier vielmehr intensive Patrouillenfahrten zu erzeugen, welche die Boote beim Grenzübertritt eher entdecken und damit einen Start von vornherein nicht so attraktiv machen. Sind die Flüchtlinge einmal in ein Land der EU gekommen, hilft nur eine konsequente Rückführung, um Nachahmungen zu vermeiden, soweit nicht rechtliche Grenzen etwa aus Art. 19 EGRC erwachsen.⁹⁷ Hierfür dient auch eine Abschiebehaft, die in einer Richtlinie europaweit auf 18 Monate ausgedehnt werden soll.⁹⁸ Lediglich so können die Umstände dahin beeinflusst werden, dass Menschenhandel mit illegaler Migration wegen mangelnder Erfolgsaussichten unattraktiv wird.
- 872** Welche Maßnahmen unterhalb einer Strafandrohung im Einzelnen ergriffen werden, unterliegt oft sehr stark politischer Opportunität, da der Erfolg solcher Maßnahmen schwerlich konkret vorhergesagt werden kann. Von daher gebietet der Schutz der Menschenwürde nur, dass etwas Konkretes geschieht, um künftige Verletzungen möglichst zu vermeiden. Die staatlichen Stellen haben hierbei einen Beurteilungs- und auch Experimentierspielraum, um die Wirksamkeit von Maßnahmen zu erproben.

⁹⁵ S.u. Rn. 903.

⁹⁶ S.u. Rn. 1052 ff.

⁹⁷ S.u. Rn. 1146 ff.

⁹⁸ S.u. Rn. 1114.

E. Auslegung

Eine zentrale Bedeutung erlangt die Menschenwürdegarantie nach Art. 1 EGRC als Eingangsbestimmung der Grundrechtecharta für die Auslegung aller nachfolgenden Bestimmungen. Dies ergibt sich auch aus ihrem Charakter als Fundamentalnorm nach der Entstehungsgeschichte.⁹⁹ Daher beeinflusst Art. 1 EGRC nicht nur die Auslegung der im selben Titel genannten Fundamentalgarantien, welche wie das Folterverbot und das Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit spezielle Ausprägungen der Menschenwürde sind, sondern die sämtlicher Grundrechte der EGRC. Dieser Einfluss ist umso stärker, je enger das jeweilige Grundrecht mit der Menschenwürde verbunden ist bzw. je größer der von der Menschenwürde umfasste Kerngehalt ist. Besonders stark ist diese Verbindung beim Privat- und Familienleben. Auch der Datenschutz ist Ausfluss des Persönlichkeitsrechts, das in Deutschland in enger Verbindung mit der Menschenwürde gesehen und herangezogen wird.¹⁰⁰ **873**

Aber auch scheinbar weniger mit der Menschenwürde zusammenhängende Rechte können von Art. 1 EGRC beeinflusst sein. Das betrifft insbesondere die Bestimmungen des Kapitels zur Solidarität. Sie sind die Konsequenz der Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, welche auch den Inhalt der Menschenwürde prägt.¹⁰¹ Daher kann auch die Beteiligung von Arbeitnehmern im Betrieb und die Gewährleistung des Umweltschutzes (Art. 27, 37 EGRC) nicht losgelöst von der Menschenwürde gesehen werden. Beide Elemente sind Ausdruck, dass der Mensch auf seine Umgebung angewiesen ist, um sich entfalten zu können. Das betrifft sowohl die mitmenschliche als auch die natürliche Umgebung. Daher ist ein Mindestmaß an Entfaltungsmöglichkeiten jedenfalls über die Garantie der Menschenwürde abgesichert.¹⁰² **874**

Auch außerhalb eines solchen unabdingbaren Mindestbereiches kann die Menschenwürdegarantie auf die Auslegung einwirken. Sie spricht tendenziell für die Interpretationsmöglichkeit, welche in stärkerem Maße eine selbstbestimmte Entfaltung des Menschen ermöglicht. Sie kann daher für eine freiheitsfreundlichere Auslegung in die Waagschale geworfen werden. **875**

⁹⁹ S.o. Rn. 813.

¹⁰⁰ Grundlegend BVerfGE 65, 1 – Volkszählung; auch etwa 115, 320 (341) – Rasterfahndung.

¹⁰¹ S.o. Rn. 857.

¹⁰² S.o. Rn. 858.

F. Prüfungsschema zu Art. 1 EGRC

876 1. Schutzbereich

- a) Subjektivität des Menschen
- b) autonome Selbstbestimmung
- c) ökologischer Mindeststandard
- d) Achtungs- und Schutzpflicht

2. Beeinträchtigung

kein hinreichender Schutz (durch Strafandrohung und -verfolgung), z.B.:

- embryonale Stammzellenforschung
- vorzeitige Lebensbeendigung
- keine Rettung von Bootsflüchtlingen

3. Rechtfertigung ausgeschlossen

§ 2 Recht auf Leben

A. Fortführung der EMRK ohne nähere Konkretisierung der Reichweite

877 Zwar ist Art. 2 Abs. 1 EGRC mit dem schlichten Satz „Jeder Mensch hat das Recht auf Leben“ wesentlich eingängiger formuliert als Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK, wonach das Recht jedes Menschen auf das Leben gesetzlich geschützt wird. Indes ist dieses Recht bewusst an diese Vorgängerbestimmung angelehnt. Der Status quo sollte strikt gewahrt werden.¹⁰³

878 Die Kontinuität betraf auch die Ausklammerung der Frage, wann das Leben beginnen und wann es enden sollte. Zwar wurden diese Themen immer wieder angesprochen. So wurde verlangt, das Recht auf Leben solle erst ab der Geburt gelten. Damit sollte vor allem die Möglichkeit der Abtreibung erhalten bleiben. Vor diesem Hintergrund wurde die ursprünglich geplante Formulierung „jeder“ durch „jede Person“ ersetzt.¹⁰⁴ Dies gilt aber nur für die französische Fassung. Im Englischen hieß es „everyone“.¹⁰⁵ Zudem ist „jede Person“ geschlechtsneutral. Damit gibt es durchaus noch ein anderes Motiv, als an das Person-Sein anzuknüpfen.

879 Ob sich das Lebensrecht auf Embryonen erstreckt, ist damit allein durch die Definition nicht zu klären. Dies ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁰⁶

¹⁰³ Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 7.

¹⁰⁴ Rengeling/Szczekalla, Rn. 595; Höfling/Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 13.

¹⁰⁵ Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 11 ff.

¹⁰⁶ Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 33 auch unter Verweis auf EGMR, Urt. vom 8.7.2004, Nr. 53924/00 (Rn. 80), NJW 2005, 727 (730) – Vo/Frankreich; s. auch Uerpmann-Wittzack, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 3 Rn. 49.

Jedenfalls ist der Mensch von der Geburt bis zum Tod in seinem Lebensrecht geschützt.¹⁰⁷ Nicht umsonst wurde für den Entwurf eines Verfassungsvertrages für die Europäische Union und dann auch für die EGRC das Wort „Person“ durch „Mensch“ ausgetauscht. Damit entfallen Differenzierungen danach, ob der Mensch als bloß biologisch-vegetativ existierendes Wesen weiter zu sehen ist als eine Person, bei der etwa bestimmte qualitative Merkmale hinzukommen müssen.¹⁰⁸ Eine solche Unterscheidung ist insbesondere auch vor dem Hintergrund der Menschenwürde problematisch, welche den Menschen so schützt wie er ist, unabhängig von intellektuellen oder körperlichen Fähigkeiten.¹⁰⁹ Diese weite Konzeption tritt bei einer Ersetzung von „Person“ durch „Mensch“ deutlicher hervor.

B. Leben

I. Anfang

1. Zurückhaltender Ansatz nach Art. 2 Abs. 1 EMRK

Auch aus Art. 2 Abs. 1 EMRK wird jeder Mensch berechtigt. Gleichwohl wurde dieser Lebensschutz bislang weder von der EKMR noch vom EGMR auf das ungeborene Leben erstreckt,¹¹⁰ so dass den Konventionsstaaten ein breiter Gestaltungsspielraum zukommt, weil danach höchstens ein objektiv-rechtlicher Lebensschutz bejaht werden kann.¹¹¹ Verlangt wird nur ein fairer Ausgleich der entgegengesetzten Interessen der Frau und des Fötus.¹¹² Das entspricht einer Gesamtschau der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, da nur Irland in seiner Verfassung ein Lebensrecht Ungeborener ausdrücklich anerkennt und ein solches aus dem allgemeinen Lebensrecht nicht durchgehend, sondern im Wesentlichen nur in Deutschland befürwortet wird.¹¹³ 880

2. Verbindung zur Menschenwürde

Ob das Leben des Menschen nicht erst mit der Geburt, sondern bereits mit der Entstehung, also mit der Vereinigung von Samen- und Eizelle, beginnt, legt auch 881

¹⁰⁷ Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 33.

¹⁰⁸ Allgemein abl. Höfling/Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 7.

¹⁰⁹ S.o. Rn. 824.

¹¹⁰ Ausdrücklich offen lassend EGMR, Urt. vom 8.7.2004, Nr. 53924/00 (Rn. 84 f.), NJW 2005, 727 (731) – Vo/Frankreich.

¹¹¹ Im Einzelnen Müller-Terpitz, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 401 ff., 471; s. auch Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, 2003, S. 68.

¹¹² EGMR, Entsch. vom 5.9.2002, Nr. 50490/99, RJD 2002-VII – Boso/Italien.

¹¹³ S. dazu BVerfGE 88, 203 (251 f.) – Schwangerschaftsabbruch II; Müller-Terpitz, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 465; näher Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 2.

der EuGH nicht fest.¹¹⁴ Diese offene Konzeption widerspricht indes der systematischen Stellung des damals noch nicht existenten Art. 2 Abs. 1 EGRC unmittelbar hinter dem Schutz der Menschenwürde, die sich ebenfalls auf das ungeborene Leben erstreckt.¹¹⁵ Zwar könnte man darauf abstellen, dass dieses erst geschützt ist, wenn es sich vollends selbstständig zum menschlichen Wesen fortentwickeln kann.¹¹⁶ Indes ist auch bereits im früheren Entwicklungsstadium der Mensch zumindest angelegt. Es gehört zur natürlichen Herausbildung des Menschen und kann daher nicht von dessen Würde abgekoppelt werden.¹¹⁷ Diese verlangt die Achtung und den Schutz der eigenen Herkunft. Der Embryo ist die Vorbereitung für späteres menschliches Leben in Selbstbestimmung und damit auch Ausdruck der Würde des Menschen. Würde dieser ihn der Tötung preisgeben, verleugnete er zugleich sich selbst und damit die Würde des Menschen. Deshalb bedarf es des Lebensschutzes auch für ungeborenes Leben. Dies ist durch strafrechtliche Sanktionsdrohungen abzusichern.¹¹⁸

3. Embryo als notwendiges Durchgangsstadium zum Leben

- 882** Der Schutz des Embryos ergibt sich weiter gehend aus Art. 2 Abs. 1 EGRC selbst. Menschliches Leben wird stets verhindert, wenn ein Embryo vernichtet wird, und dadurch vereitelt. Das Recht auf Leben läuft damit leer. Das gilt selbst dann, wenn man es erst mit der Ausbildung des für sich selbst lebensfähigen Menschen bzw. mit der Geburt zuerkennen will. Wer vorher als Embryo vernichtet wird, kann das Recht auf Leben nie entfalten. Das Recht dieses (werdenden) Menschen kann sich nicht ausbilden. Es wird daher auch bei einem solch frühen Eingriff angetastet.

4. Bestehende menschliche Empfindungen

- 883** Unabhängig von dieser perspektivischen Betrachtung, die auf die Grundlagenfunktion des Embryos für das ganze spätere Leben abstellt, ist Leben jedenfalls dann existent, wenn Reaktionen und Empfindungen bestehen. Wird dieses Leben angetastet, können vergleichbare gefühlsmäßige und körperliche Leiden erwachsen. Diese mögen zwar noch nicht so ausgeprägt sein wie beim ausgebildeten Menschen. Indes hängt das Lebensrecht nicht von den mentalen, intellektuellen oder einzelnen physischen Fähigkeiten des Trägers ab,¹¹⁹ wie sich auch im Alter zeigt.¹²⁰ Es genügt das Mensch- bzw. Personsein als solches.

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-159/90, Slg. 1991, I-4733 (4739, Rn. 18 ff.) – Grogan.

¹¹⁵ S.o. Rn. 825 ff.

¹¹⁶ *Höfling/Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 18 bei Totipotenz. Jedenfalls bei Lebensfähigkeit des Fötus auch *Frowein/Peukert*, Art. 2 Rn. 3.

¹¹⁷ S.o. Rn. 828.

¹¹⁸ BVerfGE 39, 1 (41 f.); 88, 203 (257 f., 273 f.); s. aber auch Sondervotum *Mahrenholz/Sommer*, BVerfGE 88, 338 (346 f., 355); Sondervotum *Rupp-v. Brüneck/Simon*, BVerfGE 39, 68 ff.; *Hermes/Walther*, NJW 1993, 2337 (2339 f.); dazu ausführlich u. Rn. 910 ff.

¹¹⁹ Allgemein *Höfling/Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 7, 13.

¹²⁰ S. sogleich Rn. 888.

Jedenfalls wird auch bei Embryonen der Tod nicht gänzlich ohne Regung erfolgen. So tritt etwa auch beim Fetozid, der die nach künstlichen Befruchtungen überdurchschnittlich häufig auftretenden Mehrlingsschwangerschaften „reduzieren“ soll, nicht der sofortige Tod ein. Bei ihm wird über eine lange Nadel, die durch die Bauchdecke der Schwangeren geführt wird, in das Herz des Embryos eine Kalium-Chlorid-Lösung oder Luft gegeben, so dass sich der Herzmuskel nicht mehr koordiniert kontrahieren kann. Das Kind stirbt aber erst nach zwei oder drei Minuten.¹²¹ Häufig gehen auch die anderen Kinder verloren. Erfolgt dies zeitversetzt, zeigt dies die schwierige Abgrenzung, ab wann der Schutz von Leben beginnen soll. Das gilt auch deshalb, weil die Empfindungen und deren Entwicklung nicht genau erforscht sind. Soweit sie bestehen, werden sie zunichte, auch wenn der Tod schnell kommt. **884**

5. Künstliche Embryonen und Stammzellen

Auch wenn Embryonen künstlich hervorgerufen werden, haben sie die Eigenschaften von natürlich gezeugten. Daher sind sie menschliche Wesen mit einem Recht auf Leben. Das gilt nicht nur bei der künstlichen Befruchtung, sondern auch beim Klonen, und zwar sowohl beim reproduktiven als auch beim therapeutischen.¹²² Das Erste ist gerade auf die Erzeugung menschlicher Wesen gerichtet. Dass es nach Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC verboten ist,¹²³ ändert an dem Entstehen von menschlichen Leben nichts, wenn es gleichwohl vorgenommen wird. **885**

Das therapeutische Klonen hat zwar ein anderes Ziel, nämlich die Gewinnung embryonaler Stammzellen für Forschungszwecke, um die therapeutischen Möglichkeiten zu verbessern. Werden diese aber einem – wenn auch durch das spezielle Verfahren des Kerntransfers gewonnenen – Embryo entnommen, bildet dieser doch ein menschliches Wesen. **886**

Die Stammzellen selbst sind hingegen nicht lebensfähig und daher auch nicht durch Art. 2 Abs. 1 EGRC geschützt. Das gilt auch für Stammzellen, die durch künstliche Befruchtung gewonnenen Embryonen entnommen wurden.¹²⁴ **887**

II. Ende

Das Leben endet, wenn die Hirnfunktionen vollständig aufhören, mithin mit dem Hirntod.¹²⁵ Allerdings knüpft diese Sicht daran an, dass dann die mentalen und intellektuellen Fähigkeiten enden. Von diesen soll indes die Definition des Menschenlebens gerade unabhängig sein, so dass gleichwohl noch Leben vorliegen **888**

¹²¹ Rehder, Gott spielen, 2007, S. 199.

¹²² Höfling/Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 22, 24; Rengeling/Szczekalla, Rn. 577.

¹²³ S. ausführlich u. Rn. 983 ff. sowie bereits o. Rn. 832 zum teilweisen Ausschluss auch des therapeutischen Klonens wegen Art. 1 EGRC.

¹²⁴ Höfling/Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 23.

¹²⁵ Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 33; für die EMRK Uerpmann-Witzack, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 3 Rn. 49.

könnte.¹²⁶ Indes führt der Hirntod, jedenfalls wenn er den Ausfall des gesamten Gehirns zur Folge hat,¹²⁷ regelmäßig auch zum vollständigen biologischen Tod. Vielfach wird die Herz-Kreislauf-Funktion dann nur noch intensivmedizinisch aufrechterhalten, und zwar nicht zuletzt, um lebenswichtige Organe frisch genug für die Transplantationsmedizin als Spende entnehmen zu können.¹²⁸ Dann handelt es sich lediglich um gerätetechnisch und damit künstlich ermöglichtes Leben, ohne dass der Tod noch aufgehalten werden kann. Der Mensch selbst aber ist zu diesem Zeitpunkt zur Aufrechterhaltung seiner Körperfunktionen nicht mehr in der Lage und lebt deshalb auch nicht mehr in natürlicher Weise.

- 889** Entscheidend für den Tod ist mithin das tatsächliche natürliche Ende. Allerdings muss sich dieses im biologisch vorgegebenen Rahmen bewegen. Eine Lebensverkürzung, bevor der natürliche Sterbevorgang begonnen hat, ist schon aufgrund der Menschenwürdegarantie nach Art. 1 EGRC ausgeschlossen.¹²⁹ Lediglich bei Einsetzen des natürlichen Sterbeprozesses besteht ein Spielraum, ob noch künstliche Maßnahmen ergriffen werden oder nicht. Daher hat auch der Gesetzgeber einen Regelungsspielraum, wie er etwa Patientenverfügungen bzw. Pflichten und Rechte für Ärzte ordnet.¹³⁰ Auch insoweit wirkt damit die Menschenwürde auf den Begriff des Lebens ein. Das Recht auf Leben wird daher verletzt, wenn das Leben früher beendet wird, als es dem natürlichen Ablauf entspricht.

C. Abwehrrecht

I. Tötung von Menschen

- 890** Am gravierendsten wird das Recht auf Leben durch den Staat beeinträchtigt, wenn er selbst tötet. Das ist insbesondere der Fall, wenn eine Todesstrafe verhängt und vollstreckt wird. Diese ist indes nach Art. 2 Abs. 2 EGRC explizit und spezifisch verboten. Indirekt greifen staatliche Organe auch das Lebensrecht an, wenn sie Ausländer abschieben oder ausweisen, obgleich ihnen im Zielstaat die Todesstrafe droht.¹³¹ Insoweit enthält Art. 19 Abs. 2 EGRC ein spezielles Verbot.¹³²
- 891** Staatliche Organe tasten auch dann das Lebensrecht an, wenn sie etwa bei Verhaftungen oder Polizeiaktionen Menschen töten. Gem. Art. 2 Abs. 2 EMRK, der gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC in Art. 2 EGRC hineinzulesen ist, verletzt eine Tötung

¹²⁶ So *Höfling/Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 21; allgemein dazu o. Rn. 883.

¹²⁷ S. abgrenzend zum Teilhirntod *Rixen*, Lebensschutz am Lebensende, 1999, S. 297 ff. m.w.N.

¹²⁸ S. *Höfling/Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 20.

¹²⁹ S.o. Rn. 841

¹³⁰ S.o. Rn. 863.

¹³¹ Diesen Ansatz für das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe nach Art. 3 EMRK wählend EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 14038/88 (Rn. 87 f.), NJW 1990, 2183 (2184) – Soering/Vereinigtes Königreich. Dazu näher im Rahmen des Folterverbotes u. Rn. 989 ff.

¹³² S.u. Rn. 1150.

dann nicht das Recht auf Leben, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt. Hierfür werden drei Ziele genannt:

- Die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung,
- eine ordnungsgemäße Festnahme oder um das Entkommen einer ordnungsgemäß festgehaltenen Person zu verhindern,
- zur Unterdrückung eines Aufruhrs oder eines Aufstandes im Rahmen der Gesetze.

Dadurch sind die wichtigsten polizeilichen Handlungen, in denen eine Tötung 892 erfolgen kann, benannt. Zwar wird in diesen die Tötung schon nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, indes muss sie sich durch eine unbedingt erforderliche Gewaltanwendung ergeben. Damit ist eine nähere Legitimation notwendig. Zumindest muss diese im Nachhinein gegeben werden können, handelt es sich doch oft um Situationen, die nur durch rasche Reaktion bewältigt werden können. Daher kann unter Umständen nicht lange überlegt werden, so dass auch leicht unvermeidbare Irrtümer unterlaufen. Aber auch wenn man dies berücksichtigt, kann ex post abgewogen werden, ob eine Gewaltanwendung unbedingt erforderlich war. Das setzt auch voraus, dass sie zum verfolgten Ziel angemessen war.

II. Embryonentötung

Das Recht auf Leben als Abwehrrecht kann auch dann verletzt sein, wenn man es 893 auf Embryonen erstreckt, und staatliche Forschungseinrichtungen mit embryonalen Stammzellen forschen und dabei Embryonen töten. Hierfür steht kein Rechtfertigungsgrund expliziter Natur zur Verfügung. Allerdings dienen solche Forschungen regelmäßig dazu, menschliches Leben zu verlängern. Daher ist eine ähnliche Konfliktlage gegeben wie aus Sicht der Menschenwürde. Sie ist zugunsten der Embryonen zu lösen.¹³³

III. Schutzpflichten als Schwerpunkt

Soweit es um entsprechende Forschungen Privater geht, ist das Recht auf Leben 894 als staatliche Schutzpflicht einschlägig. Darauf liegt auch im Allgemeinen der Schwerpunkt. Ebenso eher im Bereich der Schutzpflichten liegt die Ermöglichung bzw. Verweigerung Sterbehilfe zu leisten. Würde dies von staatlichen Organen angeordnet, wäre das Recht auf Leben als Abwehrrecht betroffen. Regelmäßig geht es aber darum, aktive Sterbehilfe durch Private zu unterbinden bzw. zumindest zu begrenzen. Dann ist das Leben vor Übergriffen Privater zu schützen. Zugleich wird allerdings das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen beschränkt. Inwieweit dies möglich ist, wird durch die Menschenwürde vorgegeben.¹³⁴

¹³³ S.o. Rn. 829 ff.

¹³⁴ S.o. Rn. 854.

IV. Verbindung zu den Grundfreiheiten

- 895** Werden zugleich die Grundfreiheiten eingeschränkt, ist regelmäßig das Recht auf Leben als Abwehrrecht betroffen, geht es doch schließlich um staatliche Maßnahmen. Diese unterliegen insoweit den Grundrechten, als es um den Vollzug des Europarechts geht. Weil die grenzüberschreitende Erbringung von Gesundheitsleistungen den Grundfreiheiten unterliegt, wird insoweit Europarecht von den Mitgliedstaaten vollzogen. Daher müssen auch die Grundrechte der EGRC gewahrt werden.
- 896** Das Recht auf Leben kann dann beeinträchtigt werden, wenn eine Gesundheitsdienstleistung nicht im Ausland in Anspruch genommen werden kann, obwohl eine lebensbedrohende Situation vorliegt. In diesem Fall gebietet aber auch die Dienstleistungsfreiheit, dass eine Leistung in einem anderen EU-Staat entgegengenommen werden kann, wenn sie im Heimatstaat nicht rechtzeitig zu erlangen ist.¹³⁵ Eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit lässt sich dann nicht mehr rechtfertigen. Die Dienstleistungsfreiheit untermauert so das Recht auf Leben. Dessen Wertungen dürften aber hier entscheidend sein. Darin besteht insoweit die Wirkung der EGRC.
- 897** Entsprechendes gilt für die Inanspruchnahme von Leistungen aktiver Sterbehilfe und der Reproduktionsmedizin in anderen Mitgliedstaaten. Hier wirkt aber das Recht auf Leben eher als Grenze und dabei als staatliche Schutzpflicht. Es kann kein grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr ermöglicht werden, wenn dabei das Recht auf Leben missachtet wird. Inwieweit daher grenzüberschreitend Sterbehilfe und Techniken künstlicher Befruchtung in Anspruch genommen werden können, bestimmt sich letztlich nach der Interpretation des Rechts auf Leben.¹³⁶
- 898** Eigentlich gilt dies auch bei Warenlieferungen etwa in Form von embryonalen Stammzellen, die von einem Staat in den anderen gebracht werden. Weil es sich dabei aber nicht um menschliches Leben handelt, kann das Recht auf Leben auch nicht eingreifen.¹³⁷ Werden solche embryonalen Stammzellen allerdings durch die Tötung von Embryonen gewonnen, verstößt dieser Vorgang gegen das Recht auf Leben. Dann Warenexporte auf einer solchen Basis zuzulassen, würde letztlich das Recht auf Leben in dieser Vorstufe unterhöhlen. Derartige Konfliktlagen zeigen indes, dass letztlich eine europäische Lösung gefunden werden muss, welche eine klare Festlegung trifft.

¹³⁵ S. Frenz, Europarecht 1, Rn. 1565.

¹³⁶ Ebenso Höfling/Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 10 Rn. 39 unter Zurückweisung, dass stärkere nationale Grundrechte im Hinblick auf Art. 53 EGRC greifen; so dagegen Seidel, EuZW 2003, 97 für ein Importverbot für Stammzellen; gegen diesen aber Everling, EuZW 2003, 225.

¹³⁷ S.o. Rn. 887.

D. Schutzpflichten

I. Relevanz

Für das Recht auf Leben gewinnen insbesondere Schutzpflichten zentrale Bedeutung. Sie sind wie in der Rechtsprechung des BVerfG¹³⁸ auch in den Entscheidungen des EGMR zu dem gleich lautenden Recht auf Leben in der EMRK fest anerkannt. Allerdings unterscheidet der EGMR nicht zwischen einer subjektiv-rechtlichen Fundierung des Abwehrrechtes und der objektiv-rechtlichen Herleitung einer grundrechtlichen Schutzpflicht. Vielmehr gewinnt er auch Letztere auf direktem Wege aus der Rechtsgewährleistung in der EMRK. **899**

Erst jüngst wurden die Strukturen der Schutzpflicht für das menschliche Leben in der Rechtsprechung des EGMR wieder deutlich.¹³⁹ Es ging um einen Mord an einem Journalisten, der vom Staat trotz konkreter Anhaltspunkte dafür nicht geschützt wurde. Zudem verlief die Aufklärung außerordentlich schleppend und erst auf Antrag von Angehörigen. Bereits vorher hatte der EGMR über vergleichbare Fälle in der Türkei zu entscheiden. Innerhalb der EU können solche Fälle auftreten, wenn Staaten aufgenommen werden, in welchen entsprechende Vorgänge nicht gänzlich ausgeschlossen sind. Oder aber Unionsbürger sind von derartigen Übergriffen betroffen bzw. Personen aus Nicht-EU-Staaten verüben solche Morde auf dem Gebiet der EU an eigenen Landsleuten, ohne dass Organe der EU bzw. von Mitgliedstaaten hinreichende Schutzmaßnahmen zugunsten der Betroffenen ergriffen haben. **900**

Zwar verpflichten die europäischen Grundrechte nur Unionsorgane und nationale Organe in Ausführung von Unionsrecht. Das Unionsrecht kann aber insoweit relevant werden, als – bei einem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon nach Art. 83 ff. AEUV verstärkt – zur Verfolgung besonders schwerer Kriminalität Straftatbestände und Strafen in einem Mindestmaß festgelegt bzw. in Zusammenarbeit mehrerer nationaler Stellen – ggf. unter Hinzuziehung von Eurojust bzw. Europol – ermittelt und verfolgt werden. **901**

II. Staatliche Handlungspflichten

1. Konkret

Ein auf solche Situationen abgestimmter Ansatz ergibt sich, bezogen auf den gleichlautenden Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK, aus dem Urteil *Gongadze* des EGMR vom 8.11.2005. Das Recht auf Leben verpflichtet danach „den Staat nicht nur dazu, nicht vorsätzlich und rechtswidrig zu töten, sondern auch dazu, die notwendigen Maßnahmen zum Schutz des Lebens von Personen zu treffen, die seiner Ho-

¹³⁸ Z.B. BVerfGE 46, 160 (164); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 77, 170 (214); 77, 381 (402 f.); 85, 191 (212); 90, 145 (195).

¹³⁹ S. EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02, NJW 2007, 895 – Gongadze/Ukraine.

heitsgewalt unterstehen“.¹⁴⁰ Damit werden also Abwehrrecht und Schutzpflicht nebeneinander gestellt, ohne in der Ableitung oder im Rang zu differenzieren. Sie bilden zwei gleichgewichtige Bestandteile des Rechtes auf Leben und konstituieren dieses gleichsam wie zwei Seiten einer Medaille. Daraus folgen konkrete Handlungspflichten des Staates.

2. Repressiv

- 903** Es ergibt sich ein abgestuftes Handlungssystem. Zunächst muss „der Staat hauptsächlich das Recht auf Leben durch wirksame strafrechtliche Vorschriften schützen ..., um vor Angriffen gegen eine Person abzuschrecken“. Damit sind Vorschriften gemeint, „die durch ein Vollzugssystem zur Vorbeugung, Verhinderung und Bestrafung von Verstößen begleitet sein müssen“.¹⁴¹ Die strafrechtliche Sanktionsdrohung ist zwar elementar, genügt aber nicht, sondern ihr Vollzug muss ebenfalls gesichert sein.

3. Präventiv

- 904** Diese Maßnahmen sind aber primär repressiv und haben lediglich indirekt eine präventive Wirkung. Generell mögen sie genügen. Im Einzelfall können aber zusätzliche vorbeugende Maßnahmen erforderlich sein, welche konkret einen Anschlag auf das Leben verhindern. „Unter besonderen Umständen kann“ daher das Recht auf Leben „den Behörden ... außerdem die positive Verpflichtung auferlegen, vorbeugend praktische Maßnahmen zu ergreifen, um eine Person zu schützen, deren Leben durch strafbares Handeln eines Dritten bedroht ist“.¹⁴²
- 905** Solche Abwehrmaßnahmen im konkreten Fall sind also nicht selbstverständlich, sondern nur bei spezifischen Anhaltspunkten geboten. Es muss bewiesen sein, „dass die Behörden das Bestehen einer wirklichen und unmittelbaren Gefahr für das Leben einer oder mehrerer Personen durch strafbares Handeln Dritter kannten oder hätten kennen müssen“.¹⁴³ Evident ist dies bei einer Gefahrensituation, die von Bediensteten der staatlichen Polizei ausgeht und auf die der Gefährdete selbst eigens hingewiesen hat, etwa in einem offenen Brief an den Generalstaatsanwalt, in dem einerseits ein unerklärliches Interesse von Vollzugskräften benannt wird und zum anderen eine Untersuchung sowie Schutzmaßnahmen beantragt werden.¹⁴⁴ In einem solchen Fall muss sich die zuständige Behörde konkret

¹⁴⁰ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 164), NJW 2007, 895 (897) – Gongadze/Ukraine.

¹⁴¹ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 164), NJW 2007, 895 (897) – Gongadze/Ukraine.

¹⁴² EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 164), NJW 2007, 895 (897) – Gongadze/Ukraine.

¹⁴³ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 165), NJW 2007, 895 (897) – Gongadze/Ukraine.

¹⁴⁴ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 166 ff.), NJW 2007, 895 (897) – Gongadze/Ukraine.

um die Verdachtsmomente kümmern und den Fall ordnungsgemäß untersuchen. Ansonsten wird gegen das Recht auf Leben verstoßen.¹⁴⁵

4. Vorbehalt der Möglichkeit

Solche konkreten Maßnahmen im Einzelfall, um eine wirkliche und unmittelbare Gefahr für das Leben einer oder mehrerer Personen durch strafbares Handeln Dritter abzuwehren, stehen außerdem unter dem Vorbehalt der Möglichkeit. Dies hat drei Gründe: Erstens hat die Polizei in der heutigen Gesellschaft generell Schwierigkeiten, ihre Aufgaben zu erfüllen. Zweitens ist menschliches Verhalten unberechenbar. Drittens ist es notwendig, die polizeilichen Mittel nach Prioritäten und Möglichkeit einzusetzen. Aus diesen drei Gründen darf die positive Pflicht, praktische Schutzmaßnahmen für eine bedrohte Person zu ergreifen, keine unmögliche oder übermäßige Last auferlegen.¹⁴⁶ **906**

Dieser Möglichkeitsvorbehalt bezieht sich also auf die konkrete Situation, welche durch die Unberechenbarkeit menschlichen Verhaltens gekennzeichnet ist. Daraus ergibt sich ein erheblicher Beurteilungsspielraum, welche Maßnahmen ergriffen werden können und müssen. Zum einen ist nicht konkret abschätzbar, wie gefährlich tatsächlich der vermeintliche Täter ist. Zum anderen ist der Verlauf seines voraussichtlichen Verhaltens kaum zu prognostizieren, so dass auch die Ansatzpunkte zur Abwehr nicht leicht zu ermitteln sind. Am sichersten ist eine dauernde Begleitung des potenziellen Opfers. Selbst dann können sich indes Schutzlücken auftun. Vor allem aber stellt sich dann die Frage des Kostenaufwandes. **907**

5. Opportunitätsermessen

Dieser Aspekt leitet über zum zweiten Gesichtspunkt, welcher die Möglichkeit konkreter Gegenmaßnahmen in Frage stellen kann. Zumal angesichts knapper öffentlicher Kassen sind nämlich die Mittel der Polizei begrenzt. Diese müssen daher nach den insgesamt gegebenen Aufgabenstellungen eingesetzt werden, die in unserer Gesellschaft auch immer schwieriger zu erfüllen sind und vielfältiger werden. Das gilt zumal angesichts der Terrorismusgefahr seit dem 11.9.2001. Daher liegt es weitgehend im Opportunitätsermessen der Polizei, wann und wo sie ihre Kräfte einsetzt. Lediglich bei konkreten Anhaltspunkten wird aus dem Recht auf Leben eine Verpflichtung ableitbar sein, Polizeikräfte gerade und in adäquater Stärke zugunsten einer bedrohten Person abzustellen. **908**

Selbst bei einer solchen Verpflichtung vom Grunde her muss dann die Polizei beurteilen, wie sie die Gefahr am besten abwehren kann. Daher obliegen ihr nur die Maßnahmen, „die nach vernünftiger Beurteilung die Gefahr hätten bannen **909**

¹⁴⁵ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 170 f.), NJW 2007, 895 (897) – Gongadze/Ukraine.

¹⁴⁶ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 165), NJW 2007, 895 (897) – Gongadze/Ukraine.

können“.¹⁴⁷ Auch wenn also das „Ob“ von Abwehrmaßnahmen feststeht, wird das „Wie“ näher von der Polizei ausgefüllt. Diese hat die konkrete Situation zu beurteilen. Dies hat allerdings unter Einbeziehung der bestehenden Gefahrenmomente zu erfolgen und außerdem auf eine reelle Abwehrchance von strafbaren Handlungen Dritter ausgerichtet zu sein. Es darf sich also nicht um Blankettmaßnahmen handeln, sondern diese müssen tatsächlich eine Abwehr der Lebensgefahr für ein potenzielles Opfer versprechen.

E. Folgepflichten

- 910** Wurde jemand ermordet und konnte damit der Staat insoweit das Recht auf Leben nicht wirksam sichern, greift als Folgepflicht, wirksame Ermittlungen durchzuführen. Zwar gewinnt der EGMR diese Verpflichtung aus dem Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK¹⁴⁸ bzw. auch aus anderen fundamentalen Menschenrechtsgewährleistungen ab, so aus dem Folterverbot¹⁴⁹ und dem Recht auf Freiheit und Sicherheit,¹⁵⁰ aber i.V.m. Art. 1 EMRK, wonach die Staaten allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in der Konvention bestimmten Rechte und Freiheiten zusichern.¹⁵¹ Diese Zusicherung legt indes der EGRC selbstverständlich zugrunde. Die Unionsorgane einschließlich der Unionsrecht ausführenden staatlichen Organe sind an die darin enthaltenen Grundrechte ohnehin gebunden.
- 911** Solche wirksamen Ermittlungen, wenn jemand durch Gewaltanwendung ums Leben gekommen ist, sollen hauptsächlich die wirksame Anwendung der Vorschriften des staatlichen Rechts sicherstellen, die das Recht auf Leben schützen.¹⁵² Damit wird der Erlass strafrechtlicher Vorschriften ergänzt und zugleich deren Anwendung gesichert, welche erst eine abschreckende Wirkung für Anschläge auf das Leben schafft.¹⁵³ Sind daran Bedienstete des Staates oder von Behörden betei-

¹⁴⁷ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 165 a.E.), NJW 2007, 895 (897) – Gongadze/Ukraine; s. bereits Urt. vom 28.3.2000, Nr. 22492/93 (Rn. 62 f.), RJD 2000-III – Kiliç/Türkei.

¹⁴⁸ Näher m.w.N. zu den vorherigen Entscheidungen *Altermann*, Ermittlungspflichten der Staaten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2006, S. 22 ff.

¹⁴⁹ Insoweit grundlegend EGMR, Urt. vom 28.10.1998, Nr. 24760/94 (Rn. 102), Rep. 1998-VIII – Assenov u.a./Bulgarien; auch Urt. vom 6.4.2004, Nr. 21689/93 (Rn. 358) – Özkan/Türkei.

¹⁵⁰ Erstmals EGMR, Urt. vom 25.5.1998, Nr. 24276/94 (Rn. 124), Rep. 1998-III – Kurt/Türkei; später etwa Urt. vom 8.7.1999, Nr. 23657/94, ÖJZ 2000, 474 – Çakici/Türkei; Urt. vom 2.8.2005, Nr. 65899/01, RJD 2005-VIII – Tanış/Türkei. Umfassend *Altermann*, Ermittlungspflichten der Staaten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2006, S. 46 ff. auch zu weiteren rechtlichen Grundlagen.

¹⁵¹ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 175), NJW 2007, 895 (898) – Gongadze/Ukraine; s. bereits Urt. vom 28.3.2000, Nr. 22535/93 (Rn. 85), RJD 2000-III – Mahmut Kaya/Türkei.

¹⁵² EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 175), NJW 2007, 895 (898) – Gongadze/Ukraine.

¹⁵³ S.o. Rn. 903.

ligt, gewährleisten solche wirksamen Ermittlungen, dass diese die in ihrem Zuständigkeitsbereich vorgekommenen Todesfälle auch verantworten müssen.¹⁵⁴

Solche Ermittlungen müssen tatsächlich durchgeführt werden, sobald die Behörden von einem Todesfall erfahren haben. Diese müssen von Amts wegen handeln und dürfen nicht erst einen Antrag abwarten und damit den Angehörigen des Opfers einen entsprechenden Anstoß überlassen.¹⁵⁵ Lediglich das „Wie“ und damit die Art solcher Ermittlungen bleibt den Behörden überlassen; diese können sie je nach den Umständen unterschiedlich ausfallen lassen.¹⁵⁶ Allerdings müssen sie entsprechend der allgemeinen Vorgabe aus dem Recht auf Leben wirksam sein und damit auch einen Fahndungserfolg erwarten lassen. **912**

Grundvoraussetzungen für einen solchen Fahndungserfolg, wenn Bedienstete des Staates an einer rechtswidrigen Tötung beteiligt sein sollen, ist die Unabhängigkeit des ermittelnden Organs von den Personen, die in das Geschehen verwickelt sind.¹⁵⁷ Materiell muss die Untersuchung für die Feststellung geeignet sein, ob die Gewalt unter Anwendung unter den gegebenen Umständen gerechtfertigt war oder nicht,¹⁵⁸ und die Verantwortlichen identifizieren und einer Bestrafung zuführen können.¹⁵⁹ Es müssen mithin wirksame Mittel eingesetzt werden, ohne dass allerdings ein bestimmtes Ergebnis vorgegeben sein kann. Jedoch müssen alle vernünftigen Maßnahmen getroffen werden, um Beweise zu sichern. **913**

Daher kann diese Pflicht zur wirksamen Ermittlung schon durch jede Nachlässigkeit bei den Ermittlungen verletzt werden, welche die Erfolgsaussichten für die Ermittlung der Todesursache bzw. der Verantwortlichen einschließlich der Auftraggeber und Organisatoren des Verbrechens mindert.¹⁶⁰ Da die Ermittlungen mit zunehmendem Abstand immer schwieriger werden, hat die Pflicht zur wirksamen Ermittlung auch eine zeitliche Komponente. Daher sind die Behörden verpflichtet, einen Fall zügig zu untersuchen.¹⁶¹ Auch bei Hindernissen und Schwierigkeiten ist darauf zu achten. Daher bedarf es einer unverzüglichen Antwort der Behörden. Nur dadurch kann das Vertrauen der Öffentlichkeit geschützt werden, dass die Behörden den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit wahren und jeden Anschein von **914**

¹⁵⁴ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 175), NJW 2007, 895 (898) – Gongadze/Ukraine.

¹⁵⁵ S. auch EGMR, Urt. vom 27.6.2000, Nr. 22277/93 (Rn. 63), RJD 2000-VII – İlhan/Türkei.

¹⁵⁶ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 175), NJW 2007, 895 (898) – Gongadze/Ukraine.

¹⁵⁷ S. EGMR, Urt. vom 27.7.1998, Nr. 21593/93 (Rn. 81 f.), Rep. 1998-IV – Güleç/Türkei; Urt. vom 20.5.1999, Nr. 21594/93 (Rn. 91), NJW 2001, 1991 (1994) – Oğur/Türkei.

¹⁵⁸ S. EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Nr. 22729/93 (Rn. 87), Rep. 1998-I – Kaya/Türkei.

¹⁵⁹ S. EGMR, Urt. vom 20.5.1999, Nr. 21594/93 (Rn. 88), NJW 2001, 1991 (1994) – Oğur/Türkei.

¹⁶⁰ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 176), NJW 2007, 895 (898) – Gongadze/Ukraine.

¹⁶¹ S. EGMR, Urt. vom 2.9.1998, Nr. 22495/93 (Rn. 102 ff.), Rep. 1998-VI – Yaşa/Türkei; Urt. vom 8.7.1999, Nr. 23657/94 (Rn. 80, 87, 106), ÖJZ 2000, 474 (475 ff.) – Çakici/Türkei.

Verdunklung oder Duldung einer rechtswidrigen Handlung vermeiden.¹⁶² Wird eine oder mehrere dieser verfahrensrechtlichen Anforderungen verletzt, wird gegen das Recht auf Leben verstoßen.¹⁶³

- 915** Damit hat das Recht auf Leben auch eine erhebliche verfahrensmäßige Komponente, wenn jemand durch Gewaltanwendung ums Leben gekommen ist, zumal wenn staatliche Organe beteiligt waren. Es geht also auch insoweit um Grundrechtsschutz durch Verfahren. Da es um ein hohes Rechtsgut geht, sind die einzelnen Schritte genau einzuhalten. Ansonsten wird der Grundrechtsschutz durch Verfahren missachtet und dadurch das Grundrecht selbst verletzt.

F. Verbot der Todesstrafe

I. In der EU

- 916** Art. 2 Abs. 2 EGRC verbietet strikt die Todesstrafe, deren Abschaffung bereits Art. 1 S. 2 des Protokolls Nr. 6 zur EMRK verlangt. Dieser Vorschrift wurde bewusst gefolgt.¹⁶⁴ Niemand darf zur Todesstrafe verurteilt werden. Es darf auch niemand hingerichtet werden. Selbst wenn also jemand zur Todesstrafe verurteilt ist, darf diese nicht vollstreckt werden. Insoweit wird das Recht auf Leben für das Strafrecht konkretisiert. Dieses Recht kann auch durch schwerste Straftaten nicht verwirkt werden.
- 917** Wie das Recht auf Leben als solches steht auch das Verbot der Todesstrafe unter keiner Einschränkung. Es gibt also keine Ausnahmen. Die für Kriegszeiten geforderte ausdrückliche Ausnahme wurde nicht aufgenommen.¹⁶⁵ Sie war damals noch in Art. 2 des Protokolls Nr. 6 zur EMRK enthalten, so dass sie für entbehrlich gehalten wurde,¹⁶⁶ ist aber mittlerweile im Protokoll Nr. 13 zur EMRK,¹⁶⁷ das am 1.7.2003 in Kraft trat, abgeschafft.¹⁶⁸ Diese Fortentwicklung kommt auch der EGRC zugute.¹⁶⁹ Selbst bei schwersten Straftaten und bei größten Gefahren des Täters für die Allgemeinheit darf also die Todesstrafe weder verhängt noch vollstreckt werden. Ihr Verbot korrespondiert mit der Menschenwürde, nach welcher auch bei lebenslänglicher Freiheitsstrafe die Hoffnung auf Entlassung verbleiben

¹⁶² S. allgemein EGMR, Urt. vom 4.5.2001, Nr. 28883/95 (Rn. 108 ff.), RJD 2001-III – McKerr/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 10.7.2001, Nr. 25657/94 (Rn. 395 ff.), RJD 2001-VII – Avşar/Türkei.

¹⁶³ So im Fall EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 180), NJW 2007, 895 (898) – Gongadze/Ukraine.

¹⁶⁴ S. die Begründung zum zweiten Vorschlag des Präsidiums zum Grundrechtekonvent, CHARTE 4149/00 CONVENT 13 sowie Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 21.

¹⁶⁵ Näher Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 22 ff.

¹⁶⁶ S. Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 22.

¹⁶⁷ Protokoll Nr. 13 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe unter allen Umständen vom 3.5.2002.

¹⁶⁸ S. Erwägungsgründe 3 und 4 des Protokolls Nr. 13.

¹⁶⁹ Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 45.

muss.¹⁷⁰ Mit der Todesstrafe wird diese Hoffnung ebenfalls definitiv genommen. Es widerspricht der Würde des Menschen, wenn er seinesgleichen auslöscht.

Damit ergibt sich beim Recht auf Leben eine Einschränkung lediglich bei der Erfüllung von Schutzpflichten, wenn es um konkrete Maßnahmen bei unmittelbarer Lebensgefahr geht. Sie stehen nämlich unter dem Vorbehalt der Möglichkeit. Das gilt unabhängig von den Geldern, die für den Strafvollzug bereitgestellt werden müssen. Das ist die Konsequenz des strikten Verbotes der Todesstrafe. **918**

II. Todesstrafe in anderen Staaten

Die Durchsetzbarkeit der europäischen Grundrechte ist auf das Gebiet der EU beschränkt. Das gilt auch für elementare Menschenrechte. Werden Unionsbürger von entsprechenden Sanktionen in Staaten außerhalb der EU betroffen, greifen staatliche Schutzpflichten schon auf der Basis des Lebensrechts ein, und zwar gem. Art. 46 EGRC auch dann, wenn der eigene Staat dort nicht diplomatisch oder konsularisch vertreten ist; die geeigneten Maßnahmen haben dann andere EU-Staaten zu ergreifen. Befinden sich Unionsbürger noch in der EU, dürfen sie u.a. bei drohender Todesstrafe nach Art. 19 Abs. 2 EGRC nicht abgeschoben oder ausgeliefert werden.¹⁷¹ Halten sich Bürger aus Nicht-EU-Staaten im Gebiet der EU auf, so sind gleichfalls die Regelungen über die Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung nach Art. 19 Abs. 2 EGRC speziell.¹⁷² Das Asylrecht nach Art. 18 EGRC gewährt generell kein subjektives Recht.¹⁷³ **919**

G. Prüfungsschema zu Art. 2 EGRC

1. Schutzbereich

920

- a) Leben (auch Embryonen)
- b) Abwehr und Schutz (präventiv und repressiv)
- c) Verbot der Todesstrafe

2. Beeinträchtigung

- a) Tötung
- b) kein hinreichender Schutz gegen private Tötungsversuche
- c) drohende Todesstrafe bei Abschiebung: Art. 19 Abs. 2 EGRC

3. Rechtfertigung ausgeschlossen

¹⁷⁰ S.o. Rn. 860.

¹⁷¹ S.u. Rn. 1150.

¹⁷² S.u. Rn. 1150.

¹⁷³ S.u. Rn. 1113 ff.

§ 3 Recht auf Unversehrtheit

A. Ursprung

I. Allgemeiner europarechtlicher Grundsatz

- 921** Das Recht auf Unversehrtheit nach Art. 3 Abs. 1 EGRC hat einen rein europarechtlichen Ursprung. Es wird in der EMRK nicht ausdrücklich genannt. Allerdings umfasst der Schutz des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK die physische und psychische Integrität des Menschen.¹⁷⁴ Daher wird die Kohärenz mit der EMRK angemahnt.¹⁷⁵ Indes griff der EuGH bei seiner Einstufung des Grundrechts auf Unversehrtheit der Person als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts nicht auf die EMRK zurück.¹⁷⁶
- 922** Auf dieses Urteil zur BiopatentRL 98/44/EG¹⁷⁷ nehmen die Erläuterungen zur EGRC Bezug. Sie spezifizieren weiter, dass dieses Grundrecht im Bereich der Medizin und der Biologie die freiwillige Einwilligung des Spenders und des Empfängers nach vorheriger Aufklärung umfasst.¹⁷⁸ Damit wird auch Art. 3 Abs. 2 lit. a) EGRC auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgeführt.

II. Supranationale Abkommen

- 923** Im Übrigen wird für die in Art. 3 Abs. 2 EGRC enthaltenen „Grundsätze“ auf das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin,¹⁷⁹ welches im Rahmen des Europarates angenommen wurde, verwiesen. Von diesen Bestimmungen soll explizit nicht abgewichen werden. Daher wird in Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC lediglich das reproduktive Klonen verboten und die anderen Formen werden offen gehalten; da sie in der Charta weder gestattet noch verboten werden, kann der Gesetzgeber sie ebenfalls verbieten.¹⁸⁰

¹⁷⁴ St. Rspr., z.B. EGMR, Urt. vom 29.4.2002, Nr. 2346/02 (Rn. 61), NJW 2002, 2851 (2853) – Pretty/Vereinigtes Königreich.

¹⁷⁵ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 34.

¹⁷⁶ S. EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079 (7168, Rn. 70) – Niederlande/Parlament u. Rat („Biopatentrichtlinie“).

¹⁷⁷ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (BiopatentRL), ABl. L 213, S. 13.

¹⁷⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (18); s. auch EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079 (7170, Rn. 78 ff.) – Niederlande/Parlament u. Rat („Biopatentrichtlinie“).

¹⁷⁹ Europarat SEV-Nr. 164; es gibt drei Zusatzprotokolle zum Biomedizinübereinkommen, nämlich das Zusatzprotokoll betreffend das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen (SEV-Nr. 168), das Zusatzprotokoll bzgl. der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe (SEV-Nr. 186) und das Zusatzprotokoll betreffend Biomedizinische Forschung (SEV-Nr. 195).

¹⁸⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (18).

Ein Bezug zum internationalen Recht wird nur durch das Verbot eugenischer Praktiken und dabei insbesondere derjenigen, welche die Selektion von Menschen zum Ziel haben, nach Art. 3 Abs. 2 lit. b) EGRC hergestellt. Handlungen wie Sterilisierungskampagnen, erzwungene Schwangerschaften, die Pflicht, den Ehepartner in der gleichen Volksgruppe zu wählen etc. werden nämlich nach Art. 7 Abs. 1 lit. g) des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs¹⁸¹ als internationale Verbrechen betrachtet.¹⁸²

III. Heftige Diskussion

Diese Erläuterungen des Präsidiums lassen nicht erahnen, dass das Recht auf Unversehrtheit einschließlich der Grundsätze zur Medizin und Biologie eine der umstrittensten Bestimmungen im Grundrechtekonvent war. Es wurde sogar die Streichung der gesamten Vorschrift verlangt. Wenigstens sollten die Grundsätze nach Art. 3 Abs. 2 EGRC entfernt werden.¹⁸³ Andere wollten die Grundsätze nach Art. 3 Abs. 2 EGRC über den Bereich der Medizin und der Biologie ausdehnen.¹⁸⁴ Deshalb ist Art. 3 Abs. 2 EGRC bewusst beschränkt formuliert. Es handelt sich daher um eine abschließende Aufzählung, die sich auf die eingangs genannten Gebiete bezieht. Höchstens die freie Einwilligung des Betroffenen ist darüber hinaus zu erstrecken. Die darauf bezogene Formulierung wurde allerdings auch in der Debatte über eine Erweiterung bzw. Beschränkung der Grundsätze nach Art. 3 Abs. 2 EGRC gefunden.¹⁸⁵

Das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit sollte nach früheren Entwürfen und Vorschlägen um das Recht auf genetische Unversehrtheit erweitert werden. Die entsprechende Formulierung wurde zunächst in Art. 2 zum Recht auf Leben genommen.¹⁸⁶ Indes wurde die Aufnahme des Begriffs „genetische Unversehrtheit“ heftig diskutiert¹⁸⁷ und in dem nachfolgenden Präsidiumsentwurf nicht mehr aufgeführt; zudem wurde die Regelung zum Recht auf Unversehrtheit vom Recht auf Leben getrennt.¹⁸⁸ Damit wurde die genetische Unversehrtheit trotz Diskussion nicht aufgenommen. Allerdings war ein Grund für die ablehnende Hal-

¹⁸¹ Verabschiedet am 17.7.1998 in Rom, in Kraft getreten am 1.7.2002, BGBl. II S. 1394.

¹⁸² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (18).

¹⁸³ Zu Beidem der britische Regierungsvertreter *Goldsmith*, s. insbes. Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 25.5.2000, CHARTE 4332/00 CONVENT 35, zusammengefasst in Dokument CHARTE 4360/00 CONVENT; insgesamt *Borowsky*, in: Meyer, Art. 3 Rn. 13, 22.

¹⁸⁴ *S. Borowsky*, in: Meyer, Art. 3 Rn. 22.

¹⁸⁵ *S. Borowsky*, in: Meyer, Art. 3 Rn. 22.

¹⁸⁶ Erster Entwurf der Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 15.2.2000, CHARTE 4123/1/00 REV 1 CONVENT 5.

¹⁸⁷ Näher *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 135 f., 144 f.

¹⁸⁸ Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 8.3.2000, CHARTE 4149/00 CONVENT 13; zusammengefasst bei *Borowsky*, in: Meyer, Art. 3 Rn. 9 ff.

tung, dass die genetische Unversehrtheit schon zum Recht auf körperliche Unversehrtheit gehöre.¹⁸⁹

B. Körperliche und geistige Unversehrtheit

I. Bezug zur Menschenwürde und zum Recht auf Leben

927 Liest man Art. 1, 2 und 3 EGRC hintereinander, fühlt man sich an eine Treppe erinnert: an der Spitze steht die unveräußerliche Menschenwürde als Fundamentalnorm und damit der Kern der Grundrechte wie der menschlichen Existenz schlechthin. Art. 2 EGRC sichert dann die Grundlage der äußeren Existenz des Menschen, nämlich das Recht auf Leben. Art. 3 EGRC geht dann darüber hinaus, indem er die körperliche Unversehrtheit schützt, auch wenn Beeinträchtigungen nicht bereits das Leben antasten. Damit wird die äußere Integrität des Menschen gegenüber erheblichen Antastungen gewährleistet, wie es seiner Würde entspricht.

928 Die Würde des Menschen hat aber auch eine innere, geistige Komponente. Diese drückt sich insbesondere in der Selbstbestimmung aus. Damit sich diese Komponente entfalten kann, bedarf es einer ungebrochenen geistigen Entfaltung. Hierfür bedarf es der geistigen Unversehrtheit, welche Art. 3 EGRC ebenfalls sichert. Auch insoweit geht die Vorschrift über den Gehalt der Menschenwürdegarantie hinaus, indem sie die geistige Unversehrtheit nicht nur in ihren Grundlagen für die Entfaltung der Selbstbestimmung des Menschen schützt, sondern ohne ausdrückliche nähere Begrenzung und damit weit darüber hinaus.¹⁹⁰

929 Indem Art. 3 EGRC sowohl die körperliche als auch die geistige Unversehrtheit schützt, macht er die Einheitlichkeit von Körper und Geist deutlich und steht damit für die umfassende Würde des Menschen, welche sich sowohl auf sein Äußeres als auch auf sein Inneres bezieht. Der Mensch besitzt in allen seinen Ausprägungen Würde und ist daher auch umfassend zu schützen. Daher ist Art. 3 EGRC weit auszulegen. Das gilt auch wegen des Bezugs zum Lebensgrundrecht.¹⁹¹

II. Menschenrecht

930 Aufgrund dieses engen Zusammenhangs des Rechts auf Unversehrtheit mit der Menschenwürde und dem Recht auf Leben handelt es sich um ein fundamentales Menschenrecht, obwohl es bislang in der EMRK nicht ausdrücklich garantiert und auch in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht allzu lange verankert ist.¹⁹² Dafür spricht auch die parallele Fassung mit Art. 2 EGRC. Beide benennen jeden Menschen als Berechtigten. Daher muss dieser Begriff auch gleich ausgelegt werden.

¹⁸⁹ S. Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 10.

¹⁹⁰ S.u. Rn. 941 ff.

¹⁹¹ Darauf abstehend Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 4.

¹⁹² S.o. Rn. 921.

Das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit beginnt und endet damit **931** ebenfalls mit dem Menschsein. Deshalb ist auch der Nasciturus¹⁹³ berechtigt, ebenso der Sterbende, bis seine Hirnfunktionen enden. Diese Reichweite ist auch die Konsequenz, dass beide Rechte mit der Menschenwürde zusammen in Titel I auch unter dieser Überschrift garantiert sind.

Da dem Menschen allein aufgrund seiner Existenz Würde zukommt, ist sein **932** Schutz der körperlichen und geistigen Unversehrtheit auch unabhängig von seinen physischen, psychischen oder auch geistigen Eigenschaften und Fähigkeiten.¹⁹⁴ Aufgrund des Menschenrechtscharakters kommt es auch nicht auf die Staatsangehörigkeit an, sondern nur auf das Menschsein. Staatsangehörige aus anderen Staaten außerhalb der EU sind daher ebenfalls berechtigt.

Wegen des Bezugs zur Menschenwürde ist das Recht auf Unversehrtheit eng **933** mit der Selbstbestimmung verknüpft. Ist auch ein Toter nicht mehr Grundrechtsträger, kann doch ein Lebender davor darüber verfügt haben, was mit seinem Körper nach seinem Tod geschieht. Daraus folgt inhaltlich ein umfassendes Recht, über den eigenen Körper zu verfügen.¹⁹⁵ Dies ist aber schon eine Frage der Reichweite der körperlichen Unversehrtheit.¹⁹⁶

Unabhängig davon, inwieweit man den sachlichen Schutzbereich durch die **934** Selbstbestimmung und das Recht dazu ausfüllt, darf nicht darüber durch die Hintertür die personelle Berechtigung auf diejenigen verengt werden, welche ein solches Selbstbestimmungsrecht auszuüben vermögen. Es mag dann nur reduziert wahrgenommen werden können. Personell berechtigt sind aber etwa auch Geisteskrankte oder Sterbende, welche keine eigenen Entscheidungen mehr selbstständig zu treffen vermögen. Ansonsten würde der Charakter als Menschenrecht verloren gehen.

III. Erhaltung der körperlichen Integrität

1. Schutz des Körpers im jeweiligen konkreten Zustand

Zunächst gewährleistet Art. 3 Abs. 1 EGRC die körperliche Unversehrtheit. Der **935** Körper darf also nicht verletzt bzw. in seinen Funktionen beeinträchtigt werden. Dabei ist der Körper genauso wie der Mensch zu nehmen wie er ist. Geschützt ist also auch ein kranker Körper, nicht lediglich ein kerngesunder bzw. ein Körper im Ideal- bzw. Optimalzustand.¹⁹⁷ Daher bildet auch die ärztliche Heilbehandlung im Ansatz einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit, selbst wenn sie den Zustand des Körpers verbessern soll.¹⁹⁸ Das zeigt nicht zuletzt Art. 3 Abs. 2

¹⁹³ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 4; Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 16.

¹⁹⁴ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 4.

¹⁹⁵ S. Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 15, 18; ebenso Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 5.

¹⁹⁶ S. daher sogleich Rn. 952. Subsidiär greift allerdings insoweit Art. 7 EGRC ein, Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 15.

¹⁹⁷ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 5.

¹⁹⁸ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 5.

lit. a) EGRC, wonach im Rahmen der Medizin die freie Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung beachtet werden muss.

- 936** Die körperliche Unversehrtheit muss sich deshalb, weil der Einzelne in seinem individuellen Zuschnitt geschützt ist, auch auf den jeweiligen Zustand des Körpers beziehen. Das betrifft insbesondere den Schutz der körperlichen Unversehrtheit des ungeborenen Lebens. Embryonen haben naturgemäß nicht einen derart entwickelten Körper. Gleichwohl sind bereits Körperteile angelegt oder ausgeprägt. Diese sind daher in ihrer Substanz geschützt. Das ergibt sich auch daraus, dass das Recht auf körperliche Unversehrtheit eine „spezifische Variante des Lebensrechts“ bildet.¹⁹⁹

2. Schutz der Körpersubstanz

- 937** Offenkundig wird die körperliche Unversehrtheit angetastet, wenn die Körpersubstanz betroffen ist. Das ist zumal dann der Fall, wenn Körperteile abgetrennt oder etwa durch eine staatliche Gesundheitsuntersuchung unbrauchbar werden. Bezieht man diesen zweiten Aspekt mit ein, können zu solchen Antastungen der körperlichen Substanz auch indirekte Einwirkungen führen, welche erst nachträglich ein Körperteil angreifen, so etwa Säureeinwirkungen oder Strahlenbelastungen. Gerade insoweit können auch staatliche Schutzmaßnahmen erforderlich sein, welche schädliche Einwirkungen auf ein gesundheitskonformes Maß beschränken.²⁰⁰

3. Schutz der Körperfunktionen

- 938** Viel häufiger werden aber gerade solche indirekten Einwirkungen nicht die körperliche Substanz angreifen, sondern körperliche Funktionen beeinträchtigen. Eine zu hohe Luftbelastung kann etwa die Lungenfunktion schwächen. Die Strahlenbelastung kann die Fruchtbarkeit beeinträchtigen. Der Mensch braucht aber den Körper nicht nur in seiner Substanz, sondern auch in seinen Funktionen. Lediglich bei deren Gewährleistung ist er umfassend geschützt.
- 939** Deshalb muss es auch genügen, wenn Körperfunktionen vorübergehend beeinträchtigt werden. Hierfür kann auch schon eine kurzzeitige Beeinträchtigung in Form einer Übelkeit aufgrund des Verbreitens bestimmter Duftstoffe genügen.²⁰¹ Allerdings muss es sich doch um eine erhebliche Übelkeit handeln, welche etwa die Magenfunktion beeinträchtigt, um nicht auch ganz natürliche Missstimmungen in den Schutz von Art. 3 Abs. 1 EGRC einzubeziehen und damit gleichsam ein Grundrecht auf umfassendes Wohlbefinden zu schaffen. Schließlich übernimmt Art. 3 Abs. 1 EGRC nicht die Gesundheitsdefinition der Weltgesundheitsorganisation, welche die Gesundheit als Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens definiert. Art. 3 Abs. 1 EGRC hat keine soziale

¹⁹⁹ Näher *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 12 m.w.N. aus der deutschen Grundgesetzliteratur, wo allerdings teilweise auf eine gewisse Körpergestalt abgestellt wird, so *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 2 II Rn. 96.

²⁰⁰ Näher u. Rn. 958 ff.

²⁰¹ *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 8.

Komponente und gewährleistet kein Optimum, sondern nur den Erhalt des beim jeweiligen Menschen gegebenen Zustandes.²⁰²

Weil nur der Ist-Zustand geschützt ist, ist es problematisch, psychische Auswirkungen zu erfassen, auch wenn diese aus körperlichen Einwirkungen resultieren. Sie sind sehr schwer messbar. Damit können sie nur dann berücksichtigt werden, wenn sie in konkreter Verbindung zu Beeinträchtigungen von Körperfunktionen stehen. Entsprechend dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 EGRC müssen sie die körperliche oder geistige Unversehrtheit selbst beeinträchtigen. Das setzt aber bezogen auf Erstere Reaktionen voraus, die sich am Körper selbst ausdrücken, etwa bei Zittern aufgrund von Angstzuständen oder einer eingeschränkten Bewegungsfähigkeit aufgrund von Schmerzen.²⁰³

IV. Geistige Unversehrtheit

1. Grundansatz

Schwierig zu fassen ist auch die geistige Unversehrtheit. Neu in den Grundrechtskatalog aufgenommen, muss sie noch näher dogmatisch durchdrungen werden.²⁰⁴ Wie bei der körperlichen Unversehrtheit ist Ausgangspunkt der geistige Zustand des jeweiligen Betroffenen. Damit besitzt auch der Geisteskranke ein Recht darauf, dass die bei ihm noch vorhandene geistige Kraft unversehrt bleibt. Das hat Auswirkungen, wenn er im Hinblick auf seine Geisteskrankheit behandelt und dabei etwa durch Medikamente ruhiggestellt wird. Entsprechendes gilt bei psychischen Erkrankungen.²⁰⁵ Selbst der Nasciturus kann in seiner geistigen Unversehrtheit beeinträchtigt werden, kann doch bereits er jedenfalls ab einem gewissen Schwangerschaftsstadium mental bzw. psychisch beeinflusst werden.²⁰⁶

Die geistige Unversehrtheit umfasst wie die körperliche nur den Status quo und nicht das Optimum. Es wird daher nicht das psychische Wohlbefinden geschützt,²⁰⁷ welches die Gesundheitsdefinition der WHO einbezieht.²⁰⁸

Der damit geschützte vorhandene geistige Zustand besteht in der Gesamtheit der kognitiven, kommunikativen und emotionalen Fähigkeiten eines Menschen.²⁰⁹ So kann etwa auch das Auslösen von Angstzuständen die geistige Unversehrtheit beeinträchtigen. Dabei müssen aber psychische Beeinträchtigungen auf die geistige Unversehrtheit durchschlagen. Das ist etwa dann der Fall, wenn eine psychische Lähmung infolge gravierender Ängste das Denken fortdauernd blockiert.

²⁰² Abl. auch *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 8 mit Fn. 15; *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 11 auch unter Verweis auf Art. 34 Abs. 1, 35 EGRC.

²⁰³ S. *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 8.

²⁰⁴ *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 8.

²⁰⁵ *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 9.

²⁰⁶ *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 13.

²⁰⁷ Dahin *Borowsky*, in: Meyer, Art. 3 Rn. 36; ausdrücklich abl. auch *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 8 mit Fn. 15.

²⁰⁸ S. schon o. Rn. 939.

²⁰⁹ *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 9.

- 944** Akzeptiert man hingegen allgemeine psychische Ängste, die nur das Wohlbefinden beeinträchtigen, können sich solche auch aus der Zulassung von Flughäfen oder Kernkraftwerken ergeben. Damit ist allerdings ein sehr weiter Schutzbereich eröffnet, der zur Kontrolle schwer messbarer Beeinträchtigungen führen kann. Eine objektive Grenze liegt in dem notwendigen Bezug der geistigen Unversehrtheit. Diese bildet einen objektiven Begriff und kann daher nicht schon durch eine subjektive Beeinträchtigung tangiert sein. Soweit dies aber objektiv zutrifft, ist dies die Konsequenz, dass die geistige Unversehrtheit neben die körperliche gestellt ist und damit über diese deutlich hinausgeht.
- 945** Daher erübrigt es sich auch in vielen Fällen, näher zwischen beiden abzugrenzen. Insbesondere ist es nicht erforderlich, bei jedenfalls vorhandenen Beeinträchtigungen der geistigen Unversehrtheit auch noch tatsächliche Auswirkungen auf den Körper und damit auf die körperliche Unversehrtheit zu prüfen. Die geistige Unversehrtheit reicht gerade weiter und erfordert keine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität.²¹⁰

2. Nähere Abgrenzung bei psychischen Beeinträchtigungen

- 946** Eine nähere Abgrenzung ist allerdings insofern notwendig, als nicht sämtliche psychischen Beeinträchtigungen von Art. 3 Abs. 1 EGRC umfasst werden, wird doch durch ihn kein psychisches Wohlbefinden als solches garantiert. Geht es bei der geistigen Unversehrtheit um die Gesamtheit der kognitiven, kommunikativen und emotionalen Fähigkeiten, müssen diese durch psychische Beeinträchtigungen angetastet werden, damit sie erfasst werden, sofern nicht bereits körperliche Reaktionen erfolgen. Psychische Beeinträchtigungen müssen also dazu führen, dass ein Mensch nicht so fühlen kann wie ohne die seelische Belastung. Damit muss es sich um eine psychische Einwirkung von erheblicher Bedeutung handeln. Allein eine bloße Sorge genügt nicht.
- 947** Allerdings sind Belastungswirkungen etwa aufgrund von als gefährlich angesehenen Anlagen durchaus je nach Typ verschieden. Da jeder Mensch das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit hat, ist auf den Zustand und die Anlage des jeweils Einzelnen abzustellen. Gleichwohl genügt nicht bereits eine Herabsetzung des Selbstwertgefühls. Dessen Verminderung kann nur dann die geistige Unversehrtheit tangieren, wenn dadurch die allgemeinen kognitiven, kommunikativen oder emotionalen Fähigkeiten beeinträchtigt werden. Das kann allerdings durchaus gegeben sein, so bei einem Gefühl der Ohnmacht wie beim Mobbing im Arbeitsleben, je nachdem wie stark die jeweilige Betroffenheit ausgeprägt ist.²¹¹ Daraus können sich erhebliche Weiterungen gegenüber dem in Deutschland garantierten Schutz der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ergeben.

²¹⁰ Übereinstimmend *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 8; *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 9.

²¹¹ Zurückhaltend allerdings *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 10, der grds. auf Art. 7 EGRC verweist und ausnahmsweise auch eine Verletzung von Art. 1 EGRC für möglich hält.

V. Selbstbestimmung über den eigenen Körper und Geist

1. Ausdrucksformen

Durch den Bezug des Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit zur Menschenwürde besteht auch ein Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper und den eigenen Geist. Das betrifft zunächst eigenwillige Veränderungen am Körper wie Piercing.²¹² Weiter gehend gehört dazu die Entscheidung, welche medizinischen oder auch psychiatrischen Therapien zur Wiederherstellung der eigenen körperlichen und geistigen Unversehrtheit gewählt bzw. akzeptiert werden. Im medizinischen Bereich verlangt Art. 3 Abs. 2 lit. a) EGRC ohnehin die freie Einwilligung des Betroffenen.²¹³ 948

2. Notwendige Aufklärung

In dieser auf den medizinischen Bereich bezogenen Vorschrift zeigt sich schon das Hauptmerkmal auch der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, nämlich die Freiheit der Entscheidung. Daher bedarf es näherer Aufklärung, bevor das Selbstbestimmungsrecht wirksam ausgeübt werden kann. Deshalb folgt aus dem Bezug der körperlichen und geistigen Unversehrtheit auf die Selbstbestimmung des Menschen, dass zu deren effektiver Wahrnehmung eine hinreichende Aufklärung erforderlich ist. Wurde ohne eine solche Basis die Einwilligung erteilt und dann die Behandlung aufgenommen, ist diese grundrechtswidrig.²¹⁴ 949

Diese Grundsätze gelten aber auch in anderen Bereichen. Daher muss etwa auch über Körper verändernde Maßnahmen wie Piercing hinreichend aufgeklärt werden. Dies bei Privaten sicherzustellen obliegt dem Staat in Ausfüllung der von ihm zu wahrenen grundrechtlichen Schutzpflichten. 950

3. Selbstbestimmungsfähigkeit

Die Ausübung der Selbstbestimmungsfreiheit wird allerdings an eine bestimmte Selbstbestimmungsfähigkeit geknüpft.²¹⁵ Ohne sie ist keine wirksame Einwilligung möglich. Ggf. bedarf es dann bei medizinischen Therapien einer Vertretung, wie sie in Art. 6, 17, 20 der Biomedizinkonvention²¹⁶ des Europarates vorgezeichnet ist.²¹⁷ 951

Dabei geht es allerdings eher um einen Schutz vor sich selbst. Grundsätzlich ist der Mensch, so wie er ist, mit dem Recht auf Unversehrtheit und der dabei eingeschlossenen Selbstbestimmung über den eigenen Körper und den eigenen Geist 952

²¹² Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 14.

²¹³ Darauf in diesem Zusammenhang verweisend auch Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 9.

²¹⁴ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 14.

²¹⁵ S. Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 9 a.E.; Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 14 unter Bezug auf BVerfGE 99, 341 (351).

²¹⁶ Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, Europarat SEV-Nr. 164.

²¹⁷ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 14 a.E.

ausgestattet. Vorgängen, welche ihn dabei nicht in seiner körperlichen und geistigen Integrität beeinträchtigen, kann er daher durchaus selbst wirksam zustimmen. Das betrifft etwa Tattoos. Daher ist für die Selbstbestimmungsfähigkeit nicht erforderlich, dass jemand einen hohen intellektuellen Bildungsstand hat oder auch nur geistig völlig intakt ist. Viele Vorgänge sind derart komplex, dass es auch Durchschnittsbürgern schwer fällt, die Folgen vollständig zu übersehen.

- 953** Je geringer aber die geistigen Fähigkeiten eines Menschen ausgeprägt sind, desto eher bedarf er des Schutzes vor sich selbst. Dies ist eine Konsequenz der Menschenwürde. Jeder Mensch ist so zu nehmen wie er ist, und daher auch so zu behandeln. Insbesondere ein Mediziner darf nicht sehenden Auges hinnehmen, wie ein Patient Entscheidungen trifft, welche seiner Würde nicht gerecht werden.

C. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigung

I. Unmittelbare und mittelbare Eingriffe

- 954** Unmittelbare Eingriffe in die Körpersubstanz oder auch in Körperfunktionen sowie den Geisteszustand werden vor allem im Bereich des Strafvollzuges und der klinischen Behandlung erfolgen. Dazu gehören psychiatrische Zwangsbehandlungen ohne näheren Anlass, Verstümmelungen, Zwangssterilisationen, aber auch Blut- oder Liquorentnahmen zur Täterermittlung sowie Impfwänge.²¹⁸
- 955** Auch jede medizinische Behandlung bildet eine Beeinträchtigung,²¹⁹ außer sie beruht gem. Art. 3 Abs. 2 lit. a) EGRC auf der freien Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung. Diese muss aber hinreichend ausführlich erfolgt sein. Zudem muss der Betroffene einwilligungsfähig sein.²²⁰ Weil eine solche Einwilligung zugleich Ausdruck der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und bei psychiatrischen Behandlungen über den eigenen Geist ist, schließt sie bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus. Handelt es sich um Zwangsbehandlungen, sei es medikamentös,²²¹ sei es psychiatrisch, kann eine wirksame Einwilligung nur der Vertreter geben. Andernfalls bedarf es einer näheren Rechtfertigung.²²² Solche rechtfertigenden Gründe können in einer Gefährdung für die Umgebung liegen. Schließlich werden auch andere in ihrer körperlichen und geistigen Unversehrtheit geschützt. Zudem gilt die Gesundheit auch nach dem EG/AEUV als Schutzgut.
- 956** Auf Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit des Handelns staatlicher Organe kommt es nicht an.²²³ Entscheidend ist der Eintritt von körperlichen oder geistigen Schädigungen. Da vor diesen geschützt wird, mithin die Unversehrtheit gerade erhalten bleiben soll, genügen bereits Gefahrenlagen. Die Integrität kann nur dann wirksam

²¹⁸ Alle Beispiele aus *Borowsky*, in: Meyer, Art. 3 Rn. 37; ebenso *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 11.

²¹⁹ S.o. Rn. 935.

²²⁰ S.o. Rn. 949 ff.

²²¹ *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 27.

²²² S. Schweizerisches Bundesgericht, EuGRZ 2004, 311 ff.

²²³ *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 10; *Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 27.

geschützt werden, wenn bereits im Vorfeld Beeinträchtigungen vermieden werden. Daher muss der Staat auch vor Risikolagen schützen. Er muss daher etwa eine Haftanstalt so organisieren, dass es zu keinen Übergriffen auf Mitgefangene kommt. Damit geht es auch um die Abwehr von Beeinträchtigungen, die erst durch staatliches Handeln bzw. Unterlassen vermittelt wird. Es werden also auch derartige mittelbare Eingriffe erfasst. Je indirekter die Auswirkungen sind, desto eher ist darauf zu achten, dass sie ihre Ursache noch im staatlichen Verhalten haben.

Zudem kann der Staat nicht jedes Restrisiko ausschließen. Auch das allgemeine **957** Leben birgt Risiken für die körperliche und geistige Unversehrtheit. So kann nicht etwa das Belassen von Schlaglöchern auf Fußgängerwegen zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit führen, weil sich jemand den Fuß übertritt oder gar bricht. Noch schwieriger zu konstruieren ist dies im Hinblick auf die Erhaltung der geistigen Unversehrtheit.²²⁴ Umgekehrt dürfen wegen des Elementarcharakters der körperlichen und geistigen Unversehrtheit keine zu strengen Anforderungen gestellt werden.²²⁵ Wie bei konkreten Antastungen des Körpers oder auch des Geistes bedarf es aber einer hinreichenden Erheblichkeit, soll Art. 3 Abs. 1 EGRC kein Universalrecht werden. Ein solches liegt vor, wenn genügend konkrete Gefährdungslagen geschaffen werden.²²⁶

II. Schutzpflichten

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist ein klassischer Anwendungsfall für **958** staatliche Schutzpflichten. Die Grenzen verschwimmen schon dann, wenn der Staat Gefahrenlagen verhindern soll. Dann wehrt er einerseits Beeinträchtigungen des Rechts auf Unversehrtheit ab; andererseits schützt er die Menschen in ihrer körperlichen und geistigen Integrität. Dabei ist es oft eine Frage der Sichtweise, ob der Staat eine Gefahrenlage schafft, indem er etwa gegen bedrohliche Entwicklungen nichts unternimmt, oder nur Private in ihre Schranken weist, die solche Entwicklungen hervorrufen.

Unabhängig davon ist die Gewährleistung eines bestimmten Schutzstandards **959** elementar für das Recht auf Unversehrtheit. Zahlreiche Gefährdungen werden in unserer technisierten Welt hervorgerufen, so Lärm und Elektromog. Gehen sie von Privaten aus, sind die Betroffenen auf wirksamen Schutz durch den Staat angewiesen.²²⁷

Insbesondere der Schutz vor Lärm tauchte auch in der Rechtsprechung des **960** EGMR auf, allerdings in Bezug auf den Schutz des Privatlebens. In der Rechtsprechung des BVerfG wurde demgegenüber der Schutz vor Lärm am Recht auf körperliche Unversehrtheit festgemacht.²²⁸ In der EMRK fehlt indes ein solches

²²⁴ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 27: „schwerer vorstellbar“.

²²⁵ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 27.

²²⁶ Dazu Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 10 unter Verweis auf EGMR, Urt. vom 27.6.2000, Nr. 22277/93 (Rn. 76), RJD 2000-VII – İlhan/Türkei: „exceptional circumstances“.

²²⁷ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 38.

²²⁸ Grundlegend BVerfGE 56, 54 (73 f., 77); 79, 174 (201 f.).

Recht. Daher liegt es nahe, in der EGRC den Schutz vor Lärm in Art. 3 Abs. 1 zu verankern. Indes wurde während der Beratungen im Grundrechtekonvent das Recht auf Unversehrtheit gerade nicht mit einer gesunden Umwelt verbunden.²²⁹ Allerdings ist es noch ein Unterschied, ob man ein umfassendes subjektives Recht auf gesunde Umwelt ableitet, das auch nach Art. 37 EGRC nicht besteht,²³⁰ oder lediglich einzelne Ausprägungen mit besonderer Relevanz für die körperliche Unversehrtheit darunter fasst. Dazu gehört insbesondere der Lärm. Daher ist vor ihm nach der EGRC auf der Basis des Rechts auf Unversehrtheit zu schützen. Allerdings leiden grundrechtliche Schutzpflichten und ihre Erfüllung generell darunter, dass den staatlichen Instanzen ein erheblicher Spielraum zusteht.²³¹ Der Klimawandel dürfte keine derart konkreten körperlichen Auswirkungen haben, dass vor ihm Schutz nach Art. 3 Abs. 1 EGRC eingefordert werden könnte. Am ehesten eignet sich als Ansatz die erhöhte Gefahr aufgrund vermehrter UV-Strahlung, an Hautkrebs zu erkranken. Daraus lassen sich allerdings schwerlich konkrete Schutzmaßnahmen ableiten, sondern es bedarf einer lang konzipierten Politik und vielfältigen Teilelementen, wie sich an der aktuellen Diskussion zum Klimaschutzpaket in Europa und in Deutschland zeigt.

III. Schrankensystem

- 961** Weil das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit weder im bisherigen Vertragstext noch in der EMRK enthalten ist, greift die allgemeine Schrankenregelung nach Art. 52 Abs. 1 EGRC.²³² Es bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage für Einschränkungen. Bei der Achtung des Wesensgehalts ist insbesondere der Menschenwürdekern zu beachten,²³³ besteht doch zu Art. 1 EGRC eine enge Verbindung. Dieser Hintergrund ist auch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Weil deshalb das Recht auf Unversehrtheit elementar ist, sind strenge Anforderungen zu stellen, um Beeinträchtigungen zu rechtfertigen.²³⁴

IV. Beschränkung von Heilbehandlungen

- 962** Der Staat beeinträchtigt die körperliche und geistige Unversehrtheit auch dadurch, dass er den Einzelnen nicht zu bestimmten Heilbehandlungen gehen lässt. Das ist namentlich dann der Fall, wenn Unionsbürger in anderen Mitgliedstaaten gesundheitliche Leistungen nachfragen wollen. Das ist aber eine Frage der Grundfreiheiten, die für solche grenzüberschreitenden Vorgänge speziell sind. Schließlich geht es thematisch um die Inanspruchnahme von Waren und Dienstleistungen bzw. de-

²²⁹ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 38.

²³⁰ S.u. Rn. 4312 ff.

²³¹ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 38 a.E., der eine Schutzpflicht im Hinblick auf die Umwelt vom Ansatz her nicht näher beschränkt.

²³² Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 15.

²³³ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 39.

²³⁴ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 39; Rixen, in: Heselerhaus/Nowak, § 11 Rn. 28.

ren Erbringung. Diese Fragen werden in Art. 28 und 49 EG/34 und 56 AEUV eigens geordnet. Rechtfertigungsgrund ist aber auch insoweit die Leistungsfähigkeit des Gesundheitswesens.²³⁵

Dieser Rechtfertigungsansatz kann auch greifen, wenn der Staat im Inland bestimmte Behandlungen nicht gewährt. Schließlich setzt die Funktionsfähigkeit des Krankenversicherungssystems auch dessen Finanzierbarkeit voraus. Diese würde gefährdet, wenn jeder sogleich Anspruch auf aufwendige stationäre Heilbehandlungen hätte. Hier können eher Grenzen gezogen werden als im Bereich der Heilmittel und der ärztlichen Behandlung außerhalb des Krankenhauses. Insoweit besteht ein geringerer Planungs- und Kostenbedarf.²³⁶ **963**

D. Verbote für Medizin und Biologie

I. Enger Bezug zur Menschenwürde

Art. 3 Abs. 2 EGRC enthält vier Vorgaben für die Medizin und die Biologie aus der Biomedizinkonvention.²³⁷ Sie stehen in engem Bezug zur Menschenwürdeggarantie und sind daher noch stärker in Anlehnung an diese zu interpretieren als Art. 3 Abs. 1 EGRC, der ebenfalls eine Verbindung zur Menschenwürdeggarantie aufweist.²³⁸ Art. 3 Abs. 2 EGRC greift demgegenüber spezifische Aspekte auf. **964**

1. Notwendige Einwilligung als Ausdruck der Selbstbestimmung

Die nach Art. 3 Abs. 2 lit. a) EGRC erforderliche Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung in einer medizinischen Behandlung ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Menschen. Fehlt eine solche Einwilligung bzw. wäre sie nicht Voraussetzung, könnte der Mensch leicht Objekt medizinischer Behandlung werden, insbesondere wenn er keine Einwilligungsfähigkeit besitzt. Die Einwilligung ist daher essenziell, auch wenn sie durch einen Vertreter abgegeben wird.²³⁹ Dass die freie Einwilligung des Betroffenen entsprechend den gesetzlich festgelegten Einzelheiten vorgesehen ist, kann daher nicht bedeuten, dass sie durch nationale Vorschriften entbehrlich sein kann, sondern nur, dass sie näher auszugestalten ist. Von daher handelt es sich um einen Gesetzgebungsauftrag und keine Relativierung der Einwilligungspflicht als solcher. Deshalb konnten auch keine Spielräume für eine Forschung an nicht einwilligungsfähigen Personen eröffnet werden.²⁴⁰ Sie widersprechen überdies dem Menschenwürdegehalt dieser Vorschrift. **965**

²³⁵ S. im Einzelnen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1558 ff.

²³⁶ S. EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 (4573, Rn. 96) – Müller-Fauré u. van Riet.

²³⁷ S.o. Rn. 932.

²³⁸ S.o. Rn. 927 ff.

²³⁹ S.o. Rn. 951.

²⁴⁰ Dafür *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 17 a.E.; s. auch *Borowsky*, in: Meyer, Art. 3 Rn. 43; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 617 f.

2. Eugenische Praktiken als Eingriff in die natürliche Entwicklung

- 966 Die nach Art. 3 Abs. 2 lit. b) EGRC verbotenen eugenischen Praktiken wollen die natürlichen Anlagen des Menschen steuern und verbessern, also nicht zulassen, wie sie sind und wie sie sich beim natürlichen Fortgang entwickeln. Damit achten sie den Menschen entgegen der ihm zukommenden Würde nicht so wie er ist, sondern wollen nach vorgefassten Denkmustern steuern. Das zeigt sich nicht zuletzt bei dem genannten Beispiel der Selektion von Menschen.

3. Verbot des reproduktiven Klonens als bereichsspezifische Begrenzung

- 967 Dieser Befund gilt vor allem für das Verbot des reproduktiven Klonens von Menschen nach Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC. Es wird als bereichsspezifische Konkretisierung der allgemeinen Menschenwürdegarantie angesehen und daher absolut gesetzt.²⁴¹ Wegen dieses Bezugs wird dieses Verbot allgemein auf das Klonen erstreckt.²⁴²
- 968 Allerdings nehmen die Erläuterungen die anderen Formen des Klonens explizit von diesem Verbot aus, so dass sich umgekehrt die Frage einer bereichsspezifischen Begrenzung der Menschenwürdegarantie stellt. Ist der Gesetzgeber nach den Erläuterungen keineswegs daran gehindert, auch die anderen Formen des Klonens zu verbieten, hängt es von der Ausprägung der jeweils ihn bindenden nationalen Menschenwürdegarantie ab, ob er namentlich auch das therapeutische Klonen verbieten muss.
- 969 Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC jedenfalls will nur eine Aussage zum reproduktiven Klonen von Menschen treffen und erfasst daher die anderen Formen nicht.²⁴³ Da es sich insoweit um eine spezifische Ausprägung der Menschenwürdegarantie handelt,²⁴⁴ ist für die Reichweite der Menschenwürdegarantie nach der EGRC in Bezug auf das Klonen selbst ausschließlich Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC maßgeblich. Die darin beschränkte Fassung kann daher nicht über Art. 1 EGRC erweitert werden. Soweit sich aber Verbindungen zu anderen Maßnahmen und dabei vor allem der Stammzellenforschung ergeben, hebt der Bezug zum therapeutischen Klonen einen Verstoß gegen die Menschenwürde nicht auf.²⁴⁵ Zudem muss das therapeutische Klonen strikt auf dessen Eigenheiten beschränkt sein und darf nicht in seinen Wirkungen dem reproduktiven Klonen gleichkommen.²⁴⁶
- 970 Eine solche Erweiterung kann allerdings nicht auf das einleitende „insbesondere“ in Art. 3 Abs. 2 EGRC gestützt werden. Vielmehr ist der Bereich des Klonens spezifisch und eben beschränkend ausdrücklich festgelegt. Weiterungen ergeben

²⁴¹ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 22 f.; s. auch Rengeling/Szczekalla, Rn. 618.

²⁴² Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 24 unter Bezug auf Kersten, Das Klonen von Menschen, 2004, S. 90 ff.

²⁴³ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 46.

²⁴⁴ So auch Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 1 Rn. 18.

²⁴⁵ S.u. Rn. 985.

²⁴⁶ S.u. Rn. 984.

sich daher höchstens über die vier genannten Verbote hinaus, nicht aber innerhalb dieser durch eine erweiternde Auslegung.

4. Organhandel: Der Mensch als Objekt

Würde der Organhandel entgegen dem Verbot von Art. 3 Abs. 2 lit. c) EGRC freigegeben, könnten menschliche Körper und Teile als Ware fungieren und würden damit gleichsam zum Handelsobjekt gemacht. Bereits in seiner Entscheidung zur BiopatentRL 98/44/EG²⁴⁷ hat indes der EuGH betont, dass Körperteile nicht Gegenstand von Patenten sein können und damit auch nicht Gegenstand von Handelsgeschäften, sondern unveräußerlich sind. Er hat dies nicht nur an dem Recht auf Unversehrtheit festgemacht, sondern zuvor an der Menschenwürdegarantie.²⁴⁸ **971**

II. Grundrechtliche Verbotstatbestände

Die Einordnung der Tatbestände von Art. 3 Abs. 2 EGRC reicht von Unions- bzw. Gemeinschaftszielen über eine bereichsspezifische Konkretisierung der Menschenwürdegarantie bis zu Schrankenregelungen namentlich im Hinblick auf die Wissenschafts- und die Berufsfreiheit.²⁴⁹ Der eigentliche normative Gehalt wird als zweifelhaft eingestuft.²⁵⁰ **972**

Während Art. 3 Abs. 2 lit. b)-d) EGRC eindeutige Verbote aussprechen, verlangt Art. 3 Abs. 2 lit. a) EGRC eine Einwilligung und konkretisiert damit das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper.²⁵¹ Damit ist aber zugleich indirekt das Verbot enthalten, medizinisch ohne Einwilligung einzugreifen. Deshalb bilden jedenfalls faktisch alle vier Tatbestände Begrenzungen der Medizin und der Biologie und damit auch der sich in diesen Disziplinen manifestierenden Wissenschafts- und Berufsfreiheit. Allerdings handelt es sich deshalb noch nicht um Schranken im klassischen Sinne, sondern um Begrenzungen aufgrund kollidierender Grundrechte. Das sind nämlich auch Art. 3 Abs. 2 lit. a)-d) EGRC. Die enthaltenen Verbote zulasten der Mediziner und Biologen bilden zugleich subjektive Rechte der potenziell Betroffenen, von den genannten Praktiken verschont zu bleiben. **973**

Aufgrund ihres Menschenwürdebezuges sind diese Verbote ebenso strikt einzuhalten wie etwa das Verbot der Folter in Art. 4 EGRC oder das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit nach Art. 5 EGRC. Diese sind nur größtenteils anders formuliert, indem niemand der Folter unterworfen bzw. in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden darf. So könnte man aber auch formulieren, dass nach Art. 3 Abs. 2 EGRC niemandes Körper oder Teile davon zur Erzielung von Ge- **974**

²⁴⁷ ABl. 1998 L 213, S. 13.

²⁴⁸ EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079 (7168 f., Rn. 70 ff.) – Niederlande/Parlament u. Rat („Biopatentrichtlinie“); s. bereits o. Rn. 819 f.

²⁴⁹ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 44; Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 16; Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 29 f.; Schmidt, ZEuS 2002, 631 (632 f.).

²⁵⁰ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 16.

²⁵¹ S.o. Rn. 949.

winnen genutzt werden dürfen bzw. niemand zu eugenischen Praktiken herangezogen werden darf. Somit handelt es sich um vier Grundrechte, die ihre Wirkung als Verbotstatbestände entfalten; Art. 3 Abs. 2 lit. a) EGRC ist zu diesem Zweck als Einwilligungserfordernis ausgestaltet.

III. Recht auf medizinische Behandlung nur bei freier Einwilligung

- 975 Dass gem. Art. 3 Abs. 2 lit. a) EGRC eine freie Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung erforderlich ist, enthält zugleich das Recht, ohne eine solche von einem medizinischen Eingriff verschont zu bleiben.²⁵² Liegt allerdings die freie Einwilligung unter Beachtung der dafür erforderlichen Voraussetzungen vor,²⁵³ bildet eine medizinische Behandlung schon keinen Eingriff. Die Einwilligung wirkt also tatbestandsausschließend.²⁵⁴ Wegen des engen Bezuges der Vorschrift zur Menschenwürdegarantie²⁵⁵ erlaubt die vorgesehene normative Festlegung von Einzelheiten keine Aufweichung dieser Vorschrift und schafft damit auch keine Spielräume für eine Forschung an Personen, denen die Einwilligungsfähigkeit fehlt.²⁵⁶

IV. Verbot eugenischer Praktiken

- 976 Das Eugenikverbot nach Art. 3 Abs. 2 lit. b) EGRC wird nach den Erläuterungen des Präsidiums zum Grundrechtekonvent durch die vom Statut des Internationalen Strafgerichtshofs²⁵⁷ erfassten Handlungen ausgestaltet. Das gilt vor allem für die Selektion von Menschen. Damit werden Sterilisierungskampagnen, erzwungene Schwangerschaften, die Pflicht, den Ehepartner in der gleichen Volksgruppe zu wählen usw. erfasst.²⁵⁸
- 977 Art. 7 Abs. 1 lit. g) des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs erfasst die dort genannten Praktiken nur als Teil eines großangelegten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs als Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Eugenische Praktiken müssen danach staatlich organisiert und veranlasst sein, während Abtreibungen und pränatale Diagnostik dagegen regelmäßig privat initiiert sind. Schon deshalb sollen sie nicht unter Art. 3 Abs. 2 lit. b) EGRC²⁵⁹ fallen. Indes werden diese beiden Vorgänge in Art. 7 Abs. 1 lit. g) des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs nicht erwähnt. Ohnehin enthält diese Bestimmung auch noch ganz andere Handlungen wie Vergewaltigung und

²⁵² S.o. Rn. 935.

²⁵³ S.o. Rn. 949 ff.

²⁵⁴ S.o. Rn. 955 zum Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit.

²⁵⁵ S.o. Rn. 927 ff.

²⁵⁶ S.o. Rn. 953.

²⁵⁷ Verabschiedet am 17.7.1998 in Rom, in Kraft getreten am 1.7.2002, BGBl. II S. 1394.

²⁵⁸ S.o. Rn. 924. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (18).

²⁵⁹ *Dujmovits*, RdM 2001, 72 (77); *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 472.

sexuelle Sklaverei, auf die sich Art. 3 Abs. 2 lit. b) EGRC nicht bezieht. Dieser ist auch gänzlich losgelöst von einem systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Daher können auch nur sehr begrenzt Schlüsse gezogen werden.

Jedenfalls bezieht sich Art. 3 Abs. 2 lit. b) EGRC auf Maßnahmen, welche die Fortentwicklung des Menschen steuern sollen. Allerdings wird die eigentliche generationsübergreifende Antastung des menschlichen Genpools, welche die Eugenik im Wortsinne meint, nicht angesprochen. Dazu gehören Keimbahninterventionen.²⁶⁰ Werden schon Praktiken erfasst, welche indirekt die Fortentwicklung des menschlichen Genpools beeinflussen, gilt dies erst recht für direkte Eingriffe. 978

Eher indirekter Natur ist auch die Präimplantationsdiagnostik, welche ebenfalls „auf dem Prüfstand“ gesehen wird.²⁶¹ Allerdings wird mit ihr nur diagnostiziert, noch nicht eingegriffen. Es handelt sich mithin nur um eine Vorstufe. Daher ist fraglich, ob sie bereits unter das absolute Verbot nach Art. 3 Abs. 2 lit. b) EGRC fallen soll. Das gilt zumal dann, wenn eine Präimplantationsdiagnostik medizinisch indiziert ist. Soweit indes darüber hinaus mit ihrer Hilfe künstlich erzeugte Embryonen selektiert und teilweise vernichtet werden, verstößt dieser Gesamtvorgang gegen die Menschenwürdegarantie nach Art. 1 EGRC. 979

Der enge Bezug des Verbotes eugenischer Praktiken zur Menschenwürde und die damit verbundene absolute Garantie verlangt nicht, dass eine hoheitliche Anordnung bzw. Duldung vorliegt. Vielmehr wird auch die ausschließlich „private“ Eugenik „von unten“ von diesem Verbot umfasst.²⁶² Dagegen spricht auch nicht der Entstehungshintergrund.²⁶³ 980

V. Verbot des Organhandels

Das Verbot des Organhandels nach Art. 3 Abs. 2 lit. c) EGRC ist Art. 21 der Bio-medizinkonvention²⁶⁴ des Europarates nachgebildet.²⁶⁵ Damit wird allerdings der Rückgriff auf Organe anderer Menschen zu medizinischen Zwecken nicht ausgeschlossen. Jeder bleibt darin frei, Organe unentgeltlich oder lediglich gegen Ersatz der Aufwendungen und Unannehmlichkeiten zu spenden. Dann werden die betroffenen Körperteile nicht zur Erzielung von Gewinnen und damit zum Handel genutzt. Das setzt allerdings voraus, dass auch ein Zwischenhandel ausgeschlossen ist, in dem möglicherweise Gewinne erzielt werden. 981

²⁶⁰ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 19.

²⁶¹ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 31; Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 19 a.E.; umfassend dazu ders., Reprogenetik und Verfassungsrecht, 2001; auch Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002.

²⁶² Anders aber Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 44; wie hier Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 19.

²⁶³ S.o. Rn. 977.

²⁶⁴ Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, Europarat SEV-Nr. 164.

²⁶⁵ Borowsky, in: Meyer, Art. 3 Rn. 45; Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 20 unter Verweis auch auf Art. 16.1 und 16.5 des französischen Code civil neuer Fassung; s. bereits o. Rn. 923.

982 Für Organspenden im Rahmen des Organhandels nützt angesichts des absoluten Verbotes in Art. 3 Abs. 2 lit. c) EGRC auch eine freie Einwilligung nichts. Art. 3 Abs. 2 lit. c) EGRC ist insoweit gegenüber lit. a) speziell und begrenzt die von Art. 3 Abs. 1 EGRC umfasste Selbstbestimmungsfreiheit.²⁶⁶ Sie schützt die Betroffenen vor einer entsprechenden Verfügung und kann daher auch als Ausprägung einer grundrechtlichen Schutzpflicht gesehen werden, allerdings aller Spender, die keine wirklich freiwillige Spendenentscheidung getroffen haben.²⁶⁷ Der kommerzielle Organhandel wird also umfassend verboten, nicht aber ein gewisser Aufwendersersatz. Eine solche Regelung enthält nunmehr Art. 12 GewebeRL.²⁶⁸ Geschützt wird damit auch nur vor Spenden gegen Gewinn, nicht hingegen bei bloßem Aufwendersersatz. Ist dann die Einwilligung nicht wirklich freiwillig, greift Art. 3 Abs. 2 lit. a) EGRC, so dass ein nicht durch Einwilligung gedeckter medizinischer Eingriff entgegen Art. 3 Abs. 1 EGRC vorliegt.

VI. Verbot des reproduktiven Klonens

983 Das Verbot des reproduktiven Klonens von Menschen nach Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC wurde bewusst auf diese Form des Klonens beschränkt; die anderen Formen werden von der Charta weder gestattet noch verboten, so dass der jeweilige Normgeber darüber zu entscheiden hat.²⁶⁹ Diese Vorschrift kann daher nicht über die Menschenwürdegarantie in ein Verbot auch der anderen Formen des Klonens umgedeutet werden, sondern bildet ihrerseits eine Beschränkung der Menschenwürdegarantie nach der EGRC, außer es kommen weitere Umstände hinzu.²⁷⁰ Die Beschränkung auf das reproduktive Klonen von Menschen ergibt sich auch aus Art. 1 des Anti-Klon-Zusatzprotokolls zur Biomedizinkonvention des Europarates,²⁷¹ dem das Verbot nach der EGRC nachgebildet wurde. Damit wird also durch Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC nur untersagt, genetisch identische menschliche Individuen herzustellen, nicht aber das therapeutische Klonen. Soweit dieses in erster Linie Heilzwecken dient, ist auch fraglich, ob es überhaupt gegen die Menschenwürdegarantie verstößt.²⁷² Eindeutiger ist dies für das ausdrücklich benannte reproduktive Klonen. Wegen der expliziten Nennung in Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC

²⁶⁶ Rixen, in: Heselhaus/Nowak, § 11 Rn. 32.

²⁶⁷ So Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 21.

²⁶⁸ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen (GewebeRL), ABl. L 102, S. 48; darauf verweisend im hiesigen Zusammenhang Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 20.

²⁶⁹ S.o. Rn. 968.

²⁷⁰ S.o. Rn. 969 f. gegen Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 24.

²⁷¹ Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, Europarat SEV-Nr. 164; Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (kurz: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen, Europarat SEV-Nr. 168.

²⁷² S.o. Rn. 829 f.

sind allerdings Diskussionen über eine Ableitung aus der Menschenwürdegarantie entbehrlich.²⁷³

Verbietet Art. 3 Abs. 2 lit. d) EGRC auch nur das reproduktive Klonen von Menschen und folgt daraus, dass das therapeutische Klonen als solches nicht gegen die Menschenwürde verstoßen soll,²⁷⁴ so kann dies doch im Einzelfall zutreffen. Durch das reproduktive Klonen des Menschen können sehr leicht die Eigenschaften des Menschen beeinflusst werden, indem nur die als vorteilhaft angesehenen Individuen geklont wurden. Beim therapeutischen Klonen kann dieser Effekt dadurch eintreten, dass man ebenfalls nur die als am vorteilhaftesten angesehenen Menschen klonet, um später die so durch Kerntransfer entstandenen Embryonen zur Gewinnung von Stammzellen für therapeutische Zwecke zu nutzen. In diesem Fall maß sich der Mensch vergleichbar zum reproduktiven Klonen an, die natürliche Fortentwicklung zu verändern. Damit verstößt diese Form des therapeutischen Klonens gegen die Menschenwürde. Mit dieser ist ohnehin die Verwendung adulter und nicht embryonaler Stammzellen am ehesten vereinbar.²⁷⁵ **984**

Zudem darf das therapeutische Klonen nicht zur Grundlage eines Handels mit Stammzellen gemacht werden. Zwar bilden diese noch keine Organe, so dass Art. 3 Abs. 2 lit. c) EGRC schon deshalb nicht erfüllt ist. Indes folgt aus dieser Vorschrift, nicht Teile eines Menschen zu Gewinnzwecken einzusetzen. Die Stammzellen sind die Vorstufe des Menschen, sofern man diesen nicht ohnehin bereits mit der Vereinigung von Samen- und Eizelle²⁷⁶ und damit beim Klonen mit Abschluss des Kerntransfers²⁷⁷ geschützt sieht. Dann werden Teile eines zumindest werdenden Menschen entnommen. Das darf nicht zu Gewinnzwecken erfolgen, wie Art. 3 Abs. 2 lit. c) EGRC zeigt und zumindest in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie gewährleistet. Jedenfalls diese verlangt die Achtung des Menschen vor Wesen, die sich zu ihm entwickeln,²⁷⁸ und darf daher diese auch nicht zum Handelsobjekt machen. **985**

²⁷³ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 3 Rn. 23, der nur die objektiv-rechtliche Dimension der Menschenwürde als einschlägig ansieht. Vgl. o. Rn. 828.

²⁷⁴ S.o. Rn. 829 f.

²⁷⁵ S.o. Rn. 833 ff.

²⁷⁶ S.o. Rn. 828 mit Fn. 50.

²⁷⁷ Beim Klonen wird der Zellkern, der aus einer Zelle isoliert wurde, in eine Eizelle derselben Spezies übertragen, die vorher entkernt wurde.

²⁷⁸ S.o. Rn. 826, 828.

E. Prüfungsschema zu Art. 3 EGRC

986 1. Schutzbereich

- a) körperliche Unversehrtheit: Erhaltung der Körpersubstanz und -funktionen
- b) geistige Unversehrtheit
- c) nicht physische Unversehrtheit, außer Rückwirkungen auf körperliche oder geistige Unversehrtheit
- d) Selbstbestimmungsrecht
- e) Verbote für Medizin und Biologie, Art. 3 Abs. 2 EGRC

2. Beeinträchtigung

- a) Eingriff in Körpersubstanz oder -funktionen: vor allem Zwangsbehandlungen
- b) medizinische Behandlung, außer wirksame Einwilligung
- c) Unterschreitung von Mindeststandards (etwa vor Lärm)

3. Rechtfertigung

- a) mit Rechtfertigungsmöglichkeit
 - aa) Gesundheitsschutz
 - bb) Schutz vor sich selbst
 - cc) Finanzierbarkeit Krankenversicherungssystem
- b) ohne Rechtfertigungsmöglichkeit
 - aa) eugenische Praktiken
 - bb) reproduktives Klonen
 - cc) Organhandel

§ 4 Folterverbot

A. Stellung und Bedeutung

I. Unbedingte Geltung

987 Teil des Schutzes der Würde des Menschen nach Titel I ist auch das Verbot der Folter oder unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung nach Art. 4 EGRC. Dessen Formulierung stimmt mit Art. 3 EMRK überein. Aus beiden Gesichtspunkten ergibt sich wie schon aus seiner konkreten Fassung die unbedingte Geltungskraft. Es darf daher von diesem Verbot nicht abgewichen werden, nach Art. 15 Abs. 2 EMRK selbst nicht im Krieg oder bei einem anderen öffentlichen Notstand.²⁷⁹ Der Bezug zur EMRK ist deshalb besonders eng, weil im Zuge der

²⁷⁹ EGMR, Urt. vom 18.1.1978, Nr. 5310/71 (Rn. 163), EuGRZ 1979, 149 (153) – Irland/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 7.7.1989, Nr. 14038/88 (Rn. 88), NJW 1990, 2183

Beratungen abweichende Formulierungen und Ergänzungen etwa um den Schutz vor Abschiebung und Ausweisung bei drohender Folter abgelehnt wurden, um die Übereinstimmung mit Art. 3 EMRK beizubehalten.²⁸⁰

II. Auch bei Terrorismus und organisiertem Verbrechen

Dieses Verbot gilt selbst unter schwierigsten Umständen wie bei der Bekämpfung des Terrorismus und des organisierten Verbrechens.²⁸¹ Damit sind die Konstellationen genannt, bei denen am ehesten eine Abweichung vom Folterverbot in Frage kommt. Gestützt werden könnte sie auf die enge Verbindung des Folterverbotes zur Menschenwürde, welche möglicherweise dadurch mittels Folter geschützt werden kann, dass Verbrechen verhindert werden. Die Menschenwürde und damit insbesondere ihr Schutz ist unantastbar und könnte daher eine Abwägung erzwingen.²⁸² Mag dies auch für Extremsituationen, dass ein Flugzeug zum Angriffsobjekt gemacht wird, in Frage kommen,²⁸³ so ist hier der Bezug zu konkreten Verletzungen der Menschenwürde, welche die Anwendung von Folter verhindern könnte, regelmäßig nicht eng genug. Vor allem aber spricht die strikte Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK gegen jegliche Aufweichung des Art. 4 EGRC.²⁸⁴ Auf Überlegungen zur Absolutheit des (abwehrrechtlichen) Menschenwürdeschutzes braucht daher nicht zurückgegriffen zu werden.²⁸⁵

(2184) – Soering/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 15.11.1996, Nr. 22414/93 (Rn. 79), NVwZ 1997, 1093 (1094) – Chahal/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 95), NJW 2001, 56 (59) – Selmouni/Frankreich.

²⁸⁰ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 1. Zu weiteren Änderungsvorschlägen wie der Erweiterung um das Verbot grausamer Strafen oder Behandlungen sowie die gänzliche Streichung *Borowsky*, in: Meyer, Art. 4 Rn. 5.

²⁸¹ EGMR, Urt. vom 4.7.2006, Nr. 59450/00 (Rn. 115 f.), EuGRZ 2007, 141 (143) – Ramirez Sanchez (Carlos)/Frankreich; Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 95), NJW 2001, 56 (59) – Selmouni/Frankreich; bereits Urt. vom 15.11.1996, Nr. 22414/93 (Rn. 79), NVwZ 1997, 1093 (1094) – Chahal/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 27.8.1992, Nr. 12850/87 (Rn. 114 f.), EuGRZ 1994, 101 (104) – Tomasi/Frankreich; Urt. vom 18.12.1996, Nr. 21987/93 (Rn. 62), Rep. 1996-VI – Aksoy/Türkei; aus der Lit. auch *Klugmann*, Europäische Menschenrechtskonvention und antiterroristische Maßnahmen, 2002, S. 108.

²⁸² Dafür *Wittreck*, DÖV 2003, 873 (879 f.); ebenso *Gebauer*, NVwZ 2004, 1405 (1407); s. bereits *Brugger*, JZ 2000, 165 ff.

²⁸³ S.o. Rn. 842 ff.

²⁸⁴ Für eine Übertragung auch *Borowsky*, in: Meyer, Art. 4 Rn. 21; *Merten*, JR 2003, 404 (405).

²⁸⁵ Sich darauf beziehend *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 5 Rn. 16 f.; *Merten*, JR 2003, 404 (407); *Poscher*, JZ 2004, 756 (762).

III. Schutzkomponente

1. Spezielles Abschiebungs-, Ausweisungs- und Auslieferungsverbot

989 Neben diesem absoluten Abwehrrecht hat das Folterverbot auch eine Schutzkomponente. Sie kommt allerdings im Wesentlichen zum Zuge, wenn es um die Auslieferung oder Abschiebung in andere Staaten geht.²⁸⁶ Daraus erwächst eine Pflicht zur Nichtauslieferung und damit ein Abschiebungshindernis in den Fällen, in denen dem Ausländer im Empfangsstaat Folter oder eine unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung droht.²⁸⁷ Das gilt aber nur, wenn der Staat, in den ausgeliefert werden soll, selbst solche Maßnahmen durchführt oder für sie verantwortlich ist; zudem muss eine beachtliche Wahrscheinlichkeit bestehen.²⁸⁸ Andere Ursachen sind hingegen unbeachtlich.²⁸⁹ Eine spezielle Gewährleistung mit diesen Maßstäben enthält aber in der EGRC Art. 19 Abs. 2, die Art. 4 EGRC verdrängt.²⁹⁰

2. Organisatorische Vorkehrungen

990 Ihre Hauptbedeutung haben im Rahmen von Art. 4 EGRC Schutzpflichten insoweit, als der Staat für Strukturen zu sorgen hat, dass Folter, unmenschliche oder erniedrigende Strafen oder Behandlungen erst gar nicht auftreten können. Damit geht es um Grundrechtsschutz durch Organisationen. Sind Folter, unmenschliche oder erniedrigende Strafen oder Behandlungen auch verboten, so können sie doch immer wieder auftreten, wenn der Gefängnisvollzug nicht mit Sicherungen dagegen ausgestattet ist. Damit müssen eine adäquate Überwachung und vor allem eine sachgerechte Vorbildung gewährleistet sein. So muss sich etwa der Staat bei einem Untersuchungsgefangenen vergewissern, dass sein Festhalten nicht gegen die Menschenwürde verstößt, etwa weil der Betroffene gesundheitliche Probleme hat.²⁹¹ Der Staat muss also dafür sorgen, dass in seiner Rechtspflege und im Strafvollzug gewährleistet ist, dass keine Verstöße gegen die grundlegenden Standards menschenwürdiger Behandlung und damit gegen das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung auftreten.

²⁸⁶ Hailbronner, DÖV 1999, 617 ff.

²⁸⁷ EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 14038/88 (Rn. 86 ff.), NJW 1990, 2183 (2184) – Soering/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 17.12.1996, Nr. 25964/94 (Rn. 39), NVwZ 1997, 1100 (1101) – Ahmed/Österreich.

²⁸⁸ BVerwGE 99, 331 (333 ff.).

²⁸⁹ BVerwG, NVwZ 1997, 1127 (1129); offener hingegen BVerwGE 95, 42 (50).

²⁹⁰ S. daher u. Rn. 1138.

²⁹¹ EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 93 f.), NJW 2001, 2694 (2695) – Kudła/Polen.

IV. Einzelbestandteile in absteigender Linie

Folter, unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder eine solche Behandlung formen eine absteigende Linie. Es handelt sich um Stufen verschiedener Eingriffsintensität²⁹² und damit um eine Abstufung nach der Schwere der zugefügten Menschenrechtsverletzungen.²⁹³ Die drei genannten Ausprägungen bilden „konzentrische Rechtsbegriffe“,²⁹⁴ bei denen die Folter die intensivste Form bildet und die am wenigsten gravierende die erniedrigende Behandlung; sie reicht daher am weitesten.

Die drei Begriffe sind weder in der EGRC noch in der EMRK näher definiert. Sie haben daher auch kein festes Gefüge, sondern nehmen an der allgemeinen Entwicklung der Menschenrechte teil, deren Schutz immer ausgeprägter und anerkannter wird. Daher werden auch die Anforderungen immer strenger. Zugleich gewinnen traditionelle Begriffe eine neue Aktualität, indem Phänomene zu ihnen gerechnet werden, welche früher außen vor blieben und etwa auf einer „niedrigeren Stufe“ angesiedelt waren. So können Handlungen auch als Folter angesehen werden, die vorher lediglich als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung klassifiziert wurden.²⁹⁵ Damit bedarf es einer Auslegung nach dem aktuellen Stand der europäischen öffentlichen Ordnung.²⁹⁶

B. Folter

I. Bestimmungsansatz

Die Folter ist die schwerste Form der in Art. 4 EGRC genannten Misshandlungen. In der gleich lautenden EMRK ist sie deshalb an den Anfang gestellt, um vorsätzliche Misshandlungen, die sehr starke und grausame Leiden verursachen, als besonders schändlich zu brandmarken.²⁹⁷ Neben dieses Element der Schwere tritt das Element der Absicht. Es ergibt sich aus Art. 1 des vom EGMR in Bezug genommenen Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (UN-Folterkonvention),²⁹⁸ das am 26.6.1987 in Kraft getreten ist. Danach bildet Folter „jede Hand-

²⁹² S. indirekt EGMR, Urt. vom 18.1.1978, Nr. 5310/71 (Rn. 167), EuGRZ 1979, 149 (153 f.) – Irland/Vereinigtes Königreich.

²⁹³ BVerwGE 104, 265 (271) unter Verweis auf die Rspr. der Konventionsorgane.

²⁹⁴ Gusy, ZAR 1993, 63 (65); ähnlich *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 12 Rn. 18; *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 8: „konzentrische Kreise“.

²⁹⁵ EGMR, Urt. vom 27.6.2000, Nr. 21986/93 (Rn. 115), NJW 2001, 2001 (2005) – Salman/Türkei; Urt. vom 27.6.2000, Nr. 22277/93 (Rn. 87), RJD 2000-VII – İlhan/Türkei.

²⁹⁶ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 12 Rn. 19 unter Bezug auf *Frowein/Peukert*, Art. 3 Rn. 1.

²⁹⁷ EGMR, Urt. vom 18.1.1978, Nr. 5310/71 (Rn. 167), EuGRZ 1979, 149 (153 f.) – Irland/Vereinigtes Königreich.

²⁹⁸ UN-Dokument mit der Nr. A/RES/39/46, auch BGBl. II 1990 S. 246.

lung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, z.B. um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis verursacht werden“.

- 994** Die Schwere der Behandlung ergibt sich aus den tatsächlichen Umständen. Dazu gehören etwa die Androhung schwerer Verletzungen, vorgetäuschte Exekutionen, Elektroschocks, Schläge und Nahrungsmittelentzug.³⁰⁰ Explizit vom EGMR bejaht wurde dies für das Aufhängen an den Armen, welche hinter dem Rücken zusammengebunden waren³⁰¹ sowie für eine Vergewaltigung durch Polizeikräfte.³⁰²

II. Gleichstellung schwerer körperlicher und seelischer Schmerzen und Leiden

- 995** Nach der UN-Folterkonvention, welche in diesem Zusammenhang herangezogen wird, sind körperliche und seelische Schmerzen oder Leiden gleichgestellt. Daher kann auch psychischer Druck ausreichen. Er muss nur hinreichend groß sein, wie dies aber auch für körperliche Schmerzen oder Leiden Voraussetzung ist. Ein Beispiel für Folter ist daher auch die Drohung, massive Schmerzen zuzufügen, selbst wenn dies zum Zweck geschieht, von dem so bedrohten vermeintlichen Täter den Aufenthaltsort eines entführten Jungen zu erfahren, den man in großer Lebensgefahr wähnte.³⁰³
- 996** Vor allem die Wirkung psychischen Drucks hängt aber sehr stark von den persönlichen Befindlichkeiten und Merkmalen des Opfers ab, so von Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand. Ist nicht klar, ob das erforderliche „Mindestmaß an Schwere“ für eine Folter erreicht wurde, sind die gesamten Einzelumstände des Falles heranzuziehen, so auch die Dauer der Behandlung und deren physische und psychische Wirkungen.³⁰⁴ Bei dieser Einzelfallbetrachtung ist aber zu berücksichtigen, dass „die zunehmend hohen Anforderungen an den Schutz der Menschen-

²⁹⁹ EGMR, Urt. vom 27.6.2000, Nr. 21986/93 (Rn. 114), NJW 2001, 2001 (2005) – Salaman/Türkei.

³⁰⁰ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 12 Rn. 22.

³⁰¹ EGMR, Urt. vom 18.12.1996, Nr. 21987/93 (Rn. 64), Rep. 1996-VI – Aksoy/Türkei.

³⁰² EGMR, Urt. vom 25.9.1997, Nr. 23178/94 (Rn. 86), Rep. 1997-VI – Aydin/Türkei.

³⁰³ S. EGMR, Entsch. vom 10.4.2007, Nr. 22978/05 (Abschnitt B.1.a), NJW 2007, 2461 (2463) – Gäfgen/Deutschland.

³⁰⁴ EGMR, Urt. vom 16.12.1997, Nr. 20972/92 (Rn. 55), Rep. 1997-VIII – Raninen/Finnland; Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 100), NJW 2001, 56 (60) – Selmouni/Frankreich; Urt. vom 20.6.2002, Nr. 27715/95 u. 30209/96 (Rn. 62) – Berliński/Polen; Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 91), NJW 2001, 2694 (2695) – Kudła/Polen; Urt. vom 15.7.2002, Nr. 47095/99 (Rn. 95), NVwZ 2005, 303 (304) – Kalashnikov/Russland.

rechte und Grundfreiheiten ... unvermeidlich eine größere Strenge bei der Bewertung der Verletzungen von Grundwerten der demokratischen Gesellschaft erfordern“;³⁰⁵ mithin der Folterbegriff auch im Rahmen von Art. 4 EGRC zunehmend weiter auszudehnen ist.³⁰⁶ So können zugefügte intensive und zahlreiche Schläge zu heftigen Schmerzen und psychischen Leiden führen, so dass eine Folter gegeben sein kann. Das kommt selbst dann in Betracht, wenn ein Schlag auf den Körper keine sichtbaren Spuren hinterlässt.³⁰⁷

III. Vorsatz

Dass die Zufügung von Schmerzen oder Leiden vorsätzlich erfolgte,³⁰⁸ ergibt sich 997 vielfach aus dem tatsächlichen Ablauf. Wer schlägt schon einen anderen aus Versehen in einer Weise, dass dieser große Schmerzen oder Leiden davonträgt? Die Absichtlichkeit folgt vielfach auch aus dem Ziel, etwa ein Geständnis zu erlangen.³⁰⁹

IV. Amtliche Veranlassung

Die zugefügten Schmerzen oder Leiden müssen von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht worden sein (s. Art. 1 UN-Folterkonvention), mithin dem Staat zurechenbar sein. Dies ergibt sich regelmäßig aus den Umständen der Verletzungen, so wenn diese etwa im Polizeigewahrsam entstehen; dann liegt es nahe, dass sie von Polizeibeamten unmittelbar bei Ausübung ihres Amtes vorgenommen worden sind.³¹⁰ 998

V. Schutzpflichten

In amtlich beherrschten Bereichen wie dem Polizeigewahrsam können auch staatliche Schutzpflichten eingreifen, namentlich vor der Folter durch Mitgefangene verschont zu bleiben.³¹¹ Dann geht allerdings die Gewalt von Privaten aus. Jedoch hat der Staat den Gefangenen immerhin in Gewahrsam genommen und damit un- 999

³⁰⁵ EGMR, Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 101), NJW 2001, 56 (60) – Selmouni/Frankreich.

³⁰⁶ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 10.

³⁰⁷ EGMR, Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 98 ff., bes. 102), NJW 2001, 56 (60) – Selmouni/Frankreich.

³⁰⁸ S.o. Rn. 993.

³⁰⁹ S. EGMR, Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 98), NJW 2001, 56 (60) – Selmouni/Frankreich.

³¹⁰ S. EGMR, Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 98), NJW 2001, 56 (60) – Selmouni/Frankreich.

³¹¹ S.o. Rn. 990.

ter Umständen diesen Gewalt Privater ausgeliefert. Daher treffen ihn Schutzpflichten, den Gewahrsam so zu gestalten, dass solche Übergriffe nicht möglich sind. Völlige Sicherheit kann aber der Staat insoweit nicht gewährleisten. Daher genügt es, wenn die Organisation so war, dass aus der Sicht eines objektiven Beobachters mit Gewalttätigkeiten durch Private nicht zu rechnen war.

VI. Private Handlungen

- 1000** Nach der klaren Definition von Art. 1 UN-Folterkonvention, auf die sich der EGMR normalerweise stützt,³¹² muss die Zufügung von Schmerzen oder Leiden durch Angehörige des öffentlichen Dienstes oder andere in amtlicher Eigenschaft handelnde Personen hervorgerufen sein. Danach ist es ausgeschlossen, rein private Handlungen bzw. Übergriffe von Personengruppen, die kein öffentliches Amt bekleiden, dem Staat zuzurechnen, außer er hat den äußeren Rahmen hierfür wie etwa in einer Vollzugsanstalt geschaffen.
- 1001** Die darüber hinausgehende Rechtsprechung des EGMR, welche auch dem Staat nicht zurechenbare Gewalt ausreichen lässt,³¹³ liegt damit jenseits der klaren Definition von Art. 1 UN-Folterkonvention. Zudem ist die Vorschrift eindeutig auf Folter und unmenschliche oder erniedrigende Strafen oder Behandlungen konzentriert und darf daher nicht zu einem allgemeinen Flüchtlingsschutz im Sinne einer völkervertragsrechtlichen Generalklausel werden.³¹⁴ Schließlich gibt es in einer unübersehbaren Zahl von Staaten Kriege und Bürgerkriegsgefahren sowie Rechtsverletzungen durch Dritte insbesondere in Form von Drogenkartellen oder anderen verbrecherischen Banden, welche auch vor den in Art. 3 EMRK bzw. 4 EGRC genannten Verletzungshandlungen nicht zurückschrecken.
- 1002** Wegen der Einbeziehung der Folter in anderen Staaten bei Abschiebungsfällen³¹⁵ würde der abschiebende Staat gleichsam für die Verhältnisse in anderen Staaten verantwortlich.³¹⁶ Damit trügen insbesondere auch die EU-Staaten die Konsequenzen dafür, dass in anderen Staaten keine geklärten Machtverhältnisse existieren und damit der Willkür und Gewalt Tür und Tor geöffnet wird, wie dies in Somalia der Fall ist.³¹⁷ Gegen eine Ausdehnung auf Abschiebungsfälle überhaupt spricht weiter insofern die Entstehungsgeschichte des Art. 4 EGRC, als der Schutz vor Abschiebung und Ausweisung bei drohender Folter trotz entsprechen-

³¹² S.o. Rn. 993.

³¹³ Insoweit ohne Beschränkung EGMR, Urt. vom 17.12.1996, Nr. 25964/94 (Rn. 39), NVwZ 1997, 1100 (1101) – Ahmed/Österreich; *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 12 Rn. 24 unter Berufung auf EGMR, Urt. vom 29.4.1997, Nr. 24573/94 (Rn. 40), NVwZ 1998, 163 (164) – H.L.R./Frankreich: auch Gefahren, die von Privatpersonen ausgehen, wenn die staatlichen Behörden nicht in der Lage sind, der gefährdeten Person angemessenen Schutz zu gewähren und das Risiko tatsächlich besteht.

³¹⁴ BVerwGE 104, 265 (271 f.).

³¹⁵ S.o. Rn. 989 sowie näher u. Rn. 1150.

³¹⁶ Dafür allerdings *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 12 Rn. 24 a.E.

³¹⁷ Einen Schutz daher zu Recht abl. BVerwGE 104, 254 (257 ff.).

der Forderung nicht eigens aufgenommen wurde.³¹⁸ Dieser Schutz scheint nach dem System der EGRC lediglich auf Art. 19 EGRC beschränkt.³¹⁹

Allerdings wurde bei den Beratungen auch die Übereinstimmung mit Art. 3 EMRK betont,³²⁰ aus dem gerade die EGMR-Judikatur Abschiebeverbote auch bei privat verursachter Folter in gar nicht (mehr) staatlich kontrollierten Ländern ableitete. Zudem steht Art. 4 EGRC in engem Bezug zur Menschenwürde, die unbedingte Geltungskraft hat. Daher kann ihre Einhaltung nicht davon abhängen, inwieweit eine gegen sie verstoßende Behandlung gerade von staatlicher Seite droht. Wegen dieser Platzierung ist auch nicht davon auszugehen, dass ein bislang für Art. 3 EMRK fest etablierter Teilgehalt nunmehr über eine Spezialvorschrift relativiert werden sollte. Im Gegenteil ist diese ihrerseits im Lichte von Art. 4 EGRC auszulegen. Verstöße gegen das Folterverbot, welche die Menschenwürde antasten, schließen daher eine Abschiebung bzw. Ausweisung aus. 1003

C. Unmenschliche oder erniedrigende Strafe/Behandlung

I. Abhängigkeit von der Reichweite der Folter

Entsprechend der Stufenfolge in Art. 4 EGRC kann dann, wenn keine Folter gegeben ist, immer noch eine unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung vorliegen. Insoweit genügen auch weniger schwere Verletzungshandlungen.³²¹ Je weiter allerdings der Begriff der Folter gefasst wird, desto geringere Bedeutung haben die unmenschliche bzw. erniedrigende Strafe und Behandlung.³²² Zwar kann der immer stärkere Schutz der Menschenrechte auch dazu führen, dass diese beiden Tatbestände erweiternd auszulegen sind und damit insgesamt der Anwendungsbereich von Art. 4 EGRC eine größere Reichweite erlangt. Die Behandlung muss aber ein Mindestmaß an Schwere erreichen.³²³ Darin liegt eine feste Grenze für den Anwendungsbereich. 1004

II. Subjektive Komponente

Während der Begriff „unmenschlich“ insofern eine gewisse Objektivität aufweist, als er alles umfasst, was nicht mit einer der Menschenwürde entsprechenden Behandlung übereinstimmt, hängt die Frage der Erniedrigung sehr stark von subjek- 1005

³¹⁸ S.o. Rn. 987.

³¹⁹ S. Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 11; demgegenüber den gemeinschaftsgrundrechtlichen Gewährleistungsbereich des Folterverbotes gerade im Hinblick auf die weitere Ausgestaltung europäischer Asylrechtspolitik als Begrenzung heranziehend *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 12 Rn. 31 f.

³²⁰ S.o. Rn. 987.

³²¹ Zum System o. Rn. 991.

³²² S.o. Rn. 1004.

³²³ EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 91), NJW 2001, 2694 (2695) – Kudła/Polen.

tiven Empfindungen ab. Gerade insoweit beurteilt sich daher dieses Mindestmaß an Schwere entscheidend nach dem Betroffenen und seinen Eindrücken. So kann es sogar ausreichen, dass ein Opfer in seinen eigenen Augen gedemütigt wurde.³²⁴

- 1006** Aber auch die Unmenschlichkeit einer Strafe oder Behandlung hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, nämlich der Natur und dem Zusammenhang der Behandlung, der Art und Weise ihrer Durchführung, ihrer Dauer, ihrer physischen und geistigen Wirkungen und manchmal eben auch dem Geschlecht, dem Alter und dem Gesundheitszustand des Opfers.³²⁵

III. Unmenschlich

- 1007** Eine Behandlung ist unmenschlich, wenn sie vorsätzlich und ohne Unterbrechung über Stunden zugefügt wurde und entweder körperliche Verletzungen oder intensives physisches oder psychisches Leid verursacht.³²⁶ Nur bei einem längeren Zeitraum erreicht sie das notwendige Mindestmaß, muss aber nicht so intensiv sein wie bei der Folter. Daher ist auch der Vorsatz nicht dergestalt erforderlich, dass eine Erniedrigung beabsichtigt ist.³²⁷
- 1008** Die auftretenden Formen sind vielfältig. Dazu können Verletzungen gehören, welche nicht die den Folttervorwurf begründende Schwere erreichen, wie sie etwa durch Schlagen bei Verhören oder Vergewaltigungen hervorgerufen werden.³²⁸ Es müssen auch keine direkten Einwirkungen auf den Körper vorliegen. So können Verhörmethoden oder Strafen unmenschlich sein, etwa wenn der Betroffene lange Zeit mit Kapuze über dem Kopf in lauter Umgebung an der Wand stehen muss oder Schlaf, Essen und Trinken entzogen bekommt.³²⁹ Im Fall *Gäfigen* wurde mit der vorsätzlichen Zufügung von Schmerzen gedroht – bei Realisierung Folter, bei Bedrohung eine unmenschliche Behandlung, auch wenn die Vernehmung nur kurz und in angespannter Atmosphäre war.³³⁰ Indes handelte es sich um ein Minus zur Folter und um einen schwerwiegenden Eingriff, unabhängig von dem Ziel, Informationen zur Rettung von Menschenleben zu erlangen.³³¹

³²⁴ Dazu EGMR, Urt. vom 27.9.1999, Nr. 33985 u. 33986/96 (Rn. 120), NJW 2000, 2089 (2095) – Smith u. Grady/Vereinigtes Königreich.

³²⁵ EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 91), NJW 2001, 2694 (2695) – Kudła/Polen.

³²⁶ EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 92), NJW 2001, 2694 (2695) – Kudła/Polen.

³²⁷ EGMR, Urt. vom 16.12.1997, Nr. 20972/92 (Rn. 55 ff.), Rep. 1997-VIII – Raninen/Finnland; Urt. vom 19.4.2001, Nr. 28524/95 (Rn. 63 ff.), RJD 2001-III – Peers/Griechenland.

³²⁸ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 12 Rn. 25; Vergewaltigungen können aber auch Folter bilden, s.o. Rn. 994.

³²⁹ EGMR, Urt. vom 18.1.1978, Nr. 5310/71 (Rn. 165 ff.), EuGRZ 1979, 105 (153 f.) – Irland/Vereinigtes Königreich; s. auch EKMR, Ber. vom 25.1.1976, Nr. 5310/71, Ser. B 23, 1 (375 ff.) – Irland/Vereinigtes Königreich.

³³⁰ EGMR, Urt. vom 30.6.2008, Nr. 22978/05 – Gäfigen/Deutschland.

³³¹ EGMR, Urt. vom 30.6.2008, Nr. 22978/05 – Gäfigen/Deutschland.

IV. Todesstrafe

Besonders problematisch ist, wenn die Todesstrafe ausgesprochen wird. Sie ist selbst nicht unmenschlich, aber die Begleitumstände, die zu ihr führen bzw. ihr folgen, können dies sein, so ein unfaires Verfahren³³² oder die Haftbedingungen im Angesicht des Todes (death row phenomenon).³³³ Insoweit stellt sich aber die Frage, ob diese Phänomene tatsächlich unmenschlich sind oder nicht vielmehr zu den unvermeidbaren Umständen gehören, welche in den entsprechenden Staaten mit einer bestimmten Form gerechtfertigter Strafe verbunden sind, wodurch sie aus dem Schutz des Verbotes nach Art. 4 EGRC wie nach Art. 3 EMRK herausfallen.³³⁴ Das gilt jedenfalls dann, wenn ein faires Verfahren eingehalten wird und die Mindeststandards von Haftbedingungen gewahrt bleiben. Letzteres ist aber etwa nicht der Fall, wenn ein Verletzter nicht hinreichend medizinisch versorgt wird.³³⁵ 1009

V. Erniedrigend

Bei der erniedrigenden Behandlung besteht nochmals ein gradueller Unterschied zur unmenschlichen, handelt es sich doch um die letztgenannte und damit „schwächste“ Form einer Verletzung von Art. 4 EGRC.³³⁶ Charakteristisch ist, dass sie in den Opfern Gefühle der Angst, Beklemmung oder Unterlegenheit erweckt, geeignet, sie zu demütigen und zu erniedrigen.³³⁷ Eine solche Wirkung, bei der besonders auf die Perspektive des Opfers zu achten ist,³³⁸ können regelmäßige Leibesvisitationen ohne Grund auch im Strafvollzug haben³³⁹ oder Prügelstrafen,³⁴⁰ dafür genügen aber nicht drei Schläge mit einem Gymnastikschuh auf das Hinterteil eines Schülers.³⁴¹ 1010

³³² EGMR, Urt. vom 12.3.2003, Nr. 46221/99 (Rn. 207), EuGRZ 2003, 472 (484) – Öcalan/Türkei.

³³³ EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 14038/88 (Rn. 100 ff.), NJW 1990, 2183 (2186) – Soering/Vereinigtes Königreich: Daher verstieß eine Auslieferung gegen die EMRK.

³³⁴ S. sogleich Rn. 1014.

³³⁵ EKMR, Ber. vom 8.7.1993, Nr. 17549/90 (Rn. 79 ff.), EuGRZ 1994, 271 (274 f.) – Hurtado/Schweiz.

³³⁶ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 13.

³³⁷ EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 92), NJW 2001, 2694 (2695) – Kudła/Polen.

³³⁸ S.o. Rn. 1005.

³³⁹ EGMR, Urt. vom 4.5.2003, Nr. 50901/99 (Rn. 60 ff.), RJD 2003-II – Van der Ven/Niederlande; Urt. vom 4.2.2003, Nr. 52750/99 (Rn. 72 ff.) – Lorse u.a./Niederlande.

³⁴⁰ EGMR, Urt. vom 25.4.1978, Nr. 5856/72 (Rn. 30 ff.), EuGRZ 1979, 162 (164) – Tyrer/Vereinigtes Königreich.

³⁴¹ EGMR, Urt. vom 25.3.1993, Nr. 13134/87 (Rn. 31), ÖJZ 1993, 707 (708 f.) – Costello-Roberts/Vereinigtes Königreich.

VI. Umgang mit Angehörigen

- 1011** Eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung kann auch dann vorliegen, wenn jemand von dem Tod oder dem Verschwinden eines nahen Angehörigen erst sehr spät und widersprüchlich erfährt, so dass das bei einem solchen Anlass gegebene Leid zusätzlich vergrößert wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn jemand in einer völlig ungewissen Schwebelage gehalten wird und damit die natürliche Sorge und Ungewissheit beim Verschwinden eines nahen Familienangehörigen in fast nicht mehr erträglicher Weise gesteigert werden.
- 1012** Es müssen also besondere Umstände vorliegen, welche das Leid dieser Person in seinem Ausmaß und seiner Art über den seelischen Schmerz hinausreichen lassen, den Angehörige eines Opfers schwerer Menschenrechtsverletzungen zwangsläufig empfinden. Das ist umso eher der Fall, je enger das Familienband ist, die Familienverhältnisse Besonderheiten aufweisen, der Betroffene selbst die fraglichen Ereignisse miterlebt hat und er immer wieder versucht hat, das Schicksal der verschwundenen Person in Erfahrung zu bringen, und wie die Behörden darauf reagiert haben.³⁴² Ein solcher zum Verstoß gegen Art. 4 EGRC führender besonderer Umstand liegt vor, wenn die Behörden einander widersprechende Mitteilungen geben und dabei die Identität eines gefundenen Toten im Unklaren lassen, vollen Zugang zum einschlägigen Untersuchungsmaterial in den Akten verweigern sowie erst Jahre nach dem Todeseintritt eine abschließende (positive) Mitteilung machen.³⁴³ Dann wird den nahen Familienangehörigen des Opfers so schweres Leid zugefügt, dass eine erniedrigende Behandlung vorliegt.

D. Ausklammerung des normalen Ermittlungsverfahrens und des Strafvollzugs

I. Akzeptanz von Strafen

- 1013** Art. 4 EGRC bezieht sich wie Art. 3 EMRK auf besondere Formen des Ermittlungsverfahrens und des Strafvollzugs, verbietet diese also nicht als solche und tastet damit nicht die Kompetenz der Mitgliedstaaten an, selbst zu bestimmen, welche Verhaltensweisen sanktioniert und wie sie bestraft werden. Daher verstößt auch die Todesstrafe nicht gegen diese Grundrechtsbestimmung,³⁴⁴ sondern höchstens Begleitumstände im Vorfeld bzw. während der Haft.³⁴⁵
- 1014** Die erfassten Leiden und Erniedrigungen müssen also über das hinausgehen, was unvermeidbar mit einer bestimmten Form gerechtfertigter Behandlung oder

³⁴² EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 184), NJW 2007, 895 (898) – Gongadze/Ukraine; s. Urt. vom 18.6.2002, Nr. 25656/94 (Rn. 358) – Orhan/Türkei.

³⁴³ Näher für Art. 3 EMRK EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 34056/02 (Rn. 185), NJW 2007, 895 (899) – Gongadze/Ukraine.

³⁴⁴ Wohl aber gegen Art. 2 Abs. 2 EGRC, o. Rn. 890.

³⁴⁵ S.o. Rn. 1009.

Strafe verbunden ist.³⁴⁶ Damit bleiben die Leiden und Erniedrigungen ausgeklammert, die sich von vornherein mit dem Entzug von Freiheit im Rahmen der Untersuchungs- oder Strafhaft ergeben. Gefangene müssen daher nicht schon deshalb entlassen werden, wenn sie gesundheitliche Schwierigkeiten haben oder nur in einem zivilen Krankenhaus eine medizinische Behandlung besonderer Art erhalten können.

II. Haftbedingungen

Allerdings muss der Staat sich stets vergewissern, dass die Bedingungen für die Gefangenen mit der Achtung ihrer Menschenwürde vereinbar sind. Der Vollzug darf in seiner Art und Methode nicht Leid oder Härten hervorrufen, die das mit einer Haft unvermeidbar verbundene Maß überschreiten oder die Gesundheit und das Wohlbefinden unter Berücksichtigung der praktischen Erfordernisse der Haft unangemessen beeinträchtigen. So ist zwar eine Isolierung grundsätzlich möglich, aber nur bis zu einem bestimmten Maße, abhängig von den besonderen Bedingungen, der Schwere, der Dauer, dem verfolgten Zweck und den Wirkungen auf den Betroffenen. Dessen Persönlichkeit kann bei einer Sinnesisolation mit einer völligen sozialen Isolierung zerstört werden. Eine solche Maßnahme kann daher selbst aus Sicherheitsgründen nicht gerechtfertigt werden.³⁴⁷ **1015**

Insbesondere die notwendige medizinische Behandlung ist sicherzustellen.³⁴⁸ **1016** Medizinische Mindeststandards sind auch einzuhalten, wenn körperliche Eingriffe vorgenommen werden, um Beweismittel zu erlangen – so durch Entnahme von Blut- oder Speichelproben. Diese können zulässig sein.³⁴⁹ Indes muss ein solcher Eingriff in Bezug zur Schwere der Straftat und zu den Umständen des Falles gesetzt werden. Relevant ist weiter, ob der Eingriff von einem Arzt angeordnet und ausgeführt sowie später fortlaufend überwacht wird. Der Betroffene darf nicht dem Risiko eines dauerhaften gesundheitlichen Schadens ausgesetzt werden. Ob er große physische Schmerzen oder sonst wie gelitten hat sowie eine Verschlechterung seines Gesundheitszustandes und dauerhafte Gesundheitsfolgen hinnehmen musste, ist ebenfalls zu berücksichtigen.³⁵⁰ Vor diesem Hintergrund hielt der

³⁴⁶ St. Rspr., EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 92), NJW 2001, 2694 (2695) – Kudła/Polen; ebenso bereits Urt. vom 25.4.1978, Nr. 5856/72 (Rn. 29 f.) – EuGRZ 1979, 162 (164) – Tyrer/Vereinigtes Königreich; auch Urt. vom 7.7.1989, Nr. 14038/88 (Rn. 100), NJW 1990, 2183 (2186) – Soering/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 16.12.1999, Nr. 24888/94 (Rn. 69), RJD 1999-IX – V./Vereinigtes Königreich.

³⁴⁷ S. EKMR, Urt. vom 8.7.1978, Nr. 7572 u.a./76 (Rn. 5) – EuGRZ 1978, 314 (321) – Ensslin u.a./Deutschland.

³⁴⁸ EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 93 f.), NJW 2001, 2694 (2695) – Kudła/Polen; Urt. vom 30.7.1998, Nr. 25357/94 (Rn. 64 ff.), Rep. 1998-V – Aerts/Belgien.

³⁴⁹ EKMR, Entsch. vom 5.1.2006, Nr. 32352/02 – Schmidt/Deutschland.

³⁵⁰ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 54810/00 (Rn. 71 ff.), NJW 2006, 3117 (3120) – Jalloh/Deutschland.

EGMR in einem konkreten Fall den Einsatz von Brechmitteln für unzulässig, zumal weniger einschneidende Methoden zur Verfügung standen.³⁵¹

- 1017** Zur notwendigen medizinischen Behandlung gehören auch psychiatrische Untersuchungen und psychologische Behandlungen, wenn Suizidgefahr besteht. Umgekehrt darf eine psychiatrische Behandlung auch nicht zu intensiv sein und mit Zwangsmaßnahmen einhergehen. Diese müssen nachweisbar medizinisch notwendig sein.³⁵² Andernfalls kann eine Beeinträchtigung vorliegen.³⁵³
- 1018** Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, dass jeder Gefangene wegen Suizidgefahr entlassen werden muss, selbst wenn er einen Selbstmordversuch unternimmt. Jedenfalls kann dieser regelmäßig den Behörden nicht zugerechnet werden, wenn sie eine psychiatrische Beobachtung sichergestellt haben.³⁵⁴
- 1019** Ausdruck der normalen Bedingungen des Strafvollzuges ist auch, wenn ein besonders gefährlicher Strafgefangener in einem Hochsicherheitstrakt unter Absonderung von der Anstaltsgemeinschaft untergebracht wird,³⁵⁵ selbst wenn sich daraus eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen ergibt. Diese muss nur sachlich begründet sein, und zwar aufgrund der besonderen personellen Verhältnisse oder der jeweiligen Tat. Daran fehlt es hingegen, wenn sachfremde Motive Eingang finden wie etwa die Zugehörigkeit zu einer Rasse.³⁵⁶
- 1020** Auch wenn keine völlige Sinnesisolation oder totale soziale Isolation vorliegt, sondern eine über mehrere Jahre andauernde relative soziale Isolation, muss diese verhältnismäßig sein, Garantien vor Willkür enthalten und eine Überprüfung des physischen und psychischen Zustands des Gefangenen erlauben, um keine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darzustellen.³⁵⁷

III. Ermittlungsverfahren

- 1021** Eine solche Sachbezogenheit muss auch bei der Leitung von Ermittlungsverfahren gegeben sein. Allerdings können durchaus Umstände, die normalerweise eine Diskriminierung begründen, in einem besonderen Rahmen Anknüpfungspunkt für ein Ermittlungsverfahren sein, so die Homosexualität in einer Armee, welche die Entlassung zur Folge hat. Auch wenn diese selbst sowie die vorhergehenden Ermittlungen quälend und demütigend sind, erreichen sie nicht das Mindestmaß an

³⁵¹ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 54810/00 (Rn. 81 ff.), NJW 2006, 3117 (3121) – Jalloh/Deutschland; zur Dogmatik u. Rn. 1028.

³⁵² EGMR, Urt. vom 24.9.1992, Nr. 10533/83 (Rn. 82), EuGRZ 1992, 535 (538) – Herczegfalvy u.a./Österreich.

³⁵³ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 12 Rn. 30.

³⁵⁴ EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 96 ff.), NJW 2001, 2694 (2695 f.) – Kudła/Polen.

³⁵⁵ S. EKMR, Urt. vom 8.7.1978, Nr. 7572 u.a./76 (Rn. 5), EuGRZ 1978, 314 (321) – Ensslin u.a./Deutschland.

³⁵⁶ Zur diskriminierenden Behandlung einer Bevölkerungsgruppe als Erniedrigung EGMR, Urt. vom 10.5.2001, Nr. 25781/94 (Rn. 302 ff.), RJD 2001-IV – Zypem/Türkei.

³⁵⁷ EGMR, Urt. vom 4.7.2006, Nr. 59450/00 (Rn. 136, 150), EuGRZ 2007, 141 (145 f.) – Ramirez Sanchez (Carlos)/Frankreich; zum Ganzen *Irmischer*, EuGRZ 2007, 135 ff.

Schwere, welches auch für das Vorliegen einer erniedrigenden Behandlung notwendig ist.³⁵⁸

Allerdings darf insbesondere das Ermittlungsverfahren nicht dadurch verzerrt werden, dass eine voreingenommene heterosexuelle Mehrheit über eine homosexuelle Minderheit urteilt.³⁵⁹ Es ist also strikt auf Neutralität und Unvoreingenommenheit sowohl im Verfahren als auch bezüglich der ermittelnden Personen zu achten. Besondere Vorsicht ist bei Strafverfahren gegen Kinder zu wahren. Ausgeschlossen sind sie hingegen nicht, selbst wenn diese Verfahren mit einer öffentlichen Verhandlung einhergehen und drei Wochen³⁶⁰ dauern sowie eine unbestimmte Strafe in Aussicht steht.³⁶¹ **1022**

IV. Allgemeine Zustände

Ist solchermassen eine Diskriminierung Einzelner aus nicht mit strafbewehrten bzw. sanktionsbewehrten Handlungen zusammenhängenden Gründen ausgeschlossen, müssen auch die generellen Ermittlungs- und Haftbedingungen unvermeidbar mit diesen Vorgängen verbunden sein, um nicht unter das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung zu fallen. **1023**

Das betrifft insbesondere die allgemeinen Gefängniszustände in einem Staat, etwa wenn in manchen Anstalten Gefangene mit kranken Personen (hier Syphilis und Tbc) untergebracht sind und sich anstecken (hier Pilzinfektionen und chronischen Magen- und Zwölffingerdarmentzündung). Aus solchen trostlosen Haftbedingungen mit verschmutzten Zellen und Toilettenbereichen ohne wirkliche Privatsphäre kann auch erhebliches psychisches Leid hervorgerufen werden. Sie können Gefühle von Demütigung und Erniedrigung erwecken, welche jedenfalls bei längeren Zeiträumen (hier vier Jahre und zehn Monate) das notwendige Mindestmaß an Schwere erreichen und daher eine erniedrigende Behandlung darstellen.³⁶² Die Absicht einer Verletzung ist bei diesem Tatbestand nicht erforderlich,³⁶³ so dass auch allgemein vorherrschende desolate Zustände ausreichen. **1024**

³⁵⁸ EGMR, Urt. vom 27.9.1999, Nr. 33985 u. 33986/96 (Rn. 121 f.), NJW 2000, 2089 (2095) – Smith u. Grady/Vereinigtes Königreich.

³⁵⁹ Eine solche Behandlung kann in den Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK fallen, EGMR, Urt. vom 28.5.1985, Nr. 9214/80 u.a. (Rn. 90 f.), NJW 1986, 3007 (3011 f.) – Abdulaziz, Cabales u. Balkandali/Vereinigtes Königreich.

³⁶⁰ EGMR, Urt. vom 16.12.1999, Nr. 24724/94 (Rn. 72 ff.) – T./Vereinigtes Königreich.

³⁶¹ EGMR, Urt. vom 16.12.1999, Nr. 24888/94 (Rn. 98 ff.), RJD 1999-IX – V./Vereinigtes Königreich.

³⁶² EGMR, Urt. vom 15.7.2002, Nr. 47095/99 (Rn. 98 ff.), NVwZ 2005, 303 (304 f.) – Kalashnikov/Russland.

³⁶³ S. demgegenüber zur Folter o. Rn. 993, 997.

E. Gewährleistung des Existenzminimums

- 1025** Der Mensch wird auch erniedrigt, wenn er nicht das Notwendige zum Leben hat und damit in seiner Existenz bedroht ist bzw. betteln muss. Dadurch kann großes psychisches und auch physisches Leid hervorgerufen werden. Bildet es daher eine staatliche Unterlassung, wenn solchen Menschen nicht geholfen wird?³⁶⁴ Sieht man notwendigerweise den Staat als Ausgangspunkt für durch Art. 4 EGRC verbotene Maßnahmen, fehlt es schon daran, weil eine solche existenzbedrohende Notlagesituation selbst verschuldet ist. Daher hat nicht der Staat jemanden erniedrigend behandelt, sondern jemand hat sich selbst in eine erniedrigende Lage gebracht. Wird dies als unvereinbar mit der Menschenwürde angesehen, erwächst höchstens daraus die Pflicht des Staates, ein menschenwürdiges Existenzminimum zur Verfügung zu stellen. Art. 4 EGRC bildet nur einen Ausschnitt für den Schutz gegen menschenunwürdige Behandlungen, der auf ganz bestimmte Verhaltensweisen ausgerichtet ist. Würde man sämtliche erniedrigende Situationen unter diese Vorschrift fassen, würde die Menschenwürdegarantie zu einem Großteil nach Art. 4 EGRC verlagert, was dessen Spezialität widerspräche. Letztlich bezieht sich diese Vorschrift auf bestimmte Situationen insbesondere in der Haft und lässt sich damit nicht für das allgemeine Leben fruchtbar machen.
- 1026** Spezifisch bezogen auf Art. 4 EGRC als europäisches Grundrecht fehlt der EU auch die Kompetenz, um auch nur eine medizinische Grundversorgung in allen Bereichen sicherzustellen. Schließlich haben die Mitgliedstaaten weiterhin die Kompetenz für die Sozial- und die Gesundheitspolitik. Lediglich bei deren Ausgestaltung dürfen sie nicht gegen europarechtliche Gewährleistungen wie namentlich die Grundfreiheiten verstoßen. Ihnen kann jedoch nicht über die europäischen Grundrechte grundsätzlich das Heft aus der Hand genommen werden. Zudem fehlt es der EU an den notwendigen finanziellen Ressourcen.³⁶⁵
- 1027** Damit kann höchstens in einzelnen Situationen ein grundrechtlicher Schutz vor erniedrigender Behandlung eingreifen. Das kann dann der Fall sein, wenn Kinder von Eltern vernachlässigt werden und staatliche Behörden trotz Kenntnis davon nicht einschreiten.³⁶⁶ Zwar besteht auch hier schwerlich ein europäischer Bezug.³⁶⁷ Indes geht es hier um Grenzen auch von nationalem Handeln wie Unterlassen, welches im Zusammenhang mit dem Vollzug europarechtlicher Vorgaben erfolgt, so wenn es um die Lage von Familienangehörigen grundsätzlich aufenthaltsberechtigter Personen geht. Allerdings fehlt der EU eine Kompetenz für eine umfassende Festlegung der Jugendhilfe.

³⁶⁴ S. etwa *Frowein/Peukert*, Art. 3 Rn. 25.

³⁶⁵ *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 12 Rn. 35.

³⁶⁶ S. EGMR, Urt. vom 10.5.2001, Nr. 29392/95 (Rn. 69 ff.), RJD 2001-V – Z. u.a./Vereinigtes Königreich.

³⁶⁷ Daher die Konstellation ebenfalls ausklammernd *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 12 Rn. 35.

F. Beeinträchtigungen ohne Möglichkeit der Rechtfertigung

I. Hauptfall Haft und Strafe

Bereits bei der näheren Klärung der Begriffe Folter sowie unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung ergab sich, dass die meisten Beeinträchtigungen von Art. 4 EGRC im Zuge der Untersuchungs- und der Straftaft auftreten dürften. Eine Beeinträchtigung liegt dabei schon dann vor, wenn die Rahmenbedingungen der Haft den grundlegenden Anforderungen an die Menschenwürde sowie an eine die Gesundheit bewahrende Haft nicht genügen. Der Einzelne darf nur den Belastungen ausgesetzt sein, die mit einer solchen Haft bzw. Strafe naturgemäß verbunden sind. In diesen Maßstab lassen sich auch die Ausführungen des EGMR zur Rechtfertigung einer Maßnahme im Rahmen einer Abwägung integrieren, die er zu einem zwangsweisen medizinischen Eingriff zur Beweisgewinnung anstellte.³⁶⁸ Die Abwägung erfolgt in dem Rahmen, ob eine Belastung mit einem Haftaufenthalt oder einer Strafe bzw. im Vorfeld zu deren Verhängung naturgemäß verbunden ist. Zur Ermittlung einer schweren Straftat kommen naturgemäß schärfere Eingriffe in Betracht als bei einer leichten. Letztere schließt zwangsweise medizinische Eingriffe, die den Grad einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung erreichen, naturgemäß aus.

Einen solchen Standard sicherzustellen besteht auch eine staatliche Schutzpflicht. Das gilt etwa für eine hinreichende medizinische Versorgung.³⁶⁹ Hier fließen Abwehrrecht und Schutzpflicht ineinander. Wenn nämlich der Staat keinen hinreichenden Schutz vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen sicherstellt, wird die Gesundheit der Betroffenen beeinträchtigt, wogegen diese einen Abwehranspruch haben.

II. Beweiserleichterung durch Vermutungswirkung

Eine Beeinträchtigung darzulegen wird für die Betroffenen dadurch erleichtert, dass die Plausibilität genügt. Im Übrigen besteht eine Vermutung dafür, dass die erlittenen Verletzungen im staatlichen Vollzug verursacht wurden.³⁷⁰ Ein Verstoß soll in diesen Fällen erwiesen sein, sofern der Staat Verletzungen eines Gefangenen nicht durch andere Ursachen als polizeiliche Misshandlungen erklären und nachweisen kann.³⁷¹ Das gilt jedenfalls dann, wenn der Gefangene vor seiner Verhaftung offenbar bei guter Gesundheit war, aber später am Körper typische Merkmale von gebräuchlichen Formen der Misshandlung aufweist und gar daran ge-

³⁶⁸ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 54810/00 (Rn. 71, 82), NJW 2006, 3117 (3120 f.) – Jalloh/Deutschland; dazu o. Rn. 1016.

³⁶⁹ EGMR, Urt. vom 3.4.2001, Nr. 27229/95 (Rn. 110), RJD 2001-III – Keenan/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 29.4.2002, Nr. 2346/02 (Rn. 51), NJW 2002, 2851 (2852 f.) – Pretty/Vereinigtes Königreich.

³⁷⁰ EGMR, Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 79), NJW 2001, 56 (58) – Selmouni/Frankreich.

³⁷¹ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 14.

storben ist, ohne dass der Staat eine plausible Erklärung dafür hat.³⁷² Letztlich genügt damit ein Anscheinsbeweis, der eine tatsächliche Vermutung für eine Verletzung begründet.³⁷³

III. Verfahrensdefizite

1. Mangelnde Beschwerde- und Sanktionsmöglichkeiten

- 1031** Um Verstöße gegen das Verbot der Folter und unmenschliche oder erniedrigende Strafen und Behandlungen von vornherein zu vermeiden und zumindest zu ahnden, muss der Staat hinreichende Beschwerde- und Sanktionsmöglichkeiten vorsehen. Ansonsten laufen nämlich die Garantien letztlich leer. Daher bildet es ebenfalls eine Beeinträchtigung von Art. 4 EGRC, wenn der Staat keine wirksamen Rechtsbehelfe, welche auch tatsächlich greifen, zur Verfügung stellt, sobald sich Betroffene mit einer Anzeige von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung an ihn wenden. Es muss dann auch tatsächlich ein Ermittlungsverfahren eröffnet werden, zumal wenn die Beschuldigten identifiziert werden können. Und dieses Ermittlungsverfahren muss zu einem sanktionsbewehrten Abschluss kommen. Dieses Verfahren muss normalerweise verfügbar und geeignet sein, Abhilfe von Verletzungen zu schaffen.³⁷⁴ Im Fall *Gäfen* erlangte zwar der von einer unmenschlichen Behandlung Betroffene³⁷⁵ noch keine Entschädigung, konnte aber immerhin ein Amtshaftungsverfahren anstrengen. Gegen die beteiligten Polizisten wurden Verfahren eröffnet. Die unter Drohung erlangten Aussagen durften im Strafverfahren nicht verwertet werden.³⁷⁶ Damit lagen wirksame Mittel vor, die erlittene Nachteile ausgleichen und künftige rechtswidrige Ermittlungsmethoden verhindern können.³⁷⁷

2. Information von Angehörigen

- 1032** Sind nahestehende Personen in Haft oder verschwunden, leiden darunter auch die Angehörigen in besonderer Weise, wenn sie darüber nicht informiert, von Informationen ferngehalten oder gar desinformiert werden. Das gilt zumal dann, wenn der nahestehenden Person etwas zugestoßen ist. Hierüber vom Staat im Ungewissen gelassen zu werden, kann je nach den Umständen des Einzelfalles selbst eine unmenschliche Behandlung bilden und daher Art. 4 EGRC beeinträchtigen.

³⁷² EGMR, Urt. vom 27.6.2000, Nr. 21986/93 (Rn. 113), NJW 2001, 2001 (2005) – *Salman/Türkei*.

³⁷³ *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 4 Rn. 14.

³⁷⁴ EGMR, Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 79 ff.), NJW 2001, 56 (58) – *Selmouni/Frankreich*.

³⁷⁵ S.o. Rn. 1008.

³⁷⁶ S.u. Rn. 5035.

³⁷⁷ EGMR, Urt. vom 30.6.2008, Nr. 22978/05 – *Gäfen/Deutschland*.

IV. Indirekte Bedeutung

Indirekte Bedeutung erlangen Folter sowie unmenschliche und erniedrigende Strafen oder Behandlungen in der Haft, wenn es um die Auslieferung und Ausweisung von Personen geht. Gehen diese Phänomene vom Staat aus, können sie ein Abschiebungshindernis begründen, nicht hingegen, wenn es um Gewalt von privaten Banden etc. geht, außer die Menschenwürde wird damit tangiert.³⁷⁸ Im Übrigen ist Art. 19 Abs. 2 EGRC speziell. **1033**

V. Absolutes Verbot

Liegt eine Beeinträchtigung vor, kann diese nicht gerechtfertigt werden und ist damit strikt verboten, selbst wenn es sich um Notstands- oder Kriegssituationen handelt. Der EGMR hat die gleichlautende Bestimmung des Art. 3 EMRK selbst angesichts terroristischer Gefahren nicht aufgeweicht.³⁷⁹ Darauf gestützte Durchbrechungen, etwa um die Menschenwürde künftiger Opfer von Terroranschlägen zu wahren oder wie im Fall *Gäfgen* den Aufenthaltsort eines Entführten zu erfahren, sind daher zum Scheitern verurteilt. **1034**

G. Prüfungsschema zu Art. 4 EGRC

1. Schutzbereich **1035**

- a) Folterverbot (ggf. auch private Handlungen)
- b) Verbot unmenschlicher Behandlung
- c) Verbot erniedrigender Behandlung

2. Beeinträchtigung

Verletzungen: Vermutung, wenn im Vollzug

- Abschiebungen in Folterstaaten
- unzureichende Haftbedingungen (medizinische Versorgung)
- Isolationshaft strenge Ausnahme
- Brechmitteleinsatz

3. Rechtfertigung ausgeschlossen

³⁷⁸ S.o. Rn. 1002 f.

³⁷⁹ S.o. Rn. 988.

§ 5 Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit

A. Grundstruktur und heutige Bedeutung

- 1036** Auf den ersten Blick handelt es sich um eine antiquierte Vorschrift: In Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. 1 und 2 EMRK verbietet Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 EGRC, jemanden in Sklaverei oder Leibeigenschaft zu halten oder ihn zu zwingen, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten. Insoweit ist daher an den Gehalt des Art. 4 EMRK anzuknüpfen, wie er in der Rechtsprechung des EGMR näher ausgestaltet wurde, so erst in jüngerer Zeit durch das Urteil *Siliadin*³⁸⁰ zu der Frage, inwieweit die Ausbeutung einer minderjährigen Haushaltshilfe Sklaverei oder Leibeigenschaft darstellt. Schranken bestehen in beiden Rechtsordnungen nicht. Daher ist dieses Recht vorbehaltlos garantiert und nicht einschränkbar. Das gilt nach Art. 15 Abs. 2 EMRK selbst im Krieg oder bei einem anderen öffentlichen Notstand.³⁸¹ Zudem verbietet Art. 5 Abs. 3 EGRC den Menschenhandel.
- 1037** Das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft hat eine lange Tradition und erscheint als Fremdkörper in der aktuellen Rechtsordnung, da kaum Anwendungsfälle denkbar sind. Weil aber Sklaverei und Leibeigenschaft allgemein abgelehnt werden, ebenso Zwangs- oder Pflichtarbeit sowie der Menschenhandel, ist es umso wichtiger, entsprechende Verbote aufzunehmen und unbedingt durchzusetzen.
- 1038** Zudem zeigt die allgemeine Ablehnung die Fortentwicklung unserer Rechtsordnung. Diese bringt es weiter mit sich, diese Verbote entsprechend strikter auszulegen und den heutigen Verhältnissen anzupassen. Aus den zunehmend hohen Anforderungen an den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten folgt eine größere Strenge bei der Bewertung der Verletzungen von Grundwerten der demokratischen Gesellschaft.³⁸²
- 1039** Damit sinkt die Schwelle, ab der eine Sklaverei oder Leibeigenschaft bzw. eine Pflicht- oder Zwangsarbeit bzw. Menschenhandel nach Art. 5 EGRC angenommen werden kann. Es sind daher nicht mehr die klassischen historischen Maßstäbe anzulegen, sondern die durch die heutigen Verhältnisse gewandelten. Das erleichtert es, aktuelle Phänomene wie die Ausbeutung von Flüchtlingen aus anderen Ländern im Haushalt oder im Bordell und je nach Ausmaß auch die Ausbeutung im Rahmen von Abhängigkeitsverhältnissen zu erfassen.

³⁸⁰ EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01, NJW 2007, 41 – *Siliadin/Frankreich*.

³⁸¹ EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 112), NJW 2007, 41 (44) – *Siliadin/Frankreich*.

³⁸² EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 121), NJW 2007, 41 (45) – *Siliadin/Frankreich*; s. u.a. bereits Urt. vom 28.7.1999, Nr. 25803/94 (Rn. 101), NJW 2001, 56 (60) – *Selmouni/Frankreich*.

B. Sklaverei und Leibeigenschaft

I. Enge Sicht der Sklaverei

Nach Art. 5 Abs. 1 EGRC darf niemand in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden. Zu diesen Begriffen existiert eine nähere Rechtsprechung des EGMR zu dem gleichlautenden Art. 4 Abs. 1 EMRK. Der „klassische“ Begriff der Sklaverei ist in Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens über die Sklaverei vom 25.9.1926,³⁸³ das am 9.3.1927 in Kraft getreten ist, als „Zustand oder die Stellung einer Person, an der die mit dem Eigentumsrecht verbundenen Befugnisse oder einzelne davon ausgeübt werden“, definiert. Weil es sich insoweit um einen traditionellen Begriff handelt, der auch völkerrechtlich klar bestimmt ist, legt der EGMR allerdings immer noch hohe Maßstäbe an. Daher genügt es nicht, wenn jemand eindeutig seine Entscheidungsfreiheit verloren hat. **1040**

Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass die „Halter“ die mit dem Eigentumsrecht verbundenen Befugnisse ausüben und so den Betroffenen zu einer „Sache“ machen.³⁸⁴ Hierfür genügt nach dem EGMR nicht, wenn jemand jeden Tag etwa über 15 Stunden arbeiten muss und seine Papiere abgenommen bekommt, damit er nicht fliehen kann. Entsteht daraus auch eine völlige Abhängigkeit, fehlt es doch an dem mit der Sklaverei klassischer Weise verbundenen Kauf bzw. Verkauf. Das ist allerdings anders, wenn etwa in gleicher Weise ausgebeutete Prostituierte unter Austausch von Leistung und Gegenleistung an Bordelle verkauft oder zwischen diesen hin und her geschoben werden. Dann werden charakteristische Eigentumsbefugnisse ausgeübt, so dass eine „moderne“ Sklaverei vorliegt, wenn eine zwangsweise Ausbeutung erfolgt und eine völlige Abhängigkeit besteht, indem namentlich Ausweispapiere abgenommen und später vorenthalten werden. **1041**

II. Weitere Konzeption der Leibeigenschaft

Nicht an diese mit dem Eigentumsrecht verbundenen Befugnisse ist der Begriff der Leibeigenschaft geknüpft. Er ist daher offener und eher geeignet, auch in der heutigen Gesellschaft aktuelle Vorgänge zu erfassen. Allerdings ist insoweit eine enge räumliche Verbindung Voraussetzung. Es handelt sich nämlich um „eine besonders schwere Form der Freiheitsberaubung“.³⁸⁵ Die Leibeigenschaft verpflichtet daher nicht nur zur Ableistung bestimmter Dienste für einen anderen, sondern auch, mit diesem anderen unter einem Dach zu wohnen, ohne die eigene Lage verändern zu können.³⁸⁶ Dabei hat die EKMR insbesondere das Abkommen über **1042**

³⁸³ Übereinkommen über die Sklaverei vom 25.9.1926, RGBl. II 1929 S. 63.

³⁸⁴ EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 122), NJW 2007, 41 (45) – Siliadin/Frankreich.

³⁸⁵ S. EKMR, Ber. vom 9.7.1980, Nr. 7906/77 (Rn. 80), Ser. B 44 – Van Droogenbroeck/Belgien.

³⁸⁶ EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 123), NJW 2007, 41 (45) – Siliadin/Frankreich.

die Abschaffung der Sklaverei berücksichtigt.³⁸⁷ Daraus ergibt sich eine enge Beziehung zu dem Begriff der Sklaverei.³⁸⁸ Schließlich steht dieser Begriff unmittelbar davor und hat mit der Leibeigenschaft gemein, dass unter Zwang Dienste geleistet werden müssen.

1043 Diese Verbindung bringt näheren Aufschluss vor allem für Kinder und Jugendliche. Nach Art. 1 des Zusatzübereinkommens über die Abschaffung der Sklaverei, des Sklavenhandels und sklavereiähnlicher Einrichtungen und Praktiken³⁸⁹ sind unter anderem Einrichtungen oder Praktiken, durch die ein Kind oder ein Jugendlicher unter 18 Jahren von seinen natürlichen Eltern oder einem Elternteil oder seinem Vormund entgeltlich oder unentgeltlich einer anderen Person übergeben wird, um das Kind oder den Jugendlichen oder seine Arbeitskraft auszunutzen, durch alle durchführbaren und notwendigen Maßnahmen abzuschaffen und aufzugeben.

1044 Daher liegt Leibeigenschaft vor, wenn eine Minderjährige an sieben Tagen die Woche zur Arbeit von etwa 15 Stunden gezwungen wird, ohne sich aus dieser Lage befreien zu können, weil sie keine Ausweispapiere mehr hat, und bei dieser Familie leben muss, da ihr keine andere Unterkunft angeboten wird und sie sich auch keine andere leisten kann. Die völlige Abhängigkeit ergab sich in der Entscheidung *Siliadin* auch daraus, dass die Minderjährige nicht eingeschult worden war und als illegaler Flüchtling fürchten musste, von der Polizei festgenommen zu werden und daher das Haus lediglich zur Begleitung der Kinder der Familie verlassen durfte.³⁹⁰ Der Fall betraf eine 15-jährige Togolesin, die lediglich mit einem Touristenvisum nach Frankreich kam und das ihr überlassene Flugticket durch Haushaltsarbeit abbezahlen sollte. Zu diesem Zweck wurde sie dann an eine Familie „verliehen“. Sollte dabei allerdings Geld geflossen sein, liegt eigentlich bereits eine Sklaverei vor, weil dieses Übergeben eines Menschen gegen Geld eine eigentumstypische Verfügung darstellt.

C. Zwangs- oder Pflichtarbeit

I. Ansatz

1045 Auch die Begriffe „Zwangs- oder Pflichtarbeit“ sind durch ein völkerrechtliches Übereinkommen vorgezeichnet, das so gut wie alle Mitgliedstaaten des Europarates bindet. Es handelt sich hier um das Übereinkommen über Zwangs- und Pflichtarbeit von 1930.³⁹¹ Dieses verbietet gleichfalls Zwangs- und Pflichtarbeit

³⁸⁷ S. auch EKMR, Entsch. vom 5.7.1979, Nr. 7906/77 (The Law Rn. 3.), DR 17, 59 – Van Droogenbroeck/Belgien.

³⁸⁸ EGMR, Entsch. vom 7.3.2000, Nr. 42400/98 – Seguin/Frankreich.

³⁸⁹ Zusatzabkommen über die Abschaffung der Sklaverei, des Sklavenhandels und sklavereiähnlicher Einrichtungen und Praktiken vom 7.9.1956, BGBl. II 1958 S. 203.

³⁹⁰ EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 125 ff.), NJW 2007, 41 (45) – *Siliadin*/Frankreich.

³⁹¹ Übereinkommen Nr. 29 der IAO. Dieses anführend bereits EGMR, Urt. vom 23.11.1983, Nr. 8919/80 (Rn. 32), EuGRZ 1985, 477 (481) – Van der Mussele/Belgien.

und fasst darunter nach seinem Art. 2 Abs. 1 „jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat“. ³⁹² Dabei handelt es sich auch um die Grundlagen dafür, dass eine Sklaverei oder Leibeigenschaft gegeben ist. ³⁹³

Der Begriff der Zwangs- oder Pflichtarbeit ist notwendigerweise mit Zwang verbunden. In erster Linie stellt man sich physischen oder moralischen Zwang vor. Klassischerweise wird dabei irgendeine Strafe angedroht. Zudem leistet der Betroffene die geforderte Arbeit gegen seinen Willen; er hat sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt. ³⁹⁴ **1046**

II. Ausnutzung einer ausweglosen Zwangslage

An dieser Freiwilligkeit fehlt es aber auch, wenn eine psychische Zwangslage besteht. Daher muss keine Strafe im eigentlichen Sinne angedroht worden sein. Es genügt eine subjektiv ähnlich bedrohliche Lage. Ein Beispiel ist der illegale Aufenthalt in einem fremden Land und die Furcht, von der Polizei festgenommen zu werden, welche von den die Arbeitsleistung Verlangenden bestärkt wird, zumal wenn eine Minderjährige betroffen ist. Die Ausweglosigkeit der Situation wird dadurch erhöht, dass der „Arbeitgeber“ die falsche Hoffnung erweckt, eine Aufenthaltsgenehmigung zu besorgen. So entsteht eine nicht enden wollende Zwangslage, aus der die Arbeitsleistung erwächst. ³⁹⁵ **1047**

Eine solche ausweglose Situation kann aber nicht nur Minderjährigen widerfahren. Sie kommt schon dann zustande, wenn Personen weit entfernt von ihrem Heimatland wohnen und infolge fehlender Ausweispapiere keine Chance haben, sich in einem EU-Staat rechtmäßig zu bewegen. Wird diese Zwangslage aufrechterhalten und ausgenutzt, um einen anderen zur Arbeit zu bewegen, ist eine Zwangs- bzw. Pflichtarbeit gegeben. **1048**

Diese Situation trifft insbesondere auf Prostituierte namentlich aus osteuropäischen Staaten zu, welche nicht Mitglied der EU sind und unter Vorenthaltung jeglicher Ausweispapiere in Bordellen gehalten werden, ebenso auf unter gleichen Umständen in Gaststätten und Schlachthöfen zu Arbeit gezwungene Personen. Werden sie zudem noch unter dem Dach des „Arbeitgebers“ untergebracht, leben sie damit in dessen unmittelbarer Nähe und hält dieser Zustand längere Zeit an, ist darüber hinaus eine Leibeigenschaft gegeben. ³⁹⁶ **1049**

Zwangs- oder Pflichtarbeit liegt indes nicht schon dann vor, wenn jemand aufgrund fehlender Papiere oder mangels anderer Gelegenheit gezwungen ist, ernied- **1050**

³⁹² Diese Definition heranziehend EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 116), NJW 2007, 41 (44) – Siliadin/Frankreich.

³⁹³ Darauf bezog sich die vorgenannte Entscheidung.

³⁹⁴ EGMR, Urt. vom 23.11.1983, Nr. 8919/80 (Rn. 34), EuGRZ 1985, 477 (481) – Van der Mussele/Belgien.

³⁹⁵ EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 118 ff.), NJW 2007, 41 (45) – Siliadin/Frankreich.

³⁹⁶ S.o. Rn. 1042.

rigende und sehr schlecht bezahlte Arbeit anzunehmen. Insoweit existiert ein Markt, dem sich Menschen zwar aus einer persönlichen Zwangslage zur Verfügung stellen, aber letztlich doch freiwillig, ohne durch konkrete Wirtschaftsteilnehmer dazu gezwungen zu sein, die sie dann ausbeuten. Es genügt also noch nicht, wenn ein Arbeitgeber auf eine solche Situation wartet und daraus „Kapital“ schlägt, indem er sehr niedrige Löhne zahlt. Vielmehr muss er eine solche Situation aufrechterhalten; er darf nicht lediglich an sie anknüpfen.

D. Menschenhandel

- 1051** In seiner klassischen Form bestand der Menschenhandel darin, Sklaven zu kaufen und an anderer Stelle zu verkaufen. Eine moderne Form besteht darin, Menschen in eine ausweglose Situation zu bringen, indem sie aus einem Land nach Europa gelockt werden, keine Aufenthaltspapiere erhalten, damit willenlos ausgeliefert sind und auf dieser Basis an „Arbeitgeber“ gegen Entgelt weiter gegeben werden. Das betrifft vor allem Menschenhändlerringe, aber auch einzelne Transporte, in denen auch oft Landsleute versuchen, Geld zu machen, indem sie Mitbürger in das „reiche“ Europa locken und dann dort in Bordellen, Gastwirtschaften etc. „an den Mann bringen“. Hier besteht auch ein enger Bezug zur Menschenwürde.³⁹⁷ Art. 5 EGRC regelt den Menschenhandel speziell.

E. Verbot

- 1052** Art. 4 EMRK und Art. 5 EGRC statuieren ein absolutes Verbot, welches keine Aufweichungen oder Einschränkungen zulässt.³⁹⁸ Allerdings treten die vorgenannten Verhaltensweisen generell zwischen Privaten auf, die selbst regelmäßig nicht an die Grundrechte gebunden sind. Daher haben die Staaten dafür zu sorgen, dieses Verbot zu verwirklichen, damit solche Vorgänge zwischen Privaten nicht auftreten können. Erforderlich sind daher hinreichend gravierende Sanktionen, um einen deutlichen Abschreckungseffekt zu erzielen. Hierfür bedarf es eindeutiger Verbotstatbestände, welche mit hinreichend schweren strafrechtlichen Sanktionen verknüpft sind. Bloße Ordnungswidrigkeitstatbestände genügen regelmäßig nicht. Zudem müssen die entsprechenden Vorgänge tatsächlich und flächendeckend verfolgt werden, um wirklich eine Sanktionierung sicherzustellen. Diese darf also nicht nur auf dem Papier stehen, sondern muss in der Praxis umgesetzt werden.
- 1053** Die Mitgliedstaaten haften hier auch für Versäumnisse der Gerichte und verletzen dann die entsprechende Gewährleistung. So wurde Frankreich verurteilt, weil das Halten einer 15-jährigen Togolessin als Leibeigene nicht durch alle Instanzen

³⁹⁷ S.o. Rn. 849 f.

³⁹⁸ S.o. Rn. 1034; für Art. 4 EMRK EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 112), NJW 2007, 41 (44) – Siliadin/Frankreich.

hindurch hinreichend stark bestraft wurde. Zudem fehlte es an einem eindeutigen Sanktionstatbestand.³⁹⁹

Das gewählte nationale Sanktionsinstrument hat sich, wie dies auch im Rahmen der Richtlinienumsetzung gefordert wird,⁴⁰⁰ in struktureller Übereinstimmung mit dem grundrechtlichen Verbot zu befinden. Das bedeutet, dass dieses Verbot als solches Anknüpfungspunkt für die Sanktionen sein muss und die geschützten Rechte direkt erfasst. Insbesondere dürfen Letztere nicht verengt werden, indem Teilaspekte aufgegriffen und somit etwa nur die Ausbeutung durch Arbeit und Arbeitsbedingungen oder Unterkunft, die mit der eines Menschen unvereinbar sind, unter Strafe gestellt werden. Vielmehr sind die Sklaverei und die Leibeigenschaft als solche zu ahnden. Das Zivilrecht genügt hierfür nicht. Schadensersatz ist also nicht ausreichend. Vielmehr bedarf es einer strafrechtlichen Verurteilung.⁴⁰¹ **1054**

Diese Strenge notwendiger Sanktionen ist auch durch die zunehmend hohen Anforderungen an den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bedingt.⁴⁰² **1055** Die hohen Standards bei Verletzungen von Grundwerten der demokratischen Gesellschaft beziehen sich also nicht nur auf die Reichweite des Schutzes, sondern auch auf die Intensität.

F. Konsequenzen

Die aus dem Urteil *Siliadin* des EGMR für Art. 4 EGRC übernommene und fortentwickelte Konzeption stellt die Anpassung des Verbotes von Sklaverei, Leibeigenschaft, Pflicht- und Zwangsarbeit an die heutigen Verhältnisse sicher und macht es auf aktuelle Phänomene anwendbar. Damit können und müssen auch die Zwangsprostitution und die Ausbeutung Minderjähriger, aber auch anderer Personen ohne gültige Ausweispapiere, welche in einer ausgeweglosen Abhängigkeit gehalten werden, erfasst und adäquat bestraft werden. **1056**

³⁹⁹ S. EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 89 u. 112, 130 ff.), NJW 2007, 41 (44 f.) – *Siliadin/Frankreich*; bereits Urt. vom 4.12.2003, Nr. 39272/98 (Rn. 166), RJD 2003-XII (extracts) – *M.C./Bulgarien*.

⁴⁰⁰ S. insbes. EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (868 ff., Rn. 11 ff.) – *Kommission/Deutschland*.

⁴⁰¹ EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 141 ff.), NJW 2007, 41 (46) – *Siliadin/Frankreich*.

⁴⁰² EGMR, Urt. vom 26.7.2005, Nr. 73316/01 (Rn. 148), NJW 2007, 41 (46) – *Siliadin/Frankreich*.

G. Prüfungsschema zu Art. 5 EGRC

- 1057** **1. Schutzbereich**
- Verbot von
- a) Sklaverei (eng)**
 - b) Leibeigenschaft (weit)**
 - c) Zwangs-/Pflichtarbeit**
 - d) Menschenhandel**
- 2. Beeinträchtigung**
- 3. Rechtfertigung ausgeschlossen**

Kapitel 7

Personenbezogene Freiheiten

§ 1 Freiheit und Sicherheit

A. Grundkonzeption

1. Schutz vor Freiheitsentzug

Art. 6 EGRC gewährt jedem Menschen – und damit jeder natürlichen, nicht aber juristischen, Person – unabhängig von der Staatsangehörigkeit¹ das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Er ist damit dem ersten Satz von Art. 5 Abs. 1 EMRK nachgebildet. Die näheren Ausführungen der EMRK-Vorschrift, welche die einzelnen Fälle möglicher Freiheitsentziehung im Einzelnen benennt und unter Bedingungen stellt, wurde trotz entsprechender Anträge nicht in Art. 6 EGRC aufgenommen, ebenso wenig ein Verweis auf diese Vorschrift. Selbst der ursprünglich vorgeschlagene Vorbehalt „die Freiheit darf nur in gesetzlich vorgeschriebenen Fällen und Formen entzogen werden“ wurde gestrichen.² **1058**

Damit sind die in Art. 5 EMRK enthaltenen Anforderungen aber nicht etwa obsolet. Vielmehr ergibt sich allgemein aus Art. 52 Abs. 3 EGRC, dass der Schutz nach der EGRC nicht hinter gleichlautenden Bestimmungen nach der EMRK zurückbleiben darf. Diese Begrenzungen sind nämlich Bestandteil der Tragweite des Rechts auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 Abs. 1 EMRK und deshalb in die gleichlautende Freiheit nach Art. 6 EGRC hineinzulesen. **1059**

2. Allgemeine Handlungsfreiheit?

a) Ausschluss in Art. 5 EMRK

Durch den wesentlich kürzeren Wortlaut wurde also nicht etwa das Grundrecht nach Art. 6 EGRC von der Tradition der EMRK losgelöst, sondern im Gegenteil ist sie damit untrennbar verwoben. Konsequenzen hat dies vor allem für die Frage, inwieweit auch die allgemeine Handlungsfreiheit mangels Begrenzung im Wortlaut von Art. 6 EGRC umfasst ist. Die – wenn auch nicht übernommenen – Fälle möglicher Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK belegen den klassi- **1060**

¹ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 32.

² Im Einzelnen Bernsdorff, in: Meyer, Art. 6 Rn. 8 f.

schen Ansatz des Rechts auf Freiheit nach Art. 6 EGRC und damit seine Beschränkung auf die Fälle der Festnahme oder sonstiger Freiheitsentziehung durch die Behörden. Bei ihnen geht es durchgehend nicht um die allgemeine Entfaltung der Persönlichkeit, sondern um eine Beschränkung der physischen Fortbewegungsmöglichkeiten.

- 1061** Auch wenn diese Spezifizierungen nicht in Art. 6 EGRC übernommen wurden, bleibt die Anlehnung an Art. 5 EMRK, so dass die Auslegung des EGMR heranzuziehen ist,³ der ein Recht auf allgemeine Freizügigkeit aus dieser Vorschrift der EMRK gerade nicht abgeleitet hat. Dieses folgt vielmehr höchstens aus Art. 2 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK.⁴

b) Rückschritt hinter bisherigen Standard?

- 1062** Diese Begrenzung bedeutet allerdings auf den ersten Blick einen Rückschritt, weil der EuGH in seiner Rechtsprechung die allgemeine Handlungsfreiheit als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts bejaht und in der Form eines Auffanggrundrechts konstruiert hat.⁵ Ein Ansatz für eine Erweiterung ist daher die Sicherungsklausel nach Art. 53 EGRC, wonach keine Bestimmung der Charta unter Verkürzung eines u.a. durch das Recht der Union bereits anerkannten Menschenrechtes ausgelegt werden darf. Dazu gehören die bislang ausschließlich durch Art. 6 Abs. 2 EU begründeten Grundrechte,⁶ die auch aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gewonnen wurden. Die in den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannten Menschenrechte dürfen gem. Art. 53 EGRC ebenso wenig eingeschränkt werden.
- 1063** Im deutschen Verfassungsrecht ist ein allgemeines Auffanggrundrecht fest in Art. 2 Abs. 1 GG verankert. Daher ist es einem Grundrechtssystem nicht fremd und bietet sich deshalb für eine Übertragung an.⁷ Jedoch kennen die Verfassungen anderer Mitgliedstaaten nicht durchgehend ein solches allgemeines Freiheitsrecht, so dass man sich von der gemeinsamen Verfassungsinterpretation der Mitgliedstaaten fortbewegt und sehr stark an einer einzigen Verfassung orientiert.⁸ In anderen Verfassungen finden sich vielmehr weitere Grundrechte, welche das allgemeine Freiheitsrecht mit abdecken, so dass diese verzerrt werden könnten.⁹

³ Lindner, BayVBl. 2001, 523 (524).

⁴ EGMR, Urt. vom 28.11.2002, Nr. 58442/00 (Rn. 62) – Lavents/Lettland; Urt. vom 25.6.1996, Nr. 19776/92 (Rn. 42), NVwZ 1997, 1102 (1103) – Amuur u.a./Frankreich; Urt. vom 6.11.1980, Nr. 7367/76 (Rn. 92), NJW 1984, 544 (547) – Guzzardi/Italien; aus der Lit. Grabenwarter, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 6 Rn. 5.

⁵ EuGH, Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 (2338 f., Rn. 15 ff.) – Rau/BALM; Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Hoechst.

⁶ Streinz, in: ders., Art. 6 GR-Charta Rn. 5.

⁷ Dafür Schilling, EuGRZ 2000, 3 (14); Streinz, in: ders., Art. 6 GR-Charta Rn. 5; Stumpf, in: Schwarze, Art. 6 EUV Rn. 22.

⁸ Daher abl. Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 17.

⁹ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 17 Fn. 34 unter Verweis auf Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EUV Rn. 75.

Da in der EGRC ein allgemeines Freiheitsrecht fehlt, stellt sich die Frage von Schutzlücken. Dieses Defizit ändert aber nichts an der engen Verbindung von Art. 6 EGRC zu Art. 5 EMRK, welche eine Erweiterung von Art. 6 EGRC über die Fälle des Freiheitsentzugs hinaus ausschließt. Auch der EuGH ging nur von einem allgemeinen Auffanggrundrecht aus. Somit bedarf es nicht notwendig einer Verankerung in Art. 6 EGRC. Zudem wurden verschiedene Einzelfelder, die bislang nicht von der EuGH-Rechtsprechung behandelt worden sind, eigens als Grundrechte in die EGRC aufgenommen, so dass das Bedürfnis nach einem solchen Auffanggrundrecht jedenfalls geringer geworden ist. **1064**

Weiter gehend ist die Rechtsprechung des EuGH nicht durchgängig auf ein umfassendes Auffanggrundrecht ausgerichtet. Zunächst stellte der EuGH die allgemeine Handlungsfreiheit auf eine Ebene mit den Grundsätzen der freien Berufsausübung und der Wettbewerbsfreiheit.¹⁰ Gegenstand dieser Entscheidung war allerdings, dass die Konkurrenz nachteilig beeinflusst wurde, ohne dass ihr ein wohl erworbenes Recht auf Beibehaltung eines Vorteils zustehen konnte. Damit handelt es sich um Fragen der Berufsfreiheit bzw. der unternehmerischen Freiheit.¹¹ **1065**

In der späteren Rechtsprechung griff der EuGH nicht mehr auf einen übergreifenden Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit zurück, sondern betonte die Notwendigkeit eines generellen Schutzes gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe. Das folgt für ihn aus den verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Diese sehen durchgehend eine Rechtsgrundlage gegenüber Eingriffen der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder natürlichen oder juristischen Person vor. Zudem „müssen solche Eingriffe aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein.“¹² **1066**

c) *Nur partieller Bedeutungswandel*

In der Sache ging es um den Schutz vor Nachprüfungen und Kontrollbefugnissen. Insoweit handelt es sich freilich um eine neue Form von Eingriffen in die Privatsphäre. Was früher durch den Freiheitsentzug dominiert wurde, sind heute auch Nachforschungen im persönlichen und je nach individueller Anbindung auch im betrieblichen Bereich. Daher lassen sich sachliche Rückbezüge zu dem klassischen Habeas-corpus-Recht finden, wenn man dieses auf die Schiene der mittlerweile erfolgten gesellschaftlichen Entwicklungen legt. Hier kann ebenfalls an die Rechtsprechung des EGMR angeknüpft werden, klassische Menschenrechte im Lichte aktueller Entwicklungen zu interpretieren, wie dies für das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit sowie der Folter und unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung erfolgt ist.¹³ Damit handelt es sich aber nicht um eine allgemeine Handlungsfreiheit, sondern um den Schutz vor Übergriffen des Staates bei Kontroll- und Nachprüfungsmaßnahmen mit spezifischem Zugriff auf **1067**

¹⁰ EuGH, Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 (2338, Rn. 15; 2339, Rn. 19) – Rau/BALM.

¹¹ S. näher u. im Rahmen von Art. 15 u. 16 EGRC Rn. 2482 ff. u. 2652 ff.

¹² EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Hoechst; Rs. 97-99/87, Slg. 1989, 3165 (3186, Rn. 16) – Dow Chemical; in der Sache ebenso Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 (9056 f., Rn. 36 ff.) – Roquette Frères III.

¹³ S. zu Art. 4 und 5 EGRC o. Rn. 987 ff. und Rn. 1036 ff.

Freiheit und Eigentum. Letzterer darf nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen und muss verhältnismäßig sein.¹⁴ Somit besteht aber keine allgemeine Parallele zu Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁵

d) Abgleich mit der Menschenwürde

- 1068** Die Menschenwürdegarantie nach Art. 1 EGRC wirkt zwar grundsätzlich auf alle Grundrechte ein.¹⁶ Indes folgt daraus eher eine Verstärkung des bereits vorhandenen Schutzes und schwerlich eine Erweiterung selbst in Randbereiche, welche mit der Menschenwürde nicht viel zu tun haben. Kennzeichen der allgemeinen Handlungsfreiheit ist es gerade, sämtliche Freiheitsentfaltungen ohne Rücksicht auf ihre Wertigkeit und damit etwa auch das Reiten im Walde abzusichern.¹⁷ Die eigentlich durch die Menschenwürdegarantie unterfütterten Gehalte von Art. 2 Abs. 1 GG wie die informationelle Selbstbestimmung¹⁸ haben in der EGRC ihren eigenen Ausdruck gefunden, speziell die informationelle Selbstbestimmung im Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 EGRC. Daher sind die in Deutschland unter Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG gefassten Grundrechtsgehalte in den Einzelgrundrechten der EGRC zu suchen. Höchstens wenn sich menschenwürdebezogene Lücken ergeben sollten, bedarf es der Auffüllung. Indes sind diese über eine Interpretation eines Einzelgrundrechts im Lichte der Menschenwürde zu schließen.

3. Recht auf Sicherheit als Annex oder eigenständige Komponente?

a) Spezifischer Gehalt nach Art. 9 IPbpr

- 1069** Art. 9 IPbpr¹⁹ enthält gleichfalls ein Recht auf Sicherheit. Ihm kommt mittlerweile als eigenständige Bedeutung das Recht gegen den Staat auf Schutz vor Angriffen Privater zu.²⁰ Das deckt sich mit dem Ansatz des EGMR-Urteils *Osman*, das gleichfalls Schutzmaßnahmen für von Privaten konkret in ihrem Leben bedrohten Personen verlangte.²¹ Diese Entscheidung wurde aber nicht weiter verfolgt. Insbesondere wurde diese Frage im Rahmen der Beratungen des Grundrechtekonvents zu Art. 6 EGRC ausdrücklich erörtert, fand aber schließlich keinen Eingang. Im

¹⁴ Entsprechend begrenzend auch *Streinz*, in: ders., Art. 6 GR-Charta Rn. 5.

¹⁵ Insoweit keine Begrenzung anmahnd *Stumpf*, in: Schwarze, Art. 6 EUV Rn. 22.

¹⁶ Darauf hier abstellend *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 6 GRCh Rn. 11, allerdings eher i.V.m. einem allgemeinen (Auffang-)Schutzanspruch.

¹⁷ S. BVerfGE 80, 137 (154 f.) – Reiten im Walde.

¹⁸ BVerfGE 65, 1 (42) – Volkszählung.

¹⁹ BGBl. II 1973 S. 1534.

²⁰ UN-Menschenrechtsausschuss, Entsch. vom 12.7.1990, Nr. 195/1985 (Rn. 5.5) – Delgado Páez/Kolumbien; ebenso Entsch. vom 14.7.1993, Nr. 314/1988 (Rn. 6.4) – Bwalya/Zambia; Entsch. vom 20.10.1993, Nr. 468/1991 (Rn. 9.2) – Oló Bahamonde; Entsch. vom 22.7.2002, Nr. 916/2000 (Rn. 7.2) – Jayawardena/Sri Lanka.

²¹ EGMR, Urte. vom 28.10.1998, Nr. 23452/94 (Rn. 115 f.), Rep. 1998-VIII – *Osman*/Vereinigtes Königreich.

Gegenteil, wurde ein Ergänzungsvorschlag, die Gesellschaft so zu gestalten, „dass die Sicherheit von Personen und Gütern gewährleistet ist“, abgelehnt.²² Eine solche Weiterung kann daher auch nicht über Art. 9 IPbPR begründet werden.²³ Der Ansatz, das Recht auf Sicherheit als Schutz auch vor privaten Übergriffen zu verstehen, blieb mithin unerwähnt und kann daher nicht von der Grundkonzeption her und umfassend, sondern allenfalls über eine behutsame Einzelerweiterung des Sicherheitsbegriffs sowie punktuell gewonnen werden.²⁴

b) Verschwindende Bedeutung nach EMRK und Genese zur EGRC

Wie in Art. 5 EMRK steht in Art. 6 EGRC zwar das Recht auf Sicherheit dem auf Freiheit gleichgewichtig gegenüber. In Art. 5 EMRK ist allerdings nur das Recht auf Freiheit näher definiert und hat damit ein faktisches Übergewicht. Das zeigt auch die Spruchpraxis des EGMR.²⁵ Deshalb stellt sich die Frage, welche Bedeutung das Recht auf Sicherheit haben kann. In den Beratungen zur EGRC wurde es angezweifelt, weil dieser Begriff keine eigenständige Bedeutung hat, sondern vielmehr gleichsam eine Sicherheit vor Freiheitsentzug meint. Zudem befürchtete man gleichwohl einen eigenständigen Bedeutungsgehalt, so dass eine übermäßige Bindung der Sicherheitsbehörden und der Polizei damit einherginge.²⁶ 1070

Diese Diskussion ist insofern von geringer Bedeutung, als die europäische Ebene im Bereich der Sicherheit ohnehin nur eine sehr begrenzte Kompetenz besitzt. Damit bleibt es wohl jedenfalls beim aktuellen Kompetenzzuschnitt bei einer „besonderen Signalwirkung“ angesichts der aktuellen Rechtsentwicklung.²⁷ Insbesondere war durch die Aufnahme der Sicherheit in Art. 6 EGRC die Übereinstimmung mit Art. 5 EMRK hergestellt. In Letzterem aber kam der Sicherheit nach der Rechtsprechung des EGMR²⁸ keine eigenständige Bedeutung zu.²⁹ Danach hätte der Begriff der Sicherheit nur eine geringe und vor allem keine gleichgewichtige Bedeutung. 1071

²² Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 275.

²³ Baldus, in: Heselhaus/Nowak, § 14 Rn. 15.

²⁴ S. daher u. Rn. 1100 ff.

²⁵ Näher u. Rn. 1076, 1098.

²⁶ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 6 Rn. 7 f.

²⁷ So das deutsche Konventionsmitglied Meyer, wiedergegeben bei Bernsdorff, in: Meyer, Art. 6 Rn. 7 auch mit Verweis darauf, dass die organisierte Kriminalität nunmehr auf der Basis der sog. ersten Säule bekämpft werden kann.

²⁸ Z.B. EGMR, Urt. vom 18.12.1986, Nr. 9990/82 (Rn. 54), NJW 1987, 3066 (3066) – Bozano/Frankreich; Urt. vom 12.3.2003, Nr. 46221/99 (Rn. 86), EuGRZ 2003, 472 (474) – Öcalan/Türkei: Sicherheit der Person durch Schutz vor willkürlicher Verhaftung.

²⁹ S. in Übertragung auf Art. 6 EGRC Meyer-Ladewig, in: de Salvia/Villiger (Hrsg.), The Birth of European Human Rights Law, 1998, S. 127 (128).

c) *Erweiterte Bedeutung durch Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?*

- 1072** Zu Weiterungen kommt man höchstens dann, wenn man insoweit eine eigenständige europarechtliche Interpretation zugrunde legt. Ansatzpunkt dafür könnte die unabhängig von den Grundrechten schon vorhandene erweiterte Bedeutung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Art. 61 ff. EG/67 ff. AEUV sein.³⁰ Dazu gehören auch Grenzkontrollen, die Visapolitik, das Asyl- und Asylverfahrensrecht, die Einwanderungspolitik, die Reisefreiheit von Drittstaatsangehörigen in der Union, die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen und in Strafsachen sowie die Zusammenarbeit der Verwaltungen. Die meisten Maßnahmen in diesem Bereich sollen vor allem den freien Personenverkehr gewährleisten (s. Art. 61 lit. a) EG/67 Abs. 2 AEUV). Von daher könnte auch das Recht auf Freiheit eine gegenüber Art. 5 EMRK erweiterte Bedeutung haben.
- 1073** Diese Vorschriften stehen aber in engem Bezug zu einem Raum ohne Binnengrenzen, der naturgemäß Kontrollen an den Außengrenzen erfordert. Zudem sind nicht alle Elemente konstitutiv, wie die Aufzählung einiger Tätigkeitsbereiche auch der „dritten Säule“ nach bisherigem Europarecht, die wie die Maßnahmen im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit grundsätzlich weiterhin den Mitgliedstaaten verblieben sind, deutlich zeigt. Daher hat dieser Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sowohl einen anderen Hintergrund als auch eher eine programmatische und zielorientierte Bedeutung. Durch ihn kann mithin schwerlich die Tragweite eines den Einzelnen unmittelbar berechtigenden Grundrechts bestimmt werden. Andernfalls würden allein aus bloßen Zielvorschriften, welche auch originär mitgliedstaatliche Bereiche betreffen, die Grundrechte erweitert und insoweit die Geltungsreichweite des europäischen Rechts vergrößert. Genau dies aber wollte man mit der EGRC vermeiden. Daher stehen der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Art. 61 ff. EG/67 ff. AEUV neben dem Grundrecht auf Freiheit und Sicherheit. Dieses muss nach Art. 67 Abs. 1 AEUV nur geachtet werden, ist mithin nicht selbst Bestandteil dieses Raumes, sondern bildet eine Grenze und zu wahrende objektive Wertentscheidung.
- 1074** Dieser Befund bleibt auch, wenn durch den Lissabonner Vertrag stärkere Unionskompetenzen für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82 ff. AEUV) und die polizeiliche Zusammenarbeit (Art. 87 ff. AEUV) und damit für klassische Bereiche der Sicherheit etabliert werden. Diese Kompetenzen müssen erst näher entfaltet werden, bevor konkrete europäische Maßnahmen in diesem Bereich existieren. Zudem handelt es sich lediglich um Kompetenzzuweisungen an Unionsorgane und um keine subjektiven Rechte. Umso eher ist eine getrennte Betrachtung dieser sicherheitsrelevanten Bestimmungen und des Rechts auf Sicherheit nach Art. 6 EGRC angezeigt.

³⁰ Dazu näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1739 ff.

**d) Klassisches Fundamentalrecht auf Freiheit
durch Sicherheit vor willkürlicher Verhaftung**

Letztlich beinhaltet Art. 6 EGRC damit das klassische Freiheits- und Schutzrecht der Habeas-corpus-Akte, welche erstmals die persönliche Freiheit vor willkürlicher Verhaftung garantierte. Um diesen Kontext noch stärker zu betonen und den Menschenrechtscharakter deutlicher herauszustellen, wurde die Formulierung „jede Person“ nach Art. 5 EMRK sowie nach Art. 6 EGRC i.d.F. von 2000 durch „jeder Mensch“ in Art. II-66 VE ersetzt³¹ und nunmehr in die im Dezember 2007 erneut proklamierte EGRC übernommen. Da diese Änderung nur verdeutlichen- den Charakter hat, ist unschädlich, dass der Verfassungsvertrag nicht realisiert werden konnte. Der Menschenrechtscharakter bleibt. Bereits in der EGRC ist dieses Recht an der Spitze der Freiheitsrechte platziert und bildet damit ein Fundamentalrecht. Auf dieses kann nicht verzichtet werden.³² **1075**

Auch dieser Grundlagen- und Elementarcharakter spricht dagegen, Art. 6 EGRC als Auffanggrundrecht zu begreifen. Ein solches steht eher am Schluss als am Anfang. Freiheit und Sicherheit bilden von daher keine sich gegenüberstehenden gleichwertigen Komponenten, sondern es geht um die Freiheit durch Sicherheit vor willkürlicher Verhaftung und nur in diesem begrenzten Ausmaße um eine sichere Freiheit. Oder man begreift sie als zwei Seiten einer Medaille: Die Freiheit der Bewegung und die Sicherheit als „Zustand dessen, der in dieser Freiheit rechtlich geschützt ist“. ³³ Aber auch dann bildet das Recht auf Sicherheit immer noch einen Ausfluss des Rechts auf physische Freiheit.³⁴ Es ist dessen Konsequenz und unabdingbarer Bestandteil. So ist im *Öcalan*-Urteil im Zusammenhang mit dem „Recht auf Sicherheit der Person“ vor willkürlicher Verhaftung auch die Rede davon, dass die Haftsituation geprüft werden muss, und auch dort sollen Schutzmechanismen vor willkürlichem Verhalten oder Isolationshaft greifen.³⁵ **1076**

B. Recht auf Freiheit

I. Enger Freiheitsbegriff

Zwar ist der Begriff der Freiheit in Art. 6 EGRC nicht näher eingegrenzt und könnte daher auch umfassend sein. Deshalb wird sogar die allgemeine Handlungsfreiheit als garantiert angesehen.³⁶ Soweit dies auf das umfassende Ziel, den Bür- **1077**

³¹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 6 Rn. 9a.

³² Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 33.

³³ So Fawcett, The Application of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. 1987, S. 70; übersetzt nach Unfried, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 30; Trechsel, EuGRZ 1980, 514 (518).

³⁴ Unfried, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 30.

³⁵ EGMR, Urt. vom 12.3.2003, Nr. 46221/99 (Rn. 86), EuGRZ 2003, 472 (474) – *Öcalan/Türkei*.

³⁶ Ausdrücklich Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 6 GRCh Rn. 11: (allgemeines) (Auffang-) Freiheitsrecht; zurückhaltender Streinz, in: ders., Art. 7 GR-Charta Rn. 5.

gern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten (Art. 2 4. Spiegelstrich, 29 EU, 61 lit. e) EG/3 Abs. 2 EUV, 67 Abs. 1, 3 AEUV), gestützt wird,³⁷ steht dem der andere Charakter dieser Zielsetzung entgegen. Auch aus der bisherigen EuGH-Rechtsprechung lässt sich keine durchgehende Erweiterung als allgemeine Handlungsfreiheit ableiten, sondern allenfalls ein eng auf Sicherungen bei Kontroll- und Nachprüfungsmaßnahmen begrenzter Bedeutungswandel folgern.³⁸

1078 Damit bleibt es bei der lediglich um eine Anpassung an die aktuelle Entwicklung erweiterte Fassung des Freiheitsbegriffs entsprechend Art. 5 EMRK. Es geht um den Schutz vor staatlichen Übergriffen, welche klassischerweise im Freiheitsentzug bestehen und mittlerweile auch Kontroll- und Nachprüfungsmaßnahmen beinhalten können. Die früher gängige nackte Gewalt wird nunmehr über das Erfordernis einer rechtlichen Grundlage und der notwendigen Verhältnismäßigkeit bei Kontroll- und Nachprüfungsmaßnahmen domestiziert. Diese Prüfungsschritte gelten erst recht für die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK näher in Fallgruppen aufgefächerte Freiheitsentziehung. Sie bildet den klassischen Bereich und umfasst Maßnahmen staatlicher Gewalt, die eine Person gegen ihren Willen an einem bestimmten Ort für eine gewisse Dauer festhalten,³⁹ mithin die Freiheit nicht nur beschränken, sondern entziehen, was sich nach Grad und Intensität richtet und nicht nach Natur und Wesen.⁴⁰ Daher müssen die dafür in Art. 5 EMRK vorgesehenen Schranken der gesetzlichen Basis für das „Ob“ und das „Wie“ nicht ausdrücklich aufgenommen worden sein, um im Rahmen von Art. 6 EGRC eingreifen zu können.

1079 Da die Erläuterungen zu Art. 6 EGRC nur gerade im Hinblick auf Art. 52 Abs. 3 EGRC lediglich Art. 5 EMRK in Bezug nehmen⁴¹ und nicht Art. 2 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK, der zudem anders formuliert ist, erstreckt sich dieses Grundrecht nicht auf die von der letztgenannten Vorschrift umfasste Freizügigkeit, also die Bewegungsfreiheit und die freie Wahl des Wohnsitzes.⁴²

³⁷ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 6 GRCh Rn. 10.

³⁸ S.o. Rn. 1065 f.

³⁹ S. EGMR, Urt. vom 8.6.1975, Nr. 5100-5102/71 u.a. (Rn. 62 f.), EuGRZ 1976, 221 (225) – Engel u.a./Niederlande: Einschließen in eine Zelle nicht schon Einschränkung der Bewegungsfreiheit.

⁴⁰ EGMR, Urt. vom 28.5.1985, Nr. 8225/78 (Rn. 41), NJW 1986, 2173 (2174) – Ashingdane/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 28.11.2002, Nr. 58442/02 (Rn. 62) – Lavents/Lettland.

⁴¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17.

⁴² Offen wegen widersprüchlicher allgemeiner Erwägungen *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 14 a.E. mit Fn. 25.

II. Schutz vor Freiheitsentziehung in Anlehnung an Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK

1. Abschließende Gründe

a) *Numerus Clausus*

Aufgrund dieses engen Bezugs von Art. 6 EGRC auch auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 **1080** EMRK besteht das Recht auf Freiheit maßgeblich darin, lediglich in den dort benannten Fällen einer Freiheitsentziehung unterworfen zu werden. Diese sind abschließend und damit eng auszulegen,⁴³ zumal das Recht auf Freiheit und Sicherheit neben dem Recht auf Leben, dem Verbot der Folter sowie dem der Sklaverei und Zwangsarbeit zu den wichtigsten Grundrechten gehört, welche die körperliche Sicherheit einer Person garantieren.⁴⁴ Eine Freiheitsentziehung kommt damit nur in folgenden Fällen in Betracht.

b) *Nach Verurteilung*

Das gilt zunächst nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht (Art. 5 Abs. 1 **1081** S. 2 lit. a) EMRK). Betroffen ist damit vor allem die Strafhaft, einschließlich der sonst mit einem Strafurteil einhergehenden Maßnahmen wie Sicherungsverwahrung, nicht hingegen die Prävention oder auch Sicherung auf polizeirechtlicher Basis.⁴⁵

c) *Durchsetzung gerichtlicher Anordnung oder gesetzlicher Verpflichtung*

Der zweite Grund, die Freiheit zu entziehen ist, dass eine rechtmäßige gerichtliche **1082** Anordnung nicht befolgt wurde oder um die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung zu erzwingen (lit. b)), so die Duldung einer Blutprobe⁴⁶ oder das Verbleiben an einem Aufenthaltsort nach vorläufiger Entlassung aus der Untersuchungshaft.⁴⁷ Dabei muss aber ein angemessener Ausgleich zwischen der Bedeutung, die Erfüllung der fraglichen Verpflichtungen sicherzustellen und der Bedeutung des Rechts auf Freiheit hergestellt werden.⁴⁸

⁴³ Für beide EGMR, Urt. vom 25.9.2003, Nr. 52792/99 (Rn. 33) – Vasileva/Dänemark; für Letzteres EGMR, Urt. vom 24.10.1979, Nr. 6301/73 (Rn. 37), EuGRZ 1979, 650 (653) – Winterwerp/Niederlande.

⁴⁴ EGMR, Urt. vom 3.10.2006, Nr. 543/03 (Rn. 30), NJW 2007, 3699 (3699 f.) – McKay/Vereinigtes Königreich.

⁴⁵ S. *Unfried*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 33 ff. m.w.N. auch zum Folgenden, insbes. zu lit. c).

⁴⁶ EKMR, Entsch. vom 13.12.1979, Nr. 8278/78 (Rn. 2), DR 18, 154 – X./Österreich; *Trechsel*, EuGRZ 1980, 514 (524) mit weiteren Fällen.

⁴⁷ EKMR, Entsch. vom 7.10.1980, Nr. 8916/80 (Rn. 4), DR 21, 250 – Freda/Italien.

⁴⁸ EGMR, Urt. vom 25.9.2003, Nr. 52792/99 (Rn. 37) – Vasileva/Dänemark.

d) Im Kontext einer Straftat

- 1083** Dritter Ansatz für eine Freiheitsentziehung ist die Vorführung vor die zuständigen Gerichtsbehörden, wenn ein hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach der Begehung einer solchen zu hindern (lit. c)). Der hinreichende Tatverdacht wird ohne Spezifizierung gefordert („eine Straftat“) und muss sich daher nicht auf eine bestimmte tatbestandsmäßige Handlung beziehen. Das gilt gerade für den Terrorismus. Um wirksamen Schutz vor ihm zu ermöglichen, ließ der EGMR auch geringe, nicht offen gelegte Verdachtsmomente genügen; sie müssen aber auf bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte gestützt sein, mögen diese auch noch so gering und indirekt sein.⁴⁹ Allerdings lässt sich darauf keine Prävention zur Verhinderung terroristischer Anschläge stützen. Erfasst wird nur die Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, also in einem strafprozessualen Kontext,⁵⁰ nicht hingegen, damit eine Straftat gar nicht erst begangen wird. Es muss also zumindest Wiederholungsgefahr auf der Basis eines bereits bestehenden Tatverdachts vorliegen.⁵¹

e) Besondere Personen

- 1084** Der vierte in Art. 5 Abs. 1 EMRK benannte Grund für eine Freiheitsentziehung besteht bei Minderjährigen zum Zwecke überwachter Erziehung oder Vorführung vor die zuständige Behörde (lit. d)), der fünfte hat zum Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, und greift bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern (lit. e)).⁵²

f) Ausländer

- 1085** Eine Freiheitsentziehung ist schließlich sechstens noch zur Verhinderung der unerlaubten Einreise möglich sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist (lit. f)). Die materielle Rechtmäßigkeit der Ausweisung oder Auslieferung ist dabei unbeachtlich.⁵³ Daher zählt nicht die Notwendigkeit einer Freiheitsentziehung, etwa um Straftaten oder ein Untertauchen des Betroffenen zu verhindern, sondern nur die Fortdauer des Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahrens ist maßgeblich.⁵⁴ Das gilt auch beim Freiheitsent-

⁴⁹ S. EGMR, Urt. vom 28.10.1994, Nr. 14310/88 (Rn. 58, 60 ff.), Ser. A 300-A – Murray/Vereinigtes Königreich.

⁵⁰ EGMR, Urt. vom 31.7.2000, Nr. 34578/97 (Rn. 50), RJD 2000-IX – Jecius/Litauen.

⁵¹ *Unfried*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 39.

⁵² Näher zu diesen Gruppen *Renzikowski*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 5 Rn. 188 ff.

⁵³ EGMR, Urt. vom 15.11.1996, Nr. 22414/93 (Rn. 112), NVwZ 1997, 1093 (1096 f.) – Chahal/Vereinigtes Königreich.

⁵⁴ EGMR, Urt. vom 5.2.2002, Nr. 51564/99 (Rn. 38), RJD 2002-I – Čonka/Belgien; auch Urt. vom 15.11.1996, Nr. 22414/93 (Rn. 112), NVwZ 1997, 1093 (1096 f.) – Chahal/Vereinigtes Königreich.

ziehungsgrund der unerlaubten Einreise, die so lange gegeben ist, wie keine formelle Einreiseerlaubnis in Form einer Aufenthaltsgenehmigung oder von Asyl erteilt ist.⁵⁵

Allerdings muss die Freiheitsentziehung Teil des Verfahrens zur Entscheidung über die Einreiseerlaubnis oder das Asyl sein – etwa in einem Schnellverfahren. Für dieses kann sie auch zur Verfahrensbeschleunigung angeordnet werden.⁵⁶ Sie hat daher mit Abschluss des Verfahrens zu enden und darf nicht unangemessen lange dauern.⁵⁷ Oder es muss schon bzw. noch ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange sein.⁵⁸ Wegen der Dominanz dieses Verfahrensaspekts zählt das formelle *Procedere*. Das Ausweisungs- oder Asylverfahren ist daher mit der notwendigen Sorgfalt zu betreiben. Die vorgesehenen rechtlichen Garantien müssen eingehalten sein.⁵⁹ Diese müssen insbesondere vor Willkür schützen⁶⁰ und eine eindeutige rechtliche Grundlage für jede Freiheitsentziehung vorsehen.⁶¹ Ansonsten ist eine Freiheitsentziehung auf der Basis von Art. 5 Abs. 1 lit. f) EMRK nicht mehr zulässig.⁶² **1086**

g) Absolutes Verbot im Übrigen

In allen anderen Fällen kommt eine Freiheitsentziehung nicht in Betracht. Diese ist damit praktisch absolut verboten, wenn keiner der vorstehend genannten Fälle vorliegt. Damit enthält Art. 6 Abs. 1 EGRC eine umfassende Freiheitsgarantie gegen Festnahme. Öffnungen bestehen nur in den Konstellationen nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK, der in Art. 6 EGRC hineinzulesen ist. **1087**

⁵⁵ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (Rn. 41, 44), NVwZ 2007, 913 (914 f.) – Saadi/Vereinigtes Königreich; bestätigt durch (GK), Urt. vom 29.1.2008 (Rn. 65).

⁵⁶ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (4. Leitsatz), NVwZ 2007, 913 (913) – Saadi/Vereinigtes Königreich.

⁵⁷ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (Rn. 44 f.), NVwZ 2007, 913 (915) – Saadi/Vereinigtes Königreich; bestätigt durch (GK), Urt. vom 29.1.2008 (Rn. 72, 79).

⁵⁸ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (Rn. 33), NVwZ 2007, 913 (914) – Saadi/Vereinigtes Königreich unter Verweis auf EGMR, Urt. vom 15.11.1996, Nr. 22414/93 (Rn. 112), NVwZ 1997, 1093 (1096 f.) – Chahal/Vereinigtes Königreich.

⁵⁹ EGMR, Urt. vom 15.11.1996, Nr. 22414/93 (Rn. 117 ff.), NVwZ 1997, 1093 (1097) – Chahal/Vereinigtes Königreich.

⁶⁰ EGMR, Urt. vom 24.11.1994, Nr. 17621/91 (Rn. 42), ÖJZ 1995, 394 (395) – Kemmache/Frankreich (Nr. 3); auch im Zusammenhang mit unerlaubter Einreise EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (Rn. 44 ff.), NVwZ 2007, 913 (915) – Saadi/Vereinigtes Königreich.

⁶¹ EGMR, Urt. vom 25.6.1996, Nr. 19776/92 (Rn. 50), NVwZ 1997, 1102 (1104) – A-muur u.a./Frankreich.

⁶² EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (Rn. 33), NVwZ 2007, 913 (914) – Saadi/Vereinigtes Königreich.

2. Verfahrensgarantien

a) Information

1088 Und auch in diesem Rahmen muss entsprechend Art. 5 Abs. 2 EMRK jeder festgenommenen Person unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden. Es müssen also – abhängig von den besonderen Umständen des Falles⁶³ – die wesentlichen rechtlichen und tatsächlichen Gründe in einfacher, nicht technischer Art innerhalb möglichst kurzer Frist⁶⁴ mitgeteilt werden, damit der Festgenommene ein Gericht anrufen kann, um die Rechtmäßigkeit der Festnahme prüfen zu lassen.⁶⁵ Dabei muss es sich um die konkret auf den Fall bezogenen, wirklichen Gründe handeln; diese dürfen nicht zurückgehalten und können auch zunächst nicht durch allgemeine Erklärungen bzw. Formblätter ersetzt werden.⁶⁶ Art. 5 Abs. 2 EMRK steht damit in unmittelbarem Zusammenhang mit der Garantie nach Art. 5 Abs. 4 EMRK, ohne dass auch über diese informiert werden müsste.⁶⁷

b) Richter- und Urteilsgarantien

1089 In den Fällen nach Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK, und damit bei strafprozessualen Hintergrund, muss zudem nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK eine Vorführung vor einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person erfolgen, und zwar von Amts wegen, also ohne Antrag,⁶⁸ und unverzüglich, mithin alsbald⁶⁹ und nicht innerhalb möglichst kurzer Frist wie für die Information nach Art. 5 Abs. 2 EMRK.⁷⁰ Aber auch insoweit genügen vier Tage Frist höchstens unter besonderen Umständen.⁷¹ Selbst Ermittlungen wegen

⁶³ EGMR, Urt. vom 8.2.2005, Nr. 49491/99 (Rn. 55 f.) – Bordovskiy/Russland; Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (Rn. 51), NVwZ 2007, 913 (915) – Saadi/Vereinigtes Königreich.

⁶⁴ Erfüllt bei allgemeiner Mitteilung anlässlich Festnahme und schriftlicher Begründung nach zwei Tagen, EGMR, Urt. vom 5.2.2002, Nr. 51564/99 (Rn. 48), RJD 2002-I – Čonka/Belgien, nicht hingegen bei vier Tagen Haft ohne Mitteilung, EGMR, Urt. vom 12.4.2005, Nr. 36378/02 (Rn. 416), RJD 2005-III – Shamayev u.a./Georgien u. Russland.

⁶⁵ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (Rn. 51), NVwZ 2007, 913 (915) – Saadi/Vereinigtes Königreich.

⁶⁶ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 13229/03 (Rn. 53 ff.), NVwZ 2007, 913 (915 f.) – Saadi/Vereinigtes Königreich.

⁶⁷ Dies sollte allerdings nach *Unfried*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 41 erfolgen.

⁶⁸ EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25642/94 (Rn. 49), NJW 2001, 51 (53) – Aquilina/Malta; Urt. vom 4.7.2000, Nr. 27915/95 (Rn. 50) – Niedbala/Polen.

⁶⁹ EGMR, Urt. vom 18.1.1978, Nr. 5310/71 (Rn. 199), Ser. A 25 – Irland/Vereinigtes Königreich.

⁷⁰ *Unfried*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 44 mit Fn. 95.

⁷¹ EGMR, Urt. vom 14.11.2000, Nr. 24396/94 (Rn. 86) – Tas/Türkei.

terroristischer Bedrohung begründen keine längere Frist ohne Vorführung.⁷² Es besteht also wenig Raum für eine flexible Handhabung, geht es doch um eine essenzielle Garantie, um Misshandlungen zu entdecken und Eingriffe in die persönliche Freiheit möglichst gering zu halten.⁷³

Ein Urteil muss gem. Art. 5 Abs. 3 S. 2 EMRK innerhalb angemessener Frist 1090 ergehen oder die betroffene Person muss während des Verfahrens entlassen werden, was allerdings von einer Sicherheitsleistung für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden kann. Wegen der Belastung durch die Untersuchungshaft bedarf es einer besonders zügigen Durchführung der Ermittlungen über den Anspruch auf ein beschleunigtes Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK hinaus. Art. 5 Abs. 3 S. 2 EMRK normiert damit den Beschleunigungsgrundsatz in Strafsachen.⁷⁴

Damit eine Person weiter in Haft gehalten werden kann, müssen die Gründe dafür weiterhin vorliegen und in einer Entscheidung zur Haftdauer regelmäßig explizit benannt werden. Der Richter muss die Gründe für die Haft tatsächlich prüfen, nachdem er den Festgenommenen angehört hat.⁷⁵ Dabei muss aber der Richter bei der ersten Vorführung nach der Festnahme nicht befugt sein, den Inhaftierten gegen Sicherheitsleistung zu entlassen; er muss freilich die Entlassung anordnen können.⁷⁶ Beide Möglichkeiten können auch von unterschiedlichen Gerichten geprüft und entschieden werden, wenngleich eine Vereinigung höchst wünschenswert wäre.⁷⁷ Grundlage für die Untersuchungshaft ist ein hinreichender Tatverdacht, der aber nach einer gewissen Zeit allein nicht mehr genügt. Es müssen dann wirkliche Erfordernisse von öffentlichem Interesse hinzukommen, welche auch angesichts der Unschuldsvermutung eine Ausnahme von der Regel, die persönliche Freiheit zu achten, rechtfertigen. Auch in diesem Fall müssen die nationalen Behörden den Fortgang des Verfahrens besonders gefördert haben.⁷⁸ Sie müssen mithin besonde- 1091

⁷² EGMR, Urt. vom 29.11.1988, Nr. 11209/84 u.a. (Rn. 62), Ser. A 145-B – Brogan/Vereinigtes Königreich.

⁷³ EGMR, Urt. vom 3.10.2006, Nr. 543/03 (Rn. 33), NJW 2007, 3699 (3700) – McKay/Vereinigtes Königreich.

⁷⁴ Ausführlich *Unfried*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 44 ff., 64 ff. auch zum Folgenden.

⁷⁵ EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25642/94 (Rn. 47), NJW 2001, 51 (53) – Aquilina/Malta; Urt. vom 3.10.2006, Nr. 543/03 (Rn. 35 f.), NJW 2007, 3699 (3700) – McKay/Vereinigtes Königreich; grundlegend bereits EGMR, Urt. vom 4.12.1979, Nr. 7710/76 (Rn. 31), EuGRZ 1980, 202 (205) – Schiesser/Schweiz.

⁷⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 3.10.2006, Nr. 543/03 (Rn. 36 ff.), NJW 2007, 3699 (3700 f.) – McKay/Vereinigtes Königreich.

⁷⁷ S. EGMR, Urt. vom 3.10.2006, Nr. 543/03 (Rn. 47 ff.), NJW 2007, 3699 (3702) – McKay/Vereinigtes Königreich.

⁷⁸ EGMR, Urt. vom 29.7.2004, Nr. 49746/99 (Rn. 37 f.), NJW 2005, 3125 (3126) – Čevizović/Deutschland; Urt. vom 5.7.2001, Nr. 38321/97 (Rn. 39), NJW 2003, 1439 (1440) – Erdem/Deutschland; auch etwa Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30210/96 (Rn. 110), NJW 2001, 2694 (2696) – Kudła/Polen; ebenso Urt. vom 30.10.2003, Nr. 38654/97 (Rn. 64 f.) – Goral/Polen.

re Sorgfalt (*particular diligence/diligence particulière*) an den Tag gelegt haben, um die Untersuchungshaft auf eine angemessene Dauer zu begrenzen.⁷⁹

c) *Haftprüfung*

- 1092** Die entsprechende Person muss beantragen können, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist (s. Art. 5 Abs. 4 EMRK). Dabei muss effektiver Rechtsschutz ohne unverhältnismäßig hohe Anforderungen bestehen,⁸⁰ der ein kontradiktorisches, faires Verfahren bei Waffengleichheit zwischen Inhaftiertem und Ermittlungsbehörde einschließt.⁸¹

d) *Zusätzliche Abwehrrechte*

- 1093** Diese Ausgestaltung in Art. 5 EMRK belegt nochmals deutlich, dass der Kern von Art. 6 EGRC im Schutz vor Freiheitsentziehung besteht und dafür umfassende Garantien bereithält. Er bildet damit ein klassisches Abwehrrecht des Bürgers, und nur zu dessen Unterstützung bestehen positive Verpflichtungen des Staates.⁸² Solche bestehen in genauen Aufzeichnungspflichten über den Ort, die Zeit und die genauen Umstände einer Festnahme. Schließlich ist nur so eine nachträgliche Kontrolle möglich, um ggf. die Verantwortlichen zur Rechenschaft zu ziehen.⁸³

3. Schadensersatz

- 1094** Bei Verletzung des Schutzes vor Festnahmen oder Freiheitsentziehung besteht Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 5 Abs. 5 EMRK. Dieser Anspruch muss in eine Norm des mitgliedstaatlichen Rechts Eingang gefunden haben und auf dieser Basis tatsächlich durchgesetzt werden können, mithin ausreichend sicher sein.⁸⁴ Er besteht nur bei Verstoß gegen eine der vorstehenden Garantien, nicht hingegen al-

⁷⁹ Grundlegend EGMR, Urt. vom 27.6.1968, Nr. 2122/64 (Rn. 20), Ser. A 7 – Wemhoff/Deutschland; auch z.B. Urt. vom 16.11.2001, Nr. 41852/98 (Rn. 40 ff.) – Vaccaro/Italien.

⁸⁰ S. auch EGMR, Urt. vom 9.1.2003, Nr. 38822/97 (Rn. 83 ff.), RJD 2003-I (extracts) – Shishkor/Bulgarien.

⁸¹ Z.B. EGMR, Urt. vom 13.2.2001, Nr. 24479/94 (Rn. 44), NJW 2002, 2013 (2014) – Lietzow/Deutschland; Urt. vom 13.2.2001, Nr. 25116/94 (Rn. 44), NJW 2002, 2015 (2017) – Schöps/Deutschland; Urt. vom 13.2.2001, Nr. 23541/94 (Rn. 39), NJW 2002, 2018 (2019) – Garcia Alva/Deutschland; im Einzelnen *Unfried*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 58 ff.

⁸² Bezogen auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 6.

⁸³ EGMR, Urt. vom 25.5.1998, Nr. 24276/94 (Rn. 125), Rep. 1998-III – Kurt/Türkei; Urt. vom 14.11.2000, Nr. 24396/94 (Rn. 85) – Tas/Türkei; auch Urt. vom 18.6.2002, Nr. 25656/94 (Rn. 371) – Orhan/Türkei.

⁸⁴ EGMR, Urt. vom 26.11.1997, Nr. 23878-23883/94 (Rn. 60), Rep. 1997-VII – Sakik u.a./Türkei; Urt. vom 18.12.2002, Nr. 24952/94 (Rn. 52), RJD 2002-X – N. C./Italien.

lein deshalb, weil die der Freiheitsentziehung zugrunde liegende Entscheidung aufgehoben wurde,⁸⁵ und ersetzt alle Schäden einschließlich immaterieller.⁸⁶

III. Sicherungen als Rechte auf ordnungsgemäße Freiheitsentziehung

Bei diesen Sicherungen nach Art. 5 Abs. 2-5 EMRK handelt es sich zwar um Gewährleistungen beim Freiheitsentzug, an die dieser gekoppelt ist. So werden sie denn auch als so genannte Schranken-Schranken betrachtet,⁸⁷ partiell auch als Leistungsrechte angesehen.⁸⁸ Indes handelt es sich immerhin um Rechte im Rahmen des Freiheitsentzuges, die spezifisch bei seiner Durchführung einzuhalten sind. Sie treten daher als Surrogate an die Stelle des Hauptrechtes, von Freiheitsentzug verschont zu bleiben. Sie bilden Rechte auf eine ordnungsgemäße Freiheitsentziehung. Der Schadensersatzanspruch sanktioniert ungerechtfertigte Festnahmen oder Freiheitsentziehungen, bildet also dann den Sekundäranspruch bei Verletzung des Primärrechts. **1095**

Damit handelt es sich bei einer entsprechend weiten Auslegung von Art. 52 Abs. 3 EGRC ebenfalls um Rechte nach der EMRK, welche dann auch mit gleicher Bedeutung und Tragweite in der EGRC Anwendung finden müssen.⁸⁹ Schließlich sind diese Gewährleistungen untrennbar mit dem Hauptrecht auf Freiheit auch nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK verbunden und wurden nur deshalb nicht explizit in die EGRC aufgenommen, weil man diese Verbindung sah und die EGRC nicht überfrachten, sondern mit diesem Hauptrecht in Anlehnung an die EMRK gestalten wollte. Werden diese Rechte verletzt, bildet auch dies bereits einen Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit und damit nicht nur eine Schranken-Schranke. **1096**

C. Recht auf Sicherheit

I. Enger Begriff der Sicherheit

Das Recht auf Sicherheit ist neben dem auf Freiheit in Art. 6 EGRC platziert, was auf den ersten Blick für eine gleichgewichtige Bedeutung spricht. Damit liegt ein **1097**

⁸⁵ S. EGMR, Urt. vom 10.12.2002, Nr. 53236/99 (Rn. 87) – Waite/Vereinigtes Königreich; BGHZ 122, 268 (279 ff.).

⁸⁶ EGMR, Urt. vom 18.12.2002, Nr. 24952/94 (Rn. 49 ff.), RJD 2002-X – N. C./Italien; auch BGHZ 57, 33 (44 ff.).

⁸⁷ Baldus, in: Heselhaus/Nowak, § 14 Rn. 34 ff.; Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 30.

⁸⁸ Baldus, in: Heselhaus/Nowak, § 14 Rn. 63 ff. für die Ansprüche auf Information, Vorführung und Aburteilung, gerichtliche Entscheidung, Schadensersatz sowie Protokollierung.

⁸⁹ So auch Beutler, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 6 EU Rn. 131; Lemmens, MJ 2001, 49 (57).

eigenständiger Schutzbereich nahe.⁹⁰ Allerdings sind die Begriffe Freiheit und Sicherheit durch ein „und“ verklammert. Zudem heißt es nicht „Recht auf Freiheit und Recht auf Sicherheit“, womit eindeutig zwei verschiedene Rechte in einem Grundrecht vereint wären, denen jeweils eine eigene Bedeutung zukommen müsste. Vielmehr heißt es „Recht auf Freiheit und Sicherheit“, so dass beide auch in einem verbunden sein können. Damit vermögen sie ein einheitliches Ganzes zu bilden. Zugleich kann die Freiheit auch durch die Sicherheit konkretisiert werden und anders herum.

1098 Auch in Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK wird das Recht auf Freiheit und Sicherheit garantiert, ohne dass der Sicherheitskomponente eine eigene Bedeutung zukommt. Vielmehr wird die Sicherheit zusammen mit der Freiheit betrachtet und als deren Erweiterung dahin angesehen, dass ein effektiver Schutz gegen willkürliche staatliche Eingriffe in das Recht auf Freiheit gewährleistet ist.⁹¹ Daraus erwächst Rechtssicherheit bei Freiheitsentziehungen und kein umfassendes Grundrecht auf Sicherheit. Das liegt parallel zu der begrenzten Tragweite des Freiheitsbegriffs, welcher sich im Wesentlichen auf den Freiheitsentzug beschränkt und sich nicht auf die allgemeine Handlungsfreiheit erstrecken kann.⁹² Damit ist auch das Recht auf Sicherheit in diesen durch den beschränkten Freiheitsbegriff sehr begrenzten Kontext von Art. 6 EGRC gestellt.

1099 Eine solche Garantie der Rechtssicherheit des Einzelnen gegen den Staat trifft genau die Bedeutung des Begriffes „sûreté“, der in der verbindlichen französischen Fassung der EMRK auftaucht⁹³ und auch in die französische Fassung von Art. 6 EGRC Eingang gefunden hat.⁹⁴ Die enge Anlehnung von Art. 6 EGRC an Art. 5 EMRK erfordert eine gleichermaßen enge Sicht und verbietet daher eine umfassende Erweiterung des Rechts auf Sicherheit als ein gleichsam eigenständiges Grundrecht neben dem Recht auf Freiheit. Ein solches ist trotz entsprechender Verstöße⁹⁵ von der Rechtsprechung gerade nicht anerkannt worden.⁹⁶ Wie beim Freiheitsbegriff können sich allenfalls behutsame Erweiterungen aufgrund der zunehmenden Verdichtung der europäischen Grundrechtsstandards ergeben.⁹⁷ Das betrifft dann aber eher eine Ausdehnung rechtsstaatlicher Sicherungen und damit eine Ergänzung des in Art. 5 Abs. 2-5 EMRK aufgeführten Kanons.

⁹⁰ So im Ansatz und letztlich auch im Ergebnis *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 21 und nach Aufzeigen der verschiedenen Gegengründe dann schließlich in Rn. 25.

⁹¹ S. EGMR, Urt. vom 8.6.1976, Nr. 5100-5102/71 u.a., EuGRZ 1976, 221 (224) – Engel u.a./Niederlande; auch Urt. vom 25.6.1996, Nr. 19776/92 (Rn. 42), NVwZ 1997, 1102 (1103) – Amuur u.a./Frankreich sowie Urt. vom 25.5.1998, Nr. 24276/94 (Rn. 123), Rep. 1998-III – Kurt/Türkei.

⁹² S.o. Rn. 1060 ff.

⁹³ Näher dazu *Frowein/Peukert*, Art. 5 Rn. 4.

⁹⁴ Darauf verweisend auch *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 21 a.E.

⁹⁵ Jedenfalls in Deutschland, *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, passim; später *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 84 ff.

⁹⁶ *Baldus*, in: Heselerhaus/Nowak, § 14 Rn. 13.

⁹⁷ S.o. Rn. 1067.

II. Schutz vor terroristischen Handlungen?

1. Begrenzter Ansatz von Art. 6 EGRC

Allerdings hat der EGMR über diese enge Konzeption hinaus Art. 5 EMRK eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten entnommen, alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz ihrer Bürger namentlich vor kriminellen Übergriffen anderer zu ergreifen. Das Grundrecht auf Sicherheit könnte daher zum Grundrecht auf Opferschutz mutiert sein.⁹⁸ Aus Sicht des EGMR gilt das freilich nur, wenn die Behörden ein reelles und unmittelbar bevorstehendes Risiko für das Leben von einer oder mehrerer bestimmten Personen kennen oder kennen müssen.⁹⁹ Dieser Ansatz könnte vor dem Hintergrund der danach eingetretenen Entwicklung, nämlich den verschiedenen terroristischen Anschlägen islamistischer Organisationen seit dem 11.9.2001, zu einer Sicherheitssäule insbesondere gegen den Terrorismus verstärkt werden. Danach hätte der Staat die Pflicht, umfassend für die Sicherheit seiner Bürger zu sorgen und diese daher vor solchen Anschlägen zu bewahren. Das würde mit der allgemeinen Dogmatik korrespondieren, den europäischen Grundrechten auch eine Schutzpflicht zu entnehmen.¹⁰⁰ Insoweit geht der generelle Ansatz der europäischen Grundrechte ohnehin über den der EMRK hinaus, welche in erster Linie als Abwehrrechte gesehen werden. **1100**

Im Bereich des Habeas-corpus-Rechts nach Art. 6 EGRC ist allerdings in Übereinstimmung mit Art. 5 EMRK der Bezug auf den Freiheitsentzug und die dabei notwendigen Sicherungen zu beachten. Der sich daraus ergebende Schutz ist als Abwehrrecht konzipiert. Daher können jedenfalls in diesem Rahmen Schutzpflichten nur hinzutreten, ohne als eigene Schutzkomponente über diesen freiheitlichen Ansatz hinaus fungieren zu können.¹⁰¹ **1101**

2. Recht auf Leben und Gesundheit

Überdies muss eine Schutzpflicht im Hinblick auf die Sicherheit vor terroristischen Anschlägen auch thematisch nicht notwendig in Art. 6 EGRC verankert werden. Vielmehr bedrohen terroristische Anschläge Leib und Leben. Das Recht auf Leben folgt indes aus Art. 2 Abs. 1 EGRC, ohne dass dieses lediglich einen Schutz vor der Todesstrafe gewährt, welche in Art. 2 Abs. 2 EGRC eigens aufgeführt wird. Gem. Art. 3 Abs. 1 EGRC steht jeder Person das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit zu. Insoweit wird ebenfalls eine Schutzpflichtendimension bejaht.¹⁰² Auch im Rahmen der deutschen Verfassung werden Schutzpflichten gegenüber terroristischen Anschlägen aus Art. 2 Abs. 2 GG und damit aus dem Recht **1102**

⁹⁸ S. den Titel von *Burgi*, in: FS für Isensee, 2007, S. 655 für die deutsche Diskussion.

⁹⁹ EGMR, Urt. vom 28.10.1998, Nr. 23452/94 (Rn. 115 f.), Rep. 1998-VIII – *Osman/Vereinigtes Königreich*.

¹⁰⁰ S.o. Rn. 359 ff.

¹⁰¹ Im Rahmen dieses Argumentationspunktes ähnlich auch *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 22.

¹⁰² Etwa *Streinz*, in: ders., Art. 3 GR-Charta Rn. 4; näher o. Rn. 958 ff.

auf Leben und Gesundheit abgeleitet.¹⁰³ Daher kann auch aus den europäischen Grundrechten unabhängig von einer weiten Sicht des Art. 6 EGRC ein zumindest rechtsgutbezogenes Recht auf Sicherheit abgeleitet werden, welches hinreichenden Schutz vor terroristischen Anschlägen bietet, da diese regelmäßig Leib und Leben bedrohen. Zudem ist ein Schutz auch im Hinblick auf das Eigentum denkbar, wenn man Art. 17 EGRC eine solche Komponente als Kehrseite zum Abwehrrecht und als notwendige Grundlage sicherer unternehmerischer Entfaltung zugesteht.¹⁰⁴

- 1103** Für die Konzentration eines Rechts auf Sicherheit gegenüber terroristischen Angriffen auf Art. 2 und 3 EGRC spricht auch die Trennung zwischen Freiheitsrechten in Titel II und den Rechten, welche auf die Würde des Menschen bezogen sind, in Titel I. Letztere beinhalten eher eine Schutzkomponente, während die Freiheitsrechte auf Abwehr staatlicher Eingriffe ausgerichtet sind. Schon Art. 1 EGRC stellt die Achtung und den Schutz der Würde des Menschen gleich. Da dieses Grundrecht insbesondere auf die in Titel I platzierten Grundrechte ausstrahlen wird, ist vor allem für diese im Wesentlichen eine Schutzkomponente vorgesehen. Demgegenüber bilden die Grundrechte des Titels II in erster Linie Freiheitsrechte gegen den Staat und nicht gegen Bedrohungen Privater, was für Art. 6 EGRC als erstes Grundrecht dieses Titels II eine Konzentration auf den Schutz vor Freiheitsentzug und eine damit verbundene Sicherheit ergibt. Bei einer beabsichtigten Weiterung hätte man Art. 6 EGRC auch in Titel I „Würde des Menschen“ platzieren und damit Titel II erst bei Art. 7 EGRC beginnen lassen können.

3. Raum der Sicherheit als Aufgabenorm

- 1104** Eine solche enge Konzeption steht auch nicht in Widerspruch zu dem bereits jetzt in den Vertragstexten als Ziel formulierten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Insoweit handelt es sich vielmehr um eine Aufgabenstellung, welche zudem primär den Mitgliedstaaten obliegt. Somit handelt es sich gerade um keine unmittelbare Berechtigung im Rahmen des Unionsrechts, sondern um eine erst zu entfaltende und zu konkretisierende Zielvorstellung und Vision. Deren fehlende individuelle Einforderbarkeit würde durch ein Grundrecht auf Sicherheit, welches einen Anspruch auf europäische Schutzmaßnahmen vermittelt,¹⁰⁵ unterhöhlt. Daher bleibt es bei der bloßen allgemeinen Aufgabenstellung, eine hinreichende Sicherheit auch im Binnenmarkt zu verwirklichen, welche aber nicht grundrechtlich abgesichert ist.

¹⁰³ BVerfGE 46, 160 (164) – Schleyer.

¹⁰⁴ Näher u. Rn. 2999 ff.

¹⁰⁵ Lediglich eine objektiv-rechtliche Verankerung, aber dennoch eine Sorgepflicht i.S.d. Gewährleistung eines Status positivus annehmend *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 25 f.

III. Beschränkung auf Rechtssicherheit

Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC würde zwar einen über den Schutz der EMRK hinausgehenden Gewährleistungsgehalt ermöglichen,¹⁰⁶ macht ihn aber nicht zwingend und kann nur eingeschränkt greifen, wenn ein Grundrecht der EGRC ganz bewusst wortgetreu der entsprechenden Gewährleistung der EMRK nachgebildet wurde, wie dies für Art. 6 EGRC zutrifft. Damit bleiben die europäischen Bürger gleichwohl nicht ohne Schutz, kann dieser doch bezogen auf Leben und Gesundheit an Art. 2 und 3 EGRC angebunden werden. Daher entstehen auch keine Schutzlücken vor dem Hintergrund terroristischer Gefahren. **1105**

Das Recht auf Sicherheit im Rahmen von Art. 6 EGRC bezieht sich damit insbesondere auf rechtsstaatliche Sicherungen und beinhaltet die auch vom EuGH geforderte Garantie vor Willkür bei Maßnahmen des Freiheitsentzugs.¹⁰⁷ Damit kann sich nämlich der Einzelne sicher fühlen, nicht ohne Grund und ohne jegliche Grundlage seiner Freiheit beraubt zu werden. Die rechtsstaatlichen Sicherheiten, dass ein Freiheitsentzug nur in bestimmten Fällen und auf gesetzlich vorgeschriebene Weise erfolgen darf, ist so nicht nur Ausdruck des Rechts auf Freiheit, sondern auch der Sicherheit. Der Einzelne kann damit den Freiheitsentzug näher vorhersehen. Er hat Rechtssicherheit. **1106**

D. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

Sämtliche Antastungen des Rechts auf Freiheit und Sicherheit können Beeinträchtigungen von Art. 6 EGRC bilden. Das gilt also auch, wenn die in Art. 5 Abs. 2-5 EMRK genannten und in Art. 6 EGRC hinein zu interpretierenden Rechte bei erfolgtem Freiheitsentzug angetastet werden. Auch in solchen Fällen wird in das Grundrecht nach Art. 6 EGRC eingegriffen. Das trifft natürlich in erster Linie dann zu, wenn jemand tatsächlich seiner Freiheit beraubt wird. Aber auch die Pflicht, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, kann eine Beeinträchtigung bilden.¹⁰⁸ Solche Konstellationen können auch das Handeln im Rahmen europäischer Einsätze betreffen, soweit die Kompetenzen reichen. Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik schließt schon jetzt gemeinsame Aktionen ein, zu denen auch polizeiliche Aktionen und damit freiheitsentziehende Maßnahmen gehören. Jedenfalls können sich widersetzende Personen vorläufig festgehalten werden.¹⁰⁹ Vor allem aber bei der Normgebung auf europäischer Ebene, namentlich um Strafen bei organisierter Kriminalität, Terrorismus und illegalem Drogenhandel festzulegen (s. Art. 31 Abs. 1 lit. e) EU/83 Abs. 1 AEUV), sind die Sicherungen des Art. 6 EGRC i.V.m. Art. 5 EMRK strikt einzuhalten. **1107**

¹⁰⁶ Darauf verweisend Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 24.

¹⁰⁷ S. auch EGMR (GK), Urt. vom 29.1.2008, Nr. 13329/03 (Rn. 69) – Saadi/Vereinigtes Königreich.

¹⁰⁸ Baldus, in: Heselhaus/Nowak, § 14 Rn. 24.

¹⁰⁹ Baldus, in: Heselhaus/Nowak, § 14 Rn. 27.

- 1108** Ein Eingriff liegt auch dann vor, wenn jemand ohne gesetzliche Grundlage oder über die Fälle, welche in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK genannt werden, hinaus seiner Freiheit beraubt wird. Hier ist dann primär das Recht auf Sicherheit von solchen nicht näher vorhersehbaren Handlungen beeinträchtigt.
- 1109** Da aus Art. 6 EGRC weder eine allgemeine Handlungsfreiheit noch ein umfassendes Recht auf Sicherheit folgen,¹¹⁰ sind die Eingriffe auf den vorgenannten engen Bereich beschränkt. Insbesondere erwachsen aus Art. 6 EGRC keine Schutzpflichten, Sicherheit vor terroristischen Anschlägen zu gewähren; Grundlage dafür sind höchstens Art. 2, 3 EGRC.¹¹¹ Somit ist Art. 6 EGRC als Schutzpflicht auch kaum einschlägig, außer staatliche Maßnahmen bieten keine hinreichenden Vorkehrungen, damit die rechtsstaatlichen Sicherungen nach Art. 5 Abs. 2-5 EMRK eingehalten werden können. Insoweit handelt es sich aber eher um Ansprüche auf sachgerechte Organisation, welche Verstöße grundsätzlich ausschließen, sowie um einen Grundrechtsschutz durch Verfahren, welcher einen nicht rechtsstaatlichen Maßstäben entsprechenden Freiheitsentzug unmöglich macht.
- 1110** Zugleich bilden die Sicherungen nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK, dass nämlich die Freiheit nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden darf, eine Schranke in Form eines Gesetzesvorbehalts. Dieser ist auch in Art. 52 Abs. 1 EGRC enthalten. Von daher wird teilweise von „doppelten“ Schranken gesprochen.¹¹² Indes ist bei spezifischer Anordnung grundsätzlich jedes Grundrecht in Eigenständigkeit zu sehen. Hier greift wegen der Nähe zur EMRK Art. 52 Abs. 3 EGRC. Die volle Bedeutung und Tragweite ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK, der spezifisch formuliert ist, indem er sich eindeutig sowohl auf das „Ob“ als auch auf das „Wie“ bezieht. Daher ist diese Schrankenregelung hier hereinzunehmen.¹¹³ Für die Ausgestaltung der Freiheitsentziehung und dabei vor allem für die Dauer sind weiter die Gründe relevant, auf die sie gestützt wird. So darf ein Betroffener nach Art. 5 Abs. 1 lit. f) EMRK nur so lange festgehalten werden, wie das Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren dauert. Das ist Ausdruck der Verhältnismäßigkeit, die damit sachgebietsspezifisch entsprechend dem jeweiligen Freiheitsentziehungsgrund zu prüfen ist. So ist es gerechtfertigt, einen Asylsuchenden sieben Tage und dabei auch zusätzlich noch einen Tag bis zur offiziellen Zurückweisung des Asylgesuchs festzuhalten.¹¹⁴
- 1111** Für Freiheitsentziehungen über die Fälle des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a)-f) EMRK hinaus besteht keine Legitimationsgrundlage. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen abgeschlossenen Kanon. Art. 6 EGRC sieht genauso wenig wie Art. 5 EMRK weiter gehende Rechtfertigungsmöglichkeiten vor.

¹¹⁰ S.o. Rn. 1060 ff., 1097 ff.

¹¹¹ S.o. Rn. 1100 ff.

¹¹² Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (3).

¹¹³ Für Verdrängung auch Bernsdorff, in: Meyer, Art. 6 Rn. 13; offen lassend hingegen Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 29, der aber gleichwohl an die Rspr. des EGMR bei den speziellen Schranken anknüpfen will. Der dogmatisch direkte Weg ist dann die entsprechende Heranziehung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK.

¹¹⁴ EGMR (GK), Urt. vom 29.1.2008, Nr. 13329/03 (Rn. 72 f., 79) – Saadi/Vereinigtes Königreich.

E. Prüfungsschema zu Art. 6 EGRC

1. Schutzbereich

1112

- a) Freiheitsentzug nur in den Fällen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK mit Verfahrensgarantien
- b) Sicherheit nur akzessorisch: Rechtssicherheit; kein Anspruch auf Sicherheit z.B. vor Terror

2. Beeinträchtigung

Freiheitsberaubung etwa auch bei Kampfeinsätzen

3. Rechtfertigung

Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK sowie Verhältnismäßigkeit

§ 2 Asylrecht

A. Nur begrenzte Garantie

I. Bloße Gewährleistung ohne Vorbild

Obwohl weder die EMRK noch die bisherige Rechtsprechung von EuGH und EuG ein Asylrecht vorsehen, war die Gewährleistung eines solchen während der Beratungen zur EGRC nicht umstritten. Hintergrund war, dass die meisten Staaten aus internationalen Verträgen und Übereinkommen an ein solches Recht gebunden waren.¹¹⁵ Daher gewährleistet Art. 18 EGRC das Recht auf Asyl nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28.7.1951¹¹⁶ (Genfer Flüchtlingskonvention) und des Protokolls vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge.¹¹⁷ Damit wurde auf diese Konvention und andere internationale Verträge ausdrücklich Bezug genommen.¹¹⁸

¹¹⁵ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 1.

¹¹⁶ Verkündet mit Gesetz vom 1.9.1953 (BGBl. II S. 559), in Kraft getreten am 22.4.1954 gem. Bekanntmachung des Bundesministers des Auswärtigen vom 25.4.1954 (BGBl. II S. 619).

¹¹⁷ BGBl. II 1969 S. 1294, in Kraft getreten für die Bundesrepublik Deutschland am 5.11.1969 gem. Bekanntmachung vom 14.4.1970 (BGBl. II S. 194).

¹¹⁸ Zur Diskussion darüber Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 306 f.

II. Grundrechtliche Fortführung der bisherigen Asylmaßnahmen

- 1114** Auf europäischer Ebene gab es bislang zwar kein Asylrecht, aber eine Asylpolitik. Diese verwies gleichfalls auf das in Art. 18 EGRC genannte Genfer Abkommen und das dazugehörige Protokoll sowie auf weitere einschlägige Verträge. Ausgehend von diesen in Art. 63 EG/78 AEUV ausdrücklich genannten Bezugspunkten sollen näher bestimmte Maßnahmen beschlossen werden. Nunmehr ist ein „Europa des Asyls“ im Gespräch, ein „Europäischer Pakt über Immigration und Asyl“.¹¹⁹ Er soll darauf abzielen, „gemeinsame Garantien“ und einen einheitlichen Flüchtlingsstatus sowie „eine einzige Institution, ein Verfahren und ein(en) Kriterienkatalog“ zu schaffen,¹²⁰ um Anträge auf Asyl oder Anerkennung als Flüchtling zu bearbeiten. Wird jemand nicht als Flüchtling anerkannt, können sich in Zukunft Maßstäbe aus einer EU-Richtlinie zur Abschiebung ergeben. Nach einem fortentwickelten Richtlinienvorschlag¹²¹ soll die Abschiebehaft auf höchstens 18 Monate limitiert sein und ein fünfjähriges Wiedereinreiseverbot für Abgeschobene gelten. Die Prozesskostenhilfe für illegale Einwanderer ist noch umstritten.¹²²
- 1115** Die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte nehmen auf Art. 63 EG/78 AEUV ausdrücklich Bezug.¹²³ Auf der Basis der darin genannten Verträge sollte damit eine gemeinsame Politik mit Asylmaßnahmen ausgeformt werden. Es ging also um sekundärrechtliche Gestaltung, nicht aber um unmittelbare rechtliche Gewährung. Indem Art. 18 EGRC an Art. 63 EG/78 AEUV ausdrücklich anknüpft, kann er schwerlich in Abwendung von dessen Konzeption ein durchgehend einfordersbares individuelles Recht enthalten. Das Asylrecht wird daher explizit nur nach Maßgabe des Vertragsrechts gewährleistet. Deshalb geht es lediglich um eine Inkorporation der internationalen Abkommen in die EGRC und im Übrigen wird auf die vorhandene europäische Rechtsetzung verwiesen.
- 1116** Letztlich handelt es sich um eine objektiv-rechtliche Garantie, die allerdings offen formuliert ist. Der Kreis der Berechtigten wird nicht benannt und ist damit auch nicht beschränkt. Art. 18 EGRC gilt somit nicht allein für Drittstaatsangehörige, enthält freilich auch für diese keinen einfordersbaren Anspruch.¹²⁴

¹¹⁹ Von Seiten Frankreichs für seine Ratspräsidentschaft, FAZ vom 30.5.2008, S. 5: Paris will ein „Europa des Asyls“; s. auch Grünbuch über das künftige Gemeinsame Europäische Asylsystem, KOM (2007) 301 endg.

¹²⁰ Die Zitate stammen aus FAZ vom 30.5.2008, S. 5: Paris will ein „Europa des Asyls“.

¹²¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, KOM (2005) 391 endg. Die Innenminister der EU einigten sich auf ihrer Ratssitzung am 5./6.6.2008 in Luxemburg auf eine Version, der das Europäische Parlament schließlich noch zustimmen muss, s. vorläufige Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union Nr. 9956/08 (Presse 146).

¹²² FAZ vom 6.6.2008, S. 4: EU-Richtlinie zur Abschiebung.

¹²³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007 C 303, S. 17 (24).

¹²⁴ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 1; zu den verschiedenen Vorschlägen ausführlich Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 197.

III. Gewährleistungen in anderen Bestimmungen

Dass damit keine umfassend subjektiv einforderbare grundrechtliche Gewährleistung des Asylrechts in der EGRC besteht, wird insofern teilweise kompensiert, als aus anderen Artikeln Abschiebungshindernisse und notwendige Einreisemöglichkeiten folgen. Beide Rechte resultieren vor allem aus dem Schutz der Familie. Er kann nur sichergestellt werden, wenn Familien nicht auseinander gerissen werden bzw. sich über Staatsgrenzen hinweg vereinigen dürfen. Hierzu gibt es auch eine feste Rechtsprechung des EGMR.¹²⁵ Spezifische Abschiebungshindernisse lassen sich aus dem Verbot der Folter und unmenschlicher Behandlung – etwa für die Ausweisung eines kurz vor dem Tod stehenden Aidskranken, der zwingend hochentwickelte Behandlungsmethoden benötigt¹²⁶ – sowie allgemeiner aus dem Schutz der Menschenwürde ableiten.¹²⁷ **1117**

Damit werden zwar die gravierendsten Fälle abgedeckt, so dass ein fehlendes subjektiv einforderbares Asylgrundrecht auf europäischer Ebene nicht ins Gewicht fällt. Indes bleiben minderschwere Fälle auf europäisches Sekundärrecht angewiesen. Es gilt hier die Richtlinie über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes.¹²⁸ **1118**

Weil es sich dabei um bloßes Sekundärrecht handelt und Art. 18 EGRC nur auf Vertragsrecht verweist, nicht hingegen auf sämtliche Sekundärrechtsakte, sowie als primären Ansatzpunkt die internationalen Abkommen hat, kommt der RL 2004/83/EG kein interpretationsleitender Charakter zu. Sie berührt auch nach ihrem eigenen Art. 20 Abs. 1 nicht die in der Genfer Flüchtlingskonvention verankerten Rechte. **1119**

Basis der Auslegung sind deshalb die Bestimmungen der in dem Grundrecht selbst benannten Genfer Flüchtlingskonvention und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge.¹²⁹ Höchstens soweit diese durch Unionsorgane konkretisiert wurden, sind europäische Dokumente maßgeblich. Das trifft etwa für den gemeinsamen Standpunkt des Rates der EG zur Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention¹³⁰ zu. Im Wesentlichen gilt aber die Rechtspraxis der Konventionsstaaten und -organe, welche den Inhalt der explizit in Art. 18 EGRC benannten internationalen Abkommen näher prägen.¹³¹ **1120**

¹²⁵ Ausführlich u. Rn. 1307 ff.

¹²⁶ EGMR, Urt. vom 2.5.1997, Nr. 30240/96 (Rn. 51 ff.), NVwZ 1998, 161 (162) – D./Vereinigtes Königreich.

¹²⁷ S.o. Rn. 989.

¹²⁸ RL 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004, ABl. L 304, S. 12; berichtigt durch ABl. 2005 L 204, S. 24.

¹²⁹ BGBl. II 1969 S. 1294, in Kraft getreten für die Bundesrepublik Deutschland am 5.11.1969 gem. Bekanntmachung vom 14.4.1970 (BGBl. II S. 194).

¹³⁰ Gemeinsamer Standpunkt vom 4.3.1996 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegt – betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs „Flüchtling“ in Art. 1 des Genfer Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, ABl. L 63, S. 2.

¹³¹ Im Einzelnen *Jochum*, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 7, 10.

- 1121** Soweit danach kein individuell einforderbares Recht auf Asyl besteht, sind höchstens die nationalen Verfassungen einschlägig. Diese enthalten aber nicht durchgehend ein Asylgrundrecht, wie dieses etwa nach Art. 16a GG aufgrund der besonderen deutschen Geschichte ausgeprägt ist. Damit hebt auch Art. 18 EGRC nicht diese besonderen Rechte mitgliedstaatlicher Verfassungen auf die europäische Ebene und bleibt umgekehrt nicht hinter den gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten zurück. Diese können daher auch nicht gem. Art. 52 Abs. 4 EGRC verstärkend auf Art. 18 EGRC einwirken.

B. Bedeutung als objektive Gewährleistung

I. Genese

- 1122** Entsprechend diesem Entstehungshintergrund enthält Art. 18 EGRC kein umfassendes subjektives Recht.¹³² Es genügt nicht die bloße Aufnahme von Art. 18 EGRC in die Charta.¹³³ Vielmehr sollte an die Asylpolitik nach Art. 63 EG/78 AEUV angeknüpft werden. Ein individuell einforderbares Grundrecht würde den politischen Charakter dieser Norm umgehen. Für diese Sicht spricht auch der Wortlaut „gewährleistet“ in Art. 18 EGRC. Zwar würde eine Anerkennung als subjektives Recht den Schutz nach Art. 18 EGRC erheblich effektivieren. Indes ging es ausweislich der Erläuterungen zur EGRC um eine Anknüpfung an den bisherigen Rechtszustand auf der Basis von Art. 63 EG/78 AEUV und um die Inkorporierung der in Art. 18 EGRC aufgeführten internationalen Abkommen.
- 1123** Zu dieser Anknüpfung an Art. 63 EG/78 AEUV passt, dass in den Erläuterungen zur EGRC auf die dem Amsterdamer Vertrag beigefügten Protokolle über das Vereinigte Königreich und Irland sowie Dänemark verwiesen wird, um näher festzulegen, inwieweit diese Mitgliedstaaten das ergangene Unionsrecht heranziehen und Art. 18 EGRC auf sie Anwendung findet.¹³⁴ Damit sollten die bisherigen Vorbehalte der Mitgliedstaaten gewahrt werden.
- 1124** Weiter gehend ist die Zuständigkeit der EU-Länder für das Asylrecht zu respektieren, soweit es nicht bereits harmonisiert wurde bzw. durch ein „Europa des Asyls“¹³⁵ vereinheitlicht wird. Insoweit sieht aber Art. 63 Nr. 1 EG nur eine Mindestharmonisierung vor. Diese Begrenzung würde umgangen, wenn Art. 18 EGRC eine individuell einforderbare Wirkung zugemessen würde. Sie wäre daher auch vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte zweckwidrig. Zwar spricht Art. 78 Abs. 2 AEUV nicht mehr nur von Mindestnormen, führt aber ganz bestimmte Bereiche auf, ohne die Einräumung eines subjektiven Rechts zu nennen.

¹³² Etwa *Schmahl*, ZAR 2001, 3 (3); *Calliess*, EuZW 2001, 261 (263); *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 18 Rn. 11.

¹³³ Anders *Groß*, KJ 2001, 100 (104); s. auch *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (11); *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 835.

¹³⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

¹³⁵ S.o. Rn. 1114.

II. Anknüpfung an internationale Abkommen

Ein subjektives Recht ergibt sich auch nur höchst begrenzt aus den hinzugenommenen internationalen Abkommen. Die Genfer Flüchtlingskonvention beinhaltet nur Rechte im und nicht auf Asyl.¹³⁶ Auch diese Konvention will in Übereinstimmung mit dem Europarecht das Recht der Asylgewährung in der Kompetenz der Signaturstaaten halten.¹³⁷ **1125**

Damit ergibt sich ein weitgehender Gleichklang von Art. 18 EGRC mit den in ihm aufgeführten internationalen Konventionen. Diese bestimmen daher die Auslegung dieser Vorschrift und begrenzen sie zugleich. Von daher bildet Art. 18 EGRC keine Neuerung. Er hilft allerdings darüber hinweg, dass die Union bislang die Genfer Flüchtlingskonvention und das dazugehörige Protokoll vom 31.1.1967 nicht unterzeichnet hat. **1126**

Auf diese Weise findet dieses Recht auch Eingang in die Union. Es wird dabei aber nicht durch europäisches Recht überformt oder verfremdet, sondern höchstens durch Sekundärrecht erweitert. Dieses darf allerdings dann ebenfalls nicht in Widerspruch zu den genannten völkerrechtlichen Abkommen stehen. Ansonsten würde die Gewährleistung des Art. 18 EGRC missachtet. Sekundärrecht darf daher nicht hinter den völkerrechtlichen Standards zurückbleiben, indes darüber hinausgehen. Im zweiten Fall werden diese Standards ja nicht verletzt, sondern nur übererfüllt. Bei der Auslegung zählt damit die Staatenpraxis und die Praxis der Konventionsorgane, wie sie sich bislang entwickelt hat, nicht hingegen bzw. nur bei Übereinstimmung damit europäisches Recht.¹³⁸ **1127**

C. Flüchtlingsbegriff

I. Nach Art. 1A Genfer Flüchtlingskonvention

Zentral für den Anwendungsbereich von Art. 18 EGRC ist der Status als Flüchtling. Er bestimmt sich nach Art. 1A Nr. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention, wobei die zeitliche Begrenzung auf vor dem 1.1.1951 eingetretene Ereignisse durch das Zusatzprotokoll vom 31.1.1967 entfallen ist. Danach sind Flüchtlinge Personen, die aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes ihrer Staatsangehörigkeit befinden. Sie können zudem den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen oder wollen dies nicht wegen der vorgenannten Befürchtungen. Gleichgestellt werden Staatenlose, die sich infolge solcher Ereignisse außerhalb des Landes befinden, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, und nicht dorthin zurückkehren können oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht dorthin zurückkehren wollen. Die sich für die Definition dieses Begriffs ergebende Rechtspraxis der **1128**

¹³⁶ Funke-Kaiser, VBIBW. 2002, 457 (469).

¹³⁷ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 23.

¹³⁸ S.o. Rn. 1113, 1115, 1120.

Konventionsstaaten ist im Gemeinsamen Standpunkt des Rates der EG zur Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention¹³⁹ enthalten, so dass sie als Wiedergabe der bisherigen Staatenpraxis herangezogen werden kann.¹⁴⁰

II. Verfolgung

- 1129** Verfolgung in diesem Kontext setzt grundsätzlich das Handeln staatlicher Organe voraus. Gleichzustellen ist die staatliche Förderung, Billigung oder auch nur die willentliche Versagung des erforderlichen Schutzes.¹⁴¹ Dann liegt eine staatsähnliche Verfolgung vor, die auch nach dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates der EG zur Auslegung des Flüchtlingsbegriffs i.S.v. Art. 1A der Genfer Flüchtlingskonvention eine relevante Verfolgung bildet. Danach reicht nur ein willentliches und damit gewissermaßen aktives staatliches Unterlassen erforderlichen Schutzes aus, nicht hingegen, wenn der Staat überhaupt nichts tut, weil er unfähig ist, eine private Verfolgung nicht zu verhindern.
- 1130** Zum Teil wird nach der Staatspraxis eine solche nichtstaatliche Verfolgung ebenfalls als Asylgrund behandelt.¹⁴² Besteht damit keine klare Staatspraxis, kann keine nur staatlich nicht unterbundene Verfolgung privater Natur unter Art. 18 EGRC gefasst werden. Sie wird indes von Art. 6 lit. c) RL 2004/83/EG¹⁴³ einbezogen, wenn der Staat zu ausreichendem Schutz gegen Verfolgung nicht willens oder in der Lage ist. Damit ist die nichtstaatliche Verfolgung sekundärrechtlich als Asylgrund anerkannt. Dahinter bleibt indes die Rechtsprechung in Deutschland¹⁴⁴ zurück und ist damit europarechtswidrig.¹⁴⁵
- 1131** Ob dies auch dann zutrifft, wenn die Anerkennung als Flüchtling wegen veränderter politischer Verhältnisse, gleichwohl aber bedenklicher Sicherheitslage, wie im Irak, widerrufen wird, hat das BVerwG¹⁴⁶ dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.¹⁴⁷ Bei dieser Konstellation sind immerhin die Umstände, deretwegen Asyl beantragt wurde, weggefallen und es droht im Heimatstaat auch keine Verfolgung aus anderen Gründen. Indes besteht keine Herrschaftsgewalt mehr, die den Flüchtling im Heimatland vor sonstigen Gefahren wegen der allgemeinen Sicherheitslage oder den Lebensbedingungen schützen kann. Ob auch solche neuen verfolgungsbegründenden Umstände ausgeschlossen sein müssen, damit die Flüchtlingseigenschaft enden kann, und wenn ja, welcher Prognosemaßstab hierfür anzulegen

¹³⁹ Gemeinsamer Standpunkt vom 4.3.1996 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegt – betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs „Flüchtling“ in Artikel 1 des Genfer Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, ABl. L 63, S. 2.

¹⁴⁰ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 10; Hailbronner, Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union, 2000, S. 380.

¹⁴¹ Hailbronner, ZAR 1998, 152 (157).

¹⁴² Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 17 f.

¹⁴³ ABl. 2004 L 304, S. 12; berichtigt durch ABl. 2005 L 204, S. 24.

¹⁴⁴ BVerwGE 104, 265 (267 ff.); auch BVerfGE 80, 315.

¹⁴⁵ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 18.

¹⁴⁶ Beschl. vom 7.2.2008 – Az.: 10 C 23.07, 10 C 31.07, 10 C 33.07.

¹⁴⁷ Pressemitteilung des BVerwG Nr. 4/2008 vom 7.2.2008.

ist, hat der EuGH nunmehr zu klären. Folgt der EuGH dieser Konzeption, liegt darin unabhängig vom Prognosemaßstab eine erhebliche Ausweitung des Flüchtlingsbegriffs, die allerdings nur die staatliche Unfähigkeit zu ausreichendem Schutz vor nichtstaatlicher Verfolgung konsequent einbezieht.

III. Geschlechtsbezogen

Unter den Verfolgungsgründen nach Art. 1A Nr. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention ist die geschlechterspezifische Verfolgung nicht eigens benannt. Indes bilden auch Frauen eine vielfach immer noch benachteiligte soziale Gruppe. Daher ist diese Verfolgung eine solche wegen Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe.¹⁴⁸ Art. 10 Abs. 1 lit. d) RL 2004/83/EG¹⁴⁹ verlangt freilich lediglich eine Berücksichtigung, ohne darin einen genügenden Verfolgungsgrund anzuerkennen. Damit bleibt das Sekundärrecht hinter der Gewährleistung des Art. 18 EGRC zurück und ist deshalb europarechtswidrig.¹⁵⁰ **1132**

IV. Furcht

Liegt ein anerkannter Verfolgungsgrund vor, muss der Betroffene Furcht vor ihm haben. Das ist naturgemäß subjektiv. Um allerdings Missbrauch zu vermeiden, muss eine objektive Grundlage vorliegen. Eine solche besteht vor allem, wenn bereits eine Verfolgung eingetreten ist.¹⁵¹ Ansonsten bedarf es einer schlüssigen Darstellung. Um rein unbegründete psychische Befürchtungen auszuschließen, ist eine gewisse Intensität erforderlich.¹⁵² **1133**

Grundsätzlich muss die Furcht vor Verfolgung bereits im Staat bestehen, den der Flüchtling verlassen hat. Ansonsten könnte jemand, der sich bereits in Sicherheit befindet, nachträglich einen Asyltatbestand schaffen. Trotz des nicht differenzierenden Wortlauts in der Genfer Flüchtlingskonvention ist daher zwischen einer Verfolgung im Heimatstaat und einem Verhalten erst nach dessen Verlassen zu unterscheiden. Letzteres fällt nicht unter Art. 18 EGRC.¹⁵³ **1134**

¹⁴⁸ *Bumke*, NVwZ 2002, 423 ff.; ebenfalls im Ergebnis anerkannt durch den UNHR, *Jochum*, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 20; nicht erwähnt hingegen im Gemeinsamen Standpunkt vom 4.3.1996 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegt – betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs „Flüchtling“ in Artikel 1 des Genfer Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, ABl. L 63, S. 2, Ziff. 7.5.

¹⁴⁹ ABl. 2004 L 304, S. 12; berichtigt durch ABl. 2005 L 204, S. 24.

¹⁵⁰ S. allgemein o. Rn. 1115, 1119.

¹⁵¹ Gemeinsamer Standpunkt vom 4.3.1996 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegt – betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs „Flüchtling“ in Artikel 1 des Genfer Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, ABl. L 63, S. 2, Ziff. 3.

¹⁵² *Hailbronner*, ZAR 1998, 152 (156); *Jochum*, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 13.

¹⁵³ A.A. *Jochum*, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 14; s. dagegen *Frowein/Zimmermann*, Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts, BANz. Nr. 45

D. Rechtsstellung

1135 Art. 18 EGRC gewährleistet die Rechtsstellung der Flüchtlinge. Gibt die Genfer Flüchtlingskonvention auch kein Recht auf Asyl,¹⁵⁴ enthält sie doch gewichtige Rechte, die den Aufenthalt von Flüchtlingen im Gaststaat betreffen. Sie dürfen bewegliches und unbewegliches Eigentum erwerben (Art. 13), eine unselbstständige Tätigkeit aufnehmen (Art. 17), sich bilden (Art. 22) und die öffentliche Fürsorge in Anspruch nehmen (Art. 23). Vor allem aber dürfen sie nicht in Gebiete ausgewiesen bzw. zurückgewiesen werden, wo aufgrund der vorgenannten Flüchtlingsgründe¹⁵⁵ ihr Leben oder ihre Freiheit bedroht würden (Art. 33). Dieses Refoulement-Verbot gibt auch ein Recht auf Einlass auf das Territorium des Einreisestaates, um nicht legal an der Grenze Asyl Suchende gegenüber illegal eingereisten Flüchtlingen zu benachteiligen.¹⁵⁶ Insoweit besteht ein subjektives Recht.¹⁵⁷ Soll dieses Refoulement-Verbot wirksam gesichert sein, gehört dazu auch das Recht, ein Verfahren einleiten zu können, um das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft und der Bedrohungslage prüfen zu lassen, sowie ein vorläufiges Bleiberecht.¹⁵⁸

1136 Soll in diese Rechte eingegriffen werden, muss dafür eine Rechtfertigung bestehen. Die näheren Grenzen sind Art. 52 EGRC zu entnehmen, allerdings nach dessen Abs. 1 nur, soweit ein subjektives Recht besteht, im Übrigen nach Abs. 5.¹⁵⁹

E. Prüfschema zu Art. 18 EGRC

1137 1. Schutzgehalt

- a) **Flüchtlingsbegriff nach der Genfer Flüchtlingskonvention**
- b) **Schutz vor Verfolgung**
- c) **auch vor nichtstaatlicher Verfolgung und instabilen Verhältnissen (str.)**

2. Objektive Gewährleistung

**aber subjektiv: Recht auf Einlass, Prüfverfahren und vorläufigen Verbleib
aufgrund Refoulement-Verbot**

(1993) Beilage Nr. 42a, S. 15.; s. auch Art. 5 Abs. 3 RL 2004/83/EG, ABl. 2004 L 304, S. 12.

¹⁵⁴ S.o. Rn. 1125.

¹⁵⁵ S.o. Rn. 1128 ff.

¹⁵⁶ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 26.

¹⁵⁷ S. Funke-Kaiser, VBilBW. 2002, 457 (469 f.); nur eine objektive Verpflichtung sehend Klos, ZAR 2000, 202 (203).

¹⁵⁸ Groß, KJ 2001, 100 (106).

¹⁵⁹ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 18 Rn. 28. Allgemein o. Rn. 438 ff.

§ 3 Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung

A. Ergänzende Bedeutung in Anlehnung an die EMRK

Art. 19 EGRC vereint zwei Gewährleistungen, die zwar eng mit dem vorstehend **1138**
 geregelten Asylrecht in Verbindung stehen, im Laufe der Beratungen zur EGRC
 indes auch anders platziert waren: zum einen nämlich zusammen mit dem Asyl-
 recht, zum anderen i.V.m. dem Folterverbot, ohne allerdings deshalb inhaltlich
 geändert worden zu sein.¹⁶⁰

I. Art. 4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK

Art. 19 Abs. 1 EGRC verbietet Kollektivausweisungen. Er hat nach den Erläute- **1139**
 rungen¹⁶¹ die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Art. 4 des Protokolls Nr. 4 zur
 EMRK. Eine Parallele besteht weiter zu Art. 13 IPbPR.¹⁶² Danach kann ein Aus-
 länder, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates des IPbPR auf-
 hält, aus diesem nur aufgrund einer rechtmäßig ergangenen Entscheidung ausge-
 wiesen werden. Die dagegen sprechenden Gründe muss er grundsätzlich vorbrin-
 gen können und die Entscheidung durch die zuständige Behörde oder eine bzw.
 mehrere von dieser besonders bestimmte Personen nachprüfen lassen können.

Auch danach gelten also das Gebot der Einzelfallentscheidung und das Verbot, **1140**
 alle Menschen mit der Staatsangehörigkeit eines bestimmten Staates durch eine
 einzige Maßnahme auszuweisen. Damit besteht faktisch auch eine enge Verbin-
 dung zum Schutz von Minderheiten. Dieser wurde allerdings trotz entsprechender
 Forderungen nicht explizit aufgenommen.¹⁶³

In Abweichung von Art. 4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK ist die Vorschrift **1141**
 nicht auf Kollektivausweisungen von Ausländern beschränkt.¹⁶⁴ Art. 3 des Proto-
 kolls Nr. 4 zur EMRK enthält freilich ein auf die eigenen Staatsangehörigen bezo-
 genes Verbot von Ausweisungen durch eine Kollektiv- und auch eine Einzelmaß-
 nahme.

¹⁶⁰ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 19 Rn. 1.

¹⁶¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

¹⁶² BGBl. II 1973 S. 1534.

¹⁶³ S. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 197, 307 f.

¹⁶⁴ So noch in früheren Entwurfsfassungen des heutigen Art. 19 EGRC zu finden: Art. 17 Abs. 2 CHARTE 4137/00 CONVENT 8; Art. 21 Abs. 2 CHARTE 4284/00 CONVENT 28.

II. Art. 3 EMRK

- 1142** Auch Art. 19 Abs. 2 EGRC, der die Abschiebung, Ausweisung oder Auslieferung an einen anderen Staat verbietet, in dem für den oder die Betroffene(n) das ernsthafte Risiko der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung besteht, ist stark an die EMRK angelehnt. Die Erläuterungen zur EGRC verweisen auf Art. 3 EMRK und die einschlägige Rechtsprechung des EGMR dazu.¹⁶⁵
- 1143** Nicht umsonst war daher diese Regelung zeitweise zusammen mit dem Folterverbot im Grundrechtekatalog enthalten.¹⁶⁶ Dieses wird durch Art. 19 Abs. 2 EGRC ausdrücklich auf Abschiebungen, Ausweisungen und Auslieferungen in einen anderen Staat erstreckt. Die Union bzw. die Mitgliedstaaten dürfen daher nicht nur selbst niemanden der Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung aussetzen, sondern sie dürfen auch durch Abschiebungen, Ausweisungen oder Auslieferungen an einen anderen Staat kein entsprechendes ernsthaftes Risiko hervorrufen.
- 1144** Diese Folgerung zog der EGMR bereits auf der Basis des Folterverbotes nach Art. 3 EMRK, und zwar in den genannten Urteilen *Soering*¹⁶⁷ sowie *Ahmed*, nachdem auch die Voraussetzungen für ein ernsthaftes Risiko der Folter oder der unmenschlichen Behandlung gelockert wurden.¹⁶⁸ So war denn auch der Maßstab der Gefahrenprognose bei den Beratungen umstritten. Schließlich kam man zum Erfordernis eines ernsthaften Risikos.¹⁶⁹
- 1145** Damit steht Art. 19 Abs. 2 EGRC sowohl von der Entstehungsgeschichte her als auch aufgrund des Regelungsgegenstandes in enger Verbindung zum Folterverbot nach Art. 4 EGRC. Wie dieses ist er daher als subjektives Recht ausgestaltet. Das unterscheidet ihn vom Asylrecht nach Art. 18 EGRC und geht letztlich auch darüber hinweg, dass nach vor allem britischen Bedenken die Ausweisung eigentlich Sache der Mitgliedstaaten bleiben sollte.¹⁷⁰

B. Unzulässigkeit von Kollektivausweisungen

I. Subjektives Recht

- 1146** Art. 19 Abs. 1 EGRC verbietet Kollektivausweisungen umfassend. Diese Vorschrift ist nicht auf bestimmte Personen bezogen, erfasst also sowohl Ausländer

¹⁶⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24) unter ausdrücklichem Verweis auf das Urteil „Ahmed gegen Österreich, Urteil vom 17. Dezember 1996, Slg. EGMR 1996, S. VI-2206 und *Soering*, Urteil vom 7. Juli 1989“.

¹⁶⁶ Art. 4 S. 2 CHARTE 4284/00 CONVENT 28; s. bereits o. Rn. 1138.

¹⁶⁷ EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 14038/88 (Rn. 88 ff.), NJW 1990, 2183 (2184 f.).

¹⁶⁸ EGMR, Urt. vom 17.12.1996, Nr. 25964/94 (Rn. 39), NVwZ 1997, 1100 (1101) – *Ahmed/Österreich*.

¹⁶⁹ S. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 19 Rn. 11 f.

¹⁷⁰ S. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 197, 307 f.

als auch Unionsbürger.¹⁷¹ Dass damit aber keine bestimmte Personengruppe als Begünstigte benannt wird, schließt den subjektiven Charakter nicht aus. So formuliert Art. 3 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK, dass niemand aus dem Hoheitsgebiet des Staates, dessen Staatsangehöriger er ist, durch eine Einzel- oder eine Kollektivmaßnahme ausgewiesen werden darf. Art. 4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK ist auf Kollektivausweisungen von Ausländern bezogen. Sollen diese Elementargarantien wirksam auch im Rahmen der EGRC eingefordert werden, bleibt nur die Annahme eines subjektiv einforderbaren Grundrechts. Das gilt auch deshalb, weil der EGMR die Vorbildbestimmung des Art. 4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK nicht nur auf formelle Ausweisungsentscheidungen bezieht, sondern auch die tatsächliche Durchführung von Ausweisungsmaßnahmen erfasst.¹⁷²

II. Faktische Sicht

Angesichts dieser Rechtsprechung ist auch der Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 EGRC nicht nur formal, sondern faktisch zu sehen. Es genügt, wenn eine bestimmte Gruppe von Personen durch eine auf alle bezogene Maßnahme zum Verlassen des Staates gezwungen wird. Art. 19 Abs. 1 EGRC kommt damit nur dann nicht in Betracht, wenn nach objektiven Maßstäben die Ausweisungsentscheidung für jede Person einzeln getroffen wurde.¹⁷³ 1147

III. Verfahrensanforderungen

Darüber hinaus bedarf es eines Verfahrens, in dem der Einzelne die ihn betreffenden Umstände näher darlegen kann. Zudem müssen diese Umstände individuell geprüft werden. Das folgt bereits aus einer effektiven Gewährleistung, um Kollektivausweisungen auszuschließen. Wenn nämlich eine solche individuelle Überprüfung nicht gesichert ist, kann es sehr leicht zu nicht nach den einzelnen Umständen differenzierenden und damit kollektiv angewandten Maßnahmen kommen.¹⁷⁴ 1148

Diese beiden Elemente folgen insbesondere aus Art. 13 IPbPR,¹⁷⁵ auf den die Erläuterungen zur EGRC ausdrücklich Bezug nehmen.¹⁷⁶ Zwar ist diese Bestimmung nicht individuell einforderbar. Indem sich aber ihr Gehalt auch aus Art. 19 Abs. 1 EGRC unmittelbar ableiten lässt, nimmt er an dessen generell subjektiv- 1149

¹⁷¹ S.o. Rn. 1141.

¹⁷² EGMR, Urt. vom 5.2.2002, Nr. 51564/99 (Rn. 56), RJD 2002-I – Čonka/Belgien.

¹⁷³ EGMR, Urt. vom 5.2.2002, Nr. 51564/99 (Rn. 59), RJD 2002-I – Čonka/Belgien; bereits Urt. vom 23.2.1999, Nr. 45917/99 (Rn. 1), ÖJZ 1999, 903 (904) – Andric/Schweden.

¹⁷⁴ S. Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 19 Rn. 13 a.E., der bei einer solchen individuellen Berücksichtigung dem Verbot der Kollektivausweisung ausreichend Rechnung getragen sieht.

¹⁷⁵ BGBl. II 1973 S. 1534.

¹⁷⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24). S.o. Rn. 1139.

rechtlichem Charakter teil. Er sichert gerade, dass eine Person auch bei kollektiven Maßnahmen eine individuelle Prüfung erzwingen kann.

C. Keine Abschiebung, Ausweisung oder Auslieferung in Folterstaaten

I. Folterverbot und Todesstrafe

- 1150** Wegen der engen Verbindung von Art. 19 Abs. 2 EGRC zum Folterverbot¹⁷⁷ sind die Begriffe der Folter, der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung gleichermaßen auszulegen.¹⁷⁸ Hinzu kommt bei Art. 19 Abs. 2 EGRC die Todesstrafe. Von daher besteht auch ein Zusammenhang mit dem Recht auf Leben nach Art. 2 EGRC, welches in Abs. 2 explizit sowohl die Verurteilung zur Todesstrafe als auch die Hinrichtung verbietet.¹⁷⁹ Daher wurde im Rahmen der Beratungen eine Erschwerung von Auslieferungen in die USA diskutiert, da dort Todesstrafen verhängt und vollstreckt werden.¹⁸⁰

II. Ernsthaftes Risiko

- 1151** Für diese genannten Strafen und Behandlungen muss nach Art. 19 Abs. 2 EGRC ein ernsthaftes Risiko bestehen. Es müssen also tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, eine bloße Behauptung genügt nicht. Umgekehrt bedarf es keiner konkreten Gefahr. Die Androhung dieser Strafen oder Behandlungen genügt daher. Der Betroffene muss ihnen nur ausgesetzt sein können.
- 1152** Allerdings wird man zusätzlich verlangen müssen, dass der Betroffene ein entsprechendes Verhalten an den Tag gelegt hat, das eine solche Reaktion hervorruft. Ansonsten könnte praktisch niemand mehr in Staaten ausgeliefert, ausgewiesen oder abgeschoben werden, in denen die Todesstrafe oder unmenschliche bzw. erniedrigende Strafen oder Behandlungen nicht ausgeschlossen sind. So wäre etwa auch eine Ausweisung in die Vereinigten Staaten unmöglich, selbst wenn die konkrete Person kein Kapitalverbrechen begangen hat.
- 1153** Mit dem Erfordernis des ernsthaften Risikos wurde eine konkrete Schwelle festgelegt, welche Klarheit angesichts der schwankenden Rechtsprechung des EGMR schuf. Allerdings ist die Entscheidung *Ahmed*, auf welche die Erläuterungen zur EGRC verweisen,¹⁸¹ in Zusammenhang mit einer Lockerung hoher Anforderungen an den Nachweis des Folterrisikos zu sehen.¹⁸² Wird die Rechtsprechung

¹⁷⁷ S.o. Rn. 1143 ff.

¹⁷⁸ S. daher o. Rn. 993 ff.

¹⁷⁹ S. dazu o. Rn. 916 ff.

¹⁸⁰ S. *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 197, 308.

¹⁸¹ S.o. Rn. 1144.

¹⁸² S. vorher EGMR, Urt. vom 15.11.1996, Nr. 22414/93 (Rn. 86), NVwZ 1997, 1093 (1094) – *Chahal/Vereinigtes Königreich*; strenger noch EGMR, Urt. vom 20.3.1991,

des EGMR weiter gelockert, ist damit freilich durch Art. 19 Abs. 2 EGRC eine feste Grenze gezogen. Daher nimmt die Garantie des Art. 19 Abs. 2 EGRC an solchen Lockerungen nicht mehr weiter Teil, sondern trifft insoweit eine selbstständige und abweichende Aussage. Die Vorschrift kann daher eigenständig interpretiert werden.¹⁸³

III. Auch von nichtstaatlichen Kräften

Schon bisher hat der EGMR im Fall *Ahmed* das Verbot der Abschiebung, Ausweisung oder Auslieferung in einen anderen Staat bei drohender unmenschlicher Behandlung darauf erweitert, dass das ernsthafte Risiko dafür von nichtstaatlichen Kräften stammt.¹⁸⁴ Weil diese Entscheidung pauschal von den Erläuterungen zur EGRC in Bezug genommen wurde,¹⁸⁵ nimmt Art. 19 Abs. 2 EGRC an dieser Erweiterung Teil. Insoweit geht diese Garantie auch über das Asylrecht nach Art. 18 EGRC hinaus, das eine nichtstaatliche Bedrohung gerade nicht einbezieht.¹⁸⁶ **1154**

Auch dieser Unterschied ist Ausdruck der engeren Verbindung von Art. 19 Abs. 2 EGRC zum Folterverbot. Letztlich ist dies die Konsequenz daraus, dass die Todesstrafe sowie erniedrigende und unmenschliche Strafen oder Behandlungen gegen die Menschenwürde verstoßen, welche gerade nicht nur vor staatlichen Eingriffen schützt.¹⁸⁷ **1155**

IV. Refoulement-Verbot

Sieht man vor allem vor diesem Hintergrund der Menschenwürde lediglich die drohenden unmenschlichen oder erniedrigenden Strafen oder Behandlungen als maßgeblich an, können auch schwerlich Personen an der Grenze abgewiesen werden, welche die Gefahr einer solchen Behandlung geltend machen. Danach wäre eine Abweisung an der Grenze ausgeschlossen, wenn ansonsten eine unmenschliche Strafe oder Behandlung die Folge wäre.¹⁸⁸ **1156**

Indes zielt Art. 19 Abs. 2 EGRC auf eine Abschiebung, Ausweisung oder Auslieferung in einen anderen Staat. Daher muss sich der Betroffene erst einmal in der EU befunden haben. Darauf läuft letztlich auch die Rechtsprechung des EGMR **1157**

Nr. 15576/89 (Rn. 77 ff.), NJW 1991, 3079 (3081) – Cruz-Varas/Schweden; Urt. vom 30.10.1991, Nr. 13163/87 (Rn. 113 f.), NVwZ 1992, 869 (870) – Vilvarajah u.a./Vereinigtes Königreich.

¹⁸³ Allgemein *Jochum*, in: Tettinger/Stern, Art. 19 Rn. 14.

¹⁸⁴ EGMR, Urt. vom 17.12.1996, Nr. 25964/94 (Rn. 44 ff.), Rep. 1996-VI – *Ahmed*/Österreich.

¹⁸⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

¹⁸⁶ S.o. Rn. 1130.

¹⁸⁷ S.o. Rn. 868.

¹⁸⁸ *Frowein/Zimmermann*, Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts, BANz. Nr. 45 (1993) Beilage Nr. 42a, S. 30. So für das Völkerrecht a.A. *Cremer*, Der Schutz vor den Auslandsfolgen aufenthaltsbeendender Maßnahmen, 1994, S. 440.

hinaus. Er knüpfte an die Anwesenheit im Anwendungsbereich der Charta an, ohne dass er allerdings einen Aufenthalt im rechtstechnischen Sinne verlangte.¹⁸⁹ Der konkrete Fall betraf einen Ausländer, der ohne Einreiseerlaubnis als verurteilter Straftäter schon drei Jahre im betreffenden Großbritannien im Gefängnis war.¹⁹⁰ Damit ist zumindest ein faktischer Aufenthalt über einen längeren Zeitpunkt gegeben.¹⁹¹

D. Seltene Rechtfertigung von Einschränkungen

- 1158** Einschränkungen unterliegen den allgemeinen Grenzen nach Art. 52 EGRC, und zwar nach Abs. 3, weil es sich um ein subjektives Recht in Anlehnung an Art. 3 und 4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK handelt. Soweit Art. 19 EGRC darüber hinaus geht und sich auch auf die drohende Todesstrafe erstreckt, greift Art. 52 Abs. 1 EGRC ein. Wegen des dabei gegebenen Bezugs zur Menschenwürde¹⁹² werden vor allem insoweit Rechtfertigungen kaum in Betracht kommen.

E. Prüfungsschema zu Art. 19 EGRC

- 1159**
- 1. Schutzgehalt**
 - a) Verbot von Kollektivausweisungen**
 - b) keine Abschiebung, Ausweisung oder Auslieferung in Folterstaaten**
 - 2. Rechtfertigung von Einschränkungen**

praktisch kaum

§ 4 Privat- und Familienleben

A. Grundkonzeption

I. Anlehnung an Art. 8 EMRK

- 1160** Auch Art. 7 EGRC entspricht der Parallelvorschrift der EMRK, ohne die bestehenden Grenzen näher zu benennen. Nach Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und

¹⁸⁹ Letzteres offenlassend EGMR, Urt. vom 2.5.1997, Nr. 30240/96 (Rn. 48), NVwZ 1998, 161 (162) – D./Vereinigtes Königreich.

¹⁹⁰ EGMR, Urt. vom 2.5.1997, Nr. 30240/96 (Rn. 7 ff.), Rep. 1997-III – D./Vereinigtes Königreich.

¹⁹¹ Jochum, in: Tettinger/Stern, Art. 19 Rn. 17.

¹⁹² S.o. Rn. 1155.

seines Briefverkehrs. Der abweichend gewählte Begriff „jede Person“ betont stärker die Personenbezogenheit des Rechts. Die gewährleistete Achtung der Kommunikation (EGRC) ist gegenüber der Achtung des Briefverkehrs (EMRK) umfassend und berücksichtigt die aktuelle Entwicklung.

II. Schutzbereich ohne Auffangcharakter

Schon diese einzeln benannten vier Schutzgegenstände sprechen gegen einen Charakter von Art. 7 EGRC als Auffanggrundrecht. Diese Funktion besteht weder für einen besonders schützenswerten Bereich¹⁹³ noch umfassend für die Sphäre privater Betätigung in Fortführung der *Hoechst*-Entscheidung¹⁹⁴ des EuGH.¹⁹⁵ Dieses Urteil wurde in den Beratungen zu Art. 7 EGRC nicht erwähnt¹⁹⁶ und steht in einem spezifischen Kontext, nämlich dem Schutz vor Durchsuchungen.¹⁹⁷ Zudem ist diese Entscheidung wegen der Ausdehnung des Schutzes der Wohnung auf Geschäftsräume¹⁹⁸ jedenfalls insoweit überholt.¹⁹⁹ **1161**

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Schutzbereichs sind damit die vier eigens in Art. 7 EGRC festgelegten Begriffe und nicht Reservefunktionen wegen zu eng geratener anderer Grundrechte oder allgemeine Schutzgedanken. Gewährleistungsgegenstand ist daher nicht eine allgemeine Handlungsfreiheit,²⁰⁰ sondern der Schutz der Privatsphäre²⁰¹ in ihren wesentlichen Ausprägungen.²⁰² Es geht um eine kraftvolle Entfaltung der Persönlichkeit und den dafür notwendigen Freiraum.²⁰³ **1162**

Wegen der Aufnahme der Menschenwürdegarantie an der Spitze der Grundrechte kann diese verstärkt gerade auf den Schutz des Privat- und Familienlebens einwirken, schützt doch Art. 7 EGRC elementare Ausdrucksformen des Menschen. **1163**

¹⁹³ So *Maus*, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2007, S. 245.

¹⁹⁴ EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – *Hoechst*.

¹⁹⁵ *Beutler*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 6 EU Rn. 133; *Streinz*, in: ders., Art. 6 GR-Charta Rn. 5 und v.a. *Szczekalla*, DVBl. 2005, 286 (289).

¹⁹⁶ *S. Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 7 Rn. 15.

¹⁹⁷ S.o. Rn. 1067 im Rahmen des Rechts auf Freiheit und Sicherheit.

¹⁹⁸ EuGH, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 (9054, Rn. 29) – *Roquette Frères III*; näher u. Rn. 1239 f.

¹⁹⁹ Vgl. *Maus*, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2007, S. 216 ff., 245; s. allerdings etwa *Feddersen*, EuZW 2003, 22 (23); *Streinz*, in: ders., Art. 7 GR-Charta Rn. 7.

²⁰⁰ Vgl. ebenso o. Rn. 1064 ff. zum Recht auf Freiheit und Sicherheit.

²⁰¹ *Lindner*, BayVBl. 2001, 523 (524) beschränkt auf die Integrität.

²⁰² Für Art. 8 EMRK unter Rückgriff auf den EGMR *Breitenmoser*, Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK, 1986, S. 40; *Gusy*, DVR 1984, 289 (298 f.).

²⁰³ Z.B. EGMR, Urt. vom 24.7.2003, Nr. 46133 u. 48183/99 (Rn. 95), RJD 2003-IX – *Smirnova/Russland*; Urt. vom 24.2.1998, Nr. 21439/93 (Rn. 32), ÖJZ 1999, 76 (76) – *Botta/Italien*. Mit möglichen Überschneidungen zum Berufsleben bereits EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 29), NJW 1993, 718 (718 f.) – *Niemietz/Deutschland*, wo ein Willkürverbot aufgestellt wird (Rn. 31). Dieses ist damit aber auf einen bestimmten Bereich bezogen, *Maus*, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2007, S. 116 ff.

Wie er diese versteht und wahrnimmt, bleibt kraft seiner Selbstbestimmung und seiner eigenen Definition würdevoller Entfaltung weitgehend ihm überlassen. Dies gilt daher auch für die Reichweite der auf die Menschenwürde rückführbaren Grundelemente von Art. 7 EGRC. Der EGMR bejahte dieses Selbstbestimmungsrecht für die Entscheidung über den eigenen Tod²⁰⁴ und die eigene Identität (als Transsexueller), teilweise unter Erwähnung der Menschenwürde,²⁰⁵ ohne es aber dogmatisch näher zu begründen.²⁰⁶

III. Schranken

- 1164** Art. 7 EGRC benennt keine ausdrücklichen Schranken. Da indes das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens dem nach der EMRK entspricht, hat es nach Art. 52 Abs. 3 EGRC die gleiche Bedeutung und Tragweite, wozu auch die Schranken gehören.²⁰⁷ Daher sind die Begrenzungen für Eingriffe nach Art. 8 Abs. 2 EMRK auch in Art. 7 EGRC hineinzulesen. Der Eingriff muss gesetzlich vorgesehen sein und eine Maßnahme darstellen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Damit ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, welcher auch in Art. 52 Abs. 1 EGRC ebenso wie das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage genannt ist, speziell für dieses Recht bestimmt. Diese Schranke entspricht der für die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit sowie für das Recht der freien Meinungsäußerung nach Art. 9 bzw. 10 EMRK, so dass an die auch hierzu ergangene umfassende Rechtsprechung des EGMR angeknüpft werden kann.

IV. Privates Recht trotz Verbindung zur demokratischen Gesellschaft

- 1165** Wird damit über Art. 8 Abs. 2 EMRK das Recht auf Achtung der Privatsphäre in Verbindung zur demokratischen Gesellschaft gebracht, geht es in dieser allerdings nicht etwa auf. Schon der Zuschnitt und die Privatheit dieses Rechtes schließen eine so enge Verbindung zur allgemeinen Sphäre aus, wie dies für die Religions-

²⁰⁴ EGMR, Urt. vom 29.4.2002, Nr. 2346/02 (Rn. 67), NJW 2002, 2851 (2854) – Pretty/Vereinigtes Königreich, aber wegen Abs. 2 die Verletzung von Art. 8 EMRK verneinend (Rn. 78).

²⁰⁵ EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 25680/94 (Rn. 70) – I./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 11.7.2002, Nr. 28957/95 (Rn. 90), NJW-RR 2004, 289 (293) – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

²⁰⁶ *Maus*, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2007, S. 154 ff. mit Ansätzen auch aus der früheren Judikatur.

²⁰⁷ Näher o. Rn. 59 ff.

freiheit jedenfalls in der Rechtsprechung des EGMR zutage trat.²⁰⁸ So ist bei Anordnungen von Pflegschaften und Betreuungen für Kinder eine Rückführung in die private Familie notwendig, wenn eine solche Maßnahme von den Verhältnissen her wieder möglich ist.²⁰⁹ Aus der Verbindung zur demokratischen Gesellschaft kann nicht etwa gefolgert werden, dass Kinder ohne weiteres in allgemeine Heime gegeben werden können. Vielmehr belegt die notwendige Rückführung zu den Eltern bei wegfallendem Anlass die Privatheit dieses Rechtes.

Indes kann auch aus einer solchen privaten Rückzugssphäre eine besondere **1166** Bedeutung für die demokratische Gesellschaft erwachsen. Der Einzelne braucht einen ungestörten Bereich, in dem er sich sammeln und Gedanken machen kann, um die eigene Kraft und geistige Basis zu schaffen, sich in das öffentliche Leben einzubringen. Damit bedingen sich eine effektive demokratische Gesellschaft und ein ungestörter Rückzugsbereich gegenseitig. Die demokratische Gesellschaft hat nur insoweit Zugriff, als dies für den Schutz der mit ihr zwingend verbundenen Güter erforderlich ist. Dazu gehört auch der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, welche sich gleichfalls ungestört entwickeln bzw. in dieser Entwicklung nicht durch Einzelne gestört werden wollen. Die demokratische Gesellschaft bildet somit vor allem das Gegenüber zum Recht auf Achtung der privaten Sphäre und auch einen möglichen legitimierenden Eingriffsgrund; dieser muss aber im Einzelfall gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.

V. Spezielle Rechte

Diese Privatsphäre wird nicht allein in Art. 7 EGRC geschützt. Eine spezielle **1167** Ausprägung ist Art. 8 EGRC mit dem Schutz personenbezogener Daten, welcher in Form der informationellen Selbstbestimmung gleichfalls einen Ausdruck des Privatlebens schützt. Dem in Art. 7 EGRC geschützten Familienleben geht die Gründung der Familie bzw. das Recht, eine Ehe einzugehen, nach Art. 9 EGRC voraus.

VI. Schutzgegenstände mit partiellen Überschneidungen

Geschützt werden in Art. 7 EGRC das Privatleben, das Familienleben, die Wohn- **1168** ung sowie die Kommunikation. Diese vier Elemente überschneiden sich teilweise, so insbesondere das Privat- und Familienleben sowie die Wohnung, bildet doch Letztere die Örtlichkeit, in der sich Privat- und Familienleben entfalten können. Gleichwohl werden die vier Bestandteile eigenständig benannt und sind daher näher zu bestimmen. Allerdings handelt es sich nicht etwa um vier verschiedene Rechte, sondern lediglich um sich überschneidende Kreise, welche in ihren jewei-

²⁰⁸ S.u. Rn. 1717 f.

²⁰⁹ EGMR, Urt. vom 7.8.1996, Nr. 17383/90 (Rn. 78), ÖJZ 1997, 75 (78) – Johansen/Norwegen; Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 93), NJW 2004, 3401 (3404 f.) – Haase/Deutschland.

ligen Ausprägungen zu achten sind. Das Recht auf Achtung bildet die verbindende Klammer.

- 1169** Dieses Recht kann allerdings beschränkt werden, namentlich aus den Gründen, welche in Art. 8 Abs. 2 EMRK benannt sind. Daraus ergibt sich erst die Reichweite des Rechts auf Achtung des Privat- bzw. Familienlebens, der Wohnung sowie der Kommunikation in dem jeweils eigenen tatsächlichen Zuschnitt. Gerade in dieser eigenen Ausprägung garantieren die vier genannten Bestandteile umfassend, dass der Einzelne seine Persönlichkeit frei entfalten kann. Sie bilden dafür unabdingbare Elemente.²¹⁰

VII. Berechtigte

1. Natürliche Personen auch aus Drittstaaten

- 1170** Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens erscheint als typischerweise auf natürliche Personen beschränktes Individualrecht. Das trifft insofern zu, als es sich um ein grundlegendes Menschenrecht handelt. Es gilt umfassend in der EU und damit auch zugunsten von Drittstaatsangehörigen, die sich daher auch gegenüber Handlungen von Unionsorganen auf dieses Grundrecht berufen können.²¹¹

2. Kinder und ihre Vertretung

- 1171** Das Recht auf Achtung des Familienlebens bezieht sich schon definitionsgemäß auch auf Kinder. Gerade diese werden beeinträchtigt, wenn sie etwa bei einer Abschiebung oder einer Sorgerechtsentscheidung von beiden oder zumindest von einem Elternteil getrennt werden. Sind sie einem Vormund unterstellt, ist dieser vertretungsberechtigt, ohne dass er allerdings sachgerecht über die Interessen des Kindes entscheiden kann, seine natürlichen Eltern zu sehen. Daher muss sich das Kind selbst auf dieses Grundrecht berufen können, ggf. vertreten durch seine natürlichen Eltern, wenn es um die Beziehung zu diesen geht. Die Interessen des Kindes drohen ansonsten ausgeblendet und damit mangels Kenntnis des Gerichtshofs nicht geschützt zu werden. Mithin kann auch, wenn dies für die Wahrung dieses Grundrechts erforderlich ist, eine eigentlich nicht vertretungsberechtigte Person

²¹⁰ S. Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 8; näher in vergleichender Perspektive zum Grundgesetz und zum internationalen Recht Stern, in: FS für Ress, 2005, S. 1259 (1272 ff.).

²¹¹ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 19 Rn. 32 unter Verweis auf EuGH, Rs. 267/83, Slg. 1985, 567 – Aissatou Diatta, wo es allerdings um die Aufenthaltsberechtigung der senegalesischen Ehefrau eines Wanderarbeitnehmers mit EG-Staatsangehörigkeit und damit um die Erstreckung der FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 (des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 295, S. 12, zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77) auf Familienangehörige ging. An die Arbeitnehmereigenschaft bzw. einen hinreichenden familiären Bezug zu einem solchen ist Art. 7 EGRG nicht geknüpft, sondern gilt für Drittstaatsangehörige umfassend, soweit sie sich auf dem Territorium der EU aufhalten bzw. Maßnahmen von europäischen Organen ausgesetzt sind.

für die Kinder handeln. Das gilt sogar gerade dann, wenn sie mit dem Sorgerechts-träger in Konflikt steht.²¹²

Diese Möglichkeit bleibt indes dem sorgeberechtigten Vater verschlossen, der für das Kind in einer aus Streitigkeiten zwischen den Eltern erwachsenden Rechts-sache Beschwerde erhebt. Hier ist einem Elternteil das Sorgerecht zugewiesen und damit die Wahrung der Kindesinteressen anvertraut und nicht lediglich dem Staat.²¹³ Regelmäßig handeln für minderjährige Kinder also die sorgeberechtigten Eltern oder der Vormund als gesetzlicher Vertreter.²¹⁴ Jedoch sind die Kinder selbst Träger dieses Grundrechts und können daher auch möglicherweise in seiner Wahrnehmung beeinträchtigt sein.²¹⁵ 1172

3. Juristische Personen

Bis auf das Recht zur Achtung des Familienlebens haben die Elemente von Art. 7 EGRC auch eine erhebliche Bedeutung für juristische Personen. Das gilt offensichtlich für die Kommunikation, die im Bereich von juristischen Personen oft so-gar stärker ist als bei natürlichen Personen. Für eine Zurückschneidung dieses Begriffes auf die reine Kommunikation unter Privatpersonen besteht aufgrund der offenen Formulierung kein Anlass. Insoweit enger erscheint der Begriff der Woh-nung. Indes wurde dieser mittlerweile auch vom EuGH²¹⁶ in Übernahme der Recht-sprechung des EGMR²¹⁷ auf Geschäftsräume ausgedehnt. Selbst ein Privatleben ist für juristische Personen denkbar, wenn es nämlich um den Schutz ihres geheim-haltungsbedürftigen geschäftlichen Bereichs geht, so im Hinblick auf den Daten-schutz.²¹⁸ Eine weitere Verbindung besteht zum Umweltschutz.²¹⁹ 1173

Somit sind auch juristische Personen für die meisten Gewährleistungen nach Art. 7 EGRC grundrechtsberechtigt.²²⁰ Diese weitgehende Gleichstellung juristi-scher Personen mit natürlichen ist in Art. 7 EGRC schon durch die Eingangsfor- 1174

²¹² S. EGMR, Urt. vom 13.7.2000, Nr. 39221 u. 41963/98 (Rn. 138), ÖJZ 2002, 74 (75) – Scozzari u. Giunta/Italien; Entsch. vom 6.12.2001, Nr. 31178/96 (Aus den Grün-den 1.), NJW 2003, 1921 (1921 f.) – Petersen/Deutschland; Urt. vom 28.11.1988, Nr. 10929/84 (Rn. 56 f.), ÖJZ 1989, 666 (667) – Nielsen/Dänemark auch zum Vorher-gehenden.

²¹³ S. EGMR, Entsch. vom 6.12.2001, Nr. 31178/96 (Aus den Gründen 1.), NJW 2003, 1921 (1921 f.) – Petersen/Deutschland zu einem Streit über die Namensgebung.

²¹⁴ Grabenwarter, § 22 Rn. 3.

²¹⁵ Ohne Problematisierung s. EGMR, Urt. vom 13.6.1979, Nr. 6833/74 (Rn. 25), NJW 1979, 2449 (2449) – Marckx/Belgien.

²¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 (9054, Rn. 29) – Roquette Frères III. S.u. Rn. 1240.

²¹⁷ S. bereits EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 30 ff.), NJW 1993, 718 (719) – Niemietz/Deutschland; näher u. Rn. 1239.

²¹⁸ S. Breitenmoser, Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK, 1986, S. 239.

²¹⁹ Allerdings nicht auf der Basis des Schutzes der Wohnung, sondern höchstens als Re-präsentant seiner Beschäftigten oder Mitglieder, EGMR, Entsch. vom 29.6.1999, Nr. 29197/95 (Rn. 1) – Bernard et 47 autres personnes physiques et l'association Greenpeace/Luxemburg.

²²⁰ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 9.

mulierung „jede Person“ abgesichert, während Art. 8 EMRK mit „jedermann“ beginnt.

VIII. Achtung: Abwehr und Schutz

- 1175** Als Gewährleistung für den engeren persönlichen Bereich bildet Art. 7 EGRC in erster Linie ein Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen. Allerdings bedarf dieser persönliche Bereich verschiedentlich auch des Schutzes. Daraus können positive Verpflichtungen erwachsen. Das „Recht auf Achtung“ kann schon vom Begriff nicht nur negative, sondern auch positive und damit Schutzmaßnahmen umfassen, um namentlich das Privat- und Familienleben hinreichend zu wahren und dadurch zu achten.²²¹ Das gilt nicht nur bei Staatswillkür,²²² sondern vor allem, wenn Störungen durch private Personen drohen. Dann kann die öffentliche Hand auch zu Maßnahmen im Verhältnis zwischen Privatpersonen verpflichtet sein.²²³ Die Grenze zwischen positiven und negativen Verpflichtungen lässt sich nicht genau ziehen; die anwendbaren Grundsätze sind aber ähnlich.²²⁴ Es bedarf insoweit der Abwägung²²⁵ und der Staat hat einen bestimmten Beurteilungsspielraum.²²⁶

B. Privatleben

I. Aufgliederung in verschiedene Persönlichkeitsbereiche

- 1176** „Die Definition des Privatlebens macht Schwierigkeiten.“²²⁷ Eine nähere Definition fehlt. In der Rechtsprechung des EGMR, die aufgrund der weitestgehenden Übereinstimmung von Art. 7 EGRC mit Art. 8 EMRK eine maßgebliche Auslegungshilfe bietet,²²⁸ haben sich drei Bereiche herausgebildet, welche auch von der Literatur aufgegriffen werden: Das Selbstbestimmungsrecht über den Körper, der Schutz der Privatsphäre einschließlich der persönlichen Ehre, die freie Gestaltung

²²¹ Dazu näher u. Rn. 1245 ff., 1267.

²²² EGMR, Urt. vom 25.11.1994, Nr. 18131/91 (Rn. 38), Ser. A 299-B – Stjerna/Finnland.

²²³ S. EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 57), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland; s. bereits EGMR, Urt. vom 26.3.1985, Nr. 8978/80 (Rn. 23), NJW 1985, 2075 (2075) – X. u. Y./Niederlande; Entsch. vom 28.6.2001, Nr. 41953/98, RJD 2001-VII – Verliere/Schweiz.

²²⁴ EGMR, Urt. vom 10.4.2007, Nr. 6339/05 (Rn. 75), NJW 2008, 2013 (2015) – Evans/Vereinigtes Königreich.

²²⁵ Auch beim Schutz vor Staatswillkür ist eine Balance öffentlicher und privater Interessen gefordert, EGMR, Urt. vom 25.11.1994, Nr. 18131/91 (Rn. 38), Ser. A 299-B – Stjerna/Finnland.

²²⁶ S. EGMR, Urt. vom 26.5.1994, Nr. 16969/90 (Rn. 49), NJW 1995, 2153 (2155) – Keegan/Irland; Urt. vom 24.2.1998, Nr. 21439/93 (Rn. 33), ÖJZ 1999, 76 (76) – Botta/Italien sowie u. Rn. 1247, 1252 ff.

²²⁷ So Frowein/Peukert, Art. 8 Rn. 3.

²²⁸ S.o. Rn. 1160.

der Lebensführung.²²⁹ Damit wird ähnlich zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit als solche und in ihren Grundbedingungen geschützt.²³⁰ Sie gewährleistet daher „einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem (der Einzelne) seine Individualität entwickeln kann“.²³¹ Dieser autonome Bereich gliedert sich in bestimmte Freiräume im engeren persönlichen Lebensbereich. Mögliche Felder dafür sind auch in den weiteren Begriffen des Art. 7 EGRC enthalten, namentlich in Form des Familienlebens und der Kommunikation, aber auch der Wohnung, welche die Grundlage für ein abgeschlossenes Privatleben bildet. Nicht benannte Grundlage ist die Umwelt.²³² Ausgelagert in Art. 8 EGRC wurde der Schutz personenbezogener Daten, der auf der Basis der EMRK aus dem dortigen Art. 8 abgeleitet wurde.²³³

II. Selbstbestimmungsrecht über den Körper

1. Physische und psychische Integrität

Selbst über den Körper zu bestimmen beinhaltet zunächst und als Grundlage, dass die physische und psychische Integrität des Einzelnen erhalten bleibt. Diese wird allerdings bereits speziell durch das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung nach Art. 4 EGRC sowie umfassend in Art. 3 EGRC durch das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit geschützt. Da aber bei diesen Grundrechten eine bestimmte Beeinträchtigungsschwere erreicht sein muss,²³⁴ damit ein Eingriff vorliegt, bleibt immer noch ein Anwendungsbereich für Art. 7 EGRC für Beeinträchtigungen minderer Qualität.²³⁵ 1177

2. Sexuelle Selbstbestimmung

Über die Erhaltung der persönlichen Integrität hinaus geht es darum, dass sich der Einzelne entsprechend seinen körperlichen Eigenheiten entfalten und über diese selbst bestimmen kann. Das gilt vor allem für das sexuelle Verhalten. Der Einzelne kann autonom festlegen, wen er als Sexualpartner wählt. Deshalb wird auch die 1178

²²⁹ Jeweils m.w.N. *Grabenwarter*, § 22 Rn. 6 ff.; *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 19 Rn. 18; *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 10 ff. sowie die im Folgenden dargestellte Rechtsprechung.

²³⁰ S. zum deutschen Grundgesetz BVerfGE 72, 155 (170).

²³¹ BVerfGE 79, 256 (268).

²³² S.u. Rn. 1206 ff.

²³³ S. noch zur Fluggastdatenspeicherung *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4778, Rn. 211 f.) – Parlament/Rat u. Kommission auf der Basis einer ganzheitlichen Betrachtung, da durch Abgleich der Daten Persönlichkeitsprofile erstellt werden können. Näher zu diesem Fall u. Rn. 1451 ff.

²³⁴ S.o. Rn. 927 ff. und 993 ff.

²³⁵ *Grabenwarter*, § 22 Rn. 7.

Homosexualität geschützt.²³⁶ Damit wird der Übergang zur Art und Weise der Sexualität fließend. Auch über das „Wie“ kann der Einzelne grundsätzlich selbst bestimmen. Von daher gehören auch sadomasochistische Praktiken dazu, selbst wenn diese zu erheblichen Verletzungen führen, ist doch der Einzelne damit einverstanden.²³⁷ Grenzen erwachsen allerdings aus staatlichen Schutzpflichten, welche solche Praktiken begrenzen müssen, um die Gesundheit der Betroffenen zu schützen. Hier bedarf es aber einer Abwägung zwischen sexueller Freiheit und Schutz der Gesundheit.

3. Geschlechtsumwandlung

- 1179** Eine Geschlechtsänderung führt sogar zu medizinischen Eingriffen. Lässt sich der Einzelne vom Mann zur Frau umwandeln oder umgekehrt, bestimmt er damit über seinen Körper und bewegt sich im Schutzbereich von Art. 7 EGRC.²³⁸ Weil dies Ausdruck persönlicher Selbstbestimmung und medizinisch möglich geworden ist, muss diese persönliche Entscheidung des Einzelnen respektiert und dieser daher in seiner neuen Gestalt als Transsexueller anerkannt werden, auch in einem Geburtenbuch.²³⁹

4. Abtreibung

- 1180** Die Frage der Abtreibung betrifft hingegen die Folgen der Sexualität und damit nicht die sexuelle Selbstbestimmung als solche. Daher umfasst Art. 7 EGRC kein Recht auf straffreie Abtreibung. Es handelt sich mithin nicht um eine reine Privatangelegenheit der Mutter.²⁴⁰ Damit wird aber auch nicht umgekehrt der Schutz des

²³⁶ EGMR, Urt. vom 22.10.1981, Nr. 7525/76 (Rn. 40 f.), EuGRZ 1983, 488 (490) – Dudgeon/Vereinigtes Königreich; „Die Kommission beschloss einstimmig, dass die fraglichen Gesetze den Anspruch des Bf. auf Achtung seines Privatlebens i.S.d. Art. 8 (EKMR) insoweit verletzen, als sie solche homosexuellen Handlungen verbieten, die zwischen erwachsenen Männern einverständlich und im Privatbereich vorgenommen werden“; ebenso Urt. vom 26.10.1988, Nr. 10581/83 (Rn. 38), EuGRZ 1992, 477 (481) – Norris/Irland.

²³⁷ Offen allerdings EGMR, Urt. vom 19.2.1997, Nr. 21627 u.a./93 (Rn. 36), Rep. 1997-I – Laskey, Jaggard u. Brown/Vereinigtes Königreich.

²³⁸ Allerdings für Art. 8 EMRK noch die normative Gestaltungsfreiheit zur Wahrung öffentlicher Belange betonend und daher letztlich kein durchsetzbares Recht zuerkennend EGMR, Urt. vom 17.10.1986, Nr. 9532/81 (Rn. 37), Ser. A 106 – Rees/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 27.9.1990, Nr. 10843/84 (Rn. 36), Ser. A 184 – Cossey/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 30.7.1998, Nr. 22985/93 u. 23390/94 (Rn. 51), ÖJZ 1999, 571 (573) – Sheffield u. Horsham/Vereinigtes Königreich.

²³⁹ EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 28957/95 (Rn. 76 ff.), NJW-RR 2004, 289 (291 ff.) – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; zu dieser Entsch. partiell krit. Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 13 und v.a. Art. 9 Rn. 38 ff.; zum Ganzen näher Tettinger/Geerlings, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im werdenden Verfassungsvergleich, 2005, S. 125 ff.

²⁴⁰ EKMR, Ber. vom 12.7.1977, Nr. 6959/75 (Rn. 61), DR 10, 100 – Brüggemann u. Scheuten/Deutschland.

ungeborenen Lebens präjudiziert. Insoweit stellt sich die Frage, inwieweit für dessen Erhalt eine staatliche Schutzpflicht nach Art. 2 EGRC besteht und diese wiederum durch das Recht auf Privatleben der Mutter eingeschränkt ist.²⁴¹

III. Schutz der Privatsphäre

1. Persönlicher Entfaltungsbereich

Bereits der eigene Körper ist Teil der Privatsphäre des Menschen. Die Entfaltung des Einzelnen geht darüber aber weit hinaus. Hierfür bedarf es eines Bereiches, in welchen dieser Prozess hineingehen kann. Die Persönlichkeit entfaltet sich dabei in verschiedener Weise. Eine sehr wichtige Ausdrucksform ist die Kommunikation. Diese wird freilich am Ende von Art. 7 EGRC eigens geschützt. Ebenso wird der räumliche Entfaltungsbereich der Privatsphäre, nämlich die Wohnung, extra genannt. Spezifisch die Privatsphäre wird aber tangiert, wenn es etwa um deren Erforschung durch Wohnungsdurchsuchung oder Abhören von Telefongesprächen geht.²⁴² **1181**

Auf diesen internen Bereich bleibt freilich die Entfaltung der Privatsphäre nicht beschränkt. Vielmehr erstreckt sich diese häufig in den öffentlichen Raum, so bei einem Besuch eines Restaurants oder eines Freibades. Dementsprechend umfasst der Schutz der Privatsphäre auch, sich frei im öffentlichen Raum bewegen zu können, ohne durch staatliche Organe beobachtet zu werden.²⁴³ Ausdruck dessen ist auch ein Anspruch, dass das Recht am eigenen Bild geachtet wird. Insoweit ergeben sich allerdings Konflikte mit der Meinungs- und Pressefreiheit.²⁴⁴ **1182**

2. Manifestationen privater Entfaltung

a) Daten- und Kommunikationsschutz

Eine ungehinderte private Entfaltung ist am ehesten dann möglich, wenn ihre Spuren nicht von staatlichen Organen nachgezeichnet werden können. Daraus folgt insbesondere ein Schutz der individuellen Kommunikation und persönlicher Daten vor staatlicher Aufzeichnung und Speicherung, mithin namentlich der Datenschutz und der Schutz vor Telefonüberwachung. So sind gesundheitliche Informationen zu schützen.²⁴⁵ Der von der zu Art. 7 EGRC parallelen Vorschrift des Art. 8 EMRK **1183**

²⁴¹ Für Art. 2 EMRK explizit offen EGMR, Urt. vom 8.7.2004, Nr. 53924/00 (Rn. 79 f.), NJW 2005, 727 (729 f.) – Vo/Frankreich; näher o. Rn. 882. Zur Konservierung von Embryonen allerdings u. Rn. 1202 a.E. Hier ist bereits ein Kind gezeugt.

²⁴² Für ein Nebeneinander auch Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 14; für Art. 8 EMRK Grabenwarter, § 22 Rn. 9.

²⁴³ EGMR, Urt. vom 28.1.2003, Nr. 44647/98 (Rn. 59 ff.), ÖJZ 2004, 651 (652) – Peck/Vereinigtes Königreich.

²⁴⁴ S. EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 58 ff.), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland; ausführlich u. Rn. 1267 ff.

²⁴⁵ Vgl. nur EuGH, Rs. C-404/92 P, Slg. 1994, I-4737 (4789, Rn. 17) – X/Kommission: Recht einer Person, ihren Gesundheitszustand geheimzuhalten.

umfasste Datenschutz²⁴⁶ wird in der EGRC indes in Art. 8 speziell gewährleistet. Während der Datenschutz von Art. 8 EMRK nur implizit mit umfasst wird, garantiert Art. 8 EGRC diesen explizit und gesondert vom übrigen privaten Schutzbereich in Art. 7 EGRC.²⁴⁷ Dadurch ist auch eine weiter gehende Erfassung des Datenschutzes angelegt und dieser nicht mehr auf den Bereich der Privatsphäre rückbezogen.²⁴⁸ Damit bedarf es keiner Brücke mehr, um auch personenbezogene berufliche²⁴⁹ oder öffentlichkeitsbezogene Daten mit dem Begriff des Privatlebens zu verknüpfen.²⁵⁰

- 1184** Weiterhin notwendig ist eine solche Verbindung allerdings für den Begriff der Kommunikation. Gerade aus einem staatlichen Zugriff auf die Kommunikation kann aber das Privatleben tangiert werden, wenn nämlich dabei die Privatsphäre verletzt wird. Das ist etwa beim Abhören in der eigenen Wohnung oder auch im Krankenzimmer²⁵¹ der Fall, soweit dieses die individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung und damit den engsten persönlichen Bereich (Äußerungen innerster Gefühle, Sexualität) erfasst.²⁵² Insoweit kommt es darauf an, ob eher die technische Seite berührt ist oder das Eindringen in die Privatsphäre den Schwerpunkt bildet.

b) Recht am eigenen Bild

aa) Ausfluss der persönlichen Entfaltung

- 1185** Spuren der persönlichen Entfaltung sind auch Bilder. Insbesondere aus dieser Sicht ist daher elementar, dass das Recht am eigenen Bild geachtet wird,²⁵³ der Einzelne also Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeiten darüber hat, wo und wann Bildaufzeichnungen von ihm angefertigt und verwendet werden.²⁵⁴ Hier gewinnt die Schutzfunktion besondere Bedeutung, welche sich gegen private Übergriffe richtet.²⁵⁵ Bevor eine Beeinträchtigung mit den geschützten Interessen der solche Bilder verbreitenden Privaten abgewogen wird, ist aber zu prüfen, ob durch Fotoaufnahmen überhaupt die Privatsphäre des Beeinträchtigten betroffen ist. Das

²⁴⁶ S. näher EGMR, Urt. vom 26.3.1987, Nr. 9248/81 (Rn. 48), Ser. A 116 – Leander/Schweden; Urt. vom 16.2.2000, Nr. 27798/95 (Rn. 69), ÖJZ 2001, 71 (73) – Amann/Schweiz; aus der Lit. *Breitenmoser*, Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK, 1986, S. 245.

²⁴⁷ S.u. Rn. 1360.

²⁴⁸ Zu Art. 8 EMRK s. EGMR, Urt. vom 25.3.1998, Nr. 23224/94 (Rn. 53), ÖJZ 1999, 115 (116) – Kopp/Schweiz; auch trotz inhaltlicher Weiterung Urt. vom 4.5.2000, Nr. 28341/95 (Rn. 43), ÖJZ 2001, 74 (75) – Rotaru/Rumänien.

²⁴⁹ S. EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 29), NJW 1993, 718 (718 f.) – Niemietz/Deutschland; Urt. vom 25.6.1997, Nr. 20605/92 (Rn. 42 ff.), ÖJZ 1998, 311 (312) – Halford/Vereinigtes Königreich.

²⁵⁰ S.u. Rn. 1372 ff.

²⁵¹ BGH, NJW 2005, 3295 (3296).

²⁵² Für das deutsche Verfassungsrecht BVerfG 109, 279 (313 ff.) – Großer Lauschangriff.

²⁵³ Näher *Grabenwarter*, in: FS für Ress, 2005, S. 979 (979 ff.).

²⁵⁴ So BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 46).

²⁵⁵ EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 57), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland.

hängt davon ab, ob sie sich auf ein privates oder öffentliches Geschehen beziehen und ob das dabei gewonnene Material lediglich begrenzt verwertet wird oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollte.²⁵⁶

bb) Beschränkung auf privaten Kreis und Einwilligung

Werden etwa Fotoaufnahmen im privaten Kreis gemacht und auch nur in diesem Bereich verwendet, bleibt das Recht am eigenen Bild gewahrt, soweit sich der Einzelne auch in diesen privaten Bereich hinein begeben hat. Vergleichbar, aber auf einer anderen Ebene angesiedelt, ist, wenn eine Privatperson auf Medienvertreter zugeht und sich ablichten lässt. Dann ist sie auch damit einverstanden, dass dabei gemachte Bilder verwertet werden. Insoweit hat sie auf den Schutz ihrer Privatsphäre verzichtet. Sie hat ihn bewusst hinter sich gelassen. Daher kann sie sich jetzt auch nicht mehr auf eine Beeinträchtigung berufen. **1186**

Der grundrechtliche Schutz ist zumindest dann zurückgenommen, wenn die Bilder sich im abgesprochenen Rahmen bewegen und auch nur in diesem veröffentlicht werden, mithin keine gravierenden Abweichungen bestehen.²⁵⁷ Auch in einem solchen Kontext hat der Einzelne einen Anspruch darauf, nicht in berechtigten Erwartungen enttäuscht zu werden. So darf sich der Betroffene darauf verlassen, dass er vertrauliche, d.h. private Gespräche führen kann, wenn dieser Eindruck erweckt wird.²⁵⁸ Entsprechendes muss dann auch bei Bildern gelten, welche angeblich nur für den privaten Bereich gemacht werden,²⁵⁹ sowie beim gesprochenen Wort: Eine heimliche Tonbandaufnahme ist daher unzulässig.²⁶⁰ **1187**

cc) Einbeziehung der sozialen Dimension auch bei Personen der Zeitgeschichte

Bilder sind aber nur insoweit Ausdruck der persönlichen Entfaltung und damit Teil des Schutzes des Privatlebens, wie sie Bestandteil des Letzteren sind. Je stärker dieser Bezug ausfällt, desto intensiver ist auch der Schutz. Das gilt insbesondere für Bilder aus dem Privatleben und damit etwa von Freizeitaktivitäten, zumal an einem vor Journalisten und Fotografen abgeschirmten Ort. **1188**

Weiter gehend entfaltet sich aber die Persönlichkeit des Einzelnen auch im Kontakt mit anderen. Der Begriff des Privatlebens reicht daher über den intimen **1189**

²⁵⁶ S. EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 52), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland; bereits EGMR, Ber. vom 19.5.1994, Nr. 15225/89 (Rn. 49 ff.) – Friedl/Österreich; Urt. vom 25.9.2001, Nr. 44787/98 (Rn. 58), ÖJZ 2002, 911 (913) – P. G. u. J. H./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 28.1.2003, Nr. 44647/98 (Rn. 61), ÖJZ 2004, 651 (652) – Peck/Vereinigtes Königreich.

²⁵⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 2838; NJW 2006, 3406.

²⁵⁸ EGMR, Urt. vom 25.6.1997, Nr. 20605/92 (Rn. 45), ÖJZ 1998, 311 (312) – Halford/Vereinigtes Königreich.

²⁵⁹ Sich im Zusammenhang mit Fotoaufnahmen auf das vorgenannte Urt. beziehend EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 51), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland.

²⁶⁰ EGMR, Urt. vom 25.9.2001, Nr. 44787/98 (Rn. 59), ÖJZ 2002, 911 (913 f.) – P. G. u. J. H./Vereinigtes Königreich.

Kreis der Familie hinaus und hat auch eine soziale Dimension. Deshalb sind Kontakte mit anderen ebenfalls geschützt, außer der Betroffene sucht selbst die Öffentlichkeit, wie etwa auch bei der Teilnahme an einer Demonstration.²⁶¹ Dementsprechend können auch Bilder bzw. Berichte über nichtöffentliche, soziale Kontakte den Schutz des Privatlebens und damit das Recht am eigenen Bild beeinträchtigen.²⁶² Dabei bedarf es eines wirksamen Schutzes, weil die Vorgehensweisen der Medien aggressiver und effektiver geworden sind (z.B. Kamerahandys, mit denen man heute die Menschen am Nebentisch fotografieren kann, ohne dass diese es merken) und die Verbreitungsmöglichkeiten durch die technischen Fortschritte bei der Vernetzung, Speicherung und Wiederverwendung erheblich zugenommen haben.²⁶³ Diesen Gedanken greift nunmehr auch das BVerfG auf.²⁶⁴

dd) Kein abgestufter Schutzbereich

- 1190** Ein wirksamer Schutz dagegen wird indes ausgehöhlt, wenn er abgestuft erfolgt. Einen solchen Ansatz wählte jedoch früher das BVerfG, indem es zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte differenzierte und insbesondere Ersteren nur einen von vornherein eingeschränkten Schutz angedeihen ließ.²⁶⁵ Der EGMR verlangte demgegenüber, dass in jedem Fall das Privatleben sämtlicher Personen der Zeitgeschichte auch in seiner sozialen Dimension wirksam gewährleistet ist. Eine Person muss sich in einem geschützten Raum bewegen können, ohne mit dem Eindringen Dritter und dabei vor allen Dingen der Sensationspresse rechnen zu müssen. Das gilt selbst bei nicht abgeschiedenen Orten.²⁶⁶
- 1191** Darauf bewegte sich jetzt auch das BVerfG zu, indem es dem Persönlichkeitsrecht „in Momenten der Entspannung und des Sich-Gehen-Lassens außerhalb der Einbindung in die Pflichten des Berufs und Alltags“ eine stärkere Bedeutung zuerkannte, mithin eine Schutzbereichsbeeinträchtigung annimmt, wenn der Betroffene erwarten kann, dass ihm nicht nachgestellt wird.²⁶⁷ Tiefergehend verneint das BVerfG bei (absoluten) Personen der Zeitgeschichte Beeinträchtigungen nicht mehr per se in großem Maße,²⁶⁸ sondern stellt auf die Umstände des Einzelfalls ab, ohne aber diese Figur gänzlich aufzugeben: „Da der Begriff der Person der Zeitgeschichte verfassungsrechtlich nicht vorgegeben ist, steht es den Fachgerichten von Verfassungen wegen frei, ihn in Zukunft nicht oder nur noch begrenzt zu nutzen

²⁶¹ EGMR, Entsch. vom 12.10.1973, Nr. 5877/72 (Rn. 2), CD 45, 90 – X./Vereinigtes Königreich; Ber. vom 19.5.1994, Nr. 15225/89 (Rn. 48) – Friedl/Österreich.

²⁶² EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 68 f.), NJW 2004, 2647 (2650) – von Hannover/Deutschland.

²⁶³ EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 70), NJW 2004, 2647 (2650) – von Hannover/Deutschland.

²⁶⁴ BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 46).

²⁶⁵ BVerfGE 101, 361 (389 ff., 391); dazu krit. Frenz, Öffentliches Recht, Rn. 220 ff.

²⁶⁶ EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 72 ff.), NJW 2004, 2647 (2650 f.) – von Hannover/Deutschland.

²⁶⁷ BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 69).

²⁶⁸ Einen schrankenlosen Zugriff hat das BVerfG auch bisher nicht anerkannt, BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 73) unter Verweis auf BVerfGE 101, 361 (393).

und stattdessen im Wege der einzelfallbezogenen Abwägung über das Vorliegen eines Bildnisses aus dem ‚Bereich der Zeitgeschichte‘ zu entscheiden.²⁶⁹ Damit wandert die (potenzielle) Bedeutung von der Herabsetzung der Schutzintensität zur Abwägung.²⁷⁰

Erst auf der Ebene der Abwägung spielt es dann eine Rolle, inwieweit ein Bild bzw. ein Bericht rein auf das Privatleben bezogen ist oder (gleichzeitig) zu einer öffentlichen Diskussion über eine Frage von allgemeinem Interesse beiträgt.²⁷¹ Je eher ein Thema aktuelle Bedeutung hat und von außerordentlichem Interesse für die Öffentlichkeit ist, desto eher kommt allerdings eine Rechtfertigung in Betracht, ist doch dann das Informationsinteresse der Öffentlichkeit und damit das Mitteilungsbedürfnis der Presse als Ausfluss der Medienfreiheit nach Art. 11 Abs. 2 EGRC zu sehen. **1192**

Soweit man allerdings mit dem EGMR einen a priori abgeschwächten Schutz bei absoluten Personen der Zeitgeschichte verneint,²⁷² fällt diese Abwägung mit dem Informations- und Berichtsinteresse indes i.d.R. nur dann im Sinne einer Präsentationsmöglichkeit aus, wenn die veröffentlichten Fotoaufnahmen nicht Einzelheiten des Privatlebens zeigen. Ein Politiker ist freilich schon qua Beruf in die Öffentlichkeit getreten und muss als Konsequenz eine kritische Berichterstattung tragen.²⁷³ Ein infrage stehendes Foto enthielt aber keine Einzelheiten seines Privatlebens, sondern wurde mit dem Foto in seinem Lebenslauf verglichen, der auf den Internetseiten des Nationalrates, dessen Mitglied er ist, eingestellt wurde.²⁷⁴ Durch die Verwendung eines Standardbildes außerhalb des konkreten Geschehens, über das berichtet wird, können gerade auch belästigende Auswirkungen eines neuerlichen Bildes vermieden werden.²⁷⁵ **1193**

ee) Zeitliche Komponente

Dabei spielt auch eine zeitliche Komponente mit herein. Je länger ein Ereignis zurückliegt, desto mehr tritt der Charakter als Person der Zeitgeschichte hervor, für deren rückblickende Beurteilung auch der intime Bereich relevant wird. Dann kann **1194**

²⁶⁹ BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 82).

²⁷⁰ S. aber auch BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 85): Berücksichtigung des Informationsinteresses schon innerhalb des Merkmals des Bildnisses aus dem Bereich der Zeitgeschichte nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG.

²⁷¹ EGMR, Urt. vom 6.2.2001, Nr. 41205/98 (Rn. 59 ff.), RJD 2001-I – Tammer/Estland; Urt. vom 11.1.2000, Nr. 31457/96 (Rn. 52 ff.), ÖJZ 2000, 394 (395) – News Verlags GmbH/Österreich; auch Urt. vom 26.2.2002, Nr. 34315/96 (Rn. 33 ff.), ÖJZ 2002, 466 (467) – Krone Verlag GmbH/Österreich.

²⁷² S. zu neueren Tendenzen u. Rn. 1270 ff.

²⁷³ Davon wohl generell ausgehend BVerfGE 101, 361 (391).

²⁷⁴ S. EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 34315/96 (Rn. 37), ÖJZ 2002, 466 (467 f.) – Krone Verlag GmbH/Österreich.

²⁷⁵ BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 68).

etwa auch über einen Gesundheitszustand eines Präsidenten berichtet werden, um über die Geschichte seiner Amtszeit zu diskutieren.²⁷⁶

c) Tagebücher

- 1195** Ein besonderer Ausdruck persönlicher Entfaltung und ihrer Manifestation sind Tagebücher. In ihnen wird dokumentiert, was der Einzelne persönlich denkt und was er gemacht hat. Dieses Geschehen wird dabei individuell reflektiert. Deshalb sind sie ein besonders intimer Ausdruck der eigenen Entfaltung und daher ebenfalls im Rahmen von Art. 7 EGRC geschützt, ohne allerdings durchgehend unantastbar zu sein, so wenn sie Angaben zu bevorstehenden oder geplanten Straftaten enthalten: Dann berühren sie die Belange der Gemeinschaft und gehen damit über den als Ausfluss des Kernbereichs der Menschenwürde absolut geschützten höchstpersönlichen Bereich hinaus.²⁷⁷

3. Grundlagen der persönlichen Entfaltung

a) Name

- 1196** Untrennbar mit der eigenen Persönlichkeit verbunden ist der eigene Name. Er verleiht dem Einzelnen erst seine Identität; der Familienname zeigt die Zugehörigkeit zu einer Familie.²⁷⁸ Auf diesen engen Bezug zur Persönlichkeit ist auch zu achten, wenn es etwa um die Verwendung von Familiennamen in unterschiedlichen Staaten geht. Die Identität der Namensträger bleibt gleich. Das spricht für die Möglichkeit, den ursprünglichen Namen beizubehalten. Geht es um Änderungen, sind auch solche Anträge vielfach Ausdruck der Persönlichkeit. Das gilt etwa dann, wenn Eltern mit jeweils verschiedener Staatsangehörigkeit beide Namensbestandteile im Namen ihrer Kinder wieder finden wollen, auch um diesen eine Einfügung in einen anderen Staat zu erleichtern. Dadurch wird auch die zweifache Abstammung deutlicher. Eine Ablehnung einer solchen Namensänderung verstößt daher auch gegen den Schutz von Art. 7 EGRC.²⁷⁹

b) Recht auf Selbstdarstellung

- 1197** Nicht nur die Äußerlichkeiten einer Person sind zu gewährleisten, mithin das Recht am eigenen Bild sowie der Name, welcher allerdings schon Ausdruck auch der

²⁷⁶ EGMR, Urt. vom 18.5.2004, Nr. 58148/00 (Rn. 53), RJD 2004-IV – Éditions Plon/Frankreich zu Enthüllungen über den Gesundheitszustand von Präsident Mitterand; s. auch u. Rn. 1268.

²⁷⁷ Vgl. BVerfGE 80, 367 (374 f.).

²⁷⁸ EGMR, Urt. vom 22.2.1994, Nr. 16213/90 (Rn. 24), ÖJZ 1994, 559 (560) – Burghartz/Schweiz; Urt. vom 25.11.1994, Nr. 18131/91 (Rn. 37), Ser. A 299-B – Stjerna/Finnland; s. auch Urt. vom 24.10.1996, Nr. 22500/93 (Rn. 27), ÖJZ 1997, 518 (519) – Guillot/Frankreich.

²⁷⁹ Auf der Basis von Art. 12 und 17 EG/18 und 20 AEUVs. EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 (11648 f., Rn. 39 ff.) – Garcia Avello. Zu Beeinträchtigungen im Übrigen u. Rn. 1282 ff.

persönlichen Identität ist. Die Person ist auch als solche zu achten und daher in ihrem Recht auf Selbstdarstellung umfassend zu respektieren.²⁸⁰

c) *Persönliche Ehre*

Mit der Achtung der Person selbst eng verbunden ist der Schutz der persönlichen Ehre. Sie ist daher durch Art. 7 EGRC besonders geschützt.²⁸¹ In ihrem Schutz manifestiert sich besonders die Achtung der Persönlichkeit. Auch bei ihr ist aber zu prüfen, inwieweit Einschränkungen namentlich aus Gründen der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit möglich sind.²⁸² **1198**

IV. Freie Gestaltung der Lebensführung

Wesentlicher Bestandteil des Privatlebens ist auf der Basis der vorgenannten Grundlagen die freie Gestaltung der Lebensführung. Durch sie kann sich der Einzelne in dem Freiraum entfalten, der durch den Schutz der Privatsphäre sowie das Selbstbestimmungsrecht über den Körper geschaffen wurde. In diesem geschützten Rahmen kann sich der Einzelne nach seinen eigenen Ideen und Konzepten verwirklichen, ohne staatlich beeinflusst zu werden. Das betrifft Äußerlichkeiten wie Frisur, Kleidung, aber auch die Wahl von Ärzten.²⁸³ Gerade diese äußerlichen Merkmale wie Frisur und Kleidung sind regelmäßig Ausdruck der Persönlichkeit, so dass es sich insoweit um wesentliche Bereiche handelt.²⁸⁴ Darüber hinaus gehört der gesamte Lebensstil dazu, etwa auch das Essen und die Körperhygiene.²⁸⁵ **1199**

So sind auch Minderheiten in ihren eigenen Lebensformen durch Art. 7 EGRC geschützt. Einzelne Volksgruppen müssen ihre eigene Sprache sprechen und auch im Hinblick auf den Schulbesuch ihrer Kinder mitbestimmen können²⁸⁶ oder immer wieder umher ziehen dürfen, sei es im Wohnwagen,²⁸⁷ sei es zusammen mit Rentieren.²⁸⁸ Dieses Recht kann daher unter Umständen neben die Religions- und die Meinungsfreiheit treten.²⁸⁹ **1200**

²⁸⁰ Zu Beeinträchtigungen u. Rn. 1285 ff.

²⁸¹ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 16.

²⁸² S.u. Rn. 1277 ff.

²⁸³ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 17.

²⁸⁴ S. EKMR, Entsch. vom 6.3.1982, Nr. 8231/78 (Rn. 4), DR 28, 5 – X./Vereinigtes Königreich u.a. zum (allerdings gerechtfertigten) Uniformzwang im Gefängnis. S. dagegen für Schuluniformen EKMR, Entsch. vom 3.3.1986, Nr. 11674/85 (Rn. 1 ff.), DR 46, 245 – Stevens/Vereinigtes Königreich.

²⁸⁵ EKMR, Entsch. vom 15.5.1980, Nr. 8317/78 (Rn. 3 ff.), DR 20, 44 – MacFeeley u.a./Vereinigtes Königreich.

²⁸⁶ EGMR, Urt. vom 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298 (300) – „Belgischer Sprachenfall“: keine willkürliche Absonderung der Kinder von den Eltern.

²⁸⁷ EGMR, Urt. vom 18.1.2001, Nr. 27238/95 (Rn. 73), RJD 2001-I – Chapman/Vereinigtes Königreich.

²⁸⁸ So die Lappen EKMR, Entsch. vom 3.10.1983, Nr. 9278/81 (Rn. 2), DR 35, 30 – G. u. E./Norwegen.

²⁸⁹ Grabenwarter, § 22 Rn. 12; näher Hillgruber/Jestaedt, Die Europäische Menschenrechtskonvention und der Schutz nationaler Minderheiten, 1993, S. 42 ff.

- 1201** Die freie Lebensführung wird vielfach auch in die Öffentlichkeit ausstrahlen. Daher kann nicht etwa das Halten eines Hundes deshalb ausgeschlossen sein, weil dadurch das öffentliche Leben betroffen sei.²⁹⁰ Dass dadurch ggf. das Leben anderer Menschen beeinträchtigt wird, ist eine Frage der Abwägung und der daraus resultierenden Einschränkung.
- 1202** Der Schutz des Privatlebens nach Art. 7 EGRC ist nicht etwa auf den „reinen Binnenbereich“ der Persönlichkeit beschränkt, wie Entscheidungen zu dem insoweit gleich lautenden Art. 8 EMRK zeigen.²⁹¹ Vielmehr gehören gerade Kontakte nach außen zum Privatleben. Sie bilden einen notwendigen Bestandteil. Das ergibt sich zum einen aus dem Schutz der Privatsphäre, welche gleichfalls in den öffentlichen Raum hineinragt und in den ohnehin Attribute der Lebensführung wie Frisur und Kleidung wirken. Sind solchermaßen die Grundlagen abgesichert, muss dies auch für ihre Ausfüllung gelten. Zum anderen lässt sich ein Lebensstil oft und dabei namentlich von Minderheiten nur zusammen mit anderen praktizieren. Häufig wird auch bewusst Anschluss an eine bestimmte Gruppe gesucht. Daher ist generell die Wahl zwischenmenschlicher Beziehungen und damit deren Anknüpfung bzw. Etablierung und damit letztlich der Kontakt zur Außenwelt²⁹² ebenso wie dessen Ablehnung vom Privatleben umfasst. Weiter gehend gehört zur Entwicklung der Persönlichkeit und des Rechts darauf, Beziehungen zu anderen Menschen und zur Außenwelt herzustellen, auch das Recht auf Achtung der Entscheidung für oder gegen eine Mutter- oder Vaterschaft, und zwar auch im Hinblick auf die Konservierung und späteren In-Vitro-Fertilisation gemeinsam erzeugter Embryonen nach Scheitern der Lebensgemeinschaft. Da aber hier zwei gegenläufige Interessen abzuwägen sein können sowie schwierige moralische und ethische Fragen auftauchen, besteht ein weiterer Ermessensspielraum, diese Frage zu regeln.²⁹³

V. Brücke zum Berufsleben

- 1203** Werden solchermaßen zwischenmenschliche Beziehungen geschützt, kann leicht die Brücke zum Berufsleben geschlagen werden, werden doch viele private Beziehungen und Kontakte zu anderen dort geknüpft. Zudem fließen privater und beruflicher Bereich immer mehr ineinander. Daher bezieht der EGMR auch geschäft-

²⁹⁰ So EKMR, Entsch. vom 18.5.1976, Nr. 6825/74, DR 5, 86 – X./Island; abl. die ganz herrschende Literatur, etwa *Frowein/Peukert*, Art. 8 Rn. 7; *Grabenwarter*, § 22 Rn. 12.

²⁹¹ EKMR, Entsch. vom 15.5.1980, Nr. 8317/78 (Rn. 12), DR 20, 44 – MacFeeley u.a./Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 29), NJW 1993, 718 (718 f.) – Niemietz/Deutschland; s. auch Urt. vom 16.2.2000, Nr. 27798/95 (Rn. 65), ÖJZ 2001, 71 (73) – Amann/Schweiz.

²⁹² EGMR, Urt. vom 6.2.2001, Nr. 44599/98 (Rn. 47), NVwZ 2002, 453 (455) – Ben-said/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 13.2.2003, Nr. 42326/98 (Rn. 29), NJW 2003, 2145 (2146) – Odièvre/Frankreich; Urt. 29.4.2002, Nr. 2346/02 (Rn. 61), NJW 2002, 2851 (2853) – Pretty/Vereinigtes Königreich; bereits EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 29), NJW 1993, 718 (718 f.) – Niemietz/Deutschland.

²⁹³ EGMR, Urt. vom 10.4.2007, Nr. 6339/05 (Rn. 71 ff.), NJW 2008, 2013 (2014 f.) – Evans/Vereinigtes Königreich.

liche und berufliche Beziehungen in den Schutz des Privatlebens ein.²⁹⁴ Ein umfassender Schutz in diesem Rahmen widerspricht allerdings der eigenständigen Garantie der Berufsfreiheit in der EGRC. Das trifft erst recht auf den Ansatz zu, das Ergreifen eines Berufes unter die Achtung des Privatlebens zu fassen, weil für dessen Gestaltung ein Lebensunterhalt aus dem Beruf notwendig ist und der Beruf zudem zum Aufbau von Beziehungen zu anderen genutzt werden kann.²⁹⁵ Schließlich gewährleistet Art. 15 EGRC eigens auch das Recht zu arbeiten und eine Arbeit zu suchen. Insoweit ist diese Bestimmung speziell.

Allerdings erfasst Art. 15 EGRC nicht die Aufnahme privater Beziehungen innerhalb des beruflichen Umfeldes. Insoweit kann daher Art. 7 EGRC über die Berufsfreiheit hinausgehen. Das gilt aber lediglich in dem Umfange, in dem es zumindest auch um Privates und nicht etwa lediglich um den Aufbau geschäftlicher und beruflicher Beziehungen geht. Der Schutz der Privatheit im Beruf bzw. seinem Umfeld kann sogar in Konflikt zur Berufsfreiheit geraten, wenn Erstere nämlich die berufliche Entfaltung hemmt und damit insbesondere der ebenfalls durch Art. 15 EGRC geschützte Arbeitgeber Nachteile erleidet. Eine solche Beeinträchtigung kann aber über die Achtung des Privatlebens nach Art. 7 EGRC gerechtfertigt sein.

Damit ist stets ein enger und spezifischer Bezug zum Privatleben nötig, damit der darauf aufbauende Schutz aus Art. 7 EGRC eingreift. Dadurch erwächst aus der Achtung des Privatlebens ebenfalls²⁹⁶ keine Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit. Zwar sind letztlich sämtliche Handlungen Ausfluss der individuellen Persönlichkeit und von daher auch des Privatlebens. Indes gewährleistet Art. 7 EGRC bestimmte Bereiche spezifisch, nämlich das Privat- und Familienleben, die Wohnung und die Kommunikation. Dieses Grundrecht sollte aber nicht allumfassend sein. Daher geht es nur um solche Ausprägungen menschlichen Verhaltens, in welchen jemand seine Persönlichkeit spezifisch entfaltet. So haben gewöhnliche Handlungen wie beispielsweise Autofahren ohne Sicherheitsgurt²⁹⁷ oder Motorradfahren ohne Helm²⁹⁸ oder das Reiten im Walde²⁹⁹ keinen besonderen Bezug zur jeweils individuellen Persönlichkeit, sondern bilden Handlungsweisen aller Menschen. Daher sind sie nicht durch Art. 7 EGRC spezifisch geschützt.

1204

1205

²⁹⁴ EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 29), NJW 1993, 718 (718 f.) – Niemietz/Deutschland; Urt. vom 16.2.2000, Nr. 27798/95 (Rn. 65), ÖJZ 2001, 71 (73) – Amann/Schweiz; zust. Grabenwarter, § 22 Rn. 14.

²⁹⁵ Vgl. EGMR, Urt. vom 27.7.2004, Nr. 55480 u. 59330/00 (Rn. 47 f.), RJD 2004-VIII – Sidrabas u. Dziautas/Litauen; krit. auch Maus, Der grundrechtliche Schutz des Privatlebens im europäischen Recht, 2007, S. 152 f.

²⁹⁶ S. auch o. Rn. 1060 ff.

²⁹⁷ BVerfG, NJW 1987, 180.

²⁹⁸ BVerfGE 59, 275 (278).

²⁹⁹ BVerfGE 80, 137 (154 f.).

VI. Umwelt

1. Grundlagenfunktion für das Privatleben

- 1206** Eine elementare Grundlagenfunktion für die individuelle Lebensführung hat die Umwelt. Wird sie stark beeinträchtigt oder gar zerstört, ist eine individuelle Entfaltung schwerlich noch möglich. Umweltverschmutzung kann daher das Privatleben und vor allem die Beziehungen zu anderen erschweren oder gar ausschließen. Es wird im wahrsten Sinne die Grundlage dafür weggenommen, wenn etwa der Entfaltungsraum einer nationalen Minderheit durch einen Stausee überflutet wird.³⁰⁰

2. Fluglärm als Pilotbereich

- 1207** Eine Beeinträchtigung kann aber bei weitaus geringeren Umwelteinwirkungen gegeben sein. Das gilt vor allem für Fluglärm, welcher zu einem nicht mehr tolerierbaren Stress führen und damit das Recht auf Privatleben beeinträchtigen kann.³⁰¹ Allerdings muss der Lärm erheblich sein, was sowohl die Stärke als auch die Häufigkeit anbetrifft.³⁰² Zudem gewähren die Konventionsorgane einen großen Beurteilungsspielraum, um Lärmemissionen etwa durch ein öffentliches Interesse an einem Großflughafen, der in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und für die wirtschaftliche Entwicklung des Landes erforderlich ist, zu rechtfertigen. Dieser weite Ermessensspielraum gilt dabei unabhängig davon, ob man das Recht auf Umweltschutz als Abwehrrecht oder aber als (positive) Schutzpflicht des Staates versteht.³⁰³
- 1208** Gleichwohl hat der EGMR in der Kleinen Kammer aus Art. 8 EMRK tiefgreifende Planungs- und Untersuchungspflichten abgeleitet.³⁰⁴ Die Große Kammer des

³⁰⁰ EKMR, Entsch. vom 3.10.1983, Nr. 9278/81 (Rn. 2), DR 35, 30 – G. u. E./Norwegen für die Lappen in Norwegen, das aber den Bau angesichts der Bedeutung für die wirtschaftliche Wohlfahrt des Landes und der geringen betroffenen Fläche rechtfertigen konnte.

³⁰¹ Vgl. dazu EKMR, Entsch. vom 15.7.1980, Nr. 7889/77, DR 19, 186 sowie Ber. vom 13.5.1982, Nr. 7889/77, DR 26, 5 – Arrondelle/Vereinigtes Königreich (London-Gatwick); ähnlich zum Flughafen London Heathrow EKMR, Ber. vom 8.7.1987, Nr. 9310/81, DR 52, 29 (Bericht über gütliche Einigung) sowie zuvor ebenfalls Entsch. vom 16.10.1985, Nr. 9310/81 (Rn. 4), DR 44, 13 (Zulassungsentscheidung) – Baggs/Vereinigtes Königreich.

³⁰² S. auch EKMR, Entsch. vom 18.1.1989, Nr. 12816/87 (Rn. 2), DR 59, 186 – Vearncombe u.a./Deutschland. Die Anzahl der betroffenen Personen ist hingegen für die Abwägung relevant, EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 125, 127), NVwZ 2004, 1465 (1469) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

³⁰³ EGMR, Urt. vom 21.2.1990, Nr. 9310/81 (Rn. 41), ÖJZ 1990, 418 (420) – Powell u. Rayner/Vereinigtes Königreich; ebenso EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 16798/90 (Rn. 51), EuGRZ 1995, 530 (533) – López Ostra/Spanien; EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 119), NVwZ 2004, 1465 (1468) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

³⁰⁴ EGMR, Urt. vom 2.10.2001, Nr. 36022/97 (Rn. 97), ÖJZ 2003, 72 (73 f.) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

EGMR folgte dem freilich nicht³⁰⁵ und lehnte eine solche spezifische Annäherung unter dem Blickwinkel eines besonderen Status von umweltbezogenen Menschenrechten ab.³⁰⁶ Immerhin befürwortete er eine Abwägung der Interessen der Wirtschaft und der betroffenen Anwohner unter Einbeziehung der relevanten Lärmaspekte.³⁰⁷

Eine solche Abwägung kann indes vor allem dann situationsadäquat erfolgen, **1209** wenn eine gründliche Untersuchung und Planung erfolgt, um die möglichen Gefahrenlagen aufzuspüren und ihnen sachgerecht – auch unter Berücksichtigung der ökonomischen Bedürfnisse – zu begegnen. Diese Elemente lassen sich daher je nach Bedeutung des Projektes und der betroffenen Belange aus einem wirksamen Umweltschutz ableiten, auch wenn dieser nur für den Schutz von Elementargütern als Grundlage für das Privat- und Familienleben subjektiv einforderbar ist. So hat der EGMR auch Informationspflichten über Umweltrisiken bejaht.³⁰⁸

Wegen dieses Ansatzes ist indes nur bei grundlegenden Gefährdungen für das **1210** Privat- und Familienleben die Begründung solcher konkreter Untersuchungs- und Planungspflichten möglich. Und selbst dann müssen solche Pflichten in einem hinreichenden Bezug zu den Schutzgütern stehen, mithin eine verbesserte Gewährleistung tatsächlich erwarten lassen. Bei Umweltgefährdungen durch Großprojekte wird das aber regelmäßig der Fall sein, wie die Anforderungen nach der UVP-RL 85/337/EWG³⁰⁹ zeigen.

Nicht umsonst hat daher ein Sondervotum verschiedener Richter die Ableitung **1211** der vorgenannten Planungs- und Untersuchungspflichten befürwortet und dabei auch auf Art. 37 EGRC verwiesen.³¹⁰ Indes gewährt diese Bestimmung gerade keine subjektiven Rechte, sondern hat ihre Hauptbedeutung in der Festschreibung des Umweltschutzes als Abwägungsbelang auch bei grundrechtlichem Bezug.³¹¹ Daher handelt es sich dabei um keine adäquate Abstützung, obwohl die genauen Planungs- und Untersuchungspflichten vor allem das in Art. 37 EGRC vorgegebene hohe Schutzniveau sowie die aus dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung folgende Abwägung zwischen ökonomischen und ökologischen Belangen sicherstellen.

³⁰⁵ EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 128), NVwZ 2004, 1465 (1469) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

³⁰⁶ EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 122), NVwZ 2004, 1465 (1468) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich; s. *Heselhaus/Marauhn*, EuGRZ 2005, 549 (549): „Straßburger Springprozession zum Schutz der Umwelt“.

³⁰⁷ EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 119), NVwZ 2004, 1465 (1468) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich; näher u. Rn. 1289 ff.

³⁰⁸ EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Nr. 14967/89 (Rn. 58), NVwZ 1999, 57 (58) – Guerra u.a./Italien.

³⁰⁹ RL 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. L 175, S. 40, geändert durch RL 97/11/EG, ABl. 1997 L 73, S. 5, und RL 2003/35/EG, ABl. 2003 L 156, S. 17.

³¹⁰ Abw. Meinung der Richter *Costa, Ress u.a.*, EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 1 ff.), RJD 2003-VIII, 190 (234 f.) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

³¹¹ S.u. Rn. 4312 ff.

- 1212** Diese Zielvorgaben des Art. 37 EGRC sind indes durch Sekundärrecht zu konkretisieren, wie es dem System der europäischen Umweltpolitik entspricht, bedingen aber regelmäßig keine unmittelbaren Rechtsfolgen.³¹² Ebenso wenig wie dieses System darf nicht durch eine Heranziehung von Art. 37 EGRC die gänzlich andere Grundkonzeption von Art. 7 EGRC durchbrochen werden. Deshalb eignen sich eher die Schutzrechte für Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 und 3 EGRC für eine weitere Ableitung von Planungs- und Untersuchungserfordernissen bei umweltgefährdenden Vorhaben. Aber auch diese Schutzrechte gewährleisten nur einen Mindeststandard.³¹³

3. Weiterungen

- 1213** Der Schutzansatz des EGMR für Fluglärm wurde auf andere Bereiche ausgedehnt. Auf die Schutzpflicht für das Privatleben wurde gestützt, dass auch vor indirekten Auswirkungen von Umweltverschmutzungen geschützt werden muss. Dies betraf Auswirkungen auf das physische Wohlbefinden durch ein dauerhaftes nächtliches Licht, eine verunstaltete Flusslandschaft und Änderungen des Mikroklimas, weil Dampf aus einem Kühlturm den Sonnenschein verminderte; der Fall betraf ein Kernkraftwerk, bei dem auch das nukleare Risiko geltend gemacht wurde.³¹⁴ Entsprechendes gilt für üblen Geruch, Lärm und Rauch von einer Abwasser- und Abfallentsorgungsanlage. Hier muss die betreffende staatliche Einrichtung nicht nur auf die Einhaltung von Umweltstandards achten, sondern darf auch nicht gegen darauf hinwirkende Gerichtsurteile vorgehen.³¹⁵
- 1214** Damit reicht der Schutz von Umweltbelangen weit über Lärmemissionen hinaus. Dies ist deshalb konsequent, weil nicht nur von diesen Beeinträchtigungen des Privatlebens durch negative Auswirkungen auf das physische Wohlbefinden ausgehen. Das gilt zumal dann, wenn man die Achtung des Rechts auf Wohnung noch mit hinzunimmt; eine Wohnung kann ebenfalls in ihren Annehmlichkeiten nicht genossen werden, wenn sie durch Dampf und Gestank beeinträchtigt wird.³¹⁶
- 1215** Um sich vor Umweltverschmutzung wirksam zu sichern, braucht der Einzelne auch Informationen darüber. Nur so kann er sich unbeschwert privat frei entfalten. Und vor allem für sich entscheiden, weiterhin in einem von Umweltverschmutzung tangierten Areal zu wohnen.³¹⁷

³¹² S.o. Rn. 4320 ff.

³¹³ S.o. Rn. 960.

³¹⁴ S. EKMR, Entsch. vom 17.5.1990, Nr. 13728/88 (Rn. 2), DR 65, 250 – S./Frankreich.

³¹⁵ EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 16798/90 (Rn. 54 ff.), EuGRZ 1995, 530 (533) – López Ostra/Spain.

³¹⁶ Auch darauf abhebend EKMR, Urt. vom 17.5.1990, Nr. 13728/88 (Rn. 2), DR 65, 250 – S./Frankreich.

³¹⁷ EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Nr. 14967/89 (Rn. 60), NVwZ 1999, 57 (58) – Guerra u.a./Italien.

4. Grenzen

a) *Hinreichende Erheblichkeit*

Erforderlich ist allerdings eine hinreichende Erheblichkeit, um sich auf das Privat- bzw. Familienleben oder die Wohnung fühlbar auszuwirken. Es muss sich also in diesem Sinne um hinreichend belastende Umweltemissionen handeln. Insoweit besteht aber ein umfassender Immissionsschutz. **1216**

b) *Abgrenzung zu Art. 37 EGRC*

Es werden aber nicht sämtliche Beziehungen des Individuums zur gesamten, unmittelbaren Umwelt einbezogen.³¹⁸ Der Umweltschutz wird also nicht umfassend gewährleistet. Vielmehr bedarf es einer hinreichenden Auswirkung der jeweiligen Umweltbelastung auf das Privatleben. So wie durch den umweltbezogenen Gesundheitsschutz nach Art. 174 EG/191 AEUV keine umfassende Gesundheitspolitik begründet wird,³¹⁹ vermag der Schutz des Privatlebens keinen darüber hinausgehenden Umweltschutz zu schaffen. Daher bringt Art. 37 EGRC eine inhaltliche Weiterung. Durch die in ihm verankerte spezifische Gewährleistung des Umweltschutzes werden die begrenzten Ableitungen aus der Achtung des Privat- bzw. Familienlebens und des Rechts auf Wohnung für die EGRC verallgemeinert. Die Einwirkungen aus einer verschmutzten Umwelt auf das Privatleben werden daher auch durch Art. 7 EGRC nur in dieser spezifischen Beziehung erfasst. Handelt es sich hingegen um den Umweltschutz, soweit er nicht spezifisch die Wahrung individueller privater Entfaltung anbetrifft, ist Art. 37 EGRC einschlägig. Das gilt etwa für den Klimaschutz. Dann aber besteht kein subjektiv einforderbarer Anspruch, weil Art. 37 EGRC lediglich eine Grundsatzbestimmung darstellt.³²⁰ Nur ein menschenwürdefester Kerngehalt in Form des ökologischen Existenzminimums ist absolut geschützt.³²¹ **1217**

C. Familienleben

I. Enger Bezug zum Privatleben

Als besonderer Teil des Privatlebens, welches sich auch auf zwischenmenschliche Beziehungen erstreckt,³²² schützt Art. 7 EGRC eigens das Familienleben. Strukturgleich zum Privatleben kommt es auf die Entfaltung des Einzelnen an. Daher ist auch der Begriff der Familie nicht näher festgelegt. Vielmehr zählen die tatsächlichen Verhältnisse und die individuellen Vorstellungen. Demgegenüber ist Aus- **1218**

³¹⁸ Kley-Struller, EuGRZ 1995, 507 (513 f.).

³¹⁹ Frenz, Europäisches Umweltrecht, 1997, Rn. 28.

³²⁰ S.u. Rn. 4312 ff.

³²¹ S.o. Rn. 858.

³²² S.o. Rn. 1202.

gangspunkt von Art. 16 ESC³²³ der wirtschaftliche, gesetzliche und soziale Schutz des Familienlebens; die Familie wird als eine Grundeinheit der Gesellschaft betrachtet. Im Rahmen von Art. 7 EGRC kann daher Art. 16 ESC nur unter Beachtung dieses Unterschiedes herangezogen werden.

- 1219** Der Gründungsakt der Familie ist in Art. 9 EGRC eigens gewährleistet.³²⁴ Nur dort ist er neben das Recht, eine Ehe einzugehen, gestellt, ohne dass mit dieser die Familiengründung identisch sein muss, würde sie doch sonst nicht eigens und unabhängig von ihr genannt. Daher kann es erst recht im Rahmen von Art. 7 EGRC nicht darauf ankommen, dass eine Ehe besteht.³²⁵ Ob diese eingegangen wird, hängt vielmehr von den individuellen Vorstellungen ab, welche für die durch Art. 7 EGRC geschützte Entfaltung eine wesentliche Rolle spielen und deshalb beschränkt werden, wenn sie sich nicht in einem selbst gestalteten Familienleben auch unabhängig von dem Institut der Ehe verwirklichen können.

II. Tatsächliches Familienleben

- 1220** Art. 7 EGRC schützt aber nicht die virtuelle Familie. Der Schutz des Familienlebens verlangt, dass ein solches tatsächlich besteht.³²⁶ Der Idealfall ist, dass zwei Elternteile mit einem oder mehreren Kindern zusammenleben. Das ist aber nicht zwingend. Ein tatsächlich bestehendes Familienleben kann indes bei getrennt lebenden Eheleuten selbst bei räumlicher Nähe nicht von vornherein bejaht werden.³²⁷ Schließlich bildet das gemeinsame Wohnen einen wichtigen Anhaltspunkt, obwohl es selbst bei einer funktionierenden Ehe nicht mehr selbstverständlich ist, wenn beide Partner an verschiedenen Orten arbeiten.
- 1221** Darüber hinaus ist auch von Bedeutung, wie lange die Beziehung währt und wie sie sich bislang gestaltete, wie eng die Partner aneinander gebunden sind, so namentlich durch mehrere gemeinsame Kinder,³²⁸ und seien diese auch durch künstliche Befruchtung zustande gekommen.³²⁹
- 1222** Eine rechtliche Fixierung besteht nicht.³³⁰ Daher fallen auch nicht eheliche Familienbeziehungen darunter. Ein Kind wird deshalb bereits mit seiner Geburt Teil

³²³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

³²⁴ S.u. Rn. 1514 ff.

³²⁵ Ebenso für Art. 16 ESC *Fortunato*, EuR 2008, 27 (31 ff.) v.a. auf Basis der sozialen Schutzfunktion für Kinder in der Rspr. des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte (European Committee for Social Rights, ESCR).

³²⁶ St. Rspr., z.B. EGMR, Urt. vom 13.6.1979, Nr. 6833/74 (Rn. 31), NJW 1979, 2449 (2450) – Marckx/Belgien; Urt. vom 18.12.1986, Nr. 9697/82 (Rn. 55 f.), EuGRZ 1987, 313 (317) – Johnston u.a./Irland; Urt. vom 12.7.2001, Nr. 25702/94 (Rn. 150), NJW 2003, 809 (810) – K. u. T./Finnland.

³²⁷ S. EGMR, Urt. vom 23.7.2002, Nr. 56132/00 (Rn. 42), EuGRZ 2002, 593 (595) – Taskin/Deutschland.

³²⁸ EGMR, Urt. vom 27.10.1994, Nr. 18535/91 (Rn. 30), Ser. A 297-C – Kroon u.a./Niederlande: vier gemeinsame Kinder.

³²⁹ EGMR, Urt. vom 22.4.1997, Nr. 21830/93 (Rn. 36 f.), Rep. 1997-II – X., Y. u. Z./Verinigtes Königreich.

³³⁰ S.o. Rn. 1218.

dieser Familienbeziehungen. Dies gilt auf Dauer und damit auch dann, wenn die Beziehung zwischen den Eltern zerbrochen ist.³³¹ Es soll unschädlich sein, wenn eine Beziehung bereits bei der Geburt des Kindes nicht mehr besteht.³³² Jedenfalls gründet ein tatsächliches Familienleben auf eine bei der Geburt vorhandene Familienbeziehung.³³³ Und bereits bei einem Zusammenleben vor der Geburt erwächst zwischen den Eltern und dem Kind ein Band, das einem Familienleben entspricht.

III. Kein notwendiges Fortbestehen

Damit wird eine Beziehung, welche unter den Begriff „Familienleben“ gefasst wird, zwischen Kind und jedem Elternteil durch die Geburt begründet. Daraus ergibt sich dann, dass jedes Elternteil die daraus resultierenden Beziehungen einfordern kann. Das gilt etwa für das Namensrecht, welches nicht nur Ausdruck des Privatlebens, sondern auch des Familienlebens ist. Diese Beziehung über den Namen muss aber einmal manifestiert worden sein, damit es sich um einen Ausdruck des tatsächlichen Familienlebens handelt. Das setzt voraus, dass etwa der Vater, welcher einer Umbenennung seines Kindes widerspricht, bei der Geburt auch seinen Namen dem Kind mitgegeben haben muss. Ist dies nicht der Fall, sondern heißt das Kind ausschließlich nach der Mutter, kann der Vater später auch keine Namensrechte mehr geltend machen, da ihm das berechtigte Interesse fehlt.³³⁴ **1223**

Hat das Paar, wenn auch unehelich, einmal zusammengelebt, wurde das Umgangsrecht faktisch begründet. Daher kann insoweit der Vater, auch wenn er später nicht mehr mit dem Kind zusammenlebt, nach der Trennung von der Mutter regelmäßigen Umgang einfordern.³³⁵ Ein Mindestumgangsrecht steht dabei jedem Elternteil zu, unabhängig davon, ob er das Sorgerecht hat. Es darf ihm nicht gänzlich entzogen werden, weil sich ansonsten ein natürliches Band zwischen diesem Elternteil und dem Kind nicht entwickeln kann. **1224**

IV. Trennung von einem Elternteil

Nur außergewöhnliche Umstände rechtfertigen daher eine Trennung. Dazu gehört aber etwa nicht, wenn ein Elternteil bereits mit einem neuen Partner verheiratet ist und in einer neuen Familie lebt. Zur Zusammenführung von Vater und Kind besteht eine positive Verpflichtung unabhängig von einem weiten Beurteilungsspiel- **1225**

³³¹ S. EGMR, Urt. vom 13.7.2000, Nr. 25735/94 (Rn. 43), NJW 2001, 2315 (2316 f.) – Elsholz/Deutschland.

³³² EGMR, Urt. vom 26.5.1994, Nr. 16969/90 (Rn. 44), NJW 1995, 2153 (2154) – Keegan/Irland.

³³³ EGMR, Entsch. vom 6.12.2001, Nr. 31178/96 (Aus den Gründen 2.), NJW 2003, 1921 (1922) – Petersen/Deutschland.

³³⁴ EGMR, Entsch. vom 6.12.2001, Nr. 31178/96 (Aus den Gründen 3.), NJW 2003, 1921 (1922) – Petersen/Deutschland.

³³⁵ EGMR, Urt. vom 13.7.2000, Nr. 25735/94 (Rn. 44), NJW 2001, 2315 (2317) – Elsholz/Deutschland.

raum bei Einschränkungen des elterlichen Umgangsrechts.³³⁶ Selbst das Sorgerecht kann nicht pauschal einfach dem Vater weggesprochen werden, wenn das Kind bei einer Pflegefamilie wohnt. Das gilt selbst dann, wenn eine sofortige Trennung von der Pflegefamilie negative Folgen für das körperliche und seelische Wohlbefinden des Kindes haben kann. Vielmehr ist dann zu berücksichtigen, welche langfristigen Auswirkungen eine dauerhafte Trennung vom leiblichen Vater haben kann.³³⁷

1226 Insoweit kann aber nur vorgegeben werden, welche Elemente berücksichtigt werden müssen. Im Übrigen hat gerade bei der Sorgerechtsentscheidung die zuständige staatliche Instanz einen breiten Beurteilungsspielraum, ohne den sie die Verhältnisse vor Ort im Interesse des Kindes schwerlich gewichten kann.

1227 Dementsprechend gewichtig sind die Verwandtschaftsbeziehungen zu werten. Ihnen ist positiv Rechnung zu tragen. Daher muss eine Mutter mit ihrem nicht ehelichen Kind auch eine gerichtlich anerkannte Trennung von einem Ehepartner durchsetzen können, wenn sie die finanziellen Mittel dafür nicht hat; der Staat hat dann Prozesskostenhilfe zu gewähren³³⁸ und darf nicht zu hohe Verfahrensgebühren nehmen. Auch insoweit kann sich damit die individuelle Vorstellung von Familie durchsetzen. Hingegen hat der Staat naturgemäß keine positive Verpflichtung, eine Familiengemeinschaft, welche zerrüttet ist, wieder herzustellen.³³⁹

V. Konstitutive Bedeutung eines Kindes

1228 Entsprechend dem großen Gewicht der individuellen Vorstellungen im Rahmen von Art. 7 EGRC sind auch gleichgeschlechtliche Beziehungen geschützt und können daher unter den Schutz des Familienlebens fallen.³⁴⁰ Jedenfalls dürfen sie nicht diskriminiert werden, wenn sie eine solche Beziehung eingehen, etwa wenn es um das Sorgerecht eines Kindes geht.³⁴¹

1229 Eine Familie kann aber nur dadurch entstehen, dass auch Kinder hinzukommen. Zwar wird bereits das Zusammenleben von Ehepaaren als Familienleben betrach-

³³⁶ EGMR, Ur. vom 26.2.2004, Nr. 74969/01 (Rn. 49 f.), NJW 2004, 3397 (3399) – Görgülü/Deutschland, die Grundlage für die gleichnamige BVerfGE 111, 307 – Görgülü.

³³⁷ EGMR, Ur. vom 26.2.2004, Nr. 74969/01 (Rn. 46), NJW 2004, 3397 (3399) – Görgülü/Deutschland.

³³⁸ EGMR, Ur. vom 9.10.1979, Nr. 6289/73 (Rn. 27 f., 33), EuGRZ 1979, 626 (629) – Airey/Irland, auch auf der Basis von Art. 6 EMRK.

³³⁹ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 36.

³⁴⁰ Grabenwarter, § 22 Rn. 16 a.E. unter Berufung auf EGMR, Ur. vom 21.12.1999, Nr. 33290/96 (Rn. 21 f.), RJD 1999-IX – Salgueiro da Silva Mouta/Portugal; anders die Beurteilung von Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 32; abl. vorher EKMR, Entsch. vom 19.5.1992, Nr. 15666/89 (The Law Rn. 1) – Kerkhofen u. Hinke/Niederlande und auch EuGH, Rs. C-249/96, Slg. 1998, I-621 (647 f., Rn. 33) – Lisa Jacqueline Grant, allerdings unter Bezug auf die früheren Entscheidungen der EKMR.

³⁴¹ EGMR, Ur. vom 21.12.1999, Nr. 33290/96 (Rn. 31 ff.), RJD 1999-IX – Salgueiro da Silva Mouta/Portugal.

tet.³⁴² Indes wird in Art. 9 EGRC ebenso wie in Art. 12 EMRK eindeutig zwischen Ehe und Familie getrennt. Eine Familie ist daher mehr als eine Ehe. Zudem ist das Eheleben hinreichend über das Privatleben geschützt, welches auch zwischenmenschliche Beziehungen umfasst.

VI. Großfamilie

Hingegen ist der Begriff der Familie insofern sehr weit, als es auch um verwandtschaftliche Beziehungen zwischen Großeltern und Enkeln etc. gehen kann.³⁴³ So heißt es in der niederländischen Fassung von Art. 7 EGRC „familie- end gezinsleven“, also neben Zwei- auch Mehrgenerationenfamilien.³⁴⁴ Schließlich kommt es auf die tatsächlichen Verhältnisse an, und enge Beziehungen von Kindern können auch zu ihren Großeltern bestehen, zumal wenn diese in der Nähe sind und beide Eltern arbeiten. **1230**

VII. Erbrecht

Entsprechend dieser Ausdehnung des Familienbegriffs gehört auch das Erbrecht **1231** zwischen nahen Verwandten und damit zwischen Kindern und Eltern sowie zwischen Enkeln und Großeltern dazu. Das Familienleben erfasst mithin nicht nur Bindungen sozialer, moralischer oder kultureller Art, sondern auch materielle Interessen, deren Ausdruck Unterhaltspflichten und erbrechtliche Regelungen sind.³⁴⁵ Da Testamente vielfach in die Zukunft reichen und auch erst nach dem Tode des Erblassers Geborene bedenken können, wirkt das Erbrecht und damit auch das diesem vorausliegende Familienleben nach Art. 7 EGRC fort.³⁴⁶

VIII. Scheinehen und Ausländeraufenthalt

Da ein tatsächliches Familienleben gegeben sein muss, genügt keine Scheinehe. **1232** Eine solche wird gelegentlich geschlossen, um ein Hindernis gegen Aufenthaltsbeendigungen und Abschiebungen von Ausländern zu errichten. Eine Schranke

³⁴² Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 19 unter Berufung auf UN-Ausschuss für Menschenrechte (UN-AMR), Entsch. vom 9.4.1981, Auffassungen des Ausschusses für Menschenrechte nach Art. 5 Abs. 4 des Fakultativprotokolls zu dem IPbPR betreffend Mitteilung Nr. R.9/35 (Tz. 9.2 (b) 2 (i) f., EuGRZ 1981, 391 (392 f.).

³⁴³ EGMR, Urt. vom 13.6.1979, Nr. 6833/74 (Rn. 45), NJW 1979, 2449 (2452) – Marckx/Belgien.

³⁴⁴ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 21.

³⁴⁵ EGMR, Urt. vom 13.7.2004, Nr. 69498/01 (Rn. 26), NJW 2005, 875 (875 f.) – Pla u. Puncernau/Andorra; bereits EGMR, Urt. vom 13.6.1979, Nr. 6833/74 (Rn. 51 f.), NJW 1979, 2449 (2452 f.) – Marckx/Belgien.

³⁴⁶ EGMR, Urt. vom 13.7.2004, Nr. 69498/01 (Rn. 26), NJW 2005, 875 (875 f.) – Pla u. Puncernau/Andorra; auch schon EGMR, Urt. vom 3.10.2000, Nr. 28369/95 (Rn. 35), RJD 2000-X – Camp u. Bourimi/Niederlande.

erwächst daraus aber höchstens dann, wenn eine Ehe auch tatsächlich durch das Zusammenleben der Partner vollzogen wird. Das Familienleben ist jedoch nach hiesiger Konzeption nur dann geschützt, wenn zudem Kinder vorhanden sind.³⁴⁷

- 1233** Der Familienschutz greift allerdings jedenfalls im Ansatz³⁴⁸ bei EU-Ausländern so weit wie bei Unionsbürgern. Daher umfasst er auch das Recht, die nahen Verwandten zu sehen. Dementsprechend darf eine Person in ein Land, in dem ihre nahen Verwandten leben, einreisen und sich dort auch familienbedingt aufhalten.³⁴⁹ Entsprechend der weiten Reichweite des Aufenthaltsrechtes innerhalb der Union muss es auch möglich sein, sich zunächst in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, um dann in den Heimatstaat des anderen Ehegatten zurückzukehren. Auch dieses Recht ist im Lichte von Art. 7 EGRC zu gewähren. Das gilt selbst dann, wenn dieser Ehegatte rechtsbrüchig geworden ist, außer es handelt sich um eine bloße Scheinehe.³⁵⁰

D. Wohnung

I. Privatwohnung

- 1234** Als dritte Komponente verlangt Art. 7 EGRC das Recht auf Achtung der Wohnung. Diese bildet den örtlichen Bezugspunkt für die Verwirklichung des Privat- und Familienlebens. Eigentlich ist sie damit schon von diesen beiden Komponenten umfasst, wird aber in ihrer räumlichen Dimension eigens gesichert. Aufgrund dieses tatsächlichen Bezuges kommt es aber auf die faktische Nutzung an. Es zählen daher nicht die rechtlichen Verhältnisse: ob es sich also um eine Miet- oder eine Eigentumswohnung handelt.³⁵¹
- 1235** Entscheidend ist die Funktion für die individuelle Entfaltung im Privaten.³⁵² Diese kann auch in einem Garten oder einer Garage erfolgen. Beide gehören daher als befriedetes Besitztum zum Schutz der Wohnung.³⁵³ Die Funktion des privaten heimischen Entfaltungsraumes können auch Hausboote³⁵⁴ und jedenfalls bei umherziehenden Volksgruppen auch Wohnwagen erfüllen.³⁵⁵

³⁴⁷ S.o. Rn. 1228 ff.; die reine Ehe fällt in ihrem Bestand unter das Privatleben, das Eingehen ist durch Art. 9 EGRC geschützt.

³⁴⁸ Zu weiteren Einschränkungsmöglichkeiten s.u. Rn. 1306 ff.

³⁴⁹ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6321, Rn. 42) – Carpenter; Rs. C-109/01, Slg. 2003, I-9607 (9688 f., Rn. 58 f.) – Akrich.

³⁵⁰ EuGH, Rs. C-109/01, Slg. 2003, I-9607 (9688 f., Rn. 58 ff.) – Akrich im Hinblick auf Art. 8 EMRK.

³⁵¹ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 37.

³⁵² S. Guradze, EMRK, Art. 8 Rn. 12: All jene Räumlichkeiten, „denen eine gewisse Privatsphäre anhaftet“.

³⁵³ Frowein/Peukert, Art. 8 Rn. 28.

³⁵⁴ EKMR, Entsch. vom 2.9.1992, Nr. 19212/91 (Rn. 2) – Andresz/Frankreich; Urt. vom 24.11.1986, Nr. 9063/80 (Rn. 46), Ser. A 109 – Gillow/Vereinigtes Königreich.

³⁵⁵ EGMR, Urt. vom 25.9.1996, Nr. 20348/92 (Rn. 53 f.), ÖJZ 1997, 313 (313 f.) – Buckley/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 18.1.2001, Nr. 24882/94 (Rn. 84) – Beard/Ver-

Schon von ihrer Funktion her gehören Kasernenräume und Gefängniszellen nicht dazu.³⁵⁶ Für sie greift aber das Recht auf Achtung des Privatlebens,³⁵⁷ soweit dieses Recht nicht im Rahmen solcher besonderen Unterbringungen eingeschränkt ist. 1236

Aufgrund dieses engen Bezuges der Wohnung zur privaten Entfaltung ist sie auch in sämtlichen Facetten geschützt, welche daraus entspringen können. Praktisch relevant wird dies etwa dann, wenn der Eigentümer in seine zwischenzeitlich vermietete Wohnung zurückkehren möchte, aber von den Behörden daran gehindert wird.³⁵⁸ Wird der Wohnwagen als Domizil umhergezogen, ist auch dieser Vorgang mit dem privaten Gebrauch der Wohnung verknüpft,³⁵⁹ ist diese doch beweglich. Auch daraus ergibt sich daher ein Element des Minderheitenschutzes.³⁶⁰ 1237

Insoweit handelt es sich aber um Einzelausprägungen der persönlichen Lebensentfaltung in räumlicher Umgebung. Damit ist durch das Recht auf Wohnung nicht etwa die gesamte räumliche Umgebung einer Person geschützt. Das ergibt sich auch nicht aus dem englischen Begriff „home“. Aus Art. 7 EGRC folgt daher ebenso wie aus Art. 8 EMRK kein Recht auf „Heimat“. Vielmehr geht es nur um die Interpretation des Begriffs „Wohnung“, und dieser kann nicht dahin ausgelegt werden, den Bereich eines Staates zu umfassen, wo jemand aufgewachsen ist und die Familie ihre Wurzeln hatte, aber nunmehr nicht mehr lebt.³⁶¹ 1238

II. Geschäftsräume

Das durch Art. 7 EGRC geschützte Privatleben erstreckt sich auch auf den beruflichen und geschäftlichen Bereich. Das gilt trotz der ausdrücklichen Gewährleistung der Berufsfreiheit in der EGRC jedenfalls für die Anbahnung zwischenmenschlicher Beziehungen.³⁶² Aber auch dazu können Geschäftsräume dienen. Ohnehin lässt sich vielfach nicht zwischen privater und beruflicher Tätigkeit trennen. Entsprechend der weiten Bedeutung des französischen Begriffs „domicile“ fallen daher auch Geschäftsräume unter die Wohnung nach Art. 7 EGRC.³⁶³ Allerdings be- 1239

einigtes Königreich; Urt. vom 18.1.2001, Nr. 27238/95 (Rn. 73), RJD 2001-I – Chapman/Vereinigtes Königreich.

³⁵⁶ Für Letztere EKMR, Entsch. vom 17.5.1969, Nr. 3448/67 (Gründe), CD 30, 56 (68 f.) – K.H.W./Deutschland.

³⁵⁷ Frowein/Peukert, Art. 8 Rn. 33; näher Breitenmoser, Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK, 1986, S. 271 ff.

³⁵⁸ EGMR, Urt. vom 24.11.1986, Nr. 9063/80 (Rn. 47), Ser. A 109 – Gillow/Vereinigtes Königreich.

³⁵⁹ S. EGMR, Urt. vom 18.1.2001, Nr. 27238/95 (Rn. 73), RJD 2001-I – Chapman/Vereinigtes Königreich.

³⁶⁰ Grabenwarter, § 22 Rn. 22.

³⁶¹ EGMR, Urt. vom 18.12.1996, Nr. 15318/89 (Rn. 66), Rep. 1996-VI – Loizidou/Türkei; ebenso Grabenwarter, § 22 Rn. 21.

³⁶² S.o. Rn. 1203 ff.

³⁶³ Grundlegend EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 30 ff.), NJW 1993, 718 (719) – Niemietz/Deutschland; später EGMR, Urt. vom 16.4.2002, Nr. 37971/97 (Rn. 40 f.), RJD 2002-III – Sociétés Colas Est u.a./Frankreich.

darf es dazu im jeweiligen Fall eines zusätzlichen Bezugspunktes; der räumliche Aspekt allein genügt nicht.³⁶⁴ Es muss aber nur ein Zusammenhang mit einfachen zwischenmenschlichen Beziehungen bestehen, die sich wie im Berufsleben leicht zu echten Beziehungen im emotionalen Bereich entwickeln können.³⁶⁵ Diese Motivation ist nicht konkret zu belegen.³⁶⁶

- 1240** Von dieser erweiterten Schutzbereichsbestimmung weicht mittlerweile auch der EuGH entgegen früherer Rechtsprechung³⁶⁷ nicht mehr ab.³⁶⁸ Damit sind auch im Rahmen der europäischen Grundrechte die Geschäftsräume in einer eigenen Bestimmung geschützt, so dass gegen Durchsuchungen nicht nur allgemeine Grundsätze wie insbesondere die Rechtsstaatlichkeit und die Verhältnismäßigkeit ins Feld geführt werden können,³⁶⁹ sondern eine umfassende grundrechtliche Gewährleistung, welche auch keine Hilfsbrücken etwa über die Berufs- oder die Eigentumsfreiheit benötigt.

E. Kommunikation

- 1241** Wesentlicher Ausdruck der Entfaltung des Privat- und Familienlebens ist die Kommunikation. Sie wird in Art. 7 EGRC eigens und umfassend geschützt und reicht insbesondere über den engeren Begriff der Korrespondenz nach Art. 8 EMRK hinaus. Allerdings wurde auch deren Schutzbereich den Neuerungen angepasst und auf jede Erscheinungsform der Kommunikation erstreckt, mithin auch auf die nichtschriftliche.³⁷⁰ Die Stoßrichtung liegt parallel zu Art. 10 GG: Da der Einzelne nicht kontrollieren kann, ob und inwieweit der Staat auf die Kommunikation mit nicht Anwesenden Zugriff nimmt, bedarf es des Schutzes.³⁷¹ Das gilt zumal vor dem Hintergrund des raschen Wandels der Mediengesellschaft, welche die Kontrolle des Einzelnen immer weiter in den Hintergrund treten lässt.³⁷²

³⁶⁴ *Maus*, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2007, S. 121 ff. auch zur Entwicklung von EKMR und EGMR.

³⁶⁵ S. EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 30), NJW 1993, 718 (719) – Niemietz/Deutschland.

³⁶⁶ Näher *Maus*, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2007, S. 132 f., 137.

³⁶⁷ S. dazu EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 18) – Hoechst; auch Rs. 97-99/87, Slg. 1989, 3165 (3185, Rn. 14) – Dow Chemical.

³⁶⁸ EuGH, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 (9054, Rn. 29) – Roquette Frères III; näher *Ennuschat*, AöR 127 (2002), 252 (262 f.).

³⁶⁹ S. EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Hoechst.

³⁷⁰ Bereits EGMR, Urt. vom 6.9.1978, Nr. 5029/71 (Rn. 41), NJW 1979, 1755 (1756) – Klass u.a./Deutschland für Telefongespräche mit Hinweis auf die „Kommunikationsfreiheit zwischen den Benutzern der Post- und Fernmeldeeinrichtungen“; jüngst EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 77), NJW 2007, 1433 (1434) – Weber u. Saravia/Deutschland.

³⁷¹ *Grabenwarter*, § 22 Rn. 24.

³⁷² *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 7 Rn. 24.

Daher sind insbesondere E-Mails und die Kommunikation über Pager³⁷³ geschützt. Das gilt selbst für vom Arbeitsplatz verschickte E-Mails oder auch von dort geführte Telefongespräche, so lange nicht vor einer möglichen Überwachung gewarnt wurde. Bis zu diesem Zeitpunkt können Angestellte ihre (nicht dienstliche) Kommunikation am Arbeitsplatz als Teil ihrer Privatsphäre ansehen,³⁷⁴ so dass auch der Schutz von Art. 7 EGRC eingreift. Dieser erstreckt sich auch auf die Kommunikationsdaten und damit die angewählten Rufnummern bzw. E-Mail-Adressen als „integraler Bestandteil der Telekommunikation“,³⁷⁵ selbst wenn sie vom Arbeitgeber in legitimer Form wie über Telefonrechnungen erlangt wurden. Werden diese Daten gespeichert, greift nach dem System der EGRC das Grundrecht auf Datenschutz.

Demgegenüber fallen Homepages und öffentlich zugängliche Newsgroups nicht darunter.³⁷⁶ Hier fehlt es an der Nichtöffentlichkeit, welche der Staat durch seinen Zugriff beeinträchtigen könnte. Die Fassung des Art. 7 EGRC zeichnet damit nur diese Einbeziehung der technischen Entwicklung nach.³⁷⁷ Die Konvergenz zu Art. 8 EMRK nach Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC ist also trotz der unterschiedlichen Begrifflichkeit gewahrt.³⁷⁸

F. Recht auf Achtung

I. Primat der Abwehr

Das Recht auf Achtung nach Art. 7 EGRC beinhaltet sowohl eine Abwehr- als auch eine Schutzkomponente. Im Vordergrund steht aber die Abwehr. Art. 7 EGRC zielt ebenso wie Art. 8 EMRK im Wesentlichen darauf ab, eine Person gegen willkürliche Eingriffe des Staates zu schützen.³⁷⁹ Das ergibt sich schon daraus, dass die durch dieses Grundrecht geschützte Privatsphäre regelmäßig privat bleiben und damit von staatlichen Eingriffen abgeschirmt werden soll. Der Staat soll sich also gerade heraushalten und nicht einmischen. Das gilt zumal im Hinblick auf das Familienleben. In seinem Rahmen sollen die Mitglieder ihre familiären Beziehungen nach eigenen individuellen Vorstellungen und ohne staatliche Intervention gestalten können.³⁸⁰

³⁷³ EGMR, Urt. vom 22.10.2002, Nr. 47114/99 (Rn. 19) – Taylor-Sabori/Vereinigtes Königreich.

³⁷⁴ S. EGMR, Urt. vom 3.4.2007, Nr. 62617/00 (Rn. 41 f.), EuGRZ 2007, 415 (418 f.) – Copland/Vereinigtes Königreich.

³⁷⁵ EGMR, Urt. vom 2.8.1984, Nr. 8691/79 (Rn. 84), EuGRZ 1985, 17 (23) – Malone/Vereinigtes Königreich.

³⁷⁶ Grabenwarter, § 22 Rn. 24; ders., in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Grundrechte in der Informationsgesellschaft, 2001, S. 48 (65).

³⁷⁷ Rengeling/Szczekalla, Rn. 664: „eigentlich eine Selbstverständlichkeit“.

³⁷⁸ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 7 Rn. 24; Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 42.

³⁷⁹ S. z.B. EGMR, Urt. vom 13.2.2003, Nr. 42326/98 (Rn. 40), NJW 2003, 2145 (2147) – Odièvre/Frankreich.

³⁸⁰ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 34.

II. Subsidiarität des Schutzes

- 1245** Nur wenn dabei Schwierigkeiten auftauchen, kann ein Bedürfnis nach staatlichem Schutz bestehen. Die Begrenzung besteht insbesondere, wenn das Kindeswohl in Gefahr ist. Daher ist selbst dann grundsätzlich der Bezug zu den Eltern zu wahren. Ihnen ist auch möglichst ihr Sorgerecht zurückzugeben. Sobald dies möglich ist, sind die staatlichen Schutzmaßnahmen abzubrechen.³⁸¹ Der staatliche Schutz ist also subsidiär, wo er den Einzelnen verdrängt. Anderes gilt höchstens für den Schutz, welcher privates Handeln entwickelt und schützt.³⁸²

III. Notwendiger Ausgleich in beiden Fällen

- 1246** Ein nicht nur stützender, sondern korrigierender oder gar ersetzender Schutz ist mit Eingriffen in das Familienleben bzw. das Privatleben anderer verbunden und bedarf daher der Rechtfertigung. Aber auch bei den rein schützenden Maßnahmen greift der Staat in ein ansonsten privater Gestaltung überlassenes Refugium über und lässt doch letztlich gemeinwohlbezogene Aspekte einfließen, was die ansonsten rein private Prägung einfärbt. Daher bedarf es auch insoweit des Ausgleichs der verschiedenen Interessen.³⁸³
- 1247** Ein solcher Ausgleich ist auch bei der Abwehr staatlicher Eingriffe notwendig, weshalb darauf bezogen der EGMR die Einordnung teilweise offen lässt, ob es sich um eine negative oder positive Verpflichtung handelt.³⁸⁴ Es „gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze“.³⁸⁵ Allerdings ist der Spielraum, in dessen Rahmen staatliche Organe positive Verpflichtungen aus dem Achtungsgebot durch Schutzmaßnahmen erfüllen, deutlich größer.³⁸⁶

³⁸¹ EGMR, Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 93), NJW 2004, 3401 (3404 f.) – Haase/Deutschland.

³⁸² S. allgemein EGMR, Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 84), NJW 2004, 3401 (3404) – Haase/Deutschland.

³⁸³ EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 25680/94 (Rn. 52 a.E.) – I./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 11.7.2002, Nr. 28957/95 (Rn. 72), NJW-RR 2004, 289 (290 f.) – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; bereits Urt. vom 27.9.1990, Nr. 10843/84 (Rn. 37), Ser. A 184 – Cossey/Vereinigtes Königreich; so auch EGMR, Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 85), NJW 2004, 3401 (3404) – Haase/Deutschland.

³⁸⁴ EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 25680/94 (Rn. 52) – I./Vereinigtes Königreich.

³⁸⁵ EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 119), NVwZ 2004, 1465 (1468) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

³⁸⁶ EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 25680/94 (Rn. 52) – I./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 11.7.2002, Nr. 28957/95 (Rn. 72), NJW-RR 2004, 289 (290 ff.) – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich, jeweils unter Hinweis auf die verschiedenen Praktiken und Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten.

IV. Besonderer Schutz Schwacher

Das Beispiel des Familienlebens zeigt, dass trotz des Primats der Abwehr staatlicher Eingriffe konkrete, positive Verpflichtungen des Staates bestehen können, um eine wirksame Achtung des Privatlebens sicherzustellen. Das gilt umso eher, je schwächer die Beteiligten sind. Diese Schwäche wird leicht von stärkeren Privaten ausgenutzt. Daher können Maßnahmen zum Schutz des Privatlebens im Verhältnis zwischen Privaten erforderlich sein, gerade um den Achtungsanspruch durchzusetzen.³⁸⁷ Ein besonderes anschauliches Beispiel ist die Beeinträchtigung des Rechts am eigenen Bild und damit der privaten Entfaltung durch die Presse.³⁸⁸ **1248**

V. Keine Leistungsansprüche

Noch stärker auf Abwehr staatlicher Handlungen sind die Achtung der Wohnung und der Kommunikation gerichtet. In ihnen entfaltet sich gerade der Einzelne und möchte ungestört vor staatlichen Zugriffen sein. Daraus etwa einen Leistungsanspruch auf die Stellung einer Wohnung durch den Staat zu entnehmen, würde diesen abwehrrechtlichen Charakter pervertieren und nicht etwa unterstützen. Der Staat hat nicht die Aufgabe, dem Einzelnen eine Plattform für die Entfaltung seiner Privatsphäre zu Verfügung zu stellen. So ist er auch nicht verpflichtet, für ein erfülltes Familienleben zu sorgen. Seine Aufgabe besteht höchstens darin, die Unterlegenheit Einzelner auszugleichen sowie Gefahren für das Gemeinwohl abzuwenden. Damit aber ist man im Bereich von Schutzpflichten und der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen derjenigen, die eine ungestörte Kommunikation, ein abgeschirmtes Nutzen der Wohnung oder ein ungestörtes Privat- bzw. Familienleben gefährden. **1249**

G. Zulässige Beschränkungen

I. Allgemeiner Zuschnitt

1. Ansatz

Zwar enthält Art. 7 EGRC selbst keinen Einschränkungsvorbehalt. Indes ist Art. 7 EGRC derart stark Art. 8 EMRK nachgebildet, dass er gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC dieselbe Bedeutung und Tragweite besitzt. Dazu gehören auch die in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Voraussetzungen für Einschränkungen.³⁸⁹ Der Eingriff muss also gesetzlich vorgesehen sein. Dafür genügt sowohl ein materielles Gesetz als **1250**

³⁸⁷ Bereits EGMR, Urt. vom 26.3.1985, Nr. 8978/80 (Rn. 23), NJW 1985, 2075 (2075) – X. u. Y./Niederlande; auch etwa Urt. vom 13.2.2003, Nr. 42326/98 (Rn. 40), NJW 2003, 2145 (2147) – Odièvre/Frankreich.

³⁸⁸ EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 57), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland. Näher o. Rn. 1185 ff. sowie u. Rn. 1267 ff.

³⁸⁹ S.o. Rn. 1164.

auch ungeschriebenes Recht, sofern es nur für den Bürger hinreichend berechenbar und vorhersehbar ist. Es kann auch eine Konkretisierung des Rechts durch Gerichte erfolgen.

- 1251** Insbesondere nennt Art. 8 Abs. 2 EMRK verschiedene Ziele, welche eine Beeinträchtigung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Kommunikation rechtfertigen können. Explizit genannt werden die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und die Verhinderung von strafbaren Handlungen, der Schutz der Gesundheit und der Moral sowie der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Verfolgt die zu beurteilende Maßnahme ein solches Ziel, muss sie außerdem auch noch in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Sie ist also durch ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis zu rechtfertigen. Die durch sie eintretende Beeinträchtigung hat in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel zu stehen, das mit ihr verfolgt wird.³⁹⁰

2. Beurteilungsspielraum

- 1252** Diese eigentlich scharfe Grenze wird allerdings erheblich dadurch aufgeweicht, dass die Spruchpraxis den staatlichen Stellen einen erheblichen Beurteilungsspielraum zubilligt, um die eine Beeinträchtigung rechtfertigenden Gesichtspunkte mit den Schutzgütern des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz abzuwägen. Dies zeigt sich selbst in der Antastung solch gravierender Rechte wie der Grundlage des Privatlebens durch Umweltverschmutzung.³⁹¹ Wie weit sich der Beurteilungsspielraum im Einzelfall gestaltet, hängt allerdings grundsätzlich davon ab, welche Rechtsgüter wie stark beeinträchtigt werden, welche rechtfertigenden Belange ihnen gegenüberstehen und in welchem Maße sie geschützt werden müssen. Zudem legitimiert sich ein Beurteilungsspielraum daraus, dass eine komplexe Problemlage besteht, deren nähere Entwicklung nicht abgesehen werden kann, so dass ohnehin eine zukunftsorientierte Einschätzung getroffen werden muss.
- 1253** Wie die Rechtfertigung im Einzelnen erfolgen kann und inwieweit auch nicht im Einzelnen belegbare Einschätzungen der Art. 7 EGRC beeinträchtigenden Organe zählen, hängt daher sehr stark von der jeweils betroffenen Konstellation ab. Spezifisch im Hinblick auf die EGRC ist zu beachten, dass sich diese nicht auf das spezifisch nationale Handeln, sondern auf das Unionsrecht und seine Durchsetzung bezieht. Insoweit steht den mit der Umsetzung befassten Mitgliedstaaten kein Beurteilungsspielraum zu, außer das europäische Recht lässt selbst entsprechende Freiräume.
- 1254** Eine Grenze für die nationalen Stellen muss sich allein schon aus Gründen der einheitlichen Umsetzung und Anwendung des Europarechts ergeben, haben doch die vorgenannten Rechtfertigungsgründe vielfach von Mitgliedstaat zu Mitglied-

³⁹⁰ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6321, Rn. 42) – Carpenter; aus der Rspr. des EGMR etwa Urt. vom 2.8.2001, Nr. 54273/00 (Rn. 41 u. 46), RJD 2001-IX – Boul-tif/Schweiz.

³⁹¹ S.o. Rn. 1206 ff. und spezifisch u. Rn. 1288 ff.

staat einen unterschiedliche Bedeutungsgehalt. Daher bedürfen sie europarechtsautonomer Auslegung, damit sie nicht von spezifisch nationalen gesellschaftlichen Anschauungen und Ideologien beherrscht werden.³⁹² Ein Beurteilungsspielraum besteht daher in erster Linie zugunsten von europäischen Organen, welche Rechtsakte erlassen, die das Privat- bzw. Familienleben, die Wohnung oder die Korrespondenz antasten.

II. Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts über den Körper

1. Untersuchungen und Behandlungen

Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper als erster Komponente des durch Art. 7 EGRC geschützten Privatlebens³⁹³ können auch auf recht niedrigem Niveau erfolgen, sind doch die gravierendsten staatlichen Eingriffe bereits von Art. 2 ff. EGRC erfasst. Das korrespondiert mit dem weiten Eingriffsbegriff, welcher bei Art. 8 EMRK mittlerweile dominiert.³⁹⁴ So bilden ärztliche Untersuchungen, welche mit Zwang angeordnet und durchgeführt werden, Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper.³⁹⁵ Zwangsbehandlungen eines Kindes gegen den expliziten Willen der Mutter fallen ebenfalls darunter.³⁹⁶ Solche Beeinträchtigungen lassen sich aber wegen des Gesundheitsschutzes legitimieren, der in einer demokratischen Gesellschaft angemessen ist,³⁹⁷ zumal wenn es wie bei Untersuchungen auf ansteckende Krankheiten auch um den Schutz der Rechte anderer geht. Spezifisch deren Schutz ist in einer auf ein gedeihliches Zusammenleben angelegten demokratischen Gesellschaft ebenfalls elementar – so bei der Feststellung einer Vaterschaft durch Blutuntersuchungen. Die Gerichte müssen daher Möglichkeiten zur zweifelsfreien Bestimmung haben.³⁹⁸

Auch erkennungsdienstliche Behandlungen tasten die körperliche Integrität an.³⁹⁹ Sie können der Verhinderung strafbarer Handlungen dienen. Von diesem Rechtfertigungsgrund sind auch Maßnahmen der Strafverfolgung gedeckt.⁴⁰⁰

³⁹² S. Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 52.

³⁹³ S.o. Rn. 1177 ff. zu den Fallgruppen.

³⁹⁴ Marauhn/Meljnik, in: Grote/Marauhn, Kap. 16 Rn. 70 a.E.

³⁹⁵ EKMR, Entsch. vom 10.12.1984, Nr. 10435/83 (Gründe), DR 40, 251 (255) – Acmanne u.a./Belgien für Tuberkuloseuntersuchungen bei Kindern; Entsch. vom 13.12.1979, Nr. 8278/78 (Rn. 3), DR 18, 154 – X./Österreich zu Blutprobeentnahmen für einen Vaterschaftstest.

³⁹⁶ EGMR, Urt. vom 9.3.2004, Nr. 61827/00 (Rn. 70 ff.), RJD 2004-II – Glass/Vereinigtes Königreich.

³⁹⁷ EKMR, Entsch. vom 10.12.1984, Nr. 10435/83 (Gründe), DR 40, 251 (255) – Acmanne u.a./Belgien.

³⁹⁸ EKMR, Entsch. vom 13.12.1979, Nr. 8278/78 (Rn. 3), DR 18, 154 – X./Österreich.

³⁹⁹ Offen wegen Erforderlichkeit im Kampf gegen den Terrorismus EGMR, Ber. vom 18.3.1981, Nr. 8022/77 u.a., EuGRZ 1983, 430 (431) – McVeigh u.a./Vereinigtes Königreich; weitere Beispiele bei Frowein/Peukert, Art. 8 Rn. 7.

- 1257** Allerdings beinhaltet das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens keine allgemeine Handlungsfreiheit. Deshalb sind ganz geringfügige Antastungen der körperlichen Integrität keine Eingriffe, so die Gurtpflicht im Auto⁴⁰¹ oder eine Handschellenpflicht für bestimmte Gefangene.⁴⁰²

2. Sexuelle Beschränkungen

- 1258** Die sexuelle Selbstbestimmung wird beeinträchtigt, wenn der Staat bestimmte Handlungen oder Ausrichtungen namentlich durch Strafen beschränkt.⁴⁰³ Das gilt allerdings nur, wenn es sich um Praktiken Erwachsener handelt und diese einwilligt haben.⁴⁰⁴ Dabei muss es nicht zu polizeilichen Ermittlungen kommen, um die Eingriffsschwelle zu überschreiten. Allein die Strafbarkeitsdrohung durch Gesetz genügt.⁴⁰⁵ Der Schutz der Moral bildet indes kein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis für solche Regelungen. Diese sind jedenfalls nicht notwendig. Der Beurteilungsspielraum ist hier nicht etwa deshalb besonders groß, weil es sich um Fragen der Moral handelt, sondern sehr klein, weil ein sehr intimer Aspekt des Privatlebens beeinträchtigt wird. Deshalb müssen schwerwiegende Gründe vorliegen, um einen Eingriff zu rechtfertigen.⁴⁰⁶
- 1259** Die sexuelle Entfaltung nur eines Einzelnen wird hingegen beeinträchtigt und die des anderen geschützt, wenn keine einverständliche Handlung vorliegt bzw. das Einverständnis des Partners nicht rechtsgültig ist, weil es sich um einen Minderjährigen handelt.⁴⁰⁷ Hier greift dann der staatliche Schutzauftrag, um andere vor sexuellen Übergriffen zu bewahren. Solche Maßnahmen sind daher zum Schutze der Rechte und Freiheit anderer notwendig. Um deren sexuelle Selbstbestimmung zu wahren, können die Festlegung von Straftatbeständen und deren effektiver Vollzug sogar verpflichtend sein.⁴⁰⁸ Das gilt gerade im Hinblick auf Minderjährige

⁴⁰⁰ *Marauhn/Meljnjk*, in: Grote/Marauhn, Kap. 16 Rn. 88.

⁴⁰¹ EKMR, Entsch. vom 13.12.1979, Nr. 8707/79, DR 18, 257 – X./Belgien. Das BVerfG prüft diese Pflicht anhand der allgemeinen Handlungsfreiheit, BVerfG, NJW 1987, 180.

⁴⁰² EGMR, Urt. vom 16.12.1997, Nr. 20972/92 (Rn. 64), Rep. 1997-VIII – Raninen/Finnland.

⁴⁰³ EGMR, Urt. vom 26.10.1988, Nr. 10581/83 (Rn. 38), EuGRZ 1992, 477 (481) – Norris/Irland; Urt. vom 22.4.1993, Nr. 15070/89 (Rn. 23 f.), ÖJZ 1993, 821 (822) – Modinos/Zypern.

⁴⁰⁴ S. EGMR, Urt. vom 22.10.1981, Nr. 7525/76 (Rn. 41), EuGRZ 1983, 488 (490) – Dudgeon/Vereinigtes Königreich.

⁴⁰⁵ EGMR, Urt. vom 26.10.1988, Nr. 10581/83 (Rn. 38), EuGRZ 1992, 477 (481) – Norris/Irland; bereits EGMR, Urt. vom 22.10.1981, Nr. 7525/76 (Rn. 41), EuGRZ 1983, 488 (490) – Dudgeon/Vereinigtes Königreich.

⁴⁰⁶ EGMR, Urt. vom 26.10.1988, Nr. 10581/83 (Rn. 44 ff.), EuGRZ 1992, 477 (482) – Norris/Irland; bereits EGMR, Urt. vom 22.10.1981, Nr. 7525/76 (Rn. 52), EuGRZ 1983, 488 (491) – Dudgeon/Vereinigtes Königreich.

⁴⁰⁷ Von einer Schutzpflicht ausgehend *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 55; *Grabewarner*, § 22 Rn. 25 mit Fn. 128.

⁴⁰⁸ EGMR, Urt. vom 4.12.2003, Nr. 39272/98 (Rn. 185), RJD 2003-XII (extracts) – M.C./Bulgarien.

und andere Personen, welche nicht wirksam einwilligen können. Ihre Rechte müssen auch dann wirksam wahrgenommen werden können, wenn sie selbst nicht klagen können, weil sie dazu etwa nach einer Vergewaltigung geistig nicht mehr in der Lage sind.⁴⁰⁹ Dieser Ansatz lässt sich auch auf voll einwilligungsfähige Personen übertragen.

Aktuelle Bedeutung gewinnen solche Schutzmaßnahmen für die Pornographie im Internet, der auch Minderjährige ausgesetzt sind. Hier stellt sich auch das Problem des staatlichen Zugriffs. Das Internet gilt als privater Bereich. Damit wird der Datenschutz betroffen. Bei gesetzlicher Grundlage muss daher auch der Datenschutz eingeschränkt werden können, um die Schutzpflicht nach Art. 7 EGRC zum Schutze der sexuellen Selbstbestimmung zu erfüllen. Das gilt zumal vor dem Hintergrund, dass durch Chatrooms auch sexuelle Kontakte mit Minderjährigen aufgenommen werden, welche in Einzelfällen sogar zu Missbrauch und zum Tode von Kindern führten. **1260**

Eine Beeinträchtigung Transsexueller bildet, wenn ihr neuer, tatsächlicher postoperativer Status nicht in jeder Hinsicht rechtlich anerkannt wird.⁴¹⁰ Selbst die Berechnung der Rente muss daher nach dem neuen Geschlecht ermöglicht werden, ebenso das Eingehen einer Ehe. Behördliche Schwierigkeiten bei der Änderung des Geburtenbuches oder bei der Sozialversicherung bilden zumal angesichts der geringen Zahl betroffener Personen⁴¹¹ keinen hinreichenden Grund für eine Einschränkung. Transsexuelle werden auch zunehmend akzeptiert,⁴¹² so dass auch die öffentliche Moral nicht geschützt werden muss. **1261**

Entsprechendes gilt bei Homosexuellen. Auch bei ihnen ist die sexuelle Orientierung grundsätzlich hinzunehmen. Darauf darf daher nicht eine Entlassung etwa aus der Armee gestützt werden, ohne die Aspekte des Einzelfalles hinreichend zu berücksichtigen. Es müssen vielmehr darüber hinausgehende triftige und konkret mit Fakten unterlegte Gründe vorliegen. Die Feststellung der sexuellen Orientierung allein reicht nicht aus.⁴¹³ **1262**

⁴⁰⁹ EGMR, Urt. vom 26.3.1985, Nr. 8978/80 (Rn. 27 ff.), NJW 1985, 2075 (2075 f.) – X. u. Y./Niederlande.

⁴¹⁰ S. EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 28957/95 (Rn. 90 f.), NJW-RR 2004, 289 (293) – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; eine vollständige rechtliche Anerkennung abl. hingegen noch EGMR, Urt. vom 30.7.1998, Nr. 22985/93 u. 23390/94 (Rn. 51 ff.), ÖJZ 1999, 571 (573) – Sheffield u. Horsham/Vereinigtes Königreich.

⁴¹¹ EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 25680/94 (Rn. 67) – I./Vereinigtes Königreich.

⁴¹² Vgl. EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 25680/94 (Rn. 54 ff.) – I./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 11.7.2002, Nr. 28957/95 (Rn. 74 ff.), NJW-RR 2004, 289 (291 ff.) – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

⁴¹³ EGMR, Urt. vom 27.9.1999, Nr. 33985 u. 33986/96 (Rn. 89 ff.), NJW 2000, 2089 (2092 f.) – Smith u. Grady/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 27.9.1999, Nr. 31417 u. 32377/96 (Rn. 80 ff.) – Lustig-Prean u. Beckett/Vereinigtes Königreich.

III. Beeinträchtigung der Privatsphäre

1. Eingriffe in den persönlichen Lebensbereich

- 1263** Die Privatsphäre als Ausfluss des abwehrrechtlichen Gehalts der Achtung des Privatlebens wird vor allem durch Ermittlungsmaßnahmen beeinträchtigt. Hier sind auch die Grenzen zum speziell in Art. 8 EGRC gewährleisteten Datenschutz fließend.⁴¹⁴ Vielfach hat aber die Erhebung von Daten einen spezifischen Bezug zur Privatsphäre, so wenn Räume oder das Telefon abgehört werden und damit das persönliche Leben nachgezeichnet wird.⁴¹⁵ Dieser persönlichkeitsbezogene Aspekt ist dann an Art. 7 EGRC zu messen.⁴¹⁶ Das gilt selbstverständlich dann, wenn kein Bezug zum Datenschutz besteht, indem etwa persönliche Schriftstücke wie ein Romanentwurf beschlagnahmt werden.⁴¹⁷ Oder wenn Personen und persönliche Gegenstände durchsucht werden.⁴¹⁸ Das persönliche Verhalten wird nachgezeichnet bei Videoüberwachungen sowie Tonband- oder Fotoaufnahmen. Persönliche Elemente werden auch bei Fingerabdrücken oder Blutentnahmen übernommen, soweit bei Letzteren nicht schon ein Eingriff in die körperliche Unverletztheit bzw. jedenfalls des Selbstbestimmungsrechts über den Körper vorliegt.⁴¹⁹
- 1264** Im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen sind solche Beeinträchtigungen der Privatsphäre zu Zwecken der Verfolgung oder auch Verhinderung von Straftaten gedeckt.⁴²⁰ Die Notwendigkeit beurteilt sich danach, wie schwer die Straftat wiegt, welche verfolgt oder durch Prävention verhindert werden soll und wie stark in das Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird.
- 1265** Die Stärke des Eingriffs ist möglicherweise durch verfahrensmäßige Vorkehrungen abzuschwächen, so durch eine sofortige Rückgabe persönlicher Schriftstücke⁴²¹ oder eines Personalausweises, der für staatliche Identifikationsmaßnahmen einbehalten wird.⁴²² Ein Beispiel dafür ist auch, dass Videoaufzeichnungen nach einer bestimmten Zeit gelöscht werden müssen. Hingegen ist eine bloße Beobach-

⁴¹⁴ Dazu näher u. Rn. 1380 ff.

⁴¹⁵ Vgl. BVerfGE 115, 166 (187 ff.).

⁴¹⁶ S. zu Art. 8 EMRK, der allerdings auch den Schutz personenbezogener Daten umfasst (s.o. Rn. 1183), EGMR, Urt. vom 6.9.1978, Nr. 5029/71 (Rn. 41), NJW 1979, 1755 (1756) – Klass u.a./Deutschland; Urt. vom 2.8.1984, Nr. 8691/79 (Rn. 64), EuGRZ 1985, 17 (20) – Malone/Vereinigtes Königreich; aus jüngerer Zeit Urt. vom 25.3.1998, Nr. 23224/94 (Rn. 53), ÖJZ 1999, 115 (116) – Kopp/Schweiz; Urt. vom 16.2.2000, Nr. 27798/95 (Rn. 44 f.), ÖJZ 2001, 71 (71) – Amann/Schweiz.

⁴¹⁷ EKMR, Entsch. vom 10.12.1975, Nr. 6794/74, DR 3, 106 – X./Deutschland.

⁴¹⁸ EKMR, Entsch. vom 15.5.1980, Nr. 8317/78 (Rn. 81), DR 20, 44 – MacFeeley u.a./Vereinigtes Königreich.

⁴¹⁹ S. EKMR, Entsch. vom 4.12.1978, Nr. 8239/78, DR 16, 187 – X./Niederlande; s. mit zusätzlichen Beispielen *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat, 2003, S. 30 ff.

⁴²⁰ EKMR, Entsch. vom 10.12.1975, Nr. 6794/74, DR 3, 106 – X./Deutschland.

⁴²¹ EKMR, Entsch. vom 10.12.1975, Nr. 6794/74, DR 3, 106 – X./Deutschland.

⁴²² S. EGMR, Urt. vom 24.7.2003, Nr. 46133 u. 48183/99 (Rn. 97), RJD 2003-IX – Smirnova/Russland, jedenfalls für die Konstellation, dass der Personalausweis auch für alltägliche Angelegenheiten wie den Kauf ein Bahnfahrkarte oder das Geldwechseln sowie zur Arbeitssuche oder für den Zugang zur Gesundheitsversorgung benötigt wird.

tung ohne Aufzeichnung als solche regelmäßig nicht ausreichend, weil ein Polizeibeamter nicht die gleichmäßige Aufmerksamkeit besitzt, verdächtige Vorgänge schon beim erstmaligen Beobachten durchgehend zu entdecken.⁴²³ Zudem ergibt sich die Relevanz vielfach erst später, so etwa bei einem geplanten Bombenanschlag auf einen Regionalzug.

Das häusliche Umfeld kann auch indirekt beeinträchtigt werden. Das gilt etwa dann, wenn Beschäftigungsmöglichkeiten im Haus beschränkt werden und daher kein Personal mehr für die Hausarbeit gefunden werden kann.⁴²⁴ Von daher hat diese der Berufsfreiheit zugeordnete Konstellation⁴²⁵ auch einen jedenfalls indirekt die Privatsphäre tangierenden Gehalt. Beeinträchtigungen von Anstellungsmöglichkeiten sind hingegen nach dem System der EGRC ausschließlich an der Berufsfreiheit zu messen, auch wenn das Privatleben nach Art. 7 EGRC die Entfaltung zwischenmenschlicher Beziehungen umfasst; ein Bezug zum Arbeitsplatz besteht dabei aber nur insoweit, als auch dort persönliche Kontakte gepflegt werden können.⁴²⁶ 1266

2. Verletzungen des Rechts am eigenen Bild

a) Ansatzpunkte

Die Beeinträchtigung der Privatsphäre durch die Aufnahme von Fotos löst staatliche Schutzpflichten aus, wenn es um Bilder durch Private geht. Damit bewegt man sich im Konfliktfeld zwischen dem individuellen Recht am eigenen Bild und der Pressefreiheit.⁴²⁷ Hier stellt sich zunächst die Frage nach der Intensität der Beeinträchtigung. Sie kann nach dem EGMR im Gegensatz zur früheren Konzeption des BVerfG⁴²⁸ nicht dadurch entfallen, dass es sich um Personen der Zeitgeschichte handelt, welche naturgemäß ständiger Beobachtung unterliegen; diese haben deshalb nach der Entscheidung von *Hannover/Deutschland* nicht lediglich eine eingeschränkte Privatsphäre.⁴²⁹ Der grundrechtliche Schutz entfällt ganz, wenn ein Verzicht vorliegt, weil der Einzelne mit Bildaufnahmen einverstanden war und die Darstellung der Presse über den vereinbarten Rahmen auch nicht wesentlich hinausgeht.⁴³⁰ 1267

⁴²³ S. VGH Mannheim, NVwZ 2004, 498 (502).

⁴²⁴ Aus der Perspektive der Haushaltshilfen EGMR, Urt. vom 27.7.2004, Nr. 55480 u. 59330/00 (Rn. 47 f.), RJD 2004-VIII – Sidrabas u. Dziautas/Litauen.

⁴²⁵ *Marauhn/Meljnik*, in: Grote/Marauhn, Kap. 16 Rn. 71.

⁴²⁶ S.o. Rn. 1203 ff.

⁴²⁷ S.o. Rn. 1182.

⁴²⁸ BVerfGE 101, 361 (383 ff.) – Caroline von Monaco; s. dazu näher *Engels/Jürgens*, NJW 2007, 2517 (2517 f.).

⁴²⁹ S. EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 54, 72 ff.), NJW 2004, 2647 (2648, 2650 f.); näher o. Rn. 1189 ff., aber auch u. Rn. 1270 ff.

⁴³⁰ S.o. Rn. 1186 f.

b) Abwägung mit der Pressefreiheit

- 1268** Liegt nach diesen Maßstäben eine Beeinträchtigung des Rechts am eigenen Bild vor, ist diese mit der Meinungs- und Pressefreiheit abzuwägen und ggf. darüber zu rechtfertigen. Dabei kommt es dann darauf an, inwieweit ein Bild und die übrigen dargebotenen Informationen von allgemeinem Interesse sind⁴³¹ und vor allem – als ausschlaggebendes Element – einen Beitrag zur Meinungsbildung der Öffentlichkeit leisten.⁴³² Je mehr dies der Fall ist, desto eher kann die Meinungsfreiheit überwiegen.⁴³³ Das gilt auch dann, wenn private Vorgänge weiter zurückliegen und für die spätere Beurteilung etwa der Amtsführung eines Präsidenten und damit eines historischen Vorgangs von Bedeutung sind.
- 1269** Diese Beurteilung von Veröffentlichungen über den Gesundheitszustand⁴³⁴ lässt sich auf Fotos über das Privatleben übertragen, wenn diese Rückschlüsse auf die Amtsführung zulassen können, so bei gesponsorten Ferienaufenthalten eines Präsidenten mit Freunden aus der Wirtschaft. Bei einem solch naheliegenden Zusammenhang für eine bereits gegenwärtige Beurteilung wird man auch keine Wartefrist verlangen müssen, und das Informationsinteresse zumal in einer demokratischen Gesellschaft überwiegt.

c) Abgestufte Abwägung nach Öffentlichkeitsinteresse

- 1270** Dieses Beispiel steht für die mittlerweile abgestufte Abwägung des EGMR je nach Öffentlichkeitsinteresse des Bildes, die personenbezogen erfolgt.⁴³⁵ Am schwächsten ist der Schutz von Politikern. Sie begeben sich ohnehin selbst ins Licht der Öffentlichkeit.⁴³⁶ Es folgen sonstige im öffentlichen Leben oder im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehende Personen – so etwa Prinzessin Caroline.⁴³⁷ Am stärksten sind gewöhnliche Bürger geschützt; bei ihrer Darstellung bestehen engere Grenzen. Allein die Tatsache strafrechtlicher Verfolgung führt nicht dazu, dass eine „personne ordinaire“ ihren Schutz teilweise einbüßt,⁴³⁸ indem sie in den Blickpunkt der Öffentlichkeit rückt. Mag dies auch tatsächlich der Fall sein, ist dies doch nur punktuell und ändert am Gesamtstatus des Betroffenen nichts.
- 1271** Nach diesem Raster treten die Anlässe der Bilder und Berichte zurück. Das gilt zumal deshalb, weil die Zuordnung schon zu der Personengruppe der im öffentli-

⁴³¹ S. bereits o. Rn. 1192 f.

⁴³² EGMR, Urt. vom 17.10.2006, Nr. 71678/01 (Rn. 59) – Gourguénidzé/Georgien.

⁴³³ S. bereits BVerfGE 7, 198 (212).

⁴³⁴ EGMR, Urt. vom 18.5.2004, Nr. 58148/00 (Rn. 53), RJD 2004-IV – Éditions Plon/Frankreich; s. bereits o. Rn. 1194.

⁴³⁵ EGMR, Urt. vom 17.10.2006, Nr. 71678/01 (Rn. 59) – Gourguénidzé/Georgien zum Folgenden.

⁴³⁶ EGMR, Urt. vom 22.10.2007, Nr. 21279 u. 36448/02 (Rn. 45) – Lindon u.a./Frankreich; auch z.B. Urt. vom 27.5.2004, Nr. 57829/00 (Rn. 40) – Vides Aizsardzības/Litauen; s. schon o. Rn. 1193.

⁴³⁷ EGMR, Urt. vom 11.1.2005, Nr. 50774/99 (Rn. 27 ff.), RJD 2005-I – Sciacca/Italien; Urt. vom 17.10.2006, Nr. 71678/01 (Rn. 57) – Gourguénidzé/Georgien.

⁴³⁸ EGMR, Urt. vom 11.1.2005, Nr. 50774/99 (Rn. 28 f.), RJD 2005-I – Sciacca/Italien; Urt. vom 17.10.2006, Nr. 71678/01 (Rn. 57) – Gourguénidzé/Georgien.

chen Interesse Stehenden die Möglichkeit eröffnen soll, zu einem der allgemeinen Information dienenden stehenden Bericht Bilder aus dem öffentlichen Alltagsleben zu veröffentlichen. Ein Beitrag von allgemeinem Interesse kann dabei schon durch die öffentliche Kontrolle auch des privaten Verhaltens einflussreicher Personen aus Wirtschaft, Kultur, Journalismus etc. begründet werden.⁴³⁹ Sieht man damit tendenziell Berichte über Politiker und Personen des öffentlichen Lebens stärkerem allgemeinem Interesse ausgesetzt und hält dafür auch alltägliche Bilder für einsetzbar, droht für diese Betroffenen das Privatleben ähnlich ungeschützt zu werden wie nach der vom BVerfG gebilligten Figur der absoluten Person der Zeitgeschichte. Dabei wurde aus eben jenem Grund diese Rechtsprechung vom EGMR beanstandet.⁴⁴⁰ Daher muss das jeweils durch die Berichterstattung betroffene Feld ebenfalls eine maßgebliche Rolle spielen, ohne ausschließlich nach dem vorgenannten Personenraster geprägt sein zu dürfen. Damit geht es auch um die Lebenssituation des Betroffenen, über den berichtet wird.

Das Privatleben droht gar noch weiter ausgehöhlt zu werden, sofern ein Bezug zu einer Sachdebatte von allgemeinem Interesse der Medienberichterstattung grundsätzlich zum Durchbruch verhilft,⁴⁴¹ eine nur potenziell wahlentscheidende Bedeutung eines Berichts über die strafrechtliche Verurteilung des Ehemanns einer Politikerin genügt⁴⁴² und in diesem Rahmen auch Umstände aus dem privaten Leben einbezogen werden dürfen, selbst wenn die betroffene Person außerhalb ihrer herausgehobenen Funktion, nämlich als gewöhnlicher Hausbesitzer, beschrieben wird.⁴⁴³ Danach droht eine noch stärkere Vermischung von öffentlichen und privaten Belangen. Letztere werden auch so über einen nur losen und unspezifischen Bezug zu Ersteren für die Medienberichterstattung geöffnet.

d) *Privatbilder*

Werden Privatszenen in Fotos gefasst und abgedruckt, muss die herausgehobene öffentliche Bedeutung daher außer bei einem Bezug zur ausgeübten öffentlichen Funktion wie bei einem gesponsorten Urlaub eines Politikers zurücktreten.⁴⁴⁴ Dann geht es nur um die Befriedigung der Neugier eines bestimmten Publikums über das Privatleben und trotz des hohen Bekanntheitsgrades nicht um einen Beitrag zu irgendeiner Diskussion von allgemeinem Interesse für die Gesellschaft.

⁴³⁹ S. EGMR, Beschl. vom 14.6.2005, Nr. 14991/02 – Minelli/Schweiz; auch Urt. vom 14.12.2006, Nr. 10520/02 (Rn. 35 ff.) – Verlagsgruppe News GmbH/Österreich (Nr. 2); Urt. vom 1.3.2007, Nr. 510/04 (Rn. 87 f.) – Tønsbergs Blad/Norwegen.

⁴⁴⁰ S.o. Rn. 1190.

⁴⁴¹ S. EGMR, Urt. vom 17.12.2004, Nr. 49017/99 (Rn. 70), NJW 2006, 1645 (1647) – Pedersen u. Baadsgaard/Dänemark sowie Urt. vom 22.10.2007, Nr. 21279 u. 36448/02 (Rn. 45 f.) – Lindon u.a./Frankreich.

⁴⁴² EGMR, Urt. vom 16.11.2004, Nr. 53678/00 (Rn. 45 f.), NJW 2006, 591 (593) – Karhuvaara u. Iltalehti/Finnland.

⁴⁴³ EGMR, Urt. vom 1.3.2007, Nr. 510/04 (Rn. 87) – Tønsbergs Blad/Norwegen.

⁴⁴⁴ Dahin auch noch EGMR, Urt. vom 11.1.2005, Nr. 50774/99 (Rn. 29), RJD 2005-I – Sciacca/Italien für eine einem Strafverfahren unterliegende gewöhnliche Person.

Daher ist die Meinungsfreiheit weniger weit auszulegen⁴⁴⁵ und tritt zurück, wenn sie überhaupt beeinträchtigt wird.

- 1274** Konsequenterweise hielt das BVerfG den Abdruck von Fotos, die Caroline und Ernst August von Hannover plaudernd im Skilift zeigen, für eine „Befriedigung bloßer Neugier an den privaten Angelegenheiten“.⁴⁴⁶ Schon ein Foto von beiden auf der Straße im Kontext eines Berichts über den bei seiner schweren Krankheit nicht allein gelassenen Fürsten Rainier⁴⁴⁷ ist aber zweifelhaft, wähnt man sich doch bei einem Gang auf der Straße unbeobachtet und hat angesichts der geschilderten schwierigen Situation erst recht ein Rückzugsrecht auch im Freien. Das gilt ebenfalls für Bilder von Caroline und Ernst August von Hannover, die einen Bericht über die Vermietung ihrer Villa in Kenia illustrierten. Zwar mag ein gewisses öffentliches Interesse an einer Tendenz „der Reichen und Schönen“ zu Sparsamkeit bestehen. Ob dies allerdings „in einer demokratischen Gesellschaft Anlass für eine die Allgemeinheit interessierende Sachdebatte“ ist,⁴⁴⁸ erscheint fraglich. Jedenfalls rechtfertigt diese Möglichkeit nicht die Abbildung Prominenter im Urlaub, der dem persönlichen Rückzug zu Erholungszwecken dient. Ansonsten lässt sich für solche Veröffentlichungen sehr leicht eine „Erklärung“ finden.

e) Rechtsfolgen

- 1275** Setzt sich das Recht auf Privatsphäre gegenüber der Meinungs- und Pressefreiheit durch, müssen wirksame Schutzvorkehrungen zugunsten der beeinträchtigten Privaten getroffen werden. Zu solchen Schutzvorkehrungen gehören auch Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf. Letzterer greift insbesondere ein, wenn der Schutz der persönlichen Ehre verletzt wurde.

3. Verletzungen der persönlichen Ehre

- 1276** Die persönliche Ehre wird ebenso wie das Recht am eigenen Bild weniger durch staatliche Übergriffe beeinträchtigt. Denkbar sind insoweit freilich beleidigende Äußerungen von Beamten. Schwieriger einzustufen sind Hinweise negativer Art, welche einem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entsprechen und damit der staatlichen Informationsverantwortung entspringen. Diese betreffen regelmäßig den geschäftlichen Bereich und sind dann insbesondere an der Berufsfreiheit zu messen.
- 1277** In Art. 7 EGRC werden vor allem persönliche Verunglimpfungen relevant. Solche gehen eher von der privaten Presse aus, so durch verzerrende Darstellungen oder auch durch falsche Tatsachenbehauptungen. Eine informierende Presse

⁴⁴⁵ EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 65 f.), NJW 2004, 2647 (2650) – von Hannover/Deutschland m.w.N. für eine Prominente.

⁴⁴⁶ BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 91), BGH, Urt. vom 6.3.2007 – Az.: VI ZR 51/06 folgend.

⁴⁴⁷ Gebilligt BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 94 f.) im Anschluss an BGH, Urt. vom 6.3.2007 – Az.: VI ZR 51/06.

⁴⁴⁸ So BVerfG, Beschl. vom 26.2.2008 – Az.: 1 BvR 1602/07 u.a. (Rn. 105) in Aufhebung der angegriffenen BGH-Entscheidung vom 6.3.2007 – Az.: VI ZR 52/06.

ist allerdings gerade für die demokratische Gesellschaft unverzichtbar. Vor allem im Hinblick darauf können daher Einschränkungen hinzunehmen sein, sind doch nach Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 8 Abs. 2 EMRK Maßnahmen gerechtfertigt, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Durch diesen Ansatz werden für eine möglichst weitgehende Berichterstattung sprechende Elemente der Pressefreiheit verstärkt.

Weil die Öffentlichkeit an raschen Informationen interessiert ist und diese nach einem bestimmten Zeitablauf gar nicht mehr wahrgenommen werden, muss den informierenden Medien auch ein gewisses Maß an Unsicherheit zugebilligt werden. Allerdings müssen diese die ihnen auch in diesem begrenzten Zeitraum zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Informationsgewinnung nutzen. Wissen sie, dass eine Tatsache falsch ist und einen anderen in seiner Ehre verletzt, dürfen sie diese nicht (mehr) berichten. Vielmehr haben sie sie richtig zu stellen. **1278**

Generell sind Tatsachen eher überprüfbar. Ihre nicht näher verifizierte Behauptung ist daher weniger schutzwürdig. Die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede gilt insoweit nicht.⁴⁴⁹ Je geringer der Wahrheitsgehalt ist, desto eher hat die Pressefreiheit zurückzustehen, und die Äußerung ist in der Zukunft zu unterlassen.⁴⁵⁰ Nicht umfasst werden falsche Behauptungen.⁴⁵¹ **1279**

Demgegenüber sind Wertungen Teil der meinungsbildenden Arbeit der Presse und elementar für eine demokratische Gesellschaft, welche gerade vom Herausbilden bestimmter Meinungen lebt. Daher müssen sich zumal Politiker auch abwertende Betrachtungen gefallen lassen.⁴⁵² Sie sind Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens. Deshalb ist auch ihre persönliche Ehre im Rahmen des politischen Meinungskampfes zu sehen, soweit ein Bezug zum öffentlichen Leben besteht. Dieser kann sehr weit in die Privatsphäre hineinreichen, wenn man auch die persönlichen Eigenschaften eines Politikers als für die Beurteilung relevant ansieht und aus dessen Verhalten in seinem privaten Umfeld ableitet. Indes muss der intime Familienbereich herausgehalten werden, haben doch auch Personen der Zeitgeschichte einen Anspruch auf ein ungestörtes Privatleben.⁴⁵³ **1280**

Da nicht Teil dieses öffentlichen politischen Lebens, haben jedenfalls kleinere Gewerbetreibende und Freiberufler sowie Privatpersonen eher Unterlassungsansprüche bei sie verletzenden Äußerungen, auch wenn diese mehrdeutig sind.⁴⁵⁴ Damit ist je nach Situation der Schutz der persönlichen Ehre als Ausfluss der Achtung des Privatlebens der Meinungs- und Pressefreiheit bzw. den Erfordernissen der Meinungsbildung in einer demokratischen Gesellschaft gegenüber zu stellen. **1281**

⁴⁴⁹ S. BVerfGE 85, 1 (16 f.); BVerfG, NJW 2003, 1109 (1109 f.).

⁴⁵⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2003, 1856 (1857).

⁴⁵¹ S. BVerfGE 114, 339 (339 ff.) – Stolpe.

⁴⁵² EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 34315/96 (Rn. 37), ÖJZ 2002, 466 (467 f.) – Krone Verlag GmbH/Österreich.

⁴⁵³ S.o. Rn. 1190 im Zusammenhang mit dem Recht am eigenen Bild.

⁴⁵⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 3769 (3771) – „Babycast“ im Hinblick auf einen Abtreibungen vornehmenden Arzt; krit. *Hochhuth*, NJW 2007, 192 ff.

4. Beeinträchtigungen des Rechts am eigenen Namen

- 1282** Das Recht am eigenen Namen als wesentlicher Ausdruck der persönlichen Identität wird insbesondere dadurch beeinträchtigt, dass der Einzelne keine volle Kenntnis über die eigene Abstammung erhält. Ein Rechtfertigungsgrund dafür kann bei einer so genannten anonymen Geburt darin liegen, dass lediglich bei einer solchen das Kind nicht heimlich abgetrieben oder wild ausgesetzt wird und damit die Gesundheit des Kindes und auch der Mutter geschützt ist. Relevante Rechte anderer sind die der Adoptiveltern und des Vaters sowie der anderen Mitglieder der leiblichen Familie. Diese haben alle einen Anspruch darauf, dass die Abstammung in einer Weise gehandhabt wird, welche mit ihrem Privat- bzw. Familienleben vereinbar ist.
- 1283** Um die vorgenannten einschlägigen Interessen auszugleichen, billigt der EGMR dem jeweiligen Staat einen breiten Beurteilungsspielraum zu.⁴⁵⁵ Dabei wird die Kenntnis über die eigene Abstammung zum Kernbereich des Rechts auf Privatleben gerechnet. Schließlich bildet das Recht auf persönliche Identität die Wesensvoraussetzung für das Recht auf Eigen- und Selbstbestimmung und auf persönliche Entfaltung.⁴⁵⁶ Das BVerfG leitet das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Menschenwürde und dem Recht der persönlichen Entfaltung ab.⁴⁵⁷
- 1284** Die Kenntnis der eigenen Abstammung wird indes gänzlich vereitelt, wenn ein Kind überhaupt nicht zur Welt gebracht wird. Daher liegt das Leben des Kindes seinem Recht auf persönliche Identität voraus. Es bildet die Grundlage aller sonstigen Rechte. Deshalb ist vor allem sein Schutz entscheidend. Kann es gerettet werden, weil die Mutter nicht ihre Identität preisgeben muss, liegt ein hinreichender Rechtfertigungsgrund dafür vor, dass die Abstammung des Kindes unkenntlich gemacht wird. Das gilt selbst dann, wenn in manchen Fällen das Kind auch ohne eine anonyme Geburt zur Welt gekommen wäre. Hier greift der Prognosespielraum der handelnden öffentlichen Organe. Dahinter muss sogar der Anspruch des Kindes zurücktreten, den Namen der Mutter zu erfahren, selbst wenn es Detektive beauftragen muss, um seine Identität herauszubekommen.⁴⁵⁸ Auch diese Möglichkeit hätte das Kind nicht, wenn es nicht zur Welt gekommen wäre.

⁴⁵⁵ EGMR, Urt. vom 13.2.2003, Nr. 42326/98 (Rn. 44 ff.), NJW 2003, 2145 (2147 f.) – Odièvre/Frankreich.

⁴⁵⁶ Gemeinsame abw. Meinung, EGMR, Urt. vom 13.2.2003, Nr. 42326/98 (Rn. 11), NJW 2003, 2145 (2149) – Odièvre/Frankreich unter Bezug auf EGMR, Urt. 29.4.2002, Nr. 2346/02 (Rn. 61), NJW 2002, 2851 (2853) – Pretty/Vereinigtes Königreich sowie Urt. vom 6.2.2001, Nr. 44599/98 (Rn. 47), NVwZ 2002, 453 (455) – Bensaid/Vereinigtes Königreich.

⁴⁵⁷ BVerfGE 79, 256 (1. Leits.); 96, 56 (63). Sich dem anschließend Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 54 mit Fn. 114.

⁴⁵⁸ Krit. Wittinger, NJW 2003, 2138 (2140).

IV. Beeinträchtigung der freien Gestaltung der Lebensführung

Das eigene Leben kann insoweit nicht nach eigenen Vorstellungen gestaltet werden, als der Staat äußere Grenzen setzt oder auf individuelle Entscheidungsprozesse einwirkt. Das ist besonders in Haftanstalten der Fall, in denen etwa eine bestimmte Anstaltskleidung getragen werden muss. Dies kann aus Gründen der notwendigen Ordnung in diesen Anstalten gerechtfertigt sein. Die Individualität ist aber auch insoweit möglichst weit zu wahren. 1285

Weitere Einschränkungen können aufgrund der notwendigen Neutralität des Staates vor allem im Beamtenverhältnis gerechtfertigt sein, zumal die Toleranz eine der Wesensmerkmale der demokratischen Gesellschaft darstellt. Hier bestehen Schnittpunkte zur Religionsfreiheit, wenn aus dieser einzelne Personen das Recht ableiten, etwa bestimmte Kleidungsstücke wie das Kopftuch zu tragen.⁴⁵⁹ Dann bildet die notwendige staatliche Neutralität einen wesentlichen Ansatzpunkt für Beschränkungen. 1286

Diese Neutralität beruht maßgeblich auf einer Wahrung vorhandener Vielfalt außerhalb des staatlichen Raumes. Auch deshalb sind Minderheiten ihre Eigenheiten möglichst zu belassen, wenn ihre Mitglieder nicht gerade im Staatsdienst tätig sind und sich daher auch in die Staatsziele einzufügen haben. Eine Rechtfertigung für Einschränkungen außerhalb davon besteht regelmäßig nicht. 1287

V. Umweltbeeinträchtigungen

Dieser Rechtfertigungsansatz der wirtschaftlichen Entwicklung greift auch in weitem Maße, wenn die Grundlagen für die individuelle Entfaltung des Privatlebens und dessen freie Gestaltung namentlich auch durch Beziehungen zu anderen beeinträchtigt werden. Durch eine weite Konzeption des ökonomischen Fortschritts läuft das vom EGMR entwickelte Recht zum Schutz vor Umweltverschmutzungen weitgehend leer. Der EGMR hat hier den staatlichen Stellen einen weiten Beurteilungsspielraum zugebilligt,⁴⁶⁰ allerdings auch eine Verletzung des Rechts der betroffenen Familien angenommen.⁴⁶¹ 1288

Zu einem solchen Ergebnis kam der EGMR aber nicht durchgehend. In einer Lärmschutzregelung für Nachtflüge sah er eine allgemeine und nicht auf bestimmte Individuen zielende Maßnahme. Er beschränkte sich deshalb auf die Prüfung, „ob für die im Einzelfall gefundene Lösung angenommen werden kann, dass sie einen gerechten Ausgleich hergestellt hat“,⁴⁶² und ließ den staatlichen Behörden 1289

⁴⁵⁹ Dazu u. Rn. 1725 ff.

⁴⁶⁰ EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 16798/90 (Rn. 51), EuGRZ 1995, 530 (533) – López Ostra/Spanien; EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 119), NVwZ 2004, 1465 (1468) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich; aus der Lit. Kley-Struller, EuGRZ 1995, 507 (513).

⁴⁶¹ EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 16798/90 (Rn. 58), EuGRZ 1995, 530 (533) – López Ostra/Spanien.

⁴⁶² Vgl. EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 123), NVwZ 2004, 1465 (1468 f.) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

einen großen Freiraum, der auch den Verzicht auf „umfangreiche und nachprüfbar-e Daten für jeden einzelnen Aspekt der Sache“ einschloss.⁴⁶³

1290 Damit konnten die ökonomischen Beweggründe ohne nähere Untersuchung durchschlagen, zumal der EGMR den betroffenen Einzelpersonen als angemessen zumutete, umzuziehen.⁴⁶⁴

1291 Letztlich geht es zwar um einen sachgerechten Ausgleich zwischen ökonomischen, ökologischen und auch sozialen Belangen, wie es dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung entspricht. An dieser Stelle hat dieser, obwohl in Art. 37 EGRC verankert, deshalb seinen Platz, weil es um die Art der Berücksichtigung von Umweltbelangen geht und darauf bezogen Art. 37 EGRC eine Qualitätsklausel bildet.⁴⁶⁵ Indes sind danach alle Belange gleichermaßen relevant und können daher im Einzelfall auch die Zulässigkeit eines Vorhabens hindern.

1292 Eine solche Rechtsfolge entspricht auch eher dem Ausgangspunkt des EGMR, nämlich einen gerechten Ausgleich auf der Basis angemessener Untersuchungen und Studien zu finden.⁴⁶⁶ Jedenfalls bedarf es im Ergebnis wirksamer Schutzmaßnahmen vor Umweltbeeinträchtigungen,⁴⁶⁷ außer überwiegende wirtschaftliche Belange stehen entgegen und lassen sich nur ohne solche Vorkehrungen verwirklichen. Aber auch dann müssen die Belange der Betroffenen angemessen berücksichtigt worden sein. Unter diesen Leitprinzipien steht daher notwendig der den staatlichen Organen zuzubilligende Beurteilungsspielraum.⁴⁶⁸ Er betrifft mithin nicht das „Ob“ des Umweltschutzes, sondern das „Wie“, mithin die „Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten und Mitteln zur Erfüllung dieser Verpflichtung“.⁴⁶⁹

VI. Beeinträchtigung des Familienlebens

1. Durch Fürsorgemaßnahmen

a) Wahrung von Kindes- und Elternwohl

1293 Staatlich angeordnete Trennungen beeinträchtigen das Familienleben besonders schwer. Sie erfolgen vor allem dadurch, dass staatliche Behörden Kinder von beiden oder von einem der Elternteile trennen. Entsprechend gewichtig müssen die rechtfertigenden Gesichtspunkte ausfallen. Sie sind beim Wohle des Kindes anzu-

⁴⁶³ EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 128), NVwZ 2004, 1465 (1469) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

⁴⁶⁴ S. EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 126 f.), NVwZ 2004, 1465 (1469) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

⁴⁶⁵ S.u. Rn. 4368.

⁴⁶⁶ EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 128), NVwZ 2004, 1465 (1469) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

⁴⁶⁷ S. auch EGMR, Urt. vom 16.11.2004, Nr. 4143/02 (Rn. 58 ff.) – Moreno Gómez.

⁴⁶⁸ S. EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 123), NVwZ 2004, 1465 (1468 f.) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

⁴⁶⁹ So EGMR (GK), Urt. vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rn. 123), NVwZ 2004, 1465 (1468 f.) – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich.

setzen.⁴⁷⁰ Das gilt zumal, wenn ein Kind unmittelbar nach der Geburt von der Mutter getrennt wird. Hierfür müssen „außerordentlich zwingende Gründe vorliegen“.⁴⁷¹ Damit ist regelmäßig von entscheidender Bedeutung, was dem Kindeswohl am besten dient.⁴⁷² Jedoch sind auch die Belange der betroffenen Eltern einzubeziehen. Schließlich haben diese das natürliche Recht, grundsätzlich in einer Familie mit dem Kind zusammen zu leben; die staatliche Verantwortung ist nur subsidiär.⁴⁷³

Es bedarf daher eines gerechten Ausgleichs zwischen den Interessen des Kindes und denen der Eltern.⁴⁷⁴ Dabei ist zwar den Bedürfnissen des Kindes besonders Rechnung zu tragen. Werden sie von den Eltern nicht hinreichend gewahrt, kann deshalb der Staat grundsätzlich eingreifen. Indes muss er stets die Auswirkungen einer Trennung mit bedenken. Das gilt auch im Hinblick auf das Wohl des Kindes, welches grundsätzlich durch das Zusammensein mit den Eltern gefördert und durch eine Trennung möglicherweise beeinträchtigt wird. **1294**

b) Aufrechterhaltung des Kontaktes mit den Eltern

Daher sind sämtliche Ansätze mit zu bedenken, die den Kontakt mit den Eltern möglichst weit sicherstellen können. Selbst bei einem Verbleiben in einer Pflegefamilie ist daher zu berücksichtigen, dass die Möglichkeiten der Familienzusammenführung mit den leiblichen Eltern umso geringer werden, je länger der Aufenthalt andauert. **1295**

Jedenfalls aber sind grundsätzlich stets Umgangsrechte sicherzustellen.⁴⁷⁵ Sie bilden damit das regelmäßig unverzichtbare Minus, wenn kein Zusammenleben in der Ursprungsfamilie möglich ist. Eine Entscheidung ist daher unverhältnismäßig, wenn sie dieses Umgangsrecht nicht gewährt. Zuvor ist aber ebenfalls als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes näher zu prüfen, ob es schonendere Alternativen als die Trennung des Kindes von seiner Familie gibt. Die zwangsweise Entfernung aus der Betreuung der leiblichen Eltern darf daher nicht lediglich zu **1296**

⁴⁷⁰ EGMR, Urt. vom 24.3.1988, Nr. 10465/83 (Rn. 72), EuGRZ 1988, 591 (599) (dort zitiert mit Urteilsdatum 25.2.1988) – Olsson/Schweden (Nr. 1); Urt. vom 13.7.2000, Nr. 39221 u. 41963/98 (Rn. 148), ÖJZ 2002, 74 (76) – Scozzari u. Giunta/Italien.

⁴⁷¹ EGMR, Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 102), NJW 2004, 3401 (3405) – Haase/Deutschland; bereits Urt. vom 12.7.2001, Nr. 25702/94 (Rn. 168), NJW 2003, 809 (812) – K. u. T./Finnland; Urt. vom 16.7.2002, Nr. 56547/00 (Rn. 116), RJD 2002-VI – P., C. u. S./Vereinigtes Königreich.

⁴⁷² Etwa EGMR, Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 89), NJW 2004, 3401 (3404) – Haase/Deutschland; Urt. vom 26.2.2002, Nr. 46544/99 (Rn. 66), EuGRZ 2002, 244 (248) – Kutzner/Deutschland.

⁴⁷³ S.o. Rn. 1160.

⁴⁷⁴ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 57.

⁴⁷⁵ S. näher EGMR, Urt. vom 26.2.2004, Nr. 74969/01 (Rn. 46 ff.), NJW 2004, 3397 (3399) – Görgülü/Deutschland.

einer günstigeren Umgebung führen, sondern sie muss tatsächlich aufgrund konkreter anderer Umstände notwendig sein.⁴⁷⁶

c) *Beteiligung der Eltern*

- 1297** Sind damit stets auch die Belange der Eltern mit einzubeziehen und möglichst zu wahren, ist formell der laufende direkte Kontakt der Behörden zu den Beteiligten unabdingbar. Das gilt sowohl dann, wenn die Maßnahmen geplant werden, als auch unmittelbar danach. Daraus folgert der EGMR die besondere Sachnähe der nationalen Stellen und nimmt seine Prüfungskompetenz als gleichsam „ferne“ Instanz zurück.⁴⁷⁷
- 1298** Grundlage der Beteiligung der Eltern ist deren angemessene Information.⁴⁷⁸ Sie müssen daher die Akten einsehen dürfen,⁴⁷⁹ das Beweismaterial etwa für einen Sorgerechtsentzug zur Kenntnis erhalten – auch ohne Verlangen.⁴⁸⁰ Auf dieser Basis müssen sie Stellung nehmen können.⁴⁸¹
- 1299** Fehlt es an einer solchen Beteiligung der Eltern, müssen dafür besondere Umstände vorliegen. Das gilt, wenn eine Maßnahme besonders eilbedürftig ist oder die Eltern eine Quelle unmittelbarer Gefahr für das Kind bilden, so dass Gegenmaßnahmen bei einer vorherigen Warnung leicht ins Leere laufen können. Diese Umstände müssen aber zur Überzeugung des Gerichtshofes vorliegen.⁴⁸²

d) *Behördlicher Beurteilungsspielraum*

- 1300** Dass somit die Belange sämtlicher Beteiligten einbezogen und die Eltern grundsätzlich am Verfahren beteiligt werden müssen, zeigt die Bedeutung einer konkreten Beurteilung vor Ort. Diese ist am ehesten der zuständigen Behörde möglich. Deshalb geht es nicht darum, dass sich die Rechtsprechung an die Stelle der Behörde setzt. Letztere hat daher einen weiten Beurteilungsspielraum. Gerichtlich überprüft werden kann nur, ob dieser im Lichte der Konvention ausgeübt wurde.⁴⁸³

⁴⁷⁶ EGMR, Urt. vom 12.7.2001, Nr. 25702/94 (Rn. 173), NJW 2003, 809 (812) – K. u. T./Finnland; Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 95 a.E.), NJW 2004, 3401 (3405) – Haase/Deutschland mit näherer Untersuchung eines Einzelfalles.

⁴⁷⁷ EGMR, Urt. vom 7.8.1996, Nr. 17383/90 (Rn. 64), ÖJZ 1997, 75 (76) – Johansen/Norwegen; Urt. vom 12.7.2001, Nr. 25702/94 (Rn. 154, 173), NJW 2003, 809 (811 f.) – K. u. T./Finnland; Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 89), NJW 2004, 3401 (3404) – Haase/Deutschland.

⁴⁷⁸ EGMR, Urt. vom 13.7.2000, Nr. 39221 u. 41963/98 (Rn. 208), ÖJZ 2002, 74 (78) – Scozzari u. Giunta/Italien.

⁴⁷⁹ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.2.1995, Nr. 16424/90 (Rn. 92), ÖJZ 1995, 704 (707) – McMichael/Vereinigtes Königreich.

⁴⁸⁰ EGMR, Urt. vom 10.5.2001, Nr. 28945/95 (Rn. 82), RJD 2001-V – T. P. u. K. M./Vereinigtes Königreich.

⁴⁸¹ EGMR, Urt. vom 20.12.2001, Nr. 32899/96 (Rn. 43 f.), ÖJZ 2002, 395 (396 f.) – Buchberger/Österreich.

⁴⁸² EGMR, Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 95), NJW 2004, 3401 (3405) – Haase/Deutschland.

⁴⁸³ EGMR, Urt. vom 23.9.1994, Nr. 19823/92 (Rn. 55), ÖJZ 1995, 271 (272) – Hokkanen/Finnland; Urt. vom 26.2.2002, Nr. 46544/99 (Rn. 66), EuGRZ 2002, 244 (248) –

Der Beurteilungsspielraum ist dabei umso weiter, je drängender eine Maßnahme ist, also insbesondere dann, wenn Notfallsituationen vorliegen. Stets aber ist es notwendig, das tatsächliche Vorliegen rechtfertigender Umstände für eine Trennung des Kindes von den Eltern zu überprüfen. Die Nachweispflicht obliegt dabei dem Staat, dessen Behörden die Maßnahmen getroffen haben. Er muss auch die Auswirkungen der beabsichtigten Betreuungsmaßnahme auf Eltern und Kind sowie mögliche Alternativen sorgfältig geprüft haben.⁴⁸⁴

e) Kindeswohl und Adoption

Letztlich zählt das objektive Kindeswohl. Bei einer rechtmäßigen Adoption haben **1301** daher die Adoptiveltern keinen Anspruch auf Übergabe der adoptierten Kinder gegen deren ausdrücklichen Willen. Rechtlicher Ansatz dafür ist zwar vom Grunde her der Anspruch der Adoptiveltern auf ein tatsächliches Familienleben, wenn eine rechtmäßige Adoption erfolgt ist. Indes kann sich ein solches gegen den Willen eines Kindes wahrscheinlich nicht entwickeln. Zudem finden die Ansprüche der Eltern ihre Grenze an den Belangen des Kindes.⁴⁸⁵

f) Zeitliche und inhaltliche Begrenzung

Werden staatliche Fürsorgemaßnahmen gebilligt, welche zu einer Trennung von **1302** einem oder beiden Elternteilen führen, sind sie aufgrund der generellen Elternverantwortung subsidiär. Daher sind sie auf den Zeitraum zu begrenzen, in dem die Elternverantwortung nicht sachgerecht ausgeübt werden kann. Diese zeitliche Grenze folgt ebenfalls aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Zugleich sind die Maßnahmen inhaltlich so zu gestalten, dass die Wiedervereinigung mit den leiblichen Eltern wieder möglich ist.⁴⁸⁶ Auch deshalb sind Kontakte **1303** im Rahmen des Umgangsrechts aufrechtzuerhalten, um die Beziehung nicht gänzlich zerbrechen zu lassen.

Die verfahrensrechtliche Konsequenz daraus ist, dass die Eltern immer wieder **1304** angehört werden müssen, so dass sich die Behörde ein Bild von deren Erziehungstauglichkeit machen kann. Der Ausschluss der Eltern widerspricht auch grundsätzlich dem Kindeswohl, weil dieses doch eine Verbindung des Kindes zu seinen Wurzeln umschließt. Daher müssen für einen solchen Ausschluss sehr außerger-

Kutzner/Deutschland; Urt. vom 8.7.2003, Nr. 30943/96 (Rn. 64), EuGRZ 2004, 707 (708) – Sahin/Deutschland; Urt. vom 8.7.2003, Nr. 31871/96 (Rn. 62), EuGRZ 2004, 711 (711 f.) – Sommerfeld/Deutschland.

⁴⁸⁴ EGMR, Urt. vom 12.7.2001, Nr. 25702/94 (Rn. 166), NJW 2003, 809 (811) – K. u. T./Finnland; Urt. vom 16.7.2002, Nr. 56547/00 (Rn. 116), RJD 2002-VI – P., C. u. S./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 8.4.2004, Nr. 11057/02 (Rn. 90), NJW 2004, 3401 (3404) – Haase/Deutschland.

⁴⁸⁵ S. EGMR, Urt. vom 22.6.2004, Nr. 78028 u. 78030/01 (Rn. 164 f.), RJD 2004-V (extracts) – Pini u.a./Rumänien.

⁴⁸⁶ EGMR, Urt. vom 26.2.2004, Nr. 74969/01 (Rn. 46), NJW 2004, 3397 (3399) – Görgülü/Deutschland; Urt. vom 12.7.2001, Nr. 25702/94 (Rn. 179), NJW 2003, 809 (813) – K. u. T./Finnland.

wöhnliche Umstände vorliegen, zumal wenn es sich um ein neugeborenes Baby handelt.⁴⁸⁷

g) Gefangene

- 1305** Diese Notwendigkeit des Kontaktes unter Familienangehörigen besteht auch dann, wenn ein Familienmitglied im Gefängnis sitzt. Auch dann ist darauf zu achten, dass nach der Entlassung ein normales Familienleben wieder möglich ist. Zudem kann auch bei langen Haftzeiten der Kontakt nicht unterbunden werden. Daher ist auf entsprechende Besuchsregelungen zu achten. Besuche von Familienangehörigen sind daher grundsätzlich zu gestatten. Eingriffe können höchstens daraus gerechtfertigt werden, dass ein Häftling seine Familienangehörigen verletzt, so dass deren Gesundheit zu schützen ist, oder mit Waffen oder Ausbruchswerkzeug versorgt wird, so dass strafbare Handlungen zu verhindern sind und die Ordnung im Gefängnis gesichert werden muss.

2. Ausländerrechtliche Maßnahmen

a) Abgrenzung zu Art. 18 EGRC

- 1306** Der zweite große Komplex von Maßnahmen, welche das Familienleben beeinträchtigen, sind Ausweisungen und Abschiebungen bzw. sonstige Entscheidungen zulasten von Ausländern. Art. 18 f. EGRC treffen Sonderregelungen, die aber nicht umfassend sind. Das Asylrecht nach Art. 18 EGRC wirkt zudem nicht unmittelbar.⁴⁸⁸ Daher besteht noch erheblicher Raum für Grenzen aus Art. 7 EGRC.

b) Beeinträchtigungen

- 1307** Besonders gravierend sind tatsächlich vollzogene Abschiebungen. Umgekehrt wirkt aber eine Verweigerung der Einreise gleichermaßen, weil dann ein Familienleben sich erst gar nicht entfalten kann. Eine solche Beeinträchtigung des Rechts auf Achtung des Familienlebens kann bereits darin bestehen, dass eine Person nicht in ein Land einreisen kann, in dem ihre nahen Verwandten wohnen.⁴⁸⁹ Dieser Effekt kann auch dadurch eintreten, dass Einreise und Aufenthalt nur gestattet werden, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind. Grundvoraussetzung ist, dass ein hinreichendes verwandschaftliches Band tatsächlich besteht.

⁴⁸⁷ EGMR, Urt. vom 16.7.2002, Nr. 56547/00 (Rn. 116, 118), RJD 2002-VI – P., C. u. S./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 26.2.2004, Nr. 74969/01 (Rn. 48), NJW 2004, 3397 (3399) – Görgülü/Deutschland.

⁴⁸⁸ S.o. Rn. 1115 f.

⁴⁸⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6321, Rn. 42) – Carpenter; s. näher o. Rn. 1233.

aa) Gentests

Ein Mittel, um Missbrauch zu verhindern, ist die Überprüfung der Familienzugehörigkeit einwanderungswilliger Personen durch Gentests.⁴⁹⁰ Allerdings liegt darin ein Eingriff in das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 EGRC, das jeder Person zusteht. Zu diesem Recht gehört auch die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, und zwar auch von Daten mit Informationen über genetische Merkmale, aus denen sich im Abgleich mit Daten anderer Personen Rückschlüsse auf die Abstammung ziehen lassen.⁴⁹¹ Einschränkungen in dieses Recht bedürfen daher einer gesetzlichen Grundlage, welche den Umfang und die näheren Voraussetzungen eines Eingriffs regelt. Ausgeschlossen sind indes Zugriffe auf Daten, welche die Individualität des Betroffenen kennzeichnen und die ohne sein Wissen und seine Einwilligung vorgenommen werden.⁴⁹² Hier schlägt der Bezug des Schutzes personenbezogener Daten zum Recht auf Privatheit⁴⁹³ bzw. nach dem deutschen Verfassungsrecht zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch. Gerade diese Wurzeln werden durch heimliche Antastungen persönlichkeitsrelevanter, individueller Merkmale derart stark beeinträchtigt, dass eine Rechtfertigung ausscheidet. Deshalb kommen heimliche Gentests a priori nicht in Betracht. Für Kinder entscheiden die Eltern als Sorgeberechtigte.⁴⁹⁴

Eine andere Beurteilung ergibt sich allerdings, wenn auf die Notwendigkeit von Gentests hingewiesen wird, um einen Missbrauch der Familienzusammenführung auszuschließen. Weigert sich dann der Betroffene, müssen auch daraus Schlüsse gezogen werden dürfen, soll das Instrument wirksam eingesetzt und Missbrauch verhindert werden können. Die Frage ist freilich, ob wegen der Schwere eines solchen Eingriffs nicht gewisse Anhaltspunkte gefordert werden müssen, die auf einen Missbrauch deuten. Flächendeckende Gentests erscheinen jedenfalls ausgeschlossen. Zu starke Anhaltspunkte wird man aber auch nicht verlangen dürfen, läuft doch ansonsten das Mittel in Leere. So wird genügen, wenn eine Person keinen Pass mehr hat oder keine Ähnlichkeiten zum mitgeführten Pass oder zur behaupteten Familie aufweist.

Mit diesen grundrechtlichen Maßgaben können Gentests zur Überprüfung der Familienzusammengehörigkeit auch auf europäischer Ebene eingeführt werden. Die weitere Verwendung der Daten müsste ebenfalls datenschutzrechtlichen Grundsätzen entsprechen.⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ In Frankreich eingeführt, FAZ vom 5.10.2007, S. 10.

⁴⁹¹ Für Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG BVerfGE 117, 202 (228).

⁴⁹² Für das Grundgesetz BVerfGE 117, 202 (229) zu heimlichen Vaterschaftstests.

⁴⁹³ S.u. Rn. 1183 f.

⁴⁹⁴ Vgl. BVerfGE 117, 202 (229).

⁴⁹⁵ S.u. Rn. 1380 ff.

bb) Integrationserfordernis

- 1311** Nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 3 FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG⁴⁹⁶ kann ein Mitgliedstaat bei unabhängig von den anderen Familienmitgliedern ankommenden Kindern über zwölf Jahre bereits prüfen, ob diese ein Integrationskriterium erfüllen, das im nationalen Recht bei Umsetzung der Richtlinie vorgesehen ist.

c) Legitimer Beweggrund

- 1312** Soweit eine Einschränkung überhaupt in Betracht kommt, muss ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis vorliegen, das in einem angemessenen Verhältnis zu dem Eingriff steht.

aa) Einwanderungshindernisse

- 1313** Bei Einwanderungen kann ein solches gesellschaftliches Bedürfnis die Integrationsfähigkeit sein. Je jünger ein Kind nachzieht, desto eher lässt es sich integrieren. Daher ist es sachgerecht, entsprechend dem 12. Erwägungsgrund der FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG zur Förderung der Integration auf einen möglichst frühzeitigen Kindernachzug Wert zu legen und den Nachzug von Kindern über zwölf Jahre einzuschränken. Dass dies auf der Grundlage nationaler Anforderungen erfolgen kann, entspricht der kompetenzneutralen Konzeption der europäischen Grundrechte. Bislang nationale Zuständigkeitsfelder sollen erhalten bleiben.
- 1314** Bei einem europarechtlichen Bezug wie der Umsetzung einer Richtlinie und der Anwendung des darauf gestützten nationalen Rechts müssen aber die durchgeführten Maßnahmen auch mit den europäischen Grundrechten übereinstimmen. Daher haben sie die bei Anwendung eines Integrationskriteriums einschlägigen Grundrechte – hier insbesondere das Familienleben – adäquat zu beachten und so die einander gegenüberstehenden Interessen angemessen auszugleichen. Ansatzpunkt in der FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG sind die nach Art. 17 zu beachtenden Interessen der Familie und das Wohl minderjähriger Kinder nach Art. 5 Abs. 5.⁴⁹⁷ Insoweit bedarf es einer Prognoseentscheidung, lässt sich doch über das Integrationskriterium vor der Einreise schwerlich entscheiden.⁴⁹⁸
- 1315** Diese Prognoseentscheidung wird dann sicherer, wenn für die Familienzusammenführung eine Wartezeit verlangt wird. So können sich die Mitgliedstaaten vergewissern, dass ein bestimmtes Integrationsniveau als gute Voraussetzung für eine Familienzusammenführung erreicht ist.⁴⁹⁹
- 1316** Daher ist es gerechtfertigt, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 8 FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG von den eine Familienzusammenführung Begehrenden verlangen dürfen, dass sie sich zwei Jahre rechtmäßig auf ihrem Hoheitsgebiet aufgehalten haben müssen.⁵⁰⁰ Diese Wartezeit kann auf drei Jahre ab

⁴⁹⁶ Des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (FamilienzusammenführungsRL), ABl. L 251, S. 12.

⁴⁹⁷ EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5829 f., Rn. 62 ff.) – Parlament/Rat.

⁴⁹⁸ Krit. daher Thiele, EuR 2007, 419 (434).

⁴⁹⁹ EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5839, Rn. 98) – Parlament/Rat.

⁵⁰⁰ EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5840, Rn. 103) – Parlament/Rat.

Einreichung des Antrages auf Familienzusammenführung erhöht werden, sofern das Recht eines Mitgliedstaates bei Annahme der Richtlinie auch seine Aufnahme-fähigkeit berücksichtigt.

Dieser Gesichtspunkt kann zwar einbezogen werden, indes nicht ausschließlich. **1317** Dazu ist der grundrechtliche Bezug der Regelung zu eng. Deshalb müssen auch in diesem Rahmen die Interessen der Familie nach Art. 17 FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG und das Wohl minderjähriger Kinder nach Art. 5 Abs. 5 FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG hinreichend gewichtig einbezogen werden.⁵⁰¹ Damit können über diese Richtlinienklauseln die Grundrechte in gebührender Weise in das Ermessen Eingang finden, welches den Mitgliedstaaten gelassen ist.⁵⁰² So können auch Härtefälle berücksichtigt werden, wie vom EMGR gefordert, so wenn ein gemeinsames Familienleben an einem anderen Ort nicht geführt werden kann.⁵⁰³ Ist damit eine grundrechtskonforme Auslegung möglich, verstößt diese Regelung auch in Härtefällen nicht gegen Art. 7 EGRC.⁵⁰⁴

Die vorstehend genannten grundrechtlichen Belange müssen selbst dann Ein-gang finden, wenn sie vom Normtext her gar nicht vorgesehen sind. Diesen Weg eröffnet nach seinem Wortlaut Art. 4 Abs. 6 FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG. Nach ihm können die Mitgliedstaaten die Stellung von Anträgen auf Familienzusammenführung vor der Vollendung des 15. Lebensjahres eines Kindes verlangen, wenn dies nach ihrem im Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie vor-handenen nationalen Recht so vorgesehen war. Danach müssen diese Mitglied-staaten die Einreise und den Aufenthalt dieser Kinder aus anderen Gründen als der Familienzusammenführung genehmigen. Zu diesen anderen Gründen gehören aber auch menschenrechtliche. Zudem ist auch Art. 4 Abs. 6 Familienzusammenfüh-rungsRL 2003/86/EG in Zusammenschau mit deren Art. 5 Abs. 5 und Art. 17 und damit unter Beachtung des Kindeswohls und der familiären Bindungen zu lesen.⁵⁰⁵ Über diese Einbruchstellen zugunsten der Grundrechte kann auch Art. 4 Abs. 6 FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG grundrechtskonform ausgelegt wer-den.⁵⁰⁶

bb) Ausweisungen und Abschiebungen

Ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis für Ausweisungen und Abschiebungen kann die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sein. **1319** Diese ist aber nicht schon dann verletzt, wenn ein Verstoß gegen Einwanderungs-gesetze vorliegt, der sich nicht wiederholt hat und dessen Wiederholung auch nicht zu erwarten ist.⁵⁰⁷ Für Einschränkungen des Aufenthaltsrechts im Rahmen der Ar-beitnehmerfreizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit

⁵⁰¹ EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5839 f., Rn. 100 f.) – Parlament/Rat.

⁵⁰² EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5841, Rn. 104) – Parlament/Rat.

⁵⁰³ S.u. Rn. 1330.

⁵⁰⁴ A.A. bezogen auf Art. 8 EMRK GA Kokott, EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5841, Rn. 104 ff.) – Parlament/Rat.

⁵⁰⁵ EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 (5836, Rn. 87) – Parlament/Rat.

⁵⁰⁶ Für Art. 8 EMRK Thiele, EuR 2007, 419 (434).

⁵⁰⁷ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6321 f., Rn. 42 f.) – Carpenter.

reichten noch nicht einmal strafrechtliche Verurteilungen aus, wenn nicht die ihnen zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen ließen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt.⁵⁰⁸

1320 Diese Maßstäbe sind im Ansatz auch bei so genannten Immigranten der zweiten Generation anzulegen. Diese genießen nicht etwa deshalb generell stärkere Rechte im Aufenthaltsstaat, weil sie sich in diesem bereits länger aufgehalten haben oder besondere familiäre Bindungen aufweisen,⁵⁰⁹ auch wenn darauf einige EGMR-Entscheidungen hindeuten mögen.⁵¹⁰ Das gilt jedenfalls dann, wenn der Betroffene die Möglichkeit gehabt hätte, die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates anzunehmen und damit die Rechte eines Unionsbürgers zu erlangen. Eine andere Situation liegt dementsprechend vor, wenn jemand bereits die Staatsangehörigkeit eines EU-Staates zunächst erlangte, aber nur deshalb wieder verlor, weil seine Eltern versäumten, einen entsprechenden Antrag zu stellen.⁵¹¹

1321 Grundsätzlich besteht indes die Befugnis, auch solche straffällig gewordenen Ausländer zum Schutz der öffentlichen Ordnung auszuweisen. „Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob ein Ausländer als Erwachsener oder in sehr jungen Jahren in das Gastland eingereist ist oder dort geboren wurde.“⁵¹² Mit diesem Satz grenzt sich die Große Kammer des EGMR deutlich von anderen Ansätzen auf europäischer und nationaler Ebene ab und betont: „Doch kann ein solch absolutes Recht auf Nichtausweisung dem Art. 8 EMRK nicht entnommen werden, dessen Abs. 2 in seinem Wortlaut eindeutig Ausnahmen ... vorsieht.“⁵¹³ Eine Gleichstellung mit eigenen Staatsangehörigen kommt nicht in Betracht. Da es sich um eine eher präventive Verwaltungsmaßnahme ohne strafrechtlichen Charakter handelt, liegt auch keine Doppelbestrafung vor.⁵¹⁴

1322 Allerdings wirkt sich die längere Aufenthaltsdauer in der Abwägung aus. Der Schutz der Gesellschaft vor straffälligen Personen ist ins Verhältnis zu den dadurch beeinträchtigten Belangen zu setzen. Er muss im Hinblick darauf in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und angemessen sein. Zu diesen gegenläufigen Belangen gehört nicht nur eine Beeinträchtigung des Familienlebens, sondern auch eine solche des Privatlebens, jedenfalls wenn kein Familienleben besteht, weil Kinder bzw. Kontakte zu ihnen fehlen.⁵¹⁵ Schließlich wird bei einer

⁵⁰⁸ EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999 (2012, Rn. 27/28) – Bouchereau; näher zum Ganzen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1657 f.

⁵⁰⁹ Für einen generell stärkeren Schutz in solchen Fällen *Grabenwarter*, § 22 Rn. 44 a.E.

⁵¹⁰ S. EGMR, Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12313/86 (Rn. 45 f.), EuGRZ 1993, 552 (554) – Moustaquim/Belgien; Urt. vom 19.2.1998, Nr. 26102/95 (Rn. 52 ff.), ÖJZ 1998, 937 (938) – Dalia/Frankreich.

⁵¹¹ S. EGMR, Urt. vom 26.3.1992, Nr. 12083/86 (Rn. 77), EuGRZ 1993, 556 (558) – Beldjoudi/Frankreich.

⁵¹² S. EGMR, Urt. vom 18.10.2006, Nr. 46410/99 (Rn. 55), NVwZ 2007, 1279 (1280) – Üner/Niederlande; s. bereits Entsch. vom 4.10.2001, Nr. 43359/98, NJW 2003, 2595 – Adam/Deutschland.

⁵¹³ EGMR, Urt. vom 18.10.2006, Nr. 46410/99 (Rn. 55), NVwZ 2007, 1279 (1280) – Üner/Niederlande.

⁵¹⁴ Vgl. EGMR, Urt. vom 18.10.2006, Nr. 46410/99 (Rn. 56), NVwZ 2007, 1279 (1280) – Üner/Niederlande.

⁵¹⁵ S.o. Rn. 1228 f.

Ausweisung auch das Privatleben angetastet, gehören doch zu ihm auch Beziehungen zu anderen Personen und zur Außenwelt,⁵¹⁶ gelegentlich auch Aspekte der sozialen Identität des Einzelnen.⁵¹⁷

Daher zählen nicht nur familien-, sondern auch individualbezogene Kriterien. **1323**
Zu Letzteren gehören die seit Begehen der Straftat vergangene Zeit und das Verhalten seitdem, als Positiv- wie Negativkomponente die Art und Schwere der begangenen Tat sowie die Dauer des Aufenthalts im Land, aus dem ausgewiesen werden soll.⁵¹⁸ Damit im Zusammenhang steht die Intensität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Gastland.⁵¹⁹

So fließen Privat- und Familienleben ineinander, so dass eine Trennung schwerlich möglich ist, zumal wenn man auch die Großfamilie einbezieht.⁵²⁰ Die Brücke schlagen auch die Kriterien der Staatsangehörigkeit aller Beteiligten, der Kenntnis des Partners von der Straftat bei Begründung der familiären Beziehung und des Grundes für die potenziellen Schwierigkeiten des Partners in dem Land, in das der Betroffene ausgewiesen werden soll.⁵²¹ **1324**

Eindeutig familienbezogen sind dann die familiäre Situation des Betroffenen **1325**
und ggf. die Dauer seiner Ehe sowie andere Umstände, die auf ein tatsächliches Familienleben eines Paares hinweisen, ob der Beziehung Kinder entstammen und deren Alter⁵²² sowie deren Interesse und Wohl und insbesondere die Schwierigkeiten im Zielstaat.⁵²³

Sind Kinder noch sehr jung, sollen sie sich rasch anpassen können, was für die Möglichkeit einer Ausweisung ausschlägt.⁵²⁴ Indes können gerade kleine Kinder beide Eltern dringend brauchen, wenn der Kontakt bislang eng war.⁵²⁵ **1326**

Spielen damit die jeweiligen Umstände des Einzelfalles eine entscheidende **1327**
Rolle, ist deren mögliche Änderung beachtlich. Der Beurteilungszeitpunkt muss daher möglichst spät liegen, um eine aktuelle und keine überholte Tatsachengrundlage zu haben. Deshalb sind neue entscheidungserhebliche Tatsachen bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung umfassend zu berücksichtigen, wie nunmehr auch das deutsche Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtli-

⁵¹⁶ S.o. Rn. 1182.

⁵¹⁷ S. EGMR, Urt. vom 18.10.2006, Nr. 46410/99 (Rn. 59), NVwZ 2007, 1279 (1280) – Üner/Niederlande.

⁵¹⁸ EGMR, Urt. vom 2.8.2001, Nr. 54273/00 (Rn. 40), RJD 2001-IX – Boultif/Schweiz, aber darin noch nicht explizit auf das Privatleben bezogen.

⁵¹⁹ EGMR, Urt. vom 18.10.2006, Nr. 46410/99 (Rn. 58), NVwZ 2007, 1279 (1280) – Üner/Niederlande.

⁵²⁰ S.o. Rn. 1230.

⁵²¹ EGMR, Urt. vom 2.8.2001, Nr. 54273/00 (Rn. 40), RJD 2001-IX – Boultif/Schweiz.

⁵²² EGMR, Urt. vom 2.8.2001, Nr. 54273/00 (Rn. 40), RJD 2001-IX – Boultif/Schweiz.

⁵²³ Vgl. EGMR, Urt. vom 18.10.2006, Nr. 46410/99 (Rn. 58), NVwZ 2007, 1279 (1280) – Üner/Niederlande.

⁵²⁴ EGMR, Urt. vom 18.10.2006, Nr. 46410/99 (Rn. 64), NVwZ 2007, 1279 (1281 f.) – Üner/Niederlande auch unter Hinweis auf die Staatsangehörigkeit des ausweisenden Staates, so dass Besuche dort unproblematisch sind.

⁵²⁵ Was im entschiedenen Fall nicht zutraf, EGMR, Urt. vom 18.10.2006, Nr. 46410/99 (Rn. 62), NVwZ 2007, 1279 (1281) – Üner/Niederlande.

cher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007⁵²⁶ (Richtlinienumsetzungsgesetz) vorschreibt. Die Behörde muss ihre Entscheidung ggf. anpassen.⁵²⁷ Nach dem EGMR zählt für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit die Situation, in der die Ausweisung rechtskräftig wurde.⁵²⁸ Allerdings ist das Rechtsschutzsystem so strukturiert, dass die Tatsachen nicht bis zum Ende des Instanzenweges relevant sind. Dann aber hat immer noch die Behörde die Möglichkeit, ihre Verfügung zu ändern.

d) Abgestufter Schutz

- 1328** Stets muss weniger die strafrechtliche Verurteilung in den Blick genommen werden als vielmehr das ihr zugrunde liegende persönliche Verhalten. Die Messlatte, ab der eine Reaktion aufgrund einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zulässig ist, kann aber gegenüber Ausländern deshalb niedriger angesetzt werden, weil Unionsbürger allein schon durch diesen Status eine stärkere Rechtsposition haben und ihr Aufenthaltsrecht ein zusätzliches Fundament nicht nur in Art. 39 EG/45 AEUV, sondern mittlerweile umfassend in Art. 18 EG/21 AEUV hat. Daher kann auch nicht aus Art. 7 EGRC ein generelles Aufenthalts- oder Einreiserecht für Personen erwachsen, welche mit einem Aufenthaltsberechtigten verheiratet sind.⁵²⁹ Das gilt zumal dann nicht, wenn ein Ehegatte sich in einen anderen Staat begeben und damit die bewusste Entscheidung getroffen hat, von seiner Familie getrennt in einem anderen Land zu leben.⁵³⁰
- 1329** Jedenfalls wird kein umfassender Familiennachzug gewährleistet. Es geht vielmehr in erster Linie um die Entfaltung des bereits vorhandenen Familienlebens. Daher musste schon einmal ein Familienleben existiert haben, welches nunmehr beschränkt wird.⁵³¹ Weitergehende Rechte können allerdings für Unionsbürger folgen, wenn die nachzuholenden Personen untergebracht und unterhalten werden können bzw. der Aufenthalt des Unionsbürgers bereits eine bestimmte Zeit währt.⁵³²
- 1330** Folgen umgekehrt aus diesen Anforderungen mögliche Einschränkungen des Aufenthaltsrechts schon für Unionsbürger und deren Familienangehörige, muss dies erst recht für Angehörige von Nicht-EU-Staaten gelten.⁵³³ Allerdings gewährt der EGMR ein Recht auf Nachzug, wenn nur so ein Familienleben überhaupt möglich ist, weil etwa ein gemeinsamer Aufenthalt im Herkunftsstaat ausgeschlossen

⁵²⁶ BGBl. I S. 1970.

⁵²⁷ BVerwG, NVwZ 2008, 434 (434).

⁵²⁸ BVerwG, NVwZ 2008, 434 (434) unter Verweis auf EGMR, Urt. vom 28.6.2007, Nr. 31753/02 – Kaya/Deutschland.

⁵²⁹ EGMR, Urt. vom 28.5.1985, Nr. 9214/80 u.a. (Rn. 67 f.), NJW 1986, 3007 (3009) – Abdulaziz, Cabales u. Balkandali/Vereinigtes Königreich auch unter Verweis auf die sonst unterhöhlte Souveränität der Mitgliedstaaten, die Einwanderung zu kontrollieren; differenzierend *Frowein/Peukert*, Art. 8 Rn. 26.

⁵³⁰ Insoweit auch *Frowein/Peukert*, Art. 8 Rn. 26.

⁵³¹ S.o. Rn. 1220 ff.

⁵³² Näher u. Rn. 4822 ff. im Rahmen der Aufenthaltsfreiheit nach Art. 45 EGRC bzw. nach Art. 18 EG/21 AEUV i.V.m. der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁵³³ Vgl. mit parallelem Ergebnis *Grabenwarter*, § 22 Rn. 45 a.E.; *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 59; bereits *Frowein/Peukert*, Art. 8 Rn. 26.

ist.⁵³⁴ Hier scheint offenbar der Wesensgehalt berührt zu sein. Voraussetzung ist aber vom Schutzansatz des Art. 7 EGRC wie von Art. 8 EMRK her auch insoweit, dass überhaupt einmal ein Familienleben bestanden hat.⁵³⁵ Ansonsten wäre gleichsam eine Einheiratung in die EU mit anschließendem Familienaufenthaltsrecht möglich. Auch besteht keine Wahlfreiheit darüber, wo das Familienleben am günstigsten entwickelt werden kann.⁵³⁶

VII. Beeinträchtigungen der Wohnung

1. Durchsuchungen

a) *Formelle und materielle Anforderungen*

Das Recht auf Achtung der Wohnung wird vor allem aufgrund von Durchsuchungen beeinträchtigt, zumal auch Geschäftsräume von diesem Recht umfasst sind.⁵³⁷ Vor dem Hintergrund dieses materiellen Schutzes aus Art. 7 EGRC greifen erst recht die Sicherungen, welche der EuGH unabhängig davon für die Durchsuchung von Geschäftsräumen entwickelt hat. Diese muss eine Rechtsgrundlage haben und darf nicht willkürlich oder unverhältnismäßig sein. Insoweit ist normativ wirksamer Schutz zu gewähren.⁵³⁸ Insoweit ist ein Mindeststandard vorgegeben, der für die Durchsuchung von Geschäftsräumen entwickelt wurde. Er kann daher auch nicht vor dem Hintergrund unterschritten werden, dass Beeinträchtigungen von beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeiten oder Räumen weiter gehen können als von privaten Tätigkeiten und Räumen.⁵³⁹ **1331**

Ein Richtervorbehalt vergleichbar Art. 13 Abs. 2 GG besteht nicht.⁵⁴⁰ Schutz gegen Missbrauch muss gleichwohl sichergestellt sein,⁵⁴¹ und es müssen anders nicht zu verwirklichende Gründe dafür vorliegen, weshalb eine – ggf. Nachträgliche – richterliche Kontrolle nicht in Betracht kommt. Jedenfalls muss ein unabhängiges Kontrollorgan existieren.⁵⁴² **1332**

Materiell müssen daher zumindest hinreichende Verdachtsmomente vorliegen. Denkbar ist allerdings ein gleitender Maßstab, wie er immer wieder bei Ermitt- **1333**

⁵³⁴ S. EGMR, Urt. vom 19.2.1996, Nr. 23218/94 (Rn. 41), ÖJZ 1996, 593 (594) – Gül/Schweiz für die Zeit einer gravierenden Gesundheitsbeeinträchtigung der Ehefrau.

⁵³⁵ S. auch EGMR, Urt. vom 28.11.1996, Nr. 21702/93 (Rn. 69 ff.), ÖJZ 1997, 676 (677) – Ahmut/Niederlande: vielfacher Aufenthalt im Herkunftsstaat.

⁵³⁶ EGMR, Urt. vom 28.11.1996, Nr. 21702/93 (Rn. 71), ÖJZ 1997, 676 (677) – Ahmut/Niederlande.

⁵³⁷ S.o. Rn. 1239 f.

⁵³⁸ EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Hoechst; Rs. 97-99/87, Slg. 1989, 3165 (3186, Rn. 16) – Dow Chemical.

⁵³⁹ Zu Letzterem EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 31), NJW 1993, 718 (719) – Niemietz/Deutschland.

⁵⁴⁰ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 62.

⁵⁴¹ Dies befürwortet auch der EGMR, Urt. vom 6.9.1978, Nr. 5029/71 (Rn. 50), NJW 1979, 1755 (1757) – Klass u.a./Deutschland.

⁵⁴² S. EGMR, Urt. vom 6.9.1978, Nr. 5029/71 (Rn. 56), NJW 1979, 1755 (1758) – Klass u.a./Deutschland zum G10.

lungs- und Strafverfolgungsmaßnahmen auftritt: Je schwerwiegender der Vorwurf und je dringender der Tatverdacht, desto eher kann eine Durchsuchung erfolgen. Eine Straftat darf also nicht nur geringfügig sein, so beispielsweise nicht lediglich in einem geringfügigen Diebstahl bestehen, sondern in einer Untreue größeren Umfangs. Die Durchsuchung muss dann im Hinblick auf eine hinreichend schwere Straftat eingeschränkt sein. Sie darf sich also nicht etwa allgemein auf die Beschlagnahme von „Dokumenten“ erstrecken; sie muss vielmehr konkreter gefasst sein.

b) Anwaltskanzlei: Relevanz des Ortes

- 1334** Diese Anforderungen gelten zumal dann, wenn eine Anwaltskanzlei durchsucht wird. Deren Funktion im Rahmen der Rechtspflege und das negative Außenbild in der Öffentlichkeit bei einer die öffentliche Aufmerksamkeit erregenden Durchsuchung sind zu berücksichtigen.⁵⁴³ Damit ist nicht nur auf das konkrete gegenständliche Untersuchungsziel abzustellen, sondern auch auf den Untersuchungsort. Hat dieser wie eine Anwaltskanzlei eine besondere Bedeutung, sind die Anforderungen entsprechend höher. Insbesondere bedarf es dann spezieller Sicherungen verfahrensrechtlicher Art. Diese können etwa in der Anwesenheit eines unabhängigen Beobachters bestehen.⁵⁴⁴

c) Grundrechtsschutz durch Verfahren

- 1335** Solche verfahrensrechtlichen Vorkehrungen sind auch in anderen Fällen erforderlich. Insoweit besteht ein Grundrechtsschutz durch Verfahren. Je schwächer solche Verfahrensgarantien ausgeprägt sind, umso stärker müssen die materiellen Anforderungen und damit die eine Durchsuchung rechtfertigenden Gesichtspunkte sein. Es besteht also eine Wechselbeziehung. Das gilt vor allem, wenn kein Richtervorbehalt vorgesehen ist. Dann ist die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung besonders sorgfältig zu prüfen.⁵⁴⁵ Relevant für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dabei auch die Art und Weise des tatsächlichen Vollzugs.⁵⁴⁶

2. Zwangsvollstreckung

- 1336** Einen Eingriff in das Recht der Achtung der Wohnung bilden auch Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, so wenn eine Wohnung geräumt wird.⁵⁴⁷ Solche Maß-

⁵⁴³ EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 37), NJW 1993, 718 (719) – Niemietz/Deutschland.

⁵⁴⁴ EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Rn. 37), NJW 1993, 718 (719) – Niemietz/Deutschland.

⁵⁴⁵ S. EGMR, Urt. vom 16.12.1997, Nr. 21353/93 (Rn. 45), ÖJZ 1998, 797 (798) – Camenzind/Schweiz; bereits Urt. vom 25.2.1993, Nr. 10828/84 (Rn. 57), ÖJZ 1993, 532 (533) – Funke/Frankreich; Urt. vom 25.2.1993, Nr. 11471/85 (Rn. 40), ÖJZ 1993, 534 (535) – Cremieux/Frankreich.

⁵⁴⁶ Zu den zu beachtenden Gesichtspunkten näher EGMR, Urt. vom 30.3.1989, Nr. 10461/83 (Rn. 62 ff.), Ser. A 152-A – Chappell/Vereinigtes Königreich.

⁵⁴⁷ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 61.

nahmen dienen insbesondere dem Schutz der Rechte anderer, nämlich der Gläubiger bzw. des Vermieters, der einen Räumungstitel in den Händen hält. Auch diesem kann ein Recht auf Wohnung zustehen, nämlich die ihm gehörende selbst bewohnen zu dürfen.⁵⁴⁸ Hier bedarf es der Abwägung. Diese hat beide Positionen angemessen zu berücksichtigen. Der Mieterschutz geht also nicht automatisch vor.

3. Notwendiger Zugriff auf die Privatsphäre

Beeinträchtigung im Rahmen von Art. 7 EGRC setzen allerdings einen Zugriff auf die Privatsphäre voraus. Eine solche Reichweite hat namentlich die Besteuerung einer Wohnung nicht, ebenso nicht eine bestimmte Entscheidung, wie die Wohnung verwendet werden soll, ob also der Eigentümer Wohnraum abbaut oder schafft.⁵⁴⁹ **1337**

VIII. Beeinträchtigungen der Kommunikation

1. Formen

Auch die Kommunikation wird insbesondere dadurch beeinträchtigt, dass Maßnahmen der Verhinderung oder der Aufklärung von Straftaten getroffen werden. Das gilt unmittelbar durch Kontaktverbote bzw. Isolierungen Gefangener.⁵⁵⁰ Im Zentrum stehen aber mittelbare Beeinträchtigungen. Die Grundlagen der Kommunikation werden entzogen, wenn bestimmte Zugänge unterbrochen werden – etwa auch durch Verweigerung einer Beschäftigung in einer bestimmten Sparte, in der private Kontakte geknüpft werden können.⁵⁵¹ **1338**

Eine gravierende Vorwirkung hat allein schon die Möglichkeit heimlicher Maßnahmen. Sie stellt für alle möglicherweise Betroffenen die Bedrohung dar, dass sie überwacht werden, und beeinträchtigt daher ihr Kommunikationsverhalten, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich eine Maßnahme ergriffen wurde.⁵⁵² Damit ist der individuellen Kommunikation die Unbefangenheit genommen. Diese Ausweitung der Beeinträchtigung hat der EGMR für die normative Gestaltung einer heimlichen Überwachung der Telekommunikation bejaht. Sie gilt aber genauso für den Brief- und den E-Mail-Verkehr, wenn Behörden das Recht haben, Post heimlich zu öffnen oder einen PC mit einem so genannten Trojaner zu versehen und dadurch unbemerkt auszuspähen. **1339**

⁵⁴⁸ S.o. Rn. 1237.

⁵⁴⁹ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 7 Rn. 61; s. mit weiteren Konstellationen Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 174.

⁵⁵⁰ EKMR, Entsch. vom 15.5.1980, Nr. 8317/78 (Rn. 82), DR 20, 44 – MacFeeley u.a./Vereinigtes Königreich.

⁵⁵¹ EGMR, Urt. vom 27.7.2004, Nr. 55480 u. 59330/00 (Rn. 47 f.), RJD 2004-VIII – Sidrabas u. Dziautas/Litauen.

⁵⁵² S. EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 78), NJW 2007, 1433 (1434) – Weber u. Saravia/Deutschland.

2. Überwachung von Fernmelde-, Brief- und E-Mailverkehr

a) Konkreter Verdacht bei Personalisierung: G10-Entscheidung

- 1340** Die bisherigen Entscheidungen des EGMR bezogen sich vor allem auf Überwachungsmaßnahmen im Hinblick auf Fernmelde- und Briefverkehr. Parallel zu Beeinträchtigungen des Schutzes der Wohnung müssen hinreichend gewichtige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer nicht nur geringfügigen Straftat vorliegen, welche verhindert oder aufgeklärt werden soll. Selbst ein drohender Terroranschlag bzw. die Gefahr von Spionage können nicht unter einem pauschalen Verweis auf die Verteidigung der Demokratie jede Maßnahme legitimieren.⁵⁵³ Es muss im Einzelfall eine hinreichend konkrete Gefährdung bestehen. Diese wird sich eher auf die Gesundheit bzw. die Rechte anderer beziehen. Im Hinblick auf die überwachte Person müssen die Anhaltspunkte ebenfalls bestimmt genug sein.
- 1341** Nur scheinbar weiter geht die EGMR-Entscheidung zum deutschen G10-Gesetz. Zwar werden darin allgemein heimliche Telefonabhörungen zum Schutz der nationalen Sicherheit sowie zur Verhütung von Straftaten als rechtfertigungsfähig angesehen.⁵⁵⁴ Indes wird die konkrete Notwendigkeit der Eingriffe im Hinblick auf die einschränkende Rechtsprechung des BVerfG bejaht. Danach müssen bestimmte Tatsachen und nicht bloße tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass jemand eine im fraglichen Gesetz benannte schwere Straftat begangen hat.⁵⁵⁵
- 1342** Obwohl sich diese Aussage auf die Übermittlung von Daten bezieht, die im Rahmen einer vorherigen strategischen und damit nicht personalisierten Telefonüberwachung gewonnenen wurden, zeigt sich doch die auch nach dem EGMR notwendige Konkretheit eines Verdachts ab dem Moment einer Personalisierung, also bei gegen bestimmte Personen gerichteten Maßnahmen. Nur die vorherige noch nicht täter-, sondern tatbezogene Überwachung bedarf noch keiner konkreten verdachtsbegründenden Tatsachen. Jedoch verlangt auch eine nicht schon personenbezogene, sondern strategische Überwachung als Rechtfertigung bestimmte schwere Straftaten mit einer Bedrohung für die Gesellschaft sowie verfahrensmäßige Schutzvorkehrungen gegen Missbrauch.⁵⁵⁶

b) Schutzvorkehrungen

- 1343** Eine Überwachung des Fernmelde- oder Briefverkehrs unterliegt also auch verfahrensmäßigen Beschränkungen. Sie muss normativ angeordnet und hinreichend konkret und bestimmt ausgestaltet sein. Zudem muss sie tatsächlich in gleicher Weise umgesetzt sein, also den konkreten Tatvorwurf bezeichnen und mit tatsäch-

⁵⁵³ EGMR, Urte. vom 6.9.1978, Nr. 5029/71 (Rn. 49), NJW 1979, 1755 (1757) – Klass u.a./Deutschland.

⁵⁵⁴ EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 104), NJW 2007, 1433 (1436 f.) – Weber u. Saravia/Deutschland.

⁵⁵⁵ EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 128), NJW 2007, 1433 (1439) – Weber u. Saravia/Deutschland.

⁵⁵⁶ EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 115 f.), NJW 2007, 1433 (1437 f.) – Weber u. Saravia/Deutschland.

lichen Anhaltspunkten unterfüttern. Der Betroffene braucht allerdings nicht notwendig vorher informiert zu werden, würde doch dann die Maßnahme ins Leere laufen.

Das gilt auch für den Zeitraum danach, soweit dadurch Arbeitsweise und Tätigkeitsbereiche der Nachrichtendienste offengelegt werden. Wenn aber das Überwachungsziel nicht mehr gefährdet werden kann, „sollten die Betroffenen davon unterrichtet werden“.⁵⁵⁷ Um eine durchgehende Überprüfung und Anfechtbarkeit zu gewährleisten, ist allerdings grundsätzlich stets wenigstens nachträglich zu informieren. **1344**

Dass der Einzelne nicht sogleich unterrichtet wird, bedingt besondere Vorkehrungen. Es muss daher eine Kontrolle bestehen, damit eine solche Maßnahme ohne Information des Betroffenen nicht missbräuchlich durchgeführt wird. Zudem begründet dies in besonderer Weise die Anforderung, dass der Tatvorwurf hinreichend schwer und bei einer Personalisierung hinreichend konkret unterlegt sein muss. **1345**

c) *PC-Überwachung*

Diese Grundsätze, die für die Überwachung von Brief- und Fernmeldeverkehr entwickelt wurden, lassen sich auf entsprechende Maßnahmen bei der elektronischen Kommunikation übertragen. Es handelte sich um Maßnahmen, welche die Kommunikation und deren Inhalt beim Betroffenen überwachten. Eine vergleichbare Wirkung hat das Eindringen in den PC des Überwachten, etwa mit einem so genannten Trojaner. Durch diesen können sogar alle Daten eingesehen werden, also nicht nur die Kommunikation. Es entsteht gleichsam ein „gläserner Nutzer“. Daher ist der Eingriff besonders gravierend und wesentlich stärker als die vorgenannten Fälle der Überwachung des Brief- und Fernmeldeverkehrs, so dass eine höhere Rechtfertigungslast besteht. Auch handelt es sich eher um eine Frage des Datenschutzes.⁵⁵⁸ **1346**

Der EGMR sah eine heimliche Überwachung auch des E-Mail-Verkehrs und der Internetnutzung wegen fehlender gesetzlicher Regelung der näheren Umstände als Verstoß, konnte sich aber eine solche Maßnahme zur Verfolgung eines legitimen Zwecks als „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ vorstellen.⁵⁵⁹ Nehmen öffentliche Stellen solche Maßnahmen vor, muss daher ein durch konkrete Tatsachen gestützter Verdacht einer vorher normativ bestimmten schweren Straftat bestehen, um die Kommunikation über einen bestimmten PC überwachen zu dürfen. Insoweit bedarf es hoher verfahrensmäßiger Sicherungen schon bei der Entscheidung über eine solche Maßnahme sowie bei der späteren Durchführung und Verlängerung. **1347**

Soweit nicht die Kommunikation beim Betroffenen selbst überwacht wird, sondern lediglich beim Provider Verbindungsdaten gespeichert werden, handelt es **1348**

⁵⁵⁷ D.h. über die Maßnahme und deren Begründung EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 135), NJW 2007, 1433 (1439 f.) – Weber u. Saravia/Deutschland.

⁵⁵⁸ Dazu näher u. Rn. 1357 ff.

⁵⁵⁹ EGMR, Urt. vom 3.4.2007, Nr. 62617/00 (Rn. 48), EuGRZ 2007, 415 (419) – Copland/Vereinigtes Königreich.

sich um einen gestuften Eingriff. Die Vorratsdatenspeicherung selbst verlangt noch keinen personenbezogenen Verdacht, sondern nur eine sachbezogene Gefahrenlage, welche die Maßnahme als solche rechtfertigt, nicht aber in Bezug auf eine bestimmte Person. Voraussetzung ist allerdings, dass ein solcher Bezug auch nicht einfach hergestellt werden kann. Insoweit müssen daher datenschutzrechtliche Sicherungen gewahrt sein.⁵⁶⁰ Nur dann bedarf es keiner personenbezogenen Rechtfertigung. Das Privatleben wird noch nicht berührt, es greift nur der Datenschutz ein. Demgegenüber müssen die hinreichenden Verdachtsmomente dann vorliegen, wenn einer bestimmten Person nachgespürt wird und damit eine Individualisierung der vorher lediglich auf Vorrat gespeicherten und nicht in Bezug auf konkrete Personen benutzten Daten erfolgt. Dass vorher ein konkreter Verdacht entbehrlich ist, muss durch verfahrensmäßige Sicherungen wie der Anordnung bzw. der regelmäßigen Überprüfung durch eine zum Richterdienst befähigte Person⁵⁶¹ kompensiert werden. Die Verbindungsdaten sind zu löschen, wenn sie nicht mehr für den verfolgten Zweck benötigt werden.⁵⁶²

d) *Terrorgefahren*

1349 Allerdings besteht das Problem, dass selbst gravierende Straftaten schwer abgeschätzt werden können. Teilweise werden sie verübt, ohne dass vorher auch nur nähere Anhaltspunkte auf die konkrete Tat deuteten, geschweige denn bestimmte Tatsachen. Diese legte der EGMR in seiner *G10*-Entscheidung für eine Übermittlung von Daten, die auf eine konkrete Person bezogen sind, zugrunde,⁵⁶³ was entsprechend für eine Erfassung der Kommunikation zu gelten hat.⁵⁶⁴ Machte er sich auch diesen Maßstab des BVerfG nicht selbst zu eigen, so schwang dieser doch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsbeurteilung mit, obwohl nur eine angemessene Beschränkung der Straftaten neben hinreichenden Kontrollmechanismen als eingehaltene Bedingungen benannt wurden. Sieht man damit die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Ausgangspunkt, besteht kein absoluter Maßstab, sondern ein gleitender, solange nur die zwei vorgenannten Bedingungen eingehalten werden. Je stärker damit die Bedrohung eingeschätzt wird, desto geringere Anhaltspunkte können genügen.

1350 Vor dem Hintergrund der Terroranschläge seit dem 11.9.2001 muss dieses Grundrecht auch in diesem Kontext ausgelegt werden. Dieser darf nicht dazu führen, die Fundamente der demokratischen Gesellschaft zu erschüttern. Das Ergebnis der vorletzten Wahlen in Spanien wurde maßgeblich durch einen terroristischen Anschlag unmittelbar vor dem Wahltermin bestimmt. Es ist daher notwendig, die Demokratie vor solchen Entwicklungen wirksam zu schützen.

⁵⁶⁰ S.u. Rn. 1470 sowie auch Rn. 1464.

⁵⁶¹ Vgl. EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 116, 123), NJW 2007, 1433 (1438 f.) – Weber u. Saravia/Deutschland.

⁵⁶² EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 132), NJW 2007, 1433 (1439) – Weber u. Saravia/Deutschland.

⁵⁶³ EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00 (Rn. 127), NJW 2007, 1433 (1439) – Weber u. Saravia/Deutschland.

⁵⁶⁴ S.o. Rn. 1340 ff., 1346.

Die an Überwachungsmaßnahmen der Kommunikation zu stellenden Anforderungen dürfen deshalb nicht derart starr gehandhabt werden, dass solche Gefahren praktisch kaum aufgedeckt und damit abgewehrt werden können. So mag bei einer schwerwiegenden Bedrohung hochwertiger Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit eine abstrakte Gefahr genügen, die nur durch indirekte Anhaltspunkte wie verstärkte Aktivitäten von Terroristen in anderen Staaten belegt werden kann.⁵⁶⁵ **1351**

3. Briefverkehr Gefangener

Eine weitere Fallgruppe für Beschränkungen der Kommunikation ist der Briefverkehr Gefangener. Um kriminelle Handlungen von Gefangenen zu unterbinden, kann der Briefverkehr überwacht werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen. Der EGMR verlangt hinreichende Gründe, die im konkreten Fall dargelegt werden müssen.⁵⁶⁶ Indes können sich solche Gründe erst durch eine entsprechende Kontrolle ergeben. Schließlich rechtfertigt auch der EGMR Eingriffe in den Briefverkehr bei Androhen von oder Aufforderungen zu Gewalt oder kriminellen Handlungen.⁵⁶⁷ **1352**

Für Gefangene entscheidend ist weniger die formale Kontrolle als vielmehr die tatsächliche Möglichkeit, Kontakt nach außen zu halten. Das gilt insbesondere, um das Familienleben nicht abbrechen zu lassen.⁵⁶⁸ Gefangene müssen daher stets Briefe empfangen und schreiben können.⁵⁶⁹ Dabei ist die Korrespondenz umso freier, je weniger die Gefahr des Mitlesens besteht. Daher ist dieser Vorgang stets rechtfertigungsbedürftig. Ansatz dafür kann etwa der Drogenhandel aus einem Gefängnis heraus sein. **1353**

Noch größeres Gewicht hat die Abschirmung vor einer Kenntnis des Gefängnispersonals bei der Korrespondenz mit dem Anwalt bzw. Prozessvertreter oder auch den Konventionsorganen. Diese Briefe dürfen daher nicht gelesen, sondern nur hinsichtlich des im Umschlag befindlichen Inhalts geöffnet werden.⁵⁷⁰ **1354**

Missbräuche dürfen aber unterbunden werden,⁵⁷¹ so wenn der Brief die Sicherheit der Anstalt oder Dritter bedroht oder selbst strafrechtlich relevant ist. Das gilt etwa dann, wenn nur durch Abfangen, Öffnen und Lesen der Briefe während eines Insolvenzverfahrens verhindert werden kann, dass z.B. Vermögenswerte eines inhaftierten Bankrotteurs verheimlicht und damit die Gläubiger benachteiligt wer- **1355**

⁵⁶⁵ Näher *Frenz*, NVwZ 2007, 631 (633 ff.) zur deutschen Verfassungslage; deutlich enger BVerfGE 115, 320 (361 f.).

⁵⁶⁶ Fehlend in EGMR, Urt. vom 14.3.2002, Nr. 44800/98 (Rn. 21) – Putzinas/Litauen.

⁵⁶⁷ EGMR, Urt. vom 25.3.1983, Nr. 5947/72 u.a. (Rn. 103), EuGRZ 1984, 147 (152 f.) – Silver u.a./Vereinigtes Königreich.

⁵⁶⁸ S.o. Rn. 1305.

⁵⁶⁹ EGMR, Urt. vom 29.1.2002, Nr. 37328/97 (Rn. 87 ff.) – A. B./Niederlande mit Zustimmung zu einer Situation, in der zwei bis drei Briefe pro Woche geschrieben werden können und die Kosten für Schreibmaterial und Porto übernommen werden (Rn. 91).

⁵⁷⁰ Vgl. EGMR, Urt. vom 25.3.1992, Nr. 13590/88 (Rn. 48, 62), ÖJZ 1992, 595 (597 f.) – Campbell/Vereinigtes Königreich.

⁵⁷¹ EGMR, Urt. vom 20.6.2000, Nr. 33274/96 (Rn. 44) – Foxley/Vereinigtes Königreich.

den, sofern der Briefverkehr vor allem mit einem Anwalt durch vorgesehene Sicherungen nur minimal beeinträchtigt wird.⁵⁷²

H. Prüfungsschema zu Art. 7 EGRC

1356 1. Schutzbereich

- a) **Privatleben**
 - aa) **physische und psychische Integrität**
 - bb) **sexuelle Selbstbestimmung**
 - cc) **Schutz der Privatsphäre**
 - dd) **Recht am eigenen Bild**
 - ee) **Umwelt**
- b) **Familienleben**
Kind konstitutiv, Fortbestand nicht
- c) **Wohnung (einschließlich Geschäftsräume)**
- d) **Kommunikation**

2. Beeinträchtigungen

- a) **körperliche Untersuchungen, sexuelle Beschränkungen, Videoüberwachung, unzureichender Schutz vor Presse oder Umweltbelastung**
- b) **fürsorge- und ausländerrechtliche Maßnahmen**
- c) **Durchsuchungen**
- d) **Überwachung**

3. Rechtfertigung

Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 8 Abs. 2 EMRK: v.a. Gesundheitsschutz, Verfolgung von hinreichend schweren Straftaten und Terrorgefahren

§ 5 Datenschutz

A. Bedeutung und Verbindung zum Sekundärrecht

I. Doppelte Zielrichtung

- 1357 Der europarechtliche Datenschutz ist vor allem für die weitere Entwicklung der noch jungen europäischen Politikfelder bedeutsam. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen. Deren datenschutzrechtliche Relevanz zeigt sich namentlich im bisherigen Art. 30 Abs. 1 lit. b) EU, welcher für die Verarbeitung von Informationen die Beachtung der ent-

⁵⁷² EGMR, Urt. vom 20.6.2000, Nr. 33274/96 (Rn. 43) – Foxley/Vereinigtes Königreich.

sprechenden datenschutzrechtlichen Vorschriften anmahnt.⁵⁷³ Aktuelle Relevanz hat dies bereits für das europäische Polizeiamt (Europol⁵⁷⁴). Sieht schon Art. 286 EG die Anwendung bestehender europarechtlicher Standards für die Gemeinschaftsorgane vor, wird diese Sicherung bei Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages ohne notwendige Anknüpfung an Sekundärrecht unmittelbar vertraglich verankert und erweitert. Art. 16 Abs. 1 AEUV gibt gleichlautend zu Art. 8 Abs. 1 EGRC jeder Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden Daten. Damit ist das Grundrecht auf Datenschutz auch vertraglich fixiert. Art. 16 Abs. 2 AEUV sieht eine darauf bezogene Normierung über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten nicht nur durch die Unionsorgane, sondern auch durch die Mitgliedstaaten vor, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts tätig sind. Art. 39 EUV gewährleistet den Datenschutz entsprechend für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und damit etwa für den sensiblen Bereich einer auf dieser Basis beschlossenen Übermittlung von Fluggastdaten zur Terrorprävention.⁵⁷⁵

Darüber hinaus geht es nicht nur um die Abwehr von datenschutzrechtlichen Zugriffen und damit die informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen, sondern auch um die Gewährleistung eines grenzüberschreitenden Datentransfers, welcher den Binnenmarkt und damit die Wirtschaftsbeziehungen über die Staatsengrenzen hinweg nicht beeinträchtigt. Die zweite Zielrichtung ist mithin der freie Datenverkehr. Er wird auch in den Gesetzgebungsaufträgen nach Art. 16 AEUV und Art. 39 EUV eigens genannt. **1358**

Beide Ansatzpunkte treten in der RL 95/46/EG⁵⁷⁶ hervor. Mit dieser Ausrichtung erging auch die VO (EG) Nr. 45/2001,⁵⁷⁷ welche die vorgenannte Richtlinie näher präzierte, vom Aufbau und Inhalt her aber weitgehend vergleichbar ist.⁵⁷⁸ Weiter einschlägig ist die DatenschutzRL für elektronische Kommunikation 2002/58/EG,⁵⁷⁹ die sich in ihrer Begründung schon auf Art. 8 EGRC bezieht und durch die Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Daten⁵⁸⁰ geändert wurde. **1359**

⁵⁷³ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 44.

⁵⁷⁴ Vgl. dazu auch I. Schubert, Europol und der virtuelle Verdacht, 2008.

⁵⁷⁵ S. näher zu den materiellen Grundrechtsproblemen u. Rn. 1450 ff.

⁵⁷⁶ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DatenschutzRL), ABl. L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1.

⁵⁷⁷ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr (DatenschutzVO), ABl. 2001 L 8, S. 1 s. im hiesigen Zusammenhang Erwägungsgrund 12: Gewährleistung einer kohärenten, homogenen Anwendung der Bestimmungen für den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in der gesamten Gemeinschaft.

⁵⁷⁸ Hatje, in: Schwarze, Art. 286 EGV Rn. 3. Näher krit. Ennulat, Datenschutzrechtliche Verpflichtungen der Gemeinschaftsorgane und -einrichtungen, 2008.

⁵⁷⁹ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (DatenschutzRL für elektronische Kommunikation), ABl. L 201, S. 37. Sie

II. Eigenes Grundrecht in Abweichung von der EMRK

- 1360** Aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Datenschutzes schon im bisherigen Gemeinschaftsrecht verwundert es nicht, dass der Datenschutz in einem eigenen Grundrecht in der EGRC gewährleistet wird. In der EMRK wird er über die Achtung der privaten Sphäre nach Art. 8 anerkannt.⁵⁸¹ So wurde denn auch der Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 EGRC in erster Linie auf Art. 286 EG sowie auf die DatenschutzRL 95/46/EG gestützt und erst danach auf Art. 8 EMRK und auch das Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten.⁵⁸² Schließlich wurde auch noch auf die VO (EG) Nr. 45/2001 verwiesen.⁵⁸³

III. Wechselwirkung mit der DatenschutzRL 95/46/EG

- 1361** Dementsprechend ist dieses Grundrecht im Gegensatz zu den anderen den persönlichen Bereich betreffenden Garantien weniger anhand der EMRK als vielmehr insbesondere anhand der DatenschutzRL 95/46/EG⁵⁸⁴ auszulegen, der es auch in Einzelheiten nachgebildet ist.⁵⁸⁵ Insoweit handelt es sich zwar um nachgeordnetes Sekundärrecht, welches seinerseits von dem grundrechtlichen Schutz personenbezogener Daten geprägt wird. Dessen prinzipielle Aussagen müssen allerdings konkretisiert werden.
- 1362** Unter diesem Blickwinkel kann man die näheren sekundärrechtlichen Normierungen „gleichsam ‚rückübersetzen‘, also wiederum abstraktere grundrechtliche Aussagegehalte aus ihnen destillieren“.⁵⁸⁶ Das gilt zumal deshalb, weil Art. 286 EG auf die bis dahin ergangenen Rechtsakte der Gemeinschaft über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und den freien Verkehr solcher Daten ausdrücklich Bezug nimmt und damit diese Rechtsakte

ersetzte die RL 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. 1998 L 24, S. 1.

⁵⁸⁰ RL 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der RL 2002/58/EG, ABl. L 105, S. 54.

⁵⁸¹ S.o. Rn. 1183, 1340 ff. sowie *Grabenwarter*, § 22 Rn. 9 m.w.N.

⁵⁸² Vom 28.1.1981, in Kraft getreten am 1.10.1985, SEV-Nr. 108.

⁵⁸³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (20); *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 8 Rn. 2.

⁵⁸⁴ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DatenschutzRL), ABl. L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1.

⁵⁸⁵ *Johlen*, in: Tettinger/Stern, Art. 8 Rn. 16.

⁵⁸⁶ *Mehde*, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 14.

gleichsam auf die Ebene des Primärrechts hebt.⁵⁸⁷ Damit wurde schon bislang überbrückt, dass die einschlägigen Richtlinien nur an die Mitgliedstaaten gerichtet sind und daher die Organe sowie die europäischen Einrichtungen selbst nicht verpflichtet.⁵⁸⁸ Beide werden gleichermaßen in Art. 16 AEUV einbezogen. Dort ist eine einheitliche Rechtsgrundlage für den Datenschutz und -verkehr im Anwendungsbereich des Europarechts vorgesehen.

Jedenfalls ist der Datenschutz in Art. 286 EG und nunmehr verstärkt durch Art. 16 AEUV bereits vertraglich geregelt, so dass Art. 52 Abs. 2 EGRC eingreift. Danach erfolgt die Ausübung auch von Art. 8 EGRC im Rahmen der in Art. 286 EG/16 AEUV festgelegten Bedingungen und Grenzen. Auf dieser Grundlage handelt es sich um eine echte Rechtsquelle.⁵⁸⁹ Dabei ist aber immer wieder zu überprüfen, inwieweit die sekundärrechtlichen Festlegungen ihrerseits der Anpassung an den gegenüber Art. 8 EMRK verstärkten, eigenständigen Grundrechtsschutz bedürfen. Das dürfte aber grundsätzlich zu keinen Änderungen führen, weil Art. 8 EGRC seinerseits in der Entstehungsgeschichte insbesondere der DatenschutzRL 95/46/EG nachgebildet wurde und deren grundlegende Aussagen enthält. Art. 16 AEUV kann als spätere Bestimmung dieses Grundrecht nicht abschwächen oder gar unter einen generellen Regelungsvorbehalt stellen, so dass es sich nur nach Sekundärrecht bemessen würde. Ansonsten hätte in den Entstehungsmaterialien zu Art. 8 EGRC ein entsprechender Hinweis aufgenommen werden müssen, wird doch Art. 16 AEUV ebenso wie Art. 39 EUV eigens erwähnt. **1363**

Damit kann der Bezug auf die DatenschutzRL 95/46/EG und auch auf die DatenschutzVO (EG) Nr. 45/2001 nicht etwa so verstanden werden, dass der Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 EGRC lediglich einen ausgestaltungsbedürftigen Grundsatz bildet, der durch Akte der Normgebung erst umgesetzt wird. Vielmehr handelt es sich um ein subjektiv einforderbares Grundrecht, welches zwar durch Sekundärrecht in seinem subjektiven Gehalt näher konkretisiert und insoweit verstärkt, nicht aber abgeschwächt wird. Das Sekundärrecht ist also für Ansprüche des Einzelnen nicht (mehr) stets konstitutiv, sondern wird seinerseits durch Art. 8 EGRC aufgewertet und zugleich inhaltlich geprägt. **1364**

Das Sekundärrecht ist daher nur in dem Umfang konstitutiv, in dem Art. 8 EGRC keine Rechte enthält, mithin die Datenschutzrichtlinie und -verordnung über den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalt hinausgehen. Insoweit ist ausschließlich das Sekundärrecht maßgeblich. Aber auch dann wirkt dieses Grundrecht bei der Auslegung herein. Das Sekundärrecht ist daher so auszulegen, dass das Grundrecht wirksam geschützt ist. **1365**

Eine nähere Abgrenzung, welche Inhalte noch durch das Grundrecht selbst gefordert sind und welche darüber hinausgehen, erübrigt sich somit weitgehend, sind **1366**

⁵⁸⁷ Ob damit die RLn Bestandteil des Primärrechts werden oder lediglich ihren Geltungsbereich als Sekundärrecht erweitern, ist allerdings str.: Im ersten Sinne *Brühmann*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 286 EG Rn. 30; im zweiten Sinne *Haratsch*, EuR 2000, 42 (44 ff.); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 286 EGV Rn. 3; *Sobotta*, in: Grabitz/Hilf, Art. 286 EGV Rn. 15.

⁵⁸⁸ Krit. etwa *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 GRCh Rn. 2; näher *Brühmann*, in: Grabitz/Hilf, A 30 Vorbem. Rn. 67 ff.

⁵⁸⁹ *Jarass*, § 13 Rn. 1.

doch Grundrecht und Sekundärrecht eng miteinander verzahnt. Beachtlich wird sie erst dann, wenn es um Änderungen des Sekundärrechts geht, die hinter den Anforderungen nach Art. 8 EGRC zurückbleiben oder Einschränkungen anderer Grundrechte und der Grundfreiheiten anstehen; diese müssen (auch) mit Art. 8 EGRC in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden.

B. Schutz personenbezogener Daten

I. Ausschluss geschäftlicher Daten

- 1367** Art. 8 Abs. 1 EGRC gibt nur das Recht auf Schutz personenbezogener Daten. Sie müssen die Person, die dieses Recht geltend macht, betreffen. Reine Geschäftsdaten sind daher vom Schutzbereich ausgeschlossen. Ihr Schutz richtet sich nach den unternehmensbezogenen Freiheiten und damit nach der unternehmerischen Freiheit⁵⁹⁰ und dem Eigentumsgrundrecht,⁵⁹¹ aber auch nach der Berufsfreiheit,⁵⁹² soweit man diese insoweit nicht von der Unternehmensfreiheit verdrängt sieht.⁵⁹³
- 1368** Eine nähere Definition fehlt in Art. 8 EGRC. Die beschränkte Ausrichtung auf personenbezogene Daten wurde allerdings maßgeblich durch die Anlehnung an die DatenschutzRL 95/46/EG⁵⁹⁴ bestimmt. Daher kann an ihre Definition in Art. 2 lit. a) angeknüpft werden. Danach sind personenbezogene Daten „Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person“. Eine entsprechende Definition enthält Art. 2 lit. a) VO (EG) Nr. 45/2001.
- 1369** Keine Weiterung bringt auch die DatenschutzRL für elektronische Kommunikation 2002/58/EG.⁵⁹⁵ Zwar gehört sie zu den bisherigen Standards nach Art. 286 EG, auf den die Erläuterungen zur EGRC Bezug nehmen.⁵⁹⁶ Indes wird der datenbezogene Schutz durch die Grundrechte und Grundfreiheiten nur auf natürliche Personen bezogen, während für juristische Personen lediglich vom „Schutz der berechtigten Interessen“ die Rede ist (s. Art. 1 Abs. 2 sowie den 12. Erwägungsgrund der RL 2002/58/EG). Jedenfalls erfolgte keine generelle Berechtigung juristischer Personen, sondern ihnen wurden nur abgestufte Schutzrechte in einem speziellen Bereich zugestanden,⁵⁹⁷ was gegen eine allgemeine Einbeziehung geschäftlicher Daten spricht. Im Übrigen wurde die DatenschutzRL für elektronische Kommunikation 2002/58/EG auch in den revidierten Erläuterungen zur EGRC vom Dezember 2007 nicht genannt.

⁵⁹⁰ Unter Bezug auch auf das Prinzip freien Wettbewerbs *Harings/Classen*, EuZW 2008, 295 (300).

⁵⁹¹ *Jarass*, § 13 Rn. 4.

⁵⁹² *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 8 GRCh Rn. 10 a.E.

⁵⁹³ S.u. Rn. 2505 ff.

⁵⁹⁴ ABl. 1995 L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1

⁵⁹⁵ ABl. 2002 L 201, S. 37; zuletzt geändert durch RL 2006/24/EG, ABl. 2006 L 105, S. 54.

⁵⁹⁶ S.o. Rn. 1357.

⁵⁹⁷ *Harings/Classen*, EuZW 2008, 295 (299 mit Fn. 56) mit deutlicher Kritik.

II. Potenzieller Personenbezug

Sind damit auch rein geschäftsmäßige Daten ausgeschlossen, muss der Personenbezug nicht bereits konkret feststehen. Es genügt, wenn die Person lediglich bestimmt werden kann. Auch dann besteht die grundrechtliche Gefährdung der Privatsphäre. Sie liegt vor allem darin, dass der Bereich privater Lebensgestaltung erfasst und von anderen „ausgeforscht“ werden kann, ohne dass dies der Einzelne konkret feststellen kann.⁵⁹⁸ **1370**

Daher ist es für den Personenbezug ausreichend, wenn dieser erst durch z.B. weitere Datenverarbeitungen hergestellt werden kann, indem etwa allgemeine Videoaufzeichnungen in Überwachungskameras ausgewertet werden und auffällige Sequenzen konkreten Personen zuordenbar sind. Oder aber auch für sich selbst noch nicht konkret personenrelevante Daten können dazu benutzt werden, um in der Zusammenschau durch Abgleich Persönlichkeitsprofile zu erstellen.⁵⁹⁹ **1371**

III. Erfasste Bereiche

Der Personenbezug als solcher genügt. Art. 8 EGRC und auch die Definitionen im Sekundärrecht schränken nicht weiter ein, auf welche Bereiche sich die personenbezogenen Daten beziehen müssen. So können auch Essens- und Fluggewohnheiten darunter fallen.⁶⁰⁰ Die Daten müssen aber nicht notwendig den Privat- oder Intimbereich betreffen.⁶⁰¹ Hintergrund ist, dass der Begriff des Privatlebens auch im Rahmen von Art. 8 EMRK, welcher ebenfalls eine Grundlage für den Datenschutz bildet, nicht eng, sondern weit ausgelegt wird.⁶⁰² **1372**

Daher kommt es nicht in Betracht, berufliche Tätigkeiten generell auszunehmen.⁶⁰³ Es ist auch nicht entscheidend, ob die übermittelten Informationen sensibel sind oder ob die Betroffenen durch den Vorgang irgendwelche Nachteile erlitten haben.⁶⁰⁴ Daher werden nicht nur dem Arztgeheimnis unterfallende Informationen⁶⁰⁵ und Gesundheitsdaten⁶⁰⁶ erfasst, sondern auch berufsbezogene Daten, wel- **1373**

⁵⁹⁸ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 22 f.

⁵⁹⁹ GA Léger, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4778, Rn. 212) – Parlament/Rat u. Kommission zur Fluggastdatenerhebung.

⁶⁰⁰ Dies im Hinblick auf die DatenschutzRL 95/46/EG (ABl. 1995 L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1) nicht näher problematisierend EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4827 ff., Rn. 54 ff.) – Parlament/Rat u. Kommission.

⁶⁰¹ Jarass, § 13 Rn. 5.

⁶⁰² S.o. Rn. 1176 ff.

⁶⁰³ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5043, Rn. 73) – Österreichischer Rundfunk unter Bezug auf EGMR, Urt. vom 16.2.2000, Nr. 27798/95 (Rn. 65), ÖJZ 2001, 71 (73) – Amann/Schweiz; Urt. vom 4.5.2000, Nr. 28341/95 (Rn. 43), ÖJZ 2001, 74 (75) – Rotaru/Rumänien; s.o. Rn. 1203 ff.

⁶⁰⁴ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5043, Rn. 75) – Österreichischer Rundfunk unter Bezug auf EGMR, Urt. vom 16.2.2000, Nr. 27798/95 (Rn. 70), ÖJZ 2001, 71 (73) – Amann/Schweiz.

⁶⁰⁵ S. EuGH, Rs. C-62/90, Slg. 1992, I-2575 (2609, Rn. 23) – Kommission/Deutschland.

che sich auf eine konkrete Person beziehen, so die an das Personal gezahlten Gehälter und damit Daten über die Einkünfte eines Arbeitnehmers oder eines Ruhegehaltsempfängers.⁶⁰⁷

1374 Auf diese Weise wird der Datenumfang aber nur für berufsbezogene Daten natürlicher Personen geöffnet. Rein auf juristische Personen bezogene Daten werden nicht dem Schutz personenbezogener Daten unterstellt,⁶⁰⁸ ebenso wenig wie solche über Personengesellschaften, handelt es sich doch dann um reine Unternehmensdaten, so etwa über Schadstoffemissionen.⁶⁰⁹

1375 Damit wird die Gesamtheit personenbezogener Daten geschützt. Gewährleistet wird also ein bestimmter Bereich, der persönlichkeitsrelevant ist. Diese Qualifikation genügt. Daher ist es auch nicht entscheidend, ob die Daten einen Binnenmarktbezug haben.⁶¹⁰ Technisch ist es unbeachtlich, in welcher Form die Daten gespeichert sind. Sie können sogar allgemein zugänglich sein.⁶¹¹ Schließlich können auch sie weiter verarbeitet und damit in stärkerer Weise staatlich erfasst und benutzt werden.

IV. Bereichsausschlüsse

1376 Die DatenschutzRL 95/46/EG klammert in ihrem Art. 3 Abs. 2 bestimmte Bereiche aus ihrem Anwendungsbereich aus, nämlich die Verarbeitung personenbezogener Daten für solche Bereiche, die nicht in den Anwendungsbereich des Europarechts fallen, und auf jeden Fall Verarbeitungen „betreffend die öffentliche Sicherheit, die Landesverteidigung, die Sicherheit des Staates ... und die Tätigkeit des Staates im strafrechtlichen Bereich“. Das grundrechtliche Äquivalent dieser Anwendungsbegrenzung liegt in Art. 51 EGRC, wonach die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung des Unionsrechts, nicht aber in ihren ureigenen Kompetenzbereichen aus den europäischen Grundrechten verpflichtet werden und keine Kompetenzausweitung zugunsten der Union erfolgt.

1377 Damit sprechen sowohl das sekundärrechtliche Vorbild für Art. 8 EGRC als auch die allgemeine Bestimmung des Art. 51 EGRC für eine Herausnahme der insbesondere die nationale Sicherheit schützenden sowie das Strafrecht betreffenden Datenverarbeitung. Daher fällt die Verarbeitung von Fluggastdaten, um die Sicherheitslage zu verbessern bzw. den Terrorismus sowie damit verbundene Straftaten und andere schwere, wesensmäßig länderübergreifende Straftaten einschließlich organisierter internationaler Kriminalität zu verhüten und zu bekämpfen, we-

⁶⁰⁶ Im Hinblick auf Art. 8 EMRK s. EuGH, Rs. C-404/92 P, Slg. 1994, I-4737 (4789, Rn. 17) – X/Kommission.

⁶⁰⁷ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5043, Rn. 74 f.) – Österreichischer Rundfunk. S. auch u. Rn. 1405, 1407, 1419.

⁶⁰⁸ S. auch vorstehend Rn. 1367, 1369.

⁶⁰⁹ Jarass, § 13 Rn. 5.

⁶¹⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 8 Rn. 15 f.

⁶¹¹ Jarass, § 13 Rn. 5.

der in den Anwendungsbereich der DatenschutzRL 95/46/EG⁶¹² noch in den von Art. 8 EGRC.

Etwas anderes gilt dann, wenn Maßnahmen auf der Basis der bei Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags erweiterten Kompetenzen im Bereich Strafverfolgung, die in erheblichem Umfang auf Datenverarbeitung beruht,⁶¹³ sowie im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik getroffen werden. Für Letztere sieht Art. 39 EUV eigens einen Schutz personenbezogener Daten auch bei einer Verarbeitung durch die Mitgliedstaaten vor. Der Verweis auf Art. 16 AEUV belegt die grundsätzliche Geltung des Datenschutzrechts. Sie korrespondiert mit der prinzipiellen Anwendbarkeit der Grundrechte auch auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, der inhaltlich aber Völkerrecht entgegenstehen kann.⁶¹⁴ Im Übrigen ist die prozessuale Geltendmachung beschränkt.⁶¹⁵ **1378**

Soweit sich Maßnahmen in Bereichen der nationalen Kompetenz bewegen, ohne europarechtlich vorgeprägt zu sein, werden sie freilich durch innerstaatliche grundrechtliche Schranken limitiert, so in Deutschland, zumindest aber durch die aus Art. 8 EMRK abgeleiteten Grundsätze begrenzt, denen weitgehend auch der Datenschutz nach Art. 8 EGRC entspricht.⁶¹⁶ **1379**

C. Umfassender Schutz bei der Verarbeitung personenbezogener Daten

Art. 8 EGRC schützt bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Ausgangspunkt ist dabei, dass der Einzelne grundsätzlich selbst Herr seiner Daten sein soll. Er soll selbst darüber bestimmen können, ob er sie preisgibt und wofür sie verwendet werden sollen. Daher fällt unter die Verarbeitung jede Erhebung, Speicherung oder Verwendung.⁶¹⁷ **1380**

Auf die Art der Verwendung kommt es dabei nicht an. Eine Verwendung liegt daher bereits dann vor, wenn der Zweck der Daten geändert wird. Dadurch ergibt sich regelmäßig eine neuerliche Gefährdungslage.⁶¹⁸ Dem Einzelnen ist etwa nur die Erhebung von Daten für eine bestimmte Verwendung bewusst. Mag er mit dieser noch einverstanden sein, lehnt er möglicherweise einen anderen Zweck ab. Damit ist auch der Zweck der Datenverwendung Bestandteil des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen über seine Daten. So wird denn auch der Grundsatz der Zweckbindung in Art. 8 Abs. 2 S. 1 EGRC explizit verlangt. **1381**

⁶¹² EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4827 f., Rn. 54 ff.) – Parlament/Rat u. Kommission.

⁶¹³ S. für Europol Art. 88 Abs. 2 lit. a) AEUV, für die polizeiliche Zusammenarbeit im Übrigen Art. 87 Abs. 2 lit. a) AEUV.

⁶¹⁴ S.o. Rn. 780 ff.

⁶¹⁵ S.o. Rn. 768.

⁶¹⁶ Vgl. o. Rn. 1340 ff.

⁶¹⁷ Jarass, § 13 Rn. 7.

⁶¹⁸ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 24.

D. Dreifaches Individualrecht

I. Schutzrecht als Grundlage

1. Abwehranspruch

1382 Basis der dreifachen individuellen Gewährleistung des Art. 8 EGRC und Grundlage des ebenfalls garantierten Auskunfts- und Berichtigungsanspruchs ist das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten nach Art. 8 Abs. 1 EGRC. Es beinhaltet vor allem den grundlegenden Abwehranspruch gegen Eingriffe des Staates in die Persönlichkeitssphäre durch eine Erhebung, Speicherung oder Benutzung personenbezogener Daten. Darüber zu entscheiden obliegt grundsätzlich dem Träger.

1383 Diese individuelle Verfügungsgewalt darf nach Art. 8 Abs. 2 S. 1 EGRC nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage durchbrochen werden. Unter diesen Voraussetzungen dürfen nämlich die personenbezogenen Daten verarbeitet werden. Diesem Vorgang notwendig voraus liegt die Erhebung und Speicherung. Dafür gelten daher dieselben Anforderungen.

1384 Besteht eine Einwilligung, fehlt bereits eine Beeinträchtigung. Dann hat der Einzelne wirksam über sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung verfügt, sofern eine hinreichende Information vorausging.⁶¹⁹

1385 Fehlt eine Einwilligung, bedarf es einer sonstigen legitimen Grundlage, welche gesetzlich geregelt sein muss. Formal ist insbesondere ein hinreichend bestimmtes Gesetz verlangt, welches vor allem den Zweck der Datenverarbeitung festlegt. Dieses Gesetz muss von sachgerechten Gemeinwohlgründen getragen sein, um eine legitime Grundlage zu bilden. Diese Gründe müssen das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen überwiegen. Es ist also insbesondere die Verhältnismäßigkeit zu wahren. Das gilt auch für die Dauer, für die Daten aufbewahrt werden (s. Art. 6 Abs. 1 lit. e) RL 95/46/EG).⁶²⁰

2. Schutzpflicht

a) Grundrechtssicherung durch Verfahren und Organisation

1386 Entsprechend der Formulierung „Recht auf Schutz“ in Art. 8 Abs. 1 EGRC erschöpft sich dieses Recht nicht in einem Abwehranspruch gegen staatliche Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung, sondern beinhaltet zudem eine staatliche Schutzpflicht. Erheben staatliche Stellen Daten und verarbeiten sie, müssen sie flankierend für schützende Maßnahmen sorgen, damit die Anforderungen des Art. 8 EGRC eingehalten und verfahrensmäßig gesichert werden.

1387 Eine solche flankierende Maßnahme ist die Überwachung durch eine unabhängige Stelle, welche Art. 8 Abs. 3 EGRC eigens verlangt.⁶²¹ Aber auch darüber hi-

⁶¹⁹ S. näher u. Rn. 1417 ff.

⁶²⁰ Ausführlich zum Ganzen u. Rn. 1426 ff.

⁶²¹ S.o. Rn. 1467 f.

naus geht es um Grundrechtssicherung durch Verfahren. Eine entsprechende Ausgestaltung erfolgte insbesondere in der DatenschutzRL 95/46/EG⁶²² und in der DatenschutzVO (EG) Nr. 45/2001.⁶²³ Die darin getroffenen Regelungen werden daher im Folgenden mit einbezogen. Erst so ergibt sich ein Gesamtgebäude der datenschutzrechtlichen Gewährleistung, um das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung abzusichern.

b) Bedeutung gegenüber Privaten

Die datenschutzrechtlichen Anforderungen nach Art. 8 EGRC können über Schutzpflichten insbesondere auch gegenüber Privaten durchgesetzt werden. Das Datenschutzgrundrecht unterscheidet nicht danach, ob öffentliche oder private Stellen die Daten verarbeiten. Es verlangt vielmehr nach Abs. 1 eine umfassende Gewährleistung. **1388**

Insoweit besteht bereits eine Konkretisierung der Schutzpflicht im Hinblick auf Private. Diese ist auch notwendig, weil die Datenverarbeitung durch Privatpersonen für die Betroffenen vergleichbare Gefährdungen mit sich bringt wie die Erhebung und Nutzung von Daten durch den Staat. Ein besonders gravierendes Beispiel ist das systematische Sammeln von Daten über eigene Leute und über Journalisten. Mangels unmittelbarer grundrechtlicher Bindungen sind die Zugriffsmöglichkeiten Privater a priori sogar größer. Diese bedürfen insbesondere keiner gesetzlichen Ermächtigung. Umso wichtiger ist es, staatliche Schranken zu errichten, welche den durch Art. 8 EGRC umfassend gewährleisteten Mindeststandard sicherstellen. Daher ist es geboten, Auskunfts- und Berichtigungsansprüche nach Art. 8 Abs. 2 S. 2 EGRC auch gegen Private zuzubilligen. **1389**

Im Übrigen haben die Schutzverpflichteten einen breiten Spielraum.⁶²⁴ Daher bestehen auch kaum individuelle Schutzansprüche auf Erlass solcher Normen, außer der unabdingbare Mindeststandard, wie ihn Art. 8 EGRC vorgibt, wird verlassen. Vielmehr kann bei der Ausgestaltung des Schutzes gegen Beeinträchtigungen durch Private auf Unterschiede eingegangen werden, die etwa daraus entstehen, dass der Austausch von Daten durch staatliche Stellen insbesondere zu Sicherheitszwecken und damit zum öffentlichen Wohl erfolgt, bei Privaten hingegen zum kommerziellen Nutzen und vielfach gegen Entgelt. **1390**

Umgekehrt erlangen Privatpersonen die Daten jedenfalls ursprünglich oft über einen freiwilligen Kontakt, dessen datenrelevante Folgen freilich der Betroffene oft nicht abzusehen vermag. Ihm generell nicht bewusst und daher unfreiwillig ist hingegen eine Dauerbeobachtung der am heimischen PC getätigten Geschäfte und der hergestellten Verbindungen (E-Mails, Aufrufe von Internetseiten). Um ein solches Ausspähen ohne eigenes Wissen zu verhindern, bedarf es des staatlichen Schutzes. Ansonsten droht der Einzelne zur Marionette der Anbieter zu werden, die entscheidende Reizdaten haben und daher den Betroffenen durch gezielte Werbung steuern können, ohne dass dieser die Zusammenhänge kennt. Das aber **1391**

⁶²² ABl. 1995 L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1.

⁶²³ ABl. 2001 L 8, S. 1.

⁶²⁴ Jarass, § 13 Rn. 15.

widerspricht grundlegend seiner autonomen Entscheidungsgewalt, die kraft seiner unveräußerlichen Würde zu wahren ist.

II. Auskunftsansprüche

1. Subjektives Recht

1392 Nach Art. 8 Abs. 2 S. 2 EGRC hat jede Person das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten. Dadurch wird der Schutzanspruch nach Art. 8 Abs. 1 EGRC flankiert. Nur so kann der Einzelne erfahren, welche Daten erhoben wurden und was mit ihnen geschieht. Das ist die Grundlage dafür, dass der Einzelne sein Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten einfordern kann. Dementsprechend muss auch das Auskunftsrecht ein subjektives Recht bilden. Es bildet als positives Recht damit die notwendige Ergänzung zum Abwehranspruch und damit zum Status negativus, der aufgrund der spezifischen Gefährdungslage im Datenschutz nicht genügt.⁶²⁵

2. Reichweite

1393 Damit der Einzelne sein Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten wirksam wahrnehmen kann, benötigt er Auskünfte sowohl zum „Ob“ als auch zu den näheren Umständen der Verarbeitung. Dementsprechend garantiert Art. 12 RL 95/46/EG in angemessenen Abständen ohne unzumutbare Verzögerung oder übermäßige Kosten frei und ungehindert die Bestätigung,

- dass es Verarbeitungen von Daten über die betreffende Person gibt oder nicht gibt sowie
- zumindest Informationen über die Zweckbestimmungen dieser Verarbeitungen,
- die Kategorien der Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, und
- die Empfänger oder Kategorien der Empfänger, an welche die Daten übermittelt werden.

1394 Zudem besteht ein Anspruch auf eine Mitteilung in verständlicher Form

- über die Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, und
- die verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten, sowie
- Auskunft über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der die entsprechende Person betreffenden Daten, jedenfalls soweit automatisierte Entscheidungen nach Art. 15 Abs. 1 RL 95/46/EG ergehen.

Diese beiden letzten Punkte dienen insbesondere der Transparenz.

1395 Weiß der Einzelne, dass Daten über ihn verarbeitet werden, muss er auch Kenntnis von diesen Daten erlangen. Die geforderte Mitteilung über die Daten schließt die Übermittlung der Daten selbst ein und muss weiter gehend auch einem

⁶²⁵ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 27.

durchschnittlich Betroffenen verständlich sein, also die Information in ihren einzelnen Elementen deutlich hervortreten lassen.⁶²⁶

Die Kenntnis über die Herkunft der Daten ermöglicht die Rückverfolgung bis zur Quelle und sichert damit vor allem etwaige Berichtigungsansprüche ab; hierfür sind allerdings nicht sämtliche Übermittlungsdaten erforderlich, es genügt der Ausgangspunkt.⁶²⁷ **1396**

Das Wissen über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung ist insbesondere dann unabdingbar, wenn sich daraus wie bei Berechnungen erst der nähere Inhalt und damit auch die Konsequenz der Datenverarbeitung ergibt. Nur so kann daher auch das Ergebnis fundiert angegriffen werden.⁶²⁸ **1397**

3. Antragsunabhängigkeit

Auskunft wird in erster Linie dann erteilt, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird. Vielfach weiß aber der Einzelne überhaupt nicht, dass Daten von ihm erhoben und verarbeitet werden. Auch dann bestehen die Gefährdungen im Zusammenhang mit dem Datenschutz. Das gilt sogar insofern besonders, als der Einzelne sich in diesem Falle überhaupt nicht zur Wehr setzen kann. Deshalb ist der Auskunftsanspruch auch ohne Antrag zuzuerkennen. **1398**

Eine Anfrage des Betroffenen braucht daher nicht zu erfolgen. Es besteht vielmehr ein Anspruch auf automatische Auskunft.⁶²⁹ So sehen Art. 10 f. RL 95/46/EG vor, dass eine Person, bei der sie betreffende Daten erhoben werden, Mindestinformationen darüber vom Verantwortlichen oder von seinem Vertreter erhält. Diese müssen sich **1399**

- auf die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen und ggf. seinen Vertreter beziehen,
- die Zweckbestimmungen der Verarbeitung enthalten und auch
- Informationen etwa über den Empfänger oder Kategorien der Empfänger, die Verpflichtung zur Beantwortung von Fragen oder deren Freiwilligkeit oder das Bestehen von Auskunfts- bzw. Berichtigungsrechten anführen, soweit nur so eine Verarbeitung nach Treu und Glauben im konkreten Fall gewährleistet werden kann.

Entsprechendes gilt auch, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden, sie aber betreffen (Art. 11 RL 95/46/EG). **1400**

III. Berichtigungsanspruch

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schließt ein, dass der Einzelne auch über den Inhalt der über ihn erhobenen und verwendeten Daten bestimmen **1401**

⁶²⁶ Brühann, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 12 Rn. 8.

⁶²⁷ Brühann, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 12 Rn. 9.

⁶²⁸ Brühann, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 12 Rn. 11 a.E.

⁶²⁹ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 26.

kann. Ist dies nicht der Fall, weil über ihn zulässigerweise Daten erhoben oder verarbeitet wurden, hat er zumindest einen Anspruch darauf, dass nur richtige Daten und damit korrekte Informationen über ihn verwendet werden. Das ist ein Minus zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Es handelt sich um einen Folgeanspruch im Rahmen der Datenverarbeitung, um dieses Recht so weit wie möglich sicherzustellen. Stellen sich Unrichtigkeiten heraus, hat der Einzelne daher gem. Art. 8 Abs. 2 S. 2 EGRC einen Anspruch auf Berichtigung. Dieser stellt einen Folgenbeseitigungsanspruch dar, der in Fortsetzung der abwehrrechtlichen Dimension des Grundrechts besteht.⁶³⁰

1402 Ein solcher Berichtigungsanspruch muss auch dann bestehen, wenn die Daten nicht vorschriftsgemäß erhoben bzw. verarbeitet werden. Ansonsten würde nämlich das Datenschutzrecht des Einzelnen letztlich ausgehöhlt. Entsprechendes gilt bei Unvollständigkeit der Daten, weil dann ein falsches Bild über den einzelnen Betroffenen entsteht.

1403 So sieht auch Art. 12 lit. b) RL 95/46/EG einen entsprechenden Anspruch auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung der Daten vor. Um zu gewährleisten, dass dies tatsächlich erfolgt ist, besteht auch insoweit eine Mitteilungspflicht. Zudem müssen die Dritten, denen die Daten übermittelt wurden, darüber gem. Art. 12 lit. c) RL 95/46/EG informiert werden, außer dies ist unmöglich oder bedeutet einen unverhältnismäßigen Aufwand.

E. Beeinträchtigungen

I. Vielfältige Eingriffsmöglichkeiten

1. Sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten

1404 Entsprechend dem weiten Schutzbereich von Art. 8 EGRC ist eine Vielfalt von Eingriffsmöglichkeiten gegeben. Da die personenbezogenen Daten umfassend geschützt werden, ist jede Verarbeitung relevant. Sämtliche in Art. 2 lit. b) RL 95/46/EG⁶³¹ genannten Formen der Verarbeitung personenbezogener Daten, welche zur Konkretisierung des Schutzbereichs herangezogen werden,⁶³² bilden daher eine Beeinträchtigung. Dazu gehören bereits das Erheben und das Speichern von Daten. Allerdings kommt es auf den jeweiligen Kontext an. Erforderlich ist ein hinreichender Bezug zu personenbezogenen Daten. Schließlich schützt Art. 8 EGRC einen Teil der Privatsphäre.⁶³³

1405 So bildet die bloße Speicherung personenbezogener Daten über die an das Personal gezahlten Gehälter durch einen Arbeitgeber als solche keinen Eingriff in die

⁶³⁰ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 27.

⁶³¹ ABl. 1995 L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1.

⁶³² Vgl.o. Rn. 1361 ff., 1368.

⁶³³ S.o. Rn. 1357.

Privatsphäre.⁶³⁴ Das folgt daraus, dass diese Daten zunächst in dem Bereich des Arbeitgebers verbleiben, in den sich der Einzelne freiwillig hineinbegeben hat. Es handelt sich um einen notwendigen berufsbezogenen Ablauf. Darüber würde man jedenfalls zu einer Rechtfertigung kommen.⁶³⁵ Ebenso verhält es sich, wenn Name und Adresse von Benutzern eines Internetzugangs durch den Anbieter selbst gespeichert werden, damit dieser etwa unzulässige Inhalte beanstanden oder bei Kostenpflichtigkeit Rechnungen versenden kann.

Über diesen engen Bereich hinaus gelangen die Daten aber dann, wenn sie an einen Dritten weitergegeben werden. Dabei kommt es auch nicht auf die spätere Verwendung der übermittelten Informationen an. Ebenso ist unbeachtlich, ob die übermittelten Informationen sensibel sind oder ob die Betroffenen durch die Weitergabe irgendwelche Nachteile erleiden. Schon die Weitergabe als solche bildet einen Eingriff,⁶³⁶ gelangen doch damit personenbezogene Daten aus dem Zugriffsbereich des Betroffenen. **1406**

So hat dieser dem Arbeitgeber die Daten nur zugänglich gemacht, um Gehalt zu bekommen, nicht hingegen für die Weitergabe. Dass die Daten einen beruflichen Bezug haben, ändert nichts daran, dass sie Aussagen über eine bestimmte Person enthalten; ein bestehender Berufsbezug modifiziert also nicht die Personenbezogenheit von Daten, wenn dieser Bezug nicht ausschließlich ist.⁶³⁷ **1407**

2. Einzelvorgänge als eigene Eingriffe

Weiter werden entsprechend Art. 2 lit. b) RL 95/46/EG alle Vorgänge erfasst, die nach einer Erhebung und Speicherung bzw. Weiterleitung erfolgen. Das betrifft die Organisation, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen und die Benutzung. Dadurch können die vorhandenen personenbezogenen Daten etwa durch Abgleich mit anderen oder durch inhaltliche Anpassung in einem neuen Licht erscheinen. Deshalb liegt insoweit ein zusätzlicher Eingriff vor. **1408**

Jede einzelne Verwendung von personenbezogenen Daten ist daher separat als Eingriff zu erfassen. Das gilt erst recht für das Kombinieren und das Verknüpfen von Daten, wie dies namentlich bei der Rasterfahndung erfolgt, um große Datenmengen zu selektieren und auf besondere Merkmale zu durchforsten und dabei eine große Menge von Daten zu bewältigen. **1409**

Solche umfassenden Vorgänge erscheinen freilich als einheitlicher Verarbeitungsvorgang, so dass eine logische Zusammenfassung und die Prüfung der Rechtfertigung für den Gesamtzusammenhang bejaht wird.⁶³⁸ Allerdings ist auf die Schwere der Beeinträchtigung durch die einzelnen Vorgänge zu achten. So bein-

⁶³⁴ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5043, Rn. 74) – Österreichischer Rundfunk.

⁶³⁵ S.u. Rn. 1419 auch zur Einwilligung.

⁶³⁶ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5043, Rn. 74 f.) – Österreichischer Rundfunk; Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (114, Rn. 45) – Promusicae/Telefónica.

⁶³⁷ S.o. Rn. 1370 f., 1373.

⁶³⁸ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 31.

haltet die Verknüpfung mit anderen Daten eine besondere Eingriffsqualität.⁶³⁹ Dies ist bei der Rechtfertigung zu berücksichtigen. Daher sind letztlich doch die einzelnen Stufen eines Gesamtvorganges auseinander zu halten, wenn auch der letztlich rechtfertigende Grund identisch sein mag. Spätestens bei der Angemessenheitsprüfung zeigen sich indes die notwendigen Unterschiede.

- 1411** Durch die vorgenannten Vorgänge kann unmittelbar in den Schutz personenbezogener Daten eingegriffen werden. Das erfolgt durch den faktischen Zugriff, aber auch durch die Grundlage solcher Vorgänge in Form belastender Regelungen.⁶⁴⁰

3. Missachtung der Zweckbindung

- 1412** Ob der Einzelne eine Verarbeitung seiner Daten mitbekommt, ist unbeachtlich, soll doch gerade auch vor geheimen Vorgängen geschützt werden. Besonders problematisch ist dabei die unbefugte Weiterleitung an andere sowie die Änderung der Zweckbestimmung. Nach Art. 8 Abs. 2 EGRC dürfen Daten nur für einen konkret festgelegten Zweck erhoben werden.⁶⁴¹ Daher liegt ein (neuer) Eingriff vor, wenn diese ursprüngliche Zweckbestimmung geändert wird.⁶⁴² Der Einzelne hat dann auch Anspruch auf Auskunft und Information. Das gilt auch unabhängig von einem entsprechenden Antrag.⁶⁴³

4. Verletzung von Auskunfts- und Berichtigungsansprüchen

- 1413** Deshalb liegt auch ein Eingriff vor, wenn nicht in ausreichendem Maße oder überhaupt nicht Auskünfte und Informationen über die Verarbeitung personenbezogener Daten an die Betroffenen erteilt werden. Nach Art. 12 lit. a) RL 95/46/EG müssen die Auskünfte frei und ungehindert in angemessenen Abständen ohne unzumutbare Verzögerung oder übermäßige Kosten gegeben werden. Somit bilden auch zeitliche Verzögerungen und abschreckende Kosten einen Eingriff.⁶⁴⁴
- 1414** Eingriffe erwachsen also auch daraus, dass die Folgeansprüche an eine Datenverarbeitung nicht bzw. Nicht hinreichend eingehalten werden. Das gilt daher auch, wenn ein Berichtigungsanspruch nicht, zu spät oder unzureichend erfüllt wird.

5. Unzureichender Schutz

- 1415** Wie die schützenden Flankierungen erfüllt werden, damit die personenbezogenen Daten Einzelner hinreichend gewahrt sind, etwa auch vor Zugriffen Privater, bleibt weitgehend der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen.⁶⁴⁵ Ein Eingriff wird hingegen vorliegen, wenn der durch Art. 8 EGRC aufgestellte Mindestschutz

⁶³⁹ S. BVerfGE 100, 313 (366); 115, 320; dazu *Frenz*, NVwZ 2007, 631 (633 f.).

⁶⁴⁰ *Jarass*, § 13 Rn. 7.

⁶⁴¹ S.o. Rn. 1381.

⁶⁴² *Mehde*, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 32.

⁶⁴³ S.o. Rn. 1398 f.

⁶⁴⁴ *Mehde*, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 33.

⁶⁴⁵ Näher o. Rn. 1390.

nicht eingehalten wird, indem etwa Private ohne jede Sicherung und Begrenzung Daten an andere kommerziell weiterleiten können. Die Schutzpflichten aus Art. 8 EGRC sind daher insoweit eingriffsrelevant, als ein unabdingbarer Mindestschutz unterschritten wird.

Darüber hinaus werden aber kaum hinreichend präzise Pflichten vorliegen, deren Verletzung einen Eingriff bedeuten kann. Bei den verfahrensmäßigen Sicherungen liegt eine Beeinträchtigung vor, wenn ein Datenschutzbeauftragter fehlt oder nicht unabhängig arbeiten kann.⁶⁴⁶ Schließlich wird er in Art. 8 Abs. 3 EGRC eigens vorgesehen. Er erfüllt eine wichtige Funktion auch zur Sicherung individueller Datenschutzrechte,⁶⁴⁷ so dass der objektiv-rechtliche Charakter dieser Gewährleistung nicht entgegen steht. **1416**

II. Einwilligung

1. Ausschluss eines Eingriffs

Nach Art. 8 Abs. 2 EGRC dürfen personenbezogene Daten mit Einwilligung der betroffenen Person nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke verarbeitet werden. Dieser Weg steht alternativ zu einer gesetzlich geregelten legitimen Grundlage. Damit wird die Einwilligung formal mit einem Rechtfertigungsgrund auf eine Ebene gestellt. Gleichwohl handelt es sich um eine die Eingriffsqualität ausschließende Tatsache,⁶⁴⁸ in der sich das durch Art. 8 EGRC geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung gerade manifestiert.⁶⁴⁹ **1417**

2. Tatsächliches Vorliegen

Damit muss aber die Einwilligung in voller Selbstbestimmung auch tatsächlich erfolgt sein. Nach Art. 7 lit. a) RL 95/46/EG muss die betroffene Person „ohne jeden Zweifel“ ihre Einwilligung gegeben haben.⁶⁵⁰ Daher muss die Einwilligung, wie in Art. 2 lit. h) RL 95/46/EG näher bestimmt, ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sache erfolgt sein. **1418**

Auf dieser Basis muss eine ausdrückliche Willensbekundung vorliegen. Diese kann also nicht durch eine wertende Betrachtung gewonnen werden, indem etwa das Fehlen einer Ablehnung oder überhaupt einer Willensäußerung als Zustimmung gedeutet wird.⁶⁵¹ Allerdings ist etwa die Erhebung und Speicherung von Arbeitnehmerdaten notwendig, um die Gehälter auszurechnen und auszuzahlen.⁶⁵² Die Datenverarbeitung ist mithin für die Erfüllung des Arbeitsvertrages erforderlich, dessen Partei auch der Arbeitnehmer ist, so dass Art. 7 lit. b) RL 95/46/EG **1419**

⁶⁴⁶ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 34.

⁶⁴⁷ S.o. Rn. 1387.

⁶⁴⁸ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 38.

⁶⁴⁹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 8 Rn. 21.

⁶⁵⁰ Ebenso Art. 5 lit. d) VO (EG) Nr. 45/2001 (ABl. 2001 L 8, S. 1).

⁶⁵¹ Brühann, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 7 Rn. 13.

⁶⁵² Sofern man überhaupt von einem Eingriff ausgeht, s.o. Rn. 1373, 1405.

eingreift, der diesen Fall der tatsächlichen Einwilligung gleichstellt. Deshalb muss auch aus Rechtssicherheitsgründen keine ausdrückliche Einwilligung verlangt werden.⁶⁵³

3. In Kenntnis der Sachlage

- 1420** Parallel dazu muss auch die Kenntnis der Sachlage nachgewiesen werden. Grundlage ist mithin auch eine ausreichende Information des Betroffenen.⁶⁵⁴ Dafür müssen die bestehenden Informationspflichten erfüllt worden sein. Der Betroffene muss also die Identität des Verantwortlichen für die Datenverarbeitung, die Zweckbestimmung und je nach Sachlage die Empfänger oder Kategorien der Empfänger der Daten kennen, ebenso die Folgen der unterlassenen Einwilligung sowie die einschlägigen Rechte des Einzelnen.⁶⁵⁵ So gibt ein Internetnutzer seine Daten nicht an den Anbieter, damit sie dieser anderen übermittelt, und sei es auch zur Verfolgung von Urheberrechtsverstößen. Vor dem „gläsernen“ Bürger schon durch Speicherung der gesamten Kommunikation warnte ausdrücklich *GA Kokott*.⁶⁵⁶

4. Normkonformität

- 1421** Zudem darf die Datenverarbeitung nicht gegen zwingende Schutznormen und -prinzipien verstoßen; ansonsten erfolgte die Einwilligung nicht ohne Zwang.⁶⁵⁷

5. Begrenzte Reichweite

- 1422** Weil eine ausdrückliche Einwilligung notwendig ist und diese auf einer Kenntnis des relevanten Sachverhalts beruhen muss, kann sie Beeinträchtigungen nur in diesem Ausmaße abdecken. Das gilt zum einen für die Verarbeitungsschritte und zum anderen für die erfassten Daten und deren Verwendungszwecke. Keine Eingriffe bilden daher nur die Verarbeitungsvorgänge, über welche die betroffene Person konkret informiert worden ist⁶⁵⁸ und in die ausdrücklich eingewilligt wurde. Der dabei zugrunde gelegte Zweck darf deshalb später nicht mehr geändert werden.⁶⁵⁹ Daran ändert auch eine Einwilligung nichts, kann doch der Einzelne immer schwieriger übersehen, welche Nutzungsmöglichkeiten sich mit der zunehmenden Verarbeitung personenbezogener Daten ergeben.⁶⁶⁰

⁶⁵³ Konkludent davon ausgehend *Jarass*, § 13 Rn. 8.

⁶⁵⁴ *Jarass*, § 13 Rn. 8.

⁶⁵⁵ *Brühann*, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 7 Rn. 29.

⁶⁵⁶ EuGH, Rs. C-275/06 (Rn. 97 a.E.) – *Promusicae/Telefónica*.

⁶⁵⁷ *Brühann*, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 7 Rn. 28.

⁶⁵⁸ *Brühann*, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 7 Rn. 13.

⁶⁵⁹ Näher dazu u. Rn. 1432.

⁶⁶⁰ *Brühann*, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 6 Rn. 11.

Besonders streng sind diese Anforderungen für staatliche Stellen. Diese müssen sich auch strikt im Rahmen ihrer gesetzmäßigen Aufgabenwahrnehmung halten.⁶⁶¹ Ansonsten liegt ein Verstoß gegen zwingende Schutzregeln vor. **1423**

Wegen der Gefährdungslage insbesondere bei der Weitergabe von Daten und der sonstigen Nutzung für kommerzielle Zwecke ist aber auch für Private eine hinreichende Transparenz als verpflichtend anzusehen. Es muss daher insbesondere deutlich darauf hingewiesen werden, in welchem Umfang und in welcher Form Daten erhoben und weiter verwendet werden. Zudem muss eine ausdrückliche Einwilligung des Vertragspartners verlangt werden. **1424**

6. „Gläserner Verbraucher“?

Es ist zweifelhaft, ob hierfür die bloße Inanspruchnahme einer Leistung unter der Bedingung genügt, dass auch Daten des Vertragspartners genutzt werden können. Mag der Grundsatz der Privatautonomie noch die Verschaffung bestimmter personenbezogener Daten als Basis für die Wahl eines Geschäftspartners legitimieren,⁶⁶² deckt dieser nicht die Erhebung zusätzlicher Daten und deren umfassende kommerzielle Nutzung, sofern nicht ausdrücklich genau diesem Zweck zugestimmt wurde. Ansonsten haben wir leicht den „gläsernen Verbraucher“, dessen Konsumpräferenzen vielen Anbietern bekannt sind und den Einzelnen nicht mehr zum Herrn, sondern zum Sklaven der über ihn existierenden personenbezogenen Daten machen. **1425**

F. Rechtfertigung

I. Ansatz

Art. 8 Abs. 2 EGRC nennt als spezifische Voraussetzungen für Eingriffe in den Schutz personenbezogener Daten eine gesetzlich geregelte legitime Grundlage, welche in der Abfolge der Norm einer Einwilligung der betroffenen Person nachgestellt ist. Zudem dürfen die Daten nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke verarbeitet werden. Diese Voraussetzung ist der Einwilligung vorangestellt und damit auch bei deren Vorliegen zu beachten. Die festgelegten Zwecke werden bei der – schon einen Eingriff ausschließenden⁶⁶³ – Einwilligung bereits dadurch definiert, dass die Einwilligung darauf bezogen sein muss. Die Freiwilligkeit der Einwilligung setzt voraus, dass sie auf hinreichenden Informationen beruht und damit nicht gegen Treu und Glauben verstößt.⁶⁶⁴ Liegt keine Einwilligung vor, aber eine gesetzliche Grundlage, müssen die Zwecke darin definiert sein. Zudem muss die Verarbeitung auch im Einzelfall nach Treu und Glauben erfolgen. **1426**

⁶⁶¹ Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 38.

⁶⁶² S. Mehde, in: Heselhaus/Nowak, § 21 Rn. 38.

⁶⁶³ S.o. Rn. 1417.

⁶⁶⁴ S.o. Rn. 1420.

- 1427** Damit besteht eine spezielle Schrankenbestimmung in Art. 8 Abs. 2 EGRC. Art. 52 Abs. 3 EGRC wird nicht herangezogen, weil Art. 8 EMRK selbst keine datenschutzspezifische Regelung enthält.⁶⁶⁵ Zwar hat Art. 8 EGRC nach den Erläuterungen zur EGRC seine Wurzel primär im Sekundärrecht.⁶⁶⁶ Indes entwickelte der EuGH erst jüngst seinen Ansatz unter Rückgriff auf Art. 8 EMRK sowie auch unter Heranziehung von Art. 7 EGRC, der im Wesentlichen das genannte EMRK-Recht wiedergibt.⁶⁶⁷ „Der Datenschutz beruht auf dem Grundrecht auf Privatsphäre, wie es sich insbesondere aus Art. 8 EMRK ergibt.“⁶⁶⁸ Die (EGRC) hat dieses Grundrecht in Art. 7 bestätigt und in Art. 8 das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten einschließlich wichtiger Grundprinzipien des Datenschutzes besonders hervorgehoben.“⁶⁶⁹ Ist damit der Datenschutz derart stark an Art. 8 EMRK rückgebunden und in Art. 8 EGRC gleichsam nur verdeutlicht, entspricht er im Kern dem EMRK-Recht auf Schutz des Privatlebens in der Form, wie er diesem durch den EGMR entnommen wurde,⁶⁷⁰ und hat damit nach Art. 52 Abs. 3 EGRC die gleiche Bedeutung und Tragweite, mithin auch dieselben Schranken.
- 1428** Die Schranken nach Art. 8 Abs. 2 EMRK i.V.m. Art. 52 Abs. 3 EGRC liegen im Übrigen weitgehend parallel zu denen nach dem bisherigen gemeinschaftlichen Sekundärrecht. Dieses fügt einige datenschutzspezifische Gesichtspunkte hinzu. Sie lassen sich aber regelmäßig ebenfalls in den Rahmen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK einfügen, umfasst dieser doch auch den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.
- 1429** Dass eine gesetzliche Regelung bestehen muss, ergibt sich schon aus Art. 8 Abs. 2 EGRC. Letztlich ist aber die Einzelzuordnung unbeachtlich. Beide Schrankenregelungen sind aufeinander abgestimmt heranzuziehen.⁶⁷¹
- 1430** An die Seite von Art. 52 Abs. 3 EGRC tritt Art. 52 Abs. 2 EGRC solange nicht, wie der Datenschutz nur allgemein in Art. 286 EG vorgesehen und das Datenschutzgrundrecht des Art. 8 EGRC an das Sekundärrecht angelehnt ist, nicht aber schon primärrechtlich bestimmt ist.⁶⁷² Dies verhält sich anders, wenn das Datenschutzgrundrecht mit dem Vertrag von Lissabon eigens in die europäischen Verträge übernommen wird, weil in diesem Fall das Grundrecht auch „in anderen Teilen der Verfassung“ i.S.d. dann geltenden allgemeinen Schrankenvorschrift gere-

⁶⁶⁵ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 8 GRCh Rn. 5; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 336 f.

⁶⁶⁶ S.o. Rn. 1360.

⁶⁶⁷ EuGH, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (116, Rn. 64) – Promusicae/Telefónica.

⁶⁶⁸ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5043, Rn. 73 ff.) – Österreichischer Rundfunk.

⁶⁶⁹ GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 51 a.E.) – Promusicae/Telefónica; dahin auch EuGH, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (116, Rn. 64) – Promusicae/Telefónica.

⁶⁷⁰ S. EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00, NJW 2007, 1433 – Weber u. Saravia/Deutschland (G10-Entscheidung); s.o. Rn. 1340 ff.

⁶⁷¹ Jarass, § 13 Rn. 9, allerdings auf der Basis von Art. 52 Abs. 1 EGRC.

⁶⁷² S. die entsprechenden Überlegungen im Grundrechtekonvent bei Bernsdorff, in: Meyer, Art. 8 Rn. 17.

gelt wäre.⁶⁷³ Art. 16 Abs. 1 AEUV nimmt das Datenschutzgrundrecht inhaltsgleich auf und verweist auf die nähere Ausgestaltung durch Sekundärrecht, ohne aber präzise Schranken zu benennen.

Weil das Datenschutzgrundrecht insbesondere in seinen Schranken sehr stark nach der DatenschutzRL 95/46/EG⁶⁷⁴ formuliert ist, liegt es nahe, die Schranken unter Anlehnung an dieses Sekundärrecht näher zu konkretisieren. In ihnen werden „sachgebietsspezifische Ausformungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ gesehen, die nach den Vorstellungen des Grundrechtekonvents zu berücksichtigen sind.⁶⁷⁵ Gleichwohl handelt es sich um Sekundärrecht, so dass sich daraus lediglich Anhaltspunkte für die Auslegung des Datenschutzgrundrechts mit seinen Schranken entnehmen lassen.⁶⁷⁶ Jedenfalls sind in diesem Sekundärrecht entsprechend den Erläuterungen zur EGRC Bedingungen und Beschränkungen für die Wahrnehmung des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten enthalten,⁶⁷⁷ die in der Praxis zu beachten sind, soweit sie nicht ihrerseits dem Grundrecht nach Art. 8 EGRC widersprechen. Indes gehören dazu verschiedene bereits vom EGMR für Art. 8 EMRK aufgestellte Bedingungen wie die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage und die Überwachung durch eine unabhängige Stelle.⁶⁷⁸

II. Gesetzliche Grundlage mit Zweckbindung

1. Feststehender konkreter Zweck

Essenziell ist zunächst sowohl nach den bisherigen Grundsätzen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK i.V.m. Art. 52 Abs. 3 EGRC als auch nach Art. 8 Abs. 2 S. 1 EGRC eine gesetzliche Grundlage. Diese muss den datenschutzrechtlichen Grundsätzen entsprechend eine feste Zweckbindung enthalten, damit die weitere Verwendung der Daten feststeht.⁶⁷⁹ Nach Art. 6 lit. b) RL 95/46/EG muss es sich um einen eindeutigen und rechtmäßigen Zweck handeln. Das setzt insbesondere eine klare Definition voraus, welche Zweifel daran, für welche Zwecke die Daten verwendet werden sollen, ausschließt.⁶⁸⁰

Es dürfen daher nicht nur allgemeine Angaben wie „Bankgeschäfte“ vorliegen, sondern ganz konkrete Zwecke wie „Lohnzahlung“, „Kundenliste“ oder „Übermittlung geschäftsmäßiger Werbung“ in körperlicher oder elektronischer Form sind zu nennen.⁶⁸¹ Werden Daten auf Vorrat gespeichert bzw. an Dritte weitergegeben, um

⁶⁷³ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 8 Rn. 17; abl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 8 GRCh Rn. 4 a.E.

⁶⁷⁴ ABl. 1995 L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1.

⁶⁷⁵ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 8 Rn. 17.

⁶⁷⁶ Jarass, § 13 Rn. 9.

⁶⁷⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (20).

⁶⁷⁸ S. die G10-Entscheidung EGMR, Entsch. vom 29.6.2006, Nr. 54934/00, NJW 2007, 1433 – Weber u. Saravia/Deutschland. sowie o. Rn. 1343.

⁶⁷⁹ S.o. Rn. 1381, 1412.

⁶⁸⁰ Johlen, in: Tettinger/Stern, Art. 8 Rn. 45.

⁶⁸¹ Brühmann, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 6 Rn. 9.

schwere Straftaten zu verhüten bzw. bekämpfen zu können, müssen diese Straftaten genau bezeichnet werden. Daran fehlt es bei der RL 2006/24/EG⁶⁸² zur Vorratsspeicherung von Daten.⁶⁸³ Schließlich ist das Erfordernis der eindeutigen Zweckbindung Ausdruck der notwendigen Vorhersehbarkeit, damit die Adressaten ihr Verhalten danach ausrichten können.⁶⁸⁴

- 1434** Das Erfordernis einer festgelegten gesetzlichen Grundlage schließt es aus, den Zweck später zu ändern. Der Zweck der Verarbeitung und damit auch schon der Erhebung muss vielmehr bereits zu deren Beginn festgelegt sein.⁶⁸⁵ Wird der Zweck später geändert, muss er mit der ursprünglich festgelegten Zweckbestimmung kompatibel sein.⁶⁸⁶

2. Zulässige Zwecke

a) Grundsatz

- 1435** Ausgehend von Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 8 Abs. 2 EMRK, auf den der EuGH schon in der Rechtssache *Österreichischer Rundfunk* Bezug genommen hat,⁶⁸⁷ bilden gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1 EGRC für gesetzliche Regelungen notwendige legitime Grundlagen die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, die Verhinderung von strafbaren Handlungen sowie der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.⁶⁸⁸ Diesen Zielen müssen Beeinträchtigungen des Datenschutzes tatsächlich entsprechen.

b) Spezifizierung in Richtlinien

- 1436** Vor diesem Hintergrund müssen auch die Zwecke ausgelegt werden, die in Datenschutzrichtlinien für Einschränkungen genannt werden. Im Ansatz sind diese vielfach identisch. Auch Art. 13 Abs. 1 DatenschutzRL 95/46/EG erwähnt u.a. die Sicherheit des Staates, die Landesverteidigung, die beide (weitgehend) schon nicht dem Anwendungsbereich europäischer Grundrechte unterfallen,⁶⁸⁹ die öffentliche Sicherheit, die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten

⁶⁸² Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der RL 2002/58/EG, ABl. L 105, S. 54.

⁶⁸³ *Westphal*, EuZW 2006, 555 (558 f.); zweifelnd auch *GA Kokott*, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 53, 82) – *Promusicae/Telefónica*.

⁶⁸⁴ *GA Kokott*, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 53) – *Promusicae/Telefónica*; s. bereits EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5044, Rn. 77) – *Österreichischer Rundfunk* unter Verweis auf die EGMR-Judikatur.

⁶⁸⁵ *Kübler*, Die Säulen der Europäischen Union: einheitliche Grundrechte?, 2002, S. 128.

⁶⁸⁶ *Johlen*, in: Tettinger/Stern, Art. 8 Rn. 46.

⁶⁸⁷ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5042, Rn. 68 ff.; 5044, Rn. 76) – *Österreichischer Rundfunk*. Zu dessen Rückgriff auf die DatenschutzRL 95/46/EG als Einfallstor bzw. „als Vehikel“ *Siemen*, EuR 2004, 306 (314 f.).

⁶⁸⁸ Eine Übereinstimmung konstatiert auch *Jarass*, § 13 Rn. 11.

⁶⁸⁹ S.o. Rn. 1376 ff.

oder Verstößen gegen die berufsständischen Regeln. Diese Einschränkungsmöglichkeiten nennt die auf die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation bezogene RL 2002/58/EG⁶⁹⁰ ebenfalls in ihrem Art. 15 Abs. 1 und führt auch die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen auf.

Dieser letzte Rechtfertigungsansatz ist sehr offen formuliert, kann aber nicht ein Einfallstor für Einschränkungen des Datenschutzes bei sämtlichen unzulässigen Verwendungen elektronischer Kommunikationssysteme sein. Ansonsten wären die anderen Rechtfertigungsgründe letztlich nicht mehr erforderlich und damit überflüssig,⁶⁹¹ wovon nach dem System der Vorschrift nicht auszugehen ist. Vor allem aber würde damit der Datenschutz weitgehend ausgehöhlt.⁶⁹² Eine Abwägung mit diesem wichtigen Belang fände nicht mehr statt.

Daher ist ein zu Einschränkungen des Datenschutzes berechtigender unzulässiger Gebrauch von elektronischen Kommunikationssystemen nur gegeben, wenn sie systemwidrig verwendet werden, nicht aber schon bei der Benutzung zu unzulässigen Zwecken generell, und damit etwa zu Urheberrechtsverletzungen durch File-sharing.⁶⁹³ Darin liegt auch nicht ohne weiteres eine Straftat oder eine Antastung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, weil diese durch privates File-sharing nicht notwendig hinreichend schwer gefährdet wird, insbesondere nicht bei fehlender Gewinnerzielungsabsicht und Bagatellfällen, auch wenn dabei Urheberrechte verletzt werden.⁶⁹⁴

c) *Weitergabe personenbezogener Daten bei Urheberrechtsverletzungen*

Damit besteht zumal vor dem Hintergrund des Datenschutzes nach dem gegenwärtigen Sekundärrecht keine Grundlage für die Weitergabe von personenbezogenen Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens, das Urheberrechtsverletzungen aufklärt.⁶⁹⁵ Jedenfalls müssen dies die Mitgliedstaaten nicht vorsehen.

Möglicher Ansatz für eine Datenweitergabe von Urheberrechtsverstößen ist aber das Eigentumsrecht, das nach Art. 17 Abs. 2 EGRC auch das geistige Eigentum umfasst, sowie dessen wirksamer rechtlicher Schutz. Daraus ergibt sich ein grund-

⁶⁹⁰ ABl. 2002 L 201, S. 37; zuletzt geändert durch RL 2006/24/EG, ABl. 2006 L 105, S. 54.

⁶⁹¹ GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 94.) – Promusicae/Telefónica.

⁶⁹² GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 95 ff.) – Promusicae/Telefónica unter Verweis auf fehlende Vorhersehbarkeit.

⁶⁹³ GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 91, 98) – Promusicae/Telefónica.

⁶⁹⁴ GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 102 ff.) – Promusicae/Telefónica.

⁶⁹⁵ Strikt GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 110) – Promusicae/Telefónica; offen hingegen EuGH, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (115, Rn. 54) – Promusicae/Telefónica, aber auf der Basis des Eigentumsrechts und effektiven Rechtsschutzes (Rn. 53).

⁶⁹⁶ EuGH, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (115, Rn. 55) – Promusicae/Telefónica.

rechtliches Gegengewicht zum Datenschutz, welches durch Abwägung auszutarieren ist. Diese Abwägung hat innerhalb der sekundärrechtlichen Regeln zu erfolgen.⁶⁹⁷ Dabei ist also nicht nur der Datenschutz hinreichend zu berücksichtigen, sondern konkurrierende Grundrechte sind einzubeziehen.

- 1441** Der EuGH betont insoweit die Offenheit der sekundärrechtlichen Bestimmungen, aus der sich ein großer Beurteilungsspielraum ergibt. Diesen können die Mitgliedstaaten angepasst an die verschiedenen Situationen nutzen, wenn sie Umsetzungsmaßnahmen erlassen. Sie müssen dabei nur ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen europäischen Grundrechten herstellen. Auch später im Vollzug ist auf eine solche Auslegung zu achten, und zwar sowohl beim nationalen (Umsetzungs-)Recht, als auch bei der Heranziehung der europäischen Datenschutzrichtlinien.⁶⁹⁸ Damit setzt der EuGH gerade auf die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung und die der nationalen Behörden und Gerichte bei der konkreten Anwendung.

d) Notwendige Vorhersehbarkeit

- 1442** Dieser Ansatz entspricht in besonderer Weise der in Art. 51 Abs. 1 EGRC geforderten Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Indes wird damit aus den europarechtlichen Regelungen selbst nicht mehr deutlich, wann eine Weitergabe von Daten erfolgen kann. Daran leidet die Vorhersehbarkeit, die gerade in diesem Bereich elementar ist.⁶⁹⁹ Der Einzelne muss wissen, an wen seine Daten gelangen können, wenn er elektronische Kommunikationssysteme nutzt, damit er sein Verhalten darauf einstellen kann. Ist dies nicht von vornherein vorhersehbar, wird davon der gesamte Umgang mit solchen Daten beeinträchtigt. Es droht eine tiefgreifende Verunsicherung, die wie bei der Kommunikation von verschiedenen Verhaltensweisen abhält bzw. deren Inhalt verändert.⁷⁰⁰
- 1443** Deshalb sind ein wirksamer Datenschutz und eine damit einhergehende unbeschwerte Entfaltung des persönlichen Bereichs besonders darauf angewiesen, dass Durchbrechungen eng und vorhersehbar normativ festgelegt sind. Daher ist tiefergehend der Gesetzesvorbehalt nicht gewahrt,⁷⁰¹ durch die Ausnutzung von Spielräumen und ergebnisoffener Grundrechtsinterpretation die Möglichkeiten zur Weitergabe von personenbezogenen Daten zu gewinnen und lediglich auf nationaler Basis detailliert festzulegen. Hierfür müssen die EU-Richtlinien nähere Festlegungen enthalten. Fehlen diese, bestehen keine Befugnisse zur Weitergabe personenbezogener Daten.

⁶⁹⁷ EuGH, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (116, Rn. 66) – Promusicae/Telefónica.

⁶⁹⁸ EuGH, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (116, Rn. 66 ff.) – Promusicae/Telefónica; dahin bereits EuGH, Rs. C-101/01, Slg. 2003, I-12971 (13023 f., Rn. 82, 84, 87) – Lindqvist; Rs. C-305/05, NJW 2007, 2387 (2388, Rn. 28) – Ordre des barreaux francophones et germanophone.

⁶⁹⁹ S. GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 95 f.) – Promusicae/Telefónica.

⁷⁰⁰ Vgl. o. Rn. 1339 zu Abhörmaßnahmen.

⁷⁰¹ Zu dessen notwendig bereichsspezifischer Handhabung o. Rn. 1432 ff.

e) *Detaillierte Fassung der Ausnahmetatbestände*

Damit müssten die Datenschutzrichtlinien entsprechend detaillierter gefasst und um einen Tatbestand ergänzt werden, der die Weitergabe personenbezogener Daten bei Urheberrechtsverletzungen rechtfertigt. Die RL 2006/24/EG⁷⁰² zur Vorratsdatenspeicherung müsste genau festgelegte Straftatbestände nennen, im Hinblick auf welche sie eingesetzt werden soll. **1444**

Eine andere Frage ist das Maß des dafür erforderlichen Verdachts. Das hängt auch von der Art der Maßnahme sowie deren Zielrichtung ab. So wird aber selbst für die Terrorbekämpfung ein konkreter Verdacht nahegelegt.⁷⁰³ Jedenfalls ist eine eindeutige Bezeichnung in dem entsprechenden Ausnahme- bzw. Rechtfertigungstatbestand nötig. **1445**

3. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft

Nimmt man die Betonung der Notwendigkeit von Einschränkungen in einer demokratischen Gesellschaft nach Art. 8 Abs. 2 EMRK hinzu, kommt zum Tragen, dass der Datenschutz gerade zur Wahrung der Selbstbestimmung der privatautonomen Staatsbürger unabdingbar ist. Das begrenzt die Möglichkeiten seiner Einschränkung. **1446**

Gleichwohl beschränkt sich die Prüfung des EuGH darauf, ob ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis besteht und die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten berechtigten Zweck steht.⁷⁰⁴ Den Aspekt der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft lässt der EuGH gerade für eine Veröffentlichung von Daten mit staatlichem Bezug ausschlagen, weil die Steuerzahler und ganz allgemein die Öffentlichkeit einen Anspruch auf Information über die Verwendung der öffentlichen Gelder (hier im Bereich der Personalkosten) haben.⁷⁰⁵ **1447**

Er bildet daher zugleich ein öffentliches Interesse in einer Demokratie. Indes ging es dabei nicht um eine Antastung der Selbstbestimmung privat-autonomer Staatsbürger. Vielmehr sollten deren Urteilmöglichkeiten durch Transparenz der öffentlichen Ausgaben gestärkt werden. Und die betroffenen Beamten und Angestellten waren in ihrer Eigenschaft als Staatsdiener und nicht als Staatsbürger betroffen. Vergleichbar dazu sind auch Parlamentarier bei Pflichten zur Offenlegung ihrer Nebentätigkeiten nicht als Privatpersonen, sondern als gewählte Vertreter des Volkes betroffen und damit schon aufgrund dieses Status rechenschaftspflichtig.⁷⁰⁶ **1448**

Damit ist der Kontext entscheidend, inwieweit die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft für oder gegen eine Einschränkung des Datenschutzes **1449**

⁷⁰² ABl. 2006 L 105, S. 54.

⁷⁰³ Dahin *GA Kokott*, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 82) – *Promusicae/Telefónica*; anders o. Rn. 1349 ff. sowie näher u. Rn. 1450 ff.

⁷⁰⁴ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5045 ff., Rn. 83, 86, 90) – Österreichischer Rundfunk unter Bezug auf die einschlägige EGMR-Rechtsprechung.

⁷⁰⁵ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5046, Rn. 85) – Österreichischer Rundfunk.

⁷⁰⁶ S. zum deutschen Verfassungsrecht BVerfGE 118, 277 (324 ff.).

streitet. Ist Öffentlichkeit gefordert, um die Grundlage für eine wirksame politische Willensbildung zu schaffen, spricht dies gegen den Datenschutz, zumal wenn der Bürger nicht als privates Individuum betroffen ist. In dieser Eigenschaft darf er sich den staatlichen Organen allerdings nicht ausgeliefert fühlen, sondern er muss sich als eigenständig mitgestaltendes und insoweit staatlichem Zugriff entzogenes Subjekt begreifen. Das schließt eine Einschränkung der Selbstbestimmung über die eigenen Daten grundsätzlich aus.

4. Kollidierende Grundrechtspositionen, insbesondere bei Terrorabwehr

- 1450** Ebenso in den Grundrechten festgelegt, werden insbesondere kollidierende Grundrechtspositionen Beeinträchtigungen zulassen. Diesen Ansatz wählte der EuGH für die Frage, ob personenbezogene Daten zur Verfolgung von Urheberrechtsverstößen in zivilgerichtlichen Verfahren weiterzugeben sind, und zog als mögliche Grundlage das Eigentumsrecht und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf heran.⁷⁰⁷
- 1451** Grundrechte sind der tragende Beweggrund auch dann, wenn etwa durch die Preisgabe von Daten oder den Abgleich von Informationen ein Täter gefunden werden soll, welcher einen Anschlag plant bzw. zu verüben im Begriff ist. Hier geht es um den Schutz von Leben und Gesundheit anderer, der nach Art. 2 bzw. 3 EGRC gewährleistet ist. Dieser Ansatz korreliert mit anderen legitimierenden Gesichtspunkten vor allem in Gestalt der Verhinderung von strafbaren Handlungen, die in Art. 8 Abs. 2 EMRK explizit genannt ist, bzw. allgemeiner der Erhaltung der nationalen bzw. der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Sie wurden auch im Zusammenhang mit der Fluggastdatenerhebung und -weiterleitung an die USA sowie deren Verarbeitung herangezogen. Jedenfalls i.V.m. den Grundrechten der potenziell Bedrohten handelt es sich um sehr gewichtige Rechtsgüter. Aber auch außerhalb des Terrorismus begangene schwere Straftaten betreffen die vorstehend genannten Schutzgüter⁷⁰⁸ sowie die Grundrechte der davon Betroffenen.
- 1452** Vor allem bei Terroranschlägen ist allerdings schwerlich abzusehen, ob und wann sie wirklich erfolgen. Welche Schutzgüter sie gefährden steht allerdings fest. Diese können somit wie erforderlich⁷⁰⁹ konkret benannt werden. Der Zweck von Datenschutzbeschränkungen steht daher fest und bleibt auch so lange erhalten, wie eine Bedrohung von Leben und Gesundheit vorliegt.
- 1453** Indes ist die Wahrscheinlichkeit der Schutzgutverletzung ungewiss. Das liegt im Wesen der terroristischen Bedrohung begründet, die oft lange im Verborgenen liegt und vielfach erst bei der Vorbereitung konkreter Anschläge aufgedeckt werden kann. Nur dann zeigt sich eine konkrete Gefahr. Das Umschlagen in diese erfolgt aber so rasch, dass eine Reaktion nur bei vorheriger fortlaufender Beobach-

⁷⁰⁷ EuGH, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 (116, Rn. 65) – Promusicae/Telefónica; näher o. Rn. 1440 ff.

⁷⁰⁸ S. GA Léger, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4780, Rn. 223) – Parlament/Rat u. Kommission.

⁷⁰⁹ S.o. Rn. 1445.

tung erfolgen kann – namentlich durch die Gewinnung und Auswertung von Daten. Deren effektive Nutzung beginnt somit im Vorfeld. Für terroristische Anschläge genügt daher die Gefahr des Eintretens, die selbst nicht hinreichend konkret sein muss.⁷¹⁰ Für eine latente Bedrohung müssen allerdings tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Die Anforderungen auch insoweit sind aber umso niedriger anzusetzen, je höherwertig das geschützte Rechtsgut ist und je stärker es gefährdet wird. Ansatzpunkt für einen solchen gleitenden Maßstab ist die im Zentrum der Prüfung stehende Verhältnismäßigkeit.⁷¹¹

5. Informationsbedürfnis Privater

Kollidierende Grundrechtspositionen können zudem daraus erwachsen, dass mit der Information Einzelner auch Daten anderer Grundrechtsträger offen gelegt werden. Soweit dies anonym erfolgen kann, wird der Konflikt vermieden. Für die anderen Fälle muss aber eine normative Entscheidung getroffen werden.⁷¹² **1454**

Das Informationsbedürfnis Einzelner kann daher grundsätzlich eine legitimierende Basis für die Einschränkungen des Datenschutzes bilden. Allerdings wird der Datenschutz zumeist überwiegen, außer er wird durch die Notwendigkeiten in einer demokratischen Gesellschaft überlagert. Das ist aber regelmäßig nur dann der Fall, wenn eine Person nicht als Individuum, sondern in amtlicher Funktion etwa als Beamter oder Parlamentarier betroffen ist.⁷¹³ Bei einer weiteren Zurückdrängung des Datenschutzes würde auch ein allgemeiner Anspruch auf Informationen bestehen, der diesen Schutz weitgehend aushöhlte.⁷¹⁴ **1455**

Gemäß dem Anliegen der EU allgemein und auch der DatenschutzRL 95/46/EG,⁷¹⁵ den grenzüberschreitenden Informationsaustausch im Binnenmarkt zu gewährleisten, kann auch daraus die Notwendigkeit erwachsen, Daten weiter zu geben. Andernfalls könnte dieser Informationsaustausch vielfach nicht stattfinden. Allerdings muss auch er rechtlich geordnet werden, wenn personenbezogene Daten betroffen sind.⁷¹⁶ Entsprechend dem erforderlichen Personenbezug der nach Art. 8 EGRC geschützten Daten⁷¹⁷ ist die Schutzintensität umso höher anzusetzen, je stärker dieser Personenbezug ausfällt und je weniger die berufliche Seite ausgeprägt ist – so bei privaten Daten am Arbeitsplatz. Das wird sich regelmäßig auch mit Blick auf den Binnenmarkt so verhalten. Denn dessen Funktionieren wird vor allem den Austausch jedenfalls auch geschäftsbezogener Daten verlangen. **1456**

⁷¹⁰ S. dagegen *GA Kokott*, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 82) – *Promusicae/Telefónica* zur Vorratsdatenspeicherung sowie die von ihr explizit in Bezug genommene BVerfGE 115, 320 (354) aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts für die Rasterfahndung; anders näher *Frenz*, NVwZ 2007, 631 ff.

⁷¹¹ S. zur wegweisenden *G10*-Entscheidung des EGMR o. Rn. 1340 ff.

⁷¹² *Mehde*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 21 Rn. 40.

⁷¹³ S.o. Rn. 1448.

⁷¹⁴ *Mehde*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 21 Rn. 40 a.E.

⁷¹⁵ Erwägungsgrund 12, allerdings im Hinblick auf eine homogene Anwendung von Normen.

⁷¹⁶ *Mehde*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 21 Rn. 41.

⁷¹⁷ S.o. Rn. 1367.

III. Verhältnismäßigkeit

1. Beurteilungsspielraum

- 1457** Liegt einer der vorgenannten Rechtfertigungsgründe vor, ist konkret zu überprüfen, ob zu seiner Erreichung die Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dabei verfügen die Behörden „über einen Beurteilungsspielraum, dessen Umfang nicht nur von der Zielsetzung, sondern auch vom Wesen des Eingriffs abhängt“.⁷¹⁸ Diesen vom EGMR im Zusammenhang mit der nationalen Sicherheit zu Art. 8 Abs. 2 EMRK⁷¹⁹ aufgestellten Satz hat *GA Léger* aufgegriffen.⁷²⁰ Deshalb ist zunächst das System der examinierten Regelung zu ergründen und dann zu untersuchen, ob und inwieweit hierfür der Datenschutz zu begrenzen ist. Somit spielt auch die Art des beeinträchtigten Rechtes eine Rolle.
- 1458** Da die Wahrung der Vertraulichkeit personenbezogener Daten die Privatsphäre des Einzelnen berührt, ist der Beurteilungsspielraum eigentlich beschränkt und die gerichtliche Nachprüfung strenger.⁷²¹ Das spricht auch gegen den für die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen durch File-sharing vom EuGH befürworteten breiten Beurteilungsspielraum.⁷²²

2. Terrorabwehr

- 1459** Indes wird für den Zweck, die nationale Sicherheit zu schützen und den Terrorismus zu bekämpfen, ein größerer Beurteilungsspielraum zugestanden. Die zuständigen Stellen haben grundsätzlich selbst zu beurteilen, „welche Maßnahmen im Kampf gegen den Terrorismus und andere schwere Straftaten ihrem Wesen nach angemessen und zweckmäßig sind“.⁷²³ Schließlich ist gerade die Terrorismusbekämpfung sehr stark von faktischen und strategischen Überlegungen geprägt, bei denen naturgemäß große Irrtümer unterlaufen können, wie gerade auch die verschiedenen Reaktionen auf den 11.9.2001 belegen.
- 1460** So schlägt *GA Léger* vor, die Kontrolle nur „auf die Prüfung eines etwaigen offensichtlichen Beurteilungsfehlers ... (zu) beschränken“.⁷²⁴ Er verweist nicht nur auf den EGMR, der gleichfalls die Frage der bestmöglichen Verfolgung terroristischer Straftaten nicht durch seine eigene Beurteilung anstelle der Behörden beant-

⁷¹⁸ EGMR, Urt. vom 26.3.1987, Nr. 9248/81 (Rn. 59), Ser. A 116 – Leander/Schweden.

⁷¹⁹ Der auch für den Datenschutz einschlägig ist, s.o. Rn. 1427 ff., 1435.

⁷²⁰ S. *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4781, Rn. 226) – Parlament/Rat u. Kommission.

⁷²¹ S. bezogen auf Gesundheitsdaten *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4781 f., Rn. 229) – Parlament/Rat u. Kommission unter Verweis auf EGMR, Urt. vom 25.2.1997, Nr. 22009/93 (Rn. 96), ÖJZ 1998, 152 (154) – Z./Finnland.

⁷²² S.o. Rn. 1441 ff.

⁷²³ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4782 f., Rn. 230 f.) – Parlament/Rat u. Kommission.

⁷²⁴ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4782, Rn. 231) – Parlament/Rat u. Kommission.

worten will.⁷²⁵ Vielmehr zieht er die Rechtsprechung des EuGH zum Ausgleich divergierender Interessen⁷²⁶ und bei komplexen Abwägungen⁷²⁷ heran, der ebenso nur eine offensichtliche Ungeeignetheit prüft.⁷²⁸

Damit wird aber der grobe Maßstab zugrunde gelegt, der grundsätzlich den individualbezogenen Grundrechten widerspricht, wie gerade die ebenfalls herangezogene *Bananen*-Entscheidung zeigt. Auch hier geht es um ein elementares Grundrecht, welches das BVerfG zum Anlass einer scharfen Kontrolle nimmt.⁷²⁹ Daran ändert auch die Gewaltenteilung nichts,⁷³⁰ hat sie doch eher dienenden Charakter.⁷³¹ Ein Mittelweg, einerseits die staatlichen Handlungsmöglichkeiten auszuweiten, andererseits aber die gerichtliche Kontrolldichte weitestgehend beizubehalten, ist ein flexibler Maßstab, die notwendigen tatsächlichen Anhaltspunkte umso eher herabzusetzen, je gravierender die Bedrohung ist.⁷³²

1461

3. Verschärfter Maßstab bei Personalisierung

Die Sammlung von Daten ist in recht weitem Umfang möglich, soweit keine individuelle Zuordnung erfolgt. Allerdings setzt *GA Kokott* auch für die Vorratsdatenspeicherung eine konkrete Gefahr voraus.⁷³³ Jedenfalls sind verfahrensrechtliche Garantien zu wahren, um einen Missbrauch zu vermeiden.⁷³⁴ Das gilt erst recht für die Verarbeitung solcher Daten. Sie muss gerichtlich nachprüfbar sein.⁷³⁵ Auch die Datenübermittlung an Stellen, denen der Einzelne nicht zugestimmt hat, muss verfahrensmäßig gesichert sein.⁷³⁶

1462

Sobald eine Personalisierung erfolgt, gelten schärfere Maßstäbe vor allem an die zu fordernden Verdachtsmomente.⁷³⁷ Daher kommt bei File-sharing-Delikten eine Übermittlung der Nutzerdaten durch den Internetanbieter an den Geschädigten

1463

⁷²⁵ EGMR, Urt. vom 28.10.1994, Nr. 14310/88 (Rn. 90), Ser. A 300-A – Murray/Vereinigtes Königreich.

⁷²⁶ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5069, Rn. 91) – Bananen.

⁷²⁷ S. v.a. EuGH, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405 (2461, Rn. 55) – Deutschland/Parlament u. Rat.

⁷²⁸ S. auch EuG, Rs. T-110/03 u.a., Slg. 2005, II-1429 (1447, Rn. 46; 1455 f., Rn. 71 ff.) – Sison zum Kampf gegen den Terrorismus.

⁷²⁹ BVerfGE 115, 320 zur Rasterfahndung und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

⁷³⁰ Darauf verweisend *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4783, Rn. 233) – Parlament/Rat u. Kommission.

⁷³¹ S. grds. *Frenz*, ZG 1993, 248 ff.

⁷³² S. vorstehend Rn. 1453.

⁷³³ *GA Kokott*, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 82) – Promusicae/Telefónica.

⁷³⁴ S.o. Rn. 1343 ff. zur *G10*-Entscheidung des EGMR sowie Urt. vom 26.3.1987, Nr. 9248/81 (Rn. 67), Ser. A 116 – Leander/Schweden.

⁷³⁵ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4786 f., Rn. 244 ff.) – Parlament/Rat u. Kommission.

⁷³⁶ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4788, Rn. 256) – Parlament/Rat u. Kommission; näher allgemein u. Rn. 1477 ff.

⁷³⁷ S.o. Rn. 1342 ebenfalls zur *G10*-Entscheidung.

oder ein Gericht nur bei gravierenden Urheberrechtsverletzungen in Betracht und nicht schon bei Bagatellfällen.⁷³⁸

1464 Um Bagatellen handelt es sich dagegen von vornherein nicht bei der Abwehr von Terrorismus und schweren Straftaten. Indes ist auch insoweit eine umso stärkere Konkretisierung von Verdachtsmomenten notwendig, je eher die Daten auf bestimmte Personen bezogen werden, zumal wenn sie für diese zu negativen Folgen wie z.B. Einreiseverboten führen können, ohne dass allerdings stets ein konkreter Verdacht vorliegen muss.⁷³⁹ So können Verbindungen zwischen Terroristen über eine entsprechende Vorratsdatenspeicherung beim Provider ermittelt werden. Gleichwohl können und sollen daraus Kontakte zwischen bestimmten Personen ermittelt werden. Damit handelt es sich in der Sache um auf eine konkrete Person weisende und damit auf diese bezogene Daten. Werden aber Personen erfasst, ist insbesondere zu prüfen, ob nicht eine Anonymisierung genügt. Ggf. bedarf es einer einschränkenden Auslegung der nationalen Regelung⁷⁴⁰ oder aber datenschutzrechtlicher Sicherungen.⁷⁴¹

1465 Diese Notwendigkeit besteht nicht, wenn die relevanten Sachinformationen konkret zu einer bestimmten Person in Bezug gesetzt werden müssen. So liegt der Fall etwa, wenn eine ordnungsgemäße Verwaltung öffentlicher Mittel im Hinblick auf die Personalkosten für gut verdienende Beschäftigte im öffentlichen Dienst untersucht werden soll.⁷⁴² Auch bei der Erfassung der Gewohnheiten von Fluggästen, um daraus etwaige Terrorverdächtige ableiten zu können, geht es gerade um das Aufspüren bestimmter Personen, so dass eine Anonymisierung ebenfalls nicht weiterhilft. Es stellt sich dann allerdings die Frage, wie stark die Gefahr sein muss.⁷⁴³ Zudem dürfen solche Daten nur insoweit und so lange gespeichert werden, wie sie nach der Einschätzung der zuständigen Stellen für die Suche nach potenziellen Terroristen gebraucht werden.⁷⁴⁴ Das ist über den Flug hinaus nur für die Personen notwendig, die tatsächlich typische Verdachtsmerkmale aufweisen, nicht aber für das Gros der Passagiere. Deren Daten sind daher sofort zu löschen. Das gilt auch bei Daten, die in andere Staaten übermittelt werden. Daher hat die EU bei Vereinbarungen auf entsprechende Sicherungen hinzuwirken.

1466 Einen wesentlich schärferen Eingriff bildet die Überwachung eines PC durch so genannte Trojaner. Hier werden nicht nur einzelne Personendaten gespeichert, sondern sämtliche Daten im PC stehen dem Zugriff offen, und zwar mit Bezug auf eine konkrete Person. Weiter können alle Informationen erfasst werden, die diese

⁷³⁸ GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 108) – Promusicae/Telefónica.

⁷³⁹ S. auch o. Rn. 1453; mit strengerer Tendenz GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 82) – Promusicae/Telefónica schon für die Vorratsdatenspeicherung.

⁷⁴⁰ EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5048, Rn. 93) – Österreichischer Rundfunk.

⁷⁴¹ S.u. Rn. 1470 sowie bereits o. Rn. 1348.

⁷⁴² EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 (5048, Rn. 94) – Österreichischer Rundfunk.

⁷⁴³ S.o. Rn. 1464.

⁷⁴⁴ Zum Beurteilungsspielraum s.o. Rn. 1457 ff.

Person über andere Personen auf diesem PC vorhält. Jedenfalls die auszuspähende Person wird insoweit „gläsern“. Eine solch starke Beeinträchtigung des Datenschutzes kann höchstens durch extreme Situationen gerechtfertigt werden, so wenn erhebliche Anhaltspunkte für die Verübung eines Terroranschlags gerade durch die auszuspähende Person bestehen. Bloße Verdachtsmomente wegen bestimmter Speisepreferenzen, die sich aus den Fluggastdaten ergeben haben, reichen dafür nicht aus.

4. Begrenzte Speicherdauer

Daten von Personen können mithin grundsätzlich nur so lange gespeichert werden, wie sie benötigt werden. Das ist situationsabhängig. So werden Name, Adresse, Personalausweisnummer, Geburtsdatum etc. ein Leben lang gebraucht und deshalb auch so lange gespeichert. Da Ermittlungsverfahren nach Terroranschlägen oder anderen schweren Straftaten manchmal mehrere Jahre dauern, ist eine entsprechend lange Speicherung von z.B. grundsätzlich dreieinhalb Jahren und für zwischenzeitlich herangezogene Daten von acht Jahren notwendig und wegen der Schwere der begangenen Handlungen auch angemessen.⁷⁴⁵ **1467**

Indes rechtfertigt dies nicht einen solch langen Zeitraum für die Speicherung von Daten auf Vorrat, würden doch davon völlig unbeteiligte Personen betroffen. Sie wären weiterhin möglicher Gegenstand von Verknüpfungen, über die Profile von Personen erstellt und weiter umfassend Kommunikationsverhaltensweisen sichtbar werden können – und dies auf Jahre. Infolge dieses schweren Eingriffs in den Datenschutz bedarf es insoweit einer eindeutigen Begrenzung. Zwar erscheint eine Höchstspeicherfrist von zwei Jahren nach Art. 6 RL 2006/24/EG⁷⁴⁶ noch adäquat, nicht aber die Möglichkeit der nationalen Verlängerung bei besonderen Umständen nach Art. 12 RL 2006/24/EG, ohne dass diese Umstände näher beschrieben und die Zeitdauer absolut fixiert wäre(n).⁷⁴⁷ **1468**

5. Staatliche Stellen als milderer Mittel

Die Weitergabe personengebundener Daten an staatliche Stellen kann das mildere Mittel gegenüber einer normativ bzw. im Einzelfall behördlich vorgegebenen Übermittlung an Private sein. Denn nur Erstere sind direkt an die Grundrechte gebunden, haben Verfahrensgarantien zu respektieren haben und müssen – so bei Urheberrechtsverletzungen – beiderlei Sichtweisen bzw. auch die entlastenden Umstände berücksichtigen.⁷⁴⁸ Das gilt jedenfalls bei Daten, die sich auf zwischen Privaten streitige Angelegenheiten beziehen. Andernfalls, wenn Private eher zusammenwirken oder eine Information lediglich zur eigenen Hilfe brauchen, ohne **1469**

⁷⁴⁵ GA Léger, EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 (4785 f., Rn. 241 f.) – Parlament/Rat u. Kommission.

⁷⁴⁶ ABl. 2006 L 105, S. 54.

⁷⁴⁷ Westphal, EuZW 2006, 555 (559).

⁷⁴⁸ GA Kokott, EuGH, Schlussanträge vom 18.7.2007, Rs. C-275/06 (Rn. 113 f.) – Pro-musicae/Telefónica.

dass damit eine Rechtsverfolgung einhergeht, liegt eher eine Auskunftspflichtung nahe, die aber, wenn sie nicht auf freiwilliger Basis erfolgt, einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

6. Inhaltliche Begrenzung

- 1470** Die bei staatlichen Stellen gespeicherten und ggf. weitergegebenen Daten dürfen nur für den Zweck genutzt werden, für den sie erhoben wurden. Die Gefahr der Zwecküberschreitung ist gerade bei Datensammlungen besonders groß. So mögen auch die privaten Unternehmen, die Verbindungsdaten speichern und an staatliche Stellen weitergeben müssen, versucht sein, diese Daten ohne Einwilligung der Betroffenen zu kommerziellen Zwecken einzusetzen. Daher sind klare Sicherungen und Trennungen notwendig – etwa durch die Vorgabe, die auf Vorrat gespeicherten Verbindungsdaten und die dafür verwendeten Systeme von den (sonstigen) geschäftlich genutzten Daten und Systemen zu trennen sowie Erstere durch Sicherheitsvorkehrungen etwa in Form einer Verschlüsselung vor einem unbefugten Zugriff zu sichern.⁷⁴⁹

IV. Weitere Einschränkungen

- 1471** Art. 7 RL 95/46/EG nennt weitere Einschränkungsansätze, soweit sie nicht bereits in den oben genannten Rechtfertigungsgründen aufgehen, wie dies für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe oder zur Verwirklichung berechtigter Interessen (lit. e), f)) der Fall ist. Hinzu kommt die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen (lit. b)). Insoweit besteht aber vielfach bereits eine Einwilligung.⁷⁵⁰
- 1472** Zudem kann der Selbstschutz eine Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen, wenn nämlich die Verarbeitung für die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person erforderlich ist (lit. d)). Die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung des für die Verarbeitung Verantwortlichen (lit. c)) wird regelmäßig in eine gesetzliche Grundlage gegossen sein, die einem legitimen Interesse entspringt und damit gleichfalls auf einem adäquaten Rechtfertigungsgrund beruht.

V. Treu und Glauben

- 1473** Art. 8 Abs. 2 S. 1 EGRC verlangt eine Verarbeitung der Daten nach Treu und Glauben. Diese Anforderung ist sowohl auf die Einwilligung einer betroffenen Person sowie auf eine sonstige gesetzlich legitime Grundlage bezogen. Es handelt

⁷⁴⁹ S. Westphal, EuZW 2006, 555 (559) für die Vorratsdatenspeicherung.

⁷⁵⁰ S.o. Rn. 1417 ff.

sich also um eine allgemeine Voraussetzung. Zugleich geht es um eine Auffangklausel, wenn nähere Regeln fehlen.⁷⁵¹

Der Begriff „Treu und Glauben“ ist nach allgemeinem Rechtsverständnis näher zu präzisieren. Er schließt etwa aus, dass Daten beim Betroffenen heimlich erhoben und verarbeitet werden, indem eine Telefonanlage abgehört oder Daten aus dem allgemeinen Telekommunikationsverkehr einschließlich des Internets herausgefiltert werden,⁷⁵² ohne dass dies im konkreten Fall durch eine Anordnung auf gesetzlicher Grundlage gedeckt ist. Dieser Aspekt wird daher insbesondere, wie für den Begriff „nach Treu und Glauben“ allgemein üblich, am ehesten private Datenverarbeitungen betreffen. **1474**

Für öffentliche Träger wird diese Anforderung regelmäßig dadurch erfüllt sein, dass sie eine Verarbeitung nur in dem normativ vorgegebenen Rahmen vornehmen. Darüber hinaus wird die nicht im Einzelnen geregelte konkrete Art und Weise der Datenerhebung zusätzlich geordnet. So sind überraschende Vorgänge ausgeschlossen, welche einem Vorverhalten widersprechen, das etwa den Betroffenen in Sicherheit wiegt, dass keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden. **1475**

Diese Vorgabe gilt auch für Private. Generell geht es um die Herstellung von Fairness und Transparenz. Letztere bezieht sich auch auf die Verarbeitung. Davon ist der Betroffene spätestens bei der ersten Übermittlung zu informieren, regelmäßig aber schon bei der Erhebung.⁷⁵³ **1476**

G. Organisationsrechtliche Sicherungen

I. Allgemeine Vorgaben

Nach Art. 8 Abs. 3 EGRC wird die Einhaltung dieser Vorschriften und damit der vorgenannten Grundsätze von einer unabhängigen Stelle überwacht. Damit wird den verfahrensmäßigen Sicherungen entsprochen, welche die Rechtmäßigkeit der Datenerfassung, -speicherung und weiteren -verarbeitung flankieren. Diese sind insbesondere bei großen Datenmengen und gravierenden Eingriffen zu wahren. **1477**

Entsprechend dem allgemeinen Rückgriff auf die Datenschutzrichtlinie⁷⁵⁴ bei der Entstehung ist an die nähere Ausgestaltung in Art. 28 RL 95/46/EG anzuknüpfen. Darin ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten eine oder mehrere öffentliche Stellen mit der Überwachung der Datenschutzvorschriften beauftragen. Diese müssen vollständig unabhängig sein. Das setzt voraus, dass **1478**

- der Leiter bzw. das leitende Gremium der Kontrollstelle nicht ausschließlich durch die Exekutive bestellt wird,

⁷⁵¹ Johlen, in: Tettinger/Stern, Art. 8 Rn. 48.

⁷⁵² Brühann, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 6 Rn. 8.

⁷⁵³ Johlen, in: Tettinger/Stern, Art. 8 Rn. 49.

⁷⁵⁴ RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DatenschutzRL), ABl. L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1.

- nicht oder nur in genau bestimmten Ausnahmefällen entlassen werden kann,
- die Kontrollstelle insgesamt keinen Weisungen unterworfen ist,
- Interessenkonflikte mit anderen ggf. übertragenen Aufgaben ausgeschlossen sind und
- die Stelle, die Personal- und Sachmittel erhält, die sie für die Erledigung dieser Aufgaben benötigt.⁷⁵⁵

1479 Die Kontrollstelle muss vor allem umfassende Untersuchungsbefugnisse und hierfür Zugang zu Daten haben sowie Informationen einholen können. Sie muss vor der Durchführung von Verarbeitungen Stellungnahmen abgeben und diese auch veröffentlichen können sowie zur Anordnung der Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten bzw. zum vorläufigen oder endgültigen Verbot einer Verarbeitung befugt sein. Sie muss die für die Verarbeitung Verantwortlichen warnen oder ermahnen und die Parlamente oder andere politische Institutionen mit diesen Fragen befassen können. Außerdem steht ihr nach Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG ein Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis bei Verstößen gegen die relevanten Vorschriften zu.

1480 Um diese Kontrollstelle mit den relevanten Verstößen zu befassen, muss an sie jede Person oder ein sie vertretender Verband eine Eingabe richten können. Die entsprechende Person ist darüber zu informieren (Art. 28 Abs. 4 RL 95/46/EG). Art. 28 Abs. 5 RL 95/46/EG sieht einen Bericht über die Tätigkeit der datenschutzrechtlichen Kontrollstelle vor, welcher veröffentlicht wird.

II. Besonderheiten bei der Datenschutzüberwachung Privater

1481 Der Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 EGRC ist vom Schutz der Person her konzipiert und erfasst daher auch Beeinträchtigungen personenbezogener Daten durch Private.⁷⁵⁶ Deshalb greifen insoweit ebenfalls die vorstehend genannten organisationsrechtlichen Vorkehrungen. Auch für den privaten Bereich muss daher ein unabhängiger Datenschutzbeauftragter vorhanden sein. Dieser muss mit den vorgenannten Sicherungen ausgestattet sein. Um unabhängig zu sein, darf daher auch der Leiter bzw. das leitende Gremium der Kontrollstelle nicht dadurch von der Exekutive abhängig sein, dass er bzw. es ausschließlich durch sie bestellt wird oder ihren Weisungen unterworfen ist oder von ihren Personal- und Sachmitteln abhängt.

1482 Diese gleiche Ausstattung im Hinblick auf die Aufsicht über Private und über staatliche Stellen, welche auf personenbezogene Daten zurückgreifen, ist die Konsequenz des umfassenden Schutzes nach Art. 8 EGRC und die personenbezogene Sicht des Datenschutzes. Diese fragt nicht danach, woher die Gefährdung kommt, sondern verlangt nur, dass sie wirksam abgewehrt wird. Wenn zu diesem Zweck organisationsrechtliche Sicherungen bestehen und als unabdingbar für einen wirksamen Datenschutz festgelegt sind, müssen sie daher unabhängig davon vorliegen,

⁷⁵⁵ S. Brühann, in: Grabitz/Hilf, A 30 Art. 28 Rn. 6; Johlen, in: Tettinger/Stern, Art. 8 Rn. 63.

⁷⁵⁶ S.o. Rn. 1388 ff.

woher die Bedrohung kommt. Dies ist auch der Ansatz der Kommission. Hauptkritikpunkt an der deutschen Regelung ist, dass die Länder die Aufsicht über den Datenschutz ausüben und dabei vielfach volle Fach- und Rechtsaufsicht haben, zumindest aber eine dieser beiden Aufsichtsformen. In jedem Fall besteht eine Dienstaufsicht der jeweiligen Landesregierung.⁷⁵⁷

Die Bundesregierung hält dem entgegen, die Unabhängigkeit der Datenschutzkontrollstelle müsse nur gegenüber den Einheiten bestehen, die sie zu kontrollieren hat. Hätten nach der DatenschutzRL 95/46/EG die Datenschutzbehörden organisatorisch völlig unabhängig vom Rest der öffentlichen Verwaltung sein sollen, hätte Deutschland der Richtlinie niemals zugestimmt. Vielmehr solle das deutsche Verfassungsprinzip der Verantwortlichkeit der Regierung für das Handeln der Exekutive gelten.⁷⁵⁸ Durch eine solche Verantwortlichkeit der Datenschutzkontrollstelle gegenüber der Regierung ändert sich zwar nichts an ihrer formalen Unabhängigkeit im Verhältnis zu den überwachten Wirtschaftsunternehmen. Von daher kann sie ihre Aufgabe sachgerecht wahrnehmen. **1483**

Indes widerspricht diese Konzeption schon vom Ansatz her der Ausgestaltung des Datenschutzbeauftragten in Art. 28 RL 95/46/EG. Diese geht aufgrund der aufgestellten Eckpunkte von einer umfassenden Unabhängigkeit aus und nicht nur von einer relativen im Verhältnis zu den überwachten Personen. Nur so kann auch materiell eine vollständige Unabhängigkeit gesichert werden. Schließlich kann es von staatlichem Interesse sein, inwieweit Daten von Privaten über andere Private weitergegeben werden. Das zeigte sich gerade in dem Fall, der einer der Anlässe für die Untersuchung der Kommission war. Das Privatunternehmen T-Online teilte nämlich den Besitzer einer IP-Adresse namentlich mit, von der ein Forumsbeitrag stammte, welchen die Staatsanwaltschaft als Straftat ansah. Die zuständige Aufsichtsbehörde untersagte T-Online die dieser Mitteilung zugrunde liegende Speicherung der Verbindungsdaten seiner Kunden nicht. Es stellte sich die Frage, ob dies auch aus wirtschaftlichen Gründen geschah, um nämlich T-Online nicht zu einem Weggang aus dem Bundesland Hessen zu bewegen.⁷⁵⁹ **1484**

Dieser Fall zeigt anschaulich mögliche Interessenkollisionen. Sie können in noch viel stärkerem Maße auftreten, wenn Parteien betroffen sind, weil auch diese Personen des Privatrechts bilden. Könnte hier die Datenschutzbehörde von regierungsstaatlichen Stellen kontrolliert und auch finanziell knapp gehalten werden, wäre es vor allem in diesem Bereich um ihre Unabhängigkeit schlecht bestellt. Damit ist es für eine wirksame Wahrnehmung des Datenschutzes notwendig, dass die Kontrollstelle auch bei ihrer Aufsicht über Private von staatlichen Stellen sowohl organisatorisch als auch finanziell gänzlich unabhängig ist. Es geht damit nicht nur um formale, sondern um tatsächliche Unabhängigkeit. Diese gehört zum Wesenskern des europäischen Datenschutzes und muss daher die Europarechtswidrigkeit der von der Kommission angegriffenen deutschen Vorschriften zur Folge haben. **1485**

⁷⁵⁷ FAZ vom 14.8.2007, S. 10: „Zwangsgeld gegen Deutschland?“.

⁷⁵⁸ FAZ vom 14.8.2007, S. 10.

⁷⁵⁹ FAZ vom 14.8.2007, S. 10.

III. Europäischer Datenschutzbeauftragter

- 1486** Diesen Vorgaben, die eigentlich an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, aber durch den Bezug auf die DatenschutzRL 95/46/EG bei der Abfassung von Art. 8 EGRC allgemeine Anhaltspunkte für Anforderungen auf der Ebene dieses Grundrechts bilden,⁷⁶⁰ entspricht der Europäische Datenschutzbeauftragte. Er ist durch Art. 1 Abs. 2, 41 ff. VO (EG) Nr. 45/2001 eingerichtet und bildet eine unabhängige Stelle nach Art. 8 Abs. 3 EGRC,⁷⁶¹ die auch Beschwerden von Einzelpersonen entgegennehmen und verfolgen kann (Art. 46 lit. a) und b), 47 VO (EG) Nr. 45/2001). Die ihm zukommende Unabhängigkeit belegt auch seine nähere Ausgestaltung in den Beschäftigungsbedingungen,⁷⁶² die ihn mit einem Richter am EuGH gleichstellen.⁷⁶³
- 1487** Allerdings genügt der Europäische Datenschutzbeauftragte allein nicht. Gem. Art. 24 Abs. 1 VO (EG) Nr. 45/2001 muss jedes Organ und jede Einrichtung der EU einen behördlichen Datenschutzbeauftragten bestimmen. Damit ist auch auf europäischer Ebene in jeder erheblichen Einheit eine unabhängige Kontrollstelle gewährleistet, welche eine Einhaltung des Datenschutzes sicherstellt.

⁷⁶⁰ S.o. Rn. 1361 ff.

⁷⁶¹ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 8 GRCh Rn. 18.

⁷⁶² Beschl. Nr. 1247/2002/EG des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 1.7.2002 über die Regelungen und allgemeinen Bedingungen für die Ausübung der Aufgaben des Europäischen Datenschutzbeauftragten, ABl. L 183, S. 1.

⁷⁶³ Näher auch zum Stellvertreter *Brühann*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 286 EG Rn. 103 f.

H. Prüfungsschema zu Art. 8 EGRC

1. Schutzbereich

1488

- a) personenbezogene Daten, nicht geschäftliche (Art. 15 ff. EGRC)
- b) jegliche Verwendung
- c) Abwehr- und Schutzanspruch
- d) Auskunftsanspruch (antragsunabhängig)
- e) Berücksichtigungsanspruch
- f) organisationsrechtliche Sicherungen

2. Beeinträchtigung

- a) durch alle Formen der Verarbeitung mit hinreichendem Bezug zu personenbezogenen Daten
- b) ausgeschlossen bei tatsächlicher Einwilligung in Kenntnis der Sachlage
- c) Missachtung einer Zweckbindung
- d) keine Auskunft oder Berichtigung
- e) kein unabdingbarer Mindestschutz des Staates

3. Rechtfertigung

- a) feststehender, zulässiger Zweck (z.B. Terrorabwehr, konkrete schwere Straftaten)
- b) Abwägung mit kollidierenden Grundrechtspositionen (Beurteilungsspielraum)
- c) nach Treu und Glauben

§ 6 Gründung von Ehe und Familie

A. Modifizierte Anlehnung an Art. 12 EMRK

I. Ausklammerung des rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutzes der Familie und des Schutzes des Kindes

Im ursprünglichen Textvorschlag des Präsidiums des Grundrechtekonvents von 2000 war lediglich das Recht, eine Familie zu gründen, enthalten; die Ehe blieb zunächst unberücksichtigt. Dieses Recht war aber verknüpft mit einem Auftrag an die Union, für den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz der Familie und für den Schutz des Kindes zu sorgen.⁷⁶⁴ Vorbild dafür war Art. 7 der Entschließung vom 12.4.1989 des Europäischen Parlaments zur Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten.⁷⁶⁵ Diese Schutzaufträge an die Union wurden indes wegen der Begründung positiver Verpflichtungen abgelehnt. Zudem wurde die

⁷⁶⁴ Art. 9 CHARTE 4123/1/00 REV 1 CONVENT 5.

⁷⁶⁵ ABl. C 120, S. 51.

mangelnde Kompetenz der Union im Bereich des Familienrechts gerügt, was allerdings nicht zu einer gänzlichen Streichung dieses Artikels führte.⁷⁶⁶

II. Eigenständige Grundrechte für den Familien- und Kinderschutz

- 1490** Der Schutz des Familienlebens als solcher ist in Art. 7 EGRC gewährleistet. Art. 9 EGRC beschränkt sich auf die Gründung und erfasst nicht die spätere Entfaltung. Dadurch entstehen keine Schutzlücken, weil Art. 7 EGRC das Familienleben in einem weiten Sinne und in seinen verschiedenen Ausprägungen und Konfliktlagen wirksam schützt.⁷⁶⁷
- 1491** Eine spezifische Ausprägung ist Art. 24 Abs. 3 EGRC, wonach jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehung und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen hat, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen. Art. 24 EGRC gibt Kindern darüber hinaus einen Anspruch auf Schutz und Fürsorge. Damit ist der Schutz des Kindes als dessen eigener Anspruch ausgestaltet.⁷⁶⁸
- 1492** Den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz der Familie gewährleistet eigens Art. 33 EGRC und gibt weiter gehend spezifische Rechte im Zusammenhang mit der Mutterschaft und nach der Geburt oder Adoption eines Kindes. Gerade insoweit schützt er die Familiengründung materiell vor Gefährdungen durch den Arbeitgeber. Soweit diese spezifischen Bestimmungen nicht greifen, gilt subsidiär immer noch Art. 7 EGRC mit seiner umfassenden Gewährleistung des Familienlebens.

III. Erweiterung auf die Eheschließungsfreiheit

- 1493** In Anlehnung an Art. 12 EMRK wurde das Recht, eine Familie zu gründen, um ein solches zur Eingehung einer Ehe ergänzt.⁷⁶⁹ Im Laufe der weiteren Diskussion ergaben sich aber zwei entscheidende Änderungen gegenüber diesem Vorbild. Zum einen ist das Recht auf Ehe und Familie nicht mehr wie in Art. 12 EMRK vereint, wo das Recht gewährleistet wird, „eine Ehe einzugehen und eine Familie ... zu gründen“. Vielmehr wurden beide Rechte voneinander „abgekoppelt“⁷⁷⁰ und sind damit durch die Formulierung als getrennte Rechte unterschieden.⁷⁷¹ Deshalb sind Ehe und Familie nicht notwendig deckungsgleich.
- 1494** Im Konvent war zwar das Verhältnis von ehelicher Familie und nichtehelicher Familie diskutiert worden. Indes konnte auch insoweit keine Übereinstimmung gefunden werden, so dass keine nähere Festlegung erfolgte.⁷⁷² Diese fehlende Festlegung genügt, um den Familienbegriff unabhängig von dem der Ehe und damit in

⁷⁶⁶ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 7.

⁷⁶⁷ S.o. Rn. 1160 ff.

⁷⁶⁸ S.u. Rn. 3444.

⁷⁶⁹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 8.

⁷⁷⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 10.

⁷⁷¹ Beutler, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 6 EU Rn. 135.

⁷⁷² Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 8.

Anlehnung an das Familienleben nach Art. 7 EGRC zu definieren. Zudem ist die Familiengründung nach Art. 12 EMRK nicht notwendig auf Ehen beschränkt.⁷⁷³ Daher ist es unschädlich, dass sich weder der Vorschlag, explizit eine Familiengründung auch unabhängig von der Eingehung einer Ehe zu ermöglichen, noch eine Nennung des Rechts der Familiengründung vor dem Recht der Eheschließung durchsetzen konnte.⁷⁷⁴

Zum anderen fehlt in Art. 9 EGRC der in Art. 12 EMRK explizit aufgeführte Bezug auf „Männer und Frauen“. Damit wird auch nicht die Vorstellung erzeugt, dass sowohl Männer als auch Frauen beteiligt sein müssen, damit eine Ehe eingegangen wird. Vielmehr ist so das Leitbild auch für homosexuelle Ehen und gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften geöffnet. Insoweit wurde zwar keine Festlegung getroffen.⁷⁷⁵ Indes zeigt sich darin eine Offenheit in der Formulierung, welche die strikte Begrenzung des EGMR auf herkömmliche Ehen zwischen zwei Personen verschiedenen biologischen Geschlechts⁷⁷⁶ aufweicht. Dafür spricht auch, dass die Formulierung von Art. 9 EGRC möglichst offen gehalten werden sollte und damit den Mitgliedstaaten überantwortet wurde.⁷⁷⁷ **1495**

IV. Einfließen nationaler Regelungen

Während Art. 12 EMRK Männern und Frauen ein Recht auf Ehe und Familiengründung zubilligt, wird ein solches in Art. 9 EGRC „nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet, welche die Ausübung dieser Rechte regeln“. Es wurde den Mitgliedstaaten damit bewusst eine Definitionsmacht für die Begriffe Ehe und Familie eingeräumt. Die EU hat keine Definitionshoheit über diese Begriffe, so dass „Ehe und Familie nahezu völliger gesetzgeberischer Beliebigkeit in den Mitgliedstaaten überantwortet“ werden.⁷⁷⁸ Art. 9 EGRC wird sogar jeglicher normativer Gehalt abgesprochen, weil er umfassend auf die einzelstaatlichen Gesetze verweist.⁷⁷⁹ **1496**

Indes wird das Recht, eine Ehe und eine Familie zu gründen, explizit benannt und damit ein Mindeststandard bzw. ein „Normenkern“⁷⁸⁰ gewährleistet. Diesen müssen die Mitgliedstaaten in ihren Regelungen aufnehmen. Das „Ob“ steht also fest. Es geht lediglich um die nähere Ausübung. **1497**

Zudem können die Mitgliedstaaten die Reichweite dadurch bestimmen, dass sie die Begriffe Ehe und Familie näher präzisieren. Jedoch bestehen auch insoweit **1498**

⁷⁷³ S. Grabenwarter, § 22 Rn. 62; näher u. Rn. 1514 ff.

⁷⁷⁴ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 9, 11.

⁷⁷⁵ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 8.

⁷⁷⁶ EGMR, Urt. vom 17.10.1986, Nr. 9532/81 (Rn. 49), Ser. A 106 – Rees/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 27.9.1990, Nr. 10843/84 (Rn. 43), Ser. A 184 – Cossey/Vereinigtes Königreich. S. näher u. Rn. 1500.

⁷⁷⁷ S. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 8.

⁷⁷⁸ Krit. Tettinger, NJW 2001, 1010 (1012 f.).

⁷⁷⁹ Schmitz, JZ 2001, 833 (841); auch Calliess, EuZW 2001, 261 (264 f.); Magiera, DÖV 2000, 1017 (1026).

⁷⁸⁰ So Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 13.

Rahmenfestlegungen. Eine Ehe ist zumindest eine Verbindung zwischen Mann und Frau. Die Mitgliedstaaten können zwar darüber hinaus gehen, aber nicht die Eheschließung gänzlich verbieten oder völlig von dem bestehenden Leitbild einer Ehe etwa durch Zulassung der Vielehe abrücken. Insbesondere bei der Familie haben sie die Vorfestlegungen des EGMR zu beachten, welche eine sehr große Reichweite vorgeben.

- 1499** Jedenfalls haben die Mitgliedstaaten in ihrem Recht Ehe und Familie vorzusehen. Dies wird nach Art. 9 EGRC durch das Unionsrecht gewährleistet. Von daher besteht auch eine institutionelle Garantie.⁷⁸¹

B. Eheschließung

I. Die Ehe als Verbindung von Mann und Frau

1. Restriktiver Ansatz von EuGH und EGMR

- 1500** Noch 1998 hat der EuGH unter Verweis auf Art. 12 EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR⁷⁸² den besonderen Schutz der Ehe auf die herkömmliche Ehe zwischen zwei Personen verschiedenen biologischen Geschlechts beschränkt. „Demnach sind beim gegenwärtigen Stand des Rechts innerhalb der Gemeinschaft die festen Beziehungen zwischen zwei Personen des gleichen Geschlechts den Beziehungen zwischen Verheirateten oder den festen nichtehelichen Beziehungen verschiedenen Geschlechts nicht gleichgestellt.“⁷⁸³ „Homoehen“ gehörten danach nicht zum Schutzbereich. Der EuGH bezog sich dabei auch auf das damalige Recht der Mitgliedstaaten, welches sehr selten die Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen des gleichen Geschlechts auf eine Ebene mit der Ehe stellte, und zudem auch nur unvollständig; zumeist erfolgte nur eine auf einzelne Ansprüche begrenzte Gleichstellung mit festen nichtehelichen heterosexuellen Beziehungen oder die „Homoehe“ wurde überhaupt nicht ausdrücklich anerkannt.

2. Bedeutungswandel

- 1501** Mittlerweile ist die Entwicklung allerdings vorangeschritten. Gerade in Deutschland wurde homosexuellen Paaren eine eingetragene Lebenspartnerschaft ermöglicht, die sie rechtlich Ehepaaren weitestgehend gleichstellt, und die auch auf europarechtlicher Ebene fortgeführt wird, um Benachteiligungen trotz vergleichbarer

⁷⁸¹ Ebenso *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 9 Rn. 14; lediglich eine Schutzpflicht insoweit annehmend *Jarass*, § 14 Rn. 2.

⁷⁸² S. EGMR, Urt. vom 17.10.1986, Nr. 9532/81 (Rn. 49), Ser. A 106 – Rees/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 27.9.1990, Nr. 10843/84 (Rn. 43), Ser. A 184 – Cossey/Vereinigtes Königreich.

⁷⁸³ EuGH, Rs. C-249/96, Slg. 1998, I-621 (648, Rn. 35) – Lisa Jacqueline Grant. Ebenso noch EuGH, Rs. C-122 u. C-122 u. Slg. 2001, I-4319 (4353 f., Rn. 34, 36) – Deutschland u. Schweden/Rat.

Situationen mit der Ehe zu vermeiden, was aber konkret zu prüfen ist.⁷⁸⁴ Diesen Schritt hielt das Bundesverfassungsgericht mit dem besonderen staatlichen Schutz für Ehen nach Art. 6 Abs. 1 GG für vereinbar,⁷⁸⁵ obwohl es diesen Schutzauftrag auf die Verbindung zwischen Mann und Frau begrenzte⁷⁸⁶ und deren besondere Förderung verlangte.⁷⁸⁷ Eine homosexuelle eingetragene Lebenspartnerschaft wird diesem Schutz gerade nicht unterstellt. „Die Gleichgeschlechtlichkeit der Partner unterscheidet es (das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft) von der Ehe und konstituiert es zugleich. Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist keine Ehe ...“.⁷⁸⁸ Eine weitgehende Gleichstellung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften ist damit nicht mit einer Erweiterung des Ehebegriffes gleichzusetzen. Vielmehr bestätigt die genannte Entscheidung des BVerfG den engen Begriff der Ehe.

3. Offenerer Formulierung von Art. 9 EGRC und ihre Konsequenzen

Erfolgte damit auch nicht etwa ein Bedeutungswandel auf der Ebene der Mitgliedstaaten, welche nach dem Ansatz der EuGH-Entscheidung *Grant* zu einer Erweiterung des Ehebegriffs geführt haben könnte, ist doch Art. 9 EGRC offener als Art. 12 EMRK formuliert. Da in Art. 9 EGRC das Recht, eine Ehe einzugehen, im Gegensatz zu Art. 12 EMRK nicht spezifisch Männern und Frauen zugebilligt wird, könnte das deshalb im Rahmen von Art. 12 EMRK als konstitutiv angesehene Element der Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner⁷⁸⁹ entfallen sein. Im Grundrechtskonvent wurde gerade kein bestimmtes Leitbild festgelegt.⁷⁹⁰ Damit könnte den Mitgliedstaaten, die ohnehin den Ehebegriff ebenso wie die Voraussetzungen der Eheschließung näher zu konkretisieren haben,⁷⁹¹ die Möglichkeit offen stehen, gleichgeschlechtliche Partnerschaften als Ehe anzuerkennen.⁷⁹²

1502

⁷⁸⁴ Für die Hinterbliebenenversorgung s. EuGH, Rs. C-267/06, NVwZ 2008, 537 (541, Rn. 73) – Maruko zu Art. 1 i.V.m. Art. 2 RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16. Bei konkreter Prüfung für den Verheiratenzuschlag bei Beamten abl. BVerfG, Beschl. vom 6.5.2008 – Az.: 2 BvR 1830/06.

⁷⁸⁵ BVerfGE 105, 313 (350 f.) – Lebenspartnerschaftsgesetz; a.A. Sondervotum *Papier*, BVerfGE 105, 313 (357 ff.); Sondervotum *Haas*, BVerfGE 105, 313 (359 ff.).

⁷⁸⁶ BVerfGE 87, 234 (264); ebenso BVerfGE 100, 287 (294).

⁷⁸⁷ Insbes. Verbot der Schlechterstellung gegenüber anderen Lebensgemeinschaften, etwa in steuerlicher Hinsicht, BVerfGE 99, 216 (232).

⁷⁸⁸ BVerfGE 105, 313 (345) – Lebenspartnerschaftsgesetz. Gleichwohl krit. wegen der weitgehenden Gleichstellung Sondervotum *Papier*, BVerfGE 105, 313 (357 ff.); Sondervotum *Haas*, BVerfGE 105, 313 (359 ff.).

⁷⁸⁹ Neben den genannten EGMR-Urt. auch EGMR, Urt. vom 30.7.1998, Nr. 22985/93 u. 23390/94 (Rn. 66), ÖJZ 1999, 571 (574) – Sheffield u. Horsham/Vereinigtes Königreich; aus der Lit. *Grabenwarter*, § 22 Rn. 60.

⁷⁹⁰ S.o. Rn. 1494.

⁷⁹¹ S.o. Rn. 1496: doppelter Vorbehalt.

⁷⁹² So *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 9 Rn. 16.

- 1503** Dadurch würde allerdings ein Widerspruch zu Art. 12 EMRK entstehen, obgleich Art. 9 EGRC diesem Artikel nachgebildet wurde und in solchen Fällen ansonsten ein Gleichklang angestrebt wird.⁷⁹³ Zudem beruhte dann die Reichweite des Begriffs der Ehe auf der Entscheidung des jeweiligen nationalen Gesetzgebers, wäre also nicht mehr einheitlich.⁷⁹⁴ Dieser Fall wäre im Grundrechtskanon einmalig.⁷⁹⁵ Das gilt zumal dann, wenn man die Ehe weiterhin als klassischen europäischen Kulturwert ansieht, der durch die EMRK geschützt ist und hinter den daher auch die EGRC gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 nicht zurücktreten durfte.⁷⁹⁶
- 1504** Aus Sicht der Homosexuellen wäre eine andere Auslegung naturgemäß vorzugswürdig: Für sie würde die Einbeziehung in den Schutz der Ehe einen Fortschritt bedeuten. Zu ihren Gunsten würde damit das Schutzniveau erweitert. Insgesamt gesehen würde es nicht notwendigerweise verengt, weil der Schutz der verschiedengeschlechtlichen Ehe immer noch erhalten bliebe.

4. Bezug zu Art. 12 EMRK

- 1505** Nach den Erläuterungen zur EGRC sollte eine „zeitgemäßere“ Gestaltung gefunden werden.⁷⁹⁷ Gleichwohl ist es danach nicht zwingend, gleichgeschlechtlichen Verbindungen den Status der Ehe zuzuerkennen.⁷⁹⁸ Soll es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt werden, gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im nationalen Recht wie eine Ehe zu behandeln,⁷⁹⁹ kann dies auch dadurch sichergestellt werden, dass der Ehebegriff auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkt bleibt. Dann können immer noch, um eine Diskriminierung zu vermeiden, gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften weitgehend gleichgestellt werden. Dadurch ist auch kein grundrechtlicher Schutz ausgeschlossen. Dieser kann vielmehr aus dem Schutz des Privatlebens nach Art. 7 EGRC folgen, der auch die sexuelle Selbstbestimmung umfasst.⁸⁰⁰ Würde die Ehe nach Art. 9 EGRC auf homosexuelle Partnerschaften erweitert, entstünde im Gegenteil ein Zwang zur Anerkennung. Ansonsten würden nämlich homosexuelle Partnerschaften nicht gemäß dem Schutzanspruch des Art. 9 EGRC in Bezug auf eine auch darauf erstreckte Ehe behandelt.
- 1506** Trotz des offenen Wortlauts von Art. 9 EGRC, wonach die Mitgliedstaaten die Ehe auch auf homosexuelle Partnerschaften erstrecken könnten, bleibt dies ausgeschlossen, weil ansonsten eine bedenkliche Divergenz zu Art. 12 EMRK entstünde und der Ehebegriff im europäischen Raum sich nicht so weit entwickelt hat, dass er homosexuelle Paare mit darunter fasst. Diese können vielmehr nur gleichgestellt werden, um eine Diskriminierung zu vermeiden. Damit bleibt es beim tradi-

⁷⁹³ Jarass, § 14 Rn. 5.

⁷⁹⁴ Rengeling/Szczekalla, Rn. 667: „Gefahr eines partikularen Grundrechtsschutzes“.

⁷⁹⁵ Jarass, § 14 Rn. 5.

⁷⁹⁶ S. Tettinger, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 15, 17.

⁷⁹⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

⁷⁹⁸ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 16.

⁷⁹⁹ Dahin tendieren nach Jarass, § 14 Rn. 5, die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

⁸⁰⁰ Jarass, § 14 Rn. 5. Näher o. Rn. 1178.

tionellen Ehebegriff.⁸⁰¹ Das EuGH-Urteil *Grant* hat also immer noch Bestand, von der Konzeption des BVerfG zum *Lebenspartnerschaftsgesetz*-Urteil wird ebenfalls nicht abgewichen. Damit besteht weiterhin ein Gleichklang zwischen EMRK, EGRC und auch dem Grundgesetz.

5. Eheschutz unabhängig von Familiengründung und -planung

Der Schutz von Ehe und Familie beruht aber schon nach der ausdrücklichen Formulierung von Art. 9 EGRC auf zwei verschiedenen Rechten, ist also getrennt. Daher greift der Eheschutz auch dann ein, wenn noch keine Familie besteht, und weiter gehend, selbst wenn keine beabsichtigt ist. Die Ehe ist also nicht in ihrer Funktion als „verlässliche Basis für die Erziehung gemeinsamer Kinder“ geschützt,⁸⁰² wenngleich eine solche Funktion nicht ausgeschlossen ist. Wird die Ehe in dieser Funktion allerdings beeinträchtigt, wird zugleich die Familiengründung behindert, so dass entsprechende staatliche Maßnahmen an dieser Gewährleistung zu messen sind. Im Übrigen aber ist die Ehe weit darüber hinaus geschützt, auch wenn sie sich auf eine reine Partnerschaft beschränkt. Umgekehrt ist natürlich die freie Entscheidung für Kinder im Rahmen der Ehe nicht ausgeschlossen und auch ein Ausdruck des Ehelebens. 1507

II. Weiterungen und Grenzen

1. Transsexuelle Ehen

Da die Ehe vom Schutz der Familie losgelöst ist, haben auch Personen ein Recht auf Eheschließung, welche keine Nachkommen zeugen können. Das gilt für Transsexuelle. Sie sind daher gleichfalls durch Art. 9 EGRC in ihrem Recht auf Eheschließung geschützt.⁸⁰³ Damit bewegt man sich auf dem Fundament, das der EGMR mittlerweile auch für Art. 12 EMRK geschaffen hat. Angesichts der Fortschritte in Medizin und Wissenschaft können danach auch Gleichgeschlechtliche heiraten; dieses Recht kann ihnen nicht allein unter Verweis auf biologische Kriterien verweigert werden.⁸⁰⁴ 1508

Im Gegensatz zu homosexuellen fallen damit transsexuelle Ehen in den Schutzbereich von Art. 9 EGRC. Darin liegt deshalb kein Widerspruch, weil es sich hier jedenfalls nach ihrem subjektiven Empfinden und auch im Gefolge von Operatio- 1509

⁸⁰¹ Etwa auch *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 20 Rn. 15 f.; bes. deutlich *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 17.

⁸⁰² Dahin *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 17 unter Verweis auf BVerfGE 76, 1 (51).

⁸⁰³ EuGH, Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541 (579, Rn. 33) – National Health Service.

⁸⁰⁴ EGMR, Urt. vom 11.7.2002, Nr. 28957/95 (Rn. 97 ff.), NJW-RR 2004, 289 (293 f.) – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich in Abkehr von der früheren Rspr. Für die „traditionelle“ Haltung s. Urt. vom 17.10.1986, Nr. 9532/81 (Rn. 49 f.), Ser. A 106 – Rees/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 27.9.1990, Nr. 10843/84 (Rn. 46), Ser. A 184 – Cossey/Vereinigtes Königreich sowie Urt. vom 30.7.1998, Nr. 22985/93 u. 23390/94 (Rn. 66), ÖJZ 1999, 571 (574) – Sheffield u. Horsham/Vereinigtes Königreich.

nen um verschiedengeschlechtliche Personen handelt, so dass das Grunderfordernis einer Ehe als Verbindung von Mann und Frau gewahrt bleibt.

2. Heiratsalter

- 1510** Art. 9 EGRC knüpft im Gegensatz zu Art. 12 EMRK das Recht, eine Ehe einzugehen, nicht an die Erreichung eines Heiratsalters. Dessen Festlegung obliegt ohnehin den Mitgliedstaaten.
- 1511** Allerdings will damit auch Art. 9 EGRC nicht die Bahn dafür freimachen, etwa schon Kinder im Wege der so genannten arranged marriage zu verheiraten. Vielmehr ist mit positiven Rechten regelmäßig auch die negative Kehrseite verbunden. Diese bildet im Rahmen von Art. 9 EGRC, eine Ehe gerade nicht einzugehen.⁸⁰⁵ Dieses Recht wird indes vereitelt, wenn Kinder, welche noch nicht die Einsichtsfähigkeit für eine Ehe haben, bereits Partnern fest versprochen werden. Damit wird letztlich auch ihr positives Recht, eine Ehe einzugehen, unterlaufen, weil sie dann schon verheiratet bzw. versprochen sind. Daher ist auch eine Heirat im Rahmen von Art. 9 EGRC nur möglich, wenn das Heiratsalter jedenfalls in Form der Einsichtsfähigkeit gegeben ist. Insbesondere ist die Selbstbestimmung bei der Eingehung der Ehe zu wahren.

3. Scheidung

- 1512** Art. 9 EGRC schützt wie Art. 12 EMRK nur das Recht, eine Ehe einzugehen, nicht hingegen, sie später wieder zu lösen. Das Recht auf Scheidung wird daher nicht umfasst.⁸⁰⁶ Da auf einer Scheidung basierend, wird auch ein Recht auf Wiederheirat nicht zum Normkern gezählt.⁸⁰⁷ Allerdings spezifiziert Art. 9 EGRC nicht näher, ob es sich um eine erstmalige oder um eine zweite Ehe handelt. Wird das Recht auf Scheidung verweigert, kommt eine zweite Ehe faktisch nicht in Betracht. Insoweit wird durchaus die Eheschließungsfreiheit beschränkt. Jedenfalls wird bei einer Einschränkung der Scheidung das Recht auf Privatleben nach Art. 7 EGRC beeinträchtigt.⁸⁰⁸
- 1513** In der EMRK wird die Auflösung der Ehe in Art. 5 des Protokolls Nr. 7 ausdrücklich angesprochen. Damit wird die Möglichkeit der Scheidung offenbar vorausgesetzt.⁸⁰⁹ Betont man die Parallelität von Art. 9 EGRC zur EMRK, besteht die andere Möglichkeit darin, diese Vorschrift aus dem Protokoll Nr. 7 mangels ausdrücklicher Regelung in der Grundrechtecharta in Art. 9 EGRC hineinzulesen und dadurch den Wortlaut zu überspielen.

⁸⁰⁵ Bereits *Frowein/Peukert*, Art. 12 Rn. 4, der zudem berechtigterweise eine klare Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens annimmt.

⁸⁰⁶ Für Art. 12 EMRK s. EGMR, Urt. vom 18.12.1986, Nr. 9697/82 (Rn. 51 ff.), EuGRZ 1987, 313 (316 f.) – Johnston u.a./Irland; Urt. vom 18.12.1987, Nr. 11329/85 (Rn. 33, 38), EuGRZ 1993, 130 (131 f.) – F./Schweiz; *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 19.

⁸⁰⁷ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 9 Rn. 15.

⁸⁰⁸ *Jarass*, § 14 Rn. 6.

⁸⁰⁹ *Grabenwarter*, § 22 Rn. 61.

C. Familiengründung

I. Loser Bezug zur Ehe und Einbeziehung Alleinstehender

Neben dem Recht auf Eheschließung gibt Art. 9 EGRC das Recht, eine Familie zu gründen. Jeweils als eigenes Recht gekennzeichnet, sind beide Vorgänge voneinander getrennt zu sehen, eine Familiengründung kann also auch unabhängig von einer Ehe erfolgen.⁸¹⁰ Das verdeutlicht gerade die textuelle Veränderung gegenüber Art. 12 EMRK.⁸¹¹ **1514**

Die Abfolge der Rechte, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, deutet freilich an, dass in erster Linie Familiengründungen nach dem Eingehen einer Ehe geschützt sind. Indes ist auch der Familienbegriff nach Art. 7 EGRC wesentlich weiter. Entscheidend ist nur, dass Kinder vorhanden sind. Diese können daher auch im Rahmen von nichtehelichen Lebensgemeinschaften oder sonstigen unverheirateten Paaren zur Welt kommen. Hingegen soll einer alleinstehenden Person nicht das Recht, eine Familie zu gründen, zustehen.⁸¹² Indes wird dies kaum mehr den gewandelten gesellschaftlichen Auffassungen gerecht. Der Schutz reicht daher jedenfalls potenziell weiter; zumindest haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, das Recht zur Familiengründung auch Alleinstehenden oder unverheiratet Zusammenlebenden zuzugestehen.⁸¹³ **1515**

Damit entsteht allerdings in den Mitgliedstaaten ein unterschiedlicher Familienbegriff, was bereits für die Bestimmung der Ehe als problematisch angesehen wurde.⁸¹⁴ Zudem widerspricht eine derart begrenzte Konzeption dem weiten Familienbegriff nach Art. 7 EGRC, bei dem sämtliche gelebte Beziehungen zwischen Kind und einem Elternteil erfasst werden. Daher ist der Familienbegriff nach Art. 9 EGRC auch auf solche Beziehungen zu erstrecken. Es bleibt indes den Mitgliedstaaten überlassen, die Gründung auch dieser Familien näher zu gewährleisten. Auch solche Familien werden aber nach Art. 9 EGRC geschützt. **1516**

II. Tatsächliches Familienleben

Damit ist es denkbar, dass die Mitgliedstaaten die Familien, in welchen die Paare verheiratet sind bzw. zusammenleben, stärker schützen als diejenigen, welche lediglich um Alleinstehende gruppiert sind. Indes müssen für solche unterschiedli- **1517**

⁸¹⁰ Vgl. umgekehrt o. Rn. 1507.

⁸¹¹ S.o. Rn. 1494, 1502 ff. sowie *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 9 Rn. 9.

⁸¹² Für Art. 12 EMRK s. EKMR, *Entsch.* vom 10.7.1975, Nr. 6482/74 (Rn. 2), DR 7, 77 – X./Belgien u. Niederlande. Hier wird festgestellt, dass eine alleinstehende Person nicht das Recht „eine Familie zu gründen“, für sich in Anspruch nehmen kann und die Beziehung zwischen Adoptiveltern und -kindern nach Art. 8 geschützt ist; trotzdem kann daraus keine positive Pflicht des Staates alleinstehenden Personen die Adoption zuzugestehen, abgeleitet werden.

⁸¹³ Dahin zu Recht *Grabenwarter*, § 22 Rn. 62; ihm folgend *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 20 Rn. 23.

⁸¹⁴ S.o. Rn. 1503.

chen Gewährleistungen sachliche Gründe vorliegen. Es darf keine Diskriminierung gegeben sein. Damit wird man immer noch dem Anliegen des Präsidiums des Konvents gerecht, die Begriffe Ehe und Familie offen „im Hinblick auf die gesellschaftliche Entwicklung“ zu halten, ohne sie „nahezu völliger gesetzgeberischer Beliebigkeit in den Mitgliedstaaten“ zu überlassen.⁸¹⁵

- 1518** Zugleich ist die besondere Erwähnung der Ehe in Art. 9 EGRC ein Ansatz für Privilegierungen darauf gestützter Familiengründungen.⁸¹⁶ Allerdings ist damit nicht eine entsprechende Beschränkung der Familiengründung auf Ehepaare verlangt, auch wenn es um die eigenständige rechtliche Absicherung spezifischer individueller Initiative geht und nicht um die bloße Anerkennung faktisch bestehender Schutz- und Betreuungsverhältnisse.⁸¹⁷ Zwischen beiden Phänomenen besteht deshalb ein enger Zusammenhang, weil eine Familiengründung auch im Hinblick darauf erfolgt, in welchem Umfang das spätere Familienleben garantiert ist.
- 1519** In Übereinstimmung mit Art. 7 EGRC ist nur zu fordern, dass die entsprechenden Verbindungen tatsächlich gelebt werden (sollen). Es muss mithin der feste Wille bestehen, eine faktische Familie zu gründen, die diesen Namen auch verdient. Ein dauerndes loses Band über weite Entfernungen hinweg, ohne dass sich die Familienmitglieder regelmäßig sehen, wird daher nicht erfasst.
- 1520** Wodurch die Beziehungen zu den Kindern zustande kommen, tritt mithin zurück. Entsprechend dem Schutz des Familienlebens nach Art. 7 EGRC zählt allein die tatsächliche Verbindung. Daher werden nicht nur Familiengründungen durch leibliche Kinder erfasst, sondern auch solche durch Adoptionen. Lässt man es zu, dass auch nicht verheiratete Paare und sogar Alleinstehende eine Familie gründen,⁸¹⁸ haben auch sie ein Recht auf Adoption.⁸¹⁹ Hingegen besteht kein Anspruch, gerade ein bestimmtes Kind zu adoptieren, da es nicht von diesen Eltern abstammt.

D. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigung

I. Formelle und materielle Beeinträchtigungen

- 1521** Wie auch im Rahmen des Privat- und Familienlebens nach Art. 7 EGRC erfolgen Beeinträchtigungen insbesondere durch Begrenzungen der Entfaltung besonderer sexueller Ausrichtungen und durch Trennungen. Daraus erwächst auch eine erhebliche ausländerrechtliche Relevanz, weil Drittstaatsangehörige und Staatenlose

⁸¹⁵ So *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 20.

⁸¹⁶ Insoweit ist *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 24 zuzustimmen. So auch EuGH, Rs. C-249/96, Slg. 1998, I-621 (648, Rn. 35) – Lisa Jacqueline Grant.

⁸¹⁷ Mit diesem Ansatz *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 23; beschränkend auch im Hinblick auf Art. 12 EMRK *Frowein/Peukert*, Art. 12 Rn. 6.

⁸¹⁸ S.o. Rn. 1515.

⁸¹⁹ Strikt abl. allerdings EKMR, Entsch. vom 10.7.1975, Nr. 6482/74 (Rn. 2), DR 7, 77 – X./Belgien u. Niederlande; Entsch. vom 15.12.1977, Nr. 7229/75 (Rn. 2), DR 12, 33 – X. u. Y./Vereinigtes Königreich; *Frowein/Peukert*, Art. 12 Rn. 6 a.E.; *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 22; weiter dagegen *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 20 Rn. 23.

ebenfalls in den Genuss des Menschenrechts nach Art. 9 EGRC kommen.⁸²⁰ Allerdings geht es, weil das Eingehen und die Gründung geschützt werden, auch um formale Hürden. Demgegenüber zählt im Rahmen von Art. 7 EGRC eher eine Behinderung des tatsächlichen Lebens.

Aber auch materielle Benachteiligungen können Beeinträchtigungen auslösen, indem sie von einer Ehe bzw. von der Gründung einer Familie abhalten. Insoweit können auch Parallelen zu Art. 7 EGRC gezogen werden. Wird das spätere Ehe- bzw. Familienleben beeinträchtigt, kann dies davon abhalten, solche Lebensformen überhaupt zu wählen. **1522**

II. Regulierung und Schutz

Schon mangels Kompetenz wird die Union im Bereich von Ehe und Familie kaum Regulierungen treffen. Ihre Organe haben aber bei Rechtsakten aus anderen Materien darauf zu achten, dass sie nicht indirekt das Eheschließungs- und das Familiengründungsrecht beeinträchtigen, indem etwa unüberwindliche Schwierigkeiten für diesen Schritt aufgerichtet werden. Insbesondere haben sie gegenüber den Mitgliedstaaten durchzusetzen, dass diese tatsächlich die in Art. 9 EGRC vorausgesetzte Gewährleistung sicherstellen. Ihnen obliegt zwar die nähere Ausgestaltung. Diese muss aber das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, auch ausübbar machen. Daher müssen die Mitgliedstaaten entsprechende Rechtsformen zur Verfügung stellen.⁸²¹ Dadurch haben sie die institutionelle Garantie nach Art. 9 EGRC auszufüllen und zugleich einen Mindeststandard zu liefern. **1523**

Ein solcher Mindeststandard umfasst auch, die Ehe und die Familie bei ihrer Begründung und bei ihrem Start tatsächlich vollziehbar zu machen. Das schließt ein, sie auch gegenüber privaten Dritten zu schützen. Insoweit erwächst eine Schutzpflicht, welche verletzt wird, wenn kein hinreichender Schutz für das Eingehen einer Ehe bzw. die Gründung einer Familie besteht, etwa weil durch unzumutbare Arbeitsbedingungen die Möglichkeit von Frauen, ein Kind ordnungsgemäß auszutragen, beeinträchtigt wird. Hier ist dann auch die Union gefordert, entsprechende Regelungen zu erlassen, wenn sie auf mitgliedstaatlicher Ebene Schutzdefizite feststellt. Mithin handelt es sich um eine umfassende Gewährleistung, welche vor staatlichen Beeinträchtigungen schützt, aber auch vor einem Zurückbleiben hinter Schutzmaßnahmen im Hinblick auf Gefährdungen und Störungen durch Dritte.⁸²² **1524**

⁸²⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 23.

⁸²¹ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 20 Rn. 25.

⁸²² Beide Seiten betonend auch Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 22; ebenso Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 20 Rn. 25.

III. Unterschreitung des Mindestniveaus

- 1525** Insbesondere müssen also die Mitgliedstaaten das durch Art. 9 EGRC geforderte Mindestgewährleistungsniveau halten, dass eine Ehe eingegangen und eine Familie gegründet werden kann. Weil Art. 9 EGRC über dieses Mindestniveau hinaus die nähere Ausgestaltung den einzelstaatlichen Gesetzen überlässt, liegt eine Beeinträchtigung lediglich dann vor, wenn die Ausübung dieser beiden Rechte als solcher unterlaufen wird. Das ist unmittelbar dann der Fall, wenn die Ehe bzw. die Familie aufgehoben oder in ihrem nach Art. 9 EGRC definierten Mindestgewährleistungsgehalt wesentlich umgestaltet werden.⁸²³ Faktisch wird das Recht auf Eingehen einer Ehe und Gründung einer Familie vorenthalten, wenn es nicht als subjektives Recht ausgestaltet und vor Gericht effektiv durchsetzbar ist. Ein entsprechender Rechtsweg ist daher vorzuhalten.⁸²⁴
- 1526** Mittelbar kann die Eingehung einer Ehe dadurch ausgeschlossen werden, dass hohe formelle bzw. materielle Hürden errichtet werden.⁸²⁵ Solche Beeinträchtigungen können aus Eheverboten und -hindernissen erwachsen. Bestimmte Jahrgänge werden gänzlich ausgeschlossen, wenn ein hohes Heiratsalter festgesetzt wird. Klassische, durch den Gesundheitsschutz für Nachkommen legitimierte Eheverbote sind solche zwischen Verwandten in gerader Linie und zwischen zumindest halbblütigen Geschwistern. Verboten werden kann auch die Mehrehe.⁸²⁶ Sie widerspricht bereits dem Wesen der durch Art. 9 EGRC garantierten herkömmlichen Ehe in ihrer abendländischen Form.⁸²⁷
- 1527** Für Ausländer besonders belastend wirken Ehefähigkeitsbescheinigungen, die sie aus ihrem Heimatstaat beibringen müssen.⁸²⁸ Allerdings kann für Ehefähigkeitsbescheinigungen dann, wenn nur durch sie der Ledigenstatus des Heiratswilligen nachgewiesen werden kann, eine Berechtigung bestehen. Eine solche ist hingegen bei Eheverboten regelmäßig ausgeschlossen.⁸²⁹
- 1528** Zwar obliegt die nähere Ausgestaltung der Eheschließungsfreiheit dem nationalen Recht.⁸³⁰ Dieses darf aber nicht faktisch die Eheschließung als solche vereiteln. So darf selbst Gefangenen ohne Freigang die Eingehung einer Ehe nicht gänzlich vorenthalten werden.⁸³¹ Weil die Eheschließungsfreiheit durch Art. 9 EGRC als solche grundsätzlich vorgegeben ist, dürfen die nationalen Regelungen sie auch

⁸²³ S. Schmitz, JZ 2001, 833 (841).

⁸²⁴ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 14; Tettinger, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 28.

⁸²⁵ Näher Palm-Risse, Völkerrechtlicher Schutz von Ehe und Familie, 1990, S. 156 ff.

⁸²⁶ Für beide Ausschlüsse Tettinger, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 32. Zu Art. 12 EMRK EGMR, Urt. vom 18.12.1986, Nr. 9697/82 (Rn. 52), EuGRZ 1987, 313 (316) – Johnston u.a./Irland.

⁸²⁷ S.o. Rn. 1500 ff.

⁸²⁸ S. die Beispiel bei Grabenwarter, § 22 Rn. 63.

⁸²⁹ EGMR, Urt. vom 18.12.1987, Nr. 11329/85 (Rn. 38 ff.), EuGRZ 1993, 130 (132) – F./Schweiz.

⁸³⁰ Darauf in diesem Zusammenhang verweisend Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 20 Rn. 27.

⁸³¹ EKMR, Entsch. vom 13.10.1977, Nr. 7114/75 (Rn. 7), DR 10, 174 – Hamer/Vereinigtes Königreich; Ber. vom 10.7.1980, Nr. 8186/78 (Rn. 62, 64), DR 24, 72 – Draper/Vereinigtes Königreich.

nicht unverhältnismäßig beschränken. Das kann vor allem in zeitlicher Hinsicht erfolgen, so wenn im Einzelfall eine lange Wartezeit nach einer Scheidung verlangt wird, bis eine neue Ehe eingegangen werden kann.⁸³²

Damit beinhaltet Art. 9 EGRC wie Art. 12 EMRK nicht nur eine Wesensgehaltsgarantie, sondern die Grundsatzentscheidung für die Freiheit der Eheschließung verlangt weiter gehend eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dahin wurde denn auch Art. 12 EMRK fortentwickelt.⁸³³ Wie andere Grundrechtseinschränkungen auch bedürfen sie einer gesetzlichen Grundlage.⁸³⁴ Insoweit haben die Mitgliedstaaten ebenfalls nicht nur eine Gestaltungsfreiheit, sondern zudem eine Festlegungspflicht. **1529**

IV. Ausgestaltung finanzieller Leistungen

Finanzielle Leistungen an Ehepaare und auch an Familien beeinträchtigen hingegen regelmäßig Art. 9 EGRC nicht, auch wenn sie negative Auswirkungen auf die Gründung der jeweiligen Lebensform haben. Art. 9 EGRC enthält nur eine Mindestgewährleistung und beinhaltet daher nicht ein staatliches Leistungsrecht. Weil Art. 9 EGRC nur einen Mindeststandard festschreibt, bleiben auch mögliche negative Folgewirkungen einer Heirat, welche für diese selbst nicht prohibitiv wirken, außer Betracht, so wenn eine Behindertenrente verloren geht.⁸³⁵ Die Mitgliedstaaten müssen mithin nur die Eingehung einer Ehe und die Gründung einer Familie als solche gewährleisten, hingegen nicht finanziell alimentieren. Soweit sich Diskriminierungen etwa daraus ergeben, dass transsexuelle Paare benachteiligt werden, bedarf es einer Prüfung am Maßstab des Diskriminierungsverbots,⁸³⁶ nicht hingegen an Art. 9 EGRC. So ist auch nicht an Art. 9 EGRC zu messen, wenn Ehegatten und nicht verheiratete Paare unterschiedlich besteuert werden.⁸³⁷ **1530**

V. Ausländerrechtliche Maßnahmen

Ausländerrechtliche Maßnahmen müssen zwar ebenfalls auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgen, haben aber auch eine deutliche Vollzugskomponente und da- **1531**

⁸³² S. EGMR, Urt. vom 18.12.1987, Nr. 11329/85 (Rn. 36), EuGRZ 1993, 130 (132) – F./Schweiz, ohne allerdings (damals) eine solche Klausel generell abzulehnen.

⁸³³ Grabenwarter, § 22 Rn. 65.

⁸³⁴ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 20 Rn. 29.

⁸³⁵ EKMR, Entsch. vom 16.5.1985, Nr. 10503/83 (Rn. 2), DR 42, 162 – Kleine Staarman/Niederlande.

⁸³⁶ S. EuGH, Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541 (577 f. Rn. 26) – National Health Service; s. nunmehr die RL 2000/78/EG (des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16), welche eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung verbietet.

⁸³⁷ EKMR, Entsch. vom 11.11.1986, Nr. 11089/84 (The Law Rn. 3), DR 49, 181 – Lindsay/Vereinigtes Königreich auch unter Verweis auf die regelmäßigen steuerlichen Vergünstigungen nach einer Heirat.

mit faktische Seite, welche einfach eine Heirat tatsächlich unmöglich macht. Das gilt etwa bei Ausweisungen, Auslieferungen oder Einreiseverboten, wenn der Partner in einem anderen Staat lebt. Weil Art. 9 EGRC aber die Schließung einer Ehe schützt, mithin noch kein nachweisbares offizielles Band zwischen den zukünftigen Partnern besteht, muss eine konkrete Planung der Heirat substantiiert dargelegt werden und nur in dem gewünschten Staat zu verwirklichen sein.⁸³⁸

- 1532** Parallele Schwierigkeiten ergeben sich für das Recht auf Familiengründung. Hier ist zu prüfen, ob der Partner einer von ausländerrechtlichen Maßnahmen betroffenen Person dieser nicht zumutbar folgen kann.⁸³⁹ Aber auch dadurch wird die Familiengründung erschwert und für eine bestimmte Zeit möglicherweise ausgeschlossen, bis nämlich die Partner in dem neuen Staat beide Fuß gefasst haben. Daher ist eher wie im Rahmen der Einschränkung des Privat- und Familienlebens darauf zu achten, welche Gründe die ausländerrechtlichen Maßnahmen tragen. Es ist erforderlich, dass von der konkret betroffenen Person eine aktuelle Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. Bei Personen aus Nicht-EU-Staaten mögen auch weniger schwer wiegende Gründe in Betracht kommen, weil diese Personen kein Aufenthaltsrecht nach europarechtlichen Vorschriften genießen.⁸⁴⁰

VI. Sonstige Beeinträchtigungen der Familiengründung

- 1533** Die Familiengründung kann wie die Eheschließung nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch erschwert bzw. unmöglich gemacht werden. Ein Beispiel bildeten bereits ausländerrechtliche Maßnahmen.⁸⁴¹ Vergleichbar ist die Inhaftierung, wenn ein Partner ständig isoliert ist. Rechtfertigend wirken allerdings Sicherheitsbedenken, so wenn ein Schwerverbrecher zu fliehen droht oder bei einem Zusammenreffen mit dem Ehepartner mit Waffen versorgt wird. Unbeachtlich sind hingegen finanzielle Schwierigkeiten. Art. 9 EGRC ist kein Leistungsrecht.⁸⁴²
- 1534** Unmittelbar beeinträchtigt wird die Freiheit der Familiengründung durch staatliche Regelungen, welche die Kinderzahl beschränken, sowie durch staatlich angeordnete medizinische Eingriffe wie die Zwangssterilisation.⁸⁴³ Während im ersten Fall das Recht, so viele Kinder zu haben wie gewünscht, angetastet ist, wird die Familiengründung im zweiten Fall gänzlich unmöglich gemacht. Das kann auch der Fall sein, wenn Adoptionen eingeschränkt oder die künstliche Fortpflanzung begrenzt oder gar ausgeschlossen wird.⁸⁴⁴

⁸³⁸ EKMR, Entsch. vom 12.7.1976, Nr. 7175/75, DR 6, 138 – X./Deutschland.

⁸³⁹ EKMR, Entsch. vom 16.7.1965, Nr. 2535/65 (Abschnitt „En Droit“), CD 17, 28 (30) – X./Deutschland; Entsch. vom 3.10.1972, Nr. 5301/71, CD 43, 82 (84) – X./Vereinigtes Königreich.

⁸⁴⁰ S.o. 1319 ff.

⁸⁴¹ S.o. Rn. 1532.

⁸⁴² S.o. Rn. 1530.

⁸⁴³ Grabenwarter, § 22 Rn. 63.

⁸⁴⁴ Grabenwarter, § 22 Rn. 63; zu Letzteren auf der Basis des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 EMRK *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (126 ff.).

Weil Art. 9 EGRC kein Leistungsrecht bildet,⁸⁴⁵ geht es dabei nicht um Beschränkungen der finanziellen Unterstützung. Aus Gründen der Menschenwürde wird allerdings immer wieder gefordert, die künstliche Fortpflanzung einzuschränken. Besonderer Diskussionsbedarf wird für Regelungen zur Insemination erwartet, die diese etwa auf die homologe Insemination oder auf Samenzellen lebender Personen beschränken.⁸⁴⁶ Hier sind dann der Schutz der Menschenwürde und die Familiengründungsfreiheit in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen. Insofern greift also eine grundrechtsunmittelbare Schranke. 1535

Im Übrigen sind Art. 9 EGRC und Art. 12 EMRK weitestgehend deckungsgleich, so dass sich die Schranken entsprechend Art. 52 Abs. 3 EGRC nach denen der EMRK bemessen.⁸⁴⁷ Soweit Art. 9 EGRC über Art. 12 EMRK hinausgeht, weil auch gleichgeschlechtliche und nichteheliche Lebensgemeinschaften mit den Kindern in den Familienschutz einzubeziehen sind,⁸⁴⁸ zählen die Einschränkungen nach Art. 52 Abs. 1 EGRC,⁸⁴⁹ die sich aber im Kern nicht von denen nach der EMRK unterscheiden. Das gilt, obwohl Art. 12 EMRK nicht wie Art. 8 EMRK einen ausdrücklichen Eingriffsvorbehalt enthält. Dieser ist auch nicht etwa zu übertragen.⁸⁵⁰ Allerdings enthält die ausdrückliche Schrankenregelung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK weitestgehend die allgemein anerkannten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, welche auch im Rahmen von Art. 12 EMRK herangezogen werden. Das erweisen der Gesetzesvorbehalt und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. 1536

E. Prüfungsschema zu Art. 9 EGRC

1. **Schutzbereich** 1537
 - a) **Eingehen Ehe (auch trans-, nicht homosexuelle)**
 - b) **Gründung Familie**
2. **Beeinträchtigung**

keine Mindestausgestaltung (nicht finanziell)
3. **Rechtfertigung**
 - a) **Nachweis Ehevoraussetzungen**
 - b) **Gefahr für öffentliche Sicherheit bei ausländerrechtlichen Maßnahmen**

⁸⁴⁵ S.o. Rn. 1530.

⁸⁴⁶ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 9 Rn. 33 m.w.N.

⁸⁴⁷ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 20 Rn. 30.

⁸⁴⁸ S.o. Rn. 1515.

⁸⁴⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 673.

⁸⁵⁰ Dies wird allgemein abgelehnt, Grabenwarter, § 22 Rn. 65; Fahrenhorst, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, 1994, S. 171 f.

§ 7 Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit

A. Einordnung und Bedeutung

I. Übereinstimmung mit der EMRK

1. Enger Zusammenhang der Einzelfreiheiten

1538 Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit ist in Art. 10 Abs. 1 EGRC praktisch wortgleich mit Art. 9 Abs. 1 EMRK niedergelegt. Wie dort werden die innere Seite, also insbesondere die Gedanken-, aber auch die Gewissens- und Religions(bildungs-)freiheit sowie die äußere Bekundung und damit die Gewissens- und Religions(äußerungs-)freiheit zusammengezogen. Es bestehen ohnehin enge Verbindungen zwischen diesen beiden Seiten sowie zwischen den drei Freiheiten.⁸⁵¹

1539 So beinhaltet bereits die Gewissensfreiheit sowohl das Treffen von bestimmten Entscheidungen aufgrund innerer Verpflichtungen als auch ein entsprechend nach außen sichtbar werdendes Verhalten.⁸⁵² Die Gewissensfreiheit kann dazu führen, dass Gedanken gefasst werden (Gedankenfreiheit), die sich in einem bestimmten Glauben verdichten können, der dann wieder über die Religionsfreiheit gewährleistet ist. Umgekehrt kann eine Gewissensentscheidung auf bestimmten Gedanken basieren bzw. einem Glauben und damit der Religionsfreiheit entspringen.

1540 Daher war es sachgerecht, alle drei Freiheiten in einer Vorschrift zu vereinigen. Das ändert aber nichts daran, dass es sich gleichwohl um drei verschiedene Grundrechtsausprägungen⁸⁵³ handelt, die teilweise auch unterschiedliche Konsequenzen mit sich bringen. Indem die Religionsfreiheit neben der Gewissens- und Gedankenfreiheit gewährleistet ist, wird auch der Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 GG voll abgedeckt, der zwischen der Freiheit des Glaubens und des Gewissens als zumindest in erster Linie innere Komponenten und der Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses als äußere Komponente explizit unterscheidet. Die Glaubens- und die Bekenntnisfreiheit werden somit in Art. 10 Abs. 1 EGRC unter der Religionsfreiheit zusammengezogen.

2. Nähere Umschreibung der Bekenntnisfreiheit

1541 In Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC wird die Bekenntnisfreiheit als Ausfluss der Religionsfreiheit näher umschrieben und auch auf Weltanschauungen bezogen. Religion oder Weltanschauung dürfen einzeln oder gemeinsam mit anderen, öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht, Bräuche und Riten bekannt werden. Dies entspricht der Formulierung in Art. 9 Abs. 1 HS. 2 EMRK, wo nur etwas ausführlicher von „Praktizieren von Bräuchen und Riten“ die Rede ist.

⁸⁵¹ Etwa Bernsdorff, in: Meyer, Art. 10 Rn. 11.

⁸⁵² Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 16.

⁸⁵³ Nicht Grundrechte, s.u. Rn. 1573.

Ebenso wie in der EMRK wird explizit das Recht aufgeführt, die Religion oder Weltanschauung zu wechseln. Gleichklang besteht auch insoweit, als trotz entsprechender Änderungsvorstöße im Grundrechtekonvent die Entfaltung der negativen Religions- bzw. Weltanschauungsfreiheit nicht explizit erwähnt ist. Diese Freiheit wird ohnehin nicht in allen ihren Erscheinungsformen ausgebreitet. Die kollektive Religionsfreiheit in Form der Betätigungsfreiheit der Kirchen und anderer religiöser bzw. weltanschaulicher Vereinigungen blieb im Wortlaut völlig außen vor,⁸⁵⁴ lässt sich aber gleichwohl ableiten.⁸⁵⁵ 1542

3. Zusammenhang von Schutzbereich und Schranken

Infolge dieser praktisch vollständigen Übereinstimmung des Schutzbereichs von Art. 10 Abs. 1 EGRC mit Art. 9 Abs. 1 EMRK greift Art. 52 Abs. 3 EGRC ein, wonach die Rechte der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite wie in der EMRK haben. Diese formt jedenfalls den Mindeststandard. 1543

Hingegen fehlt in Art. 10 EGRC eine Art. 9 Abs. 2 EMRK vergleichbare Schrankenregel. Nach dieser müssen Einschränkungen des Bekenntnisses von Religion oder Weltanschauungen durch Gesetz vorgeschrieben sein und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der öffentlichen Sicherheit, zum Schutz von öffentlicher Ordnung, Gesundheit oder Moral oder von Rechten und Freiheiten anderer notwendig sein. Auch dieser Schrankenvorbehalt macht den besonderen Gehalt der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK aus. 1544

Das belegt auch die Entscheidung des EGMR zum Verbot des islamischen Kopftuchs an türkischen Hochschulen.⁸⁵⁶ In ihr wird nämlich die Neutralitätspflicht des Staates in einer pluralistischen Demokratie sowie die Notwendigkeit des Ausgleichs zwischen verschiedenen religiösen und weltanschaulichen Strömungen verlangt und daraus eine Einschränkung der Glaubensfreiheit abgeleitet. Dieser Ansatz lässt sich besonders gut durch eine Betrachtung der Schrankenregel gewinnen. Er führt aber auch schon im Schutzbereich dazu, die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit als einen Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaft zu betrachten,⁸⁵⁷ ihr also nicht nur individuellen Wert zuzumessen, sondern sie als Wesensbestandteil der Demokratie zu sehen, mit der der Pluralismus untrennbar verbunden ist.⁸⁵⁸ 1545

Gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC haben in der EGRC und in der EMRK übereinstimmende Rechte nicht nur die gleiche Bedeutung, sondern auch die gleiche Tragweite. Die Tragweite wird aber wesentlich durch die Schranken mitbestimmt. Daher sind die Schranken des Art. 9 Abs. 2 EMRK auch im Rahmen von Art. 10 1546

⁸⁵⁴ *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 29 Rn. 3.

⁸⁵⁵ S.u. Rn. 1638 ff.

⁸⁵⁶ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 106 f.), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; dazu näher u. Rn. 1727 f.

⁸⁵⁷ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 104), NVwZ 2006, 1389 (1391) – Leyla Sahin/Türkei.

⁸⁵⁸ Darauf verweist wiederum EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98, (Rn. 104), NVwZ 2006, 1389 (1391) – Leyla Sahin/Türkei.

EGRC heranzuziehen. Sie beziehen sich allerdings nur auf die Ausübungsfreiheit. Die „innere“ Religionsfreiheit und damit die Gedanken-, Gewissens- und Religionsbildungsfreiheit gelten daher schrankenlos.⁸⁵⁹ Dabei ist aber das Diskriminierungsverbot zu wahren. Werden also einige Personen aus bestimmten Gründen befreit, muss dies für alle gelten.⁸⁶⁰

4. Wehrdienstverweigerung

- 1547** In Art. 10 Abs. 2 EGRC wird über Art. 9 EMRK hinaus das Recht auf Wehrdienstverweigerung ausdrücklich gewährleistet. Anerkannt wird es aber nur nach den einzelstaatlichen Gesetzen. Somit richtet sich der Schutz letztlich nach diesen. Damit besteht im Ergebnis kein Unterschied zur EMRK,⁸⁶¹ für welche die EKMR entschieden hat, dass sie kein Recht auf Wehrdienst- und auch Wehersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen enthält, sondern, wie aus Art. 4 Abs. 3 lit. b) EMRK ersichtlich, den Vertragsstaaten vielmehr freistellt, ein solches Recht anzuerkennen oder nicht.⁸⁶²

II. Bezug und Verhältnis zu Vertragsbestimmungen

1. Diskriminierungsvorschriften

a) *Kein unmittelbarer vertraglicher Schutz gegen religiöse Diskriminierungen*

- 1548** Die Religion und die Weltanschauung bieten leicht Anlass für Diskriminierungen und werden daher im Zusammenhang mit Art. 13 EG/19 AEUV ausdrücklich benannt, wonach der Rat Vorkehrungen treffen kann, um entsprechende Diskriminierungen zu vermeiden. Demgegenüber bezieht sich Art. 12 EG/18 AEUV nur auf Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit.
- 1549** Im Gegensatz zu diesem allgemeinen Diskriminierungsverbot wirkt Art. 13 EG/19 AEUV – anders als Art. 21 EGRC⁸⁶³ – nicht unmittelbar, sondern bildet nur eine Rechtsgrundlage für weitere Maßnahmen der Union.⁸⁶⁴ Eine Maßnahme auf der Grundlage von Art. 13 EG/19 AEUV mit Bezug zur Religion und Weltanschau-

⁸⁵⁹ Hölscheidt/Mund, EuR 2003, 1083 (1089); Uerpman-Witzack, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 3 Rn. 34.

⁸⁶⁰ EKMR, Entsch. vom 11.10.1984, Nr. 10410/83, DR 40, 203 (207) – N./Schweden.

⁸⁶¹ Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 21.

⁸⁶² EKMR, Ber. vom 12.12.1966, Nr. 2299/64 (Rn. 32), YB 10 (1967), 626 – Grandrath/Deutschland; Entsch. vom 5.7.1977, Nr. 7705/76 (Rn. 1), DR 9, 196 – X./Deutschland; Entsch. vom 9.5.1984, Nr. 10640/83, DR 38, 219 (222 f.) – A./Schweiz; krit. Blum, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 162 ff.

⁸⁶³ S.u. Rn. 3227 ff.

⁸⁶⁴ Näher etwa Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 EG Rn. 1; Streinz, in: ders., Art. 13 EG Rn. 1; Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 13 EG Rn. 2, 5; anders nur Holoubek, in: Schwarze, Art. 13 EG Rn. 9.

ung ist die RL 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.⁸⁶⁵ Im Bereich des Arbeitslebens untersagt sie grundsätzlich sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen unter anderem aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, und zwar auch solche, die von Privaten ausgehen.⁸⁶⁶

b) Freiheitlicher Ansatz des Religionsgrundrechts

Der Schutz der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit in Art. 10 EGRC beinhaltet auch das Verbot (diskriminierender) Benachteiligungen. Der Ansatz ist aber ein anderer. Art. 10 EGRC gewährleistet die Freiheit von Gedanken, Gewissen und Religion umfassend. Damit bildet es eine Beeinträchtigung eines Freiheitsrechts, wenn eine Benachteiligung bzw. Diskriminierung erfolgt. Demgegenüber denken die Diskriminierungsvorschriften von der Gleichbehandlung her und fassen hierunter – wenn auch nach dem EG/AEUV mit unmittelbarer Wirkung lediglich im Sekundärrecht – die Religion und die Weltanschauung.

Daher schließen sich beide Ansätze nicht aus. Das zeigt sich auch in Art. 4 und Art. 3 Abs. 3 GG. Beide stehen selbstständig nebeneinander. Die juristischen Ansatzpunkte sind zu verschieden. Im Gegenteil enthält die Religionsfreiheit jedenfalls in der durch die EMRK gefundenen Prägung eine Nivellierung des Schutzes der verschiedenen Strömungen dadurch, dass zur Versöhnung der Interessen der unterschiedlichen Gruppen und zur Achtung der Überzeugung jeder Person das Bekenntnis von Religion oder Weltanschauung beschränkt werden kann.⁸⁶⁷

c) Gleichheitsgrundsatz als Prüfungsansatz des EuGH

Die Verbindung zwischen Diskriminierungsverbot und Religions- sowie Bekenntnisfreiheit greift auch der EuGH in seiner bislang einzigen Entscheidung zu diesem Freiheitsrecht auf.⁸⁶⁸ Der Prüfungsansatz war aber rein gleichheitsrechtlich, ausgehend vom Gleichheitsgrundsatz.⁸⁶⁹ Dieser erfasst nicht nur – wie das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EG/18 AEUV – Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch sonstige Ungleichbehandlungen, und zwar

⁸⁶⁵ RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16; auch zu den übrigen Gleichbehandlungsrichtlinien *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 298 (311 ff.).

⁸⁶⁶ Im Einzelnen *Wiedemann/Tühsing*, NZA 2002, 1234 ff.; *Whittle*, ELRev. 27 (2002), 303 ff.; spezifisch zur Bindung Privater *Wernsmann*, JZ 2005, 224 ff.; zur problematischen Umsetzung in nationales Recht *Kummer*, Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/78/EG), 2003, S. 5 ff.; zu den Konsequenzen für Kirchen *Reichegger*, Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime, 2005, S. 157 ff.

⁸⁶⁷ S. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 106), NVwZ 2006, 1389 (1392) – *Leyla Sahin/Türkei*; näher dazu u. Rn. 1717 ff.

⁸⁶⁸ Entsprechend dem Vortrag der Klägerin in EuGH, Rs. 130/75, Slg. 1976, 1589 (1598, Rn. 6/9) – *Prais*.

⁸⁶⁹ EuGH, Rs. 130/75, Slg. 1976, 1589 (1599, Rn. 12/19) – *Prais*.

als in ständiger Rechtsprechung anerkanntes Grundprinzip des Unionsrechts mit unmittelbarer Wirkung.⁸⁷⁰

- 1553 Im Fall *Prais* ging es um die Ablegung von schriftlichen Prüfungen zum gleichen Zeitpunkt durch alle Bewerber. Ein Bewerber konnte an dem festgelegten Tag aus religiösen Gründen nicht teilnehmen. Wird er trotzdem geladen, kann darin eine Ungleichbehandlung liegen. Mit diesem Bezugspunkt erlangte die Religionsfreiheit Bedeutung. Gleichwohl begründete der EuGH sein Ergebnis, eine Terminverschiebung müsse nur erfolgen, wenn die religiösen Gründe rechtzeitig vor der Festsetzung des Prüfungstages mitgeteilt wurden, mit den „erwähnten Grundrechte(n)“. Sie würden die Anstellungsbehörde nicht verpflichten, einen Konflikt mit einer religiösen Forderung zu vermeiden, von deren Existenz sie nicht unterrichtet worden ist. Bei rechtzeitiger Mitteilung müsse sie aber alle sachgerechten Maßnahmen treffen, um zu vermeiden, dass ein Bewerber wegen seiner religiösen Überzeugungen nicht zum Prüfungstag erscheinen kann.⁸⁷¹

d) Implizite Anerkennung der Religionsfreiheit

- 1554 Ist auch der Prüfungsansatz zunächst lediglich der Gleichheitsgrundsatz, geht es in der Sache doch um Behinderungen aus religiösen Gründen, so dass auch die Religionsfreiheit einschlägig ist. Auf deren Ausprägung in Art. 9 EMRK stützte sich denn auch ausdrücklich die Klägerin, ohne dass das Recht auf Religionsfreiheit als auch im Europarecht anzuerkennendes Grundrecht von der Beklagten bestritten wurde.⁸⁷² Der EuGH hat ein solches Recht auf Religionsfreiheit zwar nicht explizit aufgegriffen, es aber konkludent im Kontext der „erwähnten Grundrechte“ benannt, weil ansonsten lediglich der Grundsatz der Gleichbehandlung in Rede stand. Damit hat er die Religionsfreiheit zumindest implizit als europäisches Grundrecht anerkannt.⁸⁷³ Art. 10 EGRC knüpft damit nur an diese Linie an und kodifiziert den bisher bereits bestehenden ungeschriebenen Rechtsgrundsatz. Derart explizit verankert war dieses Grundrecht indes bislang in der EuGH-Rechtsprechung nicht.⁸⁷⁴

2. Grundfreiheiten

a) Religiöse Tätigkeiten

- 1555 Benachteiligungen vermeiden wollen auch die Grundfreiheiten. Ihr Ausgangspunkt sind aber wirtschaftliche Vorgänge, nicht religiöse Überzeugungen. Religionsbezogene Fragen können allerdings bereits die Anwendung der Grundfreiheiten prägen. So stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit einer religiösen Vereinigung gewerb-

⁸⁷⁰ EuGH, Rs. 147/79, Slg. 1980, 3005 (3019, Rn. 7) – Hochstrass. Zum Verhältnis beider Vorschriften *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2915.

⁸⁷¹ EuGH, Rs. 130/75, Slg. 1976, 1589 (1599, Rn. 12/19) – Prais.

⁸⁷² EuGH, Rs. 130/75, Slg. 1976, 1589 (1598, Rn. 6/9 bzw. 10/11) – Prais.

⁸⁷³ *Bausback*, EuR 2000, 261 (270); *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 2; *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 GRCh Rn. 6.

⁸⁷⁴ S. *Schorkopf*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 15 Rn. 50.

lich ist und dergestalt einen Teil des Wirtschaftslebens ausmacht, weil die an Mitglieder gewährten Leistungen eine Gegenleistung für die erbrachten Tätigkeiten bilden. Dann können diese Mitglieder als Arbeitnehmer betrachtet werden, auch wenn sie lediglich den Lebensunterhalt und ein Taschengeld erhalten.⁸⁷⁵ Dementsprechend hat der EuGH die Selbstständigeneigenschaft eines Priesters bejaht, der zwar kein Entgelt als unmittelbare Gegenleistung für seine Tätigkeit erhielt, aber immerhin von Dritten, zu deren Gunsten er tätig war, Leistungen bekam, die es ihm ermöglichten, ganz oder teilweise seinen Lebensunterhalt zu bestreiten.⁸⁷⁶

b) Einschränkung aus religiösen Gründen

Im Übrigen ging es bei den EuGH-Entscheidungen darum, ob die Grundfreiheiten aus religiösen Gründen eingeschränkt werden können, also nicht um eine Begründung von Freiheit, sondern um deren Limitierung. So kann das Engagement in einer religiösen Vereinigung oder Organisation wie der Scientology Church, deren Betätigung von dem Mitgliedstaat als eine Gefahr für die Gesellschaft angesehen wird, als persönliches Verhalten des Betroffenen gewertet werden, das aus Gründen der öffentlichen Ordnung Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtfertigt.⁸⁷⁷ Grenzüberschreitende Direktinvestitionen einer solchen Vereinigung oder Organisation können allerdings nur dann aus Erfordernissen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit entgegen der grundsätzlich gegebenen Kapitalfreiheit beschränkt werden, wenn die besonderen Umstände hierfür im Einzelfall konkret erkannt werden können.⁸⁷⁸

Dass der freie Warenverkehr durch ein Sonntagsöffnungsverbot beschränkt wird, hielt der EuGH für eine berechnete wirtschafts- und sozialpolitische Entscheidung. Sie befindet sich innerhalb der im allgemeinen Interesse liegenden Ziele des Vertrages und wird konkret durch landesweite oder regionale soziale und kulturelle Besonderheiten begründet, deren Beurteilung beim gegenwärtigen Stand des Europarechts Sache der Mitgliedstaaten ist. Sie ist dafür notwendig, sofern dadurch nicht der Warenverkehr spezifisch beschränkt wird.⁸⁷⁹ Seit der *Keck*-Entscheidung liegt ein Sonntagsöffnungsverbot ohnehin grundsätzlich schon außerhalb des Schutzbereichs der Warenverkehrsfreiheit, außer es handelt sich um eine diskriminierende Regelung der Verkaufsmodalitäten zulasten ausländischer Wirtschaftsteilnehmer.⁸⁸⁰

⁸⁷⁵ Bejahend EuGH, Rs. 196/87, Slg. 1988, 6159 (6172 f., Rn. 9 ff.) – Steymann.

⁸⁷⁶ EuGH, Rs. 300/84, Slg. 1986, 3097 (3123 f., Rn. 22 f.) – Van Roosmalen.

⁸⁷⁷ EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1352, Rn. 24) – Van Duyn.

⁸⁷⁸ EuGH, Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335 (1363, Rn. 22 f.) – Eglise de Scientology im Hinblick auf eine vorherige Genehmigungsbedürftigkeit ausländischer Direktinvestitionen.

⁸⁷⁹ EuGH, Rs. C-145/88, Slg. 1989, I-3851 (3889, Rn. 14 ff.) – Torfaen Borough Council.

⁸⁸⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-69 u. 258/93, Slg. 1994, I-2355 (2368 f., Rn. 12 ff.) – Punto Casa; Rs. C-418/93 u.a., Slg. 1996, I-2975 (3005, Rn. 15; 3007, Rn. 24) – Semeraro; s. auch Rs. C-401 u. 402/92, Slg. 1994, I-2199 (2233, Rn. 12 f.) – Boermans; zur grundsätzlichen Änderung durch die *Keck*-Rechtsprechung näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 810 ff. auch mit Auswirkungen im Einzelnen.

3. Vertrag von Amsterdam

- 1558** In Zusätzen zum Vertrag von Amsterdam finden sich spezielle Regelungen zur Religionsfreiheit. Das dem Amsterdamer Vertrag beigelegte Protokoll über den Tierschutz und das Wohlergehen der Tiere⁸⁸¹ ist dabei gem. Art. 311 EG/51 EUV Vertragsbestandteil. Es ermöglicht, religiöse Riten in Tierschutzfragen zu berücksichtigen. Dazu gehört vor allem das Schächten. Ebenso sind rituelle Handlungen an oder mit Tieren wie Opferungen einzubeziehen.⁸⁸² Auch hier bildet die religiöse Entfaltung aber lediglich eine Ausnahme.⁸⁸³
- 1559** Ebenfalls verbindlich, wenn auch nur nach Maßgabe von Art. 31 Abs. 2 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens,⁸⁸⁴ ist die so genannte Kirchenerklärung zum Vertrag von Amsterdam.⁸⁸⁵ Nach ihr achtet die Europäische Union den Status, den Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften bzw. weltanschauliche Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Religionsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht.⁸⁸⁶ Diese Formulierung findet sich nach dem Vertrag von Lissabon in Art. 17 AEUV.
- 1560** Die Union will sich also aus den Beziehungen zwischen Staat und Kirche bzw. religiösen und weltanschaulichen Gemeinschaften heraushalten. Diese bestehen daher nach Maßgabe des mitgliedstaatlichen Rechts und damit in Deutschland nach Art. 4 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV,⁸⁸⁷ den Religionsgemeinschaften steht also hierzulande ein Organisations- und Selbstverwaltungsrecht zu.⁸⁸⁸ Zugleich wird europarechtlich anerkannt, dass ein Staatskirchenrecht bestehen kann, mithin die religionsrechtlichen Regelungen im Ansatz zweigleisig angelegt sind und sich dabei gegenseitig ergänzen und befruchten.⁸⁸⁹

III. Verbindung zu anderen Grundrechtsbestimmungen

1. Diskriminierungsverbot

- 1561** Ein im Gegensatz zu Art. 13 EG⁸⁹⁰ unmittelbar wirkendes Diskriminierungsverbot, welches sich auch auf Diskriminierungen wegen der Religion oder Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung bezieht, enthält Art. 21 Abs. 1

⁸⁸¹ ABl. 1997 C 340, S. 110.

⁸⁸² *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 29 Rn. 10.

⁸⁸³ *Robbers*, in: FS für Listl, 1999, S. 201 (205).

⁸⁸⁴ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. II 1973 S. 505; s. auch *Heintzen*, in: FS für Listl, 1999, S. 29 (32); *Hölscheidt/Mund*, EuR 2003, 1083 (1086).

⁸⁸⁵ Erklärung zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften.

⁸⁸⁶ Dazu m.w.N. *Grzeszick*, ZevKR 48 (2003), 284 ff.; *Waldhoff*, JZ 2003, 978 (984 f.).

⁸⁸⁷ Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919.

⁸⁸⁸ *Hölscheidt/Mund*, EuR 2003, 1083 (1087).

⁸⁸⁹ Im Einzelnen *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 GRCh Rn. 5; *ders.*, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007, S. 251 ff.; näher u. Rn. 1647 ff.

⁸⁹⁰ S.o. Rn. 1549.

EGRC. Die Vorschrift liegt insofern in der Tradition der bereits im EG enthaltenen Diskriminierungsverbote, als auch mittelbare Diskriminierungen erfasst werden.⁸⁹¹ Durch diesen weiten Bereich erfasster Handlungen können sich durchaus Überschneidungen mit der Gewissens- und Religionsfreiheit ergeben.

Die Gedankenfreiheit dürfte allerdings keine Schnittmengen aufweisen, weil eine Diskriminierung lediglich im Hinblick auf nach außen hin bekannte und damit geäußerte Gedanken, also namentlich Religionen oder Anschauungen, erfolgen dürfte; ansonsten ist schwerlich eine Reaktion anderer zu erwarten.⁸⁹² Die Gedankenfreiheit beschränkt sich indes auf das Forum internum.⁸⁹³ **1562**

Demgegenüber ist der Bereich der geäußerten Anschauungen sehr weit. Es werden nicht nur subjektive Einschätzungen geschützt, sondern auch Tatsachenwiedergaben.⁸⁹⁴ Besteht bei der Äußerung aber kein Bezug zur Religion oder das eigene Handeln lenkenden Weltanschauung oder doch zumindest Überzeugung, ist allerdings der Schutzbereich der Meinungsfreiheit eröffnet.⁸⁹⁵ Soweit ein solcher Bezug hingegen vorliegt, können das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 EGRC und die Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EGRC nebeneinander stehen. Erstere erfasst ausschließlich Ungleichbehandlungen, während sich die Gewissens- und Religionsfreiheit auf sämtliche Benachteiligungen und sonstige Beeinträchtigungen erstreckt.⁸⁹⁶ So stehen auch Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 4 Abs. 1 GG nebeneinander. **1563**

Im Bereich der Grundrechte ist daher aufgespalten, was für die Grundfreiheiten zusammengehört, nämlich der Schutz vor Diskriminierungen und anderen Beeinträchtigungen. Letzterer greift jedenfalls dann ein, wenn eine Diskriminierung nicht gegeben ist. Damit ist die Gewissens- und Religionsfreiheit im Ansatz erheblich weiter als das Diskriminierungsverbot, das sich allerdings umgekehrt auch auf Diskriminierungen ohne Bezug zu einer Religion oder einer Anschauung erstreckt. **1564**

Aufgrund des unterschiedlichen Ansatzpunktes werden sich allerdings kaum Überschneidungen ergeben. Ungleichbehandlungen sind spezifisch nach dem Diskriminierungsverbot zu prüfen. **1565**

2. Vielfalt der Religionen

Keine Schutzvorschrift, sondern ein bloßes Achtungsgebot beinhaltet der unmittelbar dem Diskriminierungsverbot nachgelagerte Art. 22 EGRC, wonach die Union die Vielfalt auch der Religionen achtet. Hier wird der pluralistische Ansatz betont. Dieser wird zusätzlich durch den bloßen Verweis der Präambel der Grundrechtecharta auf das geistig-religiöse und sittliche Erbe untermauert, da ein Bekenntnis zum Christentum oder auch nur ein Gottesbezug fehlt.⁸⁹⁷ **1566**

⁸⁹¹ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (6); näher Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 28 sowie u. Rn. 3290.

⁸⁹² Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 38; Gaitanides, in: Heselerhaus/Nowak, § 29 Rn. 22.

⁸⁹³ S. näher u. Rn. 1580.

⁸⁹⁴ Gaitanides, in: Heselerhaus/Nowak, § 29 Rn. 22; näher u. Rn. 1784 ff.

⁸⁹⁵ S.u. Rn. 1752.

⁸⁹⁶ Näher zu den verschiedenen Ansatzpunkten o. Rn. 1550.

⁸⁹⁷ Gaitanides, in: Heselerhaus/Nowak, § 29 Rn. 25.

- 1567** Dieser pluralistische Ansatz ist auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR von zentraler Bedeutung.⁸⁹⁸ Er ist in der EGRC ausdrücklich verankert und hat maßgebliche interpretationsleitende Bedeutung. Im Zweifel haben die zuständigen Organe die religiöse Vielfalt zu beachten.⁸⁹⁹ Der damit zu wahrende Pluralismus kann auch Einschränkungen von Mehrheitsrechten bedingen.⁹⁰⁰ Daraus ergibt sich zwar eine faktische Begünstigung von Minderheiten. Jedoch geht es in Art. 22 EGRC nur um die Vielfalt und nicht um die Respektierung bestimmter Minderheiten, zumal die Vorschrift ein bloß objektiv-rechtliches Achtungsgebot und kein subjektives Recht enthält.⁹⁰¹
- 1568** Der Minderheitenschutz wird damit über Art. 10 Abs. 1 EGRC gewährleistet. Art. 22 EGRC gewinnt hier nur insoweit Bedeutung, als er diesen Minderheitenschutz inhaltlich mitprägen kann. Für Weltanschauungen ist Art. 22 EGRC ohnehin jedenfalls von seinem Wortlaut her nicht einschlägig.⁹⁰²

3. Erziehungsrecht der Eltern

- 1569** Einen expliziten Bezug zu sowohl den religiösen als auch den weltanschaulichen und zudem den erzieherischen Überzeugungen hat das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder sicherzustellen. Es ist nach Art. 14 Abs. 3 EGRC nach den einzelstaatlichen Gesetzen zu achten, welche die Ausübung regeln. Dieses Recht ist damit wie das Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen gem. Art. 10 Abs. 2 EGRC nach den nationalen Gesetzen anerkannt, welche auch die Einzelheiten bestimmen. Die EGRC erwähnt dieses Recht nur ausdrücklich und nimmt es auch in den Kanon der europäischen Grundrechte auf. Der Verweis dieser speziellen Regelung ins nationale Recht bedeutet aber auch, dass sich keine weiter gehenden Garantien aus Art. 10 Abs. 1 EG/4 Abs. 3 EUV ergeben. Damit besteht dieses Recht nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Regelungen.

B. Schutzbereich

I. Dreifache Garantie

- 1570** Art. 10 Abs. 1 EGRC gewährleistet das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Damit werden drei Freiheiten genannt. Sie werden auch in der Überschrift eigens bezeichnet. Daher könnten drei selbstständige Grundrechte vorlie-

⁸⁹⁸ Ausführlich u. Rn. 1600 ff., 1717 ff. sowie bereits o. Rn. 1545.

⁸⁹⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 22 Rn. 17.

⁹⁰⁰ Ausführlich u. Rn. 1601 ff.

⁹⁰¹ Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 26; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (6); Hölscheidt/Mund, EuR 2003, 1083 (1091 f.); s. auch Nettesheim, Integration 25 (2002), 35 (39).

⁹⁰² Näher u. Rn. 3347.

gen.⁹⁰³ Indes werden nach dem Wortlaut alle drei Freiheiten in einem Recht zusammengefasst. Danach handelt es sich um drei Aspekte eines Grundrechts.⁹⁰⁴

Schließlich werden auch in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC verschiedene Freiheiten 1571 genannt, die keine eigenständigen Grundrechte bilden, nämlich die Religion oder Weltanschauung zu wechseln und sie individuell oder kollektiv zu bekennen. Insofern handelt es sich um verschiedene Aspekte der Religions- bzw. Weltanschauungsfreiheit. Aber auch sie werden als Unterpunkte des einheitlichen Rechts auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit genannt, wie der Bezug auf dieses Recht und damit auf Art. 10 Abs. 1 S. 1 EGRC insgesamt deutlich macht, auch wenn sie ausschließlich zur Religionsfreiheit gehören.

Gerade dieser zweite Satz belegt auch, wie die einzelnen Ausprägungen des in 1572 Art. 10 Abs. 1 EGRC gewährleisteten Rechts zusammenhängen. Der Wechsel von Religion oder Weltanschauung vollzieht sich intern, das Bekenntnis ist extern, auch das des Wechsels. Daher fließen Gedanken- und Gewissens- sowie Religionsfreiheit ineinander. Die Gedankenfreiheit ist rein intern. Dieser interne Charakter gilt auch noch dann, wenn sie in Gewissensentscheidungen mündet. Diese werden aber extern, wenn sie öffentlich manifestiert werden. Vielfach beruhen sie auf religiösen Überzeugungen. Umgekehrt kann eine Gewissensentscheidung zu einer bestimmten religiösen Überzeugung führen.⁹⁰⁵

Diese inhaltliche Verwandtschaft und das inhaltliche Ineinanderfließen schließt 1573 die strikte Trennung in drei selbstständige Grundrechte aus. Zudem bestehen erhebliche Parallelen. Von allen drei Komponenten umfasst ist auch die Abstinenz und damit insbesondere die negative Religionsfreiheit, also das Recht, keinen Glauben zu haben.

II. Gedankenfreiheit

1. Weiter als Glaubensfreiheit

Die Gedankenfreiheit ist wesentlich weiter als die Glaubensfreiheit, wie sie etwa 1574 in Art. 4 GG garantiert wird, und holt die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 10 Abs. 1 EGRC von vornherein aus dem religiösen bzw. überweltlichen Bereich heraus. In dieser Form ist sie neu, erwähnen doch die nationalen Verfassungen den Begriff der Gedankenfreiheit, soweit übersehbar, nicht.⁹⁰⁶ Daher kann die Gedankenfreiheit nicht etwa auf die „innere Überzeugung in Fragen des Glaubens“⁹⁰⁷ reduziert werden. Dagegen sprechen auch die Fassungen in anderen Sprachen. So wird im Englischen der Begriff „thought“ und im Französischen das Wort „pensée“ verwendet.⁹⁰⁸

⁹⁰³ Dafür Bernsdorff, in: Meyer, Art. 10 Rn. 11.

⁹⁰⁴ Dahin Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 5, der die Frage aber letztlich offen lässt.

⁹⁰⁵ Näher o. Rn. 1539.

⁹⁰⁶ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 10 Rn. 2.

⁹⁰⁷ So Bernsdorff, in: Meyer, Art. 10 Rn. 11.

⁹⁰⁸ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 8.

- 1575** Zwar gehört zur Gedankenfreiheit auch die Glaubensfreiheit. Der Glaube verkörpert eine feste Vorstellung, die sich nicht nur auf diese Welt bezieht, sondern darüber hinaus geht. Dazu gehört vor allem der Glaube an Gott bzw. die Verneinung seiner Existenz. Er manifestiert sich nicht nur im Christentum, sondern auch in anderen Religionen oder Glaubensgruppen. Der Glaube kann sich aber auch aus einer anderen Heilslehre ergeben. Daher greift schon bezogen auf den Glauben der Begriff der Religionsfreiheit zu kurz. Umfassender ist der Begriff der Glaubensfreiheit.
- 1576** Art. 10 Abs. 1 EGRC stellt weiter gehend überhaupt keine inhaltlichen Anforderungen an die Gedanken. Damit werden sämtliche Überzeugungen und Meinungen einer Person erfasst.⁹⁰⁹ Die Gedanken müssen also nicht einer festen jenseitsbezogenen Vorstellung entspringen, sondern können sich auch auf rein weltliche Dinge beziehen.

2. Abgrenzung zur Meinungsbildungsfreiheit

- 1577** Damit wird letztlich auch die Meinungsbildung umfasst, soweit diese auf bestimmten Gedanken basiert. Vielfach werden ja auch Standpunkte erst durch ein Überlegungsmuster gewonnen. Dieses beruht darauf, dass die eigenen Gedanken frei sind. Damit liegt die Gedankenfreiheit von der Abfolge her regelmäßig der Meinungsbildung voraus. Vielfach überschneidet sie sich aber auch mit ihr.
- 1578** Die Abgrenzung von Art. 10 und 11 EGRC kann nach dem Schwerpunkt erfolgen sowie nach der späteren Konsequenz. Geht es um die Bildung einer Meinung im Vorfeld ihrer Äußerung, so ist schon aufgrund dieser Zielrichtung Art. 11 Abs. 1 EGRC einschlägig, wird doch darin die Meinungsäußerung explizit erfasst. Demgegenüber bezieht sich Art. 10 EGRC auf die Gewissens- und Religionsfreiheit und damit eher auf persönliche Überzeugungen. Diese können sich auch nach außen niederschlagen, beschränken sich aber nicht auf bloße einfache Bekundungen einer Meinung, sondern beinhalten vielfach ein auf eigenen Überzeugungen beruhendes Handeln, welches tiefer gründet als das bloße Haben und Äußern einer Meinung.
- 1579** Damit hat Art. 10 Abs. 1 EGRC seinen Schwerpunkt letztlich in der Glaubensfreiheit, bildet doch insbesondere der Glaube die Grundlage für Gewissensäußerungen und religiöse Bekundungen. Dieser Schwerpunkt ergibt sich allerdings nicht aus dem Begriff der Gedankenfreiheit, sondern aus dem engen Zusammenhang mit den beiden anderen Ausprägungen des Grundrechts nach Art. 10 Abs. 1 EGRC. Die Gewissens- und Religionsfreiheit stellen somit den in den meisten Fällen gegebenen Bezug der Gedankenfreiheit zum Glauben her.

3. Innerer Vorgang

- 1580** Die Gedankenfreiheit beschränkt sich auf das Innenleben des Grundrechtsträgers und damit auf das Forum internum.⁹¹⁰ Sobald die Gedanken geäußert werden, ist

⁹⁰⁹ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 8.

⁹¹⁰ Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 16.

eine andere Freiheit einschlägig. Handelt es sich um eine bloße Meinung, greift Art. 11 Abs. 1 EGRC ein, beim Handeln aufgrund bestimmter Gedanken, die sich in einer Gewissensentscheidung niederschlagen, sowie beim Bekunden einer religiösen Überzeugung ist Art. 10 Abs. 1 EGRC einschlägig.

Aus dieser Beschränkung auf den Innenbereich wird gefolgert, dass weder ein aktives Handeln noch ein Unterlassen durch die Gedankenfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EGRC geschützt sein könne.⁹¹¹ Das Unterlassen ist allerdings insoweit gewährleistet, als die Gedankenfreiheit auch einschließt, sich zu einer bestimmten Frage gar keine Gedanken machen zu müssen. Das Handeln steht insofern mit der Gedankenfreiheit in ihrer negativen Form in Verbindung, als daraus auch das Recht folgen kann, zu handeln, ohne sich Gedanken zu machen. **1581**

Jedenfalls ist die Gedankenfreiheit umfassend sowohl in ihrer positiven als auch in ihrer negativen Form gewährleistet. Der Einzelne kann sich die Gedanken machen, die er will, er kann dies aber auch bleiben lassen. Niemand ist gezwungen, sich Gedanken zu machen. **1582**

III. Gewissensfreiheit

1. Gewissensbildung und Entscheidung

Den inneren Bereich des Grundrechtsträgers betrifft auch die Gewissensfreiheit. Der Einzelne muss sich erst eine Gewissensentscheidung gebildet haben, bevor sich diese in Handlungen nach außen niederschlägt. Daher ist das Forum internum die Grundlage der Gewissensfreiheit. **1583**

Es handelt sich um eine nach sittlichen Kategorien ausgerichtete Entscheidung des Einzelnen, die er für sich als verbindlich ansieht.⁹¹² Diese muss allerdings nicht religiös geprägt sein. Die Religionsfreiheit ist eigens abgesichert und bezieht sich ebenfalls auf den Innenbereich des Grundrechtsträgers. Eine weltanschauliche Prägung ist auch nicht notwendig.⁹¹³ Selbst ein ethischer Standard muss nicht vorhanden sein.⁹¹⁴ Maßgeblich ist, ob der Einzelne für sich eine Entscheidung als verbindliche Maxime ansieht. **1584**

Dieser für das eigene Verhalten bestimmende Bezug ist das Abgrenzungskriterium zur Meinung. Die Meinung muss nicht das eigene Verhalten determinieren. Es kann sich auch nur um eine Auffassung handeln, die keine Auswirkungen für einen selbst haben muss. **1585**

2. Gewissensgeleitetes persönliches Handeln

Solchermaßen im Inneren gebildet, muss sich die Gewissensfreiheit auch nach außen ausdrücken können. Sie soll also auch im konkreten Handeln angewendet **1586**

⁹¹¹ So Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 9.

⁹¹² S. BVerwGE 94, 82 (87).

⁹¹³ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 10; für die EMRK Grabenwarter, § 22 Rn. 70.

⁹¹⁴ Für das deutsche Recht BVerfGE 41, 29 (50).

werden können. Das gilt aber nur für den Träger der Gewissensfreiheit und damit für den persönlichen Bereich.

- 1587** So wie die Gewissensentscheidung eine persönliche Entscheidung darstellt, kann sie auch nur das eigene Handeln bestimmen und nicht dazu führen, von anderen ein bestimmtes Handeln zu verlangen. Dann würde deren Gewissensfreiheit eingeschränkt. Dementsprechend gehört Art. 10 EGRC zu den personenbezogenen Grundrechten. Dem Grundrechtsträger wird damit nicht eröffnet, seine Umwelt auf der Basis seiner Gewissensentscheidungen umzugestalten.⁹¹⁵
- 1588** Die Gewissensfreiheit eröffnet nur persönliche Freiräume und bedingt nicht, dass der Einzelne Gemeinwohllentscheidungen, die im demokratischen Gemeinwesen getroffen wurden, einfach umgehen kann. Dazu würde etwa führen, wenn der Einzelne aufgrund der Gewissensfreiheit die Steuerzahlung verweigern könnte. Die steuerlich finanzierten Vorgänge liegen außerhalb des persönlichen Verantwortungsbereichs des Einzelnen; zudem fließen die Steuern in verschiedene Aufgaben, ohne dass eine exakte Differenzierung zwischen gewissensrelevanten und neutralen Feldern möglich wäre.⁹¹⁶
- 1589** Hier spielt auch eine Rolle, dass der Einzelne in die Gemeinschaft eingebunden ist. Auch dies ist Ausdruck seiner Würde.⁹¹⁷ Daher muss er sich gewisse gemeinwohlbezogene Pflichten gefallen lassen und kann sich nicht aufgrund persönlichkeitsbezogener Gewissensentscheidungen aus dem Gemeinwesen verabschieden.

IV. Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen

- 1590** Ausdruck einer Gewissensentscheidung ist regelmäßig auch, den Wehrdienst zu verweigern. Daher würde dieser Ausdruck der Gewissensfreiheit eigentlich in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EGRC fallen. Indes wird dieses Recht der Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen gem. Art. 10 Abs. 2 EGRC nur nach den einzelstaatlichen Gesetzen anerkannt, welche die Ausübung dieses Rechts regeln.⁹¹⁸ Es existiert damit eine Spezialvorschrift, die Art. 10 Abs. 1 EGRC begrenzt. Der Wehrdienstverweigerer kann sich nur im Rahmen der einzelstaatlichen Regelungen auf Gewissensgründe berufen, nicht aber auf der Basis von Art. 10 Abs. 1 EGRC.
- 1591** Damit ist dieser Bereich gerade aus dem Grundrecht der Gewissensfreiheit ausgeklammert und in den nationalen Grundrechtsschutz verwiesen, ohne dass dieser notwendig vorhanden sein muss. Insoweit enthält Art. 10 Abs. 2 EGRC keine Vorgabe. Er knüpft nur an das nationale Recht an. Die Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen wird daher nur formal erwähnt, ohne materiell garantiert

⁹¹⁵ Näher Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 154 ff.

⁹¹⁶ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 10; zu Art. 9 EMRK s. EKMR, Entsch. vom 15.12.1983, Nr. 10358/83 (Rn. 1), DR 37, 142 – C./Vereinigtes Königreich; Frowein, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht, 2001, S. 73 (81); auch Grabenwarter, § 22 Rn. 86.

⁹¹⁷ S.o. Rn. 808 ff.

⁹¹⁸ S.o. Rn. 1547.

zu sein. Dadurch erfolgt von der Sache her auch eine Abgrenzung zwischen europäischem und nationalem Grundrechtsschutz. Der Bereich der Verteidigung ist ohnehin grundsätzlich eher im nationalen Bereich anzusiedeln. Daher haben die Unionsorgane auch die nationale Entscheidung und Ausgestaltung im Hinblick auf die Wehrdienstverweigerung hinzunehmen.

V. Individuelle Religionsfreiheit

1. Unterscheidung von der Gewissensfreiheit

Während die Gedankenfreiheit naturgemäß auf den inneren Bereich des Grundrechtsträgers beschränkt bleibt, umfasst die Religionsfreiheit wie die Gewissensfreiheit die innere und die äußere Seite, also auch die Manifestation nach außen. Sie bezieht daher den gesamten Bereich ein, der auch in Art. 4 Abs. 1 GG durch die Glaubensfreiheit erfasst ist. Sie steht in nahem Bezug zur Gewissensfreiheit und ist mit dieser eng verschränkt.⁹¹⁹ **1592**

Während die Gewissensfreiheit auf die Entscheidung des Einzelnen abstellt, die er für sich als verbindlich ansieht, bezieht sich die Religionsfreiheit auf allgemein oder doch zumindest von Gruppen getragene feste Vorstellungen und Überzeugungen. In diesem Rahmen ist zwar der Einzelne frei, welcher Religion er folgt. Daher spielt bei der Beschränkung der individuellen Religionsfreiheit auch das Selbstverständnis des Einzelnen eine erhebliche Rolle. Dadurch wird aber nicht der Schutzbereich der Religionsfreiheit als solcher bestimmt.⁹²⁰ Der Glaube des Einzelnen knüpft vielmehr regelmäßig an auch von anderen getragene Vorstellungen und Überzeugungen an und ist damit nicht lediglich individuell, sondern auf einer übergeordneten Ebene verankert. Die Entscheidung, welcher Richtung der Einzelne sich anschließt, bleibt aber ihm überlassen. Es darf sich allerdings nicht um rein fiktive Glaubens- bzw. Überzeugungsgemeinschaften handeln. Rein persönliche Vorstellungen fallen vielmehr in den Bereich der Gewissensfreiheit. **1593**

2. Religion

Unter die Religionsfreiheit fallen zuvörderst der Glaube sowie darauf gestützte Aktivitäten im Rahmen der traditionellen Religionsgemeinschaften. Für die christlichen Kirchen ist dies offensichtlich, nimmt doch die Präambel auf das geistig-religiöse und sittliche Erbe Europas (2. Erwägungsgrund) sowie die Traditionen der Völker (3. Erwägungsgrund) Bezug. Insbesondere das geistig-religiöse Erbe ist ohne den christlichen Glauben schwerlich vorstellbar. **1594**

Allerdings ist die Präambel nicht auf den christlichen Glauben fixiert und knüpft nur an das mit ihm verbundene Erbe an. In Teilen Europas spielte im Übrigen auch der Islam eine wichtige Rolle, so dass sich auch darauf Teile des geistig-religiösen Erbes zurückführen lassen, so in Spanien, Portugal und auf dem Balkan. **1595**

⁹¹⁹ S.o. Rn. 1538 f.

⁹²⁰ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 17.

Insbesondere aber ist Art. 10 Abs. 1 EGRC nicht auf eine bestimmte Religion fixiert, sondern ermöglicht in Satz 2 gerade die Möglichkeit zu wechseln. Daher gehören sämtliche Religionen dazu. Das gilt unabhängig davon, ob die jeweilige Glaubensrichtung das geistig-religiöse Erbe Europas geprägt hat, und damit auch z.B. für den Buddhismus und den Hinduismus.⁹²¹

- 1596** Die Religionsfreiheit bleibt aber nicht auf die gängigen Glaubensgemeinschaften beschränkt. Vielmehr weist sie die gesamte Bandbreite möglicher religiöser Überzeugungen auf. Daher können auch sehr ungewöhnliche bzw. in der Gesellschaft als Außenseiter betrachtete Richtungen darunter fallen. Auch insoweit kann die Religionsfreiheit nicht auf das geistig-religiöse Erbe der Präambel bezogen werden. Letzteres wird zwar durch die christlichen Kirchen geprägt, wirkt aber nicht umgekehrt prägend für die Religionsfreiheit. Wegen des umfassenden Schutzes der Religionsfreiheit ist daher auch bei Aktivitäten von Sekten zunächst davon auszugehen, dass sie grundrechtlich geschützt sind.⁹²² Einschränkungen für Sekten ergeben sich vielmehr daraus, dass sie bei primär ökonomischem Charakter keinen hinreichenden religiösen Bezug haben und daher auszuschließen sind.⁹²³ Das gilt etwa für die Scientology Church.⁹²⁴

3. Gleichstellung von Weltanschauungen

- 1597** Die umfassende Einbeziehung von Weltanschauungen ergibt sich explizit aus ihrer Gleichstellung in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC und dabei noch deutlicher aus der englischen Form „belief“ sowie der französischen Fassung „conviction“. Geschützt werden sämtliche Überzeugungen. Eine solche bildet etwa der Pazifismus, wie die EKMR zu Art. 9 EMRK anerkannt hat.⁹²⁵ Dabei geht eine Weltanschauung, wie schon der Begriff deutlich macht, über die reine Gedanken- und Gewissenswelt des Einzelnen hinaus. Beide sind nämlich auf die jeweils individuellen Überlegungen und Vorstellungen zugeschnitten, ohne notwendigerweise darüber hinauszureichen. Deshalb kann die Freiheit, die Weltanschauung zu wechseln und sie zu bekennen, nur unter die Religionsfreiheit und nicht unter die Gedanken- oder Gewissensfreiheit subsumiert werden. Daher sind im Rahmen der Religionsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 S. 1 EGRC Religion und Weltanschauung gleichzustellen, wie dies auch an anderer Stelle erfolgt ist.⁹²⁶ Nur so wird auch die religiöse Neutralität

⁹²¹ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 18.

⁹²² Ebenso diese nicht von vornherein aus dem Schutzbereich ausschließend Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 19.

⁹²³ Nur für Missbrauchsfälle in Rahmen von Art. 4 Abs. 1 GG allerdings BVerwGE 90, 112 (116 ff.); restriktiver OLG Köln, NJW 1998, 3721 (3724); näher u. Rn. 1645 f.

⁹²⁴ S. Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 20; ders., Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 133 m.w.N.; BAG, NJW 1996, 143 (146 f.).

⁹²⁵ EKMR, Ber. vom 12.10.1978, Nr. 7050/75 (Rn. 68 f.), DR 19, 5 – Arrowsmith/Vereinigtes Königreich.

⁹²⁶ Erklärung zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften zum Vertrag von Amsterdam, o. Rn. 1559; Art. I-52 Abs. 1 und 2 VE/17 AEUV.

des Staates umfassend sichergestellt. Sie bildet einen sehr wichtigen Beweggrund im Rahmen der Rechtsprechung des EGMR.⁹²⁷

Religionen und Weltanschauungen sind allerdings nicht sicher auseinander zu halten. Dass die Religion mit Transzendenz und die Weltanschauung mit Immanenz verbunden wird,⁹²⁸ kann nicht darüber hinwegführen, dass die Grenzen fließend sind und vielfach beide Kategorien ineinander spielen. So werden manche Weltanschauungen als Ersatzreligionen charakterisiert. Es kann auch von der individuellen Herangehensweise abhängen, ob eine bestimmte Richtung als Religion oder Weltanschauung begriffen wird. Zudem können aus Religionen weltanschauliche Folgerungen gezogen werden. Letztlich gelang auch aufgrund religionswissenschaftlicher, theologischer oder philosophischer Kriterien keine klare willkürfreie Abgrenzung.⁹²⁹ **1598**

Daher ist von einem einheitlichen Recht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit auszugehen. Somit fällt etwa auch der Kommunismus unter die Religionsfreiheit. Bloße politische Strömungen werden allerdings nicht erfasst. Vielmehr ist erforderlich, dass mit ihnen eine bestimmte Vorstellung von der Weltordnung verbunden ist, welche auf bestimmten Gesetzmäßigkeiten beruht oder über eine bloße diesseitige Vorstellung hinausgeht. Sozialdemokratie, Liberalismus und Konservatismus bilden daher keine Weltanschauungen. **1599**

4. Zentrale Bedeutung staatlicher Neutralität

Ist solchermassen eine Vielzahl von Religionen und Weltanschauungen geschützt, hat die Rolle des Staates zentrale Bedeutung, deren Ausübung neutral und unparteiisch zu gewährleisten. Nur so können die öffentliche Ordnung, der religiöse Friede und die Toleranz in der demokratischen Gesellschaft gesichert werden. „Mit dieser Verpflichtung zu Neutralität und Unparteilichkeit ist auch jedwede Entscheidungsbefugnis des Staates über die Legitimität religiöser Glaubensüberzeugungen und die Art und Weise ihrer Bekundung unvereinbar.“⁹³⁰ Nicht zuletzt daraus ergeben sich die umfassende Gewährleistung religiöser Glaubensüberzeugungen und das Verbot einer Beschränkung etwa auf die der religiösen Tradition des Abendlandes entsprechenden. Es bestimmt jede Gruppierung selbst darüber, ob sie hinreichend legitim ist, sofern sie sich im Rahmen der Grundanforderungen hält, also nicht lediglich religiöse Zwecke vorschiebt, um finanzielle Interessen zu verfolgen, oder etwa rein politischen Zwecken entspringt. **1600**

⁹²⁷ S. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 107), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei m.w.N.; näher dazu u. Rn. 1600 ff., 1717 ff.

⁹²⁸ BVerwGE 90, 112 (115).

⁹²⁹ Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 137 m.w.N.; spezifisch für Art. 10 EGRC *ders.*, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 21.

⁹³⁰ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 107), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; bereits EGMR, Urt. vom 26.9.1996, Nr. 18748/91 (Rn. 47), ÖJZ 1997, 352 (353) – Manoussakis u.a./Griechenland; Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30985/96 (Rn. 78), RJD 2000-XI – Hasan u. Chaush/Bulgarien sowie Urt. vom 13.2.2003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 91), NVwZ 2003 1489 (1491) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

5. Demokratiebezug der Religionsfreiheit und Minderheitenschutz

- 1601** Die Basis für die Bedeutung, welche die staatliche Neutralität für die Religionsfreiheit hat, bildet nach Art. 9 EMRK, dass diese Freiheit als einer der Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaft i.S.d. Konvention garantiert ist. Sie wird zusammen mit der Gedanken- und der Gewissensfreiheit im Zusammenhang mit dem von einer demokratischen Gesellschaft untrennbaren Pluralismus gesehen.⁹³¹ Damit sind auch Toleranz und offene Geisteshaltung notwendig verbunden. Daher muss in einer Demokratie die Mehrheitsmeinung nicht immer Vorrang haben. „Demokratie verlangt vielmehr, ein Gleichgewicht herzustellen, das Minderheiten eine faire und gerechte Behandlung garantiert und jeden Missbrauch einer beherrschenden Stellung vermeidet.“⁹³² Das erinnert an den auch vom BVerfG in seiner *Kruzifix-Entscheidung* hervorgehobenen Minderheitenschutz.⁹³³ Zählt damit auch der Schutz von Rechten und Freiheiten anderer, müssen Einschränkungen von eigenen Rechten und Freiheiten akzeptiert werden, damit der Staat ein Gleichgewicht zwischen den Grundrechten herstellen kann; dieses Gleichgewicht bildet schließlich das „Fundament einer demokratischen Gesellschaft“.⁹³⁴ Das gilt generell nach europäischen Standards und damit auch für Art. 10 EGRC, der ohnehin stark an Art. 9 EMRK angelehnt ist.⁹³⁵

6. Gleichgewicht und Abwägung

a) *Notwendige Bewältigung von Unterschieden*

- 1602** Dieses die Neutralität sichernde Gleichgewicht bezieht sich gerade auf den religiösen Bereich. Hier kann es in einer demokratischen Gesellschaft tiefgreifende Unterschiede geben. Dabei sind auch die Verhältnisse in den verschiedenen europäischen Staaten vielfach gänzlich unterschiedlich. Es gibt keine einheitliche Auffassung über die Bedeutung der Religion in der Gesellschaft in Europa.⁹³⁶ Dement-

⁹³¹ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 104), NVwZ 2006, 1389 (1391) – Leyla Sahin/Türkei; s. bereits EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 31), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland; Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24645/94 (Rn. 34), NJW 1999, 2957 (2958) – Buscarini u.a./San Marino.

⁹³² Ausdrücklich EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 108), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; ähnlich bereits EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 63), NJW 1982, 2717 (2718 f.) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 112), NJW 1999, 3695 (3700) – Chassagnou u.a./Frankreich.

⁹³³ BVerfGE 93, 1 (24).

⁹³⁴ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 108 a.E.), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 113), NJW 1999, 3695 (3700) – Chassagnou u.a./Frankreich.

⁹³⁵ S.o. Rn. 1538, 1541 ff.

⁹³⁶ EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 50), ÖJZ 1995, 154 (157) – Otto-Preminger-Institut/Österreich; dazu Grabenwarter, ZaöRV 1995, 128 ff.

sprechend divergieren auch Sinngehalt und Wirkung öffentlich bekundeter religiöser Überzeugungen je nach Zeit und Kontext.⁹³⁷

Damit richtet es sich notwendig jedenfalls bis zu einem bestimmten Grad nach den jeweiligen Verhältnissen, inwieweit Behörden in einem Staat Maßnahmen ergreifen, um die Neutralität und weiter gehend die Rechte und Freiheiten anderer sowie die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten. Insoweit ist ein gewisser Beurteilungsspielraum gegeben.⁹³⁸ Dieser steht aber im Anwendungsbereich der EGRC unter europäischer Kontrolle. Diese bezieht sich dabei wie auch in Deutschland sowohl auf die Gesetzgebung als auch auf deren Anwendung. Die ergriffenen Maßnahmen müssen grundsätzlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Die Abwägung muss hinreichend beachten, dass der innere Friede und ein echter religiöser Pluralismus essenziell unverzichtbar für den Bestand der demokratischen Gesellschaft sind.⁹³⁹ Danach müssen Verhaltensweisen, welche in einem Staat die religiöse Vielfalt und den inneren Frieden stören können, zurücktreten.

b) Nicht durch Einschränkung des Schutzbereichs

Die Einschränkung religiöser Verhaltensweisen zur Wahrung des Pluralismus und des inneren Friedens prüft der EGMR aber erst, nachdem er einen Eingriff in die Religionsfreiheit bejaht hat. Er stellt daher die Frage, ob der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist, ein berechtigtes Ziel verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.⁹⁴⁰ Die notwendige Neutralität und Toleranz im Rahmen der Religionsfreiheit wirkt sich also noch nicht auf den Schutzbereich dergestalt aus, dass extremistische Verhaltensweisen von vornherein ausgeschlossen wären. Vielmehr werden religiöse und weltanschauliche Überzeugungen sowie Verhaltensweisen umfassend geschützt. Erst daraus ergeben sich die religiös bzw. weltanschaulich motivierten Konflikte. Diese hat der Staat zu begrenzen, damit eine Kultur der Toleranz und des Pluralismus erhalten bleibt, wie es einer demokratischen Gesellschaft angemessen ist.

Auf diese Weise mischt sich der Staat aber in religiöse Dinge ein und beeinträchtigt den Schutzbereich. Die Ordnung des religiösen und weltanschaulichen Lebens und dessen Begrenzung auf ein demokratieverträgliches Maß bildet daher eine Schranke. Sie ist sehr stark ausgeprägt, weil ein Eingreifen des Staates bereits bei einer Gefährdung der Neutralität, der Toleranz und des Pluralismus gerechtfert-

⁹³⁷ Etwa EGMR, Entsch. vom 15.2.2001, Nr. 42393/98, NJW 2001, 2871 (2872) – Dahlab/Schweiz.

⁹³⁸ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 109 f.), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; s. bereits EGMR, Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 57 f.), ÖJZ 1997, 714 (716) – Wingrove/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 10.7.2003, Nr. 44179/98 (Rn. 67), RJD 2003-IX – Murphy/Irland. Vgl. hierzu in anderem Zusammenhang EGMR, Urt. vom 17.2.2004, Nr. 44158/98 (Rn. 67), NVwZ 2006, 65 (66 f.) – Gorzelik u.a./Polen.

⁹³⁹ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 110), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; bereits Urt. vom 26.9.1996, Nr. 18748/91 (Rn. 44), ÖJZ 1997, 352 (352) – Manoussakis u.a./Griechenland.

⁹⁴⁰ S. näher EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 75 ff.), NVwZ 2006, 1389 (1390 f.) – Leyla Sahin/Türkei.

tigt ist. Eine Beschränkung bereits des Schutzbereiches aus diesen Gründen würde indes die religiösen und weltanschaulichen Verhaltensweisen als solche prägen und nicht nur begrenzen. Damit würde die Religionsfreiheit schon im Ansatz staatlich steuerbar, was dem gerade ihr eigenen höchstpersönlichen Charakter und dem sich durch sie entfaltenden Pluralismus widersprechen würde. Damit von vornherein unvereinbar sind allerdings List und Drohung als Mittel der Missionierung.⁹⁴¹

7. Innere Religionsfreiheit

- 1606** Wie auch die Gewissensfreiheit betrifft die Religionsfreiheit den Menschen zunächst in seinen inneren Überzeugungen und Einstellungen.⁹⁴² Der Einzelne muss also einen Freiraum haben, wie er seine inneren Überzeugungen und Einstellungen bildet. In diesen Prozess darf der Staat nicht eingreifen. Der Einzelne ist vielmehr vor jeder Einflussnahme geschützt.
- 1607** Insoweit handelt es sich um die Keimzelle und die Grundlage der Religionsfreiheit. Da sie rein auf den inneren Bereich beschränkt ist, können daraus regelmäßig keine Gefahren für die Toleranz und den Pluralismus als Wesensmerkmale einer demokratischen Gesellschaft erwachsen. Vielmehr ist dieser Prozess der Ausbildung religiöser Überzeugungen und Einstellungen besonders auf den Schutz vor einer unduldsamen Einflussnahme durch bestimmte Religionen bzw. deren Strömungen angewiesen. Der Einzelne soll ungestört seine innere Überzeugung ausformen können.
- 1608** Bildet die innere Religionsfreiheit die Grundlage für die äußere, ist sie dieser nicht nur zeitlich vorgeordnet. Vielmehr kann gerade die Ausübung der äußeren Religionsfreiheit durch andere die innere Religionsfreiheit stören. Hier ist daher ein Ansatzpunkt für staatliche Schutzpflichten und Neutralitätssicherungen. Das gilt vor allem dann, wenn jemand eine besonders seltene religiöse Ausrichtung wählt oder überhaupt keiner Religion angehören will. Dieser negativen Religionsfreiheit haben das BVerfG und auch das BVerwG grundsätzlich den Vorrang eingeräumt.⁹⁴³ Das ist aber eine Frage der Beschränkung der Religionsausübung. Zudem stellt sich auch die Frage, inwieweit durch bloße Symbole die negative Religionsfreiheit beschränkt werden kann. Hat dies generell zu erfolgen oder nur, um die staatliche Neutralität zu wahren? Letzteres ist nur dann zwingend, wenn diese Symbole einen aggressiven Charakter haben und sich nicht in eine Kultur des Pluralismus und der Toleranz einfügen. Diese Problematik stellt sich vor allem im Hinblick auf das Nonnenhabit und das Kopftuch.⁹⁴⁴

⁹⁴¹ S.u. Rn. 1622.

⁹⁴² EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 105), NVwZ 2006, 1389 (1391 f.) – Leyla Sahin/Türkei.

⁹⁴³ BVerfGE 93, 1 (21 ff.) – Kruzifix; anders Sondervotum BVerfGE 93, 1 (30 ff.); auch BVerwGE 109, 40 (54 ff.).

⁹⁴⁴ Dazu u Rn. 1725 ff.

Da der Einzelne darin frei ist, welcher Religion bzw. Weltanschauung er folgt, kann er auch selbst entscheiden, ob er einer Religion angehört oder nicht.⁹⁴⁵ Diese negative Religionsfreiheit ist gerade in besonderer Weise Ausdruck des langen Kampfes um den mittlerweile mit der demokratischen Gesellschaft untrennbar verbundenen Pluralismus. Die Religionsfreiheit ist daher „auch ein wertvolles Gut für Atheisten, Agnostiker, Skeptiker und religiös und weltanschaulich Gleichgültige“.⁹⁴⁶ Aus dieser Entwicklung erwuchs in nicht wenigen Staaten die strikte Trennung von Staat und Kirche, so namentlich in Frankreich. Wenn sich aber der Staat strikt auf religiöse Neutralität festlegt, muss auch dem Einzelnen das Recht zustehen, keinen religiösen Standpunkt ausbilden und einnehmen zu müssen.

Umgekehrt ist auch eine tiefe Religiosität vom Staat zu respektieren. Das Individuum hat also auch das Recht, sich in seinem Verhalten in Widerspruch zu einem religionsneutralen Staat zu stellen. Die Religionsfreiheit ist „in ihrer religiösen Dimension eines der wichtigsten Elemente, das die Identität der Gläubigen und ihre Auffassung vom Leben bestimmt“.⁹⁴⁷ Der Einzelne kann daher auch eine tiefe Frömmigkeit ausbilden. Im Rahmen der äußeren Religionsfreiheit kann er allerdings nur in dem Umfang danach leben, wie dadurch nicht die Toleranz und der Pluralismus in der Demokratie angetastet werden. Insoweit stoßen seine Verhaltensweisen an Grenzen, zumal wenn er sich selbst etwa durch ein Beamtenverhältnis an den Staat bindet.⁹⁴⁸ Geschützt sind aber auch radikale und selbst intolerante religiöse Überzeugungen. Sie sind nur in ihrer Manifestation nach außen einschränkbar, soweit sie andere beeinträchtigen.

8. Individuelle Religionsausübungsfreiheit

a) Untrennbare Verbindung mit der inneren Religionsfreiheit

Diese inneren Überzeugungen und Einstellungen drücken sich regelmäßig in einem äußeren Verhalten aus und sind dann über die individuelle Religionsausübungsfreiheit geschützt. Prägt die innere Haltung die Identität der Gläubigen und ihre Auffassung vom Leben, bestimmt sie naturgemäß deren Leben. Daher gehören innere und äußere Religionsfreiheit untrennbar zusammen. Die Religionsfreiheit beinhaltet daher auch die Freiheit, seine Religion einzeln ebenso wie gemeinsam mit anderen öffentlich und im Kreis derer zu bekennen, die demselben Glauben anhängen. Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC nennt dazu wie Art. 9 EMRK verschiedene

⁹⁴⁵ S. z.B. EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 30), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland; Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24645/94 (Rn. 34), NJW 1999, 2957 (2958) – Buscarini u.a./San Marino.

⁹⁴⁶ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 104), NVwZ 2006, 1389 (1391) – Leyla Sahin/Türkei; Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24645/94 (Rn. 34), NJW 1999, 2957 (2958) – Buscarini u.a./San Marino; Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 31), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland.

⁹⁴⁷ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 104), NVwZ 2006, 1389 (1391 f.) – Leyla Sahin/Türkei in Gegenüberstellung und Voranstellung zum Schutz des Atheismus.

⁹⁴⁸ S. Frenz, Öffentliches Recht, Rn. 230 gegen BVerfGE 108, 282.

Formen, und zwar den Gottesdienst und den Unterricht, sowie das Ausüben und Beachten von Bräuchen und Riten.⁹⁴⁹

b) Notwendiger weiter Schutz

- 1612** Allerdings soll insoweit der Schutz nicht so weitgehend sein wie bei der inneren Religionsfreiheit. Nach dem EGMR schützt Art. 9 EMRK nicht jedes religiös oder weltanschaulich begründete oder veranlasste Verhalten.⁹⁵⁰ Indes stellt sich auch für die Religionsausübungsfreiheit die Problematik, ob eine Beschränkung nicht nur eine Frage der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen ist.⁹⁵¹ Auch sehr weit gehende Verhaltensweisen, welche intolerant und aggressiv sind, können Ausdruck einer inneren religiösen Überzeugung sein. Mit dieser notwendig verbunden, müssen sie daher auch im Rahmen der äußeren Religionsfreiheit im Ansatz geschützt sein. Allerdings ist ihre Einschränkung sehr leicht unter Berufung auf die erforderliche Sicherung der Neutralität und Toleranz in einer demokratischen Gesellschaft durch den Staat möglich. Auch der EGMR prüft, inwieweit hier eine Einschränkung notwendig sein kann.⁹⁵²
- 1613** Ist im Rahmen der Religionsfreiheit nicht jedes religiös oder weltanschaulich begründete oder veranlasste Verhalten gewährleistet, sind lediglich sehr eng mit der Religionsausübung verbundene Handlungen dem Schutz der Religionsfreiheit zu unterstellen. Das soll dann gelten, wenn sie in einer allgemein anerkannten Form Teil der Religionsausübung sind.⁹⁵³ Damit aber drohen lediglich konventionelle Verhaltensweisen geschützt zu werden. Dabei ist es vielfach auch ein Ausdruck individuellen Verhaltens und damit auch der persönlichen Religionsfreiheit, wie eine Religion bzw. Weltanschauung praktiziert wird. Diese Begrenzung lässt sich höchstens dadurch rechtfertigen, dass die Religionsfreiheit an vorhandene Strömungen anknüpft, da sie notwendigerweise auf einer auch von anderen geteilten Religion bzw. Weltanschauung beruht,⁹⁵⁴ während die Gewissensfreiheit einen rein individuellen Zuschnitt hat. Jedenfalls geht damit die Freiheit des Einzelnen

⁹⁴⁹ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 105), NVwZ 2006, 1389 (1391 f.) – Leyla Sahin/Türkei; s. bereits Urt. vom 27.6.2000, Nr. 27417/95 (Rn. 73), ÖJZ 2001, 774 (775) – Cha’are Shalom ve Tsedek/Frankreich.

⁹⁵⁰ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 105), NVwZ 2006, 1389 (1391 f.) – Leyla Sahin/Türkei; ebenfalls EGMR, Urt. vom 1.7.1997, Nr. 20704/92 (Rn. 27), Rep. 1997-IV – Kalaç/Türkei; s. auch EKMR, Ber. vom 12.10.1978, Nr. 7050/75 (Rn. 68 f.), DR 19, 5 – Arrowsmith/Vereinigtes Königreich; Entsch. vom 15.12.1983, Nr. 10358/83 (Rn. 1), DR 37, 142 – C./Vereinigtes Königreich; EGMR, Entsch. vom 11.9.2001, Nr. 31876/96 (Abschnitt A.1.c)) – Tepeli u.a./Türkei.

⁹⁵¹ S.o. Rn. 1604 f.

⁹⁵² EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 106), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei.

⁹⁵³ S. EKMR, Entsch. vom 15.12.1983, Nr. 10358/83 (Rn. 1), DR 37, 142 – C./Vereinigtes Königreich.

⁹⁵⁴ S.o. Rn. 1593.

verloren, selbst zu definieren, worin für ihn die Religionsausübung besteht. Das ist auch dann der Fall, wenn man einen typischen Zusammenhang verlangt.⁹⁵⁵

c) Begrenzung durch einen notwendigen Religionsbezug

Hauptsächlich geht es darum, die Verhaltensweisen auszuschalten, welche nicht hinreichend in einem religiösen Zusammenhang stehen, mithin nur gelegentlich und nicht aufgrund einer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung auftreten. So wird ein deutlich auf die geltend gemachte Weltanschauung bezogenes Verhalten verlangt,⁹⁵⁶ ein spezifischer Bezug zu der angeführten Religion oder Weltanschauung.⁹⁵⁷ Eine solche enge Verbindung wird für religiös neutrale Verhaltensweisen verneint, so für eine Rentenversicherungspflicht, deren Verweigerung daher nicht Ausdruck des Glaubens sein könne,⁹⁵⁸ oder die Weigerung, als Apotheker Verhütungsmittel abzugeben.⁹⁵⁹ **1614**

Damit wird zwar vermieden, den Schutzbereich der Religionsfreiheit enorm auszuweiten⁹⁶⁰ und daher auch in alltägliche Bereiche hinein zu erstrecken. Umgekehrt drohen jedoch kaum nachvollziehbare Abgrenzungen. Das spricht für eine Lösung auf der Ebene der Rechtfertigung.⁹⁶¹ So hat denn auch die EKMR verschiedentlich offen gelassen oder nur kurz gestreift, ob ein Verhalten in den Schutzbereich fällt und sogleich eine Rechtfertigung für eine Beschränkung bejaht.⁹⁶² Im Fall *X./Vereinigtes Königreich* ging es um eine potenziell religiös neutrale Handlung, nämlich um die Reinigung der Gefängniszelle.⁹⁶³ Dieses Vorgehen zeigte sich auch in der Frage der Sozialversicherungspflicht, welche einfach durch die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme gerechtfertigt wurde.⁹⁶⁴ Damit bleiben aber die Fälle ungelöst, in denen kein überwiegender Rechtfertigungsgrund besteht. **1615**

⁹⁵⁵ Vgl. *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, Rn. 600.

⁹⁵⁶ *Frowein/Peukert*, Art. 9 Rn. 13.

⁹⁵⁷ *Walter*, in: Grote/Marauhn, Kap. 17 Rn. 51.

⁹⁵⁸ EKMR, Entsch. vom 5.7.1984, Nr. 10678/83, DR 34, 267 (268 f.) – V./Niederlande.

⁹⁵⁹ EGMR, Entsch. vom 2.10.2001, Nr. 49853/99, RJD 2001-X – Pichon u. Sajous/Frankreich.

⁹⁶⁰ *Jarass*, § 15 Rn. 8.

⁹⁶¹ *Walter*, in: Grote/Marauhn, Kap. 17 Rn. 52.

⁹⁶² Ineinanderfließend auch in EGMR, Entsch. vom 2.10.2001, Nr. 49853/99, RJD 2001-X – Pichon u. Sajous/Frankreich.

⁹⁶³ Die Weigerung des betroffenen Sikh war freilich religiös motiviert, aber deren Übergehen gerechtfertigt, EKMR, Entsch. vom 6.3.1982, Nr. 8231/78 (Rn. 8), DR 28, 5 – X./Vereinigtes Königreich; s. ebenso EKMR, Entsch. vom 14.7.1987, Nr. 12587/86 (Rn. 1), DR 53, 241 – Chappell/Vereinigtes Königreich. Hier ging es darum, ob es rechtens war, die Mittsommernachtsfeier der Druiden in Stonehenge (ca. 30.000 Leute) wegen der Gefahr für das Denkmal und die Umgebung zu verbieten. Die Kommission prüfte nicht, ob Druidentum eine Religion ist, da eben eine Rechtfertigung für das Verbot vorlag.

⁹⁶⁴ So früher EKMR, Entsch. vom 14.12.1962, Nr. 1068/61, YB 5 (1962), 278 (284) – X./Niederlande; Entsch. vom 14.12.1965, Nr. 2065/63, YB 8 (1965), 266 (270 f.) – X./Niederlande; Entsch. vom 31.5.1967, Nr. 2988/66, YB 10 (1967), 472 (476) – X./Niederlande.

Der Schutzbereich wird damit generell ungenau. Die Religionsausübungsfreiheit droht, überspitzt ausgedrückt, zur Verfügungsmasse durch Abwägung zu werden.

1616 Eine Begrenzung hat zwar daran anzusetzen, inwieweit eine Verhaltensweise durch eine Religion oder Weltanschauung bedingt ist. Nur dann hat sie einen hinreichenden Bezug zur Religionsfreiheit. Dabei kann aber nicht pauschaliert werden, sondern es kommt auf die Religion, auf welche die Verhaltensweise gestützt wird, und ob sie von dieser umfasst sein kann. So steht der Erhalt einer katholischen Zeitschrift in einem Gefängnis nicht in Bezug zur Ausübung des Buddhismus.⁹⁶⁵

1617 Die Argumentation des Einzelnen darf also nicht widersprüchlich sein und muss die Verknüpfung zwischen eigener religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung und dem praktizierten Verhalten deutlich werden lassen.⁹⁶⁶ Dabei ist auch eine hinreichende Substanziierung notwendig. So muss der Einzelne näher aufzeigen, wie er eine bestimmte Religion ausüben will.⁹⁶⁷ Damit bleibt der notwendige Bezug zur individuellen Religionsausübung gewahrt. Sie muss sich nur hinreichend aus der gewählten Religion bzw. Weltanschauung erklären lassen. Daraus ergibt sich eine sinnvolle Begrenzung durch den geschützten Kern, nämlich die Religion und ihre Ausübung.

d) Konsequentes Verhalten

1618 Bei einem solchen individuellen Zuschnitt wirken auch selbst gewählte Verhaltensweisen begrenzend. Wird jemand Berufssoldat, ergeben sich daraus naturgemäß Einschränkungen, die aus dem Gefüge des Militärs resultieren.⁹⁶⁸ Immerhin hat der Einzelne sich für eine solche Tätigkeit entschieden und bei diesem Schritt offenbar keine Probleme mit seiner religiösen Überzeugung gesehen. Dann muss er diesen Weg auch konsequent weitergehen und durch seine persönlichen Entscheidungen bedingte Einschränkungen der Religionsfreiheit mit sich selbst ausmachen. Anders mag es sein, wenn jemand während seiner militärischen Tätigkeit erst eine religiöse Überzeugung annimmt und aus diesem Grund Widersprüche zu seiner Religionsausübung sieht. Aber auch dann liegt es an ihm selbst, diesen persönlichen Schwenk etwa durch den Antrag auf Entlassung aus dem Militärdienst zu vollziehen und das eigene Verhalten beruflich entsprechend umzustellen.

⁹⁶⁵ S. EKMR, Entsch. vom 15.2.1965, Nr. 1753/63, YB 8 (1965), 174 (184) – X./Österreich.

⁹⁶⁶ Darin eine Mindestvoraussetzung sehend auch *Jarass*, § 15 Rn. 8, allerdings bezogen auf eine bindende Gewissensentscheidung, die freilich individuelleren Charakter hat (s.o. Rn. 1613).

⁹⁶⁷ EKMR, Entsch. vom 4.10.1977, Nr. 7291/75, DR 11, 55 (56) – X./Vereinigtes Königreich.

⁹⁶⁸ S. EGMR, Urt. vom 1.7.1997, Nr. 20704/92 (Rn. 27 ff.), RJD 1997-IV – Kalaç/Türkei: Zwangspensionierung wegen „conduct and attitude“ (Benehmen, Führung; Einstellung, Verhalten, Haltung).

e) Alle Ausdrucksformen innerer religiöser Überzeugung

Die individuelle Religionsausübung besteht damit aus allen Verhaltensweisen, welche dem jeweils gewählten Glauben bzw. der eigenen Weltanschauung entsprechen und sie aus der inneren Überzeugung heraus in die eigene Lebenswirklichkeit holen. Dazu gehören daher auch alltägliche Dinge. Der Schutzbereich reicht deshalb weiter als die in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC ausdrücklich genannten Verhaltensweisen. Diese sind vielmehr nur exemplarisch.⁹⁶⁹ **1619**

Von der individuellen Religionsfreiheit werden vor allem Verhaltensweisen im Privaten erfasst, so das Gebet für sich allein oder in der Familie, aber auch solche mit individuellem Charakter im öffentlichen Raum, etwa das stille Gebet in der Kirche. Das Bekennen ist nämlich nicht nur in Gemeinschaft mit anderen möglich, sondern auch allein und im Privaten sowie darüber hinaus durch Gespräche und Versuche, Nachbarn etc. zu überzeugen.⁹⁷⁰ **1620**

f) Individuelle Kundgabe

Somit ist auch die Grundform des Bekenkens geschützt, nämlich die Kundgabe nach außen etwa in alltäglichen Diskussionen sowie die Werbung anderer. Die Abgrenzung zur Meinungsäußerung erfolgt danach, ob die Kundgabe nach außen ihre Grundlage in einer Religion oder Weltanschauung hat und auch in der konkreten Wiedergabe darauf gründet. Insoweit ist Art. 10 EGRC *lex specialis*.⁹⁷¹ Die Meinungsfreiheit schützt hingegen nicht nur den Inhalt als solchen, sondern auch den Ausdruck durch bestimmte Medienformen.⁹⁷² Wie bei der Meinungsäußerungsfreiheit ist die Werbung umfasst,⁹⁷³ entspricht doch vielfach einer festen religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung das Bedürfnis, auch andere für den eigenen Glauben zu gewinnen. Zudem würde somit das explizit verbrieftete Recht, den Glauben zu wechseln, weitgehend leer laufen, bedarf es doch dafür vielfach eines persönlichen Anstoßes von außen.⁹⁷⁴ Die Missionierung (Proselytismus) ist daher von der Religionsausübungsfreiheit geschützt, sofern dabei nicht unlautere oder unmoralische Mittel wie die Ausnutzung der intellektuellen Schwäche bzw. der Unerfahrenheit des Betroffenen, List oder Drohungen eingesetzt werden.⁹⁷⁵ **1621**

⁹⁶⁹ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 31, 33; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 10 Rn. 11; für Art. 9 EMRK Grabenwarter, § 22 Rn. 73.

⁹⁷⁰ EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 31), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland.

⁹⁷¹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 10 Rn. 10; Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 33 a.E.; für die EMRK Grote/Wenzel, in: Grote/Maruhn, Kap. 18 Rn. 141; für einen Vorrang Rengeling/Szczekalla, Rn. 693; s. auch o. Rn. 1578 f.

⁹⁷² Daher insoweit die Meinungsfreiheit heranziehend EGMR, Urt. vom 10.7.2003, Nr. 44179/98 (Rn. 61), RJD 2003-IX – Murphy/Irland; Jarass, § 16 Rn. 5.

⁹⁷³ S. zu Art. 11 EGRC u. Rn. 2008 ff.

⁹⁷⁴ EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 31 a.E.), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland.

⁹⁷⁵ EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 30), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland; Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 34.

g) Notwendige Wahrung der Selbstbestimmung anderer

- 1622** Durch den Ausschluss von List und Drohung sowie von sonstigen unlauteren Mitteln wird bereits der Tatbestand der Religionsfreiheit durch die Toleranz beschränkt, welche einer demokratischen Gesellschaft und daher auch der individuellen Religionsausübung in dieser notwendig inhärent ist, soweit sie auf andere Einfluss nimmt.⁹⁷⁶ Die Überzeugung einer anderen Person bildet daher insoweit nicht nur eine rechtfertigende Schranke, sondern sie begrenzt bereits die grundrechtliche Tatbestandsmäßigkeit von Versuchen, eine solche Person zu missionieren bzw. sie zu einer anderen Überzeugung zu bewegen. Der Einzelne soll sich seine eigene Überzeugung in eigener Selbstbestimmung bilden können. Dadurch prägt die innere Religionsfreiheit auch die äußere, liegt sie ihr doch schließlich voraus, und beschränkt sie nicht nur.
- 1623** Diese inhaltliche Begrenzung der Religionsausübung aufgrund der notwendigen Toleranz und der Respektierung der Überzeugungen anderer besteht hingegen nicht, wenn die Religionsausübung im Kreise Gleichgesinnter erfolgt. Dann sind ggf. alle gleichermaßen radikalisiert. So wie der Einzelne sich eine extreme Religionsüberzeugung zu eigen machen kann, muss er diese daher auch ausüben können, sofern er nicht die Selbstbestimmung anderer ausschaltet und damit insbesondere die Rechte Andersgläubiger missachtet.
- 1624** Allerdings muss auch in solchen Religionsgemeinschaften der Einzelne immer die Möglichkeit haben, seine eigene Auffassung zu ändern und aus einer Religionsgemeinschaft auszuscheiden. Daher ist auch bei Sekten nicht geschützt, wenn diese ihre Mitglieder durch Druck zum Bleiben bewegen. Die freie Entscheidung des Einzelnen muss vielmehr immer gewahrt bleiben und sich auch in einem äußeren Verhalten niederschlagen können, selbst wenn es von dem Mainstream der jeweiligen Glaubensüberzeugung abweicht.

h) Glaubensbekenntnis

- 1625** Das Bekenntnis des Glaubens zusammen mit anderen erfolgt insbesondere im Gottesdienst, aber auch durch die anderen in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC genannten Formen, die allerdings bisher nicht näher von der Praxis definiert wurden.⁹⁷⁷ Die Straßburger Organe legen den Begriff des Ausübens nach Art. 9 Abs. 1 EMRK jedoch weit aus.

aa) Gottesdienst

- 1626** Gottesdienst umfasst alle Formen, in denen zusammen mit anderen der eigene Glaube gefeiert und durch Verehrung von Gott praktiziert wird. Dazu gehören Gottesdienste christlicher Prägung, aber auch die Zusammenkünfte anderer Religionsgemeinschaften wie der Juden oder der Moslems. Da Art. 10 EGRC auch schützt, keinen Glauben zu haben, sind auch freireligiöse Feiern eingeschlossen.

⁹⁷⁶ Näher o. Rn. 1600 ff.

⁹⁷⁷ Walter, in: Grote/Marauhn, Kap. 17 Rn. 47; im Einzelnen Evans, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights, 2001, S. 105 ff.

Der Gottesdienst ist jeweils umfassend zu sehen. Daher gehören auch Begleitumstände dazu, so das Glockenläuten, sei es während des Gottesdienstes, sei es davor als Aufruf, sowie der eine parallele Funktion entfaltende Gebetsruf des Muezzin.⁹⁷⁸ Zur individuellen Religionsausübungsfreiheit gehört insbesondere, an solchen Zusammenkünften teilnehmen zu können sowie sie zu begleiten, etwa auch durch Glockenläuten.⁹⁷⁹ **1627**

bb) Unterricht

Entsprechend der Unterscheidung zwischen individueller und kollektiver Religionsausübungsfreiheit umfasst der Unterricht nicht nur die Angebote der Kirchen, etwa im Hinblick auf die Konfirmation und die Kommunion, sondern auch private Kurse, so im Rahmen der Koranschulen.⁹⁸⁰ **1628**

cc) Bräuche und Riten

Bräuche und Riten können ebenfalls nicht nur kollektiv, sondern auch individuell ausgeübt werden. Im ersten Fall besteht die Verbindung der individuellen zur kollektiven Religionsausübungsfreiheit darin, dass der Einzelne notwendig an ihnen teilnehmen können muss.⁹⁸¹ A priori individuell ist hingegen etwa die Anwendung bestimmter religionsgeprägter Meditationstechniken oder das Tragen besonderer religiöser Kleider⁹⁸² sowie das Essen ausschließlich bestimmter Speisen.⁹⁸³ **1629**

Herausragendes und problematisches Beispiel in diesem Zusammenhang ist das Schächten, die Schlachtung ohne Betäubung, welche die Grundlage für die Befolgung religiöser Regeln beim Essen von Fleisch bildet. Sie muss daher auch durchgeführt werden können, soll dieser besondere religiös bedingte Essensritus beibehalten werden. Daher müssen gläubige muslimische Metzger Tiere ohne Betäubung schlachten können.⁹⁸⁴ Die Vorstufe zur Befolgung des eigentlichen Speisegebotes ist deshalb ebenfalls geschützt. **1630**

Hingegen wird man schwerlich als Brauch oder Ritus ansehen können, Flugblätter mit weltanschaulichem Inhalt zu verteilen, und sei diese Aktion auch etwa von einer pazifistischen Überzeugung gelenkt.⁹⁸⁵ Insoweit handelt es sich aber um eine sonstige Form der Religionsausübung. **1631**

⁹⁷⁸ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 35.

⁹⁷⁹ S. Rn. 1638 zu den mit der kollektiven Religionsausübungsfreiheit verbundenen Rechten.

⁹⁸⁰ Ebenso Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 37.

⁹⁸¹ Näher u. Rn. 1642 f.

⁹⁸² Zum Kopftuchverbot ausführlich u. Rn. 1725 ff.

⁹⁸³ Ebenso Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 39.

⁹⁸⁴ S. BVerfGE 104, 337 (345 f.); anders hingegen zuvor BVerwGE 99, 1 (7 f.): Ausweichen auf andere Lebensmittel oder Importfleisch. Vgl. zum Tierschutz o. Rn. 1558.

⁹⁸⁵ Im Einzelfall aber verneinend EKMR, Ber. vom 12.10.1978, Nr. 7050/75 (Rn. 71 ff.), DR 19, 5 – Arrowsmith/Vereinigtes Königreich; im Zusammenhang mit Bräuchen und Riten erwährend Walter, in: Grote/Maruhn, Kap. 17 Rn. 48.

dd) Glaubenswechsel

- 1632** Rein individuell ist die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln. Hierin kommt eine geänderte Glaubensüberzeugung zum Ausdruck. So wie sich der Einzelne in seiner Überzeugung frei entwickeln kann, muss er sich daher auch entsprechend anders nach außen hin positionieren können. Auf ihn darf deshalb kein Druck ausgeübt werden, in einer bestimmten Kirche zu bleiben. Der Kirchenaustritt ist somit geschützt.
- 1633** Zudem ist der Einzelne frei, wohin er nach einem solchen Austritt geht, ob er einer anderen und nicht notwendig christlichen Kirche beitrifft.⁹⁸⁶ Der Einzelne ist daher auch darin frei, sich ganz von einer Religion abzuwenden und dabei aus einer Religionsgemeinschaft auszutreten, ohne einer anderen zuzugehören.⁹⁸⁷

ee) Negative Bekenntnisfreiheit

- 1634** Dementsprechend ist auch die negative Bekenntnisfreiheit geschützt. Dies kann dann relevant werden, wenn ein Eid auf ein bestimmtes religiöses Symbol wie das Kreuz oder die Bibel verlangt wird. So darf etwa bei der Vereidigung von Abgeordneten kein religiöser Eid verlangt werden, widerspricht er doch in besonderer Weise dem in der demokratischen Gesellschaft gewährleisteten Pluralismus.⁹⁸⁸ Weitergehend kann auch für den Atheismus geworben werden, kommt doch die Religionsfreiheit in gleicher Weise Atheisten, Agnostikern, Skeptikern etc. zugute.⁹⁸⁹

j) Wehrdienstverweigerung

- 1635** Ein spezifischer Ausdruck der individuellen Religionsausübungsfreiheit ist regelmäßig auch die Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen, wird sie doch zumeist auf religiöse oder weltanschauliche Motive gestützt. Daher kommt in ihr nicht nur eine persönliche Gewissensentscheidung, sondern auch eine für sich selbst gezogene Konsequenz der eigenen Glaubensüberzeugung zum Ausdruck. Indes beschränkt Art. 10 Abs. 2 EGRC insoweit den Schutzbereich und erkennt dieses Recht nur nach Maßgabe der einzelstaatlichen Gesetze an, welche die nähere Ausübung regeln. Dafür gibt es daher keinen europaweiten Schutzstandard.⁹⁹⁰

⁹⁸⁶ S. Frowein, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht 2001, S. 73 (76) zur gegen- teiligen früheren schwedischen Rechtslage.

⁹⁸⁷ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 40.

⁹⁸⁸ EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24645/94 (Rn. 38 ff.), NJW 1999, 2957 (2959) – Buscarini u.a./San Marino; hier schon die innere Religionsfreiheit tangiert ansehend Wal- ter, in: Grote/Marauhn, Kap. 17 Rn. 49; ähnlich Evans, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights, 2001, S. 73 f.; jedoch gelangt der Eid gerade nach draußen.

⁹⁸⁹ EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 31), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/ Griechenland; s.o. Rn. 1609.

⁹⁹⁰ S.o. Rn. 1547, 1590 ff.

Dieses Recht wird zwar in den Kontext der Gewissens- und Religionsfreiheit gestellt, von dieser aber europarechtlich nicht näher geschützt.

VI. Kollektive Religionsfreiheit

1. Verbindung zur individuellen Religionsfreiheit

Indem Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC das Bekenntnis einer Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen sowie öffentlich oder privat erfasst, werden die individuelle und die kollektive Religionsausübungsfreiheit nebeneinander gestellt. Dies erfolgt gleichberechtigt. Eine Verbindung besteht insoweit, als sich der Einzelne auch in der Gruppe mit anderen individuell entfaltet und des besonderen Schutzes bedarf, wenn er dabei von der Mehrheit der Glaubensanhänger abweicht.⁹⁹¹ **1636**

Ein genereller Zusammenhang erwächst daraus, dass der Einzelne von seiner individuellen Religionsausübung Gebrauch macht, wenn er zu einer Gruppenveranstaltung geht. Nur beim Schutz dieser individuellen Verhaltensweise kann überhaupt eine Gruppenveranstaltung zustande kommen. Daher ist der Schutz einer solchen kollektiven Religionsausübungsfreiheit auch darauf zu erstrecken, dass der Einzelne zu Gemeinschaftsveranstaltungen gelangen kann. Insoweit sind dann die Grenzen zwischen individueller und kollektiver Religionsausübungsfreiheit fließend.⁹⁹² Weiter gehend mündet das gemeinsame Bekenntnis einer Religion mit Gleichgesinnten typischerweise in die Gründung einer religiösen Gemeinschaft, die traditionell in organisierten Strukturen besteht.⁹⁹³ Damit ist letztlich auch die korporative Religionsfreiheit⁹⁹⁴ auf die individuelle rückbezogen. **1637**

2. Gottesdienst

Die meisten in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC genannten Verhaltensweisen erfolgen in der Gruppe. Das gilt insbesondere für den Gottesdienst. Den kirchlichen Gemeinschaften obliegt es vor allem, ihn zu organisieren. Dazu benötigen sie auch Räume. Deshalb ist auch der Bau dieser Räumlichkeiten von der Religionsausübungsfreiheit umfasst, seien es Kirchen oder Synagogen oder Moscheen einschließlich Minaretten.⁹⁹⁵ Kann nicht gebaut werden, erfüllt eine Anmietung dieselbe Funktion. Es geht um die Nutzung von Gebäuden, die für religiöse Feiern erforderlich sind. Sie ist daher allen Religionsgemeinschaften zu ermöglichen. Es dürfen nicht bestimmte ausgeklammert werden.⁹⁹⁶ Die Nutzung umfasst dabei auch Vorplätze **1638**

⁹⁹¹ S.o. Rn. 1601.

⁹⁹² S. aus Sicht der individuellen Religionsausübungsfreiheit o. Rn. 1626 ff.

⁹⁹³ EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 72), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

⁹⁹⁴ Zu ihr näher u. Rn. 1647 ff.

⁹⁹⁵ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 36.

⁹⁹⁶ EGMR, Urt. vom 26.9.1996, Nr. 18748/91 (Rn. 36 f.), ÖJZ 1997, 352 (352) – Manousakis u.a./Griechenland.

sowie das Inventar, so Glocken oder erhöhte Brüstungen für den Gebetsruf des Muezzins.⁹⁹⁷

3. Unterricht in Sonntags- und Koranschulen

- 1639** Entsprechendes gilt für den Unterricht. Geschützt ist also das Halten von Unterricht, die Festlegung der näheren Inhalte ebenso wie die Nutzung von Räumlichkeiten für diesen Zweck. Daraus ergibt sich dann auch ein Schutz für die islamische Unterweisung von Kindern am Nachmittag in Koranschulen.
- 1640** Bei diesen Schulen darf es sich aber nicht um Lehranstalten handeln. Deren Gründung ist nämlich gem. Art. 14 Abs. 3 EGRC nach Maßgabe der einzelstaatlichen Gesetze gewährleistet. Damit verbleibt die Schulhoheit bei den Mitgliedstaaten. Hierauf erstreckt sich auch nicht die europarechtlich garantierte Religionsausübungsfreiheit. Sie umfasst daher nur einen Schulbetrieb außerhalb des offiziellen Schulunterrichts und damit namentlich die Sonntagsschule in rein religiöser Form oder die Hausaufgabenbetreuung, welche mit religiösen Formen verbunden wird.
- 1641** Durch die ausdrückliche Erwähnung des Unterrichts in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC geht somit die Erziehung innerhalb religiöser Gemeinschaften bzw. durch diese nicht in Art. 14 Abs. 3 EGRC auf, sondern beide stehen nebeneinander und sind daher sachlich abzugrenzen: Sobald es sich um den staatlichen Pflichtschulunterricht handelt, ist Art. 14 Abs. 3 EGRC einschlägig. Art. 10 Abs. 1 EGRC greift nur außerhalb von diesem und bei religionsbezogenem Schwerpunkt.

4. Bräuche und Riten

- 1642** Bräuche und Riten sind insbesondere Ausfluss der kollektiven Religionsausübungsfreiheit. Sie sind eine wichtige Form der gemeinsamen Religionswahrnehmung und stehen neben Gottesdiensten bzw. sind in diese integriert, soweit es sich um einen Gottesdienst nach bestimmten Regeln und Riten handelt. Dazu gehören bereits das Gebet, die Sakramente, die Kollekte sowie Prozessionen.
- 1643** Insbesondere Letztere können auch außerhalb des Gottesdienstes stattfinden. Kultische Handlungen werden umfassend geschützt.⁹⁹⁸ Das gilt im Hinblick auf alle Religionen, also auch für Sekten und Weltanschauungsgemeinschaften.⁹⁹⁹ Die Bräuche und Riten müssen also nicht Teil des geistig-religiösen Erbes Europas bzw. der Kulturen und Traditionen der Völker Europas nach Erwägungsgrund 2 bzw. 3 der Präambel sein.

⁹⁹⁷ Zu dessen Schutz bereits o. Rn. 1627.

⁹⁹⁸ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 39.

⁹⁹⁹ S. bereits o. Rn. 1596.

5. Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften

Damit haben nicht nur Individuen, sondern auch Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften selbst das Recht, sich nach ihren Vorstellungen und Verfahrensweisen zu entfalten. Daraus folgt auch ein Selbstbestimmungsrecht der Kirchen.¹⁰⁰⁰ **1644**

6. Notwendiger Religionsbezug

Wie beim Verhalten des Einzelnen muss aber auch im Rahmen der kollektiven Religionsfreiheit das Verhalten auf einer Religion bzw. Weltanschauung beruhen. Das ist nicht der Fall, wenn eine solche lediglich als Vorwand für die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke benutzt wird.¹⁰⁰¹ Auch über diese Missbrauchsfälle hinaus muss der Schwerpunkt der Aktivitäten im Religiösen ruhen. Der Erwerbszweck darf daher nur nebenbei auftreten.¹⁰⁰² Das ist etwa bei kirchlichen Kollekten und Spendenaktionen bzw. -aufrufen der Fall,¹⁰⁰³ jedenfalls sofern wie bei der Sternsingeraktion das christliche Gebot der Caritas im Vordergrund steht und die gesammelten Mittel für Solidaritätsaktionen verwendet werden.¹⁰⁰⁴ **1645**

Weil der Erwerbszweck zurücktreten muss, werden unabhängig von irgendwelchen missbräuchlichen Verhaltensweisen Organisationen mit primärem ökonomischen Charakter und deren Aktivitäten von vornherein nicht erfasst. Ebenso fallen die Handlungen heraus, die nur bei Gelegenheit der Glaubensausübung stattfinden, so ein vor allem erwerbswirtschaftlichen Zwecken dienender Informationsstand, auch wenn durch ihn Mitglieder geworben werden,¹⁰⁰⁵ oder der Verkauf von Speisen und Getränken anlässlich eines religiösen Treffens,¹⁰⁰⁶ außer dieser wird wie der Erlös der Sternsingeraktion in den Dienst karitativer Zwecke gestellt. **1646**

VII. Korporative Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht

1. Staatliche Neutralität gegenüber Religionsgemeinschaften

Wesentliche Grundlage für die kollektive Religionsausübungsfreiheit ist die Existenz von Religionsgemeinschaften. Diese bestehen traditionell in organisierten Strukturen. Durch sie können Einzelne im Kreise von anderen, deren Glauben sie **1647**

¹⁰⁰⁰ S. näher *Bleckmann*, Von der individuellen Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, 1995.

¹⁰⁰¹ S. BVerwGE 90, 112 (116 ff.); BAG, NJW 1996, 143 (146 f.). Als Beispiel dafür wird immer wieder die Scientology Church genannt, *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 133 m.w.N. sowie bereits o. Rn. 1596.

¹⁰⁰² So für das Grundgesetz *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 170. Auf das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft und einen (objektiven) Bezug abstellend *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 4 Rn. 54. Indes ist das Selbstverständnis allzu dehnbar.

¹⁰⁰³ Vgl. BVerfGE 24, 236 – Aktion Rumpelkammer.

¹⁰⁰⁴ *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 169.

¹⁰⁰⁵ A.A. BVerwG, NJW 1997, 408 bei Berücksichtigung lediglich im Rahmen der Abwägung im Hinblick auf eine Sondernutzungserlaubnis.

¹⁰⁰⁶ Vgl. BVerfGE 19, 129 (133).

teilen, ihre Religion bekennen. Daher muss bei der Auslegung die Vereinigungsfreiheit berücksichtigt werden, die das Leben in Gemeinschaften gegen unberechtigte staatliche Eingriffe schützt.¹⁰⁰⁷ Essenziell ist dabei, eine juristische Person zu gründen, um gemeinsam in einem Bereich übereinstimmender Interessen tätig zu werden. Damit müssen sich auch Religionsgemeinschaften möglichst ungehindert gründen können.¹⁰⁰⁸ Ihr unabhängiges Bestehen ist unabdingbare Voraussetzung für den Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft und damit Kernstück der Religionsfreiheit. Das erfordert insbesondere staatliche Neutralität.¹⁰⁰⁹ Mit ihr ist es unvereinbar, dass der Staat die Legitimität eines religiösen Glaubens beurteilt.¹⁰¹⁰

1648 Die alteingesessenen Gemeinschaften dürfen daher nicht gegenüber neuen oder aus ganz anderen Erdkreisen stammenden bevorzugt werden. Es müssen mehrere Religionen innerhalb ein und derselben Bevölkerung nebeneinander bestehen können. Gibt es nur eine, müssen andere Religionen zumindest die Möglichkeit haben, Fuß zu fassen, ohne dass allerdings der Staat darauf hinzuwirken hätte. Es ist immer noch die Entscheidung der einzelnen Bürger, ob sie sich für neue Religionen öffnen oder an der althergebrachten festhalten. Auch letztere Verhaltensweise ist geschützt.

1649 Daher widerspricht das Monopol einer Religionsgemeinschaft als solches nicht Art. 10 EGRC, sofern es nicht darauf beruht, dass der Staat lediglich eine religiöse Vereinigung bevorzugt. Um dies zu vermeiden bzw. um die Belange aller vertretenen Glaubensgemeinschaften zu wahren, kann es notwendig sein, die Freiheit einer Religion oder Weltanschauung zu beschränken, damit die Interessen der verschiedenen Gruppen versöhnt und die Achtung der Überzeugung jeder Person sichergestellt werden.¹⁰¹¹ Dies rechtfertigt nicht nur Beschränkungen, sondern erfordert von vornherein eine staatliche Neutralität gegenüber allen religiösen Gruppen. Diese ist notwendiger Bestandteil des Schutzbereiches der Religionsfreiheit und damit zugleich das Fundament für ein Staatskirchenrecht.

2. Kirchliches Selbstbestimmungsrecht

1650 Die korporative Religionsfreiheit, die zu der individuellen und der kollektiven Religionsfreiheit tritt,¹⁰¹² hat auch der EGMR als unverzichtbar für den Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft angesehen und aus diesem Grunde zum

¹⁰⁰⁷ EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 72), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

¹⁰⁰⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 73, 81), NJW 2008, 495 (496 f.) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

¹⁰⁰⁹ S. bereits o. Rn. 1600 ff.

¹⁰¹⁰ EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 72), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland m.w.N.

¹⁰¹¹ In diesem Zusammenhang EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 106), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; s. bereits EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 33), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland.

¹⁰¹² Begrifflichkeit bei Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 23 unter Verweis auf Heckel, Religionsfreiheit, in: Gesammelte Schriften IV, 1997, S. 698.

Kernbereich von Art. 9 EMRK gezählt.¹⁰¹³ Darin liegt ein eindeutiges und starkes Bekenntnis, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht unabdingbar zur Religionsfreiheit gehört.¹⁰¹⁴ Damit steht allerdings erst die Existenz des Selbstbestimmungsrechts als solches fest, nicht hingegen der nähere Umfang.¹⁰¹⁵ Ausdruck ist etwa, die eigenen organisatorischen Angelegenheiten selbst zu regeln, so bei einem internen Streit.¹⁰¹⁶ Konsequenz für den Schutz ist eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der nicht die sonst übliche Zubilligung eines nationalen Beurteilungsspielraums durchschlägt.¹⁰¹⁷

Ein solches Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften besteht auch regelmäßig nach den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten; sie liefern ggf. nähere Anhaltspunkte für den Inhalt im Einzelnen. Dafür steht insbesondere Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3, 7 WRV.¹⁰¹⁸ Auch unter Heranziehung anderer wichtiger Verfassungen gehört deshalb das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften zum festen Bestand von Art. 10 EGRC.¹⁰¹⁹ **1651**

Dass ein Vorschlag des deutschen Delegierten Ingo Friedrich, ein solches Recht sowie die Autonomie in eigenen Angelegenheiten zugunsten von Kirchen und Religionsgemeinschaften ausdrücklich in die EGRC aufzunehmen, sich nicht durchsetzen konnte,¹⁰²⁰ ist deshalb unschädlich.¹⁰²¹ Somit kann nahtlos an die Rechtsprechung des EGMR auch im Rahmen von Art. 10 EGRC angeknüpft werden. **1652**

Daher ist auch unbeachtlich, dass Art. 10 EGRC die Religionsfreiheit nur jeder Person zugesteht. Darunter können bei weiter Auslegung auch juristische Personen gefasst werden. Auch Art. 17 EGRC mit der Garantie des Eigentumsrechts benennt juristische Personen nicht eigens. Eine Art. 19 Abs. 3 GG vergleichbare Vorschrift fehlt in der EGRC ohnehin gänzlich. Insoweit befindet sich aber die EGRC in Übereinstimmung mit Verfassungen anderer Mitgliedstaaten, die gleich- **1653**

¹⁰¹³ Vgl. EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30985/96 (Rn. 62), RJD 2000-XI – Hasan u. Chaush/Bulgarien; ebenso Urt. vom 13.12.2001, Nr. 45701/99 (Rn. 118), RJD 2001-XII – Kirche der Metropole Bessarabien/Moldawien; auch Urt. vom 5.10.2006, Nr. 72881/01 (Rn. 57), EuGRZ 2007, 24 (26) – Moskauer Unterorganisation der Heilsarmee/Russland.

¹⁰¹⁴ H. Weber, ZevKR 2002, 265 (276); näher Rüfner, in: FS für Ress, 2005, S. 757 (761, 765 ff.).

¹⁰¹⁵ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 44.

¹⁰¹⁶ S. die Fälle EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30985/96, RJD 2000-XI – Hasan u. Chaush/Bulgarien; Urt. vom 16.12.2004, Nr. 39023/97 (Rn. 81 ff.) – Oberster Heiliger Rat der muslimischen Gemeinde/Bulgarien: Streit zweier rivalisierender Obermuftis, der erst durch die gesetzliche Forderung nach organisatorischer Einheit mit singulärer Führerschaft entstand, durch das Eingreifen des Staates mit Zwang zu einseitiger Festlegung beendet wurde und eben nicht der Religionsgemeinschaft selbst überlassen blieb, so dass der EGMR Art. 9 EMRK verletzt sah.

¹⁰¹⁷ Resümierend König, in: Kadelbach/Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 2007, S. 123 (127 f.).

¹⁰¹⁸ Dazu umfassend etwa Bock, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996.

¹⁰¹⁹ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 45 unter Verweis auch auf die irische und polnische Verfassung.

¹⁰²⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 10 Rn. 7.

¹⁰²¹ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 26.

falls keine entsprechende Bestimmung kennen, ohne juristischen Personen den Grundrechtsschutz vorzuenthalten.¹⁰²² Auch der EGMR erkennt religiöse Organisationen als Grundrechtsträger von Art. 9 EMRK an.¹⁰²³

3. Staatliche Ordnungsfunktion

- 1654** Weil die religiösen Ausrichtungen so vielfältig sein können und in ihren Überzeugungen sehr weit auseinander liegende Glaubensgemeinschaften vorhanden sind, kommt der staatlichen Ordnungsfunktion eine besondere Bedeutung zu. Dieses erkennt auch der EGMR für das Verhältnis von Staat und Religion an. Gerade wegen der in einer demokratischen Gesellschaft vorhandenen tief greifenden Unterschiede der Auffassungen ist strikt auf Neutralität zu achten.¹⁰²⁴ Zudem muss ein Gleichgewicht zwischen den verschiedenen religiösen Strömungen hergestellt werden, das Minderheiten eine faire und gerechte Behandlung garantiert und jeden Missbrauch einer beherrschenden Stellung vermeidet.¹⁰²⁵ Eine Mehrheitsmeinung muss daher nicht immer Vorrang haben, sondern kann gerade der Einschränkung bedürfen, um ein Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Richtungen herzustellen.¹⁰²⁶
- 1655** Insbesondere sind neuen Glaubensgemeinschaften dieselben Rechte einzuräumen. Das gilt auch bei Abspaltungen von einer vorhandenen Kirche.¹⁰²⁷ Grundlegend für die Arbeit religiöser Einrichtungen ist vor allem der Status als Rechtsperson, der sie erst handlungsfähig macht. Dieser Status darf nicht etwa dadurch vor-enthalten werden, dass eine Registrierung versagt wird, zumal wenn es sich nur um die Verlängerung durch eine erneute Registrierung handelt.¹⁰²⁸

¹⁰²² S. Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 27 unter Verweis auf Dreier, in: ders., GG-Kommentar, Art. 19 III Rn. 23.

¹⁰²³ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.12.2001, Nr. 45701/99 (Rn. 101), RJD 2001-XII – Kirche der Metropole Bessarabien/Moldawien; s. bereits EKMR, Entsch. vom 5.5.1979, Nr. 7805/77 (Rn. 2), DR 16, 68 – X. u. Scientology-Kirche/Schweden in ausdrücklicher Abweichung von EKMR, Entsch. vom 17.12.1968, Nr. 3798/68, CD 29, 70 – Kirche von X./Vereinigtes Königreich. Näher zum Ganzen Grabenwarter, in: FS für Rüfner, 2003, S. 147 ff.; daran anknüpfend für die EGRC Robbers, in: FS für Maurer, 2001, S. 425 (428).

¹⁰²⁴ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 107), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; s. bereits o. Rn. 1647 ff.

¹⁰²⁵ Vgl. bereits EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 63), NJW 1982, 2717 (2718 f.) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich sowie Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 112), NJW 1999, 3695 (3700) – Chassagnou u.a./Frankreich.

¹⁰²⁶ S. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 106, 108), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei.

¹⁰²⁷ EGMR, Urt. vom 13.12.2001, Nr. 45701/99 (Rn. 99 ff.), RJD 2001-XII – Kirche der Metropole Bessarabien/Moldawien.

¹⁰²⁸ S. den Fall EGMR, Urt. vom 5.10.2006, Nr. 72881/01 (Rn. 51 ff.), EuGRZ 2007, 24 (26) – Moskauer Unterorganisation der Heilsarmee/Russland; Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (82 ff.), NJW 2008, 495 (497) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

4. Staatskirche

Damit müssen Staaten insbesondere darauf achten, Staatskirchen keine dominante, andere Religionsgemeinschaften verdrängende Position einzuräumen. Auch die „Konkurrenz“ muss sich entfalten können. Insoweit besteht eine Parallele zum Wettbewerbsrecht. So wie nach Art. 82 EG/102 AEUV im Wettbewerbsrecht dominante Stellungen als solche nicht ausgeschlossen sind, sondern nur ihre missbräuchliche Ausnutzung, können auch Staatskirchen bestehen,¹⁰²⁹ welche naturgemäß eine Vorrangstellung haben. Staatskirchen sind vielfach historisch bedingt und gewachsen. **1656**

5. Unterschiedliche nationale Traditionen

So wie es zwischen Individuen gänzlich unterschiedliche Auffassungen zur Religion gibt, bestehen solche auch in verschiedenen Staaten.¹⁰³⁰ Diese haben daher auch unterschiedliche Ausprägungen des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche. Während in Deutschland eine enge Verflechtung zwischen dem Staat und den christlichen Hauptkirchen besteht, ist Frankreich eine laizistische Republik mit strikter Trennung von Staat und Kirche und dem Verbot staatlicher Finanzierung von Religionsgemeinschaften. Umgekehrt gibt es in Großbritannien die anglikanische Staatskirche.¹⁰³¹ Diese jeweilige Ausprägung der Beziehung von Staat und Religion bestimmt die Verhältnisse in dem jeweiligen Mitgliedstaat. Diese Traditionen können nicht einfach übergangen werden. **1657**

Entsprechend unterschiedlich sind auch die Bedürfnisse für den Schutz von anderen Religionsgemeinschaften, andersgläubigen Personen sowie zur Erhaltung staatlicher Neutralität. Daher muss notwendigerweise bis zu einem gewissen Grad dem jeweiligen Staat die Entscheidung zukommen, wie weit er dazu Regelungen trifft und diese ausgestaltet.¹⁰³² Diese Überlegungen bezogen sich zwar in der Rechtsprechung des EGMR auf den Kontrollmaßstab und erfolgten im Rahmen der Reichweite individueller Religionsfreiheit. Indes beinhaltet dieser Rahmen zugleich eine an vorhandene Traditionen und kulturelle Eigenheiten anknüpfende spezifische Behandlung von Religionsgemeinschaften.¹⁰³³ Sie hat daher auch einen staatskirchenrechtlichen Bezug. **1658**

¹⁰²⁹ S. auch sogleich Rn. 1659.

¹⁰³⁰ Bezogen auf die Bedeutung in der Gesellschaft s. EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 50), ÖJZ 1995, 154 (157) – Otto-Preminger-Institut/Österreich; s. bereits o. Rn. 1602.

¹⁰³¹ *Robbers*, VVDStRL 59 (2000), 231 (238 ff. bzw. 245 ff.).

¹⁰³² EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 109), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; ebenso bereits EGMR, Urt. vom 10.7.2003, Nr. 44179/98 (Rn. 67), RJD 2003-IX – Murphy/Irland.

¹⁰³³ S. dazu näher *Frowein*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht, 2001, S. 73 (78 ff.).

- 1659** Auch deshalb ist das Bestehen von Staatskirchen nicht ausgeschlossen.¹⁰³⁴ Nur dürfen die Staatskirchen nicht derart privilegiert werden, dass andere Religionsgemeinschaften keine Chancen haben. Zudem muss bei Ausdehnungs- und Niederlassungsbestrebungen anderer Religionsrichtungen Offenheit bestehen, auch wenn in traditionelle Bastionen eingebrochen wird. Das ist etwa dann der Fall, wenn „am oberbayerischen Tegernsee neben den Kirchenglocken plötzlich der Ruf des Muezzin erschallt, womöglich noch lautsprecherverstärkt und in fröhliche sonntägliche Biergartenidylle hinein“.¹⁰³⁵

6. Notwendige Gleichstellung

- 1660** Diese Gleichstellung der Religionen kann auch schwerlich unter Verweis auf traditionelle Muster eingengt bzw. verhindert werden. Insoweit läuft auch die Argumentation im *Kopftuch*-Streit leer und Art. 10 EGRC ebenso wie Art. 9 EMRK zuwider.¹⁰³⁶ Vielmehr sind die Religionen und ihre Ausdrucksformen a priori gleichzustellen und unabhängig davon, ob sie der Tradition des jeweiligen Mitgliedstaates entsprechen. Nur die Gesamtstruktur und damit die generelle Tiefe und Schärfe religionsbezogener Regulierung kann von früheren Entwicklungen bestimmt sein. Sie muss sich dann aber auf alle Religionen gleichermaßen auswirken.
- 1661** Grenzen können eher aus den sich zeigenden Eigenheiten der Religionen selbst folgen, nämlich dann, wenn sie den Geist des Pluralismus und der Toleranz als Wesensmerkmale einer demokratischen Gesellschaft überschreiten. Darüber ist auch der *Kopftuch*-Streit zu lösen.¹⁰³⁷ Und selbst die traditionsbeladene nähere Ausprägung des Staatskirchenrechts darf nicht dazu führen, dass bestimmte Religionsgemeinschaften bis tief in das einfache Recht hinein Wettbewerbsvorteile erhalten, ohne dass diese notwendig mit dem Status einer Staatskirche verknüpft sind. So mag die Zuerkennung eines Körperschaftsstatus als solcher hinnehmbar sein, nicht aber Privilegierungen selbst im Baurecht.¹⁰³⁸

7. Staatliche Abstinenz

- 1662** Muss der Staat damit auf gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen den Religionsgemeinschaften achten, darf er deren Inhalte nicht näher bewerten und muss sich deshalb auch insoweit neutral verhalten. Die Neutralität bezieht sich also nicht nur auf das Verhältnis zwischen den Religionsgemeinschaften, sondern auch auf den Staat selbst. Er darf daher die Inhalte nicht beeinflussen, auch dann nicht,

¹⁰³⁴ Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 GRCh Rn. 4 mit Aufführung der insoweit neutralen Entscheidungen des EGMR in Fn. 15; bereits Grabenwarter, § 22 Rn. 83; Hillgruber, DVBl. 1999, 1155 (1176); für Art. 9 EMRK auch H. Weber, ZevKR 2000, 109 (150).

¹⁰³⁵ Brenner, VVDStRL 59 (2000), 264 (282).

¹⁰³⁶ S. allerdings BayVGh, EuGRZ 2007, 107 ff.

¹⁰³⁷ S.u. Rn. 1733 ff.

¹⁰³⁸ Brenner, VVDStRL 59 (2000), 264 (286).

wenn es sich um Staatskirchen handelt. Vielmehr sind in den Religionsgemeinschaften die einzelnen Gläubigen vereinigt. So wie der Staat deren Glaubensüberzeugung hinzunehmen hat, gilt dies auch für die Inhalte der Religionsgemeinschaften und weiter gehend für deren Struktur.

Vielfach sind die Strukturen die Fortsetzung und Ausprägung von bestimmten Inhalten. So ist die katholische Kirche wesentlich hierarchischer strukturiert als etwa die evangelischen Kirchen. Für Letztere gibt es keinen Alleinvertretungsanspruch des Kirchenoberhauptes. Der einzelne Gläubige hat eine wesentlich stärkere Stellung. Daher ist auch das institutionelle Gefüge der jeweiligen Religionsgemeinschaft durch Art. 10 Abs. 1 EGRC geschützt.¹⁰³⁹ Ebenso haben Religionsgemeinschaften ihre inneren Angelegenheiten selbst zu regeln; der Staat darf sich dabei nicht einmischen. Das gilt auch bei internem Streit.¹⁰⁴⁰ Hier hat er nicht eine Seite zu bevorzugen, sondern auf eine interne Tolerierung hinzuwirken – entsprechend dem Neutralitätsgebot.¹⁰⁴¹ **1663**

8. Achtung der Strukturen

Darin zeigt sich die enge Verbindung zwischen der Religionsfreiheit des Einzelnen und institutioneller Zusammenfassung in Religionsgemeinschaften und Kirchen. Sie bieten gewissermaßen die Heimstatt für die Entfaltung der Religionsfreiheit des Einzelnen, soweit sich dieser mit einer Religionsgemeinschaft in besonderer Weise verbunden sieht. Sie bilden auch einen zusätzlichen Schutz gegenüber staatlichen Eingriffen in die Religionsfreiheit des Einzelnen, wenn dieser sich innerhalb einer Religionsgemeinschaft zu entfalten vermag. **1664**

Gleichwohl ist der Einzelne nicht darauf fixiert, sondern kann auch individuell seine Religionsfreiheit zur Entfaltung bringen. Er wird auch insoweit entsprechend dem Menschenbild in Art. 1 EGRC als eigenverantwortliches Wesen geachtet. Dieses muss dann aber auch die Religionsgemeinschaft respektieren, die sich auf dem Boden der EGRC bewegt. **1665**

Die Strukturen einer Religionsgemeinschaft sind daher ebenfalls nur insoweit geschützt, als sie sich auf dem Boden der Würde des Menschen sowie des Pluralismus und der Toleranz einer demokratischen Gesellschaft bewegen. Vorausgesetzt ist auch dabei, dass der eigenverantwortliche Bürger ebenso wie andere Religionsgemeinschaften geachtet wird. Deshalb müssen institutionelle Strukturen von Religionsgemeinschaften vom Staat nicht geachtet und geschützt werden, soweit sie diesen beiden Grundaussprägungen des grundrechtlichen Menschenbildes und der Demokratie widersprechen. Der Staat muss sich also nicht zum Steigbügelhalter für die Verbreitung und institutionelle Verankerung von Religionsgemeinschaften machen, welche den Einzelnen unterdrücken und den demokratischen **1666**

¹⁰³⁹ Die Frage ist noch nicht abschließend geklärt, *Waldhoff*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 10 GRCh Rn. 4.

¹⁰⁴⁰ S. EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30985/96, RJD 2000-XI – Hasan u. Chaush/Bulgarien; auch Urt. vom 16.12.2004, Nr. 39023/97 (Rn. 81 ff.) – Oberster Heiliger Rat der muslimischen Gemeinde/Bulgarien; dazu bereits o. Rn. 1650.

¹⁰⁴¹ EGMR, Urt. vom 14.12.1999, Nr. 38178/97 (Rn. 51 ff.), RJD 1999-IX – Serif/Griechenland.

Staat aushöhlen wollen. Umgekehrt darf er aber nicht die Legitimität eines religiösen Glaubens beurteilen.¹⁰⁴² Von seiner Befugnis, seine Institutionen und Bürger vor gefährdenden Vereinigungen zu schützen, darf er deshalb nur zurückhaltend Gebrauch machen, wenn er etwa eine für die Fortexistenz notwendige Registrierung verweigert. Hier schlägt auch die Parallele zur Vereinigungsfreiheit durch,¹⁰⁴³ bei der Ausnahmen eng auszulegen sind. Es müssen daher „überzeugende und zwingende Gründe“ vorliegen. Ein Eingriff muss einem „zwingenden sozialen Bedürfnis“ entsprechen.¹⁰⁴⁴

9. Befruchtender Eigenraum der Religionsgemeinschaften

- 1667** Schließlich steht die Gewährleistung von Religionsgemeinschaften auch in engem Bezug zu der demokratischen Gesellschaft, welchen der EGMR generell für die Religionsfreiheit betont.¹⁰⁴⁵ Aus den Religionsgemeinschaften kann offene und deutliche Kritik an Verhältnissen in unserer Gesellschaft kommen. Sie kann den demokratischen Willenbildungsprozess befruchten. Außerdem bieten sie eine Heimstatt dafür, dass sich der Bürger mit seinen eigenen Überzeugungen nach festen Werten entfalten und im Alltag verhalten kann. Daraus kann ein selbstbewusstes Staatsbürgertum erwachsen, welches sich nach den immer wieder und angesichts zahlreicher Verfehlungen geforderten ethischen Kategorien richtet. Auf diese Weise kann ein Gegenpol zu einer sich weiter abflachenden politischen Kultur entstehen, durch den der demokratischen Gesellschaft der Spiegel vorgehalten wird. Mag eine daraus folgende Pflicht zur wohlwollenden Förderung der Religion(sgemeinschaften)¹⁰⁴⁶ auch zu weit gehen, hat der Staat doch einen solchen Eigenraum der Religionsgemeinschaften sowie der in ihnen engagierten Bürger zu akzeptieren.

10. Achtung des nationalen Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften

- 1668** Gewährleistet damit die Religionsfreiheit nach Art. 10 EGRC die grundsätzliche Neutralität des Staates gegenüber Religionsgemeinschaften, bleibt ihr Status im Einzelnen den Mitgliedstaaten überlassen. Sowohl nach der so genannten Kirchenerklärung zum Vertrag von Amsterdam¹⁰⁴⁷ als auch nach dem nahezu gleichlautenden Art. 17 AEUV achtet die Union den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht. In gleicher Weise achtet sie den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften. Diese werden also entspre-

¹⁰⁴² S.o. Rn. 1647.

¹⁰⁴³ S.o. Rn. 1647.

¹⁰⁴⁴ EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 75), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

¹⁰⁴⁵ S.o. Rn. 1601.

¹⁰⁴⁶ S. dahin Brenner, VVDStRL 59 (2000), 264 (297).

¹⁰⁴⁷ Erklärung zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften.

chend der Wertneutralität der Religionsfreiheit gleichgestellt. Damit akzeptiert die Union auch in diesen Bestimmungen die Verschiedenheit des Verhältnisses von Staat und Religion bzw. Kirche in den einzelnen Mitgliedstaaten.

Weitergehend wird den Mitgliedstaaten die nähere Ausgestaltung vorbehalten und damit die Regelungsgewalt explizit zugeordnet. Diese Ausgestaltung hat die Union zu achten und nicht zu beeinträchtigen, also hinzunehmen und nicht durch eigene Regulierungen zu beeinflussen. Ihr fehlt ohnehin eine entsprechende Kompetenz.¹⁰⁴⁸ Soweit Regelungen den Status von Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften betreffen, ist damit an die mitgliedstaatlichen Regelungen anzuknüpfen. **1669**

Dieses Achtungsgebot bezieht sich auf sämtliche näheren Ausprägungen dieses Status und damit auch etwa auf das religiöse Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.¹⁰⁴⁹ Es schließt ebenfalls das Vorhandensein einer Staatskirche nicht aus,¹⁰⁵⁰ sondern verlangt gerade seine Respektierung und geht damit auch über die bloße Neutralitätsgarantie des Art. 10 EGRC hinaus.¹⁰⁵¹ **1670**

Umgekehrt erschöpft sich die Kirchenerklärung zum Vertrag von Amsterdam ebenso wie Art. 17 AEUV in einem bloßen Achtungsgebot und enthält keine materiellen Festlegungen und schon gar keinen Mindeststandard.¹⁰⁵² Damit ist letztlich auch die nähere Ausgestaltung des institutionellen Staatskirchenrechts ebenso wie die der Wehrdienstverweigerung von der europäischen Religionsfreiheit nicht erfasst. **1671**

Allerdings sind die Schlüsse, die aus der Religionsfreiheit gezogen werden können, deshalb stärker, weil der Verweis auf die näheren Regelungen der Mitgliedstaaten nicht bereits in Art. 10 EGRC selbst erfolgt. Bei Inkrafttreten einer europäischen Verfassung müssen jedoch Art. 10 EGRC und der entsprechende Verfassungsartikel zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften aufeinander abgestimmt werden. Darin liegt die materielle Komponente des als begriffspolitisch angesehenen Grundsatzstreits zwischen Staatskirchen- und Religionsverfassungsrecht.¹⁰⁵³ Dies kann aber auch im Wege einer gegenseitigen Ergänzung und Befruchtung erfolgen, wie dies schon für die Kirchenerklärung zum Vertrag von Amsterdam befürwortet wird.¹⁰⁵⁴ Jedenfalls resultiert der unabdingbare Mindeststandard für die Religionsgemeinschaften aus dem Grundrecht der Religionsfreiheit in seiner korporativen Ausprägung und damit aus dem grundrechtlich gespeisten Religionsverfassungsrecht. **1672**

¹⁰⁴⁸ Mückl, Religions- und Weltanschauungsfreiheit im Europarecht, 2002, S. 22; de Wall, ZevKR 2002, 205 (206).

¹⁰⁴⁹ Näher Muckel, DÖV 2005, 191 ff.

¹⁰⁵⁰ Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 48.

¹⁰⁵¹ Zu ihm o. Rn. 1600.

¹⁰⁵² Muckel, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 48.

¹⁰⁵³ S. den Sammelband von Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007.

¹⁰⁵⁴ S. Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 GRCh Rn. 5; näher ders., in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007, S. 251 ff.

VIII. Schutzpflichten

1. Gegenüber Religionsgemeinschaften

- 1673** Die EGRC garantiert ebenso wie die so genannte Kirchenerklärung zum Vertrag von Amsterdam¹⁰⁵⁵ bzw. Art. 17 AEUV die Distanz der Union bzw. überhaupt des Staates zur Religion und zu den Religionsgemeinschaften und damit die Neutralität. Deshalb kann Schutzpflichten bzw. sonstigen Ansprüchen gegen den Staat allenfalls eine ergänzende Bedeutung zukommen. Diese könnte darin liegen, dass der Staat zur Unterstützung der Religionsgemeinschaften verpflichtet ist, welche gegenüber den anderen Religionsgemeinschaften im Nachteil sind, um dadurch eine kraftvolle Pluralität zu ermöglichen.
- 1674** Indes würde durch eine solche Förderung einzelner Religionsgemeinschaften sehr leicht ein Nachteil für andere entstehen. Schließlich haben sich die nicht geförderten Religionsgemeinschaften ihre Position selbst erarbeitet. Die Stellung anderer ist historisch gewachsen. Diese vorhandenen Strukturen würden damit staatlich verändert, so dass der Staat die Situation der einzelnen Religionsgemeinschaften mit prägte. Dadurch drohte die Religionsfreiheit von innen heraus ausgehöhlt zu werden. Das freie Spiel der Kräfte zwischen den einzelnen Glaubensgemeinschaften geriete in Gefahr. Zudem drohte ein Buhlen um staatliche Zuschüsse, so dass daraus eine Staatsnähe erwachsen könnte, welche der grundsätzlich geforderten Neutralität und Distanz des Staates¹⁰⁵⁶ zuwiderliefe.
- 1675** Eine andere Facette ist die Gestaltung von Rahmenbedingungen durch den Staat, welche die Neutralität gegenüber allen Religionsgemeinschaften wahrt. Das bedeutet den Abbau von Privilegien und Bevorzugungen. Im Hinblick auf Staatskirchen bzw. als Körperschaften anerkannte Religionsgemeinschaften folgt daraus die Reduzierung von rechtlichen Vorteilen, welche mit diesem historisch gewachsenen Charakter nicht notwendig verbunden sind, um die in der Minderheit befindlichen Gemeinschaften vor einer Übermacht anderer Gruppierungen zu bewahren.
- 1676** Daraus folgt aber nicht die Rückführung von Staatskirchen und Körperschaften als solchen. Dieser Status ist vielmehr aufgrund des historischen Hintergrundes mit der Religionsfreiheit vereinbar.¹⁰⁵⁷ Insbesondere haben damit andere Religionsgemeinschaften keinen Anspruch darauf, dass die Union in den Mitgliedstaaten die strikte Trennung von Staat und Kirche durchsetzt.¹⁰⁵⁸ Dem steht bereits der institutionelle Vorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten nach der Kirchenerklärung zum Vertrag von Amsterdam bzw. nach Art. 17 AEUV entgegen.

¹⁰⁵⁵ Erklärung zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften.

¹⁰⁵⁶ S.o. Rn. 1600, 1647 ff.

¹⁰⁵⁷ S.o. Rn. 1656, 1658 f.

¹⁰⁵⁸ Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 GRCh Rn. 14.

2. Zugunsten Einzelner

Schutzpflichten haben am ehesten dort ihren Platz, wo ein Ungleichgewicht in den Kräfteverhältnissen besteht.¹⁰⁵⁹ Das gilt vor allem für den Einzelnen im Verhältnis zu den Religionsgemeinschaften, wenn es Divergenzen gibt. Daher bedarf der Einzelne insbesondere des Schutzes, wenn er sich von einer Religionsgemeinschaft lösen möchte. Auf ein solches Austrittsrecht wird die Schutzpflicht aus Art. 10 EGRC reduziert.¹⁰⁶⁰ **1677**

Indes geht es hier allgemeiner um die Rechtstellung des Einzelnen und damit um den Schutz der individuellen Religionsausübungsfreiheit bzw. vorgelagert der internen Religionsfreiheit. Auch insoweit bedarf es eines gewissen Freiraums vor einer Einflussnahme durch Religionsgemeinschaften. Das ist die Mindestvoraussetzung für die individuelle religiöse Entfaltung. Sie ist als unabdingbare Grundlage staatlich zu schützen, soll die individuelle Religionsfreiheit nicht ausgehöhlt werden können. **1678**

Zwar ist dem Staat verwehrt, bestimmte Strukturen in den Religionsgemeinschaften vorzugeben. Der Einfluss kann aber indirekt darüber erfolgen, dass bestimmte Rechte von Religionsgemeinschaften an Strukturen geknüpft sind, die dem demokratisch-pluralistischen Gemeinwesen entsprechen. Auf diese Weise wird über den goldenen Zügel eines privilegierten Status sanfter Druck zum Schutz der Mitglieder von Religionsgemeinschaften ausgeübt. Genügt eine solche indirekte Schutzmaßnahme nicht, kommen bei Gefährdungen Einzelner Opferchutzprogramme oder unmittelbare Eingriffe in Betracht. Wie bei der Erfüllung von Schutzpflichten allgemein¹⁰⁶¹ kommt auch hier den zuständigen Organen ein breiter Beurteilungsspielraum zu. **1679**

Weitergehend ist es grundsätzlich Ausdruck von Pluralismus und Toleranz in einer demokratischen Gesellschaft, dass Religionsgemeinschaften den Einzelnen als autonomes und selbstbestimmtes Wesen akzeptieren.¹⁰⁶² Insoweit besteht eine gewisse staatliche Gewährleistungsverantwortung. Nur so ist auch eine kraftvolle Entfaltung religiösen Lebens möglich, welches einer demokratischen Gesellschaft entspricht.¹⁰⁶³ **1680**

¹⁰⁵⁹ Allgemein o. Rn. 359 ff.

¹⁰⁶⁰ *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 GRCh Rn. 14, weil andernfalls eine inhaltliche Stellungnahme zu religionsinternen Konflikten vorläge.

¹⁰⁶¹ S.o. Rn. 367 ff.

¹⁰⁶² S.o. Rn. 1624.

¹⁰⁶³ Für eine aktive Gewährleistung religiösen Lebens auch *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 GRCh Rn. 14 a.E. unter Bezug auf *Robbers*, in: FS für Maurer, 2001, S. 425 (428).

C. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

I. Grundstruktur

1. Gesetzliche Grundlage

1681 Für die Beschränkung aller in Art. 10 Abs. 1 EGRC garantierten Freiheiten verlangt Art. 52 Abs. 1 EGRC wie bei anderen Grundfreiheiten eine gesetzliche Grundlage. Diese muss hinreichend bestimmt sein.¹⁰⁶⁴ Danach wird es nur bedingt möglich sein, eine vorhandene normative Basis durch richterliche Auslegung so zu verbreitern, dass Beschränkungen der Religionsfreiheit darauf gestützt werden können. Demgegenüber vertritt der EGMR eine sehr weite Sicht. Entscheidend ist danach die geltende Vorschrift, wie sie die zuständigen Gerichte ausgelegt haben. Es genügt sogar ungeschriebenes Recht, damit eine Maßnahme „gesetzlich vorgehen“ ist.¹⁰⁶⁵ In Betracht kommen also nicht nur Gesetze, sondern auch Richterrecht.¹⁰⁶⁶ Damit bestehen aber ein erheblicher Spielraum und eine schwere Vorhersehbarkeit. Unproblematisch sind hingegen Regelungen von Berufsorganisationen, wenn sie auf der Basis der vom Parlament übertragenen autonomen Rechtsetzungsbefugnis ergangen sind.¹⁰⁶⁷ Es muss sich auch um kein formelles Gesetz handeln; materielles Recht genügt.¹⁰⁶⁸

2. Zweigleisige Rechtfertigung

1682 Da Art. 10 EGRC sehr nahe an Art. 9 EMRK angelehnt ist, kommt Art. 52 Abs. 3 EGRC zum Zuge, wonach in beiden Rechtskatalogen korrespondierende Rechte dieselbe Bedeutung und Tragweite und damit auch dieselben Schranken haben. Allerdings erfasst die ausdrückliche Schrankenregelung nach Art. 9 Abs. 2 EMRK nur Beschränkungen der Religions- und Bekenntnisfreiheit und damit das Forum externum, also nicht Eingriffe in die innere Gedanken- und Gewissensfreiheit.¹⁰⁶⁹ Werden Letztere beeinträchtigt, greift damit nur Art. 52 Abs. 1 EGRC ein.

1683 Einschränkungen müssen daher notwendig sein und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des

¹⁰⁶⁴ Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 GRCh Rn. 13.

¹⁰⁶⁵ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 88), NVwZ 2006, 1389 (1390 f.) – Leyla Sahin/Türkei.

¹⁰⁶⁶ Z.B. EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 47), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1); auch Urt. vom 24.4.1990, Nr. 11801/85 (Rn. 29 a.E.), ÖJZ 1990, 564 (566) – Kruslin/Frankreich; Urt. vom 24.2.1994, Nr. 15450/89 (Rn. 43), ÖJZ 1994, 636 (638) – Casado Coca/Spanien.

¹⁰⁶⁷ EGMR, Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 46), NJW 1985, 2885 (2886) – Barthold/Deutschland.

¹⁰⁶⁸ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 88), NVwZ 2006, 1389 (1390 f.) – Leyla Sahin/Türkei.

¹⁰⁶⁹ Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 31; Uerpmann-Witzack, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 3 Rn. 34.

Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Es gelten daher die allgemeinen Maßstäbe.

Diese Anforderungen sind allerdings auch von Art. 9 Abs. 2 EMRK umfasst. 1684 Weil aber hier ein Schrankenvorbehalt eigens für die Religions- und Bekenntnisfreiheit besteht, sind insoweit Eingriffe tendenziell eher möglich.

II. Gedankenfreiheit

1. Ausschluss direkter Eingriffe

„Die Gedanken sind frei“. Diese geläufige Zeile¹⁰⁷⁰ drückt zu Recht aus, dass sich 1685 der Einzelne die Gedanken machen darf, die er möchte, ohne dabei vom Staat beengt werden zu dürfen. Schließlich wurde dieses Gut in langer Auseinandersetzung mit Monarchen und Fürsten erkämpft. So war noch eine zentrale Forderung, die Schiller dem Marquis von Posa gegenüber König Philipp II. von Spanien in den Mund legte: „Sire, geben Sie Gedankenfreiheit“.¹⁰⁷¹ Vor diesem historischen Hintergrund bildet die Gedankenfreiheit ein zentrales Element einer demokratischen Gesellschaft. Der Einzelne soll sich eigenständig seine Gedanken machen können, ohne dass ihn der Staat dabei beeinträchtigen darf. Rechtlicher Anhalt dafür ist, dass Art. 9 Abs. 2 EMRK hinsichtlich erlaubter Beschränkungen die Gedankenfreiheit nicht aufführt, sondern nur die Religionsfreiheit.¹⁰⁷²

Ohnehin ist die Gedankenfreiheit in ihrem Schutzbereich auf den schwerer an- 1686 tastbaren inneren Bereich konzentriert.¹⁰⁷³ Sobald die gebildeten Gedanken geäußert werden, fallen sie regelmäßig unter die Gewissens- bzw. Religionsfreiheit oder die Meinungsäußerungsfreiheit. Das Forum externum ist also von anderen Grundrechten weitestgehend abgedeckt, außer die geäußerten Gedanken lassen sich keiner der vorgenannten Freiheiten zuordnen. Das wird jedoch kaum der Fall sein, da die Meinungsäußerungsfreiheit auch Tatsachenbehauptungen umfasst.¹⁰⁷⁴

Auf den so abgegrenzten inneren Bereich kann der Staat aber schon praktisch 1687 schwerlich zugreifen. Er müsste dann etwa vorschreiben, welche Gedanken sich ein Einzelner machen muss, bzw. welche er sich nicht machen darf. Das ist aber in einer demokratischen Gesellschaft undenkbar.

¹⁰⁷⁰ Sie wurde 1780 auf Flugblättern veröffentlicht und ist um 1810 mit Melodie in „Lieder der Brienzer Mädchen“ in Bern erschienen. Im Jahr 1842 wird die Weise in dem Buch „Schlesische Volkslieder“ von Hoffmann von Fallersleben und Ernst Richter publiziert; diese letzte Version stammt aus der Feder Hoffmanns von Fallersleben. Der Grundgedanke des Liedes findet sich jedoch schon im 13. Jahrhundert bei Freidank und Walther von der Vogelweide („Sind doch Gedanken frei“). Zu Zeiten der Märzrevolution (1848/1849) war das Lied in Teilen Deutschlands verboten. Für Liedtext und Historie vgl. z.B. *Erk, Ludwig/Böhme, Franz M.*, Deutscher Liederhort, Bd. III, Leipzig 1894 (reprograf. Nachdruck Hildesheim 1963), S.575 ff.

¹⁰⁷¹ *Schiller*, Don Karlos, 3. Akt 10. Auftritt, Reclam Universalbibliothek Nr. 38, Ditzingen 2007, S. 126, Zeile 3215 f.

¹⁰⁷² S. bereits o. Rn. 1546.

¹⁰⁷³ S.o. Rn. 1580.

¹⁰⁷⁴ S.u. Rn. 1784 ff.

- 1688** Die im Rahmen der Religionsfreiheit vom EGMR in den Vordergrund gerückten Elemente der Neutralität und des Pluralismus¹⁰⁷⁵ sprechen ebenfalls dafür, die Gedankenfreiheit staatlich unangetastet zu lassen. Etwas anderes kann sich höchstens dann ergeben, wenn der Gedankenträger in einem besonderen Verhältnis zum Staat steht, wie dies beim Beamten der Fall ist. Aber auch dann gefährdet höchstens die Äußerung von Gedanken die Neutralität des Staates, den dieser Beamte vertritt, nicht bereits die innere Bildung und Überlegung. Die Äußerung von Gedanken ist aber dann in erster Linie ein Thema der Gewissens- und Religionsfreiheit sowie der Meinungsäußerungsfreiheit.¹⁰⁷⁶

2. Äußere Erschwernisse

- 1689** Eine Beeinträchtigung der Gedankenfreiheit durch den Staat ist daher am ehesten dadurch denkbar, dass dieser den Gedankenbildungsprozess des Einzelnen durch äußere Erschwernisse behindert. Hierfür kann es ausreichen, wenn der Staat durch Rahmenbedingungen ein Klima schafft, in dem der Einzelne nicht mehr autonom seine Gedanken fassen kann. Als Extrembeispiel seien hier etwa der Schlafentzug und ein ständiges Verhör in Gefängnissen genannt.
- 1690** Demgegenüber dürfte es nicht ausreichen, wenn etwa an staatlichen Lehranstalten Aufenthaltsräume in Unterrichtsräume umgewidmet werden und so Rückzugsmöglichkeiten für die Fassung eigener Gedanken verloren gehen. Der Einzelne kann sich ja auch nach Hause zurückziehen. Beachtlich mag hingegen sein, wenn an Schulen und Universitäten ein Klima verbreitet wird, welches das eigene Denken zugunsten einer bloßen Wiedergabe gelehrter Gehalte zurückdrängt. Indes sind solche Weichenstellungen schwer fassbar.

3. Mangelnder Schutz

- 1691** Gleiches gilt für die Notwendigkeit staatlichen Schutzes. Dieser ist etwa offensichtlich dann erforderlich, wenn private Banden einer bestimmten politischen Richtung in den Straßen Angst und Schrecken verbreiten, so dass der Einzelne sich gegenteilige Gedanken gar nicht mehr zu bilden wagt, wie dies durch die Nationalsozialisten erfolgte, im Dritten Reich dann sogar staatlich getragen. Solche Situationen können im heutigen Europa etwa in Aufstandsgebieten wie im Baskenland auftreten. Hier hat dann der Staat die Pflicht, solche privaten Einflussnahmen zu neutralisieren. Nur so kann er auch den für eine demokratische Gesellschaft notwendigen Pluralismus sichern.
- 1692** Umgekehrt ist Ausdruck dieses Pluralismus jedenfalls auf der Basis von Parteien, wie er mittlerweile in den europäischen Demokratien praktiziert wird, dass auf die Bildung von Gedanken anderer Einfluss genommen wird, um sie für die eigene Meinung zu überzeugen. Insoweit sind dem Staat Eingriffe verwehrt, so lange sich diese Einflussnahmen im Rahmen geistiger Auseinandersetzung oder typischer Werbung halten und nicht mit Gewalt einhergehen.

¹⁰⁷⁵ S.o. Rn. 1600 ff.

¹⁰⁷⁶ S. daher näher u. Rn. 1697 ff. und Rn. 1708 ff.

Nicht nur physische, sondern auch psychische Gewalt kann die Bildung von Gedanken negativ beeinträchtigen. Eine solche kann von Sekten ausgehen, vor allem, wenn zu deren Praktiken „Gehirnwäschen“ gehören. Dann ist der Schutz durch den Staat gefragt, um die einzelnen Sektenmitglieder vor unzulässigen Einflüssen zu bewahren und ihnen insbesondere wieder den Rückweg in das gesellschaftliche Leben außerhalb der Sekte zu ermöglichen, der dauerhaft nur erfolgreich beschritten werden kann, wenn der Einzelne wieder einen „klaren Gedanken“ zu fassen vermag. **1693**

Allerdings ist es den Mitgliedstaaten versagt, sämtliche Sekten und sonstigen Vereinigungen auf einen Demokratie konformen Kurs zu zwingen.¹⁰⁷⁷ Dadurch wären extreme Auffassungen der Religionsfreiheit von vornherein ausgeschlossen, selbst wenn diese dem Glauben Einzelner entsprechen. Zudem hat sich vielfach der Einzelne in eine Sekte begeben. Dann muss er sich an dieser Entscheidung festhalten lassen, wenn es zu Schwierigkeiten kommt.¹⁰⁷⁸ Der Staat kann hier höchstens Brücken bauen, aber nicht mit umfassender Macht eingreifen und etwa einzelne Sektenmitglieder herausholen. Lediglich dann, wenn sie bei staatlichen oder auch kirchlichen Institutionen Hilfe suchen, muss der Staat Schutz gewähren. Weitergehende Pflichten hat er hingegen, wenn es sich um grobe Misshandlungen handelt. **1694**

III. Gewissensfreiheit

1. Forum internum

Wenn auch nicht ausschließlich, so spielt sich doch auch die Gewissensfreiheit in sehr starkem Maße im Inneren der Grundrechtsträger ab.¹⁰⁷⁹ Insoweit gilt für die staatliche Beeinträchtigung Entsprechendes wie zur Gedankenfreiheit.¹⁰⁸⁰ Da sich die Gewissensfreiheit an den Maßstäben von Gut und Böse orientiert und sich damit in sittlichen Kategorien bewegt, kann ein hinderndes Klima etwa durch eine zunehmende Verweltlichung entstehen. Dabei handelt es sich aber um einen gesellschaftlichen Entwicklungsprozess. Zudem lässt sich dabei eine Beeinträchtigung schwerlich festmachen. **1695**

Daher ist nicht etwa der Staat verpflichtet, auf die Öffentlichkeit einzuwirken, sich stärker an sittlichen Kategorien zu orientieren. Dies würde auch seiner weltanschaulichen Neutralität widersprechen. Inwieweit das Gewissen eine Rolle spielt und im gesellschaftlichen Prozess noch Bedeutung hat, hängt damit von den tatsächlichen Umständen ab. Ob Politiker hier eine Vorbildfunktion einnehmen wollen und können, bleibt ihrer Entscheidung überlassen. **1696**

¹⁰⁷⁷ Vgl. o. Rn. 1662 ff.

¹⁰⁷⁸ Vgl. zur Folgerichtigkeit eigenen Verhaltens o. Rn. 1618.

¹⁰⁷⁹ S.o. Rn. 1583 ff.

¹⁰⁸⁰ S.o. Rn. 1685 ff.

2. Forum externum

- 1697** Die Gewissensfreiheit schlägt sich allerdings auch in äußeren Verhaltensweisen nieder, durch welche eine Gewissensentscheidung im Leben umgesetzt werden soll. Hier sind staatliche Beeinträchtigungen dadurch möglich, dass solche Verhaltensweisen verboten oder umgekehrt erzwungen werden, so die Ableistung eines Eides. Dabei sind vielfach die Grenzen zur Religionsfreiheit fließend.

3. Mittelbare Beeinträchtigungen

- 1698** Erfasst werden auch mittelbare Beeinträchtigungen. Sie können etwa dadurch eintreten, dass eine Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis verweigert wird, wenn jemand eine bestimmte gewissensgeleitete Verhaltensweise an den Tag legt.¹⁰⁸¹ Die Bedeutung einer Wehrdienstverweigerung, welche insbesondere in den 70er Jahren prohibitiv wirkte, richtet sich allerdings gem. Art. 10 Abs. 2 EGRC nach nationalem Recht. Das Recht darauf ist freilich auch auf der Ebene der europäischen Grundrechte benannt und muss daher als solches neutral bewertet werden, darf also nicht negative Folgewirkungen etwa bei der Einstellung haben.¹⁰⁸²

4. Notwendiger Gewissensbezug

- 1699** Bei Beeinträchtigungen stellt sich das Problem, inwieweit ein Bezug auf die Gewissensfreiheit vorhanden sein muss. So kann es sich auch um überhaupt nicht gewollte, unvorhersehbare Folgewirkungen einer Maßnahme handeln. Dann wird der Eingriffscharakter verneint.¹⁰⁸³ Eine solche Begrenzung liegt auf der Linie der Entscheidungspraxis von EKMR und EGMR, religiös neutrale Handlungen auszublenzen.¹⁰⁸⁴

- 1700** Auch bei dieser Konzeption droht eine übergebührlige Verengung des Schutzbereichs. Zudem besteht bei einer solchen Begrenzung im Bereich der Beeinträchtigungen das grundsätzliche Problem, dass an die Maßnahmensseite angeknüpft wird, während die Gewissensfreiheit ebenso wie die Religionsfreiheit einen sehr stark subjektiven Charakter hat. Dabei soll sich gerade die Überzeugung des Einzelnen verwirklichen. Daher ist zuvörderst seine Sicht maßgeblich, inwieweit diese Freiheit beeinträchtigt wird. Allerdings darf ein solcher Bezug nicht einfach nur behauptet werden. Vielmehr ist ein aufgrund der dargelegten Gewissensentscheidung begründbarer, objektiv plausibler Bezug zu fordern.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸¹ *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 29.

¹⁰⁸² S. auch u. Rn. 1707.

¹⁰⁸³ Vgl. *Blum*, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 99 f.; *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 29 a.E.

¹⁰⁸⁴ S.o. Rn. 1614 ff.

¹⁰⁸⁵ Vgl. o. Rn. 1617.

5. Rechtfertigung

a) Maßstab

Liegt eine Beeinträchtigung der Gewissensfreiheit vor, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage sowie eines hinreichenden Gemeinwohlbelangs, der verhältnismäßig ins Werk gesetzt wurde. Für Beschränkungen der äußeren Gewissensfreiheit ergibt sich dies aus Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 9 Abs. 2 EMRK. Soweit die innere Gewissensfreiheit begrenzt wird, folgen diese Anforderungen aus Art. 52 Abs. 1 EGRC.¹⁰⁸⁶ **1701**

Die Beschränkung von Art. 9 Abs. 2 EMRK auf die Religions- und Bekenntnisfreiheit bedeutet nicht etwa, dass das Forum internum gänzlich von Beeinträchtigungen frei bleiben muss, wenngleich sie bei der Gewissensfreiheit ähnlich problematisch sind wie im Rahmen der Gedankenfreiheit und damit regelmäßig ausgeschlossen sein werden.¹⁰⁸⁷ Es gelten dann die allgemeinen Maßstäbe nach Art. 52 Abs. 1 EGRC. Diese greifen aber für die Gewissensfreiheit, nicht allgemein. Die gegenständliche Begrenzung auf die Religions- und Bekenntnisfreiheit könnte zwar auch nur auf die Religion und deren in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGRC ausdrücklich genanntes Bekenntnis zu beziehen sein. Indes wird die Bekenntnisfreiheit insoweit nicht eingeschränkt und bezieht sich daher auch auf Umsetzungen von Gewissensentscheidungen. Zudem lassen sich Gewissens- und Religionsfreiheit schwerlich streng voneinander unterscheiden, weil auch religiöse Überzeugungen auf Gewissensentscheidungen beruhen können bzw. in solche münden.¹⁰⁸⁸ **1702**

b) Äußere Gewissensfreiheit

Eine Beeinträchtigung der äußeren Gewissensfreiheit muss daher in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sein. Zieht man die enge Verbindung von Art. 10 EGRC mit der in einer demokratischen Gesellschaft notwendigen staatlichen Neutralität heran,¹⁰⁸⁹ folgt ein Rechtfertigungsgrund insbesondere daraus, dass sich die äußere Gewissensfreiheit wie bei Beamten mit eben dieser Neutralität nicht verträgt. Das gilt für bestimmte Äußerungen und bei der Weigerung, bestimmte Handlungen vorzunehmen. Besonders gravierend ist dies beim Militär. **1703**

Zwar wirkt hier eine Beschränkung wie auch in anderen Fällen vielfach auf die innere Gewissensfreiheit zurück, weil gewissensgeleitete Verhaltensweisen deren Ausdruck sind. Indes handelt es sich immer noch um äußere Handlungen bzw. Unterlassungen, so dass Art. 9 Abs. 2 EMRK heranzuziehen ist. Die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen erfordert aber die Vornahme bestimmter Handlungen, so dass darauf gegründete Einschränkungen der Gewissensfreiheit für **1704**

¹⁰⁸⁶ S.o. Rn. 1682.

¹⁰⁸⁷ S.o. Rn. 1685 ff.

¹⁰⁸⁸ S.o. Rn. 1539.

¹⁰⁸⁹ S.o. Rn. 1600.

staatliche Amtsträger auch in einer demokratischen Gesellschaft mit ihrem Pluralismus notwendig sind.

- 1705** Beschränkungen der Gewissensfreiheit zum Erhalt der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit und Moral oder auch zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer werden hingegen weniger in Betracht kommen als im Rahmen der Religionsfreiheit, weil es sich regelmäßig um individuelle Verhaltensweisen handelt, die weder das Ganze noch Mitbürger gefährden bzw. beeinträchtigen. Vielmehr ist es eine Frage der Toleranz, gewissensgeleitete Verhaltensweisen hinzunehmen. Dadurch werden die Rechte und Freiheiten anderer nicht beeinträchtigt, ebensowenig Moralvorstellungen oder die öffentliche Ordnung, definiert als tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft.¹⁰⁹⁰ Jedenfalls fehlt insoweit die Verhältnismäßigkeit.¹⁰⁹¹

IV. Sonderfall Wehrdienstverweigerung

- 1706** Inwieweit Beschränkungen des Rechts auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen möglich sind, richtet sich gem. Art. 10 Abs. 2 EGRC grundsätzlich nach innerstaatlichem Recht, welches die Ausübung dieses Rechts und damit auch seine Schranken regelt. Daher besteht auch keine Beschränkung auf die Schranken nach Art. 52 Abs. 1 EGRC¹⁰⁹² oder Art. 52 Abs. 3 EGRC. Die zweitgenannte Vorschrift scheidet schon deshalb aus, weil die EMRK das Recht auf Wehrdienstverweigerung nicht verbürgt, so dass auch ihre Schranken nach Art. 9 Abs. 2 EMRK nicht eingreifen können.¹⁰⁹³
- 1707** Schwierigkeiten ergeben sich allerdings dann, wenn der Heimatstaat ein Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkennt, das Zielland, in dem eine Beschäftigung aufgenommen werden soll, hingegen nicht und daraus Behinderungen bei der Arbeitssuche resultieren. Art. 10 Abs. 2 EGRC respektiert immerhin grundsätzlich das Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen. Er verweist dabei auf die einzelstaatlichen Gesetze, was nahelegt, dass die Gesetze des jeweiligen Staates eingreifen, in dem dieses Recht geltend gemacht wird. Wird es dort anerkannt und bewegt sich dann ein Wehrdienstverweigerer in einen anderen Staat, dürfen ihm daher keine Nachteile erwachsen. Insoweit ist über Art. 10 Abs. 2 EGRC den Mitgliedstaaten die grundsätzliche Respektierung des Rechts auf Wehrdienstverweigerung vorgegeben, jedenfalls soweit es für einen Grenzgänger in einem anderen Staat bereits akzeptiert wurde.

¹⁰⁹⁰ Vgl. zu den Grundfreiheiten, EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999 (2013, Rn. 33/35) – Boucherau sowie im Einzelnen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1646 ff.

¹⁰⁹¹ Näher zu diesem Schrankenvorbehalt u. Rn. 1722 ff. im Rahmen der Religionsfreiheit, wo er seine hauptsächliche Bedeutung entfaltet.

¹⁰⁹² *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 10 Rn. 17.

¹⁰⁹³ *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 29 Rn. 36.

V. Religionsfreiheit

1. Maßgebliche Bezugspunkte

Im Zentrum der Betrachtungen zur Einschränkung der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit steht Letztere. Gerade für sie haben der Pluralismus und die Toleranz als Wesensmerkmale einer demokratischen Gesellschaft und die daraus folgende Neutralität des Staates zentrale Bedeutung. Daraus ergibt sich zugleich eine notwendige Begrenzung der äußeren Religionsfreiheit, soweit sie die Aktivitäten anderer Gemeinschaften ins Hintertreffen geraten lässt oder die Überzeugungen und Einstellungen Andersgläubiger berührt. Von den Rechtfertigungsgründen des Art. 9 Abs. 2 EMRK sind damit vor allem der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sowie der öffentlichen Ordnung einschlägig.¹⁰⁹⁴ Regelmäßig bedarf es einer näheren Einzelfallabwägung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten.¹⁰⁹⁵ Formaler Anknüpfungspunkt dafür ist das Erfordernis von in einer demokratischen Gesellschaft notwendigen Maßnahmen.¹⁰⁹⁶ Diese Prüfung der Notwendigkeit einer Einschränkung wird wesentlich geprägt von dem breiten Beurteilungsspielraum, der den Mitgliedstaaten aufgrund der gänzlich verschiedenen Auffassungen von Verhältnis von Staat und Religion in Europa zugebilligt wird.¹⁰⁹⁷ 1708

2. Berechtigte Ziele

a) Öffentliche Sicherheit

Als berechtigte Ziele, um die Religionsausübungsfreiheit zu beeinträchtigen, kommen gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 9 Abs. 2 EMRK die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die Gesundheit und Moral sowie der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer in Betracht. Die öffentliche Sicherheit meint die äußere und die innere; Letztere bezieht insbesondere auch das Funktionieren der staatlichen Einrichtungen und der wichtigen öffentlichen Dienste mit ein.¹⁰⁹⁸ Dieser Ansatzpunkt kann greifen, wenn eine Sekte staatliche Einrichtungen zu unterwandern droht und dadurch deren Funktionsfähigkeit in Gefahr gerät. So darf der Staat einschreiten, wenn religiöse Ziele einer Organisation nur den Deckmantel für die öffentliche Sicherheit gefährdende Aktivitäten bilden.¹⁰⁹⁹ Besonders gravie- 1709

¹⁰⁹⁴ S. z.B. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 99, 106 ff.), NVwZ 2006, 1389 (1391 f.) – Leyla Sahin/Türkei auch zum Vorhergehenden.

¹⁰⁹⁵ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat eine herausragende Rolle, *Fiedler*, VVDStRL 59 (2000), 199 (216); *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 698.

¹⁰⁹⁶ S. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 106), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei.

¹⁰⁹⁷ S.o. Rn. 1657 ff.; deutlich EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 109 f.), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; krit. zu diesem Vorgehen *Fiedler*, VVDStRL 59 (2000), 199 (217 f.).

¹⁰⁹⁸ Vgl. EuGH, Rs. 72/83, Slg. 1984, 2727 (2751, Rn. 34) – Campus Oil zur Warenverkehrsfreiheit.

¹⁰⁹⁹ EGMR, Urt. vom 13.12.2001, Nr. 45701/99 (Rn. 111 ff.), RJD 2001-XII – Kirche der Metropole Bessarabien/Moldawien.

rend wird dieser Aspekt, wenn etwa die Polizei davon betroffen ist. Die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen kann auch leiden, wenn die Beamten die gebotene Neutralität nicht wahren. Insbesondere Polizisten verlieren die ihnen zukommende Befriedungsfunktion.¹¹⁰⁰

b) Öffentliche Ordnung

- 1710** Die öffentliche Ordnung umfasst insbesondere die Gesetzestreue. Daher kann die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung eine zulässige Zielsetzung sein; dazu gehört auch die Aufdeckung und Verhinderung künftiger Straftaten.¹¹⁰¹ Allein die Mitgliedschaft in einer Sekte dürfte allein kaum genügen, selbst wenn diese Organisation als gefährlich eingestuft wird. Ansonsten könnten religiöse Vereinigungen sehr leicht gebrandmarkt werden. Anders verhält es sich allerdings dann, wenn bereits in der Vergangenheit von einer solchen Vereinigung Gefahren ausgegangen sind, welche das Zusammenleben der Bürger bedrohten. Diese Gefahren müssen aber hinreichend schwer sein und dürfen nicht nur gegenüber Staatsangehörigen anderer Staaten sanktioniert werden, sondern auch im Hinblick auf die eigenen.¹¹⁰²
- 1711** Weitergehend ist zu den unabdingbaren Grundlagen einer demokratischen Ordnung zu rechnen, dass der Staat die damit notwendig verbundene Toleranz und offene Geisteshaltung wahren kann, indem er selbst auf Neutralität und unparteiische Amtsführung achtet. Werden diese zentralen Errungenschaften durch eine Religionsgemeinschaft oder durch einzelne Personen gefährdet, greift der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung ein. Das kann etwa auch schon dadurch erfolgen, dass bestimmte religiöse Symbole benutzt werden, welche eine provozierende bzw. einschüchternde Bedeutung erlangt haben, wie dies aufgrund des Gebrauchs durch fundamentalistische Bewegungen im Islam mittlerweile für das Kopftuch zutrifft.¹¹⁰³

c) Gesundheit

- 1712** Der Schutz der Gesundheit ist im Gegensatz zu Art. 39 Abs. 3 EG/45 Abs. 3 AEUV nicht auf die öffentliche Gesundheit beschränkt und umfasst daher auch die individuelle. Damit kann der Staat nicht nur gesundheitsgefährdende Praktiken etwa von Sekten verbieten, sondern auch schützend für einzelne Gläubige eingreifen, die etwa aus religiösen Gründen keinen Motorradhelm tragen wollen, weil sie dann den Turban ablegen müssen.¹¹⁰⁴

¹¹⁰⁰ S. auch sogleich Rn. 1711.

¹¹⁰¹ S. *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 34; zum Ganzen *Blum*, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 114 ff.

¹¹⁰² In letztgenannter Beziehung anders noch EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1351 f., Rn. 20 ff.) – Van Duyn; s. bereits *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1649.

¹¹⁰³ Ausführlich u. Rn. 1725 ff.

¹¹⁰⁴ EKMR, Entsch. vom 12.7.1978, Nr. 7992/77, DR 14, 234 (235) – X./Vereinigtes Königreich bezogen auf einen Sikh.

d) Moral

Moralische Vorstellungen divergieren naturgemäß ebenso wie religiöse¹¹⁰⁵ von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat. Daher bedarf es hier eines breiten Beurteilungsspielraums, um diesen Rechtfertigungsansatz in jedem einzelnen Staat sachgerecht erfassen zu können. Der im Hinblick auf die herrschende Moral schützenswerte Bereich kann daher in weitem Umfang von den Mitgliedstaaten bestimmt werden.¹¹⁰⁶ Danach ergibt sich kein einheitlicher Maßstab, ob eine Verhaltensweise aufgrund moralischer Maßstäbe beschränkt werden kann oder nicht; dies kann vielmehr von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat divergieren.¹¹⁰⁷ **1713**

Damit sind aber Einschränkungen jedenfalls für grenzüberschreitend tätige Unionsbürger oft schwer vorhersehbar. Zudem können moralische Vorstellungen dann leicht dazu benutzt werden, um sie auf der Basis eines breiten Beurteilungsspielraums heranzuziehen und missliebige Verhaltensweisen zu verbieten oder zu beschränken. Dies kann aber dadurch vermieden werden, dass an tatsächlich vorhandene Moralvorstellungen in einem Mitgliedstaat angeknüpft wird, mithin moralische Rechtfertigungsgründe auf eine konkret vorherrschende Praxis bzw. Vorstellung in der Bevölkerung bezogen werden müssen. Hat dies ein Mitgliedstaat plausibel darzulegen, ist auch das erforderliche Maß an Objektivität gewahrt. Insoweit besteht eine gewisse Parallele zur notwendigen Rückführbarkeit von Verhaltensweisen auf die Religion, um überhaupt in den Schutzbereich des Art. 10 EGRC zu fallen.¹¹⁰⁸ **1714**

e) Schutz der Rechte und Freiheiten anderer

Eng verbunden mit der gebotenen Neutralität des Staates gerade im religiösen Bereich sowie mit dem für eine Demokratie essenziellen Pluralismus, der mit einer toleranten und offenen Geisteshaltung einher geht,¹¹⁰⁹ ist der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Nur auf dieser Basis können sich alle Religionsgemeinschaften und die einzelnen Bürger in ihren jeweiligen Glaubensüberzeugungen entfalten, ohne durch andere beeinträchtigt zu werden. Das bedingt naturgemäß, dass der Staat die Rechte Einzelner beschränken muss, um die Entfaltung anderer zu gewährleisten und eine friedliche Begegnung der einzelnen Gruppen abzusichern.¹¹¹⁰ **1715**

Aufgrund dieses Auftrags ist der Staat sogar in der Pflicht, den Rechten aller zum Durchbruch zu verhelfen, auch wenn dies zulasten einer Mehrheitsmeinung geht.¹¹¹¹ Der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer ist daher gerade im Hin- **1716**

¹¹⁰⁵ S.o. Rn. 1657 ff.

¹¹⁰⁶ EGMR, Urt. vom 10.7.2003, Nr. 44179/98 (Rn. 67), RJD 2003-IX – Murphy/Irland.

¹¹⁰⁷ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 48), EuGRZ 1977, 38 (41 f.) – Handy-side/Vereinigtes Königreich; *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 34.

¹¹⁰⁸ S.o. Rn. 1614 ff.

¹¹⁰⁹ S.o. Rn. 1600 ff.

¹¹¹⁰ Etwa EGMR, Urt. vom 14.12.1999, Nr. 38178/97 (Rn. 49, 53), RJD 1999-IX – Serif/Griechenland.

¹¹¹¹ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 108), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei.

blick auf die staatliche Funktion im Bereich der Religionsfreiheit essenziell und trägt auch Maßnahmen, welche durch die vorhergehenden Rechtfertigungsgründe nicht notwendig gedeckt sind. Daher bedarf keiner näheren Entscheidung, ob bereits ein aggressives Verhalten einer Religionsgemeinschaft die öffentliche Ordnung stört. Berührt sie die Rechte und Freiheiten anderer, kann bereits auf diesen letztgenannten Rechtfertigungsgrund eine einschränkende Maßnahme gestützt werden.

3. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft

a) *Notwendige Begrenzung der Religionsfreiheit*

1717 Ob eine Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, bildet die Grundbedingung nach Art. 9 Abs. 2 EMRK, dass eine einschränkende Maßnahme gerechtfertigt ist. Diese Grundbedingung ist zugleich der Anknüpfungspunkt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der EGMR konzentriert sich aber sehr stark auf die Notwendigkeit einer Maßnahme im Hinblick auf die Grundanforderungen einer demokratischen Gesellschaft, nämlich Pluralismus, Toleranz und offene Geisteshaltung. Daraus ergibt sich das Erfordernis, ein Gleichgewicht herzustellen, das allen Richtungen und vor allem Minderheiten eine faire und gerechte Behandlung garantiert. Dadurch werden zum einen bereits sehr mächtige oder privilegierte Glaubensrichtungen beschränkt; der Missbrauch einer beherrschenden Stellung ist zu vermeiden.¹¹¹² Zum anderen müssen sich Religionsgemeinschaften und Einzelpersonen mäßige Begrenzungen gefallen lassen, um die Ideale und Werte einer demokratischen Gesellschaft zu schützen und zu fördern sowie den Dialog und Kompromiss zu pflegen.¹¹¹³

1718 Diese Notwendigkeit der Begrenzung ergibt sich schon daraus, dass diese „Rechte und Freiheiten anderer“ selbst grundrechtlich garantiert sind. Daher müssen sie von den Staaten geschützt und in ein Gleichgewicht mit den Grundrechten der „Störer“ gebracht werden. Das ist sogar das „Fundament einer demokratischen Gesellschaft“.¹¹¹⁴ Somit gehören die Mäßigung und die Beschränkung darüber hinausgehender Aktivitäten von Personengruppen und Einzelnen zum Wesen einer demokratischen Gesellschaft und sind damit für diese naturgemäß notwendig. Das erleichtert erheblich entsprechende Begrenzungen. Daher bedarf es im Ergebnis nur noch plausibler Darlegungen, weshalb im Einzelfall eine religiöse Handlung zur Wahrung der Rechte anderer beschränkt werden muss.

¹¹¹² EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 108), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; bezogen auf Gewerkschaften bereits EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 63), NJW 1982, 2717 (2718 f.) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich; ebenso in anderem Kontext auch Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 112), NJW 1999, 3695 (3700) – Chassagnou u.a./Frankreich.

¹¹¹³ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 108), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei.

¹¹¹⁴ EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 113), NJW 1999, 3695 (3700) – Chassagnou u.a./Frankreich.

b) Beurteilungsspielraum

Die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, die Religionsfreiheit zu beschränken, werden zusätzlich dadurch erweitert, dass ihnen ein erheblicher Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Dieser gründet sich darauf, dass die Auffassungen und Vorstellungen über die Bedeutung der Religion in der Gesellschaft in Europa sehr weit auseinander gehen.¹¹¹⁵ Daher können nach außen bekundete religiöse Überzeugungen gänzlich unterschiedliche Sinngehalte haben und Wirkungen erzeugen, je nach dem Zeitpunkt, zu dem sie erfolgen, und je nach dem Zusammenhang, in dem sie stehen. **1719**

Deshalb können auch gänzlich unterschiedlichen Reaktionen notwendig sein. Sie hängen von den jeweiligen Traditionen und den Erfordernissen ab, mit denen das verfolgte Ziel erreicht werden soll.¹¹¹⁶ Wie eine einschränkende Maßnahme auszusehen und wann sie zu erfolgen hat, beruht somit wesentlich auf den jeweiligen Verhältnissen in dem Staat, in dem sie ergeht. Aus diesem Grund muss dieser Staat einen gewissen Beurteilungsspielraum haben, ob und in welchem Umfang er einen Eingriff in die Religionsfreiheit für erforderlich hält.¹¹¹⁷ **1720**

Dieser Beurteilungsspielraum erstreckt sich allerdings nicht auf die unabdingbaren Grundlagen der Religionsfreiheit. Dazu gehören vor allem das Neutralitätsgebot, das nicht einfach in einem bestimmten „staatlichen“ und damit möglicherweise eine Glaubensgemeinschaft begünstigenden Sinne interpretiert werden darf, sowie die Autonomie der Religionsgemeinschaften als Grundlage für deren Entfaltung und somit ihr Hineinwirken in eine pluralistische Gesellschaft.¹¹¹⁸ **1721**

c) Konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung

Dieser Beurteilungsspielraum erweitert zwar die nationalen Möglichkeiten, macht sie aber nicht grenzenlos. Vielmehr müssen sowohl die Legislativakte als auch die darauf gestützten Entscheidungen kontrolliert werden, um die hinreichende Wahrung der Religionsfreiheit sicherzustellen. Daher prüft auch der EGMR, ob die im staatlichen Bereich getroffenen Maßnahmen grundsätzlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.¹¹¹⁹ Die zur Rechtfertigung vorgetragenen Gründe müssen also **1722**

¹¹¹⁵ EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 50), ÖJZ 1995, 154 (157) – Otto-Preisinger-Institut/Österreich; s.o. Rn. 1602.

¹¹¹⁶ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 109), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; s. bereits EGMR, Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 58), ÖJZ 1997, 714 (716) – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

¹¹¹⁷ EGMR, Entsch. vom 15.2.2001, Nr. 42393/98, NJW 2001, 2871 (2872 a.E.) – Dahlab/Schweiz; Urt. vom 10.7.2003, Nr. 44179/98 (Rn. 67, 73), RJD 2003-IX – Murphy/Irland.

¹¹¹⁸ S. EGMR, Urt. vom 26.10.2000, Nr. 30985/96 (Rn. 62), RJD 2000-XI – Hasan u. Chaush/Bulgarien; ebenso Urt. vom 13.12.2001, Nr. 45701/99 (Rn. 118), RJD 2001-XII – Kirche der Metropole Bessarabien/Moldawien sowie Urt. vom 5.10.2006, Nr. 72881/01 (Rn. 71), EuGRZ 2007, 24 (27) – Moskauer Unterorganisation der Heilsarmee/Russland sowie bereits o. Rn. 1647 ff.

¹¹¹⁹ EGMR, Urt. vom 26.9.1996, Nr. 18748/91 (Rn. 44), ÖJZ 1997, 352 (352) – Manousakis u.a./Griechenland.

stichhaltig und ausreichend sowie verhältnismäßig zu dem verfolgten berechtigten Ziel sein.¹¹²⁰ Bei dieser letzten Frage bedarf es dann einer Abwägung der Anforderungen an das angestrebte Ziel und des Verhaltens, das dem Grundrechtsträger vorgeworfen wird.¹¹²¹ Hier erfolgt die Einzelfallprüfung unter Einbeziehung etwa der gesamten Akten gerichtlicher Entscheidungen.¹¹²²

1723 Im Rahmen dieser Einschätzung, ob eine Maßnahme grundsätzlich gerechtfertigt und im Einzelfall verhältnismäßig ist, wird der Beurteilungsspielraum umso größer, je höherwertig die verfolgten Ziele sind und je weiter sich das begrenzte Verhalten von den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaft entfernt. Es ist daher zu berücksichtigen, „was auf dem Spiel steht“.¹¹²³ Besondere Relevanz haben dabei der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, die Sicherung der öffentlichen Ordnung sowie des inneren Friedens und vor allem eines echten religiösen Pluralismus als unverzichtbare Bestandteile der demokratischen Gesellschaft.¹¹²⁴

1724 Die Mitgliedstaaten haben also umso stärkere Möglichkeiten, die Religionsfreiheit zu beschränken, je bedeutender die zu schützenden Güter sind und je stärker die begrenzten Verhaltensweisen aus dem normalen Rahmen fallen. Besondere aktuelle Bedeutung erlangen diese Maßstäbe im Hinblick auf das Kopftuchverbot. Dabei stellt sich auch die Frage des Zusammenspiels von europäischer Grundrechtsdogmatik und nationalen Rechtsordnungen, die sogar je nach zuständigem Verwaltungsgericht bzw. Verfassungsgericht von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ausfallen kann.

D. Zusammenspiel mit nationalen Konzeptionen anhand des Kopftuchverbotes

I. Möglicher Verbotsansatz von EGMR und EKMR

1725 Wegen der geforderten Neutralität staatlicher Instanzen und dem Bezug der Religionsfreiheit zur pluralistischen demokratischen Ordnung verwundert es nicht, dass sowohl der EGMR als auch die EKMR schon früher das Tragen des islamischen Kopftuches für einschränkbar gehalten haben, wenn es der Gewährleistung der Rechte und Freiheiten anderer, der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Si-

¹¹²⁰ EGMR, Urt. vom 26.11.1991, Nr. 13166/87 (Rn. 50 (d)), Ser. A 217 – Sunday Times/ Vereinigtes Königreich (Nr. 2).

¹¹²¹ EGMR, Entsch. vom 15.2.2001, Nr. 42393/98, NJW 2001, 2871 (2872 f.) – Dahlab/ Schweiz.

¹¹²² S. EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 47), ÖJZ 1994, 59 (61) – Kokkinakis/Griechenland.

¹¹²³ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 110), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei.

¹¹²⁴ St. Rspr., EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 110), NVwZ 2006, 1389 (1392) – Leyla Sahin/Türkei; zum letzten Punkt bereits EGMR Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 31), ÖJZ 1994, 59 (60) – Kokkinakis/Griechenland; auch Urt. vom 26.9.1996, Nr. 18748/91 (Rn. 44), ÖJZ 1997, 352 (352) – Manoussakis u.a./Griechenland.

cherheit entgegensteht. Das ist der Fall, wenn durch ein solches Verbot religiöse fundamentalistische Bewegungen gehindert werden sollen, Druck auf andersgläubige Studierende auszuüben.¹¹²⁵

Im Fall *Dahlab* ging es um eine Klassenlehrerin kleiner Kinder. In dieser Entscheidung hat der EGMR das Tragen des Kopftuchs als sichtbares, starkes Zeichen betrachtet und eine bekehrende Wirkung nicht ausgeschlossen, scheint doch das Tragen des islamischen Kopftuches durch eine religiöse Bestimmung auferlegt, die mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter nur schwer vereinbar sei.¹¹²⁶ Jedenfalls sah der EGMR die Vereinbarkeit eines getragenen islamischen Kopftuchs mit der Botschaft der Toleranz, der Achtung des anderen und insbesondere der Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung als schwierig an, wo doch eine solche Botschaft in einer demokratischen Gesellschaft an Schulen vermittelt werden muss.¹¹²⁷ **1726**

Damit betont der EGMR die staatliche Neutralitätspflicht an Bildungsanstalten. **1727** Zu ihnen gehören sowohl Schulen als auch Hochschulen.¹¹²⁸ Diese Neutralität dient dazu, den inneren Frieden und die religiöse Toleranz sowie Pluralismus in diesen Einrichtungen sicherzustellen und zugleich diesen Geist als Botschaft jedenfalls den Schülern zu vermitteln. Für die Türkei hebt der EGMR darauf ab, dass das islamische Kopftuch nicht nur als religiöses Symbol angesehen wird, unabhängig davon, ob es nach islamischem Glauben zwingend getragen werden muss, sondern auch eine politische Bedeutung erlangt hat, da extremistische politische Bewegungen ihre religiösen Symbole, zu denen auch das islamische Kopftuch gehört, anderen aufzwingen wollen. Im Gegensatz dazu folgt der türkische Staat dem Grundsatz des Laizismus. Um die damit verbundene Neutralität und den Pluralismus sowie die Achtung der Rechte anderer und dabei die Gleichheit von Mann und Frau sicherzustellen, mithin den säkulären Charakter staatlicher Institutionen zu wahren, waren die türkischen Behörden hinreichend legitimiert, ein Kopftuch zu verbieten.¹¹²⁹

War damit ein Kopftuchverbot grundsätzlich gedeckt, muss allerdings auch im Einzelfall der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein. Im Urteil *Leyla Sahin* ging es um ein Verbot zulasten von Studentinnen an türkischen Hochschulen. Ein gänzlicher Ausschluss vom Studium ist möglich, wenn bereits vorher auf die Stu- **1728**

¹¹²⁵ EKMR, Entsch. vom 3.5.1993, Nr. 16278/90 (Rn. 2), DR 74, 93 – Karaduman/Türkei; s. auch EGMR, Urt. vom 13.2.2003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 95), NVwZ 2003, 1489 (1492) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

¹¹²⁶ So EGMR, Entsch. vom 15.2.2001, Nr. 42393/98, NJW 2001, 2871 (2873) – Dahlab/Schweiz.

¹¹²⁷ EGMR, Entsch. vom 15.2.2001, Nr. 42393/98, NJW 2001, 2871 (2873) – Dahlab/Schweiz.

¹¹²⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 136 ff.), NVwZ 2006, 1389 (1394 f.) – Leyla Sahin/Türkei.

¹¹²⁹ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 115), NVwZ 2006, 1389 (1393) – Leyla Sahin/Türkei unter Bezug auf die Entscheidung der Kammer, welche der großen Kammer zur Prüfung vorgelegt wurde; s. bezogen auf die Auflösung einer Partei EGMR, Urt. vom 13.2.2003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 124 f.), NVwZ 2003 1489 (1495) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

dierenden eingewirkt wurde, kein Kopftuch mehr zu tragen.¹¹³⁰ Eine Behörde braucht insbesondere nicht hinzunehmen, dass sich die Betroffenen gerechtfertigten Geboten entziehen, auch wenn dadurch ihre Religionsfreiheit eingeschränkt wird.¹¹³¹

II. Ansatz des BVerfG: Positive Religionsfreiheit für Lehrerinnen mit Kopftuch

1729 Die staatliche Neutralität insbesondere für die Schule, in der die unterschiedlichen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen der Schüler aufeinandertreffen, betont auch das BVerfG; deren negative Glaubensfreiheit ist zu wahren.¹¹³² Zudem ist das Recht zur Kindererziehung auch in Glaubensdingen gem. Art. 6 Abs. 2 i.V.m. 4 Abs. 1 GG „zuvörderst“ Sache der Eltern. Alle diese Belange können die Glaubensfreiheit einer Lehrerin aus Art. 4 Abs. 1 GG beschränken, ebenso der staatliche Erziehungsauftrag nach Art. 7 Abs. 1 GG. Erforderlich ist aber ein schonender Ausgleich. Wird dabei die vorbehaltlos gewährleistete Glaubensfreiheit beeinträchtigt, verlangt das BVerfG dafür – unter Verweis auf die Wesentlichkeitstheorie – ein Gesetz.¹¹³³ Weiter gehend hält das BVerwG ein Kopftuchverbot für Referendarinnen für unvereinbar mit deren Berufs(zugangs)freiheit.¹¹³⁴ Damit wird aber auch die insoweit bestehende staatliche Neutralitätspflicht in Schulen¹¹³⁵ übergangen.

III. Gleichheitsprüfung durch das VG Stuttgart als neue Komponente

1730 Das VG Stuttgart beanstandete ein Kopftuchverbot für Lehrerinnen an staatlichen Schulen nicht aufgrund einer Verletzung von Art. 4 GG, sondern wegen eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot gem. Art. 3 Abs. 1 und 3 GG sowie gem. Art. 14 EMRK. Dagegen verstieß zwar nach seiner Auffassung nicht das baden-württembergische Schulgesetz, welches die vom BVerfG geforderte gesetzliche Grundlage¹¹³⁶ schuf, um politische, religiöse, weltanschauliche oder ähnliche äußere Bekundungen durch Lehrkräfte zu verbieten, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen

¹¹³⁰ Näher EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 117 ff.), NVwZ 2006, 1389 (1393) – Leyla Sahin/Türkei.

¹¹³¹ EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 121), NVwZ 2006, 1389 (1393) – Leyla Sahin/Türkei; s. bereits EGMR, Urt. vom 18.12.1996, Nr. 21787/93 (Rn. 36), Rep. 1996-VI – Valsamis/Griechenland; Entsch. vom 2.10.2001, Nr. 49853/99, RJD 2001-X – Pichon u. Sajous/Frankreich.

¹¹³² BVerfGE 93, 1 (19 ff.) – Kruzifix.

¹¹³³ BVerfGE 108, 282 (310 f.); s. auch BVerwGE 121, 140 (147 f.).

¹¹³⁴ BVerwG, Urt. vom 26.6.2008, Az.: 2 C 22.07.

¹¹³⁵ S.o. Rn. 1704, 1709, 1711, 1727 sowie u. Rn. 1733 ff.

¹¹³⁶ S.o. Rn. 1729.

oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören (§ 38 Abs. 2 S. 1 BadWürttSchulG). Vielmehr beanstandete es die Verwaltungspraxis, die dieses Verbot im Hinblick auf die Nonnentracht und auch die jüdische Kippa an staatlichen Schulen nicht durchsetzte, und verwies auf die ausdrückliche Billigung von Nonnen mit Ordenshabit an einer staatlichen Grundschule.¹¹³⁷ Auch diese Tracht sieht es als Ausdruck eines religiösen Bekenntnisses, so dass auch das islamische Kopftuch aus Gleichheitsgründen hingenommen werden müsse.

Wie schon das BVerwG in seinem Urteil vom 24.6.2004¹¹³⁸ legte das VG Stuttgart die durch § 38 Abs. 2 S. 3 BadWürttSchulG ausdrücklich vom Verhaltensgebot nach Satz 1 ausgenommene Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen nicht im Sinne einer Privilegierung christlicher Glaubensbekenntnisse aus, sondern sieht darin nur eine von Glaubensinhalten losgelöste, aus der Tradition der christlich-abendländischen Kultur hervorgegangene Wertewelt, die unabhängig von ihrer religiösen Fundierung Geltung beansprucht. Darunter fällt daher gerade nicht die Bekundung eines individuellen Bekenntnisses mittels entsprechender Symbole, sondern lediglich die Darstellung und Vermittlung solcher Werte von neutraler Warte.¹¹³⁹ 1731

Das VG Stuttgart mahnte damit eine bekenntnisneutrale Anwendung des Gleichheitssatzes an und sieht bei einem Abweichen davon eine gleichheitswidrige Diskriminierung, die das Vorgehen allein gegen eine Kopftuchträgerin rechtswidrig macht. Dabei genügt ihm eine abstrakte Gefahr für die Neutralität an Schulen, die seiner Ansicht nach auch von einem Nonnenhabit ausgehen kann, und verlangt daher eine von der jeweiligen individuellen Situation an der Schule losgelöste Verwaltungspraxis.¹¹⁴⁰ Es schließt damit Einzellösungen an Schulen aus, wie dies der bayerische Gesetzgeber für das Kruzifix vorgesehen hat, dessen Abhängen erst bei Widersprüchen aus ernsthaften und einsehbaren Gründen des Glaubens und der Weltanschauung erforderlich ist¹¹⁴¹ und auch für den Streit ums Kopftuch vorgeschlagen wird: Dieses sollte dann nur bei konkreten Konflikten aufgrund eines Anstoßes der Eltern verboten werden.¹¹⁴² 1732

IV. Folgerungen für den *Kopftuch*-Streit in Deutschland

Zieht man die Grundaussagen der EGMR-Entscheidung vom 10.11.2005 heran, lässt sich damit auch ein Kopftuchverbot in Deutschland legitimieren und zugleich ein Unterschied zum Nonnenhabit finden. In Deutschland wird mittlerweile das islamische Kopftuch ebenfalls sehr stark als religiöses Symbol angesehen und von fundamentalistisch geprägten Vereinigungen zugleich als politisches Signal be- 1733

¹¹³⁷ Die Sonderstellung der herangezogenen Grundschule Baden-Baden-Lichtental betonend und daher eine darauf gestützte Ungleichbehandlung abl. *Bader*, NVwZ 2006, 1333 (1333 f.).

¹¹³⁸ BVerwGE 121, 140 (151).

¹¹³⁹ VG Stuttgart, NVwZ 2006, 1444 (1446 f.).

¹¹⁴⁰ VG Stuttgart, NVwZ 2006, 1444 (1446 f.).

¹¹⁴¹ Dazu bereits o. Rn. 1729 mit der Erweiterung durch BVerwGE 109, 40 (54 ff.).

¹¹⁴² So *Bader*, NVwZ 2006, 1333 (1337).

trachtet.¹¹⁴³ Solchermaßen benutzt, kann es sehr wohl einen Angriff auf die pluralistische Ordnung in Deutschland darstellen und Unfrieden an öffentlichen Einrichtungen mit Mitgliedern unterschiedlicher Konfessionen und Überzeugungen hervorrufen. Das gilt zumal dann, wenn man bereits die abstrakte Gefahr für Einbußen an Neutralität ausreichen lässt, wie dies das VG Stuttgart herausgearbeitet hat.¹¹⁴⁴ Zudem ist nach dem baden-württembergischen Schulgesetz auf die Perspektive von Eltern und Schülern zu achten. Weiter wird der Schulfrieden ausdrücklich erwähnt.

1734 Daher kommt es nicht auf das Selbstverständnis der Trägerin eines islamischen Kopftuches an,¹¹⁴⁵ sondern auf die Bedeutung, die dieses Symbol mittlerweile in der Wahrnehmung erlangt hat. Demgegenüber hat die Nonnentracht keinen derart zumindest potenziell aggressiven Charakter. Sie ist gänzlich apolitisch. Die christliche Kirche hat sich schon lange von einer aggressiven Missionierung verabschiedet. Dieses fehlende aggressive Auftreten in der Gesellschaft, welches Andersgläubige als Druck empfinden, unterscheidet sie vom Islam in seinen zunehmend wahrgenommenen fundamentalistischen Ausprägungen und lässt daher ihre Symbole für vereinbar mit einer pluralistischen Demokratie erscheinen, welche die Rechte anderer und insbesondere auch die Gleichheit von Mann und Frau achtet. Das Nonnenhabit ist dabei kein spezifisch antifeministisches Symbol, sondern steht in Parallele zur Mönchskutte. Damit können vor dem Hintergrund von Art. 9 EMRK islamisches Kopftuch und Nonnenhabit an Schulen durchaus unterschiedlich behandelt werden, indem Ersteres verboten und Letzteres erlaubt wird.¹¹⁴⁶

1735 Von dieser Auslegung des Art. 9 EMRK wird letztlich auch das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 14 EMRK geprägt. Dieses steht nicht isoliert, sondern hat einen konkreten Sachverhalt zum Gegenstand. Von diesem kann es daher nicht gelöst werden. So wird auch Art. 2 S. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK mit seinem Recht auf Bildung in Übereinstimmung mit den zu Art. 9 EMRK entwickelten Grundsätzen ausgelegt.¹¹⁴⁷ Dass das Kopftuchverbot spezifisch (muslimische) Frauen erfasst, ist durch das Ziel der Achtung der Neutralität des Schulunterrichts gedeckt und richtet sich nicht gegen die Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht.¹¹⁴⁸ Weitergehend sichert das Kopftuchverbot gerade die Gleichberechtigung, soweit man es in Widerspruch dazu bzw. spezifisch i.S.d. Selbstbestimmung der Frau sieht.

¹¹⁴³ Darauf explizit hinweisend VG Stuttgart, NVwZ 2006, 1444 (1446).

¹¹⁴⁴ VG Stuttgart, NVwZ 2006, 1444 (1446).

¹¹⁴⁵ Anders wohl Sacksofsky, in: Kadelbach/Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 2007, S. 111 (119), für die daher ein Kopftuchverbot ausscheidet.

¹¹⁴⁶ Demgegenüber eine Gleichbehandlung aller religiösen Symbole vertretend König, in: Kadelbach/Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 2007, S. 123 (127 f.).

¹¹⁴⁷ Vgl. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 152 ff.), NVwZ 2006, 1389 (1395 f.) – Leyla Sahin/Türkei.

¹¹⁴⁸ EGMR, Entsch. vom 15.2.2001, Nr. 42393/98, NJW 2001, 2871 (2873) – Dahlab/Schweiz; anders Sacksofsky, in: Kadelbach/Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 2007, S. 111 (119 f.).

V. Begrenzter Einfluss der EMRK auf die deutsche Rechtsordnung

Über die Bindung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG sind auch die Gewährleistungen der EMRK zu berücksichtigen, allerdings nur im Rahmen der deutschen Rechtsordnung. Sie entfalten ihre Bedeutung daher insbesondere für die Auslegung. Entscheidungen des EGMR sind nur für den jeweils entschiedenen Fall verbindlich. Darüber hinaus muss sich ein deutsches Gericht mit ihnen inhaltlich auseinandersetzen. Das gilt auch für die verfassungsrechtliche Würdigung und dabei namentlich die Verhältnismäßigkeitskontrolle. Dabei kann das nationale Gericht auch zu einer abweichenden Haltung gelangen, namentlich wegen der Grundrechte des Grundgesetzes. Selbst bei der Umsetzung einer solchen Entscheidung hat es die Auswirkungen auf die eigene Rechtsordnung einzubeziehen und darf nicht gegen vorrangiges Recht verstoßen, gilt doch die EMRK lediglich als einfaches Bundesgesetz. Auf die Einpassung ins nationale Recht ist vor allem zu achten, wenn mehrere Grundrechtspositionen in Ausgleich zu bringen sind und in deutschen Gesetzen ihren Niederschlag gefunden haben. Hält sich ein Gericht nicht an diese Grundsätze, verletzt es aber das jeweils betroffene Grundrecht i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip.¹¹⁴⁹ Die Vorbildfunktion der EGMR-Rechtsprechung für Art. 4 Abs. 1 GG ist deshalb besonders stark, weil auch das BVerfG die staatliche Neutralität und Toleranz zum Ausgangspunkt nimmt.¹¹⁵⁰ 1736

VI. Fazit und Ausblick

Das Urteil *Leyla Sahin* des EGMR und das *Kopftuch*-Urteil des VG Stuttgart lassen sich harmonisieren. Auch in Deutschland bilden Kopftücher mittlerweile religiöse Symbole und zugleich politische Ausdrucksformen. Dieser zweite Charakter unterscheidet sie maßgeblich vom Nonnenhabit, das sich in eine pluralistische Demokratie einfügt, welche die Rechte anderer achtet und den inneren Frieden wahrt. Weil dies bei das Kopftuch hochhaltenden extremistischen islamischen Gruppen nicht in vollem Umfang der Fall ist, liegt ein Differenzierungsgrund vor, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Entscheidend ist der Empfängerhorizont von Eltern und Schülern, da sie an Kopftüchern Anstoß nehmen und so der innere Friede an Schulen gefährdet wird, auch wenn die Trägerin eines Kopftuches eine andere Vorstellung hat. Daher kann das Kopftuch an deutschen Schulen entgegen dem VG Stuttgart auch dann verboten werden, wenn das Nonnenhabit erlaubt bleibt. Sieht man dies anders, ist allerdings die Erlaubnis des Kopftuches die Fortsetzung dessen, dass der Religion hierzulande im Gegensatz zu der strikt laizistischen Türkei im öffentlichen Leben immer noch eine Bedeutung zugemessen wird. Daher liegt es nahe, dies für alle Religionen gleichermaßen zu tun. 1737

Wird die Türkei Mitglied in der EU, sind türkische Bewerber für den Lehrberuf und bereits tätige Lehrer gleich zu behandeln wie deutsche, da ansonsten die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschnitten wird. Dafür müssen hinreichend le- 1738

¹¹⁴⁹ BVerfGE 111, 307 (323 ff.) – Görgülü.

¹¹⁵⁰ BVerfGE 93, 1 (16 f.); 108, 282 (309 f.).

gitimierende Gesichtspunkte vorliegen, wozu allerdings auch eine Gefahr für die öffentliche Ordnung gehört. Bei weitem Verständnis¹¹⁵¹ kann man hierbei die Wahrung des inneren Friedens an Schulen und anderen öffentlichen Einrichtungen heranziehen. Schließlich wirken die Grundrechte insoweit prägend.¹¹⁵² Weitergehend sind sie selbst als Rechtfertigungsgründe für Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten anerkannt.¹¹⁵³ Hier kommt dann die Wahrung religiöser Neutralität sowie der negativen Religionsfreiheit zum Tragen. Darüber kann sich dann wiederum das Verständnis von Art. 10 EGRC durchsetzen.¹¹⁵⁴

E. Prüfungsschema zu Art. 10 EGRC

1739 1. Schutzbereich

- a) **Gedankenfreiheit: forum internum**
- b) **Gewissensfreiheit: auch Handeln, außer Wehrdienstverweigerung, diese nur nach nationalen Maßstäben**
- c) **Religionsfreiheit, individuell und kollektiv sowie korporativ einschließlich Schutz**

2. Beeinträchtigungen

- a) **Verhaltensvorgaben (z.B. Kopftuchverbot)**
- b) **besondere Bedeutung indirekter Maßnahmen wie Einschüchterung**

3. Rechtfertigung

- a) **Art. 52 Abs. 1 EGRC für innere Gedanken- und Gewissensfreiheit, die grds. nicht beschränkbar sind**
- b) **Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 9 Abs. 2 EMRK für äußere Freiheit: insbesondere Wahrung von Toleranz, Neutralität und Pluralismus (Kopftuchverbot); Vorbildfunktion EGMR-Judikatur für rein nationale Sachverhalte**

¹¹⁵¹ Bislang wurde lediglich die Tätigkeit in einer Sekte mit eindeutiger Gefahr für die Gesellschaft akzeptiert, EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1350, Rn. 17 ff.) – Van Duyn. Zur weiteren restriktiven Entwicklung *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1649 ff.

¹¹⁵² S. EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 43) – ERT; Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 24) – Familiapress.

¹¹⁵³ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 f., Rn. 74 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

¹¹⁵⁴ S. *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 3; *Muckel*, in: Tettinger/Stern, Art. 10 Rn. 2.

Teil III

Kommunikative Grundrechte

Kapitel 8

Kommunikationsgrundrechte

§ 1 System

A. Kommunikationsgrundrechte

Die Kommunikationsgrundrechte umfassen mehrere unterschiedliche Freiheiten mit sich teilweise überschneidenden Schutzbereichen. Allen ist ein besonderer Bezug zum Austausch von Meinungen, Informationen und Ideen gemein. Sie haben von daher auch eine hervorgehobene Bedeutung in der Demokratie. 1740

Im Zentrum steht die Kommunikationsfreiheit im engeren Sinne, also die Meinungs- und Informationsfreiheit sowie die Medienfreiheit. Die Versammlungsfreiheit wird als Verwirklichung der Meinungsfreiheit betrachtet.¹ Sie schützt das Verlangen des Menschen nach geistiger Gemeinschaft² und ermöglicht damit unter anderem direkte Kommunikation mehrerer Menschen untereinander. Andererseits ist die Meinungsfreiheit wiederum essenziell für die effektive Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit.³ Gleichwohl stellen nach Ansicht des EGMR die in Art. 11 EMRK statuierten Rechte – Versammlungs-, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit – *leges speciales* zur Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK dar.⁴ 1741

Die Kunstfreiheit als Freiheit, sich durch Mittel der Kunst auszudrücken, wird in Art. 13 S. 1 EGRC ausdrücklich garantiert, während sie nach der Rechtsprechung des EGMR vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK erfasst wird. Begründet wird dies damit, dass diejenigen, die Kunstwerke schaffen, verbreiten oder ausstellen, zu einem für die demokratische Gesellschaft wesentlichen Austausch von Ideen und Informationen beitragen.⁵ In den Erläuterungen zur EGRC steht die Forschungsfreiheit ebenfalls in der Tradition von Meinungs- und 1742

¹ S. Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 7; vgl. EGMR, Urt. vom 26.4.1991, Nr. 11800/85 (Rn. 37), Ser. A 202 – Ezelin/Frankreich.

² Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 6.

³ EGMR, Urt. vom 25.11.1999, Nr. 23118/93 (Rn. 44), RJD 1999-VIII – Nilsen u. Johnsen/Norwegen.

⁴ S. Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 2 m.N.

⁵ EGMR, Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 27), NJW 1989, 379 (379) – Müller u.a./Schweiz; Urt. vom 8.7.1999, Nr. 23168/94 (Rn. 49), RJD 1999-IV – Karatas/Türkei; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 10 Rn. 17; vgl. auch Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 14.

Gedankenfreiheit,⁶ auch wenn dies die Forschungsfreiheit nicht vollständig erfassen mag.⁷

B. Kommunikationsfreiheit im engeren Sinne

I. Meinungsäußerungsfreiheit mit Vorstufen

1. Anlehnung an Art. 10 EMRK

1743 Die so genannten Kommunikationsfreiheiten im engeren Sinne sind in Art. 11 EGRC zusammengefasst. Dieser hat sich schon früh im Entstehungsprozess der EGRC an dem Wortlaut des Art. 10 EMRK orientiert.⁸ Art. 11 Abs. 1 EGRC entspricht dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK. Gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC hat das zur Folge, dass die in Art. 11 EGRC verbürgten Rechte die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der entsprechenden Bestimmung der EMRK verliehen werden. Dieser Schutzzumfang gilt als Mindeststandard. Der grundrechtliche Schutz darf also nicht kürzer greifen, wohl aber einen weiter gehenden Schutz gewähren (Art. 52 Abs. 3. S. 2 EGRC).⁹ Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf die Anwendung und Auslegung der Norm. Insbesondere ist die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK bei der Interpretation des Art. 11 EGRC zu berücksichtigen. So geht der EGMR bei der Beurteilung von Eingriffsakten grundsätzlich von einem nationalen Spielraum aus, der allerdings der Kontrolle durch den EGMR unterliegt.¹⁰ Dieser Spielraum muss dann auf der Ebene von Art. 11 EGRC auch den Unionsorganen zustehen.¹¹

2. Einheitliches Konzept

1744 Bei unbefangener Lektüre des Wortlauts des Art. 11 EGRC lassen sich verschiedene Grundrechte festmachen. In Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGRC werden zunächst die Meinungsäußerungsfreiheit und sodann in Satz 2 – als von der Meinungsäußerungsfreiheit eingeschlossen – die Meinungsfreiheit und die Freiheit, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben, genannt. Damit wird in Art. 11 Abs. 1 EGRC von einem einheitlichen Konzept der Kommunikationsfreiheit ausgegangen,¹² das als Freiheit der Meinungsäußerung im weiteren Sinne zu verstehen ist. Die Freiheit, sich ungehindert zu informieren und eine Meinung zu haben, bilden notwen-

⁶ S. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22); *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 753.

⁷ Hierzu *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 13 GRCh Rn. 7.

⁸ Zur Genese ausführlich *Stern*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 11 Rn. 1 ff.

⁹ Genauer o. Rn. 71.

¹⁰ Zum variierenden Beurteilungsspielraum ausführlich u. Rn. 1856 f., 1862 ff., 2081 ff.

¹¹ Vgl. allgemein o. Rn. 607 ff.

¹² *Kühling*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 23 Rn. 12; *Jarass*, § 16 Rn. 2.

dige Vorstufen zur freien Äußerung der gebildeten Meinung. Sie genießen aber auch für sich genommen bereits grundrechtlichen Schutz.

II. Medienfreiheit als eigenständiges Grundrecht in Fortentwicklung der EMRK

Die Freiheit der Medien und die Pluralität werden in Art. 11 Abs. 2 EGRC so- 1745
dann, anders als nach Art. 10 EMRK, gesondert erfasst. Ob man daraus auf die Eigenständigkeit der Medienfreiheit im Sinne eines selbstständigen Grundrechts schließt, hat wohl überwiegend theoretische Bedeutung. Angesichts der einheitlichen Schrankenregelung¹³ dürften kaum praktische Konsequenzen aus dieser Qualifizierung entstehen.¹⁴

Allerdings spricht schon die textliche Hervorhebung der Medienfreiheit in einem gesonderten Absatz auch für deren dogmatische Eigenständigkeit.¹⁵ Zudem ist der Konvent in seinen Erläuterungen zu Art. 11 EGRC wohl auch von einer Medienfreiheit als gesondertem, neben der Kommunikationsfreiheit aus Art. 11 Abs. 1 EGRC stehenden Grundrecht ausgegangen, da hiernach „Abs. 2 ... die Auswirkungen von Abs. 1 hinsichtlich der Freiheit der Medien (erläutert).“¹⁶ Andererseits machen die Erläuterungen ebenfalls den engen Zusammenhang zwischen Meinungs- und Medienfreiheit deutlich.¹⁷ Weiter wird in den Erläuterungen zur EGRC davon ausgegangen, dass Art. 11 EGRC insgesamt dem in Art. 10 EMRK verliehenen Recht entspricht.¹⁸ 1746

Mit dem Begriff der Medien geht die EGRC freilich über den klassischen Bereich von Presse und Rundfunk hinaus, indem alle, auch die so genannten neuen Medien einbezogen werden. Der Ausdruck Medien zeichnet sich zudem durch eine Zukunfts- und Entwicklungsoffenheit aus. Erfasst werden nicht nur die jetzt bereits bekannten Medien, sondern auch sämtliche in der Zukunft entstehenden Übertragungsmedien für an die Allgemeinheit gerichtete Kommunikation.¹⁹ 1747

Im Rahmen der EMRK wird die Pressefreiheit mangels ausdrücklicher Erwähnung im Konventionstext auf das Recht der allgemeinen Meinungsäußerungsfreiheit gestützt und als besondere Ausprägung dieses Rechts betrachtet.²⁰ Die Rundfunkfreiheit findet in Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK hinsichtlich eines ausdrücklichen Genehmigungsvorbehalts gesondert Erwähnung. Ansonsten wird aber der Rund- 1748

¹³ Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 49; a.A. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 11 Rn. 20.

¹⁴ Genauer s.u. Rn. 2068 ff.

¹⁵ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 13.

¹⁶ S. Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 13; insoweit unverändert Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

¹⁷ Vgl. Jarass, § 16 Rn. 28.

¹⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

¹⁹ Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 25 u. 46; so schon für Art. 10 EMRK Kugelman, EuGRZ 2003, 16 (19).

²⁰ Grabenwarter, § 23 Rn. 7 f.

funk in der Rechtsprechung weitgehend denselben Grundsätzen wie die Pressefreiheit unterworfen.²¹

1749 Ob über das Internet übertragene Inhalte unter die Rundfunkfreiheit i.S.d. Art. 10 EMRK fallen, ist fraglich.²² Solchermaßen übermittelte Individualkommunikation zählt vom Gegenstand her nicht zur Rundfunk-, sondern zur allgemeinen Kommunikationsfreiheit. Angesichts fortschreitender Konvergenz der Medien ist aber der technische Übertragungsweg immer weniger aussagekräftig, wenn es um die Abgrenzung zwischen Rundfunk und anderer Kommunikation geht. Bereits heute existieren zahlreiche Verfahren, Rundfunksendungen auch über das Internet zugänglich zu machen. Die dem Rundfunk im herkömmlichen Sinne eigentümliche Breitenwirkung, dass nämlich eine unbestimmte Vielzahl von Rezipienten gleichzeitig erreicht wird, ist aber wohl noch nicht erreicht. Allerdings muss hier unter Umständen eine Anpassung an zukünftige Entwicklungen möglich bleiben. Der Begriff der Medien in Art. 11 EGRC ist denn auch eindeutig offener zu verstehen und umfasst grundsätzlich auch das Medium Internet.²³

1750 Der EuGH hat wie der EGMR schon vor Proklamation der EGRC den Schutz der Medienfreiheit und des Pluralismus aus der allgemeinen Meinungsfreiheit abgeleitet.²⁴ Die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt wurde als zwingendes Erfordernis angesehen, das zur Wahrung des Rechts der Meinungsfreiheit beiträgt.²⁵ Demnach nahmen die Medien auch bei einer unmittelbaren Ableitung des Schutzes aus der Meinungsfreiheit jedenfalls eine hervorgehobene Stellung ein. Die textliche Verselbstständigung ist insofern eine nachvollziehbare Konsequenz aus dieser Sachlage.

§ 2 Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit

A. Abgrenzung zu anderen Grundrechten

1751 Der Weite des Schutzbereichs entsprechend sind bei der Kommunikationsfreiheit i.e.S.²⁶ Abgrenzungen zu anderen Grundrechten erforderlich. Da diese Grundrechte vor allem personenbezogene Belange schützen, betrifft dies vor allem die Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit, aber auch die Medienfreiheit. Abzugrenzen ist insbesondere zu den unter die Kommunikationsgrundrechte im weite-

²¹ S. EGMR, Urt. vom 23.9.1994, Nr. 15890/89 (Rn. 31), ÖJZ 1995, 227 (228) – Jersild/Dänemark; *Grabenwarter*, § 23 Rn. 9.

²² Abl. ohne nähere Auseinandersetzung mit der Konvergenz der Medien *Grabenwarter*, § 23 Rn. 9; ferner zum Schutzbereich des Art. 10 EMRK hinsichtlich neuer Medien *Maruhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 22.

²³ S. u. Rn. 1973 f.

²⁴ S. EuGH, Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069 (4097, Rn. 30) – Kommission/Niederlande; Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795 (4833, Rn. 25) – TV10; Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 26) – Familiapress.

²⁵ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3715, Rn. 18) – Familiapress.

²⁶ S.o. Rn. 1743 ff.

ren Sinne²⁷ fallenden Rechten, weil diese ebenfalls kommunikative Akte schützen. Berührungspunkte ergeben sich aber auch zu einigen anderen Grundrechten.

I. Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit

Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit in Art. 10 EGRC ist die spezielle Regelung, soweit es um gewissens- oder religionsgeleitete Äußerungen geht. Art. 10 EGRC umfasst dabei auch die Mitteilung von Tatsachen und Fakten mit diesem Bezug.²⁸ Handelt es sich jedoch um eine Kommunikation, die ganz allgemein religiöse Themen behandelt, ohne dass mit der Äußerung die Kundgabe einer persönlichen inneren Überzeugung in Zusammenhang steht, ist die Meinungsfreiheit einschlägig.²⁹ **1752**

Für das forum internum der Meinungsfreiheit ergibt sich eine Spezialität der überlappenden Gedankenfreiheit schon aus der Überlegung, dass Art. 10 EGRC gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. der Eingriffsregelung nach Art. 9 Abs. 2 EMRK³⁰ die Gedankenfreiheit schrankenlos gewährleistet. Diese Privilegierung würde unterlaufen, wenn hier nicht von einer grundsätzlichen Spezialität des Art. 10 EGRC ausgegangen würde.³¹ Allerdings ist das forum internum auch auf der Grundlage des Art. 11 EGRC faktisch schrankenlos gewährleistet,³² so dass diese Überlegung theoretischer Natur sein dürfte. **1753**

II. Kunstfreiheit

Die Beurteilung der Kunstfreiheit liegt insofern parallel zu Art. 10 EGRC, als beide einen Werk- und einen Wirkbereich schützen.³³ Die Kunstfreiheit ist allerdings nur in der EGRC eigens gewährleistet und wird in der EMRK aus Art. 10 abgeleitet. Wegen dieser Separierung ist Art. 13 EGRC spezieller. Bei den Schranken ergeben sich allerdings durchaus Parallelen, so insbesondere beim Schutz der Persönlichkeit Betroffener,³⁴ wenngleich letztlich die Kunstfreiheit tendenziell stärker geschützt ist.³⁵ Auch das unterlegt ihren Vorrang. **1754**

²⁷ S.o. Rn. 1740 ff.

²⁸ S. auch Rn. 1577 ff.

²⁹ Vgl. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 90.

³⁰ Auf diese beziehen sich auch ausdrücklich die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007, C 303, S. 17 (21) zu Art. 10 EGRC.

³¹ Vgl. *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 156.

³² S.u. Rn. 1802 f.

³³ S.u. Rn. 2324 ff.

³⁴ S.u. Rn. 2353 ff.

³⁵ S.u. Rn. 2355 f.

III. Achtung des Privat- und Familienlebens

- 1755** Berührungspunkte des Schutzbereichs des Art. 11 EGRC ergeben sich auch mit der in Art. 7 EGRC geschützten Privatsphäre. Diese schließt ausdrücklich das Recht auf Achtung der Kommunikation ein und ist nicht nur auf den Schutz des Kommunikationsinhalts, sondern auch auf die äußeren Daten der Kommunikation wie etwa die Länge eines Telefongesprächs und die gewählte Nummer zu beziehen.³⁶ Will man hier hinsichtlich der Schutzbereiche differenzieren, so bietet es sich an, von der konkreten Gefährdungssituation auszugehen. Steht als Eingriff etwa eine Abhörmaßnahme in Rede, die neben der als Teil der Privatsphäre geschützten privaten Kommunikation auch noch den Kommunikationsvorgang selbst, etwa durch Abschreckung, beeinträchtigt, stehen beide Grundrechte nebeneinander und ergänzen sich in ihrer Schutzrichtung.³⁷
- 1756** Dass ein privater Brief eines Untersuchungshäftlings an einen Mithäftling abgefangen und zensiert wurde, untersuchte der EGMR allerdings von vornherein nach Maßgabe des Art. 8 EMRK, der Art. 7 EGRC entspricht, ohne bei seiner Prüfung Art. 10 EMRK überhaupt zu erwähnen.³⁸ Hieraus könnte geschlossen werden, dass der EGMR von einem Spezialitätsverhältnis ausging. Andererseits hat die EKMR beide Bestimmungen auch bereits parallel angewandt.³⁹ Insgesamt ergibt sich ein uneinheitliches Bild in der Praxis der Konventionsorgane.
- 1757** Zum Teil wird angenommen, die Schutzbereiche der Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK und der Schutz der Privatsphäre in seiner Ausprägung als Schutz der Kommunikation in Art. 8 EMRK könnten voneinander eindeutig abgegrenzt werden. Alle Vorgänge der Individualkommunikation, die Art. 10 EMRK nicht erfasse, unterfielen Art. 8 EMRK. Habe die Kommunikation tendenziell öffentlichen Charakter, sei Art. 10 EMRK einschlägig, ansonsten greife Art. 8 EMRK.⁴⁰ Dem Wortlaut des Art. 10 EMRK/11 EGRC ist allerdings eine Beschränkung auf öffentlich geäußerte Meinungen nicht zu entnehmen. Unklar bleibt bei diesem Abgrenzungskriterium auch, wann noch von einer Äußerung im Privatbereich und wann schon von einer Öffentlichkeit auszugehen ist. Insgesamt ist die parallele Anwendbarkeit der Grundrechte daher diesem Ansatz vorzuziehen.

³⁶ Zum Schutz der Privatsphäre nach Art. 7 EGRC ausführlich Rn. 1181 ff., 1241 ff.

³⁷ Vgl. *Engel*, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1993, S. 130 f.; für parallele Anwendbarkeit auch *Jarass*, § 12 Rn. 43; *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 156; *ders.*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 90; anders *Kugelman*, EuGRZ 2003, 16 (23 f.).

³⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 25.2.1992, Nr. 10802/84 (Rn. 40 ff.), NJW 1992, 1873 (1874) – Pfeifer u. Plankl/Österreich.

³⁹ EKMR, Entsch. vom 13.5.1982, Nr. 8962/80 (Rn. 2 ff.), DR 28, 112 – X. u. Y./Belgien.

⁴⁰ *Kugelman*, EuGRZ 2003, 16 (24).

IV. Schutz personenbezogener Daten

Das Abfangen oder Abhören von Kommunikation kann ferner nicht nur als Beeinträchtigung der Kommunikationsfreiheit, sondern auch als Eingriff in Art. 8 EGRC zu qualifizieren sein. Darin ist der Schutz personenbezogener Daten normiert. Auch hier kann Idealkonkurrenz zu Art. 11 EGRC bestehen, wenn die Abhörmaßnahme zu einer Verarbeitung der Daten führt, was i.d.R. der Fall ist.⁴¹ **1758**

Im Rahmen der EMRK fällt das Abhören und Aufzeichnen von Telefongesprächen unter den Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK. Daher liegt ein Verweis auf die Abgrenzung zum Schutz der Privatsphäre nahe. Indes basiert der in Art. 8 EGRC statuierte Schutz personenbezogener Daten auf verschiedenen grundrechtsausgestaltenden Vorschriften. Detaillierte Regelungen finden sich in der DatenschutzRL 95/46/EG.⁴² Ferner verweisen die Erläuterungen zur EGRC⁴³ auf die DatenschutzVO (EG) Nr. 45/2001.⁴⁴ So kann bei einem Eingriff in Art. 8 EGRC eher von einem Spezialitätsverhältnis gegenüber Art. 11 EGRC ausgegangen werden als bei einer Konkurrenz zu anderen in Art. 8 EMRK geschützten Rechten. Überdies ist in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK ein Fall der gezielten Telefonüberwachung mit keiner Silbe an Art. 10 EMRK gemessen worden.⁴⁵ Daraus mag auch ein Rückschluss auf den Vorrang des Schutzes der personenbezogenen Daten gegenüber der allgemeinen Meinungsfreiheit gezogen werden. **1759**

Dieses Ergebnis harmoniert auch mit den besonderen Anforderungen, die der EGMR an die Telefonüberwachung stellt. Zwar stimmen die Eingriffsregelungen der Art. 8 und 10 EMRK weitgehend überein. Jedoch hat der Gerichtshof speziell zu Abhörmaßnahmen präzise Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in Art. 8 EMRK entwickelt,⁴⁶ bei deren Einhaltung auch Art. 10 Abs. 2 EMRK erfüllt sein dürfte. **1760**

⁴¹ Insgesamt zur Vereinbarkeit eines Kommunikationsabhörsystems mit Unionsrecht ausführlich, allerdings ohne explizite Erwähnung des Art. 11 EGRC/10 EMRK, Berichterstatter *G. Schmid*, Bericht über die Existenz eines globalen Abhörsystems für private und wirtschaftliche Kommunikation (Abhörsystem Echelon) (2001/2098 (INI)), endg. A5-0264/2001, S. 84 ff. (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+XML+V0//DE>, gesehen am 16.7.2008).

⁴² Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DatenschutzRL), ABl. L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1.

⁴³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (20). Näher dazu o. Rn. 1357 ff.

⁴⁴ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. 2001 L 8, S. 1; Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (20). S. näher dazu o. Rn. 1357 ff.

⁴⁵ EGMR, Urt. vom 2.8.1984, Nr. 8691/79 (Rn. 64 ff.), EuGRZ 1985, 17 (20) – *Malone*/Vereinigtes Königreich.

⁴⁶ Hierzu *Grabenwarter*, § 22 Rn. 34 m.w.N.; EGMR, Urt. vom 25.3.1998, Nr. 23224/94 (Rn. 64, 72 f.), ÖJZ 1999, 115 (116 f.) – *Kopp/Schweiz*; Urt. vom 16.2.2000, Nr.

V. Versammlungsfreiheit

- 1761** Zur Versammlungsfreiheit kann wiederum nach der spezifischen Gefährdungslage abgegrenzt werden. So ist bei einem Verbot einer Versammlung auch regelmäßig deren kommunikativer Inhalt beeinträchtigt bzw. die damit bezweckte Meinungsäußerung behindert. Demgegenüber müssen Einschränkungen des Versammelns wie gewisse Auflagen, die bei der Versammlung einzuhalten sind, noch nicht den Aspekt der Meinungsäußerung berühren, wohl aber die Art und Weise, in welcher die Meinung geäußert werden sollte. Wenn man den Schutzzumfang so weit versteht, dass auch die konkreten Umstände der Meinungskundgabe vom Grundrechtsberechtigten festgelegt werden dürfen, ist es nur konsequent, jede einzelne Beschränkung der Umstände der Meinungsäußerung auch als Beschränkung der Meinungsfreiheit anzusehen. Dies gilt auch, wenn es versammlungstypische Auflagen wie zeitliche Festlegungen einer geplanten Demonstration sind. Letztlich greifen auch sie in die Meinungsfreiheit ein.
- 1762** Der EuGH hat in einem Fall, in dem nachträglich zu entscheiden war, ob eine Demonstration hätte verboten werden müssen, beide Grundrechte nebeneinander angewandt und die Prüfung der potenziellen Rechtfertigung eines Eingriffs auf die Versammlungs- sowie die Meinungsfreiheit gemeinsam bezogen.⁴⁷
- 1763** Nach Ansicht des EGMR stellt die Versammlungsfreiheit nach Art. 11 EMRK eine *lex specialis* zu Art. 10 EMRK dar. Allerdings soll Art. 11 EMRK im Lichte der Meinungsfreiheit zu prüfen sein.⁴⁸
- 1764** Angesichts der engen Verbundenheit der beiden Grundrechte und der annähernd gleichen Schrankenregelung ist es vom Ergebnis her i.d.R. nicht unbedingt erforderlich, das Konkurrenzverhältnis zu klären. Bei einer Differenzierung nach dem Schwerpunkt der eingreifenden Maßnahme lassen sich jedoch sinnvolle Ergebnisse erzielen. Danach sind versammlungsspezifische Auflagen an Art. 12 EGRC, kommunikationsbezogene Beschränkungen an Art. 11 EGRC zu messen.⁴⁹

B. Berechtigte

I. Natürliche Personen

1. Minderjährige

- 1765** Zum geschützten Personenkreis gehört jede natürliche Person. Auch Minderjährige sind Träger des Grundrechts, was sich bereits aus dem eindeutigen, insofern un-

27798/95 (Rn. 52 ff.), ÖJZ 2001, 71 (72) – Amann/Schweiz; Urt. vom 18.2.2003, Nr. 58496/00 (Rn. 30 ff.) – Prado Bugallo/Spanien; s.o. Rn. 1338 ff.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 77 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade). Zu diesem Urteil näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 735, 1037 ff.

⁴⁸ S. EGMR, Urt. vom 26.4.1991, Nr. 11800/85 (Rn. 35 ff.), Ser. A 202 – Ezelin/Frankreich, s. auch abw. Meinung des Richters *Pettiti*.

⁴⁹ Vgl. *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 157.

begrenzten Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGRC ergibt. Ausdrücklich findet die Meinungsfreiheit des Kindes zudem in den in Art. 24 EGRC niedergelegten Rechten des Kindes Erwähnung, ist dort aber vor allem auf Entscheidungen über ihr Wohlergehen bezogen.⁵⁰

2. Beamte und andere Bedienstete

a) *Meinungsfreiheit trotz Treuepflicht*

Bediensteten der Unionsorgane ist die Meinungsfreiheit ebenfalls garantiert, und zwar auch auf den Gebieten, die von den Tätigkeiten dieser Organe umfasst werden.⁵¹ Sie haben grundsätzlich das Recht, ihre von den amtlich vertretenen Meinungen abweichenden Ansichten zu äußern. Eine bloße Meinungsdivergenz kann nicht zu einer Einschränkung des Rechts auf freie Meinungsäußerung führen. **1766**

Auch eine ganz allgemeine Pflicht zur Zurückhaltung bei der freien Meinungsäußerung kann Bediensteten nicht abverlangt werden. Für die EMRK ergibt sich dies zum einen schon aus den Grundsätzen nach Art. 1 und 14 EMRK, der allgemeinen, nicht diskriminierenden Anwendung der Konventionsrechte auf jede der Hoheitsgewalt der Konventionsstaaten unterfallenden Person. Zum anderen lässt auch der Umkehrschluss aus Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK, der einen besonderen Eingriffsvorbehalt für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung vorsieht, keine andere Deutung als die zu, dass die Konventionsrechte auch für Angehörige des öffentlichen Dienstes gelten.⁵² Dieser Ansatz kann wegen Art. 52 Abs. 3 EGRC auf den Schutz der Meinungsfreiheit nach der EGRC übertragen werden. **1767**

Nach dem Statut der Beamten der Europäischen Gemeinschaften⁵³ sind Beschränkungen der Meinungsfreiheit jedoch unter Umständen zulässig. Dieser Bereich macht einen Großteil der vorhandenen Rechtsprechung des EuGH zur Meinungsfreiheit aus. Legt man den hier gewählten Prüfungsansatz zugrunde, kann es dabei nur um die Frage der möglichen Rechtfertigung gehen.⁵⁴ **1768**

⁵⁰ S.u. Rn. 3434, 3455.

⁵¹ EuGH, Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 (1677, Rn. 43) – Connolly; Rs. C-340/00 P, Slg. 2001, I-10269 (10295 f., Rn. 19 ff.) – Cwik; s. ebenso Rs. 100/88, Slg. 1989, 4285 (4308, Rn. 13 ff.) – Oyowe u. Traore.

⁵² Vgl. EGMR, Urt. vom 28.10.1999, Nr. 28396/95 (Rn. 41), NJW 2001, 1195 (1196) – Wille/Liechtenstein; Urt. vom 28.8.1986, Nr. 9228/80 (Rn. 49), NJW 1986, 3005 (3006) – Glasenapp/Deutschland; Urt. vom 26.9.1995, Nr. 17851/91 (Rn. 43), NJW 1996, 375 (375 f.) – Vogt/Deutschland; auch Grote/Wenzel, in: Grote/Marauhn, Kap. 18 Rn. 53.

⁵³ VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates vom 29.2.1968 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind, ABl. L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1.

⁵⁴ S. daher u. Rn. 1920 ff. zur Rechtfertigung.

b) Meinungsfreiheit und Zugang zum öffentlichen Dienst

- 1769** Grundsätzlich ist nach der Rechtsprechung des EGMR jedoch danach zu unterscheiden, ob die Maßnahme den Zugang zum öffentlichen Dienst betrifft, so dass Art. 10 EMRK keine Anwendung findet, oder ob ein Eingriff in die Meinungsfreiheit in Rede steht. Der EGMR grenzt hier nach den Umständen des Einzelfalls ab und zieht den Umfang der Maßnahme sowie die einschlägige Gesetzgebung hierfür heran.
- 1770** So ist er in zwei Fällen, in denen die Beschwerdeführer Beamte auf Probe waren und jeweils später wegen mangelnder Eignung entlassen wurden, davon ausgegangen, dass es sich im Kern um die Frage des Zugangs zum öffentlichen Dienst handelte. Hier hätten die Behörden die geäußerten Meinungen und Auffassungen nur in Betracht gezogen, um sich über das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen für die jeweilige Stelle zu vergewissern. Dies hatte zur Folge, dass der EGMR keinen Eingriff in Art. 10 EMRK feststellte.⁵⁵ In einem weiteren Fall, bei dem die Beschwerdeführerin aus einem bereits bestehenden Beamtenverhältnis auf Lebenszeit wegen Verstoßes gegen die politische Treuepflicht entlassen wurde, wertete der EGMR die aufgrund politischer Meinungsäußerungen getroffene Maßnahme dagegen als Eingriff in Art. 10 EMRK.⁵⁶
- 1771** Bei Lichte betrachtet scheint dies jedoch eine relativ zufällige, allein vom Äußerungszeitpunkt abhängige Unterscheidung zu sein. Sowohl die Nichtnennung als auch die Entlassung aus einem Beamtenverhältnis sind empfindliche Konsequenzen, welche vor einer Äußerung von Meinungen zurückschrecken lassen. So hat der EGMR in einem späteren Fall, bei dem es um die Ankündigung der Nicht-Wiederernennung zum Verwaltungsgerichtspräsidenten nach Ablauf der Amtszeit ging, einen Eingriff in Art. 10 EMRK erblickt, obwohl die Nicht-Wiederernennung auch mit den Fällen der Entlassung aus dem Probeverhältnis hätte verglichen werden können. Bei einem auf Zeit verliehenen Amt kann dessen Inhaber ebenfalls nicht unter allen Umständen davon ausgehen, wieder ernannt zu werden. Hier argumentierte der EGMR, die Ankündigung der Nicht-Wiederernennung habe eine abschreckende Wirkung und könnte von weiteren Meinungsäußerungen der kritisierten Art abhalten.⁵⁷ Ein Argument, das auch in den oben beschriebenen Vergleichsfällen zu greifen vermag.
- 1772** Diese Uneinheitlichkeit in der Rechtsprechung ist dementsprechend zu beheben.⁵⁸ Um die Meinungsfreiheit umfassend zu schützen, sind auch die Fallkonstellationen, in denen der Zugang zu einem Amt oder einer Stelle aufgrund einer geäußerten Meinung verwehrt wird, nach Maßgabe von Art. 10 EMRK/11 EGRC zu beurteilen. Damit sind Eingriffe auch nicht ausgeschlossen. Sie bedürfen nur der

⁵⁵ EGMR, Urt. vom 28.8.1986, Nr. 9228/80 (Rn. 50 ff.), NJW 1986, 3005 (3006) – Glasenapp/Deutschland; Urt. vom 28.8.1986, Nr. 9704/82 (Rn. 36 ff.), NJW 1986, 3007 (3007) – Kosiek/Deutschland.

⁵⁶ S. EGMR, Urt. vom 26.9.1995, Nr. 17851/91 (Rn. 44), NJW 1996, 375 (376) – Vogt/Deutschland.

⁵⁷ S. EGMR, Urt. vom 28.10.1999, Nr. 28396/95 (Rn. 50 f.), NJW 2001, 1195 (1197) – Wille/Liechtenstein.

⁵⁸ S. auch Kritik bei Grote/Wenzel, in: Grote/Maruhn, Kap. 18 Rn. 54.

Rechtfertigung, etwa aus Gründen notwendiger staatlicher Neutralität bei Ausübung einer amtlichen Funktion. Diese staatliche Neutralität gehört zu einem der Kernbestandteile der demokratischen Gesellschaft. Um allen Richtungen die gleichen Chancen zu geben, dürfen der Staat und damit auch seine Bediensteten nicht parteiisch sein.⁵⁹ Dieser Ansatz wird aber in Art. 10 Abs. 2 EMRK auf der Ebene der normativ festzulegenden Beschränkungen behandelt. Er verengt also nicht den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit und schließt vor allem nicht die Grundrechtsträgerschaft der Bediensteten aus.

3. Drittstaatsangehörige

Im Ansatz unterfallen auch Drittstaatsangehörige dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 11 EGRC, das als Jedermann-Recht konzipiert ist. Im Bereich des Art. 10 EMRK gilt allerdings Art. 16 EMRK, der den Vertragsstaaten ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, die politische Tätigkeit von Ausländern hinsichtlich der in den Art. 10, 11 und 14 EMRK eingeräumten Rechte Beschränkungen zu unterwerfen. Diese Einschränkung wird auch im Rahmen der europäischen Grundrechte herangezogen.⁶⁰ 1773

Der EGMR hat indes Art. 16 EMRK gerade nicht auf Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten angewendet.⁶¹ Im Fall *Piermont* ging es um die Ausweisung einer Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus Französisch-Polynesien und aus Neukaledonien aufgrund der Teilnahme an politischen Demonstrationen. Die französische Regierung rechtfertigte ihr Vorgehen mit Art. 16 EMRK. Da zum Zeitpunkt der Entscheidung die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft noch nicht in Kraft waren, konnte sich der EGMR hierauf nicht direkt berufen. Er ließ bei seiner Entscheidung jedoch keinen Zweifel daran, dass die Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat die Anwendung des Art. 16 EMRK verbietet. Lediglich ergänzend zog der EGMR die Mandatsträgerschaft im Europäischen Parlament zur Begründung dafür heran, Art. 16 EMRK nicht auf den vorliegenden Fall anzuwenden.⁶² 1774

Damit kommt ohnehin auf der Grundlage dieser Bestimmung höchstens eine Einschränkung der Meinungsfreiheit für die politische Tätigkeit von Nicht-Unionsbürgern in Betracht. Zwingend ist dies jedoch aufgrund der Meistbegünstigungsklausel des Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC nicht. Hiernach kann der Schutz der Grundrechte in der EU über den durch die EMRK festgelegten Mindeststandard hinausgehen. Gegen jegliche Übertragung der Einschränkungsklausel aus Art. 16 EMRK auf Art. 11 EGRC spricht die Erläuterung zu Art. 11 EGRC, wonach die Einschränkungen dieses Rechts nicht über die in Art. 10 Abs. 2 EMRK vorgese- 1775

⁵⁹ Vgl. zur Religionsfreiheit o. Rn. 1600 ff.

⁶⁰ So *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 11 Rn. 14; *Jarass*, § 16 Rn. 22; zu den Eingriffsregelungen ferner u. Rn. 1834.

⁶¹ So auch *Frowein/Peukert*, Art. 16 Rn. 1.

⁶² S. EGMR, Urt. vom 27.4.1995, Nr. 15773 u. 15774/89 (Rn. 64), ÖJZ 1995, 751 (753) – *Piermont/Frankreich*.

nenen hinausgehen dürfen.⁶³ Art. 16 EMRK findet also keine ausdrückliche Erwähnung als nach der EMRK vorgesehene weitere Einschränkungsmöglichkeit.

1776 Andere Schlussfolgerungen sind jedoch aus dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 3 und den Erläuterungen zu Art. 52 EGRC zu ziehen. Darin wird hinsichtlich der Bedeutung und Tragweite der Grundrechte, die einem nach der EMRK verliehenen Recht entsprechen, allgemein auf alle Bestimmungen der EMRK,⁶⁴ also auch auf Art. 16 EMRK verwiesen. Damit ist dieser als einbezogen anzusehen, so dass die Meinungsfreiheit von Drittstaatsangehörigen grundsätzlich einschränkbar ist.

1777 Für den Bereich der EMRK und damit bei einer Übertragung auch für Art. 11 EGRC stellt sich ferner die Frage, wie weit Einschränkungen der Meinungsfreiheit von Drittstaatsangehörigen nach Art. 16 EMRK reichen dürfen. Nach dem offenen Wortlaut des Art. 16 EMRK könnte dies so weit gehen, dass bei Eingriffen in die Meinungsfreiheit von Ausländern Art. 10 Abs. 2 EMRK, der die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs aufstellt, gar nicht zu beachten wäre und allein Art. 16 EMRK als Rechtfertigungsgrundlage ausreichte.⁶⁵ Damit hätten die staatlichen Organe einen sehr weiten Spielraum bei der Anwendung des Art. 16 EMRK.

1778 Bei dieser Auslegung ist jedoch theoretisch eine so starke Einschränkung denkbar, dass die Anwendung des Art. 10 EMRK auf Drittstaatsangehörige inhaltsleer würde. Dies wiederum widerspräche Art. 1 EMRK, wonach die Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt 1 EMRK postulierten Rechte zusichern. Daher ist auch im Rahmen von Art. 16 EMRK der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren. Die Ausländereigenschaft ist lediglich in besonderer Weise bei der vorzunehmenden Güterabwägung zu berücksichtigen, in der das spezifische Gewicht des dahinter stehenden staatlichen Interesses in den Abwägungsvorgang mit einfließt.⁶⁶

II. Juristische Personen und Vereinigungen

1. Offener Ansatz

1779 Art. 11 EGRC verleiht jeder Person – natürlichen und juristischen Personen – Grundrechtsschutz. Grundsätzlich sind daher auch juristische Personen und Vereinigungen Grundrechtsträger, wenn und soweit das Grundrecht seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist.⁶⁷ Dies ist bei privatrechtlich organisierten Medienunternehmen ohne weiteres gegeben. Es können sich somit z.B. Herausgeber von Druckwerken, Verlage und Rundfunkunternehmen auf Art. 11 EGRC berufen, was vor allem im Bereich der Werbung⁶⁸ auch große wirtschaftliche Relevanz hat.

⁶³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

⁶⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (33).

⁶⁵ Hoffmann-Remy, Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach Art. 8-11 Abs. 2 EMRK, 1976, S. 48.

⁶⁶ Vgl. Grote/Wenzel, in: Grote/Marauhn, Kap. 18 Rn. 52.

⁶⁷ Genauer o. Rn. 294 ff.

⁶⁸ S.u. Rn. 1867 ff., 2008 ff., 2101 ff., 1796 ff.

2. Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Problematisch erscheint aber, ob auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sich auf das in Art. 11 EGRC verbürgte Grundrecht berufen können. Zum Tragen kommt diese Frage insbesondere bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. In erster Linie zählen öffentlich-rechtliche Einrichtungen zu den durch die Grundrechte Verpflichteten. Wegen der besonderen Staatsferne der Rundfunkanstalten ist die Grundrechtsberechtigung hier im Ergebnis jedoch zu bejahen.⁶⁹ **1780**

C. Verpflichtete

Art. 11 EGRC verpflichtet jede Ausprägung der Staatsgewalt. Der Wortlaut des Art. 11 EGRC, der in Abs. 1 S. 2 ausdrücklich vor „behördlichen Eingriffen“ schützt, ist insoweit zu eng formuliert. So sind beispielsweise die Gerichte bei ihren Entscheidungen Grundrechtsverpflichtete, aber auch der Gesetzgeber selbst, der die Voraussetzungen für eine freie Meinungsäußerung unter Umständen erst zu schaffen hat. So etwa im Hinblick auf den Pluralismus in den Medien, den der Staat durch Etablierung eines geeigneten Systems garantieren muss.⁷⁰ **1781**

Damit gilt die Grundrechtsbindung umfassend für Exekutive, Judikative und Legislative. Primär sind die Unionsorgane verpflichtet, ferner aber auch die Mitgliedstaaten, wenn eine Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.⁷¹ **1782**

Eine Drittwirkung, die auch Private unmittelbar bindet, hat der EGMR abgelehnt.⁷² Gerade im Bereich der Meinungsäußerungsfreiheit können aber Schutzbedürfnisse erwachsen, die im Rahmen der aus den Grundrechten abzuleitenden Schutzpflichten erfüllt werden müssen,⁷³ wenn auch von staatlichen Organen. **1783**

⁶⁹ Genauer u. Rn. 1964 ff. Kap. 8 § 3.

⁷⁰ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr.13914/88 u.a. (Rn. 38 ff.), EuGRZ 1994, 549 (550 f.) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich.

⁷¹ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 42) – ERT; Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955 (983, Rn. 16) – Bostock; krit. zur unmittelbaren Grundrechtsverpflichtung der Mitgliedstaaten aus der Charta Schwarze, AfP 2003, 209 (211); allgemein zur Grundrechtsverpflichtung o. Rn. 208 ff.

⁷² EGMR, Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 46), ÖJZ 2002, 855 (856) – VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz; anders jedoch für das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Urt. vom 29.2.2000, Nr. 39293/98 (Rn. 38) – Fuentes Bobo/Spain; zur sog. Inneren Pressefreiheit s.u. Rn. 2147 ff.

⁷³ So auch Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 34, 36; Grote/Wenzel, in: Grote/Maruhn, Kap. 18 Rn. 60; zu Schutzpflichten s.u. Rn. 1940 ff.

D. Meinungen, Ideen und Informationen

I. Geschützte Kommunikationsinhalte

1. Schwer unterscheidbarer Dreiklang

1784 Der sachliche Schutzbereich des Art. 11 EGRC umfasst als Gegenstand der Kommunikationsfreiheit nach seinem Wortlaut Meinungen, Informationen und Ideen. Mit Meinungen sind Werturteile gemeint, Informationen fallen eher in den Bereich der Tatsachen. Teilweise werden Ideen wiederum als Unterfall der Informationen betrachtet.⁷⁴ Da Ideen aber vielfach wertende Bestandteile haben und über die bestehenden Kenntnisse gerade hinausreichen, passt diese Zuordnung nicht. Weil nach dem Wortlaut des Art. 11 EGRC aber Meinungen, Ideen und Informationen Schutz genießen, muss auf Schutzbereichsebene auch nicht differenziert werden. Sowohl Tatsachen, prinzipiell auch falsche Tatsachen, als auch Werturteile unterfallen der Kommunikationsfreiheit. Dies entspricht der Rechtslage, wie sie sich überwiegend aus den nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten⁷⁵ oder aus der hierzu bestehenden nationalen Rechtsprechung und Literatur ergibt.⁷⁶

2. Abgestufte Schutzintensität

1785 Allerdings können sich Unterschiede in der Schutzintensität bei der Rechtfertigung eines Eingriffs ergeben. So differenziert der EGMR bei der Eingriffsrechtfertigung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen. Werturteile sind danach dem Wahrheitsbeweis nicht zugängliche Äußerungen und können somit generell nicht dem Erfordernis unterstellt werden, bewiesen zu werden.⁷⁷ Aber auch für Werturteile fordert der EGMR eine ausreichende Tatsachengrundlage, ohne die ein Werturteil überzogen ist.⁷⁸ Unwahre Tatsachenbehauptungen genießen im Rahmen einer Abwägung weniger Schutz als wahre Tatsachen.

⁷⁴ Jarass, § 16 Rn. 7.

⁷⁵ Vgl. § 10 Abs. 1 der finnischen Verfassung, Art. 21 Abs. 1 lit.d) der spanischen Verfassung (zitiert nach Kühling, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 387).

⁷⁶ Nachweise bei Kühling, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 387 f.; in Deutschland sind bewusst unwahre Tatsachen jedoch nicht geschützt, s. BVerfGE 54, 208 (219).

⁷⁷ EGMR, Urt. vom 17.12.2004, Nr. 49017/99 (Rn. 76), NJW 2006, 1645 (1648 f.) – Pedersen u. Baadsgaard/Dänemark m.w.N.; Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9815/82 (Rn. 46), NJW 1987, 2143 (2145) – Lingens/Österreich.

⁷⁸ EGMR, Urt. vom 17.12.2004, Nr. 49017/99 (Rn. 76), NJW 2006, 1645 (1648 f.) – Pedersen u. Baadsgaard/Dänemark; auch Urt. vom 13.11.2003, Nr. 39394/98 (Rn. 39), ÖJZ 2004, 512 (514) – Scharsach u. News Verlagsgesellschaft/Österreich; Urt. vom 27.2.2001, Nr. 26958/95 (Rn. 43), ÖJZ 2001, 693 (695) – Jerusalem/Österreich.

3. Unbeachtlichkeit des Inhalts

Der Inhalt der geäußerten Meinungen, Ideen und Informationen ist grundsätzlich irrelevant. Art. 11 EGRC enthält insoweit keine Einschränkungen. Geschützt sind nicht nur politische oder kulturelle, sondern unter anderem auch kommerzielle Inhalte.⁷⁹ Auch unerwünschte, schockierende und beunruhigende, selbst strafrechtlich relevante Meinungs- oder Tatsachenäußerungen genießen grundrechtlichen Schutz und fallen zunächst in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.⁸⁰ Nur die weitere Behandlung ist verschieden, so die Zubilligung eines Beurteilungsspielraums.⁸¹ Namentlich im Rahmen der Aussagedelikte sind allerdings erforderliche Eingriffe möglich und mit dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu rechtfertigen. 1786

II. Tatbestandliche Begrenzung gem. Art. 17 EMRK/54 EGRC

Äußerungen, die den Grundwerten der EMRK zuwiderliefen, so pro-nationalsozialistische Politik und die Leugnung oder Infragestellung feststehender historischer Tatsachen wie des Holocausts, hat der EGMR vereinzelt unter Berufung auf das Missbrauchsverbot in Art. 17 EMRK vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgeklammert.⁸² Auch ohne ausdrückliche Berufung auf Art. 17 EMRK entschied der EGMR, dass rassistische Äußerungen nicht dem Schutz des Art. 10 EMRK unterfielen.⁸³ 1787

Diese im Ergebnis zu begrüßenden Entscheidungen, sind dogmatisch mit dem Problem behaftet, dass die Trennung zwischen dem Schutzbereich und der Rechtfertigung eines Eingriffs verschwimmt,⁸⁴ ohne dass dafür eine Notwendigkeit besteht, da Eingriffe leicht begründet werden können. 1788

Nach Art. 17 EMRK darf keine Bestimmung der Konvention dahin ausgelegt werden, dass sie für eine Person das Recht begründet, eine Handlung zu begehen, die auf eine der Konvention zuwiderlaufenden Abschaffung oder Beschränkung der in ihr niedergelegten Rechte und Freiheiten hinzielt. Diese Bestimmung ist zum einen als besondere Schrankenklausele zu verstehen, zum anderen soll sie aber auch dem „Freiheitsfeind“ eine Berufung auf die Rechte der Konvention verwehren.⁸⁵ Bei eklatant konventionswidrigen Äußerungen ist demnach eine Einschränkung. 1789

⁷⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (11670 f., Rn. 154) – Deutschland/Parlament u. Rat (Tabakrichtlinie) m.w.N.; für den Bereich der EMRK EGMR, Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 26), EuGRZ 1996, 302 (304) – markt intern/Deutschland. Näher u. Rn. 1791 ff.

⁸⁰ EGMR, Urt. vom 6.5.2003, Nr. 48898/99 (Rn. 39 ff.), NJW 2004, 2653 (2655 f.) – Perina/Italien m.w.N.; Grabenwarter, § 23 Rn. 4.

⁸¹ Für die Werbung u. Rn. 1793 ff.

⁸² Vgl. EGMR, Entsch. vom 24.6.2003, Nr. 65831/01 (Abschnitt I.2.), NJW 2004, 3691 (3692) – Garaudy/Frankreich.

⁸³ EGMR, Urt. vom 23.9.1994, Nr. 15890/89 (Rn. 35), ÖJZ 1995, 227 (229) – Jersild/Dänemark.

⁸⁴ Krit. auch Grabenwarter, § 23 Rn. 4; Frowein/Peukert, Art. 17 Rn. 4.

⁸⁵ Frowein/Peukert, Art. 17 Rn. 1.

kung der Meinungsfreiheit schon im Normbereich über Art. 17 EMRK hinzunehmen. Dieser Ansatz ist auch auf Art. 11 EGRC übertragbar, zumal eine entsprechende Missbrauchsklausel auch in Art. 54 EGRC enthalten ist.⁸⁶ Allerdings ist eine zurückhaltende Auslegung geboten.⁸⁷

- 1790** Einen Aufruf zur Gewalt subsumiert der EGMR allerdings nicht schon unter Art. 17 EMRK. Derartige Äußerungen – nicht hingegen entsprechende Tathandlungen⁸⁸ – sind folglich noch vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst. Jedoch billigt der EGMR den Mitgliedstaaten hier einen sehr weit reichenden Spielraum für Beschränkungen und Sanktionen zu.⁸⁹ In derartigen Fällen ist faktisch immer die Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens vorrangig.⁹⁰

III. Sonderfall kommerzielle Werbung

1. Restbedeutung zur Meinungsfreiheit

- 1791** Von Art. 10 EMRK sind grundsätzlich auch kommerzielle Inhalte wie die Werbung geschützt.⁹¹ Dies ist nicht selbstverständlich, aber wohl auch dem Umstand gezollt, dass die EMRK kein Pendant zur Berufsfreiheit oder wirtschaftliche Grundrechte kennt.⁹² Tiefer gehend spielen auch für die Reichweite von Art. 11 EGRC die Beweggründe für eine Meinungsäußerung keine Rolle.
- 1792** Ein kommunikativer Inhalt wird der Wirtschaftswerbung auch nicht abzusprechen sein. Sie will gerade den Adressaten etwas mitteilen. Damit geht sie selbst dann, wenn sie in den der Medienfreiheit unterfallenden Verbreitungsformen erscheint und zugleich der wirtschaftlichen Absicherung der Medien dient, nicht in deren grundrechtlichen Schutz nach Art. 11 Abs. 2 EGRC⁹³ auf, sondern die Äußerung des Werbenden unterfällt trotz der Abspaltung der Medienfreiheit in der EGRC weiterhin der Meinungsfreiheit. Die kommerzielle Werbung unterliegt je-

⁸⁶ Vgl. *Jarass*, § 16 Rn. 8; für tatbestandliche Einschränkung in eklatanten Fällen auch *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 15.

⁸⁷ S. allgemein o. Rn. 484 ff.

⁸⁸ S.u. Rn. 1807.

⁸⁹ EGMR, Urt. vom 8.7.1999, Nr. 23556/94 (Rn. 34), RJD 1999-IV – Ceylan/Türkei, Urt. vom 8.7.1999, Nr. 23168/94 (Rn. 50), RJD 1999-IV – Karataş/Türkei; zur Kasuistik ausführlich *Hoffmeister*, EuGRZ 2000, 358 (360 f.).

⁹⁰ *Grote/Wenzel*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 18 Rn. 125 m.w.N.

⁹¹ *Stern*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 11 Rn. 25 u. 28; *Jarass*, § 16 Rn. 8; ausführlich *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 25 ff.; EGMR, Urt. vom 24.2.1994, Nr. 15450/89 (Rn. 35), ÖJZ 1994, 636 (637) – Casado Coca/Spanien; vgl. auch Urt. vom 22.5.1990, Nr. 12726/87 (Rn. 47), NJW 1991, 620 (621) – Autronic AG/Schweiz; für den Fall der Werbung in Rundfunkprogramm vgl. Urt. vom 28.3.1990, Nr. 10890/84 (Rn. 54 f.), NJW 1991, 615 (616) – Groppera Radio AG u.a./Schweiz.

⁹² S.u. Rn. 2488, vgl. hierzu *Faßbender*, GRUR Int. 2006, 965 (972).

⁹³ Dazu u. Rn. 2008 ff.

doch einigen besonderen Beschränkungen, die zum Teil auf europäischer Ebene sekundärrechtlich geregelt sind.⁹⁴

2. Ideelle und kommerzielle Kommunikationsinhalte

Der EGMR unterscheidet in seiner Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK zwischen ideellen und kommerziellen Informationsinhalten. Danach ist der nationale Beurteilungsspielraum weiter und die gerichtliche Kontrolle weniger streng, wenn es sich um kommerzielle Inhalte handelt.⁹⁵ Teilweise wird hieraus abgeleitet, dass die Werbung im Rundfunkbereich geringeren Schutz genieße als andere Tätigkeiten.⁹⁶ **1793**

Jedoch ist zunächst nur der Umfang gerichtlicher Kontrolle verschieden. Für den Fall, dass nationale Instanzen eine sehr werbefreundliche Entscheidung treffen, kann dies theoretisch auch zum umgekehrten Ergebnis führen, dass nämlich Werbung einen entsprechend weiten Freiraum unter Art. 10 EMRK genießt.⁹⁷ So ist im Ergebnis der Kontrollumfang des EGMR eher eine Frage der Justiziabilität auf Menschenrechtsebene als eine Frage des Schutzzumfangs des Art. 10 EMRK. **1794**

Der EuGH folgt dieser Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK und gewährt den zuständigen Stellen einen unterschiedlichen Entscheidungsspielraum je nach dem Ziel, das eine Beschränkung der Meinungsfreiheit rechtfertigt, und je nach der Art der Tätigkeit, um die es geht. Namentlich für den Gebrauch der Meinungsfreiheit im Geschäftsverkehr, besonders in einem so komplexen und wandelbaren Bereich wie der Werbung, reduziert sich die Kontrolle auf die Prüfung, ob ein Eingriff in angemessenem Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht.⁹⁸ **1795**

⁹⁴ S. RL 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (zweite Tabakrichtlinie), ABl. L 152, S. 16, berichtigt durch ABl. 2004 L 67, S. 34; RL 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Ausübung der Fernsehaktivität (FernsehRL), ABl. L 298, S. 23 i.d.F. der RL 97/36/EG, ABl. 1997 L 202, S. 60, zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27; ferner u. Rn. 1867 ff. Rechtfertigung von Eingriffen.

⁹⁵ EGMR, Urt. vom 5.11.2002, Nr. 38743/97 (Rn. 41 f.), EuGRZ 2003, 488 (490 f.) – Demuth/Schweiz, unter Bezugnahme auf die Urteile vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 33), EuGRZ 1996, 302 (305) – markt intern/Deutschland und vom 23.6.1994, Nr. 15088/89 (Rn. 26), NJW 1995, 857 (858) – Jacobowski/Deutschland, in denen bes. die Bedeutung des Beurteilungsspielraums auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs hervorgehoben wird; vgl. auch Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 69 ff.), ÖJZ 2002, 855 (857 f.) – VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz; s. hierzu ferner Scheyli, EuGRZ 2003, 455 ff., m. zahlr. w.N.

⁹⁶ Vgl. Grabenwarter, ÖZW 2002, 1 (5) m.N.

⁹⁷ Zur Werbung ausführlich u. Rn. 1867 ff., 2101 ff.

⁹⁸ EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (11671, Rn. 155) – Deutschland/Parlament u. Rat (Tabakrichtlinie); Rs. C-71/02, Slg. 2004, I-3025 (3070 f., Rn. 51) – Karner; vgl. auch Rs. C-245/01, Slg. 2003, I-12489 (12527, Rn. 73) – RTL Television.

3. Werbebeschränkungen

- 1796** Viele Medien wie die Presse und vor allem der private Rundfunk finanzieren sich zu einem Großteil aus Werbeeinnahmen. Folglich besteht die Gefahr eines mittelbaren Einflusses von Werbebeschränkungen auf den Finanzrahmen und damit die redaktionelle Tätigkeit der betroffenen Medien. Zwar wird diese Möglichkeit vom EuGH auch anerkannt. Die Freiheit der journalistischen Meinungsäußerung als solche bliebe von Werbebeschränkungen gleichwohl unberührt, redaktionelle Beiträge der Journalisten wären folglich nicht betroffen.⁹⁹ Das gilt in dem Maße, in dem der Journalist intern in den Rahmen des Mediums, bei dem er arbeitet, ohnehin eingebunden ist und dabei nur begrenzt eigene Rechte genießt.¹⁰⁰ Dass er unter Umständen seine Arbeitsweise an schlechtere finanzielle Rahmenbedingungen anpassen muss, wegen ausbleibender Werbeeinnahmen ggf. teure, aufwändigere Recherchen unterbleiben müssen, liegt in diesem Rahmen.
- 1797** Beeinträchtigungen für den Journalisten ergeben sich eher, wenn potenzielle Werbekunden konkret auf den Inhalt eines Mediums Einfluss nehmen wollen. Da dies aber den Binnenbereich des jeweiligen Mediums berührt, handelt es sich um eine Frage der so genannten inneren Pressefreiheit.¹⁰¹ Unter diesem Blickwinkel ist auch die Meinungsfreiheit eines Journalisten spezifisch zu sehen; sie ist insofern eingebunden in den Medienbetrieb. Ein bedenklicher inhaltlicher Durchgriff besteht aber jedenfalls bei Vorgaben, die redaktionellen Beiträge auf aktuelle oder potenzielle Werbekunden auszurichten. Erfolgt dies bei öffentlich-rechtlichen Medien, sind diese selbst grundrechtsverpflichtet. Sollten Werbekunden direkten Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung privater Medien nehmen, kann je nach Intensität eine staatliche Schutzpflicht greifen, um die Neutralität der Redaktionen zu sichern. Dem dient auch der Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm, der allerdings aus der Sicht der Rezipienten noch andere Schutzfunktionen kennt.
- 1798** Über die Neutralität der Redaktionen wird auch die für die Demokratie essenzielle Meinungsvielfalt abgestützt. Für die Gewährleistung eines solchen Schutzes besteht freilich ein weiter Spielraum, so dass deshalb die gerichtliche Kontrolle beschränkt ist. Beispielhaft für die Erfüllung einer staatlichen Schutzpflicht sind die den privaten Fernsehsendern auferlegten Verhaltenspflichten.

E. Bilden und Haben einer Meinung

- 1799** Der sachliche Schutzbereich umfasst zunächst den Vorgang der Meinungsbildung und das Haben einer Meinung als interne Vorgänge.¹⁰² Sie bilden die notwendige Vorstufe zur Meinungsäußerung, werden allerdings erst in Art. 11 Abs. 1 S. 2

⁹⁹ EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (11671, Rn. 156) –Deutschland/Parlament u. Rat (Tabakrichtlinie).

¹⁰⁰ Dazu u. Rn. 2147 ff.

¹⁰¹ S.u. Rn. 2147 ff.

¹⁰² S. *Stern*, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 25; Jarass, § 16 Rn. 11; Frowein/Peukert, Art. 17 Rn. 3.

EGRC und damit nachgeordnet unter dem Oberbegriff der Meinungsfreiheit genannt. Dabei werden sie freilich auch unter die Meinungsäußerungsfreiheit gezogen, welche die Meinungsfreiheit ausdrücklich einschließt, ebenso den Empfang und die Weitergabe von Ideen und Informationen. Damit handelt es sich um eine über die bloße Meinungsäußerungsfreiheit weit hinausgehende Kommunikationsfreiheit.¹⁰³

Auch das Nicht-Haben einer bestimmten Meinung ist von dieser Kommunikationsfreiheit geschützt. Insoweit handelt es sich nur um die negative Kehrseite zum Haben einer Meinung. Daraus folgt, dass dem Bürger vom Staat keine Meinungen aufgedrängt werden dürfen. Art. 11 EGRC schützt daher etwa vor schulischer Indoktrinierung.¹⁰⁴ **1800**

Parallel dazu kann auch eine einseitige Berichterstattung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Schutzbereich des Art. 11 EGRC eingreifen.¹⁰⁵ Obwohl selbst Grundrechtsträger,¹⁰⁶ steht er in enger Verbindung zum Staat und ist in Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert, die selbst grundrechtsverpflichtet sind. Seine Bedeutung in der Demokratie liegt in der Sicherung des Pluralismus. Insbesondere bei Medien mit großer Breitenwirkung, wie den audiovisuellen Medien, ist eine Garantie der Meinungsvielfalt unabdingbar, um der gesellschaftlichen Bedeutung der Meinungsfreiheit in einer Demokratie gerecht zu werden.¹⁰⁷ **1801**

Die Meinungsfreiheit gewährleistet zudem, dass öffentliche Stellen an das Haben oder Nicht-Haben einer Meinung keine Nachteile knüpfen.¹⁰⁸ Die Meinungsbildung und das Haben einer Meinung als innere Vorgänge der Meinungsfreiheit sind insofern keiner Beschränkung zugänglich. Dies ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut des Art. 11 EGRC i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EMRK, der sich in seiner Schrankenregelung auf alle Freiheiten des Art. 11 Abs. 1 EGRC/10 Abs. 1 EMRK bezieht. Jedoch können mangels Wahrnehmung einer noch nicht geäußerten Meinung durch andere keine Konfliktsituationen mit sonstigen geschützten Rechten und Grundwerten auftreten. Die Gedanken sind also auch im grundrechtlichen Sinne tatsächlich frei.¹⁰⁹ Folgerichtig ist die Gedankenfreiheit, die insoweit in Art. 10 EGRC speziell geregelt ist, auch schrankenlos gewährleistet.¹¹⁰ **1802**

Sollte an das bloße Haben einer Meinung ein bestimmter Nachteil geknüpft werden, so ist dies ohnehin nicht zu rechtfertigen.¹¹¹ Allerdings wird sich eine bestimmte Auffassung in aller Regel bereits manifestiert haben, bevor sie zum Anknüpfungspunkt für irgendwie geartete Nachteile werden kann. In diesem Falle **1803**

¹⁰³ Näher dazu o. Rn. 1744 ff.

¹⁰⁴ Vgl. EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5095/71 u.a. (Rn. 52 f.), NJW 1977, 487 (487) – Kjeldsen u.a./Dänemark, wo der EGMR das Verbot schulischer Indoktrinierung aus Art. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK i.V.m. Art. 8, 9 und 10 EMRK abgeleitet hat; Frowein/Peukert, Art. 10 Rn. 3.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 12, 205 (259 ff.).

¹⁰⁶ S.o. Rn. 1780, 1964 ff.

¹⁰⁷ Hierzu genauer u. Rn. 2034 ff.; auch EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 38), EuGRZ 1994, 549 (550) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich.

¹⁰⁸ Jarass, § 16 Rn. 11.

¹⁰⁹ Vgl. zur Religionsfreiheit o. Rn. 1606.

¹¹⁰ Zur Konkurrenz hierzu s.o. Rn. 1752 f.

¹¹¹ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 43.

handelt es sich nicht mehr lediglich um das forum internum der Meinungsfreiheit. Es kommt vielmehr zu einer Beeinträchtigung einer Meinungsäußerung, in welcher Form auch immer sie stattgefunden hat.

F. Freiheit, Informationen, Ideen und Meinungen zu äußern

I. Umfassender Ansatz

- 1804** Auf der Bildung der Meinung aufbauend,¹¹² gewährleistet Art. 11 EGRC die Meinungsäußerungsfreiheit. Sie wird an erster Stelle ausdrücklich benannt und stellt daher das Hauptrecht dar. Die Äußerungsfreiheit bezieht sich aber nach Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGRC auch auf Informationen und Ideen. Sie sind ohnehin nicht immer eindeutig von Meinungen zu trennen¹¹³ und werden oft zusammen mit subjektiven Ansichten weitergegeben.
- 1805** Die eigentliche Meinungsfreiheit schützt die Freiheit, die eigene Meinung frei und ungehindert kundzutun, unabhängig von der gewählten Kommunikationsform bzw. dem Übertragungsmedium.¹¹⁴ Entsprechend ihrer europaweiten Gewährleistung ist die Meinungsfreiheit in Art. 11 EGRC wie auch in Art. 10 EMRK grenzüberschreitend geschützt, so dass der Ort des Kommunikationsaktes auch insoweit frei wählbar ist.¹¹⁵

II. Tathandlungen

- 1806** Auch tatsächliche Handlungen können Ausdruck einer Meinung sein und somit dem Schutzbereich des Art. 11 EGRC unterfallen.¹¹⁶ Dies gilt vor allem für Handlungen demonstrativen Charakters wie der gezielten Störung einer Jagd¹¹⁷ oder der Blockade einer Straße im Rahmen einer Versammlung¹¹⁸ und für symbolische Handlungen, etwa dem Verbrennen einer Flagge.¹¹⁹
- 1807** Freilich gelangt man hier schnell zu Abgrenzungsfragen hinsichtlich einfacher Tathandlungen, die nicht Art. 11 EGRC unterfallen. Grundsätzlich ist nach dem Bedeutungsgehalt der Handlungen zu unterscheiden. So sind reine Sexualhandlungen

¹¹² S.o. Rn. 1799.

¹¹³ S.o. Rn. 1784.

¹¹⁴ Jarass, § 16 Rn. 10; für die EMRK Grabenwarter, § 23 Rn. 4.

¹¹⁵ S. EGMR, Urt. vom 27.4.1995, Nr. 15773 u. 15774/89, ÖJZ 1995, 751 – Piermont/Frankreich; hierzu Kühling, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 153; ders., in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 22.

¹¹⁶ Vgl. Grabenwarter, § 23 Rn. 4.

¹¹⁷ EGMR, Urt. vom 23.9.1998, Nr. 24838/94 (Rn. 92), Rep. 1998-VII – Steel u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 25.11.1999, Nr. 25594/94 (Rn. 28), RJD 1999-VIII – Hashman u. Harrup/Vereinigtes Königreich.

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 77 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade); zur Konkurrenz zur Versammlungsfreiheit o. Rn. 1761.

¹¹⁹ Zu den Kommunikationsmitteln s. ferner Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 18.

gen von der EKMR nicht unter den Schutzbereich von Art. 10 EMRK subsumiert worden.¹²⁰ Allgemein wird allerdings Pornographie als vom Tatbestand umfasst betrachtet.¹²¹ Die Anwendung von Gewalt ist vom Inhalt der Kommunikationsfreiheit nicht gedeckt.¹²² Eine Handlung muss kommunikative Inhalte vermitteln, um in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit zu fallen, bloße soziale Interaktion reicht hier nicht aus.¹²³

III. Negative Meinungsäußerungsfreiheit

Art. 11 EGRC schützt ebenfalls die negative Meinungsäußerungsfreiheit, also das Recht, sich nicht zu äußern. Sie bildet nur die negative Entsprechung zur positiven Meinungsäußerungsfreiheit.¹²⁴ Dies wird beispielsweise relevant bei der Verpflichtung, Produkte mit Warnhinweisen zu versehen, wie im Rahmen der TabakproduktRL 2001/37/EG.¹²⁵ **1808**

Außerdem schützt die negative Kommunikationsfreiheit auch die Wahl des Adressatenkreises, an den der Äußernde sich richten oder nicht richten will. Abhörmaßnahmen können daher auch einen Eingriff in Art. 11 EGRC darstellen, auch wenn sie sich an den Bestimmungen zum Schutz der Privatsphäre messen lassen müssen.¹²⁶ **1809**

G. Empfang von Informationen und Meinungen

I. Rezipientenfreiheit für alle Kommunikationsformen

Das Recht auf freie Meinungsäußerung schließt nach Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGRC die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen. Als Pendant zur Freiheit, Meinungen, Ideen und Informationen zu äußern, ist somit auch die Rezipientenfreiheit geschützt. **1810**

Der Empfang von Meinungen ist zwar nicht ausdrücklich an dieser Stelle erwähnt. Jedoch ist er das notwendige Pendant zur Äußerung von Meinungen, die Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGRC als Hauptrecht¹²⁷ gewährleistet. Jede Kommunikation soll ihrem Wesen nach empfangen werden. Ein vollständiger Schutz eines Kom- **1811**

¹²⁰ Vgl. EKMR, Entsch. vom 7.7.1977, Nr. 7215/75, DR 11, 36 (45) – X./Vereinigtes Königreich.

¹²¹ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 15; Jarass, § 16 Rn. 8.

¹²² S. dagegen o. Rn. 1790 zu Gewaltaufrufen.

¹²³ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 18; Grabenwarter, § 23 Rn. 4.

¹²⁴ S. bereits o. Rn. 1800.

¹²⁵ RL 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.6.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen (TabakproduktRL), ABl. L 194, S. 26; dazu Koenig/Kühling, EWS 2002, 12 (13 ff.).

¹²⁶ S.o. Konkurrenz zu anderen Bestimmungen Rn. 1751 ff.

¹²⁷ S.o. Rn. 1743 f.

munikationsvorgangs muss also zwangsläufig auch bis zum Empfang eines geäußerten Inhalts reichen.¹²⁸

- 1812** Zudem ist der Empfang einer Meinung, Information oder Idee auch aus Sicht des Empfängers als geschützter Vorgang zu betrachten. Aus dessen Perspektive ist der ungehinderte Empfang von kommunizierten Inhalten grundlegend für seine Meinungsbildung. Das gilt nicht nur für Informationen und Ideen, sondern auch für Meinungen, weil die eigene Meinungsbildung vielfach von der Meinung anderer abhängig gemacht wird. Überdies verschwimmen leicht die Grenzen zwischen Informationen, Ideen und Meinungen.¹²⁹

II. Facetten der Informationsfreiheit

- 1813** Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGRC schützt den Empfang von Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen.¹³⁰ Gemeint sind grundsätzlich nur solche Informationen, die der Inhaber auch weitergeben möchte.¹³¹ Entsprechendes gilt für Meinungen und erst recht für (ureigene) Ideen. Für Letztere greifen ggf. spezifisch urheberrechtliche Beschränkungen. Im Mittelpunkt stehen Informationen, weshalb die Empfangsfreiheit vor allem mit dem Begriff der Informationsfreiheit verbunden ist.
- 1814** Sind Informationen auf widerrechtliche Weise beschafft und sodann veröffentlicht worden, so sind sie zu den allgemein zugänglichen Quellen zu zählen. Es kommt insoweit auf die tatsächliche Lage an.¹³²
- 1815** Der Staat darf allgemein zugängliche Informationen nicht vorenthalten. Der Schutzbereich der Informationsfreiheit als Abwehrrecht zielt vor allem darauf ab, dass niemand vom Staat am Empfang von Informationen Dritter gehindert wird.¹³³ Ist etwa bei inhaftierten Personen diese allgemeine Zugänglichkeit im Einzelfall nicht gewährleistet, werden faktisch allgemein zugängliche Informationen vorenthalten.¹³⁴
- 1816** Der Begriff der Informationsfreiheit umfasst auch das aktive Tätigwerden, um eine bestimmte Information zu erlangen und zu verarbeiten. Nur so kann der Einzelne steuern, welche Informationen er erhält. Auch diese Auswahl kann für die Bildung einer Meinung ebenso wie für deren Artikulation sehr bedeutsam sein und ist daher auch mit der Meinungsäußerungsfreiheit eng verbunden. Geschützt ist deshalb auch das Recherchieren im Internet,¹³⁵ das Speichern, Archivieren und

¹²⁸ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 19.

¹²⁹ S.o. Rn. 1784.

¹³⁰ Grabenwarter, § 23 Rn. 6; Jarass, § 16 Rn. 12; Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 20.

¹³¹ Jarass, § 16 Rn. 12 u. 23.

¹³² Grabenwarter, § 23 Rn. 8; ähnlich wohl Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 20.

¹³³ S. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 20; EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Nr. 14967/89 (Rn. 53), NVwZ 1999, 57 (58) – Guerra u.a./Italien.

¹³⁴ Weitere Beispiele bei Frowein/Peukert, Art. 10 Rn. 13 f.

¹³⁵ Kugelman, EuGRZ 2003, 16 (20).

Verarbeiten der erlangten Information¹³⁶ und die Kontaktaufnahme zu Informanten im privaten und journalistischen Bereich.¹³⁷

Das Installieren und Betreiben technischer Empfangsgeräte,¹³⁸ etwa von Parabolantennen, zum Empfang von Rundfunkprogrammen fällt ebenfalls unter die Informationsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des EGMR gilt dies grundsätzlich unabhängig davon, zu welchem Zweck empfangen wird, ob also dem Rezipienten an dem Übertragungsinhalt gelegen ist oder er z.B. lediglich den technischen Vorgang des Empfangs demonstrieren will.¹³⁹ Schließlich können die Motive auch ineinanderfließen oder wechseln. Beim Empfang kann noch der Wunsch entstehen, bestimmte Inhalte aufzunehmen. 1817

H. Informationspflicht des Staates

Um die von ihm gewünschten Informationen zu erlangen, kann der Einzelne auf staatliche Mithilfe angewiesen sein. Am intensivsten würde diese ausfallen, wenn aus der Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGRC auch eine staatliche Informationspflicht abzuleiten wäre. Jedenfalls muss der Staat sein eigenes Informationssystem so gestalten, dass sich jeder Bürger über alle wesentlichen Fragen informieren kann.¹⁴⁰ Im Bereich der EMRK wird von einem Recht, angemessen informiert zu werden, ausgegangen.¹⁴¹ Unklar ist aber die Reichweite dieser Verpflichtung und die Frage, ob eine staatliche Informationspflicht aus der Informationsfreiheit abzuleiten ist. 1818

Ein Ansatz ist, diese Verpflichtung zur Gestaltung des staatlichen Informationssystems in der Konsequenz auf einen subjektiven Auskunftsanspruch hinauslaufen zu lassen; dieser würde durch das Merkmal der „allgemeinen Zugänglichkeit“ in seiner Reichweite begrenzt.¹⁴² Damit ist aber inhaltlich noch nicht viel über das Ausmaß der Informationspflicht gesagt, was also der Staat offenbaren muss, worüber informiert werden soll. Diesen Bereich inhaltlich objektiv durch das Kriterium der allgemeinen Zugänglichkeit zu bestimmen¹⁴³ ist nicht geeignet, hinsichtlich des Inhalts Vorgaben zu machen. Die Komponente der allgemeinen 1819

¹³⁶ Streinz, in: ders., Art. 11 GR-Charta Rn. 11; Jarass, § 16 Rn. 12; zur insoweit gleichen Rechtslage nach dem Grundgesetz s. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 Rn. 50.

¹³⁷ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 20 m.w.N.; für den journalistischen Bereich s. auch EGMR, Urt. vom 25.2.2003, Nr. 51772/99 (Rn. 46), RJD 2003-IV – Roemen u. Schmit/Luxemburg.

¹³⁸ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 20; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 11 Rn. 13.

¹³⁹ EGMR, Urt. vom 22.5.1990, Nr. 12726/87 (Rn. 47), NJW 1991, 620 (621) – Autronic AG/Schweiz; a.A. hinsichtlich des Empfangszwecks die Richter Bindscheller-Robert und Matscher in Sondervoten zu diesem Urteil, ebenda.

¹⁴⁰ Frowein/Peukert, Art. 10 Rn. 13; Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 20; Grabenwarter, § 23 Rn. 6.

¹⁴¹ Erläuterungen und Kritik bei Frowein/Peukert, Art. 10 Rn. 13.

¹⁴² So Grabenwarter, § 23 Rn. 6.

¹⁴³ So auch R. Hofmann, in: ders./Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Informationen, Medien und Demokratie, 1997, S. 3 (6).

Zugänglichkeit ist technisch zu verstehen, indem darauf abgestellt wird, dass die Informationsquelle geeignet und bestimmt ist, einer unbestimmten Vielzahl von Personen die Information zu verschaffen. Die inhaltliche Reichweite einer etwaigen Informationspflicht, also die bereitzustellende Information selbst, ist damit noch nicht definiert. Der Staat ist hiernach in seiner Entscheidung frei, welche Informationen zugänglich zu machen sind und welche nicht.¹⁴⁴

1820 Eine feste Grenze besteht darin, dass aus Art. 11 EGRC keine Pflicht des Staates zur Veröffentlichung vertraulicher Informationen abgeleitet werden kann.¹⁴⁵ Auch nach der nationalen Rechtslage besteht kein aus der Informationsfreiheit ableitbarer allgemeiner Anspruch des Bürgers gegen den Staat auf Information.¹⁴⁶ Ansonsten würden über die Informationsfreiheit Geheimhaltungs- und Schutzinteressen überspielt. Der Charakter solcher Informationen schließt daher eine allgemeine Zugänglichkeit von vornherein aus.

1821 Lediglich in Einzelfällen, in denen das individuelle Informations- das staatliche Geheimhaltungsinteresse überwiegt, kann eine Informationspflicht bestehen. Sie ist in speziellen Regelungen wie der UmweltinformationsRL 2003/4/EG¹⁴⁷ näher ausgestaltet und beruht auf einer Anfrage des Einzelnen. So hat der EGMR für staatliche Umweltinformationen entschieden, die Freiheit zum Empfang von Nachrichten in Art. 10 EMRK könne nicht so ausgelegt werden, als lege sie einem Staat die positive Verpflichtung auf, aus eigenem Antrieb Informationen zu sammeln und zu verbreiten.¹⁴⁸

1822 Allerdings kann ein Informationsanspruch unter Umständen aus anderen Bestimmungen und Grundwerten wie dem Demokratieprinzip¹⁴⁹ oder dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens¹⁵⁰ abgeleitet werden. Spezielle Regelungen ergeben sich ferner aus der Sonderbestimmung des Art. 255 EG/15 AEUV und aus Art. 42 EGRC, der ein eigenständiges Recht auf Zugang zu Dokumenten statuiert.¹⁵¹

¹⁴⁴ Krit. zu einer Verpflichtung des Staates, Informationen zugänglich zu machen, bereits *Berka*, EuGRZ 1982, 413 (419).

¹⁴⁵ Für Art. 10 EMRK *Grabenwarter*, § 23 Rn. 6; *Berka*, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg.), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd. II, 1992, S. 393 (422).

¹⁴⁶ Für Art. 5 Abs. 1 GG statt vieler *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 Rn. 49.

¹⁴⁷ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der RL 90/313/EWG des Rates (UmweltinformationsRL), ABl. L 41, S. 26.

¹⁴⁸ EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Nr. 14967/89 (Rn. 53), NVwZ 1999, 57 (58) – *Guerra u.a./Italien*; Urt. vom 19.10.2005, Nr. 32555/96 (Rn. 172) – *Roche/Vereinigtes Königreich*.

¹⁴⁹ Für die deutsche Verfassungslage vgl. BVerfGE 105, 279 (301 f.).

¹⁵⁰ Für Art. 8 EMRK EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Nr. 14967/89 (Rn. 60), NVwZ 1999, 57 (58) – *Guerra u.a./Italien*.

¹⁵¹ Hierzu ausführlich *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 56 Rn. 7 ff. sowie u. Rn. 4618 ff.

J. Beeinträchtigung

I. Weite Konzeption

Im Rahmen der Kommunikationsfreiheit ist ein weiterer Eingriffsbegriff zugrunde zu legen. Danach liegt ein Eingriff in den Schutzbereich zwar in erster Linie bei finalen oder unmittelbar bewirkten Belastungen der Meinungs- und Informationsfreiheit vor.¹⁵² In der Rechtsprechung des EGMR ist aber in vielen Einzelfällen vom klassischen Eingriffsbegriff abgewichen worden und es wurden schon indirekte, subtile Beeinträchtigungen als Eingriff in die Meinungsfreiheit betrachtet. Angesichts dieser fallbezogenen Herangehensweise des EGMR kann der klassische finale und unmittelbare Eingriffsbegriff lediglich als Ausgangspunkt herangezogen werden. Es ist auch nicht erforderlich, dass es sich um einen förmlichen Eingriffsakt durch den Grundrechtsverpflichteten handelt. **1823**

II. Unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigungen

Eingriffe in die Meinungsfreiheit können sowohl unmittelbar als auch mittelbar erfolgen.¹⁵³ Beispiele für unmittelbare Eingriffe sind alle Verbote bestimmter Meinungsäußerungen, etwa der Werbung für bestimmte Produkte in Kinos, Zeitschriften oder im Fernsehen. Des Weiteren stellen im Beamtenrecht anzutreffende Verbote der Weitergabe von Informationen unmittelbare Einschränkungen des Grundrechts dar. **1824**

Mittelbare Beeinträchtigungen bedürfen noch eines hinzukommenden Umstands oder Vollzugsakts, um ihre beeinträchtigende Wirkung vollständig zu entfalten. Spezialfall ist der Erlass europäischer Richtlinien.¹⁵⁴ **1825**

III. Direkte und indirekte Sanktionen

Eine spezifische Fallgruppe von Eingriffen bilden Sanktionen. Die Weite des Eingriffsbegriffs kommt auch hier zum Tragen, indem sowohl direkt an eine Meinungsäußerung anknüpfende unmittelbare Sanktionen als auch indirekte oder mittelbare an die Äußerung anknüpfende Folgen in Betracht kommen. **1826**

Wird beispielsweise anlässlich einer anwaltlichen Äußerung disziplinarrechtlich schlicht festgestellt, dass gegen Standesregeln verstoßen wurde, liegt darin eine Beeinträchtigung des Art. 10 EMRK, auch wenn nur eine Feststellung getroffen, aber keine Sanktion im eigentlichen Sinne verhängt wird. Der Äußernde könnte sich nämlich in seiner Wahl der tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen beschränkt fühlen.¹⁵⁵ **1827**

¹⁵² Vgl. EuGH, Rs. C-219/91, Slg. 1992, I-5485 (5513, Rn. 36 ff.) – Ter Voort.

¹⁵³ Allgemein hierzu o. Rn. 493 ff.; ferner *Jarass*, § 6 Rn. 21, § 16 Rn. 14.

¹⁵⁴ S.o. Rn. 496.

¹⁵⁵ EGMR, Urt. vom 28.10.2003, Nr. 39657/98 (Rn. 27 ff.), NJW 2004, 3317 (3317) – Steur/Niederlande.

- 1828** In die gleiche Richtung geht die Entscheidung *Wille* des EGMR. Hierin ging es um die Ankündigung des Fürsten von Liechtenstein an den damaligen Präsidenten des Verwaltungsgerichts in einem einfachen Brief, der Fürst werde ihn nicht wieder für ein öffentliches Amt ernennen. Anlass war eine Äußerung des Gerichtspräsidenten zu einer Verfassungsauslegungsfrage. Der fürstliche Brief wurde als ein staatlicher Akt mit Eingriffsqualität eingestuft.¹⁵⁶ Die gegenteilige Ansicht der Regierung Liechtenstein, der Brief sei schlicht ein privater Brief, der eine mögliche zukünftige Entscheidung des Fürsten lediglich ankündige, überzeugte den Gerichtshof nicht. Abgestellt wurde vielmehr darauf, dass der Gerichtspräsident tatsächlich später, nachdem ihn der Landtag zur Wiederernennung vorgeschlagen hatte, nicht wieder ernannt wurde. Der vorhergehende Brief ist daher keinesfalls als private Angelegenheit, sondern als dem Staat zurechenbare Handlung zu betrachten. Diese hat deshalb in die Meinungsfreiheit des Gerichtspräsidenten eingegriffen, weil sie abschreckenden Charakter gehabt hat und geeignet war, den Äußernden zu entmutigen, künftig Erklärungen der vom Fürsten kritisierten Art abzugeben.¹⁵⁷
- 1829** Dieser Entscheidung ist nicht nur deshalb zuzustimmen, weil ein deutlicher Druck hinsichtlich künftiger Meinungsäußerungen vom fürstlichen Brief ausging und wohl auch beabsichtigt war. Vielmehr könnte auch die Ankündigung der Nichtwiederernennung in diesem Fall als eine direkte Sanktion der geäußerten Meinung betrachtet werden. Schließlich war es nur ein Zufall, dass die Wiederernennung nicht zeitlich unmittelbar bevorstand, sondern es vorerst bei der verbalen Ankündigung des Übels bleiben musste. Zwar ist eine Nichternennung als solche nicht konventionswidrig. Hier wurde sie vom Fürsten selbst allerdings in einen unmittelbaren Zusammenhang zu der geäußerten Meinung gestellt. Damit kann auch unter dem Aspekt der Sanktion schon die Androhung des Fürsten als Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit qualifiziert werden.
- 1830** Indirekte Sanktionen können ebenfalls einen Eingriff darstellen, so wenn in einem mit Freispruch endenden Strafverfahren aufgrund einer Äußerung dem Angeklagten die Gerichtskosten auferlegt werden, da er das Verfahren durch seine Äußerung ausgelöst habe.¹⁵⁸ Hier ist die Kostenauflegung zwar nicht direkte Folge des Inhalts der geäußerten Meinung. Es wird aber letztlich sehr wohl an die Meinungsäußerung angeknüpft, indem die Kostenfolge an den bloßen Anlass zum Strafverfahren gebunden wird. Diese Entscheidung ist freilich auch aus anderen rechtsstaatlichen Gründen bedenklich, bildet aber jedenfalls einen Eingriff in die Meinungsfreiheit.¹⁵⁹

¹⁵⁶ EGMR, Urt. vom 28.10.1999, Nr. 28396/95, NJW 2001, 1195 – *Wille/Liechtenstein*.

¹⁵⁷ EGMR, Urt. Vom 28.10.1999, Nr. 28396/95 (Rn. 46 ff.), NJW 2001, 1195 (1196 f.) – *Wille/Liechtenstein*

¹⁵⁸ Vgl. EKMR, Entsch. vom 7.3.1978, Nr. 7640/76, DR 12, 102 (106) – *Geerk/Schweiz*.

¹⁵⁹ Krit. auch *Frowein/Peukert*, Art. 10 Rn. 36.

IV. Faktische Beeinträchtigungen

Es kommen auch faktische Einschränkungen in Betracht. So können finanzielle Beeinflussungen im Grundsatz die Kommunikationsfreiheit beeinträchtigen.¹⁶⁰ Im konkreten Fall der Abschaffung der kollektiven vertikalen Buchpreisbindung für niederländischsprachige Bücher zwischen den Niederlanden und Belgien ist der EuGH jedoch nicht von einem Eingriff in die Meinungsfreiheit ausgegangen. Nach ihm kann die Veröffentlichungsfreiheit nicht eingeschränkt werden, wenn für die Herausgabe und den Handel mit Büchern Regelungen aufgestellt werden, deren einziger Zweck es ist, den freien Handel zwischen den Mitgliedstaaten unter normalen Wettbewerbsbedingungen sicher zu stellen.¹⁶¹ Das ist aber eine Frage der Rechtfertigung, hier durch die Warenverkehrsfreiheit.

Führt eine Meinungsäußerung zu rechtlichen Konsequenzen für einen Dritten, so liegt hierin im Allgemeinen keine Verletzung der Meinungsfreiheit des Urhebers. Dies mag zwar auch für den Äußernden faktisch eine unerwünschte Folge sein. Soweit die Meinungsäußerung aber nicht als solche unterbunden werden soll, sondern nur an eine informierende Äußerung Folgen für das Inverkehrbringen eines Erzeugnisses geknüpft werden, wird eine Beschränkung der Meinungsfreiheit nicht bezweckt und i.d.R. auch nicht bewirkt.¹⁶²

V. Spürbarkeitserfordernis

Bei mittelbaren und faktischen Beschränkungen der Meinungsfreiheit wird von einem Spürbarkeitserfordernis ausgegangen, an das jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.¹⁶³ Allerdings fehlt bislang eine genaue Definition, wann dieses Spürbarkeitserfordernis als erfüllt zu betrachten ist. Im Bereich der Grundfreiheiten wird es gerade abgelehnt.¹⁶⁴ Die Grundrechte weisen erhebliche strukturelle Parallelen auf.¹⁶⁵ Daher ist auch hier eine entsprechende Beurteilung angesagt, geht es doch um den wirksamen Schutz von Freiheitsräumen auch vor schleichender Aushöhlung.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Vgl. EuGH, Rs. 43 u. 63/82, Slg. 1984, 19 (62, Rn. 33 f.) – VBVB u. VBVB.

¹⁶¹ Vgl. EuGH, Rs. 43 u. 63/82, Slg. 1984, 19 (62, Rn. 34) – VBVB u. VBVB; allgemein zur Buchpreisbindung aus europarechtlicher Sicht *Hofmann*, GRUR 2000, 555 ff.

¹⁶² EuGH, Rs. C-219/91, Slg. 1992, I-5485 (5513, Rn. 37 f.) – Ter Voort.

¹⁶³ Allgemein zu Beeinträchtigungen s.o. Rn. 493 ff.; ferner *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 14 Rn. 44; *Jarass*, § 16 Rn. 21 f. sowie *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 162 f.

¹⁶⁴ EuGH, Rs. 177 u. 178/82, Slg. 1984, 1797 (1812 f., Rn. 13) – van de Haar; m.w.N. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 419 ff.

¹⁶⁵ S.o. Rn. 198 ff.

¹⁶⁶ S.o. Rn. 497.

K. Rechtfertigung

I. Schrankenregelung

- 1834** Art. 11 EGRC normiert wie auch die anderen Grundrechte keine spezielle Schrankenregelung für die Meinungs- und Informationsfreiheit, so dass Eingriffe nach der allgemeinen Bestimmung des Art. 52 EGRC zu rechtfertigen sind. Art. 11 Abs. 1 EGRC entspricht wortgetreu Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK, so dass gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC von gleicher Bedeutung und Tragweite auszugehen ist, wozu auch die zugelassenen Einschränkungen gehören. Damit hat der Grundrechtsverpflichtete bei einschränkenden Regelungen die gleichen Bestimmungen zu beachten, die in der Schrankenregelung des Art. 10 EMRK enthalten sind.¹⁶⁷
- 1835** Auch wenn man eine parallele Anwendung der allgemeinen Schrankenklausel aus Art. 52 Abs. 1 EGRC befürwortet, ist ein solcher¹⁶⁸ Rückgriff für den Bereich des Art. 10 EMRK nicht notwendig, da Art. 10 Abs. 2 EMRK den in Art. 52 Abs. 1 EGRC genannten Anforderungen entsprechen dürfte. Dies gilt auch in Bezug auf die Wesensgehaltsgarantie, die in Art. 52 Abs. 1 EGRC, nicht aber in Art. 10 EMRK ausdrücklich genannt ist.¹⁶⁹ Damit entschärft sich insofern die Frage, ob Art. 52 Abs. 3 EGRC *lex specialis* zu Art. 52 Abs. 1 EGRC ist,¹⁷⁰ zumindest für das in Rede stehende Grundrecht.

II. Verbindung mit Pflichten und Verantwortung

- 1836** Gem. Art. 10 Abs. 2 HS. 2 EMRK ist die Ausübung der Meinungsfreiheit mit Pflichten und Verantwortung verbunden. Die etwas ungewöhnliche, ausdrückliche Erwähnung von Verantwortung bei der Ausübung eines Menschenrechts erklärt sich daraus, dass die freie Meinungsäußerung in besonderer Weise mit anderen Rechtsgütern in Konflikt geraten kann. Der Hinweis auf die Verantwortung des Einzelnen bei der Ausübung dieser Freiheit kann allerdings noch nicht als Eingriffsgrundlage betrachtet werden. Konkrete Anforderungen an eine zulässige Einschränkung der Meinungsfreiheit ergeben sich vielmehr aus Art. 10 Abs. 2 HS. 2 EMRK, nach dessen Maßgaben die Legitimierung eines Eingriffs zu prüfen ist.¹⁷¹ Dafür spricht auch der lediglich begründende Charakter der Pflichten und Verantwortung, eingekleidet in die Formulierung „da“.

¹⁶⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (33). Allgemein o. Rn. 540 ff.

¹⁶⁸ Bejahend *Iliopoulos-Strangas*, in: Stern/Prütting (Hrsg.). Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer europäischen Verfassung, 2005, S. 27 (79); wohl auch *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 43 ff.

¹⁶⁹ Hier *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 85; *Feise*, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 155; allgemein o. Rn. 672 f.

¹⁷⁰ Hier bejahend *Stern*, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 48; *Streinz*, in: ders., Art. 11 GR-Charta Rn. 12; allgemein o. Rn. 540 ff.

¹⁷¹ Vgl. *Grote/Wenzel*, in: Grote/Marauhn, Kap. 18 Rn. 70 f.

Diese explizite kausale Verknüpfung prägt aber als Hintergrund die Eingriffsmöglichkeiten. Einschränkungen der Meinungsfreiheit sind auch und gerade deshalb möglich, um Konflikte mit anderen Rechtsgütern wie vor allem dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht¹⁷² auszuhalten. Indem die Verantwortung sowie die Pflichtenbelastung des Grundrechtsträgers eigens postuliert werden, ist die Meinungsfreiheit vor diesem Hintergrund auch eher einschränkbar. Sie bildet ein in der Abwägung von vornherein um diese Pflichtenbelastung und Verantwortung reduziertes Gegengewicht. **1837**

Umgekehrt sind Elemente wie die Wahrung der Ehre des anderen, welche diese Pflichtenbelastung und Verantwortung näher spezifizieren, besonders geeignet, Eingriffe in die Meinungsfreiheit zu legitimieren. Für die Erforderlichkeit und vor allem die Angemessenheit kommt es jeweils auf die Ausgestaltung im Einzelnen an, damit beiden Seiten adäquat Rechnung getragen wird. **1838**

Dabei ist gem. Art. 10 Abs. 2 HS. 2 EMRK besonders darauf zu achten, dass eine Einschränkung in einer Demokratie unentbehrlich ist. Dieser Blickwinkel wertet einerseits die Meinungsfreiheit auf, ist diese doch in einer Demokratie elementar. Andererseits fordert eine demokratische Gesellschaft auch eine faire Auseinandersetzung, welche die Persönlichkeit und die Ehre anderer achtet, mithin den in Art. 10 Abs. 2 HS. 1 EMRK genannten Pflichten und der Verantwortung des Grundrechtsträgers gerecht wird. **1839**

III. Gesetzliche Grundlage

1. Durchgehendes Erfordernis einer Eingriffsermächtigung

Für die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 11 EGRC bedarf es zunächst einer gesetzlichen Grundlage. Dasselbe gilt auch für faktische Eingriffe. Eine nationale Grundlage muss als Gesetz i.S.d. Art. 10 Abs. 2 EMRK gelten.¹⁷³ **1840**

2. Formelle Anforderungen an das zugrunde liegende Gesetz

Die gesetzliche Grundlage für einen Eingriff kann nach dem System des europäischen Grundrechtsschutzes jedes materielle Recht bieten. Nicht erforderlich ist ein Parlamentsgesetz. Auch untergesetzliche Normen reichen aus.¹⁷⁴ Der EGMR hat gerade auch im Rahmen des Art. 10 EMRK festgestellt, dass unter „Gesetz“ nicht nur geschriebenes Gesetzesrecht fällt, sondern auch ungeschriebenes Recht wie die Grundsätze des common law. Dies ist schon allein deshalb erforderlich, um eine Vertragspartei, die Common-law-Land ist, nicht weitgehend aus dem Anwen- **1841**

¹⁷² S. bereits o. Rn. 1268 ff.

¹⁷³ Hier EGMR, Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 46), NJW 1985, 2885 (2886) – Barthold/Deutschland. Vgl. o. Rn. 582 f.

¹⁷⁴ S. EGMR, Urt. vom 17.7.2001, Nr. 39288/98 (Rn. 46), RJD 2001-VIII – Association Ekin/Frankreich. S. allgemein bereits o. Rn. 506 ff.

dungsbereich des Art. 10 Abs. 2 EMRK zu heben und nicht an den Wurzeln ihres Rechtssystems zu rühren.¹⁷⁵

- 1842** Auch in Ländern, die nicht in der common-law-Tradition liegen, gelten nicht nur geschriebene Rechtssätze als „Gesetz“, das als Eingriffsermächtigung gelten kann. Der EGMR hat vielmehr für norminterpretierende Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt, dass sie als ausreichende Grundlage zur Rechtfertigung von Eingriffen dienen kann.¹⁷⁶ Sie lässt sich freilich immer noch auf eine normative Grundlage zurückführen.

3. Materielle Anforderungen an das zugrunde liegende Gesetz

- 1843** Ferner hat der EGMR gerade für die Meinungsfreiheit zwei substantielle Anforderungen aus der Formulierung „vom Gesetz vorgesehen“ herausgearbeitet:¹⁷⁷ Zum einen muss das Gesetz für den Bürger hinreichend zugänglich sein, so dass in hinreichender Weise erkennbar ist, welche rechtlichen Vorschriften auf einen Fall anwendbar sind. Zum anderen muss die Norm so präzise formuliert sein, dass der Bürger, nötigenfalls nach entsprechender rechtlicher Beratung, sein Verhalten daran ausrichten kann.¹⁷⁸ Die Folgen seines Verhaltens sollten mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennbar sein.¹⁷⁹
- 1844** Allerdings betont der EGMR die Unmöglichkeit, in Bereichen, die stark dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen sind und in denen sich dementsprechend auch die Anschauungen verändern, bei der Formulierung von Gesetzen absolute Genauigkeit zu erreichen. Um hier mit sich vollziehendem Wandel Schritt halten zu können, müssten mehr oder weniger vage Begriffe hingenommen werden.¹⁸⁰
- 1845** Auch Normen, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, welche erst durch die Rechtsprechung konkretisiert werden, entsprechen diesen Anforderungen an die Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der rechtlichen Konsequenzen eines Verhaltens. Dies hat der EGMR selbst für den stark rechtsprechungsgeprägten weiten Tatbestand des § 1 UWG anerkannt.¹⁸¹

¹⁷⁵ EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 47), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1). Allgemein o. Rn. 527.

¹⁷⁶ S. EGMR, Urt. vom 17.7.2001, Nr. 39288/98 (Rn. 46), RJD 2001-VIII – Association Ekin/Frankreich. S. auch o. Rn. 527.

¹⁷⁷ S. allgemein o. Rn. 528.

¹⁷⁸ EGMR, Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 45), NJW 1985, 2885 (2886) – Barthold/Deutschland.

¹⁷⁹ EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 49), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1).

¹⁸⁰ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.3.1988, Nr. 10465/83 (Rn. 61a), EuGRZ 1988, 591 (598) – Olsson/Schweden (Nr. 1); Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 47), NJW 1985, 2885 (2886) – Barthold/Deutschland; Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 29), NJW 1989, 379 (379) – Müller u.a./Schweiz; Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 55), ÖJZ 2002, 855 (856) – VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz.

¹⁸¹ EGMR, Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 30), EuGRZ 1996, 302 (305) – markt intern/Deutschland; vgl. auch Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 47), NJW 1985, 2885 (2886) – Barthold/Deutschland. Allgemein o. Rn. 528.

IV. Legitimes Beschränkungsziel

1. Weite der Ziele vs. enge Auslegung

Nach Art. 10 Abs. 2 EMRK muss ein Eingriff in die Meinungsfreiheit eines der dort genannten legitimen Ziele verfolgen. Die Aufzählung der Einschränkungsziele in Art. 10 Abs. 2 EMRK ist insoweit abschließend. Namentlich genannt werden die nationale Sicherheit und territoriale Unversehrtheit, die öffentliche Sicherheit und Aufrechterhaltung der Ordnung, die Verhütung von Straftaten, der Schutz der Gesundheit und der Moral, der Schutz des guten Rufs oder der Rechte anderer, die Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen und die Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung. **1846**

Es ist möglich, dass eine Maßnahme mehrere legitime Ziele nebeneinander verfolgt. Auch lässt der EGMR es zu, dass ein Vertragsstaat im gerichtlichen Verfahren ein anderes Ziel zur Rechtfertigung eines Eingriffs ins Feld führt als das ursprünglich angegebene.¹⁸² Noch weiter gehend hat der EGMR in einer Entscheidung auch selbst ein von dem betreffenden Mitgliedstaat nicht explizit angegebenes Ziel als mit der Maßnahme verfolgtes, legitimierendes Ziel betrachtet. Die Regierung des Mitgliedstaates hatte als Zielsetzung den Schutz der nationalen und der öffentlichen Sicherheit angeführt, der EGMR betrachtete die Maßnahme jedoch als Mittel zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten und knüpfte daran seine Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs an.¹⁸³ **1847**

Die Formulierung der möglichen Einschränkungen ist teilweise so weit gewählt, dass alle denkbaren vernünftigen Ziele, die eine Beschränkung der Meinungsfreiheit rechtfertigen könnten, darunter gefasst werden können.¹⁸⁴ Insbesondere die Rechte anderer oder auch der Schutz der Moral sind Begriffe, unter die sehr viele unterschiedliche Eingriffsziele zu subsumieren sind. Das gilt umso mehr, als vor allem hinsichtlich der Moral ein Spielraum der Mitgliedstaaten anerkannt wird, die jeweils anzuwendenden Moralvorstellungen und damit letztlich auch die Eingriffsziele selbst zu definieren.¹⁸⁵ Nichtsdestotrotz betont der EGMR, dass die in Art. 10 Abs. 2 EMRK aufgezählten Einschränkungen eng auszulegen sind.¹⁸⁶ **1848**

¹⁸² EGMR, Urt. vom 26.11.1991, Nr. 13585/88, EuGRZ 1995, 16 – Observer u. Guardian/Vereinigtes Königreich; krit. für den Fall des Begründungswechsels während eines Verfahrens *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 171 unter Bezugnahme auf EGMR, Urt. vom 26.11.1991, Nr. 13166/87 (Rn. 55), Ser. A 217 – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 2).

¹⁸³ EGMR, Urt. vom 15.6.2000, Nr. 25723/94 (Rn. 50 ff., 71), RJD 2000-VI – Erdoğan/Türkei.

¹⁸⁴ Vgl. *Grote/Wenzel*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 18 Rn. 77.

¹⁸⁵ S.u. cc) 1904 f.

¹⁸⁶ EGMR, Urt. vom 21.2.2006, Nr. 50959/99 (Rn. 19), NVwZ 2007, 313 (313) – Odabaşı u. Koçak/Türkei.

2. Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer

- 1849** Diese restriktive Interpretation ändert aber nichts an der Vielzahl und vor allem der begrifflichen Weite verschiedener Rechtfertigungsgründe nach Art. 10 Abs. 2 HS. 2 EMRK. Von dem Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer ist in ganz unterschiedlichen Sachverhalten die Rede. Zum einen gehört originär der Bereich des Schutzes vor Ehrverletzungen hierher. Rechte anderer sind aber auch zahlreiche andere Rechte und Interessen. Der EGMR tendiert dazu, dieses Schutzziel zu einer Generalklausel auszuweiten, unter die auch in Art. 10 Abs. 2 EMRK nicht ausdrücklich benannte politische Rechtfertigungsziele subsumiert werden.¹⁸⁷

3. Demokratische Grundwerte

- 1850** Insbesondere der Schutz demokratischer Grundwerte wie etwa der Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung in Deutschland („wehrhafte Demokratie“)¹⁸⁸ oder das Recht auf Chancengleichheit bei Wahlen¹⁸⁹ sind derartige vom EGMR im Hinblick auf die Rechte anderer in Art. 10 Abs. 2 EMRK entwickelte legitime Eingriffsziele. Die Chancengleichheit bei Wahlen besitzt immerhin einen konkreten Individualrechtscharakter, der zudem in einschlägigen einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen zur Durchführung von Wahlen Niederschlag gefunden hat. Damit handelt es sich zweifelsohne auch um „Rechte anderer“ i.S.d. Art. 10 Abs. 2 EMRK.
- 1851** Sofern jedoch übergeordnete Verfassungs- oder Demokratieprinzipien ohne diesen konkreten Individualrechtsbezug als „Rechte anderer“ anerkannt werden, liegt zumindest eine großzügige Wortlautinterpretation vor. Sie lässt sich eher mit der Unentbehrlichkeit für eine demokratische Gesellschaft begründen, die als übergeordnete Voraussetzung alle benannten legitimen Eingriffsziele betrifft. Daher kann sie auch auf sämtliche einwirken. Da es auch um die Wahrung der demokratischen Grundordnung geht, bietet sich allerdings eher die Aufrechterhaltung der Ordnung als begrifflicher Anknüpfungspunkt der explizit benannten legitimen Eingriffsziele an.

4. Aufrechterhaltung der Ordnung

- 1852** Das Ziel der Aufrechterhaltung der Ordnung zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Meinungsfreiheit umfasst anerkanntermaßen ebenfalls verschiedene mögliche Eingriffsziele. Neben der Ordnung auf öffentlichen Plätzen und Straßen,¹⁹⁰ zählen

¹⁸⁷ Vgl. Hoffmeister, EuGRZ 2000, 358 (359); auch Grote/Wenzel, in: Grote/Marauhn, Kap. 18 Rn. 93.

¹⁸⁸ So wohl EGMR, Urt. vom 26.9.1995, Nr. 17851/91 (Rn. 49 ff.), NJW 1996, 375 (376) – Vogt/Deutschland.

¹⁸⁹ EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Nr. 24839/94 (Rn. 38), ÖJZ 1998, 875 (876) – Bowman/Vereinigtes Königreich.

¹⁹⁰ EGMR, Urt. vom 25.8.1993, Nr. 13308/87 (Rn. 28), ÖJZ 1994, 173 (175) – Chorherr/Österreich.

die Ordnung und Disziplin in Einrichtungen wie den Streitkräften,¹⁹¹ aber auch der Schutz von Beamten vor unangemessener, etwa beleidigender Störung bei der Ausübung ihres Amtes zu diesem Eingriffsziel.¹⁹² Ferner sind auch völkerrechtlich etablierte Ordnungen und Einrichtungen wie zum Beispiel die internationale Rundfunkordnung hierunter zu fassen.¹⁹³ Damit geht der Begriff weit über ein rein sicherheits- und disziplinbezogenes Verständnis hinaus und erfasst auch bedeutsame öffentliche Einrichtungen und grundlegende staatliche Strukturen. Dazu passt auch nahtlos die demokratische Grundordnung.¹⁹⁴

5. Unionsrechtliche Legitimierung der Eingriffszwecke

In Bezug auf die Grundrechte der Union ist unter Umständen eine teleologische **1853**
Auslegung der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Eingriffsziele insofern erforderlich, als ein unionsrechtlich legitimer Zweck vorliegen muss. Ausschlaggebend ist, ob die Ziele im Unionsrecht angelegt sind.¹⁹⁵ Indes ist dies weit zu verstehen¹⁹⁶ und deckt sich damit, dass im Bereich der EMRK der Kreis der möglichen Eingriffszwecke ebenfalls weit gezogen wurde.¹⁹⁷

Der gemeinschaftsspezifische Aufhänger kann aus Art. 52 Abs. 1 EGRC gezogen werden, welcher bei Einschränkungen auf die von der Union anerkannten, **1854**
dem Gemeinwohl dienenden Ziele oder auf die Rechte anderer rekurriert.¹⁹⁸ Auch wenn Art. 52 Abs. 3 EGRC mit seinem Verweis auf die EMRK im Rahmen des Art. 11 EGRC als *lex specialis* zu betrachten ist,¹⁹⁹ so kann doch zumindest der Grundgedanke der Unionskompatibilität der Eingriffsziele dieser Vorschrift entnommen werden.²⁰⁰

Da es sich bei der Union nicht um einen Staat wie bei den Vertragsstaaten der **1855**
EMRK handelt, sind Eingriffsziele wie die nationale Sicherheit oder die territoriale Unversehrtheit nur schwer auf die Union zu beziehen. Hier ist allenfalls denkbar, bei weiter fortschreitender Integration im Wege teleologischer Auslegung auch diese Eingriffsziele heranzuziehen.²⁰¹ Bei Eingriffen von Unionsorganen in die Medienfreiheit kann jedenfalls nicht die nationale Sicherheit oder territoriale

¹⁹¹ EGMR, Urt. vom 8.6.1976, Nr. 5100-5102/71 u.a. (Rn. 98), EuGRZ 1976, 221 (237) – Engel u.a./Niederlande; Urt. vom 19.12.1994, Nr. 15153/89 (Rn. 32), ÖJZ 1995, 314 (315) – Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs u. Gubi/Österreich.

¹⁹² Vgl. EGMR, Urt. vom 21.1.1999, Nr. 25716/94 (Rn. 26 u. 33 f.), NJW 1999, 1318 (1319 f.) – Janowski/Polen.

¹⁹³ EGMR, Urt. vom 28.3.1990, Nr. 10890/84 (Rn. 69 f.), NJW 1991, 615 (618) – Grop-perra Radio AG u.a./Schweiz.

¹⁹⁴ S. vorstehende Rn. 1851.

¹⁹⁵ Vgl. Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn 53.

¹⁹⁶ S. Rn. 633.

¹⁹⁷ S.o. Rn. 647.

¹⁹⁸ S.o. Rn. 643.

¹⁹⁹ S. allgemein zum Verhältnis der Absätze 1, 2 und 3 EGRC zueinander o. Rn. 633 ff., 638.

²⁰⁰ S.o. Rn. 647.

²⁰¹ So Streinz, in: ders., Art. 11 GR-Charta Rn. 13; auch Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 53.

Unversehrtheit eines Landes herangezogen werden.²⁰² Die übrigen in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Eingriffsziele stellen insofern keine Probleme dar und sind auf die Union übertragbar.

V. Verhältnismäßigkeit

1. Differenzierende Kasuistik

- 1856** Den Schwerpunkt der Prüfung bildet auch bei Eingriffen in die Meinungsfreiheit regelmäßig die Wahrung der Verhältnismäßigkeit. Im Rahmen dieser Prüfung kommt in besonderer Weise zum Tragen, dass der EGMR den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum zubilligt, der bei den europäischen Grundrechten auch für die Unionsorgane zu gelten hat. Zwar gilt das Europarecht unionsweit, muss sich dabei aber auch in die nationalen Eigenheiten einfügen, zumal wenn es der mitgliedstaatlichen Durchführung bedarf; für diese gelten die Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 EGRC ebenfalls. Der vor allem dabei notwendige Spielraum²⁰³ bezieht sich zum einen auf die Beurteilung, ob ein Eingriff einem der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Ziele dient, zum anderen aber auch auf die Einschätzung, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft „notwendig“ ist.²⁰⁴
- 1857** In diesem Zusammenhang hat sich in der Rechtsprechung des EGMR eine umfangreiche Kasuistik herausgebildet, deren einzelne Fallgruppen vor allem dadurch gekennzeichnet sind, dass den Konventionsstaaten je nach Fallgruppe ein unterschiedlich weit reichender Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Unterscheidungen ergeben sich anhand zahlreicher verschiedener Kriterien. So wird etwa im Bereich der Werbung ein weiterer Spielraum eingeräumt als bei politischen Äußerungen; es wird also nach dem Inhalt der Meinungsäußerung unterschieden.²⁰⁵ Ein weiteres Kriterium ist das verfolgte Eingriffsziel. Angesichts der Bedeutung dieser differenzierenden gerichtlichen Kontrolldichte für die Beurteilung von Einzelfällen sollen im Folgenden nach den allgemeinen Bemerkungen die jeweiligen Fallgruppen bei der Darstellung der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugrunde gelegt werden.²⁰⁶

2. Geeignetheit

- 1858** Die Frage der Geeignetheit einer Maßnahme hat in der gerichtlichen Überprüfung von Eingriffen in die Meinungsfreiheit bisher keine isolierte Bedeutung. Ist einmal unter Berücksichtigung des nationalen Beurteilungsspielraums ein legitimes Eingriffsziel festgestellt worden, so ist i.d.R. die förderliche Wirkung des Eingriffs in

²⁰² So auch *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 11 Rn. 14 in Fn. 185.

²⁰³ S.o. Rn. 607 ff.

²⁰⁴ Vgl. o. Rn. 1719 ff. zur Religionsfreiheit; ferner *Jarass*, § 16 Rn. 41.

²⁰⁵ S. bereits o. Rn. 1793.

²⁰⁶ Insoweit übereinstimmend mit der einschlägigen Fachliteratur s. u.a. *Grote/Wenzel*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 18, *Kühling*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 23.

Bezug auf das Ziel offensichtlich. Daher wird dieser Prüfungspunkt in der Judikatur nicht einmal erwähnt.²⁰⁷

3. Notwendigkeit

Art. 10 Abs. 2 EMRK verlangt, dass ein Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ für zumindest eines der genannten Ziele ist. Dabei wird das Wort „notwendig“ vom EGMR so ausgelegt, dass ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis vorliegen muss, das einen Eingriff zu rechtfertigen vermag.²⁰⁸ Bei der Prüfung, ob ein Eingriff notwendig war, geht der EGMR oftmals nicht nur der Frage nach, ob ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis vorlag. Vielmehr prüft der EGMR hinsichtlich der Notwendigkeit unter Umständen auch, ob es kein anderes, milderes Mittel als den in Rede stehenden Grundrechtseingriff gab, welches das legitime Ziel ebenso erreicht hätte.²⁰⁹ Insoweit entspricht die rechtliche Prüfung in etwa der Erforderlichkeitsprüfung nach der deutschen Grundrechtsdogmatik. Jedoch wird nicht in jedem Fall eine derart strenge Erforderlichkeitsprüfung durchgeführt.²¹⁰ Dies mag gerade im Bereich der Meinungsfreiheit mit der im Einzelfall unterschiedlichen Kontrolldichte der Prüfung des EGMR zusammen hängen.²¹¹ 1859

4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne geht es um die Frage, ob das eingesetzte Mittel in angemessenem Verhältnis zum angestrebten Ziel steht. Wenn eine Maßnahme schon nicht notwendig war, kann sie auch nicht in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.²¹² Zum Teil finden sich hier auch Formulierungen, die an das Vorliegen eines dringenden sozialen Bedürfnisses anknüpfen. So wird zum Beispiel festgestellt, dass kein dringendes soziales Bedürfnis bestanden hat, das den Eingriff als verhältnismäßig zum verfolgten berechtigten Ziel erscheinen lassen könnte. 1860

Im Übrigen erfolgen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne Abwägungen, welche die Schwere des Eingriffs und die Bedeutung des verfolgten Eingriffsziels in ein Verhältnis zueinander setzen. Teilweise wird aus einer negativ ausfallenden Prüfung dieser Zweck-Mittel-Relation darauf geschlossen, dass 1861

²⁰⁷ Vgl. bereits o. Rn. 654.

²⁰⁸ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 48), EuGRZ 1977, 38 (41 f.) – Handyside/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 59), EuGRZ 1979, 386 (388 f.) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1); vgl. o. Rn. 667 f., 674 ff.

²⁰⁹ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 39), EuGRZ 1994, 549 (550 f.) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich; s. auch Urt. vom 15.7.2003, Nr. 33400/96 (Rn. 102) – Ernst u.a./Belgien; sowie bereits o. Rn. 658.

²¹⁰ S. auch sogleich die übernächste Rn. 1861.

²¹¹ Hierzu vgl. *Grote/Wenzel*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 18 Rn. 95 m.w.N.

²¹² Vgl. EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 39 ff.), EuGRZ 1994, 549 (550 f.) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich.

der in Rede stehende Eingriff auch nicht notwendig war.²¹³ Dies ist kein logisch zwingender Schluss. Es wird in manchen Urteilen jedoch deutlich, dass auf diese Art und Weise das Merkmal „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ letztlich als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips betrachtet wird.²¹⁴

VI. Fallgruppen im Hinblick auf den variierenden Beurteilungsspielraum

1862 Da der EGMR dazu tendiert, unterschiedliche Meinungsäußerungen an verschiedenen Nachprüfungsstandards zu messen, werden die einschlägigen Fälle zu einzelnen Gruppen zusammengefasst. Dies heißt allerdings nicht, dass in jedem Fall eine eindeutige Zuordnung möglich ist. Schließlich bilden sowohl der Inhalt der Meinung, die sie äuernde Person als auch der mit einer Einschränkung der Meinungsäußerung verfolgte Zweck den Anknüpfungspunkt unterschiedlicher Beurteilungsspielräume.

1. Variation des Beurteilungsspielraums je nach dem Inhalt der geäußerten Meinung

a) *Meinungsäußerungen zu Themen öffentlichen Interesses bzw. politischen Themen*

1863 Äußerungen zu politischen und sonstigen Themen von öffentlichem Interesse sind essenziell für den Meinungsbildungsprozess in einer demokratischen Gesellschaft und bedürfen daher des besonderen Schutzes. Konsequenterweise kontrolliert der EGMR die Verhältnismäßigkeit etwaiger Eingriffe engmaschig. Die Nachprüfung von Abwägungsentscheidungen erstreckt sich hier auch darauf, ob die besondere Bedeutung der Meinungsfreiheit in der Demokratie bei dem von den Behörden vorgenommenen Abwägungen hinreichend berücksichtigt wurde und entsprechend eine vertretbare Würdigung des Sachverhalts vorliegt.²¹⁵

1864 Damit sind nicht nur Individualinteressen in die Waagschale zu legen, sondern auch übergeordnete Interessen der Allgemeinheit an einer offenen Kommunikation. Deshalb müssen auch etwaige abschreckende Wirkungen eines Eingriffs für zukünftige Meinungsäußerungen in Erwägung gezogen werden, ist doch nicht auszuschließen, dass die Furcht vor Sanktionen andere vom Gebrauch der Meinungsfreiheit abhält. So ist an verschiedenen Stellen vom so genannten chilling effect die Rede,²¹⁶ der insgesamt zu einem vorsichtigeren Gebrauch der Meinungsfreiheit und damit zu einer Verschlechterung des Meinungsklimas führen könnte.

²¹³ EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr.13914/88 u.a. (Rn. 43), EuGRZ 1994, 549 (551) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich.

²¹⁴ So auch *Stern*, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 50; s. bereits o. Rn. 676.

²¹⁵ EGMR, Urt. vom 23.5.1991, Nr. 11662/85 (Rn. 58 ff.), NJW 1992, 613 (616) – Oberschlick/Österreich.

²¹⁶ EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9815/82 (Rn. 44), NJW 1987, 2143 (2145) – Lingsen/Österreich; vgl. auch Urt. vom 28.10.1999, Nr. 28396/95 (Rn. 50), NJW 2001, 1195

Der Bereich der Themen öffentlichen Interesses, die besonderen Schutz nach 1865 der Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK genießen, ist relativ weit gefächert. Den Kern bilden die streng politischen Themen, die also im weitesten Sinne Teil des parteipolitischen Diskurses sind und daher Bezug zum Herzstück einer Demokratie, nämlich den Wahlen aufweisen.²¹⁷ Darüber hinaus sind aber auch andere Themenkreise umfasst, darunter Äußerungen und Kritik bezüglich staatlicher Einrichtungen²¹⁸ wie auch der Rechtspflege²¹⁹ und andere kontrovers diskutierte Themen, so auf dem Gebiet der Medizin²²⁰ oder allgemein der Gesundheitsfürsorge.²²¹

Innerhalb dieses Themenkomplexes klingen oft weitere Kriterien an, die ihrerseits wiederum zu besonderen Beurteilungen der Rechtmäßigkeit eines Eingriffs Anlass geben. Ein häufiges Differenzierungskriterium ist die Zugehörigkeit der äußernden Person, aber auch derjenigen Person, über die etwas kundgegeben wird, zu einer bestimmten Personengruppe.²²² So fächern sich die Fallgruppen innerhalb der Meinungsäußerungen zu Themen von öffentlichem Interesse noch weiter auf. 1866

b) Meinungsäußerungen mit wirtschaftswerbendem Inhalt

aa) Grundsätzliche Behandlung kommerzieller Werbung

Den Gegenpol zu politischen Äußerungen bilden mit Blick auf die Kontrolldichte 1867 durch den EGMR Meinungsäußerungen mit (wirtschafts)werbendem Inhalt.²²³ Zu diesem Bereich verweist der EGMR nicht nur in besonderer Weise auf die Notwendigkeit nationaler Beurteilungsspielräume, sondern prüft auch faktisch zuweilen behördliche Eingriffe sehr eingeschränkt nach.²²⁴ Schließlich ist ein Beurteilungsspielraum der nationalen Behörden „im Wirtschaftsleben von erheblicher Bedeutung, insbesondere in einem Bereich, der so komplex und wechselhaft ist, wie der des unlauteren Wettbewerbs.“²²⁵ Daher beschränkt sich die Nachprüfung

(1197) – Wille/Liechtenstein; dazu ferner *Grote/Wenzel*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 18 Rn. 106.

²¹⁷ EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Nr. 24839/94 (Rn. 42), ÖJZ 1998, 875 (876) – *Bowman/Vereinigtes Königreich*.

²¹⁸ Zu brutaler Vorgehensweise der Polizei EGMR, Urt. vom 25.6.1992, Nr. 13778/88, ÖJZ 1992, 810 – *Thorgeir Thorgeirson/Island*.

²¹⁹ EGMR, Urt. vom 22.2.1989, Nr. 11508/85 (Rn. 29), ÖJZ 1989, 695 (696) – *Barfod/Dänemark*; Urt. vom 26.4.1995, Nr. 15974/90 (Rn. 34), ÖJZ 1995, 675 (676) – *Prager u. Oberschlick/Österreich*; Urt. vom 2.11.2006, Nr. 60899/00 (Rn. 29), ÖJZ 2007, 342 (342) – *Kobenter u. Standard Verlags GmbH/Österreich*.

²²⁰ Vgl. EGMR, Urt. vom 17.10.2002, Nr. 37928/97 (Rn. 42 ff., 46), NJW 2003, 497 (499) – *Stambuk/Deutschland*.

²²¹ EGMR, Urt. vom 25.8.1998, Nr. 25181/94 (Rn. 47), ÖJZ 1999, 614 (615) – *Hertel/Schweiz*.

²²² S.u. Rn. 1913 ff., 2107 ff.

²²³ Zur Frage, ob diese überhaupt den Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK/11 EGRC genießen o. Rn. 1791 f.

²²⁴ Hierzu eingehend *Calliess*, EuGRZ 1996, 293 ff.; ferner *Nolte*, RabelsZ 1999, 507 ff.

²²⁵ EGMR, Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 33), EuGRZ 1996, 302 (305) – *markt intern/Deutschland*; s. auch Urt. vom 11.12.2003, Nr. 39069/97 (Rn. 30), ÖJZ 2004, 397 (398) – *Krone Verlag GmbH/Österreich* (Nr. 3); Urt. vom 24.2.1994, Nr. 15450/89

des EGMR darauf, ob die nationalen Maßnahmen grundsätzlich gerechtfertigt werden können und verhältnismäßig sind.²²⁶ Der EuGH verfolgt ebenfalls einen solch reduzierten Prüfungsansatz.²²⁷

bb) Differenzierender Ansatz im Bereich von Meinungsäußerungen mit nicht ausschließlich werblichem Inhalt

1868 Der grundsätzlich weite nationale Beurteilungsspielraum wird aber vom EGMR immer dann eingeschränkt, wenn es sich nicht um rein kommerzielle bzw. den Bereich des unlauteren Wettbewerbs betreffende Äußerungen handelt, sondern um die Beteiligung an einer das allgemeine Interesse berührenden Debatte.²²⁸ Als vorgelagerte Entscheidung gilt es daher zu bestimmen, inwieweit eine Meinungsäußerung überhaupt werbender Natur ist.²²⁹

1869 Abgrenzungsfragen²³⁰ ergeben sich, wenn werbende Aussagen in redaktionelle Beiträge eingebettet sind oder aber ein Bericht einen günstigen, werbenden Nebeneffekt für denjenigen aufweist, über den berichtet wird. Eine klare Trennung zwischen Werbung und anderer Art der Meinungsäußerung ist da nicht immer möglich.

(1) Abgrenzung nach dem Schwerpunkt

1870 In Zweifelsfällen bietet es sich an, nach dem Schwerpunkt der Meinungsäußerung oder Informationsmitteilung zu differenzieren. Der EGMR hatte einen Fall zu entscheiden, in dem es um die wettbewerbs- und standesrechtliche Zulässigkeit eines Zeitungsartikels mit werbendem Nebeneffekt für einen niedergelassenen Tierarzt ging. Dass dieser Artikel nur zulässig sein sollte, wenn die „werbende Absicht völlig hinter sonstigen Beweggründen verschwindet“, befand der EGMR für zu eng und daher als Verstoß gegen Art. 10 EMRK.²³¹ Dieser Gedanke kann auch bei der Frage nach der Weite des Beurteilungsspielraums fruchtbar gemacht werden, entscheidet doch das Ausmaß dieses Spielraumes über die Zulässigkeit. Eine Mei-

(Rn. 50), ÖJZ 1994, 636 (638) – Casado Coca/Spanien; Urt. vom 23.6.1994, Nr. 15088/89 (Rn. 26), NJW 1995, 857 (858) – Jacobowski/Deutschland.

²²⁶ EGMR, Urt. vom 23.6.1994, Nr. 15088/89 (Rn. 26), NJW 1995, 857 (858) – Jacobowski/Deutschland; Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 33), EuGRZ 1996, 302 (305) – markt intern/Deutschland; ähnlich Urt. vom 11.12.2003, Nr. 39069/97 (Rn. 30), ÖJZ 2004, 397 (398) – Krone Verlag GmbH/Österreich (Nr. 3) sowie näher sogleich Rn. 1877 ff.

²²⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-245/01, Slg. 2003, I-12489 (12527, Rn. 73) – RTL Television; Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (11671, Rn. 155) – Deutschland/Parlament u. Rat (Tabakrichtlinie); näher allgemein o. Rn. 623 ff. sowie in diesem Zusammenhang u. Rn. 1883 ff.

²²⁸ EGMR, Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 70 f.), ÖJZ 2002, 855 (857 f.) – VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz; Urt. vom 25.8.1998, Nr. 25181/94 (Rn. 47), ÖJZ 1999, 614 (615) – Hertel/Schweiz.

²²⁹ Vgl. Nolte, RabelsZ 1999, 507 (515).

²³⁰ Hierzu Scheyli, EuGRZ 2003, 455 ff.

²³¹ EGMR, Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 58), NJW 1985, 2885 (2887) – Barthold/Deutschland.

nungsäußerung darf daher auch werbende Elemente enthalten, ohne allein schon deshalb der Kategorie Werbung mit entsprechend weitem Beurteilungsspielraum bei der Eingriffsregelung der nationalen Behörden zu unterfallen.

(2) Abgrenzungsschwierigkeiten

Freilich gibt es in diesem Bereich häufig Abgrenzungsschwierigkeiten, wie der Fall *Jacobowski* deutlich macht. Darin wurde dem ehemaligen Chefredakteur des Deutschen Depeschendienstes gerichtlich untersagt, an potenzielle Geschäftspartner einen Rundbrief zu seiner beruflichen Rehabilitation zu versenden. Der Brief enthielt kritische Zeitungsberichte über die näheren Umstände seiner wohl umstrittenen Entlassung bei der Deutschen Depeschendienst AG. Zudem verfolgte er das Ziel, zukünftige geschäftliche Beziehungen zu den Adressaten aufzubauen. Der EGMR ging hier ohne weiteres von einer Äußerung wirtschaftlichen Inhalts, genauer gesagt aus dem Bereich des unlauteren Wettbewerbs, aus und billigte den nationalen Gerichten einen weiten Beurteilungsspielraum zu.²³² Dies ist innerhalb des Spruchkörpers nicht ohne Kritik geblieben. Es wurde vor allem angeführt, dass das wettbewerbsorientierte Element des in Rede stehenden Rundschreibens keine vorherrschende Rolle gespielt habe. Durch das gerichtliche Verbot des Rundschreibens würde deshalb das Prinzip der Meinungsfreiheit gegenüber dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb auf eine Ausnahme reduziert.²³³ **1871**

In mehreren Entscheidungen hat der EGMR auf zwei Kriterien zurückgegriffen, um zwischen reiner Werbung und Äußerungen zu Themen von allgemeinem Interesse zu unterscheiden. Zum einen fragt der EGMR danach, ob im gegebenen Zusammenhang überhaupt eine Debatte von allgemeinem öffentlichen Interesse auszumachen ist. Zum anderen muss die in Rede stehende Information oder Meinungsäußerung einen Gehalt aufweisen, der als Beitrag im Rahmen dieser Debatte anzusehen ist.²³⁴ **1872**

In der Entscheidung *Stambuk* ging es wiederum um die werbe- und standesrechtliche Zulässigkeit eines Zeitungsartikels. Dieser informierte und berichtete über eine neue Operationsmethode und einen Arzt, der diese Methode erfolgreich anwandte. Der EGMR sah kein Bedürfnis für einen weiten Beurteilungsspielraum des Vertragsstaats²³⁵ und ging damit offenbar nicht von einer Regelung schwerpunktmäßig im Bereich der Werbung aus. Er legte im Folgenden denn auch dar, dass die beanstandete Veröffentlichung über ein Thema von allgemeinem medizinischen Interesse aufklärte und geeignet war, eine breite Öffentlichkeit zu infor- **1873**

²³² S. EGMR, Urt. vom 23.6.1994, Nr. 15088/89 (Rn. 26), NJW 1995, 857 (858) – *Jacobowski/Deutschland*.

²³³ S. abw. Meinungen der Richter *Walsh*, *MacDonald* und *Wildhaber* zum Urt. des EGMR vom 23.6.1994, Nr. 15088/89, EuGRZ 1996, 306 (308) – *Jacobowski/Deutschland*.

²³⁴ EGMR, Urt. vom 17.10.2002, Nr. 37928/97 (Rn. 46 u. 48 f.), NJW 2003, 497 (499) – *Stambuk/Deutschland*; Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 70 f.), ÖJZ 2002, 855 (857 f.) – *VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz*; Ansätze auch bereits im Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 56), NJW 1985, 2885 (2887) – *Barthold/Deutschland*.

²³⁵ Vgl. EGMR, Urt. vom 17.10.2002, Nr. 37928/97 (Rn. 40), NJW 2003, 497 (498) – *Stambuk/Deutschland*.

mieren.²³⁶ Vom Grundsätzlichen her hielt er die strikte Auslegung des Werbeverbots für Ärzte, die „wegen der möglichen Nebenwirkung einer Werbung für den betroffenen Arzt zu einem Verbot von Äußerungen ... führt, nicht mit der Freiheit der Meinungsäußerung vereinbar“.²³⁷

1874 Auch im Fall *VGT Verein gegen Tierfabriken*, in dem einer Tierschutzorganisation die Ausstrahlung eines die Massentierhaltung kritisierenden Spots versagt wurde, nahm der EGMR einen reduzierten Ermessensspielraum der Behörden an. Es handelte sich laut EGMR nämlich nicht um eine klassische Form der auf Produktabsatz gerichteten Werbung, sondern vielmehr um einen Beitrag zur politischen Diskussion zu diesem Thema.²³⁸

1875 Eine andere Entscheidung, bei der es um die Verweigerung einer Sendekonzession für den Spartensender Car-TV ging, befasste sich ebenfalls mit der Frage, ob von einem Programm überwiegend kommerziellen Inhalts auszugehen war. Der Beschwerdeführer *Demuth* beabsichtigte ein Fernsehprogramm zu veranstalten, das sich mit Themen des motorisierten und nicht motorisierten Verkehrs befassen sollte. Der EGMR sah den Zweck der Car-TV AG schwerpunktmäßig im Kommerziellen, indem die Förderung des Autoverkaufs bezweckt werde. Beiträge zu Themen allgemeinen öffentlichen Interesses stünden dahinter zurück, so dass von einem weniger strengen Überprüfungsmaßstab auszugehen sei.²³⁹

1876 Die Beispiele veranschaulichen, dass es in der Rechtsprechung zu werblichen Meinungsäußerungen häufig im Schwerpunkt um die Frage der Einordnung einer Äußerung zur Wirtschaftswerbung geht. An diesem Punkt setzt denn auch i.d.R. die jeweilige Kritik an, da oftmals typischerweise variable Wertungsfragen zugrunde liegen.

cc) Überprüfung der nationalen Entscheidungen nach der Doktrin des Beurteilungsspielraums

(1) Ansatz

1877 Schließlich bleibt jedoch zu beleuchten, wie der EGMR nach einer einmal getroffenen Einordnung des Falles mit Blick auf den weiten oder eingeschränkten Beurteilungsspielraum verfährt. Auffällig ist dabei vor allem, dass es unterschiedlich intensiv geführte Nachprüfungen der nationalen Entscheidungen gibt. Teilweise beschränkt sich der EGMR auf den Ansatz, dass die nationalen Behörden überhaupt eine nachvollziehbare Sachverhaltswürdigung und Verhältnismäßigkeitsprü-

²³⁶ S. EGMR, Urt. vom 17.10.2002, Nr. 37928/97 (Rn. 46), NJW 2003, 497 (499) – Stam-buk/Deutschland.

²³⁷ EGMR, Urt. vom 17.10.2002, Nr. 37928/97 (Rn. 50), NJW 2003, 497 (499) – Stam-buk/Deutschland.

²³⁸ EGMR Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 70 f.), ÖJZ 2002, 855 (857 f.) – VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz.

²³⁹ EGMR, Urt. vom 5.11.2002, Nr. 38743/97 (Rn. 41 ff.), EuGRZ 2003, 488 (490 f.) – Demuth/Schweiz.

fung vorgenommen haben.²⁴⁰ Dies läuft im Endeffekt auf eine formelle Nachprüfung hinaus, eine materielle Kontrolle findet nicht statt.²⁴¹

(2) Urteil markt intern

Beispielhaft ist insofern der Fall *markt intern*. Darin ging es um die Beschränkung einer Veröffentlichung in einem Informationsblatt für den Drogerie- und Kosmetikeinzelhandel, die über Probleme von Kunden hinsichtlich Bestellungen bei einem Kosmetikversandhandel berichtete. Das Blatt „markt intern“ enthielt keine Werbeanzeigen und war nicht direkt auf den Absatz von Produkten gerichtet. Dennoch ging der EGMR von einer Veröffentlichung rein im Bereich der Werbung bzw. des unlauteren Wettbewerbs aus und billigte einen entsprechend weiten Beurteilungsspielraum zu.²⁴² Seine Nachprüfung beschränkte er daher im Ansatz darauf, ob die nationalen Maßnahmen grundsätzlich gerechtfertigt werden können und verhältnismäßig sind.²⁴³ Tatsächlich stellte der EGMR in diesem Fall nur fest, dass eine Abwägung der nationalen Gerichte überhaupt stattgefunden hat und die getroffenen Entscheidungen auf nachvollziehbaren Gründen beruhen.²⁴⁴ Eine eigenständige Verhältnismäßigkeitsprüfung fiel aus. 1878

(3) Urteil Demuth

Auch im Fall *Demuth* begnügte sich der EGMR nach Feststellung des weiten Beurteilungsspielraums damit, die von den Schweizer Behörden angeführten Gründe als „nicht unvernünftig“ zu erachten und nahm keine eigenständige Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.²⁴⁵ Immerhin verwies er darauf, dass die Meinungen darüber auseinander gehen könnten, ob die Ausstrahlung des Programms hätte bewilligt werden müssen.²⁴⁶ 1879

(4) Urteil Jacobowski

Ähnlich ist der Fall *Jacobowski* zu werten, wobei zumindest die von den nationalen Behörden vorgenommene Sachverhaltenswürdigung durch den EGMR noch nachvollzogen wird und auch in Ansätzen eine Verhältnismäßigkeitskontrolle zu 1880

²⁴⁰ EGMR, Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 34 ff.), EuGRZ 1996, 302 (305 f.) – markt intern/Deutschland; Urt. vom 23.6.1994, Nr. 15088/89 (Rn. 27 ff.), NJW 1995, 857 (858) – Jacobowski/Deutschland.

²⁴¹ Vgl. auch die Kritik bei Calliess, EuGRZ 1996, 293 (295).

²⁴² EGMR Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 33), EuGRZ 1996, 302 (305) – markt intern/Deutschland; s. auch berechtigte Kritik an dieser Einordnung bei Calliess, EuGRZ 1996, 293 (297).

²⁴³ EGMR, Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 33), EuGRZ 1996, 302 (305) – markt intern/Deutschland.

²⁴⁴ EGMR, Urt. vom 20.11.1989, Nr. 10572/83 (Rn. 34 ff.), EuGRZ 1996, 302 (305 f.) – markt intern/Deutschland.

²⁴⁵ EGMR, Urt. vom 5.11.2002, Nr. 38743/97 (Rn. 46), EuGRZ 2003, 488 (491) – Demuth/Schweiz.

²⁴⁶ EGMR, Urt. vom 5.11.2002, Nr. 38743/97 (Rn. 48), EuGRZ 2003, 488 (491) – Demuth/Schweiz.

finden ist.²⁴⁷ Dieser Fall liegt aber an der Grenze zwischen rein kommerzieller Werbung und schwerpunktmäßiger Meinungsäußerung.

(5) *Tendenz*

- 1881** Insgesamt ergibt sich folglich kein einheitliches Bild. Es zeichnet sich jedoch die Tendenz einer sehr weitmaschigen Kontrolle ab, je eher der Schwerpunkt einer Meinungsäußerung dem kommerziellen Bereich zugeordnet wird. Dabei ist nicht nur ein weiter Beurteilungsspielraum im Bereich der Werbung zu sehen, sondern im Ergebnis erfolgt nicht einmal eine wie intensiv auch immer geartete Verhältnismäßigkeitsprüfung.²⁴⁸ Von einer effektiven Kontrolle kann daher im Bereich kommerzieller Meinungsäußerungen, vor allem bei solchen, die als rein werbend eingestuft werden, nicht mehr ausgegangen werden. Immerhin wird die Vorfrage, ob oder in welchem Ausmaß eine Meinungsäußerung im kommerziellen Bereich liegt, vom EGMR streng kontrolliert und unter Umständen die Einschätzung der nationalen Gerichte verworfen.²⁴⁹

(6) *Vergleich zur sonstigen Judikatur des EGMR*

- 1882** Jenseits dieser strengen Prüfung zeigt sich auch kein kohärentes Bild im Vergleich zur Rechtsprechung des EGMR in anderen Bereichen der Meinungsäußerungsfreiheit. So hat der EGMR im Urteil *Open Door* ebenfalls einen weiten Beurteilungsspielraum des Vertragsstaats anerkannt, nahm aber sehr wohl eine eigene Verhältnismäßigkeitskontrolle vor.²⁵⁰

dd) Übernahme durch den EuGH

- 1883** Im Bereich der Werbung finden sich auch bereits Urteile des EuGH. In früheren Entscheidungen hat der EuGH einschränkende Regelungen zur Wirtschaftswerbung in den Medien nicht direkt an der Meinungsfreiheit als beeinträchtigtem Grundrecht gemessen. Vielmehr wurde Art. 10 EMRK als auch von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschütztes Grundrecht zur Rechtfertigung des angenommenen Eingriffs in andere Freiheiten wie beispielsweise den freien Dienstleistungsverkehr oder den innergemeinschaftlichen freien Warenverkehr herangezogen. Die aus Art. 10 EMRK ableitbaren Ziele des Pluralismus in den Medien und die Sicherstellung einer bestimmten Programmqualität kamen erst auf der Rechtfertigungsebene als legitim verfolgte Zwecke ins Spiel.²⁵¹ Dass auch von einem Ein-

²⁴⁷ EGMR, Urt. vom 23.6.1994, Nr. 15088/89 (Rn. 26 ff.), NJW 1995, 857 (858) – Jacubowski/Deutschland.

²⁴⁸ So *Scheyli*, EuGRZ 2003, 455 ff.; vgl. auch *Calliess*, EuGRZ 1996, 293 (295 f.).

²⁴⁹ Vgl. EGMR, Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 58), NJW 1985, 2885 (2887) – Barthold/Deutschland.

²⁵⁰ S. EGMR, Urt. vom 29.10.1992, Nr. 14234 u. 14235/88 (Rn. 68 ff.), NJW 1993, 773 (775 f.) – *Open Door* u. *Dublin Well Woman/Irland*; hierauf verweist zu Recht auch *Calliess*, EuGRZ 1996, 293 (296).

²⁵¹ EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 (4043 ff., Rn. 23 ff.) – *Collectieve Antennevoorziening Gouda*.

griff in die Meinungsfreiheit ausgegangen werden konnte, fand höchstens nebenbei kurze Erwähnung.²⁵²

In dem neueren Urteil *RTL*²⁵³ schloss sich der EuGH dann deutlich der Linie des EGMR an. Hier wurde ein Eingriff in die Medienfreiheit der rechtlichen Prüfung zugrunde gelegt und auch die Dogmatik des Beurteilungsspielraums, wie sie sich beim EGMR herausgebildet hat, weitgehend übernommen. **1884**

In seinem Urteil zur zweiten Tabakrichtlinie RL 2003/33/EG²⁵⁴ setzte der EuGH diese Rechtsprechung fort. Vor allem für den Gebrauch der Meinungsfreiheit im Geschäftsverkehr, besonders in einem so komplexen und wandelbaren Bereich wie der Werbung, beschränkt sich die Kontrolle hiernach auf die Prüfung, ob ein Eingriff in angemessenem Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht.²⁵⁵ **1885**

c) *Religionskritische Meinungsäußerungen*

aa) *Einordnung*

Auch die Fälle der Meinungsäußerungen mit religionskritischem Inhalt unterfallen nach der Rechtsprechung des EGMR einem erweiterten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten.²⁵⁶ Der Spielraum erstreckt sich auf das Vorliegen und das Ausmaß der Notwendigkeit eines Eingriffs.²⁵⁷ Begründet wird dies, ähnlich wie bei der Rechtfertigung von Eingriffen zum Schutze der Moral,²⁵⁸ damit, dass es unter den europäischen Staaten an einem einheitlichen Konzept zum Schutz der Rechte anderer im Zusammenhang mit Angriffen auf religiöse Überzeugungen fehlt.²⁵⁹ Vom angeführten Eingriffsziel her könnten diese Fallbeispiele daher auch unter eine Rubrik von Eingriffen zum Schutze der Rechte anderer gefasst werden. Da aber die Eingriffsziele hier variieren können und vom EGMR häufig auch mehrere **1886**

²⁵² Vgl. EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3715 ff., Rn. 18 und 24 ff.) – *Familia-press*.

²⁵³ EuGH, Rs. C-245/01, Slg. 2003, I-12489 (12527, Rn. 73) – *RTL Television*.

²⁵⁴ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (zweite Tabakrichtlinie), ABl. L 152, S. 16; berichtet durch ABl. 2004 L 67, S. 34.

²⁵⁵ EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (11671, Rn. 155) – *Deutschland/Parlament u. Rat (Tabakrichtlinie)*; s. auch Rs. C-71/02, Slg. 2004, I-3025 (3070 f., Rn. 51) – *Karner*.

²⁵⁶ S. Überblick bei *Kolonovits*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Kontinuität und Wandel der EMRK*, 1998, S. 169 (195 f.).

²⁵⁷ EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 50), *ÖJZ* 1995, 154 (157) – *Otto-Pre-minger-Institut/Österreich*.

²⁵⁸ S.u. c) 1903 ff.

²⁵⁹ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.9.2005, Nr. 42571/98 (Rn. 25), *NJW* 2006, 3263 (3264) – *İ.A./Türkei*; Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 24), *NVwZ* 2007, 314 (315) – *Ay-din Tatlav/Türkei*; auch Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 58), *ÖJZ* 1997, 714 (716) – *Wingrove/Vereinigtes Königreich*; krit. zu dieser Feststellung *Kolonovits*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Kontinuität und Wandel der EMRK*, 1998, S. 169 (195 f.).

zugleich als legitime Eingriffsziele betrachtet werden, ist eine Zuordnung nach dem Inhalt der Äußerung greifbarer.²⁶⁰

bb) Urteil Tatlav

- 1887** Im Urteil *Aydin Tatlav* ging es um die strafrechtliche Verfolgung des Autors eines islamkritischen Buches. Das Buch wurde schon in der fünften Auflage veröffentlicht, als die Staatsanwaltschaft aufgrund einer privaten Anzeige Anklage gegen den Autor erhob. Der Autor wurde „wegen einer Veröffentlichung mit dem Ziel, eine Religion zu beschimpfen“, zunächst zu einer Gefängnis- und einer Geldstrafe verurteilt, die schließlich zu einer Gesamtgeldstrafe umgewandelt wurde.
- 1888** Der EGMR hat ausdrücklich staatliche Maßnahmen als zulässig angesehen, um Informationsmitteilungen zu verhindern, die mit der Achtung der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit anderer für unvereinbar gehalten werden.²⁶¹ Es kann zu den Verpflichtungen, die mit einer Meinungsäußerung verbunden sind, gehören, Ausdrücke zu vermeiden, die in Bezug auf religiöse Glaubensvorstellungen²⁶² oder Gegenstände religiöser Verehrung²⁶³ grundlos beleidigend sind und eine Profanierung bedeuten (gratuitously offensive and profanatory).
- 1889** Allerdings sieht es der EGMR als seine Aufgabe an, die Vereinbarkeit mit der Menschenrechtskonvention abschließend zu überprüfen. Dies bedeutet, dass der EGMR nach den Umständen des Einzelfalles insbesondere abwägt, ob ein dringendes soziales Bedürfnis bestanden hat und ob der Eingriff verhältnismäßig zum verfolgten Ziel war.²⁶⁴
- 1890** Bei seiner Nachprüfung im Fall *Aydin Tatlav* hebt der EGMR zunächst hervor, dass Pluralismus, Toleranz und offene Geisteshaltung Kennzeichen einer demokratischen Gesellschaft sind. Das entspricht seinem allgemeinen Ansatz, mit dem er Einschränkungen der Religionsfreiheit rechtfertigt²⁶⁵ und zugleich begrenzt. Dies soll auch im Hinblick auf religiöse Haltungen gelten. Daher muss die Ablehnung bestimmter religiöser Vorstellungen und auch die Verkündung von Lehren,

²⁶⁰ S. EGMR, Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 21), NVwZ 2007, 314 (315) – *Aydin Tatlav/Türkei*; Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 58), ÖJZ 1997, 714 (716) – *Wingrove/Vereinigtes Königreich*.

²⁶¹ EGMR, Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 25), NVwZ 2007, 314 (315) – *Aydin Tatlav/Türkei*; Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 47), ÖJZ 1995, 154 (156) – *Otto-Preminger-Institut/Österreich*; s. auch EGMR, Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 33), ÖJZ 1994, 59 (60) – *Kokkinakis/Griechenland* hinsichtlich Art. 9 EMRK.

²⁶² EGMR, Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 23), NVwZ 2007, 314 (315) – *Aydin Tatlav/Türkei*.

²⁶³ Vgl. EGMR, Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 52), ÖJZ 1997, 714 (716) – *Wingrove/Vereinigtes Königreich*.

²⁶⁴ EGMR, Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 25), NVwZ 2007, 314 (315) – *Aydin Tatlav/Türkei*; ebenso Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 53), ÖJZ 1997, 714 (716) – *Wingrove/Vereinigtes Königreich*; Urt. vom 13.9.2005, Nr. 42571/98 (Rn. 26), NJW 2006, 3263 (3264) – *İ.A./Türkei*.

²⁶⁵ S.o. Rn. 1708 ff.

die eine Glaubensrichtung anfeinden, hingenommen werden.²⁶⁶ Der EGMR kommt bei seiner Betrachtung zu dem Schluss, dass zwar harsche Kritik, die nachvollziehbare Entrüstung bei Anhängern des Islams hervorrufen kann, dem beanstandeten Werk innewohnt. Die Grenze zwischen sozial-politischer Auseinandersetzung eines Nichtgläubigen und beleidigender oder verunglimpfender Ausführung, die die Gläubigen in ihrer Person direkt trifft, sieht er jedoch nicht überschritten.²⁶⁷

Bei der Feststellung des dringenden sozialen Bedürfnisses wird auch ins Kalkül gestellt, ob der Eingriff geeignet ist, Dritte davon abzuhalten, ihre Meinung zu äußern (so genannter chilling effect). Damit kommt hier ein Kriterium ins Spiel, das genau genommen vor allem hinsichtlich der Schwere eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit eine Rolle spielt, denn eine derartige Abschreckung wäre im Hinblick auf die Wahrung des in einer Demokratie unabdingbaren Pluralismus eine schwer wiegende Folge.²⁶⁸ Solche, über den zu prüfenden Einzelfall hinausgehende Wirkungen müssen folglich im Abwägungsprozess im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ebenfalls eine Rolle spielen.²⁶⁹

1891

cc) Urteil *İ.A.* („Die verbotenen Sätze“)

Das Kriterium, ob eine religionskritische Äußerung beleidigender Art ist und daher nicht mehr hingenommen werden muss, gab auch im Fall *İ.A.*²⁷⁰ den Ausschlag. Hier wurde der Verleger des Buches „Die verbotenen Sätze“ zu einer Geldstrafe verurteilt, da Teile des Buches eine „Beleidigung Gottes, der Religion, des Propheten und des Heiligen Buches“ nach dem türkischen Strafgesetzbuch seien. Das Buch war in Romanform geschrieben und behandelte philosophische und theologische Fragen. Insbesondere wurde Anstoß genommen an folgender Textstelle über Mohamed: „... einige (seiner Worte), übrigens angeregt durch ein Feuer von Lust in den Armen von Ayse Der Bote Gottes unterbrach das Fasten zu geschlechtlichem Verkehr, nach dem Abendessen und vor dem Gebet. Mohamed hat Geschlechtsverkehr mit einem toten Menschen oder einem lebenden Tier nicht verboten.“ Darin sah das Gericht einen beleidigenden Angriff auf den Propheten, so dass sich gläubige Muslime ungerechtfertigt verletzt angegriffen fühlen dürften. Ein dringendes soziales Bedürfnis, gegen diese Äußerungen vorzugehen, wurde demnach bejaht. Unter kurzem Verweis auf die geringe Geldstrafe wurde zudem auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne für gegeben erachtet.

1892

²⁶⁶ EGMR, Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 27), NVwZ 2007, 314 (315) – Aydin Tatlav/Türkei; Urt. vom 13.9.2005, Nr. 42571/98 (Rn. 28), NJW 2006, 3263 (3264) – İ.A./Türkei.

²⁶⁷ EGMR, Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 28) NVwZ 2007, 314 (316) – Aydin Tatlav/Türkei.

²⁶⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 29), NVwZ 2007, 314 (316) – Aydin Tatlav/Türkei.

²⁶⁹ S. auch die abw. Meinung, EGMR, Urt. vom 13.9.2005, Nr. 42571/98 (Rn. 6), NJW 2006, 3263 (3265) – İ.A./Türkei.

²⁷⁰ EGMR, Urt. vom 13.9.2005, Nr. 42571/98, NJW 2006, 3263 – İ.A./Türkei.

- 1893** Dieses Urteil ist nicht ohne Kritik innerhalb des Gerichtshofs selbst geblieben. Nach dem gemeinsamen, abweichenden Sondervotum darf das Postulat, die Meinungsfreiheit als einer der wesentlichen Grundpfeiler einer demokratischen Gesellschaft gelte auch für Meinungsäußerungen, welche den Staat oder einen Teil der Bevölkerung verletzen, schockieren oder beunruhigen, nicht zu einer „rituellen Beschwörungsformel“ werden.²⁷¹ Diese Aussage verlöre jede Bedeutung, wenn die besondere Verletzlichkeit einer sehr religiösen Gesellschaft, in der es nur wenige Atheisten gibt, ausreicht, um materialistische und atheistische Äußerungen zu bestrafen.²⁷²
- 1894** Hinsichtlich der zitierten Textpassage räumt auch das Sondervotum eine beleidigende Wirkung ein. Insofern wird jedoch an die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne angeknüpft. Hervorgehoben wird die geringe Wirkung des Buches in der Gesellschaft aufgrund der kleinen Auflage. Schließlich findet der mögliche „chilling effect“, den die Bestrafung des Verlegers in Bezug auf die Pressefreiheit haben könnte, Erwähnung.²⁷³ Die Gefahr der hierdurch hervorgerufenen Selbstzensur der Presse wird als ein Argument für die Schwere des Eingriffs in die Meinungsfreiheit betont.

dd) Urteile Otto-Preminger und Wingrove

- 1895** Auf einer Linie mit dem Urteil *Ī.A.* liegen die früheren Urteile *Otto-Preminger-Institut* und *Wingrove*, in denen es um die Missachtung der religiösen Gefühle allerding der christlichen Bevölkerung ging.
- 1896** Der Fall *Otto-Preminger-Institut* hatte die Beschlagnahme und Einziehung eines Films zum Gegenstand, der im Rahmen eines Theaterstücks aus dem 19. Jahrhundert Gott Vater, Jesus Christus und die Jungfrau Maria in provokanter Art und Weise darstellte. Unter anderem wurde der Gott der jüdischen, christlichen und islamischen Religion als seniler alter Mann gezeigt, der den Teufel küsst, Jesus als geistig zurückgeblieben charakterisiert und Maria trat gemeinsam mit dem Teufel in einer Szene auf, die den Eindruck erotischer Spannung erweckte. Als Rahmehandlung ging es in dem Film um den Ende vorletzten Jahrhunderts geführten Strafprozess gegen den Autor des Stückes wegen Gotteslästerung. Das *Otto-Preminger-Institut* für audiovisuelle Mediengestaltung wollte den Film einem interessierten Publikum in seinen eigenen Räumlichkeiten vorführen.
- 1897** Der EGMR entschied, die provokante Darstellung von Personen religiöser Verehrung könne als böswillige Verletzung des Geistes der Toleranz betrachtet werden, der ebenfalls einen Wesenszug einer demokratischen Gesellschaft darstellen muss.²⁷⁴ In der weiteren Begründung des Urteils wurde die Argumentation der Re-

²⁷¹ Gemeinsame abw. Meinung, EGMR, Urt. vom 13.9.2005, Nr. 42571/98 (Rn. 1), NJW 2006, 3263 (3265) – *Ī.A./Türkei*.

²⁷² Vgl. gemeinsame abw. Meinung, EGMR, Urt. vom 13.9.2005, Nr. 42571/98 (Rn. 3), NJW 2006, 3263 (3265) – *Ī.A./Türkei*.

²⁷³ Gemeinsame abw. Meinung, EGMR, Urt. vom 13.9.2005, Nr. 42571/98 (Rn. 6), NJW 2006, 3263 (3265) – *Ī.A./Türkei*.

²⁷⁴ EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 47), ÖJZ 1995, 154 (156) – *Otto-Preminger-Institut/Österreich*.

gierung übernommen, die ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis für den Eingriff vor allem damit begründete, dass in Tirol 87 % der Bevölkerung römisch-katholischen Glaubens seien. Die österreichische Regierung habe den religiösen Frieden in dieser Region gewährleisten wollen.²⁷⁵

Im Fall *Wingrove* schließlich bestätigte der EGMR die Rechtmäßigkeit, einem Video das für seine Verbreitung notwendige Zertifikat zu verweigern. Das Video zeigte die heilige Teresa von Avila mit einer anderen Frauengestalt, die ihre Psyche darstellen sollte, sowie mit dem gekreuzigten Jesus in erotischen Szenen. Zur Begründung des Eingriffs wurde darauf verwiesen, dass die Darstellungen gegen die strafrechtlichen Bestimmungen über Blasphemie verstießen. Bemerkenswert dabei war, dass die englischen Blasphemiegesetze lediglich den christlichen Glauben schützten. Dieser Umstand ändere jedoch nichts an der Berechtigung des im vorliegenden Zusammenhang verfolgten Ziels.²⁷⁶ Hauptsächlich prüfte der EGMR, ob das in Rede stehende Video ausreichend beleidigend hinsichtlich der religiösen Gefühle von Christen i.S.d. Blasphemiebestimmung war, und kam zu dem Schluss, dass die zur Rechtfertigung der getroffenen Maßnahme angeführten Gründe wesentlich und ausreichend seien. Die Entscheidung der innerstaatlichen Behörden könne nicht als willkürlich oder exzessiv gewertet werden.²⁷⁷

Auch in der Kritik zu diesem Urteil wurde unter anderem angezweifelt, ob der Eingriff in die Meinungsfreiheit angesichts der Beschränkung der Blasphemiegesetze auf den Schutz der christlichen Religion „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ war.²⁷⁸

ee) Fazit

Im Mittelpunkt der Urteile des EGMR zum Konflikt zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und dem Schutz religiöser Gefühle steht die schwierige, bewertende Antwort auf die Frage, wann eine Äußerung genügend beleidigenden Charakter hat. Insoweit wird ein gangbarer Weg zu einem Ausgleich der widerstreitenden Interessen und Rechte in jedem Einzelfall gesucht.

Zweifel erweckt, ob das mehrfach anklingende Kriterium der Einstellung der Mehrheit der Bevölkerung in religiösen Fragen weiterführt. Anders als bei Eingriffen zum Schutze der Moral, die tatsächlich ein wandelbarer Begriff ist, zu dessen Definition unter Umständen auch das Mehrheitsempfinden herangezogen werden kann, scheint ein Eingriff zur Achtung der Religionsfreiheit anderer derartigen quantitativen Überlegungen schwer zugänglich. Wenn die Religionsfreiheit sich, wie unbestritten ist, auch auf religiöse Minderheiten bezieht, kommt ein quantita-

²⁷⁵ EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 52 u. 56), ÖJZ 1995, 154 (157) – Otto-Preminger-Institut/Österreich.

²⁷⁶ EGMR, Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 50), ÖJZ 1997, 714 (715 f.) – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

²⁷⁷ EGMR, Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 60 f.), ÖJZ 1997, 714 (717) – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

²⁷⁸ S. abw. Meinung des Richters *Lühmus*, EGMR, Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90, ÖJZ 1997, 714 (718) – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

tives Element ins Spiel, das zumindest nicht unproblematisch in Bezug auf den effektiven Schutz der Ansichten religiöser Minderheiten ist.²⁷⁹

- 1902** Allerdings hat das Argument, eine große Mehrheit der Bevölkerung könne sich angegriffen fühlen, bisher nur die Begründung des „dringenden gesellschaftlichen Bedürfnisses“ unterstützt. Isoliert betrachtet ist dieses Bedürfnis umso stärker, je größere Teile der Gesellschaft betroffen sind.

2. Variation des Beurteilungsspielraums je nach verfolgtem Eingriffsziel

a) Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutze der Moral

aa) Bloße Plausibilitätsprüfung im Urteil Handyside

- 1903** Ein sehr weit gehender nationaler Spielraum wird den Konventionsstaaten im Hinblick auf den Schutz der Moral als Beschränkungsziel eingeräumt. In der grundlegenden Entscheidung *Handyside* ging es um die strafrechtliche Verurteilung eines englischen Verlegers wegen der geplanten Veröffentlichung des an Schüler gerichteten „Little Red Schoolbooks“ und die Beschlagnahme aller beim Verleger und in seiner Druckerei auffindbaren Exemplare des Buchs. Nach Auffassung der englischen Behörden verstieß die Veröffentlichung dieses sich unter anderem mit der sexuellen Aufklärung befassenden Buches gegen das Gesetz über obszöne Veröffentlichungen.
- 1904** In seinem Urteil geht der EGMR davon aus, dass es keinen einheitlichen Begriff der Moral im Geltungsbereich der EMRK gibt. Vielmehr ist gerade die Moralvorstellung in den einzelnen Staaten von den jeweiligen gesellschaftlichen Gegebenheiten geprägt. Die Vorstellungen der Anforderungen an die Moral wechseln nach Ort und Zeit, „besonders in unserer Epoche, die durch eine schnelle und tiefgreifende Weiterentwicklung der Auffassungen gekennzeichnet“ ist. „Dank ihrer direkten und ständigen Beziehungen zu den in ihren Ländern wirksamen Kräften“ sind die einheimischen Gerichte und Behörden besser als der internationale Richter in der Lage, den Inhalt der gültigen Moralvorstellungen zu bestimmen sowie die Notwendigkeit einer eingreifenden Maßnahme einzuschätzen.²⁸⁰
- 1905** Der demgemäß eingeräumte Beurteilungsspielraum bezieht sich also nicht lediglich auf die Definition des jeweils gültigen Moralbegriffs, sondern umfasst auch die Frage der Notwendigkeit einer Beschränkung bzw. genauer die Feststellung eines zwingenden sozialen Bedürfnisses. Diese grundsätzliche Feststellung deckt sich mit den in der weiteren Urteilsbegründung zu findenden Formulierungen. Darin beschränkt sich der Gerichtshof an einer Stelle darauf, „gute Gründe“ der Behörden für die beanstandete, in Art. 10 EMRK eingreifende Beschlagnahme des

²⁷⁹ Vgl. o. 1601.

²⁸⁰ EGMR, Urte. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 48), EuGRZ 1977, 38 (41 f.) – *Handyside/Vereinigtes Königreich*; vgl. Urte. vom 29.10.1992, Nr. 14234 u. 14235/88 (Rn. 68), NJW 1993, 773 (775) – *Open Door u. Dublin Well Woman/Irland*.

Buches festzustellen.²⁸¹ An anderer Stelle heißt es in Bezug auf die Untätigkeit der Behörden anderer Staaten, wo das Buch sanktionslos veröffentlicht wurde, deren einleuchtende Gründe bewiesen nicht, dass die staatlichen Behörden in England unter Berücksichtigung des einzuräumenden Ermessensspielraums nicht von einer echten Notwendigkeit ausgehen durften.²⁸² Weiter gewinnt der Gerichtshof aus der Tatsache, dass die Behörden später auf eine Strafverfolgung wegen der Veröffentlichung einer revidierten Fassung absahen „eher den Eindruck“, sie hätten sich auf das unbedingt Notwendige beschränken wollen.²⁸³

Andererseits heißt es in dem Urteil jedoch, Art. 10 Abs. 2 EMRK räume den Vertragsstaaten keineswegs ein unbegrenztes Ermessen ein. Die Kontrolle des EGMR umfasst vielmehr sowohl die Zweckgerichtetheit einer Maßnahme als auch ihre Notwendigkeit. Hierzu gehört, dass die angegriffene Maßnahme in angemessenem Verhältnis zum verfolgten legitimen Ziel stehen muss.²⁸⁴ In der Zusammenschau mit den oben beschriebenen Beurteilungsspielräumen bleibt die Kontrolle des EGMR in der Praxis gleichwohl recht zurückhaltend. Nachvollziehbare Gründe der nationalen Behörden werden im Ergebnis als ausreichend erachtet. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne wurde trotz der Ankündigung, dass diese der Nachprüfung durch den EGMR unterliege, nicht angestellt. 1906

bb) Strengerer Maßstab

Anders ging der EGMR im Fall *Open Door und Dublin Well Woman* vor. Dort ging es um die Frage, ob die irischen Behörden die Weitergabe von Informationen über einen legalen Schwangerschaftsabbruch im Ausland an irische Frauen untersagen durften. Auch hier ging der EGMR zwar zunächst von einem weiten Beurteilungsspielraum der nationalen Behörden aus, da es sich bei dem der Beschränkung des Rechts auf freie Meinungsäußerung zugrunde liegenden Schutzgut um eine Frage der Moral handelt.²⁸⁵ Allerdings folgte der Anerkennung des Schutzes des Ungeborenen unter dem Beschränkungsziel der Moral nach Art. 10 Abs. 2 EMRK eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EGMR. 1907

Ähnliches ergibt eine Analyse des Urteils *Müller*. Hier ging es um die Verurteilung eines Künstlers und mehrerer Veranstalter wegen öffentlicher Ausstellung unzüchtiger Bilder zu einer Geldstrafe sowie um die Beschlagnahme der in Rede stehenden Gemälde. Die Gemälde zeigten in aufdringlicher und grober Art und Weise anstößige sexuelle Szenen vor allem zwischen Männern und Tieren, unter anderem Sodomie und Bestialismus. Nach Auffassung der Schweizer Gerichte 1908

²⁸¹ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 53), EuGRZ 1977, 38 (45) – Handyside/Vereinigtes Königreich.

²⁸² S. EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 54, 57), EuGRZ 1977, 38 (45, 47) – Handyside/Vereinigtes Königreich.

²⁸³ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 55), EuGRZ 1977, 38 (46) – Handyside/Vereinigtes Königreich.

²⁸⁴ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 49), EuGRZ 1977, 38 (42) – Handyside/Vereinigtes Königreich.

²⁸⁵ EGMR, Urt. vom 29.10.1992, Nr. 14234 u. 14235/88 (Rn. 68), NJW 1993, 773 (775) – Open Door u. Dublin Well Woman/Irland.

waren die beanstandeten Maßnahmen zum Schutze der Moral erforderlich. Auch in diesem Fall ging der EGMR von einem bestimmten Ermessensspielraum der nationalen Behörden aus, ob eine Maßnahme notwendig ist, also ein dringendes soziales Bedürfnis besteht.²⁸⁶ Nach Besichtigung der Werke hielt der EGMR die Einschätzung der Schweizer Gerichte für nicht unbegründet und urteilte, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung ihres Beurteilungsspielraums befugt waren, die Maßnahmen als notwendig anzusehen.²⁸⁷ Im Folgenden unterzog der EGMR jedenfalls die beanstandete Beschlagnahme einer eigenen Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne und folgerte, dass der Eingriff als „notwendig“ zum Schutze der Moral angesehen werden durfte,²⁸⁸ wo eigentlich eine Aussage zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne hätte folgen müssen.

1909 Insgesamt lässt sich aus den besprochenen Urteilen des EGMR eine Neigung des Gerichtshofs ablesen, bei Eingriffen zum Schutze der Moral einen großzügigen Spielraum anzuerkennen. Jedoch ist die Rechtsprechung in verschiedener Hinsicht nicht konsistent. So ist es nicht eindeutig festzumachen, wann der EGMR tatsächlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt und wann er sich mit der Feststellung der „Notwendigkeit“ des Eingriffs aufgrund der Nachvollziehbarkeit der angeführten Gründe begnügt. Dabei entspricht die Terminologie allerdings nicht immer der, die sich in der deutschen Grundrechtsdogmatik herausgebildet hat. Anders ist es nicht zu erklären, dass der EGMR zum Abschluss seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne folgert, der Eingriff in das Grundrecht sei „notwendig“ gewesen.²⁸⁹

b) Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutze des guten Rufs oder der Rechte anderer

1910 Bei Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutze des guten Rufs oder der Rechte anderer wird den nationalen Gerichten und Behörden ebenfalls ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Er erstreckt sich auf die Beurteilung, ob ein dringendes soziales Bedürfnis für den Eingriff in die Meinungsfreiheit vorliegt und wie ihm zu entsprechen ist.²⁹⁰ Die Kontrolle des EGMR umfasst wiederum die Frage, ob die Behörden Regeln angewendet haben, die mit den in Art. 10 Abs. 2 EMRK niedergelegten Grundsätzen übereinstimmen und ob sie sich auf eine angemessene

²⁸⁶ EGMR, Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 32), NJW 1989, 379 (380) – Müller u.a./Schweiz.

²⁸⁷ S. EGMR, Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 36 u. 43), NJW 1989, 379 (380 f.) – Müller u.a./Schweiz.

²⁸⁸ EGMR, Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 43), NJW 1989, 379 (381) – Müller u.a./Schweiz.

²⁸⁹ Zur sonstigen Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung o. Rn. 602 ff., ferner Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 50 m. w. N.

²⁹⁰ EGMR, Urt. vom 27.2.2001, Nr. 26958/95 (Rn. 33), ÖJZ 2001, 693 (694) – Jerusalem/Österreich; EGMR, Urt. vom 21.2.2006, Nr. 50959/99 (Rn. 20), NVwZ 2007, 313 (313 f.) – Odabaşı u. Koçak/Türkei.

Beurteilung der erheblichen Tatsachen gestützt haben.²⁹¹ Nachgeprüft wird auch, ob die nationale Entscheidung auf einer nachvollziehbaren Wertung der einschlägigen Sachverhalte gründet.²⁹²

Insgesamt werden zahlreiche verschiedene Eingriffsziele unter die Rubrik des „guten Rufs und der Rechte anderer“ gefasst. Auch der Schutz vor rassistischen und neonazistischen Aussagen fällt hierunter.²⁹³ Allerdings ist bei derartigen Äußerungen grundsätzlich zunächst danach zu fragen, ob sie überhaupt dem Schutzbereich des Art. 10 EMRK unterfallen. Für die Infragestellung des Holocausts hat der EGMR die Anwendung des Art. 10 EMRK gemäß der Missbrauchsklausel aus Art. 17 EMRK abgelehnt.²⁹⁴

Zum Schutze der Rechte anderer gehört auch die Achtung der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit anderer. Dies spielt eine Rolle bei religionskritischen Äußerungen. Grundsätzlich dürfen Staaten Äußerungen unterbinden, die mit der Achtung der Religionsfreiheit anderer für unvereinbar gehalten werden. Auch hier geht der EGMR von einem relativ weiten Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten aus, da es eine übereinstimmende Auffassung bei Angriffen auf religiöse Überzeugungen nicht gibt.²⁹⁵

3. Variation des Beurteilungsspielraums nach beteiligten Personengruppen

Es wird außerdem nach der Person unterschieden, die sich äußert. So genießen Politiker in gewisser Weise besonderen Schutz, wenn sie zum Prozess der politischen Willensbildung beitragen.²⁹⁶ Aber auch Personen, die ganze Interessengruppen vertreten,²⁹⁷ wird besonderer Schutz zuteil. Von anderen Berufsgruppen, wie etwa Richtern, Rechtsanwälten und Beamten, wird dagegen in mancher Hinsicht besondere Zurückhaltung verlangt.

Greift eine Meinungsäußerung in das Persönlichkeitsrecht einer Person ein, so ist ebenfalls eine Abstufung bei der Interessenabwägung zu beobachten. Personen,

²⁹¹ EGMR, Urt. vom 21.2.2006, Nr. 50959/99 (Rn. 20), NVwZ 2007, 313 (313 f.) – Oda-başı u. Koçak/Türkei, wo es allerdings fälschlich „angemessene Feststellung“ heißt, im französischen Originaltext jedoch „appréciation“.

²⁹² EGMR, Urt. vom 26.9.1995, Nr. 17851/91 (Rn. 52), NJW 1996, 375 (376 f.) – Vogt/Deutschland.

²⁹³ Vgl. EGMR, Urt. vom 23.9.1994, Nr. 15890/89 (Rn. 31), ÖJZ 1995, 227 (228) – Jersild/Dänemark, jedoch mit strengen Anforderungen an die gerichtliche Nachprüfung, da Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung über die Rolle der Presse heranzuziehen waren.

²⁹⁴ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.6.2003, Nr. 65831/01 (Abschnitt I.1.), NJW 2004, 3691 (3692 f.) – Garaudy/Frankreich; s.o. Rn. 1787 ff.

²⁹⁵ EGMR, Urt. vom 2.5.2006, Nr. 50692/99 (Rn. 24 f.), NVwZ 2007, 314 (315) – Aydin Tatlav/Türkei; Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 50), ÖJZ 1995, 154 (157) – Otto-Preminger-Institut/Österreich. Näher o. Rn. 1602 f.

²⁹⁶ EGMR, Urt. vom 27.2.2001, Nr. 26958/95 (Rn. 36), ÖJZ 2001, 693 (694) – Jerusalem/Österreich.

²⁹⁷ EGMR, Urt. vom 25.11.1999, Nr. 23118/93 (Rn. 44), RJD 1999-VIII – Nilsen u. Johnsen/Norwegen.

die im öffentlichen Leben stehen, befinden sich schon aufgrund dieser Stellung im Rampenlicht und müssen deshalb generell härtere Kritik hinnehmen als Privatpersonen, die sich nicht in dem Maße der Öffentlichkeit aussetzen.²⁹⁸ Dies gilt nicht nur für Politiker im eigentlichen Sinne, sondern auch für andere Personen, die an einer öffentlichen Debatte teilnehmen.²⁹⁹ Schließlich setzen sich solche Personen unvermeidlich und wissentlich der Beobachtung ihrer Worte und Taten aus. Insbesondere bei öffentlichen Erklärungen, die geeignet sind, Kritik nach sich zu ziehen, müssen sie daher ein größeres Maß an Toleranz hinsichtlich dieser Kritik zeigen.³⁰⁰ In diese Rubrik von Personen zählt der EGMR zwar unter Umständen, nicht aber per se auch Beamte bei der Ausübung ihres Amtes. Sie setzen sich nicht wissentlich in demselben Ausmaß der genauen Prüfung ihrer Worte und Taten aus wie Politiker.³⁰¹

1915 Auch Personen, die sich im beschriebenen besonderen Maße der Öffentlichkeit aussetzen, tun dies nur durch ihre Teilnahme an der öffentlichen Debatte. Daher ist auch nur insoweit ihr Schutz reduziert. Dieser besteht weiterhin für ihr Privatleben, außer sie begeben sich auch insoweit ans Licht der Öffentlichkeit wie etwa auf einem Ball von öffentlichem Interesse (z.B. Bundespresseball), nicht aber schon bei einem einfachen Restaurantbesuch.³⁰² Im Hinblick auf ihr gewöhnliches privates Leben genießen sie jedenfalls den gleichen Schutz wie andere Privatpersonen auch.³⁰³

1916 Besondere Betrachtung erfahren auch Personen, die in der Rechtspflege tätig sind. Dies sind vor allem Richter, denen gegenüber zuweilen im Interesse des Funktionierens der Rechtspflege Zurückhaltung in der Kritik erwartet wird.³⁰⁴

1917 Zudem sind Rechtsanwälte bei Äußerungen innerhalb des Prozessgeschehens privilegiert. Einschränkungen der Meinungsfreiheit sind hier nur in Ausnahmefällen zu rechtfertigen, wie der EGMR im Fall *Nikula* feststellte. Darin ging es um die scharf formulierte Kritik einer Verteidigerin gegenüber dem Ankläger in einem Strafprozess. In einem strafrechtlichen Nachspiel zu dieser Kritik wurde die Verteidigerin wegen fahrlässiger Verleumdung verurteilt. Der EGMR entschied hier, dass sich der Staatsanwalt auch relativ heftige Kritik durch die Verteidigerin in einem Strafverfahren gefallen lassen muss. Ausschlaggebend war unter anderem, dass es sich um rein prozessbezogene Äußerungen handelte und diese auch nur im Rahmen der Gerichtsverhandlung und nicht etwa in den Medien vorge-

²⁹⁸ Hinsichtlich Kritik an einem Politiker s. EGMR, Urt. vom 23.5.1991, Nr. 11662/85 (Rn. 59), NJW 1992, 613 (616) – Oberschlick/Österreich.

²⁹⁹ EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 34315/96 (Rn. 37), ÖJZ 2002, 466 (467 f.) – Krone Verlag GmbH/Österreich.

³⁰⁰ S. EGMR, Urt. vom 23.5.1991, Nr. 11662/85 (Rn. 59), NJW 1992, 613 (616) – Oberschlick/Österreich.

³⁰¹ EGMR, Urt. vom 21.1.1999, Nr. 25716/94 (Rn. 33), NJW 1999, 1318 (1320) – Janowski/Polen; Urt. vom 21.3.2002, Nr. 31611/96 (Rn. 48), ÖJZ 2003, 430 (431) – Nikula/Finnland.

³⁰² Das unterscheidet die Rspr. des EGMR hinsichtlich Personen der Zeitgeschichte von der des BVerfG. S.o. Rn. 1190 ff.

³⁰³ Vgl. EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 34315/96 (Rn. 37), ÖJZ 2002, 466 (467 f.) – Krone Verlag GmbH/Österreich.

³⁰⁴ Ausführlich u. Rn. 2113 ff.

bracht wurden.³⁰⁵ Eine solche Meinungsäußerung einer Verteidigerin kann nur in Ausnahmefällen zulässigerweise beschränkt werden.³⁰⁶

Generell wird Rechtsanwälten als Mittlern zwischen der Öffentlichkeit und den Gerichten eine besondere Stellung zugewiesen. Im Hinblick auf das notwendige Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gerichte als Garanten der Gerechtigkeit wird von Rechtsanwälten erwartet, dass sie zu einer ordentlichen Rechtspflege beitragen und so das Vertrauen der Öffentlichkeit in diese aufrechterhalten.³⁰⁷ In diesem Sinne wird von Rechtsanwälten grundsätzlich Zurückhaltung im Ton und in der Schärfe ihrer Kritik an anderen Rechtspflegeorganen verlangt. **1918**

Im Fall *Schöpfer* ging es um eine öffentliche Pressekonferenz, in der ein Rechtsanwalt auf Missstände in der Rechtspflege hingewiesen hat, noch bevor die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel ausgeschöpft wurden. Der EGMR wertete die Reihenfolge des rechtsanwaltlichen Vorgehens als Argument für die Rechtmäßigkeit einer gegen den betreffenden Rechtsanwalt verhängten Geldbuße. Außerdem gereichte ihm zum Nachteil, dass er es versäumt hatte, über das zuständige Überwachungsorgan Abhilfe der von ihm behaupteten Missstände zu schaffen.³⁰⁸ Unter diesen Umständen hielt der EGMR auch den barschen Ton der geäußerten Kritik für schwerlich mit dem von Rechtsanwälten zu erwartenden Beitrag zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Vertrauens in die Justizbehörden vereinbar.³⁰⁹ **1919**

4. Sonderfall Meinungsäußerungen von Beamten

Einen besonderen Bereich innerhalb der Meinungsfreiheit bilden die Äußerungen von Beamten. Zwar genießen auch Beamte grundsätzlich den Schutz dieses Grundrechts.³¹⁰ Um das Funktionieren des öffentlichen Dienstes zu gewährleisten, ist die Meinungsfreiheit von Beamten jedoch in mancher Hinsicht eingeschränkt. Als Beschränkungsziel i.S.d. Eingriffsdogmatik des Art. 10 Abs. 2 EMRK dient insofern die Aufrechterhaltung der Ordnung, die sich auch auf bestimmte Gruppen von Funktionsträgern beziehen kann. Es kann zudem auch auf die Rechte anderer rekurriert werden. In diesem Fall sind dies „die Rechte der Institutionen, die mit im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben betraut sind, auf deren ordnungsgemäße Erfüllung die Bürger zählen können müssen.“³¹¹ **1920**

³⁰⁵ EGMR, Urt. vom 21.3.2002, Nr. 31611/96 (Rn. 51 ff.), ÖJZ 2003, 430 (432) – Nikula/Finnland.

³⁰⁶ EGMR, Urt. vom 21.3.2002, Nr. 31611/96 (Rn. 55), ÖJZ 2003, 430 (432) – Nikula/Finnland.

³⁰⁷ EGMR, Urt. vom 20.5.1998, Nr. 25405/94 (Rn. 29), ÖJZ 1999, 237 (238) – Schöpfer/Schweiz; Urt. vom 21.3.2002, Nr. 31611/96 (Rn. 45), ÖJZ 2003, 430 (431) – Nikula/Finnland.

³⁰⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 20.5.1998, Nr. 25405/94 (Rn. 31 u. 34), ÖJZ 1999, 237 (238) – Schöpfer/Schweiz.

³⁰⁹ EGMR, Urt. vom 20.5.1998, Nr. 25405/94 (Rn. 32), ÖJZ 1999, 237 (238) – Schöpfer/Schweiz.

³¹⁰ S.o. Rn. 1766 ff.

³¹¹ EuGH, Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 (1677, Rn. 46) – Connolly.

- 1921** Im Rahmen des Europarechts ergeben sich inhaltliche Regelungen hierzu aus dem Statut der Beamten der Europäischen Gemeinschaft und den Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten der Gemeinschaft.³¹²

a) Verschwiegenheitspflicht

- 1922** Allen voran stellt die Verschwiegenheitspflicht eine deutliche, auch noch nach dem Ausscheiden aus dem Dienst greifende Einschränkung des Rechts auf freie Meinungsäußerung dar. In Art. 17 Abs. 1 VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 (Beamtenstatut)³¹³ heißt es: „Der Beamte enthält sich jeder nicht genehmigten Verbreitung von Informationen, von denen er im Rahmen seiner Aufgaben Kenntnis erhält, es sei denn, diese Informationen sind bereits veröffentlicht oder der Öffentlichkeit zugänglich.“
- 1923** Der Sinn dieser starren Regelung wird mit Blick auf die Erörterung von Missständen in der Verwaltung angezweifelt. Mangels ausreichend etablierter europäischer Öffentlichkeit, die Verwaltungsmissstände zum Gegenstand habe, sei eine liberalere Einstellung bei derartigen Äußerungen von Beamten wünschenswert.³¹⁴

b) Anzeigepflicht bei Veröffentlichungen

- 1924** Entsprechend restriktiv ist die Anzeigepflicht nach Art. 17a VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 (Beamtenstatut)³¹⁵ auszulegen. Hiernach hat der Beamte seine Absicht der Anstellungsbehörde anzuzeigen, wenn er Angelegenheiten, welche die Arbeit der Gemeinschaft betreffen, bekannt machen möchte. Die Anstellungsbehörde kann die Veröffentlichung dann bei entsprechendem Nachweis, dass die Angelegenheit den Interessen der Gemeinschaft ernstlich schaden könnte, untersagen.
- 1925** Richtungsweisend hat der EuGH zur Anzeigepflicht im Fall *Connolly* entschieden, dass diese Vorschrift als mögliche Rechtsgrundlage für schwerwiegende Eingriffe in die Meinungsfreiheit der Beamten grundrechtskonform und eng auszulegen ist. Die Zustimmung darf nur dann versagt werden, wenn die Veröffentlichung geeignet ist, den Gemeinschaftsinteressen schweren Schaden zuzufügen.³¹⁶ Der geänderte Wortlaut dieser Anzeigepflicht in der VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 trägt den Entscheidungsgrundsätzen des EuGH bereits weitgehend Rechnung. Eine restriktive Anwendung der Vorschrift ist jedoch nach wie vor angezeigt.

³¹² Des Rates vom 29.2.1968 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind, ABl. L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1.

³¹³ Ehemals Art. 17 Abs. 2 VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 in neuer, geänderter Fassung.

³¹⁴ *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 73.

³¹⁵ ABl. 1968 L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1.

³¹⁶ EuGH, Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 (1679, Rn. 53) – *Connolly*.

Den europäischen Organen wird in diesem Zusammenhang ein nur eingeschränkter Beurteilungsspielraum zugestanden, was sich auch der Entscheidung Cwik entnehmen lässt.³¹⁷ Hier ging es um die Versagung der Veröffentlichung eines bereits gehaltenen Vortrags des Kommissionsbeamten Cwik über die wirtschaftspolitische Feinsteuerung der WWU. Der Dienstvorgesetzte begründete seine Entscheidung damit, dass die vorgetragene Auffassung nicht der Kommissionslinie entspräche. Der EuGH bestätigte im Wesentlichen die Entscheidung des EuG, welche die Unzulänglichkeit der Entscheidungsgründe der Anstellungsbehörde bemängelte.³¹⁸ Es gab der Vorinstanz bei der Einbeziehung weiterer Kriterien in die Entscheidung, ob eine Veröffentlichung versagt werden dürfe, Recht. So kam zum Tragen, dass es sich um eine private Äußerung eines Beamten ohne Leitungsfunktion vor einem Fachpublikum handelte und ferner zum Veröffentlichungszeitpunkt der Standpunkt der Behörde bereits bekannt gegeben war.³¹⁹

c) Zurückhaltungspflicht

Wegen der im Beamtenrecht geltenden Zurückhaltungspflicht hat sich der Beamte jeder Handlung zu enthalten, die dem Ansehen seines Amtes abträglich sein könnte (Art. 12 VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68).³²⁰ Diese Pflicht bezieht sich auch auf Meinungsäußerungen, selbst wenn sie nicht öffentlich getätigt werden.³²¹ In Verbindung mit dieser Zurückhaltungspflicht steht auch die Neutralitätspflicht, die etwa das Tragen eines Kopftuchs ausschließen kann.³²²

Aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ergibt sich jedoch eine Unterscheidung, wonach die Zurückhaltungspflicht abgestuft zum Tragen kommt, je nach dem, ob es sich um eine private oder eine dienstliche Äußerung handelt. Eine solche Differenzierung ist auch im Europarecht sinnvoll.³²³

Eine weitere Differenzierung ergibt sich aus dem Rang des jeweiligen Beamten. Je höherrangiger und je bedeutender die ausgeübte Funktion, desto strengere Anforderung können an die Zurückhaltungspflicht des Beamten gestellt werden.³²⁴ Bei höheren Führungskräften und politischen Beamten ist ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Vorgesetzten wichtig. Dies kann schon vergleichsweise schnell erschüttert sein und zu Maßnahmen aus dienstlichen Gründen bis zur Stellenenthebung führen.³²⁵

Der Zurückhaltungspflicht der Beamten entspringt ferner das Gebot der Sachlichkeit bei Meinungsäußerungen. Insbesondere bei Kritik an Vorgesetzten oder in Bezug auf dienstliche Vorgehen spielt die Art und Weise der Äußerung eine maß-

³¹⁷ Vgl. die Darstellung bei Schorkopf, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 15 Rn. 65 f.

³¹⁸ EuGH, Rs. C-340/00 P, Slg. 2001, I-10269 (10296 f., Rn. 21 ff.) – Cwik.

³¹⁹ EuGH, Rs. C-340/00 P, Slg. 2001, I-10269 (10298, Rn. 26 f.) – Cwik.

³²⁰ ABl. 1968 L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1.

³²¹ EuG, Rs. T-146/89, Slg. 1991, II-1293 (1316 f., Rn. 76) – Williams.

³²² S.o. Rn. 1286.

³²³ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 75.

³²⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 (1677, Rn. 45) – Connolly.

³²⁵ Vgl. Art. 50 VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68.

gebende Rolle. Beleidigende und ausfallende Bemerkungen dürfen grundsätzlich sanktioniert werden.³²⁶ Die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, wie die Spontaneität der Äußerung und die Schwere der Beleidigung, sind bei der Frage der Rechtfertigung von Beschränkungen der Meinungsfreiheit in die Waagschale zu legen.³²⁷

- 1931** Bei dem in Art. 43 letzter Satz VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 niedergelegten Recht, mitgeteilten Beurteilungen eigene Bemerkungen hinzu zu fügen, darf die Zurückhaltungspflicht nicht eng ausgelegt werden. Ein Verstoß gegen diese Pflicht ist laut EuGH nur dann anzunehmen, wenn grob beleidigende Äußerungen oder gegenüber dem Beurteilenden erheblich respektlose Ausdrücke verwendet werden.³²⁸

d) *Treuepflicht*

- 1932** Unter der Treuepflicht der Beamten im weiteren Sinne sind als deren besondere Ausprägungen unter anderem auch die soeben besprochene Zurückhaltungspflicht und die Beratungs- und Unterstützungspflicht gegenüber Vorgesetzten zu verstehen. Diese allgemeine Treuepflicht obliegt jedem Beamten gegenüber seinem Vorgesetzten und seiner Behörde.
- 1933** Das Verhältnis zwischen der Meinungsfreiheit der Bediensteten und der allgemeinen Treuepflicht wurde vom EuGH grundlegend in der Entscheidung *Oyowe und Traore* klargestellt. Darin ging es um die Nichternennung zweier Journalisten zu Beamten der Kommission. Die Kläger waren Bedienstete der Europäischen Gesellschaft für Zusammenarbeit, die mit der Generaldirektion VIII der Europäischen Kommission zusammenarbeitete, und Redakteure der Zeitschrift „Le Courrier-Afrique-Caraïbes-Pacifique Communauté européenne“. Die Kommission versagte ihre Ernennung zu Beamten mit der Begründung, dass sie Angehörige der AKP-Staaten seien. Als solche repräsentierten sie den besonderen Charakter der Staaten in Afrika, der Karibik und im Pazifischen Ozean. Ihre Aufgaben im Redaktionsteam seien daher, so die Kommission, mit der Treuepflicht gegenüber der Gemeinschaft unvereinbar. Dem widersprach der EuGH. Die Treuepflicht dürfe „jedenfalls nicht so ausgelegt werden, dass sie im Widerspruch zur Freiheit der Meinungsäußerung liegt.“³²⁹
- 1934** Im engeren, hier interessierenden Sinne jedoch ist bei der Treuepflicht der Beamten an eine Übereinstimmung mit gewissen Grundauffassungen zu denken. Würde man hieraus eine Gesinnungstreue ableiten wollen, wäre dies sicherlich ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Meinungsfreiheit der Beamten. Die VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 (Beamtenstatut) sieht demgemäß vor, dass in Personalakten für Gemeinschaftsbeamte keine Angaben zu politischen, gewerk-

³²⁶ EuG, Rs. T-146/89, Slg. 1991, II-1293 (1315 f., Rn. 71 ff.) – Williams.

³²⁷ So auch *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 75; ausführlich *ders.*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1999, S. 457 ff.

³²⁸ EuGH, Rs. C-150/98 P, Slg. 1999, I-8877 (8900, Rn. 15) – Wirtschafts- u. Sozialausschuss.

³²⁹ EuGH, Rs. 100/88, Slg. 1989, 4285 (4309, Rn. 16) – Oyowe u. Traore.

schaftlichen, weltanschaulichen oder religiösen Aktivitäten und Überzeugungen aufgenommen werden.³³⁰

Bloße Zugehörigkeiten zu einer im jeweiligen Mitgliedstaat nicht verbotenen Partei, selbst wenn sie extremistische Auffassungen vertritt, genügen nicht für die Begründung einer Treuepflichtverletzung. Sie sind nur Ausdruck innerer Einstellung und stehen nicht im öffentlichen Blickfeld. Nach der Konventionsrechtsprechung erforderlich ist vielmehr eine konkrete Betätigung des Beamten für verfassungsfeindliche Ziele. So entschied der EGMR im Fall *Vogt*, dass die Entlassung einer Gymnasiallehrerin wegen ihrer Mitgliedschaft in der DKP unverhältnismäßig ist. Es gab keinen Nachweis dafür, dass die Lehrerin selbst verfassungsfeindliche Äußerungen machte oder eine verfassungsfeindliche Haltung einnahm.³³¹ **1935**

Allerdings hat der EGMR die jedem öffentlichen Bediensteten auferlegte positive Verpflichtung, für die freiheitlich demokratische Grundordnung als Verfassungsprinzip einzutreten, als zulässig erachtet.³³² Im Fall *Volkmer* wurde ein Gymnasiallehrer wegen mangelnder persönlicher Eignung, dieser Verpflichtung nachzukommen, aus dem Dienst entlassen. Seine mangelnde Eignung wurde aber nicht allein an der bloßen SED-Mitgliedschaft des Lehrers vor der Wiedervereinigung festgemacht. Ausschlaggebend waren vielmehr dessen aktive Posten als Sekretär der SED-Schulparteiorganisation und Tätigkeiten wie der Missbrauch von Schülern zu Spitzeldiensten. Der EGMR ließ offen, ob ein Eingriff in Art. 10 EMRK vorgelegen hat, jedenfalls hielt er einen solchen im Rahmen des nationalen Beurteilungsspielraums nach Art. 10 Abs. 2 EMRK zum Schutze der Rechte anderer und zur Aufrechterhaltung der Ordnung für gerechtfertigt.³³³ **1936**

e) Staatliche Haftung für Meinungsäußerungen seiner Beamten – keine Rechtfertigung über die individuelle Meinungsfreiheit des Äußernden

Eine andere Frage ist die, wann einem Staat die Äußerungen seines Bediensteten zuzurechnen sind, es also nicht nur um die Inanspruchnahme der persönlichen Meinungsfreiheit des Beamten geht. Nach dem grundlegenden Urteil *A.G.M.-COS.MET*³³⁴ sind Äußerungen dem Staat zurechenbar, wenn aufgrund ihrer Form und der Umstände die Empfänger annehmen dürfen, dass es sich um staatliche, offizielle Verlautbarungen und nicht um die private Meinung handelt. Ein Beamter des finnischen Sozial- und Gesundheitsministeriums hatte kritische Äußerungen über die Sicherheit bestimmter Hebebühnen getätigt hatte, obwohl deren Sicherheit aufgrund harmonisierten Gemeinschaftsrechts zu vermuten war. Der Beamte äußerte sich zunächst dienstlich wie öffentlich zu einem Zeitpunkt, zu welchem er **1937**

³³⁰ Art. 26 VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68, ABl. 1968 L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1.

³³¹ Vgl. EGMR, Urt. vom 26.9.1995, Nr. 17851/91 (Rn. 60), NJW 1996, 375 (377 f.) – *Vogt/Deutschland*.

³³² Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 10 Rn. 18 f.

³³³ EGMR, Entsch. vom 22.11.2001, Nr. 39799/98 (Rn. 1), NJW 2002, 3087 (3087 ff.) – *Volkmer/Deutschland*.

³³⁴ EuGH, Rs. C-470/03, EuGRZ 2007, 431 (437, Rn. 72) – *A.G.M.-COS.MET*.

selbst zuständig war, und dann öffentlich nach Entzug des Falls durch seinen Vorgesetzten. Entscheidend war, ob die in Rede stehenden Äußerungen dem finnischen Staat zuzurechnen waren. Hierbei ist zu würdigen, ob der Beamte im Allgemeinen für den betroffenen Bereich zuständig ist, die schriftliche Äußerung unter Verwendung des offiziellen Briefkopfes abgegeben wurde, in den Räumen der Dienststelle gesprochen wurde, kein Hinweis auf den privaten Charakter der Äußerung erfolgt ist und die Dienststelle auch nicht unverzüglich nach Bekanntwerden der Verlautbarung Schritte zur Zerstreuung des Eindrucks der Dienstlichkeit der Äußerung unternommen hat.³³⁵

- 1938** Sofern hiernach eine Zurechnung als dienstliche Äußerung erfolgen muss, kann die Meinungsfreiheit des einzelnen Beamten nicht mit der Verlautbarung einhergehende Beschränkungen des freien Warenverkehrs rechtfertigen.³³⁶

VII. Wesensgehaltsgarantie

- 1939** Letztlich bleibt bei Eingriffen in die Kommunikationsfreiheit zu prüfen, ob der Wesensgehalt des Grundrechts angetastet ist. Bei einer parallelen Anwendung von Art. 52 Abs. 1 und 3 EGRC ergibt sich dies unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 1 EGRC. Aber auch wenn Art. 52 Abs. 3 EGRC als *lex specialis* betrachtet wird, ist der Rechtsprechung des EGMR zu entnehmen, dass die Beeinträchtigung der Substanz eines Grundrechts unzulässig ist.³³⁷ Allerdings sind soweit ersichtlich noch keine Fälle entschieden worden, bei denen die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Kommunikationsfreiheit an der Nichtbeachtung der Wesensgehaltsgarantie gescheitert ist.

L. Objektivrechtliche Grundrechtsgehalte

I. Schutzpflichten und Einbeziehung Privater

- 1940** Die Meinungsfreiheit ist in erster Linie als klassisches Abwehrrecht ausgestaltet. Dies legt schon der Wortlaut von Art. 11 EGRC nahe, der die Ungestörtheit von Eingriffen des Staates in die Kommunikation betont. Eine direkte ausdrückliche Schutzpflicht, die nicht in dieser Abwehrkomponente aufgeht, ergibt sich für die Gewährleistung des Pluralismus in Art. 11 Abs. 2 EGRC. Davon unmittelbar betroffen ist allerdings nur die Medienfreiheit.³³⁸
- 1941** Im Übrigen kann auch aus der Meinungsfreiheit eine Gewährleistungspflicht des Staates für das jeweilige Recht hergeleitet werden.³³⁹ In der Rechtsprechung

³³⁵ EuGH, Rs. C-470/03, EuGRZ 2007, 431 (436, Rn. 56 ff.) – A.G.M.-COS.MET.

³³⁶ EuGH, Rs. C-470/03, EuGRZ 2007, 431 (437, Rn. 72) – A.G.M.-COS.MET.

³³⁷ S.o. Rn. 1835, 539 ff., 672 f.

³³⁸ S.u. Rn. 2034 ff.

³³⁹ Vgl. *Schilling*, EuGRZ 2000, 3 (32 f. u. 36), allerdings skeptisch für die Ableitung von Schutzpflichten aus europäischen Grundrechten vor Aufnahme derselben in die Verträge. Näher allgemein o. Rn. 347 ff.

des EGMR ist insoweit von „positive obligations“ die Rede, die Teilhaberechte, prozedurale Pflichten und Schutzpflichten in Bezug auf die Abwehr von Beeinträchtigungen durch Private beinhalten.³⁴⁰ Unter bestimmten Umständen sind so etwa Presseunternehmen vom Staat vor Gewalttaten zu schützen, durch die Veröffentlichungen verhindert werden sollen.³⁴¹

In der Entscheidung *Fuentes Bobo* hat der EGMR weiter entschieden, dass die Meinungsfreiheit unter Umständen auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung findet. Danach ist der Staat in besonderen Fällen verpflichtet, in diesem Zusammenhang die Meinungsfreiheit vor Eingriffen Privater zu schützen.³⁴² Schließlich befindet sich der Arbeitnehmer regelmäßig in einer unterlegenen Position, die ihn besonderem Druck ausgesetzt sein lässt, die eigene Meinung nicht zu äußern. Dabei nimmt der Bereich der Arbeit einen großen Teil des Lebens von Vollzeitbeschäftigten ein. Die Meinungsfreiheit liefe daher weitgehend leer, wenn sie insoweit gänzlich außen vor bliebe. Der Angestellte einer öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalt war wegen kritischer Äußerungen über das Management disziplinarisch verfolgt und entlassen worden, worin der EGMR einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit sah. Eine parallele Situation besteht bei entsprechenden Maßnahmen privater Sender.³⁴³ Da die europäischen Grundrechte aber gem. Art. 51 Abs. 1 EGRC nur staatliche Stellen verpflichten, kommen zulasten Privater höchstens die grundrechtlichen Schutzpflichten zum Zuge.³⁴⁴ Die zuständigen Stellen haben daher entsprechende Schutzregelungen zu treffen, welche dann die privaten Arbeitgeber zu wahren haben.³⁴⁵

Solche Beschränkungen der Meinungsfreiheit können freilich wie bei Bediensteten öffentlicher Träger³⁴⁶ durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt werden. Was im öffentlichen Dienst die Neutralität ist, bildet bei um Kunden bemühten Einheiten das positive Erscheinungsbild nach außen, das nicht durch die eigenen Mitarbeiter zerstört werden darf. Öffentliche Kritik am eigenen Arbeitgeber schadet dem Image erheblich. Demgegenüber ist Kritik unter Kollegen eine Form des normalen internen Meinungsaustausches. Sie kann daher nicht aus betrieblichen Erfordernissen beschränkt werden und ist daher etwa von den Arbeitsgerichten im Rahmen der arbeitsrechtlichen Pflichten zu schützen, wenn sie ein Arbeitgeber verbietet, außer sie geht mit einem Aufruf einher, die Arbeit zu verweigern oder zu verlangsamen.

1942

1943

³⁴⁰ S. genauer *Grabenwarter*, § 19 Rn. 1 ff.; allgemein zur Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten o. Rn. 359 ff.

³⁴¹ EGMR, Urt. vom 16.3.2000, Nr. 23144/93 (Rn. 42 ff.), RJD 2003-III – Özgür Gündem/Türkei; zur Pressefreiheit ferner u. Rn. 2153 f.

³⁴² EGMR, Urt. vom 29.2.2000, Nr. 39293/98 (Rn. 38) – *Fuentes Bobo*/Spanien. S. bereits o. Rn. 1783.

³⁴³ S.o. Rn. 1783.

³⁴⁴ *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 34 im Sinne einer horizontalen Wirkung aber z.B. EGMR, Urt. vom 22.2.2005, Nr. 35839/97 (Rn. 35 f.) – *Pakdemirli*/Türkei.

³⁴⁵ S. bereits o. Rn. 1783, ferner allgemein 359 ff.

³⁴⁶ S.o. Rn. 1920 ff.

II. Ausstrahlungswirkung

- 1944** Damit ist die Bedeutung der Meinungsfreiheit bei der Anwendung anderer Normen oder bei Abwägungsvorgängen zwischen mehreren betroffenen Rechtsgütern hinreichend zu berücksichtigen.³⁴⁷ Darin kann eine Ausstrahlungswirkung gesehen werden. Allerdings kann es bei einer Beteiligung staatlicher Organe streng genommen auch um die Abwehrkomponente gehen,³⁴⁸ so um die Wahrung der Meinungsäußerungsfreiheit gegenüber den Belangen des freien Warenverkehrs. Insofern kann dann die Meinungsfreiheit eine grundfreiheitliche Schutzpflicht einschränken.³⁴⁹ Auch bei Schutzkonstellationen fließen der Abwehrcharakter und die den Grundrechten innewohnende positive Schutzfunktion oft ineinander.³⁵⁰

III. Teilhaberechte und institutioneller Gehalt von Art. 11 EGRC

- 1945** Teilhaberechtliche und institutionelle Gehalte der Kommunikationsfreiheit können vor allem im Bereich der Presse und des Rundfunks eine Rolle spielen. Insbesondere geht es hierbei um die Pluralismussicherung, aber auch um Zugangsrechte etwa zu bestimmten Informationen. Die objektiv-rechtliche Komponente der allgemeinen Kommunikationsfreiheit manifestiert sich vorrangig in einzelnen oben aufgezeigten Ausstrahlungswirkungen und Schutzpflichten,³⁵¹ soweit man diese nicht subjektiv-rechtlich ableitet.³⁵²

³⁴⁷ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 24) – Familiapress; Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 77 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

³⁴⁸ Für deren Heranziehung bei der Genehmigung grundrechtsgefährdenden Verhaltens *Sczcekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 5 Rn. 25 a.E.

³⁴⁹ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5717, Rn. 71) – Schmidberger (Brenner-Blockade); *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 198 f.

³⁵⁰ Hierzu *Sczcekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 5 Rn. 23 ff.; s. auch *Grabenwarter*, § 19 Rn. 11.

³⁵¹ S.o. Rn. 1940 ff. u. 2144 ff.

³⁵² Dafür o. Rn. 374 ff.

M. Prüfungsschema zu Art. 11 Abs. 1 EGRC

1. Schutzbereich

1946

- a) Personell
 - aa) natürliche Personen
 - bb) juristische Personen des Privatrechts; Sonderfall öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten
- b) Sachlich
 - aa) Meinungen, Ideen und Informationen
 - bb) prinzipiell auch unwahre Tatsachen, aber abgestufte Schutzintensität
 - cc) Inhalt unbeachtlich; auch z. B. kommerzielle Inhalte
 - dd) Bilden und Haben einer Meinung; Äußerung von Ideen, Tatsachen oder Meinungen; Empfang von Informationen und Meinungen
 - ee) nur in Ausnahmefällen Informationspflicht des Staates auf bestimmte Inhalte bezogen

2. Beeinträchtigung

- a) unmittelbar (z.B. Verbote), mittelbar
- b) direkt, indirekt (Sanktionen)
- c) faktisch oder rechtlich

3. Rechtfertigung

- a) Schrankenregelung aus Art. 10 Abs. 2 EMRK über Art. 52 Abs. 3 EGRC, parallele Anwendung des Art. 52 Abs. 1 EGRC entbehrlich
- b) gesetzliche Grundlage erforderlich
- c) legitime Beschränkungsziele in Art. 10 Abs. 2 EMRK abschließend genannt (Rechte anderer, Aufrechterhaltung der Ordnung, Moral etc.)
- d) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter Berücksichtigung des variierenden nationalen Beurteilungsspielraums; differenzierende Kasuistik; Bedeutung für demokratische Gesellschaft

§ 3 Medienfreiheit

A. Besondere Bedeutung der Medienfreiheit innerhalb der Kommunikationsgrundrechte

Die Medienfreiheit weist inhaltlich deutliche Parallelen zur allgemeinen Kommunikationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 EGRC auf und ist deshalb als Teil der Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinne zu verstehen.³⁵³ Innerhalb der Kommunikationsgrundrechte kommt der Medienfreiheit eine ganz besondere Bedeutung

³⁵³ S.o. Rn. 1745 f.

zu. Dies resultiert daraus, dass zumindest über die Medien im klassischen Sinne, also Presse, Rundfunk und Film, eine unbestimmte Vielzahl von Rezipienten erreicht wird. Der Effekt, den die Medien auf die öffentliche Meinungsbildung haben, ist damit ungleich höher als bei der Individualkommunikation. Daher ist die besondere Bedeutung der Medienfreiheit innerhalb einer demokratischen Grundordnung hervorzuheben.³⁵⁴

1948 Der Zugang des Bürgers zu den verschiedensten Informationen und Meinungen anderer gehört zu den essenziellen Voraussetzungen einer funktionierenden Demokratie. Insbesondere für die Presse stellt der EGMR deshalb heraus, dass sie für die Öffentlichkeit eines der besten Mittel darstelle, „Ideen und Einstellungen politischer Führer zu erfahren und sich darüber eine Meinung zu bilden.“³⁵⁵ Auf der anderen Seite haben über die Presse auch Politiker die Gelegenheit, Ansichten der öffentlichen Meinung zu reflektieren und zu kommentieren. Daher kann die Presse als zentraler Platz für die Teilnahme an der politischen Diskussion betrachtet werden.³⁵⁶

1949 In der Rechtsprechung des EGMR ist ferner von der Rolle der Presse als „public watchdog“ die Rede. In dieser Wächterrolle weist sie auf Missstände, Fehler, Mängel und rechtswidrige Machenschaften in Politik und Gesellschaft hin.³⁵⁷ Demnach kann die Rolle der Medien nicht auf die bloße Funktion als Mitteilungsforum reduziert werden. Vielmehr kommt ihr gerade über die wertenden, Stellung nehmenden Elemente große Bedeutung zu.³⁵⁸

B. Eingeschränkte Zuständigkeit der Union nach Art. 151 EG/167 AEUV

1950 Der Mediensektor zählt allgemein zum Bereich der Kultur, wenn auch eine große wirtschaftliche Bedeutung nicht von der Hand zu weisen ist. Zudem hat die Kommission das Vorliegen einer Kulturbeförderung deshalb abgelehnt, weil die Fördermaßnahmen in erster Linie demokratischen und erzieherischen Bedürfnissen diene.³⁵⁹ Gerade die besondere Bedeutung der Medien für die Meinungsbildung in der Demokratie bietet daher ein Einfallstor, um den Kulturbegriff zu begrenzen und so indirekt auch die Unionskompetenzen zu stärken. Gem. Art. 151 EG/167 AEUV

³⁵⁴ Vgl. nur *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 1 f.; *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4, Rn. 17.

³⁵⁵ EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9815/82 (Rn. 42), NJW 1987, 2143 (2144) – *Lingens/Österreich*.

³⁵⁶ EGMR, Urt. vom 23.4.1992, Nr. 11798/85 (Rn. 43), ÖJZ 1992, 803 (805) – *Castells/Spanien*.

³⁵⁷ Vgl. EGMR, Urt. vom 17.12.2004, Nr. 49017/99 (Rn. 71), NJW 2006, 1645 (1647 f.) – *Pedersen u. Baadsgaard/Dänemark*; Urt. vom 25.6.1992, Nr. 13778/88 (Rn. 63), ÖJZ 1992, 810 (813) – *Thorgeir Thorgeirson/Island*.

³⁵⁸ Vgl. *Holoubek*, AfP 2003, 193 (194).

³⁵⁹ KOMM. NN70/98 vom 24.2.1999 n.v. (Ziff. 6.2. f.) – *KiKa/Phoenix*, Genehmigung veröffentlicht in ABl. 1999 C 238, S. 3; s. *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1121. Anders verhält es sich mit der Filmförderung, *Frenz*, a.a.O., Rn. 1115 ff.

kommt der EU hier nämlich nur eine eingeschränkte Zuständigkeit zu. Art. 51 Abs. 2 EGRC stellt klar, dass durch die Grundrechtecharta die bestehenden Zuständigkeiten und Aufgaben nicht geändert oder neue begründet werden können.

Art. 151 Abs. 2 EG/167 Abs. 2 AEUV berechtigt lediglich zur Förderung der Zusammenarbeit und zur Unterstützung, allenfalls Ergänzung der Arbeit der Mitgliedstaaten im kulturellen Bereich. Das bedeutet, dass die Union hier keine eigenständigen Eingriffs- oder Schutzkompetenzen innehat. Die Medienfreiheit in Art. 11 Abs. 2 EGRC fungiert damit vorrangig in ihrer Dimension als klassisches Abwehrrecht gegenüber der EU. Die Mitgliedstaaten werden nicht etwa durch Art. 11 Abs. 2 EGRC bindend verpflichtet, ihre Medienordnung umzugestalten.³⁶⁰ Es findet auf dieser Grundlage auch keine supranationale Konzentrationskontrolle durch Organe der Union statt.³⁶¹ **1951**

Sofern der Union jedoch Kompetenzen eingeräumt sind, fungiert die Medienfreiheit auch als Zielvorgabe, indem beispielsweise der Pluralismus in den Medien im Rahmen anderweitig festgelegter Zuständigkeiten zu achten ist. Insofern kommt die objektiv-rechtliche Dimension des Grundrechts zum Tragen.³⁶² **1952**

Im Bereich der Pluralismussicherung hat die Kommission vertreten, dass diese mangels grenzüberschreitenden Charakters vornehmlich Aufgabe der Mitgliedstaaten sei. Eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels sei nicht erkennbar.³⁶³ Auch das aktuelle Maßnahmenpaket der Kommission³⁶⁴ bleibt zunächst im Bereich der genauen Sachverhaltsermittlung und allenfalls der Förderung und Unterstützung nationaler Tätigkeiten bei der Vielfaltsicherung. **1953**

C. Entstehungsgeschichte des Art. 11 Abs. 2 EGRC und dogmatische Folgerung

I. Abrücken vom Einheitskonzept der Kommunikationsfreiheit

Hat der Grundrechtekonvent sich bei der Konzeption der Kommunikationsfreiheit ansonsten auch stark an die einheitliche Struktur des Art. 10 EMRK angelehnt,³⁶⁵ so ist er bei der Medienfreiheit letztlich hiervon abgerückt. In Art. 10 EMRK findet die Freiheit der Medien keine ausdrückliche Erwähnung, sondern wird als Bestandteil der allgemeinen Meinungs- und Informationsfreiheit geschützt.³⁶⁶ Ledig- **1954**

³⁶⁰ Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 33.

³⁶¹ Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 35; Schwarze, AfP 2003, 209 (211).

³⁶² Vgl. Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 35.

³⁶³ Vgl. Roßnagel/Scheuer, MMR 2005, 271 (277); Redemanuskript EU-Kommissarin V. Reding „Europäische Visionen einer pluralen Medienordnung“, Medienkongress der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. – 1. März 2004 – Berlin, S. 7, veröffentlicht unter www.kas.de/upload/dokumente/medienkongressgesamt.pdf.

³⁶⁴ S.u. Rn. 2043 ff.

³⁶⁵ S.o. Rn. 1743.

³⁶⁶ S. z.B. bereits EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74, EuGRZ 1979, 386 – Sunday Times (Nr. 1)/Vereinigtes Königreich.

lich der spezifische Genehmigungsvorbehalt in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK weist auf den Rundfunk- und Kinosektor als Besonderheit hin.

- 1955** Der erste Entwurf des Konventspräsidiums übernahm dieses Konzept und hatte keine selbstständige Garantie der Medienfreiheit vorgesehen. Angesichts der Funktion der Medienfreiheit und ihrer bedeutsamen Stellung innerhalb der Demokratie wurde im Plenum des Grundrechtekonvents jedoch schon früh angeregt, die Medienfreiheit separat zu regeln. Der Kompromissvorschlag des Präsidiums sah zunächst einen eigenen Absatz zur Pressefreiheit vor. Der anschließenden Forderung im Konvent, neben der Pressefreiheit auch die Rundfunkfreiheit gesondert zu nennen, wurde letztlich nicht direkt gefolgt. Das Präsidium favorisierte eine Lösung, mit der die Pressefreiheit durch den Begriff Medienfreiheit ersetzt wurde. Damit fand ein offener Begriff, der medialen Veränderungen Rechnung tragen kann, Einzug in die Grundrechtecharta.³⁶⁷
- 1956** Durch die gesonderte Erwähnung der Medienfreiheit in Art. 11 Abs. 2 EGRC sollte vor allem den Besonderheiten der medialen Kommunikation Rechnung getragen sowie die überragende Bedeutung der Medien hervorgehoben werden. Das bedeutet inhaltlich allerdings nicht notwendig einen Bruch mit der Einheitskonzeption nach der EMRK, wie sie durch die Rechtsprechung des EGMR Gestalt gefunden hat. Auch nach der so genannten Einheitslösung der EMRK hat der Bereich der Medien, insbesondere der Presse, innerhalb der Kommunikationsfreiheit bereits eine besondere Position inne.³⁶⁸
- 1957** Deutlich wird diese Auslegung des Art. 11 EGRC auch durch den Hinweis in den Erläuterungen zur EGRC. Hiernach hat Art. 11 EGRC insgesamt dieselbe Bedeutung und Tragweite wie Art. 10 EMRK.³⁶⁹ Andererseits legt die eigenständige Regelung in Art. 11 Abs. 2 EGRC auch eine dogmatische Eigenständigkeit mit Blick auf die Besonderheiten des Mediensektors nahe. Insoweit kann von einer Emanzipierung der Medienfreiheit von der allgemeinen Meinungs- und Informationsfreiheit gesprochen werden.³⁷⁰ Sofern die sachspezifischen Eigenarten der Medien und ihre besondere Bedeutung dies verlangen, lässt die Konzeption des Art. 11 Abs. 2 EGRC eine dogmatische Selbstständigkeit der Medienfreiheit zu.³⁷¹

³⁶⁷ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 11 Rn. 5 ff.; Meyer, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer Europäischen Verfassung, 2005, S. 13 ff.; s. auch *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 159 f., 188 ff., 287 ff., 365.

³⁶⁸ EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 65), EuGRZ 1979, 386 (390) – Sunday Times (Nr. 1)/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 25.6.1992, Nr. 13778/88 (Rn. 63), ÖJZ 1992, 810 (813) – Thorgeir Thorgeirson/Island sowie Urt. vom 17.12.2004, Nr. 49017/99, (Rn. 71), NJW 2006, 1645 (1647 f.) – Pedersen u. Baadsgaard/Dänemark.

³⁶⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

³⁷⁰ *Stock*, EuR 2002, 566 (572); s. auch *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 11 Rn. 15.

³⁷¹ Vgl. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 13, § 24 Rn. 7; ferner s.o. Rn. 1745 ff.

II. Abschwächung der Schutzintensität?

Unterschiedlich beantwortet wurde zudem die Frage, ob die Wortlautänderung in der Entstehungsgeschichte des Art. 11 Abs. 2 EGRC von „Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden gewährleistet“ in „...werden geachtet“ eine Abschwächung der Schutzintensität mit sich brachte. Dies geschah zunächst, um deutlich zu machen, dass die Kompetenzen der EU weniger stark sind, als das Wort „gewährleisten“ suggerieren könnte. Art. 11 Abs. 2 EGRC sollte also vor allem keinen kompetenzbegründenden Charakter haben.³⁷² Das ergibt sich auch aus Art. 51 Abs. 2 EGRC, wonach die Grundrechtecharta weder neue Zuständigkeiten noch Aufgaben für die Union begründet. Wie weit genau die Kompetenzen der Union im Bereich der Medien gehen und inwieweit die Änderung in der Formulierung dogmatische Konsequenzen hat, ist seither allerdings umstritten.³⁷³

Teilweise wird sogar angezweifelt, dass die Medienfreiheit in Art. 11 Abs. 2 EGRC einen subjektiv-rechtlichen Schutzgehalt hat.³⁷⁴ So weitgehend darf die Formulierung „geachtet“ jedoch nicht interpretiert werden. Betrachtet man allein den Grund, der zur Formulierungsänderung geführt hat, spricht schon dieser gegen die Annahme, die Abwehrfunktion des Grundrechts sei abgeschwächt worden.³⁷⁵ Der über Art. 52 Abs. 3 EGRC hergestellte Zusammenhang mit Art. 10 EMRK ergibt zudem, dass der Schutzgehalt des Art. 11 EGRC nicht hinter dem durch Art. 10 EMRK Gewährleisteten zurückbleibt.³⁷⁶ Allzu zurückhaltenden Interpretationen hinsichtlich des Schutzgehalts der nur „geachteten“ Medienfreiheit kann danach nicht gefolgt werden.³⁷⁷

D. Personelle Reichweite

I. Berechtigte

1. Offener Ansatz

Art. 11 EGRC ist als Jedermann-Grundrecht ausgestaltet. Das bedeutet, dass sich grundsätzlich jeder darauf berufen kann, natürliche und juristische Personen³⁷⁸ sowie Vereinigungen.³⁷⁹ Berechtigte sind auch Drittstaatsangehörige.³⁸⁰

³⁷² Vgl. Meyer, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer Europäischen Verfassung, 2005, S. 13 (20); Stock, EuR 2002, 566 (575).

³⁷³ Ausführlich und krit. Stock, EuR 2002, 566 (576 ff.) m.w.N. sowie o. Rn. 1950 ff.

³⁷⁴ Skeptisch Schmittmann/Luedtke, AfP 2000, 533 (534).

³⁷⁵ Vgl. Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 121; Schwarze, AfP 2003, 209 (211).

³⁷⁶ So auch Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 35.

³⁷⁷ Vgl. Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 121.

³⁷⁸ Zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts s.u. Rn. 1964.

³⁷⁹ S.o. zur Informations- und Meinungsfreiheit, Rn. 1779.

2. Natürliche Personen

- 1961** Geschützt sind zunächst natürliche Personen wie etwa Verleger, einzelne Medienunternehmer und deren Mitarbeiter, die inhaltlich am Prozess der Herstellung des Produkts beteiligt sind. Insbesondere unterfallen die journalistische Tätigkeit, also die Recherche, das Konzept, die Tendenz und inhaltliche Gestaltung des Produktes, aber auch ihr äußeres Erscheinungsbild der Medienfreiheit. Die hieran beteiligten Personen können sich damit auf Art. 10 Abs. 2 EGRC berufen.³⁸¹ Im Rahmen der so genannten inneren Pressefreiheit wird diskutiert, ob das Grundrecht sogar zwischen einzelnen Berechtigten wie zwischen Herausgeber und Journalist zum Tragen kommt (mittelbare Drittwirkung).³⁸²

3. Juristische Personen und Vereinigungen

a) *Juristische Personen des Privatrechts*

- 1962** Als juristische Personen des Privatrechts kommen unabhängig von ihrer konkreten Organisationsform Medienunternehmen jeder Art als Grundrechtsträger in Betracht. Voraussetzung ist, dass sie ihrer Tätigkeit nach in den Bereich des Art. 11 EGRC fallen. Es können sich somit Verlage, Zeitungsdruckereien, Filmproduktionsgesellschaften, Fernsehunternehmen, Nachrichtenagenturen etc. auf die Medienfreiheit berufen.
- 1963** Irrelevant ist auch, ob die juristische Person ihren Sitz oder Gründungsort im EU-Gebiet hat. Sie muss lediglich in den Anwendungsbereich des Unionsrechts gelangen.³⁸³

b) *Juristische Personen des öffentlichen Rechts*

- 1964** Bei Personen des öffentlichen Rechts, also vor allem den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ergeben sich Besonderheiten. Öffentlich-rechtliche Einrichtungen zählen primär zu den Grundrechtsverpflichteten und können sich daher nur dann selbst auf die Grundrechte berufen, wenn sie vom Staat unabhängig sind³⁸⁴ und sich in einem spezifischen Sachbereich in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage befinden. Letzteres trifft zu, wenn ihr Tätigkeitsbereich unmittelbar ei-

³⁸⁰ Zur Einschränkung der Meinungsfreiheit bei Drittstaatsangehörigen allgemein s.o. Rn. 1773 ff.

³⁸¹ EGMR, Urt. vom 23.9.1994, Nr. 15890/89 (Rn. 31), ÖJZ 1995, 227 (228) – Jersild/Dänemark; Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 25, widersprüchlich zu § 24 Rn. 17, wonach der einzelne Beitrag eines Journalisten der allgemeinen Kommunikationsfreiheit unterfalle.

³⁸² Für Art. 10 EMRK Grabenwarter, § 23 Rn. 8; krit. hierzu u. Rn. 1969, 2147 ff.

³⁸³ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 23 Rn. 32; vgl. Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 104 f.

³⁸⁴ V.a. hierauf abstellend und bejahend für Rundfunkanstalten Jarass, § 4 Rn. 34, § 16 Rn. 35; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 21.

nem grundrechtlich geschützten Lebensbereich zuordenbar ist. Bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist dies die Meinungs- bzw. Medienfreiheit.³⁸⁵

Die Tätigkeit der Rundfunkanstalten dient der Gewährleistung der freien öffentlichen Meinungsbildung.³⁸⁶ Zwar werden die Rundfunkanstalten insofern auch in Erfüllung eines öffentlichen Auftrags tätig, haben diesen aber gerade staatsfern zu erledigen. Sie verdienen daher grundrechtlichen Schutz vor staatlichen Eingriffen.³⁸⁷

1965

c) *Parallelität mit der EMRK*

Auch für den Bereich der EMRK wird vom Schutz der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch Art. 10 EMRK ausgegangen.³⁸⁸ Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind zwar grundsätzlich Adressaten der Menschenrechte und daher nicht parteifähig. Nach der Rechtsprechung des EGMR können sie jedoch als „nichtstaatliche Organisationen“ i.S.d. Art. 34 EMRK parteifähig sein, wenn sie nicht als staatliche Organisationen handeln. Entscheidend soll sein, ob öffentlich-rechtliche Befugnisse ausgeübt werden.³⁸⁹ In dem Bereich, den die Rundfunkanstalten staatsfern zu erfüllen haben, üben sie in diesem Sinne keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse aus.³⁹⁰ Vielmehr befinden sie sich bei der Wahrnehmung ihres Rundfunkauftrags in einer ähnlich grundrechtsrelevanten Lage wie private Rundfunkunternehmen. So sind auch nach der EMRK Rundfunkanstalten parteifähig und können sich auf Art. 10 EMRK berufen.

1966

Insofern können auch Parallelen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsträgerschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten³⁹¹ gezogen werden.³⁹²

1967

³⁸⁵ Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 362.

³⁸⁶ Für die Rechtslage in Deutschland z.B. BVerfGE 78, 101 (103); vgl. *Merli*, in: Hoffmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), *Information, Medien und Demokratie*, 1997, S. 31 (36 f.).

³⁸⁷ Ähnlich *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 27 m.w.N.; *Feise*, *Medienfreiheit und Medienvielfalt* gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 105 ff. m. w. N.; wohl auch *Stern*, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 42, der missverständlich argumentiert, die „Sachaufgabe Rundfunk sei keine staatliche, sondern eine im gesellschaftlichen Raum angesiedelte Angelegenheit“.

³⁸⁸ *Grabenwarter*, § 23 Rn. 9; EGMR, Entsch. vom 23.9.2003, Nr. 53984/00 (Rn. 28), RJD 2003-X – Radio France u.a./Frankreich.

³⁸⁹ Vgl. EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Rn. 49), ÖJZ 1995, 428 (429) – Holy Monasteries/Griechenland; *Grabenwarter*, § 13 Rn. 10.

³⁹⁰ Jenseits dieses staatsfernen Bereichs sind sie auch öffentliche Auftraggeber, *Frenz*, *Europarecht* 3, Rn. 2676 ff.

³⁹¹ S. BVerfGE 31, 314 (322); 59, 231 (254); 74, 297 (317 f.).

³⁹² Vgl. *Grabenwarter*, 2. Aufl. 2005, § 13 Rn. 10.

II. Verpflichtete

- 1968** Grundsätzlich verpflichtet Art. 11 Abs. 2 EGRC ebenso wie Art. 11 Abs. 1 EGRC alle Staatsgewalt im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Dies trifft in erster Linie die Unionsorgane, aber auch die Mitgliedstaaten, sofern Unionsrecht einschlägig ist.³⁹³
- 1969** Die Frage, ob eine so genannte innere Pressefreiheit zwischen Verleger und Journalist zu gewährleisten ist, betrifft auch die dogmatische Herleitung einer möglichen Drittwirkung. Bei einer unmittelbaren Drittwirkung käme es zu einer Verpflichtung privater Unternehmen aus dem Grundrecht der Pressefreiheit.³⁹⁴ Diese Erweiterung des Kreises der durch Art. 11 EGRC Verpflichteten widerspricht aber der allgemeinen Vorgabe des Art. 51 EGRC und scheidet aus.³⁹⁵

E. Sachlicher Gewährleistungsgehalt

I. Verhältnis zur allgemeinen Meinungsfreiheit

- 1970** Der sachliche Gewährleistungsgehalt der Medienfreiheit unterscheidet sich in mancherlei Hinsicht von der allgemeinen Meinungsfreiheit, wenn es auch in beiden Grundrechten im Kern um die Verbreitung von Meinungen und Informationen geht. Die Medienfreiheit schützt das Bilden einer Meinung und das freie Äußern, Verbreiten und Empfangen von Meinungen und Informationen via Medien.³⁹⁶ Sie geht insofern über die von der allgemeinen Meinungsfreiheit geschützte Individualkommunikation hinaus, als sie in besonderer Weise der öffentlichen Meinungsbildung dient.³⁹⁷
- 1971** Den Besonderheiten des Mediensektors entsprechend sind demnach ganz spezifische Tätigkeiten von der Medienfreiheit geschützt. Darunter fallen insbesondere die Organisation von Herstellung und Vertrieb der Medienprodukte, die journalistische Tätigkeit von der Informationsbeschaffung bis zur redaktionellen Aufbereitung von Themen, der Zugang zu Verbreitungsnetzen und Märkten, die Gründung von Medienunternehmen und die Festlegung journalistischer Tendenzen vor allem im Bereich der Presse.³⁹⁸
- 1972** Auch bei der Prüfung der Eingriffsrechtfertigung kommen die Besonderheiten gegenüber der allgemeinen Meinungsfreiheit und die überragende Bedeutung der

³⁹³ S.o. Rn. 211 ff.

³⁹⁴ Krit. zur Drittwirkung der Medienfreiheit Kühling, in: Hesels/Nowak, § 24 Rn. 30 f.

³⁹⁵ S.u. Rn. 2147 ff.; ausführlich Kloepfer, „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1996.

³⁹⁶ Vgl. Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 99; Schwarze, in: ders./Hesse (Hrsg.), Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter, 2000, S. 87 (88).

³⁹⁷ Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 99 f. S. bereits o. Rn. 1947 ff.

³⁹⁸ Vgl. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 11 Rn. 17.

Medien für den Meinungsbildungsprozess in einer Demokratie zum Tragen. Insbesondere bei Abwägungsprozessen spielen sie eine gewichtige Rolle.

II. Geschützte Medien

1. Technologieoffener Ansatz

Durch die Medienfreiheit geschützt sind Medien i.S.v. Massenmedien. Ausschlaggebend ist, dass die Zahl der Rezipienten offen ist, also eine unbestimmte Vielzahl von Personen den potenziellen Empfängerkreis bildet.³⁹⁹ Da der technische Übertragungsweg im Wortlaut keine Rolle spielt, ist davon auszugehen, dass auch das Internet als geschütztes Übertragungsmedium in Betracht kommt. Dies gilt allerdings nur, soweit nicht Individualkommunikation via Internet in Rede steht. **1973**

Eine derartige Technologieoffenheit ist notwendige Voraussetzung, um dem durch technischen Fortschritt entstandenen Phänomen der Konvergenz angemessenen Rechnung tragen zu können. Auch über das Medium Internet sind mittlerweile massenkommunikationsartige Übertragungen möglich. Es besteht folglich kein Grund, das Internet generell nicht zu den Medien in Art. 11 Abs. 2 EGRC zu rechnen.⁴⁰⁰ **1974**

In die gleiche Richtung geht die Entscheidung der Kommission zum Abschluss des Beihilfeverfahrens betreffend die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland. Wenn auch hieraus nicht direkt ein Schluss zur Reichweite des Begriffs „Medien“ in Art. 11 EGRC zu ziehen ist, so fällt doch auf, dass eine deutliche Öffnung zur Einbeziehung neuer Medienangebote in den Rundfunkauftrag, freilich unter der Voraussetzung ihres gemeinwirtschaftlichen Charakters, gebilligt wurde.⁴⁰¹ **1975**

2. Rundfunk

Der Begriff des Rundfunks ist zunächst herkömmlich zu verstehen. Er umfasst sowohl Hörfunk als auch Fernsehen. Darbietungen in Ton ohne Bild sind dabei Hörfunk, die Übertragung visueller Darbietungen mit oder ohne Ton zählt unter Fernsehen. Der Begriff der Darbietung beinhaltet eine redaktionelle Aufbereitung der Meinungen und Informationen und verstärkt die diesen Massenmedien, besonders dem Fernsehen, eigene Suggestivkraft. **1976**

Fernsehen kann in Anlehnung an die FernsehRL 89/552/EWG,⁴⁰² auf die die Erläuterungen zur EGRC Bezug nehmen,⁴⁰³ definiert werden. Danach ist eine Fern- **1977**

³⁹⁹ Jarass, § 16 Rn. 33.

⁴⁰⁰ Vgl. Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 11 GRCh Rn. 22; Rengeling/Szczekalla, Rn. 727; anders für Art. 10 EMRK Grabenwarter, § 23 Rn. 9, ohne Auseinandersetzung mit der Konvergenz der Medien, da Internet generell nicht unter Hörfunk und Fernsehen falle.

⁴⁰¹ S. MEMO/07/150 vom 24.4.2007 und IP/07/543 vom 24.4.2007.

⁴⁰² Des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (FernsehRL), ABl. L 298. S. 23; zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27.

sehsendung „die drahtlose oder drahtgebundene, erdgebundene oder durch Satelliten vermittelte, unverschlüsselte oder verschlüsselte Erstsending von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist. Der Begriff schließt die Übermittlung an andere Veranstalter zur Weiterverbreitung an die Allgemeinheit ein. Nicht eingeschlossen sind Kommunikationsdienste, die auf individuellen Abruf Informationen oder andere Inhalte übermitteln, wie Fernkopierdienste, elektronische Datenbanken und andere ähnliche Dienste.“⁴⁰⁴

1978 Die Revision der FernsehRL 89/552/EWG hat der technischen Entwicklung und der Konvergenz elektronischer Medien Rechnung getragen. Es wird in der RL 2007/65/EG nunmehr zwischen linearen und nichtlinearen Mediendiensten, die teilweise einem unterschiedlichen Regulierungsregime unterworfen werden, differenziert.⁴⁰⁵

1979 Das Merkmal „an die Allgemeinheit gerichtet“ ist bei allen der RL 2007/65/EG unterfallenden audiovisuellen Mediendiensten erforderlich.⁴⁰⁶ Es bedeutet, dass der Empfängerkreis grundsätzlich offen ist. Dieses Kriterium ist unabhängig davon, ob es sich um allgemein frei empfangbare Sendungen oder verschlüsselte Signale handelt, die wie beim Pay-TV für den Abonnenten frei geschaltet werden.

3. Presse

a) Grundbegriff

1980 Neben den elektronisch oder durch Funkwellen übertragenen Medien sind auch die klassischen Printzeugnisse wie Zeitungen und andere zur Verbreitung bestimmte Druckerzeugnisse erfasst. Unerheblich ist, in welchem technischen Verfahren das Produkt erstellt wird.

b) Merkmal der Periodizität

1981 Im Bereich der EMRK soll es für die Einbeziehung von Druckwerken in den Schutzbereich entscheidend auf die Periodizität der Erzeugnisse ankommen. Danach fielen Bücher generell nicht unter die Pressefreiheit.⁴⁰⁷ Ob diese Interpretation für die EGRC zu übernehmen ist, scheint fraglich.⁴⁰⁸ Der Wortlaut in Art. 11 Abs. 2 EGRC ist insoweit offen.

1982 Aus Verlegersicht ist beim Verlag von Büchern i.S.v. Monographien eine ganz ähnliche grundrechtlich geschützte Tätigkeit erforderlich wie beim Verlegen von

⁴⁰³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

⁴⁰⁴ Art. 1 lit. a) RL 89/552/EWG, ABl. 1989 L 298, S. 23 i.d.F. der RL 97/36/EG, ABl. 1997 L 202, S. 60.

⁴⁰⁵ S. Erwägungsgrund 7 ff. der RL 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der RL 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. L 332, S. 27; Überblick über die Änderungen im audiovisuellen Sektor bei Schulz, EuZW 2008, 107 ff.

⁴⁰⁶ S. Erwägungsgrund 16 der RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27.

⁴⁰⁷ Grabenwarter, § 23 Rn. 7.

⁴⁰⁸ So aber Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 11 GRCh Rn. 18.

Periodika. Der Unterschied zwischen Periodika und Monographien wird besonders klein, wenn etwa Jahrbücher und Almanache, die zwar mit einer gewissen Periodizität, aber doch sehr selten erscheinen, zum Vergleich stehen.

Will man hier nicht willkürlich Grenzen ziehen, ist die typische Verlags- und Vertriebstätigkeit von nicht periodischen Druckerzeugnissen ebenso unter die Medienfreiheit zu fassen. Jedenfalls wenn ein Buch über den Verlagsweg an die Öffentlichkeit gelangt, ist die damit verbundene Verlagstätigkeit daher als von der Pressefreiheit geschützt zu betrachten.⁴⁰⁹ **1983**

Auch der Rechtsprechung des EuGH vor der Proklamation der EGRC lässt sich ein Argument für die Einbeziehung nicht periodischer Publikationen in die Medienfreiheit entnehmen. Er hat die Abschaffung der vertikalen Preisbindung für niederländischsprachige Bücher unter anderem auf die Vereinbarkeit mit der „Veröffentlichungsfreiheit“ der Verleger geprüft und dieses Recht im Ergebnis für unangetastet gehalten.⁴¹⁰ Das Kriterium der Periodizität fand dabei keine Erwähnung. Zwar ist nicht explizit von der Pressefreiheit die Rede. Jedoch legt der Gesamtzusammenhang nahe, dass nicht die allgemeine Kommunikationsfreiheit i.S.d. Veröffentlichung fremder Inhalte mit der „Veröffentlichungsfreiheit der Verleger“ gemeint war, sondern es der Sache nach um die Pressefreiheit ging. Demnach müsste der EuGH Bücher auch als von der Medienfreiheit nach Art. 11 Abs. 2 EGRC geschützt betrachten. **1984**

Abweichend von der wohl überwiegenden Meinung zu Art. 10 EMRK beinhaltet die Pressefreiheit in Art. 11 Abs. 2 EGRC folglich auch das Verlegen und Verreiben von Büchern.⁴¹¹ Der praktische Unterschied zur EGMR-Rechtsprechung wird jedoch nicht allzu gravierend sein, ist der EGMR doch dazu bereit, manche Fälle der Meinungsäußerungsfreiheit bei der Prüfung der Eingriffsrechtfertigung in Anlehnung an die Pressefreiheit zu behandeln.⁴¹² **1985**

Zuweilen wird dementsprechend die Rolle auch nichtperiodischer Veröffentlichungen wie Bücher für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung hervorgehoben. Insbesondere wenn die Publikation aktuelle politische Themen behandelt, betont der EGMR die Bedeutung derartiger Werke für die Demokratie innerhalb der Prüfung der Rechtfertigung von Eingriffen.⁴¹³ Damit nähert er sich argumentativ der im Rahmen der Pressefreiheit herausgebildeten Rechtsprechung.⁴¹⁴ **1986**

Handzettel und Flyer sowie andere privat erstellte und verbreitete Schriften fallen dagegen nicht unter die Pressefreiheit, sondern unter die allgemeine Meinungsfreiheit.⁴¹⁵ Diese schließt auch Werbezettel ein.⁴¹⁶ Dass diese für Medien werben **1987**

⁴⁰⁹ Ähnlich Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 11, der auf Kriterium der „Institutionalisierung“ des Medienerzeugnisses abstellt.

⁴¹⁰ EuGH, Rs. 43 u. 63/82, Slg. 1984, 19 (62, Rn. 34) – VBVB u. VBVB.

⁴¹¹ So auch Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 11; Jarass, § 16 Rn. 33.

⁴¹² Vgl. Grabenwarter, § 23 Rn. 7.

⁴¹³ EGMR, Urt. vom 5.12.2002, Nr. 28493/95 (Rn. 38 ff.) – Yalçın Küçük/Türkei.

⁴¹⁴ Auch Grote/Wenzel, in: Grote/Marauhn, Kap. 18 Rn. 133, die nichtperiodische Druckwerke hiernach unter den Begriff Presse fassen.

⁴¹⁵ Übereinstimmend mit EGMR, Urt. vom 13.7.1995, Nr. 18139/91 (Rn. 35), ÖJZ 1995, 949 (950) – Tolstoy Misloslawsky/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 25.8.1993, Nr. 13308/87 (Rn. 24), ÖJZ 1994, 173 (175) – Chorherr/Österreich.

sollen, lässt sie selbst nicht zu Medien werden. Allerdings beruht die Verbreitung eines Mediums auch auf dessen Bekanntheit. Daher ist die Werbung dafür ebenfalls an der Medienfreiheit zu messen.

4. Film

- 1988** Unter die Filmfreiheit in Art. 11 Abs. 2 EGRC fallen Bildabfolgen mit und ohne Ton (Stummfilm), die zur Vorführung vor einem Publikum bestimmt sind. Dabei ist es unerheblich, mit welcher Technik die bewegten Bilder aufgenommen wurden. Auch digitale Produktionen fallen darunter.⁴¹⁷
- 1989** Zwischen der Filmfreiheit und den anderen Medienfreiheiten, die zum Teil auch bewegte Bilder schützen, gibt es Überschneidungen. Die Filmfreiheit ist einschlägig, wenn es darum geht, ein zur Vorführung in Kinos oder an ähnlichen Orten vorgesehenes Werk herzustellen, zu verbreiten oder vorzuführen. Erscheint das Werk allerdings als Video oder DVD auf dem Markt, so soll für die Vermarktung dieses Produkts die Pressefreiheit greifen.⁴¹⁸
- 1990** Der EGMR zieht seiner so genannten Einheitskonzeption folgend für den werkschaffenden Regisseur eines Videos ganz allgemein die Meinungsfreiheit heran,⁴¹⁹ ebenso bei der vorläufigen Beschlagnahme eines Kinofilms bei einem dessen Auf- führung planenden Medienverein.⁴²⁰ Bei Ausstrahlungen von Kinofilmen im Fernsehen ist die Rundfunkfreiheit einschlägig.

5. „Neue Medien“

a) Grundsätzliche Technologieoffenheit

- 1991** Der Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 EGRC unterscheidet nicht nach dem Übertragungsweg. Geschützt sind demnach alle technisch möglichen Übertragungen von an die Allgemeinheit gerichteter Kommunikation.⁴²¹ Damit ist eine Anpassung an die zukünftige Entwicklung der Übertragungstechnologie möglich. Eine Diskussion, wie sie in diesem Zusammenhang zur Reichweite des Auftrags öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten besteht,⁴²² kann im Rahmen der Schutzbereichsdefinition des Art. 11 Abs. 2 EGRC somit nicht entstehen.⁴²³
- 1992** Diese Offenheit der Formulierung ist auch vor dem Hintergrund der Geschwindigkeit des technischen Fortschritts notwendig. So ist, was vor nicht allzu langer

⁴¹⁶ S.o. Rn. 1791 f.

⁴¹⁷ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 13.

⁴¹⁸ So Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 13.

⁴¹⁹ EGMR, Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 52 ff.), ÖJZ 1997, 714 (716) – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

⁴²⁰ EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 43 ff.), ÖJZ 1995, 154 (156) – Otto-Preminger-Institut/Österreich.

⁴²¹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 11 Rn. 17; Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 46.

⁴²² Hierzu Frenz, Europarecht 3, Rn. 492 ff.

⁴²³ S. bereits o. Rn. 1975.

Zeit noch zu den „Neuen Medien“ gezählt wurde, wie etwa Teletext, Teleshopping, Video-on-demand, Pay-TV, heute Alltagsgeschehen.⁴²⁴

Eine andere Frage ist allerdings, ob ein solches Kommunikationsmittel die gleiche Breitenwirkung und eine ähnliche Bedeutung für den öffentlichen Meinungsbildungsprozess wie die klassischen Massenkommunikationsmittel Presse und Rundfunk hat. Für die Einordnung unter den Schutz der Medienfreiheit kann dies allerdings nicht ausschlaggebend sein. Schließlich hatte jedes Medium am Anfang nur einen geringen Verbreitungsgrad, der fortlaufend wuchs. Stellt man darauf ab und lässt die Medienfreiheit erst ab einem bestimmten Wirkungsgrad und Stellenwert eines Mediums greifen, droht eine schwer kalkulierbare quantitativ mitbestimmte Subsumtion unter dieses Grundrecht. Denkbar ist dagegen eine Berücksichtigung im Rahmen von Abwägungsprozessen bei der Rechtfertigung von Eingriffen. **1993**

b) Differenzierte Betrachtung der einzelnen Angebote

Erforderlich ist außerdem eine genaue Betrachtung der via „neue Medien“ stattfindenden Kommunikation. So ist Internet nicht gleich Internet. Vielmehr ist zwischen den verschiedenen im Internet angebotenen Diensten und mittels Internet möglichen Kommunikationsformen zu unterscheiden. Gewöhnlicher E-Mail-Verkehr zählt eindeutig zur Individualkommunikation und ist damit nicht über Art. 11 Abs. 2 EGRC geschützt. **1994**

Bei den Internetportalen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten werden dagegen einige Dienste angeboten, die als fernsehnähnlich zu betrachten sind. Werden etwa Nachrichtensendungen im Internet „gestreamt“, so ist der Bereich der Individualkommunikation überschritten. **1995**

Auch die Revision der FernsehRL 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernseh Tätigkeit⁴²⁵ trägt diesem technischen Fortschritt Rechnung. Hier wird davon ausgegangen, dass immer mehr Mediendienste in Konkurrenz zur klassischen Fernseh Tätigkeit getreten sind, ohne jedoch den relativ weit reichenden Regularien des Rundfunksektors zu unterfallen. Um diese ungleichen Voraussetzungen für ähnliche Dienste zu harmonisieren, wurden gemeinsame Vorschriften für „audiovisuelle Mediendienste“ geschaffen.⁴²⁶ Ein unter diese Kategorie fallender Mediendienst ist parallel dazu auch ohne Bezug zum Fernsehen unter den Begriff der Medien in Art. 11 EGRC zu fassen. **1996**

⁴²⁴ S. auch *Stern*, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 46.

⁴²⁵ ABl. 1989 L 298, S. 23; zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27.

⁴²⁶ S. Ziff. 1 der Begründung des Kommissionsvorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernseh Tätigkeit vom 13.12.2005, KOM (2005) 646 endg.

- 1997** Es ist nicht auszuschließen, dass Abgrenzungsfragen und Zweifel bei der Einordnung konkreter Medienangebote bleiben.⁴²⁷ Vor allem kommt nicht allen medialen Neuheiten, selbst wenn sie unter den Begriff der Medien in Art. 11 EGRC fallen, sogleich eine den klassischen Medien vergleichbare Bedeutung zu. Leitgedanke sollte die Wirkung des jeweils zu betrachtenden Angebots sein.
- 1998** Wirkung und Bedeutung des Mediums ist potenziell eine andere, wenn der Empfängerkreis, ähnlich wie bei den herkömmlichen Massenmedien, theoretisch unbegrenzt ist. Das gilt noch mehr, wenn tatsächlich auch eine große Vielzahl von Rezipienten erreicht wird. Der Rang eines neuen Mediums wird nicht ohne weiteres etwa dem hohen Stellenwert der Presse für Demokratie und Gesellschaft gleichkommen.⁴²⁸ Es bleibt abzuwarten, ob und wie hier in der Rechtsprechung Differenzierungen, etwa bei der Abwägung im Rahmen von Eingriffsrechtfertigungen, vorgenommen werden. Die begriffliche Subsumtion muss aber schon aus Rechtssicherheitsgründen von sich leicht wandelnden quantitativen Erwägungen losgelöst sein.⁴²⁹

c) *Verhältnis zur Telekommunikation*

- 1999** Insbesondere zur bloßen Übermittlung von Inhalten im Sinne eines Transports der Daten oder eines Zurverfügungstellens der Telekommunikationsverbindung bedarf es einer Abgrenzung. Telekommunikationsdienste unterfallen der Berufs- oder Eigentumsfreiheit, aber nicht der Medienfreiheit. Erforderlich ist im Rahmen des Art. 11 Abs. 2 EGRC, dass der Dienst sich nicht auf die technische Leistung beschränkt, sondern eine inhaltliche Komponente dazukommt, so bei Online-Suchdiensten.
- 2000** Insofern ist auch denkbar, dass ein und derselbe Anbieter sowohl inhaltliche Dienste anbietet als auch die technische Infrastruktur für andere zur Verfügung stellt. Hier ist dann eine getrennte Betrachtung anhand der verschiedenen einschlägigen Grundrechte erforderlich.⁴³⁰

III. Umfang der geschützten Tätigkeiten

1. Vermittlung von Inhalten

- 2001** Wie auch die Stellung der Medienfreiheit als besonderer Teil der Kommunikationsfreiheit vermuten lässt, gehört zu den ureigensten geschützten Tätigkeiten die Übermittlung von Inhalten. Diese Inhalte sind ebenso weit zu verstehen wie im Rahmen der allgemeinen Meinungsfreiheit. Es sind Meinungen und Tatsachen mit

⁴²⁷ Zur Unterscheidung in Individual- und Massenkommunikation nach der EMRK vgl. *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 22.

⁴²⁸ Vgl. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 2.

⁴²⁹ S.o. Rn. 1993.

⁴³⁰ Zur Abgrenzung s. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 15.

breitem Inhaltsspektrum umfasst. Auch schockierende oder beunruhigende sowie abstoßende Inhalte dürfen verbreitet werden.⁴³¹

Zwar wird die Bedeutung der Medien insbesondere für den politischen Willensbildungsprozess betont. Dies lässt aber nicht den Schluss zu, dass nur für diesen Willensbildungsprozess wichtige oder interessante Inhalte Schutz genießen. Vielmehr sind auch unterhaltende, völlig unpolitische Inhalte von der Medienfreiheit umfasst.⁴³² Eingeschlossen sind auch das Platzieren von Preisausschreiben in einer Zeitung⁴³³ und die Wirtschaftswerbung in den Medien.⁴³⁴ **2002**

Eine schon tatbestandliche Einschränkung der geschützten Inhalte kann nach der Missbrauchsklausel in Art. 54 EGRC angenommen werden, allerdings nur sehr begrenzt.⁴³⁵ Daher fallen nur Äußerungen oder Darbietungen, die eklatant unter Missachtung der nach der EGRC geschützten Rechte und Freiheiten elementarer Menschenrechte vorgenommen wurden oder entstanden sind, aus dem Schutzbereich heraus. Zu denken ist an bloße Gewaltdarstellungen ohne jeden kommunikativen Inhalt.⁴³⁶ Problematisch sind indes schon Fälle von rassistischen Äußerungen.⁴³⁷ **2003**

2. Mitteilungen fremder Meinungen

Wegen des weiten Verständnisses der geschützten Inhalte ist grundsätzlich auch die Mitteilung fremder Meinungen, wie etwa im Rahmen eines Interviews,⁴³⁸ umfasst. Das gilt zumal dann, wenn die Meinungen nicht als fremd gekennzeichnet sind.⁴³⁹ Werden Tatsachen wieder gegeben, ohne die Quelle zu kennzeichnen, besteht jedoch eine journalistische Sorgfaltspflicht, die je nach Art der Quelle zu eigenen Nachforschungen verpflichten kann.⁴⁴⁰ **2004**

Die Medienberichterstattung muss sich von einem ehrenrührigen Inhalt der Äußerungen eines Interviewpartners oder sonstiger Quellen nicht generell distanzieren. Der EGMR betrachtet eine solche Verpflichtung als nicht vereinbar mit der Aufgabe der Medien, die Allgemeinheit mit Informationen zu versorgen und über aktuelle Diskussionen umfassend zu berichten.⁴⁴¹ Bei einer Abwägungsentschei- **2005**

⁴³¹ EGMR, Urt. vom 1.7.1997, Nr. 20834/92 (Rn. 29), NJW 1999, 1321 (1321 f.) – Oberschlick/Österreich (Nr. 2). Genauer o. zur allgemeinen Meinungsfreiheit Rn. 1784 ff.

⁴³² Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 23.

⁴³³ Jarass, § 16 Rn. 34.

⁴³⁴ S.u. Rn. 2008 ff.

⁴³⁵ S. allgemein o. Rn. 484 ff.

⁴³⁶ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 22.

⁴³⁷ Diese heranziehend Jarass, § 16 Rn. 8; s. allerdings o. Rn. 1787 f.

⁴³⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 23.9.1994, Nr. 15890/89 (Rn. 35), ÖJZ 1995, 227 (229) – Jerusalem/Dänemark.

⁴³⁹ Auch Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 22.

⁴⁴⁰ S. hierzu Holoubek, AfP 2003, 193 (196 f.).

⁴⁴¹ EGMR, Urt. vom 29.3.2001, Nr. 38432/97 (Rn. 64), RJD 2001-III – Thoma/Luxemburg; Nachweise ferner in BVerfG, NJW 2007, 2686 (2688).

dung darf aber bestimmend werden, ob der Wahrheitsgehalt der Äußerungen eines Dritten selbst überprüft wurde oder verbleibende Zweifel mitgeteilt wurden.⁴⁴²

3. Negative Medienfreiheit

- 2006** Ähnlich wie bei der allgemeinen Meinungsfreiheit ist im Rahmen der Medienfreiheit auch die Freiheit geschützt, bestimmte Inhalte nicht vermitteln, weiterleiten oder herausgeben zu müssen. Dies bewahrt davor, etwa als Sprachrohr von staatlicher Seite benutzt zu werden. Vorschriften, die zur Veröffentlichung von Gegen Darstellungen oder Warnhinweisen⁴⁴³ verpflichten, sind daher an dieser negativen Medienfreiheit zu messen.⁴⁴⁴
- 2007** Ob dies auch für Warnhinweise mit Urhebervermerk gilt, der eine falsche Identifizierung des zur Veröffentlichung Verpflichteten mit dem Inhalt des Hinweises verhindert, wird unterschiedlich betrachtet.⁴⁴⁵ Immerhin wird auch bei der Angabe des Initiators von Warnhinweisen der Veröffentlichende verpflichtet, als Kommunikationsträger zu fungieren. Der Unterschied zu Warnhinweisen ohne Urheberangabe erscheint damit gering.

4. Werbung

- 2008** Art. 11 EGRC schützt schließlich auch Werbung. Zur Werbung im weiteren Sinne sind sämtliche Formen der kommerziellen Kommunikation zu rechnen. Kommerzielle Kommunikation zeichnet sich durch absatz- oder imagefördernde Absicht aus und umfasst neben klassischer Werbung auch die neueren Formen wie etwa das Sponsoring.
- 2009** Zum einen handelt es sich bei der Werbung auch um die Vermittlung von Meinungen und Tatsachen.⁴⁴⁶ Zum anderen bietet die Werbung vor allem privaten Medien eine Hauptfinanzierungsquelle. Die Veröffentlichung der Werbung Dritter zum Generieren von Einnahmen ist damit wirtschaftliche Grundlage für den Erhalt vieler Medienunternehmen geworden.
- 2010** Ein Programmbezug ist dadurch mittelbar über die Werbeeinnahmen herstellbar, da diese wiederum der Programmgestaltung zugute kommen.⁴⁴⁷ Werbetätigkeit zur eigenen Quoten- oder Auflagensteigerung ist ebenfalls von der Medienfreiheit umfasst.
- 2011** Der Bereich der Werbung ist allerdings einer Vielzahl von Beschränkungen und Regularien unterworfen.⁴⁴⁸ Diese greifen zumeist durch, unterfällt doch dieser

⁴⁴² EGMR, Urt. vom 17.12.2004, Nr. 49017/99, (Rn. 77 ff.), NJW 2006, 1645 (1649 f.) – Pedersen u. Baadsgaard/Dänemark.

⁴⁴³ Koenig/Kühling, EWS 2002, 12 (13 ff.).

⁴⁴⁴ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 24.

⁴⁴⁵ Zurückhaltend Schorkopf, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 15 Rn. 71; bejahend Koenig/Kühling, EWS 2002, 12 (14).

⁴⁴⁶ S.o. Rn. 1791 f.

⁴⁴⁷ Vgl. Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 43.

⁴⁴⁸ S. RL 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Wer-

Bereich in der Rechtsprechung einem sehr weitgehenden Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, der die gerichtliche Kontrolle entsprechend einschränkt.⁴⁴⁹

5. Zugang zu Informationen

Wie bereits im Rahmen der allgemeinen Kommunikationsfreiheit dargelegt, besteht nach der EGRC kein allgemeiner Anspruch auf Zugang zu bestimmten Informationen.⁴⁵⁰ Dies gilt auch für die Medien. Weiterungen ergeben sich aber aus der zentralen Rolle der Medien, insbesondere der Presse als „public watchdog“ in einer Demokratie. Das Recht der Allgemeinheit, durch die Medien verbreitete Informationen von allgemeinem Interesse zu empfangen, liefe leer, wären die Staaten nicht verpflichtet, ihre bestehenden Informationssysteme so einzurichten, dass man sich tatsächlich über die wesentlichen Fragen informieren kann.⁴⁵¹ **2012**

Der RL 2003/98/EG⁴⁵² entspringen Verhaltensmaßregeln für den Umgang mit eröffneten Informationsquellen, die insbesondere einen diskriminierungsfreien Zugang gewährleisten sollen. Geht es dabei um den Zugang zu Informationen, welche die Ausübung anderer Grundrechte erst ermöglichen oder zumindest erleichtern, so kann die Informationsfreiheit auch als Hilfsrecht hierzu betrachtet werden.⁴⁵³ **2013**

Auf nationaler Ebene existieren zuweilen Medien privilegierende Informationsansprüche. Diese sind allerdings nicht in das Europarecht übernommen worden.⁴⁵⁴ **2014**

6. Medienspezifischer Schutz

a) Pressefreiheit

Die Pressefreiheit schützt generell die Herstellung, das Verlegen und den Verkauf bzw. die Verbreitung von Printprodukten.⁴⁵⁵ **2015**

bung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (zweite Tabakrichtlinie), ABl. L 152, S. 16, berichtigt durch ABl. 2004 L 67, S. 34; RL 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. L 298, S. 23 i.d.F. der RL 97/36/EG, ABl. 1997 L 202, S. 60, zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27.

⁴⁴⁹ Ausführlich o. Rn. 1867 ff.

⁴⁵⁰ Ausführlich o. Rn. 1818 ff.

⁴⁵¹ Frowein/Peukert, Art. 10 Rn. 14.

⁴⁵² Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.11.2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. 2003 L 345, S. 90, bes. Art. 3 und Erwägungsgrund 5.

⁴⁵³ So Rengeling/Szczekalla, Rn. 715.

⁴⁵⁴ Hierzu Ader/Schoenthal, IRIS plus 2005-02, 2 (7).

⁴⁵⁵ Zu Letzterem vgl. EuGH, Rs. 43 u. 63/82, Slg. 1984, 19 (62, Rn. 34) – VBVB u. VBVB; ferner Schorkopf, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 15 Rn. 69.

aa) Gestaltungsfreiheit

- 2016** Der Bereich der Herstellung ist hierbei nicht nur technisch zu verstehen, sondern umfasst vor allem auch die für die Erstellung des Gesamtprodukts sowie der einzelnen Beiträge erforderliche gestalterische und journalistische Arbeit. Damit schließt die Pressefreiheit die allgemeine journalistische Recherche ebenso ein wie ganz allgemein das Redaktionsgeheimnis und die Geheimhaltung von Informanten.⁴⁵⁶
- 2017** Selbst das Publizieren rechtswidrig erlangter Informationen ist grundsätzlich von der Medienfreiheit geschützt.⁴⁵⁷ Hier bestehen auf der Ebene der Rechtfertigung jedoch deutliche Tendenzen, insbesondere zum Schutz der Privatsphäre aggressives journalistisches Verhalten einzudämmen.⁴⁵⁸ So sind die Recherchearbeit und die Veröffentlichung von Fotos nicht uneingeschränkt geschützt, wenn krasse Verletzungen der Privatsphäre zur Informationserlangung führen. Die Abwägung zwischen der Pressefreiheit und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen fällt dann zugunsten des Letzteren aus.⁴⁵⁹ Das rechtswidrige Beschaffen der Informationen ist ohnehin nicht von der Medienfreiheit gedeckt. Strafrechtliche oder zivilrechtliche Bestimmungen kommen insofern voll zum Tragen.⁴⁶⁰ Allerdings dürfen diese nicht auf eine übermäßige Beschneidung der Pressearbeit zielen.
- 2018** Von der Pressefreiheit umfasst ist auch der vor allem aus Verlegersicht bedeutsame Tendenzschutz.⁴⁶¹ Danach sind Verleger oder Herausgeber von Printprodukten frei, eine bestimmte inhaltliche Richtung im Sinne einer geistig-ideellen Zielsetzung vorzugeben. Dies kann also nicht dazu führen, die Meinungsfreiheit der einzelnen Redakteure gänzlich zu beschneiden.⁴⁶² Nur die allgemeine Ausrichtung kann festgelegt werden.
- 2019** Auch die presstypische Werbung ist von der Pressefreiheit geschützt, so vor allem der Anzeigenteil von Zeitungen und sonstige abgedruckte Werbungen.

bb) Schutz journalistischer Quellen

- 2020** Von besonderer Bedeutung ist der Schutz journalistischer Quellen. Grundsätzlich sind Presseunternehmen deshalb nicht verpflichtet, preiszugeben, woher sie ihre Informationen beziehen. Die Rechtsprechung betrachtet diesen Quellenschutz als essenzielle Voraussetzung dafür, dass die Presse ihre Funktion als „public watchdog“ wahrnehmen kann. Müsste ein Informant der Presse befürchten, als solcher bekannt gegeben zu werden, könnte dieser Umstand davon abhalten, Informationen an die Presse weiter zu geben. Damit hätte die Presse keine Unterstützung bei

⁴⁵⁶ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 18. Näher sogleich Rn. 2020 ff.

⁴⁵⁷ Grabenwarter, § 23 Rn. 8.

⁴⁵⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 58 ff.), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland.

⁴⁵⁹ Ausführlich o. Rn. 1268 ff.

⁴⁶⁰ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 18.

⁴⁶¹ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 18; ausführlich Kloepfer, „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1996.

⁴⁶² S. auch u. Rn. 2147 ff.

ihrer Aufgabe, die Öffentlichkeit über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse auf dem Laufenden zu halten. Ihre Fähigkeit, verlässlich zu informieren, nähme Schaden.⁴⁶³

Diese Grundbedingung der Pressefreiheit ist daher nur unter sehr eingegrenzten Voraussetzungen einschränkbar. Vorliegen muss ein überragendes Erfordernis im öffentlichen Interesse, das einen Eingriff in den Schutz journalistischer Quellen rechtfertigt.⁴⁶⁴ **2021**

Im digitalen Zeitalter, in dem jede Telekommunikation Spuren hinterlässt, die ermittelnden Behörden unter bestimmten Voraussetzungen zugänglich gemacht werden können,⁴⁶⁵ ist auf diesen Quellenschutz besonders sorgsam zu achten.⁴⁶⁶ **2022**

cc) Tätigkeit der einzelnen Mitarbeiter

Geschützt ist ferner die Tätigkeit einzelner Mitarbeiter, die am Herstellungs- und Vertriebsprozess beteiligt sind.⁴⁶⁷ Zum Teil wird allerdings angenommen, der einzelne Journalist könne sich hinsichtlich seines Beitrags nicht auf die Pressefreiheit, sondern nur auf die allgemeine Kommunikationsfreiheit berufen. Dies würde der gesonderten Erwähnung der Medienfreiheit in Art. 11 Abs. 2 EGRC gerecht.⁴⁶⁸ Unklar bleibt bei diesem Ansatz jedoch, wie die Sorgfaltspflichten, auf deren Einhaltung sich ein Journalist zu seiner persönlichen Entlastung berufen kann und die speziell im Rahmen der Pressefreiheit entwickelt wurden, hier zum Tragen kommen sollen. Ohne diese dann ebenfalls in die allgemeine Kommunikationsfreiheit zu ziehen, käme man zu einem nicht sachgerechten Ergebnis. Das Verorten der speziellen presserechtlichen Kriterien in der allgemeinen Kommunikationsfreiheit erscheint aber gekünstelt, hat man doch in der EGRC die Medienfreiheit verselbstständigen wollen. **2023**

Auch nach der EMRK kann sich der einzelne Journalist hinsichtlich beruflicher Äußerungen auf die aus Art. 10 abgeleitete Medienfreiheit berufen und genießt die spezifischen Privilegien, die ihm nach der Rechtsprechung des EGMR eingeräumt werden.⁴⁶⁹ **2024**

⁴⁶³ EGMR, Urt. vom 27.3.1996, Nr. 17488/90 (Rn. 39), ÖJZ 1995, 795 (796) – Goodwin/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 25.2.2003, Nr. 51772/99 (Rn. 46), RJD 2003-IV – Roemen u. Schmit/Luxemburg.

⁴⁶⁴ EGMR, Urt. vom 27.3.1996, Nr. 17488/90 (Rn. 39), ÖJZ 1995, 795 (796) – Goodwin/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 25.2.2003, Nr. 51772/99 (Rn. 46), RJD 2003-IV – Roemen u. Schmit/Luxemburg; genauer s.u. Rn. 2095 ff.

⁴⁶⁵ S.o. Rn. 1382 ff.

⁴⁶⁶ Zur zunehmenden Gefährdung *Tinnefeld*, MMR 5 (2004), XXVII (XXVIII).

⁴⁶⁷ *Jarass*, § 16 Rn. 35; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 11 Rn. 21; *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 25.

⁴⁶⁸ *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 17.

⁴⁶⁹ S. *Holoubek*, AfP 2003, 193 (194 f.); *Grabenwarter*, § 23 Rn. 8; vgl. EGMR, Urt. vom 21.1.1999, Nr. 29183/95 (Rn. 45 ff.), NJW 1999, 1315 (1316 f.) – Fressoz u. Roire/Frankreich; ferner Umkehrschluss aus EGMR, Urt. vom 15.2.2005, Nr. 68416/01 (Rn. 89), NJW 2006, 1255 (1258) – Steel u. Morris/Vereinigtes Königreich.

- 2025** Ist ein Journalist jedoch nicht beruflich tätig, fällt seine als Privatperson geäußerte Meinung lediglich unter die allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit, die Pressefreiheit kommt hier nicht zum Tragen.⁴⁷⁰

b) Rundfunkfreiheit

aa) Grundsätzliche Parallelität zur Pressefreiheit

- 2026** Grundsätzlich ist die Recherchetätigkeit und die inhaltliche Gestaltungsfreiheit von Rundfunkprogrammen parallel zur Pressefreiheit zu beurteilen, handelt es sich doch nur um ein anderes Verbreitungsmedium. Auch der Schutz journalistischer Quellen greift hier.⁴⁷¹

bb) Recht auf Zulassung als Rundfunkveranstalter

- 2027** Allerdings bedarf das Betreiben eines Rundfunksenders einer Konzession, deren Bedingungen im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK durch die einzelnen Mitgliedstaaten zu regeln sind. Daraus ergibt sich die Frage, ob aus Art. 11 EGRC grundsätzlich ein Recht auf Zulassung für den einzelnen Rundfunkveranstalter ableitbar ist.⁴⁷²

- 2028** Entsprechend dem EGMR greift zumindest eine Rundfunkordnung, die keine privaten Veranstalter zulässt, in das Recht auf Mitteilung von Nachrichten und Informationen ein.⁴⁷³ Konsequenterweise erstreckt sich der Schutz der Veranstaltung privaten Rundfunks nach Art. 10 EMRK grundsätzlich auch auf die generelle Zugangsmöglichkeit zum Tragen. Daraus ist dann ein subjektives Recht auf Zulassung als Rundfunkveranstalter abzuleiten.⁴⁷⁴ Um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, können sich folgerichtig auch noch nicht zugelassene Rundfunkveranstalter, die sich um eine Zulassung bewerben, auf Art. 11 Abs. 2 EGRC berufen.⁴⁷⁵

cc) Verwertung des Programms

- 2029** Zudem bietet Art. 11 EGRC auch Schutz bei der Verwertung der einzelnen Programme, etwa bei der Vergabe und Untervergabe von Sendelizenzen oder dem Verkauf von Videorechten an den einzelnen Filmwerken und Sendungen. Zwar gehören solche Zweitverwertungen nicht zum originären Bereich der Veranstaltung eines Fernsehprogramms. Sie spielen aber eine nicht unerhebliche Rolle bei der

⁴⁷⁰ S. EGMR, Urt. vom 21.1.1999, Nr. 25716/94 (Rn. 32), NJW 1999, 1318 (1320) – Janowski/Polen.

⁴⁷¹ S.o. Rn. 2020 ff.

⁴⁷² Zu u. Rn. 2076 ff.

⁴⁷³ EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 27), EuGRZ 1994, 549 (549) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich.

⁴⁷⁴ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 20; Holznagel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 155.

⁴⁷⁵ Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 42.

Finanzierung von Rundfunksendern und kommen der Rundfunkaufgabe damit insgesamt zugute. Daher sind sie auch von der Rundfunkfreiheit geschützt.⁴⁷⁶

Mit der gleichen Begründung sind auch Einnahmequellen durch den Vertrieb von Merchandisingprodukten, die Vermarktung von Marken, das Generieren von Einnahmen über Telefonmehrwertdienste und Teleshopping einzubeziehen.⁴⁷⁷ **2030**

c) *Filmfreiheit*

Die Filmfreiheit beinhaltet alle notwendigen Tätigkeiten zur Erstellung eines Films, insbesondere die Festlegung des Inhalts, das Verfassen eines Drehbuchs und Dreharbeiten, aber auch die Aufführung des Filmwerks. Zudem sind alle mit der wirtschaftlichen Verwertung des Werkes in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten wie die Vervielfältigung, der Vertrieb und die Vorführung des Werkes umfasst. Nicht von der Filmfreiheit, sondern der Informationsfreiheit der Rezipienten geschützt ist das Anschauen des Filmwerks.⁴⁷⁸ Überschneidungen können sich zu anderen Grundrechten wie etwa der Kunstfreiheit ergeben. **2031**

Daneben ist aber auch die vermarktende Tätigkeit als wichtige Grundlage der Finanzierung von Filmwerken geschützt. Damit umschließt die Filmfreiheit auch etwa das Merchandising, also die Vermarktung nicht des Films selbst, aber mit ihm in Zusammenhang stehender Produkte.⁴⁷⁹ **2032**

d) „Neue Medien“

Parallel zu den für die übrigen Medien aufgezeigten Besonderheiten wird man auch hier werbende, vermarktende Tätigkeit als vom Schutz der Medienfreiheit umfasst betrachten müssen. Die Verschiedenheit in Frage kommender Angebote erfordert eine individuelle Betrachtung, bei der ggf. Analogien zu den herkömmlichen Medien zu ziehen sind. **2033**

IV. Pluralismus als objektiv-rechtliche Dimension der Medienfreiheit

1. Bedeutung und Herleitung des Pluralismusprinzips

Art. 11 Abs. 2 EGRC beinhaltet gleichermaßen als Komplementär zur Medienfreiheit die Pluralität der Medien. Er bestimmt, dass auch die Pluralität der Medien geachtet wird. Damit kann Art. 11 Abs. 2 EGRC als ein Instrument zur Sicherung der Vielfalt in den Medien betrachtet werden.⁴⁸⁰ **2034**

⁴⁷⁶ So auch Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 19.

⁴⁷⁷ Zur Einbeziehung der Finanzierung von Medienunternehmen in den Schutz nach Art. 10 EMRK ausführlich Engel, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1993, S. 387 ff.

⁴⁷⁸ S. auch Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 41.

⁴⁷⁹ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 21.

⁴⁸⁰ Vgl. Bernsdorff, in Meyer, Art. 11 Rn. 18.

- 2035** Trotz der zum Schutz der Medien gleich lautenden Formulierung wohnt der Pluralismussicherung lediglich eine objektiv-rechtliche Seite inne.⁴⁸¹ Wäre der Pluralismus ebenso Abwehrrecht des Bürgers wie die im selben Satz des Art. 11 EGRC geschützte Medienfreiheit, so könnte das Unterlassen sichernder Maßnahmen als Eingriff in den Pluralismus als geschützte Rechtsposition des Rezipienten oder Medienunternehmers betrachtet werden. Hieraus wäre letztlich ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Pluralismus ableitbar.⁴⁸² Dieser führte jedoch zu einer dogmatischen Überdehnung und würde auch nicht den Rechts Traditionen der Mitgliedstaaten entsprechen.⁴⁸³ Der Pluralismus kann schon von seiner Natur her nicht auf einen Einzelnen gerichtet sein, sondern ist nur auf mehrere bezogen realisierbar. Damit fehlt gerade eine bestimmte Richtung. Die notwendige Vielfalt kann auch kaum an einem bestimmten Unternehmen festgemacht werden, das etwa noch eine Zulassung begehrt.
- 2036** Daraus folgt, dass nicht etwa der einzelne Bürger bzw. Unternehmer generell einen Anspruch auf Medienpluralismus hat. Wohl aber stellt der Medienpluralismus einen Teil der durch die EGRC geschaffenen Werteordnung dar, deren Gehalt bei Rechtsetzung und Vollzug sekundären Europarechts, aber auch bei der unionsgrundrechtskonformen Auslegung von nationalem Recht beachtet werden muss.⁴⁸⁴
- 2037** In der Gewährleistung des Pluralismus in den Medien kommt die überragende Bedeutung der Vielfaltssicherung für die Kommunikationsordnung und die Meinungsfreiheit des Einzelnen zum Ausdruck. Letztere erschöpft sich nicht in der Abwehr staatlicher Eingriffe. Vielmehr ist die Möglichkeit der kritischen Auseinandersetzung mit einer Vielfalt verschiedener Meinungen und Informationen eine wichtige Grundlage zur Bildung einer freien eigenen Meinung. Das Ziel der Medienvielfalt beinhaltet dabei gleichzeitig die Notwendigkeit, die Medienfreiheit des Einzelnen zu reglementieren.⁴⁸⁵

2. Inhalt des Medienpluralismus

- 2038** Der Pluralismus in den Medien kann vielerlei Bedeutungen haben. Das beschriebene Ziel ist es, ein möglichst breites, von wirtschaftlichen oder anderen Zwängen weitgehend unbeeinflusstes Angebot an Meinungen zu gewährleisten. Hieran müssen sich etwaige Maßnahmen orientieren. Dies kann zum einen erfordern, dass schädliche Konzentrationen im Eigentum von Medienbetrieben beobachtet und unterbunden werden. Zum anderen kommen aber auch vielfaltssichernde interne Maßnahmen innerhalb der einzelnen Medien, die insbesondere journalistische Freiheiten garantieren, in Betracht. So wird die innere Pressefreiheit als Gewährung

⁴⁸¹ Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 123 ff.; Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 33 ff.

⁴⁸² Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 41; Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 123 f.

⁴⁸³ Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 41; vgl. ders. EuGRZ 1997, 296 (301); abl. auch Gersdorf, AöR 119 (1994), 400 (412 ff.).

⁴⁸⁴ Vgl. Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 124 ff. m.w.N.

⁴⁸⁵ Ausführlich hierzu Schwarze, ZUM 2000, 779 ff.

redaktioneller Eigenständigkeit des Journalisten auch als Instrument zur Sicherung der Meinungsvielfalt betrachtet⁴⁸⁶ und vor allem im Hinblick darauf häufig befürwortet.⁴⁸⁷

3. Pluralismus sichernde Grundmodelle

In der medialen Tradition in Europa kann man zwei gegensätzliche Grundmodelle zur Sicherung von Meinungsvielfalt in den Medien ausmachen. Das eine ist das im Bereich der Presse vorherrschende Marktmodell. Prinzipiell ist hiernach auch die Gründung eines Unternehmens i.d.R. frei und unterliegt keiner staatlichen Kontrolle. Schädlichen Konzentrationsprozessen wird lediglich wettbewerbs- oder kartellrechtlich begegnet. Dieses Modell basiert auf dem Vertrauen auf das Entstehen konkurrenzbedingter Vielfalt am Markt.⁴⁸⁸ **2039**

Das Gegenmodell hierzu bildet der öffentlich-rechtliche Rundfunk. Der monopolistischen Ausrichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird durch Regelungen, welche die Staats- oder zumindest Regierungsferne programmgestaltender und organisatorischer Entscheidungen sichern sollen, sowie durch die Formulierung eines kultur- und bildungsgerichteten, ausgewogenen Auftrags vielfaltssichernd entgegengewirkt. **2040**

In Europa wird mit den Zulassungsvorschriften für Rundfunk allgemein primär ein außenpluralistisches Modell verfolgt, das Vielfalt hinsichtlich des jeweiligen Programmangebots sichern soll. Das inzwischen etablierte „duale“ Rundfunksystem, also das Nebeneinander von privatem und öffentlichem Rundfunk, hat sich hierbei allgemein durchgesetzt.⁴⁸⁹ **2041**

Nach den Erläuterungen zur EGRC stützt sich Art. 11 Abs. 2 EGRC unter anderem auch auf das Protokoll zum Amsterdamer Vertrag über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.⁴⁹⁰ In diesem Protokoll kommt zum Ausdruck, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit dem Erfordernis der Wahrung des Pluralismus in den Medien verknüpft ist.⁴⁹¹ Insofern kann in der Bezugnahme auf das Protokoll auch ein Bekenntnis zum dualen Rundfunksystem als eine von mehreren Pluralismus sichernden Maßnahmen gesehen werden.⁴⁹² **2042**

⁴⁸⁶ Holznapel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 311.

⁴⁸⁷ S.o. Rn. 2150 ff.

⁴⁸⁸ Merli, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Information, Medien und Demokratie, 1997, S. 31 (31).

⁴⁸⁹ Ausführlicher Überblick bei Merli, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Information, Medien und Demokratie, 1997, S. 31 ff.

⁴⁹⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

⁴⁹¹ S. Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten zum Vertrag von Amsterdam.

⁴⁹² Vgl. Stern, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 34.

4. Pluralismus sichernde Maßnahmen der Europäischen Union

- 2043** Die Europäische Kommission stellte einen Drei-Schritte-Plan zum Medienpluralismus in der EU vor.⁴⁹³ Dessen erster Teil analysiert zunächst den Pluralismus. Betont wird, dass es sich um ein vielschichtiges Thema handelt, das nicht allein mit der Regulierung von Eigentumsanteilen an Medienunternehmen erschöpft ist. Vielmehr sieht die Kommission im Pluralismus beim Eigentum nur eine notwendige Bedingung. Gewährleistung des Pluralismus erfordere alle Maßnahmen, mit denen der Zugang der Bürger zu einer Vielfalt von Informationsquellen und Meinungen sichergestellt wird, ohne dass eine vorherrschende meinungsbildende Macht ungebührlichen Einfluss nimmt.⁴⁹⁴
- 2044** Als effiziente Maßnahmen werden weiter vor allem für den Pressebereich und in kleineren Märkten binnenpluralistische Konzepte befürwortet, worunter auch Programmverpflichtungen sowie strukturelle Verpflichtungen z.B. bei der Zusammensetzung von Aufsichtsgremien zählen.⁴⁹⁵
- 2045** Eine mögliche Gefahr sieht die Kommission ferner in einer aufkommenden Uniformität der Inhalte. Hier trüge beispielsweise die Förderung unabhängiger Produzenten, wie sie nach der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ vorgesehen ist, zum Pluralismus bei.⁴⁹⁶
- 2046** Schließlich sind die Auswirkungen verschiedener Maßnahmen auf den Medienpluralismus bereits untersucht worden. Dabei wurde unter anderem festgestellt, dass die vielerseits gefürchtete Konzentration von Medienmacht durchaus auch positive Konsequenzen für die Medienvielfalt zeitigen kann. Dieses scheinbare Paradoxon entstünde dadurch, dass bestimmte wertvolle, aber auch teure Formen des Journalismus wie kostspielige Serien und investigativer Journalismus auf diese Weise finanziert werden könnten.⁴⁹⁷
- 2047** Die zunehmende Digitalisierung auch der herkömmlichen Massenmedien hat zu Herausforderungen geführt, die vor allem die Gewährleistung freien Zugangs aller, auch kleinerer Anbieter zu den Übertragungsnetzen betreffen. Marktabschottungen gelte es zu verhindern, was teilweise durch wettbewerbsrechtliche Vorschriften sichergestellt werde.⁴⁹⁸
- 2048** Auf dem Sektor der neuen Medien, der durch ein größeres Maß an Interaktivität und damit Einfluss durch den Rezipienten gekennzeichnet ist, stellt sich nach Meinung der Kommission die Aufgabe, Pluralismus zu sichern, noch nicht in dem Maße, das von den herkömmlichen Medien bekannt ist. Die Schlüsselfrage liege

⁴⁹³ Sog. Reding-Wallström-Konzept, s. IP/07/52 vom 16.1.2007.

⁴⁹⁴ Commission Staff Working Document „Media Pluralism in the Member States of the European Union“, 16.1.2007, SEC (2007) 32, Ziff. 2, S. 5.

⁴⁹⁵ Commission Staff Working Document „Media Pluralism in the Member States of the European Union“, 16.1.2007, SEC (2007) 32, Ziff. 2.3, 2.6.

⁴⁹⁶ Commission Staff Working Document „Media Pluralism in the Member States of the European Union“, 16.1.2007, SEC (2007) 32, Ziff. 2.5.

⁴⁹⁷ Commission Staff Working Document „Media Pluralism in the Member States of the European Union“, 16.1.2007, SEC (2007) 32, Ziff. 2.8.

⁴⁹⁸ Commission Staff Working Document „Media Pluralism in the Member States of the European Union“, 16.1.2007, SEC (2007) 32, Ziff. 2.8.

darin, wie „Online-Pluralismus“ überhaupt zu messen sei. Die Kommission kündigt entsprechend als Schritt Zwei des Plans eine Studie an, um konkrete Indikatoren zur Messung von Pluralismus unterbreiten zu können.⁴⁹⁹

Schritt Drei ist schließlich eine Mitteilung der Kommission zu den Indikatoren für Medienpluralismus in den Mitgliedstaaten, die für das Jahr 2008 angekündigt wird. **2049**

Angesichts der aufgezeigten Ambivalenz von Maßnahmen, die zur Sicherung der Meinungsvielfalt in den freien Markt der Medien eingreifen, liegt auf diesem Gebiet ein zukünftiges Spannungspotenzial, das vielfältige Abwägungsentscheidungen erfordern wird. **2050**

F. Verhältnis zu anderen Grundrechten der Grundrechtecharta und Grundfreiheiten

I. Abgrenzung innerhalb der Gewährleistungen des Art. 11 EGRC

Die verschiedenen Gewährleistungen des Art. 11 EGRC führen zuweilen zu Überschneidungen, wenn ein Lebenssachverhalt verschiedene Facetten der Kommunikationsfreiheit berührt. So kann die Pressefreiheit neben der allgemeinen Kommunikationsfreiheit anwendbar sein. Bei Veröffentlichungsverboten für ein bestimmtes Buch ist die Pressefreiheit einschlägig. Dies schließt nicht aus, dass der einzelne Buchautor sich diesbezüglich auch auf die allgemeine Kommunikationsfreiheit beruft.⁵⁰⁰ **2051**

Inwieweit eine präzise Abgrenzung erforderlich ist, richtet sich danach, ob die betroffenen Gewährleistungen divergierenden Schutz bieten. Dies ist etwa denkbar, wenn die besondere Bedeutung der Presse in einer Demokratie bei Abwägungsvorgängen ins Gewicht fällt. **2052**

Die Medienfreiheit als Teil der Kommunikationsfreiheit im engeren Sinne ist jedenfalls bei der Verbreitung von Inhalten durch Medienbetreiber sowie bei medientypischen Spezialproblemen wie Sendequoten, Werberegulungen und Pluralismussicherung einschlägig. **2053**

II. Abgrenzung zur Berufs- und Eigentumsfreiheit

Da der Betrieb eines Medienunternehmens in aller Regel auch einen großen technischen Aufwand bedeutet, ist eine Abgrenzung zur Eigentumsfreiheit angezeigt. Die technischen Komponenten unterfallen als reine Telekommunikationsleistung der Eigentums- oder auch der Berufsfreiheit.⁵⁰¹ Sollte etwa durch gezielte Störung **2054**

⁴⁹⁹ Commission Staff Working Document „Media Pluralism in the Member States of the European Union“, 16.1.2007, SEC (2007) 32, Ziff. 3.

⁵⁰⁰ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 11.

⁵⁰¹ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 86; ferner o. Rn. 1999 f.

der technischen Übertragungswege die Übermittlung bestimmter Inhalte verhindert werden, so wäre allerdings wiederum die Medienfreiheit einschlägig.

III. Abgrenzung zur Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

- 2055** Überschneidungen zwischen der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit einerseits und der Medienfreiheit andererseits sind in verschiedener Hinsicht denkbar. Der inhaltlich enge Zusammenhang der beiden grundrechtlichen Verbürgungen kommt auch in den Erläuterungen zu Art. 13 EGRC zum Ausdruck. Danach leitet sich dieses Recht in erster Linie aus der Gedankenfreiheit und der Freiheit der Meinungsäußerung ab und kann den durch Art. 10 EMRK gestatteten Einschränkungen unterworfen werden.⁵⁰²
- 2056** Abgrenzungen sind demgemäß schwierig, aber auch nicht immer erforderlich. Es ist vielmehr im Zweifel eine parallele Anwendung der Grundrechte denkbar, zumal die Schrankensystematik bei beiden Grundrechten Art. 10 EMRK entspringt. Geht es allerdings eindeutig um die Besonderheiten der Kunst- oder der Wissenschaftsfreiheit, so sind diese Bestimmungen speziell.⁵⁰³ Die Schranken sind auch enger, weil das persönliche originäre Schaffenselement starken Schutz genießt.⁵⁰⁴

IV. Abgrenzung zur Religionsfreiheit

- 2057** Bei religiösen Inhalten ist grundsätzlich die Religionsfreiheit gegenüber der Medienfreiheit vorrangig.⁵⁰⁵ Geht es allerdings gerade um die Äußerung in einem bestimmten Medium, so ist die Medienfreiheit einschlägig.⁵⁰⁶ Der EGMR maß so das Verbot religiöser Werbung in einem lokalen Radiosender an der Meinungsfreiheit des Werbekunden.⁵⁰⁷

G. Beeinträchtigung

I. Große Bandbreite

- 2058** Ebenso wie bei der allgemeinen Kommunikationsfreiheit ist auch im Rahmen der Medienfreiheit von einem weiten Eingriffsbegriff auszugehen. Daher kommen neben den klassischen finalen, rechtlichen Eingriffen auch mittelbare und faktische

⁵⁰² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁵⁰³ Vgl. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, Art. 24 Rn. 87.

⁵⁰⁴ S.u. Rn. 2350.

⁵⁰⁵ Vgl. *Grote/Wenzel*, in: Grote/Marauhn, Kap. 18 Rn. 141 sowie *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 693.

⁵⁰⁶ *Jarass*, § 16 Rn. 5.

⁵⁰⁷ EGMR, Urt. vom 10.7.2003, Nr. 44179/98 (Rn. 60 f.), RJD 2003-IX – Murphy/Irland.

in Betracht.⁵⁰⁸ Besonderheiten im Bereich der Medien ergeben sich insofern, als insbesondere auch wirtschaftliche Regelungen Eingriffscharakter haben können.⁵⁰⁹

Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen von Medien tangieren vor allem zahlreiche spezifische Werbebeschränkungen.⁵¹⁰ Solche enthält namentlich die RL 2007/65/EG, welche die bisherige FernsehRL 89/552/EWG zu einer „Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“ umgestaltet.⁵¹¹ Mit ihr wird insofern dem Konvergenzphänomen Rechnung getragen und nicht mehr nur das klassische Fernsehen umfasst. Die neue Richtlinie beinhaltet vielmehr Regelungen für lineare audiovisuelle Mediendienste (Fernsehprogramme) und nichtlineare audiovisuelle Mediendienste (Dienste auf Abruf). Es wurde für erforderlich gehalten, zumindest bestimmte gemeinsame Grundvorschriften festzulegen.⁵¹² Die für die klassischen audiovisuellen Medien zum Teil recht rigiden Beschränkungen werden nicht ohne weiteres auf nichtlineare Dienste übertragen. Es gelten hier unterschiedliche Regulierungsansätze, die aber einen Mindeststandard auch für nichtlineare Dienste festschreiben.⁵¹³ Im Folgenden seien einzelne typische Eingriffe in die Medienfreiheit exemplarisch genannt.

2059

II. Rundfunkfreiheit

Zahlreiche Regularien mit Eingriffscharakter ergeben sich gerade im Rundfunksektor aus der ehemaligen FernsehRL 89/552/EWG bzw. deren nationalen Umsetzungen. Insbesondere die Werbung ist dort hinsichtlich Anzahl und Häufigkeit der Unterbrechungen geregelt und vielfach Streitgegenstand geworden. Derartige die Programmfreiheit der Fernsehveranstalter beeinträchtigende Regelungen sind an der Medienfreiheit zu messen.⁵¹⁴

2060

Mögliche Eingriffe stellen ebenso verbindliche Verpflichtungen dar, einen bestimmten Sendeanteil etwa mit Werken unabhängiger Produzenten zu füllen. Sie behindern die freie Programmgestaltung des Veranstalters. Ob die aktuelle so ge-

2061

⁵⁰⁸ Vgl. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 56; *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 11 GRCh Rn. 27. Näher o. Rn. 1823 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. bereits o. Rn. 1831 sowie EuGH, Rs. 43 u. 63/82, Slg. 1984, 19 (62, Rn. 33 f.) – VBVB u. VBBB; hierzu *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 115 f.

⁵¹⁰ Überblick hinsichtlich der elektronischen insgesamt auf die Grundsätze von Offenheit und Toleranz gebaute Medien bei *Berger*, IRIS plus 2005-06, 2 ff.

⁵¹¹ RL 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der RL 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. L 332, S. 27.

⁵¹² Erwägungsgrund 7 der RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27.

⁵¹³ Zur Unterscheidung lineare vs. nichtlineare Dienste krit. *Stender-Vorwachs/Theißen*, ZUM 2006, 362 (366 f.).

⁵¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-245/01, Slg. 2003, I-12489 – RTL Television.

nannte weiche Sendequote für europäische Werke⁵¹⁵ noch unterhalb der Eingriffsschwelle liegt, ist fraglich.⁵¹⁶

2062 Auch die zahlreichen Jugendschutzbestimmungen beeinträchtigen die Medienfreiheit,⁵¹⁷ sind jedoch angesichts der damit verfolgten Schutzrichtung und dem Gewicht der in Rede stehenden Jugendschutzbelange in aller Regel gerechtfertigt.

2063 Von erheblicher Relevanz können ebenfalls Regelungen sein, die etwa die Vergütung urheberrechtlicher Verwertungsrechte betreffen. Medienunternehmen sind letztlich von dem medienspezifischen Gebrauch von Urheber- und Leistungsschutzrechten abhängig. Daher können hier massive Beeinträchtigungen auftreten.⁵¹⁸ Der EuGH hat in einer Entscheidung denn auch betont, dass nationale Methoden für die Berechnung einer Vergütung sowohl das Interesse der ausübenden Künstler und Hersteller von Tonträgern als auch das Interesse Dritter daran, diese Darbietung unter vertretbaren Bedingungen auszustrahlen, in Einklang bringen müssen.⁵¹⁹

III. Pressefreiheit

2064 Eine typischerweise im Zusammenhang mit der Presse diskutierte Beeinträchtigung der in die negativen Medienfreiheit⁵²⁰ ergibt sich aus Regelungen über Gegendarstellungspflichten. Gegendarstellungen entspringen häufig dem Schutz der Privatsphäre desjenigen, über den berichtet wurde. Zudem leisten sie letztlich aber auch einen Beitrag zur Sicherung einer pluralistischen Information. Sie sind unter diesem Aspekt mit Blick auf Art. 10 EMRK als konventionsgemäß angesehen worden. Medienunternehmen haben danach nicht die Freiheit, lediglich die Informationen zu veröffentlichen, die sie selbst für wahr halten. Dies gilt umso weniger, wenn es sich um rechtmäßige Gegendarstellungen handelt.⁵²¹ Dieser Satz ist allerdings streng auf den Kontext zu beziehen und lässt sich nicht zu einer umfassenden Beschränkung der allgemein anerkannten negativen Medienfreiheit ausweiten. Die Frage, ob Art. 11 EGRC/10 EMRK sogar dazu verpflichtet, ein Gegendarstellungsrecht einzuführen, ist denn auch, soweit ersichtlich, von der Rechtsprechung bisher offen gelassen worden.⁵²²

⁵¹⁵ Art. 4 RL 89/552/EWG, ABl. 1989 L 298, S. 23 i.d.F. der RL 97/36/EG, ABl. 1997 L 202, S. 60, zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27.

⁵¹⁶ So *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 57; dazu krit. *Gundel*, ZUM 1998, 1002 (1009 f.).

⁵¹⁷ Vgl. Art. 16 u. 22 RL 89/552/EWG ABl. 1989 L 298, S. 23 i.d.F. der RL 97/36/EG, ABl. 1997 L 202, S. 60, zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27 in deren nationalen Umsetzungen.

⁵¹⁸ Vgl. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 72.

⁵¹⁹ EuGH, Rs. C-245/00, Slg. 2003, I-1251 (1280 ff., Rn. 21 ff.) – SENA.

⁵²⁰ S.o. Rn. 2006 f.

⁵²¹ EKMR, Entsch. vom 12.7.1989, Nr. 13010/87 (Rn. 2), DR 62, 251 – Ediciones Tiempo/Spanien.

⁵²² Befürwortend in Zusammenhang mit Art. 8 EMRK *Frowein/Peukert*, Art. 10 Rn. 16.

IV. „Neue Medien“

Beeinträchtigungen der via Internet gewährleisteten Medienfreiheit weisen gewisse Besonderheiten auf. Einmal sind angesichts der weltweiten Verfügbarkeit der ins Netz gestellten oder darüber vermittelten Inhalte Eingriffe aus jedwedem Land der Erde möglich. Hier sind internationale Zuständigkeitsordnungen von großer Bedeutung.⁵²³ **2065**

Zudem ist die Frage der Verantwortlichkeit für die übermittelten Inhalte zum Teil problematisch. So ist etwa bei strafrechtlichen Sanktionen gegen Service- oder Accessprovider im Internet danach zu fragen, ob die in Rede stehenden Inhalte in den Verantwortungsbereich der Provider fallen.⁵²⁴ Ähnliche Probleme können bei Verlinkungen einzelner Internetseiten auftreten. **2066**

Dank der technischen Entwicklungen auf neuen Übertragungswegen können Mediendienste angeboten werden, die den klassischen Massenmedien vergleichbar sind. Dieses Konvergenzphänomen hat unter anderem zu einer ausführlichen Revision der FernsehRL 89/552/EWG geführt. In deren neuer Fassung sind zahlreiche Regularien auch für den Bereich anderer audiovisueller Mediendienste als dem klassischen Fernsehen zu finden.⁵²⁵ **2067**

H. Rechtfertigung

I. Schrankenregelung

Auch im Rahmen der Medienfreiheit ist Art. 11 EGRC keine eigene Schrankenklausel zu entnehmen. Die Harmonisierungsklausel in Abs. 3 des Art. 52 EGRC bestimmt, dass Rechte der EGRC, die den durch die EMRK verliehenen Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der Menschenrechtskonvention verliehen wird. Zwar entspricht Art. 11 Abs. 1 EGRC wortgetreu Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK. Anders als in der EMRK, wo die Medienfreiheit als Teil der Meinungsfreiheit betrachtet wird, findet die Medienfreiheit in Art. 11 Abs. 2 EGRC jedoch gesonderte Erwähnung. Wegen dieser Verselbstständigung der Medienfreiheit wird angezweifelt, ob die Harmonisierungsklausel des Art. 52 Abs. 3 EGRC überhaupt für die gesamte Kommunikationsfreiheit in Art. 11 EGRC greift, mit der Folge, dass lediglich die allgemeine Schrankenregelung aus Art. 52 Abs. 1 EGRC zum Tragen kommt.⁵²⁶ **2068**

Eine Entsprechung ist aber nicht nur dann anzunehmen, wenn der Wortlaut zweier Bestimmungen identisch ist. Ausschlaggebend ist insoweit der gleichermaßen garantierte Regelungsbereich. Dieser ist bei beiden Bestimmungen identisch. **2069**

⁵²³ Ausführlich *Determann*, Kommunikationsfreiheit im Internet, 1999, S. 133 ff.

⁵²⁴ Vgl. *Grote/Wenzel*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 18 Rn. 71.

⁵²⁵ Art. 3a ff. RL 89/552/EWG, ABl. 1989 L 298, S. 23 i.d.F. der RL 97/36/EG, ABl. 1997 L 202, S. 60, zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27.

⁵²⁶ *Bernsdorff*, in: *Meyer*, Art. 11 Rn. 20; *Calliess*, in: *ders./Ruffert*, Art. 11 GRCh Rn. 31; offen *Schmitz*, JZ 2001, 833 (842).

Auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK schützt diese die Medienfreiheit als besonderen Bestandteil der Meinungsfreiheit.⁵²⁷

- 2070** Dies ist auch daraus abzuleiten, dass Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK einen eigenen Genehmigungsvorbehalt für Hörfunk- und Fernsehunternehmen vorsieht. Nach der Rechtsprechung des EGMR wird zudem die Pluralismussicherung als Grundsatz einer funktionierenden Meinungsfreiheit, in der die Presse ihre fundamentale Rolle erfolgreich bewältigen kann, erachtet.⁵²⁸ Somit führt das Gesamtbild des Rechts aus Art. 10 EMRK im Vergleich mit Art. 11 EGRC zu einer Übereinstimmung der beiden Regelungsbereiche. Es ist folglich von einer Entsprechung i.S.d. Art. 52 Abs. 3 EGRC auszugehen.⁵²⁹
- 2071** Auch die Erläuterungen zur EGRC, wonach Art. 11 EGRC insgesamt Art. 10 EMRK entspricht, stützen diese Ansicht. Für Differenzierungen innerhalb der einzelnen Absätze des Art. 11 EGRC ist hiernach kein Raum.⁵³⁰
- 2072** Die bloße textliche Verselbstständigung der Medienfreiheit, die deren besondere Bedeutung innerhalb der Kommunikationsfreiheit hervorheben sollte, vermag die besondere Schrankenbestimmung aus Art. 10 Abs. 2 EMRK mithin nicht auszuschließen.⁵³¹ Diese ist demnach über Art. 52 Abs. 3 EGRC auch für die Medienfreiheit einschlägig.

II. Gesetzliche Grundlage

- 2073** Ist somit Art. 10 Abs. 2 EMRK heranzuziehen, liegen die grundsätzlichen formellen und materiellen Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe in die Medienfreiheit parallel zu Eingriffen in die allgemeine Kommunikationsfreiheit.⁵³²
- 2074** Einschränkungen der Medienfreiheit kommen auf der Ebene der EU insbesondere durch Richtlinien wie etwa die FernsehRL 89/552/EWG⁵³³ in Betracht. Dabei gilt das Bestimmtheitserfordernis⁵³⁴ uneingeschränkt für das Richtlinienziel. Da Richtlinien im Übrigen der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bedürfen und diese einen gewissen Spielraum bei der konkreten Umsetzung genießen,⁵³⁵ muss

⁵²⁷ S.o. Rn. 1954.

⁵²⁸ EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 38), EuGRZ 1994, 549 (550) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich. S.o. Rn. 2034 ff.

⁵²⁹ Ausführlich Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 156 f.

⁵³⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

⁵³¹ S. auch *Iliopoulos-Strangas*, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer europäischen Verfassung, 2005, S. 27 (79); ausführlich Feise, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 155 ff.

⁵³² S.o. Rn. 1840 ff.

⁵³³ ABl. 1989 L 298, S. 23 i.d.F. der RL 97/36/EG, ABl. 1997 L 202, S. 60, zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27.

⁵³⁴ S.o. Rn. 528 f.

⁵³⁵ Vgl. zur gestuften Wirkungsweise im Rahmen des Gesetzesvorbehalts o. Rn. 579 ff.

zwangsläufig ausreichen, wenn eine Richtlinie etwa „geeignete“ Maßnahmen erfordert. Die Umsetzungsakte der Mitgliedstaaten unterliegen dann wiederum in vollem Umfang dem Bestimmtheitsgrundsatz.⁵³⁶

III. Legitimes Beschränkungsziel

1. Beschränkungsziele aus Art. 10 Abs. 2 EMRK

Über die Anwendung des Art. 10 Abs. 2 EMRK findet auch der dortige Kanon zu- 2075
lässiger Beschränkungsziele Anwendung.⁵³⁷

2. Besonderheit des Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK

Zusätzlich birgt der Bereich der Medien eine Besonderheit. Art. 10 Abs. 1 S. 3 2076
EMRK (i.V.m. Art. 52 Abs. 3 EGRG) ermöglicht ein System, mit dem insbesondere die Ausstrahlung von Radio- und Fernsehprogrammen, aber auch der Betrieb von Kinounternehmen vor allem nicht nur unter technischen Aspekten zu regeln ist. Die Erteilung einer Genehmigung kann hiernach auch von inhaltlichen Kriterien wie der Art und Zielsetzung eines Senders abhängig gemacht werden. Danach sind auch Einschränkungen zulässig, die keinem der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Ziele dienen.⁵³⁸ Die Vereinbarkeit derartiger Beschränkungen prüft der EGMR ferner aber im Lichte der anderen in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Anforderungen.⁵³⁹

Die Befugnis, Lizenzsysteme zu schaffen, kann demnach als Ausnahme von 2077
der ansonsten exklusiven Aufzählung möglicher Einschränkungsgründe in Art. 10 Abs. 2 EMRK⁵⁴⁰ oder aber als deren Ergänzung betrachtet werden.⁵⁴¹ Einschränkungen, die eine Umgehung der Lizenzbedingungen verhindern sollen, wie etwa Sendestaatsklauseln, können auch über Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK gerechtfertigt sein.⁵⁴²

Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK zählt allerdings lediglich die Unternehmen aus den 2078
Bereichen Hörfunk, Fernsehen und Kino auf. Darher kann die Bestimmung nicht

⁵³⁶ Ausführlich *Kühling*, in: Heselerhaus/Nowak, § 24 Rn. 59; ferner o. Rn. 581.

⁵³⁷ Ausführlich o. Rn. 1846 ff.

⁵³⁸ Ausführlich hierzu *Grote/Wenzel*, in: Grote/Marauhn, Kap. 18 Rn. 68.

⁵³⁹ EGMR, Urt. vom 5.11.2002, Nr. 38743/97 (Rn. 33), EuGRZ 2003, 488 (490) – Demuth/Schweiz; Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 32 ff.), EuGRZ 1994, 549 (550 f.) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich; Urt. vom 28.3.1990, Nr. 10890/84 (Rn. 61, 64), NJW 1991, 615 (617) – Groppera Radio AG u.a./Schweiz; vgl. auch Urt. vom 22.5.1990, Nr. 12726/87 (Rn. 52), NJW 1991, 620 (621) – Autronic AG/Schweiz.

⁵⁴⁰ *Feise*, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 160.

⁵⁴¹ S. *Grote/Wenzel*, in: Grote/Marauhn, Kap. 18 Rn. 68; EGMR, Urt. vom 21.9.2000, Nr. 32240/96 (Rn. 25), ÖJZ 2001, 156 (156 f.) – Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH/Österreich.

⁵⁴² Vgl. *Feise*, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 160.

auf den gesamten Bereich der Medienunternehmen in Art. 11 Abs. 2 EGRC ausgedehnt werden. Insbesondere ist der Bereich des Rundfunks betroffen. Lizenzsysteme etwa für Internetunternehmen unterfallen dieser Klausel nicht. Bei Eingriffen in die Medienfreiheit beteiligter Dritter, etwa Kabelnetzbetreibern, ist S. 3 des Art. 10 Abs. 1 EMRK ebenfalls nicht einschlägig.

- 2079** Die Erläuterungen zur EGRC weisen ferner darauf hin, dass die spezielle Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Genehmigungsregelungen für Medienunternehmen einzuführen, durch das Wettbewerbsrecht der Union eingeschränkt sein kann.⁵⁴³ Damit gelten insoweit die allgemeinen Wettbewerbsregeln, die auch staatliches Verhalten begrenzen können, so wenn es um die Schaffung wettbewerbsausschließender Strukturen etwa in Form von Gebietsmonopolen oder um die Begünstigung einzelner Unternehmen durch Beihilfen geht.⁵⁴⁴

3. Keine über Art. 52 EGRC hinausgehenden Einschränkungsmöglichkeiten des Art. 11 Abs. 2 EGRC

- 2080** Zum Teil wird angenommen, dass die Formulierung „geachtet“ in Art. 11 Abs. 2 EGRC die Zulässigkeit weiterer, über Art. 52 EGRC hinausgehender Einschränkungsmöglichkeiten impliziere.⁵⁴⁵ Indes hatte die Wortlautänderung zu „geachtet“ entstehungsgeschichtlich lediglich klarstellenden Charakter mit Blick auf die Kompetenzen der Union.⁵⁴⁶ Eine Abschwächung der Schutzintensität kann hieraus nicht abgelesen werden. Inhaltlich wäre bei einer derartigen Interpretation zu befürchten, dass das durch Art. 52 S. 3 EGRC festgelegte Mindestschutzniveau unterschritten würde.⁵⁴⁷

IV. Verhältnismäßigkeit bei variierendem Beurteilungsspielraum

1. Paralleler Ansatz zur allgemeinen Kommunikationsfreiheit

- 2081** Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Medienfreiheit folgt entsprechend dem sachlichen und dogmatischen Zusammenhang dem gleichen Schema wie im Rahmen der allgemeinen Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit.⁵⁴⁸ Auch hier spielt der variierende Beurteilungsspielraum, der sich vor allem bei der Prüfung der Angemessenheit einer Maßnahme manifestiert, eine entscheidende Rolle. Er basiert auf dem durch den EGMR ausgebildeten Konzept verschiedener Entscheidungsspielräume und damit einhergehender unterschiedlicher Nachprüfungsintensität.

⁵⁴³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (21).

⁵⁴⁴ Näher *Frenz*, Europarecht 2 und 3.

⁵⁴⁵ *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (3); *Selmer*, EuR 2002, Beiheft 3, 29 (38).

⁵⁴⁶ S.o. Rn. 1558 f.

⁵⁴⁷ Vgl. *Feise*, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 166 f.

⁵⁴⁸ S.o. Rn. 1856 ff.

Die zugrunde zu legenden Fallgruppen im Rahmen der Medienfreiheit können ebenfalls zum einen nach dem präsentierten Inhalt, zum anderen nach dem mit dem Eingriff verfolgten Schutzziel aufgeteilt werden.⁵⁴⁹ Zusätzlich haben sich in der Rechtsprechung weitere Kriterien herausgebildet, die im Bereich der Medien eine besondere Rolle spielen. Ausschlaggebend kann zum Beispiel sein, ob der Äußernde oder der von einer Äußerung Betroffene einem Personenkreis angehört, der insofern privilegiert oder aber exponiert ist. **2082**

2. Variation des Beurteilungsspielraums je nach dem Inhalt der geäußerten Meinung

a) Meinungsäußerungen zu Themen öffentlichen Interesses bzw. politischen Themen

Als besonders schützenswert gelten Äußerungen zu Themen öffentlichen Interesses. Insbesondere hier manifestiert sich wiederum die Rolle der Medien innerhalb einer demokratischen Gesellschaft und es findet innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rückanbindung an ihre grundsätzliche Bedeutung und Funktion statt.⁵⁵⁰ Beiträge in den Medien mit Inhalten, die unmittelbar der politischen Willensbildung dienen, genießen demnach besonderen Schutz und bilden das Kernstück der Meinungsäußerungen zu Themen öffentlichen Interesses. Der Themenkreis ist aber nicht auf politische Inhalte beschränkt. Vielmehr sind Äußerungen zu verschiedenen allgemein interessierenden Fragen nach der Rechtsprechung des EGMR hierunter zu fassen.⁵⁵¹ **2083**

Abgrenzungsschwierigkeiten sind denkbar, wenn es etwa um die spielfilmartige oder sonst wie fiktive Aufbereitung eines Stoffes geht, der von öffentlichem Interesse ist. Um den medialen Möglichkeiten der Darstellung gerecht zu werden, muss hier sorgfältig differenziert werden. Eine Einordnung in die unterhaltende Kategorie mit entsprechend geringerem Schutzniveau sollte nicht voreilig erfolgen.⁵⁵² Vielfach erweckt eine Darstellung in Spielfilmform größere Aufmerksamkeit als eine reine Dokumentation und ist deshalb oft stärkerem Druck auf Unterbleiben ausgesetzt. Daher bedarf es eines hohen grundrechtlichen Schutzes, um solche Versuche abwehren zu können. **2084**

b) Tatsachen und Werturteile

Der EGMR differenziert bei der Eingriffsrechtfertigung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen.⁵⁵³ Dies kommt vor allem bei Berichterstattungen und Kommentaren im Bereich der Medien zum Ausdruck. **2085**

Werturteile sind dem Wahrheitsbeweise nicht zugängliche Äußerungen. Sie können deshalb generell nicht dem Erfordernis unterstellt werden, bewiesen zu **2086**

⁵⁴⁹ S.o. Rn. 1857.

⁵⁵⁰ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 62; ferner o. Rn. 1947 ff.

⁵⁵¹ S.o. Rn. 1865.

⁵⁵² So auch Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 65.

⁵⁵³ S.o. Rn. 1785.

werden.⁵⁵⁴ Geschieht dies dennoch, so liegt bereits hierin ein Verstoß gegen die Medienfreiheit.

- 2087** Umgekehrt nahm der EGMR im Fall *Castells* eine Verletzung des Rechts aus Art. 10 EMRK an, da dem Beschwerdeführer in einem gegen ihn geführten Strafverfahren der Wahrheitsbeweis für seine Äußerung nicht gestattet wurde.⁵⁵⁵ Der baskische Politiker *Castells* hatte der spanischen Regierung öffentlich vorgeworfen, für Mordanschläge gegen baskische Bürger verantwortlich zu sein.
- 2088** Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass in jedem Fall ein Wahrheitsbeweis zulässig sein muss. Vielmehr hat der EGMR betont, dass es im Falle *Castells* um eine Äußerung von besonderem öffentlichen Interesse durch einen Volksvertreter ging. Dies verlangt genaueste Prüfung seitens der Gerichte.⁵⁵⁶ Daneben sind aber auch Fälle denkbar, in denen etwa bei höchstpersönlichen Tatsachen der Schutz von Persönlichkeitsrechten eine Unterbindung der Veröffentlichung rechtfertigt, und zwar unabhängig von deren Wahrheitsgehalt. Das betrifft vor allem die Medien.⁵⁵⁷ Sie haben keine solch herausgehobene Position in der demokratischen Willensbildung wie ein Volksvertreter.
- 2089** Auch Werturteile sind nicht in jedem Falle zulässig. Der EGMR verlangt zunächst eine ausreichende Tatsachengrundlage, ohne die ein Werturteil überzogen ist.⁵⁵⁸ Vor allem im Verhältnis zwischen Journalisten und Politikern hat sich zudem ein weiteres Kriterium herausgebildet. Die Werturteile müssen im Gesamtzusammenhang als angemessen gelten. Scharfe Urteile als Reaktion auf provokante Äußerungen sind daher tendenziell hinzunehmen.⁵⁵⁹ Die geforderte Tatsachengrundlage für die geäußerten Werturteile mag in diesem Zusammenhang wiederum auch zur Angemessenheit des Werturteils beitragen.
- 2090** So hat der EGMR im Fall *Oberschlick II* die Bezeichnung des Politikers Jörg Haider als „Trottel“ in einem Zeitungsartikel für zulässig erachtet, da der Journalist sachlich verstärkt erklärt habe, wieso er diesen Schluss ziehe. Angesichts der vorhergehenden provozierenden Rede des Herrn Haider, auf die sich der Beitrag des Journalisten bezog, sei der polemische Stil und die Bezeichnung des Politikers als Trottel ferner der Empörung, die Herr Haider erzeugt habe, angemessen.⁵⁶⁰

⁵⁵⁴ EGMR, Urt. vom 17.12.2004, Nr. 49017/99 (Rn. 76), NJW 2006, 1645 (1648 f.) – Pedersen u. Baadsgaard/Dänemark m.w.N.; Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9815/82 (Rn. 46), NJW 1987, 2143 (2145) – Lingens/Österreich.

⁵⁵⁵ EGMR, Urt. vom 23.04.1992, Nr. 11798/85 (Rn. 48), ÖJZ 1992, 803 (806) – *Castells*/Spanien.

⁵⁵⁶ EGMR, Urt. vom 23.4.1992, Nr. 11798/85 (Rn. 42 ff.), ÖJZ 1992, 803 (805) – *Castells*/Spanien.

⁵⁵⁷ Vgl. *Holoubek*, AfP 2003, 193 (195).

⁵⁵⁸ EGMR, Urt. vom 17.12.2004, Nr. 49017/99 (Rn. 76), NJW 2006, 1645 (1648 f.) – Pedersen u. Baadsgaard/Dänemark; Urt. vom 13.11.2003, Nr. 39394/98 (Rn. 39), ÖJZ 2004, 512 (514) – Scharsach u. News Verlagsgesellschaft/Österreich; auch Urt. vom 27.2.2001, Nr. 26958/95 (Rn. 43), ÖJZ 2001, 693 (695) – Jerusalem/Österreich; Urt. vom 26.2.2002, Nr. 28525/95 (Rn. 47), ÖJZ 2002, 468 (469) – Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Österreich.

⁵⁵⁹ *Holoubek*, AfP 2003, 193 (196) m.w.N.

⁵⁶⁰ EGMR, Urt. vom 1.7.1997, Nr. 20834/92 (Rn. 33 f.), NJW 1999, 1321 (1322) – *Oberschlick*/Österreich (Nr. 2).

Die Einordnung als Tatsache oder Werturteil hat für die Zulässigkeit einer Äußerung unmittelbare Bedeutung. Die Grenze zwischen beiden verschwimmt aber häufig und ist immer da schwierig zu ziehen, wo Tatsachenbehauptungen wie Werturteile eingesetzt werden. Dies kann bei als Provokation eingesetzten Stilmitteln der Übertreibung oder stark pauschalierten Behauptungen der Fall sein. **2091**

Der EGMR lässt diese Einordnung zuweilen im Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten.⁵⁶¹ Dieser erstreckt sich aber eigentlich nur auf die Rechtfertigungsfähigkeit von Beeinträchtigungen, nicht auf die tatbestandsmäßige Qualifizierung. Ansonsten hätten die zuständigen Stellen eine gute Möglichkeit, sich über eine Einstufung als Tatsachenbehauptung einen weiteren Beurteilungsspielraum zu verschaffen. In manchen Fällen widerspricht der EGMR denn auch der von den nationalen Gerichten vorgenommenen Einordnung. Insbesondere bei sehr pauschalen Urteilen ist er geneigt, diese als Werturteile einzustufen, auch wenn ihnen ein Tatsachenkern innewohnt.⁵⁶² Um sämtliche Manipulationen von vornherein auszuschließen, ist die Subsumtion unter die Begrifflichkeit allein nach europäischen Maßstäben ohne nationalen Spielraum auszurichten. **2092**

c) *Variation nach dem Wahrheitsgehalt der Äußerungen*

Der Wahrheitsgehalt von Äußerungen wird ebenfalls in die Waagschale gelegt, wenn es um die Schutzwürdigkeit im Rahmen der Medienfreiheit geht. So verdienen bewusst unwahre Äußerungen den geringsten Schutz. Bei unwahren Behauptungen, die durch eine unzureichende Recherche zustande gekommen sind, ist eine geringere Schutzwürdigkeit indiziert. **2093**

Allerdings sind an die journalistische Sorgfalt im Interesse der freien Kommunikation auch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.⁵⁶³ Als übertrieben hat der EGMR das Verlangen betrachtet, ein Journalist möge seine bekundete Meinung mit der gleichen Präzision begründen, die in einem Strafverfahren für den Nachweis einer Anschuldigung gefordert wird.⁵⁶⁴ **2094**

d) *Tatsachenbehauptungen Dritter und Schutz journalistischer Quellen*

Basieren Berichtserstattungen auf den Tatsachenbehauptungen Dritter, so resultiert aus der journalistischen Sorgfaltspflicht üblicherweise die Verpflichtung, eigene Recherchen zur Prüfung des Wahrheitsgehalts der Behauptungen vorzunehmen. **2095**

Insbesondere bei rufschädigenden Äußerungen gilt: Je schwerer der Vorwurf, desto eher muss selbst recherchiert werden. Ist die Informationsquelle jedoch als vertrauenswürdig bekannt, so darf im Allgemeinen auf die Richtigkeit der Tatsa- **2096**

⁵⁶¹ EGMR, Urt. vom 26.4.1995, Nr. 15974/90 (Rn. 36), ÖJZ 1995, 675 (676) – Prager u. Oberschlick/Österreich.

⁵⁶² Vgl. EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 28525/95 (Rn. 46), ÖJZ 2002, 468 (469) – Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Österreich; Urt. vom 27.2.2001, Nr. 26958/95 (Rn. 43), ÖJZ 2001, 693 (695) – Jerusalem/Österreich; ferner *Holoubek*, AfP 2003, 193 (196).

⁵⁶³ Vgl. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 66.

⁵⁶⁴ EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 28525/95 (Rn. 46), ÖJZ 2002, 468 (469) – Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Österreich.

chenbehauptungen auch ohne eigene Prüfung vertraut werden. Als derartige vertrauenswürdige Quellen gelten nach der EGMR-Rechtsprechung jedenfalls offizielle Berichte.⁵⁶⁵

- 2097** Für die Beurteilung, ob eine Quelle vertrauenswürdig ist, muss auf die bekannten Umstände zum Zeitpunkt der Veröffentlichung abgestellt werden. So wurde im Fall *Bladet Tromsø* der Bericht eines vom norwegischen Fischereiministerium eingesetzten Inspektors als vertrauenswürdige Quelle eingestuft. Im Nachhinein hatten Ergebnisse eines Untersuchungsausschusses jedoch Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit des Inspektors ergeben.⁵⁶⁶ Diese nachträglichen Zweifel vermögen an der ursprünglich zu Recht angenommene Vertrauenswürdigkeit der Quelle nichts zu ändern.
- 2098** Die journalistische Quelle als solche genießt wiederum einen ganz besonderen Schutz. Grundsätzlich darf die Identität eines Informanten geheim gehalten werden. Als unabdingbare Basis der Medienfreiheit ist diese grundrechtliche Facette nur unter strengen Voraussetzungen einschränkbar, deren Vorliegen vom EGMR besonders sorgfältig und engmaschig geprüft wird.⁵⁶⁷ Verlangt wird ein überragendes Erfordernis im öffentlichen Interesse, das einen Eingriff in den Schutz journalistischer Quellen rechtfertigt.⁵⁶⁸ Der innerstaatliche Ermessensspielraum bei der Feststellung, ob ein dringendes soziales Bedürfnis für einen Eingriff bestand, wird „durch das Interesse der demokratischen Gesellschaft an der Sicherung und Erhaltung der freien Presse umschrieben“⁵⁶⁹ und damit weitgehend determiniert.
- 2099** Im Fall *Goodwin* hat der EGMR grundlegend ausgeführt, dass eine an einen Journalisten ergangene Offenlegungsorder nicht schon mit dem Argument gerechtfertigt werden kann, ohne Preisgabe der Quelle könnten Ansprüche gegen den Informanten nicht durchgesetzt werden. Zwar sind dies relevante Gründe, bei einer Abwägung zugunsten des Interesses der demokratischen Gesellschaft reichen sie jedoch nicht aus, „das vitale öffentliche Interesse am Schutz der Quelle des Journalisten zu überwiegen.“⁵⁷⁰
- 2100** Eine Durchsuchung von Wohnung und Arbeitsplatz eines Journalisten zwecks Identifizierung einer Quelle stellt nach dem EGMR im Urteil *Roemen und Schmit* einen noch weiter reichenden Eingriff in die Pressefreiheit als eine bloße Offenle-

⁵⁶⁵ EGMR, Urt. vom 20.5.1999, Nr. 21980/93 (Rn. 68), NJW 2000, 1015 (1018) – *Bladet Tromsø* u. *Stensaas/Norwegen*.

⁵⁶⁶ EGMR, Urt. vom 20.5.1999, Nr. 21980/93 (Rn. 66), NJW 2000, 1015 (1017 f.) – *Bladet Tromsø* u. *Stensaas/Norwegen*.

⁵⁶⁷ EGMR, Urt. vom 25.2.2003, Nr. 51772/99 (Rn. 46, 57 f.), RJD 2003-IV – *Roemen* u. *Schmit/Luxemburg*.

⁵⁶⁸ EGMR, Urt. vom 27.3.1996, Nr. 17488/90 (Rn. 39), ÖJZ 1995, 795 (796) – *Goodwin/Vereinigtes Königreich*; Urt. vom 25.2.2003, Nr. 51772/99 (Rn. 46), RJD 2003-IV – *Roemen* u. *Schmit/Luxemburg*. S. bereits o. Rn. 2020 ff.

⁵⁶⁹ EGMR, Urt. vom 27.3.1996, Nr. 17488/90 (Rn. 40), ÖJZ 1995, 795 (796) – *Goodwin/Vereinigtes Königreich*; bestätigend Urt. vom 25.2.2003, Nr. 51772/99 (Rn. 58), RJD 2003-IV – *Roemen* u. *Schmit/Luxemburg*.

⁵⁷⁰ EGMR, Urt. vom 27.3.1996, Nr. 17488/90 (Rn. 46), ÖJZ 1995, 795 (797) – *Goodwin/Vereinigtes Königreich*.

gungsorder dar, selbst wenn sie erfolglos bleibt.⁵⁷¹ Dementsprechend schwerwiegend müssen die derartige Eingriffe rechtfertigenden Gründe sein. Nicht ohne weiteres ausreichend ist das Bedürfnis, die Person ausfindig zu machen, die durch die Weitergabe von Information an die Presse möglicherweise gegen berufliche Geheimhaltungspflichten verstoßen hat.⁵⁷²

e) *Werbung und Äußerungen mit wirtschaftskritischem Inhalt*

Auch im Bereich der Medienfreiheit gilt der bereits erläuterte weite Spielraum der Mitgliedstaaten, sofern die Einschränkung der Äußerungen wirtschaftswerbender, also im weitesten Sinne Absatz fördernder Natur ist, oder aber allgemein dem Bereich des unlauteren Wettbewerbs zugehört.⁵⁷³ **2101**

Davon zu unterscheiden sind jedoch Äußerungen, die gewisse Auswirkungen auf Wirtschaftsunternehmen haben können, allerdings im Rahmen einer öffentlichen Kontroverse vorgenommen wurden. Derartige wirtschaftskritische Äußerungen werden in aller Regel nicht innerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses getätigt. Es geht demnach gerade nicht um absatzorientierte Äußerungen. Der EGMR zieht die Grenze im Zweifel denn auch eher zugunsten der Diskussion über Themen öffentlichen Interesses.⁵⁷⁴ Die für den Bereich der Wirtschaftswerbung aufgestellten Grundsätze, insbesondere die Prüfungsintensität, mit der nationale Entscheidungen kontrolliert werden, sind also nicht ohne weiteres übertragbar. **2102**

f) *Ideelle Werbung im Rundfunk*

Einen besonderen Bereich der Werbebeschränkungen bildet die ideelle Werbung. Zum Teil existieren in den Mitgliedstaaten absolute Verbote ideeller Werbung für den Rundfunk. Der EGMR hat dies nicht für generell unzulässig gehalten. Er hat vielmehr das dahinter stehende Ziel der Verhinderung ungleichgewichtiger Einflussnahme durch finanzkräftige Gruppierungen anerkannt.⁵⁷⁵ In der Entscheidung *VGT Verein gegen Tierfabriken* wird insoweit auf die fehlende Einzelfallprüfung abgestellt, ob eine solche Verzerrung durch besondere Finanzkraft des Werbekunden zu befürchten sei. Das Gericht gelangt so zur Rechtswidrigkeit des Eingriffs in Art. 10 EMRK.⁵⁷⁶ **2103**

Dagegen wird an anderer Stelle ausdrücklich auf eine Betrachtung des Einzelfalls verzichtet. Im Fall *Murphy* ging es um einen religiösen Werbespot, der bei einem lokalen Radiosender in Auftrag gegeben wurde. Das in Irland zu diesem **2104**

⁵⁷¹ S. EGMR, Urt. vom 25.2.2003, Nr. 51772/99 (Rn. 57), RJD 2003-IV – Roemen u. Schmit/Luxemburg.

⁵⁷² Vgl. EGMR, Urt. vom 25.2.2003, Nr. 51772/99 (Rn. 46 ff.), RJD 2003-IV – Roemen u. Schmit/Luxemburg.

⁵⁷³ Hierzu ausführlich o. Rn. 1867 ff.

⁵⁷⁴ Vgl. *Holoubek*, AfP 2003, 193 (197) mit zutreffendem Verweis auf EGMR, Urt. vom 25.8.1998, Nr. 25181/94 (Rn. 50), ÖJZ 1999, 614 (616) – Hertel/Schweiz.

⁵⁷⁵ EGMR, Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 72), ÖJZ 2002, 855 (858) – VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz.

⁵⁷⁶ EGMR, Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 74 ff.), ÖJZ 2002, 855 (858 f.) – VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz.

Zeitpunkt geltende generelle Verbot religiöser Werbung wurde vom EGMR unter anderem mit Hinweis auf den weiten Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers für zulässig erachtet.⁵⁷⁷

- 2105** Dieses uneinheitliche Bild mag mit verursacht sein durch die jeweils in Rede stehenden Inhalte der Werbespots. Zum einen ging es im Fall *VGT Verein gegen Tierfabriken* um ein politisches Thema, bei dem der Kernbereich der geschützten Meinungsäußerungen in den Medien betroffen war und der dementsprechend engmaschiger Nachprüfung unterlag. Das Urteil *Murphy* betraf dagegen inhaltlich einen Bereich, der anders herum einem eher weiten Spielraum der Mitgliedstaaten unterlag.⁵⁷⁸ Beide sind jedoch der ideellen Werbung zuzurechnen. Damit führt die Kategorisierung als ideelle Werbung für sich gesehen nicht zu den für den Bereich der kommerziellen Werbung geltenden Überprüfungsmaßstäben. Vielmehr ist in aller Regel das Ausmaß des Ermessensspielraums reduziert.⁵⁷⁹
- 2106** Hier kommt zudem das Ziel der Werbebeschränkung, nämlich letztlich die Pluralismussicherung, ins Spiel. Diesem Ziel entsprechend kann ideelle Werbung als inhaltlich bedeutsamer und damit für die Pluralismussicherung kritischer eingestuft werden als bloße kommerzielle Werbung. Unter diesem Aspekt ist eine Differenzierung zwischen ideeller und nichtideeller Werbung angezeigt.

3. Variation nach dem betroffenen Personenkreis

a) Politiker

- 2107** Gerade hinsichtlich der Äußerungen von Journalisten über Politiker hebt der EGMR den Grundsatz hervor, dass die Meinungsfreiheit nicht nur für allgemein zustimmend aufgenommene, sondern auch für schockierende oder verletzend Äußerungen gilt.⁵⁸⁰ Die journalistische Freiheit umfasst auch die Möglichkeit der Übertreibung oder Provokation.⁵⁸¹
- 2108** Grundsätzlich zieht der EGMR ferner die Grenzen zulässiger Kritik gegenüber Politikern, die als Person des öffentlichen Lebens handeln, weiter als bei Privatpersonen.⁵⁸² Begründet wird dies damit, dass der Politiker sich bewusst der genauen Prüfung seiner Worte aussetzt und dementsprechend auch eine größere Toleranz zeigen muss. Das gilt besonders dann, wenn er Erklärungen abgibt, die auf Kritik stoßen können.⁵⁸³

⁵⁷⁷ EGMR, Urt. vom 10.7.2003, Nr. 44179/98 (Rn. 74 ff.), RJD 2003-IX – *Murphy/Irland*.

⁵⁷⁸ Krit. zu dieser Differenzierung durch den EGMR *Gundel*, ZUM 2005, 345 (348 ff.).

⁵⁷⁹ S. ausdrücklich EGMR, Urt. vom 28.6.2001, Nr. 24699/94 (Rn. 71), ÖJZ 2002, 855 (858) – *VgT Verein gegen Tierfabriken/Schweiz*.

⁵⁸⁰ EGMR, Urt. vom 1.7.1997, Nr. 20834/92 (Rn. 29), NJW 1999, 1321 (1321 f.) – *Oberschlick/Österreich* (Nr. 2); s. auch o. Rn. 1914.

⁵⁸¹ EGMR, Urt. vom 21.1.1999, Nr. 29183/95 (Rn. 45), NJW 1999, 1315 (1316) – *Fressoz u. Roire/Frankreich*.

⁵⁸² Vgl. o. Rn. 1270 ff.

⁵⁸³ EGMR, Urt. vom 1.7.1997, Nr. 20834/92 (Rn. 29), NJW 1999, 1321 (1321 f.) – *Oberschlick/Österreich* (Nr. 2).

Innerhalb der Gruppe der Politiker kann in der Rechtsprechung zudem eine weitere Abstufung festgemacht werden. So geht der EGMR in der Entscheidung *Şener* davon aus, dass die Grenzen zulässiger Kritik gegenüber der Regierung noch weiter zu ziehen sind als bei Politikern im Allgemeinen. Schließlich muss in einer Demokratie das Verhalten der Regierung Gegenstand der Überprüfung auch durch die öffentliche Meinung sein. Die Presse bietet der Öffentlichkeit „eines der besten Mittel, sich eine Meinung zu suchen und zu bilden über die Ideen und Verhaltensweisen politischer Führer.“⁵⁸⁴ **2109**

Allerdings ist bei Kritik an der Regierung eine klare Grenze dort zu ziehen, wo in den Medien Ansichten verbreitet werden, die eine Aufhetzung zu Gewalttaten gegen den Staat enthalten, damit die Medien nicht zum Vehikel für Förderung von Gewalt werden.⁵⁸⁵ Derartige Kritik genießt jedenfalls nicht den besonderen Schutz, der politischen Meinungsäußerungen ansonsten zuteil wird. **2110**

b) Andere in der Öffentlichkeit stehende Personen

Nicht nur in Bezug auf Politiker, sondern auch bei Personen, die bewusst ein öffentliches Forum betreten und ähnlich wie Politiker an einer öffentlichen Debatte teilnehmen, greifen die besonderen Maßstäbe bei der Beurteilung der Beschränkung von Meinungsäußerungen. Ausschlaggebend ist, ob die Person die „öffentliche Arena“ betreten hat. Dies wird schon bei einer Person angenommen, die an einer öffentlichen Diskussion teilnimmt,⁵⁸⁶ ebenso bei Vereinen, die im Bereich öffentlicher Belange tätig sind und diesbezüglich in eine öffentliche Diskussion treten.⁵⁸⁷ Irrelevant ist, ob die betreffende Person auch tatsächlich in der Öffentlichkeit bekannt ist.⁵⁸⁸ **2111**

Es werden sogar Personen zu diesem Personenkreis gezählt, die sich einer Straftat politischer Natur verdächtig gemacht haben, welche die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf sich zieht.⁵⁸⁹ Dies mag bedenklich sein, da sie die öffentliche Arena insofern nicht bewusst und freiwillig betreten haben. Das ansonsten zu ihren Gunsten eingreifende Persönlichkeitsrecht kann jedoch bei Annahme eines besonderen Interesses an öffentlicher Berichterstattung zurücktreten. Das gilt etwa auch bei das öffentliche Bewusstsein berührenden Straftaten wie Steuerhinterzie-

⁵⁸⁴ EGMR, Urt. vom 18.7.2000, Nr. 26680/95 (Rn. 40 f.), ÖJZ 2001, 696 (696) – *Şener/Türkei*.

⁵⁸⁵ EGMR, Urt. vom 18.7.2000, Nr. 26680/95 (Rn. 42), ÖJZ 2001, 696 (697) – *Şener/Türkei*.

⁵⁸⁶ EGMR, Urt. vom 25.11.1999, Nr. 23118/93 (Rn. 52), RJD 1999-VIII – Nilsen u. Johnsen/Norwegen.

⁵⁸⁷ EGMR, Urt. vom 27.2.2001, Nr. 26958/95 (Rn. 39), ÖJZ 2001, 693 (694) – Jerusalem/Österreich; ferner s. Ausführungen in EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 34315/96 (Rn. 37 m.w.N.), ÖJZ 2002, 466 (467 f.) – Krone Verlag GmbH/Österreich.

⁵⁸⁸ EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 34315/96 (Rn. 37), ÖJZ 2002, 466 (467 f.) – Krone Verlag GmbH/Österreich.

⁵⁸⁹ EGMR, Urt. vom 26.2.2002, Nr. 34315/96 (Rn. 37), ÖJZ 2002, 466 (467 f.) – Krone Verlag GmbH/Österreich; vgl. Urt. vom 11.1.2000, Nr. 31457/96 (Rn. 54 ff.), ÖJZ 2000, 394 (395 f.) – News Verlags GmbH/Österreich, wobei der Verdächtige sich zuvor durch extremistische Äußerungen hervortat.

hung von Spitzenmanagern, selbst wenn sie bislang nicht das Rampenlicht der Öffentlichkeit suchten. Es zeigt sich dann allerdings, dass ein rein personenkreisbezogener Ansatz nicht durchzuhalten ist und inhaltsorientierte Kriterien sich hinzu gesellen.⁵⁹⁰

c) *Richter und andere Personen der Rechtspflege*

- 2113** In der jüngeren Rechtsprechung klingt dagegen bei der Kritik von Journalisten an Richtern an, dass auf die besondere Rolle der Gerichtsbarkeit in der Gesellschaft Bedacht genommen werden müsse. Es könne daher notwendig sein, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gerichte gegen „destruktive Angriffe zu schützen, die im Wesentlichen unbegründet sind.“⁵⁹¹ Dies sei vor allem vor dem Hintergrund zu bedenken, dass das Gebot der richterlichen Zurückhaltung die Kritisierten von einer Erwiderung abhalten kann.
- 2114** Ein etwaiges hieraus zu lesendes Zurückhaltungsgebot bei der Kritik an der Rechtspflege ist nicht unproblematisch. Es dürfte sich nämlich bei derartigen Meinungsäußerungen fast ausschließlich um solche zu Themen des öffentlichen Interesses handeln, die in anderem Zusammenhang anerkanntermaßen wenig Raum für Einschränkungen lassen.⁵⁹² Der EGMR betont in seinen Entscheidungen denn auch die Wichtigkeit der Presseberichterstattung über Fragen der Rechtsprechung, die von der besonderen Bedeutung der Pressefreiheit umfasst ist.⁵⁹³
- 2115** Um die widerstrebenden Interessen in Einklang zu bringen, ist wohl genau zu untersuchen, ob die Meinungsäußerungen „im Wesentlichen unbegründet“ sind. Es kommt also auf die konkreten Umstände jedes Einzelfalls an.
- 2116** Im Fall *De Haes und Gijssels* wurde auch sehr scharfe Kritik an drei Richtern und einem Generalanwalt des belgischen Appellationsgerichtshofs vom EGMR als zulässig angesehen. Den Betroffenen wurde von der Presse vorgeworfen, in einem Prozess wegen Kindesmissbrauchs voreingenommen entschieden zu haben. Die Kommentare der Journalisten seien Werturteile, die aufgrund vorhergehender guter Recherche eine ausreichende Faktengrundlage hätten. Auch die besonders scharfe Form, in der die Kritik hervorgebracht wurde, betrachtete der EGMR als verhältnismäßig angesichts der durch die Vorwürfe bewirkten Empörung.⁵⁹⁴

d) *Fazit*

- 2117** Auch wenn die Rechtsprechung zur Feststellung der Weite des Beurteilungsspielraums an die Zugehörigkeit zu bestimmten Personengruppen anknüpft, so steht im

⁵⁹⁰ Vgl. *Holoubek*, AfP 2003, 193 (197).

⁵⁹¹ EGMR, Urt. vom 26.4.1995, Nr. 15974/90 (Rn. 34), ÖJZ 1995, 675 (676) – Prager u. Oberschlick/Österreich; Urt. vom 2.11.2006, Nr. 60899/00 (Rn. 29), ÖJZ 2007, 342 (342) – Kobenter u. Standard Verlags GmbH/Österreich.

⁵⁹² EGMR, Urt. vom 2.11.2006, Nr. 60899/00 (Rn. 29), ÖJZ 2007, 342 (342) – Kobenter u. Standard Verlags GmbH/Österreich.

⁵⁹³ Grundlegend EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 65), EuGRZ 1979, 386 (390) – Sunday Times (Nr. 1)/Vereinigtes Königreich.

⁵⁹⁴ EGMR, Urt. vom 24.2.1997, Nr. 19983/92 (Rn. 47 ff.), ÖJZ 1997, 912 (914) – De Haes u. Gijssels/Belgien.

Grunde die Frage dahinter, inwieweit die betreffende Diskussion zu Themen von allgemeinem öffentlichem Interesse beiträgt. Ausschlaggebend sind insofern sowohl inhaltliche als auch personenbezogene Kriterien.⁵⁹⁵

Besonders geschützt sind im engeren Sinne politische Debatten, vor allem, wenn sie im dafür in der demokratischen Ordnung unmittelbar vorgesehenen Rahmen, nämlich im Parlament stattfinden. Hier greift überdies schon die persönliche Immunität Abgeordneter als spezifischer Schutzmechanismus für gewählte Politiker. Diese kommt den Medien nicht zu. **2118**

Mit den dargelegten Abstufungen sind dann auch Äußerungen in nach ihrer Funktion parlamentsähnlichen Foren ähnlich schutzwürdig, ebenso Äußerungen, die zwar nicht von Politikern, aber von ähnlich im öffentlichen Bereich tätigen Personen zu öffentlichen Themen getätigt werden. Die Kehrseite bildet die Konsequenz, dass dieser Personenkreis sich auch in besonderem Maße der Kritik anderer, insbesondere der Medien, stellen muss. Letztere haben aber deren Privatsphäre zu achten.⁵⁹⁶ Der Schutz der Privatsphäre kann allerdings durch ein besonderes öffentliches Interesse zurückgedrängt sein, so bei Straftaten, die das allgemeine Bewusstsein tangieren. **2119**

4. Variation nach den Besonderheiten des jeweiligen Mediums

Da die Bedeutung eines Mediums für die Demokratie auch von der Zahl der potenziellen Rezipienten abhängt, sind Variationen der Nachprüfungsintensität oder des nationalen Beurteilungsspielraums im Hinblick auf das verwendete Medium denkbar. So wird vielfach die besondere Bedeutung der Massenmedien für den Meinungsbildungsprozess hervorgehoben und diesen sodann eine besondere Stellung in der Gesellschaft zugestanden. Dabei kann aber nur das Medium als solches relevant sein, erhielten doch sonst die auflagenstarken Anbieter eine (noch) bessere Position gegenüber Konkurrenten, was die Medienvielfalt und damit letztlich den geforderten Pluralismus gefährden kann. **2120**

Eine so festgelegte gesellschaftliche Relevanz fällt wiederum bei der Nachprüfung gerichtlicher Abwägungsentscheidungen spürbar ins Gewicht. Umgekehrt könnte dann bei bestimmten im Internet stattfindenden Kommunikationsformen, die ein weniger breites Publikum finden, die Kontrollintensität geringer ausfallen. Bei den neueren Medien bleibt abzuwarten, in welche Richtung die Rechtsprechung tendieren wird. **2121**

Die Unterschiedlichkeit der verschiedenen Medien bedingt unter Umständen auch unterschiedliche Eingriffserfordernisse. Jugendschutzaspekte sind etwa in den verschiedenen Kommunikationsmedien ganz unterschiedlich zur Geltung zu bringen. Eintrittskontrollen für Kinofilme sind noch vergleichsweise einfach gegenüber Jugendschutzbeschränkungen bei der Ausstrahlung relevanter Filme im Fernsehen. Auch hieraus können sich Differenzierungserfordernisse und medienspezifische Regelungen ergeben.⁵⁹⁷ **2122**

⁵⁹⁵ Vgl. *Holoubek*, AfP 2003, 193 (197).

⁵⁹⁶ S. näher o. Rn. 1270 ff.

⁵⁹⁷ Vgl. *Kühling*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 24 Rn. 67.

5. Variation des Beurteilungsspielraums je nach verfolgtem Eingriffsziel

2123 Die verschiedenen Differenzierungen je nach verfolgtem Eingriffsziel, wie sie für die allgemeine Kommunikationsfreiheit aufgezeigt wurden, können auch für die Medienfreiheit Geltung beanspruchen.⁵⁹⁸ Zusätzlich gibt es einige medientypische Beeinträchtigungen, die ebenfalls den einzelnen Eingriffszwecken zugeordnet werden können.

a) *Beeinträchtigungen der Medienfreiheit zum Schutze der Moral*

2124 Unter Beeinträchtigungen zum Schutze der Moral sind im Bereich der Medien vor allem Jugendschutzbestimmungen zu fassen. In Betracht kommen Sendeverbote oder zumindest Sendezeitbeschränkungen für pornographische oder Gewaltdarstellungen, wie sie in den Mediengesetzen verankert sind, sowie Verbreitungsverbote für bestimmte Videos. Streng genommen stehen hinter derartigen Beschränkungen nicht allein Moralvorstellungen. Sie sind vielmehr mit Blick auf eine gesunde sittliche Entwicklung von Kindern und Jugendlichen erforderlich und dienen so der Gefahrenabwehr im Hinblick auf das kindliche Wohl,⁵⁹⁹ mithin zur Wahrung der Rechte anderer.

b) *Beeinträchtigungen zum Schutze des guten Rufs oder des Rechts anderer auf Achtung der Privatsphäre*

2125 Diese Kategorie ist innerhalb der Medienfreiheit insbesondere von Relevanz, wenn es um Berichterstattungen der Boulevardpresse über das Privatleben von Prominenten geht. Der Fall *Caroline* machte eine Tendenz deutlich, in diesem Bereich den Schutz der Privatsphäre zulasten der Pressefreiheit auszudehnen.⁶⁰⁰ Hier hat der EGMR eine Verletzung des Art. 8 EMRK festgestellt, da die deutschen Gerichte verschiedene Veröffentlichungen von Fotos aus dem Privatleben der Prinzessin für zulässig hielten.

2126 Die Unterteilung in absolute und relative Personen der Zeitgeschichte und auch das Kriterium der „örtlichen Abgeschiedenheit“ fand der EGMR schwer nachvollziehbar und nicht ausreichend, um im Rahmen einer Abwägung zu einem angemessenen Ausgleich zwischen dem Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführerin und der Pressefreiheit zu gelangen. Die „örtliche Abgeschiedenheit“ war ihm in der Praxis zu unbestimmt, die Einstufung Carolines als „absolute Person der Zeitgeschichte“ allein genügte nicht.⁶⁰¹ Diese Einordnung wurde überdies angezweifelt, da Caroline keinerlei öffentliche Ämter innehatte.

2127 Stattdessen wird in der *Caroline*-Entscheidung maßgebend ein anderes Kriterium zugrunde gelegt, nämlich „ob die Fotoaufnahmen oder Presseartikel zu einer

⁵⁹⁸ S.o. Rn. 1903 ff.

⁵⁹⁹ Vgl. *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 415.

⁶⁰⁰ Ausführlich o. Rn. 1270 ff.

⁶⁰¹ EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 72 ff.), NJW 2004, 2647 (2650 f.) – von Hannover/Deutschland.

öffentlichen Diskussion über eine Frage allgemeinen Interesses beitragen“.⁶⁰² Die grundsätzliche Abstufung in der Schutzintensität von Medienberichten zu Fragen, die die res publica betreffen, und anderen Themen⁶⁰³ trägt demnach auch hier.

In diesem Sinne sind unter Umständen auch Veröffentlichungen aus dem Privatleben eines Prominenten zulässig, insbesondere wenn es sich um Politiker handelt.⁶⁰⁴ So hat der EGMR im Fall *Plon* entschieden, dass die Veröffentlichung der Krankheitsgeschichte Francois Mitterands durch dessen ehemaligen Leibarzt zu einer weit reichenden öffentlichen Debatte beitrug. Die Öffentlichkeit hatte ein Interesse daran zu erfahren, wie jemand, der ernstlich erkrankt ist, das höchste politische Amt ausfüllen kann. Außerdem ist durch die Geheimhaltung von Mitterands Gesundheitszustand eine öffentliche Debatte zur Transparenz politischer Lebensläufe aufgekommen.⁶⁰⁵

2128

Kritik erfährt diese EGMR-Rechtsprechung vor allem wegen der Unklarheit der gegebenen Abwägungskriterien. Zwischen den Extremen der Politiker in Ausübung ihres Amtes und Berichten über das Privatleben von Privatpersonen bleibt zwar eine Grauzone, die auch Berichte aus dem Privatleben Prominenter umfasst. Zudem ist der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten nur begrenzt berücksichtigt worden.⁶⁰⁶ Indes vermischen sich bei der Beurteilung Prominenter vielfach öffentliches und privates Leben. Letzteres prägt vielfach Ersteres und umgekehrt. So sind auch bei einem Schriftsteller literarische Äußerungen oft nicht ohne den privaten Lebenshintergrund verständlich. Es ist daher situationsabhängig, inwieweit private Umstände zugleich in das öffentliche Interesse fallen. Daher ist gerade eine flexible Handhabung erforderlich. Eine starre Linie verbietet sich von selbst. Insoweit ist allerdings beim EGMR eine Tendenz zu weitreichenden Publikationsmöglichkeiten auch ins Private reichender Tatsachen von Politiken festzustellen, sofern ein öffentlicher Bezug besteht.⁶⁰⁷

2129

c) *Beeinträchtigungen der Medienfreiheit zum Schutze weiterer Rechte anderer*

Innerhalb dieser Fallgruppe der Eingriffe zum Schutze der Rechte anderer kommen wiederum verschiedene medientypische Eingriffsziele in Betracht. Unter anderem ist an urheber- und leistungsschutzrechtliche Vergütungsregelungen zu denken⁶⁰⁸ oder an Beeinträchtigungen zum Schutze der Religionsfreiheit.⁶⁰⁹ Innerhalb dieses weiten Beschränkungsziels ist daher keine einheitliche Linie mit Blick auf den nationalen Beurteilungsspielraum auszumachen.

2130

⁶⁰² EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 60), NJW 2004, 2647 (2649) – von Hannover/Deutschland.

⁶⁰³ Hierzu o. Rn. 2083 f.

⁶⁰⁴ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (Rn. 64), NJW 2004, 2647 (2650) – von Hannover/Deutschland.

⁶⁰⁵ S. EGMR, Urt. vom 18.5.2004, Nr. 58148/00 (Rn. 44), RJD 2004-IV – Éditions Plon/Frankreich; s. bereits o. Rn. 1194, 1268 f.

⁶⁰⁶ *Ohly*, GRUR Int. 2004, 902 (910 f.).

⁶⁰⁷ S. krit. o. Rn. 1270 ff.

⁶⁰⁸ S.o. Rn. 2063.

⁶⁰⁹ Hierzu ausführlich im Rahmen der allgemeinen Kommunikationsfreiheit, Rn. 1886 ff.

- 2131** Eine bemerkenswerte Untergruppe bildet hier allerdings die Sicherung der Meinungsvielfalt in den Medien, die für sich genommen bereits über Art. 11 Abs. 2 EGRC besonderen Schutz genießt.⁶¹⁰ Regulierende, Pluralismus sichernde Maßnahmen kommen zwar diesem Schutzziel nach, stellen gleichzeitig aber auch einen Eingriff in die Meinungsfreiheit einzelner Medienunternehmen dar. Damit implizieren derartige Maßnahmen interne Grundrechtskollisionen im Rahmen des Art. 11 EGRC und sind im Blick auf die Medienfreiheit stets ambivalent.
- 2132** Bereits im Fall *Groppera Radio* hat der EGMR den Schutz des Pluralismus in den Medien als möglichen Rechtfertigungsgrund i.S.d. Art. 10 Abs. 2 EMRK anerkannt und unter den Schutz der Rechte anderer subsumiert.⁶¹¹
- 2133** In seinem Urteil *Informationsverein Lentia* heißt es sogar, dass letztlich der Staat Garant des Pluralismus insbesondere in den audiovisuellen Medien ist. Diese Medienvielfalt durch Aufrechterhaltung eines staatlichen Monopols zu sichern, hielt der EGMR jedoch für einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Meinungsfreiheit privater Veranstalter.⁶¹²
- 2134** Auch in der Rechtsprechung des EuGH sind unter Bezugnahme auf die ergangenen EGMR-Urteile bereits Ansätze erkennbar, die den hohen Stellenwert des Pluralismus in der Kommunikationsfreiheit durch Anerkennung objektiv-rechtlicher Schutzgehalte verdeutlichen.⁶¹³ Den Ausgangspunkt bildet insoweit das Urteil *Gouda*. Der EuGH anerkannte darin ausdrücklich die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens als im Zusammenhang mit Art. 10 EMRK stehenden „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“, der grundsätzlich eine werbebeschränkende Kulturpolitik und die damit konkret einhergehenden Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen kann. Im konkreten Fall hielt er die im niederländischen Medienrecht getroffene Regelung jedoch für nicht erforderlich.⁶¹⁴
- 2135** Ähnliches ist dem Urteil *Familiapress* zu entnehmen. Hier wurde eine Maßnahme, die einen Eingriff in den gemeinschaftlichen Handelsverkehr sowie in die Meinungsfreiheit eines Zeitschriftenverlegers darstellte, als unter Umständen durch die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt gerechtfertigt betrachtet.⁶¹⁵ Die Medienvielfalt trägt andererseits zur Wahrung des Rechts der freien Meinungsäußerung bei.⁶¹⁶

⁶¹⁰ Hierzu allgemein o. Rn. 2034 ff.

⁶¹¹ EGMR, Urte. vom 28.3.1990, Nr. 10890/84 (Rn. 69 f.), NJW 1991, 615 (618) – *Groppera Radio AG u.a./Schweiz*.

⁶¹² Vgl. EGMR, Urte. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 38 ff.), EuGRZ 1994, 549 (550 f.) – *Informationsverein Lentia u.a./Österreich*.

⁶¹³ Ausführlich hierzu *Kühling*, EuGRZ 1997, 296 ff.

⁶¹⁴ EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 (4043 f., Rn. 23 ff.) – *Collectieve Antennevoorziening Gouda*; vgl. auch Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069 (4097, Rn. 30 f.) – *Kommission/Niederlande*.

⁶¹⁵ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3715 ff., Rn. 18 u. 26 ff.) – *Familiapress*.

⁶¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3715, Rn. 18) – *Familiapress*; s. auch Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069 (4097, Rn. 30 f.) – *Kommission/Niederlande*; ferner Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795 (4833, Rn. 25) – *TV 10*.

Bei der Wahl Pluralismus sichernder Mittel steht den Mitgliedstaaten grundsätzlich ein weiterer Spielraum zu.⁶¹⁷ Hinsichtlich der Kehrseite der Medaille, nämlich der einhergehenden Beeinträchtigung der Medienfreiheit, überprüft die Rechtsprechung die nationalen Entscheidungen jedoch relativ engmaschig. 2136

V. Sonderfall der Zensur

Ob aus Art. 11 EGRC ein absolutes Zensurverbot abzuleiten ist, hängt zunächst vom maßgeblichen Zensurbegriff ab. Das Zensurverbot kann sich nicht auf jedwedes vorheriges Veröffentlichungsverbot beziehen. Andernfalls wären auch etwa zivilrechtlich erstrittene Äußerungsverbote hiervon umfasst. Die Diskussion betrifft vielmehr die formelle Zensur, verstanden als präventive Vorlagepflicht mit Prüfungs- und Verbotsvorbehalt.⁶¹⁸ Ein solches Zensurverbot ist den Rechtsordnungen verschiedener Mitgliedstaaten zu entnehmen. Manche Rechtssysteme lassen präventive Kontrollen zu, die teilweise nur auf bestimmte Medien bezogen sind.⁶¹⁹ 2137

Der EGMR ist zurückhaltend. Er hält zwar präventive Beschränkungen von Veröffentlichungen nicht in jedem Falle für unzulässig. Sie stellen jedoch einen besonders intensiven Eingriff dar und sind daher von den Gerichten besonders sorgfältig zu überprüfen.⁶²⁰ 2138

Dem Wortlaut des Art. 11 EGRC lässt sich nicht zwingend ein generelles Zensurverbot entnehmen. Zwar ist die Meinungsfreiheit im Grundsatz ausdrücklich „ohne behördliche Eingriffe“ gewährleistet. Der in Art. 10 Abs. 2 EMRK niedergelegte Kanon zulässiger Einschränkungsgründe sieht aber eine Vielzahl von rechtfertigenden Gründen vor, nach denen auch von diesem Grundsatz abgewichen werden kann. 2139

Da der in Art. 10 EMRK festgelegte und durch die Rechtsprechung des EGMR näher ausgestaltete Schutz der Kommunikationsfreiheit einen Mindeststandard darstellt, besteht im Rahmen der EGRC durchaus die Möglichkeit, einen darüber hinausgehenden Grundrechtsschutz innerhalb der EU zu gewährleisten. Hierfür spricht auch, dass die Mitgliedstaaten überwiegend ein Verbot der Vorzensur in ihre Rechtsordnungen aufgenommen haben. Diese mitgliedstaatliche Tendenz sollte im Kern auch Niederschlag im Unionsrecht und damit in der Rechtsprechung des EuGH finden.⁶²¹ Eine formelle Zensur, die sich auf den konkret gewählten Inhalt bezieht, bildet einen schwerwiegenden Eingriff, der die freie Entfaltung der Medien von vornherein hindert und abschreckt, bestimmte Meinungen und Tatsachen zu verbreiten, mithin die Medienfreiheit im Kern trifft und deren Wesensgehalt antastet. Sie muss daher gänzlich ausgeschlossen sein. 2140

⁶¹⁷ S.o. Rn. 2036 ff.

⁶¹⁸ So auch *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 78.

⁶¹⁹ Eine Übersicht bei *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 79.

⁶²⁰ S. EGMR, Urt. vom 17.7.2001, Nr. 39288/98 (Rn. 56), RJD 2001-VIII – Association Ekin/Frankreich; Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 58), ÖJZ 1997, 714 (716) – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

⁶²¹ *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 79 f.

VI. Wesensgehaltsgarantie

- 2141** Auch nach der Rechtsprechung des EGMR, die insoweit gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC maßgeblich ist,⁶²² darf ein Grundrecht nicht in seiner Substanz beeinträchtigt werden.⁶²³ Dies entspricht der Wesensgehaltsgarantie, die in Art. 52 Abs. 1 EGRC statuiert ist, der dementsprechend nicht zwingend bei der Prüfung von Eingriffen in die Medienfreiheit heran gezogen werden muss.⁶²⁴
- 2142** In der Praxis ist jedoch ein Eingriff, der die Substanz des Grundrechts der Medienfreiheit beeinträchtigt, jenseits der formellen Zensur⁶²⁵ kaum denkbar. Als zusätzliche Sicherung des Grundrechtskerns hat die Wesensgehaltsgarantie dennoch eine wichtige warnende Funktion, wenn sie auch überwiegend theoretischer Natur sein dürfte. Eine vollständige Aushöhlung des Grundrechts zu einer leeren Hülle soll vermieden werden.⁶²⁶

J. Weitere Gehalte der Medienfreiheit

- 2143** Objektiv-rechtliche Gehalte des Grundrechts der Kommunikationsfreiheit kommen vor allem bei der Medienfreiheit zum Tragen.

I. Schutzpflichten

- 2144** Ausdrücklich genannt wird in Art. 11 Abs. 2 EGRC die Achtung der Pluralität in den Medien. Trotz der umstrittenen Bedeutung des Wortes „geachtet“⁶²⁷ wird in Bezug auf den Medienpluralismus jedenfalls von einer Schutzpflicht als Manifestation der objektiv-rechtlichen Komponente des Grundrechts ausgegangen.⁶²⁸ Schutzpflichten können sich nach den allgemeinen Regeln⁶²⁹ ferner auch für andere Aspekte der Medienfreiheit ergeben.

1. Pluralismussicherung

- 2145** Die Pluralismussicherung bedeutet Schutz vor Konzentrationsprozessen in den Medien und soll der Meinungsvielfalt dienen.⁶³⁰ Aus diesem Grundprinzip sind jedoch im Allgemeinen keine konkreten gesetzgeberischen Handlungspflichten ab-

⁶²² S.o. Rn. 83 ff.

⁶²³ S.o. Rn. 672.

⁶²⁴ S.o. Rn. 673.

⁶²⁵ S.o. Rn. 2137 f.

⁶²⁶ Vgl. *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 77 sowie allgemein o. Rn. 673.

⁶²⁷ S.o. Rn. 1958 f.

⁶²⁸ *Jarass*, § 16, Rn. 42; *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 50; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 11 Rn. 19.

⁶²⁹ Die nach hiesiger Auffassung eine grds. subjektiv-rechtliche Ableitung einschließen, s.o. Rn. 374 ff.

⁶³⁰ Zur Pluralismussicherung ausführlich o. Rn. 2039 ff.

leitbar.⁶³¹ Art. 11 Abs. 2 EGRC ist auch keine Kompetenz zuweisende Norm. Die Union kann auf Art. 11 EGRC daher keine supranationale Medienkonzentrationskontrolle gründen, sondern muss sich bei ihrem Handeln stets auf anderweitig zugewiesene Zuständigkeiten stützen.⁶³² Konkrete gesetzgeberische Handlungspflichten ließen sich allenfalls bei unmittelbarer Gefahr für den Pluralismus herleiten.⁶³³

Auf der Ebene etwaiger mitgliedstaatlicher Handlungspflichten ist im Übrigen ein weiter Ermessensspielraum zu berücksichtigen. Ähnlich wie der EuGH im Bereich des Schutzes von Grundfreiheiten geurteilt hat,⁶³⁴ muss auch hier den Mitgliedstaaten bei der Wahl der Mittel ein großer Spielraum zugestanden werden.⁶³⁵ Sie sind aber zur Ergreifung geeigneter Maßnahmen verpflichtet.⁶³⁶ **2146**

2. Sonderfall der inneren Pressefreiheit

Die Diskussion um die rechtliche Zulässigkeit oder Notwendigkeit einer „inneren Pressefreiheit“ bewegt sich im Spannungsfeld zwischen der Freiheit der Tendenzfestlegung für Publikationen durch den Verleger bzw. Herausgeber, des Meinungspluralismus in den Medien und der individuellen Meinungs- oder unter Umständen auch Gewissensfreiheit des einzelnen Journalisten.⁶³⁷ **2147**

Bei dem Schutz der so genannten inneren Pressefreiheit geht es um die Gewährleistung der Meinungsfreiheit des einzelnen Journalisten gegenüber dem weisungsbefugten Verleger einer Zeitung. Streng genommen wird hier also nicht die Meinungsfreiheit des Journalisten in ihrer klassischen abwehrrechtlichen Funktion gegenüber staatlichen Eingriffen bewahrt. Vielmehr führt die innere Pressefreiheit letztlich zu einem Schutz gegenüber privaten Dritten, nämlich dem Verleger, in dessen verlegerische Pressefreiheit hierdurch wiederum eingegriffen wird. Der Verleger ist grundsätzlich befugt, publizistische Entscheidungen autonom zu treffen, eine Tendenz festzulegen und keine Inhalte in seinen Publikationen zu dulden, die er nicht veröffentlichen will. Spricht man dem einzelnen Journalisten individuell oder auch über die betriebliche Mitbestimmung kollektiv eine Freiheit gegenüber Weisungen des Verlegers zu, greift dies gleichzeitig in diese verlegerische Pressefreiheit ein.⁶³⁸ Die EGRC verleiht dem Einzelnen grundsätzlich aber keine unmittelbar gegenüber dritten Privaten geltenden Rechte. Eine solche unmittelbare **2148**

⁶³¹ Vgl.o. Rn. 2035 f.

⁶³² *Schwarze*, AfP 2003, 209 (211); *Stock*, EuR 2002, 566 (576); ferner s.o. Rn. 1958.

⁶³³ *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 52.

⁶³⁴ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 (6999, Rn. 33 ff.) – Kommission/Frankreich (Agrarblockaden).

⁶³⁵ *Kühling*, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 55; *ders.*, NJW 1999, 403 f.

⁶³⁶ *GA Lenz*, EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 (6980, Rn. 45 ff.) – Kommission/Frankreich (Agrarblockaden); vgl. *Kühling*, NJW 1999, 403 f.

⁶³⁷ Ausführlich hierzu *Kloepfer*, „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1996.

⁶³⁸ Vgl. *Kloepfer*, „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1996, S. 143 ff.

Drittwirkung des Grundrechts der Pressefreiheit ist grundrechtsdogmatisch nicht herzuleiten.⁶³⁹

- 2149** Auf der Basis staatlicher Schutzpflichten könnte allerdings eine mittelbare Drittwirkung zwischen Verleger und einzelner Journalisten zum Tragen kommen. Solche Schutzpflichten können unter Umständen Wirkung entfalten, wenn es um rechtswidrige Eingriffe privater Dritter in grundrechtlich geschützte Positionen geht. Fraglich ist aber schon, ob es sich bei dem Verhältnis zwischen einem Verleger und dem für ihn arbeitenden Journalisten überhaupt um ein grundrechtsgefährdendes Kräfteungleichgewicht handelt, das eine solche Drittwirkung erfordern könnte.⁶⁴⁰
- 2150** Bei einem Gesetz, das die innere Pressefreiheit vorschreibt, handelt es sich einfach um einen Eingriff in die Pressefreiheit des Verlegers. Dieser Eingriff müsste nach den allgemeinen Grundsätzen zu rechtfertigen sein. Von der Dogmatik der Eingriffsrechtfertigung nach der EMRK ist es zur Verfolgung eines legitimen Ziels zunächst ausreichend, dass ein menschenrechtlich geschütztes Interesse anderer verfolgt wird. Ein solches Interesse könnten die Meinungsfreiheit des Journalisten und der Erhalt des Meinungspluralismus in den Medien theoretisch darstellen.⁶⁴¹
- 2151** Indes ist der einzelne Journalist in einen bestimmten Medienbetrieb eingebunden, den er auch freiwillig als Arbeitgeber gewählt hat und dessen Tendenz er regelmäßig kannte. In diesem Rahmen bewegt sich seine Arbeit von vorneherein. Weitergehend trägt der Verleger das unternehmerische Risiko und muss im Hinblick darauf auch den Inhalt seines Mediums anpassen können. Das ist die konsequente Fortsetzung des Ansatzes, dass der Verleger die Ausrichtung seines Mediums festlegen kann und nichts publizieren muss, was er nicht veröffentlichen will,⁶⁴² außer er wird wegen einer erforderlichen Gegendarstellung dazu gezwungen. Die besonderen Rechte des Journalisten bestehen deshalb, wenn er angestellt ist, regelmäßig auf der Basis dieser Plattform und damit nicht im Binnen-, sondern im Außenverhältnis bei der Recherche und der sonstigen journalistischen Arbeit. Höchstens in Extremfällen kann ein Schutz des einzelnen Journalisten notwendig sein. Indirekt kommen ihm aber auch Begrenzungen eines Einflusses von Wirtschaftsunternehmen auf den Inhalt von Medien zugute.⁶⁴³
- 2152** Sehr zweifelhaft ist weiter, ob die innere Pressefreiheit überhaupt notwendiges Vehikel zur Gewährleistung von Medienpluralismus ist und daher zwingend ge-

⁶³⁹ Vgl. *Feise*, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 116 m.w.N.; krit. auch *Kühling*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 583, 603; im Wortlaut anders, allerdings im Einzelnen wohl auf eine staatliche Schutzpflicht bezogen für das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber EGMR, Urt. vom 29.2.2000, Nr. 39293/98 (Rn. 38) – *Fuentes Bobo/Spanien*; dazu schon o. Rn. 1942.

⁶⁴⁰ Näher zum Ganzen *Kloepfer*, „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1996, S. 33 f.; *Uwer*, Medienkonzentration und Pluralismussicherung im Lichte des europäischen Menschenrechts der Pressefreiheit, 1998, S. 108 ff., 130 ff.

⁶⁴¹ Sehr krit. *Engel*, AfP 1994, 1 (7 ff.).

⁶⁴² S.o. Rn. 2006.

⁶⁴³ Dazu o. Rn. 1796 f.

setzlicher Regelung bedarf, um eine grundrechtliche Schutzpflicht zu erfüllen.⁶⁴⁴ Schließlich gibt es auch andere Modelle zur Sicherung des Pluralismus, so das parallele Bestehen verschiedener Medien mit unterschiedlicher Tendenz.⁶⁴⁵

3. Schutz von Presseunternehmen vor Gewalttaten

Im Bereich der Medienfreiheit ist der Rechtsprechung des EGMR eine Schutzpflicht gegenüber Presseunternehmen vor Gewalttaten zu entnehmen, die auf das Grundrecht aus Art. 11 Abs. 2 EGRC zu übertragen ist.⁶⁴⁶ Im Fall *Özgür Gündem* wurde der Türkei vorgeworfen, nichts gegen wiederholte tätliche Angriffe privater Dritter auf ein Presseunternehmen unternommen zu haben. Hierin sah der EGMR eine Verletzung der aus Art. 10 EMRK resultierenden Schutzpflicht. Bei der Prüfung, ob eine solche Pflicht bestand, stellt der EGMR zunächst auf die überragende Bedeutung der Meinungsfreiheit in einer funktionierenden Demokratie ab. Es fließen allerdings auch Verhältnismäßigkeitserwägungen ein. So soll eine Schutzpflicht nicht bei unmöglichen oder unverhältnismäßigen Belastungen der Behörden bestehen.⁶⁴⁷ Damit wird aber nationalen Entschuldigungen Tür und Tor geöffnet, obwohl solche Rechtfertigungen sonst kaum akzeptiert werden.

Immerhin nahm der EGMR im Fall *Fuentes Bobo* eine Pflicht des Staates an, die Meinungsfreiheit gegen Angriffe Privater zu schützen, und zwar auch gegen solche des Arbeitgebers.⁶⁴⁸ *Fuentes Bobo* war Angestellter der spanischen Rundfunkanstalt TVE und wurde wegen seiner öffentlichen harschen Kritik am Management des Senders entlassen. Gerichtliche Schritte des Klägers gegen seine Entlassung blieben erfolglos. Der EGMR verneinte ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis für die beanstandete Maßnahme und kam so zu einer Verletzung des Art. 10 Abs. 1 EMRK.⁶⁴⁹

II. Teilhaberechte und institutionelle Garantien

Insbesondere der in Art. 11 Abs. 2 EGRC statuierten Achtung der Pluralität der Medien werden Elemente einer institutionellen Sicherung entnommen.⁶⁵⁰ Ansätze hierzu finden sich auch in der Rechtsprechung des EuGH. So geht dieser davon

⁶⁴⁴ Gemessen an Art. 10 EMRK grds. abl. *Kloepfer*, „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1996.

⁶⁴⁵ S.o. Rn. 2038 ff.

⁶⁴⁶ *Jarass*, § 16 Rn. 42.

⁶⁴⁷ EGMR, Urt. vom 16.3.2000, Nr. 23144/93 (Rn. 43), RJD 2000-III – *Özgür Gündem/Türkei*; Kritik hierzu bei *Grote/Wenzel*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 18 Rn. 69.

⁶⁴⁸ EGMR, Urt. vom 29.2.2000, Nr. 39293/98 (Rn. 38) – *Fuentes Bobo/Spanien*.

⁶⁴⁹ EGMR, Urt. vom 29.2.2000, Nr. 39293/98 (Rn. 50) – *Fuentes Bobo/Spanien*.

⁶⁵⁰ *Bernsdorff*, in: *Meyer*, Art. 11 Rn. 18.

aus, dass Art. 10 EMRK objektiv-rechtlich eine pluralistische Informationsvielfalt gewährleistet.⁶⁵¹

- 2156** Im Sinne eines aus Art. 10 EMRK ableitbaren Teilhaberechts kann eine EGMR-Entscheidung verstanden werden. Im zugrunde liegenden Fall ging es um die *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs (VDSÖ)*, die eine zuweilen Belange des Heeres kritisch und satirisch beleuchtende Zeitung namens „Der Igel“ herausgab. Der VDSÖ wurde verweigert, dass die Zeitschrift in Kasernen auf die gleiche Weise wie andere militärische Zeitschriften unter den Soldaten verteilt wurde. Dies hielt der EGMR für unzulässig. Er nahm einen Eingriff in die Meinungsfreiheit an, da nur „Der Igel“ nicht vom Heer unter den Soldaten verteilt wurde, was seine Chancen auf Erweiterung des Leserkreises erheblich mindere.⁶⁵² Darin kann ein derivatives Teilhaberecht bezogen auf den gleichen Zugang zu bestehenden meinungsfreiheitsrelevanten Ressourcen gesehen werden.⁶⁵³
- 2157** Im gleichen Sinne kann aus der Pressefreiheit auch die Gewährleistung eines gleichberechtigten Zugangs zu bereitgestellten Informationen oder Informationsquellen abgeleitet werden.⁶⁵⁴

K. Prüfungsschema zu Art. 11 EGRC

2158 1. Schutzbereich

- a) **personell v.a. Medienunternehmen als juristische Personen, auch wenn Sitz außerhalb EU, sowie öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten**
- b) **Medien als Massenmedien: Rundfunk, Fernsehen, Presse, Bücher, Film, auch Internet und vergleichbare neue Medien**
- c) **Vermittlung von Inhalten einschl. Meinungen und Werbung**
- d) **Informationszugang als Grundlage**
- e) **Arbeitsbedingungen (Recherche, Quellenschutz, Vertrieb)**
- f) **Pluralismus (objektiv-rechtlich), nicht: innere Pressefreiheit**

2. Beeinträchtigungen

- a) **Beschränkungen der Recherche, des Vertriebs, der Werbung**
- b) **prozentuale oder inhaltliche Vorgaben (z.B. Gegendarstellung)**
- c) **Vergütungs-/Urheberregelungen**

3. Rechtfertigung

(Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 20 EMRK)

⁶⁵¹ EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 (4043 f., Rn. 23 ff.) – Collectieve Antennevoorziening Gouda; vgl. auch Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069 (4097, Rn. 29) – Kommission/Niederlande; Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487 (518, Rn. 9) – Veronica Omroep.

⁶⁵² EGMR, Urt. vom 19.12.1994, Nr. 15153/89 (Rn. 37), ÖJZ 1995, 314 (316) – Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs u. Gubi/Österreich.

⁶⁵³ So Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 55; ders., Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 141 f.

⁶⁵⁴ Vgl. Kühling, in: Heselhaus/Nowak, § 24 Rn. 55.

- a) allgemeines Persönlichkeitsrecht
- b) Eigentums-/Urheberrechte
- c) bei Abwägung: Bedeutung der Medienfreiheit in der Demokratie, stärkere Beschränkungen bei Tatsachenbehauptungen und öffentlichen Personen möglich

§ 4 Versammlungsfreiheit

A. Bedeutung der Versammlungsfreiheit innerhalb der Kommunikationsgrundrechte

Nach Art. 12 Abs. 1 EGRC hat jede Person das Recht, sich frei und friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen. Die Bestimmung gewährleistet so neben der Versammlungsfreiheit auch die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit als verwandte Rechte.⁶⁵⁵ Damit entspricht sie Art. 11 EMRK.⁶⁵⁶ 2159

Die Versammlungsfreiheit ermöglicht unter anderem die direkte Kommunikation mehrerer Menschen untereinander. Sie schützt das Verlangen des Menschen nach geistiger Gemeinschaft und wird insofern als Verwirklichung der Meinungsfreiheit betrachtet.⁶⁵⁷ 2160

Eine Versammlung vermittelt das Gefühl von Zusammengehörigkeit.⁶⁵⁸ Hinzukommen muss allerdings noch eine Form der Kommunikation. Daher ist die Meinungsfreiheit zugleich für die effektive Ausübung der Versammlungsfreiheit prägend.⁶⁵⁹ Es besteht folglich eine Wechselwirkung zwischen den beiden Grundrechten, sie sind stark aufeinander bezogen. Zugleich kann sich in ihrem Rahmen die Religionsfreiheit entfalten, deren Ausdruck ebenfalls Versammlungen sind.⁶⁶⁰ 2161

Indem jedem Einzelnen der Meinungsaustausch innerhalb einer Gemeinschaft zusteht, weist die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit ebenso wie die Meinungsfreiheit einen besonderen Bezug zur Demokratie auf. Aufgrund ihrer Relevanz in jedem demokratischen Staatssystem wird dementsprechend durch Art. 12 EGRC auch politische Arbeit geschützt. Die Versammlungsfreiheit wird daher 2162

⁶⁵⁵ Ausführlich zur Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit u. Rn. 2223 ff.

⁶⁵⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁶⁵⁷ S. Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 7; vgl. EGMR, Urt. vom 26.4.1991, Nr. 11800/85 (Rn. 37), Ser. A 202 – Ezelin/Frankreich; vgl. auch Urt. vom 2.10.2001, Nr. 29221 u. 29225/95 (Rn. 85), RJD 2001-IX – Stankov u. Vereinigte Mazedonische Organisation Ilinden/Bulgarien.

⁶⁵⁸ Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 57.

⁶⁵⁹ EGMR, Urt. vom 25.11.1999, Nr. 23118/93 (Rn. 44), RJD 1999-VIII– Nilsen u. Johnsen/Norwegen.

⁶⁶⁰ Vgl. u. Rn. 2188 ff. sowie zur aktuellen Rspr. des EGMR u. Rn. 2223 im Rahmen der Vereinigungsfreiheit.

ebenso wie die Meinungsfreiheit als fundamentales Recht innerhalb einer demokratischen Gesellschaft betrachtet.⁶⁶¹

- 2163** Zwar kommt die Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Demokratie naturgemäß insbesondere bei politischer Betätigung zum Tragen. Die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit ist jedoch universell garantiert. Die in Art. 12 EGRC gesondert erwähnten Bereiche der politischen, gewerkschaftlichen oder zivilgesellschaftlichen Betätigung sind nicht abschließend zu verstehen, sondern heben nur typische Felder hervor.⁶⁶²
- 2164** Schließlich ist auch die Meinungsfreiheit, zu der die Versammlungsfreiheit in engem Bezug steht, umfassend konzipiert und nicht auf den politisch-gesellschaftlichen Bereich beschränkt.⁶⁶³
- 2165** Innerhalb der EMRK stellen die in Art. 11 EMRK statuierten Rechte – nämlich Versammlungs-, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit – *leges speciales* zu Art. 10 EMRK dar. Allerdings wird Art. 11 EMRK vom EGMR zuweilen „im Lichte der Meinungsfreiheit“ geprüft.⁶⁶⁴

B. Personelle Reichweite

I. Berechtigte

1. Natürliche Personen

- 2166** Berechtigte aus Art. 12 EGRC sind zunächst natürliche Personen. Dies gilt unabhängig von ihrer Unionszugehörigkeit. Die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit ist, insofern abweichend von manchen mitgliedstaatlichen Gewährleistungen, die sie nur ihren Staatsbürgern garantieren, in der EGRC als Menschenrecht ausgestaltet.⁶⁶⁵

2. Juristische Personen und Personenmehrheiten

- 2167** Den allgemeinen Grundsätzen folgend ist die Versammlungsfreiheit auch auf juristische Personen und nichtrechtsfähige Personenvereinigungen anwendbar, sofern sie sich in einer versammlungstypischen Gefährdungslage befinden. Dies ist

⁶⁶¹ EKMR, Entsch. vom 10.10.1979, Nr. 8191/78 (Rn. 3), EuGRZ 1980, 36 (36) – *Rassemblement Jurassien u. Unité Jurassienne/Schweiz*; vgl. *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 7.

⁶⁶² Vgl. *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 5.

⁶⁶³ S.o. Rn. 1786.

⁶⁶⁴ EGMR, Urt. vom 26.4.1991, Nr. 11800/85 (Rn. 35 ff.), Ser. A 202 – *Ezelin/Frankreich*, s. auch abw. Meinung des Richters *Pettiti*; Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 57 ff.), NJW 1982, 2717 (2718 f.) – *Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich m.w.N.*; ferner *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 2.

⁶⁶⁵ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 17, § 28 Rn. 13; *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 3.

etwa bei der Anmeldung und Durchführung von Versammlungen anzunehmen.⁶⁶⁶
Die Versammlung selbst ist allerdings nicht grundrechtsberechtigt.⁶⁶⁷

II. Verpflichtete

Grundrechtsverpflichtete sind auch bei der Versammlungsfreiheit die europäischen 2168
Organe sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht oder so-
fern sie in Grundfreiheiten eingreifen.⁶⁶⁸

C. Versammlung als undefinierter Zentralbegriff

I. Allgemeine Merkmale

Art. 12 EGRC enthält keine Definition des für die sachliche Reichweite dieses 2169
Grundrechts zentralen Begriffs der Versammlung. Nach den Verfassungstradition-
en der Mitgliedstaaten sowie der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK
sind Versammlungen Zusammenkünfte von mindestens zwei Personen zu einem
gemeinsam zu verfolgenden, bestimmten Zweck.⁶⁶⁹ Der Verfolgung eines gemein-
samen Zwecks wohnt ein kommunikativer Akt inne, der ebenfalls als Bestandteil
des Versammlungsbegriffs zu werten ist.⁶⁷⁰

Die Versammlungsfreiheit schützt alle versammlungsspezifischen Tätigkeiten 2170
und Verhaltensweisen. Dies umfasst sowohl die Planung, Organisation, Vorberei-
tung und Veranstaltung als auch die Durchführung und die Teilnahme an der Ver-
sammlung.⁶⁷¹ Auch die Entscheidung über Art, Zeitraum und Dauer, sowie über
die Aufmachung der Teilnehmer fällt in den Schutzbereich.⁶⁷² Damit werden die
Vorbereitung und die näheren Modalitäten wie bei der Meinungs- und Pressefrei-
heit⁶⁷³ umfassend geschützt.

⁶⁶⁶ Allgemein, s.o. Rn. 294 ff.; ferner *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 18; *Berns-*
dorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 20.

⁶⁶⁷ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 18; *Jarass*, § 17 Rn. 9.

⁶⁶⁸ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 19; ferner allgemein o. Rn. 208 ff.

⁶⁶⁹ Vgl. *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten,
2005, § 4 Rn. 59; *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 3 ff.; vgl. *Frowein/Peukert*,
Art. 11 Rn. 2.

⁶⁷⁰ Vgl. *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 2; S.o. Rn. 2160 f., krit. zu einer Meinungskundga-
be als Element des Versammlungsbegriffs *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 10.

⁶⁷¹ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 16.

⁶⁷² *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4
Rn. 60; vgl. *Wachinger*, Das Versammlungsrecht nach der EMRK, 1975, S. 66.

⁶⁷³ Vgl.o. Rn. 1799 ff.; 1970 f.

II. Versammlung mehrerer

- 2171** Eine Versammlung setzt die Zusammenkunft von mindestens zwei Personen voraus. Teilweise werden auch Einpersonversammlungen als von der Versammlungsfreiheit umfasst betrachtet.⁶⁷⁴ Zum einen ist fraglich, ob dies noch von der Bedeutung des Wortes „Versammlung“ gedeckt ist. Zum anderen fehlt hier das typische Element der Gemeinschaftlichkeit. Die EKMR maß eine Versammlung, die zwar zunächst für bis zu fünf Personen geplant war, an der jedoch tatsächlich nur einer teilnahm, an Art. 10 EMRK.⁶⁷⁵ Die Meinungsfreiheit bietet in ihren Facetten, die auch die Art und Weise der Meinungsäußerung gewährleisten, hier ausreichend Schutz.
- 2172** Nicht geschützt ist die bloß „virtuelle“ Versammlung mehrerer im Internet, etwa in einem Chatroom. Auch eine „Online-Demonstration“ weist nicht den für die besondere Schutzbedürftigkeit sprechenden Charakter der physischen Zusammenkunft vieler tatsächlicher Menschen auf.⁶⁷⁶ Zudem findet während der „Demonstration“ in aller Regel kein Meinungsaustausch zwischen den Teilnehmern statt. Man „trifft“ sich vielmehr virtuell auf einer Zielhomepage, zumeist mit dem Anliegen, diese zu blockieren. Vom Wortsinn und der historischen Bedeutung der Versammlungsfreiheit ist eine derartige Protestaktion nicht mehr gedeckt.⁶⁷⁷

III. Gemeinsamer Zweck

- 2173** Art. 12 EGRC legt keinen bestimmten Versammlungszweck fest. Die dort genannten Bereiche der Politik, der Gewerkschaft oder der zivilgesellschaftliche Bereich sind nur beispielhaft, aber nicht abschließend zu verstehen.⁶⁷⁸ Sie sind jeweils von besonderer Bedeutung und haben deshalb gesondert Erwähnung gefunden.⁶⁷⁹
- 2174** Unter zivilgesellschaftlichen Zwecken ist eine Vielzahl verschiedener Lebensbereiche zu verstehen. Wirtschaftliche, wissenschaftliche, soziale, kulturelle und andere Zielsetzungen fallen hierunter.⁶⁸⁰
- 2175** In der Literatur wird zum Teil ein zumindest beschränkt öffentlicher Bezug des Anlasses vorausgesetzt.⁶⁸¹ Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum rein gesellschaftliche Zwecke ausgegrenzt werden sollten. Auch derartige Versammlungen können durchaus einen meinungsbildenden Faktor aufweisen.⁶⁸² Weitergehend ist ein solcher nicht eigens verlangt. Die explizite Nennung zivilgesellschaftlicher Zwecke

⁶⁷⁴ Vgl. Bröhmer, in: Grote/Marauhn, Kap. 19 Rn. 24.

⁶⁷⁵ S. EKMR, Entsch. vom 13.12.1988, Nr. 12781/87 (Rn. 1), DR 59, 168 – Andersson/Schweden.

⁶⁷⁶ Ausführlich Bröhmer, in: Grote/Marauhn, Kap. 19 Rn. 25.

⁶⁷⁷ Ausführlich, mit Bezugnahme auf das deutsche Recht, Kraft/Meister, MMR 2003, 366 (367 ff.).

⁶⁷⁸ S.o. Rn. 2163.

⁶⁷⁹ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 5.

⁶⁸⁰ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 5; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 16.

⁶⁸¹ Vgl. Frowein/Peukert, Art. 11 Rn. 2; Grabenwarter, § 23 Rn. 62.

⁶⁸² So auch Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 10; Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 59.

kann daher auch eine Weiterung bedeuten. Sie gewinnt erst dadurch eine konstitutive Funktion. Daher können auch Musikveranstaltungen mit gemeinsamem, die Teilnehmer verbindenden Anliegen wie jedenfalls ursprünglich die Love-Parade eine Versammlung bilden,⁶⁸³ nicht hingegen bloße Konzerte, bei denen jeder für sich bleibt.

Der verfolgte Zweck einer Versammlung ist jedoch insofern zu begrenzen, als er friedlich sein muss. Eine Versammlung zu gewalttätigen Zielen unterfällt nicht dem Schutzbereich des Art. 12 EGRC.⁶⁸⁴ **2176**

IV. Spontanversammlungen

In den Verfassungen der Mitgliedstaaten werden ganz überwiegend auch Spontanversammlungen als von der Versammlungsfreiheit geschützt betrachtet. Es finden sich jedoch vereinzelt auch Bestimmungen, die eine gewisse Organisation bzw. einen Leiter der Zusammenkunft voraussetzen.⁶⁸⁵ Die Prämisse der Organisation schließt aber noch nicht zwingend eine Spontanversammlung aus, da die Organisation auch sogleich sowie spontan erfolgen kann. Insgesamt ist vom Schutz der Spontanversammlung in Art. 12 EGRC auszugehen.⁶⁸⁶ **2177**

Bloße zufällige Menschenansammlungen, wie etwa ein Auflauf Schaulustiger nach einem Unfall, stellen hingegen keine Versammlungen dar.⁶⁸⁷ Hier fehlt schon der die Einzelnen verbindende gemeinsame kommunikative Zweck. **2178**

V. Friedlichkeit der Versammlung

1. Weite Auslegung

Nach dem Wortlaut des Art. 12 EGRC hat jeder das Recht, sich friedlich zu versammeln. Dies entspricht den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, in denen sich auch Schutzbereichsbegrenzungen auf die Friedlichkeit der Zusammenkunft finden.⁶⁸⁸ **2179**

Es ist demnach erforderlich, genauer zu definieren, wann eine Versammlung als unfriedlich einzustufen ist. Unfriedlichkeit ist nicht schon dann anzunehmen, wenn das Verhalten der Versammlungsteilnehmer einen anderen irgendwie beeinträchtigt.⁶⁸⁹ Der EGMR stellt bei der Beurteilung der Friedlichkeit einer Versamm- **2180**

⁶⁸³ Vgl. insoweit zu Art. 8 GG *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 177.

⁶⁸⁴ Vgl. *Grabenwarter*, § 23 Rn. 62; zur Friedlichkeit ferner u. Rn. 2179 ff.

⁶⁸⁵ So etwa in Frankreich, *Robert/Duffar*, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 1996, S. 741.

⁶⁸⁶ Vgl. *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 11 m.w.N.

⁶⁸⁷ Vgl. *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 4 Rn. 59; *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 5.

⁶⁸⁸ S. die Darstellung bei *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 1 ff., 15 m.N.

⁶⁸⁹ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 751; *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 8.

lung darauf ab, ob die Teilnehmer oder Organisatoren gewalttätige Zwecke verfolgen.⁶⁹⁰

- 2181** Wegen der fundamentalen Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Demokratie darf das Merkmal der Friedlichkeit nicht zu einer restriktiven Auslegung führen.⁶⁹¹ Auch weil das Mittel der Provokation gezielt als Ausdrucksmittel eingesetzt werden kann und so Bestandteil der Versammlungsfreiheit ist, sind die Grenzen der Friedlichkeit weit zu ziehen.⁶⁹² Sofern eine Versammlung von vornherein darauf ausgerichtet ist, auf gewaltsame Weise Ziele durchzusetzen, darf allerdings entsprechend der vorgenannten EGMR-Judikatur von der Unfriedlichkeit der Versammlung ausgegangen werden.⁶⁹³

2. Irrelevanz von Außeneinflüssen

- 2182** Unfriedliche Randereignisse einer Demonstration, etwa das Unterlaufen der friedlichen Intention durch Extremisten, machen die Versammlung dagegen noch nicht zu einer unfriedlichen Veranstaltung, die aus dem Schutzbereich des Art. 12 EGRC auszuklammern wäre.⁶⁹⁴ Vielmehr zählt das Gesamtgepräge der Zusammenkunft, wie es sich nach der Konzeption der Veranstalter darstellt. Ansonsten könnten Auswärtige eine Versammlung „sprengen“, indem sie diese durch andere Gewalttätigkeiten unfriedlich machen. Daher wird eine an sich friedliche Versammlung nicht etwa dadurch zu einer unfriedlichen, dass mit gewalttätigen Gegendemonstrationen zu rechnen ist.⁶⁹⁵ Das bedeutet, dass auch die konkrete Gefahr solcher Ereignisse, die außerhalb der Kontrolle des Veranstalters liegen, nicht etwa die Versammlung wegen Unfriedlichkeit aus dem Schutzbereich des Art. 12 EGRC heraus fallen lässt. Vielmehr sind Einschränkungen auch dann nur in Einklang mit den Schrankenbestimmungen des Art. 11 Abs. 2 EMRK zulässig.⁶⁹⁶

⁶⁹⁰ EGMR, Urt. vom 2.10.2001, Nr. 29221 u. 29225/95 (Rn. 77), RJD 2001-IX – Stankov u. Vereinigte Mazedonische Organisation Ilinden/Bulgarien; Urt. vom 20.10.2005, Nr. 44079/98 (Rn. 99) – Vereinigte Mazedonische Organisation Ilinden u. Ivanov/Bulgarien.

⁶⁹¹ EKMR, Entsch. vom 6.3.1989, Nr. 13079/87 (Rn. 2), DR 60, 264 – G./Deutschland; Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 15.

⁶⁹² Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 8.

⁶⁹³ S. vorstehend Rn. 2180 und näher EGMR, Urt. vom 2.10.2001, Nr. 29221 u. 29225/95 (Rn. 10 ff. u. 31 ff.), RJD 2001-IX – Stankov u. Vereinigte Mazedonische Organisation Ilinden/Bulgarien.

⁶⁹⁴ Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 61; Frowein/Peukert, Art. 11 Rn. 4; EKMR, Entsch. vom 16.7.1980, Nr. 8440/78 (Rn. 4), EuGRZ 1981, 216 (217) – Christians against Racism and Fascism/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. vom 26.4.1991, Nr. 11800/85 (Rn. 40 f.), Ser. A 202 – Ezeulin/Frankreich.

⁶⁹⁵ Vgl. Grabenwarter, § 23 Rn. 62; EKMR, Entsch. vom 16.7.1980, Nr. 8440/78 (Rn. 4), EuGRZ 1981, 216 (217) – Christians against Racism and Fascism/Vereinigtes Königreich; zu den staatlichen Schutzpflichten bei derart gefährdeten Versammlungen s.u. Rn. 2218 f.

⁶⁹⁶ EKMR, Entsch. vom 16.7.1980, Nr. 8440/78 (Rn. 4), EuGRZ 1981, 216 (217) – Christians against Racism and Fascism/Vereinigtes Königreich.

3. Illegale Handlungen und „Schutzbewaffnung“

Die Sitzblockade einer Kaserneneinfahrt beurteilte der EGMR zwar als „illegal“. **2183** Er maß jedoch die Verurteilung eines Teilnehmers wegen Nötigung an Art. 11 Abs. 2 EMRK. Damit reichte der Verstoß gegen das Strafgesetz nicht aus, um die Teilnahme an der Sitzblockade als unfriedliche Demonstration zu bewerten und so vom Schutzbereich von Art. 11 EMRK auszuschließen.⁶⁹⁷ Abgestellt wurde ferner auf das Verhalten des einzelnen Teilnehmers während der Demonstration und nicht auf die Teilnahme an der Versammlung als solche.

Auch die so genannte passive Bewaffnung der Teilnehmer mit Helmen und Schutzpolstern führt nicht zur Unfriedlichkeit einer Versammlung. Werden Waffen wie Schlagstöcke, Schusswaffen und dergleichen mitgeführt, so ist hingegen von der Unfriedlichkeit auszugehen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Waffen auch zum Einsatz kommen oder nicht.⁶⁹⁸ **2184**

VI. Ort der Versammlung

Die Versammlungsfreiheit nach Art. 12 EGRC schützt Zusammenkünfte sowohl an privaten, als auch öffentlichen Orten, egal ob sie in geschlossenen Räumen⁶⁹⁹ oder unter freiem Himmel stattfinden. Die Ortswahl fixiert die Veranstaltung nicht. Geschützt sind gleichermaßen sich bewegende Versammlungen, also mit Ortswechsel verbundene Aufzüge,⁷⁰⁰ sowie so genannte Sit-ins auf öffentlichen Straßen.⁷⁰¹ **2185**

VII. Negative Versammlungsfreiheit

Vom Schutzbereich des Art. 12 EGRC umfasst ist auch die so genannte negative Versammlungsfreiheit, also das Recht, von Versammlungen fernzubleiben und nicht teilzunehmen.⁷⁰² Grundrechtsinhaber dürfen folglich nicht gezwungen werden, an einer Versammlung teilzunehmen.⁷⁰³ **2186**

⁶⁹⁷ EKMR, Entsch. vom 6.3.1989, Nr. 13079/87 (Rn. 2), DR 60, 264 – G./Deutschland.

⁶⁹⁸ So auch *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 15; ausführlich *Wachinger*, Das Versammlungsrecht nach der EMRK, 1975, S. 93, 97 f.

⁶⁹⁹ S. EGMR, Urt. vom 9.4.2002, Nr. 51346/99 (Rn. 39 f.), RJD 2002-III (extracts) – Cisse/Frankreich, hinsichtlich einer Demonstration im Rahmen eines Kirchenasyls.

⁷⁰⁰ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 12.

⁷⁰¹ EKMR, Entsch. vom 6.3.1989, Nr. 13079/87 (Rn. 2), DR 60, 264 – G./Deutschland.

⁷⁰² *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 16; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 12 Rn. 18; vgl. auch *Wachinger*, Das Versammlungsrecht nach der EMRK, 1975, S. 66; *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 83.

⁷⁰³ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 4.

D. Abgrenzung zu anderen Grundrechten

- 2187** Angesichts des stark kommunikationsbezogenen Inhalts des Schutzbereichs kommen vor allem Überschneidungen zu den anderen Gewährleistungen innerhalb der Kommunikationsgrundrechte in Betracht.

I. Verhältnis zu Art. 10 und 11 EGRC

- 2188** Für das Konkurrenzverhältnis zur Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie zur Meinungsfreiheit kann die Judikatur des EGMR herangezogen werden. Sie zeigt deutlich, dass ein enger Zusammenhang zwischen den Gewährleistungsbereichen der Versammlungsfreiheit einerseits und der Meinungsfreiheit oder auch der Religions- und Weltanschauungsfreiheit andererseits besteht. Eine Abgrenzung ist daher nicht immer eindeutig.⁷⁰⁴
- 2189** Die Versammlungsfreiheit aus Art. 11 EMRK geht nach Ansicht des EGMR der Meinungsfreiheit und der Religionsfreiheit bei Meinungskundgaben im Rahmen einer Versammlung als *lex specialis* vor. Die Versammlungsfreiheit ist deshalb das speziellere Grundrecht, weil es diese besondere Form der Meinungs- bzw. Glaubensbildung und -äußerung in einer Gemeinschaft schützt. Bei der Prüfung der Rechtfertigung von Eingriffen bezieht der EGMR jedoch oftmals Art. 10 und ggf. Art. 9 EMRK in die Betrachtung mit ein.⁷⁰⁵
- 2190** Praktikable Ergebnisse sind dagegen auch zu erzielen, sofern immer dann, wenn nicht die Versammlung als solche, sondern die Äußerung einer bestimmten Meinung während einer Versammlung berührt ist, die Meinungsfreiheit als einschlägig betrachtet wird.⁷⁰⁶ Auf diese Weise können auch individualbezogene Verhaltensweisen in vollem Umfang erfasst werden und gehen nicht in dem Schutz der gruppenbezogenen Versammlungsaktivitäten unter. Der EuGH hat die Meinungsfreiheit auch schon neben der Versammlungsfreiheit angewandt und beide bei der Eingriffsrechtfertigung gemeinsam geprüft.⁷⁰⁷ Entsprechendes hat für die Religionsfreiheit zu gelten, die ebenfalls individuelle Ausdrucksformen erfasst.

II. Verhältnis zur Vereinigungsfreiheit

- 2191** Innerhalb der Gewährleistungen aus Art. 12 EGRC ist zur Vereinigungsfreiheit nach der Festigkeit und Dauerhaftigkeit des Verbands abzugrenzen. Eine Ver-

⁷⁰⁴ Vgl. EKMR, Entsch. vom 16.7.1980, Nr. 8440/78 (Rn. 3), EuGRZ 1981, 216 (217) – Christians against Racism and Fascism/Vereinigtes Königreich.

⁷⁰⁵ Vgl. EKMR, Entsch. vom 6.4.1995, Nr. 25522/94 (Rn. 1), DR 81-B, 14 – Rai, Allmond u. „Negotiate Now“/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 57), NJW 1982, 2717 (2718) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich; zum Verhältnis zur Meinungsfreiheit ferner o. Rn. 1761 ff.

⁷⁰⁶ Vgl. Jarass, § 17 Rn. 5; ferner o. Rn. 1764.

⁷⁰⁷ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 77 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade). Zu diesem Urteil näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 735, 1037 ff.

sammlung stellt typischerweise einen so genannten Augenblicksverband dar, während eine Vereinigung sich durch ein größeres Maß an Organisation und längerfristiger Struktur im gemeinsamen Handeln auszeichnet.⁷⁰⁸

E. Beeinträchtigung

I. Weiter Eingriffsbegriff

Auch im Bereich der Versammlungsfreiheit gilt der weite Eingriffsbegriff.⁷⁰⁹ Als Eingriffe sind demnach in erster Linie rechtliche, finale und unmittelbare, aber auch indirekte, mittelbare sowie faktische Beschränkungen oder Behinderungen der Grundrechtsausübung zu werten. **2192**

Eingriffe sind entsprechend dem weitgesteckten Schutzbereich⁷¹⁰ in allen Stadien der Versammlung denkbar. Einschränkungen, die sich auf die Planung und Vorbereitung einer Versammlung beziehen, lassen sich daher ebenso als Eingriff qualifizieren wie die Auflösung oder das Verbot der Versammlung selbst.⁷¹¹ **2193**

Indirekte Teilnahmeverbote können auch Eingriffe darstellen. So sah der EGMR durch die wiederholte behördliche Verweigerung, eine Überschreitung der Landesgrenze zu genehmigen, in einem Fall die Versammlungsfreiheit beeinträchtigt. Ein türkischer Zypriot hatte vielfach Genehmigungen beantragt, um an verschiedenen bi-kommunalen, teils unterhaltenden, gesellschaftlichen Veranstaltungen im griechischen Teil der Insel teilnehmen zu können. Allen Veranstaltungen gemein war die Intention, zur Völkerverständigung beizutragen und damit dem Frieden auf der Insel zu dienen. Die notwendige Genehmigung wurde nur in wenigen Fällen erteilt. Hierin sah der EGMR einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit, auch wenn vordergründig Regelungen der Freizügigkeit betroffen waren. Die Auswirkungen auf die Versammlungen kamen jedoch einem Teilnahmeverbot gleich.⁷¹² **2194**

Eingriffscharakter haben ferner nachträgliche Sanktionen gegen Teilnehmer oder Organisatoren der Versammlung, die an die Beteiligung an der Versammlung anknüpfen. So wurde im Fall *Ezelin*⁷¹³ ein Rechtsanwalt disziplinarisch verfolgt, weil er an einer ordnungsgemäß angemeldeten Demonstration teilnahm, in deren Verlauf von einigen Demonstranten, nicht jedoch vom Beschwerdeführer selbst, beleidigende Handlungen und Äußerungen gegen die Justiz vorgenommen wurden. **2195**

⁷⁰⁸ Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 30.

⁷⁰⁹ S.o. Rn. 2058 zur Medienfreiheit.

⁷¹⁰ S.o. Rn. 2170.

⁷¹¹ Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 63.

⁷¹² Für Art. 11 EMRK Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 11 Rn. 7; s. auch EGMR, Urt. vom 20.2.2003, Nr. 20652/92 (Rn. 60 f.), RJD 2003-III – Djavit An/Türkei.

⁷¹³ Vgl. EGMR, Urt. vom 26.4.1991, Nr. 11800/85 (Rn. 39), Ser. A 202 – Ezelin/Frankreich.

II. Anmeldepflichten und formelle Genehmigungserfordernisse

- 2196** Auch Auflagen für die Versammlungsdurchführung beeinträchtigen diese.⁷¹⁴ Für Versammlungen auf öffentlichem Grund hat der EGMR allerdings entschieden, dass ein Bewilligungsverfahren „grundsätzlich keine Beeinträchtigung des wesentlichen Gehalt des Rechts“ bedeutet.⁷¹⁵ Aus dieser Formulierung wird der Schluss gezogen, vorhergehende Anmeldungen oder formelle Genehmigungen von Versammlungen auf öffentlichen Straßen zur Gewährleistung eines möglichst reibungslosen Ablaufs und zur Verhinderung von Verkehrsbeeinträchtigungen sehe der EGMR nicht als Einschränkung der Versammlungsfreiheit an.⁷¹⁶ Oder sogar, der öffentliche Grund müsse rechtmäßig beherrscht werden.⁷¹⁷
- 2197** Die Formulierung des EGMR, die auf den „wesentlichen Gehalt“ des Rechts Bezug nimmt, lässt auch eine andere Deutung zu, dass nämlich nur der Kerngehalt nicht angetastet wird. Allerdings führt der EGMR im Anschluss keine Prüfung anhand der Rechtfertigungsgründe in Art. 11 Abs. 2 EMRK durch. Dies spricht für die erstgenannte Auslegung der Urteilstpassage, wonach Anmeldungserfordernisse und Bewilligungsverfahren keinen Eingriff in die Versammlungsfreiheit darstellen.
- 2198** Eine Schutzbereichsbegrenzung⁷¹⁸ kann aus einer Anmeldepflicht dogmatisch allerdings nicht abgeleitet werden.⁷¹⁹ Allenfalls könnten formelle Anmelde- oder Genehmigungspflichten unterhalb einer Eingriffsschwelle liegen, sofern man eine solche bejaht.⁷²⁰ Jedenfalls handelt es sich der Sache nach angesichts des Aufwandes um spürbare Beeinträchtigungen der Versammlungsfreiheit.⁷²¹ Daher ist im Rahmen des Art. 12 EGRC ein Eingriff anzunehmen und dieser dann an den Rechtfertigungsgründen zu messen.⁷²²

⁷¹⁴ Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 11 Rn. 7.

⁷¹⁵ EKMR, Entsch. vom 10.10.1979, Nr. 8191/78 (Rn. 3), EuGRZ 1980, 36 (36) – Rassemblement Jurassien u. Unité Jurassienne/Schweiz.

⁷¹⁶ Frowein/Peukert, Art. 11 Rn. 3.

⁷¹⁷ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 7.

⁷¹⁸ So wohl Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 13.

⁷¹⁹ S. EKMR, Entsch. vom 6.3.1989, Nr. 13079/87 (Rn. 2), DR 60, 264 – G./Deutschland, wo eine unangemeldete Versammlung jedenfalls nicht vom Schutzbereich des Art. 11 EMRK ausgenommen wurde.

⁷²⁰ S.o. Rn. 497 mit Ablehnung eines Bagatellvorbehalts.

⁷²¹ So auch Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 13.

⁷²² So auch Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 11 Rn. 5; Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 6; s. auch EKMR, Entsch. vom 6.3.1989, Nr. 13079/87 (Rn. 2), DR 60, 264 – G./Deutschland, wo eine unangemeldete Versammlung jedenfalls nicht vom Schutzbereich des Art. 11 EMRK ausgenommen wurde.

F. Rechtfertigung

I. Schrankenregelung

1. Grundsätzliche Übertragung der Schranken des Art. 11 EMRK

Die Versammlungsfreiheit enthält in Art. 12 EGRC keine eigene Schrankenregelung. Nach dem allgemeinen Art. 52 Abs. 3 EGRC haben Rechte, die den in der EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen werden. **2199**

Art. 12 Abs. 1 EGRC entspricht Art. 11 EMRK und hat daher die gleiche Bedeutung wie das durch die EMRK geschützte Recht. Er hat jedoch eine größere Tragweite, da er auf allen Ebenen, auch auf europäischer Ebene Anwendung finden kann.⁷²³ Damit finden die einschränkende Regelungen aus Art. 11 EMRK auch auf Art. 12 EGRC Anwendung. Einschränkungen der Versammlungsfreiheit aus Art. 11 EGRC dürfen nicht über die in Art. 12 EMRK genannten Einschränkungen hinausgehen.⁷²⁴ Bei der Rechtfertigung von Eingriffen ist die Schrankenklauseel aus Art. 11 Abs. 2 EMRK folglich anwendbar.⁷²⁵ **2200**

Zum Teil wird zusätzlich eine parallele Anwendung der allgemeinen Schrankenklauseel aus Art. 52 Abs. 1 EGRC befürwortet.⁷²⁶ Dieser Rückgriff ist ähnlich wie bei der Medienfreiheit⁷²⁷ für den Bereich des Art. 11 EMRK nicht notwendig, da Art. 11 Abs. 2 EMRK den in Art. 52 Abs. 1 EGRC genannten Anforderungen entsprechen dürfte. Dies gilt auch in Bezug auf die Wesensgehaltsgarantie, die in Art. 52 Abs. 1 EGRC, nicht aber in Art. 11 EMRK ausdrücklich genannt ist, sich jedoch aus der Rechtsprechung des EGMR ergibt.⁷²⁸ Damit entschärft sich insofern die Frage, ob Art. 52 Abs. 3 EGRC *lex specialis* zu Art. 52 Abs. 1 EGRC ist, auch im Rahmen der Versammlungsfreiheit. **2201**

2. Keine Einschränkung nach Art. 16 EMRK für Unionsbürger

Gem. Art. 16 EMRK kann die politische Betätigung von Ausländern auch im Bereich der Versammlungsfreiheit eingeschränkt werden. Diese Bestimmung findet, wie auch mit Blick auf die Grundrechte aus Art. 11 EGRC, für Unionsbürger keine Anwendung.⁷²⁹ Besondere einschränkende Regelungen für Drittstaatsangehörige kommen jedoch auch hier in Betracht.⁷³⁰ **2202**

⁷²³ Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁷²⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁷²⁵ So auch Streinz, in: ders., Art. 12 GR-Charta Rn. 11; Mann, in: Heselerhaus/Nowak, § 27 Rn. 23.

⁷²⁶ Jarass, § 17 Rn. 11 ff.

⁷²⁷ S.o. Rn. 2141.

⁷²⁸ EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 52 u. 55), NJW 1982, 2717 (2717 f.) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich. S.o. Rn. 672.

⁷²⁹ Vgl. Mann, in: Heselerhaus/Nowak, § 27 Rn. 25; Streinz, in: ders., Art. 12 GR-Charta Rn. 11; näher s.o. Rn. 1773 ff.

⁷³⁰ Vgl. Mann, in: Heselerhaus/Nowak, § 27 Rn. 25.

3. Besondere Regelungen gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK

- 2203** Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK ermöglicht für Angehörige der Streitkräfte, Polizei und der Staatsverwaltung besondere Einschränkungen der Versammlungsfreiheit, die allerdings nicht weiter definiert sind. Der Hintergrund dürfte die besondere Wichtigkeit dieser Gruppen für die Funktionsfähigkeit des Staates sein. Daraus ergibt sich auch, dass die Regelung nicht auf jedweden Staatsbediensteten Anwendung finden kann.
- 2204** Es gibt bisher wenig Rechtsprechung, die den Kreis derjenigen, die unter diese Bestimmung fallen können, definiert. Jedenfalls werden nicht nur Bedienstete in besonders hohen Positionen davon umfasst, sondern auch solche Angehörige der Staatsverwaltung, die von ihrer Tätigkeit oder Funktion her der Aufgabe der Polizei oder der Streitkräfte zumindest nahe kommen oder aber in einem ähnlich sensiblen Bereich arbeiten.⁷³¹ Die EKMR nahm dies bei Telekommunikationsaufgaben für militärische und sonstige amtliche Nachrichten an, da sie eine vitale Funktion für die nationale Sicherheit hätten.⁷³² In der Entscheidung *Vogt* hat der EGMR offen gelassen, ob die Regelung auf eine deutsche Lehrerin Anwendung findet.⁷³³
- 2205** Auch mit Blick auf die übrigen Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs wirft die Klausel des Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK Fragen auf. Als nachgelagerte Bestimmung ergänzt sie lediglich die in Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK genannten Einschränkungsgründe. Insofern sind alle übrigen Anforderungen wie auch der Gesetzesvorbehalt einzuhalten.⁷³⁴ Eine besondere Beschränkung nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK unterliegt jedenfalls dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁷³⁵ Dies schließt nicht aus, dass eine Beschränkung bis zu einem totalen Verbot während der Wahrnehmung der besonderen Funktion gehen kann.⁷³⁶ Die Einschränkung muss ferner mit dem nationalen Recht in Einklang stehen.⁷³⁷

⁷³¹ Vgl. *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 24.

⁷³² EKMR, Entsch. vom 20.1.1987, Nr. 11603/85, DR 50, 228 – Council of Civil Service Unions/Vereinigtes Königreich.

⁷³³ S. EGMR, Urt. vom 26.9.1995, Nr. 17851/91 (Rn. 68), NJW 1996, 375 (378) – *Vogt/Deutschland*.

⁷³⁴ *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 91 f.; *Tomuschat*, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), The European system for the protection of human rights, 1993, S. 493 (512).

⁷³⁵ Vgl. *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 18; EKMR, Entsch. vom 20.1.1987, Nr. 11603/85, DR 50, 228 – Council of Civil Service Unions/Vereinigtes Königreich; Umkehrschluss aus EGMR, Urt. vom 26.9.1993, Nr. 17851/91 (Rn. 68), NJW 1996, 375 (378) – *Vogt/Deutschland*.

⁷³⁶ *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 18; *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 24; EKMR, Entsch. vom 20.1.1987, Nr. 11603/85, DR 50, 228 – Council of Civil Service Unions/Vereinigtes Königreich; Entsch. vom 10.10.1979, Nr. 8191/78 (Rn. 11), EuGRZ 1980, 36 (37) – *Rassemblement Jurassien u. Unité Jurassienne/Schweiz*.

⁷³⁷ EKMR, Entsch. vom 20.1.1987, Nr. 11603/85, DR 50, 228 – Council of Civil Service Unions/Vereinigtes Königreich.

II. Gesetzliche Grundlage

Eingriffe in die Versammlungsfreiheit erfordern gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK zwingend eine gesetzliche Grundlage. Mit Rücksicht auf die Common-law-Tradition in einigen Mitgliedstaaten kann hier auch ungeschriebenes Recht als Grundlage dienen.⁷³⁸ **2206**

III. Zulässige Ziele

Art. 11 Abs. 2 EMRK ist der Katalog der zulässigen Einschränkungsgründe zu entnehmen. Die Ausübung der in Absatz 1 der Bestimmung genannten Rechte darf danach nur notwendigen Einschränkungen für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer unterworfen werden. **2207**

Dieser Katalog ist abschließend. Allerdings sind die Eingriffsziele bei der mit Art. 10 Abs. 2 EMRK fast identischen Schrankenregelung teilweise so weit formuliert, dass auch jeder vernünftige, nachvollziehbare Eingriffsgrund darunter zu fassen sein dürfte.⁷³⁹ **2208**

IV. Verhältnismäßigkeit

1. Ansatz

Beeinträchtigungen der Versammlungsfreiheit unterliegen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Der EGMR gesteht den Vertragsstaaten hierbei einen Beurteilungsspielraum zu.⁷⁴⁰ **2209**

2. Notwendigkeit

Ebenso wie bei Eingriffen in die Meinungsfreiheit verlangt Art. 11 Abs. 2 EMRK, dass ein Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ für zumindest eines der genannten Ziele ist. Die Auslegung des Wortes „notwendig“ entspricht derjenigen, die der EGMR im Zusammenhang mit Eingriffen in die Meinungsfreiheit zugrunde gelegt hat.⁷⁴¹ Es muss folglich ein dringendes gesellschaftliches Be- **2210**

⁷³⁸ Vgl. die Parallele bei Art. 11 EGRC/10 EMRK, o. Rn. 1841 f.; 2073.

⁷³⁹ Zur Regelung aus Art. 10 Abs. 2 EMRK ausführlich o. Rn. 1846 ff.

⁷⁴⁰ EKMR, Entsch. vom 10.10.1979, Nr. 8191/78 (Rn. 9), EuGRZ 1980, 36 (37) – Rassemblement Jurassien u. Unité Jurassienne/Schweiz.

⁷⁴¹ Vgl. EKMR, Entsch. vom 10.10.1979, Nr. 8191/78 (Rn. 9), EuGRZ 1980, 36 (37) – Rassemblement Jurassien u. Unité Jurassienne/Schweiz, mit Hinweis auf das Urteil *Handyside* (EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72, EuGRZ 1977, 38); zum Beurteilungsspielraum im Rahmen der Meinungsfreiheit ausführlich o. Rn. 1856 ff.

dürfnis vorliegen, das einen Eingriff zu rechtfertigen vermag.⁷⁴² Dabei ist auch die Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die jeweils betroffene demokratische Gesellschaft relevant. Je höher diese ist, desto weniger kann eine Beeinträchtigung notwendig sein. Daraus können unterschiedliche Maßstäbe folgen.⁷⁴³ Das kann aber schwerlich dazu führen, dass in eher repressiven Staaten die Versammlungsfreiheit sehr leicht beschränkbar ist, und zwar auch jenseits der Wesensgehaltsgarantie.⁷⁴⁴ Daher muss auch beachtlich sein, inwieweit Versammlungen zu einer weiteren Demokratisierung beitragen können.

- 2211** Bei der Prüfung, ob ein dringendes soziales Bedürfnis für einen Eingriff vorlag, wird vom EGMR oftmals zugleich untersucht, ob es kein anderes, milderer Mittel als den in Rede stehenden Grundrechtseingriff gab, welches das legitime Ziel ebenso erreicht hätte.⁷⁴⁵ Diese Prüfungssystematik findet sich auch im Zusammenhang mit der Versammlungsfreiheit.⁷⁴⁶ Insoweit entspricht die rechtliche Prüfung in etwa der Erforderlichkeitsprüfung nach der deutschen Grundrechtsdogmatik. Die Geeignetheit liegt dieser notwendig voraus.⁷⁴⁷

3. Angemessenheit

- 2212** Die Prüfung der Angemessenheit eines Eingriffs entspricht der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne. Zu untersuchen ist, ob das eingesetzte Mittel in angemessenem Verhältnis zum angestrebten Ziel steht.
- 2213** In einer Abwägung sind die Schwere des Eingriffs und das damit verfolgte Ziel in ein Verhältnis zueinander zu setzen. Diese Abwägung muss zu einem angemessenen Verhältnis der betroffenen Interessen geführt haben.⁷⁴⁸
- 2214** Die EKMR sah es als verhältnismäßig an, eine Demonstration auf dem Trafalgar Square, die im Zusammenhang mit dem Nordirland-Konflikt für bedingungslose Verhandlungen werben wollte, zu verbieten. Bei der Abwägung der gegenüber stehenden Interessen wurde auch beachtet, dass andere Orte für die Demonstration zur Verfügung gestanden hätten, also kein absolutes Verbot bestanden habe.⁷⁴⁹ Indes obliegt die Ortswahl grundsätzlich den Veranstaltern, die dadurch

⁷⁴² *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 26; EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 48), EuGRZ 1977, 38 (41 f.) – Handyside/Vereinigtes Königreich; auch Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 59), EuGRZ 1979, 386 (388 f.) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1).

⁷⁴³ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 26.

⁷⁴⁴ Darauf abhebend *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 26.

⁷⁴⁵ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.11.1993, Nr. 13914/88 u.a. (Rn. 39), EuGRZ 1994, 549 (550 f.) – Informationsverein Lentia u.a./Österreich; s. auch Urt. vom 15.7.2003, Nr. 33400/96 (Rn. 102) – Ernst u.a./Belgien.

⁷⁴⁶ EKMR, Entsch. vom 10.10.1979, Nr. 8191/78 (Rn. 11), EuGRZ 1980, 36 (37) – Rassemblement Jurassienne u. Unité Jurassienne/Schweiz.

⁷⁴⁷ S. allgemein o. Rn. 655.

⁷⁴⁸ S. *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 26; *Frowein/Peukert*, Vorbem. zu Art. 8-11 Rn. 16 m.N.

⁷⁴⁹ EKMR, Entsch. vom 6.4.1995, Nr. 25522/94 (Rn. 1), DR 81-B, 14 – Rai, Allmond u. „Negotiate Now“/Vereinigtes Königreich.

ggf. möglichst stark ins Blickfeld rücken wollen. Daher bedarf es gewichtiger Rechtfertigungsgründe für eine Beschränkung.

Unter Umständen kann auch ein für ein bestimmtes Gebiet ausgesprochenes, befristetes absolutes Demonstrationsverbot verhältnismäßig sein. Dies kann jedoch nur dann hingenommen werden, wenn „die wirkliche Gefahr besteht, dass Demonstrationen zu Störungen der öffentlichen Ordnung führen, welche nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen verhindert werden können.“⁷⁵⁰ Die EKMR hielt im Fall *Christians against Racism and Facism* ein zweimonatiges, auf London bezogenes Verbot von Demonstrationsmärschen für gerechtfertigt. Angesichts der sehr angespannten politischen Lage vor Nachwahlen zum Parlament in einem Londoner Stadtteil und der begründeten Befürchtung von massiven Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sollten unerwünschte Auswirkungen dieses Verbots auf an sich friedliche Versammlungen hinnehmbar sein. In die Waagschale wurde zudem gelegt, dass dem Beschwerdeführer die Abhaltung einer ortsfesten Versammlung oder aber des geplanten Demonstrationmarsches nach Ablauf des Verbotszeitraums möglich waren.⁷⁵¹

Der EuGH schließt sich der Systematik der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Grundrechtsprüfungen im Wesentlichen an. Im Fall *Schmidberger* wird in ausführlicher Weise eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, die der Ausübung der Versammlungsfreiheit diene, geprüft. Es war aufgrund einer 30-stündigen Blockade des Brenners im Rahmen einer Versammlung zu erheblichen Verkehrsbehinderungen gekommen. Der EuGH wog zwischen beiden betroffenen Rechten ab und kam zu dem Ergebnis, dass die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit in angemessenem Verhältnis zur berechtigten Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit stand. Zugunsten der Versammlungsfreiheit schlug dabei zu Buche, dass im Voraus gemeinsam mit den Veranstaltern, der Polizei und Automobilclubs versucht wurde, durch umfangreiche Information und den Vorschlag von Ausweichstrecken die Verkehrsbehinderung so gering wie möglich zu halten.⁷⁵²

V. Wesensgehaltsgarantie

Auch bei Beeinträchtigungen der Versammlungsfreiheit ist zu prüfen, ob der Wesensgehalt des Grundrechts angetastet ist. Sieht man Art. 52 Abs. 3 EGRC als *lex specialis* zu Art. 52 Abs. 1 EGRC,⁷⁵³ ist der Rechtsprechung des EGMR zu entnehmen, dass die Beeinträchtigung der Substanz eines Grundrechts unzulässig

⁷⁵⁰ EKMR, Entsch. vom 16.7.1980, Nr. 8440/78 (Rn. 5), EuGRZ 1981, 216 (217 ff.) – *Christians against Racism and Fascism/Vereinigtes Königreich*.

⁷⁵¹ EKMR, Entsch. vom 16.7.1980, Nr. 8440/78 (Rn. 5), EuGRZ 1981, 216 (217 ff.) – *Christians against Racism and Fascism/Vereinigtes Königreich*.

⁷⁵² EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5718 ff., Rn. 77 ff.) – *Schmidberger* (Brenner-Blockade). Zu diesem Urteil näher *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 735, 1037 ff.

⁷⁵³ S.o. Rn. 540 ff.

ist,⁷⁵⁴ bei paralleler Anwendung beider Bestimmungen unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 1 EGRC.

G. Schutzpflichten

- 2218** Auch aus den europäischen Grundrechten lassen sich Schutzpflichten ableiten.⁷⁵⁵ Aus der Versammlungsfreiheit wird zunächst die Verpflichtung des Staates gewonnen, eine Versammlung gegen Störer von außen zu schützen.⁷⁵⁶ Die Furcht vor gewaltsamen Gegendemonstrationen könnte sonst dazu führen, dass jemand von der Ausübung seines Rechts abgehalten wird.⁷⁵⁷
- 2219** Allerdings bleibt den Grundrechtsverpflichteten ein weiter Spielraum bei der Wahrnehmung der Schutzpflichten, insbesondere bei der Auswahl geeigneter Mittel.⁷⁵⁸ Die Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen erstreckt sich auf den Einsatz angemessener Mittel, nicht jedoch auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges. Es kann also nicht die ungestörte Durchführung einer Demonstration in absoluter Weise garantiert werden.⁷⁵⁹ In Ausnahmefällen kann sogar eine an sich friedliche Demonstration unterbunden werden, wenn aufgrund der besonderen Lage durch andere weniger einschneidende Maßnahmen eine Störung der öffentlichen Ordnung nicht verhindert werden kann.⁷⁶⁰
- 2220** Schutzpflichten in Bezug auf die Versammlungsfreiheit gehen auch nicht so weit, dass der Staat die Inanspruchnahme eines privaten Einkaufszentrums zu ermöglichen hat. Hier stehen die ebenfalls schützenswerten Rechte der Eigentümer entgegen.⁷⁶¹

⁷⁵⁴ EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 52 u. 55), NJW 1982, 2717 (2717 f.) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich m.w.N.; s.o. Rn. 672.

⁷⁵⁵ Hierzu ausführlich o. Rn. 359 ff.; ferner *Suerbaum*, EuR 2003, 390 (405 ff.); skeptisch *Mann/Ripke*, EuGRZ 2004, 125 (131).

⁷⁵⁶ EGMR, Urt. vom 20.10.2005, Nr. 44079/98 (Rn. 115) – Vereinigte Mazedonische Organisation Ilinden u. Ivanov/Bulgarien; *Jarass*, § 17 Rn. 15; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 12 Rn. 20; *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 84.

⁷⁵⁷ EGMR, Urt. vom 21.6.1988, Nr. 10126/82 (Rn. 32), EuGRZ 1989, 522 (524) – Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich; *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 3; *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 62; *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 27 Rn. 20; *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 12 Rn. 13.

⁷⁵⁸ EGMR, Urt. vom 21.6.1988, Nr. 10126/82 (Rn. 34), EuGRZ 1989, 522 (524) – Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich m.w.N. aus der Rspr.; *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 62; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 11 Rn. 3b.

⁷⁵⁹ EGMR, Urt. vom 21.6.1988, Nr. 10126/82 (Rn. 34), EuGRZ 1989, 522 (524) – Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich m.w.N. aus d. Rspr.

⁷⁶⁰ Vgl. EKMR, Entsch. vom 16.7.1980, Nr. 8440/78 (Rn. 5), EuGRZ 1981, 216 (217 ff.) – Christians against Racism and Fascism/Vereinigtes Königreich; hierzu o. Rn. 2215.

⁷⁶¹ S. EGMR, Urt. vom 6.5.2003, Nr. 44306/98 (Rn. 39 ff., 51 f.), RJD 2003-VI – Appleby u.a./Vereinigtes Königreich.

Im Rahmen des Art. 11 EMRK kann sich aber die Pflicht ergeben, durch behördliche Handlungen jemandem die Teilnahme an einer Versammlung zu ermöglichen. Im Fall *Djavit An* wurde einem türkischen Zyprioten die notwendige Genehmigung zur Grenzüberschreitung zwecks Teilnahme an einer Versammlung verweigert und damit die effektive Ausübung der Versammlungsfreiheit rechtlich unmöglich gemacht. Der EGMR erinnerte auch in diesem Zusammenhang an Schutzpflichten aus Art. 11 EMRK.⁷⁶² Indes ist hier schon die Abwehrseite der Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.⁷⁶³ 2221

H. Prüfungsschema zur Versammlungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 EGRC

1. Schutzbereich 2222
 - a) **Versammlung: Zusammenkunft von mindestens 2 Personen**
 - b) **zu gemeinsamem Zweck: auch gesellschaftlich (str.), aber friedlich**
2. Beeinträchtigung
 - a) **bei Durchführung/Vorbereitung durch Anmelde- und Genehmigungserfordernisse**
 - b) **fehlender Schutz bei Störung von außen**
3. Rechtfertigung nach Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 11 EMRK

insbesondere Schutz von öffentlicher Sicherheit und Ordnung

§ 5 Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit

A. Bedeutung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit

Art. 12 EGRC schützt wie Art. 11 EMRK neben der Versammlungsfreiheit als verwandte Rechte die Vereinigungs- und die Koalitionsfreiheit. Damit sind spezifische kommunikative Tätigkeiten geschützt, die sich durch den Zusammenschluss mehrerer zur gemeinsamen Interessenverfolgung charakterisieren lassen. Der EGMR sieht die Freiheit der persönlichen Meinung als ein Ziel der in Art. 11 EMRK geschützten Vereinigungsfreiheit und interpretiert Letztere deshalb nach den Umständen des Einzelfalls im Lichte des Art. 10 EMRK.⁷⁶⁴ Ähnlich wie bei 2223

⁷⁶² Vgl. EGMR, Ur. vom 20.2.2003, Nr. 20652/92 (Rn. 57), RJD 2003-III – *Djavit An/Türkei*.

⁷⁶³ S.o. Rn. 2194.

⁷⁶⁴ EGMR, Ur. vom 30.6.1993, Nr. 16130/90 (Rn. 37), ÖJZ 1994, 207 (208) – Sigurdur A. Sigurjónsson/Island.

der Versammlungsfreiheit tritt somit ein enger Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit zutage. Ein solcher besteht auch zur Religionsfreiheit, die sich typischerweise in Glaubensvereinigungen entfaltet.⁷⁶⁵

2224 Koalitionen bilden besondere Vereinigungen. Die Koalitionsfreiheit kann daher als spezieller Fall der Vereinigungsfreiheit betrachtet werden. Innerhalb der Vereinigungsfreiheit kommt dann der Koalitionsfreiheit zur Vertretung der Interessen durch Gewerkschaften noch eine besondere Bedeutung zu.

2225 Vor allem die Koalitionsfreiheit findet auch Stützen im Vertragsrecht. So können Ansätze für die grundrechtliche Koalitionsfreiheit Art. 39 Abs. 2 EG/45 Abs. 2 AEUV, der die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer aus anderen EU-Staaten auch für die sonstigen Arbeitsbedingungen festlegt, und Art. 137 Abs. 3 EG/153 Abs. 3 AEUV hinsichtlich der kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberinteressen entnommen werden.⁷⁶⁶ Zudem enthält Art. 28 EGRC eine zusätzliche Absicherung gewerkschaftlicher Tätigkeiten.⁷⁶⁷ Hier sind folglich Verbindungen zu den sozialen Grundrechten zu knüpfen.⁷⁶⁸

B. Personelle Reichweite

I. Berechtigte

2226 Die personelle Reichweite der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit deckt sich mit der der Versammlungsfreiheit.⁷⁶⁹ Im Gegensatz zur Versammlung als vergleichsweise losem Zusammenschluss mehrerer⁷⁷⁰ kann sich indes auch die Vereinigung selbst auf das Grundrecht berufen. Daneben ist der einzelne Bürger geschützt. Insofern handelt es sich um ein Doppelgrundrecht.⁷⁷¹

II. Verpflichtete

1. Keine unmittelbare Drittwirkung von Art. 12 EGRC

2227 Die Grundrechtsverpflichteten bestimmen sich nach allgemeinen Regeln.⁷⁷² Eine unmittelbare Drittwirkung wie nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG,⁷⁷³ so dass sich Grundrechtsträger gegenüber privaten Dritten auf die Koalitionsfreiheit berufen können,

⁷⁶⁵ S. EGMR, Urte. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 72), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland sowie näher Rn. 1647.

⁷⁶⁶ Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 28 Rn. 6.

⁷⁶⁷ Hierzu s.u. Rn. 2251 f., 2265.

⁷⁶⁸ Zu Art. 28 EGRC u. Rn. 3679 ff.

⁷⁶⁹ S. daher o. Rn. 2166 f.

⁷⁷⁰ S.o. Rn. 2169 ff.

⁷⁷¹ Vgl. Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 83; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 15.

⁷⁷² S.o. Rn. 208 ff.

⁷⁷³ Löwer, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetzkomentar, Bd. 1, Art. 9, Rn. 85 (5. Aufl.).

entfaltet Art. 12 EGRC nicht. Es sind jedoch Schutzfunktionen enthalten, die den nationalen Gesetzgeber zum Schutz gegen Beeinträchtigungen durch Dritte verpflichten.⁷⁷⁴

2. Weiterung über die Grundfreiheiten

Allerdings können die Grundfreiheiten Koalitionen unmittelbar verpflichten. So kann sich ein durch gewerkschaftlichen Boykott in seiner Niederlassungsfreiheit Betroffener gegenüber der Gewerkschaft direkt auf die Niederlassungsfreiheit berufen.⁷⁷⁵ Eine staatliche Einflussnahme auf die Gewerkschaft ist insoweit nicht erforderlich. Die unmittelbare Drittwirkung befürwortet der EuGH dann, wenn natürliche oder juristische Personen aufgrund der ihnen zustehenden Rechte ein besonderes Maß an kollektiver Machtfülle auf sich vereinen.⁷⁷⁶ 2228

C. Vereinigungsfreiheit

I. Schutz des Zusammenschlusses als solchem

Durch die Vereinigungsfreiheit ist der Zusammenschluss von Personen zu rechtmäßigen Zwecken geschützt. Das setzt voraus, dass die Rechtsordnung eines Staates Möglichkeiten zu einem solchen Zusammenschluss vorsieht.⁷⁷⁷ Der EGMR sieht in dem Recht der Bürger, „... eine juristische Person zu gründen, um gemeinsam in einem Bereich übereinstimmender Interessen tätig zu werden, ... eines der wichtigsten Elemente der Vereinigungsfreiheit.“⁷⁷⁸ Die konkrete Ausgestaltung steht dem Mitgliedstaat jedoch frei. Es besteht nicht etwa ein Anspruch auf eine bestimmte Rechtsform.⁷⁷⁹ 2229

II. Begriff der Vereinigung

Zentral ist der Begriff der Vereinigung. Er umfasst jeden freiwilligen Zusammenschluss mehrerer Personen zu einem gemeinsamen Zweck, wobei ein Mindestmaß an zeitlicher und organisatorischer Verfestigung gegeben sein muss. Die Rechts- 2230

⁷⁷⁴ Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 28 Rn. 9; Frowein/Peukert, Art. 11 Rn. 15; genauer u. Rn. 2296 ff.

⁷⁷⁵ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248, Rn. 33 ff.) – Viking. Näher zu diesem Urteil o. Rn. 475.

⁷⁷⁶ So Pießkalla, NZA 2007, 1144 (1146) m.w.N.; vgl. EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5065 f., Rn. 82 ff.) – Bosman; näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1717 f.

⁷⁷⁷ Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 73.

⁷⁷⁸ EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 73), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

⁷⁷⁹ Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 73; s.u. Rn. 2305 ff.

form der Vereinigung ist irrelevant.⁷⁸⁰ Das Merkmal der Festigkeit einer Vereinigung unterscheidet sie von einer Versammlung, die sogar als spontane Zusammenkunft den Schutz aus Art. 12 EGRC genießt.⁷⁸¹

1. Freiwilligkeit – keine öffentlich-rechtlichen Zusammenschlüsse

2231 Aus der Freiwilligkeit des Zusammenschlusses folgt, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften und Verbände sich nicht auf sie Vereinigungsfreiheit berufen können.⁷⁸² In den Schutzbereich fallen vielmehr nur private Zusammenschlüsse. Im Rahmen der negativen Vereinigungsfreiheit erlangt dies größere Relevanz. Unter Berufung auf diese kann sich der Einzelne nicht gegen eine Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Verbänden zur Wehr setzen.⁷⁸³

2232 Betriebsräte bilden keine Vereinigungen i.S.d. Art. 12 EGRC. Errichtung und Funktion eines Betriebsrates sind im Wesentlichen gesetzlich festgelegt. Er wird von der Arbeitnehmerschaft zur Wahrnehmung betrieblicher Mitbestimmungsaufgaben gewählt und erfüllt somit nicht die Kriterien eines freiwilligen Zusammenschlusses.⁷⁸⁴

2. Kriterien für den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Organisation

2233 Bei der Beurteilung, ob es sich bei einem Zusammenschluss um eine private Vereinigung oder eine öffentlich-rechtliche Organisation handelt, kann es zu schwierigen Abgrenzungsfragen kommen. Der EGMR misst hierbei der Qualifizierung nach innerstaatlichem Recht nur relativen Wert bei. Könnte ein Vertragsstaat nach Belieben einer Vereinigung „öffentlichen“ Status verleihen, um sie dem Anwendungsbereich der Koalitionsfreiheit zu entziehen, so wäre dieser Spielraum mit dem Sinn und Zweck der Konvention unvereinbar.⁷⁸⁵ Ein Gesetz, wonach Grundeigentümer eines bestimmten Gebietes gezwungen werden, einem kommunalen Jagdverband beizutreten und diesem ihr Jagdrecht zu übertragen, sah der EGMR hiernach als Eingriff in die negative Vereinigungsfreiheit an. Zwar verdankte die Vereinigung ihre Existenz dem Willen des Gesetzgebers. Eine Einbettung in staat-

⁷⁸⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 15.

⁷⁸¹ S.o. Rn. 2177.

⁷⁸² Vgl. EGMR, Urt. vom 23.6.1981, Nr. 6878 u. 7238/75 (Rn. 64 f.), EuGRZ 1981, 551 (555) – Le Compte, Van Leuven u. De Meyere/Belgien; Urt. vom 10.2.1983, Nr. 7299/75 u. 7496/76 (Rn. 44), EuGRZ 1983, 190 (195) – Albert u. Le Compte/Belgien; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 15; Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 28 Rn. 12.

⁷⁸³ S. EGMR, Entsch. vom 4.7.2002, Nr. 43311/98, ÖJZ 2002, 778 (778 f.) – Köll/Österreich; vgl. auch Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 96 ff.), NJW 1999, 3695 (3698 f.) – Chassagnou u.a./Frankreich; genauer zur negativen Vereinigungsfreiheit u. Rn. 2255 ff.

⁷⁸⁴ EGMR, Entsch. vom 14.9.1999, Nr. 32441/96, ÖJZ 2000, 574 (574) – Karakurt/Österreich.

⁷⁸⁵ S. EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 100), NJW 1999, 3695 (3699) – Chassagnou u.a./Frankreich.

liche Strukturen lag hingegen nicht vor. Vorteile außerhalb des allgemeinen Rechts genoss der Jagdverband ebenfalls nicht.⁷⁸⁶

Nicht ausreichend für die Annahme des öffentlich-rechtlichen Charakters einer Vereinigung ist ferner die Tatsache, dass sie Aufgaben erfüllt, die auch der Öffentlichkeit zugute kommen und in der Rechtsordnung des betreffenden Landes in gewissem Ausmaß vorgesehen sind.⁷⁸⁷ **2234**

Ausschlaggebend sind vielmehr objektivierbare Kriterien wie die Einbettung in staatliche Strukturen und besondere Vorrechte, so Verwaltungsrechte, Normsetzungsrechte oder disziplinarische Befugnisse.⁷⁸⁸ Demgegenüber spricht die Errichtung nach Vorschriften des privaten Rechts und die Autonomie in der Zweckverfolgung für den privatrechtlichen Charakter einer Vereinigung.⁷⁸⁹ **2235**

III. Vereinszweck

Der Vereinszweck ist ebenso weit zu verstehen wie der Zweckbegriff innerhalb der Versammlungsfreiheit.⁷⁹⁰ Wenn es um die Anerkennung religiöser Zusammenschlüsse geht, ist neben der Religionsfreiheit auch die Vereinigungsfreiheit einschlägig.⁷⁹¹ Auch die Gründung von und die Arbeit in einer politischen Partei unterfällt der Vereinigungsfreiheit.⁷⁹² Art. 12 Abs. 2 EGRC betont noch einmal die Bedeutung politischer Parteien auf Unionsebene. Entsprechend Art. 191 EG/10 Abs. 4 EUV/191 Abs. 1 EG wird in Art. 12 Abs. 2 EGRC die Rolle der Parteien, den politischen Willen der Unionsbürger zum Ausdruck zu bringen, hervorgehoben. **2236**

Für Fraktionen hat der EuGH bisher offen gelassen, ob sie sich gegenüber dem Europäischen Parlament auf die Vereinigungsfreiheit berufen können. Jedenfalls betrachtet der EuGH es als zulässig, dass die Geschäftsordnung des Parlaments für die Bildung einer Fraktion die politische Zusammengehörigkeit der Abgeordneten vorsieht. Dies ist zur effizienten Wahrnehmung ihrer Aufgaben, nämlich der Formulierung gemeinsamer politischer Auffassungen und der Erzielung von Kompromissen notwendig. Unter der Prämisse, dass die Vereinigungsfreiheit hier überhaupt zum Tragen kommt, ist der Vereinszweck damit für Fraktionen mit Blick auf ihre parlamentarische Funktion vorgegeben.⁷⁹³ **2237**

⁷⁸⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 101 ff.), NJW 1999, 3695 (3699 f.) – Chassagnou u.a./Frankreich.

⁷⁸⁷ EGMR, Urt. vom 30.6.1993, Nr. 16130/90 (Rn. 31), ÖJZ 1994, 207 (207) – Sigurdur A. Sigurjónsson/Island.

⁷⁸⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 23.6.1981, Nr. 6878 u. 7238/75 (Rn. 64 f.), EuGRZ 1981, 551 (555) – Le Compte, Van Leuven u. De Meyere/Belgien.

⁷⁸⁹ EGMR, Urt. vom 30.6.1993, Nr. 16130/90 (Rn. 31), ÖJZ 1994, 207 (207) – Sigurdur A. Sigurjónsson/Island.

⁷⁹⁰ S.o. Rn. 2173 ff.

⁷⁹¹ EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 72 f.), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

⁷⁹² Ausführlich *Mann*, in: Heselhans/Nowak, § 28 Rn. 11.

⁷⁹³ EuG, Rs. T-222 u.a./99, Slg. 2001, II-2823 (2910 f., Rn. 231 ff.; 2886 f., Rn. 145 ff.) – Martinez u.a./Parlament.

- 2238** Vereinigungen können auch kommerzielle Zwecke verfolgen. Es ist nicht erforderlich, sie auf nicht kommerzielle Ziele zu beschränken. Im Wortlaut von Art. 12 EGRC findet sich insoweit keine Begrenzung. Auch eine Kommunikation entsprechend der systematischen Stellung des Grundrechts ist in diesem Rahmen möglich. Selbst bei überwiegend nichtkommerziellen Vereinigungen können finanzielle Aspekte zumindest auch eine Rolle spielen, so dass eine Ausgrenzung kommerzieller Vereinigungen zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen würde.⁷⁹⁴

D. Koalitionsfreiheit

I. Klarstellung

- 2239** Als Sonderfall innerhalb der Vereinigungsfreiheit schützt Art. 12 EGRC die Koalitionsfreiheit. Das ist das Recht jeder Person, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten. Die besondere Hervorhebung im Wortlaut des Art. 12 EGRC bedeutet keine Privilegierung der Gewerkschaften gegenüber anderen Vereinigungen. Es soll vielmehr klargestellt werden, dass Gewerkschaften unabhängig davon, ob sie nach nationalem Recht eine Vereinigung bilden, in den Schutzbereich des Art. 12 EGRC fallen.⁷⁹⁵
- 2240** Als Gewerkschaften sind Zusammenschlüsse abhängig Beschäftigter zur Vertretung ihrer Interessen aus dem Beschäftigungsverhältnis zu verstehen.⁷⁹⁶ Auch Arbeitgeberzusammenschlüsse sind durch Art. 12 EGRC gewährleistet. Sie sind im Wortlaut der Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt, werden jedoch im Rahmen der allgemeinen Vereinigungsfreiheit geschützt.⁷⁹⁷

II. Individuelle Koalitionsfreiheit

- 2241** Die individuelle Koalitionsfreiheit schützt zunächst die Gründung von Gewerkschaften und den Beitritt zu einer Gewerkschaft. Das Beitrittsrecht besteht jedoch nur im Rahmen der Statuten, die jede Koalition sich wiederum unter dem Schutz des Art. 12 EGRC geben darf.⁷⁹⁸ Es hat in der Rechtsprechung vor allem mit Blick

⁷⁹⁴ Vgl. *Tomuschat*, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European system for the protection of human rights*, 1993, S. 493 (495); *Marauhn*, *RabelsZ* 1999, 538 (553).

⁷⁹⁵ *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 4 Rn. 81; *Tomuschat*, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European system for the protection of human rights*, 1993, S. 493 (494).

⁷⁹⁶ *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 9.

⁷⁹⁷ *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 4 Rn. 81; *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 1; *Tomuschat*, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European system for the protection of human rights*, 1993, S. 493 (494).

⁷⁹⁸ *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 4 Rn. 84; EKMR, *Entsch.* vom 13.5.1985, Nr. 10550/83, DR 42, 178 (185 f.) – *Cheall/Vereinigtes Königreich*.

auf die negative Koalitionsfreiheit Bedeutung erlangt, also die freie Entscheidung, keiner Gewerkschaft beizutreten.⁷⁹⁹

In einigen Fällen vor dem EGMR ging es um die Frage, in welchem Rahmen 2242 ausgeübter Beitrittszwang zulässig ist.⁸⁰⁰ Unter Umständen hat der Staat hier die Pflicht, durch entsprechende Ausgestaltung des Kündigungsrechts Arbeitnehmer in ihrer negativen Koalitionsfreiheit zu schützen.⁸⁰¹

III. Kollektive Koalitionsfreiheit

1. Grundansatz

Auch die kollektive Koalitionsfreiheit, also die Tätigkeit der Gewerkschaften 2243 selbst, fällt in den Schutzbereich des Art. 12 EGRC. Nicht eindeutig dem Wortlaut zu entnehmen ist allerdings die Reichweite dieses Schutzes. Um in ihrer kollektiven Form voll zur Geltung kommen zu können, muss die Koalitionsfreiheit den typischen Zweck gewerkschaftlicher Organisation schützen. Der Schutzbereich ist daher so weit auszudehnen, wie Gewerkschaften gerade eine Funktion erfüllen, die der Einzelne nicht wahrnehmen kann.⁸⁰² Der EGMR lässt den Vertragsstaaten bei der Einschätzung der Zulässigkeit bestimmter Kollektivmaßnahmen, so etwa bei der Ausgestaltung des Streikrechts, einen weiten Spielraum.⁸⁰³

2. Ausschließbarkeit des Streikrechts?

Ob deshalb den Gewerkschaften anstelle des Streikrechts andere Befugnisse zur 2244 Durchsetzung ihrer Interessen zur Verfügung gestellt werden dürfen,⁸⁰⁴ ist jedoch fraglich. Das Recht zum Streiken dürfte vielmehr zu den wesentlichen Elementen gewerkschaftlicher Kollektivmaßnahmen gehören und damit zumindest in seinem Kern durch Art. 12 EGRC geschützt sein. Ein gesetzlicher völliger Ausschluss des Streikrechts ist folglich mit Art. 12 EGRC unvereinbar.⁸⁰⁵ Es greift zudem die ausdrückliche Gewährleistung nach Art. 28 EGRC.⁸⁰⁶

⁷⁹⁹ Zur negativen Koalitionsfreiheit u. Rn. 2255 ff.

⁸⁰⁰ S.u. Eingriffe, Rn. 2291 ff.

⁸⁰¹ Vgl. *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 85; *Tomuschat*, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), The European system for the protection of human rights, 1993, S. 493 (502 f.).

⁸⁰² *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 87; *ders.*, *RabelsZ* 1999, 538 (547); *Tomuschat*, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), The European system for the protection of human rights, 1993, S. 493 (500).

⁸⁰³ S. EGMR, Urt. vom 6.2.1976, Nr. 5589/72 (Rn. 36), EuGRZ 1976, 68 (70 f.) – Schmidt u. Dahlström/Schweden.

⁸⁰⁴ So *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, Rn. 639.

⁸⁰⁵ *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 13; *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 87; *ders.*, *RabelsZ* 1999, 538 (547).

⁸⁰⁶ S. dazu u. Rn. 2251 f., 3723, 3743 f.

3. Unschärfe der tatbestandlichen Gewährleistung

- 2245** Welche Kollektivmaßnahmen, die zum typischen Funktionsbereich einer Gewerkschaft gehören, ansonsten im Rahmen des Art. 12 EGRC zu gewährleisten sind, ist angesichts der zurückhaltenden Rechtsprechung des EGMR schwierig zu beurteilen. Fest steht, dass ein bloßes Recht auf Gründung einer und Beitritt zu einer Gewerkschaft wenig sinnvoll wäre, wenn nicht auch in gewissem Umfang die Tätigkeit einer Gewerkschaft geschützt wäre.⁸⁰⁷
- 2246** Im Fall der *Belgischen Polizeigewerkschaft* hat die EKMR grundsätzlich ein Konsultationsrecht der Gewerkschaften als geschützt betrachtet. Allerdings kann dieses Konsultationsrecht auf die nach objektiven Kriterien festzulegenden, repräsentativen Gewerkschaften beschränkt werden. Es muss nicht jede Splitterorganisation gehört werden.⁸⁰⁸ Auch im Fall *Schwedische Lokomotivführer* anerkannte die EKMR ein Konsultationsrecht der Gewerkschaften. Ein Recht gegen Arbeitgeber auf die Aufnahme von Kollektivverhandlungen soll hieraus aber nicht abzuleiten sein.⁸⁰⁹
- 2247** Noch zurückhaltender urteilte der EGMR in den beiden Fällen. Nach ihm garantiert die kollektive Koalitionsfreiheit den Gewerkschaften oder deren Mitgliedern keine bestimmte Behandlung seitens des Staates wie insbesondere das Recht, konsultiert zu werden oder einen Tarifvertrag abzuschließen.⁸¹⁰ Gewerkschaften und ihre Mitglieder haben zwar ein Recht, gehört zu werden. Die Wahl der Mittel überlässt jedoch Art. 11 Abs. 1 EMRK dem Staat. Ein Konsultationsrecht stellt ein mögliches Mittel dar; es gibt aber auch andere.⁸¹¹ Art. 11 EMRK verlangt lediglich, dass die nationale Gesetzgebung den Gewerkschaften gestattet, zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder zu kämpfen. Insofern zeigt aber die Formulierung „zum Schutze seiner Interessen“ in Art. 11 EMRK, dass die Konvention die Freiheit der Gewerkschaften, die Interessen ihrer Mitglieder durch kollektive Maßnahmen zu verteidigen, schützt. Dies müssen die nationalen Gesetzgebungen erlauben und ermöglichen.⁸¹²
- 2248** Der Fall der *Dänischen Hofangestellten* gegen die dänische Königin bestätigt diese Linie. Eine Verpflichtung des Staates, Gewerkschaften auf eine ganz bestimmte Art und Weise zu behandeln, leitet die EKMR aus Art. 11 EMRK nicht ab. Dies gilt auch für den Abschluss eines Tarifvertrages mit einer Gewerkschaft.

⁸⁰⁷ EKMR, Ber. vom 27.5.1974, Nr. 5614/72 (Rn. 77), Ser. B 18 – Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden; *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 28 Rn. 9.

⁸⁰⁸ EKMR, Ber. vom 27.5.1974, Nr. 4464/70 (Rn. 76 ff.), Ser. B 14 – Nationale Belgische Polizeigewerkschaft/Belgien.

⁸⁰⁹ EKMR, Ber. vom 27.5.1974, Nr. 5614/72 (Rn. 78), Ser. B 18 – Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden.

⁸¹⁰ EGMR, Urt. vom 6.2.1976, Nr. 5614/72 (Rn. 40), EuGRZ 1976, 62 (65) – Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden; Urt. vom 27.10.1975, Nr. 4464/70 (Rn. 38), EuGRZ 1975, 562 (564) – Nationale Belgische Polizeigewerkschaft/Belgien.

⁸¹¹ EGMR, Urt. vom 27.10.1975, Nr. 4464/70 (Rn. 39), EuGRZ 1975, 562 (564) – Nationale Belgische Polizeigewerkschaft/Belgien.

⁸¹² EGMR, Urt. vom 6.2.1976, Nr. 5614/72 (Rn. 40), EuGRZ 1976, 62 (65) – Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden; Urt. vom 27.10.1975, Nr. 4464/70 (Rn. 39), EuGRZ 1975, 562 (564) – Nationale Belgische Polizeigewerkschaft/Belgien.

So wurde die Weigerung der dänischen Königin, einen Tarifvertrag mit ihren Hofangestellten abzuschließen, nicht als Eingriff in das Recht aus Art. 11 EMRK angesehen.⁸¹³

Den einzelnen Vertragsstaaten wird also eine weite Einschätzungsprärogative zugestanden. Der EGMR verweist auf den sensiblen Charakter der sozialen und politischen Fragen und das hohe Maß an Divergenz zwischen den nationalen Systemen.⁸¹⁴ Dieser Befund gilt auch für die EU, so dass er auf Art. 12 EGRC übertragbar ist. Vom Grundsätzlichen her ist indes bedenklich, dass den Vertragsstaaten nicht erst auf der Ebene einer Eingriffsrechtfertigung, sondern ausdrücklich bereits bei der Umschreibung einer tatbestandlichen Gewährleistung ein Ermessensspielraum eingeräumt wird. Dies birgt die Gefahr, dass die Grenze zwischen Schutzbereichs- und Eingriffsebene verschwimmt. 2249

4. Konturierung der Gewerkschaftsfreiheit an anderer Stelle

Aus der Rechtsprechung des EGMR lässt sich zur Reichweite des Schutzes kollektiver Maßnahmen folglich wenig Konkretes entnehmen. Vor dem Hintergrund, dass es andere völkerrechtliche Verträge mit präziseren Ausgestaltungen zum kollektiven Arbeits- und Mitbestimmungsrecht gibt, scheint die unscharfe Konturierung im Rahmen des Art. 11 EMRK hinnehmbar.⁸¹⁵ 2250

Die EGRC fängt das Problem der tatbestandlichen Unschärfe der Koalitionsfreiheit in ihrem Art. 12 selbst auf. Art. 28 EGRC enthält genauere Bestimmungen zur Tarifautonomie und gewährleistet das Streikrecht. Er ist insoweit die spezielle Norm.⁸¹⁶ 2251

Die in Art. 28 EGRC geschützten Rechte sind zum einen „Kollektivverhandlungen“, also das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen. Zum anderen sind es „Kollektivmaßnahmen“, worunter kollektive Maßnahmen zur Verteidigung der Interessen der Arbeitnehmer bzw. -geber bei Konflikten, insbesondere aber nicht nur der ausdrücklich erwähnte Streik zu verstehen sind.⁸¹⁷ Damit dürften kollektive Maßnahmen zumindest in Konfliktsituationen umfassend über Art. 28 EGRC geschützt sein. Bei etwaigen Lücken sowie im Bereich der Mitbestimmung kommt Art. 12 EGRC im Rahmen der dargestellten nationalen Spielräume in Betracht. 2252

⁸¹³ EKMR, Entsch. vom 13.1.1992, Nr. 18881/91, DR 72, 278 (282 f.) – Hofffunktionærföreningen i Danmark/Dänemark.

⁸¹⁴ EGMR, Urt. vom 2.7.2002, Nr. 30668/96 u.a. (Rn. 44), ÖJZ 2003, 729 (730) – Wilson u.a./Vereinigtes Königreich.

⁸¹⁵ Vgl. *Marauhn*, RabelsZ 1999, 538 (546 f.); ferner s.u. Rn. 3723, 3743 f.

⁸¹⁶ S. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 12 GRCh Rn. 15; zum Schutzbereich des Art. 28 EGRC *Rebhahn*, in: *GS für Heinze*, 2005, S. 649 (651 ff.); ferner s.u. Rn. 2265 und 3722 f.

⁸¹⁷ *Jarass*, § 29 Rn. 13 f.

5. Konkretisierung der kollektiven Vereinigungsfreiheit durch EuGH-Rechtsprechung

- 2253** Im Zusammenhang mit der parallelen Bestimmung in Art. 24a VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68⁸¹⁸ a.F. gibt es auch eine Rechtsprechung des EuGH zur Vereinigungsfreiheit. Aus ihr sind Präzisierungen des Schutzbereichs der kollektiven Koalitionsfreiheit jedoch nicht abzuleiten.⁸¹⁹
- 2254** Im Fall *Rosella* nimmt der EuGH auf die EGMR-Rechtsprechung Bezug und urteilt „dass kollektive Maßnahmen sowie Tarifverhandlungen und Tarifverträge unter den besonderen Umständen einer Rechtssache eines der Hauptmittel zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder sein können“.⁸²⁰ In dieser Entscheidung wird erstmalig das Streikrecht ausdrücklich als Grundrecht anerkannt, wobei allerdings insbesondere auf die Bestimmung des Art. 28 EGRC verwiesen wird.⁸²¹ Eine systematische Auslegung der Koalitionsfreiheit wird allerdings nicht vorgenommen.⁸²²

E. Negative Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit

- 2255** Auch die Vereinigungsfreiheit umfasst die so genannte negative Freiheit, also hier das Recht, keiner Vereinigung beizutreten und ihr nicht anzugehören.⁸²³ Diese negative Freiheit bezieht sich jedoch nicht auf öffentlich-rechtliche Korporationen, die allgemein von der Vereinigungsfreiheit nicht umfasst sind.⁸²⁴
- 2256** Im Urteil *Young, James und Webster* stellte der EGMR explizit fest, dass die negative Vereinigungsfreiheit auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Text des Art. 11 EMRK geschützt ist.⁸²⁵ In dem Urteil ging es um die Ausübung von Zwang seitens des Arbeitgebers zum Gewerkschaftsbeitritt. Der EGMR sah durch einen Beitrittszwang, der innerhalb eines schon lang bestehenden Arbeitsverhältnisses durch Androhung der Kündigung desselben ausgeübt wird, sogar den Wesensgehalt des Grundrechts berührt. Damit wandte sich der EGMR eindeutig gegen die Auffassung, wonach die negative Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit nicht ge-

⁸¹⁸ ABl. 1968 L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1.

⁸¹⁹ EuGH, Rs. 175/73, Slg. 1974, 917 (924 f., Rn. 7/8 ff.) – Gewerkschaftbund, Massa u. Kortner; auch Rs. 18/74, Slg. 1974, 933 (944, Rn. 10/12) – Allgemeine Gewerkschaft der Europäischen Beamten.

⁸²⁰ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (251, Rn. 86) – Viking.

⁸²¹ Vgl. EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248 f., Rn. 44) – Viking sowie Urt. vom 18.12.2007, Rs. C-341/05, Rn. 91 – Laval; s. dazu auch o. Rn. 475.

⁸²² Vgl. die Kritik bei *Bücker*, NZA 2008, 212 (215).

⁸²³ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 12 Rn. 18.

⁸²⁴ S.o. Rn. 2231.

⁸²⁵ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 52), NJW 1982, 2717 (2717) – *Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich*.

schützt sei. Dies wurde vor allem mit Blick auf die in einigen Ländern bestehende closed-shop-Regelung vertreten.⁸²⁶

Zugleich wird in diesem Zusammenhang aber eingeräumt, dass nicht jedweder Beitrittszwang unvereinbar mit Art. 11 EMRK ist.⁸²⁷ Da die positive Vereinigungsfreiheit auch nicht schrankenlos gewährleistet ist, erscheint dieser Hinweis nicht verwunderlich. 2257

F. Politische Parteien

I. Schutz der Parteien

Gem. Art. 12 Abs. 2 EGRC tragen die politischen Parteien auf der Ebene der Union dazu bei, den Willen der Bürger zum Ausdruck zu bringen. Aus der gesonderten Erwähnung politischer Tätigkeit im Zusammenhang mit der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit und der Aufgabenbeschreibung für die Parteien in Art. 12 EGRC wird deutlich, dass Parteien als besondere Vereinigungen von der Vereinigungsfreiheit geschützt sind. Dies entspricht auch dem Gewährleistungsumfang nach der EMRK.⁸²⁸ Bei Eingriffen wie etwa Parteiverboten ist daher die Rechtsprechung des EGMR heranzuziehen. 2258

Art. 12 Abs. 2 EGRC enthält selbst kein Grundrecht und hat allenfalls geringen rechtlichen Gehalt.⁸²⁹ Man kann in ihm allerdings einen Ansatz zur institutionellen Verankerung politischer Parteien auf europäischer Ebene sehen.⁸³⁰ Im Übrigen bleiben Art. 191 EG/10 Abs. 4 EUV bzw. Art. 224 AEUV Kernstück des Parteienrechts.⁸³¹ 2259

Auf sekundärrechtlicher Ebene umfasst eine Verordnung zumindest einige Bestimmungen zu Parteien auf europäischer Ebene, und dabei insbesondere finanzielle Vorschriften.⁸³² Gem. Art. 3 lit. c) VO (EG) Nr. 2004/2003 muss eine Partei zwar die Grundsätze der Freiheit und der Demokratie, ferner die Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie die Rechtsstaatlichkeit achten, will sie zum Kreis der bei der Parteienfinanzierung anspruchsberechtigten Organisationen gehören. Bisher sind Parteiverbotsregelungen jedoch nicht auf europäischer Ebene zu finden, sondern im jeweiligen nationalen Recht verankert. Aus Art. 6 Abs. 1 EUV kann sich unter Umständen eine Verpflichtung des Mitgliedstaates zum Einschreiten 2260

⁸²⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 51), NJW 1982, 2717 (2717) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich.

⁸²⁷ S. EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 55), NJW 1982, 2717 (2718) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich.

⁸²⁸ Ausführlich Wildhaber, in: FS für Schefold, 2001, S. 257 ff.

⁸²⁹ Streinz, in: ders., Art. 12 GR-Charta Rn 12; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 21.

⁸³⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 21.

⁸³¹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 GRCh Rn. 17.

⁸³² VO (EG) Nr. 2004/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über die Regelungen für die politischen Parteien auf europäischer Ebene und ihrer Finanzierung, ABl. L 297, S. 1; geändert durch VO (EG) Nr. 1524/2007, ABl. 2007 L 343, S. 5; ausführlich hierzu Koch, in: FS für Rengeling, 2008, S. 307 ff.

gegen verfassungsfeindliche Parteien ergeben, die auf europäischer Ebene tätig sind oder werden wollen.⁸³³

II. Fraktionen im Europäischen Parlament

- 2261** Das EuG hat offen gelassen, ob die Vereinigungsfreiheit auch auf Fraktionen im Europäischen Parlament Anwendung findet. Jedenfalls darf diese Freiheit aus berechtigten Gründen Beschränkungen unterworfen werden. Zu diesen Beschränkungen zählen in der Geschäftsordnung des Parlaments festgelegte Regelungen, wonach Fraktionen unter die Anforderung politischer Zusammengehörigkeit gestellt werden.⁸³⁴ Die funktionellen Erfordernisse des Parlaments führen zur Zulässigkeit solcher organisatorischen Regelungen.⁸³⁵
- 2262** Auch wenn man diese Entscheidung vom Ergebnis teilt, so ist sie doch dogmatisch unbefriedigend, da sie offen lässt, ob die Vereinigungsfreiheit überhaupt innerhalb der internen Organisation des Europäischen Parlaments Anwendung findet. Zudem werden tatbestandliche Fragen mit solchen zur Rechtfertigung eines Eingriffs vermengt.⁸³⁶

G. Abgrenzung zu anderen Grundrechten

I. Anknüpfungspunkt der typischen Vereinstätigkeit

- 2263** Handelt es sich bei einem Zusammenschluss um eine Vereinigung, so ist dies allein noch kein hinreichendes Kriterium für die Anwendung des Art. 12 EGRC. Wird eine Vereinigung nämlich wie jedermann im Rechtsverkehr tätig, etwa erwerbswirtschaftlich durch Grundstückskauf und dergleichen, so ist das insofern spezifische Grundrecht und damit die Berufs- bzw. ggf. noch die Eigentumsfreiheit einschlägig. Art. 12 EGRC bezieht sich dagegen auf typische Vereinstätigkeit wie den Außenkontakt und die Mitgliederwerbung.⁸³⁷

II. Abgrenzung zur Versammlungsfreiheit

- 2264** Nach der Dauer und Festigkeit des Zusammenschlusses erfolgt eine Abgrenzung zur Freiheit der Versammlung, welche auch als Augenblicksverband bezeichnet wird.⁸³⁸

⁸³³ Ausführlich *Hatje*, DVBl. 2005, 261 (266 f.).

⁸³⁴ EuG, Rs. T-222 u.a./99, Slg. 2001, II-2823 (2910 f., Rn. 231 ff.) – Martinez u.a./Parlament.

⁸³⁵ Vgl. EuG, Rs. T-222 u.a./99, Slg. 2001, II-2823 (2886 f., Rn. 145 ff.) – Martinez u.a./Parlament. S. bereits o. Rn. 2237 unter dem Blickwinkel des Vereinszwecks.

⁸³⁶ Vgl. Kritik bei *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 750.

⁸³⁷ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 28 Rn. 10.

⁸³⁸ S.o. Rn. 2191.

III. Abgrenzung zu Art. 28 EGRC

Im Rahmen der kollektiven Koalitionsfreiheit ergeben sich Überschneidungen zu Art. 28 EGRC. Dieser enthält detaillierte Bestimmungen zur Tarifautonomie und gewährleistet das Streikrecht. Er ist insoweit die speziellere Norm.⁸³⁹ 2265

H. Beeinträchtigungen

Auch bei der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit ist ein weiterer Eingriffsbegriff zugrunde zu legen. Es kommen daher neben finalen unmittelbaren Eingriffen auch mittelbare Beeinträchtigungen des Grundrechts in Betracht.⁸⁴⁰ 2266

Finale, unmittelbare Eingriffe stellen Vereins- oder Parteiverbote dar, aber auch Zwangsmitgliedschaften in privatrechtlichen Vereinigungen mit Blick auf die negative Vereinigungsfreiheit.⁸⁴¹ Der erzwungene Zusammenschluss zu einem öffentlich-rechtlichen Verband als solcher bildet hingegen mangels Vereinigungsqualität keinen Eingriff. Erforderlich ist jedoch, dass die Bildung freier anderer einschlägiger Vereinigungen möglich bleibt. Anderenfalls läge hierin ein Eingriff in die Vereinigungsfreiheit.⁸⁴² 2267

Die Ablehnung einer Behörde, einer Vereinigung Rechtsfähigkeit zu verleihen, kann ebenfalls einen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit bilden.⁸⁴³ 2268

Mittelbare oder indirekte Beeinträchtigungen liegen vor, wenn an die Ausübung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit Nachteile geknüpft werden. Art. 12 EGRC wird daher beeinträchtigt, wenn die Mitgliedschaft in einer Partei berufliche Nachteile hervorruft. So betrachtete der EGMR im Fall *Vogt* die Entlassung einer Gymnasiallehrerin wegen ihrer Weigerung, sich von der DKP, deren Mitglied sie war, zu distanzieren, als Eingriff.⁸⁴⁴ Mittelbar wird auch eingegriffen, wenn an den Austritt aus einer Gewerkschaft vom Staat negative Folgen geknüpft werden⁸⁴⁵ oder solche Folgen staatlich sanktioniert werden.⁸⁴⁶ 2269

⁸³⁹ S. bereits o. Rn. 2251 ff.

⁸⁴⁰ Vgl. *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 28 Rn. 15.

⁸⁴¹ Vgl. EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 96 ff.), NJW 1999, 3695 (3698 f.) – Chassagnou u.a./Frankreich; Urt. vom 30.6.1993, Nr. 16130/90 (Rn. 36), ÖJZ 1994, 207 (208) – Sigurdur A. Sigurjónsson/Island; ferner *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 28 Rn. 15.

⁸⁴² *Jarass*, § 17 Rn. 27; EGMR, Urt. vom 23.6.1981, Nr. 6878/75 u. 7238/75 (Rn. 65), EuGRZ 1981, 551 (555) – Le Compte, Van Leuven u. De Meyere/Belgien; *Marauhn*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 4 Rn. 73.

⁸⁴³ EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 81), NJW 2008, 495 (497) – Scientology Kirche Moskau/Russland m.w.N.

⁸⁴⁴ S. EGMR, Urt. vom 26.9.1995, Nr. 17851/91 (Rn. 65), NJW 1996, 375 (378) – *Vogt*/Deutschland.

⁸⁴⁵ EGMR, Urt. vom 30.6.1993, Nr. 16130/90 (Rn. 36 f.), ÖJZ 1994, 207 (208) – Sigurdur A. Sigurjónsson/Island.

⁸⁴⁶ EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 54 f.), NJW 1982, 2717 (2717 f.) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich.

J. Rechtfertigung

I. Paralleler Ansatz

- 2270** Die Schrankensystematik liegt parallel zur Versammlungsfreiheit.⁸⁴⁷ Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit bedürfen ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage. Der abschließende Katalog zulässiger Eingriffsziele aus Art. 11 Abs. 2 EMRK kommt auch im Rahmen der Vereinigungsfreiheit zum Tragen. Ebenso wie für die Versammlungsfreiheit enthält Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK einen besonderen Vorbehalt für Bedienstete der Staatsverwaltung, der Streitkräfte und der Polizei bei ihrer Ausübung der Vereinigungsfreiheit.⁸⁴⁸

II. Verhältnismäßigkeit

1. Schwerpunkte der Judikatur

- 2271** Beeinträchtigungen von Art. 12 EGRC unterliegen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Den Mitgliedstaaten ist auch hier – und nicht bereits auf der Ebene des Schutzbereichs – ein Beurteilungsspielraum einzuräumen, der allerdings, insbesondere wenn es um politische Parteien geht, nur beschränkt zugestanden wird. Die strikte gerichtliche Kontrolle bezieht sich sowohl auf das Gesetz als auch auf die hierauf basierenden Entscheidungen.⁸⁴⁹
- 2272** Bei der Verhältnismäßigkeitskontrolle wird der Begriff „notwendig“ vom EGMR als „zwingendes soziales Bedürfnis“ verstanden.⁸⁵⁰ In seiner Rechtsprechung sind Urteile zur Verhältnismäßigkeit von Beeinträchtigungen der Vereinigungsfreiheit insbesondere mit Blick auf die negative Vereinigungsfreiheit, und zwar bezogen auf Gewerkschaften, ergangen. Ferner ist die Rechtsprechung zu Parteiverboten besonders zu beachten.⁸⁵¹

2. Eingriffe in die allgemeine Vereinigungsfreiheit

- 2273** Zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die allgemeine Vereinigungsfreiheit finden sich nur vereinzelt markante Fälle in der Judikatur. Im Fall *Lavis* hielt der EGMR das Verbot der Gründung einer Leihmütterorganisation für gerechtfertigt. Ziel war dabei die Bekämpfung strafbarer Handlungen. Die Leihmutterschaft war zum Zeitpunkt der Entscheidung in Frankreich Gegenstand öffentlicher Diskussion und widersprach allgemeinen strafrechtlichen Regelungen. Explizite gesetzliche Regelungen zur Leihmutterschaft existierten nicht. Eine Registrierung einer

⁸⁴⁷ S.o. Rn. 2199 ff.

⁸⁴⁸ S. daher Rn. 2203 ff.

⁸⁴⁹ Vgl. EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 86 f.), NJW 2008, 495 (497) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

⁸⁵⁰ EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 75), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

⁸⁵¹ S.u. Rn. 2275 ff.

Vereinigung, die sich für die wirtschaftlichen und moralischen Belange von Leihmüttern einsetzt, hätte als rechtliche Anerkennung der Leihmutterschaft ausgelegt werden können. Da der Vereinigung ferner nicht jedwede Aktivität, sondern nur die offizielle Registrierung versagt wurde, war der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt.⁸⁵²

Im Fall *Chassagnou* ging es um die Zulässigkeit der Zwangsmitgliedschaft in einem privaten kommunalen Jagdverband für Besitzer kleinerer Grundstücke innerhalb eines Gebietes. Zwar wird mit dem Anliegen, durch den Zusammenschluss von Grundstücken einen demokratischen Zugang zum Jagdrecht zu ermöglichen, ein legitimes Ziel, nämlich der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, verfolgt. Dessen Bedeutung wurde aber dadurch gemindert, dass das in der französischen Rechtsordnung anerkannte Recht auf Jagd nicht zu den von der EMRK explizit geschützten Rechten gehörte. Zudem lehnten die Beschwerdeführer aus ethischen Gründen die Jagd ab. Eine gesetzliche Verpflichtung, einem Verein beizutreten, der den eigenen Überzeugungen zuwiderläuft und aufgrund des Beitritts sein Grundstück zu Vereinszwecken zur Verfügung zu stellen, geht über das für einen Interessenausgleich Notwendige hinaus und ist damit unverhältnismäßig.⁸⁵³ 2274

3. Eingriffe bei politischen Parteien

a) Enge Konzeption

Bei Eingriffen in die Vereinigungsfreiheit politischer Parteien kommt deren herausgehobene Stellung in einer Demokratie zum Tragen. Es ist einer Demokratie immanent, dass sie auch ihren Kritikern Freiheiten gewährt. Die Grenzen dieser Freiheit sind demnach sensibel auszuloten⁸⁵⁴ und eng auszulegen. Nur „überzeugende und zwingende Gründe“⁸⁵⁵ können eine Einschränkung rechtfertigen. Im Laufe der Zeit hat der EGMR konkrete Vorgaben zur Verhältnismäßigkeit derartiger Eingriffe herausgebildet.⁸⁵⁶ Einschneidende Maßnahmen wie die vollständige Auflösung einer Partei oder das gegen den Vorgesetzten verhängte zeitweilige Verbot der Übernahme ähnlicher Aufgaben sind besonders schwerwiegenden Fällen vorbehalten.⁸⁵⁷ 2275

⁸⁵² EKMR, Entsch. vom 5.6.1991, Nr. 14223/88, DR 70, 229 (237) – Lavis/Frankreich.

⁸⁵³ Vgl. EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 109 ff.), NJW 1999, 3695 (3699 f.) – Chassagnou u.a./Frankreich.

⁸⁵⁴ Instruktiv die Analyse des EGMR-Urteils zur Auflösung der *Refah Partisi* bei Kugelman, EuGRZ 2003, 533 ff.

⁸⁵⁵ EGMR, Urt. vom 13.2.2003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 100), NVwZ 2003, 1489 (1492) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

⁸⁵⁶ Einen näheren Überblick geben Wildhaber, in: FS für Schefold, 2001, S. 257 ff.; Pabel, ZaöRV 2003, 921 ff.; O. Klein, ZRP 2001, 397 ff.

⁸⁵⁷ EGMR, Urt. vom 13.2.2003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 100), NVwZ 2003, 1489 (1492) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

b) Beschränkter Beurteilungsspielraum der nationalen Behörden

- 2276** Bei Eingriffen in die Vereinigungsfreiheit politischer Parteien ist der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten eingegrenzt. Der EGMR behält sich gerade wegen der besonderen Bedeutung der Parteien im politischen System eine strenge Kontrolle der nationalen Entscheidungen vor. Er überprüft die Übereinstimmung des angewandten nationalen Rechts mit den Grundsätzen der EMRK, die Einschätzung der entscheidungserheblichen Fakten ebenso wie die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der konkreten Entscheidung der nationalen Behörden.⁸⁵⁸

c) Rein formale Kriterien nicht ausreichend

- 2277** Im Fall *Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei* wurde vom EGMR klargestellt, dass rein formale Kriterien, wie die Verwendung eines Wortes im Namen einer Partei, keinen zulässigen Rechtfertigungsgrund für eine Parteiauflösung hergeben. So reicht die Verwendung des Wortes „kommunistisch“ noch nicht aus, um auf die Verfolgung verfassungsfeindlicher Ziele zu schließen. Es ist vielmehr der konkrete Nachweis erforderlich, dass die betreffende Partei auch eine Politik befürwortet, welche eine reale Gefahr für die Gesellschaft oder den Staat darstellt.⁸⁵⁹ Eine solche besteht nicht, wenn eine Partei nicht die Herrschaft einer sozialen Klasse über andere anstrebt und keinerlei separatistische Absichten verfolgt, sondern den Willen zu einer friedlichen und demokratischen Koexistenz betont.⁸⁶⁰

d) Inhaltliche Kriterien**aa) Freiheit für politische Gegner vs. Kerngehalt der Demokratie**

- 2278** Eine Partei kann sich sehr wohl für Änderungen der Gesetzgebung oder auch der normativen und verfassungsrechtlichen Strukturen einsetzen, ohne hierfür dem Vorwurf der Verfassungsfeindlichkeit ausgesetzt zu sein. Der offene Dialog zu kontroversen Fragen und schwierigen Problemen gehört vielmehr zum Grundprinzip einer Demokratie. Sogar eine grundlegende Änderung der Rechtsordnung darf politisch angestrebt werden. Allein die Änderung bestehender Strukturen anzustreben, wie etwa durch die Abschaffung der Direktion für religiöse Angelegenheiten, ist daher nicht undemokratisch, solange die Vorschläge nicht die Demokratie selbst unterminieren.⁸⁶¹ Mit den fundamentalen Grundsätzen der Demokratie muss die verfolgte Politik also vereinbar sein.⁸⁶²

⁸⁵⁸ EGMR, Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 46 f.), Rep. 1998-I – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei.

⁸⁵⁹ EGMR, Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 54), Rep. 1998-I – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei.

⁸⁶⁰ Hier zwischen Kurden u. Türken, EGMR, Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 56), Rep. 1998-I – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei.

⁸⁶¹ EGMR, Urt. vom 8.12.1999, Nr. 23885/94 (Rn. 41 ff.), RJD 1999-VIII – ÖZDEP/Türkei.

⁸⁶² S. auch *Pabel*, ZaöRV 2003, 921 (930); *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 11 Rn. 23.

Das auf die Durchsetzung bestimmter Vorstellungen gerichtete Verhalten einer Partei ist einer Demokratie immanent und folglich nicht zu beanstanden, allerdings unter zwei Bedingungen: Zum einen müssen die dazu eingesetzten Mittel rechtmäßig und demokratisch sein. Zum anderen müssen die vorgeschlagenen Änderungen mit demokratischen Grundprinzipien vereinbar sein.⁸⁶³ Der Aufruf an bestimmte Bevölkerungsteile, sich zu organisieren und politische Forderungen zu stellen, trägt aber nicht schon eine Einladung zur Gewaltanwendung oder Verletzung demokratischer Grundsätze in sich.⁸⁶⁴ Anders herum gesagt ist ein Parteiverbot immer dann konventionswidrig, wenn es sich lediglich gegen bestimmte politische Positionen richtet, welche den Kerngehalt einer Demokratie nicht gefährden.⁸⁶⁵ 2279

bb) Prüfungsschema des EGMR

Im Einzelnen prüft der EGMR bei der Auflösung einer politischen Partei, 2280

- ob es plausible Hinweise dafür gibt, dass die Gefahr eines Angriffs auf die Demokratie, falls nachgewiesen, auch unmittelbar bevorstand,
- ob das Verhalten und Äußerungen der Parteiführung und anderer Mitglieder der Partei, die im Rahmen der Entscheidung in Betracht gezogen wurden, der Partei selbst zugerechnet werden können,
- ob die einer Partei zuzurechnenden Reden und Handlungen ein klares Gesamtbild abgeben, wonach die Partei ein Gesellschaftsmodell anstrebt, welches mit dem Grundkonzept einer demokratischen Gesellschaft unvereinbar ist.

Bei dieser Gesamtbetrachtung werden historische Zusammenhänge, in welche die Entscheidung eingebettet ist, ebenfalls berücksichtigt.⁸⁶⁶ 2281

cc) Kerngehalt einer Demokratie

Angesichts der vielgestaltigen Demokratien der EMRK-Staaten liegt es auf der Hand, dass nicht jedes nationale Verfassungsprinzip zu den einer jeden Demokratie zugrunde liegenden Kernprinzipien gehören kann. Die EMRK kann von den Mitgliedstaaten nicht verlangen, ihre Staatsordnung an möglicherweise abweichende Demokratieverständnisse anderer Staaten anzupassen.⁸⁶⁷ 2282

⁸⁶³ EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 98), NVwZ 2003, 1489 (1492) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei; Urt. vom 3.2.2005, Nr. 46626/99 (Rn. 46), RJD 2005-I (extracts) – Partidul Comunistilor/Rumänien; instruktiv zu den Kriterien des EGMR insbes. im Vergleich zur BVerfG-Rechtsprechung *Pabel*, ZaöRV 2003, 921 (930 ff.).

⁸⁶⁴ EGMR, Urt. vom 25.5.1998, Nr. 21237/93 (Rn. 46), Rep. 1998-III – Sozialistische Partei u.a./Türkei.

⁸⁶⁵ Vgl. Bröhmer, in: Grote/Marauhn, Kap. 19 Rn. 98.

⁸⁶⁶ EGMR, Urt. vom 3.2.2005, Nr. 46626/99 (Rn. 48), RJD 2005-I (extracts) – Partidul Comunistilor/Rumänien; Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 104), NVwZ 2003, 1489 (1493) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

⁸⁶⁷ Vgl. *Pabel*, ZaöRV 2003, 921 (931).

- 2283** Dennoch gibt es fundamentale Demokratieprinzipien, gegen die nicht verstoßen werden darf. Als solche nennt der EGMR die Gewaltfreiheit bei der Durchsetzung politischer Ziele. Der Einsatz von oder die Forderung nach Gewalt widerspricht der Demokratie, in der Konflikte durch Dialog zu lösen sind.⁸⁶⁸ Des Weiteren bildet die Meinungsfreiheit ein fundamentales demokratisches Prinzip.⁸⁶⁹ Auch das in Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK statuierte Recht auf freie Wahlen gehört zum Kernbestand einer Demokratie, der nicht politisch angegriffen werden darf.⁸⁷⁰
- 2284** Demokratie ist auch eng verbunden mit dem Prinzip der Nichtdiskriminierung, Chancengleichheit der verschiedenen Gruppen sowie einer entsprechenden Neutralität und Offenheit. So widerspricht die Einführung einer Pluralität rechtlicher Systeme, in der je nach Religionszugehörigkeit verschiedene Rechtssysteme zur Anwendung kommen sollten, dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund einer religiösen Überzeugung ebenso wie dem Gebot, wonach der Staat unparteiisch die Ausübung verschiedener Religionen zu gewährleisten hat.⁸⁷¹
- 2285** Das Ziel der *Refah Partisi*, die Scharia als Rechtsregime einzuführen, widerspricht auch dem fundamentalen Prinzip des Laizismus in der Türkei. Zudem sind die in der Scharia enthaltenen Regeln zur religiösen Gestaltung des Rechtssystems nicht mit den in der EMRK festgelegten Grundsätzen vereinbar. So widerspricht die nicht gleichberechtigte Stellung der Frau in der Gesellschaft bereits den demokratischen Wertvorstellungen der Konvention. Aber auch das vielfältige Eingreifen in verschiedenste Bereiche des privaten und öffentlichen Lebens nach den religiösen Vorschriften der Scharia wurde insgesamt als schwerlich mit dem der EMRK zugrunde liegenden Ideal einer demokratischen Gesellschaft kompatibel bewertet.⁸⁷² Der EGMR-Rechtsprechung sind Ansätze zu entnehmen, dass alle in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten als System der Konvention ebenfalls zu dem als Kernbestand geschützten Ideal einer demokratischen Gesellschaft zu rechnen sind. Der EGMR formuliert dies zwar nicht expressis verbis, er misst jedoch die gegen eine Partei erhobenen Vorwürfe in verschiedenen Zusammenhängen am „System der Konvention“.⁸⁷³ Das kann auf die EGRC übertragen werden, ist sie doch in vielen Teilen der EMRK nachgebildet und in einer eigenen Charta verankert, an deren systemprägender Spitze die Menschenwürde steht.

⁸⁶⁸ EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 97 f.), NVwZ 2003, 1489 (1492) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

⁸⁶⁹ EGMR, Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 45), Rep. 1998-I – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei.

⁸⁷⁰ EGMR, Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 45), Rep. 1998-I – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei unter Bezugnahme auf Urt. vom 2.3.1987, Nr. 9267/81 (Rn. 47), Ser. A 113 – Mathieu-Mohin u. Clerfayt/Belgien.

⁸⁷¹ EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 119), NVwZ 2003, 1489 (1494) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

⁸⁷² Vgl. EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 120 ff.), NVwZ 2003, 1489 (1494 f.) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

⁸⁷³ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 119, 123, 127), NVwZ 2003, 1489 (1494 f.) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei; vgl. auch Pabel, ZaöRV 2003, 921 (930).

e) Der Partei selbst zurechenbares Verhalten von einzelnen Parteimitgliedern

Bei der Beurteilung, ob eine Partei den genannten Voraussetzungen entspricht, darf nicht ausschließlich das Parteiprogramm herangezogen werden. Vielmehr können auch tatsächliche Handlungen einer Partei und Aussagen ihrer Führungspersonen zu einer Einschätzung der politischen Absichten führen, die von den Aussagen im offiziellen Parteistatut abweicht.⁸⁷⁴ **2286**

Der EGMR erinnert insofern an Ereignisse in der Geschichte verschiedener Vertragsstaaten. Es hat in der Vergangenheit Parteien mit Zielen gegeben, die grundlegenden demokratischen Prinzipien zuwiderliefen. Diese Ziele sind jedoch in offiziellen Veröffentlichungen bis zur Machtübernahme nicht zu erkennen gegeben worden. Daher lässt sich nicht ausschließen, dass eine Partei in ihrem Programm andere Absichten verfolgt als die, die sie öffentlich verkündet.⁸⁷⁵ **2287**

Im Fall der *Refah Partisi* entsprachen die zur Verfolgung der politischen Ziele propagierten Mittel nicht den Anforderungen der Rechtmäßigkeit, weil einzelne Mitglieder mehrfach öffentlich den Einsatz von Gewalt als ein mögliches Mittel propagierten.⁸⁷⁶ Der EGMR hob darauf ab, dass die Partei sich nicht rechtzeitig und deutlich von einzelnen Mitgliedern der Partei distanziert hatte, die den Einsatz von Gewalt befürworteten. Die Partei hatte so die Zweideutigkeit über eine mögliche Anwendung von Gewalt nicht aus der Welt geschafft.⁸⁷⁷ **2288**

f) Gesamtbild

Im Fall *Refah Partisi* formte der EGMR weiter ein Gesamtbild, das ausschlaggebend durch Äußerungen der sieben führenden Mitglieder der Partei geprägt wurde.⁸⁷⁸ Der *ÖZDEP* wurde vorgeworfen, den Gedanken eines unterdrückten kurdischen Volkes, welches sich auf das Selbstbestimmungsrecht der Völker berufen dürfe, zu propagieren. Außerdem wolle sie die staatliche Direktion der religiösen Angelegenheiten abschaffen. Hier stellte der EGMR die inhaltlichen Aussagen der Partei in einen Gesamtzusammenhang und konnte kein undemokratisches Gedan- **2289**

⁸⁷⁴ EGMR, Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 58), Rep. 1998-I – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei; Urt. vom 25.5.1998, Nr. 21237/93 (Rn. 48), Rep. 1998-III – Sozialistische Partei u.a./Türkei.

⁸⁷⁵ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 101), NVwZ 2003, 1489 (1492 f.) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei; vgl. Urt. vom 30.1.1998, Nr. 19392/92 (Rn. 58), Rep. 1998-I – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a./Türkei; Urt. vom 3.2.2005, Nr. 46626/99 (Rn. 56), RJD 2005-I (extracts) – Partidul Comunistilor/Rumänien.

⁸⁷⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 129 ff.), NVwZ 2003, 1489 (1495 f.) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

⁸⁷⁷ S. EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 131), NVwZ 2003, 1489 (1495 f.) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei.

⁸⁷⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.2.1003, Nr. 41340 u.a./98 (Rn. 111 ff.), NVwZ 2003, 1489 (1493 ff.) – Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a./Türkei. Zur inhaltlichen Beurteilung o. Rn. 2278 ff.

kengut finden.⁸⁷⁹ Ähnlich entschied der EGMR im Fall der *Sozialistischen Partei*. Sie wurde mit der Begründung verboten, ihre politischen Ziele glichen denjenigen terroristischer Vereinigungen. Die Partei setzte sich ebenfalls für kurdische Belange ein und befürwortete eine kurdisch-türkische Föderation im Innern der Türkei.⁸⁸⁰

g) Fazit

- 2290** Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit der politischen Parteien unterliegen einer strengen Kontrolle durch den EGMR. Die in seiner Rechtsprechung herausgebildeten Kriterien finden auch im Rahmen des Art. 11 EMRK nachgebildeten Art. 12 EGRC Anwendung. Oberste Richtschnur bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Eingriffen ist demnach die inhaltliche Frage, ob die Partei undemokratische Ziele verfolgt oder aber unrechtmäßige Mittel zur Verfolgung ihrer Ziele einsetzt. Abzustellen ist dabei auf das Gesamtbild der Partei, das aus ihrem Programm, aber auch aus dem Verhalten und Äußerungen ihrer Mitglieder entsteht.

4. Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Koalitionsfreiheit

- 2291** In der Vergangenheit haben vor allem Eingriffe in die negative Koalitionsfreiheit den EGMR beschäftigt. Es ging dabei zumeist um Fallgestaltungen, bei denen die staatliche Sanktionierung der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wegen fehlender Gewerkschaftszugehörigkeit den Anknüpfungspunkt bildete.⁸⁸¹
- 2292** Im Leitfall *Young, James und Webster* erlaubte es die Gesetzeslage, Arbeitnehmern, die nicht der Gewerkschaft angehörten, zu kündigen. Zwar soll eine solche closed-shop-Regelung nicht per se unverhältnismäßig sein. In den Zielen, geordnete Tarifvertragsverhandlungen zu fördern, größere tarifvertragliche Stabilität zu erreichen und eine Zersplitterung der Gewerkschaften zu vermeiden, sah der EGMR die Verfolgung der Rechte und Freiheiten anderer gem. Art. 11 Abs. 2 EMRK.⁸⁸²
- 2293** Die eingesetzten Mittel, insbesondere die Tatsache, dass die Regelung nicht nur auf neue Verträge, sondern auch bei bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen zur Anwendung kommen sollte, waren jedoch unverhältnismäßig.⁸⁸³ Da nach langer Betriebszugehörigkeit der Verlust des Arbeitsplatzes hingenommen werden musste, kam der EGMR zu einem offenkundigen Verstoß gegen die negative Vereinigungsfreiheit. Das Gericht sah sogar den Wesensgehalt dieses Rechts angetastet.⁸⁸⁴

⁸⁷⁹ EGMR, Urt. vom 8.12.1999, Nr. 23885/94 (Rn. 41 ff.), RJD 1999-VIII – ÖZDEP/Türkei.

⁸⁸⁰ EGMR, Urt. vom 25.5.1998, Nr. 21237/93 (Rn. 46), Rep. 1998-III – Sozialistische Partei u.a./Türkei; vgl. auch *Wildhaber*, in: FS für Schefold, 2001, S. 257 (261 ff.).

⁸⁸¹ Zur Komponente grundrechtlicher Schutzpflichten in diesem Zusammenhang s.u. Rn. 2296 ff.

⁸⁸² EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 60 f.), NJW 1982, 2717 (2718) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich.

⁸⁸³ S. EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 64 f.), NJW 1982, 2717 (2719) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich.

⁸⁸⁴ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 55), NJW 1982, 2717 (2718) – Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich.

Ließ der EGMR im Fall *Young, James und Webster* noch offen, inwieweit die negative Vereinigungsfreiheit Schutz genießt,⁸⁸⁵ so sah er sie im Fall *Sigurjonsson* im vollen Umfang als geschützt an.⁸⁸⁶ Hierin ging es um einen Taxifahrer, dem die Konzession entzogen wurde, weil er nicht länger Mitglied einer gewerkschaftlichen Autofahrervereinigung sein wollte. Der Gewerkschaftszwang sollte der Erleichterung von Überwachungsaufgaben dienen. Der EGMR sah jedoch eine derartige Zwangsverpflichtung nicht als notwendig an, um diese Überwachungsaufgaben wahrzunehmen. Er kam so zur Unverhältnismäßigkeit des gerügten Eingriffs.⁸⁸⁷ 2294

III. Wesensgehaltsgarantie

Die Wesensgehaltsgarantie ist auch bei Eingriffen in die Vereinigungsfreiheit zu beachten.⁸⁸⁸ Jedenfalls wenn sie angetastet wird, bestehen nach der Rechtsprechung des EGMR Schutzpflichten des Staates.⁸⁸⁹ 2295

K. Schutzpflichten

I. Beitrittszwang billigende Gesetzgebung

Schutzpflichten des Staates ergeben sich insbesondere zur Achtung der negativen Vereinigungsfreiheit. Der EGMR hat sich in verschiedenen Einzelfällen mehrfach mit der Frage beschäftigt, ob Art. 11 EMRK eine staatliche Schutzpflicht auslöst. 2296

Im Fall *Young, James und Webster* sowie im Fall *Sibson* ging es um erhebliche berufliche Nachteile, wenn nicht sogar den Verlust des Arbeitsplatzes nach langjähriger Betriebszugehörigkeit, für die damit aufgrund mangelnder Gewerkschaftszugehörigkeit massiver Zwang ausgeübt wurde. Zwar liegt kein Eingriff durch staatliches Tun vor, jedoch durch die Unterlassung, den Betroffenen die Rechte aus der Vereinigungsfreiheit im innerstaatlichen Recht zuzusichern.⁸⁹⁰ Hierzu gehört auch ein brauchbares Rechtsmittel für das Erleiden von Nachteilen mangels Gewerkschaftszugehörigkeit. Es handelt sich also um einen Eingriff durch das Unterlassen, einer staatlichen Schutzpflicht nachzukommen. 2297

⁸⁸⁵ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 55), NJW 1982, 2717 (2718) – *Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich*.

⁸⁸⁶ EGMR, Urt. vom 30.6.1993, Nr. 16130/90 (Rn. 35), ÖJZ 1994, 207 (208) – *Sigurdur A. Sigurjónsson/Island*; vgl. *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 10.

⁸⁸⁷ EGMR, Urt. vom 30.6.1993, Nr. 16130/90 (Rn. 40 f.), ÖJZ 1994, 207 (209) – *Sigurdur A. Sigurjónsson/Island*.

⁸⁸⁸ Es gilt das o. Gesagte entsprechend, s. Rn. 2217.

⁸⁸⁹ S.u. Rn. 2298.

⁸⁹⁰ Vgl. EGMR, Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 49), EuGRZ 1981, 559 (560) – *Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich*; Urt. vom 20.4.1993, Nr. 14327/88 (Rn. 27), ÖJZ 1994, 35 (35 f.) – *Sibson/Vereinigtes Königreich*.

- 2298** Grundlage für die Annahme einer Schutzpflicht in solchen Fällen ist allerdings, dass die Zwangsausübung der Vereinigungsfreiheit zuwiderläuft. Es ergibt sich folglich eine gestaffelte Eingriffsprüfung, ob eine Handlungspflicht des Staates besteht. Dabei widerspricht nicht jedweder Zwang, einer Gewerkschaft beizutreten, der Vereinigungsfreiheit, aber jedenfalls dann, wenn er ihren Wesensgehalt berührt.⁸⁹¹
- 2299** Im Fall *Sibson* kommt der EGMR nicht zu einer den Wesensgehalt des Art. 11 EMRK berührenden Zwangsausübung und schließt gleichzeitig darauf, dass keine Verletzung stattgefunden habe, so dass eine Handlungspflicht des Staates nicht mehr geprüft wird. Ausschlaggebend für diese Feststellung war, dass sich der Beschwerdeführer auch hätte versetzen lassen können. Die Arbeit an einem anderen Ort wäre ohne den Beitritt zur Gewerkschaft möglich gewesen.⁸⁹² Indes beinhaltet die Berufsfreiheit gerade auch die freie Ortswahl.⁸⁹³ Zudem können sich gravierende Rückwirkungen auf das Familienleben ergeben. Damit wird der Arbeitnehmer elementar in seinem Umfeld betroffen, was sich auch entsprechend auf seine negative Vereinigungsfreiheit auswirkt.
- 2300** Im Fall *Young, James und Webster* war demgegenüber ohnehin keine Alternative für die Arbeitnehmer gegeben, um ohne Gewerkschaftsbeitritt einen Arbeitsplatz zu halten. Im Anschluss daran wurde geprüft, ob die staatliche Sanktionierung der Zwangsausübung durch den Arbeitgeber gerechtfertigt war. Letztlich verschwimmt insofern der Anknüpfungspunkt. Ist zunächst darauf abgestellt worden, dass der Staat durch entsprechende Gestaltung seiner Gesetzgebung einer etwaigen Schutzpflicht nachzukommen habe, wird hier die bestehende Rechtslage, die die Zwangsausübung des Arbeitsgebers zum Gewerkschaftsbeitritt als gerechtfertigt ansah, zugrunde gelegt. Konsequenterweise hätte hier weiterhin das Unterlassen des Staates Kern der Prüfung sein müssen.
- 2301** Zu kritisieren ist auch, dass der EGMR in beiden Fällen offenbar erst bei Antastung des Wesensgehalts zur Verletzung der Vereinigungsfreiheit gelangt, die eine staatliche Schutzpflicht auszulösen vermag. Ungeklärt bleibt aber die Frage, wann der ausgeübte Zwang von genügender Intensität ist, um ein Einschreiten des Staates erforderlich werden zu lassen. Es wird nur eine äußerste Grenze aufgezeigt, bei deren Überschreiten jedenfalls staatlicherseits gehandelt werden muss.

II. Zwangsausübung durch Boykott

- 2302** Scheinbar weiter ist die Konzeption des EGMR in der Rechtssache *Gustafsson* zur Zwangsausübung durch Boykott. Es können zusätzlich zur Abwehrkomponente der Vereinigungsfreiheit auch positive Verpflichtungen des Staates bestehen, die wirksame Ausübung der Rechte aus Art. 11 EMRK sicherzustellen. Unter gewis-

⁸⁹¹ EGMR, Urt. vom 20.4.1993, Nr. 14327/88 (Rn. 29), ÖJZ 1994, 35 (36) – *Sibson/Vereinigtes Königreich*; vgl. Urt. vom 13.8.1981, Nr. 7601/76 u. 7806/77 (Rn. 55), NJW 1982, 2717 (2718) – *Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich*.

⁸⁹² EGMR, Urt. vom 20.4.1993, Nr. 14327/88 (Rn. 29 f.), ÖJZ 1994, 35 (36) – *Sibson/Vereinigtes Königreich*.

⁸⁹³ S.u. Rn. 2551.

sen Umständen können Behörden verpflichtet sein, angemessene und zweckmäßige Maßnahmen zu treffen, um die Ausübung des Rechts auf eine negative Vereinigungsfreiheit zu sichern. Dem Vertragsstaat sollte dabei ein weiter Ermessensspielraum bei der Wahl der anzuwendenden Mittel zukommen.⁸⁹⁴

Allerdings kam der EGMR im Fall *Gustafsson* nicht zu einer signifikanten Beeinträchtigung der Vereinigungsfreiheit. Ein Restaurantbesitzer wurde wegen fehlender Zugehörigkeit zu einer Arbeitgebervereinigung, mit der Kollektivvereinbarungen bestanden, von der entsprechenden Vereinigung der Restaurantangestellten boykottiert. Dadurch war die Versorgung seines Betriebs blockiert. Dieser Zwang war jedoch nach Ansicht des EGMR nicht ausreichend, um eine staatliche Schutzpflicht anzunehmen. Alternativ zum Gewerkschaftsbeitritt hätte der Beschwerdeführer auch ein Zusatzabkommen zwecks Anwendung des Kollektivvertrages abschließen können. Nach dem EGMR garantiert Art. 11 EMRK kein Recht, nicht von einem Kollektivvertrag erfasst zu werden. Die massive wirtschaftliche Folge des Boykotts war nicht ausschlaggebend, um den Staat zu positivem Handeln zu verpflichten.⁸⁹⁵ Demgegenüber sind die abwehrrechtlichen Maßstäbe bei Boykottmaßnahmen durch an die Grundfreiheiten gebundenen Gewerkschaften wesentlich schärfer.⁸⁹⁶ Die kollektive Machtposition, die bei den Gewerkschaften zur Bindung an Grundfreiheiten führt,⁸⁹⁷ ist auch bei der hier Zwang ausübenden Arbeitgebervereinigung festzustellen. Daher müsste der Schutz parallel gewährleistet sein, sollen doch Grundfreiheiten und Grundrechte einen gleichmäßigen Standard gewährleisten.⁸⁹⁸ Sofern nur das Ergebnis parallel liegt, ist es weniger entscheidend, ob die Grundrechte auch private Vereinigungen mit kollektiver Macht verpflichten, was indes Art. 51 EGRC nicht vorsieht,⁸⁹⁹ oder aber staatliche Schutzpflichten eingreifen. Diese müssen dann aber früher einsetzten als nach den Maßstäben des EGMR, wie dies etwa zum Schutz des Persönlichkeitsrechts vor der Presse der Fall ist.⁹⁰⁰

2303

III. Positive Anreize zum Verzicht auf gewerkschaftliche Rechte

Vergleichsweise einfach befürwortete der EGMR in einer neueren Entscheidung eine staatliche Schutzpflicht zur Sicherstellung der Rechte aus Art. 11 EMRK. Der Staat ermöglichte im Fall *Wilson* durch seine Gesetzgebung, dass Arbeitgeber finanzielle Anreize zum Verzicht auf gewerkschaftliche Rechte gaben. So ließ die Rechtslage in Großbritannien es zu, dass Arbeitgeber denjenigen Mitarbeitern, die sich in die Beendigung kollektivvertraglicher Vereinbarungen fügten, wesentliche

2304

⁸⁹⁴ EGMR, Urt. vom 25.4.1996, Nr. 15573/89 (Rn. 45), ÖJZ 1996, 869 (870) – *Gustafsson/Schweden*.

⁸⁹⁵ EGMR, Urt. vom 25.4.1996, Nr. 15573/89 (Rn. 52), ÖJZ 1996, 869 (871) – *Gustafsson/Schweden*.

⁸⁹⁶ S.o. Rn. 475 unter Bezug auf die Urteile *Viking* und *Laval*.

⁸⁹⁷ S.o. Rn. 475.

⁸⁹⁸ S.o. Rn. 630 ff.

⁸⁹⁹ S.o. Rn. 279 ff.

⁹⁰⁰ S.o. Rn. 1267.

Lohnerhöhungen anboten. Der EGMR erblickte hierin eine Verletzung der Rechte aus Art. 11 EMRK sowohl gegenüber den Gewerkschaften als auch mit Blick auf den einzelnen Arbeitnehmer. Der Staat habe unter Verletzung des Art. 11 EMRK seiner Schutzpflicht, die Rechte aus dieser Vorschrift sicherzustellen, nicht entsprochen.⁹⁰¹ Zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im eigentlichen Sinne kam es daher nicht mehr.

L. Organisationsrechtlicher Rahmen

I. Anerkennung von Zusammenschlüssen in der Rechtsordnung

- 2305** Aus dem Schutz der Vereinigungsfreiheit folgt zudem die Verpflichtung, in der Rechtsordnung Möglichkeiten zum Zusammenschluss vorzusehen.⁹⁰² Ohne einen adäquaten rechtlichen Rahmen könnte die Vereinigungsfreiheit nicht effektiv ausgeübt werden. Das belegt auch die Judikatur des EGMR zu religiösen Vereinigungen.⁹⁰³ Eine Vereinigung kann sich einen derartigen Rahmen nicht selbst geben. Die Grundstrukturen, wie etwa die Rechtspersönlichkeit des Zusammenschlusses und Haftungsregelungen, sind vorzugeben, um eine Vereinstätigkeit zu gewährleisten, die nicht durch formale rechtliche Schwierigkeiten behindert wird.⁹⁰⁴
- 2306** Insbesondere den Wirtschaftsteilnehmern müssen verschiedene Rechtsformen zur Verfügung stehen, um die für ihre Bedürfnisse passende finden zu können. Daher kann sich der Staat nicht auf eine Gesellschaftsform beschränken, sondern muss verschiedene Rechtsformen zur Verfügung stellen.⁹⁰⁵ Die Errichtung einer bestimmten Gesellschaftsform kann aus Art. 12 EGRC aber nicht verlangt werden.⁹⁰⁶ Der Staat hat dabei einen weiten Handlungsspielraum.
- 2307** Eine weiter gehende Verpflichtung kann Art. 12 EGRC allerdings nicht entnommen werden. Insbesondere ist aus dem Schutz der Vereinigungsfreiheit nicht abzuleiten, dass der Staat sich auch an der Finanzierung einer Vereinigung beteiligen müsste.⁹⁰⁷ Auch gewährleistet Art. 12 EGRC kein Recht auf Verbandsklage eines Vereins.⁹⁰⁸

⁹⁰¹ EGMR, Urt. vom 2.7.2002, Nr. 30668/96 u.a. (Rn. 47 f.), ÖJZ 2003, 729 (731) – Willson u.a./Vereinigtes Königreich.

⁹⁰² Frowein/Peukert, Art. 11 Rn. 6; Tomuschat, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European system for the protection of human rights*, 1993, S. 493 (506); Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 20.

⁹⁰³ S. EGMR, Urt. vom 5.4.2007, Nr. 18147/02 (Rn. 73), NJW 2008, 495 (496) – Scientology Kirche Moskau/Russland.

⁹⁰⁴ S. Tomuschat, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European system for the protection of human rights*, 1993, S. 493 ff.

⁹⁰⁵ Ausführlich zur wirtschaftlichen Vereinigungsfreiheit Marauhn, *RabelsZ* 1999, 538 (554) m.w.N.

⁹⁰⁶ Vgl. Marauhn, *RabelsZ* 1999, 538 (555); Jarass, § 17 Rn. 31.

⁹⁰⁷ Tomuschat, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European system for the protection of human rights*, 1993, S. 493 (507).

⁹⁰⁸ Vgl. Frowein/Peukert, Art. 11 Rn. 6; EKMR, Entsch. vom 14.7.1981, Nr. 9234/81, DR 26, 270 (271) – X./Deutschland.

II. Institutionelle Verankerung der Parteien

Art. 12 Abs. 2 EGRC kann mit seiner Beschreibung der Aufgaben politischer Parteien schließlich ein Ansatz zur institutionellen Verankerung der Parteien auf europäischer Ebene entnommen werden.⁹⁰⁹ Eine bestimmte Finanzierung ist damit aber nicht vorgegeben. Dazu sind die Vorgaben zu vage. Den Willen der Bürger auszudrücken ist nicht gleichzusetzen mit einer staatlichen Unterstützung dafür. Wenn sich aber Bürger etwa durch Spenden engagieren, können daran jedenfalls keine negativen Folgen geknüpft werden. **2308**

M. Prüfungsschema zur Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit aus Art. 12 EGRC

1. Schutzbereich **2309**

- a) **Vereinigung: verfestigter freiwilliger Zusammenschluss mehrerer zu gemeinsamem Zweck; notwendiger organisationsrechtlicher Rahmen**
- b) **v.a. individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit, unmittelbare Drittwirkung höchstens durch Grundfreiheiten bei kollektiver Macht**
- c) **Beitrittsfreiheit**
- d) **politische Parteien ohne eigenes Grundrecht**

2. Beeinträchtigung

- a) **Zwangsmitgliedschaft, außer in öffentlich-rechtlicher Vereinigung**
- b) **kein Schutz vor privatem Beitrittszwang mit drohendem Arbeitsplatzverlust**

3. Rechtfertigung

- a) **Beitrittszwang: grundsätzlich rechtfertigungsfähig**
- b) **Parteienverbote: Gesamtsicht; nur bei Antastung demokratischer Kerngehalte**

§ 6 Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

A. Rückbezug auf die Gedanken- und Meinungsäußerungsfreiheit

I. Genese

Das Recht auf Freiheit der Kunst und der Wissenschaft leitet sich nach den Erläuterungen zur EGRC in erster Linie aus der Gedankenfreiheit und der Freiheit der **2310**

⁹⁰⁹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 12 Rn. 21.

Meinungsäußerung ab.⁹¹⁰ Damit steht dieses Grundrecht im engen Kontext zu den vorhergehenden Gewährleistungen nach Art. 10 und Art. 11 EGRC, nicht hingegen zum nachfolgenden Recht auf Bildung nach Art. 14 EGRC. Zwar war die Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre in einem der ersten Grundrechtsentwürfe vom Präsidium dem Recht auf Bildung angegliedert worden,⁹¹¹ bestehe doch die „Freiheit der Lehre“ weitestgehend in der Freiheit, Lehranstalten zu gründen und Lehrinhalte zu bestimmen.⁹¹² Der Grundsatz der akademischen Freiheit wurde aber später fallen gelassen, enthalte doch die Charta die Meinungsäußerungsfreiheit.⁹¹³

- 2311** Die Freiheit der Kunst, Wissenschaft und Forschung wurde hingegen mit der Freiheit der Meinungsäußerung verbunden.⁹¹⁴ Damit war die Brücke zur Rechtsprechung des EGMR geschlagen, der die Freiheit der Kunst aus der Freiheit der Meinungsäußerung gewinnt.⁹¹⁵ Zudem verwies das Präsidium des Grundrechtekonvents auf die zahlreichen nationalen Gewährleistungen der Freiheit der Kunst, Wissenschaft und Forschung.⁹¹⁶ Diese enthalten die Gewährleistungen vielfach in einer eigenen Bestimmung, so Art. 5 Abs. 3 GG, aber auch etwa § 38 der Verfassung Estlands, Art. 16 Abs. 1 der Verfassung Griechenlands, Art. 33 S. 1 der Verfassung Italiens, Art. 73 der Verfassung Polens, Art. 59 der Verfassung Sloweniens und Art. 70 G Abs. 1 der Verfassung Ungarns.⁹¹⁷ Teilweise sind die Freiheit der Wissenschaften und der Kunst auch in verschiedenen Grundrechten gewährleistet, so in Art. 17 Abs. 1 sowie Art. 17a des Österreichischen Staatsgrundgesetzes. Zumeist aber erfolgt eine gemeinsame Garantie, so auch in Art. 20 Abs. 1 lit. b) der spanischen Verfassung und Art. 42 der portugiesischen.⁹¹⁸
- 2312** Auch im Laufe der Beratungen des Grundrechtekonvents wurde gefordert, die Kunst-, Wissenschafts- und Forschungsfreiheit als selbstständiges Grundrecht zu fassen.⁹¹⁹ Als in einem späteren Entwurf dieses Grundrecht gar nicht mehr enthalten war,⁹²⁰ wurde mit Blick auf die große Verbreitung in den nationalen Verfassungen die Wiederaufnahme gefordert. Ebenso wurde auf Art. 15 des IPwskR⁹²¹ verwiesen.⁹²²
- 2313** Der Bezug zum Recht auf Bildung trat dabei kaum hervor; nur vereinzelt war eine Zuordnung zu diesem Recht gefordert worden.⁹²³ Bei dieser Wiederaufnahme

⁹¹⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁹¹¹ Art. 12 Abs. 4 CHARTE 4137/00 CONVENT 8.

⁹¹² Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 7.

⁹¹³ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 7.

⁹¹⁴ Art. 15 Abs. 2 CHARTE 4149/00 CONVENT 13.

⁹¹⁵ Näher u. Rn. 2319.

⁹¹⁶ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 7.

⁹¹⁷ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 2.

⁹¹⁸ Im Einzelnen Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 26 Rn. 20 ff.

⁹¹⁹ In der 5. Sitzung des Grundrechtekonvents am 20./21.3.2000, Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 189.

⁹²⁰ CHARTE 4284/00 CONVENT 28.

⁹²¹ BGBl. II 1973 S. 1570.

⁹²² Dazu sogleich u. Rn. 2314 ff.

⁹²³ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 9 f.

wurde sogar zunächst nur die Freiheit der Forschung genannt.⁹²⁴ Jedoch wurden die anderen Elemente auf entsprechende Forderungen hin ergänzt. Dabei wurde bewusst für die akademische Freiheit ein Eingriffsvorbehalt bejaht und eine abgeschwächtere Formulierung („wird geachtet“) gewählt.⁹²⁵

II. Vorläufer

1. Art. 15 IPwskR

Ein Grund für die Aufnahme der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit in einem einzigen, aber zugleich eigenständigen Grundrecht war auch Art. 15 des IPwskR.⁹²⁶ Nach dessen Abs. 1 erkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden an, **2314**

- am kulturellen Leben teilzunehmen;
- an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung teilzuhaben;
- den Schutz der geistigen und materiellen Interessen zu genießen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.

Damit geht es eher um Partizipation und Schutz von Urheberbelangen als um eine umfassende Garantie von Wissenschaft und Kunst. Letztere kann auch der Teilnahme am kulturellen Leben nicht notwendig entnommen werden.⁹²⁷ **2315**

Vom Grundansatz ist der IPwskR ohnehin nicht mit subjektiv einforderbaren Menschenrechten versehen; vielmehr handelt es sich nach Art. 2 Abs. 1 um eine Verpflichtung von Vertragsstaaten, die die anerkannten Rechte „unter Ausschöpfung aller ... Möglichkeiten ... nach und nach“ voll zu verwirklichen haben. Bezogen auf Art. 15 Abs. 1 IPwskR sieht Art. 15 Abs. 2 IPwskR „die zur Erhaltung, Entwicklung und Verbreitung von Wissenschaft und Kultur erforderlichen Maßnahmen“ vor. **2316**

Art. 15 Abs. 3 IPwskR verpflichtet die Vertragsstaaten zwar konkreter, „die zur wissenschaftlichen Forschung und schöpferischer Tätigkeit unerlässliche Freiheit zu achten“. Damit wird aber kein Freiraum als solcher gewährleistet, wie dies nach Art. 13 EGRC erfolgt. Darin wurde die Formulierung „wird geachtet“ gerade dazu benutzt, um die akademische Freiheit schwächer auszugestalten. Zudem greift insoweit Art. 2 Abs. 1 S. 1 IPwskR. Ein Menschenrecht der Forschungsfreiheit fehlt daher. Die Freiheit der Lehre wird nicht erwähnt, die Kunstfreiheit von Art. 15 Abs. 3 IPwskR ebenfalls nicht umfasst.⁹²⁸ **2317**

⁹²⁴ Im ersten Entwurf eines vollständigen Textes der Charta CHARTE 4422/00 CONVENT 45.

⁹²⁵ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 11; näher *ders./Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 362 ff.

⁹²⁶ S.o. Rn. 2312; zum IPwskR: BGBl. II 1973 S. 1570.

⁹²⁷ Einen „vagen Ansatz“ sieht darin Seidel, Handbuch der Grund- und Menschenrechte auf staatlicher, europäischer und universeller Ebene, 1996, S. 138.

⁹²⁸ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 3.

2. Art. 19 Abs. 2 IPbpr

2318 Nach Art. 19 Abs. 2 IPbpr⁹²⁹ hat jedermann das Recht auf freie Meinungsäußerung unter ausdrücklichem Einschluss, „ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben“. Damit wird die Kunstfreiheit als Bestandteil der freien Meinungsäußerung genannt. Indes ist die Freiheit der Kunst jedenfalls als eigene Gestaltungsfreiheit nicht fest umfasst,⁹³⁰ sondern es geht nur um die Beschaffung, den Empfang und die Weitergabe von Kunstwerken.⁹³¹ Das gilt auch im Hinblick auf die Wissenschaft, sofern man diese unter „andere Mittel eigener Wahl“ fassen will. Sie ist ohnehin nicht eigenständig genannt und kann daher auch nicht als selbstständiges Recht gewährleistet sein.

III. Ableitung aus Art. 10 EMRK

2319 Der EGMR leitete aus dem Recht der freien Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK die Freiheit der künstlerischen Äußerung ab. Er bezog sich dabei insbesondere auf die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Ideen und folgerte daraus, Kunstwerke schaffen, interpretieren, verbreiten oder ausstellen zu können. Dadurch wird auch ein für die demokratische Gesellschaft wesentlicher Austausch von Ideen und Informationen gesichert.⁹³² So werden die Elemente herausgehoben, die auch sonst bei dem Recht der freien Meinungsäußerung wie dem der Religionsfreiheit im Vordergrund stehen. Daraus erklärt sich auch, dass Einschränkungen erfolgen können, um religiöse Überzeugungen anderer zu schützen.⁹³³ Der ebenfalls bemühte Schutz der Moral⁹³⁴ ist explizit in Art. 10 Abs. 2 EMRK benannt. Damit hat der EGMR das Recht auf Freiheit der künstlerischen Äußerung genauso behandelt wie das Recht der freien Meinungsäußerung. Die Erläuterungen zur EGRC verweisen daher auch explizit auf die in Art. 10 EMRK gestatteten Einschränkungen.⁹³⁵

⁹²⁹ BGBl. II 1973 S. 1534.

⁹³⁰ Die Ableitung eines eigenständigen Menschenrechts der Kunstfreiheit als zweifelhaft ansehend *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 13 Rn. 3 im Anschluss an *Seidel*, Handbuch der Grund- und Menschenrechte auf staatlicher, europäischer und universeller Ebene, 1996, S. 138.

⁹³¹ Anders *Haratsch*, in: Heselhaus/Nowak, § 25 Rn. 4, der auch die Freiheit der Kunst umfasst ansieht. Zu einem möglichen Ansatz u. Rn. 2329.

⁹³² S. grundlegend EGMR, Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 33), NJW 1989, 379 (380) – Müller u.a./Schweiz; später Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 52), ÖJZ 1997, 714 (716) – Wingrove/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 8.7.1999, Nr. 23168/94 (Rn. 49), RJD 1999-IV – Karataş/Türkei.

⁹³³ S. EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 49), ÖJZ 1995, 154 (156 f.) – Otto-Preminger-Institut/Österreich.

⁹³⁴ S. EGMR, Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 35), NJW 1989, 379 (380) – Müller u.a./Schweiz.

⁹³⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

Art. 10 EMRK lässt sich die Kunstfreiheit als kreativer Vorgang deshalb eher 2320 entnehmen als Art. 19 Abs. 2 IPbpr,⁹³⁶ weil die Mitteilung auch von Ideen ausdrücklich umfasst ist, während Art. 19 IPbpr nur die Weitergabe auch von Kunstwerken nennt. Damit kann es sich auch um die Weitergabe von fremden Kunstwerken handeln, um damit Informationen zu verbreiten. Das eigene Wirken und das Schöpfen und Ausdrücken eigener Ideen ist hingegen höchstens aus Art. 10 Abs. 1 EMRK abzuleiten. Jedoch auch insoweit bleibt der nicht eindeutige Wortlaut, der sich ebenfalls nur auf die Mitteilung von fremden Ideen beziehen kann, wenngleich dies bei Ideen nicht nahe liegt, und die Entwicklung der eigenen Ideen nur voraussetzt, nicht aber eigens absichert.

Soweit die Forschung im Gewinnen und Verbreiten von Ideen besteht bzw. 2321 auch die Mitteilung von Nachrichten umfasst, finden sich diese Elemente ebenfalls in Art. 10 Abs. 1 EMRK explizit genannt.⁹³⁷ Über diesen kommunikativen Gehalt hinaus werden aber Forschung und Lehre nicht umfassend geschützt.⁹³⁸

IV. Bisheriges europäisches Primärrecht

Die Rechtsprechung des EuGH enthält bislang weder ein Grundrecht der Kunstfreiheit noch ein solches der Wissenschaftsfreiheit.⁹³⁹ So prüfte der EuGH trotz 2322 Gelegenheit dazu⁹⁴⁰ im Urteil *Kley* nicht den Konflikt zwischen der Organisationsfreiheit eines staatlichen Forschungsträgers und der Freiheit eines Forschers, der nicht zur Übernahme von Aufgaben im Zusammenhang mit einem Kernreaktor bereit war.⁹⁴¹ Der EuGH hob lediglich auf beamtenrechtliche Erwägungen ab.⁹⁴²

Diese die Wissenschaftsfreiheit ausklammernde Linie hielt der EuGH bis in 2323 jüngere Zeit aufrecht. Bei der Frage, inwieweit Hochschulen für die drittmittelfinanzierte Forschungstätigkeit umsatzsteuerpflichtig sind, untersuchte er nur die entsprechende Richtlinie näher auf die Wissenschaftsfreiheit. Ausschlaggebend war, ob auch drittmittelfinanzierte Forschungstätigkeit in unmittelbarem Zusammenhang mit der Lehre steht und daher eine eng mit dem Hochschulunterricht verbundene Dienstleistung darstellt, die von der Umsatzsteuerpflicht ausgenommen ist.⁹⁴³

⁹³⁶ BGBl. II 1973 S. 1534.

⁹³⁷ S. EGMR, Urt. vom 25.8.1998, Nr. 25181/94 (Rn. 31), ÖJZ 1999, 614 (615) – Hertel/Schweiz; ohne Bezug darauf allerdings *Wagner*, DÖV 1999, 129 (133).

⁹³⁸ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 26 Rn. 9 m.w.N.

⁹³⁹ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 13 Rn. 5.

⁹⁴⁰ S. *GA Trabucchi*, EuGH, Rs. 35/72, Slg. 1973, 679 (702) – *Kley*, der die Freiheit der Wissenschaft ausdrücklich benannte, aber die Organisationsfreiheit des Forschungsträgers nicht in Frage stellte.

⁹⁴¹ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 26 Rn. 57.

⁹⁴² S. EuGH, Rs. 35/72, Slg. 1973, 679 (690, Rn. 25/27 ff.) – *Kley*; ebenso Rs. 53/72, Slg. 1974, 791 (802 ff., Rn. 2 ff.) – Guillot, wo es um die Fortsetzung und Anerkennung von Forschungen ging, von denen der Vorgesetzte behauptete, die ermittelten Ergebnisse beruhten auf Irrtümern.

⁹⁴³ S. das Vorbringen Deutschlands, EuGH, Rs. C-287/00, Slg. 2002, I-5811 (5837 f., Rn. 35 ff.) – Kommission/Deutschland. Nicht aufgegriffen in der Würdigung des *GA*

B. Kunst

I. Schöpferischer Prozess

- 2324** Die Kunst wird nicht näher definiert. Einen gewissen Anhalt gibt der enge Bezug zur Gedanken- und Meinungsäußerungsfreiheit, wie er in den Erläuterungen zutage tritt.⁹⁴⁴ Damit müssen die Gedanken, die zu einem Kunstwerk führen, frei gefasst werden können. Zudem darf im Rahmen des Kunstwerkes alles das dargestellt werden, was auf diesen Gedanken beruht. Dieses Konstrukt muss dann auch weiter verbreitet werden können, wie es der Meinungsäußerungsfreiheit entspricht und in Art. 10 Abs. 1 EMRK zum Ausdruck kommt.
- 2325** Kern und Ausgangspunkt der Kunstfreiheit ist also zunächst die freie schöpferische Leistung. Das entspricht dem Bezug in den Erläuterungen zur EGRC, wonach die Ausübung der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit unter Wahrung von Art. 1 EGRC erfolgt.⁹⁴⁵ Damit bildet auch die Kunstfreiheit eine Form, wie der Einzelne sich in seiner Individualität entfaltet.
- 2326** Deshalb kommt es nicht darauf an, dass bereits bekannte Formen wie Malerei, Musik, Bildhauerei oder Literatur bzw. herkömmliche Inhalte wie Portraitmalerei oder Belletristik benutzt werden, sondern solche Ausdrucksmöglichkeiten können auch frei erdacht werden.⁹⁴⁶ Der Kunstbegriff ist also offen.
- 2327** Es muss sich nur um das Ergebnis eines schöpferischen Prozesses handeln. Dieser darf gerade nicht ausschließlich in konventionellen Bahnen verlaufen. Vielmehr ist kennzeichnend für eine künstlerischen Äußerung, „dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehaltes möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiter reichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich praktisch eine unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“.⁹⁴⁷ Es geht also nicht nur um die Weitergabe objektiver Tatsachen, sondern um den Ausdruck subjektiver Gestaltung. Es sollen „Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden“.⁹⁴⁸

II. Darbieten und Verbreiten

- 2328** Damit geht es nicht nur um persönliche Entfaltung im Stillen, sondern um das Transportieren der persönlichen Kreativität nach draußen. Zum „Werkbereich“ der künstlerischen Schöpfung gehört daher untrennbar die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks und damit der „Wirkbereich“. Lediglich so kann die Kunst-

Jacobs, Rs. C-287/00, Slg. 2002, I-5811 (5838 ff., Rn. 38 ff.) – Kommission/Deutschland.

⁹⁴⁴ S.o. Rn. 2311.

⁹⁴⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁹⁴⁶ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 11.

⁹⁴⁷ So für Art. 5 Abs. 3 GG BVerfGE 67, 213 (227) – Anachronistischer Zug.

⁹⁴⁸ BVerfGE 30, 173 (188 f.) zu Art. 5 Abs 3 GG; auf Art. 13 EGRC übertragend *Haratsch*, in: Heselhaus/Nowak, § 25 Rn. 11; *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 11.

freiheit ihre volle Wirksamkeit entfalten.⁹⁴⁹ Nicht nur die Schaffung eines Kunstwerkes ist also umfasst, sondern auch dessen Mitteilung, wie sich auch Art. 10 Abs. 1 EMRK entnehmen lässt, worauf die Erläuterungen ebenfalls verweisen.⁹⁵⁰

Dieses Darbieten und Verbreiten des Kunstwerkes lässt zudem erst den Künstler die von ihm erzeugten Effekte erkennen und wirkt so wiederum auf die Schaffenskraft und das schöpferische Arbeiten des Künstlers zurück. Damit beeinflusst der Wirkbereich den Werkbereich. Beide Bereiche sind also untrennbar verbunden. Darin liegt auch ein Ansatz, schon aus der geschützten Weitergabe von Kunstwerken nach Art. 19 Abs. 2 IPbpr⁹⁵¹ zu folgern, dass darin die Schaffung von Kunstwerken mit enthalten ist.

2329

III. Rahmenbedingungen

Durch Art. 13 EGRC wird jedenfalls die Kunstfreiheit umfassend geschützt, und zwar von der Idee über die Schaffung bis hin zur Präsentation nach außen. Damit dies nach freien, individuellen Vorstellungen erfolgen kann, müssen auch die Rahmenbedingungen gewährleistet sein. Das schließt insbesondere Vorbereitungshandlungen wie den Erwerb von Material mit ein.⁹⁵² In der Phase der Verbreitung ist der Künstler auf Multiplikatoren und Mittler angewiesen, so Galeristen und insbesondere Verleger.⁹⁵³

2330

Wer im Einzelnen das Kunstwerk verbreitet, ist der Entscheidung des Künstlers überlassen. Daher bestehen auch nicht insoweit festgefügte Personengruppen. Vielmehr obliegt es der Kreativität des Künstlers, neue und ggf. unkonventionelle Verbreitungswege zu finden.

2331

Um die Basis dafür zu haben, gehören auch die wirtschaftlichen Voraussetzungen zur Kunstfreiheit. Das bedeutet allerdings umgekehrt nicht, dass der Staat jedem Künstler eine bestimmte Summe zur Verfügung stellen muss, damit der Künstler sein Werk nach eigenen Vorstellungen adäquat verbreiten kann. Es handelt sich um ein Freiheitsrecht und kein Leistungsrecht. So formuliert Art. 13 S. 1 EGRC in aller Deutlichkeit: „Kunst und Forschung sind frei“. Auch der Bezugspunkt zur Menschenwürde legt eine Beschränkung auf die eigene Gestaltung als Ausdruck der persönlichen Anlagen nahe, statt für deren Verwirklichung staatliche Leistungen als unabdingbar anzusehen. Es geht um eine Achtung der künstlerischen Entfaltung des Menschen, nicht um ihre staatliche Finanzierung.

2332

Art. 13 EGRC zielt also auf Freiheit vom Staat. Dieser darf daher auch nicht künstlerische Meinungen und Ausdrucksinhalte werten. Den Inhalt bestimmt ausschließlich der Künstler, ohne dass hier der Staat seine Vorstellungen durchsetzen kann. Selbst provokante Darstellungen hat der Staat hinzunehmen, so durch Fil-

2333

⁹⁴⁹ So jüngst wiederum für Art. 5 Abs. 3 GG BVerfG, NJW 2008, 39 (40) – Esra.

⁹⁵⁰ S.o. Rn. 2310.

⁹⁵¹ BGBl. II 1973 S. 1534.

⁹⁵² Haratsch, in: Heselhaus/Nowak, § 25 Rn. 9.

⁹⁵³ Bereits BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto für Art. 5 Abs. 3 GG; insoweit a.A. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 47. Wie hier für Art. 13 EGRC Haratsch, in: Heselhaus/Nowak, § 25 Rn. 13; Kempen, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 11.

me.⁹⁵⁴ Entsprechende inhaltliche Einflussnahmen bilden daher Beeinträchtigungen.⁹⁵⁵

C. Wissenschaft

I. Forschung

1. Werkbereich

2334 Wissenschaft besteht aus Forschung und akademischer Freiheit. Art. 13 S. 2 EGRC wurde gerade deshalb mit aufgenommen, weil beide Elemente in einem engen Zusammenhang stehen. Die Freiheit der Forschung und der Lehre gehören untrennbar zusammen.⁹⁵⁶ Die Lehre ist dabei regelmäßig die Darstellung nach außen, die Forschung hingegen die Grundlage dafür.

2335 Damit bildet die Forschung zunächst einmal den Werkbereich. Dieser befindet sich allerdings regelmäßig in einem festen organisatorischen Rahmen, so insbesondere dem der Hochschule. Von daher ist Forschung institutionalisierte Kunst. Es steht ebenfalls die – freilich in die Regeln der jeweiligen Wissenschaft eingebundene – Kreativität des Einzelnen und dessen schöpferischer Gestaltung, eine Frage (neu) anzugehen oder ein Problem zu entdecken bzw. anders als bisher lösen zu wollen, am Ausgangspunkt. Dazu gehören dann die Rahmenbedingungen, so eine ausreichende Grundversorgung, um auch Grundlagenforschung betreiben zu können, sowie organisatorische Vorkehrungen, in denen sich individuelle Kreativität überhaupt erst zu entwickeln und zu entfalten vermag. So müssen zeitliche Freiräume bestehen und darf umgekehrt die Lehre nicht ein Ausmaß annehmen, dass keine Zeit mehr für eigene Forschung verbleibt. Ob jemand eigenständig oder zusammen mit anderen in einer Gruppe forschen will, muss ihm überlassen bleiben.

2. Wirkbereich

2336 Die Forschung ist wie die Kunst nicht auf den Werkbereich beschränkt, sondern drückt sich aus und entfaltet sich auch vielfach erst im Austausch mit anderen bzw. in einer Präsentation, wodurch Reaktionen entstehen, die dann wiederum auf die eigene Forschungstätigkeit zurückwirken.⁹⁵⁷ Daher gehört zur Forschung auch die Vorstellung der Ergebnisse auf Kongressen oder das Veröffentlichen in Büchern und Zeitschriften.

⁹⁵⁴ S. EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 49), ÖJZ 1995, 154 (156 f.) – Otto-Preminger-Institut/Österreich; Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 54), ÖJZ 1997, 714 (716) – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

⁹⁵⁵ S.o. Rn. 2345 ff.

⁹⁵⁶ S.u. Rn. 2340 ff. sowie Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 11.

⁹⁵⁷ Vgl. o. Rn. 2329.

3. Individuell geprägter Gegenstand

Art. 13 EGRC garantiert den Freiraum der Forschung. Daher steht auch das, was Forschung ausmacht, nicht von vornherein fest, sondern wird durch den einzelnen Forscher festgelegt. Er entwickelt neue Methoden, wählt bislang nicht gebräuchliche Sichtweisen und erschließt sich damit möglicherweise neue Felder. Erst dadurch kann sich seine schöpferische Kraft in vollem Umfang entfalten. Auch Forschung kann wie die Kunst zum Nachdenken anregen. In erster Linie geht es aber darum, ernsthaft zu versuchen, die Wahrheit zu ermitteln.⁹⁵⁸ **2337**

Dieser Gegenstand ist nicht auf staatliche Einrichtungen beschränkt, sondern kann auch im privaten Rahmen erfolgen, insbesondere in privatwirtschaftlichen Unternehmen. Zudem ist die Ermittlung von Wahrheit auch anwendungsbezogen möglich.⁹⁵⁹ Dies zu definieren obliegt im Wesentlichen dem Forscher selbst. **2338**

4. Kein Leistungsanspruch

Die Forschungsfreiheit beinhaltet so wenig wie die Kunstfreiheit einen Anspruch auf staatliche Leistungen, außer das institutionelle Gefüge wird derart verschoben, dass Forschung für Personen, die zu diesem Zwecke angestellt wurden, praktisch unmöglich wird. Im Übrigen richtet sich die Förderungsforschung nach den entsprechenden festen Ausgestaltungen der Förderprogramme. Art. 163 ff. EG/179 ff. AEUV geben dazu einen Rahmen vor, wie die Gemeinschaft/Union die Forschung und die technologische Entwicklung unterstützen soll. Die Rahmenprogramme zur Forschungsförderung sowie Zusatzprogramme stehen dabei im Vordergrund (Art. 166 ff. EG/182 ff. AEUV). **2339**

II. Akademische Freiheit

Schwerpunkt der akademischen Freiheit ist das Wirken nach außen. Sie umschließt im Wesentlichen die wissenschaftliche Lehre, wie sie an wissenschaftlichen Hochschulen praktiziert wird. Es geht nicht nur um den Schutz von Institutionen, sondern vor allem um individuell wahrgenommene Lehre, ohne dass damit institutionelle Flankierungen wie vor allem die Autonomie wissenschaftlicher Hochschulen ausgeschlossen wären.⁹⁶⁰ **2340**

Damit werden auch institutionelle Rahmenbedingungen geschützt, in denen sich eine Freiheit der Lehre erst entfalten kann. Sie beruht gerade auf der Unabhängigkeit der Hochschule. Zudem setzt sie Grundlagen voraus. Eine selbst entwickelte und gestaltete Lehre kann nur präsentiert werden, wenn dem eine ausreichende Vorbereitung vorausgeht. **2341**

Regelmäßig wird auch eine eigene Forschungstätigkeit erforderlich sein, um selbst erarbeitete Ergebnisse präsentieren zu können. Damit wird auch die akade- **2342**

⁹⁵⁸ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 12 in Übernahme von BVerfGE 35, 79 (113).

⁹⁵⁹ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 12.

⁹⁶⁰ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 13.

mische Freiheit dadurch geprägt, dass sie unmittelbar nach der Freiheit der Forschung benannt wird und in der Freiheit der Wissenschaft mit verankert ist.

III. Rechte für Studierende

- 2343** Die Freiheit der Wissenschaft bezieht sich auf Forschende und Lehrende. Dadurch werden zwar mittelbar die Studierenden begünstigt, die an dieser Lehre teilnehmen und über diese indirekt aus den (präsentierten) Forschungsergebnissen profitieren. Indes werden sie aus Art. 13 EGRC nicht berechtigt, außer sie sind selbst Forschende, ggf. im Rahmen einer ebenfalls geschützten individuell-privaten Forschung.⁹⁶¹ Für ein weiter gehendes Recht steht schon die Formulierung allzu sehr im Gegensatz zu Art. 14 EGRC, wonach jede Person ein Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung hat. Ein solches Zugangsrecht enthält Art. 13 EGRC gerade nicht.
- 2344** Insoweit können Studierende nur aus anderen Rechten berechtigt sein, an Universitäten Zugang zu erhalten. Solche Rechte ergeben sich aus dem EG/AEUV. Im Vordergrund steht dabei mittlerweile die Unionsbürgerschaft nach Art. 18 EG/21 AEUV i.V.m. dem Diskriminierungsverbot.⁹⁶² Verstärkte Rechte folgen insoweit aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die auch die Familienangehörigen mit erheblichen Zugangsrechten ausstattet.⁹⁶³ Als grundrechtliches Recht besteht mittlerweile Art. 14 EGRC, sofern man dieses auch auf den Zugang zu Hochschulen erstreckt.⁹⁶⁴

D. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigung

I. Kunstfreiheit

1. Begrenzte Relevanz

- 2345** Die Kultur, zu der die Kunst zumeist gehören wird, steht grundsätzlich in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Die Union fördert nach Art. 151 Abs. 2 EG/167 Abs. 2 AEUV nur die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und unterstützt sowie ergänzt erforderlichenfalls deren Tätigkeit in eigens genannten Feldern, so auch im künstlerischen und literarischen Schaffen einschließlich des audiovisuellen Bereichs. Damit geht es aber immer noch um eine ausgewogene

⁹⁶¹ S. *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 12.

⁹⁶² EuGH, Rs. C-11 u. 12/06, EuZW 2007, 767 (768, Rn. 18; 770, Rn. 51) – Morgan u. Bucher; näher dazu u. Rn. 4805 ff., 4847 ff. so unter Einschluss dogmatischer Kritik des Sekundärrechts im Rahmen von Art. 45 EGRC. Zur Unterlegung des Diskriminierungsverbotes bereits EuGH, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593 (613, Rn. 23 f.) – Gravier.

⁹⁶³ Zur Unterlegung des Diskriminierungsverbotes bereits EuGH, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593 (613, Rn. 23 f.) – Gravier. Vgl. u. Rn. 2391 ff.; s. im Einzelnen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1314 ff., 1494 ff.

⁹⁶⁴ S.u. Rn. 2397 ff.

Förderung und um eine Abstinenz hinsichtlich der Inhalte. Schließlich stellt es bereits eine Beeinträchtigung dar, wenn Unionsorgane durch ihr Handeln auf den Inhalt künstlerischen Schaffens Einfluss nehmen.⁹⁶⁵

Des Weiteren können Wertungen der Kunstfreiheit Eingang finden, wenn es um die Freistellung nationaler Unterstützungen vom Beihilfenverbot geht. Bisheriger Ansatzpunkt ist dabei eher die Kulturförderung nach Art. 151 EG/167 AEUV. So begründet die Kommission die Förderung audiovisueller Werke mit der Bedeutung für die Identitätsentwicklung der europäischen Völker und deren kulturelle Vielfalt,⁹⁶⁶ wie dies in Art. 151 Abs. 1 EG/167 Abs. 1 AEUV angelegt ist. Die Funktion, um die kulturelle Vielfalt der Mitgliedstaaten zu fördern, ist auch ein Ansatz für Beihilfen zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.⁹⁶⁷ Die Kunstfreiheit kann spezifisch bedeutsam werden, wenn bestimmte Kunstrichtungen bei der Verteilung von Mitteln diskriminiert werden⁹⁶⁸ und dadurch über den „goldenen Zügel“ indirekt die inhaltliche Gestaltung von Kunst beeinflusst wird.

2346

2. Inhaltsbezogene Sanktionen

Die vom EGMR bereits zu Art. 10 EMRK, dem er die Freiheit der künstlerischen Äußerung entnahm,⁹⁶⁹ entschiedenen Fälle betrafen denn auch jedenfalls vom Ansatz her die künstlerische Gestaltungsfreiheit. Drei Fälle betrafen Sanktionen wegen des Inhaltes von Kunst. In der Sache *Otto-Preminger-Institut* ging es um die Beschlagnahme und Einzug eines Filmes.⁹⁷⁰ Im Fall *Müller* wurde die Vernichtung von Gemälden angedroht, die in einer Ausstellung zu finden waren.⁹⁷¹ In beiden Fällen wurden allerdings die Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Sitte und Moral gerechtfertigt, deren Beurteilung weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen wurde.⁹⁷² Hinzu kam im Fall *Otto Preminger* die Religionsfreiheit mit ihrem Recht, nicht in den eigenen religiösen Überzeugungen gestört zu werden.⁹⁷³ Diesen Ansatz verfolgte der EGMR auch in der Entscheidung *Wingrove*, wo ein Film sich mit dem christlichen Glauben beschäftigte und als teilweise blasphemisch eingestuft wurde.⁹⁷⁴ Auch in der Entscheidung *Sprayer von Zürich* befür-

2347

⁹⁶⁵ S.o. Rn. 2333.

⁹⁶⁶ Näher *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1115 ff.

⁹⁶⁷ S. *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1121 f.

⁹⁶⁸ *Haratsch*, in: Heselhaus/Nowak, § 25 Rn. 14 a.E.

⁹⁶⁹ S.o. Rn. 2319 f.

⁹⁷⁰ EGMR, Urt. vom 20.9.1994, Nr. 13470/87 (Rn. 51), ÖJZ 1995, 154 (157) – *Otto-Preminger-Institut/Österreich*.

⁹⁷¹ EGMR, Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 26, 28), NJW 1989, 379 (379) – *Müller u.a./Schweiz*.

⁹⁷² S. *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 6 a.E.

⁹⁷³ Ausführlich dazu *Grabenwarter*, ZaöRV 1995, 128 ff.

⁹⁷⁴ S. EGMR, Urt. vom 25.11.1996, Nr. 17419/90 (Rn. 54), ÖJZ 1997, 714 (716) – *Wingrove/Vereinigtes Königreich*.

wortete der EGMR eine Rechtfertigung, sofern überhaupt ein Eingriff in die Kunstfreiheit vorliegt.⁹⁷⁵

- 2348** Damit bejahte der EGMR in verschiedenen Fällen einen Eingriff in die Kunstfreiheit, weil die Freiheit der Darstellungen beschränkt wurde. Die Entscheidungen bezogen sich mithin vor allem auf den Wirkbereich. Die Rechtfertigung wurde sehr großzügig gehandhabt. Provokationen wurden regelmäßig dadurch unterbunden, dass die Sitte und Moral als Rechtfertigungsgrund bemüht werden konnte, ggf. unter Hinzunahme der Religionsfreiheit. Damit wurde die Kunst empfindlich beschränkt. Provokante Äußerungen sind so kaum möglich.

3. Enger Zusammenhang von Wirk- und Werkbereich

- 2349** Dadurch wird die Kunstfreiheit indirekt auch inhaltlich begrenzt. Deutliche Grenzen für den Wirkbereich haben auch erhebliche Konsequenzen für den Werkbereich, weil der Künstler sich bei Beschränkungen der Darbietung mit bestimmten Darstellungen von vornherein nicht mehr beschäftigen wird. Damit wird praktisch über eine Limitierung des Wirkbereichs die Gedankenfreiheit des Künstlers indirekt erheblich beschränkt. Das widerspricht aber im Ansatz auch den Erläuterungen zur EGRC, wonach die Kunstfreiheit mit auf die Gedankenfreiheit zurückzuführen ist und die Ausübung unter Wahrung von Art. 1 EGRC und damit der Menschenwürde zu erfolgen hat.⁹⁷⁶
- 2350** Weil Werk- und Wirkbereich so eng zusammenhängen, sind Einschränkungen der Kunstfreiheit insgesamt sehr zurückhaltend zu handhaben. Insbesondere kann sie nicht mit dem Verweis auf herrschende Moralvorstellungen weitestgehend unterdrückt werden. In der Demokratie wirkt die Kunst vielfach durch ihre Provokation. Nur mit dieser Maßgabe kann auf die in der Demokratie notwendige Toleranz verwiesen werden.

4. Zwischen Bezug zur EMRK und eigenständiger Formulierung

- 2351** Die Rechtsprechung ist gleichwohl noch beachtlich, da die Erläuterungen zur EGRC auf die Einschränkungen nach Art. 10 EMRK verwiesen haben.⁹⁷⁷ Wegen dieses damit deutlich gemachten Bezuges auch der Kunstfreiheit zur EMRK, aus der sie durch die Rechtsprechung des EGMR bereits abgeleitet wurde, greift Art. 52 Abs. 3 EGRC ein. Soweit die Kunstfreiheit daher dem Recht der freien Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK entnommen wurde, hat sie die gleiche Bedeutung und Tragweite wie nach der Konvention. Der Schutz durch das Recht der Union könnte höchstens weiter gehen. Danach kommt auch in Betracht, dass die Kunstfreiheit schrankenlos formuliert ist. Indes wird die Geltung von Art. 52 EGRC nicht ausgeschlossen. Der Bezug zur Menschenwürde wird zwar in den Erläute-

⁹⁷⁵ Vgl. EGMR, Entsch. vom 13.10.1983, Nr. 9870/82 (Rn. 2), NJW 1984, 2753 (2753) – „Sprayer von Zürich“.

⁹⁷⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁹⁷⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

rungen zur EGRC erwähnt.⁹⁷⁸ Er ist aber nicht dergestalt in einem ausschließlichen Sinne, dass die Kunstfreiheit insgesamt wie die Menschenwürde unantastbar wäre. Die Gewährleistungen eines Freiraums als solche hat noch nicht diesen Effekt, ist doch die Formulierung „unantastbar“ wesentlich stärker.

Unabhängig von diesem grundsätzlichen Ansatz ist allerdings zu überlegen, ob die Linie des EGMR ihrerseits der Kunstfreiheit ausreichend Bedeutung beimisst. Insoweit kann dann schon eine Rolle spielen, dass die Kunstfreiheit in der EMRK nur aus dem Recht der freien Meinungsäußerung abgeleitet wird, während sie in der EGRC eigenständig gewährleistet ist. Damit geht durchaus eine Aufwertung einher. Diese führt dazu, dass die Kunstfreiheit stärker abgesichert ist. Schließlich wurde sie bewusst abgespalten und damit in einem eigenständigen Grundrecht gefasst. Daher ist auch nicht mehr so stark auf die Strukturen des Rechts der freien Meinungsäußerung zu achten als vielmehr die Kunstfreiheit aus sich heraus zu verstehen. Die Erläuterungen stellen den Bezug nicht nur zum Recht auf freie Meinungsäußerung her, sondern auch zur Gedankenfreiheit.⁹⁷⁹ Dieser innere Vorgang, der im Kern auch bei der Kunstfreiheit steht, ist wesentlich stärker geschützt als die freie Meinungsäußerung und damit das Wirken nach außen.⁹⁸⁰

2352

5. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Der Verweis auf die durch Art. 10 EMRK gestatteten Einschränkungen lässt insbesondere auch die darin genannten Rechte eine andere Bedeutung erlangen. Das gilt namentlich für das Persönlichkeitsrecht.⁹⁸¹ Dieses findet sich in der EGRC im Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 7 wieder.⁹⁸² Es kann durch Kunstwerke vergleichbar wie durch Presseartikel beeinträchtigt werden. Daher bietet sich derselbe Prüfungsansatz an. Es sind daher die Kunstfreiheit des Künstlers und die beeinträchtigten Persönlichkeitsrechte der Betroffenen miteinander in Einklang zu bringen.⁹⁸³ Da die Kunstfreiheit und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens grundsätzlich gleichrangig gewährleistet sind und Erstere gerade nicht unantastbar ist, hat ein Ausgleich zu erfolgen. Dieser muss den Grundrechten von Künstlern und denen der durch das Kunstwerk Betroffenen gleichermaßen gerecht werden.⁹⁸⁴

2353

Allerdings hat dieser Ausgleich wiederum die besonderen Gegebenheiten der Kunstfreiheit zu beachten. Zwar besteht bei Kunstwerken ebenfalls die Gefahr, dass Personen negativ oder gar in verfälschender oder entstellender Weise dargestellt werden. Vor solchen Äußerungen ist der Einzelne grundsätzlich geschützt.⁹⁸⁵ Indes steht bei einem Kunstwerk wie einem Roman oder einem Film die schöpfe-

2354

⁹⁷⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁹⁷⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁹⁸⁰ S.o. Rn. 1574 ff.

⁹⁸¹ S. für Art. 5 Abs. 3 GG BVerfG, NJW 2008, 39 (41) – Esra.

⁹⁸² S.o. Rn. 1176 ff.

⁹⁸³ Vgl. zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber der Presse ausführlich o. Rn. 1267 ff..

⁹⁸⁴ So für Art. 5 Abs. 3 GG BVerfG, NJW 2008, 39 (40) – Esra.

⁹⁸⁵ Vgl. BVerfG, NJW 2008, 39 (41) – Esra.

rische Gestaltung wesentlich stärker im Vordergrund als bei einer Darstellung in einem Presseartikel. Fiktion und Wahrheit lassen sich von vornherein kaum auseinanderhalten. Umgekehrt wird zwar ein Künstler durch seine Umwelt inspiriert. Diese Anregungen verarbeitet er aber durch einen subjektiven Blickwinkel und in Einpassung an seine künstlerische Konzeption. Wie weit er daher auf tatsächliche Gegebenheiten Rückgriff nimmt, muss wiederum seiner künstlerischen Gestaltung überlassen bleiben. Daher wird die Kunstfreiheit durch Beschränkungen aufgrund des Persönlichkeitsrechts Betroffener tendenziell stärker beeinträchtigt als die Pressefreiheit.

2355 Auch wenn sich Eingriffe in die Kunstfreiheit nicht als staatliche „Kunstzensur“ darstellen,⁹⁸⁶ so sind doch die prohibitiven Wirkungen auf die künstlerische Gestaltungskraft nicht zu unterschätzen.⁹⁸⁷ Wer von vornherein befürchten muss, durch eine allzu wirklichkeitsnahe Darstellung Gegenansprüchen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausgesetzt zu sein, wird solche Darstellungsformen zu vermeiden suchen. Er wird eher auf erdachte Konstellationen ausweichen. Möglichst wirklichkeitsnahe Romane werden daher tendenziell weniger häufig auftreten. Damit nimmt der Staat in erheblicher Weise auf die inhaltliche Gestaltung Einfluss, auch wenn er nicht konkret Inhalte zensiert. Es bedarf daher eines kunstspezifischen Ausgleichs.

2356 Dieser strenge Schutz ist angezeigt, obwohl der Kunstbegriff sehr weit gezogen ist und auch gerade konflikträchtige Ausdrucksformen umschlossen werden. Wie der Inhalt ist auch die Form eine wesentliche Darstellungsform der Kunst. Allerdings gibt es Extreme, wo sich eine Begrenzung aufdrängt. Wenn etwa Eigentumsrechte anderer durch Sprayer beeinträchtigt werden, ist mögliches Korrektiv, dass sich der Künstler gänzlich außerhalb seiner eigenen Sphäre künstlerisch betätigt und damit seinen eigenen Werkbereich verlässt. Solche Ausdrucksformen wurden sogar ganz von der Kunstfreiheit ausgeschlossen.⁹⁸⁸ Ein solcher Weg ist für die Kunstfreiheit insgesamt immer noch behutsamer, als wenn diese unter Hinweis auf ihre weite Ausdehnung inhaltlich durch eine starke Betonung des Persönlichkeitsrechts anderer⁹⁸⁹ ausgehöhlt und damit inhaltsleer zu werden droht.

6. Menschenwürde

2357 Eine Grenze erwächst der Kunstfreiheit ebenso durch die Menschenwürde, deren Wahrung in den Erläuterungen zu Art. 13 EGRC ausdrücklich angemahnt wird.⁹⁹⁰ Damit findet die Kunstfreiheit dort ihre Grenzen, wo sie durch ihre Darstellung die Würde des Einzelnen verletzt. Dazu sind aber gravierende Eingriffe erforderlich, so etwa die Darstellung eines Menschen als Tier und damit seine Herabwür-

⁹⁸⁶ So BVerfG, NJW 2008, 39 (40) – Esra.

⁹⁸⁷ Dafür auch bezogen auf Art. 5 Abs. 3 GG Sondervotum *Hohmann-Denhardt* und *Geier*, BVerfG, NJW 2008, 39 (44) – Esra.

⁹⁸⁸ S. tendenziell dahin BVerfG (Vorprüfungsausschuss), NJW 1984, 1293 (1294) – „Sprayer von Zürich“; anders BVerfG, NJW 2008, 39 (41) – Esra.

⁹⁸⁹ S. BVerfG, NJW 2008, 30 (40) – Esra.

⁹⁹⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

digung zum Objekt. Ein solches Werk kann die staatliche Kunstförderung nicht einbeziehen.

Darüber gewinnt man auch einen Ansatzpunkt, um das Persönlichkeitsrecht 2358 bzw. nach europäischen Maßstäben die Achtung des Privat- und Familienlebens adäquat zu gewichten. Je eher Bereiche betroffen sind, die in Verbindung zur Würde des Menschen stehen, wie etwa der engste persönliche Bereich bzw. die Intimität, desto eher sind Einschränkungen der Kunstfreiheit möglich.⁹⁹¹

II. Wissenschaftsfreiheit

1. System der Schranken

a) *Eigenständigkeit*

Die Forschungsfreiheit ist gleichermaßen wie die Kunstfreiheit garantiert. Daher 2359 unterliegt auch sie Schranken und ist nicht vorbehaltlos gewährleistet, wie dies für die Menschenwürde zutrifft. Für die Forschungsfreiheit kommt hinzu, dass sie regelmäßig innerhalb eines festen organisatorischen Rahmens erfolgt, der Einschränkungen nahe legt, wie die Entscheidungen des EuGH deutlich machten.⁹⁹² Deshalb ist es für die Gewinnung von Maßstäben auch unschädlich, dass die Forschungsfreiheit nicht aus der EMRK abgeleitet wurde.

Daher greift unter diesem Aspekt nicht Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. der Schranke 2360 in Art. 10 Abs. 2 EMRK die auch in den Erläuterungen ausdrücklich in Bezug genommen wurde,⁹⁹³ allerdings sich wohl vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR nur auf die Kunstfreiheit beziehen dürfte. Gleichwohl lässt sich auch die Forschungsfreiheit insofern unter das Recht der freien Meinungsäußerung fassen, als auch im Rahmen der Forschung Meinungen vertreten und Ideen mitgeteilt werden, was in Art. 10 Abs. 1 EMRK ausdrücklich ausgeführt wird. Von den Schranken her ist die Forschungsfreiheit noch stärker als die Kunstfreiheit in die demokratische Gesellschaft eingebunden. Ihr Schutz ergibt sich daher auch aus den Erfordernissen des Pluralismus und der Toleranz.⁹⁹⁴

In jedem Fall einschlägig ist Art. 52 Abs. 4 EGRC, weil die Forschungsfreiheit 2361 in den meisten nationalen Verfassungen verankert ist und damit aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten folgt.⁹⁹⁵ So ergibt sich auch in Deutschland ein notwendiger Ausgleich der Forschungsfreiheit mit konkurrierenden Verfassungsgütern. Dazu gehören wie bei der Kunstfreiheit diejenigen, die in Art. 52 Abs. 3 EGRC i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EMRK aufgeführt sind. Welche Schranken eingreifen, ist daher nur begrenzt praktisch relevant. Ansatzpunkte für eine Beschränkung sind jedenfalls auch die Rechte anderer. Das betrifft etwa Ur-

⁹⁹¹ Darüber konnte man auch im Fall *Esra* zu einer Lösung gelangen, der die Wiedergabe intimer Beziehungen mit einer Person in einem Roman zum Gegenstand hatte.

⁹⁹² S.o. Rn. 2322 f.

⁹⁹³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁹⁹⁴ Vgl. zur Kunstfreiheit o. Rn. 2350.

⁹⁹⁵ Näher o. Rn. 2311; *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 20.

heberrechte als Bestandteil des Eigentumsrechts nach Art. 17 Abs. 2 EGRC. Eine besondere Schranke ergibt sich für die Forschung in der Medizin und der Biologie aus Art. 3 Abs. 2 EGRC.⁹⁹⁶ Da insoweit Konkretisierungen der Menschenwürde vorliegen,⁹⁹⁷ gewinnt der Bezug der Erläuterungen auf die Wahrung von Art. 1 EGRC⁹⁹⁸ jedenfalls auch begrenzende Bedeutung.

b) Unterschiedliche Behandlung von Forschung und akademischer Freiheit?

2362 Die Freiheit der Wissenschaft unterscheidet sich in Art. 13 EGRC insofern von der Freiheit der Kunst, als Forschung und akademische Freiheit getrennt benannt werden, und zwar vom Wortlaut her in unterschiedlicher Schutzstärke. Die Forschung ist frei, die akademische Freiheit wird „nur“ geachtet. Die bloße Respektierung beinhaltet einen geringeren Schutz als die Gewährleistung eines Freiraumes. Allerdings differenzieren die nationalen Verfassungen kaum zwischen diesen beiden Komponenten. Die Erwähnung der akademischen Freiheit ist nicht zuletzt ihrer Verschränkung mit der Forschungsfreiheit geschuldet. Sie sollte allerdings ausdrücklich einem Eingriffsvorbehalt unterliegen.⁹⁹⁹ Damit ist sie vom Ansatz her ebenso geschützt wie die Freiheit der Forschung.

2363 Unterschiede ergeben sich allerdings daraus, dass die Freiheit der Forschung insbesondere auch die Fassung bestimmter Gedanken und damit den Werkbereich betrifft, während die akademische Freiheit vor allem nach außen strahlt. Der innere Vorgang ist auch im Rahmen der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit stärker geschützt als der äußere. Diese Differenzierung beruht aber nicht auf der unterschiedlichen Wortwahl für die Gewährleistung der Forschungsfreiheit und der akademischen Freiheit. Zudem wird die unterschiedliche Formulierung damit erklärt, dass auf die Kompetenzen der Mitgliedstaaten Rücksicht genommen wurde.¹⁰⁰⁰ Daher ergeben sich daraus nicht notwendig unterschiedliche Einschränkungsmöglichkeiten.¹⁰⁰¹

2. Beeinträchtigungen

a) Organisatorische Maßnahmen

2364 Die Entscheidungen des EuGH, welche ein näheres Eingehen auf die Wissenschaftsfreiheit angeboten hätten, zeigen mögliche Beeinträchtigungen aufgrund der organisatorischen Einbindung von Forschern und den sich daraus ergebenden Einwirkungsmöglichkeiten auf die inhaltliche Arbeit. So wird der Forscher von seinem bisherigen Forschungsgegenstand abgeschnitten und mit einem neuen kon-

⁹⁹⁶ Darauf verweisend etwa *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 13 Rn. 15 a.E.

⁹⁹⁷ So in diesem Zusammenhang ausdrücklich *Streinz*, in: ders., Art. 13 GR-Charta Rn. 6.

⁹⁹⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

⁹⁹⁹ S.o. Rn. 2313 sowie *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 13 Rn. 11.

¹⁰⁰⁰ *Streinz*, in: ders., Art. 14 GR-Charta Rn. 5.

¹⁰⁰¹ S. auch *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 13 Rn. 13; *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 16.

frontiert, wenn er auf ein anderes Gebiet versetzt wird.¹⁰⁰² Ebenso wird die Forschungsfreiheit beeinträchtigt, wenn einem Forscher die Fortführung bestimmter Arbeiten untersagt und von Vorgesetzten die erzielten Ergebnisse als nicht korrekt bezeichnet werden.¹⁰⁰³ Im zweiten Fall wird sogar die konkrete Ausgestaltung der zugewiesenen Arbeit beeinträchtigt. Das ist höchstens bei Personen legitimiert, die keinen eigenständigen Forscherstatus haben, sondern auch in ihrer Tätigkeit streng in eine Hierarchie eingebunden sind, so dass ihnen auch für die Art und Weise der Forschungstätigkeit Weisungen erteilt werden können. Ansatz dafür aber ist die organisatorische Ausgestaltung der Stelle. Der Staat ist nicht verpflichtet, jede Stelle mit Forschungsbezügen als unabhängige Forscherstelle auszugestalten.

Möglicherweise erklärt sich daraus, dass der EuGH ausschließlich auf Fragen der inneren Organisation abstellte und beamtenrechtliche Erwägungen durchschlagen ließ.¹⁰⁰⁴ Diese spielen in noch stärkerem Maße eine Rolle, wenn es um die organisatorische Einteilung von Forschungstätigkeiten geht. Zwar wird damit auch auf die Inhalte der Forschung Einfluss genommen, wenn jemand versetzt wird. Dadurch können sich auch Auswirkungen im Vorfeld ergeben, weil dann Forscher allein schon dadurch zur Konformität angehalten werden, dass sie befürchten müssen, bei Widersprüchen versetzt zu werden.

Indes gilt auch hier, dass der Staat nicht verpflichtet ist, sämtliche Forscherstellen in ihrem Zuschnitt zu garantieren. Es hängt daher von der konkreten Ausgestaltung ab, ob der Aufgabenbereich geändert werden kann. Daher liegt der Schwerpunkt des EuGH wiederum in der beamtenrechtlichen Beurteilung.¹⁰⁰⁵ Anders verhält es sich dagegen dann, wenn eine Forscherstelle mit einem bestimmten Tätigkeitsbereich auf Lebenszeit zugeordnet ist, wie dies bei deutschen Professoren der Fall ist. Dann wird der von vornherein gegebene Zuschnitt der Stelle geändert, der erst die Entfaltung des Forschers in Unabhängigkeit gewährleistet.

b) Rahmenbedingungen

Werden insoweit auch die Rahmenbedingungen der Forschung garantiert, könnte dies am effektivsten dadurch erfolgen, dass auch Einschnitte in die Institutionen etwa von Hochschulen als Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit betrachtet werden, mithin im Rahmen einer institutionellen Garantie. Eine solche ist aber nicht durchgehend in den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gewährleistet. Entsprechendes gilt für Förderungspflichten des Staates.¹⁰⁰⁶ Beide Elemente lassen sich auch nicht dem Wortlaut von Art. 13 EGRC entnehmen.

Gleichwohl bilden gewisse institutionelle Rahmenbedingungen Grundlagen für eine unabhängige Forschungstätigkeit. Soweit sich damit ein Bezug zur individuellen Forschungsfreiheit herstellen lässt, können daher auch institutionelle Rahmenbedingungen über Art. 13 EGRC abgesichert werden. Hingegen lassen sich schwerlich staatliche Förderungspflichten entnehmen. Schließlich bildet die For-

¹⁰⁰² Vgl. EuGH, Rs. 35/72, Slg. 1973, 679 (688 f., Rn. 9/13 ff.) – Kley.

¹⁰⁰³ S. EuGH, Rs. 53/72, Slg. 1974, 791 (803, Rn. 6/8) – Guillot.

¹⁰⁰⁴ EuGH, Rs. 53/72, Slg. 1974, 791 (802 f., Rn. 2 ff.) – Guillot.

¹⁰⁰⁵ EuGH, Rs. 35/72, Slg. 1973, 679 (690, Rn. 28/31 ff.) – Kley.

¹⁰⁰⁶ *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 13 Rn. 21.

schung und technologische Entwicklung weiterhin ein Kompetenzgebiet der Mitgliedstaaten, in dem die europäische Ebene nur zusätzlich fördernd tätig ist.¹⁰⁰⁷

- 2369** Auch Mittel der Europäischen Union können nicht über Art. 13 EGRC gebunden werden. Würden daraus konkrete Ansprüche erwachsen, wäre eine nähere Regelung der Forschungsförderung im EG/AEUV hinfällig und würde damit die Kompetenz der Gemeinschaft/Union zur eigenständigen Verteilung der Forschungsgelder praktisch unterlaufen.

c) *Finanzielle Belastungen*

- 2370** Eine andere Frage ist, inwieweit finanzielle Belastungen Forschungstätigkeiten steuern. Das gilt etwa für die Erhebung der Umsatzsteuer für drittmittelfinanzierte Forschung, während eng mit dem Hochschulunterricht verbundene Dienstleistungen davon ausgenommen werden.¹⁰⁰⁸ Durch diese Differenzierung wird möglicherweise der für beide Aktivitäten gegebene Bezug zur Lehre an den Universitäten negiert,¹⁰⁰⁹ ebenso die gleichermaßen bestehende Möglichkeit, wissenschaftliche Erkenntnisse zu gewinnen. Indes wird die drittmittelfinanzierte Forschung mit Geldern bedacht, die ansonsten nicht fließen würden und die damit auch Anknüpfungspunkt einer möglichen Umsatzsteuer sein können. Drittmittelforschung gehört auch nicht notwendig zur Forschungstätigkeit. Damit wird ein Forscher nicht dadurch von Grundlagen der Forschung abgeschnitten, dass die vereinnahmten Drittmittel umsatzsteuerlich belastet werden. Das gilt zumal dann, wenn es sich um bloße Dienstleistungen handelt, die keinen besonderen Forschungsanspruch und Erkenntnisgewinn mit sich bringen, mithin lediglich anwendungsbezogene Tätigkeiten vorliegen. Hingegen würde ein Forscher an einer Hochschule seiner Grundlagen beraubt, wenn ihm auch für die Grundlagenforschung unabdingbare Gelder entzogen würden.

d) *Benachteiligungen privater Forschung*

- 2371** Forschung kann auch an privaten Einrichtungen erfolgen. Daher dürfen Private nicht benachteiligt werden. Eine solche Benachteiligung droht etwa, wenn Forscher an staatlichen Einrichtungen Begünstigungen erhalten, die Private nicht bekommen. Allerdings ist die staatliche Forschung ebenso wie der öffentlich-rechtliche Rundfunk deshalb unabdingbar, weil nur so Grundlagen, die sich wirtschaftlich möglicherweise nicht sofort rechnen, weiterhin verfolgt werden. Daraus ergibt sich dann auch die Rechtfertigung, dass Forschern an staatlichen Einrichtungen kostenlos Räume und Personal zur Verfügung gestellt werden.
- 2372** Umgekehrt folgen aber daraus auch Grenzen, dass staatliche Forscher im Wettbewerb zu Privaten treten und mit ihren Privilegien einen Konkurrenzvorteil erhalten. Eine Rechtfertigung dafür besteht nur insoweit, als staatliche Forscher die not-

¹⁰⁰⁷ S.o. Rn. 2339.

¹⁰⁰⁸ S. EuGH, Rs. C-287/00, Slg. 2002, I-5811 (5835, Rn. 27 f.) – Kommission/Deutschland; dazu o. Rn. 2323.

¹⁰⁰⁹ S. z.B. das Vorbringen des beklagten Deutschland in EuGH, Rs. C-287/00, Slg. 2002, I-5811 (5837 f., Rn. 35 f.) – Kommission/Deutschland.

wendigen Mittel für ihre Grundlagenforschung haben müssen. Soweit hierfür staatliche Zuwendungen nicht ausreichen, ist an eine Kompensation durch erwerbswirtschaftliche Tätigkeit zu denken. Insoweit kommen Quersubventionierungen in Betracht, wie sie auch im Bereich von Leistungen der Daseinsvorsorge bejaht werden.¹⁰¹⁰

E. Prüfungsschema zu Art. 13 EGRC

1. Schutzbereich

2373

- a) **Kunsthfreiheit: freie schöpferische Schaffung und deren Darbietung sowie Verbreitung einschl. Rahmenbedingungen**
- b) **Wissenschaftsfreiheit**
 - aa) **Forschungsfreiheit:**
 - **Werk- und Wirkungsbereich bezüglich individuell geprägter Gegenstände**
 - **auch anwendungsbezogen und in privaten Einrichtungen; kein Leistungsanspruch**
 - bb) **akademische Freiheit:**
 - **Lehre, individuell mit institutioneller Flankierung**
 - **nur mittelbare Begünstigung der Studierenden**

2. Beeinträchtigung

- a) **inhaltliche Einflussnahmen, v.a. Sanktionen, Versetzungen**
- b) **Benachteiligungen Privater (durch Privilegierungen öffentlicher Wettbewerber, außer notwendige Quersubventionierung)**

3. Rechtfertigung

- a) **allgemeines Persönlichkeitsrecht, aber kunstspezifischer Ausgleich**
- b) **Menschenwürde mit Konkretisierung in Art. 3 Abs. 2 EGRC**

§ 7 Recht auf Bildung

A. Grundstruktur und Kontext

Das Recht auf Bildung nach Art. 14 EGRC enthält mehrere Elemente. An erster Stelle steht das Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung. Nach Abs. 2 umfasst dieses Recht die Möglichkeit, unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen. Daraus ergeben sich die feststehenden inhaltlichen Bezugspunkte. Diese erstrecken sich auf die Schule und die berufliche Bildung, nicht explizit hingegen auf die Hochschule. Die dortige Lehre ist

¹⁰¹⁰ Näher *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 2013, 2049 ff.

von Art. 13 EGRC umfasst. Der Zugang zur Hochschule hingegen wird bereits durch die Unionsbürgerschaft im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot gewährleistet.¹⁰¹¹

- 2375** Das Recht auf Bildung ist allerdings umfassender. Es wird zunehmend als ganzheitliche, lebenslängliche Bildung betrachtet. In allen Schattierungen ist es elementar. Die einzelnen Einrichtungen sind nur Bausteine eines Gesamtbildungssystems, dessen Durchlässigkeit immer wieder angemahnt wird. So sollen z.B. auch begabte Praktiker ohne Abitur studieren können. Daher sind die verschiedenen Bildungseinrichtungen als Einheit zu sehen. Die rechtlichen Zugangsgrundlagen können deshalb nicht divergieren. Das Recht auf Bildung ist somit auch auf Hochschulen zu erstrecken, wie dies für Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMKR fest anerkannt ist.¹⁰¹²
- 2376** Es besteht auch eine gewisse inhaltliche Verwandtschaft, handelt es sich doch nur um die Gewährleistung von Bildung auf verschiedenen Stufen. So wurde denn auch in einem frühen Entwurf die Freiheit der Lehre unter das Recht auf Bildung gefasst.¹⁰¹³ Dabei wurde die Freiheit der Lehre nicht nur auf die Bestimmung von Lehrinhalten bezogen, sondern auch auf die Gründung von Lehranstalten.¹⁰¹⁴
- 2377** Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten legt Art. 14 Abs. 3 EGRC fest. Sie bezieht sich auf die in Art. 14 Abs. 1 und 2 EGRC genannten Bildungseinrichtungen. Diese Freiheit steht unter dem Vorbehalt, dass demokratische Grundsätze und die Rechte der Eltern geachtet werden, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen. Damit entsteht ein Bezug zur Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, der sich auch auf weltanschauliche Überzeugungen erstreckt. Dieses Grundrecht setzt sich hier gleichsam im Erziehungsrecht der Eltern fort.
- 2378** Ein weiterer Vorbehalt erwächst daraus, dass die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet wird, welche ihre Ausübung regeln. Damit besteht ein doppelter Vorbehalt. Auf die einzelstaatlichen Gesetze wird auch in der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 EGRC verwiesen, zu der die Freiheit, Lehranstalten zu gründen, ausdrücklich in Bezug gesetzt wird.¹⁰¹⁵ Deshalb ist dieser zweite Vorbehalt mit Blick auf dieses Grundrecht auszulegen. Er führt dort freilich nicht schon zu einer Einengung des Schutzbereichs, sondern zu einer weiteren Schranke, die aber die Schutzintensität nicht hinter die nach dem Vorläufergrundrecht der Berufsfreiheit zurückfallen lässt.¹⁰¹⁶
- 2379** Der Bezug zur Berufsfreiheit ergibt sich auch hier daraus, dass die Gründung und der Betrieb von Lehranstalten Ausdruck dieses Grundrechts sind. Weiter sind

¹⁰¹¹ S.o. Rn. 2343 f.

¹⁰¹² EGMR, Ur. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 134, 137, 141), NVwZ 2006, 1389 (1394 f.) – Leyla Sahin/Türkei; Grabenwarter, § 22 Rn. 74; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 2 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, Rn. 4; Langenfeld, in: Grote/Maruhn, Kap. 23 Rn. 17.

¹⁰¹³ S. Art. 12 Abs. 4 CHARTE 4137/00 CONVENT 8; näher o. Rn. 2310.

¹⁰¹⁴ S.o. Rn. 2310 sowie Bernsdorff, in: Meyer, Art. 13 Rn. 7.

¹⁰¹⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹⁰¹⁶ S.u. Rn. 2660 ff.

die berufliche Ausbildung und Weiterbildung eine wichtige Grundlage der Berufsfreiheit und sichern das „Recht auf Arbeit“ real ab.¹⁰¹⁷ Damit ist das Recht auf Bildung sinnvoll zwischen der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 EGRC sowie der Berufsfreiheit und dem Recht zu arbeiten nach Art. 15 EGRC platziert.

B. Hintergrund

I. Genese

Im ersten Textvorschlag des Präsidiums war das Recht auf Bildung unter Einschluss der Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre enthalten.¹⁰¹⁸ Zwar waren neben dem Recht eines jeden auf Bildung „gemäß seinen Fähigkeiten“ auch die freie Wahl der Bildungsstätte und das Recht der Eltern auf Erziehung und Bildung ihrer Kinder verankert, nicht aber bereits die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten, ebenso wenig das Recht auf Berufsbildung. Letzteres war in den ersten Vorschlägen in den sozialen Rechten enthalten,¹⁰¹⁹ wurde aber auf entsprechende Forderungen hin dem allgemeinen Bildungsgrundrecht zugeschlagen.¹⁰²⁰ **2380**

Das so dem Recht auf Bildung angefügte Recht auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung machte zugleich stärker den abwehrrechtlichen Gehalt dieses Rechtes deutlich und passte damit in die generelle Ausrichtung. Das Recht auf Zugang beinhaltet – wie auch in der EMRK¹⁰²¹ – kein Recht auf Schaffung und Einrichtung noch nicht vorhandener Bildungsstätten. Ein solcher individueller Leistungsanspruch, herauslesbar aus einem Recht auf freie Wahl der Bildungsstätte, war gerade nicht gewollt, sondern lediglich ein gleicher Zugang zu vorhandenen Bildungsstätten, ebenso wenig ein umfassendes Recht auf „kostenlose“ Bildung, sondern nur ein solches im Rahmen der als Pflicht vorgesehenen Bildung. Daraus folgte dann das Recht auf unentgeltliche Teilnahme am Pflichtschulunterricht entsprechend dem heutigen Art. 14 Abs. 2 EGRC.¹⁰²² **2381**

Die Freiheit der Gründung von Lehranstalten wurde im Verlauf der Beratungen erheblich relativiert. Bewusst wurde der Vorbehalt einer Achtung der demokratischen Grundsätze sowie der einzelstaatlichen Gesetze aufgenommen.¹⁰²³ Eine weitere Abschwächung erfolgte schließlich dadurch, dass die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten nicht „gewährleistet“, sondern „geachtet“ wurde.¹⁰²⁴ Damit wurde die vorgebrachte zu starke Betonung des institutionellen Charakters dieses **2382**

¹⁰¹⁷ So *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 15.

¹⁰¹⁸ Art. 12 des Textvorschlags in CHARTE 4137/00 CONVENT 8, s.o. Rn. 2310.

¹⁰¹⁹ Art. 10 CHARTE 4192/00 CONVENT 18.

¹⁰²⁰ In CHARTE 4284/00 CONVENT 28; näher *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 6 f.

¹⁰²¹ *Grabenwarter*, § 22 Rn. 76.

¹⁰²² S. Art. 16 CHARTE 4149/00 CONVENT 13; s. näher *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 5 f.

¹⁰²³ In CHARTE 4360/00 CONVENT 37; zur Diskussion *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 7 f.

¹⁰²⁴ So schließlich in CHARTE 4470/1/00 REV 1 ADD 1 CONVENT 47.

Rechts vermieden.¹⁰²⁵ Zur näheren Ausgestaltung des Elternrechts war vorgeschlagen worden, auch die „pädagogischen Überzeugungen“ hinzuzunehmen.¹⁰²⁶ Dem wurde aber nicht gefolgt.

II. Hauptvorbild EMRK

- 2383** Grundlage für das Recht auf Bildung waren sowohl die gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten als auch Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK.¹⁰²⁷ Nach Letzterem darf niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden. Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiete der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen. Damit ist sowohl der Grundansatz nach Art. 14 Abs. 1 EGRC als auch das Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 14 Abs. 3 EGRC daraus entnommen. Allerdings wurde in Art. 14 EGRC nicht die negative Formulierung aus Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK gewählt, die staatliche Verpflichtungen zur Einrichtung oder finanziellen Unterstützung bestimmter Einrichtungen ausschließen sollte,¹⁰²⁸ sondern bewusst eine positive Formulierung.¹⁰²⁹
- 2384** Die Erweiterung¹⁰³⁰ von Art. 14 Abs. 1 EGRC auf den Zugang zur beruflichen Aus- und Weiterbildung ist auf Nr. 15 GCSGA¹⁰³¹ sowie Art. 10 der Europäischen Sozialcharta zurückzuführen.¹⁰³²

III. Art. 10 ESC

- 2385** Das Recht auf Zugang zur beruflichen Aus- und Weiterbildung orientiert sich an Art. 10 ESC.¹⁰³³ Danach verpflichten sich die Vertragsparteien zu verschiedenen differenzierten Maßnahmen, um die wirksame Ausübung des Rechts auf berufliche Ausbildung zu gewährleisten. Dazu gehören vor allem die fachliche und berufliche Ausbildung aller Personen (Nr. 1), ein System der Lehrlingsausbildung und andere Systeme der Ausbildung für junge Menschen beiderlei Geschlechts in verschiedenen Berufstätigkeiten (Nr. 2), geeignete und leicht zugängliche Ausbildungsmöglichkeiten für erwachsene Arbeitnehmer (Nr. 3a), besondere Möglich-

¹⁰²⁵ S. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 14 Rn. 9.

¹⁰²⁶ Änderungsantrag Meyer, s. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 14 Rn. 8 a.E.

¹⁰²⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹⁰²⁸ Näher m.w.N. s. Wildhaber, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 3.

¹⁰²⁹ S. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 14 Rn. 6 f.

¹⁰³⁰ Grabenwarter, § 22 Rn. 70.

¹⁰³¹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹⁰³² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹⁰³³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

keiten für die berufliche Umschulung erwachsener Arbeitnehmer, soweit durch den technischen Fortschritt oder neue Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt erforderlich (Nr. 3b).

Flankiert werden diese Maßnahmen durch Herabsetzung und Abschaffung von Gebühren und Kosten, finanzielle Hilfen, Anrechnung des Besuchs von Fortbildungslehrgängen, die vom Arbeitgeber verlangt werden, auf die Arbeitszeit und die geeignete Überwachung von Ausbildungssystemen sowie des ausreichenden Schutzes jugendlicher Arbeitnehmer allgemein (Art. 10 Nr. 4 ESC). Damit wird eine Vielzahl verschiedener Aspekte aufgeführt, die den näheren Inhalt von Art. 14 Abs. 1 EGRC erhellen mögen. Allerdings sind die Rechte der Europäischen Sozialcharta nicht individuell einforderbar. Vielmehr geht es um Verpflichtungen der Vertragsparteien, die diese durch geeignete Maßnahmen erst sicherstellen sollen, wie auch in Art. 10 ESC deutlich wird. **2386**

IV. Art. 13 IPwskR

Auch Art. 13 IPwskR¹⁰³⁴ enthält ein Recht eines jeden auf Bildung. Dieses erkennen die Vertragsparteien an und stimmen dabei überein, dass die Bildung auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und des Bewusstseins ihrer Würde gerichtet sein und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten stärken muss. Die Bildung muss zudem jedermann ermöglichen, eine nützliche Rolle in einer freien Gesellschaft zu spielen, Verständnis, Toleranz und Freundschaft unter allen Völkern und allen rassischen, ethnischen und religiösen Gruppen fördern sowie die Tätigkeit der Vereinten Nationen zur Erhaltung des Friedens unterstützen. Hierzu werden verschiedene Maßnahmen aufgeführt, so die unentgeltliche Zugänglichkeit des Pflichtunterrichts in der Grundschule, die allmähliche Unentgeltlichkeit und allgemeine Verfügbarkeit sowie Zugänglichkeit verschiedener Formen des höheren Schulwesens einschließlich des höheren Fach- und Berufsschulwesens sowie des Hochschulunterrichts. **2387**

Indes ist auch insoweit der IPwskR eine bloße Verpflichtung für die Vertragsstaaten, verschiedene Maßnahmen zu ergreifen, ohne eine bestimmte herauszugreifen und daher insoweit ein individuell einforderbares Recht zu gewähren.¹⁰³⁵ Das gilt auch für die Unentgeltlichkeit des Universitätszugangs. Studiengebühren verstoßen daher nicht gegen Art. 13 IPwskR und auch nicht gegen Art. 14 EGRC. **2388**

V. Verfassungen der Mitgliedstaaten

Die Erläuterungen zur EGRC verweisen eigens auf die gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten.¹⁰³⁶ Diese enthalten vielfach ein Individualrecht auf (Aus-)Bildung oder Unterricht. Die Weiterbildung ist dagegen nur **2389**

¹⁰³⁴ BGBl. II 1973 S. 1570.

¹⁰³⁵ S. bereits o. Rn. 2316.

¹⁰³⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

in Finnland (§ 16 Abs. 2), Frankreich (13. Abs. der Präambel von 1946) und Griechenland (Art. 46 Abs. 4 S. 1) einbezogen.¹⁰³⁷ Verschiedentlich ist auch ein Recht auf unentgeltlichen Zugang zu staatlichen Unterrichtsanstalten verbrieft, jedoch im Allgemeinen lediglich für den Zugang zur Elementarausbildung.¹⁰³⁸ Auch die Privatschulfreiheit ist verbreitet.¹⁰³⁹ Die Elternverantwortung für die Erziehung der Kinder findet sich hingegen nur gelegentlich, insbesondere in Art. 7 Abs. 2 GG.¹⁰⁴⁰ In Belgien und Irland besteht auch ein Recht der Eltern, die Schule frei zu wählen.¹⁰⁴¹

VI. Art. 18 Abs. 4 IPbpr

- 2390** Die Freiheit der Eltern und ggf. des Vormunds oder Pflegers zu achten, die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen, enthält auch Art. 18 Abs. 4 IPbpr¹⁰⁴² als Verpflichtung der Vertragsstaaten. Sie ist dort im Zusammenhang mit der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit angesiedelt und unterstreicht damit, dass dieses Element auch in Art. 14 Abs. 3 EGRC eine Fortsetzung dieses Grundrechts bildet.¹⁰⁴³

VII. Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot

1. Zugangsrechte

- 2391** Wie zu Hochschulen¹⁰⁴⁴ erwachsen auch zu Schulen und beruflichen Bildungseinrichtungen Zugangsrechte aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot sowie dem ausgestaltenden Sekundärrecht. Spezifisch für Berufsschulen und Umschulungszentren gibt Art. 7 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68¹⁰⁴⁵ den EU-Arbeitnehmern ein gleiches Zugangsrecht wie inländischen Arbeitnehmern.¹⁰⁴⁶ Die FreizügigkeitsVO (EWG) 1612/68 erstreckt sich auch auf Familienangehörige. Ohne ihre Absicherung würde die Aufnahme einer Arbeitstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat erheblich behindert. Um hier keine Hürden zu errichten, ge-

¹⁰³⁷ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 14 Rn. 2.

¹⁰³⁸ Vgl. Art. 34 S. 2 italienische Verfassung; Art. 74 Abs. 2 portugiesische Verfassung; Art. 27 Abs. 4 spanische Verfassung; Art. 16 Abs. 1 S. 1 finnische Verfassung.

¹⁰³⁹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 14 Rn. 2.

¹⁰⁴⁰ S. auch Art. 24 § 1 der belgischen Verfassung, Art. 42 Abs. 1 der irischen, Art. 27 Abs. 3 der spanischen.

¹⁰⁴¹ Art. 24 § 1 der Verfassung Belgiens, Art. 42 Abs. 3 S. 1 der Verfassung Irlands.

¹⁰⁴² BGBl. II 1973 S. 1534.

¹⁰⁴³ S. bereits o. Rn. 2377.

¹⁰⁴⁴ S.o. Rn. 2344.

¹⁰⁴⁵ Des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (FreizügigkeitsVO), ABl. L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

¹⁰⁴⁶ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1417.

nießen die Familienangehörigen der Arbeitnehmer nicht nur ein Aufenthaltsrecht, sondern auch ein Zugangsrecht zum allgemeinen Unterricht sowie zur Lehr- und Berufsausbildung unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Aufenthaltsstaates. Dabei fördern die Mitgliedstaaten die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen (Art. 12 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68).

Ein Anspruch auf Gleichbehandlung unabhängig von einem Arbeitnehmerstatus der Bildungsinteressierten selbst bzw. der Eltern ergibt sich aus dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nach Art. 18 EG/21 AEUV jedenfalls i.V.m. dem Diskriminierungsverbot¹⁰⁴⁷ und den weiteren Konkretisierungen in der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.¹⁰⁴⁸ Insoweit können aber Mindestvoraussetzungen für den Aufenthalt verlangt werden, dass nämlich der Lebensunterhalt gedeckt ist und eine Krankenversicherung besteht, sofern nicht eine gewisse Aufenthaltsminstdauer erfüllt ist.¹⁰⁴⁹ Daran sind auch die Zugangsrechte zu Einrichtungen des Aufenthaltsstaates regelmäßig geknüpft.

Die Absicherung des gleichberechtigten Zugangs zu Bildungseinrichtungen wurde damit weitgehend von einer notwendigen Verbindung zu den Grundfreiheiten gelöst. Schon in der Sache *Gravier* verwies der EuGH auf das allgemeine Diskriminierungsverbot, weil die berufliche Bildung nach Art. 149 und 150 EG/165 und 166 AEUV in den Anwendungsbereich des EG fällt.¹⁰⁵⁰ Der Bildungsbegriff nach Art. 149 und 150 EG/165 und 166 AEUV ist dabei umfassend und bezieht sich explizit auch auf die berufliche Bildung und schließt die Schule mit ein. Eine zusätzliche allgemeine Absicherung bringt nunmehr das allgemeine Aufenthaltsrecht nach Art. 18 EG/21 AEUV. Unionsorgane verweisen auch schon auf Art. 14 EGRC und wollen mit verschiedenen Maßnahmen dem Recht auf Bildung Rechnung tragen,¹⁰⁵¹ so die Entschließung zur Förderung einer verstärkten europäischen Zusammenarbeit bei der beruflichen Bildung¹⁰⁵² und die Entschließung zum lebensbegleitenden Lernen.¹⁰⁵³ Beachtlich sind auch Förderprogramme im Bereich der Bildung. Diese erstrecken sich auch auf die Allgemeinbildung und die Berufsbildung. Erstere wird gefördert durch SOKRATES,¹⁰⁵⁴ Letztere durch LEONARDO DA VINCI.¹⁰⁵⁵

2392

2393

¹⁰⁴⁷ Näher dogmatisch krit. u. Rn. 4805 ff.

¹⁰⁴⁸ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der RLn 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (FreizügigkeitsRL), ABl. L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

¹⁰⁴⁹ S. näher u. Rn. 4847 ff.

¹⁰⁵⁰ EuGH, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593 (612, Rn. 19 ff.) – *Gravier*.

¹⁰⁵¹ Darauf verweisend *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 9.

¹⁰⁵² Entschließung vom 19.12.2002, ABl. 2003 C 13, S. 2.

¹⁰⁵³ Entschließung vom 27.6.2002, ABl. 2002 C 163, S. 1.

¹⁰⁵⁴ Aktuell SOKRATES II, Beschl. 253/2000/EG, ABl. 2000 L 28, S. 1.

¹⁰⁵⁵ Aktuell LEONARDO DA VINCI II, Beschl. 1999/382/EG, ABl. 1999 L 146, S. 33.

2. Grenzüberschreitende Bildungsleistungen

- 2394** Spezifisch durch die Grundfreiheiten wird die grenzüberschreitende Darbietung und Inanspruchnahme von Bildungsdienstleistungen abgesichert. Das gilt aber nur für private Bildungsdienstleistungen. Staatliche Bildungsleistungen werden nämlich nicht als Dienstleistungen i.S.v. Art. 49 EG/56 AEUV angesehen. Es fehlt der Erwerbszweck; stattdessen erfüllt der Staat die ihm obliegenden erzieherischen Aufgaben und finanziert sie weitestgehend mit öffentlichen Mitteln. Das gilt namentlich für staatliche Schulen.¹⁰⁵⁶
- 2395** Handelt es sich um eine Mischform, an der auch Private beteiligt sind, ist ebenfalls entscheidend, ob ein Erwerbszweck verfolgt wird. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn kostendeckende Beiträge der Teilnehmer erhoben werden. Bei einer substantiellen Mitfinanzierung durch öffentliche Zuschüsse, die erst den Unterrichtsbetrieb ermöglichen bzw. Beitragsnachlässe der Benutzer eröffnen, fehlt der Erwerbszweck; die Leistung wird jedenfalls nicht in vollem Umfang entgeltlich erbracht, was Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer durch Art. 49 EG/56 AEUV geschützten Dienstleistung ist.¹⁰⁵⁷
- 2396** Vor allem bei Privatschulen hängt damit die Begünstigung durch die Dienstleistungsfreiheit davon ab, inwieweit sie kostendeckende Beiträge erheben oder aber durch öffentliche Zuschüsse mitfinanziert werden und deshalb ihre Beiträge senken. Die Erläuterungen zu Art. 14 EGRC¹⁰⁵⁸ sehen nicht vor, dass „alle – und insbesondere auch die privaten – schulischen Einrichtungen ... unentgeltlich“ anbieten müssen. Sie verbieten weiter nicht die Entgeltlichkeit bestimmter besonderer Unterrichtsformen, aber nur, „sofern der Staat Maßnahmen zur Gewährung eines finanziellen Ausgleichs trifft“. Inwieweit dies erfolgt, liegt zwar in der Hand der Mitgliedstaaten. Indes wird hier ein finanzieller Ausgleich vorgesehen. Es ist aber auch nicht vorgeschrieben, wie dieser im Einzelnen zu erfolgen hat. Damit kann er auch geringfügig ausfallen. Zudem ist nicht gesagt, dass dieser finanzielle Ausgleich die Schulbeiträge reduzieren muss. Er kann etwa auch an die Eltern direkt gewährt werden und hindert dann nicht die Entgeltlichkeit des Schulangebots, das somit unter die Dienstleistungsfreiheit fällt.

C. Bildung

I. Einbeziehung der Hochschulen

- 2397** Zentralbegriff von Art. 14 EGRC ist die Bildung. Spezifisch werden aber nur die berufliche Ausbildung und Weiterbildung sowie dann in Art. 14 Abs. 2 EGRC der Pflichtschulunterricht erwähnt. Auf die Schulbildung bezieht sich auch Art. 14

¹⁰⁵⁶ EuGH, Rs. 263/86, Slg. 1988, 5365 (5388, Rn. 18) – Humbel u. Edel; im Zusammenhang *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2468 ff. m.w.N.

¹⁰⁵⁷ S. *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 125; *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2473.

¹⁰⁵⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

Abs. 3 EGRC, der das Erziehungsrecht der Eltern und ihren Einfluss auf den Unterricht der Kinder regelt. Indes ist das umfassendere Recht auf Bildung nach Art. 14 Abs. 1 EGRC, das gleich am Beginn genannt wird, nicht notwendig der auf diese Einzelelemente bezogene Obersatz, sondern kann auch umfassender zu verstehen sein. Zwar wurde die akademische Freiheit bewusst in Art. 13 EGRC ausgelagert. Jedoch fällt darunter nicht spezifisch der Zugang zu Universitäten.¹⁰⁵⁹ Dadurch ist der Anwendungsbereich von Art. 13 und 14 EGRC klar geschieden.

Es greift daher zu kurz, die Bildung lediglich „als Vorgang oder Ergebnis schulischer Erziehung oder schulischen Unterrichts“ zu verstehen.¹⁰⁶⁰ So können insbesondere Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung auch außerhalb schulischen Unterrichts stattfinden. Erwachsenenbildung in diesem Rahmen lässt sich nicht einfach mit schulischer Bildung gleichsetzen. Sie erstreckt sich mittlerweile auch auf die Hochschulausbildung.¹⁰⁶¹

Zwar wird in den Erläuterungen zur EGRC nur Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Nr. 15 GCSGA¹⁰⁶² und Art. 10 ESC¹⁰⁶³ genannt, nicht hingegen Art. 149 EG/165 AEUV,¹⁰⁶⁴ der einen wesentlich umfassenderen Bildungsbegriff enthält.¹⁰⁶⁵ Jedoch wird auch im Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK die universitäre Bildung einbezogen.¹⁰⁶⁶ Früher wurde allerdings nur die Bildung an einer Elementarschule darunter gefasst¹⁰⁶⁷ und diese Beschränkung wird auf Art. 14 Abs. 1 EGRC übertragen.¹⁰⁶⁸ Indes hat auch die Europäische Kommission für Menschenrechte den Zugang zur höheren Bildung an einer weiterführenden Schule innerhalb des Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK geprüft.¹⁰⁶⁹ Eine Ausdehnung darauf ergibt sich auch aus Art. 14 Abs. 3 EGRC. Schließlich reicht das Erziehungsrecht der Eltern weiter als lediglich bis zum Abschluss der Elementarschule. Zudem ist der Begriff der Bildung nicht auf eine bestimmte Schulform beschränkt.

2398

2399

¹⁰⁵⁹ S.o. Rn. 2310, 2343.

¹⁰⁶⁰ So unter Hinweis auf Art. 14 Abs. 3 EGRC *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 12.

¹⁰⁶¹ S.o. Rn. 2375.

¹⁰⁶² Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹⁰⁶³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰⁶⁴ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 12.

¹⁰⁶⁵ Aus der Literatur etwa *Sinn*, in: Schwarze, Art. 150 EGV Rn. 10.

¹⁰⁶⁶ S.o. Rn. 2375; sowie offenbar auch *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 63 ff.; anders *Frowein/Peukert*, Art. 2 des 1. ZP Rn. 2.

¹⁰⁶⁷ S. EKMR, Entsch. vom 13.3.1975, Nr. 5962/72, DR 2, 50 (51) – X./Vereinigtes Königreich; Entsch. vom 6.7.1977, Nr. 6094/73, DR 9, 5 (8) – X./Schweden; Entsch. vom 19.5.1977, Nr. 7671/76 u.a., DR 9, 185 (187) – 15 ausländische Studenten/Vereinigtes Königreich; krit. *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 23 m.w.N.

¹⁰⁶⁸ So *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 8 a.E.

¹⁰⁶⁹ EKMR, Entsch. vom 9.12.1980, Nr. 8844/80, DR 23, 228 (229) – X./Vereinigtes Königreich.

II. Berufliche Ausbildung

- 2400** Selbst wenn man die Hochschulbildung nicht von vornherein unter Art. 14 Abs. 1 EGRC fasst,¹⁰⁷⁰ könnte sich eine Ausdehnung auf Universitäten über den Begriff der beruflichen Ausbildung ergeben.¹⁰⁷¹ Die Berufsausbildung wird nämlich vom EuGH als jede Form der Ausbildung betrachtet, die auf eine Qualifikation für einen bestimmten Beruf oder eine bestimmte Beschäftigung vorbereitet oder die besondere Befähigung zur Ausübung eines solchen Berufes oder einer solchen Beschäftigung verleiht, unabhängig vom Alter und vom Ausbildungsniveau der Schüler oder Studenten.¹⁰⁷² Dies wird auch auf Art. 14 EGRC übertragen.¹⁰⁷³
- 2401** Zwar erging diese Entscheidung des EuGH zu Art. 150 EG/166 AEUV, so dass eine Parallele nicht möglich ist, weil Art. 14 EGRC an diese Vorschrift in keiner Weise angelehnt wurde. Allerdings bezieht sich die berufliche Ausbildung von der Sache her auch auf höhere Ausbildungsstufen und damit die Erwachsenenbildung sowie in jedem Fall auf die Lehrlingsausbildung. Die berufliche Weiterbildung wird aber in den Sozialchartas, welche die Entstehungserläuterungen nennen, zumindest im Schwerpunkt auf die berufliche Umschulung bezogen und darauf begrenzt.¹⁰⁷⁴ Diese Umschulung erfolgt zwar naturgemäß erst in einer späteren Schulform, aber nicht notwendig an der Universität. Sie ist daher schon über den allgemeinen Bildungsbegriff einzubeziehen und so auch stärker abgesichert.¹⁰⁷⁵

III. Bildung als weiter Oberbegriff

- 2402** Versteht man die Bildung als Oberbegriff, folgt auch daraus, dass sie nicht auf die Elementarschule begrenzt sein kann. Gegen eine solche Qualifikation spricht allerdings, dass die Aus- und Weiterbildung eigens genannt werden. Von daher entsteht eine Stufenlage. Die Bildung ist die Grundstufe, die berufliche Ausbildung die berufliche Erstausbildung und die berufliche Weiterbildung dann der Wechsel in einen anderen Beruf. Allerdings wird die Weiterbildung auch dann, wenn man im selben Beruf bleibt, immer wichtiger, weil es gerade um die Angleichung an einen Erkenntnisfortschritt und an zusätzlich verlangte Fähigkeiten geht. Sie ist Bestandteil einer notwendig fortlaufenden Bildung. Diese ist daher erweitert zu verstehen, selbst wenn sie in den früheren Chartas enger begriffen wird. Diese stammen auch aus früherer Zeit.
- 2403** Die Bildung ist auch deshalb nicht lediglich auf die Elementarschule begrenzt, weil der beruflichen Ausbildung vielfach eine höhere Schulbildung vorausgeht. So

¹⁰⁷⁰ S. aber o. Rn. 2375.

¹⁰⁷¹ Hierunter subsumiert *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 GRCh Rn. 4 die Hochschulausbildung.

¹⁰⁷² EuGH, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593 (614, Rn. 30) – Gravier.

¹⁰⁷³ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 9.

¹⁰⁷⁴ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 9 unter Hinweis auch auf einen systematischen Zusammenhang mit Art. 150 Abs. 2 1. u. 2. Spiegelstrich EG/166 Abs. 2 1. u. 2. Spiegelstrich AEUV.

¹⁰⁷⁵ S.u. Rn. 2402 ff.

kann eine Banklehre oft nur noch mit Abitur gemacht werden. Zudem wird lebenslanges Lernen sowie ein solches an Hochschulen immer wichtiger, so dass die Bildung umfassend zu verstehen ist.¹⁰⁷⁶

D. Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu bestehenden Einrichtungen

I. Freiheitsrecht mit Bezügen zum Diskriminierungsverbot

Da das Recht auf Bildung in Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK enthalten ist, zählt die dort entfaltete Bedeutung und Tragweite nach Art. 52 Abs. 3 EGRC. Im Zentrum steht dabei ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu den staatlichen Bildungseinrichtungen.¹⁰⁷⁷ Immer wieder spielen Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts eine Rolle,¹⁰⁷⁸ außer es handelt sich von vornherein um reine Mädchen- oder Jungenschulen.¹⁰⁷⁹ Behinderte oder benachteiligte Kinder dürfen aber auf vorhandene staatliche Spezialschulen verwiesen werden.¹⁰⁸⁰ Ein Anspruch auf Einrichtung solcher Schulen besteht demgegenüber nicht.¹⁰⁸¹ **2404**

Insoweit ergeben sich Bezüge zum Diskriminierungsverbot, dessen Anwendung hier sachgebietsbezogen anhand der bestehenden Bildungsstrukturen zu erfolgen hat. Nur wo sich auch dann noch eine Diskriminierung ergibt, liegt ein Grundrechtsverstoß vor.¹⁰⁸² **2405**

Die Ausrichtung auf einen (diskriminierungs-)freien Zugang entspricht auch der Entstehungsgeschichte von Art. 14 EGRC, der bewusst bei den Freiheitsrechten angesiedelt wurde und gerade nicht bei den sozialen Grundrechten.¹⁰⁸³ Daraus ergibt sich die Begrenzung, dass der Einzelne keinen Anspruch darauf hat, Schulen, Schultypen oder -kapazitäten zu schaffen oder beizubehalten.¹⁰⁸⁴ Da dies auch finanziell schwerlich zu leisten ist und zudem ein solcher Anspruch sehr stark in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten eingreifen, mithin insoweit mangels Uni- **2406**

¹⁰⁷⁶ S. bereits o. Rn. 2375.

¹⁰⁷⁷ EGMR, Urt. vom 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298 (299 f.) – „Belgischer Sprachenfall“; Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 137), NVwZ 2006, 1389 (1394) – Leyla Sahin/Türkei.

¹⁰⁷⁸ S. EGMR, Urt. vom 24.6.1993, Nr. 14518/89 (Rn. 67), EuGRZ 1996, 604 (607) – Schuler-Zraggen/Schweiz; Urt. vom 22.2.1994, Nr. 16213/90 (Rn. 27), ÖJZ 1994, 559 (560 f.) – Burghartz/Schweiz.

¹⁰⁷⁹ Wildhaber, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 61 f.

¹⁰⁸⁰ S. EKMR, Entsch. vom 2.10.1989, Nr. 14135/88, DR 62, 292 – P.D. u. L.D./Vereinigtes Königreich; Entsch. vom 4.12.1989, Nr. 14688/89, DR 64, 188 – Simpson/Vereinigtes Königreich.

¹⁰⁸¹ Grabenwarter, § 22 Rn. 76; Langenfeld, in: Grote/Marauhn, Kap. 23 Rn. 24.

¹⁰⁸² Einen klaren Fall der Diskriminierung verlangt Wildhaber, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 57; auch o. Rn. 2393.

¹⁰⁸³ S.o. Rn. 2380 f.

¹⁰⁸⁴ Kempen, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 15 sowie bereits o. Rn. 2381.

onskompetenz leer laufen würde, war es auch systematisch richtig, Art. 14 EGRC in die Freiheitsrechte einzureihen und nicht den sozialen Rechten zuzuschlagen.¹⁰⁸⁵

II. Minimaleinrichtung

2407 Auch der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang setzt allerdings voraus, dass überhaupt staatliche Schulen und ein staatliches Schulwesen bestehen. Diese Basis ist daher vom Recht auf Bildung notwendig mit umfasst. Wird dieses „Erziehungsminimum“ unterschritten, besteht ein positiver Leistungsanspruch.¹⁰⁸⁶ Weiter gehend bedarf es der staatlichen Organisation des Schulwesens, der Bestimmung des Unterrichtsplans und seiner Durchführung. Insoweit besteht eine institutionelle Garantie.¹⁰⁸⁷ Diese bildet einen notwendigen Bestandteil des Freiheitsrechts aus Art. 14 EGRC, lässt aber dem Staat einen weiten inhaltlichen Gestaltungsspielraum,¹⁰⁸⁸ wie er das Schul- und Erziehungswesen organisiert, einrichtet und ausgestaltet; wie lange also der Schulbesuch dauert und in welcher Schulform¹⁰⁸⁹ bzw. -abfolge er stattfindet.¹⁰⁹⁰

2408 Freilich sind diese Festlegungen jedenfalls dann näher am Recht auf Bildung zu prüfen, wenn sie einen integralen Bestandteil der Entfaltung dieses Rechtes bilden, wie dies für Erziehungsmethoden zutrifft. Daher gehören körperliche Züchtigungen nicht lediglich zum organisatorischen Binnenbereich; sie strahlen vielmehr auf die Entwicklung und Formung des Charakters aus.¹⁰⁹¹ Auf die in dieser EGMR-Entscheidung gleichfalls genannten geistigen Fähigkeiten wirkt sich indes auch aus, wenn Kinder unabhängig von ihrer Begabung ganz oder sehr lange in einer Einheitsschule unterrichtet werden, ohne dass eine hinreichende Abstimmung und Förderung nach unterschiedlichen Begabungen erfolgt, so dass sich besonders talentierte Kinder nicht ganz entfalten¹⁰⁹² und damit ihr Recht auf Bildung nicht voll wahrnehmen können. Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit eine solche voll-

¹⁰⁸⁵ Dies vorschlagend dagegen *Calliess*, EuZW 2001, 261 (264); *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (5); *Magiera*, DÖV 2000, 1017 (1023); *Pache*, EuR 2001, 475 (480).

¹⁰⁸⁶ Vgl. *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 31; *Grabenwarter*, § 22 Rn. 71; *Langenfeld*, in: Grote/Marauhn, Kap. 23 Rn. 9; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 13, aber einen individuellen Anspruch ablehnend.

¹⁰⁸⁷ *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 14; s. auch EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5095/71 u.a. (Rn. 53), NJW 1977, 487 (487 f.) – Kjeldsen u.a./Dänemark.

¹⁰⁸⁸ EGMR, Urt. vom 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298 (300) – „Belgischer Sprachenfall“.

¹⁰⁸⁹ Zulässigkeit der Gesamtschule EKMR, Entsch. vom 15.7.1982, Nr. 9411/81, DR 29, 224 (225) – X., Y. u. Z./Deutschland.

¹⁰⁹⁰ Näher *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 33 ff.

¹⁰⁹¹ EGMR, Urt. vom 25.2.1982, Nr. 7511 u. 7743/76 (Rn. 33), EuGRZ 1982, 153 (155) – Campbell u. Cosans/Vereinigtes Königreich.

¹⁰⁹² *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 41.

ständige Realisierung der individuellen Fähigkeiten überhaupt von der Minimalgarantie nach Art. 14 EGRC umfasst ist.¹⁰⁹³

Bezieht man in Art. 14 Abs. 1 EGRC Universitäten ein, ergibt sich ebenfalls nur ein Anspruch auf ein Hochschulsystem als solches, ohne dass daraus detailliertere Festlegungen gefolgert werden können oder gar ein Anspruch auf Hochschulzugang über eine gebotene Gleichbehandlung¹⁰⁹⁴ hinaus garantiert wird.¹⁰⁹⁵ **2409**

III. Subjektive Zugangsvoraussetzungen

Grundlage für Bildung sind auch die individuellen Fähigkeiten dessen, der Bildung sucht. Daher kann einem Zugang zu Bildungseinrichtungen jenseits der notwendig allen zugänglichen Elementarausbildung eine Auslese vorgeschaltet werden.¹⁰⁹⁶ Damit können subjektive Zugangsvoraussetzungen festgelegt werden. Diese müssen aber dann auch an Leistungskriterien, die auf die jeweilige Bildungseinrichtung bezogen sind, anknüpfen. Zudem sind sie diskriminierungsfrei festzulegen und zu handhaben. Wird ein Kandidat den entsprechenden Zulassungsvoraussetzungen gerecht, so besteht wiederum ein Anspruch auf Zulassung.¹⁰⁹⁷ **2410**

IV. Anerkennung von Abschlüssen

Ob solche subjektiven Zugangsvoraussetzungen erfüllt werden können, hängt vielfach auch von der Anerkennung von bestimmten Leistungen ab. Diese darf daher nicht dazu führen, dass Einzelnen der Zugang verwehrt wird, obgleich sie von den Fähigkeiten und Vorkenntnissen her dazu in der Lage wären, den entsprechenden Bildungsgang zu absolvieren. Daher besteht ein Anspruch darauf, dass Bildungsabschlüsse anerkannt werden. Das gilt nicht nur für diejenigen, die im Inland erworben wurden,¹⁰⁹⁸ sondern betrifft auch die im Ausland erlangten.¹⁰⁹⁹ Letztere müssen zumindest insoweit adäquat berücksichtigt werden, als sie gleichwertig sind.¹¹⁰⁰ **2411**

Zwar liegt dem letztgenannten Anspruch auch das Prinzip der Nichtdiskriminierung zugrunde. Indes ist Art. 14 Abs. 1 EGRC ein Jedermann-Recht und daher **2412**

¹⁰⁹³ S.u. Rn. 2413, Rn. 2416 ff.

¹⁰⁹⁴ S. bereits o. Rn. 2344.

¹⁰⁹⁵ Für eine etwaige Notwendigkeit, den Zugang zu den deutschen Universitäten eines Tages neu zu überdenken, *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 15.

¹⁰⁹⁶ S. z.B. EKMR, Entsch. vom 9.12.1980, Nr. 8844/80, DR 23, 228 (229 f.) – X./Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. vom 7.2.2006, Nr. 60856/00 (Rn. 48) – Mürsel Eren/Türkei; *Grabenwarter*, § 22 Rn. 75.

¹⁰⁹⁷ EGMR, Urt. vom 7.2.2006, Nr. 60856/00 (Rn. 48) – Mürsel Eren/Türkei.

¹⁰⁹⁸ S. bereits EGMR, Urt. vom 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298 (300) – „Belgischer Sprachenfall“.

¹⁰⁹⁹ Insoweit abl. allerdings EKMR, Entsch. vom 10.10.1985, Nr. 11655/85, DR 45, 300 (302) – Glazewska/Schweden; *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 15 a.E.

¹¹⁰⁰ Zu den Grundfreiheiten EuGH, Rs. C-340/89, Slg. 1991, I-2357 (2383 f., Rn. 15 ff.) – Vlassopoulou sowie *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1421 ff.

nicht auf Inländer beschränkt. Ausländer haben naturgemäß in ihrem Heimatstaat erworbene Abschlüsse. Daher liegt es in der Konsequenz des Charakters als Jedermann-Recht, dass auch diese Abschlüsse einbezogen und als Grundlage adäquat respektiert werden.

V. Inhaltliche Mindestvorgaben

- 2413** Ist damit der Bestand von Bildungseinrichtungen und ihre Zugänglichkeit vorgegeben, würde es sich ohne inhaltliche Vorgaben um eine leere Hülse handeln. Zwar wäre damit der Zugangsanspruch als solcher gewahrt. Zudem ist die grundsätzliche Kompetenz der Mitgliedstaaten im Bereich der Bildung zu respektieren. Daher haben die Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum, wie sie die Bildungseinrichtungen gestalten und welche Inhalte diese vermitteln.¹¹⁰¹ Schließlich ist bereits der institutionelle Charakter des Rechts sehr zurückhaltend zu handhaben, wurde er doch während der Beratungen bewusst beschnitten.¹¹⁰² Weiter handelt es sich gerade nicht um ein Leistungs-, sondern um ein bloßes Teilhaberecht.
- 2414** Aber auch ein Teilhaberecht kann nur wirksam wahrgenommen werden, wenn tatsächlich die Leistung, an welcher der Einzelne partizipieren soll, jedenfalls in einem Mindestmaß angeboten wird. Bildung setzt daher nicht nur den Bestand und die Organisation von Einrichtungen voraus, sondern auch, dass diese Inhalte vermitteln, welche dem Einzelnen Bildung ermöglichen. Der Unterricht an diesen Einrichtungen muss also zumindest den Namen Bildung verdienen.
- 2415** Aus Art. 14 Abs. 3 EGRC ergibt sich, dass das Recht der Eltern auf Erziehung und Unterricht ihrer Kinder berührt wird. Das impliziert, dass die Bildung die Erziehung und den Unterricht der Kinder umfasst, also auch diese Merkmale hat. Damit nicht vereinbar sind etwa bloße Verwahranstalten, die keinen inhaltlichen und erzieherischen Anspruch haben.

VI. Effektivität

- 2416** Grundrechte sind regelmäßig auf Effektivität angelegt. Darauf deutet für Art. 14 Abs. 1 EGRC auch die Formulierung „jede Person hat das Recht auf Bildung“. Auch der EGMR hebt in seiner Rechtsprechung hervor, dass das Recht auf Bildung in einer Art und Weise auszulegen und anzuwenden ist, dass seine Garantien konkret und effektiv sind.¹¹⁰³ Der Einzelne muss sich also bilden können. Dieses

¹¹⁰¹ S. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 154), NVwZ 2006, 1389 (1395) – Leyla Sahin/Türkei spricht nur von einem gewissen Gestaltungsspielraum, wobei die abschließende Entscheidung über die Übereinstimmung mit den Anforderungen der Konvention beim EGMR verbleiben soll. S. bereits EGMR, Urt. vom 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298 – „Belgischer Sprachenfall“; Grabenwarter, § 22 Rn. 75; Langenfeld, in: Grote/Maruhn, Kap. 23 Rn. 11.

¹¹⁰² S.o. Rn. 2382.

¹¹⁰³ S. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 136), NVwZ 2006, 1389 (1394) – Leyla Sahin/Türkei.

Recht ist auch vom Normtext her nicht lediglich auf einen Zugangsanspruch reduziert, wie dies im Hinblick auf die berufliche Ausbildung und Weiterbildung der Fall ist. Das impliziert, dass sich der Einzelne nach seinen Fähigkeiten bilden können muss. Grundlage dafür ist aber, dass das Bildungswesen ihm dies ermöglicht. Es muss daher so strukturiert sein, dass der Einzelne dieses Recht wirksam wahrnehmen kann.

Aufgrund kompetenzieller Grenzen kann damit den Mitgliedstaaten zwar keine bestimmte Unterrichtsstruktur und -abfolge vorgegeben werden. So ist darüber nicht etwa die Existenz oder gar die finanzielle Förderung von Privatschulen abgesichert.¹¹⁰⁴ Indes müssen die nationalen Stellen jedenfalls im Rahmen staatlicher Schulen darauf achten, dass die Bildungsinhalte so vermittelt werden, dass der Einzelne sein Recht auf Bildung wirksam wahrnehmen kann. Unter diesem Blickwinkel muss sich die Konzeption des Bildungswesens nach Effektivitätsgesichtspunkten richten.¹¹⁰⁵ **2417**

Damit ist kein Leistungsanspruch gesichert, etwa auf einen bestimmten Grad an individueller Förderung oder auf eine spezifisch den eigenen Bedürfnissen gerecht werdende Ausgestaltung des Unterrichts. Das Bildungssystem muss nur insgesamt dem Einzelnen ermöglichen, sein Recht auf Bildung wirksam wahrzunehmen, und zwar ausgehend von seinen Fähigkeiten und Vorkenntnissen. So müssen etwa nicht sämtliche Universitäten alle Studienrichtungen anbieten. Wie die Schulen effektiv ausgestaltet werden müssen, unterliegt stark unterschiedlichen Vorstellungen und Einschätzungen. Auf individuelle Anlagen kann jedenfalls in einem ausdifferenzierten Bildungssystem eingegangen werden. Ein Anspruch auf vollständige Entfaltung bei einer möglichst baldigen Differenzierung oder auf individuellen Förderung etwa auch im Rahmen einer längeren Einheitsschule widerspräche indes dem Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten.¹¹⁰⁶ Der Effektivitätsgrundsatz sichert daher nur in diesem Umfang eine wirksame Teilhabe ab und gewährleistet damit die effektive Wahrnehmung eines Freiheitsrechts. **2418**

VII. Neutralität

Unter den Freiheitsrechten platziert, impliziert das Recht auf Bildung auch einen gewissen inhaltlichen Freiheitsanspruch. Staatliche Bildungseinrichtungen dürfen daher nicht für Indoktrinationszwecke missbraucht werden. Sie müssen die Neutralität wahren. Inhaltlicher Leitmaßstab müssen die Grundsätze der Toleranz und Pluralität sein.¹¹⁰⁷ Wäre dies nicht der Fall, könnte zudem das Grundrecht auf Gedanken- und Religionsfreiheit unterlaufen werden. Gerade dieses wird in Art. 14 Abs. 3 EGRC genannt. **2419**

¹¹⁰⁴ Vgl. allerdings zur – insoweit eher engeren (u. Rn. 2383) – EMRK *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 51 a.E.

¹¹⁰⁵ So zu Recht *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 13.

¹¹⁰⁶ S. bereits o. Rn. 2408 im Hinblick auf eine Minimalgarantie.

¹¹⁰⁷ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 13 unter Verweis auf EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5095/71 u.a., NJW 1977, 487 – Kjeldsen u.a./Dänemark; dazu näher u. Rn. 2459 f.

- 2420** Dieser Bezug belegt, wie eng staatliche Einrichtungen, in denen Bildung gepflegt wird, mit diesem Grundrecht in Verbindung stehen. Das gilt nicht nur für die Forschung, sondern auch dafür, dass der Einzelne sich entweder selbst mit Bildungsinhalten vertraut macht oder diese wie zumeist in der Schule an ihn herangetragen werden. Diese Vorgänge bleiben nur ohne negative Rückwirkungen auf die Gedankenfreiheit, wenn die Bildungsmaterialien nicht einseitig ausgerichtet sind. Daher muss sich der Staat hier strikte Ausgewogenheit und Neutralität auferlegen. Sie gilt nicht nur für den Zugang zu Bildungseinrichtungen, sondern auch für deren Ausgestaltung. Die Wahrung des säkularen Charakters einer Bildungseinrichtung hat der EGMR daher konsequenterweise auch als legitimes Ziel bei der Ausgestaltung der Studienbedingungen anerkannt.¹¹⁰⁸
- 2421** Zudem macht der Staat nur bei Wahrung des Neutralitätsgrundsatzes den Einzelnen zu einem mündigen und unabhängigen Bürger, der nicht von ihm einseitig ausgerichtet ist. Nur so legt er auch die Basis dafür, dass die unterschiedlichen Gruppen später im Staatswesen in gegenseitiger Achtung zusammenleben. Toleranz und Pluralität wollen vorgelebt sein. Sie ergeben sich nicht nur aus einer Gesamtschau anderer Gewährleistungen,¹¹⁰⁹ sondern aus der Bildungsgewährleistung selbst.

VIII. Bildungspflicht

- 2422** Dem Charakter des Rechts auf Bildung scheint vordergründig eine Bildungspflicht zu widersprechen. Indes ist eine Elementarbildung Grundlage für jede weitere Bildung. Zudem setzt Art. 14 Abs. 2 EGRC ausdrücklich die Teilnahme am Pflichtschulunterricht voraus. Daher besteht kein Grundrecht auf Freiheit von Bildung und damit kein negatives Bildungsgrundrecht.¹¹¹⁰ Im Vordergrund steht vielmehr das Recht auf positive Bildung. Will man einen Anspruch auf einen Hauptschulabschluss festlegen, könnte dieser auch verpflichtend sein, handelt es sich doch immer mehr um eine unabdingbare Grundlage für den Einstieg ins Berufsleben.
- 2423** Ein Abwehranspruch besteht höchstens bei höheren Bildungsstufen, etwa im Rahmen beruflicher Aus- und Weiterbildung. Daher ist es auch problematisch, die Hauptbedeutung des Grundrechts in seinen negativen Inhalten zu sehen.¹¹¹¹ Aber selbst bei der beruflichen Aus- und Weiterbildung kann kein strikter Abwehranspruch bestehen. Ansonsten könnte der Einzelne seine berufliche Aus- und Weiterbildung sogar dann verweigern, wenn er sie benötigt, um wieder im Berufsleben Fuß zu fassen und damit keine Leistungen der Allgemeinheit mehr in Anspruch nehmen zu müssen. Der Staat kann insoweit die Gewährung von Leistungen sehr

¹¹⁰⁸ S. EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 158), NVwZ 2006, 1389 (1396) – Leyla Sahin/Türkei.

¹¹⁰⁹ So *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 14 a.E. unter Verweis auf das Diskriminierungsverbot und die Garantie der Menschenwürde.

¹¹¹⁰ S. *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 15 a.E. Auch *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 40; *Grabenwarter*, § 22 Rn. 71; *Langenfeld*, in: Grote/Maruhn, Kap. 23 Rn. 19.

¹¹¹¹ So *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 13.

wohl an eine berufliche Aus- und Weiterbildung knüpfen. Dass der Einzelne sich einbringt und bildet, ist auch Ausdruck seiner Würde und seiner Einbindung in die Gemeinschaft, die in einer Industriegesellschaft notwendig arbeitsteilig ist und eine hohe Qualifizierung bzw. Spezialisierung des Einzelnen voraussetzt.

IX. Schwächere Aus- und Weiterbildungsfreiheit

Da Art. 14 Abs. 1 EGRC für die berufliche Aus- und Weiterbildung nur den Zugang eigens betont, ist in diesem Bereich der grundrechtliche Schutz schwächer ausgeprägt als im Recht auf (Schul-)Bildung.¹¹¹² Damit bestehen hier auch keine inhaltlichen Anforderungen an die berufliche Aus- und Weiterbildung aus Effektivitätsgründen.¹¹¹³ Vergleichbar zum Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 EGRC muss auch der Zugang zur beruflichen Aus- und Weiterbildung daran anknüpfen, inwieweit hierfür Einrichtungen in den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen. 2424

Wegen der nationalen Kompetenz im Bildungsbereich wird es daher den Mitgliedstaaten auch freigestellt sein müssen, in welchen Bereichen sie solche Einrichtungen aufbauen. Dies muss also im Gegensatz zur schulischen Elementarausbildung nicht durchgehend der Fall sein. Dass sie sich um die Installierung einer solchen beruflichen Bildung bemühen, folgt allerdings aus den internationalen Verpflichtungen. Art. 10 ESC¹¹¹⁴ enthält hierfür sehr detaillierte, wenngleich nicht individuell einforderbare Vorgaben,¹¹¹⁵ die sich sogar auf den Zugang zu technischen Hochschulen und Universitäten für eine fachliche bzw. eine berufliche Ausbildung beziehen.¹¹¹⁶ 2425

Eine grundrechtliche Verstärkung aus Art. 14 EGRC ergibt sich daraus, dass der Zugang nicht nur nach Art. 36 EGRC unter dem Vorbehalt einzelstaatlicher Rechtsvorschriften gewährt wird. Daher wird auch das Bestehen beruflicher Aus- und Weiterbildung in Art. 14 Abs. 1 EGRC vorausgesetzt, allerdings nicht so stark wie im Schulbereich. 2426

Auch an Einrichtungen der beruflichen Aus- und Weiterbildung besteht ein Teilhaberecht und damit ein Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zu ihnen, mithin ohne Diskriminierung. Gleichwohl darf an bestehende Fähigkeiten und Vorkenntnisse angeknüpft werden. Daraus können quantitative oder qualitative Beschränkungen folgen.¹¹¹⁷ 2427

¹¹¹² Ebenso *Odendahl*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 39 Rn. 38.

¹¹¹³ Vgl. dagegen o. Rn. 2416 ff. zum Recht auf (Schul-)Bildung.

¹¹¹⁴ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹¹¹⁵ S.o. Rn. 2385 f.

¹¹¹⁶ S.o. Rn. 2401 ff.

¹¹¹⁷ S.o. Rn. 2410.

X. Abgrenzung zum Diskriminierungsverbot

- 2428** Damit gewährleistet das Recht auf Bildung auf allen Bildungsebenen, die von Art. 14 EGRC umfasst sind, insbesondere einen Teilhabeanspruch unter Wahrung des Diskriminierungsverbotes. Ein solches besteht bereits allgemein und nicht bildungsspezifisch. Aus diesem folgen bereits Ansprüche auf Gleichbehandlung mit den einheimischen Staatsangehörigen.¹¹¹⁸ Diese existieren aber nur für Unionsbürger. Insoweit erweitert Art. 14 EGRC den Anspruch, nicht diskriminiert zu werden, auf alle Personen.¹¹¹⁹ Es handelt sich gerade um ein Jedermann-Grundrecht. Es können sich also auch Drittstaatsangehörige auf Art. 14 EGRC berufen.
- 2429** Allerdings besteht für Drittstaatsangehörige nur ein Bildungsanspruch als solcher, hingegen kein Anspruch auf vollständige Gleichbehandlung mit den einheimischen Staatsangehörigen. Das ist gerade die Besonderheit des europäischen Diskriminierungsverbotes und folgt daher diesem. Nur im Anwendungsbereich der europäischen Verträge und damit nicht für jedermann verbietet Art. 21 Abs. 2 EGRC eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Eine Gleichstellung kann hier nur erfolgen, wenn sie in Assoziierungsabkommen zugesichert ist, so etwa zugunsten türkischer Staatsangehöriger.¹¹²⁰ So können etwa bei begrenzter Kapazität Plätze an Bildungseinrichtungen bevorzugt an eigene Staatsangehörige vergeben werden.¹¹²¹ Dieses Vorgehen ist aber bei Unionsbürgern ausgeschlossen.¹¹²²

XI. Eingeschränkte Verpflichtung der Mitgliedstaaten

- 2430** Der Bildungsbereich unterliegt weiterhin nationaler Gestaltung. Daher dürfen die inhaltlichen und auch die organisatorischen Vorgaben nicht unmittelbar in die Bildungsstruktur der Mitgliedstaaten eingreifen. Die europäischen Grundrechte erstrecken sich nach Art. 51 Abs. 1 EGRC nur auf die Unionsorgane und die Durchführung des Rechts der Union durch die Mitgliedstaaten. Daher sind die Mitgliedstaaten im Wesentlichen nicht an Art. 14 EGRC gebunden.¹¹²³
- 2431** Ansatzpunkte für eine Bindung nationaler Stellen sind am ehesten Benachteiligungen von Bildungsinteressierten aus anderen Mitgliedstaaten, die im Rahmen des allgemeinen Aufenthaltsrechts oder der Arbeitnehmerfreizügigkeit bei ihnen leben. Sobald es sich nämlich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt, sind die europäischen Grundrechte anwendbar. Das gilt nach hiesiger Konzeption selbst dann, wenn keine Unionskompetenz besteht, sondern nur eine Grund-

¹¹¹⁸ S.o. Rn. 2392 f., 2404 ff, 2412.

¹¹¹⁹ So auch zu Art. 2 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK: *Grabenwarter*, § 22 Rn. 75.

¹¹²⁰ S. EuGH, Rs. C-374/03, Slg. 2005, I-6199 – Gürol; spezifisch hier *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 35 mit Fn. 57.

¹¹²¹ S. *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 58 m.w.N.

¹¹²² S.u. Rn. 2468.

¹¹²³ *Caspar*, RdJB 2001, 165 (174); *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 33, 46.

freiheit bzw. das allgemeine Aufenthaltsrecht einschlägig ist.¹¹²⁴ Werden Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten eingeschränkt, müssen bei der Rechtfertigung die EU-Grundrechte gewahrt bleiben. Darüber können dann die inhaltlichen Vorgaben aus Art. 14 Abs. 1 EGRC zum Maßstab genommen werden. Das gilt etwa dann, wenn der Zugang von Unionsbürgern infolge Kapazitätserschöpfung verwehrt wird oder wenn das Schulsystem so ausgerichtet ist, dass Kinder von Unionsbürgern aufgrund der inhaltlichen Struktur des Schulsystems wesentlich größere Schwierigkeiten haben als einheimische Schüler.

Da allerdings Art. 14 Abs. 1 EGRC kein Leistungsrecht vermittelt, besteht kein Anspruch auf individuelle Förderung.¹¹²⁵ Damit darf sehr wohl an die spezifischen Vorkenntnisse auch sprachlicher Natur von Kindern aus anderen EU-Staaten angeknüpft werden. Darauf können sich Differenzierungen gründen. Allerdings sind beim Zugang zu Einrichtungen deren Zeugnisse adäquat zu berücksichtigen.¹¹²⁶ Nur soweit die nationalen Schulen darüber hinaus auch für Einheimische spezifische Zugangsvoraussetzungen stellen, dürfen diese für Kinder und auch Erwachsene beim Zugang zu Bildungseinrichtungen eigens abgeprüft werden. Damit gibt es durchaus einige Anwendungsfelder, welche spezifisch die Mitgliedstaaten aus Art. 14 Abs. 1 EGRC verpflichten. **2432**

XII. Bindung der Unionsorgane

Das in Art. 51 Abs. 1 EGRC an erster Stelle genannte Unionshandeln liegt aufgrund der Kompetenzverteilung nach Art. 149 und 150 EG/165 und 166 AEUV nur im fördernden und ergänzenden Bereich. Bei der Auswahl der Fördermaßnahmen haben dann die Unionsorgane darauf zu achten, dass die inhaltlichen Vorgaben nach Art. 14 Abs. 1 EGRC gewahrt werden. Sie können daher nicht Einheiten fördern, welche etwa nicht einem Geist der Toleranz verpflichtet sind. **2433**

Zudem müssen die Unionsorgane dann, wenn sie ergänzende Maßnahmen ergreifen und dadurch etwa nach Art. 150 Abs. 2 2. Spiegelstrich EG/166 Abs. 2 2. Spiegelstrich AEUV die berufliche Erstausbildung und Weiterbildung verbessern, um die berufliche Eingliederung und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt zu erleichtern, ebenfalls darauf achten, dass die bestehenden Angebote in weitem Umfang zugänglich sind. Jedoch ist gerade in diesem Bereich die inhaltliche Bindung praktisch nicht ausgeprägt.¹¹²⁷ **2434**

Umgekehrt ist für den schulischen Bereich keine spezifische Kompetenzgrundlage wie in Art. 150 EG/166 AEUV für den beruflichen Sektor vorhanden. Daher geht von Art. 14 Abs. 1 EGRC für die Bildungspolitik der Union nur eine sehr geringe prägende Wirkung aus. **2435**

¹¹²⁴ S.o. Rn. 262 ff.

¹¹²⁵ S. auch o. Rn. 2416 ff., 2418.

¹¹²⁶ S.o. Rn. 2412.

¹¹²⁷ S.o. Rn. 2424 f.

E. Schulische Rechte

I. Unentgeltliche Teilnahme am Pflichtschulunterricht

1. Spezifische Teilhabekomponente

2436 Über die allgemein durch Art. 14 Abs. 1 EGRC garantierten Rechte auf diskriminierungsfreien Zugang zu Bildungseinrichtungen einschließlich der damit zusammenhängenden organisatorischen und inhaltlichen Komponenten¹¹²⁸ garantiert Art. 14 Abs. 2 EGRC als Bestandteil dieses Rechts auf Bildung die Möglichkeit, unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen. Damit wird auch eine materielle Komponente einbezogen, obgleich es sich insgesamt um kein Leistungsrecht handelt.

2437 Dazu steht aber Art. 14 Abs. 2 EGRC nicht in Widerspruch. Es wird nur eine wirtschaftliche Rahmenbedingung gewährleistet, um das Freiheitsrecht auf Bildung effektiv wahrnehmen zu können. Die Entgeltlichkeit einer Schulpflicht würde insoweit eine Hürde errichten. Sie stünde auch im Gegensatz zum Pflichtcharakter des Schulbesuchs. Vielmehr sollen die finanziellen Belastungen daraus kompensiert werden. Es gilt der Grundsatz des unentgeltlichen Schulbesuchs.¹¹²⁹ Damit erhält das Teilhaberecht auf Besuch einer Schule einen besonderen Charakter.¹¹³⁰

2. Kein Ausschluss von Schulgeld

2438 Allerdings eröffnet Art. 14 Abs. 2 EGRC nur die Möglichkeit zum kostenlosen Schulbesuch. Es besteht mithin keine Pflicht dazu. Daher können auch weiterhin Privatschulen ihre Leistungen entgeltlich anbieten. Zudem können einzelne Veranstaltungen entgeltlich abgehalten werden.¹¹³¹ Es muss nur jedes Kind die Gelegenheit haben, ohne Kosten Pflichtschulunterricht zu erhalten.¹¹³² Eine andere Frage ist dann die, ob Kinder, welche auf kostenpflichtige Privatschulen gehen bzw. partiell kostenpflichtige Veranstaltungen in Anspruch nehmen, zu unterstützen sind. Einen solchen Ausgleich sehen die Erläuterungen zur EGRC nur für besondere Unterrichtsformen vor, nicht aber für Privatschulen.¹¹³³

3. Umfang der Unentgeltlichkeit

2439 Die unentgeltliche Teilnahme am Pflichtschulunterricht betrifft jedenfalls diesen selbst. Für Unterrichtszwecke an verpflichtenden staatlichen Schulen darf daher

¹¹²⁸ S.o. Rn. 2404 ff.

¹¹²⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹³⁰ Caspar, RdJB 2001, 165 (169): besonderes Teilhaberecht.

¹¹³¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹³² S. Kempen, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 16; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 41.

¹¹³³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

kein Schulgeld genommen werden. Ebenso wenig dürfen dies Privatschulen, die durch den Staat verpflichtend gemacht werden und damit staatliche Schulen ersetzen, so dass die Eltern keine andere Wahl haben.

Zum Schulunterricht gehören eigentlich auch Bücher sowie die Fahrt zur Schule selbst, so dass diese ebenfalls kostenlos sein müssten. Allerdings bildet Art. 14 Abs. 2 EGRC kein Leistungsrecht.¹¹³⁴ Das spricht gegen solche Ansprüche auf staatliche finanzielle Zuwendung, und sei es auch als Ersatz für vorgeschriebenen Bedarf wie Schulbücher.¹¹³⁵ Zudem ordnen die Verfassungen der Mitgliedstaaten, die einen unentgeltlichen Bezug auch von Lehrmitteln enthalten, diesen regelmäßig eigenständig an.¹¹³⁶ Umgekehrt verlangen die Erläuterungen zur EGRC, dass alle entstehenden finanziellen Nachteile ausgeglichen werden.¹¹³⁷ Indes ist diese Wendung in ihrem Bezug nicht eindeutig und begründet daher keine notwendige Ersatzpflicht für Lernmittel und Fahrtkosten etc.¹¹³⁸ Sie besteht höchstens insofern, als ohne sie die Schulpflicht selbst ad absurdum geführt wird, weil sie für sozial Schwache unerschwinglich wird. Dann handelt es sich weniger um einen Leistungsanspruch als vielmehr um die Sicherung der Grundlagen des Rechts selbst.

2440

II. Freiheit zur Lehranstaltsgründung

1. Erfasste Bildungseinrichtungen

a) Bildungsstufen

Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten wird vor allem Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK entnommen.¹¹³⁹ Auch deren Schaffung ist Ausdruck des Rechts auf Bildung, das hier anderen zur Verfügung gestellt wird. Damit führt Art. 14 Abs. 3 EGRC auch insoweit die EMRK fort und unterliegt Art. 52 Abs. 3 EGRC.

2441

Lehranstalten sind vor allem Schulen, wie sich aus dem weiteren Gehalt, dem Erziehungsrecht der Eltern ergibt.¹¹⁴⁰ Es wird nicht zwischen privaten und öffentlichen Bildungseinrichtungen differenziert. Daher werden beide von diesem Recht

2442

¹¹³⁴ S.o. Rn. 2381.

¹¹³⁵ Gegen die Unentgeltlichkeit der Unterrichtsmaterialien auch *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 GRCh Rn. 3.

¹¹³⁶ *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 16; *Langenfeld*, in: Grote/Marauhn, Kap. 23 Rn. 11.

¹¹³⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹³⁸ Zweifelnd auch *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 16 trotz Verweises auf die Erläuterungen in Fn. 49; an diese anknüpfend allerdings *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 14.

¹¹³⁹ EKMR, Entsch. vom 6.3.1987, Nr. 11533/85 (Rn. 1 f.), EuGRZ 1988, 282 (283) – Jorbedo/Schweden; Entsch. vom 6.9.1995, DR 82, 41 (45) – Verein gemeinsam Lernen; zurückhaltend aber *Grabenwarter*, § 22 Rn. 79, der das Recht zur Gründung von Privatschulen lediglich als ein Mittel zur Sicherung der Elternrechte betrachtet.

¹¹⁴⁰ *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 11.

umfasst,¹¹⁴¹ obwohl die meisten Verfassungen der Mitgliedstaaten sich nur auf private Gründungen beziehen.¹¹⁴² Es sind denn auch insbesondere private Bildungseinrichtungen gemeint,¹¹⁴³ stellen doch die Erläuterungen zur EGRC insoweit einen Zusammenhang zur unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 EGRC her.¹¹⁴⁴ Deshalb ist der offene Begriff der Lehranstalten über Schulen hinaus auf außerschulische Bildungseinrichtungen zu beziehen.¹¹⁴⁵

2443 Sieht man dieses Recht zur Gründung von Lehranstalten in Bezug auf das Erziehungsrecht der Eltern, kann es sich eigentlich nicht um Einrichtungen im Bereich der Erwachsenenbildung handeln, sondern es geht um die Fortbildung von Schülern. Eingeschlossen ist allerdings dann auch der Vorschulbereich, greift doch auch hier das Erziehungsrecht der Eltern ein.

2444 Im Übrigen ist dieser Zusammenhang nicht notwendig durchgehend zwingend. Ihm entspricht zwar, dass die unentgeltliche Teilnahme am Pflichtschulunterricht in Art. 14 Abs. 2 EGRC vorgeschaltet ist. Indes bezieht sich Art. 14 Abs. 1 EGRC auch auf die berufliche Bildung. Die Gründung von Lehranstalten ist neben das Erziehungsrecht der Eltern in Art. 14 Abs. 3 EGRC gestellt. Daher kann sie auch davon unabhängig sein. Damit ist auch die Gründung von Lehranstalten zur beruflichen Bildung von Art. 14 Abs. 3 EGRC abgesichert, ebenso die der ebenfalls vom Bildungsgrundrecht umfassten Universitäten.¹¹⁴⁶

b) Inhaltliche Grundbedingungen

2445 Als inhaltliche Anforderung stellt Art. 14 Abs. 3 EGRC für die Gründung von Lehranstalten die Achtung der demokratischen Grundsätze auf. Damit kommen die Lehranstalten nicht in den Genuss dieses Rechtes, die die Verfassung der Union oder eines Mitgliedstaates bekämpfen.¹¹⁴⁷ Die demokratischen Grundsätze sind aber weiter zu verstehen. Das Recht auf Bildung steht im engen Zusammenhang mit Toleranz und Offenheit.¹¹⁴⁸ Diese sind auch zentrale Merkmale einer demokratischen Gesellschaft, wie der EGMR verschiedentlich herausgearbeitet hat.¹¹⁴⁹ Daher sind diese Merkmale auch hier Bestandteil der demokratischen Grundsätze.

2446 Zudem kann schwerlich das insgesamt auf die Grundsätze von Offenheit und Toleranz gebaute Bildungsrecht in Lehranstalten erfolgen können, welche diese Grundsätze missachten. Es können zwar private Schulen eine Ausrichtung verfolgen, die den religiösen oder weltanschaulichen Vorstellungen des Staates wider-

¹¹⁴¹ So auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22); diese als nicht nachvollziehbar bezeichnend insoweit *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 11 a.E.

¹¹⁴² *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 43.

¹¹⁴³ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 43.

¹¹⁴⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹⁴⁵ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 11.

¹¹⁴⁶ Vgl. o. Rn. 2375, 2397 ff., 2402 f.

¹¹⁴⁷ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 17.

¹¹⁴⁸ S.o. Rn. 2419 ff.

¹¹⁴⁹ S.o. Rn. 1600 ff. für die Religionsfreiheit, o. Rn. 1890, 1897 für die Meinungsfreiheit; EGMR, Urt. vom 10.11.2005, Nr. 44774/98 (Rn. 136), NVwZ 2006, 1389 (1394) – Leyla Sahin/Türkei.

spricht.¹¹⁵⁰ Indes müssen sie darüber hinaus ein „gewisses Maß an Offenheit, Toleranz, Pluralismus und Nichtdiskriminierung“ wahren.¹¹⁵¹

Diese Grundlagenbedingungen können vom Staat unabhängig davon eingefordert werden, ob er die Schulen subventioniert oder als Ersatzschulen anerkennt. Vielmehr muss der Staat das Recht auf Bildung gewährleisten.¹¹⁵² Allerdings verfügen Privatschulen über tendenziell weitere Spielräume,¹¹⁵³ haben sie doch vielfach eine bestimmte z.B. religiöse Ausrichtung, deretwegen sie von den Eltern gewählt werden, so dass sich darin das Bildungs- und Erziehungsrecht gerade aktualisiert. 2447

2. Gewährleistungen

Die Freiheit zur Gründung umfasst, eine solche Lehranstalt zu errichten und zu organisieren. Es dürfen auch keine übermäßigen formalen Hürden aufgebaut werden. Indes darf wegen der hier befürworteten inhaltlichen Vorgaben kontrolliert werden, ob die Lehranstalt ein Mindestmaß an Offenheit und Toleranz wahrt, so dass auch ein Genehmigungserfordernis zulässig ist.¹¹⁵⁴ Sind die genannten inhaltlichen Vorgaben erfüllt und auch die sonstigen im nationalen Recht aufgestellten Bildungsanforderungen gewahrt, hat der Staat eine solche Schule anzuerkennen, wenn er dies auch für andere Privatschulen vorsieht. Insoweit geht Art. 14 EGRC über Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK hinaus, der weder eine Pflicht zur Anerkennung¹¹⁵⁵ noch eine solche zur Subventionierung von Privatschulen¹¹⁵⁶ beinhaltet. Die finanzielle Ausstattung muss jedoch auch nach Art. 14 EGRC der Gründer selbst besorgen oder über Beiträge der Eltern sicherstellen. Es besteht kein Anspruch auf Subventionen des Staates,¹¹⁵⁷ da Art. 14 EGRC insgesamt kein Leistungsrecht darstellt und zudem der Wortlaut der Gründung sich darauf nicht erstreckt. 2448

Wie die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten im Einzelnen gewährleistet wird, richtet sich nach den einzelstaatlichen Gesetzen. Diese regeln nach Art. 14 Abs. 3 EGRC die nähere Ausübung. Auch insoweit wird daher die Kompetenz der 2449

¹¹⁵⁰ So auch *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 17.

¹¹⁵¹ So zutreffend *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 19; insoweit abl. *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 17 in Fn. 50.

¹¹⁵² Im Hinblick auf Körperstrafen EGMR, Urt. vom 25.3.1993, Nr. 13134/87 (Rn. 26 ff.), ÖJZ 1993, 707 (708) – Costello-Roberts/Vereinigtes Königreich.

¹¹⁵³ *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 69 a.E.

¹¹⁵⁴ Zur EMRK *Grabenwarter*, § 22 Rn. 80.

¹¹⁵⁵ Bereits EKMR, Entsch. vom 17.12.1968, Nr. 3798/68, CD 29, 70 (78) – Kirche von X./Vereinigtes Königreich; für eine Zulassung von Privatschulen hingegen *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 49 ff. m.w.N.

¹¹⁵⁶ Z.B. EKMR, Entsch. vom 7.12.1982, Nr. 9461/81, DR 31, 210 (211) – X. u. Y./Vereinigtes Königreich; Entsch. vom 6.3.1987, Nr. 11533/85 (Rn. 1 f.), EuGRZ 1988, 282 (283) – Jorbedo/Schweden; auch *Grabenwarter*, § 22 Rn. 80; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 2 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK Rn. 9.

¹¹⁵⁷ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 43 a.E.

Mitgliedstaaten im Bildungsbereich gewährt. Inhaltliche Einflüsse bestehen allerdings insbesondere im grenzüberschreitenden Verkehr, so wenn eine Gesellschaft in einem anderen EU-Staat eine Privatschule errichten will. Dann wird aber regelmäßig auch in die Niederlassungsfreiheit eingreifen, soweit eine entgeltliche Leistung angeboten wird.¹¹⁵⁸

3. Berechtigte

- 2450** Da die Freiheit zur Gründung von öffentlichen oder privaten Lehranstalten als einer der Aspekte der unternehmerischen Freiheit garantiert wird,¹¹⁵⁹ muss auch der Kreis der Berechtigten parallel liegen. Daher haben auch juristische Personen dieses Grundrecht.¹¹⁶⁰ Es werden vor allem sie sein, die private Lehranstalten betreiben. Dass sie auch öffentliche Lehranstalten gründen, ist allerdings höchstens insoweit denkbar, als sie dazu von öffentlich-rechtlichen Trägern beauftragt werden. Ob dies möglich ist, hängt von den nationalen Regelungen ab. Jedenfalls kann die Union auch die Gründung von öffentlichen Lehranstalten nicht beschränken. Selbst dann, wenn sie dies den Mitgliedstaaten gegenüber täte, würde sie zumindest die privaten Unternehmen als Grundrechtsberechtigte beeinträchtigen, sofern ihre Beauftragung durch die Mitgliedstaaten in Betracht käme.
- 2451** Im Übrigen gibt es auch an anderer Stelle in der EGRC jedenfalls Grundsätze, die einen Freiraum der Mitgliedstaaten gewährleisten. Das ist vor allem dann der Fall, wenn ein Vorbehalt der einzelstaatlichen Gesetze besteht, wie dies auch für den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 EGRC der Fall ist.¹¹⁶¹

III. Erziehungsrecht der Eltern

- 2452** Art. 14 Abs. 3 EGRC gibt den Eltern das Recht, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen. Auch dieses Recht steht unter dem Vorbehalt der einzelstaatlichen Gesetze. Diese regeln die nähere Ausübung. Auch darauf erstreckt sich mithin die Kompetenz der Mitgliedstaaten im Bildungsbereich.
- 2453** Die Union wie auch die Mitgliedstaaten in Durchführung des Unionsrechts haben aber dieses Elternrecht zu achten. Dieses ist also insbesondere zu respektieren, wenn es um Maßnahmen zur Förderung der Bildung auf der Basis von Art. 149 EG/165 AEUV geht, die eine bestimmte Schulrichtung betreffen und die Gefahr in sich bergen, durch inhaltliche Aufladung bzw. Ausdehnung des Schulunterrichts das Recht der Eltern zu unterlaufen.

¹¹⁵⁸ Vgl. o. Rn. 2394 ff.

¹¹⁵⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹⁶⁰ Anders für den nicht die Privatschulfreiheit umfassenden Art. 2 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK die EKMR, Entsch. vom 6.3.1987, Nr. 11533/85 (Rn. 1 f.), EuGRZ 1988, 282 (283) – Jorbedo/Schweden; krit. *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 18.

¹¹⁶¹ S. insoweit u. Rn. 4284 ff.

Auch die Union darf sich damit nicht an die Stelle der Eltern setzen und über die Erziehung ihrer Kinder grundsätzlich selbst entscheiden. Dieses Recht ist den Eltern zugewiesen. Daher geht es nicht nur darum, dass die Eltern die Bildungsfreiheit des Kindes sichern, indem es sich um ein „Recht auf Bildung unter elterlichem Einfluss“ handelt.¹¹⁶² Die Eltern sind nicht nur Treuhänder, sondern selbst subjektiv berechtigt. Sie können daher auch eigene Vorstellungen einbringen. Sie müssen dabei aber Rücksicht auf das zunehmende Alter und damit auch die fortschreitende Selbstständigkeit des Kindes nehmen. Daher ist Art. 24 EGRC mit einzubeziehen.¹¹⁶³ **2454**

Allerdings wird gerade kein Vorbehalt wie in Art. 24 Abs. 2 EGRC gemacht, wonach das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein muss. Damit können die Eltern ihre Belange a priori gleichgeordnet zur Geltung bringen. Jedoch statuiert Art. 24 Abs. 2 EGRC ebenfalls keinen automatischen Vorrang der Kindesinteressen; ihr Übergehen verlangt freilich gewichtige Gegenargumente.¹¹⁶⁴ Indes müssen die Eltern auch im Rahmen von Art. 14 Abs. 3 EGRC das Wohl des Kindes adäquat wahren. Indem Art. 14 Abs. 1 EGRC ein Jedermann-Recht enthält, steht dieses Recht auf Bildung auch dem Kind zu. Es ist daher zu achten. Insoweit darf kein Widerspruch auftreten.¹¹⁶⁵ Zudem ist auch die religiöse und weltanschauliche Entwicklung des Kindes einzubeziehen. Daher sind dann auch die aufkommenden religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen des Kindes zu berücksichtigen. Je weiter diese sich entwickeln, desto eher tritt das Recht der Eltern zurück.¹¹⁶⁶ **2455**

Die religiösen Überzeugungen richten sich vom Gehalt her nach Art. 10 Abs. 1 EGRC. Wie in diesem Grundrecht werden die weltanschaulichen Überzeugungen ausdrücklich an die Seite gestellt. Sie sind auch in Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK eigens erwähnt und werden dafür als „Ansichten“ definiert, „die einen bestimmten Grad an Überzeugungskraft, Ernsthaftigkeit, Geschlossenheit und Gewichtigkeit erreichen“ und daher in einer „demokratischen Gesellschaft Achtung verdienen ... und nicht mit der menschlichen Würde unvereinbar sind; sie dürfen weiter nicht dem Grundrecht des Kindes auf Bildung widersprechen, weil der ganze Art. 2 Zusatzprotokoll von seinem ersten Satz beherrscht wird“.¹¹⁶⁷ **2456**

Während die allgemeinen Merkmale denen der in Art. 10 Abs. 1 EGRC der religiösen gleichgestellten weltanschaulichen Überzeugung entsprechen,¹¹⁶⁸ kommen **2457**

¹¹⁶² So Bernsdorff, in: Meyer, Art. 14 Rn. 18; ebenso Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 44.

¹¹⁶³ Darauf verweisend auch Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹⁶⁴ Näher u. Rn. 3465.

¹¹⁶⁵ EGMR, Urt. vom 25.2.1982, Nr. 7511 u. 7743/76 (Rn. 36), EuGRZ 1982, 153 (156) – Campbell u. Cosans/Vereinigtes Königreich.; auch Urt. vom 25.3.1993, Nr. 13134/87 (Rn. 27), ÖJZ 1993, 707 (708) – Costello-Roberts/Vereinigtes Königreich; Frowein/Peukert, Art. 2 des 1. ZP Rn. 5.

¹¹⁶⁶ Insoweit zutreffend Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 44; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 GRCh Rn. 15.

¹¹⁶⁷ EGMR, Urt. vom 25.2.1982, Nr. 7511 u. 7743/76 (Rn. 36), EuGRZ 1982, 153 (156) – Campbell u. Cosans/Vereinigtes Königreich.

¹¹⁶⁸ Vgl. o. Rn. 1597.

spezifische bildungsbezogene Aspekte hinzu, die einige weltanschauliche Überzeugungen der Eltern nicht auf das Erziehungsrecht durchschlagen lassen. Zwar stellen Ansichten über den Einsatz der Prügelstrafe wegen ihrer Auswirkungen und der Antastung der Integrität einer Person eine weltanschauliche Überzeugung dar,¹¹⁶⁹ wenn man sie im System des Art. 14 Abs. 3 EGRC nicht eher zu den erzieherischen Überzeugungen rechnet. Die erzieherischen Überzeugungen beziehen sich auf die pädagogischen Grundsätze.¹¹⁷⁰ Dazu gehören vor allem grundlegende Vorstellungen über die Erziehung. Gerade diese müssen sich an der fortschreitenden Entwicklung des Kindes ausrichten und daher irrelevant sein, wenn sie dessen Grundrecht auf Bildung oder gar seiner Würde widersprechen. Dies trifft für die Prügelstrafe bereits bei Kleinkindern zu. Schon deshalb ist daher ihr Einsatz in Schulen ausgeschlossen, nicht nur wegen entsprechender Vorstellungen der Eltern,¹¹⁷¹ sondern unabhängig davon und ggf. trotz dieser.

2458 Es sind die religiösen und weltanschaulichen sowie die erzieherischen Überzeugungen nur zu achten, wenn es um die Bestimmung von Unterrichtsinhalten geht. Es besteht also kein Anspruch der Eltern, dass gerade ihre religiösen bzw. weltanschaulichen Überzeugungen tatsächlich vermittelt werden. Diese dürfen nur nicht verletzt werden. Die Staaten müssen also keine Erziehungsanstalten mit bestimmten von den Eltern verfochtenen religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen einrichten.¹¹⁷²

2459 Um sämtliche religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen zu wahren, ist daher eine neutrale und pluralistische Behandlung im Unterricht erforderlich, ohne irgendeine „Absicht der Indoktrination“. ¹¹⁷³ Es können auch Dispense im Einzelfall weiterhelfen,¹¹⁷⁴ so etwa vom obligatorischen Schwimm- oder Religionsunterricht. Geht es um die Achtung positiver elterlicher Erziehungswünsche, kommen Alternativangebote in Betracht,¹¹⁷⁵ so für einen freiwilligen Religionsunterricht außerhalb des Pflichtfachs Ethik.

2460 Eine solche Neutralität wird aber auch dann gewahrt, wenn religiöse und weltanschauliche Überzeugungen aus dem Unterricht gänzlich ferngehalten werden. Das trifft etwa zu, wenn statt des Religionsunterrichtes ein Fach Ethik angeboten wird, das religiöse Fragen in einen anderen Kontext stellt. In einem solchen Fach

¹¹⁶⁹ So für die Ablehnung der körperlichen Züchtigung: EGMR, Urt. vom 25.2.1982, Nr. 7511 u. 7743/76 (Rn. 41), EuGRZ 1982, 153 (157) – Campbell u. Cosans/Vereinigtes Königreich; vgl. auch *Grabenwarter*, § 22 Rn. 72.

¹¹⁷⁰ S. zur Entstehungsgeschichte, wo ausdrücklich die pädagogischen Überzeugungen noch gewollt waren, *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 8 f.

¹¹⁷¹ Darauf abhebend EGMR, Urt. vom 25.2.1982, Nr. 7511 u. 7743/76 (Rn. 41), EuGRZ 1982, 153 (157) – Campbell u. Cosans/Vereinigtes Königreich.

¹¹⁷² EKMR, Entsch. vom 5.7.1977, Nr. 7527/76, DR 11, 147 – X. u. Y./Vereinigtes Königreich; Entsch. vom 7.12.1982, Nr. 9461/81, DR 31, 210 (211) – X./Vereinigtes Königreich.

¹¹⁷³ S. EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5095/71 u.a. (Rn. 50 ff.), NJW 1977, 487 (487 f.) – Kjeldsen u.a./Dänemark; hierauf bezogen *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 44 a.E.; jüngst EGMR, Urt. vom 29.6.2007, Nr. 15472/02 (Rn. 84h) – Folgerø/Norwegen.

¹¹⁷⁴ EKMR, Ber. vom 21.3.1975, Nr. 5095/71 u.a. (Rn. 158 ff.), Ser. B 21 – Kjeldsen u.a./Dänemark.

¹¹⁷⁵ *Kempen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 18.

dürfen aber nicht religionskritische Haltungen gepflegt werden. Diese können genannt und diskutiert, dürfen aber nicht als Überzeugung zugrunde gelegt werden. Ansonsten werden bestehende religiöse Überzeugungen beeinträchtigt und verletzt.

Ebenso wenig darf unter dem Mantel eines religionsübergreifenden Unterrichtsfachs eine Religion schwerpunktmäßig hervorgehoben werden, wenn gleichzeitig die Freistellungsmöglichkeiten von diesem Unterrichtsfach unzureichend sind. Das ist aber insbesondere der Fall, wenn den Eltern eine Begründungspflicht für die Freistellung auferlegt wird, die ihnen die Darlegung ihrer persönlichen religiösen oder weltanschaulichen Vorstellungen abverlangt.¹¹⁷⁶

2461

F. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigungen

I. Unionsorgane

Entsprechend dem Schwerpunkt des Rechts auf Bildung liegen Einschränkungen vor allem dann vor, wenn der diskriminierungsfreie Zugang zu Bildungseinrichtungen im schulischen oder im beruflichen Bereich beeinträchtigt wird. Aus der begrenzten Kompetenz der Union im Bildungsbereich ergibt sich allerdings ein sehr begrenztes Anwendungsfeld. Es liegt beim Handeln von Unionsorganen insbesondere darin, dass Bildungseinrichtungen gefördert werden, die dieses Zugangsrecht nicht gleichermaßen gewähren. Eine Förderung kann auch dadurch gegen Art. 14 EGRC verstoßen, dass sie Bildungseinrichtungen begünstigt, die den inhaltlichen Grundsätzen nach Art. 14 EGRC zuwiderlaufen. Diese Prinzipien folgen weniger aus Effektivitätsgesichtspunkten als vielmehr aus der notwendigen Neutralität und Toleranz.¹¹⁷⁷ Auf diese Weise wird die in Art. 149, 150 EG/165, 166 AEUV angelegte fördernde und ergänzende Handlung der Unionsorgane inhaltlich angereichert und ausgerichtet.

2462

Wird von diesen Maßstäben abgewichen, kommt schwerlich eine Rechtfertigung in Betracht. Dadurch wird das freiheitliche Teilhaberecht nach Art. 14 EGRC bestimmend für die inhaltliche Ausrichtung der Förderung durch die Union. So entsteht zwar kein Leistungsrecht. Die vergebenden Leistungen werden aber kanalisiert und zugunsten der Freiheit auf Bildung verwendet. Umgekehrt wird verhindert, dass Mittel dazu benutzt werden, über die Unterstützung von Bildungseinrichtungen die aus Art. 14 EGRC abzuleitenden Bildungsziele bzw. das in Art. 14 Abs. 3 EGRC garantierte Erziehungsrecht der Eltern zu unterhöhlen.

2463

Aus diesem letzten Absatz folgt, dass die Förderung das inhaltliche Gestaltungsprimat der Eltern nicht durch eine staatliche Erziehung ersetzen darf. Auch insoweit ist eine Rechtfertigung nicht denkbar. Ansonsten könnten staatliche Organe leicht Erziehungsziele definieren, unter deren Flagge sie das Erziehungsrecht der Eltern zurückdrängen.

2464

¹¹⁷⁶ EGMR, Urt. vom 29.6.2007, Nr. 15472/02 (Rn. 89, 96, 98) – Folgerø/Norwegen; *Grabenwarter*, § 22 Rn. 78.

¹¹⁷⁷ S.o. Rn. 12419 ff.

- 2465** Weil allerdings die Mitgliedstaaten die Kompetenz im Bildungsbereich haben, verletzen Unionsorgane Art. 14 EGRC nicht bei bloßer Untätigkeit. Wenn sie die vorhandenen Bildungsstrukturen wahren und sich in ihren bisherigen Bahnen fortentwickeln lassen, so tasten sie das Freiheitsrecht auf Bildung nicht an und behindern auch den Zugang nicht. Einen Anspruch auf Verbesserung von Bildungseinrichtungen durch die Union enthält Art. 14 EGRC somit nicht.

II. Mitgliedstaaten

- 2466** Die nationalen Organe verletzen Art. 14 EGRC und nicht nur nationales Verfassungsrecht vor allem dann, wenn sie die grenzüberschreitende Inanspruchnahme und Anbietung von Bildungsleistungen beeinträchtigen. Ansprüche auf solche spezifischen grenzüberschreitenden Aktivitäten folgen zwar in erster Linie aus den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Aufenthaltsrecht nach Art. 18 EG/21 AEUV bzw. Art. 45 EGRC.¹¹⁷⁸ Werden diese Rechte aber beeinträchtigt, sind die dafür vorgebrachten Gründe an Art. 14 EGRC zu messen. Daher müssen sich Einschränkungen im Ergebnis mit Art. 14 EGRC vereinbaren lassen.
- 2467** Zwar ist auch dieses Grundrecht einschränkbar, und zwar nach den Maßstäben der EMRK gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC, soweit sich das Recht auf Bildung aus Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK ableiten lässt, sowie im Übrigen aus Art. 52 Abs. 1 EGRC.¹¹⁷⁹ Es muss also in beiden Fällen eine rechtliche Grundlage bestehen, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein und der Wesensgehalt gesichert bleiben. Diskriminierungen sind aber kaum verhältnismäßig.
- 2468** Kapazitätsengpässe rechtfertigen sicherlich eine Auswahl. Diese muss aber gleichermaßen einheimische und andere Unionsbürger betreffen und sich damit an Leistungskriterien orientieren statt an der Nationalität bzw. im Ergebnis faktisch daran anknüpfenden Kriterien wie das Land des erworbenen Abschlusses,¹¹⁸⁰ um nicht versteckt zu diskriminieren.¹¹⁸¹ Das belegt die Rechtsprechung des EuGH beim Zugang im Hochschulbereich, so etwa bei der Beschränkung des Zugangs zum Medizinstudium in Österreich.¹¹⁸²

III. Schulfreiheiten

- 2469** Auch die Freiheit zur Gründung von Privatschulen unterliegt den Schranken nach Art. 52 Abs. 3 EGRC, soweit man sie in Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK verankert sieht.¹¹⁸³ Hier kommen Einschränkungen vor allem dann in Betracht,

¹¹⁷⁸ S.o. Rn. 2392 ff.

¹¹⁷⁹ S.o. Rn. 540 ff., 601 ff.

¹¹⁸⁰ S.o. Rn. 2411 f.

¹¹⁸¹ Zum Bildungsgrundrecht demgegenüber o. Rn. 2429.

¹¹⁸² S. EuGH, Rs. C-147/03, Slg. 2005, I-5969 (6007, Rn. 42 f.) – Kommission/Österreich sowie dazu *Frenz*, JA 2007, 4 (5 f.).

¹¹⁸³ S.o. Rn. 2441 f. sowie *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 39 Rn. 47; anders einordnend *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 21.

wenn die demokratischen Grundsätze nicht geachtet werden. Das ist auch dann der Fall, wenn Toleranz und Offenheit auf der Strecke bleiben. Hierdurch werden auch Fördermaßnahmen aus Unionsmitteln beschränkt.

Einschränkungen der Gründungsfreiheit von Privatschulen und auch des Erziehungsrechts der Eltern werden dadurch begrenzt, dass diese nur nach den einzelstaatlichen Gesetzen zu achten sind. Sie müssen damit im Kern gewahrt bleiben. Die nähere Ausgestaltung richtet sich indes nach den Regelungen der Mitgliedstaaten. In dieser Konkretisierung sind sie daher von den Unionsorganen hinzunehmen. Insoweit schützt Art. 14 Abs. 3 EGRC zugleich die Regelungen der Mitgliedstaaten.¹¹⁸⁴ **2470**

Den Mitgliedstaaten ihrerseits obliegt hingegen weitgehend die nähere Ausgestaltung. Daher werden sie durch ihr Handeln nur schwerlich die in Art. 14 Abs. 3 EGRC genannten Freiheitsrechte beeinträchtigen können, auch wenn sie sich im Anwendungsbereich der EU-Grundrechte bewegen. Bedeutung gewinnen diese Bestimmungen daher am ehesten im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten, die sich ebenfalls an der Gründungsfreiheit von Privatschulen und dem Erziehungsrecht der Eltern messen lassen müssen. Dass sie nur nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet wird, lässt diese Komponente nicht ihre Beachtlichkeit in der Abwägung verlieren. Zudem beeinflusst sie nicht ihr Gewicht. Das gilt vor allem nicht für das Erziehungsrecht der Eltern, bezieht sich dieses doch auch auf die eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen, die ihrerseits in Art. 10 EGRC in einem eigenen Grundrecht ohne einen nationalen Gesetzesvorbehalt abgesichert sind. **2471**

Das Erziehungsrecht der Eltern ist im Rahmen des Rechts der Bildung nur sicherzustellen. Das bedeutet, dass es vor allem abwehrrechtlich konzipiert ist und daher nicht den Eltern eine Gestaltungsmacht über oder einen bestimmenden Einfluss auf den schulischen Unterricht einräumt.¹¹⁸⁵ **2472**

Ist damit das elterliche Erziehungsrecht eingebunden in die angebotenen Schulformen und handelt es sich in erster Linie um ein Abwehrrecht, folgt daraus kein Subventionsanspruch. Das gilt auch dann nicht, wenn Eltern ihre Kinder auf Privatschulen schicken.¹¹⁸⁶ Zwar muss die Union im Rahmen ihrer bildungspolitischen Maßnahmen die Unentgeltlichkeit des Pflichtunterrichts achten.¹¹⁸⁷ Diese Formulierung steht aber im Zusammenhang damit, dass der Union selbstverständlich daraus keine neuen Zuständigkeiten erwachsen. Deshalb geht es um eine Wahrung der mitgliedstaatlichen Strukturen. Zudem ist die Privatschule eine Ausweichinstitution, die neben den Pflichtschulen besteht.¹¹⁸⁸ Dass „bestimmte besondere Unterrichtsformen entgeltlich sein können, sofern der Staat Maßnahmen zur **2473**

¹¹⁸⁴ Ebenso *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 21; vgl. u. Rn. 4284 ff. zu Art. 36 EGRC.

¹¹⁸⁵ *Kempfen*, in: Tettinger/Stern, Art. 14 Rn. 18 f.; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 20: keine positive Leistungspflicht des Mitgliedstaates.

¹¹⁸⁶ Auch *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 14 Rn. 19.

¹¹⁸⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹⁸⁸ Nach der EMRK treffen den Staat keine Anerkennungs- oder Subventionspflichten, s.o. Rn. 2448; s. allerdings *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll Rn. 51 zur notwendigen Rolle der Privatschulen in einem demokratischen System.

Gewährung eines finanziellen Ausgleichs trifft“,¹¹⁸⁹ bezieht sich nur auf besondere Unterrichtsformen an staatlichen Schulen, nicht hingegen auf Privatschulen.

2474 Auch Art. 14 Abs. 3 EGRC ist zweigeteilt, je nachdem, ob sein Inhalt auf Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK zurückgeführt werden kann. Dass das Recht der Eltern zu achten ist, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, wurde nahezu wörtlich aus Art. 2 S. 2 dieses Zusatzprotokolls übernommen. Daher greift auch für die Schranken Art. 52 Abs. 3 EGRC ein.

2475 Art. 14 Abs. 3 EGRC fügt aber noch zusätzlich einen nationalen Gesetzesvorbehalt hinzu. Sieht man diesen unabhängig von der Gewährleistung der EMRK, könnte deren Standard durch einzelstaatliche Gesetze unterschritten werden, welche das Elternrecht nach Art. 14 Abs. 3 EGRC einschränken. Damit würde aber Art. 52 Abs. 3 EGRC verletzt. Im Übrigen sind auch die Mitgliedstaaten regelmäßig an Art. 2 S. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK gebunden. Daher müssen sie den dadurch aufgestellten Rahmen beachten und damit die dort vorgesehenen Schranken wahren. Inhaltlich darf der nationale Gesetzgeber das Erziehungsrecht der Eltern mithin nicht unter den Schutzstandard absinken lassen, der durch die EMRK gewährleistet ist.¹¹⁹⁰

IV. Gründung von Lehranstalten

2476 Lehranstalten frei zu gründen wird ebenfalls durch die EMRK gewährleistet.¹¹⁹¹ Daher richten sich die Schranken nach Art. 52 Abs. 3 EGRC. Zudem steht der Vorbehalt nationaler Regelungen im Raum, der aber nicht den durch Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK unterschreiten darf, soweit dieses Recht geht und Art. 14 EGRC nicht darüber hinausreicht.¹¹⁹²

2477 Einen Vorbehalt nationaler Regelungen enthält vom Wortlaut her auch die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 EGRC, mit der die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten in enger Verbindung steht.¹¹⁹³ Indes würde die unternehmerische Freiheit durch einen umfassenden nationalen Gesetzesvorbehalt hinter den Standard zurückfallen, wie er vorher durch die Rechtsprechung des EuGH auf der Basis des Grundrechts der Berufsfreiheit gewährleistet war. Dabei war die Berufsfreiheit auch weitgehend in den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten verankert, ohne einem umfassenden Vorbehalt zu unterliegen.¹¹⁹⁴ Damit greift die Schranke des Art. 52 Abs. 4 EGRC ein.

2478 Für das Recht auf freie Gründung von Privatschulen könnte höchstens insofern etwas anderes gelten, als sich dieses Recht seinerseits aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt. Es ist aber dort nicht durchge-

¹¹⁸⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22). S.o. Rn. 2438.

¹¹⁹⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 14 Rn. 21.

¹¹⁹¹ S.o. Rn. 2441.

¹¹⁹² S.o. Rn. 2475.

¹¹⁹³ S.o. Rn. 2442; in diesem Zusammenhang Bernsdorff, in: Meyer, Art. 14 Rn. 21.

¹¹⁹⁴ S.u. Rn. 2489.

hend gewährleistet.¹¹⁹⁵ Zudem unterliegt das Schulrecht der Kompetenz der Mitgliedstaaten und nicht der Union, die daher auch keine näheren grundrechtlichen Vorgaben machen kann, soll doch gerade die EGRC die Kompetenzen der Mitgliedstaaten wahren. Dies wird auch im Rahmen der Erläuterungen zu Art. 14 EGRC aufgeführt,¹¹⁹⁶ welche für die Privatschulfreiheit eigens betonen, dass sie „entsprechend den in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegten Einzelheiten“ erfolgt.¹¹⁹⁷ Damit ist nur die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten als solche zu wahren. Wie sie im Einzelnen ausgestaltet wird, folgt aus den nationalen Regelungen. Diese müssen allerdings dieses grundsätzliche Recht im Blick haben und können es nicht gänzlich abschaffen.

Eine weitere Schranke erwächst aus der Achtung der demokratischen Grundsätze. Auch diese wird in den Erläuterungen eigens genannt.¹¹⁹⁸ Damit können solche Schulgründungen unterbunden werden, die einen intoleranten bzw. antidemokratischen Geist verbreiten und den Schülern lehren. Hier wirkt sich dann aus, inwieweit auch für Lehranstalten verlangt wird, dass sie inhaltliche Mindestelemente wie Toleranz und Pluralismus wahren.¹¹⁹⁹ **2479**

Je weiter dies der Fall ist, können Privatschulgründungen unterbunden werden. **2480** Insoweit greift freilich eine grundrechtliche Regelung in die nationale Schulkompetenz ein. Das erfolgt aber nicht spezifisch mit Blick auf die Schulfreiheit, sondern auf der Basis der generell zu achtenden demokratischen Grundsätze, auf die auch andere Grundrechte wie vor allem die Gedanken- und Religionsfreiheit bezogen sind.

¹¹⁹⁵ S.o. Rn. 2389.

¹¹⁹⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹⁹⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹⁹⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (22).

¹¹⁹⁹ S.o. Rn. 2413 ff.

G. Prüfungsschema zu Art. 14 EGRC

2481 1. Schutzbereich

- a) **Bildung:** Schulen, auch Hochschulen (str.), berufliche Aus- und Weiterbildung
- b) **diskriminierungsfreier Zugang zu bestehenden Einrichtungen**
- c) **Gründungsfreiheit**
- d) **inhaltliche Mindestvorgaben:** Neutralität, gewisse Effektivität
- e) **unentgeltliche Pflichtschule**
- f) **elterliches Erziehungsrecht**

2. Beeinträchtigungen

- a) **Zugangsbeschränkungen**
- b) **Ablehnung/Nichtanerkennung Schulgründung; nationale Ausgestaltung**
- c) **Einschränkung Elternrecht, das aber ohne Gestaltungsmacht**

3. Rechtfertigung

- a) **nichtdiskriminierende (!) Auswahl bei Engpässen**
- b) **Toleranz und**
- c) **Neutralität**

Teil IV

Wirtschaftsbezogene Grundrechte

Kapitel 9

Wirtschaftsgrundrechte

§ 1 Berufsfreiheit

A. Grundlagen

I. Genese

Die Berufsfreiheit als klassisches Wirtschaftsgrundrecht durfte in der EGRC nicht **2482** fehlen. Es kann in der Rechtsprechung des EuGH auf eine lange Tradition zurückblicken¹ und wurde daher insbesondere auch auf diese gestützt. Die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte² verweisen aber auch auf Nr. 4 GCSGA³ sowie auf Art. 1 Abs. 2 ESC.⁴ Daraus folgt, dass nicht nur die klassischen Gehalte der Berufswahl- und -ausübungsfreiheit enthalten sind, sondern auch das Recht zu arbeiten aufgeführt ist.

II. Rechtsgrundlagen

1. EuGH

Hauptgrundlage für das Grundrecht der Berufsfreiheit ist die Rechtsprechung des **2483** EuGH, die bereits mit dem Urteil *Nold* im Jahre 1974 begann.⁵ Der EuGH erkannte sowohl die Berufswahl⁶ als auch die Berufsausübungsfreiheit an.⁷ Er legte eine umfassende Freiheit der Arbeit zugrunde.⁸

¹ Näher u. Rn. 2483 f.

² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

³ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁴ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁵ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 – Nold.

⁶ EuGH, Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 (2545, Rn. 27) – Qualitätswein b.A.

⁷ S. z.B. EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3750, Rn. 32) – Hauer; Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897 (2912, Rn. 8) – Keller; Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4513 f., Rn. 72) – SAM u. Stapf.

⁸ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold.

2484 Im Laufe der Zeit leitete der EuGH aus dem Berufsgrundrecht verschiedene Teilaspekte ab, so bereits im Urteil *Nold* die Handelsfreiheit⁹ sowie später die Freiheit, den Geschäftspartner frei zu wählen¹⁰ und damit die Vertragsfreiheit,¹¹ überhaupt die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit¹² bzw. Handlungsfreiheit.¹³ Damit befindet man sich bereits im Anwendungsbereich der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 EGRC. Die vom EuGH entwickelte und immer weiter ausgeformte Berufsfreiheit wurde mithin in der EGRC aufgespalten und in zwei Grundrechte gefasst. Für beide Stränge steht indes die Rechtsprechung des EuGH Pate.¹⁴ Allerdings unterschied der EuGH vielfach nicht klar die Berufs- von der Eigentumsfreiheit, sondern prüfte beide Grundrechte oft zusammen¹⁵ und konzentrierte sich auf die – großzügig gehandhabte – Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen.¹⁶

2. Nr. 4 GCSGA

2485 Die zweite in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte¹⁷ erwähnte Stütze für die Berufsfreiheit ist Nr. 4 GCSGA.¹⁸ Danach hat jeder „das Recht auf freie Wahl und Ausübung seines Berufs nach den für den jeweiligen Beruf geltenden Vorschriften“. Darin wird also ebenfalls zwischen Wahl und Ausübung des Berufs unterschieden und ein Recht auf beide Komponenten eingeräumt.

3. Art. 1 Abs. 2 ESC

2486 Der dritte Bezugspunkt nach den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte¹⁹ ist Art. 1 Abs. 2 ESC.²⁰ Als Bestandteil des Rechts auf Arbeit haben danach die Vertragsparteien das Recht des Arbeitnehmers wirksam zu schützen, seinen Lebensunterhalt in einer frei gewählten Beschäftigung zu verdienen. Allerdings ist nach Art. 1 Abs. 1 ESC ein hohes und stabiles Beschäftigungsniveau nur als eines der ersten Ziele und Verantwortlichkeiten zu akzeptieren und unter den Vorbehalt des Bestmöglichen gestellt. Damit ist ein Recht auf Arbeit zwar aufgestellt, aber nicht

⁹ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – *Nold*; später z.B. Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 (548, Rn. 9) – *ADBHU*.

¹⁰ EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3637 f., Rn. 13) – *Neu*; Rs. C-307/91, Slg. 1993, I-6835 (6853, Rn. 14) – *Luxlait*.

¹¹ So bereits EuGH, Rs. 151/78, Slg. 1979, 1 (13, Rn. 20) – *Sukkerfabriken Nykøbing*.

¹² EuGH, Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 (2768 f., Rn. 21 ff.) – *Eridania*; Rs. 63 u. 147/84, Slg. 1985, 2857 (2882, Rn. 23 f.) – *Finsider*.

¹³ EuGH, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 (5085, Rn. 48) – *IMS Health*.

¹⁴ Näher zu Art. 16 EGRC u. Rn. 2652.

¹⁵ Im Ansatz auch EuGH, Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (63 f., Rn. 16 f.) – *Kühn*; Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 78) – *Bananen*.

¹⁶ Näher dazu u. Rn. 2610 ff.

¹⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

¹⁸ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

²⁰ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

individuell durchsetzbar, wie ohnehin die ESC keine echten durchsetzbaren Individualrechte gewährt.²¹

In diesem Rahmen enthält die ESC weitere Aspekte, um ausländischen Arbeitnehmern das Arbeiten in einem anderen Staat zu erleichtern. Allerdings garantiert auch Art. 18 ESC trotz einiger Erleichterungen und vorgegebener Anerkennungen keine umfassende Gleichstellung der Arbeitsbedingungen mit einheimischen Arbeitnehmern, wie dies Art. 15 Abs. 3 EGRC zugunsten von Staatsangehörigen dritter Länder vorsieht, die in einem EU-Staat tätig sind. **2487**

4. EMRK

Die EMRK enthält kein eigenes Grundrecht der Berufsfreiheit. Sie verbietet nur in Art. 4 Abs. 2 die Zwangs- oder Pflichtarbeit und schützt damit auch die negative Berufsfreiheit.²² Darüber hinaus lassen sich nur mittelbar Teilbereiche der Berufsfreiheit ableiten.²³ Insbesondere reicht die Gewährleistung von Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK über das eigentliche Eigentumsrecht hinaus und schützt auch vor einem Entzug staatlicher Konzessionen, die für die Entfaltung einer wirtschaftlichen Tätigkeit die Basis bilden.²⁴ Damit besteht zumindest ein gewisser Berührungspunkt zur Berufswahlfreiheit. Daneben sind berufliche Aktivitäten in bestimmten Bereichen indirekt geschützt, so durch die Medienfreiheit nach Art. 10 EMRK. Die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche im Rahmen der Berufstätigkeit folgt aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. **2488**

5. Nationale Verfassungen

Die nationalen Verfassungen enthalten durchgehend ein Recht der freien Berufsausübung bzw. Berufswahl,²⁵ indes regelmäßig kein oder jedenfalls kein über einen bloßen Programmsatz hinausgehendes Recht auf Arbeit.²⁶ Damit bewegt sich **2489**

²¹ Notthoff, RIW 1995, 541 (544).

²² S.u. Rn. 2561.

²³ Im Einzelnen zum Folgenden Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 14.

²⁴ S. EGMR, Urt. vom 26.6.1986, Nr. 8543/79 (Rn. 11), EuGRZ 1988, 35 (35) – van Marle u.a./Niederlande; Urt. vom 25.3.1999, Nr. 31107/96 (Rn. 54), EuGRZ 1999, 316 (317) – Iatridis/Griechenland.

²⁵ S. z.B. Art. 12 Abs. 1 GG; s. auch Art. 23 Abs. 1 u. 3 Nr. 1 der Verfassung Belgiens; Art. 48 Abs. 3 der Verfassung Bulgariens; § 74 der Verfassung Dänemarks; Art. 29 Abs. 1 der Verfassung Estlands; § 18 der Verfassung Finnlands; § 106 der Verfassung Lettlands; Art. 11 Abs. 6 der Verfassung Luxemburgs; Art. 19 Abs. 3 der Verfassung der Niederlande; Art. 18 der Verfassung Österreichs; Art. 65 Abs. 1 der Verfassung Polens; Art. 47 Abs. 1 der Verfassung Portugals; Art. 38 Abs. 1 S. 2 der Verfassung Rumäniens; Kap. 2 § 20 der Verfassung Schwedens; Art. 35 Abs. 1 der Verfassung der Slowakei; Art. 49 der Verfassung Sloweniens; Art. 35 Abs. 1 der Verfassung Spaniens; Art. 3, 112 Abs. 1 der Verfassung Tschechiens i.V.m. Art. 26 Abs. 1 der tschechischen Grundrechtserklärung; Art. 70/B Abs. 1 der Verfassung Ungarns.

²⁶ Dieses fehlt gänzlich etwa im Grundgesetz. S. dagegen im Sinne eines Programmsatzes Art. 23 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 der Verfassung Belgiens; § 18 der Verfassung Finnlands; Art. 4 Abs. 1 der Verfassung Italiens; Art. 11 Abs. 4 der Verfassung Lu-

Art. 15 Abs. 1 EGRC auch in dem durch die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten aufgestellten Rahmen.

6. Grundfreiheiten

- 2490** Einen engen Bezug hat die Berufsfreiheit auch und vor allem zu den Grundfreiheiten. Diese gewährleisten grenzüberschreitende berufliche Aktivitäten, nämlich die Freizügigkeit, in einem anderen Mitgliedstaat Arbeit zu suchen und auszuüben, die Freiheit, sich dort niederzulassen und die Freiheit, jenseits der eigenen Grenzen Dienstleistungen zu erbringen. Genau diese Aspekte zählt auch Art. 15 Abs. 2 EGRC auf, ohne allerdings explizit einen grenzüberschreitenden Bezug zu fordern.
- 2491** Spinnt man diesen letzten Gedanken fort, kommt man zu einer Einbeziehung von Inländerdiskriminierungen, welche nach der Konzeption der Grundfreiheiten gerade auszuschließen sind, die aber auch das BVerfG im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rolle spielen lässt.²⁷
- 2492** Eine solche Anwendung auf Inländerdiskriminierungen widerspricht generell den Grundrechten,²⁸ deren Anknüpfungspunkt nach Art. 51 Abs. 1 EGRC vielmehr die Durchführung von Unionsrecht ist, sei es durch die Unionsorgane, sei es durch die Mitgliedstaaten. Darin liegt auch ein wesentlicher Unterscheidungspunkt zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten. Dieser ändert aber nichts an den inhaltlichen Bezügen und Parallelen,²⁹ die auch der EuGH anerkennt. So hat der EuGH die Arbeitnehmerfreizügigkeit als berufsrelevantes Grundrecht qualifiziert.³⁰
- 2493** Tiefer gehend bildet die Berufsfreiheit letztlich die Basis für die Ausübung der Grundfreiheiten. So hält es auch der EuGH für möglich, dass „eine Prüfung für den Zugang zum Beruf des Rechtsanwalts sicherlich ein Hemmnis für die Niederlassungsfreiheit darstellen“ kann.³¹ Das gilt selbst für die Warenverkehrsfreiheit, ist doch auch sie Ausdruck beruflicher Aktivitäten. Daher bestehen generelle Berührungspunkte.³² Art. 15 EGRC ersetzt damit aber nicht etwa Grundfreiheiten. Vielmehr greift Art. 15 Abs. 2 EGRC nur einige Aspekte von ihnen auf und fasst

xemburgs; Art. 51 Abs. 1 der Verfassung Portugals; Kap. 1 § 2 S. 3 der Verfassung Schwedens; Art. 35 Abs. 3 der Verfassung der Slowakei; Art. 35 Abs. 1 der Verfassung Spaniens; Art. 3, Art. 12 Abs. 1 der Verfassung Tschechiens i.V.m. Art. 26 Abs. 3 S. 1 der tschechischen Grundrechtserklärung; Art. 70/B Abs. 1 der Verfassung Ungarns. Ein Recht zu arbeiten gewährleisten § 75 Abs. 1 der Verfassung Dänemarks; Art. 22 Abs. 1 der Verfassung Griechenlands; Art. 66 der Verfassung Sloweniens; s. die ausführliche Analyse von *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 30 Rn. 20 ff.

²⁷ S. BVerfG, JZ 2007, 354 (355); dagegen *Frenz*, JZ 2007, 343 (344 ff.). Die Wertungen der Grundfreiheiten auf Art. 12 Abs. 1 GG übertragend auf der Basis des *Bosman*-Urteils BAG, NZA 1997, 647 (652) sowie BGH, NJW 1999, 3552; NJW 2000, 1028.

²⁸ S. spezifisch u. Rn. 2530.

²⁹ Im Einzelnen *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 47 ff.

³⁰ EuGH, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097 (4117, Rn. 14) – Heylens; Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5076, Rn. 129) – *Bosman*.

³¹ EuGH, Rs. C-250/03, Slg. 2005, I-1267 (1280, Rn. 42) – *Mauri*.

³² Näher *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 67 ff.

sie unter die berufliche Gewährleistung. Deshalb ist das Verhältnis eher umgekehrt, dass nämlich die Berufsfreiheit die Grundfreiheiten ergänzt und nicht etwa diese ersetzt.

B. Stellung und Abgrenzung

I. Die Berufsfreiheit als Teil der freiheitlichen Wirtschaftsverfassung

Der Blick auf die Grundfreiheiten zeigte bereits die Grundlagenfunktion der Berufsfreiheit für entscheidende wirtschaftliche Freiheiten des Europarechts.³³ Tiefer gehend bildet die Berufsfreiheit neben der Eigentumsfreiheit und nunmehr auch der unternehmerischen Freiheit ein Hauptgrundrecht der wirtschaftlichen Betätigung. Damit sichert sie zugleich die berufliche Entfaltung in einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung. 2494

Die Berufsfreiheit steht gerade dafür, dass sich der Einzelne mit seinen beruflichen Vorstellungen grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen entwickeln kann. Das gilt zumal dann, wenn man die Berufsfreiheit auf die am Beginn der EGRC platzierte Menschenwürde bezieht und damit als Ausfluss des selbstbestimmten Menschen begreift. Eine vollständige Ordnung und Prägung des Berufslebens durch den Staat würde diesem Bezugspunkt und dieser Grundkonzeption widersprechen. Damit ist berufliche Entfaltung grundsätzlich nach den Vorstellungen der jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer möglich. Staatliche Eingriffe und Regelungen sind demgegenüber rechtfertigungsbedürftig. Die Regel bildet daher die Freiheit, die Ausnahme die staatliche Regulierung. Das aber ist Kennzeichen einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung. 2495

Art. 4 Abs. 1 und 98 EG/119 Abs. 1 und 120 AEUV verpflichten die Gemeinschaft/Union auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb. Damit sind für die Marktteilnehmer die gleichen und unverfälschten Wettbewerbschancen verbunden. Diese wirtschaftspolitische Grundentscheidung wird durch die Berufsfreiheit grundrechtlich abgesichert. 2496

Die Berufsfreiheit steht dabei insbesondere für Chancengleichheit. Daher hat sie auch einen engen Bezug zum freien Wettbewerb.³⁴ Das europäische Freiheitssystem hat in wirtschaftlicher Hinsicht damit drei Koordinaten: Grundfreiheiten, Wettbewerbsregeln und Grundrechte.³⁵ Sie begrenzen zugleich diejenigen Akteure, die eine freie Wirtschaftsordnung gefährden, nämlich Unionsorgane, Mitgliedstaaten und private Wirtschaftsteilnehmer.³⁶ 2497

³³ S.o. Rn. 2490 ff.

³⁴ Ausführlich *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 114, 118 ff.

³⁵ *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 123; ebenfalls diese drei Komponenten aufführend *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 30 Rn. 4 f.

³⁶ *S. Hatje*, in: v. *Bogdandy* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 683 (695); bereits *Schwarze*, *EuZW* 2001, 517 (518); auch *Rengeling*, *DVB1.* 2004, 453 (455 f.).

2498 Dabei bedingen und verstärken sich die drei Komponenten gegenseitig. Das gilt zum Beispiel für die Wettbewerbsregeln und die Berufsfreiheit. Soweit man die Wettbewerbsfreiheit auf der Basis des Vertragsrechts noch nicht subjektiv-rechtlich fasst,³⁷ vermag diese Qualifikation aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit gewonnen zu werden,³⁸ da diese als Teilelement die Wettbewerbsfreiheit enthält.³⁹ Mit der Aufspaltung des vom EuGH konzipierten umfassenden Grundrechts der Berufsfreiheit in Art. 15 und 16 EGRC lässt sich allerdings die Wettbewerbsfreiheit auch und gerade aus der unternehmerischen Freiheit ableiten.⁴⁰ Damit wurde eine zusätzliche wirtschaftsbezogene grundrechtliche Säule errichtet.

II. Grundfreiheiten

2499 Der enge Bezug zwischen Berufsfreiheit und Grundfreiheiten führt vielfach zu Überlappungen, die eine nähere Abgrenzung und Klärung der Konkurrenzen notwendig machen. Besitzt die Berufsfreiheit eine Grundlagenfunktion für die Ausübung der Grundfreiheiten, so überschneiden sich die Anwendungsbereiche und die Berufsfreiheit ist parallel zu prüfen, außer der Schwerpunkt der Maßnahme liegt im Bereich der jeweiligen Grundfreiheit. Dann werden die grundrechtlichen Beeinträchtigungen eher in den Hintergrund treten. Das verhält sich hingegen anders, wenn die Berufsfreiheit als solche angetastet wird und nicht nur der reibungslose Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten betroffen ist, weil nicht nur Kontrollen eingreifen, sondern etwa die Berufsausübung derart behindert wird, dass sie aufgegeben werden muss.⁴¹ Bei Sachverhalten mit europarechtlichem Bezug werden regelmäßig die Grundfreiheiten dominieren, weil gerade das grenzüberschreitende Moment und die spezifische berufliche Betätigung wie etwa die Verbringung von Waren in einen anderen Mitgliedstaat den Ausschlag geben werden.

2500 Folgen Grundrechte und Grundfreiheiten einander zeitlich nach, etwa weil die grenzüberschreitende Errichtung einer Niederlassung grundfreiheitlich geschützt ist, demgegenüber die anschließende Ausübung des Berufs in dem anderen Mitgliedstaat grundrechtlich, soweit nicht die grenzüberschreitende Niederlassung tangiert wird,⁴² so sind die Anwendungsbereiche zeitlich voneinander getrennt.⁴³

³⁷ Dafür aber *T. Schubert*, Der gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 1999, S. 220 ff.; aus Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG *Birk*, Das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs und seine Bedeutung im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 151 u. 168 f.; *ders.*, EWS 2003, 159 (160).

³⁸ *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 11.

³⁹ S. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 81) – Bananen.

⁴⁰ S.u. Rn. 2501, 2711 ff.

⁴¹ S. näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 72 ff.

⁴² Auch für die Niederlassungsfreiheit ist die *Keck*-Rspr., wenngleich modifiziert, heranzuziehen, *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2014 ff.

⁴³ Weitere Beispiele bei *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 69 ff.

III. Wettbewerbsfreiheit

Die Wettbewerbsfreiheit ist nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁴ ein Ausfluss der Berufsfreiheit, wird jetzt allerdings eher unter die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 EGRC gefasst.⁴⁵ Zwischen Privaten gelten aber die Wettbewerbsregeln nach Art. 81 ff. EG/101 ff. AEUV. Diese zu erlassen ist wiederum Ausfluss einer grundrechtlichen Schutzpflicht.⁴⁶ Insoweit wirken die Grundrechte und damit insbesondere auch die Berufsfreiheit auf die Wettbewerbsvorschriften ein, indem diese so wirksam angewendet werden müssen, dass eine möglichst unverfälschte Berufsausübung im Wettbewerb sicher gestellt bleibt. Dass Wettbewerbsregeln und Berufsfreiheit parallel eingreifen, ist damit eher selten der Fall.⁴⁷ Am ehesten ist dies denkbar, wenn der Staat im Wettbewerb handelt und zugleich an die Berufsfreiheit gebunden ist, weil es sich um einen staatlichen Akteur handelt, er aber zudem den Wettbewerbsregeln unterliegt, da er sich erwerbswirtschaftlich betätigt. Insoweit ist auch der Staat Adressat der Wettbewerbsregeln, weil er als Unternehmer agiert.⁴⁸ 2501

IV. Eigentumsfreiheit

Vom Ansatz her schützt auch auf europäischer Ebene die Berufsfreiheit den Erwerb und die Eigentumsfreiheit das Erworbene. Bei Eingriffen in Rechtspositionen von Wirtschaftsteilnehmern etwa durch Marktregulierungen zerfließen aber die Schutzbereiche, weil sowohl die künftigen Erwerbsmöglichkeiten als auch die bereits aufgebauten Erwerbspositionen beeinträchtigt werden. Daher verwundert es nicht,⁴⁹ dass der EuGH vielfach auf eine nähere Abgrenzung beider Grundrechte verzichtete und im Wesentlichen die Rechtfertigung einer Beeinträchtigung nach einer parallelen Formel prüfte.⁵⁰ 2502

Damit nimmt der EuGH im Ergebnis Idealkonkurrenz an.⁵¹ Allerdings betraf dies nur Fälle, in denen nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch die Nutzung der Produktionsstätte oder Produktionsmittel selbst beschränkt wurde, wie 2503

⁴⁴ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 81) – Bananen.

⁴⁵ S.u. Rn. 2711 ff., aber auch nachstehend Rn. 2505 ff.

⁴⁶ Näher Frenz, Europarecht 2, Rn. 117 ff.

⁴⁷ Frenz, Europarecht 2, Rn. 123.

⁴⁸ Etwa Schrödter, in: von der Groeben/Schwarze, Vorbem. zu den Art. 81-85 EG Rn. 37; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf, Art. 81 EGV Rn. 67; Frenz, Europarecht 2, Rn. 369 ff. m.w.N.

⁴⁹ Krit. allerdings etwa Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 288; offener hingegen Pauly, EuR 1998, 242 (254 f.).

⁵⁰ S. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 78) – Bananen; auch etwa Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15 ff.) – Schröder; Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (63 f., Rn. 16 f.) – Kühn.

⁵¹ So auch die herrschende Lit., etwa Rengeling/Szczekalla, Rn. 781; Ruffert, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 14; im Anschluss daran Nowak, in: Heselerhaus/Nowak, § 30 Rn. 58.

schon der Fall *Hauer* zeigt.⁵² Wurde die Nutzung des Eigentums nicht oder nur am Rande beschränkt, zog der EuGH allein das Grundrecht der Berufsfreiheit heran,⁵³ so dass auch er nach der vom BVerfG verwendeten Formel verfährt: Die Eigentumsfreiheit schützt das Erworbenene als Ergebnis der Betätigung, die Berufsfreiheit den Erwerb und damit die Betätigung selbst.⁵⁴

- 2504** Der Erwerb durch Erworbenes wird gleichwohl an beiden Grundrechten gemessen, wie das Beispiel *Hauer* zeigt und auch der Fall *The Queen* belegt, in dem Fischereifahrzeuge nur noch eine bestimmte Zahl von Tagen pro Jahr auf See verbringen durften.⁵⁵ Den Auswirkungen auf beide Grundrechte wird erst auf diese Weise hinreichend Rechnung getragen. Es ist eine unterschiedliche Perspektive, inwieweit künftige Erwerbsaktivitäten beschränkt werden und inwieweit dadurch die bereits angeschafften Güter darunter leiden. Entsprechendes gilt bei Quotierungen oder auch Abgabenverpflichtungen. Sie betreffen ebenfalls sowohl die künftigen Aktivitäten als auch das bereits Geschaffene.⁵⁶ Diesen Ansatz verfolgt mittlerweile, bezogen auf das Eigentumsgrundrecht, partiell auch das BVerfG.⁵⁷

V. Unternehmerische Freiheit

- 2505** Der EuGH hat aus der Berufsfreiheit verschiedene Teilaspekte wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit wie die Handels- und Vertragsfreiheit abgeleitet.⁵⁸ Diese sind zugleich Ausdruck unternehmerischer Freiheit, wie sie in Art. 16 EGRC garantiert wird. Daher liegt es nahe, insoweit Art. 16 EGRC als *lex specialis* anzusehen.⁵⁹
- 2506** Allerdings ändert dieses zusätzliche Grundrecht nichts daran, dass verschiedene wirtschaftliche Handlungen integraler Bestandteil der Berufsausübung sind. Dann hängt es im Falle der Spezialität von der Eigenschaft des jeweils Handelnden ab, ob eine Maßnahme zur unternehmerischen Freiheit oder zur Berufsfreiheit gehört. Fasst man etwa Freiberufler nicht unter die Unternehmer, würden deren Handlungen

⁵² EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3745 ff., Rn. 18 ff.) – *Hauer*: Verbot der Neuanpflanzung von Weinreben auf dem eigenen Grundstück.

⁵³ S. EuGH, Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897 (2912 f., Rn. 8 ff.) – *Keller*; Rs. C-370/88, Slg. 1990, I-4071 (4094, Rn. 27 f.) – *Marshall*.

⁵⁴ *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 126 f.; s. BVerfGE 30, 292 (335); 88, 366 (377).

⁵⁵ EuGH, Rs. C-44/94, Slg. 1995, I-3115 (3152, Rn. 55 ff.) – *Fishermen's Organisations*.

⁵⁶ S. EuGH, Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4513 f., Rn. 71 ff.) – *SAM* u. *Stapf* für eine Beitragsverpflichtung an einen Fonds; s. aber noch EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552 f., Rn. 74 f.) – *Süderdithmarschen*, wo eine Abgabenverpflichtung nur an der Berufsfreiheit gemessen wurde; dahin auch *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 127; krit. zu der letztgenannten EuGH-Entscheidung indes *Günter*, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, S. 41 f.

⁵⁷ BVerfG, NJW 2006, 1191 (1193) – *Halbteilungsgrundsatz* im Zusammenhang mit Abgaben und Art. 14 GG; erweiternd *Frenz*, GewArch. 2006, 282 ff. sowie bezogen auf die Berufsfreiheit *ders.*, in: FS für Stober, 2008, S. 243 ff.

⁵⁸ S.o. Rn. 2484.

⁵⁹ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 15 Rn. 17; *Jarass*, § 20 Rn. 4; darauf hinauslaufend auch die Konzeption von *Nowak*, in: Heselerhaus/Nowak, § 30 Rn. 58 a.E.

gen allenfalls unter die Berufsfreiheit fallen, die von Unternehmensgesellschaften hingegen unter Art. 16 EGRC. Umgekehrt würde der Schutz Letzterer einheitlich mit dem der Nicht-Unternehmer ausfallen, wenn auch ihre Handlungen zur Berufsfreiheit gehören würden. Das spricht für Idealkonkurrenz.⁶⁰

Damit wird auch vermieden, dass das Schutzniveau für unternehmerische Handlungen dadurch abgesenkt wird, dass Art. 16 EGRC die unternehmerische Freiheit nur nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkennt, während das Berufsgrundrecht einen solchen Vorbehalt nicht kennt. Legte man diesem Vorbehalt eine grundrechtsabsenkende Bedeutung bei,⁶¹ würde das Schutzniveau für unternehmerische Handlungen auch dann, wenn sie Ausdruck der Berufsfreiheit sind, reduziert, nur weil ein zusätzliches Grundrecht geschaffen wurde. Das kann aber nur dann angenommen werden, wenn eine solche Absenkung bewusst in Kauf genommen wurde. Dafür liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor.⁶² Vielmehr wollte die EGRC den grundrechtlichen Schutz verstärken und nicht absenken.

2507

VI. Bereichsbezogene Grundrechte

Wie bei der Erörterung der EMRK-Rechte deutlich wurde,⁶³ sichern spezifische Grundrechte wie die Meinungsfreiheit indirekt auch die berufliche Tätigkeit ab. Dabei handelt es sich aber regelmäßig um spezifische Aspekte, die durch diese bereichsbezogenen Grundrechte gewährleistet werden. Demgegenüber erfasst die Berufsfreiheit die allgemeinen Rahmenbedingungen beruflicher Tätigkeit. Daher haben beide grundsätzlich nebeneinander Platz. Sie stehen in Idealkonkurrenz.⁶⁴

2508

Es kommt aber immer auf die konkreten Umstände an. Ein möglicher Maßstab ist der betroffene Schwerpunkt. Hingegen ist es problematisch, die Berufsfreiheit generell hinter bereichsspezifischeren Grundrechten zurücktreten zu lassen. Dann besteht nämlich die Gefahr, dass der Schutz von Berufen je nach betroffenem Bereich unterschiedlich ausfällt. Schließlich existieren viele mögliche Verbindungen zu Freiheitsgrundrechten, so nicht nur zur Meinungsfreiheit, sondern auch etwa zur Forschungsfreiheit⁶⁵ oder zur Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit.⁶⁶

2509

Zudem drohen Schutzlücken, wenn man bei einem potenziellen Bezug zu einem anderen Grundrecht eine Einzelhandlung dort herausfallen lässt, wie dies bei der Wirtschaftswerbung im Hinblick auf die Meinungsäußerungsfreiheit befürwor-

2510

⁶⁰ Dafür *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 780.

⁶¹ Das wird teilweise vertreten, s.u. Rn. 2660, abl. aber Rn. 2661 ff.

⁶² S.u. Rn. 2660 ff.

⁶³ S.o. Rn. 2488.

⁶⁴ *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 30 Rn. 58.

⁶⁵ *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 30 Rn. 58.

⁶⁶ Zu Letzterer exemplarisch EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5065, Rn. 79 f.) – *Bosman*; näher *Wunderlich*, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2000, S. 130 f.

tet wird.⁶⁷ Vielfach hat ein Vorgang auch ein doppeltes Gesicht, so wenn sich Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber zu einer Vereinigung zusammenschließen, um ihre beruflichen Interessen wahrzunehmen. Die Bildung einer solchen Vereinigung ist Ausfluss der Berufsausübung. Wird die Vereinigung selbst tätig, erfolgt dies ebenfalls berufsbezogen. Auch insoweit besteht daher Idealkonkurrenz.⁶⁸

VII. Berufliche und soziale Sonderrechte

2511 Spezieller als die Berufsfreiheit sind hingegen berufsbezogene Sonderrechte wie das Recht auf Zugang zur beruflichen Aus- und Weiterbildung nach Art. 14 Abs. 1 EGRC sowie das Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst nach Art. 29 EGRC.⁶⁹ Insoweit handelt es sich um besondere Gewährleistungen, die daher den dort aufgestellten spezifischen Regeln unterliegen. Das trifft auch für spezifische Verbote zu wie das der Zwangs- und Pflichtarbeit nach Art. 5 EGRC sowie das der Kinderarbeit nach Art. 32 EGRC. Entsprechendes gilt für Schutzrechte während der Mutterschaft nach Art. 33 Abs. 2 EGRC (Kündigungsschutz und bezahlter Mutterschafts- bzw. Elternurlaub) oder spezifische Arbeitnehmerschutzrechte wie auf Unterrichtung und Anhörung nach Art. 27 EGRC, auf Kollektivverhandlungen nach Art. 28 EGRC sowie auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen nach Art. 31 EGRC. Insoweit handelt es sich um soziale Rechte, die dort einen besonderen Gehalt bekommen haben. Würden diese Rechte auch über die Berufsfreiheit garantiert, so würde dieser spezifische Gehalt über Art. 15 EGRC eingeebnet und umgangen. Regelmäßig handelt es sich ohnehin um solch spezifische Ausprägungen, dass diese nicht aus dem allgemeinen Grundrecht der Berufsfreiheit ableitbar sind.

2512 Art. 30 EGRC enthält einen Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung und deckt damit den Kündigungsschutz ab. Dieser Anspruch besteht aber nur nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Daher ist diese Bestimmung speziell, um keine Widersprüche zu dieser Ausgestaltung auftreten zu lassen.⁷⁰ Das gilt auch deshalb, weil Art. 30 EGRC ein soziales Recht mit Schutzcharakter darstellt, so dass die allgemeine Schutzpflichtdogmatik für Freiheitsrechte nicht passt.⁷¹ Ein Eingreifen der Berufsfreiheit ist höchstens insoweit denkbar, als aus einem ungenügenden Kündigungsschutz Rückwirkungen auf die Freiheit der Berufsausübung ausgehen. Dann wird nämlich die Berufsfreiheit als Freiheitsrecht tangiert. Das ist vorstellbar, wenn Beschäftigte in

⁶⁷ So Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 129; gegenteilig *GA Fennelly*, EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (8488, Rn. 154 ff.) – Deutschland/Parlament u. Rat sowie o. Rn. 1791 ff. und u. Rn. 2719.

⁶⁸ Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 131.

⁶⁹ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 60; Rengeling/Szczekalla, Rn. 782.

⁷⁰ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 34; a.A. Rengeling/Szczekalla, Rn. 789; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 15 Rn. 14.

⁷¹ Schmitz, JZ 2001, 833 (840).

einer bestimmten Branche wie der Zeitarbeit nur sehr unzureichenden Kündigungsschutzvorschriften unterliegen, so dass sie von vornherein von der Aufnahme einer Tätigkeit abgeschreckt werden.

VIII. Gleichheitsrechte

Eine gänzlich andere Zielrichtung als die Berufsfreiheit verfolgen Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote. Sie gründen auf der Behandlung anderer bzw. schließen eine Ungleichbehandlung aufgrund besonderer Merkmale aus. Es geht daher nicht um die Verwirklichung von Freiheit, sondern von Gleichheit. Das gilt beispielsweise für das Diskriminierungsverbot nach Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV im Rahmen der gemeinsamen Agrarpolitik. Daher sind diese Rechte neben der Berufsfreiheit zu prüfen.⁷² **2513**

C. Beruf

I. Ansatz und Anknüpfung an die Grundfreiheiten

Der Schlüsselbegriff, zur Definition des Anwendungsbereichs von Art. 15 EGRC, ist der Beruf. An ihn ist das Recht der freien Berufsausübung und der vorgelagerten Berufswahl geknüpft. Er bildet zugleich den Rahmen, in dem das gleichfalls aufgeführte Recht zu arbeiten wahrgenommen werden kann. Das gilt zumal dann, wenn auch Gelegenheitsarbeitsverhältnisse mit einer Arbeit von sehr wenigen Tagen pro Woche oder Stunden pro Tag wie im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit als ausreichend angesehen werden.⁷³ **2514**

Ein enger Zusammenhang nicht nur der Berufsfreiheit als solcher, sondern auch des Berufsbegriffs mit den Grundfreiheiten ergibt sich aus Art. 15 Abs. 2 EGRC. Da danach die Freiheit besteht, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen, müssen sich diese Handlungen jedenfalls im Wesentlichen innerhalb des Berufsbegriffs nach Art. 15 Abs. 1 EGRC befinden. Ansonsten könnten sie nicht im Rahmen der Berufsfreiheit gewährleistet werden. Das Recht zu arbeiten, das Art. 15 Abs. 1 EGRC ebenfalls enthält, ist zwar an erster Stelle genannt, hält sich aber auch zumindest weitestgehend im Rahmen des Berufsbegriffs⁷⁴ und ist gleichfalls im Wesentlichen als berufliche Entfaltungsfreiheit zu verstehen, nicht hingegen als Recht auf Arbeit. **2515**

⁷² Zum allgemeinen Gleichheitssatz EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5580 ff., Rn. 20 ff.) – Winzersekt; Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4509, Rn. 50 ff.; 4513, Rn. 71 ff.) – SAM u. Stapf; spezifisch für Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV etwa EuGH, Rs. 113/88, Slg. 1989, 1991 (2014 f., Rn. 19 f.) – Leukhardt; Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2267 ff., Rn. 13 ff.) – Schröder; Rs. C-63/93, Slg. 1996, I-569 (609 ff., Rn. 25 ff.) – Duff; zum Ganzen näher *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 132 ff.

⁷³ EuGH, Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 (1059 ff., Rn. 9 ff.) – Raulin.

⁷⁴ S.o. Rn. 2483, 2514 zur Rspr. des EuGH.

II. Merkmale

- 2516** Art. 15 EGRC schützt die Berufsfreiheit umfassend und differenziert nicht zwischen selbstständigen und unselbstständigen Tätigkeiten. Beide sind gleichermaßen umfasst, wie auch Art. 15 Abs. 2 EGRC belegt, wo sowohl auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit als auch auf die Selbstständigenfreiheiten der Niederlassung und der Dienstleistungserbringung verwiesen wird.
- 2517** Indem alle diese Freiheiten in Art. 15 Abs. 2 EGRC in Bezug genommen werden, sind die für eine erfasste Tätigkeit maßgeblichen Voraussetzungen jeweils zusammen zu sehen. Die berufliche Tätigkeit ist daher europaweit einheitlich und nach objektiven Kriterien zu bestimmen, und zwar weit und nicht einschränkend, wird doch der Anwendungsbereich eines elementaren Grundrechts festgelegt.⁷⁵ Erforderlich ist eine tatsächliche und echte Tätigkeit, die nicht einen so geringen Umfang hat, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt.⁷⁶ Es werden für eine bestimmte Zeit und damit für eine gewisse Dauer⁷⁷ Leistungen erbracht, die vergütet werden.⁷⁸ Voraussetzung ist mithin ein gewisser wirtschaftlicher Wert.⁷⁹ Dann ist eine Leistung auch Bestandteil des Wirtschaftslebens, was Grundvoraussetzung für eine selbstständige Erwerbstätigkeit ist. Ausdruck dessen ist, dass sie nur gegen Entgelt ausgeübt wird.
- 2518** Damit trägt die betroffene wirtschaftliche Tätigkeit regelmäßig zum Lebensunterhalt bei. Diese Bedingung wird daher ebenfalls für das Vorliegen eines Berufs nach Art. 15 EGRC aufgestellt,⁸⁰ allerdings nur vom BVerfG,⁸¹ nicht jedoch vom EuGH im Rahmen der Grundfreiheiten. Hintergrund ist, dass das BVerfG die Berufsfreiheit als Selbstverwirklichung und Persönlichkeitsentfaltung ansieht, woraus eine entsprechende Kernfunktion der beruflichen Tätigkeit und damit der Charakter als Lebensaufgabe und zugleich Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung folgen soll.⁸² Zwar steht auch an der Spitze der EGRC die Menschenwürde. Daher kann die Berufsfreiheit in der EGRC als Entfaltung der Anlagen des Einzelnen im gesamtgesellschaftlichen Kontext angesehen werden.
- 2519** Indes bleibt der stärkere Bezug auf die wirtschaftliche Tätigkeit aufgrund der engen Verbindung zu den Grundfreiheiten nach Art. 15 Abs. 2 EGRC, für die da-

⁷⁵ Vgl. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 16 f.) – Lawrie-Blum zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.

⁷⁶ Für die Berufsfreiheit explizit etwa Ruffert, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 11; Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 105; sich dem anschließend Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 38 a.E.

⁷⁷ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 15 Rn. 17; auf der Basis schon des Berufsbegriffs Ruffert, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 11.

⁷⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-337/97, Slg. 1999, I-3289 (3310 f., Rn. 13) – Meeusen.

⁷⁹ EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 18) – Lawrie-Blum für die Arbeitnehmerfreizügigkeit; zu dieser im Einzelnen Frenz, Europarecht 1, Rn. 1205 ff.

⁸⁰ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 38; Penski/Elsner, DÖV 2001, 265 (271); Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 105.

⁸¹ S. BVerfGE 7, 377 (397).

⁸² S. BVerfGE 7, 377 (397).

rin das Hauptunterscheidungsmerkmal liegt. Zudem sollen gerade die Grundrechte lediglich die Durchführung des Rechts der Union betreffen und müssen sich daher in ihrem Anwendungsbereich an den Geltungsbereich des Unionsrechts halten, der immer noch vom Wirtschaftsleben dominiert wird.⁸³

Deshalb zählt letztlich die wirtschaftliche Tätigkeit als solche und nicht ihr Beitrag zum Lebensunterhalt. Ebenso wenig kann damit notwendigerweise eine Gewinnerzielungsabsicht gefolgt werden. Vielfach erfolgt eine Mischkalkulation, nach der einige Tätigkeiten durchaus Verluste erbringen können, wenn nur insgesamt ein Gewinn verbleibt. Hier können nicht etwa Teilbereiche von der beruflichen Tätigkeit Selbstständiger ausgeblendet werden, würde doch ansonsten eine rechtssichere Zuordnung nicht mehr möglich sein, da sich das Erzielen von Erträgen auch rasch ändern kann. Daher ist auch nicht erforderlich, dass eine Tätigkeit notwendig kostendeckend ist.⁸⁴ 2520

Diese Anknüpfung an die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit sichert einen umfassenden Anwendungsbereich. Er schließt die freien Berufe und gewerbliche Tätigkeiten ein und bezieht sich ebenso auf die Produktion industrieller Art sowie die Landwirtschaft. Inwieweit die Tätigkeit das Leben des Einzelnen prägt, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Erforderlich ist nur eine gewisse wirtschaftliche Relevanz für den Einzelnen. Reine Hobbytätigkeiten und Liebhabereien werden damit nicht umfasst. Allerdings genügen auch Teilzeitbeschäftigungen und Gelegenheitsarbeitsverhältnisse sowie zeitlich befristete Beschäftigungen von einigen Monaten wie im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁸⁵ Auch mehrere parallel ausgeübte Tätigkeiten können jeweils für sich einen Beruf darstellen, auch wenn der Lebensunterhalt nicht aus einer von ihnen bestritten werden kann. Selbst die zusätzliche Abhängigkeit von staatlichen Mitteln steht dem Eingreifen der Berufsfreiheit nicht entgegen.⁸⁶ 2521

III. Verbotene und sittenwidrige Tätigkeiten

Infolge der europarechtlichen Dimension der wirtschaftlichen Tätigkeit kann es nicht darauf ankommen, ob es sich um eine national erlaubte oder verbotene bzw. als sittenwidrig eingestufte Tätigkeit handelt. Ansonsten könnten die Mitgliedstaaten nach eigenem Belieben wichtige wirtschaftliche Freiheitsrechte des Bürgers einschränken. Dieser Aspekt gilt insbesondere bei den Grundfreiheiten.⁸⁷ Indes 2522

⁸³ S. Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 105; zur Fortentwicklung, die an diesem Befund letztlich nichts ändert, Frenz, Europarecht 1, Rn. 1909.

⁸⁴ Für die Niederlassungsfreiheit Frenz, Europarecht 1, Rn. 1910 ff. m.w.N.

⁸⁵ S. EuGH, Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035 (1050, Rn. 15 f.) – Levin; Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 (1059 f., Rn. 9 ff.) – Raulin; Rs. C-413/01, Slg. 2003, I-13187 (13230 f., Rn. 32) – Ninni-Orasche. Dazu Frenz, Europarecht 1, Rn. 1213 m.w.N.

⁸⁶ Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. 139/85, Slg. 1986, 1741 (1750 f., Rn. 14) – Kempf.

⁸⁷ Näher zur Arbeitnehmerfreizügigkeit Frenz, Europarecht 1, Rn. 1236 ff., zur Niederlassungsfreiheit Rn. 1915 ff.

werden die Mitgliedstaaten nach Art. 51 Abs. 1 EGRC auch aus den Grundrechten verpflichtet, soweit ein hinreichender Europabezug besteht.⁸⁸

2523 Um eine europaweit einheitliche Anwendung sicherzustellen, ist höchstens daran zu denken, in allen Mitgliedstaaten bzw. durch Europarecht verbotene Tätigkeiten aus dem Schutzbereich der Berufsfreiheit auszuklammern.⁸⁹ Bei einem Verbot in allen Mitgliedstaaten ist parallel zu den Grundfreiheiten und wegen der Rückführung der Berufsfreiheit auch auf die nationalen Verfassungstraditionen eine Reduktion des Schutzbereichs denkbar.⁹⁰ Akzeptiert man darüber hinaus ein europarechtliches Verbot einer Berufstätigkeit, würden damit etwa auch Tätigkeitsausschlüsse nach gemeinsamen Marktordnungen gem. Art. 34 EG/40 AEUV im Bereich der Landwirtschaft den Anwendungsbereich der Berufsfreiheit verkürzen.⁹¹

2524 Allerdings hat der EuGH die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs in die Berufsfreiheit geprüft.⁹² Damit können auch landwirtschaftliche Marktorganisationen bzw. -ordnungen den Schutzbereich der Berufsfreiheit nicht verkürzen, sondern stellen ggf. Eingriffe in dieses Grundrecht dar.⁹³ Ansonsten könnte der Unionsgesetzgeber durch die Einführung entsprechender Marktorganisationen und -ordnungen jedenfalls im landwirtschaftlichen Bereich den Anwendungsbereich der Berufsfreiheit nahezu beliebig gestalten. Daher sind die entsprechenden Aspekte auf der Ebene der Rechtfertigung zu prüfen. Sie werden dabei regelmäßig durchdringen, besteht doch im Rahmen gemeinsamer Marktorganisationen und -ordnungen kaum ein Schutz gegenüber Veränderungen.⁹⁴

⁸⁸ S.o. Rn. 262 ff.

⁸⁹ Dafür im Bereich der Berufsfreiheit *Nowak*, in: Heselerhaus/Nowak, § 30 Rn. 39 a.E.; näher *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 70 ff.; aus der Perspektive der Grundfreiheiten *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1243 f., 1921 ff.

⁹⁰ Näher o. Rn. 470.

⁹¹ Vgl. EuGH, Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 (2768, Rn. 22) – Eridania; Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 (2339, Rn. 18) – Rau/BALM.

⁹² EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066 f., Rn. 81 ff.) – Bananen; s. später auch EuG, Rs. T-254/97, Slg. 1999, II-2743 (2768, Rn. 74) – Fruchthandels-gesellschaft Chemnitz.

⁹³ *Nowak*, in: Heselerhaus/Nowak, § 30 Rn. 40; auch bereits *Günter*, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, S. 20 ff.; *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 117 f.; a.A. *Rengeling*, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 331 (346 f.).

⁹⁴ S.u. Rn. 3004 ff., 3143 f. im Rahmen des Vertrauensschutzes.

D. Berechtigte und Verpflichtete

I. Unterschiedliche Berechtigte

1. Natürliche Personen

a) *Keine Beschränkung auf Unionsbürger*

Art. 15 Abs. 1 EGRC statuiert ein Jedermann-Recht der Berufsfreiheit, ist aber 2525 nicht entsprechend Art. 12 Abs. 1 GG nur auf die Unionsbürger und Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten bezogen,⁹⁵ sondern von vornherein auch auf Drittstaatsangehörige. Davon ging auch der EuGH in der Rechtssache *Bosphorus* aus, indem er sogleich materiell eine etwaige Grundrechtsverletzung der Bosphorus Airways prüfte.⁹⁶ Der jetzige Wortlaut „jede Person“ ist insoweit eindeutig. Daher kann der personelle Schutz auch nicht mehr unter Rückgriff auf die Nichterwähnung der Berufsfreiheit in der EMRK und auf die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten auf Unionsbürger beschränkt werden.⁹⁷ Nunmehr werden praktisch in Art. 15 Abs. 1 EGRC die Berechtigten aus Art. 15 Abs. 2 EGRC und aus Art. 15 Abs. 3 EGRC addiert. Auch dies zeigt, dass Art. 15 Abs. 1 EGRC gleichsam den Überbau darstellt und Art. 15 Abs. 2 und Abs. 3 EGRC bereichsbezogene Konkretisierungen bilden. Daran erweist sich ebenfalls, dass die Berufsfreiheit weiter reicht als die in Art. 15 Abs. 2 EGRC in Bezug genommenen Grundfreiheiten in Form der Personenverkehrsfreiheiten, die auf Staatsangehörige eines Mitgliedstaates beschränkt sind.⁹⁸

Während Art. 15 Abs. 1 EGRC jede Person berechtigt, begünstigt Art. 15 Abs. 2 2526 EGRC lediglich alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und Art. 15 Abs. 3 EGRC die Staatsangehörigen dritter Länder, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen. Letztere sind also personell begrenzt. Das erste Recht ist hingegen umfassend ausgestaltet. Damit können sich Bürger aus EU-Staaten wie aus Nicht-EU-Staaten in vollem Umfang darauf berufen.

b) *Bereichsausnahmen?*

Es erfolgt keine bereichsmäßige Begrenzung. Anders als auf die Arbeitnehmer- 2527 freizügigkeit bzw. die Niederlassungsfreiheit können sich daher auf die Berufsfreiheit auch solche Personen berufen, die in der öffentlichen Verwaltung eines

⁹⁵ Zur Vermeidung einer Diskriminierung sind Bürger aus den anderen Mitgliedstaaten gleichgestellt, s. *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, § 147 Rn. 21; *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 197; a.A. *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 (1083).

⁹⁶ S. EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986 f., Rn. 22 ff.) – *Bosphorus*.

⁹⁷ S. noch *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rn. 52; dagegen *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 124 f.

⁹⁸ S. bereits *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 127 f.; zu den Berechtigten der Personenverkehrsfreiheiten *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 221. Nur die Produktverkehrsfreiheiten reichen weiter, *Frenz*, a.a.O., Rn. 222 f.

Mitgliedstaates i.S.v. Art. 39 Abs. 4 EG/45 Abs. 4 AEUV beschäftigt sind bzw. öffentliche Gewalt nach Art. 45 EG/51 AEUV ausüben. Diese Personen könnten höchstens deshalb nicht erfasst sein, weil insoweit Unionsrecht keine Anwendung findet⁹⁹ und damit auch nach Art. 51 Abs. 1 EGRC die Grundrechte nicht eingreifen. Zwar sind die öffentliche Verwaltung und die Ausübung öffentlicher Gewalt nationale Refugien geblieben. Indes ist nicht auszuschließen, dass das europäische Recht auch insoweit indirekte Auswirkungen hat. Solche können etwa durch inhaltliche Vorgaben entstehen, die beispielsweise nationale Sicherheitsbehörden betreffen und die Rückwirkungen auf berufliche Tätigkeiten haben. Damit kann indirekt die berufliche Entfaltung beeinträchtigt sein, und zwar durch Vorgaben des Europarechts. Dieses muss dann von den Mitgliedstaaten durchgeführt werden. Insoweit befindet man sich auch nach Art. 51 Abs. 1 EGRC im Bereich der Grundrechte. Die Berufsfreiheit ist dabei durchaus von den Grundfreiheiten zu unterscheiden. Daher ist der Bereichsausschluss für die Grundfreiheiten lediglich für diese relevant, nicht aber notwendig automatisch für die Grundrechte und insbesondere für die Berufsfreiheit.

- 2528** Im Übrigen legt der EuGH die Ausnahmeklauseln der Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung und der Ausübung öffentlicher Gewalt sehr eng aus.¹⁰⁰ Darüber hinaus finden die Grundfreiheiten voll Anwendung. Das muss dann auch für die Berufsfreiheit gelten.¹⁰¹

c) *EU-Beamte*

- 2529** Von vornherein nationalen Regelungen und daran anknüpfenden Ausnahmeklauseln entzogen sind die Beamten und sonstigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes der Europäischen Union. Sie können sich daher grundsätzlich auf das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen. Allerdings ist ihre Tätigkeit in die Notwendigkeiten der Gemeinschaftsorganisation eingebunden. Daraus ergibt sich eine breite Rechtfertigung von Sonderregeln durch das Beamtenstatut,¹⁰² welche die

⁹⁹ So *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 35; abl. auch *Stadler*, Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, 1980, S. 344; *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 120.

¹⁰⁰ Z.B. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2147, Rn. 27) – Lawrie-Blum bzw. Rs. C-114/97, Slg. 1998, I-6717 (6742 f., Rn. 38 f.) – Kommission/Spanien; m.w.N. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1345 ff., 1977 ff.

¹⁰¹ So auch *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 120.

¹⁰² VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind, vom 29.2.1968, ABl. L 56, S. 1; geändert durch VO (EG, EGKS, Euratom) Nr. 2458/98 des Rates vom 12.11.1998 zur Änderung der VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften, der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie der anderen auf die Beamten und sonstigen Bediensteten der Europäischen Gemeinschaften anwendbaren VOen hinsichtlich der Festsetzung der Dienst- und Versorgungsbezüge und der sonstigen finanziellen Ansprüche in Euro, ABl. L 307, S. 1.

Berufsfreiheit aus funktionellen Gründen zulässig beschränken.¹⁰³ Dadurch wird das Grundrecht der Berufsfreiheit weitgehend überlagert. Das ändert allerdings nichts daran, dass etwaige Änderungen dieses Beamtenstatuts an Art. 15 Abs. 1 EGRC zu messen sind.

d) Art. 15 Abs. 2 EGRC

Diese Erstreckung auf alle Personen gilt nicht für Art. 15 Abs. 2 EGRC. Dieser ist **2530** nur Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern eröffnet, und zwar für die Ausübung spezifisch der bereits bislang bestehenden Grundfreiheiten.¹⁰⁴ Daher müssen auch die Anwendungsbereiche gleich sein, sollen nicht Beschränkungen der Grundfreiheiten über Art. 15 Abs. 2 EGRC einfach umgangen werden können. Es bedarf insoweit eines grenzüberschreitenden Bezugs. Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sind demnach nur insoweit berechtigt, als sie auch über die Grenzen Arbeit suchen, arbeiten, sich niederlassen oder Dienstleistungen erbringen, nicht hingegen auf nationaler Ebene.¹⁰⁵

e) Art. 15 Abs. 3 EGRC

Während es bei Art. 15 Abs. 2 EGRC auf die Zugehörigkeit zu einem EU-Staat **2531** ankommt, werden aus Art. 15 Abs. 3 EGRC alle Staatsangehörigen dritter Länder berechtigt, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen. Damit werden alle Beschäftigten berechtigt, welche nicht die Unionsbürgerschaft besitzen.¹⁰⁶ Von Art. 15 Abs. 3 EGRC werden aber nicht alle Staatsangehörige dritter Länder erfasst, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten tatsächlich arbeiten, sondern nur diejenigen, die dies auch dürfen. Damit ist eine Arbeitserlaubnis konstitutiv. Da auf sie kein Anspruch besteht, haben es die Mitgliedstaaten in der Hand, eine solche Erlaubnis zu verleihen. Dadurch können sie die Anwendungsbereichweite von Art. 15 Abs. 3 EGRC steuern.

Vom Wortlaut her wird eigentlich vorausgesetzt, dass die Staatsangehörigkeit **2532** eines solchen Drittstaates besteht. Gleichmaßen schutzbedürftig sind aber staatenlose Arbeitnehmer. Auf sie ist daher Art. 15 Abs. 3 EGRC analog anzuwenden, ohne dass dadurch die Mitgliedstaaten übermäßig belastet werden: Ihnen obliegt immer noch die Steuerung, inwieweit sie Arbeitnehmern von außerhalb der Union eine Arbeitserlaubnis erteilen.¹⁰⁷ Es geht um die Gleichstellung im Arbeitsprozess und diese ist unabhängig von einer konkreten Staatsangehörigkeit. Ihrer bedürfen nur Staatsangehörige von EU-Ländern nicht, weil sie nach Art. 15 Abs. 2 EGRC weiter gehend berechtigt sind. Die Grundfreiheiten, auf die verwiesen wird, enthalten nämlich nicht nur Diskriminierungs-, sondern auch Beschränkungsverbote.¹⁰⁸

¹⁰³ Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 120; s. bereits A. Weber, ZBR 1978, 326 (328).

¹⁰⁴ Näher u. Rn. 2572 ff.

¹⁰⁵ S. auch o. Rn. 2492 f.

¹⁰⁶ Rengeling, DVBl. 2004, 453 (457).

¹⁰⁷ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 57.

¹⁰⁸ Näher allgemein Frenz, Europarecht 1, Rn. 141 ff.

2533 Solchermaßen abgekoppelt von den Grundfreiheiten erstreckt sich, im Gegensatz zu diesen, Art. 15 Abs. 3 EGRC auch nicht auf Familienangehörige. Letztere werden im Gegensatz zu Art. 19 ESC¹⁰⁹ nicht einbezogen, obwohl dessen Abs. 4 Vorbild bei der Entstehung von Art. 15 Abs. 3 EGRC war.¹¹⁰ Indes beschränkt sich der Wortlaut des Grundrechts ausdrücklich auf die Staatsangehörigen dritter Länder, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen, knüpft also nicht an den Aufenthalt oder die Familienzugehörigkeit zu einem solchen Arbeitnehmer an. Zudem beschränkt sich der Regelungsgegenstand auf die Arbeitsbedingungen und bezieht sich nicht auf soziale Rechte, die im Rahmen der Grundfreiheiten auch Familienangehörige berechtigen.

2. Juristische Personen und sonstige Unternehmen

a) Art. 15 Abs. 1 EGRC

2534 Die Berufsfreiheit betrifft entsprechend der Formulierung in Art. 15 EGRC „jede Person“ nicht nur natürliche Personen, sondern auch und sogar in erster Linie Wirtschaftsteilnehmer und damit Unternehmen, welche vor allem als juristische Personen verfasst sind. Daher ist die Wendung „jede Person“ so zu verstehen, dass es auf die Organisation der Person nicht ankommt und damit sowohl natürliche als auch juristische Personen umfasst sind. Der EuGH geht von der Grundrechtsberechtigung von Wirtschaftsteilnehmern gerade auch im beruflichen Bereich selbstverständlich aus, ohne näher zu differenzieren, ob es sich um natürliche oder juristische Personen handelt.¹¹¹ Damit sind sämtliche Wirtschaftsteilnehmer umfasst, unabhängig davon, ob sie in einer juristischen Person wie einer GmbH oder AG organisiert sind oder aber in einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bzw. des Handelsrechts oder in einer Genossenschaft oder als natürliche Person am Wirtschaftsverkehr teilnehmen. Nicht nur Arbeitnehmer sind demnach umfassend aus Art. 15 Abs. 1 EGRC berechtigt, sondern auch Unternehmer.

b) Art. 15 Abs. 2 EGRC

2535 Art. 15 Abs. 2 EGRC bezieht sich ebenfalls auf Unternehmen. Denn auch aus den Grundfreiheiten sind die Unternehmen umfassend berechtigt. Die Gleichstellung in Art. 48 Abs. 1 EG/54 Abs. 1 AEUV ist auf die anderen Grundfreiheiten zu übertragen.¹¹² Insoweit zählt der satzungsmäßige Sitz bzw. die Hauptverwaltung oder -niederlassung innerhalb der Union. Für Unternehmen greifen in erster Linie die Rechte ein, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen, wenngleich der EuGH das Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch auf einen Arbeitgeber in Gestalt einer GmbH erstreckte.¹¹³ Das gilt allerdings nur in dem Umfang, in dem an-

¹⁰⁹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹¹⁰ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 57.

¹¹¹ S. etwa EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 75) – Bananen.

¹¹² Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 224 ff.

¹¹³ EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521 (2545, Rn. 19 ff.) – Clean Car; teilweise krit. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1215 ff.

sonsten Arbeitnehmerrechte durch eine Beeinschränkung des Arbeitgebers beeinträchtigt werden könnten.

c) Art. 15 Abs. 3 EGRC

Hingegen bezieht sich Art. 15 Abs. 3 EGRC auf die konkreten Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz und damit auf die Arbeitnehmer, die als natürliche Personen Staatsangehörige dritter Länder sind. Ansonsten wäre auch auf den Sitz bzw. die Hauptniederlassung abgestellt worden. Zudem sind Arbeitserlaubnisse, welche von Art. 15 Abs. 3 EGRC vorausgesetzt werden, typischerweise auf natürliche Personen zugeschnitten und nicht auf juristische. **2536**

d) Personen des öffentlichen Rechts

Grundrechte berechtigen grundsätzlich Private und nicht den Staat. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind daher auch im Rahmen der Berufsfreiheit grundsätzlich von der Grundrechtsträgerschaft ausgeschlossen. Der Staat handelt aber vielfach in Unternehmensform. Diese andere Organisationsform soll nicht entscheidend sein. Vielmehr wird eine Berufsfreiheit für öffentliche und auch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen nach Art. 15 Abs. 1 EGRC verneint.¹¹⁴ **2537**

Indes können sich erwerbswirtschaftliche Aktivitäten öffentlicher und erst recht gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen in Bereichen bewegen, die auch von privaten Wirtschaftsteilnehmern wahrgenommen werden. Zudem ist der Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 EGRC „jede Person“ offen. Damit kommt es eher auf eine erwerbswirtschaftliche berufliche Tätigkeit an als auf die Organisationsform. Deshalb ist für die Grundfreiheiten eine Berechtigung öffentlicher Unternehmen zu befürworten.¹¹⁵ In deren Rahmen erfolgt allerdings eine Gleichstellung von Gesellschaften in Art. 48 EG/54 AEUV, die auch auf öffentlicher Träger und Unternehmen zu übertragen ist. Indes wird eine solche Gleichstellung von Unternehmen auch über den offenen Begriff „jede Person“ in Art. 15 Abs. 1 EGRC erreicht. Zudem ist zumindest im Rahmen von Art. 15 Abs. 2 EGRC die Berechtigung gleich weit zu ziehen wie im Rahmen der Grundfreiheiten, um Wertungswidersprüche und Divergenzen zu vermeiden. Da Grundfreiheiten und die Berufsfreiheit sehr eng zusammenhängen, ist diese Reichweite auch auf Art. 15 Abs. 1 EGRC als umfassenderes Grundrecht zu erstrecken. Ansonsten treten innerhalb der Berufsfreiheit sehr leicht Brüche auf.¹¹⁶ **2538**

Damit muss man auch nicht den Gleichheitssatz bemühen, der zu gleichen Regelungen für öffentlich und privatrechtlich organisierte Unternehmen im Wettbewerb führen soll.¹¹⁷ Art. 86 Abs. 2 EG/106 Abs. 2 AEUV setzt insoweit zwar Un- **2539**

¹¹⁴ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 36; bejahend hingegen Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 16; Rengeling, DVBl. 2004, 453 (455); Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 121 ff.

¹¹⁵ Ausführlich Frenz, Europarecht 1, Rn. 233 ff.

¹¹⁶ Vgl. im Übrigen allgemein o. Rn. 304 ff.

¹¹⁷ Darauf abhebend Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 16; Rengeling, DVBl. 2004, 453 (455); Tettinger, in: FS für Börner, 1992, S. 625 (638); Wunderlich, Das Grundrecht

terschiede voraus. Grundsätzlich gelten aber nach dieser Bestimmung doch die Vorschriften „dieses Vertrages“, welcher mittlerweile auch auf die europäischen Grundrechte verweist und nicht nur Verpflichtungen, sondern eben auch Berechtigungen enthält. Diese können durchaus in einer Person zusammenfallen. Jedenfalls enthält Art. 86 Abs. 1 EG/106 Abs. 1 AEUV Schutz vor staatlichen Maßnahmen.¹¹⁸

II. Grundrechtsverpflichtete

1. Union und Mitgliedstaaten

a) Sekundärrecht

2540 Aus der Berufsfreiheit sind wie bei den anderen Grundrechten nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts verpflichtet. In erster Linie wird die Berufsfreiheit Bedeutung haben, wenn das zahlreiche wirtschaftsbezogene Sekundärrecht ergeht und umgesetzt wird und dabei die beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten der Betroffenen mit bedacht werden müssen.

b) Bei nationalen Beeinträchtigungen des grenzüberschreitenden Verkehrs

2541 Bedeutung kann die Berufsfreiheit für die Mitgliedstaaten auch jenseits der Umsetzung des Sekundärrechts erlangen, wenn ihre Maßnahmen den grenzüberschreitenden Verkehr betreffen und dadurch die Berufsfreiheit von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen EU-Staaten beeinträchtigen. Zwar betrafen die EuGH-Urteile *ERT*,¹¹⁹ *Familiapress*,¹²⁰ und *Carpenter*,¹²¹ auf die *Blanke* verweist,¹²² nicht auch die Berufsfreiheit. Indes bilden die Meinungs- und Pressefreiheit spezifische Bereiche,¹²³ die ebenfalls wirtschaftliche Aktivitäten betreffen.¹²⁴ Damit belegen diese Urteile, dass grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten beeinträchtigt sein können, wenn Mitgliedstaaten Maßnahmen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen ergreifen. Diese können auch nicht vollständig durch die Grundfreiheiten erfasst werden.¹²⁵ Da die Berufsfreiheit gerade weiter reicht, kann sie etwa vorbereitende Aspekte für grenzüberschreitende Aktivitäten oder Rahmenbedingungen erfassen, die vor allem infolge der *Keck*-Rechtsprechung von den Grund-

der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 121 ff.; insoweit abl. auch *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 16.

¹¹⁸ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 240.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925.

¹²⁰ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689.

¹²¹ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279.

¹²² *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 40.

¹²³ Darauf verweisend *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 182.

¹²⁴ S.o. Rn. 2508.

¹²⁵ Dahin wohl *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 40 a.E.

freiheiten ausgeklammert sind, gleichwohl aber eine solch bedeutende Grundlagenfunktion besitzen, dass sie über die Berufsfreiheit erfasst werden können.¹²⁶ Für spezifische unternehmerische Handlungen wird allerdings vor allem die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 EGRC einschlägig sein.

2. Private

a) Art. 15 Abs. 3 EGRC

Art. 15 Abs. 3 EGRC wird unmittelbare Drittwirkung zugemessen, verpflichtet doch auch Art. 141 EG/157 AEUV Private.¹²⁷ Beide Bestimmungen geben materiell gleiche Arbeitsbedingungen vor und können letztlich effektiv nur dadurch verwirklicht werden, dass sie private Arbeitgeber verpflichten.¹²⁸ Ansonsten wären sie von ihrem Anwendungsbereich auf staatliche Arbeitgeber beschränkt und würden somit weitestgehend leer laufen. **2542**

b) Art. 15 Abs. 2 EGRC

Auf dieser Basis lässt sich sogar eine Verpflichtung privater Arbeitgeber aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit herleiten, soweit es um Diskriminierungen geht.¹²⁹ Insofern stützte sich auch der EuGH im Urteil *Angonese* auf eine notwendig einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sowie auf einen Erst-recht-Schluss aus Art. 141 EG/157 AEUV und zudem aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EG/18 AEUV.¹³⁰ Um keine Widersprüche zur Arbeitnehmerfreizügigkeit auftreten zu lassen, ist daher in diesem Rahmen auch Art. 15 Abs. 2 EGRC zulasten Privater anzuwenden. Diese dürfen damit auch nach Art. 15 Abs. 2 EGRC nicht Unionsbürgerinnen und Unionsbürger diskriminieren, wenn sie Arbeit suchen bzw. arbeiten. **2543**

Der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit kommt hingegen keine unmittelbare Drittwirkung zu. Sie beziehen sich vor allem auf staatliche Maßnahmen. Diesen vergleichbar sind nur Maßnahmen von privaten Verbänden etc., die eine staatlichen Einrichtungen vergleichbare Machtposition haben.¹³¹ **2544**

¹²⁶ S.o. Rn. 2499.

¹²⁷ Zu seiner unmittelbaren Drittwirkung bereits EuGH, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 (476, Rn. 38/39) – Defrenne; *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 59.

¹²⁸ Abl. *Jarass*, § 20 Rn. 25.

¹²⁹ Näher *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 1173 f.

¹³⁰ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 (4172 f., Rn. 34 f.) – *Angonese*; daraus folgt aber nicht notwendig eine unmittelbare Drittwirkung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes, *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 2935.

¹³¹ S. insbes. EuGH, Rs. 90/76, Slg. 1977, 1091 (1128, Rn. 28) – Van Ameyde für die Niederlassungsfreiheit; Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 (1419 f., Rn. 16/19) – Walrave für die Dienstleistungsfreiheit; zu Gewerkschaften o. Rn. 475; eine Verpflichtung Privater im Übrigen abl. *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 1865 ff. für die Niederlassungsfreiheit, Rn. 2425 ff. für die Dienstleistungsfreiheit.

c) Art. 15 Abs. 1 EGRC

- 2545** Die Berufsfreiheit nach Art. 15 Abs. 1 EGRC schützt – wie die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit – vor allem vor staatlichen Beeinträchtigungen. So schützt dieses Grundrecht nicht die Annahme eines Berufs, sondern setzt einen angenommenen Beruf voraus, der frei ausgeübt und vorher gewählt werden darf. Zudem wird kein Recht auf Arbeit als individuell einfordersbarer Anspruch gewährleistet, zumal nicht gegenüber privaten Unternehmen.¹³²
- 2546** Damit kommt der Berufsfreiheit wie etwa auch im deutschen Verfassungsrecht keine unmittelbare Drittwirkung zu. Eine Ausnahme besteht höchstens dann, wenn es sich um private Vereinigungen handelt, die eine staatlichen Einrichtungen vergleichbare Machtposition besitzen. Weil aber die Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 EGRC grundsätzlich nur die Union und die Mitgliedstaaten verpflichten, muss auch diese Machtposition auf deren Handeln rückführbar sein. Das ist am ehesten der Fall, wenn diese Vereinigungen von der Union bzw. von Mitgliedstaaten eingesetzt wurden und auf dieser Basis eine staatlichen Einrichtungen vergleichbare Machtposition gegenüber Privaten ausüben.

E. Gewährleistungsebenen: Umfasste Betätigungen

I. Berufswahl und Berufsausübung

1. Begriffliche Trennung bei einheitlicher Behandlung

- 2547** Schon in einem seiner ersten Urteile zur Berufsfreiheit, nämlich in der Rechtssache *Hauer*, unterscheidet der EuGH zwischen der Aufnahme eines Berufs und dessen freier Ausübung.¹³³ Eine nähere begriffliche Abgrenzung erfolgt nicht. Sie kann vor allem nicht darin gesehen werden, dass unmittelbare Beeinträchtigungen als Berufswahl- und mittelbare Eingriffe als Berufsausübungsregelungen zu qualifizieren seien.¹³⁴ Die dafür angeführte Entscheidung *Kommission/Deutschland* verneint vielmehr gänzlich einen Eingriff in die freie Berufswahl und befürwortet nur eine mittelbare, nicht aber eine unmittelbare Auswirkung auf die freie Berufsausübung.¹³⁵ Vielmehr behandelt der EuGH Eingriffe in die Berufswahl und die Berufsausübung gleich.¹³⁶

¹³² Näher u. Rn. 2564 ff.

¹³³ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3750, Rn. 32) – *Hauer*; ebenso bereits *GA Capotorti*, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3743, Rn. 10) – *Hauer*; näher *Borrmann*, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 158 ff. m.w.N.

¹³⁴ Dahin *Günter*, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, S. 17; ebenso *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rn. 68.

¹³⁵ EuGH, Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 (2545, Rn. 27) – *Qualitätswein b.A.*; ebenso *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 112 f.

¹³⁶ *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 42.

Der EuGH benutzt nicht etwa eine Stufenleiter von einer einfachen Berufsausübungsregelung über eine subjektive Berufswahlregelung bis hin zu einer objektiven Berufszulassungsschranke, welche nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut möglich ist.¹³⁷ Aber selbst bei einer derart unterschiedlichen Prüfung mit der Rechtsfertigung von Eingriffen zerfließen die Grenzen zwischen Berufswahl und Berufsausübung. Daher wird ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit angenommen.¹³⁸ Das gilt erst recht auf der Ebene der europäischen Grundrechte,¹³⁹ wo doch in Art. 15 Abs. 1 EGRC Berufswahl und Berufsausübung in einem Satz zusammengefasst sind. Nur die Berufsausübung wird ausdrücklich als Recht garantiert, während die freie Berufswahl nur bezogen auf den ausgeübten Beruf erwähnt ist („Recht ... frei gewählten ... Beruf auszuüben.“). Der Schwerpunkt der Prüfung des EuGH liegt denn auch im Bereich der Berufsausübung. 2548

2. Berufswahl

Eingriffe in die Berufswahl lehnte der EuGH bislang regelmäßig ab.¹⁴⁰ Dabei gibt es durchaus Ansatzpunkte in Entscheidungen, welche eine Beeinträchtigung der Berufswahl nahe legen. Das gilt etwa dann, wenn bestimmte Tätigkeiten faktisch durch Marktregelungen unmöglich werden. Gleichwohl hat der EuGH im *Bananen*-Urteil nur eine Berufsausübungsregelung geprüft.¹⁴¹ Zumindest faktisch wird durch eine solche Marktregelung der weiteren Aufnahme einer solchen Tätigkeit die wirtschaftliche Grundlage entzogen, wenn bestimmte Modalitäten nicht mehr wahrgenommen werden können, so der Import von Bananen in großem Stile auch aus Ländern außerhalb der AKP-Zone. 2549

Auch das BVerfG unterscheidet zwischen Berufswahl und Berufsausübung 2550 nach formalen Kriterien, hat allerdings die Figur entwickelt, dass eine Berufsausübungsregelung in ihren Wirkungen einer Berufswahlregelung gleich kommen kann und daher nach den Maßstäben Letzterer zu prüfen ist.¹⁴² Eine solche Figur ist der bisherigen europarechtlichen Grundrechtsdogmatik fremd. Sie ist auch nicht notwendig, weil die Prüfungsmaßstäbe für beide Eingriffsarten praktisch identisch sind. Damit zählen letztlich die in Frage stehenden Belange und damit etwa das Maß der Antastung der einheitlichen Berufsfreiheit und nicht, ob es sich um eine Berufswahl- oder um eine Berufsausübungsregelung handelt. Der EuGH hat bis-

¹³⁷ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (405 ff.) – Apothekenzulassung.

¹³⁸ S. für Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 7, 377 (400 ff.); *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 12 Rn. 1; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 22 ff.

¹³⁹ *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 113; a.A. *Emmerich-Fritzsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 392, die von zwei einzelnen Grundrechten ausgeht, die nur thematisch verbunden sind.

¹⁴⁰ S. bereits EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3750, Rn. 32) – Hauer; ebenso Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 (2545, Rn. 27) – Qualitätswein b.A.

¹⁴¹ S. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 81) – Bananen.

¹⁴² BVerfGE 11, 30 (44 f.) – Kassenarztlzussung; krit. insoweit *Erichsen/Frenz*, Jura 1995, 542 (543).

lang ohnehin soweit ersichtlich noch keine europarechtliche Regelung wegen Verstoßes gegen die Berufsfreiheit für nichtig erklärt.¹⁴³

3. Abgrenzung zur Berufsausübung

- 2551** Die Berufsausübung erstreckt sich auf die näheren Modalitäten der beruflichen Tätigkeit. Sie betrifft mithin nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit. So bejaht auch der EuGH, nachdem er eine Beeinträchtigung der freien Berufswahl verneint, die Berührung eines mittelbar damit zusammenhängenden Rechts, die sich auf die Berufsausübung auswirkt.¹⁴⁴ Zur Berufsausübung gehört auch, wo und bei wem jemand arbeitet, mithin die Wahl des Ortes und des Arbeitgebers,¹⁴⁵ ebenso die Arbeitszeit; dass sie der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer festlegt, beruht auf Tarif- und Individualvertrag. Auch deshalb haben die Unionsorgane die Tarifaufonomie zu wahren.¹⁴⁶
- 2552** Das Vorliegen einer Berufswahl- oder Ausübungsregelung kann maßgeblich davon abhängen, ob durch eine Regelung, die eine bestimmte berufliche Tätigkeit ordnet, ein Berufsstand betroffen ist, dessen Wahl dadurch erschwert wird, oder aber nur ein Teilbereich eines weiter reichenden Berufsbildes, so dass nur eine Modalität betroffen ist. Erschwert wird die Abgrenzung dadurch, dass gesetzlich fixierte Berufsbilder, woran das BVerfG in Deutschland anknüpft,¹⁴⁷ und Traditionen auf europäischer Ebene nicht einheitlich sein werden.

4. Bedeutung der Berufsamerkennungs- und der Dienstleistungsrichtlinie

- 2553** Soweit daher europäische Regelungen zu beruflichen Tätigkeiten erfolgen, kann höchstens an normative Typisierungen in diesen angeknüpft werden. Solche finden sich namentlich in der Berufsamerkennungs-¹⁴⁸ und der Dienstleistungsrichtlinie.¹⁴⁹ Darin werden aber verschiedene Berufstypen zu Obergruppen zusammengefasst. Daher kommt dieser Einteilung nur begrenzte Bedeutung zu. Auch wegen dieser Schwierigkeiten erweist es sich als Vorteil, dass nach den Maßstäben des EuGH eine nähere Abgrenzung von Berufswahl und Berufsausübung nicht zu erfolgen hat.
- 2554** Rückwirkungen auf die Berufswahl haben vor allem Qualifikationsanforderungen, um eine Tätigkeit aufzunehmen. Daher sind auch die Berufsamerkennungs-

¹⁴³ S.o. Rn. 2547 ff.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 (2545, Rn. 27) – Qualitätswein b.A.

¹⁴⁵ Zu Letzterem EuGH, Rs. C-132 u.a./91, Slg. 1992, I-6577 (6609, Rn. 32) – PCO Stauereibetrieb; *Jarass*, § 20 Rn. 8.

¹⁴⁶ S. im Übrigen o. Rn. 2251, 2265.

¹⁴⁷ BVerfGE 75, 246 (265); 13, 97 (117).

¹⁴⁸ RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255, S. 22, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1430/2007, ABl. 2007 L 320, S. 3.

¹⁴⁹ RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376, S. 36.

und die Dienstleistungsrichtlinie an dem Grundrecht der Berufsfreiheit zu messen.¹⁵⁰ Das gilt zumal dann, wenn solche Rechtsakte Harmonisierungen enthalten, die nationale Unterschiede ausschließen und damit die Grundfreiheiten erst gar nicht eingreifen lassen. Insoweit können nur die europäischen Grundrechte ins Feld geführt werden.¹⁵¹ Entscheidend sind letztlich die tatsächlichen Auswirkungen auf die beruflichen Möglichkeiten.

5. Vertrauensschutz

Grundlage einer wirksamen Ausübung und auch Ergreifung eines Berufs ist, sich auf bestehende Regelungen in Normen oder durch Verwaltungsentscheidungen und sonstiges staatliches Verhalten verlassen zu können. Insbesondere im gewerblichen und industriellen Bereich ist ansonsten eine langfristige Planung unmöglich. Sie ist aber Voraussetzung für effektive Investitionen, ja überhaupt für das längerfristige Anbieten von Dienstleistungen und das Produzieren von Waren. Daher ist auch der Vertrauensschutz Ausfluss der Berufsfreiheit.¹⁵² Umso mehr Bedenken erweckt es, dass der EuGH, welcher den Vertrauensschutz als allgemeinen Rechtsgrundsatz ansieht und nicht grundrechtlich fundiert, insbesondere normative Änderungen auch gravierender Art regelmäßig als zulässig ansieht, jedenfalls wenn sie erst für die Zukunft wirken.¹⁵³ 2555

So prüft der EuGH insbesondere die Veränderung von Rahmenbedingungen innerhalb einer Marktorganisation der europäischen Agrarordnung nicht spezifisch am Maßstab der Berufsfreiheit.¹⁵⁴ Lediglich dann greift der EuGH mittlerweile auf die Berufsausübungsfreiheit zurück, wenn eine Marktorganisation neu errichtet wird und damit solche Wirtschaftsteilnehmer erfasst, die bislang noch nicht einbezogen werden.¹⁵⁵ Solche Unternehmen werden gerade mit einer Neuregelung überstülpt, welche die bisher freie Berufsausübung reglementiert. Damit liegt ein klassischer Fall eines Eingriffs in die Berufsfreiheit vor.¹⁵⁶ Im Effekt ist aber eine Belastung, die durch eine in bestimmter Weise ausgestaltete Reglementierung zustande gekommen ist, gleichermaßen und unabhängig davon, ob ein Unternehmen 2556

¹⁵⁰ Im Hinblick auf die Grundfreiheiten ausführlich *Frenz*, Handwerkliche Qualifikation und EU-Recht, 2006.

¹⁵¹ Allgemein *Mörtl*, EuR 2002, 318 (323); *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 7 a.E.

¹⁵² S.u. Rn. 3009 f.

¹⁵³ Ausführlich dazu u. Rn. 3012 ff.

¹⁵⁴ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 29 unter Verweis auf EuGH, Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 (2768, Rn. 22) – Eridania; krit. auch *Günter*, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, S. 19 f.; s. auch *Penski/Elsner*, DÖV 2001, 265 (271); für ein Eingreifen der Berufsfreiheit hingegen auch *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 793; *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 118.

¹⁵⁵ S. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 81) – Bananen; s. bereits o. Rn. 2524; auch insoweit noch abl. EuGH, Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 (2339, Rn. 18) – Rau/BALM.

¹⁵⁶ Für eine Einbeziehung aus der Lit. entgegen der früheren EuGH-Rspr. auch z.B. *Hilf/Willms*, EuGRZ 1989, 189 (194); *Günter*, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, S. 20.

bereits einer solchen Marktorganisation unterworfen war oder nicht. Daher können auch bereits in eine Marktorganisation einbezogene Unternehmen die Berufsfreiheit geltend machen.¹⁵⁷ Die bestehende Einbeziehung in eine Marktordnung kann allerdings erhebliche Auswirkungen für den Vertrauensschutz haben. Wer bislang in eine Marktorganisation einbezogen war, musste ggf. mit fortlaufenden und auch erheblichen Änderungen rechnen.¹⁵⁸

6. Rahmenbedingungen beruflicher Tätigkeit

2557 Führt man den Ansatz des EuGH fort, bereits in Marktorganisationen einbezogene Wirtschaftsteilnehmer ohne den Schutz durch die Berufsfreiheit zu lassen, wenn es um Veränderungen geht, kommt man zu einer Ausblendung dieses Grundrechts, sofern der Staat die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ändert. Eine solche Konzeption ergibt sich vor allem dann, wenn man mit der früheren Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁹ auch die außerhalb einer Marktorganisation stehenden Wirtschaftsteilnehmer nicht in den Schutz von Art. 15 EGRC einbezieht, sofern eine solche Marktorganisation auf sie ausgedehnt wird. Das erinnert an die Konzeption des BVerfG, wonach die Berufsfreiheit grundsätzlich nicht vor Änderungen der Marktdaten und Rahmenbedingungen der unternehmerischen Entscheidungen schützen soll. Danach haben die Marktteilnehmer keinen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht „keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder künftige Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen“.¹⁶⁰

2558 Noch deutlicher trat dieser Ansatz in der auch im *Ökosteuer*-Urteil in Bezug genommenen Entscheidung des BVerfG zu staatlichen Warnungen und Empfehlungen im Hinblick auf glykohlhaltige Substanzen enthaltende Weine zum Vorschein. In diesem Beschluss vom 26.6.2002 sieht das BVerfG als Grundlage für einen funktionierenden Wettbewerb ein möglichst hohes Maß an Information der Marktteilnehmer über marktrelevante Faktoren. Dabei soll der Staat fördernd wirken können.¹⁶¹ Er vermag danach fairen Wettbewerb mit zu schaffen; er gestaltet die Funktionsbedingungen der Berufsausübung mit. Art. 12 Abs. 1 GG soll nur die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen sichern.¹⁶²

¹⁵⁷ Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 118.

¹⁵⁸ S.u. Rn. 3004, 3143 f.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 (2339, Rn. 18) – Rau/BALM.

¹⁶⁰ BVerfGE 110, 274 – Ökosteuer.

¹⁶¹ BVerfGE 102, 252 (266 f.) – Glykolweine.

¹⁶² BVerfGE 105, 252 (265) – Glykolweine; ebenso BVerfGE 106, 275 (298) – Festbeträge für Arzneimittel.

„Die Reichweite des Freiheitsschutzes“ wird damit „auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen“.¹⁶³ „Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst dementsprechend nicht einen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren.“¹⁶⁴ **2559**

So zerfließen jedoch die Grenzen zwischen grundrechtlich geschützter privater Gestaltung und abwehrbaren staatlichen Eingreifen in den freien Wettbewerb als Grundlage beruflicher Entfaltung. Dabei steht der Berufsbegriff fest¹⁶⁵ und ist gerade nicht normabhängig.¹⁶⁶ Die gravierenden Auswirkungen zeigen sich in den aufgezeigten Sachverhalten. Bereits die Änderung einer Agrarmarkordnung beeinträchtigt ebenso wie die Veröffentlichung einer Liste mit als gefährlich eingestuften Produkten die Wettbewerbsposition der Betroffenen und beeinträchtigt daher faktisch den künftigen Absatz. Diese Komponenten sind staatlich bedingt und individuell belastend. Die davon ausgehende inhaltliche Prägung übersteigt den vom Staat zu gewährleistenden Wettbewerbsrahmen und fällt daher nicht bereits aus dem Schutzbereich von Art. 15 EGRC heraus. **2560**

7. Freiheit von Arbeit

Art. 5 Abs. 2 EGRC schützt vor Zwangs- oder Pflichtarbeit. Das schließt aber nur aus, dass die Arbeit aufgrund von körperlichem oder moralischem Zwang sowie unter Androhung irgendeiner Strafe unfreiwillig geleistet werden muss.¹⁶⁷ Damit ist die bloße Arbeitsverweigerung nicht umfasst. Das gilt zumal dann, wenn man wie die EKMR für die Unfreiwilligkeit der Arbeit verlangt, dass die Arbeit oder der Dienst ungerecht unterdrückt bzw. mit vermeidbaren Härten einhergeht.¹⁶⁸ Daher bleibt immer noch ein Anwendungsbereich für ein Grundrecht der negativen Berufsfreiheit. Diese würde allgemein in der Freiheit bestehen, einen bestimmten Beruf nicht zu wählen bzw. wahrzunehmen oder eine bestimmte Arbeit nicht auszuüben oder gar nichts zu tun. **2561**

Auch ansonsten haben Freiheitsrechte als Kehrseite ihrer Gewährleistung eines positiven Tuns eine negative Freiheit.¹⁶⁹ Eine solche Kehrseite der positiven Frei- **2562**

¹⁶³ BVerfGE 105, 252 (265) – Glykolweine; ebenso BVerfGE 106, 275 (298) – Festbeträgen für Arzneimittel.

¹⁶⁴ BVerfGE 105, 252 (265) – Glykolweine.

¹⁶⁵ S.o. Rn. 2514 ff.

¹⁶⁶ BVerwGE 96, 293 (296); 87, 37 (41); 22, 286 (289); Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 28; s. aber BVerfGE 81, 70 (85 f.); 7, 377 (397).

¹⁶⁷ EGMR, Urt. vom 23.11.1983, Nr. 8919/80 (Rn. 32), EuGRZ 1985, 477 (481) – Van der Mussele/Belgien; näher dazu o. Rn. 1036 ff. Bei jeder nicht freiwillig übernommenen Arbeit oder Dienstleistung Pflichtarbeit annehmend Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 5 Rn. 13.

¹⁶⁸ EKMR, Entsch. vom 17.12.1963, Nr. 1468/62, EuGRZ 1975, 51 (52) – Iversen/Norwegen; Entsch. vom 1.4.1974, Nr. 4653/70, EuGRZ 1975, 47 – Husman/Deutschland; Entsch. vom 11.12.1976, Nr. 7641/76, DR 10, 224 (229 f.) – X. u. Y./Deutschland; diese weiteren Voraussetzungen abl. EGMR, Urt. vom 23.11.1983, Nr. 8919/80 (Rn. 37), EuGRZ 1985, 477 (482) – Van der Mussele/Belgien.

¹⁶⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 785 f. auch zum vorhergehenden Argument.

heit zu arbeiten wird aber abgelehnt.¹⁷⁰ Zwar mag die Entscheidung gegen die Ausübung eines bestimmten Berufs regelmäßig das Optieren für eine andere Tätigkeit darstellen.¹⁷¹ Indes müssen diese beiden Schritte nicht notwendig zusammenfallen. Dann bildet die freie Entscheidung gegen einen bestimmten Beruf erst die Grundlage dafür, sich einem anderen Beruf zuzuwenden. Zudem muss es jedem auch freistehen, überhaupt keinen Beruf auszuüben bzw. die gelernte Tätigkeit nicht mehr wahrzunehmen, ohne eine andere zu ergreifen. So kann jemand, der es sich leisten kann, von seinem Vermögen leben wollen, ohne noch einer beruflichen Tätigkeit nachzugehen. Das betrifft jedenfalls denjenigen, der über Vermögen verfügt, dessen Verwaltung selbst nicht schon eine berufliche Tätigkeit darstellt.

- 2563** Anerkennt man eine solche negative Berufsfreiheit, bestünde möglicherweise ein Hindernis, jemanden beim Empfang staatlicher Leistungen zu einer beruflichen Tätigkeit zu veranlassen. Indes werden bei der Weigerung, eine Tätigkeit aufzunehmen, lediglich Sanktionen verhängt. Damit obliegt es immer noch der Entscheidung des Einzelnen, ob er diese Sanktionen in Kauf nimmt oder aber eine Tätigkeit ausübt. Solche Sanktionen stehen damit nicht in Widerspruch zu einer negativen Berufsfreiheit, sind sie doch in das System staatlicher Leistungen eingebunden. Die verlangte Bereitschaft zu arbeiten bildet nur die Voraussetzung für den Erhalt dieser Leistungen, ohne jemanden zu einer beruflichen Tätigkeit zu zwingen. Jemand, der sich dafür entscheidet, überhaupt keine berufliche Tätigkeit ausüben zu wollen, muss eben die Konsequenzen selbst tragen und kann diese nicht über staatliche Leistungen kompensieren.

II. Recht auf Arbeit?

1. Genese

- 2564** An erster Stelle nennt Art. 15 Abs. 1 EGRC das Recht zu arbeiten. Es wurde damit kein „Recht auf Arbeit“ verankert. Das zeigt die Entstehungsgeschichte.¹⁷² Die Berufsfreiheit wurde bewusst als Freiheitsrecht festgeschrieben. Das gilt zum einen für die Platzierung. Die Berufsfreiheit wurde nicht, wie anfangs vorgesehen,¹⁷³ den wirtschaftlichen und sozialen Rechten zugeordnet.¹⁷⁴ Vielmehr wurde sie im ersten Entwurf eines vollständigen Textes der Charta¹⁷⁵ bei den Freiheitsrechten platziert. Dabei wurde sie zum anderen inhaltlich verändert. Sie war zunächst ent-

¹⁷⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 15 Rn. 14. Bejahend hingegen auch Jarass, § 20 Rn. 8.

¹⁷¹ So Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 32 a.E.

¹⁷² Von einer bewussten Wahl insoweit ausgehend Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 21 a.E.; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (5); Ruffert, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 6.; Schmitz, JZ 2001, 833 (841); Tettinger, NJW 2001, 1010 (1014).

¹⁷³ S. CHARTE 4192/00 CONVENT 18.

¹⁷⁴ Dies führte zu Kritik, als der Präsidiumsvorschlag in der 7. Sitzung des Grundrechtskonvents am 3./4.4.2000 beraten wurde, vgl. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 211.

¹⁷⁵ CHARTE 4422/00 CONVENT 45.

sprechend Art. 1 Nr. 2 ESC¹⁷⁶ und Art. 6 Abs. 1 IPwskR durch die Formulierung „um ihren Lebensunterhalt zu verdienen“ angereichert. Dadurch war sie funktional mit den wirtschaftlichen und sozialen Rechten verbunden. Dieser Passus war aber aufgegeben worden, als die im Wesentlichen unveränderte Fassung zu Art. 15 Abs. 1 EGRC unter Wiederaufnahme des Rechts zu arbeiten festgelegt wurde.¹⁷⁷ Das Recht zu arbeiten war sogar gänzlich gestrichen worden, wurde aber nach starker Kritik¹⁷⁸ wieder hineingenommen, aber eben im Kontext eines Freiheitsrechts und ohne inhaltlichen Anklang an die wirtschaftlichen und sozialen Rechte. So hatte auch ein Vorstoß, dieses Recht mit dem Ziel eines hohen Beschäftigungsstandes zu kombinieren, keine Billigung erfahren.¹⁷⁹ Sowohl die Entstehungsgeschichte als auch die systematische Stellung wie der Wortlaut sprechen damit gegen ein Recht auf Arbeit in Art. 15 Abs. 1 EGRC.

2. Vorbildcharakter von Art. 1 ESC und Art. 6 IPwskR

Ein solches Recht wird auch nicht durch die internationalen sozialen Konventionen begründet, denen teilweise Vorbildcharakter für Art. 15 Abs. 1 EGRC zukommt. Es greift daher auch nicht die Meistbegünstigungsklausel nach Art. 53 EGRC.¹⁸⁰ Art. 1 ESC erhebt nur zum Ziel, die wirksame Ausübung des Rechts auf Arbeit zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang werden verschiedene Verpflichtungen genannt, so zwecks Verwirklichung der Vollbeschäftigung die Erreichung und Aufrechterhaltung eines möglichst hohen und stabilen Beschäftigungsstandes zu einer der wichtigsten Zielsetzungen und Aufgaben zu machen. Darüber hinaus ist das Recht des Arbeitnehmers wirksam zu schützen, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen. Damit wird aber zum einen keine Vollbeschäftigung garantiert, sondern lediglich angestrebt. Zum anderen wird an die frei übernommene Tätigkeit eines Arbeitnehmers angeknüpft. Das setzt nicht voraus, dass der Staat sie verschafft haben muss. Damit ist aus Art. 1 ESC kein Recht auf Arbeit in einem individuell einforderbaren Sinne abzuleiten. Damit kann dahin stehen, welche Bedeutung der Verdienst des Lebensunterhalts durch eine frei übernommene Tätigkeit hat. Dieser Passus wurde auf europäischer Ebene gerade herausgenommen. Dass mit der Arbeit Lohn verbunden ist, schließt zudem auch Art. 15 Abs. 1 EGRC nicht aus.

Noch stärker tritt der programmatische Charakter beim IPwskR hervor. Vor diesem Hintergrund ist auch Art. 23 Nr. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte¹⁸¹ zu sehen, wonach jeder Mensch das Recht auf Arbeit, auf freie Berufswahl, auf angemessene und befriedigende Arbeitsbedingungen sowie auf Schutz

¹⁷⁶ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁷⁷ In CHARTE 4470/00 CONVENT 47, s. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 15 Rn. 9.

¹⁷⁸ In der 16. Sitzung des Grundrechtekonvents am 11./12.9.2000, s. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 362 ff.

¹⁷⁹ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 11 Rn. 21.

¹⁸⁰ S.o. Rn. 81 f.

¹⁸¹ Am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung genehmigt und verkündet (Resolution 217 (A) III, im Internet z.B. abrufbar über die Websites <http://www.unric.org> oder <http://www.un.org>), heute als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.

2565

2566

gegen Arbeitslosigkeit hat; zudem handelt es sich dabei um eine bloße Erklärung, „das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal“.¹⁸² Zwar enthält Art. 6 Abs. 1 IPwskR das Recht auf Arbeit, verlangt aber von den Vertragsstaaten nur, geeignete Schritte zum Schutz dieses Rechts zu unternehmen. Dazu gehören nach Art. 6 Abs. 2 IPwskR „fachliche und berufliche Beratung und Ausbildungsprogramme sowie die Festlegung von Grundsätzen und Verfahren zur Erzielung einer stetigen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung und einer produktiven Vollbeschäftigung unter Bedingungen, welche die politischen und wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Einzelnen schützen“. Die Vertragsstaaten haben sich also zu bemühen, das Ziel zu erreichen. Schaffen sie dies nicht, verletzen sie den internationalen Pakt nicht. Es handelt sich mithin um eine ganz andere Konzeption des Menschenrechtsschutzes.¹⁸³

- 2567** Zwar wird auch in Art. 6 Abs. 1 IPwskR auf das Verdienen des Lebensunterhalts abgestellt. Dazu besteht aber nur die „Möglichkeit“, und zwar „durch frei gewählte oder angenommene Arbeit“. Daran zeigt sich die enge Verbindung des Rechts auf Arbeit mit dem Recht auf Ausübung einer frei gewählten oder angenommenen Arbeit. Auch daraus ergibt sich, dass schwerlich eine staatliche Garantie bestehen kann, sondern sich das Recht auf Arbeit jedenfalls im Wesentlichen durch die individuelle Berufsentfaltung verwirklicht. Zumindest handelt es sich dabei auch nach dem IPwskR um eine wesentliche Modalität dieses Rechts.

3. Beschränkter Gehalt von Art. 15 Abs. 1 EGRC

- 2568** In Art. 15 Abs. 1 EGRC wurde das Recht auf die Modalität beschränkt, einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben. Der Staat darf dieses Recht nicht beeinträchtigen. Damit dürfen weder die Union noch die Mitgliedstaaten aktiv dazu beitragen, Menschen an der Arbeitsaufnahme zu hindern.¹⁸⁴ Behinderungen selbstständiger oder unselbstständiger Arbeit dürfen nicht hoheitlich veranlasst werden.
- 2569** Daraus wird abgeleitet, der Rechtfertigungsdruck für hoheitliche Regelungen von Berufswahl und -ausübung würde steigen.¹⁸⁵ Indes geht es hier eher um die Gewährleistung von Rahmenbedingungen, in denen sich die individuelle Berufsfreiheit entfalten kann. Diese hat selbst bereits ein solch starkes Gewicht im Wirtschaftsleben, dass sich daraus ein erheblicher Rechtfertigungsdruck aufbaut.
- 2570** So wird denn auch gefolgert, der Staat müsse für die realen Möglichkeiten der Berufsausübung sorgen, „mithin das Ziel der Vollbeschäftigung“ anstreben.¹⁸⁶ Allerdings ist das Grundrecht der Berufsfreiheit gerade freiheitsrechtlich ausgerichtet. Daher hat der Staat Belastungen fernzuhalten, nicht aber notwendig auf Vollbeschäftigung und auf die reale Möglichkeit zur Berufsausübung hinzuwirken.

¹⁸² S. die Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, letzte Erwägung.

¹⁸³ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 23.

¹⁸⁴ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 22; *Meyer/Engels*, ZRP 2000, 368 (370).

¹⁸⁵ *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 6.

¹⁸⁶ So *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 6 a.E.

Damit hätte man wiederum eine soziale Komponente der Berufsfreiheit eingeführt. Ohnehin haben die Mitgliedstaaten nur sehr geringe Möglichkeiten, Personen auch tatsächlich Arbeitsplätze zur Verfügung zu stellen, wird doch der öffentliche Dienst eher zurückgefahren und bieten selbst Subventionen keine dauerhafte Arbeitsplatzgarantie.¹⁸⁷ Auch deshalb besteht kein subjektiver Erfüllungsanspruch. Würde ein solcher Erfüllungsanspruch über eine Bindung privater Unternehmen gewonnen, würde dies den Grundrechten der Berufsfreiheit, der unternehmerischen Freiheit und des Eigentums auf nationaler Ebene widersprechen.¹⁸⁸

Gewährleistet Art. 15 Abs. 1 EGRC kein Recht auf Arbeit, gilt dies auch für Asylbewerber. Trotz des Jedermann-Charakters von Art. 15 EGRC haben diese damit nicht notwendig das Recht, in der Union eine Arbeit aufzunehmen. Finden sie aber eine Arbeit, so kann sie ihnen aufgrund eben dieses Jedermann-Charakters kaum verboten werden.¹⁸⁹ Allerdings kann diese Möglichkeit an eine Arbeitserlaubnis geknüpft werden („arbeiten dürfen“).¹⁹⁰ 2571

III. Grundfreiheiten (Art. 15 Abs. 2 EGRC)

1. Maßgeblichkeit der Grundfreiheiten

Art. 15 Abs. 2 EGRC nimmt mit der Gewährleistung der Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen, die Garantien der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit auf. Indem damit praktisch auf diese Grundfreiheiten verwiesen wird, gelten die dafür maßgeblichen Regeln. Insbesondere bedarf es eines grenzüberschreitenden Bezugs, um nicht die begrenzte Reichweite der Grundfreiheiten über Art. 15 Abs. 2 EGRC auszuhöhlen.¹⁹¹ Damit geht Art. 15 Abs. 2 EGRC nicht über den bereits bestehenden Gehalt der Grundfreiheiten hinaus. Der maßgebliche Inhalt ergibt sich deshalb aus Art. 39 ff. EG/45 ff. AEUV. 2572

Damit greift Art. 52 Abs. 2 EGRC ein, wonach die Ausübung der in anderen Teilen des Vertrags geregelten Rechte im Rahmen der dort festgelegten Bedingungen und Grenzen erfolgt. Das gilt auch für die Frage der Berechtigten. Zwar benennt Art. 15 Abs. 2 EGRC ausdrücklich die Unionsbürger. Darin kann aber allenfalls eine Klarstellung gesehen werden, die den näheren Gehalt von Art. 39 ff. EG/45 ff. AEUV nicht überlagert. Art. 52 Abs. 2 EGRC setzt sich auch insoweit durch.¹⁹² Damit sind für den Kreis der Berechtigten weiterhin die präzisen Festlegungen in Art. 39 ff. EG/45 ff. AEUV heranzuziehen. Insbesondere sind gem. Art. 48 EG/54 AEUV Gesellschaften mit satzungsmäßigem Sitz bzw. Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Union gleichzustellen. 2573

¹⁸⁷ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 21.

¹⁸⁸ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 15 Rn. 15.

¹⁸⁹ *Meyer/Engels*, ZRP 2000, 368 (370).

¹⁹⁰ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 22.

¹⁹¹ S.o. Rn. 2490 ff., 2499 f., 2515. Wie hier *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 51; a.A. *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (5); *ders.*, EuGRZ 2004, 563 (567 f.).

¹⁹² *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 51.

- 2574 Letztlich besitzt daher Art. 15 Abs. 2 EGRC keinen eigenständigen grundrechtlichen Gehalt,¹⁹³ sondern ist eher plakativer Natur. Er unterstreicht die enge Verbindung von Berufsfreiheit und Grundfreiheiten und zeigt, dass die Berufsfreiheit das umfassendere Freiheitsrecht darstellt, für dessen Verwirklichung die personenbezogenen Grundfreiheiten wichtige Ausprägungen darstellen.¹⁹⁴

2. Grundfreiheiten als Konkretisierungen der Berufsfreiheit

- 2575 Dass die Grundfreiheiten Konkretisierungen des übergreifenden und umfassenden Grundrechts der Berufsfreiheit bilden, wird bereits durch die bisherige Diktion des EuGH genährt. Schon 1987 betrachtete er die Arbeitnehmerfreizügigkeit als ein Grundrecht, das jedem Arbeitnehmer der Gemeinschaft individuell vom Vertrag verliehen ist.¹⁹⁵ Diesen Faden nahm der EuGH in der *Bosman*-Entscheidung wieder auf und folgerte aus Art. 39 EG/45 AEUV konkret ein Grundrecht auf freien Zugang zur Beschäftigung.¹⁹⁶ Ausgehend davon wurden die Personenverkehrsfreiheiten gar als Grundrecht der Berufsfreiheit angesehen.¹⁹⁷
- 2576 Indem die EGRC ausdrücklich das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 15 normiert hat, ist allerdings klargestellt, dass jedenfalls das Hauptgrundrecht der Berufsfreiheit darin zu suchen ist. Die Personenfreiheiten bilden jedoch eng damit zusammenhängende zusätzliche Garantien für den grenzüberschreitenden Verkehr, welche Teilaspekte der Berufsfreiheit herausgreifen und angepasst an die Schwierigkeiten der Personenfreiheit zwischen den Mitgliedstaaten garantieren. Die Gesamtheit des europäischen Grundrechts der Berufsfreiheit erschließt sich daher erst aus einer Zusammenschau von Art. 15 EGRC und den Personenverkehrsfreiheiten. Weiter gehend können auch die Warenverkehrsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit einbezogen werden, sind doch letztlich auch sie regelmäßig Ausprägungen beruflicher Tätigkeiten und Positionen.¹⁹⁸

IV. Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen (Art. 15 Abs. 3 EGRC)

1. Bezug und Unterschiede zu den Grundfreiheiten

- 2577 Wie die Grundfreiheiten enthält auch Art. 15 Abs. 3 EGRC ein Diskriminierungsverbot, allerdings bezogen auf Drittstaatsangehörige, die aus den Grundfreiheiten gerade nicht berechtigt sind. Zugleich ist diese Vorschrift enger als die Grundfrei-

¹⁹³ Streinz, in: ders., Art. 15 GR-Charta Rn. 14; Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 51 a.E.

¹⁹⁴ S. auch o. Rn. 2493.

¹⁹⁵ EuGH, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097 (4116, Rn. 12) – Heylens.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (5076, Rn. 129) – Bosman.

¹⁹⁷ Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 261 ff. auch in Auseinandersetzung mit Gegenargumenten.

¹⁹⁸ S. grds. näher o. Rn. 2490 ff.

heiten, weil sie kein Beschränkungsverbot enthält, sondern auf einen Gleichbehandlungsanspruch in den Arbeitsbedingungen beschränkt bleibt. Wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit entfaltet die Vorschrift unmittelbare Drittwirkung, weil sie ansonsten weitestgehend leer liefe.¹⁹⁹

Dadurch dass Art. 15 Abs. 3 EGRC voraussetzt, dass die Staatsangehörigen dritter Länder im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen, wird ein Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates gerade nicht garantiert;²⁰⁰ die Freizügigkeit als solche kommt also nur Unionsbürgern nach Art. 15 Abs. 2 EGRC zu. **2578**

2. Anspruchscharakter

a) Wortlaut und systematische Stellung

Art. 15 Abs. 3 EGRC ist als Anspruch auf Arbeitsbedingungen, die denen der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger entsprechen, formuliert. Das legt ein individuell einfordersbares subjektives Recht nahe. Zwar handelt es sich dabei weniger um einen Abwehr- als um einen Anspruch auf Gleichstellung, der eigentlich nicht der systematischen Stellung unter den klassischen Freiheitsrechten entspricht. So wurde die Berufsfreiheit von den sozialen Rechten gelöst.²⁰¹ Jedoch geht es vor allem um die Abwehr von Diskriminierungen. Ein solches Recht beinhalten auch die Grundfreiheiten, auf die in Art. 15 Abs. 2 EGRC verwiesen wird,²⁰² und zwar als einfordersbares subjektives Recht.²⁰³ **2579**

b) Genese und sozialbezogener Hintergrund

Der freiheitsbezogene Wortlaut in Art. 15 Abs. 3 EGRC stößt auf einen erheblichen sozialen Bezug in der Entstehungsgeschichte. Art. 15 Abs. 3 EGRC hat nämlich nach den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte²⁰⁴ Art. 137 Abs. 1 lit. g) EG/153 Abs. 1 lit. g) AEUV sowie Art. 19 Abs. 4 ESC²⁰⁵ zum Vorbild. Vor diesem Hintergrund wurde eigens Art. 52 Abs. 2 EGRC herangezogen, wonach die in anderen Teilen des Vertrags anerkannten Rechte nach den dort festgelegten Bedingungen und Grenzen ausgeübt werden sollen.²⁰⁶ **2580**

Art. 137 EG/153 AEUV regelt die Zusammenarbeit in sozialen Fragen, sieht aber nur eine unterstützende und ergänzende Tätigkeit unter anderem auf dem Gebiet der Beschäftigungsbedingungen der Staatsangehörigen dritter Länder vor, die sich rechtmäßig im Gebiet der EU aufhalten. Damit handelt es sich um eine bloße Kompetenznorm.²⁰⁷ Diese ist zwar eingebunden in das Ziel, die Lebens- und Ar- **2581**

¹⁹⁹ S.o. Rn. 2531 ff.; a.A. Jarass, § 20 Rn. 25.

²⁰⁰ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 15 Rn. 21 a.E.

²⁰¹ S.o. Rn. 2564.

²⁰² S.o. Rn. 2572 ff.

²⁰³ S.o. Rn. 2564, 2570.

²⁰⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

²⁰⁵ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

²⁰⁶ In Bezug genommen auch in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

²⁰⁷ Etwa Dorf, JZ 2005, 126 (128); Eichenhofer, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 1.

beitsbedingungen eingedenk der sozialen Grundrechte zu verbessern (Art. 136 Abs. 1 S. 1 EG/151 Abs. 1 S. 1 AEUV). Indes wird dieses Ziel in Art. 136 ff. EG/151 ff. AEUV nicht durch die Festlegung individueller Rechte verfolgt, sondern durch eine Kooperation mit den Mitgliedstaaten (Art. 137 EG/153 AEUV) sowie mit den Sozialpartnern (Art. 138 f. EG/154 f. AEUV unter Ergänzung durch Art. 152 AEUV) und durch Fördermaßnahmen (Art. 140 EG/156 AEUV). Nur hinsichtlich des gleichen Entgelts für Männer und Frauen wird ausdrücklich ein einforderbares Recht in Art. 141 EG/157 AEUV festgelegt.

2582 Daher kann jedenfalls aus Art. 137 EG/153 AEUV nicht etwa über Art. 52 Abs. 2 EGRC ein individuelles Recht in Art. 15 Abs. 3 EGRC hineingelesen werden, das nach den im EG/AEUV festgelegten Bedingungen und Grenzen auszuüben ist.²⁰⁸ Bei einer solchen Sicht enthielte Art. 15 Abs. 3 EGRC gerade kein subjektiv einforderbares Grundrecht und würde weitgehend leer laufen.

2583 Damit könnte höchstens eine sekundärrechtliche Konkretisierung auf der Basis der Kompetenznorm nach Art. 137 EG/153 AEUV eine Grundlage für individuell einforderbare Rechte in dem durch Art. 15 Abs. 3 EGRC geregelten Bereich bilden. Indes verweisen die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte²⁰⁹ nur auf Art. 137 EG/153 AEUV sowie auf Art. 19 Abs. 4 ESC,²¹⁰ nicht aber auf eine sekundärrechtliche Ausgestaltung, wie dies etwa für das Grundrecht auf Datenschutz zutrifft.²¹¹ Auch wenn man Art. 52 Abs. 2 EGRC ebenfalls teilweise auf sekundärrechtlich begründete Freiheiten bezieht,²¹² ergibt sich immer noch das Problem, dass weder in Art. 137 EG/153 AEUV noch in Art. 140 EG/156 AEUV ein subjektives Recht niedergelegt ist,²¹³ das sekundärrechtlich näher konkretisiert werden könnte. Damit schlägt auch insoweit der Charakter von Art. 137 EG/153 AEUV als bloßer Kompetenznorm durch.²¹⁴

2584 Kann damit Art. 15 Abs. 3 EGRC nicht sinnvoll durch Art. 52 Abs. 2 EGRC i.V.m. Art. 137, 140 EG/153, 156 AEUV ausgefüllt werden, muss Art. 15 Abs. 3 EGRC einen eigenständigen Gehalt haben.

2585 Dieser könnte sich aus Art. 19 Abs. 4 ESC²¹⁵ erschließen, der ebenfalls in den Erläuterungen zur EGRC²¹⁶ in Bezug genommen worden war. Danach verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand im Hoheitsgebiet jeder anderen Vertragspartei zu gewährleisten, unter anderem Folgendes sicherzustellen: Diese Arbeitnehmer dürfen, sofern sie sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befinden, nicht weniger günstig behandelt werden als die eigenen Staatsangehörigen

²⁰⁸ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 55; a.A. *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 98 f., 161 f.

²⁰⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

²¹⁰ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

²¹¹ S.o. Rn. 1183 ff.

²¹² *S. Rengeling/Szczekalla*, Rn. 465.

²¹³ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 56.

²¹⁴ Dahin auch *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (5); *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 15 Rn. 22 m.w.N.

²¹⁵ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

²¹⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

in Bezug auf die folgenden Gegenstände, soweit diese durch Rechtsvorschriften geregelt oder der Überwachung durch die Verwaltungsbehörden unterstellt sind:

- Das Arbeitsentgelt und andere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen,
- den Beitritt zu gewerkschaftlichen Organisationen und den Genuss der Vorteile, die durch Gesamtarbeitsverträge geboten werden,
- die Unterkunft.

Damit geht es nur um die Sicherstellung bestimmter Rahmenbedingungen durch die Vertragsparteien, nicht hingegen um ein konkretes Recht auf Gleichbehandlung. Auf diese Weise verhält es sich wie mit dem Recht auf Arbeit, das gleichfalls keinen individuellen Anspruch vermittelt.²¹⁷ **2586**

Damit kann aber auch Art. 19 Abs. 4 ESC nicht das für den Rechtscharakter von Art. 15 Abs. 3 EGRC maßgebliche Vorbild sein. Die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte²¹⁸ gehen insoweit teilweise fehl. Weil sie aber nicht selbst Verfassungsnormen sind und lediglich gebührend berücksichtigt werden müssen, kann von ihnen abgewichen werden, wenn dafür gute Gründe vorliegen.²¹⁹ Der Anspruchscharakter ist daher unabhängig von der Entstehungsgeschichte und dem sozialen Hintergrund festzulegen. **2587**

c) *Sinn und Zweck*

Durch den Verweis in den Erläuterungen zur EGRC, dass Art. 19 Abs. 4 ESC²²⁰ von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wurde,²²¹ zeigt sich der Zweck des Art. 15 Abs. 3 EGRC, die darin enthaltene Vorgabe gleicher Arbeitsbedingungen für Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet des anderen Staates aufhalten, umzusetzen. Das kann am wirksamsten dadurch erfolgen, dass ein subjektiv einforderbarer Anspruch gewährt wird. Damit stimmt die teleologische Auslegung dieser Vorschrift mit Wortlaut und Systematik überein. Sogar aus der Entstehungsgeschichte lässt sich ein Anhalt dafür herleiten, dass ein subjektives Recht und nicht bloß ein Grundsatz gewährt werden soll.²²² **2588**

3. *Anspruchsinhalt*

Damit haben Staatsangehörige dritter Länder, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen, mithin eine Arbeitserlaubnis haben bzw. sich sonst wie rechtmäßig in Arbeit befinden bzw. sich um Arbeit bemühen können,²²³ Anspruch auf Arbeitsbedingungen, die denen der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ent- **2589**

²¹⁷ S.o. Rn. 2564 ff.

²¹⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

²¹⁹ In diesem Zusammenhang *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 55 (Fn. 134); s. auch *Dorf*, JZ 2005, 126 (130).

²²⁰ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

²²¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

²²² Dahin auch *Jarass*, § 20 Rn. 24.

²²³ S.o. Rn. 2531.

sprechen. Es geht damit um einen umfassenden Gleichbehandlungsanspruch bezüglich der Arbeitsbedingungen.

2590 Die Reichweite bemisst sich damit nach dem Inhalt dieses Begriffs. Hier wird relevant, dass Art. 15 Abs. 3 EGRC an Art. 137 EG/153 AEUV anknüpft. Dort sind nämlich von dem Anwendungsbereich dieses Artikels in Abs. 6/Abs. 5 das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht ausgenommen. Das ist aber insofern unschädlich, als die drei letzten Punkte in der Vereinigungsfreiheit bzw. eigens als Streikrecht in den sozialen Grundrechten geregelt sind. Dass das Arbeitsentgelt nicht diskriminierend sein darf, sondern gleich sein muss, ergibt sich bereits aus dem Diskriminierungsverbot, das ebenfalls allgemein Anwendung findet. Die Entlohnung wird auch in Art. 39 Abs. 2 EG/45 Abs. 2 AEUV eigens und neben den sonstigen Arbeitsbedingungen genannt.²²⁴ Sie ist gleichfalls von Art. 15 Abs. 3 EGRC nicht erfasst.²²⁵ Damit geht es um die jenseits dieser Bereiche befindlichen Arbeitsbedingungen.

2591 Auch dabei handelt es sich nur um die Kernarbeitsbedingungen, mithin nicht etwa die soziale Sicherheit und den sozialen Schutz bzw. den Kündigungsschutz, werden doch diese Elemente in Art. 137 Abs. 1 EG/153 Abs. 1 AEUV eigens benannt. So fällt die Befristung von Arbeitsverträgen aus Art. 15 Abs. 3 EGRC heraus.²²⁶ Den sozialen Schutz gewährleisten eigene soziale Grundrechte, so etwa der Anspruch auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in Art. 27 EGRC. Diese dort speziell geregelten Rechte sind daher ebenfalls nicht von Art. 15 Abs. 3 EGRC umfasst.

2592 Es handelt sich damit nur um die Kernarbeitsbedingungen, die auch in Art. 137 Abs. 1 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. b) AEUV genannt werden. Dass sie in Art. 140 2. Spiegelstrich EG/156 2. Spiegelstrich AEUV neben das Arbeitsrecht gestellt sind, bedeutet allerdings nur eine Bekräftigung, schließt mithin das Arbeitsrecht nicht aus.²²⁷ Arbeitsbedingungen sind dabei enger als Beschäftigungsbedingungen zu sehen.²²⁸ Daher bleibt die Bestimmung sowohl hinter Art. 19 Abs. 4 ESC²²⁹ als auch hinter Art. 137 Abs. 1 lit. g) EG/153 Abs. 1 lit. g) AEUV zurück. Sie ist parallel zu Art. 31 EGRC zu interpretieren,²³⁰ wird doch nur so eine begriffliche Einheit in der EGRC sichergestellt. Dort geht es um gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.²³¹

2593 Es geht damit im Wesentlichen um die aus dem Individualarbeitsverhältnis erwachsenen Berechtigungen, wenn sie nichtentgeltlicher Art sind²³² und zudem nicht über das konkrete Arbeitsverhältnis hinausreichen, also nicht etwa die Ein-

²²⁴ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 58.

²²⁵ Ebenfalls *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 15 Rn. 21; *Jarass*, § 20 Rn. 27.

²²⁶ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 60.

²²⁷ *Eichenhofer*, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 13.

²²⁸ *S. Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 15 Rn. 21 mit Fn. 318. Für eine enge Auslegung auch *Jarass*, § 20 Rn. 27.

²²⁹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

²³⁰ Darauf verweisend *Jarass*, § 20 Rn. 27.

²³¹ Näher u. Rn. 3895 ff.

²³² *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 58; nur wegen der Besonderheiten von Art. 137 EG/153 AEUV einschränkend *Eichenhofer*, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 13.

fügung in den Betrieb und die soziale Sicherheit betreffen, mithin um die Bedingungen bei der Arbeit.

Ein konkretes Beispiel kann in den Ausländerklauseln gesehen werden, die im Profisport nur eine begrenzte Zahl von Drittstaatsangehörigen für ein Spiel erlauben.²³³ **2594**

Die Erläuterungen zur EGRC gehen spezifisch auf die Anheuerung von Seeleuten ein, die Staatsangehörige von Drittstaaten sind und in der Besatzung von Schiffen unter der Flagge eines Mitgliedstaates der Union arbeiten. Diese soll durch das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten geregelt werden.²³⁴ **2595**

F. Beeinträchtigung

I. Art. 15 Abs. 3 EGRC

Das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 15 Abs. 3 EGRC wird beeinträchtigt, wenn Staatsangehörige dritter Länder, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen, Arbeitsbedingungen unterliegen, die nicht denen der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger entsprechen. Diese müssen also schlechter als ein Inländer behandelt werden, und zwar im Rahmen der gleichen oder einer gänzlich vergleichbaren Tätigkeit.²³⁵ Bejaht man eine unmittelbare Drittwirkung,²³⁶ ist es gleichgültig, ob die Schlechterbehandlung durch öffentliche oder private Arbeitgeber erfolgt. **2596**

Es sind daher stets zunächst die Arbeitsbedingungen der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger herauszuarbeiten. Dann sind diese mit denen zu vergleichen, die für Drittstaatsangehörige gelten. Ergeben sich daraus Differenzen, sind diese rechtfertigungsbedürftig. Ein erheblicher Regelungsspielraum soll sich daraus ergeben,²³⁷ dass die Erläuterungen zur EGRC auf die Kompetenznorm des Art. 137 EG/153 AEUV verweisen und dabei noch Art. 52 Abs. 2 EGRC anführen²³⁸ sowie für das Anheuern von ausländischen Seeleuten das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in Bezug nehmen.²³⁹ Indes würde damit der Charakter als durchsetzbares Grundrecht²⁴⁰ erheblich relativiert. Der Verweis auf die Kompetenznormen ist daher nur auf den inhaltlichen Rahmen zu beziehen, nicht das Anspruchssystem. **2597**

Letztlich besteht eine Prüfungsabfolge parallel zu den Gleichheitsrechten. Das ist aber auch im Rahmen eines Freiheitsrechtes wie der Berufsfreiheit möglich, **2598**

²³³ S. auch EuGH, Rs. C-438/00, Slg. 2003, I-4135 – Kolpak.

²³⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

²³⁵ Jarass, § 20 Rn. 30.

²³⁶ S.o. Rn. 2542.

²³⁷ Jarass, § 20 Rn. 31.

²³⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23); s. bereits o. Rn. 2580.

²³⁹ S. vorstehend Rn. 2595.

²⁴⁰ S.o. Rn. 2575 ff.

weil dieser Gleichbehandlungsanspruch thematisch zur Berufsfreiheit gehört und dadurch wichtige Impulse erhält, insbesondere seinen klaren Anspruchscharakter. Im Übrigen sind in Form der Grundfreiheiten in Gestalt von Freiheitsrechten sowohl Diskriminierungs- als auch Beschränkungsverbote vereinigt. Art. 15 Abs. 3 EGRC unterscheidet sich freilich von den Grundfreiheiten gerade dadurch, dass er lediglich ein Diskriminierungsverbot enthält. Dieses Zusammenspiel ergab sich auch historisch in den Grundrechten.²⁴¹

- 2599** Um die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 15 Abs. 3 EGRC durch die Arbeitgeber sicherzustellen, bedarf es bei Schutzlücken konkretisierender normativer Regelungen. Das gilt zumal dann, wenn man eine unmittelbare Verpflichtung privater Arbeitgeber ablehnt.²⁴² Insoweit bestehen, wie im Rahmen grundrechtlicher Schutzpflichten üblich,²⁴³ erhebliche Regelungsspielräume, solange die getroffenen Regelungen nicht offensichtlich ungeeignet sind. Zudem müssen sich Unionsorgane an ihre begrenzten Kompetenzen nach Art. 137 ff. EG/153 ff. AEUV halten. Damit geht es vor allem um eine gemeinsame Lösung mit den Mitgliedstaaten und eine Vorgabe von Mindeststandards, möglichst unter Anknüpfung an bestehende nationale Regelungen.

II. Art. 15 Abs. 2 EGRC

- 2600** Art. 15 Abs. 2 EGRC greift die Grundfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit auf, ohne einen weiter gehenden Gehalt zu umfassen. Daher sind die Grundfreiheiten zu prüfen. Nach deren Regeln bemisst sich daher, inwieweit eine Beeinträchtigung vorliegt.²⁴⁴

III. Art. 15 Abs. 1 EGRC

1. Formenvielfalt unter Einbeziehung mittelbarer Beeinträchtigungen

- 2601** Der Schwerpunkt von Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit liegt auf Eingriffen in Art. 15 Abs. 1 EGRC und damit in das übergreifende Berufsfreiheitsrecht. Da sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung umfasst werden, sind Eingriffe in beide Gebiete gleichermaßen relevant. Weil allerdings eine Beeinträchtigung der Berufswahl regelmäßig tiefer gehend in die Freiheitssphäre des Bürgers eingreift, liegt darin der schwerwiegendere Eingriff. Er ist daher zuerst zu prüfen. So geht auch der EuGH vor.²⁴⁵

²⁴¹ Näher *Borrmann*, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 250 f.

²⁴² Auf dieser Basis *Jarass*, § 20 Rn. 31 f.

²⁴³ S.o. Rn. 367 ff.

²⁴⁴ Dazu allgemein näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 424 ff.

²⁴⁵ S.o. Rn. 2547 ff. zur Unterscheidung von Berufswahl und Berufsausübung in der Rspr. des EuGH.

Auch mittelbare Beeinträchtigungen unterfallen dem Schutz der Berufsfreiheit. **2602** Daher kann diese nicht nur unmittelbar beeinträchtigt werden.²⁴⁶ Beide Formen sind oft schwer zu unterscheiden.²⁴⁷ Ohnehin ist nach Art. 52 Abs. 1 EGRC „jede Einschränkung“ relevant.²⁴⁸ Auch der EuGH misst „jede(r) Sanktionsmaßnahme definitionsgemäß Auswirkungen“ zu, „die die Eigentumsrechte und die freie Berufsausübung beeinträchtigen“, ohne zwischen unmittelbarer oder mittelbarer Beeinträchtigung zu unterscheiden.²⁴⁹ Das EuG prüfte in einem Fall die Rechtfertigung näher, obgleich es ausdrücklich lediglich eine mittelbare Beeinträchtigung der Berufsausübung der Klägerin feststellte, bei der durch die Abschaffung von Zoll- und Steuerformalitäten die tatsächlichen Voraussetzungen für ihre Möglichkeit, ein Unternehmen zu betreiben, geändert wurden.²⁵⁰

Damit kommt es entscheidend auf die Auswirkung einer Maßnahme auf die Berufsfreiheit an, nicht aber auf ihre formale Gestalt oder ihre Wirkungsweise. **2603** Damit ist es gleichgültig, ob eine Beeinträchtigung in einer normativen Regelung enthalten ist oder auf einem nicht normativen Verhalten beruht. Erfasst werden daher auch Warnungen und Empfehlungen, etwa bestimmte Produkte nicht zu kaufen. Indirekt für die eigene Wirtschaftsposition relevante Vorgänge können ebenfalls eingreifen, so wenn Subventionen an Konkurrenten bezahlt werden oder europarechtlich eine Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen veranlasst wird.²⁵¹

Entscheidend sind die nachteiligen Auswirkung bei Grundrechtsträgern und die **2604** Rückführbarkeit auf einen Hoheitsträger, dem damit die Grundrechtsbeeinträchtigung zugerechnet werden kann.²⁵² Gerade bei mittelbaren Eingriffen ist entscheidend, dass die geschädigten Parteien für die beeinträchtigende Situation nicht verantwortlich sind.²⁵³

2. Unmittelbare Eingriffe – Einzelbereiche

a) Agrarsektor

Es gibt auch Maßnahmen, die unmittelbar in die Berufsfreiheit eingreifen. Sie finden sich vor allem im Agrarsektor.²⁵⁴ Das gilt beispielsweise, wenn die Wettbewerbsstellung von Wirtschaftsteilnehmern aufgrund bestimmter Kontingente verändert,²⁵⁵ eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit zeitlich begrenzt²⁵⁶ oder in der

²⁴⁶ S.o. Rn. 2547.

²⁴⁷ Ruffert, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 30.

²⁴⁸ In diesem Zusammenhang *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 32; allgemein dazu o. Rn. 493 ff.

²⁴⁹ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986, Rn. 22) – Bosphorus.

²⁵⁰ EuG, Rs. T-113/96, Slg. 1998, II-125 (150, Rn. 75) – Dubois et fils.

²⁵¹ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 41.

²⁵² *Penski/Elsner*, DÖV 2001, 265 (267).

²⁵³ So EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986, Rn. 22) – Bosphorus.

²⁵⁴ *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 113.

²⁵⁵ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 81) – Bananen.

²⁵⁶ EuGH, Rs. C-44/94, Slg. 1995, I-3115 – Fishermen's Organisations.

Art und Weise näher reglementiert wird²⁵⁷ oder Produkte nicht mehr durchgehend in einer bestimmten Weise etikettiert werden dürfen.²⁵⁸ Ein mittelbarer Eingriff wird hingegen darin zu sehen sein, dass zwar die Referenzmengen gekürzt werden, aber nur bei der Wahl eines bestimmten Geschäftspartners. Dadurch wird nämlich dessen freie Auswahl mittelbar beeinträchtigt.²⁵⁹

b) Abgaben

- 2606** Die Auferlegung von Abgaben wird ebenfalls als Eingriff in die Berufsfreiheit angesehen, wenn auch unter dem Blickwinkel einer Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit,²⁶⁰ welche nunmehr eher der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 EGRC zuzuordnen ist.²⁶¹ Gleichwohl beeinträchtigt die Erhebung von Abgaben spezifisch die berufliche Entfaltung.²⁶²

c) Abgrenzung im Umwelt- und Klimaschutz

- 2607** Aber auch in anderen Bereichen können unmittelbare Grundrechtseingriffe in die Berufsfreiheit eintreten. Das gilt insbesondere im Umweltbereich und dabei vor allem für den Klimaschutz, wie die EmissionshandelsRL 2003/87/EG²⁶³ zeigt.²⁶⁴ Der Emissionshandel schränkt die Berufsausübung bereits dadurch ein, dass für mit der Industrieproduktion verbundene Verschmutzungen Zertifikate erworben werden müssen, wie es nunmehr auf europäischer Ebene in größerem Umfange als bisher geplant wird, mithin eine Verhaltenspflicht auferlegt wird.
- 2608** Allein schon die Beteiligung am Emissionshandelssystem mit den damit verbundenen Anzeige-, Dokumentations- und Abgabepflichten beeinträchtigt die Berufsausübung direkt und stellt damit einen unmittelbaren Eingriff dar. Nur indirekt werden die Erwerbsmöglichkeiten negativ berührt. Ebenso mittelbar werden die Produktionsverfahren beeinflusst, indem diese der angestrebten Reduktion von CO₂-Emissionen angepasst werden müssen. Auch darin ist eine Handlungspflicht mit Eingriffscharakter zu sehen,²⁶⁵ die allerdings nur indirekt wirkt, weil sich ein Unternehmen durch den Kauf von Emissionshandelszertifikaten von dieser Pflicht lösen kann.

²⁵⁷ EuGH, Rs. C-370/88, Slg. 1990, I-4071 – Marshall: Untersagung der Mitführung eines bestimmten Netztypes bei der Fischerei.

²⁵⁸ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5580 ff., Rn. 20, 24) – Winzersekt.

²⁵⁹ EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3637 f., Rn. 13) – Neu.

²⁶⁰ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (553, Rn. 76) – Süderdithmarschen.

²⁶¹ S.u. Rn. 2505 ff.

²⁶² S.o. Rn. 2504.

²⁶³ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates, ABl. L 275, S. 32; zuletzt geändert durch RL 2004/101/EG, ABl. 2004 L 338, S. 18.

²⁶⁴ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 50 a.E.; ausführlich dazu Frenz, Emissionshandelsrecht, § 9 TEHG Rn. 49 sowie Rn. 52 ff. zur Verhältnismäßigkeit.

²⁶⁵ Giesberts/Hilf, Handel mit Emissionszertifikaten, 2002, Rn. 308.

Macht die Notwendigkeit von Zertifikatkäufen die weitere Ausübung oder die Aufnahme eines Gewerbes unmöglich, wird die Berufswahlfreiheit beeinträchtigt.²⁶⁶ Aber auch insoweit wird eine mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegen, verbietet doch der Staat nicht die Ausübung bzw. die Aufnahme einer bestimmten Tätigkeit, sondern erzeugt höchstens eine faktische abschreckende Wirkung bzw. errichtet eine finanzielle Hürde, die sich erst durch die Herausbildung eines entsprechend hohen Zertifikatpreises am Markt ergibt. **2609**

G. Rechtfertigung

I. Ansatz des EuGH: Abstufung nach Dreistufentheorie?

Nach klassischem Ansatz des EuGH kann die freie Berufsausübung „Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet“.²⁶⁷ Dieser Ansatz hat nun Eingang in Art. 52 Abs. 1 EGRC gefunden.²⁶⁸ **2610**

Bei der Rechtfertigungsprüfung unterscheidet der EuGH nicht näher zwischen Berufsausübung und Berufswahl. Er gibt allerdings einen Hinweis, dass die Einschränkungen der Berufsausübung weniger gewichtig sind. Im *Winzersekt*-Urteil formuliert er, dass eine Maßnahme „nur die Modalitäten der Ausübung eines solchen Rechts betrifft, ohne dessen Bestand selbst zu gefährden“.²⁶⁹ Aus diesem Urteil wurde sogar in Analogie zur Dreistufentheorie²⁷⁰ des BVerfG²⁷¹ abgeleitet, Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit seien leichter als solche in die Berufswahlfreiheit zu rechtfertigen.²⁷² **2611**

²⁶⁶ *Rehbinder*, in: Endres/Rehbinder/Schwarze, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, 1994, S. 92 (119 f.); *Burgi*, NJW 2003, 2486 (2490 f.): objektive Berufswahlschranke; regelmäßig allerdings eine Berufsausübungsregelung annehmend *Mehrbrey*, Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte, 2003, S. 159 ff.

²⁶⁷ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 78) – Bananen; unter Verweis bereits auf Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder; Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639, Rn. 18) – Wachauf; Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (63 f., Rn. 16) – Kühn; später etwa Rs. C-44/94, Slg. 1995, I-3115 (3152, Rn. 55) – Fishermen’s Organisations; Rs. C-293/97, Slg. 1999, I-2603 (2647, Rn. 54) – Standley; Rs. C-37 u. 38/02, Slg. 2004, I-6911 (6980, Rn. 82) – Dilexport; Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 (11926, Rn. 72) – Swedish Match; näher zur Kritik an diesem Ansatz o. Rn. 627 ff.

²⁶⁸ S. allgemein näher o. Rn. 601 ff.

²⁶⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5582, Rn. 24) – Winzersekt; s. auch Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897 (2912, Rn. 9) – Keller.

²⁷⁰ Gegen eine Übertragung *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 29.

²⁷¹ BVerfGE 7, 377 – Apothekenzulassung.

²⁷² S. insbes. *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 201.

- 2612** Allerdings bezieht sich diese Formulierung darauf, dass die untersuchte Vorschrift nicht in den Wesensgehalt des geltend gemachten Rechts auf freie Berufsausübung eingreift. Damit geht es darum, ob die Berufsausübungsfreiheit selbst in ihrem Wesensgehalt beeinträchtigt wird, nicht darum, ob ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit vorliegt. Die Entscheidung hat also einen gänzlich anderen Bezug und lässt daher keine Schlüsse darauf zu, dass die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit erleichtert wird.
- 2613** Dies ändert aber in der Sache nichts daran, dass Eingriffe in die Berufswahlfreiheit gravierender sind und daher schwerer gerechtfertigt werden können als solche in die Berufsausübungsfreiheit. Das liegt indes darin begründet, dass dann das Grundrecht im Einzelfall stärker tangiert wird. Die Abgrenzung zwischen Berufswahl und Berufsausübung ist ohnehin vielfach schwierig.²⁷³ Entscheidend für die Eingriffsintensität ist, inwieweit die Betroffenen einen bestimmten Beruf partiell oder gar komplett nicht mehr ausüben können.²⁷⁴
- 2614** Allerdings muss es sich dann nicht notwendigerweise um eine Berufswahlregelung handeln. Vielmehr kann auch die Berufsausübung in schwerwiegender Weise tangiert werden. Beispiel dafür ist der Emissionshandel.²⁷⁵ Je teurer die Zertifikate werden, desto eher sind die betroffenen Branchen in ihrer Berufsausübung betroffen, ohne dass sie notwendigerweise ihre Produktion stilllegen. Sie werden diese höchstens reduzieren bzw. nur unter erschwerten wirtschaftlichen Voraussetzungen wahrnehmen können.
- 2615** Eine strikte Abstufung der Rechtfertigungslast nach Regelungen zur Berufswahl und solchen zur Berufsausübung würde auch dazu führen, dass Grundrechtseingriffe, die lediglich kleine Branchen betreffen, von vornherein einer höheren Rechtfertigung unterlägen als solche, die breite industrielle Bereiche betreffen und daher eher Berufsausübungsregelungen darstellen, weil sie nicht Marktteilnehmer gänzlich von ihrem Tätigkeitsfeld verdrängen. Das gälte unabhängig davon, ob sie insgesamt gesehen die Berufsfreiheit stärker beeinträchtigt.

II. Gesetzliche Grundlage

- 2616** Im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 1 GG enthält Art. 15 EGRC keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt. Dieser wird aber allgemein in Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC angeordnet. Er entspricht auch der Judikatur des EuGH. Diese bezieht sich zwar, wie die vorstehend aufgeführte Formel zeigt, nicht explizit auf das Grundrecht der Berufsfreiheit. Im Urteil *Hoechst* hat aber der EuGH allgemein für Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung eine Rechtsgrundlage sowie eine Rechtfertigung aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen verlangt.²⁷⁶ Grundlage dieses Erfordernisses waren die Rechtsordnungen sämtlicher Mitgliedsstaaten. Damit hat der EuGH eine allgemeine Grenze für Eingriffe in Freiheits-

²⁷³ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 55.

²⁷⁴ S. Ruffert, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 29; ebenso Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 55.

²⁷⁵ Zu seinem Eingriffscharakter schon o. Rn. 2607 ff.

²⁷⁶ EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2924, Rn. 19) – Hoechst.

rechte des Einzelnen aufgestellt, die sich auch auf die Berufsfreiheit bezieht.²⁷⁷ Für diese gelten daher keine Besonderheiten.

Die Erfordernisse nach Art. 52 Abs. 1 EGRC finden somit in vollem Umfang Anwendung. Sie entsprechen praktisch denen, die zu Art. 12 Abs. 1 GG aufgestellt wurden. Eine Erleichterung ergibt sich allerdings insbesondere im Hinblick auf die erfassten Normen, die als gesetzliche Grundlage in Frage kommen. Das beruht auf dem besonderen Normsystem auf europäischer Ebene sowie der in Art. 52 Abs. 1 EGRC implantierten weiteren Gesetzeskonzeption nach der EMRK.²⁷⁸

III. Legitimierende Gemeinwohlziele

1. EU-Ziele als Ansatz

Nach Art. 52 Abs. 1 EGRC müssen in Übereinstimmung mit der schon bisher gerade im Bereich der Berufsfreiheit gebräuchlichen Standardformel des EuGH tatsächlich dem Gemeinwohl dienende Ziele der Union vorliegen, um einen Eingriff zu rechtfertigen. Schon im Urteil *Nold* hielt der EuGH die Berufsfreiheit „in der Regel nur unter dem Vorbehalt von Einschränkungen geschützt, die im öffentlichen Interesse liegen“. Begrenzungen sind möglich, „die durch die dem allgemeinen Wohl dienenden Ziele der Gemeinschaft gerechtfertigt sind“.²⁷⁹

Dabei kommt es nur auf die europäischen Ziele an, nicht auf die nationalen, obwohl der EuGH im Urteil *Nold* den Vorbehalt von Einschränkungen auf der Basis öffentlicher Interessen darauf gestützt hat, dass die Berufsfreiheit nur so in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten garantiert ist.²⁸⁰ Ansonsten würde der Schutz der Berufsfreiheit gleichsam „nationalisiert“. Es geht aber um den Schutz von Freiheitsrechten auf der EU-Ebene und damit vor Eingriffen der Unionsorgane oder auch nationaler Organe in Durchführung des Europarechts (Art. 51 Abs. 1 EGRC). Daher müssen auch die auf europäischer Ebene relevanten Gemeinwohlinteressen maßgeblich sein,²⁸¹ ohne dass diese allerdings in den Verträgen ausdrücklich verankert sein müssen.²⁸²

²⁷⁷ Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 185 f.

²⁷⁸ S.o. Rn. 527 ff.

²⁷⁹ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – *Nold*.

²⁸⁰ S. EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – *Nold*; auf dieser Basis differenzierend indes *Günter*, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, S. 24.

²⁸¹ Ebenso Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 190 f. mit dem Hinweis auf mögliche Divergenzen zwischen europäischen und nationalen Gemeinwohlinteressen.

²⁸² S. näher o. Rn. 639 ff.

2. Agrarpolitik

2620 Entsprechend einer Vielzahl von Entscheidungen im Bereich der Landwirtschaft spielten bislang oft Zielsetzungen agrarpolitischer Natur eine Rolle. So ging es um die Herstellung eines dauerhaften Gleichgewichts auf dem Weinmarkt sowie eines Preisniveaus, das einerseits für die Erzeuger einträglich und andererseits für die Verbraucher angemessen ist – bei Verbesserung der Qualität.²⁸³ Allerdings wurden nicht immer die Ziele der zentralen Vorschrift aus dem Agrarsektor herangezogen,²⁸⁴ sondern auch nur Teilaspekte bzw. Ziele, die nicht notwendig explizit in Art. 33 EG/39 AEUV niedergelegt sind, aber daraus abgeleitet werden können, so die Beseitigung von Überschüssen.²⁸⁵

3. Rechtfertigungsgründe parallel zu den Grundfreiheiten

2621 Neben Zielsetzungen aus der Agrarpolitik bediente sich der EuGH verschiedener Rechtfertigungsgründe, die in anderen Vorschriften des EG/AEUV niedergelegt sind. Besonders herauszuheben ist der Schutz des Urheberrechts als Bestandteil des gewerblichen kommerziellen Eigentums nach Art. 30 EG/36 AEUV. Hier bezog sich der EuGH sogar eigens auf eine Parallele der Berufsfreiheit zu den Grundfreiheiten.²⁸⁶

2622 Darüber hinaus bemühte der Gerichtshof andere Politiken, so das Ziel der kulturellen Entwicklung der Gemeinschaft und der Förderung des künstlerischen und literarischen Schaffens auf der Basis von Art. 151 EG/167 AEUV.²⁸⁷ Weitere Gesichtspunkte waren – parallel zu den Grundfreiheiten – Aspekte wie der Umweltschutz,²⁸⁸ die jedenfalls zu dem Zeitpunkt, als sie erstmals herangezogen wurden, noch nicht ausdrücklich im EG/AEUV enthalten waren.

2623 Mittlerweile sind sie ausdrücklich im EG/AEUV verankert. Das gilt auch für den Verbraucherschutz²⁸⁹ sowie die Volksgesundheit.²⁹⁰ Damit verliert die Frage erheblich an Bedeutung, ob der EuGH auch Ziele heranziehen darf, die nicht explizit im EG/AEUV niedergelegt sind.²⁹¹ Schließlich geht es gerade im Rahmen der Berufsfreiheit um den Ausgleich sämtlicher wirtschaftlicher Interessen; diese

²⁸³ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3748, Rn. 25) – Hauer.

²⁸⁴ S. allerdings auch EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 82) – Bananen.

²⁸⁵ S. EuGH, Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (64, Rn. 17) – Kühn; auch EuG, Rs. T-390/94, Slg. 1997, II-501 (538 f., Rn. 128) – Schröder u.a., wo die Ausbreitung der Schweinepest bekämpft wurde; m.w.N. Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 191 mit Fn. 911.

²⁸⁶ EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1980, Rn. 24) – Metronome Musik; allgemein zum engen Zusammenhang von Berufsfreiheit und Warenverkehrsfreiheit o. Rn. 2493.

²⁸⁷ EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1979, Rn. 23) – Metronome Musik.

²⁸⁸ EuGH, Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 (549, Rn. 13) – ADBHU.

²⁸⁹ EuGH, Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897 (2913, Rn. 14) – Keller; s. Art. 153 EG/169 AEUV.

²⁹⁰ EuGH, Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-4315 (4375, Rn. 43) – Affish; Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 (11927, Rn. 74) – Swedish Match; s. Art. 152 EG/168 AEUV.

²⁹¹ S.o. Rn. 639 ff.

können auch eine Einschränkung der Berufsfreiheit anderer erfordern,²⁹² so wenn es um den Schutz der Konkurrenz vor ungerechtfertigten Subventionen geht.

Zudem ist das Ziel wirtschaftlichen Wachstums in Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV mit der Nachhaltigkeit gekoppelt, so dass in dessen Rahmen notwendig auch soziale und umweltbezogene Belange Eingang finden müssen. Damit hat man jedenfalls für den Bereich der Berufsfreiheit über Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV eine große Breite möglicher Rechtfertigungsgründe für Einschränkungen.²⁹³ Begrenzungen zeigen sich eher über die Notwendigkeit eines Gesetzes. Dieses muss nämlich auf einer bestehenden Kompetenzgrundlage erlassen worden sein. Hier tauchen eher Schwierigkeiten auf.²⁹⁴ **2624**

Die Rechtsprechung des EuGH deutet insgesamt darauf, dass er genauso verfährt wie bei den Grundfreiheiten, wo auch nicht ausdrücklich im EG/AEUV verankerte, zwingende Gemeinwohlbelange als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden. **2625**

4. Völkerrechtliche Verpflichtungen

Weiter gehend wurden – ebenfalls vergleichbar zu den Grundfreiheiten – völkerrechtliche Verpflichtungen herangezogen, um eine Beeinträchtigung zu rechtfertigen. Das gilt für den Agrarsektor wegen der aus dem Abkommen von Cotonou²⁹⁵ übernommenen Verpflichtungen, welche den Import aus AKP-Staaten privilegierten und den aus anderen Staaten begrenzten,²⁹⁶ sowie im Bereich des Urheberrechtsschutzes aus dem Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS).²⁹⁷ **2626**

²⁹² Spezifisch für die Berufsfreiheit näher *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 195 f.

²⁹³ Diese allgemeinen Zielvorstellungen für untauglich haltend *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 197. Indes werden hierdurch auch Ziele festgelegt, die regelmäßig oder später näher konkretisiert werden, so die Umweltkomponente der Nachhaltigkeit in Art. 174 ff. EG/191 ff. AEUV. Im Übrigen werden hier die zentralen Zielvorstellungen genannt, welche die Gemeinschaft erst umsetzen muss, allerdings auf einer tauglichen Kompetenzgrundlage. Daher erwächst daraus die Schranke, nicht hingegen schon aus der Allgemeinheit der in Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV verankerten Zielvorstellungen.

²⁹⁴ *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 196.

²⁹⁵ Partnerschaftsabkommen zwischen den Mitgliedern der Gruppe der Staaten in Afrika, im Karibischen Raum und im Pazifischen Ozean einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits, unterzeichnet in Cotonou am 23.6.2000, ABl. L 317, S. 3.

²⁹⁶ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 82) – Bananen.

²⁹⁷ Die Erfüllung des TRIPS-Abkommens, BGBl. II 1994 S. 1730, ist verpflichtend für die WTO-Mitgliedschaft; es ist eine Ergänzung des GATT (deutsches Zustimmungsgesetz zum GATT, BGBl. II 1994 S. 1438). S. EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1980, Rn. 25) – Metronome Musik.

IV. Verhältnismäßigkeit

1. Ansatz

- 2627** Der Schwerpunkt der Prüfung des EuGH liegt darin, ob eine Beschränkung tatsächlich Gemeinwohlzielen der Gemeinschaft entspricht und den Wesensgehalt der Berufsfreiheit nicht antastet.²⁹⁸ Zwar wird die Verhältnismäßigkeit erwähnt, aber unmittelbar neben das Verbot eines nicht tragbaren Eingriffs gestellt und auf die Antastung des Wesensgehalts bezogen.²⁹⁹ Diese Konzeption wird damit in Verbindung gebracht, dass der EuGH Regelungen der gemeinsamen Agrarpolitik aufrecht erhalten wollte, die strukturell im Gegensatz zu freier wirtschaftlicher Betätigung und so zum Grundrecht der Berufsfreiheit stehen.³⁰⁰
- 2628** Beziehen sich auch zahlreiche Entscheidungen mit dieser Standardformel auf den Landwirtschaftsbereich, ließ der EuGH seine Konzeption „namentlich im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation“ Anwendung finden.³⁰¹ Damit wird dieser Bereich nur herausgehoben. Tieferer Grund für den EuGH ist indes, dass die freie Berufsausübung nicht uneingeschränkte Geltung beanspruchen kann, sondern „im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden“ muss.³⁰²
- 2629** Damit liegt dieser Ansatz im Kontext der Berufsfreiheit begründet, nicht notwendig hingegen in der gemeinsamen Agrarpolitik. In dieser aktualisiert sich nur die gesellschaftliche Funktion. Daher ist dieses Zurücktreten der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht bereichsspezifisch zu sehen, sondern vom EuGH allgemein angelegt. Umso mehr widerspricht sie der freiheitsbezogenen Konzeption der Berufsfreiheit wie dem generellen Charakter der Grundrechte.³⁰³ Auch Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC erfordert eine akzentuiertere Verhältnismäßigkeitsprüfung.

2. Ermessensspielraum

- 2630** Die Prüfungsschärfe des EuGH im Bereich der Berufsfreiheit ist auch deshalb gering, weil er dem europäischen Gesetzgeber ein weites Ermessen zubilligt. Daher kann die Rechtmäßigkeit einer „erlassenen Maßnahme nur dann beeinträchtigt sein ..., wenn diese Maßnahme zur Erreichung des Zieles, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist.“³⁰⁴ Damit räumt er „ein fast schranken-

²⁹⁸ S.o. Rn. 2611 sowie allgemein o. Rn. 627 ff.

²⁹⁹ S. etwa EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581, Rn. 22) – Winzersekt; auch noch Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 (11926, Rn. 72) – Swedish Match.

³⁰⁰ *Rengeling*, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 331 (346); *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 3; *ders.*, in: Calliess/Ruffert, Art. 15 GRCh Rn. 17; *Streinz*, in: *ders.*, Art. 15 GR-Charta Rn. 5.

³⁰¹ Z.B. EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581, Rn. 22) – Winzersekt.

³⁰² EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581, Rn. 22) – Winzersekt.

³⁰³ Ausführlich o. Rn. 627 ff.

³⁰⁴ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581, Rn. 21) – Winzersekt; ebenso etwa Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5068, Rn. 89 f.) – Bananen.; st. Rspr.

loses Ermessen mit entsprechendem Kontrolldefizit“ ein.³⁰⁵ Dieses Ermessen bezieht der EuGH freilich auf das Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik mit der dabei eingeräumten politischen Verantwortung und führt nur die in diesem Bereich erlassenen Maßnahmen als Referenz an.³⁰⁶ Die Einbindung in eine gemeinsame Marktorganisation führt praktisch aber vor allem dazu, dass Vertrauensschutz auf Beibehaltung einer Regelung weitgehend ausgeschlossen ist.³⁰⁷

Damit ist nicht ausgeschlossen, dass auch andere Politikfelder dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen einräumen. Das gilt für den Umweltschutz wegen seines notwendig vorsorgenden Charakters und im Hinblick auf den Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung.³⁰⁸ Die Wirtschaftspolitik ist generell davon geprägt, komplexe Sachverhalte zu bewältigen und divergierende Interessen auszugleichen. Damit bestehen viele Eckpunkte, mit denen eine Maßnahme begründet werden kann. Entsprechend weit ist der bestehende Ermessensspielraum. Er wird im Übrigen auch im strengen deutschen Verfassungsrecht zugebilligt.³⁰⁹ Da Wirtschaft und Berufsfreiheit in einem engen Zusammenhang stehen, ist damit ein weiter Ermessensspielraum der die Berufsfreiheit einschränkenden staatlichen Organe gleichsam inhärent. **2631**

Allerdings darf dieser Ermessensspielraum nicht so weit ausgedehnt werden, dass die einschränkenden Organe gleichsam einen Freibrief bekommen, das betroffene Recht zu beschneiden.³¹⁰ Vielmehr muss die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit jedenfalls in ihrem Gerüst gewahrt bleiben und auch dazu führen können, dass eine ergriffene beeinträchtigende Maßnahme als grundrechtswidrig eingestuft wird. Dies war aber bislang im Bereich der Berufsfreiheit soweit ersichtlich nicht der Fall.³¹¹ **2632**

Immerhin hat der EuGH im Bereich des Gesundheitsschutzes, der wie der Umweltschutz auf ein hohes Niveau zielt, den Prüfungsrahmen nicht auf eine offensichtliche Ungeeignetheit verengt.³¹² Die Frage des Ermessensmissbrauchs wurde in dieser Entscheidung im Hinblick auf die Kompetenzausübung geprüft.³¹³ Dieser **2633**

³⁰⁵ So *Streinz*, in: ders., Art. 15 GR-Charta Rn. 5 a.E.

³⁰⁶ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581, Rn. 21) – Winzersekt.

³⁰⁷ S.u. Rn. 3004, 3143 f.

³⁰⁸ S. näher u. Rn. 4310 ff.

³⁰⁹ S. etwa BVerfGE 53, 135 (145); 46, 246 (257); 39, 210 (225 f.); 30, 250 (262 f.). Auf diese Judikatur verweisend auch *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 57; *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 39; *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 208. Danach wird etwa die Geeignetheit nur dann nicht gewahrt, wenn eine Maßnahme eindeutig als zweckuntauglich eingestuft werden kann, BVerfGE 39, 210 (230). S. näher *Frenz*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001, S. 129 f. m.w.N.

³¹⁰ Ebenso *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 210.

³¹¹ Näher o. Rn. 628 sowie Rn. 2550; s. auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 15 GRCh Rn. 17.

³¹² EuGH, Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 (11927, Rn. 74) – Swedish Match.

³¹³ EuGH, Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 (11927 f., Rn. 75 ff.) – Swedish Match.

Ansatz korrespondiert damit, dass das EuG in neueren Urteilen die Verhältnismäßigkeit intensiver prüft.³¹⁴

3. Geeignetheit

- 2634** Ist das durch die beeinträchtigende Maßnahme zu erreichende Gemeinwohlziel definiert,³¹⁵ wird auch vom EuGH an erster Stelle geprüft, ob die vorgesehene Maßnahme im Hinblick auf dieses Ziel geeignet ist. Im Urteil *Swedish Match* wird nach Bejahung dieser Frage sogar unmittelbar festgestellt, dass es sich nicht um eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Rechts auf freie Berufsausübung handelt.³¹⁶ Auch dann, wenn der EuGH aufgrund des weiten Ermessens der handelnden Organe nur die offensichtliche Geeignetheit einer Maßnahme prüfte, stand dieser Aspekt am Ausgangspunkt der Prüfung, ohne dass noch die Erforderlichkeit oder Angemessenheit eigens geprüft worden wäre.³¹⁷
- 2635** Inwieweit der Prüfungsmaßstab auf eine evidente Ungeeignetheit reduziert wird, hängt davon ab, in welchem Umfang man den zuständigen Organen einen Ermessensspielraum zugesteht, der nicht voll überprüfbar ist. Wegen des engen Bezugs der Berufsfreiheit zu wirtschaftsrelevanten Sachverhalten und den dabei auftretenden komplexen Zusammenhängen wird ein solcher Einschätzungsspielraum regelmäßig gegeben sein. Das gilt auch bei gravierenden Grundrechtsbeeinträchtigungen wie objektiven Zulassungsschranken und damit auch im Bereich von Berufswahlregelungen.³¹⁸
- 2636** Insoweit ist nur zu prüfen, ob eine Maßnahme den verfolgten Zweck evident nicht fördern kann. Das wird kaum der Fall sein. Am ehesten fehlt die Eignung noch dann, wenn Ziele nur vorgetäuscht werden, in Wahrheit aber etwa eine bestimmte Gruppe sachwidrig zulasten der Konkurrenz privilegiert werden soll. Dann aber fehlt regelmäßig schon die legitime Zielsetzung, weil diese tatsächlich verfolgt werden muss. Die Eignungsprüfung bildet insoweit lediglich eine zusätzliche Kontrollstation.
- 2637** Wenn der Eintritt eines bestimmten Schadens auf ein Gemeinwohlgut ausgeschlossen werden soll, dieser Schaden aber bereits irreversibel eingetreten ist, dann fehlt die Geeignetheit allerdings.³¹⁹ Jedoch obliegt es auch der Beurteilung der zuständigen Organe, inwieweit ein Vorgang bereits abgeschlossen ist, es sei denn, dies ist evident. Das wird aber selten der Fall sein. So werden sich selbst bei der Eindämmung von gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die bereits häufiger auftraten, immer noch Ansatzpunkte finden, um Maßnahmen gegen eine noch weitere

³¹⁴ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 30 Rn. 57 unter Verweis auf EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 – Pfizer; Rs. T-70/99, Slg. 2002, II-3495 – Alpha sowie Keser, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, 2004, S. 139 ff.

³¹⁵ S.o. Rn. 2618 ff.

³¹⁶ EuGH, Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 (11927, Rn. 74) – *Swedish Match*.

³¹⁷ So in EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581, Rn. 21) – *Winzersekt*.

³¹⁸ Im vorliegenden Zusammenhang im Vergleich zum BVerfG betonend *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 208.

³¹⁹ Vgl. zu den Grundfreiheiten *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 528.

Verschlimmerung zu treffen, so ein völliges Verbot eines Produkts, auf dessen Auslösereigenschaft einige Anhaltspunkte deuten.

4. Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit setzt voraus, dass es kein Mittel gibt, welches den angestrebten Erfolg mit weniger starken Beeinträchtigungen genauso effektiv erreichen kann.³²⁰ Damit hat ein Vergleich der in Betracht kommenden Mittel zu erfolgen, und zwar bezogen auf das Maß der erfolgenden Grundrechtsbeschränkung. Inwieweit bei den Betroffenen die Berufsfreiheit beeinträchtigt wird, blendet indes der EuGH bislang in seiner Rechtsprechung regelmäßig aus. Er stellt nur darauf ab, ob die Beschränkung der Berufsfreiheit im Hinblick auf das angestrebte Ziel verhältnismäßig ist und einen tragbaren Eingriff darstellt.³²¹ Damit stellt er lediglich das verfolgte Ziel der gegebenen Grundrechtsbeeinträchtigung gegenüber. Er bezieht aber nicht ein, in welchem Ausmaß die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden. **2638**

Die betroffenen Individualinteressen werden daher nicht, wie für individuelle Freiheitsrechte erforderlich, näher einbezogen.³²² Auch in den Urteilen *Bosphorus* und *Affish*, wo konkrete Personen spezifisch ihre Betroffenheit geltend machten, verwies der EuGH nur allgemein auf erhebliche negative Konsequenzen für „bestimmte Wirtschaftsteilnehmer“. ³²³ Damit bedarf es noch einer Angleichung in der Rechtsprechung des EuGH, dass dem elementaren Wirtschaftsgrundrecht der Berufsfreiheit tatsächlich zu diesem Charakter verholfen wird. Regelmäßig muss sich daher an die Eignungsprüfung eine auch freiheitsbezogene Erforderlichkeitskontrolle anschließen. **2639**

5. Angemessenheit

Ebenso wenig wie die Erforderlichkeit wurde die Angemessenheit vom EuGH bislang im Einzelnen geprüft. Dies hängt ebenfalls damit zusammen, dass die individuellen Grundrechtsbeeinträchtigungen weitestgehend ausgeblendet und höchstens pauschal einbezogen wurden. Die Angemessenheit ist nämlich dann verletzt, wenn die mit einer Maßnahme erreichten Vorteile für das angestrebte Ziel die Beeinträchtigung des Grundrechts nicht überwiegen. Daher sind die Vorteile der Maßnahme den individuellen Grundrechtsbeeinträchtigungen gegenüberzustellen. Es genügt nicht ein bloßer Vergleich des angestrebten Ziels mit dem Grundrecht, das beeinträchtigt wird. Insoweit erfolgt nämlich nur ein abstrakter Vergleich, kein **2640**

³²⁰ S.o. Rn. 659.

³²¹ S.o. Rn. 2627.

³²² S. allgemein o. Rn. 627 ff.; im hiesigen Zusammenhang etwa *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 204 f. auch zum folgenden Aspekt.

³²³ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986, Rn. 23) – *Bosphorus*; Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-4315 (4375, Rn. 42) – *Affish*; ebenso im Vorgehen EuG, Rs. T-390/94, Slg. 1997, II-501 (538, Rn. 127 f.) – Schröder u.a.

konkreter, der auch die in der Situation gegebenen Beeinträchtigungen einbezieht und den erreichbaren Vorteilen gegenüberstellt. Genau dies ist aber der Kern eines individuellen Grundrechtsschutzes, wie er durch die EGRC gerade auch in Art. 15 verankert ist.

6. Übergangsbestimmungen

- 2641** Die Berufsfreiheit kann deshalb (besonders scharf) beeinträchtigt werden, weil eine Maßnahme zu rasch greift, mithin keine Übergangsfrist lässt. Das ist etwa dann möglich, wenn eine gemeinsame Marktorganisation im Bereich der Landwirtschaft eingeführt wird.³²⁴ In diesen Fällen kann zwar die Grundrechtsbeeinträchtigung als solche verhältnismäßig sein, aber nicht in der vorgesehenen Schnelle. Dementsprechend hat der EuGH eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit nur in dem Maße für erforderlich gehalten, wie ausreichende Übergangsfristen gewahrt wurden.³²⁵ Das hat auch im Rahmen der Grundrechte zu gelten.³²⁶ Insofern bestehen vielfach Verbindungen zum Vertrauensschutz. Eine Übergangsfrist ist umso eher und in umso längerem Ausmaß geboten, wie schützenswertes Vertrauen entfaltet wurde, das jedenfalls nicht sofort enttäuscht werden darf.³²⁷
- 2642** Dabei setzt sich allerdings der Gedanke des Vertrauensschutzes kaum durch, wenn Wirtschaftsteilnehmer bereits in eine Marktorganisation eingebunden waren und diese nur verschärft wurde, weil regelmäßig eine Angleichung jedenfalls in begrenztem Rahmen vorhersehbar ist.³²⁸ Anders verhält es sich hingegen, wenn Wirtschaftsteilnehmer, ohne dass sie dies vorhersehen konnten, in eine gemeinsame Marktorganisation einbezogen werden und vorher ohne Berücksichtigung dieser Entwicklung geschäftlich auf der Grundlage der vorher bestehenden (nationalen) Regelung disponiert haben. Beispielhaft lässt sich die Bananenmarktordnung anführen, welche Bananenimporte aus den Dollar-Staaten weitgehend beschränkte und auf solche aus den AKP-Staaten konzentrierte.³²⁹ Diese Marktteilnehmer müssen die Möglichkeit haben, sich auf die neue Regelung einzustellen. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit von Übergangsmaßnahmen.
- 2643** Eine solche Maßnahme ist daher nur insoweit angemessen, als sich die Wirtschaftsteilnehmer aufgrund einer hinreichend langen Übergangszeit auf die neue Rechtssituation einrichten können. Inwieweit dies der Fall ist, richtet sich nach den Schwierigkeiten, die mit dem Übergang zu einer neuen Regelung verbunden sind. Daraus ergibt sich die Erforderlichkeit von Übergangsmaßnahmen. Dabei

³²⁴ EuGH, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065 (6100, Rn. 40) – T.Port.

³²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-463/01, Slg. 2004, I-11705 (11760 f., Rn. 79 ff.) – Kommission/Deutschland; Rs. C-309/02, Slg. 2004, I-11763 (11821, Rn. 80) – Radlberger.

³²⁶ S. unter spezifischem Blickwinkel bereits *Frenz*, in: ders./Schink (Hrsg.), *Die Abfallwirtschaft im normgeberischen Dauergriff*, 2005, S. 117 (125).

³²⁷ Näher u. Rn. 3015 ff., 3088 ff., 3158 ff.

³²⁸ S.u. Rn. 3004, 3143 f. sowie o. Rn. 2556 zur Einschlägigkeit der Berufsfreiheit.

³²⁹ Zur Verhältnismäßigkeit der grundlegenden VO (Nr. 404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, ABl. L 47, S. 1; aufgehoben durch VO (EG) Nr. 1234/2007, ABl. 2007 L 299, S. 1); EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 – Bananen. Dazu bereits o. Rn. 625 sowie Rn. 2549.

haben allerdings die europäischen Organe ein weites Ermessen.³³⁰ Insoweit trifft sich auch die Rechtsprechung zu den Übergangsregelungen mit dem allgemeinen Ansatz zu Einschränkungen der Berufsfreiheit, wonach die Unionsorgane ein weites Ermessen haben.³³¹

Der andere Eckpunkt, dieses Ermessen auszuüben, liegt in den Notwendigkeiten, die eine neue Regelung bedingen. Hier zählt dann das entsprechende europäische Interesse. Zudem sind die konkreten Vorteile zu benennen, die eine Maßnahme hat, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Aber auch in diesem Rahmen prüft der EuGH näher, inwieweit überhaupt Wirtschaftsteilnehmer eines solchen Schutzes durch Übergangsmaßnahmen bedürfen. Erforderlich ist, dass sie bislang mit normaler Sorgfalt im Hinblick auf die bestehenden Regelungen gehandelt haben und auch nicht Kenntnis haben konnten, dass sich eine Neuregelung in Gestalt einer gemeinsamen Marktorganisation ergibt.³³² **2644**

Werden dann diejenigen Anforderungen gestellt, die der EuGH auch beim Vertrauensschutz anwendet, so wird oft eine solche Schutzbedürftigkeit nicht bestehen. Schließlich kündigen sich gemeinsame Marktorganisationen oft durch lange Beratungen an. Wird bereits dieses Stadium als mögliche Kenntnisquelle zugrunde gelegt, so müssen sich Wirtschaftsteilnehmer bereits sehr früh auf neue Entwicklungen einstellen. Genau dies aber lässt die Rechtsicherheit weitgehend schwinden. Daher können solche Entwicklungen erst relevant sein, wenn die Wirtschaftsteilnehmer absehen können, welche Regelung sich tatsächlich ergibt.³³³ **2645**

7. Härtefallregelungen

Ein anderer Punkt, um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung positiv ausfallen zu lassen, sind Härtefallregelungen. Dadurch werden Extremfälle aufgefangen, die im Einzelfall die Verhältnismäßigkeit und dabei vor allem die Angemessenheit problematisch erscheinen lassen. Dies hat auch der EuGH im Hinblick auf die Bananenmarktordnung geprüft.³³⁴ **2646**

V. Wesensgehaltsgarantie

Vom EuGH ausdrücklich geprüft wurde neben der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen der Berufsfreiheit immer wieder die Wesensgehaltstheorie. Eine Beeinträchtigung durfte die gewährleisteten Rechte nicht in ihrem Wesensgehalt antasten.³³⁵ Allerdings hat der EuGH nicht näher definiert, wann der Wesensgehalt be- **2647**

³³⁰ EuGH, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065 (6099, Rn. 38) – T.Port.

³³¹ S.o. Rn. 2630 ff.

³³² EuGH, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065 (6100, Rn. 41) – T.Port.

³³³ S. näher u. Rn. 3096 ff., 3099 ff. im Rahmen des Vertrauensschutzes, wo umgekehrt überlegt wird, ob nicht bereits Entwürfe einen gewissen Vertrauenstatbestand bilden, der eine bestimmte wirtschaftliche Ausrichtung erlaubt.

³³⁴ S. EuGH, Rs. C-280/93 R, Slg. 1993, I-3667 (3680, Rn. 41) – Bananen (einstweiliger Rechtsschutz).

³³⁵ Etwa EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581, Rn. 22) – Winzersekt.

rührt ist. Er folgert vielmehr, dass die gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt betroffen sind, wenn es sich um einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff handelt.³³⁶ Daher wird ein unverhältnismäßiger Eingriff der Wesensgehaltstheorie gleichgesetzt.³³⁷ Dies entspricht der relativen Theorie der Wesensgehaltstheorie, wonach diese nicht absolut zu sehen ist.

2648 Diese Theorie ist indes auch im Hinblick auf die europäische Grundrechtsdogmatik abzulehnen.³³⁸ Es handelt sich vielmehr um eine äußerste Grenze, wie gerade auch die Entscheidung *Winzersekt* zeigt.³³⁹ Es darf der Bestand des Rechtes selbst nicht gefährdet werden.³⁴⁰ Es muss der Kern des beeinträchtigten Grundrechts erhalten bleiben. Das muss im Einzelfall geschehen.

2649 Das Recht der Berufsfreiheit darf folglich nicht ausgehöhlt werden. Auf dieser Grundlage wird die praktische Bedeutung der Wesensgehaltsgarantie eher gering sein,³⁴¹ weil regelmäßig immer noch eine gewisse Bedeutung der Berufsfreiheit bleibt. Es geht aber auch darum, dass nicht insgesamt eine schleichende Aushöhlung des Grundrechts erfolgt. Das kann dadurch erfolgen, dass die Berufsfreiheit in vielen Punkten tangiert wird, so dass insgesamt den Wirtschaftsteilnehmern praktisch kein Freiraum mehr bleibt, sich kraftvoll zu entfalten, wie es die Berufsfreiheit als Freiheitsrecht – zumal vor dem Hintergrund ihres Bezugs zur Menschenwürde und damit zur Persönlichkeitsentfaltung – voraussetzt.

2650 Dadurch wird dann die Berufsfreiheit durch eine Gesamtheit von Maßnahmen letztlich in ihrer Substanz ausgehöhlt und damit, wie der EuGH im Urteil *Winzersekt* ausführt, in ihrem Bestand selbst gefährdet. Das ist zumal deshalb beachtlich, weil auch auf europäischer Ebene immer mehr Regulierungen kommen, die in ihren Auswirkungen am ehesten in ihrer Gesamtheit übersehen werden können. Daher bedarf es nicht nur im Umweltschutz einer integrativen Betrachtung der Umweltauswirkungen, sondern für die Berufsfreiheit umgekehrt einer integrativen Betrachtung sämtlicher Auswirkungen von europäischen Regulierungen und Maßnahmen auf dieses Grundrecht.

H. Prüfungsschema zu Art. 15 EGRC

2651 1. Schutzbereich

a) Jedermann-Recht auch für Drittstaatsangehörige sowie öffentliche Unternehmen bei erwerbswirtschaftlicher Aktivität

³³⁶ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581, Rn. 22) – *Winzersekt*.

³³⁷ S. etwa *Pernice*, NJW 1990, 2409 (2416); *Huber*, EuZW 1997, 517 (521).

³³⁸ S. allgemein o. Rn. 669 ff.

³³⁹ *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 214.

³⁴⁰ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5582, Rn. 24) – *Winzersekt*.

³⁴¹ *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 215.

- b) Beruf: jede selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit von gewisser Dauer und gewissem wirtschaftlichen Wert, gegen Entgelt erbracht und nicht völlig untergeordnet oder unwesentlich
- c) Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit
- d) Freiheit von, aber kein Recht auf Arbeit
- e) Maßgeblichkeit Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 15 Abs. 2 i.V.m. Art. 52 Abs. 2 EGRC
- f) Diskriminierungsverbot für Drittstaatsangehörige gem. Art. 15 Abs. 3 EGRC auch zulasten Privater

2. Beeinträchtigung

- a) jede unmittelbare oder mittelbare Regelung, die einen Nachteil für den Grundrechtsinhaber bewirkt, unabhängig von der formalen Gestalt oder Wirkungsweise der Maßnahme
- b) Berufswahlfreiheit ist als schwerwiegendste Berufsbeeinträchtigung vor der Berufsausübungsfreiheit zu prüfen
- c) Art. 15 Abs. 2: Prüfung der jeweiligen Grundfreiheit
- d) Art. 15 Abs. 3 EGRC: Schlechterstellung von Drittstaatsangehörigen in Bezug auf die Arbeitsbedingungen bei gleicher oder gänzlich vergleichbarer Tätigkeit

3. Rechtfertigung

- a) einheitlicher Rechtfertigungsmaßstab des Art. 52 Abs. 1 EGRC für Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen
- b) gesetzliche Grundlage
- c) Gemeinwohlziel: parallel zu den Grundfreiheiten auch Verbraucherschutz, Volksgesundheit, völkerrechtliche Verpflichtungen
- d) Verhältnismäßigkeit mit enger werdendem Beurteilungsspielraum; ggf. Übergangsbestimmungen
- e) Wesensgehaltsgarantie

§ 2 Unternehmerische Freiheit

A. Grundlagen

I. Stellung in den Wirtschaftsgrundrechten und der Wirtschaftsverfassung

Die unternehmerische Freiheit findet sich als Art. 16 EGRC zwischen der Berufsfreiheit des Art. 15 EGRC und dem Eigentumsrecht nach Art. 17 EGRC. Schon diese systematische Verklammerung mit den anderen beiden Wirtschaftsgrundrechten verdeutlicht den Bezug der unternehmerischen Freiheit zur Berufsfreiheit 2652

und ihre Brückenfunktion zum Eigentumsrecht.³⁴² Gemeinschaftlich bilden sie die Trias der wirtschaftsbezogenen Grundrechte.³⁴³

- 2653** Die Aufnahme eines eigenständigen Artikels zum Schutz der unternehmerischen Freiheit in der EGRC war lange Zeit umstritten.³⁴⁴ Die Notwendigkeit einer selbstständigen Gewährleistung kann schon deshalb angezweifelt werden, da die unternehmerische Freiheit in der einen oder anderen Formulierung nach der Rechtsprechung des EuGH auch bereits vom Schutzbereich der Berufsfreiheit erfasst war.³⁴⁵ Gleichwohl kann Art. 16 EGRC eine darüber hinausgehende rechtspolitische Aussage entnommen werden. Die besondere Hervorhebung der Unternehmen in Art. 16 EGRC ist ein Bekenntnis zur herausragenden Rolle unternehmerischer Tätigkeit für den europäischen Binnenmarkt. Denn gerade die Unternehmen sind die treibenden Kräfte der europäischen Wirtschaftsverfassung. Die unternehmerische Freiheit beeinflusst daher das Wertesystem der EGRC im Allgemeinen erheblich. Sie hat zentrale Bedeutung auch für die wirtschaftsbezogenen Aussagen im EG/AEUV und wird umgekehrt durch diese geprägt. Schließlich greifen die Erläuterungen zur EGRC auch auf Art. 4 Abs. 1 EG/119 Abs. 1 AEUV zurück,³⁴⁶ der ein Bekenntnis zu der vom Wettbewerb geprägten Marktwirtschaft enthält.³⁴⁷

II. Rechtsquellen der unternehmerischen Freiheit

1. EuGH-Judikatur unter Rückgriff auf nationale Verfassungstraditionen

- 2654** Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit³⁴⁸ und Unternehmerfreiheit³⁴⁹ hatte der Gerichtshof bereits frühzeitig anerkannt. Synonym spricht der EuGH ferner von wirtschaftlicher Handlungsfreiheit.³⁵⁰ Auch der Begriff der unternehmerischen Freiheit ist inzwischen vom EuGH aufgegriffen worden.³⁵¹

³⁴² Vgl. auch *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 9.

³⁴³ *Jarass*, § 21 Rn. 2; *Rengeling*, DVBl. 2004, 453 (459); *Schwarze*, EuZW 2001, 517 (518); *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 1; *Schöbener*, in: GS für Tettinger, 2007, S. 159 (159).

³⁴⁴ Zur Entstehungsgeschichte *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 4 ff.; *Schöbener*, in: GS für Tettinger, 2007, S. 159 (159 f.).

³⁴⁵ Näher sogleich Rn. 2662.

³⁴⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

³⁴⁷ *Häde*, in: Calliess/Ruffert, Art. 4 EGV Rn. 8.

³⁴⁸ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold; Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 (2768 f., Rn. 20 ff.) – Eridania; Rs. C-359/89, Slg. 1991, I-1677 (1697, Rn. 14; 1699, Rn. 22) – SAFA; Rs. C-104/97 P, Slg. 1999, I-6983 (7029, Rn. 41) – Atlanta; Rs. C-317/00 P(R), Slg. 2000, I-9541 (9562 f., Rn. 53, 57) – Invest; Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004, I-7789 (7849, Rn. 60) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat; EuG, Rs. T-521/93, Slg. 1996, II-1707 (1730, Rn. 62 f.) – Atlanta AG.

³⁴⁹ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552, Rn. 72 f.) – Süderdithmarschen.

³⁵⁰ EuGH, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 (5085, Rn. 48) – IMS Health.

³⁵¹ EuGH, Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004, I-7789 (7846 f., Rn. 51) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat.

Art. 16 EGRC räumt nunmehr mit der terminologischen Vielfalt³⁵² des EuGH 2655 auf und kodifiziert die geltenden Grundsätze einer eigenständigen Rechtsprechung in der unternehmerischen Freiheit.³⁵³ Die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte beziehen sich auf die Rechtsprechung des EuGH zur Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben³⁵⁴ und zur Vertragsfreiheit.³⁵⁵

Bei der Entwicklung dieses Grundrechts konnte sich der EuGH teilweise auch 2656 an explizite Verankerungen der unternehmerischen Freiheit in den Verfassungen der Mitgliedstaaten anlehnen. So ist der irische Staat laut seiner Verfassung auf die Förderung der Privatinitiative in Industrie und Handel verpflichtet. Auch die italienische Verfassung garantiert die Freiheit privatwirtschaftlicher Initiative.³⁵⁶ Weitere explizite – wenn auch im Einzelnen sprachlich abweichende – Bestimmungen zum Schutz der unternehmerischen Freiheit finden sich in der luxemburgischen, portugiesischen, spanischen, griechischen, estnischen, slowakischen, slowenischen und tschechischen Verfassung.³⁵⁷

Aber auch wenn die unternehmerische Freiheit – wie etwa im deutschen Verfassungsrecht – keine ausdrückliche Erwähnung findet, so ist sie doch als mittelbare Folge der Berufsfreiheit oder des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in einer Vielzahl der Mitgliedstaaten auf Verfassungsebene anerkannt.³⁵⁸ Das BVerfG hat beispielweise ausgeführt, dass „grundsätzlich auch die ‚Unternehmerfreiheit‘ im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt“ ist.³⁵⁹ 2657

2. EMRK

Wie die Berufsfreiheit³⁶⁰ kann sich auch die unternehmerische Freiheit nicht auf 2658 eine geschriebene Bestimmung der EMRK stützen.³⁶¹ Allerdings hat der EGMR die Vertragsfreiheit und unter Umständen auch das Recht zur Unternehmensgründung auf das Eigentumsrecht nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK ge-

³⁵² Vgl. *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 3; *Nowak*, in: Heselerhaus/Nowak, § 31 Rn. 2; *Schöbener*, in: GS für Tettinger, 2007, S. 159 (165 f.).

³⁵³ *Jarass*, § 21 Rn. 1.

³⁵⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

³⁵⁵ EuGH, Rs. 151/78, Slg. 1979, 1 (13, Rn. 19) – Sukkerfabriken Nykøbing; Rs. C-240/97, Slg. 1999, I-6571 (6634, Rn. 99) – Spanien/Kommission; *Schwarze*, EuZW 2001, 517 (519).

³⁵⁶ Vgl. die wörtliche Wiedergabe der Verfassungen bei *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 5.

³⁵⁷ Vgl. die Aufzählungen und Erläuterungen bei *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 2; *Nowak*, in: Heselerhaus/Nowak, § 31 Rn. 13 ff., 17 f.; *Schöbener*, in: GS für Tettinger, 2007, S. 159 (163 f.).

³⁵⁸ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 2; *Nowak*, in: Heselerhaus/Nowak, § 31 Rn. 20, 14 f., 17, 19.

³⁵⁹ BVerfGE 50, 290 (363).

³⁶⁰ S.o. Rn. 2488.

³⁶¹ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 4; *Nowak*, in: Heselerhaus/Nowak, § 31 Rn. 1, 5; *Schöbener*, in: GS für Tettinger, 2007, S. 159 (161).

stützt.³⁶² Die Gewährleistungen nach der EMRK sind gleichwohl rudimentär und ergeben kein einheitliches Bild. Sie können deshalb auch nicht als tragende Stütze der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 EGRC dienen,³⁶³ so dass Art. 52 Abs. 3 EGRC nicht eingreift.

2659 Die unternehmerische Freiheit findet ihre Grundlagen vielmehr im Europarecht im engeren Sinne,³⁶⁴ d.h. im EG/AEU, den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und vor allem in der Rechtsprechung des EuGH.³⁶⁵

B. Schutzbereichsbezogene Konzeption des Art. 16 EGRC

I. Keine doppelte Schranke

1. Verschiedene Verständnismöglichkeiten

2660 Art. 16 EGRC anerkennt die unternehmerische Freiheit nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Danach lässt sich streiten, ob das Unionsrecht sowie die Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten zur Konkretisierung des Schutzbereichs heranzuziehen sind³⁶⁶ oder aufgrund der Bezugnahme auf die mitgliedstaatliche Ebene als so genannte vertikale Schrankenregelung Bedeutung erlangen.³⁶⁷ Letztere Ansicht teilt sich in solche Stimmen, die selbst den genauen Schrankeninhalt nicht zu bestimmen wissen³⁶⁸ und andere, die trotz einer Befürwortung der eigenständigen Bedeutung des Vorbehalts in Art. 16 EGRC dennoch Art. 52 Abs. 1 EGRC als Mindestmaßstab der Schrankenerfordernisse ansetzen.³⁶⁹ Teilweise wird aus der Formulierung des Art. 16 EGRC auch ein weniger weitreichender Schutz der unternehmerischen Freiheit abgeleitet.³⁷⁰ Auf die bei diesem Verständnis nahe liegende Regelung des Art. 52 Abs. 2 EGRC wird allerdings nur von der Gegenseite hingewiesen.³⁷¹

³⁶² EGMR, Urt. vom 25.3.1999, Nr. 31107/96 (Rn. 55), EuGRZ 1999, 316 (317) – Iatridis/Griechenland; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (5); Rengeling/Szczekalla, Rn. 799; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 13.

³⁶³ Hilf/Hörmann, NJW 2003, 1 (7); Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 5.

³⁶⁴ Zur Begrifflichkeit Streinz, Europarecht, Rn. 1.

³⁶⁵ Vgl. zum WTO-Recht als Anknüpfungspunkt einer wirtschaftsvölkerrechtlichen Unternehmerfreiheit Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 7 ff.

³⁶⁶ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 2, 7 f.

³⁶⁷ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (5); Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 24.

³⁶⁸ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 24.

³⁶⁹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 15; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 GRCh Rn. 5; Rengeling, DVBl. 2004, 453 (459). Dass von diesen Vertretern dennoch am Begriff der doppelten Schranke festgehalten wird kritisierend, Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 13.

³⁷⁰ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (5); Schwarze, EuZW 2001, 517 (519, 521); ders., Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 455; wohl auch Jarass, § 21 Rn. 16.

³⁷¹ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 12.

2. Historische und genetische Auslegung

Die Deutung des Unionsrechts sowie der nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten als zusätzliche Schranke findet augenscheinlich in den Beratungen des Grundrechtskonvents eine Stütze. Das Präsidium hatte sich dazu entschlossen, die unternehmerische Freiheit ausdrücklich unter einen Vorbehalt zu stellen, da sich einige Stimmen bis zuletzt gegen die Aufnahme der unternehmerischen Freiheit in die Charta ausgesprochen hatten.³⁷² **2661**

Aufgrund dieser Entstehungsgeschichte kann die Formulierung des Art. 16 EGRC aber schon deshalb nicht als zusätzliche Schranke gedeutet werden, weil der ansonsten über die Berufsfreiheit nach Art. 15 EGRC gewährleistete Schutz der unternehmerischen Freiheit auch lediglich unter der allgemeinen Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 EGRC gestanden hätte. Der EuGH hat der unternehmerischen Freiheits als Teilgewährleistung der Berufsfreiheit insoweit einen ihr gleichwertigen Schutzstandard eingeräumt.³⁷³ Daher konnte dieses Schutzniveau durch die Hervorhebung der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 EGRC nicht hinter den durch den EuGH geschaffenen Standard zurückfallen.³⁷⁴ **2662**

3. Systematische und teleologische Auslegung

Unter systematischen Gesichtspunkten besteht Ähnlichkeit mit den Formulierungen der Art. 9, 10 Abs. 2, 14 Abs. 3 EGRC. Die darin enthaltenen Grundrechte werden „nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet, welche die Ausübung dieser Rechte regeln“. Darin kommt ein ausdrücklicher Regelungsvorbehalt zum Tragen. **2663**

In Art. 34 Abs. 3 EGRC lautet die Formulierung „nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“ Ähnliche Formulierungen finden sich auch in Art. 35 S. 1 und 36 EGRC. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um echte Schranken, die die sozialen Grundrechte unter den Vorbehalt des nationalen Rechts stellen.³⁷⁵ Der Zweck dieses Vorbehalts liegt bei den sozialen Grundrechten allerdings darin, im Recht der sozialen Leistungen die Autonomie der Mitgliedstaaten zu erhalten, da keine europäische Kompetenz in diesem Gebiet besteht.³⁷⁶ **2664**

Ganz im Gegenteil steht bei Art. 16 EGRC die Freiheits- und Abwehrfunktion des Grundrechts im Vordergrund. Diese birgt nicht die Gefahr, dass durch die Anwendung der Grundrechte in ansonsten unzulässigem Maße in die verfassungsmä- **2665**

³⁷² Vgl. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 8; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 25; Rengeling/Szczekalla, Rn. 797.

³⁷³ Vgl. EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552, Rn. 72 f.) – Süderdithmarschen.

³⁷⁴ So ebenfalls Rengeling, DVBl. 2004, 453 (459); v. Danwitz/Röder, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Die europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, 2005, S. 31 (36).

³⁷⁵ S. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 46; Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 28.

³⁷⁶ S. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 139.

ßige Ordnung der Mitgliedstaaten eingegriffen wird.³⁷⁷ Das gilt bei der unternehmerischen Freiheit gerade auch aufgrund ihrer Verwobenheit mit den Grundfreiheiten.³⁷⁸ Diese unterstreicht ebenso wie die Verbindung mit den anderen Wirtschaftsgrundrechten den notwendig starken Freiheitscharakter, der nicht durch einen eigenen Schrankenvorbehalt eingeschränkt werden darf.

- 2666** Der Vorbehalt des Art. 16 EGRC ist damit wie auch derjenige des Art. 52 Abs. 6 EGRC rein deklaratorischer Natur und erschöpft sich in der sprachlichen Genugtuung kritischer Stimmen.³⁷⁹

II. Ausdruck des Prinzips wertenden Rechtsvergleichs

- 2667** Lehnt man daher Art. 16 EGRC als doppelte Schranke der unternehmerischen Freiheit ab, lässt sich dessen Formulierung auch als Hinweis auf die Konkretisierung des Schutzbereichs durch das Unionsrecht und die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten begreifen.³⁸⁰ Art. 16 EGRC ist damit besonderer Ausdruck des in Art. 52 Abs. 4 EGRC enthaltenen Grundsatzes wertenden Rechtsvergleichs.³⁸¹ Nach Art. 52 Abs. 4 EGRC werden in der EGRC anerkannte Grundrechte, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergeben, im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt. Das Unionsrecht findet über die Grundfreiheiten Eingang in die Herausbildung des Schutzbereichs der unternehmerischen Freiheit,³⁸² wie es der engen thematischen Verbindung³⁸³ entspricht.

III. Schrankenfunktion nur im Rahmen des Art. 52 Abs. 1 EGRC

- 2668** Ist die Formulierung des Art. 16 EGRC als Hinweis auf die Konkretisierung der unternehmerischen Freiheit durch das Unionsrecht, die nationalen Rechtsvorschriften und staatlichen Gepflogenheiten zu verstehen, können diese die unternehmerische Freiheit nur insoweit einschränken, als sie auch die Voraussetzungen der allgemeinen Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 EGRC erfüllen.³⁸⁴
- 2669** Das entspricht letztlich auch den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, die ebenfalls davon ausgehen, dass Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit

³⁷⁷ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 8; *Schöbener*, in: GS für Tettinger, 2007, S. 159 (174 f.).

³⁷⁸ Vgl. dazu u. Rn. 2732 ff.

³⁷⁹ Wohl auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 GRCh Rn. 5. Vgl. zu Art. 52 Abs. 6 EGRC *Streinz*, in: ders., Art. 52 GR-Charta Rn. 13; *Borowsky*, in: Meyer, Art. 52 Rn. 46.

³⁸⁰ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 12.

³⁸¹ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 7, 13.

³⁸² Zum Verhältnis der unternehmerischen Freiheit zu den Grundfreiheiten u. Rn. 2732 ff.; im Hinblick auf das Unionsrecht wohl a.A. *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 15, der in diesem Punkt von einer Schrankenbestimmung auszugehen scheint.

³⁸³ S. zum „Muttergrundrecht“ der Berufsfreiheit *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 67 ff.

³⁸⁴ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 15; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 796.

im Rahmen des Art. 52 Abs. 1 EGRC zu erfolgen haben.³⁸⁵ Insbesondere wäre es mit rechtstaatlichen Grundsätzen schwerlich zu vereinbaren, die staatlichen Gepflogenheiten des Art. 16 EGRC als eine Freistellung vom Gesetzesvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 EGRC zu verstehen.³⁸⁶

C. Persönlicher Schutzbereich

I. Natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts

Art. 16 EGRC gewährleistet die unternehmerische Freiheit, ohne zugleich auch die Grundrechtsträgerschaft explizit mitzuregeln. Er unterscheidet sich dadurch von den anderen Wirtschaftsgrundrechten, namentlich der Berufsfreiheit und dem Eigentumsrecht, die jede Person als Grundrechtsträger ausdrücklich benennen. 2670

Da sie der Berufsfreiheit entnommen wurde und nicht hinter deren Schutzstandard zurückfallen sollte, ist sie dennoch als potenzielles Jedermann-Recht anzuerkennen,³⁸⁷ wenngleich die Freiheiten des Art. 16 EGRC nur in Ausübung einer unternehmerischen Betätigung aktiviert werden. Deshalb sind neben natürlichen gerade juristische Personen Träger der unternehmerischen Freiheit.³⁸⁸ Juristische Personen des Privatrechts sind in der Wirtschaftswirklichkeit die Hauptakteure der unternehmerischen Freiheit, weshalb auch die vom EuGH entwickelte Grundrechtskasuistik³⁸⁹ auf juristische Personen zugeschnitten scheint.³⁹⁰ 2671

II. Öffentliche Unternehmen

Demgegenüber werden öffentliche Unternehmen,³⁹¹ d.h. auch insbesondere juristische Personen des Privatrechts in öffentlicher Hand, zumeist nicht unter den Schutz des Art. 16 EGRC gestellt. 2672

Indes greifen die gleichen Argumente, die auch für die Grundrechtsfähigkeit öffentlicher Unternehmen im Hinblick auf das Eigentumsrecht bestehen.³⁹³ Die EU lebt als Wirtschaftsgemeinschaft von der unternehmerischen Tätigkeit der natürli- 2673

³⁸⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

³⁸⁶ Rengeling, DVBl. 2004, 453 (459).

³⁸⁷ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 17; Rengeling, DVBl. 2004, 453 (459); Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 15; Jarass, § 21 Rn. 9; vgl. zu Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen u. Rn. 2675 f.

³⁸⁸ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 16; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 39.

³⁸⁹ Vgl. dazu u. Rn. 2679 ff.

³⁹⁰ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 39.

³⁹¹ Näher zur Begrifflichkeit u. Rn. 2808.

³⁹² Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 16; Jarass, § 21 Rn. 9; W. Weiß, EuR 2003, 165 (180 ff.); Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 GRCh Rn. 3.

³⁹³ Dazu ausführlich und m.w.N. u. Rn. 2808 ff. In Bezug auf die Berufsfreiheit Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 120 ff.

chen und juristischen Personen im Binnenmarkt. Öffentliche Unternehmen betei-
ligen sich wie private Unternehmen an diesem Markt. Für alle Unternehmen gel-
ten im Ansatz³⁹⁴ die gleichen Wettbewerbsvorschriften.³⁹⁵ Dadurch werden die
Unterscheidungsmerkmale zur Privatwirtschaft „öffentliche Aufgabe“ und „Aus-
übung von Hoheitsgewalt“ eingegeben, die ansonsten gegen die Grundrechtsträ-
gerschaft öffentlicher Unternehmen angeführt werden.³⁹⁶ Für private und öffentli-
che Unternehmer besteht insoweit die gleiche grundrechtstypische Gefährdungslage.
Zwar bleibt der Staat selbst bei der Erfüllung seiner Aufgaben unabhängig von
der Rechtsform immer auch Staat und darf sich nicht ins Privatrecht flüchten.³⁹⁷
Indes ist er auch jenseits seiner öffentlichen Aufgaben wirtschaftlich aktiv. Da die
Grundrechtsfähigkeit öffentlicher Unternehmen auf diese Fälle beschränkt wird,
steht die staatliche Hoheitsfunktion gerade nicht im Vordergrund.³⁹⁸

- 2674** Stehen also öffentliche und private Unternehmen im Wettbewerb und sind sie
im Ansatz denselben Wettbewerbsregeln unterworfen, so muss auch die unter-
nehmerische Freiheit in gleicher Weise für beide gewährleistet sein.³⁹⁹

III. Drittstaatsangehörige und Staatenlose

- 2675** Neben den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sind auch Angehörige von Dritt-
staaten und Staatenlose Träger der unternehmerischen Freiheit.⁴⁰⁰ Diese Ansicht
lässt sich durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Bosphorus* untermau-
ern.⁴⁰¹ Darin hat der Gerichtshof das Grundrecht der Berufsfreiheit implizit auch
auf Drittstaatsangehörige angewandt.⁴⁰² Da der EuGH die unternehmerische Frei-
heit als einen Teilaspekt der Berufsfreiheit behandelt, liegt die Einbeziehung der
Angehörigen von Drittstaaten auch in den persönlichen Schutzbereich des Art. 16
EGRC nahe.⁴⁰³
- 2676** Die im Grundrechtekonvent mit dem Argument der Kohärenz zu den Beschrän-
kungen der Grundfreiheiten vorgebrachte Beschränkung der unternehmerischen
Freiheit auf Unionsbürger⁴⁰⁴ ist schon deshalb nicht erforderlich, weil diese Kohä-

³⁹⁴ Die Unterschiede folgen aus Art. 86 Abs. 2 EG/106 Abs. 2 AEUV, sind aufgabenbe-
zogen und können daher auch rein private Unternehmen begünstigen; näher *Frenz*, Eu-
roparecht 2, Rn. 2026 ff., 2038 ff.

³⁹⁵ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 16.

³⁹⁶ A.A. *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 16.

³⁹⁷ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 16.

³⁹⁸ Vgl. auch o. Rn. 304 ff. sowie u. Rn. 2808 ff.

³⁹⁹ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 16; *Rengeling*, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfas-
sungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 331 (338).

⁴⁰⁰ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 17; *Jarass*, § 21 Rn. 9; *Rengeling*, DVBl. 2004, 453
(459).

⁴⁰¹ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3980, Rn. 2 i.V.m. 19 ff.) – *Bosphorus*.

⁴⁰² *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht,
2000, S. 125.

⁴⁰³ Vgl. *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 40.

⁴⁰⁴ Vgl. *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 17 und ferner A. *Weber*, NJW 2000, 537 (542).

renz durch Art. 52 Abs. 2 EGRC abgesichert wird.⁴⁰⁵ Auf eine Beschränkung durch das in Art. 16 EGRC angesprochene Unionsrecht kommt es daher nicht an.⁴⁰⁶ Überdies führt dieser Ansatz auch im Rahmen der Berufsfreiheit nur zu einer partiellen Beschränkung der Grundrechtsträgerschaft, nämlich für die sich überschneidenden Bereiche nach Art. 15 Abs. 3 EGRC.⁴⁰⁷

IV. Keine unmittelbare Drittwirkung

Auch wenn damit verschiedene Personengruppen berechtigt sind, die miteinander in Geschäftsbeziehungen stehen, entfaltet Art. 16 EGRC grundsätzlich keine Drittwirkung und gilt damit nicht unmittelbar unter Privaten; immerhin wirkt er als Auslegungsmaßstab in das Privatrecht hinein.⁴⁰⁸ 2677

Im Übrigen gewährleistet Art. 16 EGRC, dass die nach Art. 51 EGRC auch zu ihrer Wahrung verpflichteten Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts nicht diese Geschäftsbeziehungen stören und behindern. 2678

D. Sachlicher Schutzbereich

I. Unternehmensbegriff

1. Ansatz

Die unternehmerische Freiheit ist schon ihrem Wortlaut nach auf ein Unternehmen oder – aktivisch formuliert – auf eine Unternehmung angelegt. Jede von Art. 16 EGRC gewährleistete Freiheit setzt entsprechend eine unternehmerische Betätigung als Ausgangspunkt ihrer freien Ausübung voraus.⁴⁰⁹ Es ist deshalb erforderlich den Rechtsbegriff des Unternehmens näher zu bestimmen. 2679

In einer Vielzahl von Fällen knüpfen sowohl nationale als auch europäische Rechtsgebiete an den Unternehmensbegriff an.⁴¹⁰ So umfasst der kartellrechtliche Unternehmensbegriff der Art. 81 ff. EG/101 ff. AEUV jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von Rechtsform, privater oder öffentlicher Eignerschaft, Art der Finanzierung oder Gewinnerzielungsabsicht.⁴¹¹ 2680

⁴⁰⁵ Jarass, § 21 Rn. 9, § 20 Rn. 9 f.

⁴⁰⁶ A.A. Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 40; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 17; insoweit inkonsequent zur Argumentation bei der Schrankenqualität des Art. 16 EGRC Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 15.

⁴⁰⁷ S.o. Rn. 2536.

⁴⁰⁸ Jarass, § 21 Rn. 3.

⁴⁰⁹ Jarass, § 21 Rn. 6.

⁴¹⁰ Zum deutschen Recht Schmidt, Handelsrecht, S. 63 ff.

⁴¹¹ Frenz, Europarecht 2, Rn. 343 ff.; Weiß, in: Calliess/Ruffert, Art. 81 EGV Rn. 25.

- 2681** Da diese Rechtsgebiete mit ihrem Unternehmensbegriff aber jeweils eine besondere Ziel- und Zweckrichtung verfolgen, muss auch für Art. 16 EGRC ein Unternehmensbegriff gebildet werden, der die Grundrechtsfunktion aufgreift.⁴¹²

2. Sachliches Substrat

- 2682** Der Unternehmensbegriff des Art. 16 EGRC ist zunächst wie jeder andere europarechtliche Begriff nach einheitlichen Maßstäben zu bilden und daher nicht davon abhängig, ob ein Unternehmen eine entsprechende Anerkennung im mitgliedstaatlichen Recht findet.
- 2683** Ausgangspunkt der europarechtlichen Prägung des Unternehmensbegriffs ist die Union als Wirtschaftsgemeinschaft und die vom Wettbewerb geprägte Marktwirtschaft,⁴¹³ auf die auch die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 EGRC bezogen ist.⁴¹⁴ Die Teilnahme in der Marktwirtschaft setzt eine anbietende Tätigkeit am Markt voraus.⁴¹⁵ Wer keine Leistung mit wirtschaftlichem Wert anbietet, wird auch nicht unternehmerisch tätig.⁴¹⁶ Demnach ist die reine Vermögens- oder Anteilswaltung sowie die Eigenbedarfsproduktion oder Selbstversorgung nicht als unternehmerische Tätigkeit von Art. 16 EGRC erfasst.
- 2684** Unternehmerisch handelt weiter nur, wer seine Tätigkeit mit gewisser Nachhaltigkeit betreibt, also auf Dauer anlegt.⁴¹⁷ Die Möglichkeit zur dauerhaften Teilnahme am Markt soll die Erzielung eines gewissen Unternehmensgewinns voraussetzen.⁴¹⁸ Indes kann der Gewinn sehr leicht in einen Verlust umschlagen. Zudem sind auch verlustbringende unternehmerische Tätigkeiten denkbar. Durch ihre Einbeziehung wird auch ein Gleichlauf mit der Berufsfreiheit und den Grundfreiheiten erzielt.⁴¹⁹
- 2685** Die Gemeinnützigkeit eines Unternehmens steht daher der Anwendung des Art. 16 EGRC ebenfalls nicht entgegen, solange nur eine selbstständige, dauerhafte Tätigkeit vorliegt. Karitative und kulturelle Einrichtung nehmen demgegenüber nicht am Markt teil. Die bloße Entgeltlichkeit einer Leistung ist noch kein zureichendes Kriterium einer Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit.
- 2686** Dem Unternehmer steht der Arbeitnehmer begrifflich gegenüber. Davon geht auch die EGRC aus, wenn in Art. 27 EGRC das Recht der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung im Unternehmen benannt ist. Der Arbeitnehmer im gemeinschaftsrechtlichen Sinne ist in einem unselbstständigen Arbeitsverhältnis ge-

⁴¹² A.A. *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 10, der den Unternehmensbegriff des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts überträgt.

⁴¹³ Vgl. zur Wirtschaftsgemeinschaft *Häde*, in: Calliess/Ruffert, Art. 4 EGV Rn. 8 ff.

⁴¹⁴ S.o. Rn. 2653.

⁴¹⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-222/04, Slg. 2006, I-289 (356, Rn. 105) – Cassa di Risparmio di Firenze.

⁴¹⁶ Zum Gedankengang für das deutsche Recht *Schmidt*, Handelsrecht, S. 283 ff.

⁴¹⁷ *Jarass*, § 21 Rn. 6.

⁴¹⁸ *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 10.

⁴¹⁹ S.o. Rn. 2520.

gen Lohn oder Gehalt tätig.⁴²⁰ Demgegenüber erfordert der Unternehmensbegriff eine selbstständige Tätigkeit.⁴²¹ Eine solche selbstständige Tätigkeit nehmen auch Freiberufler wahr.⁴²²

Mithin wird unternehmerisch tätig, wer selbstständig und dauerhaft eine anbietende Tätigkeit am Markt gegen Entgelt erbringt. Der in dieser Definition anklingende Bezug zwischen unternehmerischer Freiheit und dem Gewerbebegriff geht auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 16 EGRC hervor. Ursprünglich war die Freiheit, eine gewerbliche Tätigkeit auszuüben, in der Berufsfreiheit selbst verankert worden, bevor sie in einen eigenständigen Artikel gefasst und als unternehmerische Freiheit formuliert wurde.⁴²³ **2687**

3. Personelles Substrat

Da das Unternehmen als Zusammenfassung seiner sachlichen und personellen Mittel nicht selbst Rechtssubjekt ist, stellt sich die Frage, wem das Unternehmen, die Unternehmung und damit das Recht der unternehmerischen Freiheit zugewiesen ist. Das ist diejenige natürliche oder juristische Person, welche das Unternehmen betreibt (Unternehmensträger). **2688**

Natürliche Personen nehmen die unternehmerische Freiheit als Einzelunternehmer wahr, juristische Personen als Gesellschaftsunternehmen. Die Gesellschafter einer verselbstständigten juristischen Person sind jedoch selbst keine Unternehmer. Eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung selbst genügt noch nicht den Anforderungen an eine Unternehmung, da die Verwaltung von Gesellschaftsanteilen allein keine anbietende Tätigkeit am Markt darstellt.⁴²⁴ **2689**

Der Begriff der unternehmerischen Freiheit umfasst also ein sachliches und ein personelles Substrat. In sachlicher Hinsicht werden Anforderungen an das Unternehmen oder die Unternehmung gestellt. In personeller Hinsicht geht es um die rechtliche Zuweisung des Unternehmens oder der Unternehmung zu einem Unternehmensträger, der die Freiheiten des Unternehmens oder der Unternehmung verwirklicht. **2690**

⁴²⁰ Vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1207 ff.; *Brechmann*, in: Calliess/Ruffert, Art. 39 EGV Rn. 9.

⁴²¹ *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 43 EG Rn. 51; so auch *Jarass*, § 21 Rn. 6; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 GRCh Rn. 1 f.; *Blanke*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 16 Rn. 10.

⁴²² *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 GRCh Rn. 1.

⁴²³ Zur Diskussion im Grundrechtskonvent *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 16 Rn. 4 ff.

⁴²⁴ Zum Gedankengang für das deutsche Recht *Schmidt*, Handelsrecht, S. 78 ff., 88 ff.

II. Die Freiheiten des Unternehmens

1. Weite Konzeption

2691 Die unternehmerische Freiheit ist in einem weiten Sinn zu verstehen.⁴²⁵ Insofern ist grundsätzlich jede Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit als Ausprägung der unternehmerischen Freiheit zu qualifizieren.⁴²⁶

2692 Wie auch bei der Berufsfreiheit sind hingegen bloße unternehmerische Interessen oder Aussichten nicht von Art. 16 EGRC geschützt, da solche Risiken dem Wesen einer jeden wirtschaftlichen Tätigkeit immanent sind.⁴²⁷ Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit garantiert daher kein bestimmtes Geschäftsvolumen oder einen bestimmten Marktteil.⁴²⁸

2. Konstitutionsfreiheit

2693 Die Unternehmenskonstitution ist die Keimzelle marktwirtschaftlicher Betätigung, sie geht ihr denknotwendig voraus. Deshalb sind von Art. 16 EGRC zunächst die Gründung eines Unternehmens und die Aufnahme einer unternehmerischen Betätigung geschützt.⁴²⁹

2694 Auch der Gegenstand der Unternehmung steht nach Art und Umfang im Belieben des Unternehmers, seien es Dienstleistungen, die Erzeugung von Wirtschaftsgütern⁴³⁰ oder deren Vertrieb auf dem Großhandels- oder dem Verbrauchermarkt.

2695 Aus der Rechtsprechung des EuGH lassen sich exemplarisch die Land-⁴³¹ und Wein-⁴³² sowie die Transportwirtschaft,⁴³³ die Fischerei⁴³⁴ und das Import-/Exportgewerbe⁴³⁵ nennen.

3. Organisationsfreiheit

2696 Der Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit erstreckt sich weiterhin auch auf die Organisation des Unternehmens.⁴³⁶ Die Organisationsfreiheit umfasst das

⁴²⁵ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 28.

⁴²⁶ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 11.

⁴²⁷ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold; EuG, Rs. T-521/93, Slg. 1996, II-1707 (1730, Rn. 62) – Atlanta AG; Jarass, § 21 Rn. 11; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 30.

⁴²⁸ EuG, Rs. T-521/93, Slg. 1996, II-1707 (1730, Rn. 62) – Atlanta AG.

⁴²⁹ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 10; Jarass, § 21 Rn. 7; wohl auch Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 30.

⁴³⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (553, Rn. 76) – Süderdithmarschen; EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 (3472, Rn. 457 ff.) – Pfizer; Jarass, § 21 Rn. 8.

⁴³¹ EuGH, Rs. C-63/93, Slg. 1996, I-569 (610, Rn. 28 f.) – Duff.

⁴³² EuGH, Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897 (2912, Rn. 8 ff.) – Keller.

⁴³³ EuGH, Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4513 f., Rn. 71 ff.) – SAM u. Stapf; Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3985 f., Rn. 19 ff.) – Bosphorus.

⁴³⁴ EuGH, Rs. C-370/88, Slg. 1990, I-4071 (4094, Rn. 27 f.) – Marshall.

⁴³⁵ EuGH, Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-4315 (4375, Rn. 41 ff.) – Affish.

Selbstbestimmungsrecht über die eigene Rechtsform, den Inhalt der Unternehmenssatzung und das Verfahren der Willensbildung sowie die Führung der Geschäfte.

4. Planungsfreiheit

Der wirtschaftliche Erfolg einer Unternehmung wird wesentlich durch eine gute Unternehmensplanung beeinflusst. Die unternehmerische Freiheit muss daher auch die Möglichkeit erfassen, die Unternehmens-, Investitions-, Personal-, Finanz-, Vertriebs- und Preispolitik des Unternehmens nach eigenen Vorstellungen festzulegen. **2697**

5. Vertragsfreiheit

a) Grundlagenfunktion

Auch die Vertragsfreiheit ist für die Marktwirtschaft von wesentlicher Bedeutung. Sie ist das rechtliche Bindungsglied zwischen den verschiedenen Marktseiten und ermöglicht die Realisierung des Mehrwertes der Unternehmensleistung. Der EuGH hat die Vertragsfreiheit entsprechend frühzeitig anerkannt.⁴³⁷ Sie gründet auf der Privatautonomie⁴³⁸ und ist ebenso implizite – weil notwendige – Voraussetzung der effektiven Inanspruchnahme der Grundfreiheiten des EG/AEUV.⁴³⁹ **2698**

b) Freie Wahl des Geschäftspartners

Als eine besondere Ausprägung der Vertragsfreiheit hat der EuGH die freie Wahl des Geschäftspartners hervorgehoben.⁴⁴⁰ Sie gestattet jedem Unternehmer, sich seine Vertragspartner nach eigenem Gutdünken auszusuchen und umfasst auch die Freiheit, einen Vertrag nicht zu schließen. Verbunden mit diesem Recht ist der grundsätzliche Schutz vor einer Sanktionierung des Wechsels eines Vertragspartners.⁴⁴¹ **2699**

c) Freiheit der Vertragsgestaltung

Neben der freien Wahl des Geschäftspartners ist die Freiheit der Vertragsgestaltung als weitere Ausprägung der Vertragsfreiheit zu nennen.⁴⁴² Auf der Grundlage **2700**

⁴³⁶ Jarass, § 21 Rn. 7.

⁴³⁷ Vgl. EuGH, Rs. 151/78, Slg. 1979, 1 (13, Rn. 19 f.) – Sukkerfabriken Nykøbing; Rs. C-240/97, Slg. 1999, I-6571 (6634, Rn. 99) – Spanien/Kommission.

⁴³⁸ Wernsmann, JZ 2005, 224 (232); Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 33; Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 131.

⁴³⁹ Szczechalla, DVBl. 2005, 286 (287); Schöbener, in: GS für Tettinger, 2007, S. 159 (167 f.).

⁴⁴⁰ EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3637 f., Rn. 13) – Neu; Rs. C-307/91, Slg. 1993, I-6835 (6853, Rn. 14) – Luxlait.

⁴⁴¹ EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3637 f., Rn. 13) – Neu.

⁴⁴² Jarass, § 21 Rn. 7.

der Privatautonomie ist es grundsätzlich den Vertragsparteien überlassen, die Modalitäten und Bedingungen ihres Leistungsaustausches selbst festzulegen. Die Freiheit der Vertragsgestaltung umfasst auch die Möglichkeit, bestehende Verträge zu ändern.⁴⁴³

- 2701** Gemeinsam mit der Organisationsfreiheit gewährleistet die Freiheit der Vertragsgestaltung gerade für Unternehmen im Grundsatz die Möglichkeit zur freien Gestaltung des Gesellschaftsvertrages.

d) Ambivalenz der Vertragsfreiheit

- 2702** Wie die unternehmerische Freiheit im Allgemeinen eine Ausprägung der Berufsfreiheit ist, so leitet sich auch die Vertragsfreiheit im Rahmen des Art. 16 EGRC mittelbar aus der Berufsfreiheit ab. Darüber hinaus ist die Vertragsfreiheit auch eine Teilgewährleistung der Berufsfreiheit selbst, wie sie in Art. 15 EGRC verankert ist.⁴⁴⁴
- 2703** Warum die Vertragsfreiheit jedoch primär ein Schutzgut des einen oder anderen Grundrechts sein soll,⁴⁴⁵ ist nicht ersichtlich. In der Berufsfreiheit tritt der Persönlichkeitsbezug besonders hervor, während die unternehmerische Freiheit vor allem den Wirtschaftsbezug der Unternehmung umfasst.⁴⁴⁶ Entsprechend dieser Differenzierung kommt die Vertragsfreiheit im einen oder anderen Grundrecht jeweils eigenständig zur Geltung.

6. Handelsfreiheit

a) Binnenhandelsfreiheit

- 2704** Der EuGH hat in mehreren Urteilen auch die Handelsfreiheit als Ausprägung der Berufsfreiheit anerkannt,⁴⁴⁷ deren Inhalt jedoch nicht näher umschrieben. Auch die Lit. hat die Konturen der Handelsfreiheit bislang nicht fortentwickelt.⁴⁴⁸
- 2705** Aufgrund ihres unternehmerischen Bezuges ist die Handelsfreiheit nunmehr von Art. 16 EGRC erfasst. In Abgrenzung zur Erzeugung beinhaltet die Handelsfreiheit den Vertrieb von Wirtschaftsgütern. Allerdings sind die Modalitäten des rechtlichen Austauschs von Wirtschaftsgütern am Markt Gegenstand der Vertragsfreiheit zwischen den Parteien.
- 2706** Unter systematischen Gesichtspunkten hat die Handelsfreiheit ihren Anwendungsbereich zwischen der Erzeugung eines Wirtschaftsgutes und der Veräußerung an weitere Marktteilnehmer. Dementsprechend schützt die Handelsfreiheit vor generellen Beschränkungen oder Verboten des Ankaufs von Wirtschaftsgütern

⁴⁴³ EuGH, Rs. C-240/97, Slg. 1999, I-6571 (6634, Rn. 99) – Spanien/Kommission.

⁴⁴⁴ S.o. Rn. 2484.

⁴⁴⁵ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 33, 48.

⁴⁴⁶ Vgl. zu den Konkurrenzen näher bei Rn. 2727.

⁴⁴⁷ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold; Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 (548, Rn. 9) – ADBHU; Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1134 f., Rn. 2) – Internationale Handelsgesellschaft.

⁴⁴⁸ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 32.

zum weiteren Vertrieb überhaupt und vor Beschränkungen oder Verboten des Verkaufs solcher Güter. Von der Klammerwirkung zwischen Ankauf und Verkauf sind auch das Angebot, die Ausstellung, der Besitz und die Beförderung von Wirtschaftsgütern erfasst. Die Handelsfreiheit weist damit Bezugspunkte zur Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG/34 AEUV auf,⁴⁴⁹ ebenso zur Zollfreiheit. Daher sind etwa Zölle und zollgleiche Abgaben oder Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen nunmehr auch vor dem Hintergrund der Handelsfreiheit des Art. 16 EGRC rechtfertigungsbedürftig.

b) Außenhandelsfreiheit

Ob auch die Außenhandelsfreiheit als Teilgewährleistung der unternehmerischen Freiheit anzusehen ist,⁴⁵⁰ berührt Grundlagen des Europarechts. Die unternehmerische Freiheit gewährt nicht die Außenhandelsfreiheit gegenüber einem Drittstaat. Im Rahmen der europäischen Union steht vielmehr die Frage im Vordergrund, ob die unternehmerische Freiheit lediglich die Freiheit der Teilnahme am Binnenmarkt schützt oder auch die Freiheit der Teilnahme an jedem anderen Markt, etwa dem Weltmarkt. Die zweite Ausprägung wirkt auf die erste dadurch zurück, dass die Teilnahme am Weltmarkt zugleich die Wettbewerbsposition auf dem Binnenmarkt verbessert, ja ggf. erst ermöglicht. Diese Märkte hängen durch die Globalisierung schon aufgrund des weltweiten Güteraustausches eng zusammen, so dass eine Trennung schwerlich möglich ist. **2707**

Die unternehmerischen Aktivitäten erstrecken sich vielfach gleichermaßen auf beide Märkte und werden daher gleichermaßen eingeschränkt, egal welcher Markt betroffen ist. Die Betätigung auf dem Weltmarkt ist häufiger, oft sogar notwendiger Bestandteil der Unternehmensbetätigung und damit auch der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 EGRC, die insoweit auch keine Grenze im Wortlaut aufstellt. **2708**

Schließlich werden auch die Wettbewerbsregeln auf international tätige Unternehmen erstreckt.⁴⁵¹ Anders als dort geht es aber nicht um die Erfassung von Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt, sondern um die Behinderung von Aktivitäten außerhalb davon, also vom Binnenmarkt aus. **2709**

Die Ausdehnung von Art. 16 EGRC auf die Außenhandelsfreiheit richtet sich tiefer gehend danach, ob die unternehmerische Freiheit als Freiheitsaxiom der Rechtsordnung vorangeht oder dieser nachfolgt. Mit dem Bekenntnis zur Freiheit als Grundlage der Union in Art. 6 Abs. 1 EU/2 EUV wird Ersteres anzunehmen sein.⁴⁵² Damit kann auch die unternehmerische Außenhandelsfreiheit von Art. 16 EGRC umfasst sein. **2710**

⁴⁴⁹ Vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 545 ff.; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 28-30 EGV Rn. 123.

⁴⁵⁰ *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 31 Rn. 32.

⁴⁵¹ Näher *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 197.

⁴⁵² Vgl. zum Freiheitsbegriff *Calliess*, in: *ders./Ruffert*, Art. 6 EUV Rn. 10 ff.

7. Wettbewerbsfreiheit

a) *Bisheriger Entwicklungsstand*

- 2711** Ob die unternehmerische Freiheit auch die Wettbewerbsfreiheit subjektiv-rechtlich verbürgt, ist umstritten. Teilweise wird vorgebracht, Art. 16 EGRC manifestiere lediglich den objektiv rechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit.⁴⁵³ Andere leiten aus Art. 16 EGRC zusätzlich eine subjektiv-rechtliche Garantie der Wettbewerbsfreiheit ab.⁴⁵⁴ Schließlich wird keine der beiden Ansichten unter argumentativen Gesichtspunkten für zwingend gehalten.⁴⁵⁵
- 2712** Der EuGH hat den subjektiv-rechtlichen Gehalt der Wettbewerbsfreiheit bislang offen gelassen.⁴⁵⁶ Das gilt sowohl für die Grundrechte als auch in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG/3 Abs. 1 lit. b) AEUV und individualschützende Wettbewerbsvorschriften, wie Art. 81 Abs. 1 EG/101 Abs. 1 AEUV.⁴⁵⁷ Insbesondere prüfte der EuGH die Beeinträchtigung und teilweise Unterminierung der Wettbewerbsstellung der betroffenen Bananenimporteure nur anhand des objektiven Grundsatzes des unverfälschten Wettbewerbs nach Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG.⁴⁵⁸ Ein progressiver Ansatz findet sich allerdings darin, dass der EuGH eine Änderung der Wettbewerbsstellung eines Unternehmens durch Einführung eines Zollkontingents vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit als rechtfertigungsbedürftig eingestuft hat.⁴⁵⁹ Implizit hat er damit auch den Grundsatz unverfälschten Wettbewerbs als Teilgewährleistung der Berufsfreiheit anerkannt. Diese ist entsprechend auch auf die unternehmerische Freiheit als Teilaspekt der Berufsfreiheit zu übertragen.⁴⁶⁰ Der EuGH bezog aber nicht ausdrücklich Stellung.
- 2713** Diese Zurückhaltung des EuGH lässt sich damit erklären, dass die Wettbewerbsfreiheit lediglich in Deutschland und Italien grundrechtlichen Verfassungsrang beansprucht⁴⁶¹ und damit nicht schon im Allgemeinen der Verfassungstradition der Mitgliedstaaten entspricht.
- 2714** Auch der Hinweis auf den Grundsatz des freien Wettbewerbs aus Art. 4 Abs. 1 EG/119 Abs. 1 AEUV in den Erläuterungen zur Grundrechtecharta trägt nicht die subjektivrechtliche Qualität der Wettbewerbsfreiheit, da Art. 4 Abs. 1 EG/119 Abs. 1 AEUV allgemein als ordnungspolitischer Programmsatz verstanden wird.⁴⁶²

⁴⁵³ Jarass, § 21 Rn. 2.

⁴⁵⁴ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 GRCh Rn. 2; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 35; ohne Bezug zu Art. 16 EGRC schon Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 109.

⁴⁵⁵ So wohl Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 14; Rengeling/Szczekalla, Rn. 801 f.

⁴⁵⁶ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5060 f., Rn. 58 i.V.m. 62) – Bananen.

⁴⁵⁷ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 35.

⁴⁵⁸ Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 109; Schöbener, in: GS für Tettinger, 2007, S. 159 (169).

⁴⁵⁹ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 81) – Bananen.

⁴⁶⁰ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 34.

⁴⁶¹ Vgl. Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 20.

⁴⁶² Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 14 mit Hinweis auf Bandilla, in: Grabitz/Hilf, Art. 4 EGV Rn. 7; Hatje, in: Schwarze, Art. 4 EGV Rn. 8 ff.; vgl. auch Rengeling/Szczekalla, Rn. 802.

Der Entstehungshintergrund von Art. 16 EGRC spricht ebenfalls gegen die subjektiv-rechtliche Garantie der Wettbewerbsfreiheit. Die anderen Ausprägungen spiegeln den Stand der bisherigen Entwicklung im Rahmen der vom EuGH entfalteten Berufsfreiheit wider. Wäre in der EGRC die bislang nicht fest anerkannte subjektiv-rechtliche Verbürgung der Wettbewerbsfreiheit beabsichtigt gewesen, so hätte eine entsprechende Aufnahme im Wortlaut des Art. 16 EGRC nahe gelegen. **2715**

b) Teleologische Auslegung der Wettbewerbsfreiheit

Wie im deutschen Verfassungsrecht⁴⁶³ lässt sich auch auf der Ebene der EGRC argumentieren, dass die Wettbewerbsfreiheit grundlegende Voraussetzung einer erfolgreichen unternehmerischen Tätigkeit ist.⁴⁶⁴ Soll diese effektiv ausgenutzt werden, muss sich der Einzelne frei entfalten können. Dies beruht maßgeblich auf einem unverfälschten Wettbewerb.⁴⁶⁵ Daher ist es nur konsequent, wenn sich der Einzelne gegen Beeinträchtigungen wehren kann und damit die Wettbewerbsfreiheit subjektiv-rechtlich unterlegt ist. Damit sichert Art. 16 EGRC den Wettbewerb im Interesse unternehmerischer Entfaltungsfreiheit maßgeblich ab. Er schafft einen Eckpfeiler zu seiner Durchsetzung über die Wettbewerbsregeln hinaus und damit auch umfassend gegen staatliche Eingriffe. Das ist dann die eigentliche Funktion der eigenständigen Festschreibung der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 EGRC, die in ihren Teilelementen im Übrigen aus der Berufsfreiheit gewonnen werden kann. Insoweit wird die EuGH-Rechtsprechung auch nur fortgeschrieben und nicht etwa verändert, schimmert doch dieser Zusammenhang schon in der *Bananenmarkt*-Entscheidung durch,⁴⁶⁶ wenn er auch nicht eigens benannt wird. **2716**

Entsprechend der Zielrichtung der Wettbewerbsfreiheit bezieht sich der Gehalt der Gewährleistung eines der unternehmerischen Freiheit in diesem Sinne immanenten Wettbewerbsschutzes auf die Abwehr staatlicher Eingriffe in die Gleichheit und Freiheit am Markt.⁴⁶⁷ **2717**

8. Werbefreiheit

Auch die Werbefreiheit ist als Teilgewährleistung von der unternehmerischen Freiheit des Art. 16 EGRC erfasst.⁴⁶⁸ Relevanz hat die Werbefreiheit vor allem aufgrund der RL 98/43/EG zur Tabakwerbung⁴⁶⁹ erlangt. Während der EuGH diese **2718**

⁴⁶³ BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 88, 144.

⁴⁶⁴ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 11; Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 109; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 35.

⁴⁶⁵ Näher Frenz, Europarecht 2, Rn. 15 ff.

⁴⁶⁶ S.u. Rn. 2761.

⁴⁶⁷ Vgl. Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 12; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 145.

⁴⁶⁸ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 31.

⁴⁶⁹ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen (erste Tabakrichtlinie), ABl. L 213, S. 9 ff.

Richtlinie lediglich aus kompetenzrechtlichen Gründen für nichtig befunden hat,⁴⁷⁰ sah *GA Fenelly* auch das Grundrecht der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch die Bestimmungen dieser ersten Tabakrichtlinie verletzt.⁴⁷¹

2719 Im Hinblick auf die zweite Tabakrichtlinie, RL 2003/33/EG⁴⁷² hat der EuGH unter besonderer Hervorhebung des dem Gemeinschaftsgesetzgeber eingeräumten Ermessens eine Grundrechtsverletzung abgelehnt. Die Erforderlichkeit des weitgehenden Verbots der Werbung für Tabakerzeugnisse in gedruckten Veröffentlichungen hielt er wegen der Verpflichtung des Gemeinschaftsgesetzgebers, ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten, für gegeben.⁴⁷³ Der EuGH hat in seiner Prüfung jedoch lediglich auf das Grundrecht der Presse- und Meinungsfreiheit abgestellt, die unternehmerische Freiheit hingegen nicht bemüht.

2720 Dabei ist eher zu überlegen, ob nicht in erster Linie die unternehmerische Freiheit einschlägig ist.⁴⁷⁴

2721 Weiter liegt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Problem der Werbefreiheit von Tabakproduzenten weniger in der Relation zum Gesundheitsschutz der Bevölkerung als in der Frage, in welchem Umfang die Union den Gesundheitsschutz bemühen darf, um die Bevölkerung vor einer Schädigung durch sich selbst zu schützen. Dies richtet sich einerseits danach, wie viel Selbstverantwortung die Union ihren Unionsbürgern zugestehen möchte, und andererseits nach Art. 152 Abs. 4 lit. c) EG/168 Abs. 5 AEUV.⁴⁷⁵

9. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

2722 Die Rechtsprechung des EuGH lässt auch auf den Schutz von Geschäftsunterlagen⁴⁷⁶ und Geschäftsgeheimnissen⁴⁷⁷ als Teilgewährleistung der unternehmerischen Freiheit schließen. Das ist folgerichtig, da der Schutz von Betriebsgeheimnissen und Geschäftsunterlagen die Erhaltung marktwirtschaftlich erarbeiteter Wettbewerbsvorteile sichert.

⁴⁷⁰ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (8532, Rn. 118) – Deutschland/Parlament u. Rat.

⁴⁷¹ *GA Fenelly*, EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (8486 f., Rn. 151) – Deutschland/Parlament u. Rat.

⁴⁷² Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (zweite Tabakrichtlinie), ABl. L 152, S. 16, berichtigt durch ABl. 2004 L 67, S. 34.

⁴⁷³ EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (11669, Rn. 147; 11671, Rn. 157) – Deutschland/Parlament u. Rat (Tabakrichtlinie).

⁴⁷⁴ S.u. Rn. 2730.

⁴⁷⁵ Krit. zum Ganzen auch *Stein*, EuZW 2007, 54 ff. Anmerkung zu EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (11646 f., 46 ff.) – Deutschland/Parlament u. Rat (Tabakrichtlinie).

⁴⁷⁶ EuGH, Rs. C-435/02 u. 103/03, Slg. 2004, I-8663 (8683, Rn. 49) – Axel Springer Verlag.

⁴⁷⁷ EuGH, Rs. C-450/06, EuGRZ 2008, 136 (138, Rn. 48 f.) – Varec.

10. Informationsanspruch

Für die unternehmerische Freiheit wird teilweise auch diskutiert, ob sich aus Art. 16 EGRC ein gemeinschaftsverfassungsunmittelbarer Informations-, Auskunfts- oder Dokumentenzugangsanspruch ableiten lässt.⁴⁷⁸ Die Diskussion zeigt jedoch praktisch selbst die Regelung des Art. 42 EGRC auf, welche allen Unionsbürgern und jeder natürlichen und juristischen Person mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat das Recht auf Zugang zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zuspricht. Mit der Charta erübrigt sich daher eine Herleitung des Informationsanspruchs aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit oder der unternehmerischen Freiheit.⁴⁷⁹ 2723

11. Schutz des Mittelstandes

Ist mit der unternehmerischen Freiheit auch die Pflicht zum Schutz des Mittelstandes⁴⁸⁰ oder gar der Förderung des Mittelstandes verbunden?⁴⁸¹ Für eine solche Schutzpflicht außerhalb des allgemeinen Anwendungsbereichs des Kartell- und Wettbewerbsrechts⁴⁸² ist kein Grund ersichtlich und wird auch nicht vorgetragen. 2724

Das Prinzip freien Wettbewerbs verpflichtet den Staat vielmehr, sich jeder Einflussnahme auf marktwirtschaftliche Positionen zu enthalten. Vor diesem Hintergrund sind Beihilfen gem. Art. 87 Abs. 1 EG/107 Abs. 1 AEUV gerade besonders rechtfertigungsbedürftig. Aus Art. 16 EGRC kann mithin keine Pflicht zum Schutz des Mittelstandes abgeleitet werden. 2725

III. Konkurrenzen

1. Grundrechtskonkurrenzen

Die unternehmerische Freiheit ist eine verselbstständige Ausprägung der Berufsfreiheit.⁴⁸³ Die Berufsgruppe der Unternehmer wird in der EGRC damit besonders hervorgehoben. Gleichwohl wird Art. 16 EGRC nicht als eine Abkehr von der Rechtsprechung des EuGH verstanden,⁴⁸⁴ der die unternehmerische Freiheit aus der Berufsfreiheit abgeleitet hat. Teilweise wird diese Hervorhebung der unternehmerischen Freiheit damit begründet, dass sie dem Ausgleich der Aufnahme der Arbeitnehmergrundrechte und der sozialen Grundrechte diene.⁴⁸⁵ 2726

⁴⁷⁸ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 36 ff.

⁴⁷⁹ Davon ausgehend auch Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 38.

⁴⁸⁰ So Beutler, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 6 EU Rn. 143.

⁴⁸¹ Dafür Tettinger, NJW 2001, 1010 (1014).

⁴⁸² Zu dahin gehenden Schutzpflichten vgl. u. Rn. 2767 ff.

⁴⁸³ Rengeling, DVBl. 2004, 453 (459); Jarass, § 21 Rn. 1, 4; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 1; vgl. auch Schwarze, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 424.

⁴⁸⁴ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 10; Streinz, in: ders., Art. 16 GR-Charta Rn. 6.

⁴⁸⁵ Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 EUV Rn. 141.

- 2727** Das Grundrecht der Berufsfreiheit deckt ihre unternehmensbezogenen Ausprägungen vorrangig selbst ab, wenn es um die Verwirklichung der Persönlichkeit des Menschen in seinem Beruf oder seiner Unternehmung geht.⁴⁸⁶ In der Berufsfreiheit sticht damit der Persönlichkeitsbezug besonders hervor, während die unternehmerische Freiheit vor allem den Wirtschaftsbezug der Unternehmung umfasst.
- 2728** Der Schutz der Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume ist nicht Gegenstand der unternehmerischen Freiheit, sondern bestimmt sich nach Art. 7 EGRC.⁴⁸⁷
- 2729** Die unternehmerische Freiheit des Art. 16 EGRC ist im Hinblick auf die Organisationsfreiheit der Unternehmen gegenüber der Vereinigungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 EGRC das speziellere Grundrecht.⁴⁸⁸
- 2730** Arbeitet ein Unternehmen im Anwendungsbereich eines weiteren Grundrechts, so kommt dieses neben der unternehmerischen Freiheit zum Tragen. Dies gilt etwa im Bereich der Medienunternehmen in Bezug auf die Wirtschaftswerbung oder bei Galerien hinsichtlich der Kunstfreiheit.⁴⁸⁹ Bei der Werbung wird auch die Abgrenzung zur Meinungsäußerungsfreiheit relevant. Beide Grundrechte sollen parallel eingreifen, soweit die Werbung mit einer Wertungskomponente aufgeladen ist.⁴⁹⁰ Zwar ist Werbung i.d.R. nicht Gegenstand einer geistigen Auseinandersetzung, sondern dient der Absatzsteigerung. Auch der Hintergrund der demokratischen Funktion der Meinungsfreiheit spricht dafür, die Werbefreiheit vorwiegend über Art. 16 EGRC zu gewährleisten. Indes ist die Meinungsäußerungsfreiheit weit konzipiert und schließt wirtschaftliche Inhalte nicht aus,⁴⁹¹ die im Übrigen auch in der Demokratie eine wichtige Rolle spielen. Umgekehrt werden auch andere Inhalte im Wettstreit der Meinungen werbend dargeboten. Daher ist eine Sonderbehandlung der Wirtschaftswerbung nicht angezeigt. Diese ist deshalb auch durch die Meinungsfreiheit und nicht nur durch die unternehmerische Freiheit geschützt.
- 2731** Gegenüber der unternehmerischen Freiheit hat Art. 14 Abs. 3 EGRC bei der Gründung von Lehranstalten Vorrang.⁴⁹² Hier ist die besondere Schranke der demokratischen Grundsätze zu beachten.⁴⁹³

2. Beziehung zu den Grundfreiheiten

- 2732** Die wirtschaftsbezogenen Grundrechte stehen in enger Beziehung zu den Grundfreiheiten.⁴⁹⁴ Die Warenverkehrs-, Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Kapital-

⁴⁸⁶ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 10.

⁴⁸⁷ Vgl. dazu Rn. 1239 f.

⁴⁸⁸ Vgl. auch Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 10.

⁴⁸⁹ Jarass, § 21 Rn. 4.

⁴⁹⁰ Ruffert, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 16 Rn. 15; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 31; Rengeling, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 331 (335).

⁴⁹¹ Näher o. Rn. 1791 ff.

⁴⁹² Rengeling/Szczekalla, Rn. 800; Jarass, § 21 Rn. 4; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 46.

⁴⁹³ Rengeling/Szczekalla, Rn. 800.

verkehrsfreiheit sind ebenso wie die unternehmerische Freiheit des Art. 16 EGRC Ausdruck der europäischen Wirtschaftsverfassung. Das zeigt schon die Entstehungsgeschichte des Art. 16 EGRC, denn die explizite Verankerung der unternehmerischen Freiheit wurde von einigen Konventionsmitgliedern mit der Begründung gefordert, die Gewährleistungen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit müssten in der EGRC stärker berücksichtigt werden.⁴⁹⁵

Dem unternehmensbezogenen Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten verleiht Art. 16 EGRC nunmehr grundrechtliche Bedeutung. Demnach ist etwa die Gründung einer Unternehmensniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat sowohl von der Niederlassungsfreiheit⁴⁹⁶ als auch auf grundrechtlicher Ebene von der unternehmerischen Freiheit geschützt. Gleichwohl ist im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auch die unternehmerische Freiheit gem. Art. 52 Abs. 2 EGRC an die Bedingungen und Grenzen der Grundfreiheiten gebunden.⁴⁹⁷ Schließlich gilt diese Ausrichtung und Begrenzung sogar für die Berufsfreiheit, welche grundfreiheitliche Gewährleistungen ausdrücklich nennt.⁴⁹⁸ 2733

E. Beeinträchtigungen und ihre Rechtfertigung

I. Formen der Beeinträchtigungen

1. Grundsätzliche Parallelität zur Berufsfreiheit

Für die unternehmerische Freiheit als verselbstständigte Teilgewährleistung der Berufsfreiheit gelten die dortigen Prinzipien zu Eingriff und Rechtfertigung grundsätzlich entsprechend.⁴⁹⁹ Demnach liegt zumindest in jeder Regelung, die einen Nachteil des Grundrechtsinhabers bezweckt oder mit einem solchen hinreichend verbunden ist, ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit.⁵⁰⁰ Der spezifizierte Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit macht gleichwohl einige besondere Anmerkungen erforderlich. 2734

2. Beeinträchtigung unternehmerischer Interessen

Da bloße unternehmerische Interessen oder Aussichten nicht von Art. 16 EGRC geschützt sind,⁵⁰¹ hat die Absenkung von Konkurrenzpreisen als Ausdruck des 2735

⁴⁹⁴ Rengeling, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 331 (339); Frenz, Europarecht 1, Rn. 67 ff.

⁴⁹⁵ Vgl. zur Diskussion im Grundrechtskonvent Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rn. 5.

⁴⁹⁶ EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 (9946, Rn. 2; 9950 f., Rn. 17 ff.; 9964 f., Rn. 56 ff.) – Überseering.

⁴⁹⁷ Jarass, § 21 Rn. 4.

⁴⁹⁸ S.o. Rn. 2490 ff., 2499 ff.

⁴⁹⁹ Vgl. Rn. 601 ff., 2610 ff.

⁵⁰⁰ Jarass, § 21 Rn. 10 bei unmittelbarer Auswirkung; weiter o. Rn. 2605 ff.

⁵⁰¹ Vgl. o. Rn. 2692.

Marktrisikos keinen Eingriffscharakter.⁵⁰² Auch die Abschaffung gesetzlicher Anforderungen, an die Beratungsdienstleistungen anknüpfen, wirkt sich gegenüber den Dienstleistern nicht als Eingriff aus.⁵⁰³

3. Gesellschaftsrecht

- 2736** Die Organisations- und Willensbildungsautonomie von Gesellschaften ist durch das Gesellschaftsrecht maßgeblich geregelt. Diese gesetzgeberische Ausgestaltung ist notwendig, um Unternehmen in die allgemeine Rechtsordnung einzufügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten und die schutzbedürftigen Belange Dritter und der Allgemeinheit angemessen zu berücksichtigen.
- 2737** Der Gesetzgeber muss jedoch auf die schutzbedürftigen Belange der Unternehmen Rücksicht nehmen, ihnen eine angemessene Vielfalt an Rechtsformen zur Verfügung stellen und die Funktionsfähigkeit ihrer Organe gewährleisten. Für die Regelungsintensität ist dabei der jeweilige Sachbereich, die Ordnungs- und die Schutznotwendigkeit maßgebend.⁵⁰⁴
- 2738** Während in die Organisations- und Willensbildungsautonomie der nach nationalem Recht bereits bestehenden Rechtsformen i.d.R. nicht bei der Durchführung des Unionsrechts eingegriffen werden wird, verhält sich dies bei der ersten europäischen Gesellschaft, der Societas Europaea (SE),⁵⁰⁵ anders. Diese beruht auf der europäischen SE-Verordnung,⁵⁰⁶ einem nationalen Begleitgesetz und dem nationalen Aktiengesetz. Im Hinblick auf die Organisations- und Willensbildungsautonomie gestattet Art. 38 Abs. 2 SE-VO etwa die Wahl zwischen dem aus dem deutschen Aktienrecht bekannten dualistischen System, bei dem der Vorstand als Führungs- und der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan fungiert, und dem aus dem angloamerikanischen Recht stammenden monistischen System, bei dem ein Verwaltungsorgan an der Spitze des Unternehmens sämtliche Aufgaben allein wahrnimmt.⁵⁰⁷ Im Übrigen besteht Satzungsautonomie bei der SE nur dort, wo die SE-VO diese ausdrücklich zulässt.⁵⁰⁸ Da das monistische System dem deutschen Recht bislang fremd ist, hat der deutsche Gesetzgeber eine SE-spezifische Ausgestaltung in den §§ 20-29 des nationalen Ausführungsgesetzes (SEAG) erlassen.⁵⁰⁹
- 2739** Insbesondere die organisationsrechtlichen Vorgaben der Art. 39 ff. SE-VO und ihre Umsetzung ins nationale Recht regeln die Organisations- und Willensbildungsautonomie nach Art. 16 EGRC, gestalten diese aber näher aus und stellen

⁵⁰² EuGH, Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 (2339, Rn. 18) – Rau/BALM; *Jarass*, § 21 Rn. 11, 28; zum Vertrauensschutz u. Rn. 3004, 3010, 3120.

⁵⁰³ EuG, Rs. T-113/96, Slg. 1998, II-125 (150, Rn. 75) – Dubois et fils; *Jarass*, § 21 Rn. 11.

⁵⁰⁴ Zum Gedanken für das deutsche Recht *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 69.

⁵⁰⁵ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2361 ff.

⁵⁰⁶ VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1791/2006, ABl. 2006 L 363, S. 1.

⁵⁰⁷ *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 38 SE-VO Rn. 14 ff.; *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2377 ff.

⁵⁰⁸ *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 38 SE-VO Rn. 41.

⁵⁰⁹ *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 38 SE-VO Rn. 40.

Optionen bereit, sind also auch vor dem Hintergrund der unternehmerischen Freiheit nicht als Verstoß gegen die Organisations- und Willensbildungsautonomie zu werten. Soweit sie Handlungsmöglichkeiten beschränken, werden sie im Allgemeinen zur Einfügung der SE in die allgemeine Rechtsordnung, zur Gewährleistung der Sicherheit des Rechtsverkehrs und zum Schutze der Belange Dritter und der Allgemeinheit gerechtfertigt sein.

4. Vertragsrecht

Im Bereich des Vertragsrechts wirkt eine Vielzahl von europäischen Richtlinien auf das nationale Recht und gleichsam auf die Vertragsfreiheit ein. Allesamt zeigen sie der Willkür Privater Grenzen auf.⁵¹⁰ **2740**

Zu diesem so genannten europäischen Vertragsrecht gehören namentlich die RL 2008/48/EG⁵¹¹ zu Verbraucherkrediten sowie die RL 1999/44/EG⁵¹² zum Verbrauchsgüterkauf. Darüber hinaus sind Richtlinien für bestimmte Absatzformen wie Haustür- und Fernabsatzgeschäfte erlassen worden. Sie sind in ihrem Anwendungsbereich jeweils zwingendes Vertragsrecht. Eine Richtlinie zu allgemeinen Geschäftsbedingungen wirkt sich darüber hinaus auch auf die Inhaltskontrolle von Verträgen aus.⁵¹³ **2741**

Insbesondere die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf in §§ 474-479 BGB, die auf der RL 1999/44/EG beruhen, schränken die Vertragsfreiheit insoweit ein, als Vereinbarungen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer im Hinblick auf eine für den Verbraucher nachteilige Abweichung von seinen gesetzlichen Rechten auf Mängelgewährleistung unwirksam sind.⁵¹⁴ Ähnliches gilt auch bei Verbraucherkreditverträgen nach den §§ 491-498 BGB.⁵¹⁵ **2742**

Darüber hinaus haben drei europäische Richtlinien zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft,⁵¹⁶ zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf⁵¹⁷ sowie von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen⁵¹⁸ wesentlichen Einfluss auf die Vertragsfreiheit genommen. Für **2743**

⁵¹⁰ Vgl. auch Wernsmann, JZ 2005, 224 (224).

⁵¹¹ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates, ABl. L 133, S. 66.

⁵¹² Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171, S. 12.

⁵¹³ Ausführlich Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 4 ff.

⁵¹⁴ Vgl. eingehend Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2 Rn. 2, 515, 534.

⁵¹⁵ Vgl. eingehend Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 3 Rn. 47 ff.

⁵¹⁶ RL 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft (AntirassismusRL), ABl. L 180, S. 22.

⁵¹⁷ RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16.

⁵¹⁸ RL 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373, S. 37.

Unternehmer hat dies neben der Wirkung der Gender-Richtlinien auf die Arbeitswelt auch Auswirkungen im Zivilrechtsverkehr. Danach kann etwa der Anspruch des Geschädigten auf Naturalrestitution wegen einer unzulässigen Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr unter Umständen auch in einem Kontrahierungszwang bestehen. So wird es jedenfalls für § 21 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) diskutiert, welches die europäischen Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt hat.⁵¹⁹

- 2744** Als weitere Bestimmungen, die in die Vertragsfreiheit eingreifen, lassen sich aus der Rechtsprechung des EuGH Regelungen zur Begrenzung der Arbeitszeit selbstständiger Kraftfahrer⁵²⁰ und Beschränkungen der freien Preisfestsetzung⁵²¹ anführen.

5. Wettbewerbsrecht

- 2745** Art. 16 EGRC steht als Ausdruck des Prinzips freien Wettbewerbs grundsätzlich Regelungen entgegen, die den freien Wettbewerb einschränken. Umgekehrt stellt es vorbehaltlich des Vertrauensschutzes keinen Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar, wenn Beschränkungen des Wettbewerbs aufgehoben werden.⁵²² Allerdings sind in begrenztem Umfang Schutzpflichten zugunsten schwächerer Unternehmen zu wahren.

- 2746** Weiter können sich in der Marktwirtschaft Strukturen und Verhaltensweisen entwickeln, die den Wettbewerb als Marktinstitution gefährden. Der Bekämpfung solcher Gefährdungen dient das Wettbewerbsrecht.⁵²³ Es rechtfertigt sich über die Bewahrung der Wirtschaftsfreiheit vor den Gefahren endgültiger Machtpositionen.⁵²⁴ Aus diesen Gründen ist auch ein Zwangsgeld, mit dem ein Verstoß gegen Wettbewerbsrecht sanktioniert wird, gerechtfertigt.⁵²⁵

6. Abgabenrecht

- 2747** In die Unternehmerfreiheit wird nach der Rechtsprechung des EuGH auch durch die Auferlegung von Abgaben eingegriffen, die an die unternehmerische Tätigkeit und damit etwa an die Erzeugung⁵²⁶ oder den Import⁵²⁷ bestimmter Produkte oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Unternehmergruppe⁵²⁸ anknüpft.⁵²⁹

⁵¹⁹ *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 21 Rn. 6.

⁵²⁰ EuGH, Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004 I-7789 (7847, Rn. 53) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat.

⁵²¹ EuGH, Rs. C-363/01, Slg. 2003, I-11893 (11938, Rn. 59) – Flughafen Hannover.

⁵²² *Jarass*, § 21 Rn. 11.

⁵²³ *Emmerich*, Kartellrecht, § 1 Rn. 5.

⁵²⁴ *Emmerich*, Kartellrecht, § 1 Rn. 9.

⁵²⁵ EuGH, Rs. C-317/00 P(R), Slg. 2000, I-9541 (9563, Rn. 59) – Invest.

⁵²⁶ EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2269, Rn. 18) – Schröder; Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (553, Rn. 76) – Süderdithmarschen.

⁵²⁷ EuGH, Rs. C-359/89, Slg. 1991, I-1677 (1697 ff., Rn. 15 ff.) – SAFA.

⁵²⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4498, Rn. 6; 4513 f., Rn. 71 ff.) – SAM u. Stapf.

7. Gemeinsame Marktordnung

Produktionsquoten beeinträchtigen die unternehmerische Freiheit im Hinblick auf das Erzeugen von Wirtschaftsgütern,⁵³⁰ Ein- und Ausfuhrbeschränkungen die Handelsfreiheit.⁵³¹ Wird ein Marktteilnehmer bei der Zuteilung eines Zollkontingentes nicht berücksichtigt, so greift dies ebenso in dessen Handelsfreiheit ein.⁵³² **2748**

Verschaffen Maßnahmen der gemeinsamen Marktordnung einem Marktteilnehmer hingegen einen Vorteil, so ist zumindest dessen unternehmerische Freiheit durch eine Egalisierung dieses Vorteils nicht beeinträchtigt. So liegt der Fall, wenn eine Referenzquote einem Marktteilnehmer einen im internationalen Vergleich hohen und abgesicherten Preis für seine Produkte einräumt.⁵³³ Die Kürzung der Referenzmenge oder gar ihre Abschaffung stellt daher unter dem Gesichtspunkt unternehmerischer Freiheit keine Beeinträchtigung dar, denn sie hindert den Unternehmer grundsätzlich nicht an der Erzeugung.⁵³⁴ Knüpft die Marktordnung an eine Überproduktion hingegen eine Abgabe, so stellt dies einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar, da sich die Verteilung der Referenzmengen in diesem Fall wie eine Produktionsbeschränkung auswirkt.⁵³⁵ **2749**

8. Sonstige Rechtsvorschriften

Weitere Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit bestehen im Bereich von Erzeugungs- und Produktionsvorschriften. Das gilt etwa für die Untersagung der Verwendung bestimmter Zusatzstoffe in dem herzustellenden Produkt,⁵³⁶ ferner auch für Beschränkungen bezüglich der Erzeugungsmethoden.⁵³⁷ **2750**

Durch Etikettierungsvorschriften⁵³⁸ oder durch die Untersagung der Verwendung bestimmter Herstellungsverfahren⁵³⁹ wird in die Handelsfreiheit eingegriffen. **2751**

⁵²⁹ Vgl. zum Eigentumsrecht u. Rn. 2862.

⁵³⁰ *Jarass*, § 21 Rn. 15.

⁵³¹ Vgl. EuGH, Rs. C-295/03 P, Slg. 2005, I-5673 (5741, Rn. 91) – *Alessandrini Srl*; Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-4315 (4375, Rn. 42 f.) – *Affish*; Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 82) – *Bananen*; Rs. C-359/89, Slg. 1991, I-1677 (1697, Rn. 14; 1699, Rn. 22) – *SAFA*; *Jarass*, § 21 Rn. 15.

⁵³² EuGH, Rs. C-37 u. 38/02, Slg. 2004, I-6911 (6981, Rn. 83) – *Dilexport*; *Jarass*, § 21 Rn. 15.

⁵³³ EuGH, Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 (2768, Rn. 20 ff.) – *Eridania*; *Jarass*, § 21 Rn. 15.

⁵³⁴ *Jarass*, § 21 Rn. 15; zur eigentumsrechtlichen Beurteilung vgl. Rn. 2850 f., 2838 ff.; zum Vertrauensschutz vgl. Rn. 3004, 3010, 3120.

⁵³⁵ A.A. wohl *Jarass*, § 21 Rn. 15.

⁵³⁶ EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 (3471 f., Rn. 456 ff., 459) – *Pfizer*; vgl. auch *Rengeling*, in: Schwarze (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, S. 331 (334).

⁵³⁷ EuGH, Rs. C-370/88, Slg. 1990, I-4071 (4094, Rn. 28) – *Marshall*.

⁵³⁸ EuGH, Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897 (2912, Rn. 9) – *Keller*.

⁵³⁹ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5580 f., Rn. 20 ff.) – *Winzersekt*.

II. Rechtfertigung

1. Schranken der Berufsfreiheit

- 2752** Als verselbstständigte Teilgewährleistung der Berufsfreiheit finden deren Schranken auch auf die unternehmerische Freiheit Anwendung.⁵⁴⁰ Entsprechend kann die unternehmerische Freiheit keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, da auch sie im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion zu sehen ist.⁵⁴¹
- 2753** Die Rechtfertigung eines Eingriffs in die unternehmerische Freiheit erfolgt daher allgemein am Maßstab des Art. 52 Abs. 1 EGRC.⁵⁴² Sie hat auf der Grundlage eines Gesetzes zu erfolgen und muss sich auf Beschränkungen beziehen, die „tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die unternehmerische Freiheit in ihrem Wesensgehalt antastet“.⁵⁴³ Darüber hinaus müssen die Regelungen hinreichend bestimmt, zugänglich und vorhersehbar sein.⁵⁴⁴
- 2754** Wie oben bereits erläutert wurde, enthält Art. 16 EGRC keine über den Gehalt des Art. 52 Abs. 1 EGRC hinausgehende Schranke.⁵⁴⁵

2. Wohl der Allgemeinheit

- 2755** Als Belang des Gemeinwohls, der selbst erhebliche negative Konsequenzen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen kann, hat der EuGH den Schutz der Menschenrechte anerkannt.⁵⁴⁶ Ferner kommt der Volksgesundheit gegenüber den Interessen der Wirtschaftsteilnehmer Vorrang zu.⁵⁴⁷ Auch der Umweltschutz⁵⁴⁸ und die Sicherheit des Straßenverkehrs gehören zu den Belangen des Gemeinwohls,⁵⁴⁹ die die unternehmerische Freiheit einschränken können.
- 2756** Eine von Unternehmen zu leistende Tilgungsabgabe kann den Zielen des Gemeinwohls dienen, indem sie verhindert, dass Verluste eines Wirtschaftssektors

⁵⁴⁰ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 42; Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 16 Rn. 19.

⁵⁴¹ EuGH, Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 (11926, Rn. 72) – Swedish Match; Rs. C-317/00 P(R), Slg. 2000, I-9541 (9563, Rn. 58) – Invest; Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004, I-7789 (7847, Rn. 52) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat; EuG, Rs. T-521/93, Slg. 1996, II-1707 (1730, Rn. 62) – Atlanta AG.

⁵⁴² Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 GRCh Rn. 5; Jarass, § 21 Rn. 17; Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 31 Rn. 44.

⁵⁴³ EuGH, Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004 I-7789 (7847, Rn. 52) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat, st. Rspr.

⁵⁴⁴ Jarass, § 21 Rn. 17.

⁵⁴⁵ Vgl. Rn. 2600 ff.

⁵⁴⁶ EuGH, Rs. C-317/00 P(R), Slg. 2000, I-9541 (9563, Rn. 60) – Invest mit Hinweis auf EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986 f., Rn. 22 f., 26) – Bosphorus.

⁵⁴⁷ EuGH, Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-4315 (4375, Rn. 43) – Affish

⁵⁴⁸ EuGH, Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 (549, Rn. 11, 13) – ADBHU.

⁵⁴⁹ EuGH, Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004 I-7789 (7847, Rn. 53) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat.

von der Gemeinschaft zu tragen sind.⁵⁵⁰ Darüber hinaus wird der Schutz des Binnenmarktes vor Unternehmen aus Drittstaaten⁵⁵¹ oder Schwankungen des Weltmarktes⁵⁵² regelmäßig dem Gemeinwohl dienen.

Angesichts dieser Eingriffskasuistik werden auch der Schutz des Rechtsverkehrs, der Verbraucherschutz sowie die Herstellung des Binnenmarktes und der Schutz des Wettbewerbs als Belange des Gemeinwohls zur Einschränkung der unternehmerischen Freiheit anzuerkennen sein.⁵⁵³ 2757

3. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Rechtsprechung des EuGH zur unternehmerischen Freiheit

a) Weiter Beurteilungsspielraum

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichtet Gemeinschaft und Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts auch im Rahmen von Art. 16 EGRC dazu, nur solche Eingriffe vorzunehmen, die zur Erreichung eines anerkannten Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und angemessen sind.⁵⁵⁴ Die Kontrolldichte leidet indes gerade auch bei der unternehmerischen Freiheit unter dem weiten Beurteilungsspielraum, den der EuGH den Grundrechtsadressaten einräumt.⁵⁵⁵ Indes hat der EuGH jedenfalls im Rahmen der Berufsfreiheit die Verhältnismäßigkeitskontrolle verschärft.⁵⁵⁶ Das ist auf die aus diesem Grundrecht abgeleitete unternehmerische Freiheit zu übertragen. 2758

b) Erforderlichkeit

Maßnahmen des Gemeinschaftsrechts dürfen insbesondere nicht die Grenzen dessen überschreiten, was erforderlich ist, um die Erreichung der mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziele zu gewährleisten. Unter mehreren geeigneten Maßnahmen ist diejenige zu wählen, welche die am wenigsten belastende Wirkung entfaltet.⁵⁵⁷ Dabei scheint die Rechtsprechung des EuGH jedoch die Tendenz aufzuweisen, dem Betroffenen die Darlegungslast aufzubürden, inwieweit mildere Sanktionen praktikabel sind und mit dem Regelungszweck der Sanktion vereinbar sein könnten.⁵⁵⁸ In der Entscheidung *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* hat der EuGH hingegen den Hinweis der Kommission aufgenommen, die Erhebung einer 2759

⁵⁵⁰ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (553, Rn. 76) – Süderdithmarschen.

⁵⁵¹ Vgl. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 82) – Bananen.

⁵⁵² EUGH, Rs. C-359/89, Slg. 1991, I-1677 (1699, Rn. 22) – SAFA.

⁵⁵³ Vgl. o. Rn. 2621 ff. zur Berufsfreiheit.

⁵⁵⁴ Jarass, § 21 Rn. 19.

⁵⁵⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5069 f., Rn. 94 f.) – Bananen; Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004, I-7789 (7848, Rn. 56) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat; Jarass, § 21 Rn. 26 f.; allgemein o. Rn. 622 ff. sowie Rn. 2630 ff.

⁵⁵⁶ S.o. Rn. 2633.

⁵⁵⁷ EuGH, Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004 I-7789 (7848, Rn. 57) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat; Jarass, § 21 Rn. 20.

⁵⁵⁸ EuGH, Rs. C-317/00 P(R), Slg. 2000, I-9541 (9563 f., Rn. 61) – Invest; Jarass, § 21 Rn. 20.

Abgabe belaste die betroffenen Unternehmen geringer als die Verringerung einer Produktionsquote, da Letztere auf lange Sicht auch zu einer Verringerung des Anteils am Weltmarkt führe.⁵⁵⁹

2760 In der Sache *Neu* hielt der EuGH die Kürzung einer Referenzmenge wegen des Wechsels des Vertragspartners mit dem Ziel der gemeinsamen Marktorganisation für unvereinbar. Die Kürzung der Referenzmenge aus Gründen des Wechsels des Vertragspartners ist nicht durch die Notwendigkeit der Beschränkung der Produktion in der gemeinsamen Marktorganisation gerechtfertigt, da der Käuferwechsel nicht dazu führt, dass zusätzliche Mengen dieser Erzeugnisse auf den Markt gebracht werden.⁵⁶⁰ Das klingt fast so, als sei die Kürzung der Referenzmenge zur Erreichung des Ziels, die Gesamtmenge der Produktion zu begrenzen, schon nicht geeignet.⁵⁶¹ Da gleichwohl jede Kürzung der Referenzmenge nicht lediglich verhindert, dass keine zusätzlichen Mengen auf den Markt gebracht werden, sondern die zulässige Menge reduziert wird, wird es eher an der Erforderlichkeit der Maßnahme gefehlt haben.

2761 In der *Bananenmarkt*-Entscheidung hat der EuGH die Beschränkung des Volumens der Einfuhr von Drittlandsbananen für erforderlich gehalten, damit Gemeinschafts- und AKP-Bananen, die unter Ausschluss der Konkurrenz von Drittbananen Absatzsicherheit hatten, nicht vom Gemeinsamen Markt verdrängt würden.⁵⁶²

c) Angemessenheit

2762 Eine Maßnahme muss schließlich angemessen sein.

2763 Die dabei zu wahrende Relation zwischen dem verfolgten Gemeinwohlziel und der fraglichen Beeinträchtigung untersucht der EuGH auch in Bezug auf die unternehmerische Freiheit fallbezogen. So rechtfertigt nach dem sich auch auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit beziehenden Urteil *Invest* die Bedeutung der verfolgten Ziele „selbst erhebliche negative Konsequenzen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer“,⁵⁶³ wie der EuGH schon im Urteil *Bosphorus* ansetzte und näher ausführte, sogar unter ausdrücklicher Benennung der Unangemessenheit.⁵⁶⁴

2764 Als Abwägungsaspekte in der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in die unternehmerische Freiheit hat der EuGH bei Abgabepflichten die Höhe der Abgabe⁵⁶⁵ und Möglichkeit zur Abwälzung der Belastung⁵⁶⁶ angesehen.

⁵⁵⁹ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (553, Rn. 76) – Süderdithmarschen.

⁵⁶⁰ EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 (3638, Rn. 14) – Neu.

⁵⁶¹ So *Jarass*, § 21 Rn. 19.

⁵⁶² EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 82) – Bananen.

⁵⁶³ EuGH, Rs. C-317/00 P(R), Slg. 2000, I-9541 (9563, Rn. 57, 60) – *Invest*, aber nur unter Prüfung einer offenkundigen Unverhältnismäßigkeit.

⁵⁶⁴ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986 f., Rn. 23, 26) – *Bosphorus*.

⁵⁶⁵ EuGH, Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4514, Rn. 74) – *SAM* u. *Stapf*.

⁵⁶⁶ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (553, Rn. 76) – Süderdithmarschen.

F. Wesensgehaltsgarantie

Allgemein hat der EuGH vorgegeben, dass ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit nicht deren Wesensgehalt verletzen darf.⁵⁶⁷ Analog zur Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Berufsfreiheit und des Eigentumsrechts ist die Wesensgehaltsgarantie verletzt, wenn dem Betroffenen durch die Maßnahme seine unternehmerische Tätigkeit in Gänze versagt wird und er sich auch anderweitig nicht mehr unter zumutbaren Bedingungen unternehmerisch betätigen kann. 2765

Eine Verletzung der Wesensgehaltsgarantie der freien Berufswahl hat der EuGH in der Sache *Qualitätswein b.A.* mit dem Argument verneint, dass die Beschränkung der Verarbeitung von Wein besonderer Anbaugebiete auf deren unmittelbare Nähe nicht schon die Existenz solcher Unternehmen gefährde, welche die Verarbeitung ihres Qualitätsweins b.A. bislang außerhalb des Anbaugebietes vorgenommen hatten.⁵⁶⁸ Die Kommission hatte darüber hinaus angeführt, dass die Verarbeitung von Qualitätsweinen b.A. nur einen Teil der Herstellungsvorgänge bildet.⁵⁶⁹ Wenn die unternehmerische Freiheit – wie hier – als verselbstständige Teilgewährleistung der Berufsfreiheit verstanden wird, so lässt sich aus der Existenzgefährdung für die unternehmerische Tätigkeit als solche ein Indiz für den Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit ableiten. Das bestätigt eine Analogie zum Wesensgehalt des Eigentumsrechts.⁵⁷⁰ 2766

G. Schutzpflichten

Zwar ist Art. 16 EGRC vorrangig ein Abwehrrecht, doch kann die unternehmerische Freiheit eine Schutzdimension entfalten, wenn die Möglichkeit freier unternehmerischer Tätigkeit in unverfälschtem Wettbewerb gefährdet wird. Hier entfaltet insbesondere das Wettbewerbsrecht seine Bedeutung. Eine konkrete, zum Handeln zwingende Schutzpflicht wird jedoch auf Monopolgefahren und unlautere Wettbewerbspraktiken beschränkt sein. Dies ist etwa bei Preisabsprachen, Preisdumping oder Output-Reduzierungen der Fall.⁵⁷¹ 2767

Das bloße Bestehen erheblicher Marktmacht begründet hingegen noch keine Schutzpflicht zugunsten der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens. Vom Grundsätzlichen her zeigt sich hier der Charakter der Schutzpflichten als allgemeine Vorgaben, die nur bei Unterschreitung eines unabdingbaren Mindeststandards konkrete Maßnahmen erfordern. 2768

Sachgebietsspezifisch lässt sich diese Beschränkung aus dem Urteil in der Sache *IMS Health* ableiten. Dort hat der EuGH ausgeführt, dass „bei der Abwägung zwischen dem Interesse am Schutz des Rechts des geistigen Eigentums und der 2769

⁵⁶⁷ EuGH, Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004, I-7789 (7847, Rn. 52) – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat.

⁵⁶⁸ EuGH, Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 (2545, Rn. 27) – Qualitätswein b.A.

⁵⁶⁹ Vgl. EuGH, Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 (2545, Rn. 26) – Qualitätswein b.A.

⁵⁷⁰ Dazu u. Rn. 2992 ff.

⁵⁷¹ *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 622 ff., 627 ff.

wirtschaftlichen Handlungsfreiheit seines Inhabers auf der einen Seite und dem Interesse am Schutz des freien Wettbewerbs auf der anderen Seite das zuletzt genannte Interesse nur dann überwiegen kann, wenn die Verweigerung der Lizenz die Entwicklung des Marktes zum Nachteil der Verbraucher verhindert“.⁵⁷² Zwar bezieht sich diese Abwägung auf einen konkreten wettbewerbsrechtlichen Fall.⁵⁷³ Indes zeigt dieser Satz die gebotene Schutzintensität, nämlich eine Entwicklung des Marktes zum Wohl der Verbraucher sicherzustellen. Blockiert wird eine solche Entwicklung indes gerade bei Monopolgefahren und unlauteren Wettbewerbspraktiken, nicht indes bereits bei jeglicher wettbewerbsverzerrenden Verhaltensweise. Da aber ein solches Vorgehen durch Art. 81 EG/101 AEUV weitestgehend erfasst wird,⁵⁷⁴ genügen die vorhandenen Wettbewerbstatbestände den gebotenen Schutzstandards.

⁵⁷² EuGH, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 (5085, Rn. 48) – IMS Health.

⁵⁷³ Näher dazu *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 1285 ff.

⁵⁷⁴ Im Einzelnen *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 389 ff.

H. Prüfungsschema zu Art. 16 EGRC

1. Schutzbereich

2770

- a) Jedermann-Recht auch für Drittstaatsangehörige sowie öffentliche Unternehmen bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung
- b) keine unmittelbare Drittwirkung
- c) verselbstständigte Ausprägung der Berufsfreiheit
- d) unternehmerische Betätigung: jede selbstständige, dauerhaft betriebene anbietende Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit am Markt gegen Entgelt durch einen Unternehmensträger
- e) Ausdrucksformen: Unternehmenskonstitution und Aufnahme einer unternehmerischen Betätigung, Organisations- und Planungsfreiheit, Vertrags-, Handels-, Wettbewerbs- und Werbefreiheit, Schutz von Betriebsgeheimnissen
- f) nicht vom Schutzbereich erfasst sind bloße unternehmerische Interessen oder Aussichten, ferner weder Informationsansprüche noch ein besonderer Schutz des Mittelstandes
- g) Unionsrecht und nationale Regeln nicht konstitutiv, nur konkretisierend

2. Beeinträchtigung

- a) Eingriff ist jede Regelung mit Nachteil für den Grundrechtsinhaber, jedenfalls wenn bezweckt oder mit jener hinreichend verbunden (vgl. auch Prüfungsschema zur Berufsfreiheit)
- b) z.B. regelt Gesellschaftsrecht die Organisations- und Willensbildungsautonomie von Unternehmen, Vertragsrecht die Vertragsfreiheit von Unternehmen, Wettbewerbsrecht regelt Marktstrukturen und Marktverhalten
- c) Regelungswirkung haben ferner Abgaben, Marktordnungen, Erzeugungs- und Produktionsvorschriften
- d) kein hinreichender Schutz vor Monopolgefahren und unlauterem Wettbewerb

3. Rechtfertigung

- a) Rechtfertigung am Maßstab des Art. 52 Abs. 1 EGRC (wie Berufsfreiheit); Unionsrecht, nationales Recht und nationale Gepflogenheiten sind keine zusätzliche, darüber hinausgehende Schranke
- b) gesetzliche Grundlage
- c) Gemeinwohlziel (wie bei Berufsfreiheit)
- d) Verhältnismäßigkeit
- e) Wesensgehaltsgarantie

§ 3 Eigentumsfreiheit

A. Verschiedene Grundlagen

I. Anknüpfung der Beratungen an vorhandene Grundlagen

- 2771** Das Eigentumsrecht wird in Art. 17 EGRC selbst nicht näher erläutert. Gleichwohl konnten die Beratungen über das Eigentumsrecht im Grundrechtekonvent an bereits vorhandene europarechtliche Grundlagen und völkerrechtliche Menschenrechtstradition anknüpfen.
- 2772** Schon Art. 17 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁵⁷⁵ bestimmt: „Jeder Mensch hat allein oder in der Gemeinschaft mit anderen Recht auf Eigentum. Niemand darf willkürlich seines Eigentums beraubt werden.“ Das Eigentumsrecht zählt damit zu den klassischen Menschenrechten, wenngleich der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vornehmlich nur eine politische Bedeutung zukam und sich ihr völkergewohnheitsrechtlicher Gehalt erst mit der Zeit entwickelte.⁵⁷⁶
- 2773** Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass das Eigentumsrecht bereits im ersten Vorschlag des Präsidiums zur Grundrechtecharta enthalten war.⁵⁷⁷ Seine Formulierung stand zu diesem Zeitpunkt noch in der Tradition des Eigentumschutzes aus Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK. Im Rahmen der Beratungen wurde der Wortlaut jedoch zeitgemäßer gefasst. So wurde „das Recht auf Achtung des Eigentums“ aus Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK zunächst in das Eigentum „wird gewährleistet“ abgewandelt und schließlich in der geltenden Fassung an die Verwendungsmöglichkeiten des Eigentums angeknüpft.⁵⁷⁸
- 2774** Dennoch hat das Präsidium des Grundrechtekonvents in seinen Erläuterungen zur Charta der Grundrechte hervorgehoben, dass dem Eigentumsrecht der Charta trotz sprachlicher Unterschiede inhaltlich die gleiche Bedeutung und Tragweite zukommen soll wie dem in der EMRK garantierten Recht.⁵⁷⁹ Darüber hinaus nehmen die Erläuterungen Bezug auf alle einzelstaatlichen Verfassungen und greifen auf die Rechtsprechung des EuGH zurück. Entsprechend formen alle drei vorgenannten Rechtserkenntnisquellen die Grundlage des Eigentumsschutzes und sind bei der Ausformung und Weiterentwicklung eines eigenständigen europäischen Eigentumsrechts der Grundrechtecharta zu berücksichtigen.

⁵⁷⁵ Am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung genehmigt und verkündet (Resolution 217 (A) III, im Internet z.B. abrufbar über die Websites <http://www.unric.org> oder <http://www.un.org>), heute als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.

⁵⁷⁶ Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 1; Malzahn, Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2007, S. 171 f.

⁵⁷⁷ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 1.

⁵⁷⁸ Zum Entwicklungsgang des Artikels vgl. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 196 f., 304 ff.; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 6 ff.; Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 1 ff.

⁵⁷⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

II. EMRK

Die besondere Bedeutung der EMRK als Bezugspunkt für das europäische Eigentumsrecht erschließt sich bereits daraus, dass der Eigentumsschutz seine erste rechtliche Verankerung für den europäischen Raum in Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK von 1952 gefunden hatte. Die Rechtsprechung des EGMR zum Eigentumsschutz ist umfangreich.⁵⁸⁰ Daher ist ihre Ausstrahlungswirkung auf die Herausbildung des Eigentumsschutzes nach der Grundrechtecharta nicht zu unterschätzen. 2775

Hinter dieser ausgeprägten Judikatur tritt der mangelnde Normunterbau⁵⁸¹ des Eigentumsschutzes nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK zurück.⁵⁸² Art. 52 Abs. 3 EGRC gibt den Grundrechtsschutz nach der EMRK als Bedeutungsgehalt vor.⁵⁸³ Auf diese Bestimmung nehmen die Erläuterungen explizit Bezug.⁵⁸⁴ Daher fordert der Eigentumsschutz nach Art. 17 EGRC die volle Einbeziehung des Eigentumsschutzes nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK.⁵⁸⁵ 2776

III. EuGH unter Rückgriff auch auf nationale Traditionen

Der EuGH bemühte das Eigentumsrecht frühzeitig schon im Rahmen des EGKS-Vertrages von 1952,⁵⁸⁶ ohne dass er jedoch aus dem „Recht der Gemeinschaft, wie es im EGKS-Vertrag niedergelegt ist“, einen eigentumsrechtlichen Schutz herleitete.⁵⁸⁷ Als europäischen Rechtsgrundsatz hat der EuGH das Eigentumsrecht erstmalig in seiner Entscheidung *Nold* aus dem Jahr 1974 erwähnt.⁵⁸⁸ Ausdrücklich anerkannt hat er die Gewährleistung des Eigentumsrechts in der Gemeinschaftsrechtsordnung dann in der Entscheidung *Hauer* aus dem Jahr 1979.⁵⁸⁹ 2777

Das Eigentumsrecht ist tief in der Rechtsgeschichte der europäischen Rechtsfamilie verwurzelt⁵⁹⁰ und hat in allen Mitgliedstaaten der europäischen Union – mit Ausnahme Großbritanniens⁵⁹¹ – Verfassungsrang.⁵⁹² Daher konnte sich der EuGH 2778

⁵⁸⁰ Meyer-Ladewig, EMRK, Zusatzprotokoll Art. 1 Schutz des Eigentums Rn. 1.

⁵⁸¹ Zu diesem Problem u. Rn. 2786 ff.

⁵⁸² S. dagegen Calliess, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 17 Rn. 4.

⁵⁸³ S.o. Rn. 48 ff.

⁵⁸⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

⁵⁸⁵ Zum Problem abw. Rspr. von EuGH und EGMR u. Rn. 2820, 2900 ff.

⁵⁸⁶ EuGH, Rs. 18/57, Slg. 1959, 89 (107, 113) – I. Nold KG; der EuGH hatte die Klage jedoch bereits wegen unzureichender Begründung der Entscheidung der hohen Behörde für begründet erachtet, so dass er die Prüfung der restlichen Klagegründe für entbehrlich hielt (113 ff.).

⁵⁸⁷ EuGH, Rs. 36 u.a./59, Slg. 1960, 885 (920 f.) – Ruhrkohlenverkaufsgesellschaft.

⁵⁸⁸ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 13 f.) – Nold.

⁵⁸⁹ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3745, Rn. 17) – Hauer.

⁵⁹⁰ Zur historischen und philosophischen Entwicklung der Theorie des Eigentumsrechts vgl. Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 1 ff.; Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 1 ff.

⁵⁹¹ Grabenwarter, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 11.

in der Entscheidung *Hauer* auf die Feststellung beschränken, dass das europäische Eigentumsrecht „gemäß den gemeinsamen Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten, die sich auch im Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention widerspiegeln“,⁵⁹³ gewährleistet wird. Darüber hinaus liegt dieses Recht als eine Keimzelle marktwirtschaftlichen Denkens auch dem Konzept der EU als Wirtschaftsgemeinschaft zugrunde.⁵⁹⁴

2779 Damit war zwar das Eigentumsrecht als europäischer Rechtsgrundsatz für den EuGH selbstverständlich, doch blieb die Entwicklung des Eigentumsrechts hinter den umfangreicheren Ausformungen anderer europäischer Grundrechte zurück. Wesentliche Inhalte des Eigentumsschutzes, wie sie auf mitgliedstaatlicher Ebene gewährleistet werden, sind für das Europarecht noch ungeklärt. Erst recht ist der europäische Eigentumsschutz weitaus weniger diversifiziert als das Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 Abs. 1 S.1 GG.⁵⁹⁵ So hat denn noch keine auf das Eigentumsrecht gestützte Beschwerde vor dem EuGH zum Erfolg geführt.⁵⁹⁶

2780 Gestaltete sich die Konkretisierung des europäischen Eigentumsschutzes mangels einer verbindlichen Rechtsgrundlage auf der Ebene der Verträge lange Zeit schwierig,⁵⁹⁷ so hat die Grundrechtecharta der Entwicklung des europäischen Eigentumsrechts eine neue Dynamik verliehen.

IV. Weitere Verankerungen im EG-Recht

2781 Neben Art. 17 EGRC findet das Eigentum ferner in Art. 30 und 295 EG/36 und 345 AEUV Erwähnung.

1. Gewerbliches oder kommerzielles Eigentum als Grenze der Warenverkehrsfreiheit

2782 Gem. Art. 30 EG/36 AEUV steht die Warenverkehrsfreiheit Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die unter anderem zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind.⁵⁹⁸ Auch wenn Art. 30 EG/36 AEUV weder dem Wortlaut noch seinem Sinn und Zweck nach den Schutz subjektiv rechtlicher Eigentumspositionen nahe legt, zeugt die Erwähnung des gewerblichen und kommerziellen Eigentums jedenfalls von einem gewissen, dem EG/AEUV vorausgehenden Begriffsverständnis und

⁵⁹² Schon EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – Nold; vgl. ferner die Auflistung mitgliedstaatlicher Verfassungen bei *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 19; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 17 Rn. 2; *Rengeling/Szczekalla*, S. 629.

⁵⁹³ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3745, Rn. 17) – *Hauer*. Bei dem genannten Protokoll handelt es sich um Protokoll Nr. 12 zur EMRK, hier dessen Art. 1.

⁵⁹⁴ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 1; *ders.*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 17 Rn. 2.

⁵⁹⁵ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 13, 96.

⁵⁹⁶ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 26.

⁵⁹⁷ *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1089).

⁵⁹⁸ Näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 935 ff.

Anerkennung des Eigentums als Rechtsinstitut.⁵⁹⁹ Im Rahmen des Art. 30 EG/36 AEUV hatte der EuGH bereits umfassend Gelegenheit, zum Eigentumsbegriff Stellung zu nehmen.⁶⁰⁰ Das geistige Eigentum, das der EuGH in enge Verbindung zum gewerblichen und kommerziellen Eigentum gesetzt hat,⁶⁰¹ sichert Art. 17 Abs. 2 EGRC eigens ab. Die Erläuterungen verweisen aber auf die sinngemäße Geltung der Garantien nach Art. 17 Abs. 1 EGRC.⁶⁰²

2. Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten

Gem. Art. 295 EG/345 AEUV lässt der EG/AEUV die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt. Während Art. 295 EG/345 AEUV aus der Besorgnis heraus in den EG/AEUV aufgenommen wurde, die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen könnten durch europäisches Recht beeinflusst werden,⁶⁰³ hatte die Rechtsprechung des EuGH im Gegenteil vornehmlich eigentumsrelevante Maßnahmen der Mitgliedstaaten zum Gegenstand.⁶⁰⁴ Diese hat der EuGH trotz der Regelung des Art. 295 EG/345 AEUV nicht von der Beachtung der Grundfreiheiten freigestellt.⁶⁰⁵ Erst in jüngerer Zeit ist die Diskussion um Art. 295 EG/345 AEUV als Kompetenzausübungsschranke der europäischen Organe wieder aufgekommen.⁶⁰⁶ **2783**

Weder der Gerichtshof⁶⁰⁷ noch die Literatur⁶⁰⁸ haben Art. 295 EG/345 AEUV **2784** ein Grundrecht auf Eigentum entnommen. Seine Relevanz für das europäische Eigentumsrecht findet Art. 295 EG/345 AEUV allerdings beim Begriff der Eigentumsordnung.⁶⁰⁹

⁵⁹⁹ *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 729; *Thiel*, JuS 1991, 274 (275).

⁶⁰⁰ Zu den Einzelheiten u. Rn. 2817 ff.

⁶⁰¹ S.u. Rn. 2853.

⁶⁰² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23); s. näher u. Rn. 2852.

⁶⁰³ *Thiel*, JuS 1991, 274 (276); *Bär-Bouyssière*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 295 EG Rn. 1; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 295 EGV Rn. 2; *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1090). Einzig Art. 86 EAG stellt spaltbare Stoffe in das Eigentum der Gemeinschaft und lässt die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten im Übrigen unberührt.

⁶⁰⁴ Vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 295 EGV Rn. 7.

⁶⁰⁵ EuGH, Rs. 182/83, Slg. 1984, 3677 (3685, Rn. 7) – Fearon; Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809 (4832, Rn. 44) – Goldene Aktien III (Kommission/Belgien).

⁶⁰⁶ *Schmidt-Preuß*, EuR 2006, 463 (474); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 295 EGV Rn. 5; s.u. Rn. 2940 ff.

⁶⁰⁷ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3745, Rn. 17) – Hauer erwähnt Art. 295 EG/345 AEUV bei der Begründung des Eigentumsrechts nicht.

⁶⁰⁸ *Bär-Bouyssière*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 295 EG Rn. 4; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 295 EGV Rn. 4; *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1090).

⁶⁰⁹ S.u. Rn. 2790 ff.

V. Das Eigentum zwischen europäischer und nationaler Rechtsordnung

1. Eigentum als offener Rechtsbegriff

2785 Während sich der Schutzgehalt einiger Grundrechte wie etwa des Rechts auf Leben gem. Art. 2 EGRC bereits aus der Natur ihres zentralen Begriffs erschließt, erhält der Schutzbereich des Eigentums sein Gepräge erst durch eine rechtliche Ausgestaltung.⁶¹⁰ Dieses Erfordernis normativer Konstitution verleiht dem Eigentumsbegriff eine inhaltliche Dynamik und gestattet ihm eine progressive Entwicklung. Da das europäische Recht – jedenfalls bislang – keine Zivilrechtsordnung kennt,⁶¹¹ fehlt es aber insoweit an einer solchen Konkretisierung des Eigentumsbegriffs auf europäischer Ebene.⁶¹²

2. Konkretisierung des Eigentumsbegriffs

2786 Die Herausbildung eines europarechtlichen Eigentumsbegriffs sieht sich daher zwei Schwierigkeiten ausgesetzt. Zum einen nähme eine genuin europarechtliche Herangehensweise dem Eigentumsbegriff insoweit seine Tiefe, als er in keiner Weise durch einen Normunterbau geprägt werden könnte. Zum anderen macht ein Rückgriff auf die nationalen Eigentumsordnungen als Normunterbau des Eigentumsbegriffs die Herausbildung eines europäischen Eigentumsrechts besonders anfällig für Unterschiede in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Dieser Umstand verkompliziert sich noch dadurch, dass selbst auf nationaler Ebene zwischen einem einfach-rechtlichen und einem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff zu unterscheiden ist.⁶¹³

2787 Vor diesem Hintergrund hatte der EGMR den Begriff des Eigentums nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK autonom ausgelegt und ihn nicht davon abhängig gemacht, ob nach dem Recht eines Vertragsstaates ebenfalls eine formelle Einordnung einer Position als Eigentum erfolgte.⁶¹⁴ Für den Schutz nach der EMRK lässt sich spekulieren, dass der EGMR auch aus rechtspolitischen Gründen eine autonome Auslegung zur Gewährleistung des effektiven Grundrechtsschutzes als erforderlich ansah, um Umgehungen durch nationales Recht vorzubeugen. In der EU ist eine solche Rechtspraxis weniger zu befürchten.

2788 Für das europäische Eigentumsrecht lässt sich der oben benannte Konflikt dadurch lösen, dass die „großen Bahnen“ des Rechtsbegriffs Eigentum originär eu-

⁶¹⁰ Calliess, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 17 Rn. 4; Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 21.

⁶¹¹ Zur Entwicklung eines europäischen Zivilgesetzbuches Hirsch, ZIP 2007, 937 ff.; Wiesner, DB 2005, 871 ff.; Schwintowski, JZ 2002, 205 ff.

⁶¹² Grabenwarter, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 1.

⁶¹³ Für das deutsche Recht BVerfGE 58, 300 (334 ff.).

⁶¹⁴ EGMR, Urt. vom 5.1.2000, Nr. 33202/96 (Rn. 100), NJW 2003, 654 (655 f.) – Beyerler/Italien; Urt. vom 23.11.2000, Nr. 25701/94 (Rn. 60), NJW 2002, 45 (47) – Früherer König von Griechenland u.a./Griechenland; vgl. auch Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 21, 41.

roparechtlich und ausschließlich nach den hergebrachten Gemeinschaftsgrundsätzen gezogen werden.⁶¹⁵ Damit sind die Grundlinien festgefügt und von nationalen Divergenzen unbehelligt.

Hingegen können auf diesem Weg mangels konkreter Vorgaben insbesondere im Zivilrecht die näheren Konturen dessen, was Eigentum bildet, nicht bestimmt werden. Daher können die „feinen inhaltlichen Linien“ nur durch die nationalen Eigentumsordnungen gezeichnet werden.⁶¹⁶ Auf diese Weise wird das Eigentumsgrundrecht durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und das europäische Recht gemeinsam bestimmt.⁶¹⁷ Es handelt sich also um ein Zusammenspiel, wenngleich mit unterschiedlichen Rollen. 2789

3. Nationale Eigentumsordnung und europäischer Eigentumsschutz

a) Bedeutung von Art. 295 EG/345 AEUV

Durch den rechtspraktisch notwendigen Rückgriff auf die nationalen Rechtsordnungen als Normunterbau des europäischen Eigentumsrechts ist jedoch noch nicht geklärt, inwieweit Art. 295 EG/345 AEUV den Rückgriff auf nationale Eigentumsvorschriften auch gebietet und entsprechend eine europarechtliche Ausgestaltung auch der „feinen Linien“ des Eigentumsschutzes verbietet. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach dem begrifflichen Umfang der Eigentumsordnung. 2790

Wesentlich für das Verständnis dieses Begriffs ist die Festlegung seines Anknüpfungspunktes. Eigentumsordnung kann einerseits die Rechtsvorschriften zur Ordnung des Eigentums meinen, andererseits aber auch die Zuordnung konkreter Eigentumspositionen zu einer bestimmten Rechtsperson betreffen. Möglicherweise kann auch beides europarechtlich als Eigentumsordnung verstanden werden.⁶¹⁸ Da es bei der Konkretisierung des Eigentumsbegriffs lediglich auf die Eigentumsordnung als Rechtsvorschriften zur Ordnung des Eigentums ankommt, sollen sich die Ausführungen zu Art. 295 EG/345 AEUV an dieser Stelle auf den Umfang solcher Rechtsvorschriften begrenzen. 2791

⁶¹⁵ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 15 spricht von einem primärrechtlich vorausgesetzten Eigentumsbegriff.

⁶¹⁶ So zum Schutz immaterieller Güter EuGH, Rs. C-317/91, Slg. 1993, I-6227 (6267, Rn. 20) – Deutsche Renault AG/Audi AG; zum Muster-/Modellrecht Rs. 238/87, Slg. 1988, 6211 (6235, Rn. 7) – Volvo; zum Patentrecht Rs. 35/87, Slg. 1988, 3585 (3605, Rn. 12 f.) – Thetford; Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1090); Grabenwarter, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 13.

⁶¹⁷ Calliess, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 17 Rn. 4.

⁶¹⁸ Die Frage, inwieweit die Eigentumsordnung in Art. 295 EG/345 AEUV auch die konkrete Zuordnung von Eigentumspositionen zu bestimmten Rechtspersonen umfasst, soll an späterer Stelle beim Abschnitt zur Enteignung unter Rn. 2940 ff. behandelt werden.

b) Die Eigentumsordnung als Gesamtheit eigentumsrechtlicher Vorschriften

2792 Begreift man die in Art. 295 EG/345 AEUV genannte Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten als Rechtsvorschriften zur Ordnung des Eigentums, so kann darunter wiederum die Gesamtheit eigentumsrechtlicher Vorschriften verstanden werden. Davon wären sowohl die Fragen der Zuordnung von Eigentum zum öffentlichen oder privaten Bereich als auch Ausübungs- und Nutzungsregelungen sowie die Rechte beim Entzug des Eigentums erfasst.⁶¹⁹ Diese weite Definition der Eigentumsordnung führt letztlich zu einer Gleichstellung der Begriffe „nationale Eigentumsordnung“ und „nationales Eigentumsrecht“. In dieser Folge wären etwa auch die Regelungen des BGB zum Eigentum von Art. 295 EG/345 AEUV erfasst.⁶²⁰

c) Die Eigentumsordnung als wirtschaftspolitische Systemfrage

2793 Eine andere Betrachtungsweise, auf die nunmehr auch der EuGH einzuschwenken scheint, beschränkt den Anwendungsbereich des Art. 295 EG/345 AEUV hingegen auf eine wirtschaftspolitische Systemfrage, nämlich der Frage nach dem Umfang öffentlicher Wirtschaftsbetätigung und damit der Frage nach einer verstaatlichten oder privatisierten nationalen Wirtschaftsstruktur.⁶²¹

2794 In seiner Entscheidung *British American Tobacco*⁶²² hat der EuGH geurteilt, dass Art. 295 EG/345 AEUV „nicht jede Gemeinschaftsmaßnahme verbietet, die sich auf die Ausübung des Eigentumsrechts auswirkt“ und sich damit gegen die erstgenannte Ansicht ausgesprochen.⁶²³ Dass umgekehrt die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung von Ausübungs- und Nutzungsregelungen nicht vollends frei sind, lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 295 EG/345 AEUV im Übrigen folgern. Danach bilden jedenfalls die Grundfreiheiten eine Schranke für die Ausübung des Eigentumsrechts.⁶²⁴

⁶¹⁹ *Bär-Bouyssière*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 295 EG Rn. 7; *Riegel*, RIW 1979, 744 (745).

⁶²⁰ Vgl. *Thiel*, JuS 1991, 274 (275).

⁶²¹ *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 295 EGV Rn. 10 f.; *Everling*, in: FS für Raiser, 1974, S. 379 (383); *Grabenwarter*, in: *Bonner Kommentar zum GG*, Anh. z. Art. 14 S. 12. Zwar handelt es sich auch bei Verstaatlichung und Privatisierung um eine Frage der Eigentumszuordnung, doch bezieht sich diese auf eine höhergelagerte abstraktere Ebene als bei der Zuordnung konkreter Eigentumspositionen. Nur bei diesem Verständnis kann *Kingreen* zu der Schlussfolgerung kommen, dass „Maßnahmen der Gemeinschaft ... sogar enteignenden Charakter haben können, ohne damit den grundsätzlichen Entscheidungsprimat der Mitgliedstaaten über die Eigentumszuordnung in Frage zu stellen“.

⁶²² EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453 (11597, Rn. 147) – *British American Tobacco*.

⁶²³ Schon zu Art. 222 EGV (heute Art. 295 EG/345 AEUV) hatte der EuGH entschieden, dass dieser Artikel „nicht jeglichen Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Ausübung gewerblicher Schutzrechte des innerstaatlichen Rechts“ ausschließt, EuGH, Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 (394) – *Consten Grundig*; auch *Streinz*, in: *ders.*, Art. 17 GR-Charta Rn. 5.

⁶²⁴ EuGH, Rs. 182/83, Slg. 1984, 3677 (3685, Rn. 7) – *Fearon*; Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809 (4832, Rn. 44) – *Goldene Aktien III* (Kommission/Belgien).

Darüber hinaus zeigt sich auch an der gemeinsamen Agrar- und Umweltpolitik⁶²⁵ und ebenso am Wettbewerbsrecht,⁶²⁶ wie das Europarecht Einfluss auf die Ausübungsmodalitäten des Eigentums nimmt. **2795**

Ein weiteres Argument lässt sich aus Art. 17 EGRC selbst ableiten: Wenn auf europäischer Ebene mit Art. 17 EGRC die Grundzüge der Enteignung geregelt werden, setzt dies auch eine solche Einflussnahme auf nationale Eigentumsrechte als möglich voraus.⁶²⁷ Allerdings wird eine solche Kompetenz nicht schon durch Art. 17 EGRC selbst geschaffen, da gem. Art. 51 Abs. 2 EGRC keine neuen Zuständigkeiten und Aufgaben der Gemeinschaft begründet werden. **2796**

Schließlich hätten auch in Art. 30 EG/36 AEUV nationale Vorschriften zum Eigentumsschutz nicht gesondert genannt werden müssen, wenn bereits der Begriff der Eigentumsordnung nach Art. 295 EG/345 AEUV sämtliche Eigentumsvorschriften erfasste.⁶²⁸ **2797**

Art. 295 EG/345 AEUV hindert demnach nicht eine europarechtlichen Ausgestaltung der „feinen Linien“ des Eigentumsschutzes nach Art. 17 EGRC. In Ermangelung solcher Vorschriften versagt er freilich auch nicht den rechtspraktisch notwendigen Rückgriff auf die nationalen Rechtsordnungen.⁶²⁹ Rechtspolitisch wäre der Homogenität des europäischen Eigentumsschutzes aber mit einer europarechtlichen Vorgabe sehr geholfen. **2798**

VI. Folgerungen

Die Einflüsse auf das europäische Eigentumsrecht nach Art. 17 EGRC sind mithin **2799** zahlreich. Über die Rechtsprechung des EuGH wirken die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten in der durch den EuGH judizierten Weise auf das Eigentumsrecht ein. Darüber hinaus hat der EuGH auch stets die EMRK als Rechtserkenntnisquelle zur Herausbildung seiner Rechtsprechung zu den europäischen Grundrechten herangezogen. Art. 52 Abs. 3 EGRC gibt den Eigentumsschutz nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK nunmehr als Bedeutungsgehalt des europäischen Eigentumsrechts nach Art. 17 EGRC vor. Nicht zuletzt erhält Art. 17 EGRC ein besonderes Gepräge durch die EU als Wirtschaftsgemeinschaft und hebt damit die Freiheitsfunktion des Eigentumsrechts im vermögensrechtlichen Bereich besonders hervor.

Die Harmonisierung dieser Ansätze zu einem einheitlichen und kohärenten europäischen Eigentumsrecht gestaltet sich zuweilen schwierig. Dennoch sieht sich die Entwicklung des europäischen Eigentumsrechts in der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH keinen grundlegenden Widersprüchen ausgesetzt, sondern kann vielmehr als eine gegenseitige und dynamische Erweiterung und Ergänzung begriffen werden. **2800**

⁶²⁵ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 16; s. auch u. Rn. 2942 f.

⁶²⁶ Bereits Riegel, RIW 1979, 744 (747).

⁶²⁷ In diese Richtung auch Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 295 EGV Rn. 11; dagegen Schmidt-Preuß, EuR 2006, 463 (475).

⁶²⁸ Thiel, JuS 1991, 274 (275).

⁶²⁹ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 36.

- 2801** Inwieweit nunmehr der EuGH die Einflüsse und Grundsätze des EGMR zum Eigentumsrecht aufnimmt, bleibt abzuwarten. Ansatzpunkte werden im Folgenden aufgezeigt. Es ist ebenso denkbar, dass der EuGH einzelne Aspekte des Eigentumsrechts in die Berufsfreiheit oder die unternehmerische Freiheit integriert und dadurch ein gleiches Schutzniveau gewährleistet. Das kann insbesondere deshalb der Fall sein, weil die EMRK kein Grundrecht der Berufsfreiheit kennt und der EGMR sich deshalb beim Schutzbereich des Eigentumsrechts großzügiger gezeigt hat.
- 2802** Allerdings ist bei der künftigen Rechtsprechung des EuGH zum Eigentumsrecht nicht die Zurückhaltung des EGMR bei der Beurteilung politisch initiiert Eigentumsbeeinträchtigungen zu erwarten. Hier wirkt die Fortentwicklung der Union zur Wertegemeinschaft als Korrektiv des souveränen staatlichen Beurteilungsspielraums⁶³⁰ bei Eingriffen in das Eigentumsrecht. Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH auch dem Unionsgesetzgeber in diesem Sinne engere Grenzen setzt.

VII. Widerspiegelung im Wortlaut

- 2803** Bei der Genese des Eigentumsrechts wurde im Ausgangspunkt eine enge Anlehnung an die Formulierung des Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK gewählt. Die EMRK sollte inhaltlich auch in den Schutzbereich des Art. 17 der Charta aufgenommen werden.⁶³¹ Gleichwohl geht der Wortlaut des Art. 17 EGRC letztlich teilweise über denjenigen des Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK hinaus, teilweise bleibt er aber auch dahinter zurück. Ersteres gilt exemplarisch für den positiven Schutzbereich wie auch für das in Art. 17 Abs. 2 EGRC explizit erwähnte Recht des geistigen Eigentums. Letzteres trifft hingegen für den persönlichen Schutzbereich zu.⁶³²
- 2804** In der teilweisen Übernahme des Wortlautes des Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK perpetuiert sich der Wille zur Einbeziehung des Eigentumsschutzes nach der EMRK, und zwar auch, soweit dieser durch den EGMR inhaltlich angereichert wurde. Der darüber hinausgehende Wortlaut des Art. 17 EGRC nimmt daneben die Einflüsse der Rechtsprechung des EuGH auf und führt damit alle Rechtsquellen zur Ausprägung eines europäischen Eigentumsschutzes nach Art. 17 EGRC zusammen.
- 2805** Für eine dogmatische Strukturierung des Eigentumsgrundrechts nach Art. 17 EGRC erweist sich die kasuistische Herangehensweise von EGMR und EuGH bei der Konkretisierung des Eigentumsschutzes als wenig ergiebig. Entsprechend wurde eine allgemeine Definition des Eigentumsbegriffs bislang noch nicht aufgestellt.⁶³³ Dies bedeutet aber auch, dass weder der EGMR⁶³⁴ noch der EuGH eine

⁶³⁰ Jüngst EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (26 f.) – Brückl/Deutschland; bereits Urt. vom 7.7.1989, Nr. 10873/84 (Rn. 58, 62), Ser. A 159 – Tre Traktörer/Schweden.

⁶³¹ S.o. Rn. 2776.

⁶³² Ohne dass sich aber daraus in der Sache Einschränkungen ergeben, s.u. Rn. 2806 ff.

⁶³³ Cremer, in: Grote/Maruhn, Kap. 22 Rn. 50.

Fortentwicklung des Eigentumsschutzes behindern, indem sie in ihrer Rechtsprechung starre inhaltliche Grenzen des Eigentums festlegen.

B. Berechtigte

I. „Jede Person“

Träger des Eigentumsrechts nach Art. 17 EGRC ist „jede Person“. Die Offenheit dieses Begriffs legt grundsätzlich die Einbeziehung aller natürlichen und juristischen Personen in den Schutz des Art. 17 EGRC nahe.⁶³⁵ Unglücklich ist dennoch, dass die EGRC an anderer Stelle explizit eine Berechtigung natürlicher sowie auch juristischer Personen vorsieht⁶³⁶ und die Uneinheitlichkeit der Wortwendungen somit den Anschein abweichender Regelungsinhalte hervorruft. Auch enthält die EGRC keine Bestimmung, die juristische Personen allgemein unter den Schutz der EGRC stellt, soweit diese ihrem Wesen nach anwendbar sind, wie es vergleichsweise in Art. 19 Abs. 3 GG vorgesehen ist.⁶³⁷ **2806**

Dass auch juristische Personen vom Schutz des Art. 17 EGRC erfasst sind, lässt sich aber durch Rückgriff auf den Bedeutungsgehalt nach der EMRK gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC gewinnen. Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK berechtigt ausdrücklich „jede natürliche oder juristische Person“.⁶³⁸ Auch der EuGH hat juristischen Personen den Schutz des europäischen Eigentumsrechts implizit zugesprochen. Er problematisierte die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen für das Eigentumsrecht nicht, sondern setzte diese durch seinen Prüfungsgang voraus.⁶³⁹ Gleichwohl hat er bislang noch bei keiner juristischen Person eine Verletzung des Eigentumsrechts angenommen, so dass er sich auch nicht abschließend zu deren Grundrechtsberechtigung äußern musste.⁶⁴⁰ **2807**

⁶³⁴ V. Danwitz, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (223).

⁶³⁵ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 42; Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 59.

⁶³⁶ Vgl. Art. 42 und 43 EGRC.

⁶³⁷ S. Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 14 Rn. 30, will diesen Grundsatz auch ohne entsprechende Normierung übertragen; vgl. auch Rengeling/Szczekalla, Rn. 390.

⁶³⁸ Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 51.

⁶³⁹ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7474 f., Rn. 65 ff.) – Booker Aquaculture.

⁶⁴⁰ Vgl. auch Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 52; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 43.

II. Juristische Personen des öffentlichen Rechts

1. Privateigentum und Eigentum Privater

- 2808** Bislang ist über den Eigentumsschutz zugunsten juristischer Personen des öffentlichen Rechts⁶⁴¹ sowie juristischer Personen des Privatrechts, deren Anteile mehrheitlich in öffentlicher Hand liegen (im Folgenden: öffentliche Unternehmen), weder durch den EGMR⁶⁴² noch den EuGH abschließend entschieden worden.⁶⁴³ In der Lit. wird ein solcher Schutz mehrheitlich abgelehnt.⁶⁴⁴ Es werden lediglich die klassischen Ausnahmen bei einer Tätigkeit im Wirkungsbereich eines Grundrechts und damit nur für dieses jeweilige Grundrecht zugelassen. Dies gilt etwa für öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften und die Religionsfreiheit sowie für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und die Rundfunkfreiheit, des Weiteren für Universitäten und die Wissenschaftsfreiheit.⁶⁴⁵
- 2809** Nähme man Art. 17 EGRC wörtlich, so müssten vom Begriff „jede Person“ auch öffentliche Unternehmen erfasst sein. Diesen Rückschluss haben der EuGH⁶⁴⁶ und die Lit.⁶⁴⁷ jedenfalls für die Klagebefugnis in Art. 230 Abs. 4 EG/263 Abs. 4 AEUV, die für „jede natürliche oder juristische Person“ besteht, gezogen und damit den Begriff der juristischen Person im europarechtlichen Sinne weit ausgelegt.⁶⁴⁸
- 2810** Eine solche Auslegung des Art. 17 EGRC kommt allerdings in Konflikt mit der aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannten Lehrformel: das Eigentumsgrundrecht „schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater“.⁶⁴⁹ Dabei handelt es sich um eine Ausprägung des Grundsatzes, dass Grundrechtsverpflichtung und Grundrechtsberechtigung i.d.R. nicht in einer Person zusammenfallen können.⁶⁵⁰ Historische Grundlage des Eigentumsgrundrechts sei der Schutz vor hoheitlichen Übergriffen, der sich bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts jedoch lediglich als Kompetenzkonflikt darstellen könne.⁶⁵¹

⁶⁴¹ Allgemein dazu o. Rn. 298 ff.

⁶⁴² Vgl. aber u. Rn. 2816 zu EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Rn. 49), ÖJZ 1995, 428 (429) – Holy Monasteries/Griechenland.

⁶⁴³ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 60; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 52 GRCh Rn. 54. Es handelt sich dabei auch um ein allgemeines Problem der Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, s.o. 298 ff.

⁶⁴⁴ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 60; Rengeling/Szczekalla, Rn. 392; Jarass, § 22 Rn. 16.

⁶⁴⁵ Vgl. dazu Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 62 f.

⁶⁴⁶ EuGH, Rs. 222/83, Slg. 1984, 2889 (2896 f., Rn. 8 ff.) – Differdange; Rs. 62 u. 72/87, Slg. 1988, 1573 (1592, Rn. 8) – Exécutif régional Wallon; EuG, Rs. T-132 u. 143/96, Slg. 1999, II-3663 (3701, Rn. 81) – Freistaat Sachsen.

⁶⁴⁷ Gaitanides, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 230 EG Rn. 45; Cremer, in: Calliess/Ruffert, Art. 230 EGV Rn. 27.

⁶⁴⁸ Gaitanides, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 230 EG Rn. 45.

⁶⁴⁹ BVerfGE 61, 82 (108 f.) – Sasbach.

⁶⁵⁰ Rengeling/Szczekalla, Rn. 392.

⁶⁵¹ BVerfGE, 61, 82 (101); Jarass, § 22 Rn. 16.

2. Das Eigentumsrecht öffentlicher Unternehmen in der Wirtschaftsgemeinschaft der Europäischen Union

a) Wirtschaftseigentum öffentlicher Unternehmen

Die Richtigkeit dieser Prämisse für das europäische Eigentumsrecht steht jedoch gerade vor dem Hintergrund der Union als Wirtschaftsgemeinschaft in Frage. Öffentliche Unternehmen beteiligen sich wie private Unternehmen am europäischen Binnenmarkt. Dadurch werden die Unterscheidungsmerkmale zur Privatwirtschaft in Form einer öffentlichen Aufgabe und der Ausübung von Hoheitsgewalt einge- 2811
ebnet, welche das Eigentumsrecht öffentlicher Unternehmen ansonsten auf einen Kompetenzkonflikt staatlicher Organe reduzierte.⁶⁵²

Wird ein öffentliches Unternehmen am Markt tätig, so „wird es den Wettbewerbsregeln unterstellt, wie es die elementaren Grundsätze des Gemeinschaftsrechts vorschreiben. Das ist keine Beeinträchtigung des öffentlichen Eigentums, sondern eine Gleichbehandlung des öffentlichen und des privaten Eigentümers.“⁶⁵³ Diese Gleichbehandlung findet zwar an der partiellen Entbindung von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ihre Grenzen.⁶⁵⁴ Immerhin aber sind im Ansatz die Wettbewerbsregeln gleichermaßen heranzuziehen. Zudem kann sich diese Ausnahmeklausel auch auf private Unternehmen beziehen, da auch diese für die genannten gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen eingeschaltet worden sein können.⁶⁵⁵ Damit handelt es sich um eine Sonderbehandlung wegen der Art der übertragenen Aufgabe und nicht wegen der Rechtsform. Vor allem sind öffentliche Unternehmen wie private aus den Grundfreiheiten berechtigt, wenn sie einen Erwerbszweck verfolgen.⁶⁵⁶ 2812

Stehen also öffentliche und private Unternehmen im Wettbewerb und findet daher eine weitgehende Gleichstellung des öffentlichen und des privaten Eigentums auf europäischer Ebene im Binnenmarkt statt, so kann auch für den Eigentumsschutz als Grundlage wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit⁶⁵⁷ nichts anderes gelten.⁶⁵⁸ Für private und öffentliche Unternehmer besteht dann die gleiche grundrechtstypische Gefährdungslage.⁶⁵⁹ Soweit daher ein öffentliches Unternehmen wie ein privates Unternehmen am Binnenmarkt teilnimmt, steht auch dessen Eigentum unter dem Schutz des Art. 17 EGRC.⁶⁶⁰ 2813

Im Gegensatz zu den nach deutschem Verfassungsrecht geltenden Grundsätzen⁶⁶¹ können sich daher auch kommunale Energieversorgungsunternehmen und 2814

⁶⁵² Zu diesem Argument auch *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 58.

⁶⁵³ EuGH, Rs. C-83 u.a./01, Slg. 2003, I-6993 (7029 ff., Rn. 7) – Chronopost.

⁶⁵⁴ Näher *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 1986 f., 2105.

⁶⁵⁵ *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 2026.

⁶⁵⁶ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 233 ff.

⁶⁵⁷ Zu diesem Verständnis des Eigentums auch BVerfGE 50, 290 (339).

⁶⁵⁸ *Tettinger*, in: FS für Börner, 1992, S. 625 (637, 640); *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 70 f.

⁶⁵⁹ *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 43.

⁶⁶⁰ Vgl. allgemein o. Rn. 304 ff.

⁶⁶¹ Dazu *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 209 ff.

öffentlich-rechtliche Sparkassen auf den Eigentumsschutz nach Art. 17 EGRC berufen. Pointiert lässt sich formulieren: Art. 17 EGRC schützt das Wirtschaftseigentum, nicht lediglich das Eigentum der Privatwirtschaft.

- 2815** Diese These wird auch durch den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 20 EGRC gestützt. Diesen wendet der EuGH auch auf juristische Personen des öffentlichen Rechts an.⁶⁶²

b) Negativkriterium Hoheitsgewalt

- 2816** Erste Ansätze zu einem solch weiten Verständnis des Eigentumsschutzes juristischer Personen des öffentlichen Rechts auf europäischer Ebene hat der EGMR in der Entscheidung *Holy Monasteries* zu erkennen gegeben.⁶⁶³ Griechisch-orthodoxe Klöster hatten eine Verletzung ihres Eigentumsrechts aus Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK gerügt, weil ihnen durch Gesetz Grundeigentum entzogen wurde. Der EGMR erkannte die Grundrechtsberechtigung der Klöster für das Eigentumsrecht an, obschon es sich bei ihnen um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelte. Bei seiner Entscheidung hat auch der EGMR wesentlich darauf abgestellt, dass die Klöster gerade keine Hoheitsgewalt ausüben⁶⁶⁴ und aufgrund ihrer Zwecksetzung als religiöse Einrichtung nicht mit Verwaltungseinrichtungen gleichzusetzen sind.⁶⁶⁵ Dies muss nach der oben entwickelten Argumentation auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten, bei denen die wirtschaftliche Tätigkeit am Markt im Vordergrund steht.

C. Eigentum

I. Grundlagen

- 2817** Der Begriff des Eigentums, d.h. der sachlich gegenständliche Schutzbereich des Art. 17 EGRC, ist in der Charta, mit Ausnahme des in Art. 17 Abs. 2 EGRC genannten geistigen Eigentums, nicht vorgegeben.
- 2818** Im Gegensatz zu anderen Rechtsakten, die den Eigentumsschutz gewährleisten, nennt Art. 17 EGRC allerdings ausdrücklich einen positiven Schutzbereich, nämlich das Besitzen, Nutzen, Verfügen über und Vererben des Eigentums. Indem die Verwendungsmöglichkeiten des Eigentums bereits durch den positiven Schutzbereich skizziert und damit aus dem Eigentumsbegriff selbst herausgehoben werden, hat sich die Definition des Eigentumsbegriffs auf dessen Substanz zu beschränken.

⁶⁶² EuGH, Rs. 188-190/80, Slg. 1982, 2545 (2577 f., Rn. 21) – Frankreich u.a./Kommission; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 12; s.u. Rn. 3189, 3211.

⁶⁶³ S. EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Rn. 49), ÖJZ 1995, 428 (429) – *Holy Monasteries*/Griechenland.

⁶⁶⁴ S. aus der Lit. ebenso allgemein *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 61; *Jarass*, § 4 Rn. 32 ff.; *Pielow/Ehlers*, IR 2007, 259 (263).

⁶⁶⁵ Religionsgesellschaften genießen auch nach deutschem Verfassungsrecht den Schutz des Art. 14 GG. Dies ergibt sich aus Art. 140 i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV, *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 215.

Diese bildet die Grundlage für die Verwendungsmöglichkeiten, die daher darauf aufbauend dargestellt werden.⁶⁶⁶

Bei der Ausformung des Schutzbereichs nach Art. 17 EGRC gilt es, zwei Leitlinien gerecht zu werden. Zum einen Art. 52 Abs. 3 EGRC, wonach die EMRK den Bedeutungsgehalt für die EGRC vorgibt. Zum anderen muss der Gedanke der EU als Wirtschaftsgemeinschaft angemessen gewürdigt werden. **2819**

Für die Bestimmung des Eigentumsschutzes nach Art. 17 EGRC dienen sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch die EMRK als Rechtserkenntnisquellen.⁶⁶⁷ Die Rechtsprechung des EGMR und des EuGH ist allerdings nicht in jeder Hinsicht kohärent. Das gilt etwa für den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, für öffentlich-rechtliche Positionen und den Vermögensschutz.⁶⁶⁸ Bei dieser Differenzierung widersprechen sich der EuGH und der EGMR jedoch nicht grundsätzlich, sondern gehen in ihren Urteilen teilweise etwas weiter als das jeweils andere Gericht. Nicht ausgeschlossen ist damit, dass auch das bislang zurückhaltendere Gericht den Weg zu einem erweiterten Schutzbereich einschlägt. **2820**

Schon vor diesem Hintergrund ist der Eigentumsbegriff nach Art. 17 EGRC weit auszulegen.⁶⁶⁹ Auch der EGMR hatte den Eigentumsbegriff des Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK weit zu interpretieren,⁶⁷⁰ um durch die Möglichkeit zur Einbeziehung eines jeden nach den nationalen Rechtsordnungen geschützten Eigentumsrechts den mangelnden Normunterbau der EMRK zu kompensieren.⁶⁷¹ **2821**

II. Erworbenes und Erwerbschancen

Der EGMR hat den Schutz von Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK in der Entscheidung *Marckx* nur für bereits vorhandene Eigentumspositionen gelten lassen und dies mit einem Verweis auf den Wortlaut „Achtung seines Eigentums“ begründet.⁶⁷² Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK garantiert daher kein Recht auf Eigentumserwerb.⁶⁷³ Erwartungen und Chancen werden nicht geschützt;⁶⁷⁴ Ungewissheit gehört nach dem EuGH zum Wesen wirtschaftlicher Tätigkeit.⁶⁷⁵ Dieser Grundsatz ist auch auf Art. 17 EGRC übertragen worden⁶⁷⁶ und deckt sich ebenso **2822**

⁶⁶⁶ S.u. Rn. 2868 ff.

⁶⁶⁷ S.o. Rn. 2775 ff.

⁶⁶⁸ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 15 mit Fn. 360 a.E.

⁶⁶⁹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 15.

⁶⁷⁰ Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 4.

⁶⁷¹ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 36.

⁶⁷² EGMR, Urt. vom 13.6.1979, Nr. 6833/74 (Rn. 50), NJW 1979, 2449 (2452) – *Marckx*/Belgien.

⁶⁷³ EGMR, Entsch. vom 2.3.2005, Nr. 71916/01 u.a. (Rn. 74c), NJW 2005, 2530 (2531) – *Maltzan* u.a./Deutschland.

⁶⁷⁴ EuGH, Rs. 154/78, Slg. 1980, 907 (1010 f., Rn. 89) – *Valsabbia*; Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 42; vgl. aber die rechtlich gesicherten Erwartungen bei den obligatorischen Rechten Rn. 2826 ff.

⁶⁷⁵ S. bereits EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 14) – *Nold*.

⁶⁷⁶ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 15; *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1090).

mit der aus dem deutschen Verfassungsrecht geläufigen Regel, dass Art. 14 GG lediglich das Erworbenene, nicht hingegen den Erwerb schützt.⁶⁷⁷

2823 Diese Abgrenzung ist allerdings sehr schematisch und lässt die bestehenden Verbindungen außer Acht. Das Erworbenene bildet vielfach die Grundlage für den Erwerb. In der Nutzung vorhandener Produktionsmittel für geschäftliche Vorgänge laufen beide Positionen ineinander und beeinflussen sich auch gegenseitig. Werden geschäftliche Möglichkeiten staatlich beschränkt, wirkt sich dies auf die Produktionsmittel und damit das Bestehende aus, und zwar auch jenseits einer Entwertung etwa durch Entzug einer Zulassung⁶⁷⁸ oder einer sonstigen Funktionsuntauglichkeit. So kann ein Umbau notwendig sein oder eine Umschichtung.

2824 Tiefer gehend wird dann die Nutzung des Erworbenen beschränkt und damit die Freiheit, das Eigentum nach seinen Vorstellungen zu gebrauchen.⁶⁷⁹ Genau darin liegt aber vielfach der Kern des Eigentums. Immerhin haben EuGH und EGMR im Fall *Bosphorus* Nutzungsrechte als Eigentum angesehen, wenngleich isoliert auf der Basis eines Leasingvertrages⁶⁸⁰ bzw. in Form des Ertrags aus der Anmietung des Flugzeugs.⁶⁸¹ An dieser letzten Wendung zeigt sich die besonders enge Verbindung von Erworbenem und Erwerb. Daher muss der Erwerb durch Erworbenes eigentumsrechtlich geschützt sein, soweit er in dem jeweiligen Eigentumsgegenstand angelegt ist wie z.B. die Baufreiheit in einem bebaubaren Grundstück.

III. Sach- und Grundeigentum

2825 Vom Schutzbereich des Art. 17 EGRC ist zunächst das Eigentum an Mobilien und Immobilien erfasst.⁶⁸² Obwohl der EuGH und der EGMR sich in ihrer Rechtsprechung dazu nicht eindeutig äußerten, haben beide den Schutz von Sach- und Grundeigentum in ihren Urteilen vorausgesetzt.⁶⁸³ Auch sonstige dingliche Rechte⁶⁸⁴ und das Vorbehaltseigentum⁶⁸⁵ werden vom Eigentumsrecht erfasst.

⁶⁷⁷ BVerfGE 30, 292 (334 f.); *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 30.

⁶⁷⁸ Für eine Apotheke EGMR, *Entsch.* vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (26) – Brückl/Deutschland.

⁶⁷⁹ Bereits *Frenz*, *Europarecht* 3, Rn. 1816 unter Bezug auf BVerfGE 88, 366 (377); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 57. S. auch u. Rn. 2843 ff. zum Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs.

⁶⁸⁰ EuGH, Rs. C-84/95, *Slg.* 1996, I-3953 (3985 f., Rn. 19, 22) – *Bosphorus*.

⁶⁸¹ EGMR, *Urt.* vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 140), NJW 2006, 197 (200) – *Bosphorus/Irland*.

⁶⁸² *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 3; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 17 Rn. 15; *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 37; *Jarass*, § 22 Rn. 8; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 25; *Müller-Michaels*, *Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union*, 1997, S. 65.

⁶⁸³ EuGH, Rs. 44/79, *Slg.* 1979, 3727 (3745, Rn. 17) – *Hauer*; EGMR, *Urt.* vom 23.9.1982, Nr. 7151 u. 7152/75 (Rn. 60), NJW 1984, 2747 (2747) – *Sporrong u. Lönnroth/Schweden*; deutlicher EGMR, *Urt.* vom 23.2.1995, Nr. 15375/89 (Rn. 57), Ser. A 306-B – *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Niederlande*; *Moshnyagul*, *Zum Eigentumschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht*, 2007, S. 40.

⁶⁸⁴ EGMR, *Urt.* vom 12.12.2002, Nr. 37290/97 (Rn. 10 i.V.m. 42 f.), EuGRZ 2003, 224 (227) – *Wittek/Deutschland*; *Jarass*, § 22 Rn. 8; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern,

IV. Obligatorische Rechte und Forderungen

Neben dem sachgegenständlichen Eigentum zählen auch obligatorische Rechte zum Schutzbereich des Eigentumsrechts.⁶⁸⁶ Das muss gerade für die EU als Wirtschaftsgemeinschaft gelten, da sich auch in obligatorischen Rechten die Freiheitsfunktion im vermögensrechtlichen Bereich wieder findet⁶⁸⁷ und diese Rechte ebenso wie dingliche Rechte Ergebnis eigener Leistung sind.⁶⁸⁸ **2826**

In der Entscheidung *Bosphorus* hat der EuGH Nutzungsrechte aufgrund eines Leasingvertrags als Bestandteil des Eigentumsrechts angesehen.⁶⁸⁹ Auch der EGMR war in derselben Sache, allerdings Jahre später nach dem Urteil des dem EuGH vorlegenden Gerichts, mit dieser Problematik befasst. An der Zuordnung zum Eigentumsschutz hat auch der EGMR keinen Zweifel gelassen, wenngleich das Eigentum im Urteil als „der Ertrag aus der Anmietung des Flugzeuges“ umschrieben wurde.⁶⁹⁰ **2827**

Der Ansatz des EuGH lässt sich für sämtliche schuldrechtliche Forderungen verallgemeinern, so dass auch Forderungen aus Darlehen, Miet- und Pachtrechten vom europäischen Eigentumsrecht erfasst sind.⁶⁹¹ Diese Forderungen gehen, wenn sie auf einen konkreten Gegenstand bezogen sind, vielfach mit einem Besitzanspruch einher. Dann ist vom jeweiligen Nutzungsrecht auch der Besitz als vom Eigentum trennbare Eigentumsposition erfasst.⁶⁹² **2828**

Die EKMR hat den Eigentumsschutz in diesem Sinne auch bei einem Anspruch auf Entschädigung nach einer Grundstücksenteignung greifen lassen.⁶⁹³ Allerdings ist der Schutz von Forderungen an die Bedingung geknüpft, dass diese wirksam ausgeübt⁶⁹⁴ und klageweise durchgesetzt werden können⁶⁹⁵ sowie vollstreckbar **2829**

Art. 17 Rn. 25; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Zusatzprotokoll Art. 1 Schutz des Eigentums Rn. 8; *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1091).

⁶⁸⁵ EGMR, Urt. vom 23.2.1995, Nr. 15375/89 (Rn. 57), Ser. A 306-B – Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Niederlande; *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1091).

⁶⁸⁶ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 22; *Frowein/Peukert*, Art. 1 des 1. ZP Rn. 5; *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 3.

⁶⁸⁷ Zu diesem Gedanken BVerfGE 83, 201 (208); 89, 1 (6).

⁶⁸⁸ *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 38.

⁶⁸⁹ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3985 f., Rn. 19, 22) – *Bosphorus*.

⁶⁹⁰ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 140), NJW 2006, 197 (200) – *Bosphorus/Irland*.

⁶⁹¹ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 3; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Zusatzprotokoll Art. 1 Schutz des Eigentums Rn. 9; *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1091).

⁶⁹² Zum deutschen Recht *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 201.

⁶⁹³ S. EGMR, Entsch. vom 2.3.2005, Nr. 71916/01 u.a. (Rn. 74d), NJW 2005, 2530 (2531 f.) – *Maltzan u.a./Deutschland*; Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 129 ff.), NJW 2005, 2521 (2523) – *Broniowski/Polen*.

⁶⁹⁴ EKMR, Beschl. vom 4.3.1996, Nr. 18890/91 u.a., NJW 1996, 2291 (2292) – *Weidlich u.a./Deutschland*.

⁶⁹⁵ EKMR, Entsch. vom 3.10.1984, Nr. 10438/83, DR 41, 170 (173) – *Batelaan u. Huijges/Niederlande*.

sind⁶⁹⁶ und damit rechtlich gesicherte Erwartungen darstellen.⁶⁹⁷ Die rechtliche Fundiertheit der Ansprüche kann sich aus Rechtsnormen oder gefestigter Rechtsprechung ergeben.⁶⁹⁸ Dies trifft etwa für Ansprüche aus Deliktsrecht,⁶⁹⁹ arbeitsrechtliche Vergütungsansprüche,⁷⁰⁰ Honorare⁷⁰¹ und Vorkaufsrechte zu.⁷⁰²

2830 Darüber hinaus sind auch Jagd- und Fischereirechte⁷⁰³ dem Eigentumsschutz unterstellt.⁷⁰⁴ Auch vermögenswerte Anteile etwa in Form gesellschaftsrechtlichen Anteilseigentums durch Aktien⁷⁰⁵ oder als Anteil an einer Erbengemeinschaft⁷⁰⁶ sind vom EGMR als Eigentumsposition anerkannt worden. Sie beziehen sich auf Gesamtheiten, die ihrerseits Eigentum umfassen. Daher haben diesen Charakter auch Anteile an ihnen, selbst wenn die Gesamtheit als solche wie etwa eine Erbengemeinschaft selbst kein Eigentum darstellt.⁷⁰⁷

2831 Nachträgliche Änderungen der Gesetzeslage haben auf den Bestand bereits geschützter Forderungen keine Auswirkungen; sie sind weiterhin als Eigentum zu schützen.⁷⁰⁸

⁶⁹⁶ EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13427/87 (Rn. 58), ÖJZ 1995, 432 (433) – Stran Greek Refineries/Griechenland.

⁶⁹⁷ EGMR, Entsch. vom 2.3.2005, Nr. 71916/01 u.a. (Rn. 74c), NJW 2005, 2530 (2531) – Maltzan u.a./Deutschland; Urt. vom 10.7.2002, Nr. 39794/98 (Rn. 69), RJD 2002-VII – Gratzinger u. Gratzingerova/Tschechien.

⁶⁹⁸ EGMR, Urt. vom 28.9.2004, Nr. 44912/98 (Rn. 52), RJD 2004-IX – Kopecký/Slovakien.

⁶⁹⁹ EGMR, Urt. vom 20.11.1995, Nr. 17849/91 (Rn. 31), ÖJZ 1996, 275 (276) – Pressos Compania Naviera S.A./Belgien.

⁷⁰⁰ EGMR, Urt. vom 25.10.2001, Nr. 41879/98 (Rn. 25 f.) – Saggio/Italien.

⁷⁰¹ EGMR, Urt. vom 19.10.2000, Nr. 31227/96 (Rn. 24) – Ambrosi/Italien.

⁷⁰² EGMR, Urt. vom 5.1.2000, Nr. 33202/96 (Rn. 105), NJW 2003, 654 (656) – Beyeler/Italien.

⁷⁰³ EGMR, Urt. vom 24.9.2002, Nr. 27824/95 (Rn. 76), RJD 2002-VII – Posti u. Rahku/Finnland.

⁷⁰⁴ Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 7.

⁷⁰⁵ EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9006/80 u.a. (Rn. 107), EuGRZ 1988, 350 (356) – Lithgow u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 25.7.2002, Nr. 48553/99 (Rn. 91), RJD 2002-VII – Sovtransavto/Ukraine; *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 40 f.

⁷⁰⁶ EGMR, Urt. vom 20.2.2003, Nr. 47316/99 (Rn. 8, 32 f.) – Forrer-Niedenthal/Deutschland.

⁷⁰⁷ Zu Unternehmensgesamtheiten s.u. Rn. 2843 ff. beim eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

⁷⁰⁸ EGMR, Urt. vom 20.11.1995, Nr. 17849/91 (Rn. 31), ÖJZ 1996, 275 (276) – Pressos Compania Naviera S.A./Belgien.

V. Eigentum an öffentlich-rechtlichen Positionen

1. Subjektive öffentlich-rechtliche Positionen aus Eigenleistung

a) *Früchte eigener Arbeit als Ansatz*

Nach der Entscheidung *Wachauf* wäre eine Regelung, die einen Pächter „nach Ablauf des Pachtverhältnisses entschädigungslos um die Früchte seiner Arbeit und der von ihm in dem verpachteten Betrieb vorgenommenen Investitionen“ bringen würde, „mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsordnung unvereinbar“. ⁷⁰⁹ In der Sache ging es um Vergütungsansprüche gegen das Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, die der Pächter durch Aufgabe der Milcherzeugung für diesen Betrieb erworben hatte und welche ihm auch nach Ablauf des Pachtverhältnisses erhalten bleiben sollten. 2832

Besonderes Augenmerk legt der EuGH auf die vom VG Frankfurt a.M. im Vorlagebeschluss vorgeprägte Wendung „um die Früchte seiner Arbeit ... gebracht würde“. ⁷¹⁰ Dieser Formulierung ist zunächst vom Leistungsgedanken getragen. ⁷¹¹ Daneben geht aus ihr auch der Äquivalenzgedanke hervor. Aufgrund dieser tragenden Erwägungen lässt sich die Entscheidung *Wachauf* bei abstrakter Betrachtung in die Kategorie der öffentlich-rechtlichen Ansprüche aus Eigenleistung einordnen. ⁷¹² Unter diese Kategorie fallen auch Leistungen der sozialen Sicherheit ⁷¹³ sowie Rentenanwartschaften, ⁷¹⁴ zu denen der EuGH jedoch bislang nicht abschließend Stellung bezogen hat. ⁷¹⁵ 2833

b) *Kein Ausschluss durch nationale Besonderheiten*

Der Einbeziehung von Sozialversicherungsansprüchen in den Schutzbereich des Eigentumsrechts ist teilweise mit Hinweis auf die Besonderheit des deutschen So- 2834

⁷⁰⁹ EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639 f., Rn. 19) – *Wachauf*.

⁷¹⁰ In den Entscheidungen von *Deetzen* und *Bostock* hat der EuGH hingegen negativ festgestellt, dass das Eigentumsrecht jedenfalls keine Rechte zur kommerziellen Verwertung von Vorteilen schützt, die weder aus dem Eigentum noch aus der Berufstätigkeit des Betroffenen herrühren. In der Sache ging es um gemeinschaftsrechtlich eingeräumte Lizenzen zur Milcherzeugung, die der EuGH nicht unter den Eigentumsschutz gestellt hat, EuGH, Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119 (5156, Rn. 27) – von Deetzen; Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955 (984, Rn. 19) – Bostock; s.u. Rn. 2839.

⁷¹¹ So auch v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (262) mit Hinweis auf EuGH, Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119 (5156, Rn. 27) – von Deetzen; Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955 (984, Rn. 19) – Bostock.

⁷¹² Zum deutschen Recht *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 136.

⁷¹³ EuGH, Rs. 41 u.a./79, Slg. 1980, 1979 (1996, Rn. 17; 1998, Rn. 22) – *Testa*; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 811; *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1091).

⁷¹⁴ S. EuGH, Rs. C-227/89, Slg. 1991, I-323 – *Rönfeldt*. Der EuGH nimmt in dieser Entscheidung nicht zum Eigentumsrecht an Rentenanwartschaften Stellung. Er konnte diese bereits dadurch schützen, dass er der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Ergebnis eine Anrechnung von im europäischen Ausland geleisteten Rentenversicherungsbeiträgen entnahm.

⁷¹⁵ *Jarass*, § 22 Rn. 10.

zialrechts entgegengetreten worden, die sich nicht unvermittelt auf Gemeinschaftsebene übertragen ließe.⁷¹⁶ Dieses Argument geht jedoch an einem wesentlichen Grundsatz des europäischen Eigentumsrechts vorbei: Wie oben dargelegt, bedarf das Eigentumsrecht einfachgesetzlicher Konkretisierung.⁷¹⁷ Diese Konkretisierung erfolgt durch nationales Recht. Wenn durch dieses Recht eine Eigentumsposition begründet wird, dann ist sie auch durch das europäische Eigentumsrecht zu schützen. Die Übertragung dieser Positionen auf die europäische Ebene ist für die anderen Mitgliedstaaten schon deshalb unschädlich, weil sich die Entstehung eigentumsrechtlich geschützter Sozialversicherungsansprüche nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates richtet. Es zeigt sich hier die oben⁷¹⁸ bereits dargestellte Problematik, dass der Eigentumsschutz auf europäischer Ebene aufgrund der mitgliedstaatlichen einfachgesetzlichen Konkretisierung des Eigentums nicht zwingend einheitlich ausfällt.

c) *Loslösung von den Beiträgen*

- 2835** Dass auch Sozialleistungen zum Schutzbereich des Eigentumsrechts zählen können, wird durch die Rechtsprechung des EGMR gestützt.⁷¹⁹ Zwar hat er es abgelehnt, aus Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK eine Pensionsgarantie abzuleiten, gleichwohl aber auch nicht ausgeschlossen, dass ein auf Arbeit basierender Pensionsanspruch zum Eigentumsrecht erwachsen kann.⁷²⁰ Das kann unter anderem dann der Fall sein, wenn besondere Beiträge geleistet werden oder eine Pensionsvereinbarung mit dem Arbeitgeber arbeitsvertraglich abgesichert ist.⁷²¹
- 2836** Schafft ein Vertragsstaat nunmehr einen Anspruch auf Zahlung einer Sozialleistung, so erwächst dieser nach der neueren Rechtsprechung des EGMR zum Eigentumsrecht des Anspruchsinhabers unabhängig davon, ob dieser zuvor Beiträge entrichtet hat oder nicht.⁷²² Grundlage muss allerdings die vorherige Arbeitsleistung sein. Diese setzt sich dann unabhängig von Beiträgen in dem sozialversicherungsrechtlichen Anspruch fort.

⁷¹⁶ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 36; *Schilling*, EuZW 1991, 310 (311).

⁷¹⁷ Vgl. Rn. 2785.

⁷¹⁸ Vgl. Rn. 2786 ff.

⁷¹⁹ *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 4.

⁷²⁰ EGMR, Urt. vom 12.10.2004, Nr. 60669/00 (Rn. 39), RJD 2004-IX – Ásmundsson/Island; Urt. vom 20.6.2002, Nr. 56679/00 (Rn. 32) – Azinas/Zypern; Entsch. vom 27.9.2001, Nr. 40862/98 (Rn. 1), NJW 2003, 2441 (2441 f.) – Lenz/Deutschland; Urt. vom 4.3.1985, Nr. 10671/83, DR 42, 229 (232) – T./Schweden; *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 48.

⁷²¹ EGMR, Urt. vom 4.3.1985, Nr. 10671/83, DR 42, 229 (232) – T./Schweden; vgl. auch EGMR, Urt. vom 29.5.1986, Nr. 8562/79 (Rn. 40), EuGRZ 1988, 14 (18) – Feldbrugge/Niederlande.

⁷²² EGMR, Urt. vom 2.2.2006, Nr. 51466/99 u. 70130/01 (Abschnitt I.4.), NVwZ 2006, 1274 (1275) – Buchheit u. Meinberg/Deutschland; Urt. vom 12.4.2006, Nr. 65731 u. 65900/01 (Rn. 53) – Stec u.a./Vereinigtes Königreich; in diese Richtung auch schon EGMR, Urt. vom 16.9.1996, Nr. 17371/90 (Rn. 39, 41), ÖJZ 1996, 955 (955) – Gaygusuz/Österreich; *Grabenwarter*, § 25 Rn. 5.

Dieser Ansatz hindert einen Staat gleichwohl nicht, die Höhe der Rente zu verringern, sofern dies im öffentlichen Interesse geboten ist.⁷²³ Dieser Grundsatz stimmt auch mit deutschem Verfassungsrecht überein. Lediglich der Anspruch auf Rentenzahlung wird von Art. 14 GG geschützt, nicht hingegen deren Höhe, da diese aufgrund des solidarischen Verteilungsprinzips der Sozialversicherung nicht garantiefähig ist.⁷²⁴ **2837**

d) *Einseitige Gewährungen*

Im Gegensatz zu subjektiven öffentlich-rechtlichen Positionen aus Eigenleistung werden einseitige Gewährungen nicht vom europäischen Eigentumsrecht geschützt.⁷²⁵ In diesen Fällen steht nicht die Entziehung erwirtschafteten Eigentums, sondern die Aufrechterhaltung staatlicher Leistungen im Vordergrund, die sich der Bürger jedoch nicht „verdient“ hat. Exemplarisch für diese staatlichen Leistungen können Interventionskäufe,⁷²⁶ Subventionen, Ausbildungsförderung und Kinderzulagen genannt werden,⁷²⁷ jedenfalls solange sie nicht durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert⁷²⁸ oder sofern dessen Voraussetzungen entfallen sind.⁷²⁹ **2838**

Einen Fall der einseitigen gemeinschaftsrechtlichen Gewährung rechtlicher Positionen hat der EuGH bei der Zuteilung von Milchquoten angenommen.⁷³⁰ Der EuGH entschied, dass das „in der Rechtsordnung der Gemeinschaft gewährleistete Eigentumsrecht nicht das Recht zur kommerziellen Verwertung eines Vorteils wie der im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation zugeteilten Referenzmenge umfasst, der weder aus dem Eigentum noch aus der Berufstätigkeit des Betroffenen herrührt“.⁷³¹ **2839**

Die gemeinsame Ordnung des Milchmarktes diene der Beschränkung einer Überproduktion an Milchprodukten mittels Festlegung einer Obergrenze.⁷³² Die **2840**

⁷²³ EGMR, Urt. vom 2.2.2006, Nr. 51466/99 u. 70130/01 (Abschnitt I.4.), NVwZ 2006, 1274 (1275) – Buchheit u. Meinberg/Deutschland.

⁷²⁴ *Depenheuer*, AöR 120 (1995), 417 (444).

⁷²⁵ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 35.

⁷²⁶ EuGH, Rs. C-296 u. 307/93, Slg. 1996, I-795 (850 f., Rn. 64) – Frankreich u. Irland/Kommission; vgl. auch Rs. 281/84, Slg. 1987, 49 (91 f., Rn. 25 f.) – Zuckerfabrik Bedburg.

⁷²⁷ A.A. zum deutschen Recht *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 123.

⁷²⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 2.2.2006, Nr. 51466/99 u. 70130/01 (Abschnitt I.4.), NVwZ 2006, 1274 (1275) – Buchheit u. Meinberg/Deutschland, wonach Ansprüche auf Zahlung von Sozialleistungen zum Eigentumsrecht erwachsen, wenn sie gesetzlich fixiert sind (dem Gesetzgeber ist dabei die Änderung der gesetzlichen Vorschriften gleichwohl unbenommen); vgl. im Übrigen zum Vertrauensschutz Rn. 3004.

⁷²⁹ EKMR, Entsch. vom 3.10.1984, Nr. 10438/83, DR 41, 170 (173) – Batelaan u. Huiges/Niederlande.

⁷³⁰ EuGH, Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119 (5156, Rn. 27) – von Deetzen; Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955 (984, Rn. 19) – Bostock.

⁷³¹ EuGH, Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119 (5156, Rn. 27) – von Deetzen; *Jarass*, § 22 Rn. 10. dazu auch *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 40; zum Argument des Vertrauensschutzes vgl. u. Rn. 3004.

⁷³² *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 40.

Zuteilung einer Milchquote war damit eine Befreiung von einer Freiheitsbeschränkung. Da die Freiheit aber dem Recht vorgegeben ist, kann auch die Zuteilung von Freiheit keine einseitige gemeinschaftsrechtliche Gewährung einer Rechtsposition darstellen. Wenn also die Zuteilung einer Milchquote ein geringeres Substitut der Freiheit ist, so muss bei aller Einschränkung der Freiheit zumindest die Rechtsposition geschützt sein, welche der vorgegebenen Freiheit am nächsten kommt. Wenn diese von ihrer Rechtsqualität her zur Eigentumsposition erwachsen kann, so ist sie über das Eigentumsrecht zu schützen.

2841 Dieser Gedankengang spiegelt sich auch in einer Entscheidung des EGMR zur Baufreiheit wider. Darin hat der EGMR den Entzug einer Abbaugenehmigung als Nutzungsregelung des Eigentums qualifiziert.⁷³³ Es zeigt sich daran erneut, dass der Entzug einer Genehmigung, die Substitut einer ohne das Gesetz naturgegebenen Freiheit ist, zur schützenswerten Rechtsposition avanciert. Daher ist auch bei Emissionsrechtszertifikaten zum Ausstoß von CO₂ ein eigentumsrechtlicher Schutz anzunehmen.⁷³⁴

2842 Für dieses Ergebnis spricht auch die Möglichkeit zum Verkauf der Referenzmengen⁷³⁵ sowie der Emissionsrechte, denn darin realisiert sich deren geldwerter Vorteil. In diesem Sinne konsequent ist die Entscheidung des EuGH in der Sache *Acor*. In seinem Urteil hebt der EuGH hervor, dass „eine entgeltliche Übertragung den Unternehmen, die die Quoten erwerben würden, an diesen ein Eigentumsrecht verschaffen“ würde.⁷³⁶ Die konsequente Fortsetzung ist die eigentumsrechtliche Gewährleistung der Quotenansprüche, die sich auf eine reglementierte Erwerbstätigkeit beziehen.⁷³⁷ Nur wenn es an einer solchen Basis aus eigener Leistung fehlt und diese damit entsprechend dem EuGH „weder aus dem Eigentum noch aus der Berufstätigkeit des Betroffenen herrührt“, besteht kein eigentumsgrundrechtlicher Schutz.

2. Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb

a) Substanzschutz des Unternehmens

2843 Das Eigentumsrecht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das im deutschen Verfassungsrecht als Rechtsbegriff bekannt,⁷³⁸ aber nicht fest anerkannt ist,⁷³⁹ sieht sich auf europäischer Ebene einigen Schwierigkeiten ausgesetzt. Der

⁷³³ EGMR, Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12033/86 (Rn. 47), ÖJZ 1991, 514 (515) – Fredin/Schweden (Nr. 1); der EGMR scheint an dieser Stelle allerdings ausschließlich auf den Eigentumsschutz am Grundstück abzustellen; vgl. aber u. Rn. 2901 ff. zum selbstständigen Eigentumsschutz von Genehmigungen.

⁷³⁴ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 49, der in der Sache allerdings einen Eigentumsschutz aufgrund eigener Leistung annimmt.

⁷³⁵ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 35.

⁷³⁶ EuGH, Rs. C-416/01, Slg. 2003 I-14083 (14133, Rn. 50) – Acor.

⁷³⁷ Im Ergebnis ebenso GA Jacobs, EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2630, Rn. 25 f.) – Wachauf; Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 35.

⁷³⁸ Dazu Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 95.

⁷³⁹ Das BVerfG ließ diese Frage in seinen Entscheidungen bislang offen, BVerfGE 51, 193 (221 f.) und BVerfG, NJW 2005, 589 (590).

EuGH hat sich zwar zahlreich mit dem Eigentumsschutz von Unternehmen auseinandergesetzt,⁷⁴⁰ die Eigentumsrechte der Unternehmen dabei jedoch nicht als Eigentum am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zusammengefasst, sondern sich darauf beschränkt, Unternehmen prinzipiell unter den Schutz des Eigentumsrechts zu stellen.⁷⁴¹

Unproblematisch vom Eigentumsrecht geschützt sind dabei solche Positionen, die ohnehin bereits als Eigentum zu qualifizieren sind und lediglich dem Unternehmen als Rechtsträger zugeordnet werden. Das gilt etwa für Betriebsmittel und Betriebsgrundstücke, also die einzelnen Substanzwerte des Unternehmens.⁷⁴² **2844**

Der Begriff des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes geht jedoch über den Schutz einzelner Eigentumspositionen hinaus und bezeichnet das Unternehmen in seiner Gesamtheit.⁷⁴³ Umfasst werden sämtliche Faktoren, die sich auf den wirtschaftlichen Wert des Betriebes auswirken,⁷⁴⁴ denn dadurch ist die Substanz des Unternehmens mittelbar betroffen.⁷⁴⁵ Beruhen diese Faktoren auch auf der Eigenleistung des Unternehmens, so werden sie als Bestandteile des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes vom Eigentumsrecht geschützt.⁷⁴⁶ **2845**

Auf der Grundlage dieses Gedankenganges hat der EGMR einzelne solcher Einflussfaktoren unter den Schutz des Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK gestellt. Erfasst wird danach der Goodwill⁷⁴⁷ sowie der Kundenstamm⁷⁴⁸ eines Unternehmens.⁷⁴⁹ In diesem Punkt zeigt sich auch eine Überschneidung mit den einseitigen gemeinschaftsrechtlichen Gewährungen.⁷⁵⁰ Führt die Rücknahme einer solchen Gewährung zu einer Beeinträchtigung des Goodwill oder des Kundenstamms eines Unternehmens, so liegt ein Eingriff in das Eigentumsrecht vor.⁷⁵¹ **2846**

Die vorgenannten Beispiele deuten darauf, dass unabhängig von der Begrifflichkeit beim eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in der Sache eine schutzwürdige Eigentumsposition lediglich dann vorliegt, wenn das Unternehmen **2847**

⁷⁴⁰ Das gilt insbes. für die gemeinsamen Marktordnungen; vgl. dazu u. Rn. 2850 f.

⁷⁴¹ Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 38 f.

⁷⁴² Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 31.

⁷⁴³ Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1091).

⁷⁴⁴ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 31.

⁷⁴⁵ Rengeling/Szczekalla, Rn. 809.

⁷⁴⁶ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 31.

⁷⁴⁷ EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 10873/84 (Rn. 53), Ser. A 159 – Tre Traktörer/Schweden.

⁷⁴⁸ S. EGMR, Urt. vom 26.6.1986, Nr. 8543/79 (Rn. 41), EuGRZ 1988, 35 (38) – van Marle u.a./Niederlande; Entsch. vom 25.5.1999, Nr. 37592/97, NJW 2001, 1558 – Olbertz/Deutschland; Entsch. vom 9.11.1999, Nr. 37595/97, NJW 2001, 1556 – Döring/Deutschland; Entsch. vom 20.4.1999, Nr. 33099/96, NJW 2001, 1555 – Hoerner Bank GmbH/Deutschland; jüngst EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (26) – Brückl/Deutschland.

⁷⁴⁹ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 31.

⁷⁵⁰ Dazu o. Rn. 2838 ff.

⁷⁵¹ Vgl. v. Danwitz, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (232) mit Hinweis auf EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 10873/84 (Rn. 53), Ser. A 159 – Tre Traktörer/Schweden.

in seiner Substanz betroffen oder zumindest bedroht ist.⁷⁵² Dies lässt sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH herauslesen.⁷⁵³

2848 Die Rechtsprechung des EGMR wird teilweise jedoch auch so gedeutet, dass jede Beeinträchtigung der Rentabilität oder des Wertes des Unternehmens eine Beeinträchtigung eigentumsrechtlicher Positionen darstellt.⁷⁵⁴ Dafür spricht, dass sich der Wert eines Unternehmens weniger aus den einzelnen Bestandteilen als vielmehr erst aus einer Gesamtschau ergibt. Ein Unternehmen muss daher als Ganzes eigentumsrechtlich geschützt sein, wenn es in seiner vollen vorhandenen und damit vorher geschaffenen Ausprägung erfasst werden soll. Deshalb ist der wirtschaftliche Gesamtwert zugrunde zu legen. Wertbildende Faktoren sind dabei vor allem der Goodwill und der Kundenstamm, die der EGMR bereits beide dem Eigentumsrecht unterstellt hat. Die Gewährleistung auch des wirtschaftlichen Gesamtwertes bildet damit nur die konsequente Fortsetzung. Eine Begrenzung des Eigentumsgrundrechts darf daher nicht auf Schutzbereichsebene erfolgen. Nicht staatlich bedingte Einflüsse können dann aus den Beeinträchtigungen ausgeschieden werden, um eine allzu starke Aufladung des Eigentumsgrundrechts zu verhindern.

2849 Darüber hinaus deutet die Absicherung der Unternehmerfreiheit im vorstehenden Art. 16 EGRC darauf hin, dass auch unternehmerische Aktivitäten abgesichert sein sollen.⁷⁵⁵ In der Gesamtschau mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit legt dies einen umfassenden Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs auch in seiner wirtschaftlichen Entfaltung nahe. Dies spricht ebenfalls für eine gemeinsame Betrachtung von Erwerb und Erworbenem.⁷⁵⁶

b) Eigentumsschutz von Marktanteilen und Marktrechten

2850 Eine eigentumsfähige Rechtsposition hat der EuGH für Marktanteile von Unternehmen verneint. Auf einem freien Markt ist ein Marktanteil eine faktische, jedoch keine verrechtlichte Position. Sie kann sich jederzeit nach den Grundsätzen der Marktwirtschaft ändern, so dass auch jede künftige Marktposition lediglich eine Erwartung an eine faktische Stellung sein kann.⁷⁵⁷ Unter diesen Voraussetzungen hat der EuGH den mit der Einführung einer gemeinsamen Marktorganisation für Bananen verbundenen Verlust von Marktanteilen nicht als Einwirkung auf eine Eigentumsposition der betroffenen Unternehmen angesehen.

⁷⁵² Dafür *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 45; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 809; *Cal-liess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 6.

⁷⁵³ *Jarass*, § 22 Rn. 13 mit Hinweis auf EuGH, Rs. C-363/01, Slg. 2003, I-11893 (11937, Rn. 55, 58) – Flughafen Hannover; vgl. ferner Rs. 258/81, Slg. 1982, 4261 (4280, Rn. 13) – Metallurgiki Halyps; Rs. 172/83, Slg. 1985, 2831 (2850, Rn. 29) – Hoogovens Groep; Rs. 154/78, Slg. 1980, 907 (1010 f., Rn. 89) – Valsabbia; Rs. 59/83, Slg. 1984, 4057 (4079, Rn. 21 f.) – Biovilac.

⁷⁵⁴ *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 43 f.

⁷⁵⁵ S. auch u. 3011.

⁷⁵⁶ S.o. Rn. 2804, 2824 sowie *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1817.

⁷⁵⁷ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065, Rn. 79) – Bananen; Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507 f., Rn. 13 f.) – Nold; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 33.

Jedoch führt eine gemeinsame Marktordnung auch ein rechtliches Regime der Markttätigkeit ein, so dass die Zuteilung von Referenzmengen innerhalb dieser Marktordnung nicht mehr lediglich eine faktische Marktstellung begründet, sondern zu einem Marktrecht avanciert.⁷⁵⁸ Dieses Marktrecht macht den wirtschaftlichen Wert eines marktregulierten Unternehmens aus. Es ist deshalb essenziell für den Substanzwert des Unternehmens und damit auch dem Schutz des Eigentumsrechts zu unterstellen.⁷⁵⁹ Inwieweit diese Position auch für die Zukunft grundrechtlich geschützt wird und damit über bloße Erwartungen und Gewinnchancen hinausgeht, ist hingegen eine Frage des Vertrauensschutzes und kann regelmäßig mit Übergangsregelungen grundrechtskonform gelöst werden.⁷⁶⁰ 2851

3. Geistiges Eigentum

Geistiges Eigentum ist Eigentum an immateriellen Gütern,⁷⁶¹ die ihren eigentums-spezifischen Vermögenswert aus einer schöpferischen Geistesleistung erhalten⁷⁶² und deshalb anderen Eigentumspositionen gleichzustellen sind. Es ist nach Art. 17 Abs. 2 EGRC ausdrücklich geschützt. Die besondere Hervorhebung des geistigen Eigentums wird mit dessen zunehmender Bedeutung und dem abgeleiteten Gemeinschaftsrecht erläutert.⁷⁶³ Der Gewährleistungsgehalt des geistigen Eigentums ist daher trotz der besonderen Stellung des Art. 17 Abs. 2 EGRC mit demjenigen des Art. 17 Abs. 1 EGRC identisch.⁷⁶⁴ 2852

Während der EGMR die Schutzfähigkeit geistigen Eigentums zunächst offen gelassen hat,⁷⁶⁵ wurde es von der Lit. zur EMRK ohne weiteres zum Schutzstandard des Eigentumsrechts gezählt.⁷⁶⁶ In seiner neueren Rechtsprechung hat sich der EGMR dann auch wie selbstverständlich angeschlossen.⁷⁶⁷ Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung ebenfalls geistiges Eigentum anerkannt.⁷⁶⁸ Allerdings hat der EuGH das geistige Eigentum in seinen Entscheidungen jeweils in Bezug zum 2853

⁷⁵⁸ Zu diesem Gedankengang schon o. Rn. 2832 ff.

⁷⁵⁹ So schon zur öffentlich-rechtlichen Eigentumsposition o. Rn. 2832 ff.; a.A. EuGH, Rs. C-44/89, Slg.n1991, I-5119 (5156, Rn. 27) – von Deetzen; *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1091).

⁷⁶⁰ Vgl. dazu u. Rn. 3004; ferner *Calliess*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 17 Rn. 15.

⁷⁶¹ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 29.

⁷⁶² EuGH, Rs. 15/74, Slg. 1974, 1147 (1163, Rn. 9) – Sterling; BVerfGE 31, 229 (240 ff.).

⁷⁶³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

⁷⁶⁴ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 29.

⁷⁶⁵ EGMR, Urt. vom 20.11.1995, Nr. 19589/92 (Rn. 91), Ser. A 331 – British-American Tobacco Company Ltd/Niederlande.

⁷⁶⁶ *Meyer-Ladewig*, EMRK, Zusatzprotokoll Art. 1 Schutz des Eigentums Rn. 11; *Frowein/Peukert*, Art. 1 des 1. ZP Rn. 6; *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 3.

⁷⁶⁷ EGMR, Urt. vom 11.1.2007, Nr. 73049/01 (Rn. 66, 47) – Anheuser-Busch Inc./Portugal.

⁷⁶⁸ EuGH, Rs. C-92 u. 326/92, Slg. 1993, I-5145 (5179, Rn. 21) – Phil Collins; Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1978 f., Rn. 20 ff.) – Metronome Musik.

gewerblichen und kommerziellen Eigentum nach Art. 30 EG/36 AEUV gesetzt und nicht ausdrücklich unter das grundrechtliche Eigentumsrecht subsumiert.⁷⁶⁹

2854 Vom geistigen Eigentum sind insbesondere auch literarische und künstlerische Urheberrechte⁷⁷⁰ sowie Patent-,⁷⁷¹ Verlags-,⁷⁷² Marken-⁷⁷³ und sonstige verwandte Schutzrechte,⁷⁷⁴ weiterhin Warenzeichen,⁷⁷⁵ Muster und Modelle⁷⁷⁶ erfasst. Ferner hat der EuGH in seiner Entscheidung *Generics* auch Ergebnisse von Untersuchungen⁷⁷⁷ über bestimmte Handelsprodukte als geistiges Eigentum qualifiziert. In dieser Entscheidung führt der EuGH aus, „dass der Inhaber der Rechte an dieser Arzneyspezialität ein ausschließliches Recht zur Verwertung der Ergebnisse der pharmakologischen, toxikologischen sowie ärztlichen oder klinischen Versuche erhält, die innerhalb eines Zeitraums von sechs bzw. zehn Jahren ab der ersten Zulassung dieses Erzeugnisses in der Gemeinschaft zu den Akten genommen wurden“.⁷⁷⁸

2855 Der Schutz einer Position als geistiges Eigentum setzt eine gewisse Exklusivität voraus, so dass allgemein gebräuchliche oder verwendbare Begriffe oder Methoden nicht in den Schutzbereich des Art. 17 EGRC fallen. Dies hat der EuGH etwa für den Begriff Champagnerverfahren, als Aufdruck auf einem Flaschenetikett, angenommen.⁷⁷⁹

4. Eigentumsrechtlicher Vermögensschutz

a) *Kein Ausschluss durch das Urteil Zuckerfabrik Süderdithmarschen*

2856 Ob auch das Vermögen in seiner Gesamtheit in den Schutzbereich des Eigentumsrechts einbezogen ist, wird sehr unterschiedlich beurteilt. Die Rechtslage wird teilweise als offen bezeichnet,⁷⁸⁰ teilweise wird der Schutz des Vermögens unter Hin-

⁷⁶⁹ In dieser Hinsicht möglicherweise anders EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5581 f., Rn. 22 f.) – Winzersekt.

⁷⁷⁰ EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1979 f., Rn. 22 ff.) – Metronome Musik; *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 3; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 29.

⁷⁷¹ EuGH, Rs. 15/74, Slg. 1974, 1147 (1163, Rn. 9) – Sterling; *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 3; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 29; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 806.

⁷⁷² *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 3.

⁷⁷³ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 3; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 29; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 806.

⁷⁷⁴ EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1979 f., Rn. 22 ff.) – Metronome Musik; *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 3.

⁷⁷⁵ EuGH, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2015 (2063, Rn. 35) – Nungesser; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 29.

⁷⁷⁶ EuGH, Rs. 144/81, Slg. 1982, 2853 (2870, Rn. 14) – Keurkoop; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 29.

⁷⁷⁷ *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1091) fasst dies allgemein unter „Informationen“ zusammen.

⁷⁷⁸ EuGH, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 (8028, Rn. 81) – *Generics*.

⁷⁷⁹ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5582, Rn. 23) – Winzersekt.

⁷⁸⁰ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 810.

weis auf die Rechtsprechung des EuGH ausgeschlossen.⁷⁸¹ Nach letzterer Auffassung würden hoheitlich auferlegte Geldleistungspflichten nicht am Eigentumsrecht gemessen werden, wie es auch überwiegend für das deutsche Recht vertreten wird.⁷⁸² Eine weitere Ansicht verneint zwar einen allgemeinen eigentumsrechtlichen Vermögensschutz, misst aber gleichwohl Geldleistungspflichten am Eigentumsrecht,⁷⁸³ wobei hier teilweise auch gefordert wird, dass die Abgabenregelung an die Verwendung des Eigentums anzuknüpfen hat.⁷⁸⁴

Nach der EuGH-Entscheidung *Süderdithmarschen* kann „die Verpflichtung, eine Abgabe zu zahlen, nicht als Verstoß gegen das Eigentumsrecht angesehen werden“. „Somit ist festzustellen, dass die besondere Tilgungsabgabe das Eigentum der Zuckerhersteller nicht verletzt.“⁷⁸⁵ Entgegen einiger Stimmen in der Lit.⁷⁸⁶ muss aus einem hier fehlenden Verstoß nicht auch der Ausschluss des Vermögens aus dem Schutzbereich abgeleitet werden,⁷⁸⁷ denn der EuGH hat nur kurz vor der vorstehend zitierten Einlassung noch ausgeführt, „dass die Ausübung des Eigentumsrechts und die freie Berufsausübung namentlich im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation Beschränkungen unterworfen werden können.“⁷⁸⁸ Deren Vorliegen wurde also trotz Antastung nur des Vermögens, wenn auch durch eine Abgabe, nicht ausgeschlossen.

Dafür, dass auch Geldleistungspflichten am Eigentumsrecht zu messen sind, spricht die Entscheidung des EuGH in der Sache *Faroe Seafood*.⁷⁸⁹ Hier thematisiert der EuGH „die sich aus dem Eigentumsrecht und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen einer Nacherhebung von Eingangsabgaben“.⁷⁹⁰

b) Schlussfolgerungen aus der EMRK und Rechtsprechung des EGMR

Zumindest die Erwähnung der Zahlung von Steuern oder sonstiger Abgaben als Recht der Staaten, welches gem. Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK vom Eigentumsrecht unberührt bleibt, lässt darauf schließen, dass das Vermögen grundsätzlich zum Schutzbereich des Eigentumsrechts nach Art. 1 Abs. 1 des Zu-

⁷⁸¹ Streinz, in: ders., Art. 17 GR-Charta Rn. 7; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 42; jeweils mit Hinweis auf EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552, Rn. 74) – Süderdithmarschen.

⁷⁸² BVerfGE 4, 7 (17); 91, 207 (220 f.); 95, 267 (300); nunmehr anders BVerfG, NJW 2006, 1191 (1193) – Halbteilungsgrundsatz; aus der Lit. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 161, 175; Wieland, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 14 Rn. 56 f.

⁷⁸³ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 37 f.

⁷⁸⁴ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 54.

⁷⁸⁵ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552, Rn. 74) – Süderdithmarschen.

⁷⁸⁶ Streinz, in: ders., Art. 17 GR-Charta Rn. 7; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 42; v. Danwitz, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (268).

⁷⁸⁷ Rengeling/Szczekalla, Rn. 810 mit Fn. 114; Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 53.

⁷⁸⁸ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (552, Rn. 73) – Süderdithmarschen; so auch schon EuGH, Rs. C-265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder.

⁷⁸⁹ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 53.

⁷⁹⁰ EuGH, Rs. C-153 u. 204/94, Slg. 1996, I-2465 (2548, Rn. 116) – Faroe Seafood.

satzprotokolls zur EMRK zählt⁷⁹¹ und damit auch zum Standard nach Art. 17 EGRC erwachsen ist. Teilweise wird zwar das Argument aus Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK anerkannt, gleichwohl nicht die entsprechende Konsequenz für Art. 17 EGRC gezogen.⁷⁹² Jedoch bestimmt die EMRK gem. Art. 52 Abs. 3 EGRC den Bedeutungsgehalt der EGRC und setzt den Mindeststandard. Wenn hiergegen vorgebracht wurde, dass es für eine vergleichbare Schutzintensität ausreichend sei, dass der EuGH Abgabepflichten am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messe,⁷⁹³ so ist dies vor dem Hintergrund der damals noch fehlenden Verbindlichkeit der EGRC zu sehen.⁷⁹⁴

2860 In der Entscheidung *Darby/Schweden* hat der EGMR ausdrücklich festgestellt, dass „der zweite Absatz von Art. 1 Zusatzprotokoll bestimmt, dass die Pflicht zur Zahlung von Steuern in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt“.⁷⁹⁵ Zudem hat der EGMR in seiner Entscheidung *Fredin/Schweden* den Terminus der „economic interests“ geprägt, welche ebenfalls vom Eigentumsschutz erfasst sein sollen.⁷⁹⁶ Da wirtschaftliche Interessen ein ebenso abstrakter Oberbegriff geldwerter Rechtspositionen ist wie der Vermögensbegriff, spricht auch dieses Urteil des EGMR für die Einbeziehung des Vermögens in den Schutzbereich des europäischen Eigentumsrechts.⁷⁹⁷

2861 Möglicherweise abweichend ist hingegen ein früheres Urteil des EGMR in der Sache *van der Mussele* zu beurteilen. Hier hat der EGMR für die Verpflichtung eines Rechtsanwalts zur Übernahme von Gerichtskosten seines mittellosen Mandanten das Eigentumsrecht für nicht anwendbar erachtet.⁷⁹⁸ Ferner hat der EGMR

⁷⁹¹ *Frowein/Peukert*, Art. 1 des 1. ZP Rn. 102; *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 69 (anders noch zum Vermögensschutz für das europarechtliche Eigentumsrecht, S. 42); *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 44; a.A. *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1090) der argumentiert, dass es bei Art. 1 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK um Regelungen des Eigentums „zur Sicherung der Zahlung von Steuern“ und nicht um die Auferlegung von Steuerpflichten geht, ohne dabei zu präzisieren, was sich hinter diesem Verständnis von Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK in der Sache verbergen soll.

⁷⁹² *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 38.

⁷⁹³ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 56.

⁷⁹⁴ Das räumt auch *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 58 ein.

⁷⁹⁵ EGMR, Urt. vom 23.10.1990, Nr. 11581/85 (Rn. 30), NJW 1991, 1404 (1404) – *Darby/Schweden*; vgl. ferner EGMR, Urt. vom 16.4.2002, Nr. 36677/97 (Rn. 44, 48), EuGRZ 2007, 671 (674 f.) – S.A. Dangeville/Frankreich.

⁷⁹⁶ EGMR, Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12033/86 (Rn. 40), ÖJZ 1991, 514 (514) – *Fredin/Schweden* (Nr. 1). Allerdings gründet die Terminologie des EGMR und seine Subsumtion unter das Eigentumsrecht möglicherweise darauf, dass die EMRK kein Grundrecht der Berufsfreiheit kennt; vgl. dazu *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 67 mit Hinweis auf EGMR, Urt. vom 26.6.1986, Nr. 8543/79 (Rn. 41), EuGRZ 1988, 35 (38) – *van Marle u.a./Niederlande*.

⁷⁹⁷ *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 69; *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 44.

⁷⁹⁸ EGMR, Urt. vom 23.11.1983, Nr. 8919/80 (Rn. 49), EuGRZ 1985, 477 (484) – *van der Mussele/Belgien*.

in der Sache *Langborger* die Unvereinbarkeit einer Zahlungspflicht mit dem Eigentumsrecht aufgrund der Geringfügigkeit der Summe begründet.⁷⁹⁹ Dabei handelt es sich aber um besondere Konstellationen.

c) *Eigenschaftsbezug von Abgabepflichten*

Jedenfalls der Hauptanwendungsfall der Diskussion um den Eigentumsschutz des Vermögens, die Abgabepflicht, ist in den Schutzbereich des Art. 17 EGRC einzubeziehen. Auch wenn den Bürger die Steuer- oder Abgabepflicht zunächst abstrakt in seinem Vermögen trifft, ohne dass sie selbst den konkret abzuführenden Vermögensgegenstand bestimmt, so wirkt sie sich dennoch konkret aus, wenn der Bürger diese Pflichtwahl trifft. Die Erfüllung der Steuer- oder Abgabepflicht erfolgt damit im Ergebnis durch Abführung einer konkreten Eigentumsposition. Hierin liegt der Zugriff auf das Eigentum.⁸⁰⁰ **2862**

Nach der Rechtsprechung des EGMR gewährleistet das Eigentumsrecht hingegen keinen Schutz vor Wertverlust von Geldforderungen durch Inflation.⁸⁰¹ **2863**

5. Definition des Eigentums

Unter Zugrundelegung des vom EuGH und EGMR kasuistisch vorgeprägten Schutzbereichs lässt sich der Eigentumsbegriff des Art. 17 EGRC wie folgt definieren: Eigentum ist jedes kraft eigener Leistung entstandene und nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten einer Person zugeordnete⁸⁰² oder in seiner Entstehung rechtlich abgesicherte Vermögensrecht einer jeden natürlichen oder juristischen Person, das die Substanz wirtschaftlicher Selbstbestimmung konstituiert und damit Grundlage wirtschaftlichen Freiheit ist. **2864**

Bereits zu Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK wurde der Vermögenswert eines Rechtes als konstitutives Merkmal des Eigentumsbegriffs herausgearbeitet.⁸⁰³ Entsprechend hat der EGMR in seiner Rechtsprechung das Eigentum auch nur gegen solche staatlichen Maßnahmen in Schutz genommen, die den Vermögenswert einer Eigentumsposition zu beeinträchtigen vermochten. Nach der EKMR können Umwelteinwirkungen auf ein Grundstück das Eigentumsrecht nur dann beeinträchtigen, wenn diese Umwelteinwirkungen den wirtschaftlichen Wert des Grund-

⁷⁹⁹ EGMR, Urt. vom 22.6.1989, Nr. 11179/84 (Rn. 40), Ser. A 155 – *Langborger/Schweden*.

⁸⁰⁰ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 38; s. nunmehr auch BVerfG, NJW 2006, 1191 (1193) – Halbteilungsgrundsatz; insoweit zust. *Frenz*, GewArch. 2006, 282 (284 ff.).

⁸⁰¹ EGMR, Urt. vom 29.8.2002, Nr. 67578/01 (Abschnitt The Law) – *Appolonov/Russland*.

⁸⁰² So schon zur Rspr. des EuGH v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (262).

⁸⁰³ EGMR, Urt. vom 26.6.1986, Nr. 8543/79 (Rn. 41), EuGRZ 1988, 35 (38) – *van Marle u.a./Niederlande*; v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (224 f.).

stücks mindern.⁸⁰⁴ Grundlage ist der privatrechtliche Charakter der Eigentumsposition.⁸⁰⁵

2866 Neben dem Vermögenswert eines Rechts kommt der Zuordnungsfunktion des Eigentums besondere Bedeutung zu. Die Zuordnung von Eigentum ist dem Recht der Mitgliedstaaten unterstellt. Mit der Zuordnungsfunktion des Eigentums durch die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten korreliert die Ausschlussfunktion, d.h. die Möglichkeit einer Person zur Nutzung ihres Eigentums unter Ausschluss Dritter.⁸⁰⁶

2867 Während bei Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK auch die freie Verfügbarkeit als Kriterium des Eigentumsbegriffs genannt wurde, ist in Art. 17 EGRC eine Differenzierung zwischen dem sachlichen Eigentumsbegriff und dem positiven Schutzbereich des Eigentumsrechts angelegt.

VI. Verwendungsmöglichkeiten

1. Neuer Ansatz

2868 Der positive Schutzbereich des Eigentumsrechts im Sinne einer aktiven, tätigkeitsbezogenen Grundrechtsausübung ist in Art. 17 EGRC explizit genannt. Darin geht Art. 17 EGRC über den Wortlaut der EMRK sowie des Art. 14 GG hinaus. Dadurch wird auch der Freiheitsbezug des Eigentums⁸⁰⁷ neben dem bloßen Haberecht in Worte gefasst.⁸⁰⁸ Nach Art. 17 EGRC hat jede Person das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Die positive Freiheit des Eigentumsrechts ergibt sich damit bereits aus der Charta und muss nicht erst in den Umfang des Schutzbereichs des Eigentums hineindefiniert werden.⁸⁰⁹

2. Besitzrecht

2869 Nach der deutschen Rechtsdogmatik ist das Besitzrecht die Ergänzung der rechtlichen Zuordnungsfunktion des Eigentums durch die Befugnis zur tatsächlichen

⁸⁰⁴ EKMR, Entsch. vom 16.7.1986, Nr. 9310/81 (Abschnitt The Law 2.), DR 47, 5 – Rayner/Vereinigtes Königreich.

⁸⁰⁵ Etwa jüngst EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (26) – Brückl/Deutschland.

⁸⁰⁶ Vgl. v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (224 f.); *Gelinsky*, Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 1996, S. 32.

⁸⁰⁷ Zum Eigentum als Grundlage der Freiheit *Depenheuer*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 1 ff.

⁸⁰⁸ Vgl. zum freiheitsrechtlichen Defizit der Rspr. des EGMR v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (237).

⁸⁰⁹ Anders z.B. bei Art. 14 GG. Danach wird lediglich das Eigentum gewährleistet. Dass die Nutzung des Eigentums neben dem Bestand desselben ebenfalls vom Schutzbereich erfasst ist, bedarf daher einer näheren, den Wortlaut des GG ausfüllenden Erörterung; vgl. dazu *Depenheuer*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 65.

Herrschaftsmacht.⁸¹⁰ Entsprechend kann auch für Art. 17 EGRC angenommen werden, dass das Besitzrecht in Abgrenzung zum Eigentumsbegriff das „In-der-Hand-haben“ des Eigentums gewährleistet.⁸¹¹

Die Auflistung des „Besitzens“ als Ausübungsaspekt des Eigentums ist jedoch teilweise in die Kritik geraten, weil die Differenzierung zwischen Eigentum und Besitz nicht allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geläufig ist.⁸¹² Gleichwohl hat auch der EuGH die Unterscheidung zwischen Besitz und Eigentum aufgegriffen.⁸¹³ Dem Schutzgehalt des Art. 17 EGRC entsteht durch die Begriffsdifferenzierung jedenfalls kein Schaden. Soweit diese in den nationalen Rechtsordnungen nicht stattfindet, ist der Besitz für diese als Bestandteil des Eigentums selbstverständlich, für die übrigen Rechtsordnungen hingegen klarstellend. **2870**

3. Nutzungsrecht

Das Nutzungsrecht aus Art. 17 EGRC betrifft die Verwendungsmöglichkeiten des Eigentums und stellt sie zur Disposition des Eigentümers. Die Nutzungsmöglichkeiten sind entsprechend der Anzahl der Eigentumsgegenstände vielfältig. **2871**

EGMR und EuGH haben zu Einzelfällen der Nutzung des Eigentums bereits Stellung genommen. So ist insbesondere auch die Baufreiheit als bauliche Nutzung des Grundeigentums vom Eigentumsrecht erfasst.⁸¹⁴ Das Jagdrecht hat der EGMR ebenfalls in den Katalog der Nutzungsbefugnisse aufgenommen.⁸¹⁵ Ferner umfasst das Nutzungsrecht die Gebrauchsüberlassung an Dritte im Wege der Vermietung⁸¹⁶ oder Leihe⁸¹⁷ und allgemein die Nutzung des Eigentums zur Gewinnerzielung.⁸¹⁸ **2872**

Nur scheinbar keine Nutzung des Eigentums bildet der Erwerb, das bloße Halten und die Veräußerung von Aktien. Die diese Vorgänge erfassende EuGH-Entscheidung⁸¹⁹ bezog sich auf die Steuerpflichtigkeit der Ausgabe neuer Aktien und damit auf die Frage einer wirtschaftlichen Tätigkeit i.S.d. Sechsten Richtlinie zur Umsatzsteuer,⁸²⁰ nicht aber auf die Reichweite des Eigentumsrechts. Auch Aktien **2873**

⁸¹⁰ Vgl. Joost, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vorbem. § 854 Rn. 3 ff.

⁸¹¹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 17; Jarass, § 22 Rn. 14.

⁸¹² Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 40.

⁸¹³ EuGH, Rs. C-343/04, Slg. 2006, I-4557 (4596 f., Rn. 30) – Land Oberösterreich.

⁸¹⁴ EGMR, Urt. vom 23.9.1982, Nr. 7151 u. 7152/75 (Rn. 60), NJW 1984, 2747 (2747) – Sporrang u. Lönnroth/Schweden; Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1091 f.).

⁸¹⁵ EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 74), NJW 1999, 3695 (3696) – Chassagnou u.a./Frankreich.

⁸¹⁶ EuG, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4653 (4726, Rn. 171) – van den Bergh Foods; EGMR, Urt. vom 19.12.1989, Nr. 10522/83 u.a. (Rn. 43 f.), ÖJZ 1990, 150 (151) – Mellacher u.a./Österreich.

⁸¹⁷ EuGH, Rs. C-53/05, Slg. 2006, I-6215 (6245, Rn. 34) – Kommission/Portugal; EGMR, Urt. vom 19.12.1989, Nr. 10522/83 u.a. (Rn. 43 f.), ÖJZ 1990, 150 (151) – Mellacher u.a./Österreich; Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1091).

⁸¹⁸ EuGH, Rs. C-363/01, Slg. 2003, I-11893 (11937, Rn. 58) – Flughafen Hannover.

⁸¹⁹ EuGH, Rs. C-465/03, Slg. 2005, I-4357 (4382, Rn. 19) – Kretztechnik AG.

⁸²⁰ Sechste RL 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuer-

bilden Vermögenswerte und können gerade in den beschriebenen Formen genutzt werden. Die Dividendeneinnahmen bleiben regelmäßig hinter den Kursgewinnen zurück. Jedenfalls aber bildet die Veräußerung oder auch erstmalige Ausgabe von Aktien eine Verfügung über einen Vermögenswert, sei es über Wertpapiere, sei es über an die Börse gebrachtes Firmenvermögen. Nach der *Booker-Aquaculture*-Entscheidung des EuGH stellt hingegen die Vernichtung eines seuchenbefallenen Fischbestandes keine Beeinträchtigung des Nutzungsrechts an dem zugehörigen Aquakulturbetrieb dar, da diese Vernichtung den Eigentümern gerade die sofortige Wiederbestockung ermöglicht.⁸²¹

4. Verfügungsrecht

2874 Das Verfügungsrecht des Art. 17 EGRC erstreckt sich auf den Status des Eigentums. Auch der EGMR hat schon frühzeitig hervorgehoben, dass das Recht über sein Eigentum zu verfügen, zu den „traditionellen und grundlegenden Bestandteilen des Eigentums“ gehört.⁸²² Der EuGH hat jedenfalls die Übereignung und Verpfändung unter den Begriff der Verfügung gefasst.⁸²³ Damit scheint der EuGH auf europäischer Ebene an den klassischen Verfügungsbegriff anzuknüpfen, wonach Verfügung jede Aufhebung, Übertragung, Belastung oder inhaltliche Änderung eines Rechts ist.⁸²⁴

5. Erbrecht

2875 Das Erbrecht ist in Art. 17 EGRC explizit verankert. Es hat traditionell zwei Gewährleistungsgehalte. Zum einen schützt es das Recht des Erblassers zu vererben, zum anderen gewährleistet es dem Erben das Recht, die Erbschaft kraft Erbfolge zu erwerben.⁸²⁵

2876 Das Recht des Erblassers, über sein Eigentum lebzeitig und letztwillig zu verfügen, hatte der EGMR bereits in Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK hineingelesen.⁸²⁶ Nach der Rechtsprechung des EGMR gewährleistet Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK hingegen kein Recht auf Eigentumserwerb im Wege der Intes-

system: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, ABl. L 145, S. 1 (aufgehoben durch RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347, S. 1, zuletzt geändert durch RL 2008/8/EG des Rates vom 12.2.2008 zur Änderung der RL 2006/112/EG bezüglich des Ortes der Dienstleistung, ABl. L 44, S. 11).

⁸²¹ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7477 f., Rn. 80 f.) – *Booker Aquaculture*.

⁸²² EGMR, Urt. vom 13.6.1979, Nr. 6833/74 (Rn. 63), NJW 1979, 2449 (2454) – *Marckx/Belgien*.

⁸²³ EuGH, Rs. C-123 u. 124/04, Slg. 2006, I-7861 (7901, Rn. 29) – *Industrias Nucleares do Brasil SA*.

⁸²⁴ Vgl. zum Verfügungsbegriff nach deutschem Recht *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 185 Rn. 6.

⁸²⁵ *Cremer*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 22 Rn. 32.

⁸²⁶ EGMR, Urt. vom 13.6.1979, Nr. 6833/74 (Rn. 63), NJW 1979, 2449 (2454) – *Marckx/Belgien*.

taterbfolge, da es sich dabei lediglich um eine Chance des Erben zum Eigentumserwerb handele.⁸²⁷ Etwas anderes gilt nur, wenn sich die Stellung des Erben schon zu einer ausreichend gesicherten Anwartschaft entwickelt hat.⁸²⁸ Dies ist für den testamentarischen oder gesetzlichen Erben spätestens mit dem Eintritt des Erbfalles anzunehmen.⁸²⁹

VII. Grenze des Schutzbereichs: Rechtmäßiger Erwerb

1. Rechtmäßigkeitsmaßstab

Jede nach Art. 17 EGRC schützenswerte Eigentumsposition muss rechtmäßig erworben sein. In diesem Merkmal spiegelt sich das Verhältnis zwischen dem europäischen Eigentumsgrundrecht und dem nationalen Normunterbau wieder,⁸³⁰ wie es schon zu Art. 295 EG/345 AEUV diskutiert wurde.⁸³¹ 2877

Die Rechtmäßigkeit des Eigentumserwerbs richtet sich grundsätzlich nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten.⁸³² Im deutschen Recht kommt es für eine schutzfähige Eigentumsposition sowohl auf die Regelungen des Zivilrechts als auch auf sonstige Rechtsvorschriften an, mit denen der Gesetzgeber das Eigentumsrecht ausgestaltet.⁸³³ Diese müssen ihrerseits grundgesetzkonform sein. Zu denken ist etwa an § 47 BNatSchG. So bildet es eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, wenn der Gesetzgeber zum Schutz bestandsbedrohter Arten freilebender Tiere und Pflanzen den Einzug vorschreibt, sofern davon Exemplare ohne entsprechende Genehmigungspapiere eingeführt werden.⁸³⁴ Für diesen Fall handelt es sich mithin auch nicht um eine rechtmäßig erworbene Eigentumsposition nach Art. 17 EGRC. Der Eigentumserwerb an solchen Sachen wird schon aufgrund der Natur der Sache ausgeschlossen.⁸³⁵ 2878

Nicht ausgeschlossen ist, dass auch Europarecht als Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Eigentumserwerbs heranzuziehen ist.⁸³⁶ Das kann etwa bei Erwerbs- 2879

⁸²⁷ EGMR, Urt. vom 13.6.1979, Nr. 6833/74 (Rn. 50), NJW 1979, 2449 (2452) – Marckx/Belgien.

⁸²⁸ EGMR, Urt. vom 28.10.1987, Nr. 8695/79 (Rn. 38), Ser. A 126 – Inze/Österreich; Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1092).

⁸²⁹ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 41; Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 9; Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 32; a.A. wohl Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 17.

⁸³⁰ Jarass, § 22 Rn. 15; Calliess, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 17 Rn. 4.

⁸³¹ Vgl. dazu o. Rn. 2790 ff.

⁸³² Jarass, § 22 Rn. 7, 15; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 16.

⁸³³ BVerfG, NJW 1990, 1229 (1229).

⁸³⁴ BVerfG, NJW 1990, 1229 (1229).

⁸³⁵ Quack, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 958 Rn. 10; Baldus, a.a.O., § 937 Rn. 21.

⁸³⁶ Jarass, § 22 Rn. 7, 15; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 16; Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 37.

verboten im Rahmen von Umwelt- und Tierschutzmaßnahmen oder Wirtschaftsanktionen der Fall sein, die auf Europarecht zurückgehen. Im vorstehend vom BVerfG entschiedenen Fall hatten die Zollbehörden den Einzug afrikanischen Elfenbeins zunächst auch auf § 5 Abs. 2 des Gesetzes zur Durchführung der VO (EWG) Nr. 3626/82⁸³⁷ vom 22.12.1983⁸³⁸ gestützt.

2. Rechtmäßiger Erwerb und Straftaten

- 2880** Das Merkmal des rechtmäßigen Erwerbs steht in besonders enger Verbindung zur Bedeutung von Straftaten. Am engsten ist diese, wenn man jedes aufgrund von Straftaten erlangte Eigentum (*producta sceleris*) aus dem Schutzbereich des Eigentums herausnimmt.⁸³⁹ Teilweise wird aber auch solches Eigentum generell in den Eigentumsschutz nach Art. 17 EGRC einbezogen.⁸⁴⁰
- 2881** Ausgangspunkt für die Zuordnung des Eigentums ist nicht das Zivil-, sondern das Strafrecht. Hat der Erwerbsvorgang im Rahmen einer Straftat stattgefunden, so wirkt sich dies auf den grundsätzlichen Eigentumsschutz nach Art. 17 EGRC deshalb nur dann aus, wenn das strafrechtlich relevante Verhalten auch auf die Wirksamkeit des zivilrechtlichen Erwerbsvorgangs durchschlägt.⁸⁴¹ Das wird bei Betrug (§ 263 StGB) in einem Zweiparteienverhältnis i.d.R. nicht anzunehmen sein, da der Vermögensschaden hinsichtlich des Eigentums an einer Sache erst durch Übereignung eines Gegenstandes eintritt. Die Verwirklichung des Betrugsstatbestandes setzt damit die Wirksamkeit der Übereignung voraus. Die Übereignung ist in diesen Fällen nicht schon nach § 134 BGB nichtig, sondern lediglich nach § 123 BGB anfechtbar.⁸⁴² Darin zeigt sich, dass anders als bei den oben thematisierten Erwerbsverboten das strafrechtlich relevante Verhalten zunächst nichts am Zuweisungsgehalt der zivilrechtlichen Eigentumsvorschriften ändert.
- 2882** Beim Diebstahl (§ 242 StGB) liegt dagegen schon überhaupt kein Erwerbsvorgang vor, so dass das Diebesgut gar nicht erst zur Eigentumsposition erwachsen kann. Da der Schutz des Eigentums nicht lediglich an die Besitzposition einer Person anknüpft,⁸⁴³ fällt Diebesgut für den Täter ohnehin aus dem Schutzbereich des Eigentumsrechts nach Art. 17 EGRC heraus.

⁸³⁷ Des Rates vom 3.12.1982 zur Anwendung des Übereinkommens über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen in der Gemeinschaft, ABl. L 384, S. 1 (aufgehoben durch VO (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABl. 1997 L 61, S. 1, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 318/2008 der Kommission vom 31.3.2008 zur Änderung der VO (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wild lebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABl. L 95, S. 3).

⁸³⁸ BGBl. I S. 1571; außer Kraft seit dem 31.12.1986.

⁸³⁹ So *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 16.

⁸⁴⁰ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 808.

⁸⁴¹ *Jarass*, § 22 Rn. 7.

⁸⁴² *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 134 Rn. 53.

⁸⁴³ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 23.

Gerade für das deutsche Recht, welches auch dem europäischen Eigentumsrecht als Normunterbau dient, verbietet sich daher eine generalisierende Einordnung durch Straftaten erlangter Gegenstände.⁸⁴⁴ Dass eine Eigentumsposition im Rahmen einer Straftat erworben wurde, kann im Übrigen im Rahmen der Entschädigung Berücksichtigung finden.⁸⁴⁵ 2883

3. Dogmatische Einordnung

Dogmatisch stellt sich die Frage, ob der rechtmäßige Erwerb des Eigentums Tatbestandsvoraussetzung für den Schutzbereich des Eigentumsrechts oder unselbstständiger Teil der Einschränkung des Eigentums durch eine Nutzungsregelung ist. Wortlaut und Systematik des Art. 17 EGRC sprechen für die erste Alternative. Eine von der Nutzungsregelung getrennte Nennung des rechtmäßigen Erwerbs wäre nicht erforderlich, wenn dem nicht auch eine eigenständige Bedeutung zukommen sollte. Darüber hinaus fällt auch systematisch auf, dass im Vergleich zum deutschen Recht die Nutzungsregelung nicht explizit von einer Inhaltsbestimmung flankiert wird.⁸⁴⁶ Insofern kann zumindest das Merkmal des rechtmäßigen Erwerbs als ein inhaltliches Erfordernis an die Entstehung von Eigentum angesehen werden.⁸⁴⁷ Ein Beispiel für solche Entstehungsvoraussetzungen bilden wiederum die Fälle der Erwerbsverbote.⁸⁴⁸ Dementsprechend ist die Frage der Rechtmäßigkeit eines Eigentumserwerbs zunächst eine Frage der Eigentumsfähigkeit und damit der Entstehung einer Position und anschließend eine Frage der Zuweisung einer solchen Position durch zivilrechtliche Eigentumsvorschriften. 2884

Allerdings kennt Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK eine solche Einschränkung nicht. Deshalb wird in einer Tatbestandswirkung des rechtmäßigen Erwerbs eine nach Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC untersagte Abweichung des Standards der EMRK gesehen.⁸⁴⁹ Zudem kann nach dem EGMR in der Rechtssache *Jahn u.a./Deutschland*⁸⁵⁰ die Rechtmäßigkeit des einmal erworbenen vollwertigen Eigentums nicht in Zweifel gezogen werden.⁸⁵¹ 2885

⁸⁴⁴ Im Ergebnis zust. *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 37; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 17 Rn. 16; inkonsequent ist es jedoch, wenn *Bernsdorff* anschließend in Rn. 21 jede Einziehung von aus Straftaten erlangtem Eigentum als Regelung zur Nutzung des Eigentums qualifiziert.

⁸⁴⁵ *Jarass*, NVwZ 2006, 1089 (1093).

⁸⁴⁶ *Leisner*, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, § 149 Rn. 63 ff. zum deutschen Verfassungsrecht. Teilweise wird die Differenzierung zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung für obsolet erachtet, *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 307.

⁸⁴⁷ Vgl. zum Begriff der Nutzungsregelung u. Rn. 2951 ff.

⁸⁴⁸ Vgl. dazu o. Rn. 2878.

⁸⁴⁹ Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 808.

⁸⁵⁰ S. EGMR, Urt. vom 22.1.2004, Nr. 46720/99 u.a. (Rn. 67, 89 f.), NJW 2004, 923 (924 ff.) – *Jahn u.a./Deutschland*. Die nachfolgende Entscheidung der Großen Kammer des EGMR vom 30.6.2005, NJW 2005, 2907 ff., hat in diesem Punkt keine Abweichung ergeben. In Rn. 79 führt sie unter Bezugnahme auf die Entscheidung der Kammer lediglich aus, dass im vorliegenden Fall die Entziehung von Eigentum vorliege.

⁸⁵¹ Darauf hier ebenfalls verweisend *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 808.

- 2886** Die Annahme der Tatbestandswirkung des Rechtmäßigkeitsmerkmals in Art. 17 EGRC und die Rechtsprechung des EGMR sind jedoch miteinander vereinbar, wenn das Rechtmäßigkeitsmerkmal im oben skizzierten Sinne⁸⁵² verstanden wird. Danach bezieht sich die Rechtmäßigkeit auf die Eigentumsfähigkeit einer Position und die Zuweisung durch zivilrechtliche Vorschriften. Ein diesen Vorschriften zuwiderlaufender Erwerb ist rechtswidrig i.S.d. Art. 17 EGRC und erstarkt nicht zu einer Eigentumsposition.
- 2887** Rechtswidrig i.S.d. Art. 17 EGRC bedeutet daher in den Worten deutscher Rechtsterminologie, dass der Eigentumserwerb entweder rechtlich unmöglich oder der Erwerbsakt als solcher nichtig ist. Unter dieser Prämisse wird einmal erworbenes Eigentum nicht in Zweifel gezogen, wie es der EGMR in der Entscheidung *Jahn u.a./Deutschland* gefordert hat.
- 2888** Auch der Mindeststandard nach der EMRK wird durch diese Auslegung des Art. 17 EGRC nicht unterschritten, da ebenfalls nach der EMRK nur solche Rechtspositionen in den Eigentumsschutz einbezogen werden, die das nationale Recht einer Person als Eigentum zuordnet.⁸⁵³

4. Grundrechtskonkurrenzen

- 2889** Das Eigentumsrecht steht als spezielles Freiheitsrecht grundsätzliche in Idealkonkurrenz zu den anderen Freiheitsrechten.⁸⁵⁴ Besondere Bedeutung hat dabei das Verhältnis zur Berufsfreiheit, da ein Lebenssachverhalt häufig sowohl das Eigentumsrecht als auch die Berufsfreiheit betrifft. Das gilt etwa bei Einschränkungen beruflicher Betätigung, durch die im Zusammenhang damit angeschaffte Eigentumsgegenstände nutzlos werden.
- 2890** In der Regel bemüht sich der EuGH mangels Relevanz für das Ergebnis der Prüfung einer Grundrechtsverletzung jedoch nicht um eine Abgrenzung zwischen Eigentumsrecht und Berufsfreiheit.⁸⁵⁵ Die EMRK enthält kein Grundrecht der Berufsfreiheit, so dass die Spruchpraxis der Konventionsorgane nicht einschlägig ist. Im Übrigen wird der Grundsatz bemüht, dass das Eigentumsrecht nur bereits bestehende Positionen – also das Erworbenes – schützt, während der Erwerb in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fällt.⁸⁵⁶ Indes gibt es Zwischenbereiche, die an beiden Grundrechten gemessen werden können. Das zeigt das vorerwähnte Beispiel und allgemeiner, wenn es um den Erwerb durch Erworbenes geht.⁸⁵⁷

⁸⁵² S.o. Rn. 2881 ff.

⁸⁵³ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 17 Rn. 16.

⁸⁵⁴ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 92; *Jarass*, § 22 Rn. 4.

⁸⁵⁵ EuGH, Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4513 f., Rn. 72 ff.) – SAM u. Stapf; Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1979 f., Rn. 21 ff.) – Metronome Musik; *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 92.

⁸⁵⁶ *Jarass*, § 22 Rn. 4; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 15 Rn. 12; *Streinz*, in: ders., Art. 15 GR-Charta Rn. 7.

⁸⁵⁷ S. auch *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1816 sowie o. Rn. 2824.

Neben der Berufsfreiheit erlangt die Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit⁸⁵⁸ bei der Auferlegung staatlicher Geldleistungspflichten besondere Bedeutung. Indes kann es für einen Eingriff in das Eigentumsrecht nicht auf die Wahlfreiheit zwischen unterschiedlichen Vermögensgegenständen zur Begleichung der staatlichen Geldleistungspflicht ankommen.⁸⁵⁹ Geldleistungspflichten sind damit anhand des spezielleren Maßstabs des Eigentumsrechts zu prüfen. Auch insoweit ist aber eine parallele Prüfung der Berufsfreiheit angezeigt.⁸⁶⁰ 2891

D. Eigentumsentzug

I. Zuerst geprüfte Form der Eigentumsbeeinträchtigung

Art. 17 EGRC nennt zwei zulässige Formen der Beeinträchtigung des Eigentumsrechts. Gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGRC darf niemandem sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen sowie unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, und gegen eine rechtzeitige und angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Darüber hinaus kann nach Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGRC die Nutzung des Eigentums gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist. Aufgrund der stärkeren Eingriffsintensität und strengerer Rechtfertigungsvoraussetzungen der Eigentumsentziehung prüft der EGMR zunächst, ob ein Eingriff als Entziehung des Eigentums zu werten ist.⁸⁶¹ 2892

II. Zurechenbarkeit

Der Eigentumsentziehung und der Nutzungsregelung ist gemeinsam, dass sie auf eine dem Staat zurechenbare Handlung zurückgeführt werden müssen.⁸⁶² Ausgenommen von Eingriffen in das Eigentum sind damit Rechtsvorschriften, die ausschließlich Privatrechtsverhältnisse regeln. So vollzieht sich etwa die zwangsweise Vollstreckung eines Gerichtsurteils aus einem Rechtsstreit zwischen Privaten lediglich in einem solchen Privatverhältnis und kann dem Staat nicht als Eigentumseingriff zugerechnet werden.⁸⁶³ Dies gilt jedoch nur vorbehaltlich einer ord- 2893

⁸⁵⁸ Vgl. zur Diskussion einer allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 6 EGRC Tettinger, in: ders./Stern, Art. 6 Rn. 17 ff. sowie o. Rn. 1058 ff.

⁸⁵⁹ Vgl. o. Rn. 2856 ff.

⁸⁶⁰ Frenz, in: FS für Stober, 2008, S. 243 ff.

⁸⁶¹ Reininghaus, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 17.

⁸⁶² EGMR, Urt. vom 25.4.1996, Nr. 15573/89 (Rn. 60), ÖJZ 1996, 869 (871) – Gustafsson/Schweden; Reininghaus, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 6 f.

⁸⁶³ Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 45; Reininghaus, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 6 f.

nungsgemäßen Ausgestaltung des Gerichtsverfahrens zum Schutz eigentumsrechtlicher Ansprüche.⁸⁶⁴

- 2894** Den Vorrang privatrechtlicher Interessenkonflikte hat die EKMR auch bei einem Ausschluss von Minderheitsaktionären aus einer Aktiengesellschaft angenommen und damit einen dem Staat zurechenbaren Entzug von Eigentumspositionen abgelehnt.⁸⁶⁵ Gleiches wird bezüglich des deutschen Rechts auch für die entsprechenden Vorschriften nach den §§ 327a-327f AktG angenommen.⁸⁶⁶

III. Völkerrechtliche Ansätze zu einem Schutz vor Enteignung

- 2895** Bereits im völkerrechtlichen *ius gentium* (Fremdenrecht) hatten sich erste Ansätze zu einem internationalen Schutz vor Enteignungen entwickelt. Danach ist eine Enteignung ausländischer Staatsbürger nach der so genannten Hull-Formel nur zulässig, wenn diesen unverzüglich eine angemessene und wirksame Entschädigung gewährt wird.⁸⁶⁷ Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK hat diese allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts in seinen Gewährleistungsgehalt aufgenommen. Allerdings ist streitig geblieben, ob die Hull-Formel auch für Inländer zu einem völkerrechtlichen Standard erwachsen ist.⁸⁶⁸

IV. Begriff der Eigentumsentziehung nach Art. 17 EGRC

- 2896** Art. 17 EGRC wie auch Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK verwenden den Begriff der Eigentumsentziehung. Schon für Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK wurde der Terminus der Eigentumsentziehung aufgrund seines neutralen Bedeutungsgehaltes gewählt, während Begriffe wie Nationalisierung, Verstaatlichung und Enteignung unterschiedliche Prägungen durch die Rechtssysteme der Vertragsstaaten erfahren hatten.⁸⁶⁹ In Abgrenzung zum engeren Begriff der Enteignung umfasst die Eigentumsentziehung neben der Enteignung auch Nationalisierungsmaßnahmen und die Konfiskation von Eigentum.⁸⁷⁰ Während die Enteignung und Nationalisierung als Eigentumsentziehungen Eingang in die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 1 Abs. 1 S. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK gefunden haben,

⁸⁶⁴ Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 45.

⁸⁶⁵ EKMR, Entsch. vom 12.10.1982, Nr. 8588 u. 8589/79, DR 29, 76 (81) – Bramelid u. Malmström/Schweden.

⁸⁶⁶ Fleischer/Schoppe, Der Konzern 2006, 329 (333 f.).

⁸⁶⁷ Herdegen, Völkerrecht, § 54 Rn. 2; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 91.

⁸⁶⁸ Vgl. Moshnyagul, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 62 ff.; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 92 f.

⁸⁶⁹ Mittelberger, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 60 f.

⁸⁷⁰ V. Danwitz, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (239); Mittelberger, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 60 f.

hat dieser die Konfiskation von Eigentum hingegen als Nutzungsregelung nach Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK qualifiziert.⁸⁷¹

V. Formelle Enteignung

Der Begriff der Enteignung lässt sich unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EGMR definieren als eine dauerhafte⁸⁷² ganze oder teilweise⁸⁷³ Übertragung⁸⁷⁴ von nach Art. 17 EGRC geschützten Eigentumspositionen auf den Staat oder einen Dritten⁸⁷⁵ kraft eines Gesetzes und aus Gründen des öffentlichen Interesses.⁸⁷⁶ Diese Entziehung des Eigentums kann durch unmittelbaren staatlichen Zugriff oder mittelbar etwa durch Auferlegung einer Übertragungsverpflichtung⁸⁷⁷ sowie durch Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts erfolgen.⁸⁷⁸

Der Entziehung eines Sachgegenstandes ist die Beseitigung einer Rechtsposition durch nachträgliche Aberkennung einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung⁸⁷⁹ oder durch Neuordnung von Rechtsvorschriften⁸⁸⁰ gleichgestellt. Eine Forderung aus einem Urteil kann Eigentum bilden. Ist dies der Fall, stellt es einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Eigentums dar, wenn ein solches Urteil aufgehoben wird bzw. nicht vollstreckt werden kann.⁸⁸¹ Gerade aus letzterem Aspekt lässt sich der Schluss ziehen, dass die Enteignung nach Art. 17 EGRC keinen Güterbeschaffungsvorgang voraussetzt.⁸⁸²

⁸⁷¹ Vgl. u. Rn. 2961.

⁸⁷² EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 62 f.), EuGRZ 1977, 38 (48 f.) – Handyside/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 30.10.1991, Nr. 11796/85 (Rn. 72), ÖJZ 1992, 238 (240 f.) – Wiesinger/Österreich; *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 87, 136; *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 52.

⁸⁷³ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 44; *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 67.

⁸⁷⁴ EGMR, Urt. vom 23.9.1982, Nr. 7151 u. 7152/75 (Rn. 63), NJW 1984, 2747 (2747 f.) – Sporrang u. Lönnroth/Schweden; *Reininghaus*, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 27.

⁸⁷⁵ *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 88; *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 52.

⁸⁷⁶ EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Rn. 61 ff.), ÖJZ 1995, 428 (430) – Holy Monasteries/Griechenland; *Reininghaus*, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 21.

⁸⁷⁷ EGMR, Urt. vom 21.2.1990, Nr. 11855/85 (Rn. 9, 43 f.), EuGRZ 1992, 5 (5, 8) – Häkansson u. Stureson/Schweden.

⁸⁷⁸ EGMR, Urt. vom 22.9.1994, Nr. 13616/88 (Rn. 35), EuGRZ 1996, 593 (597) – Hentrich/Frankreich.

⁸⁷⁹ EGMR, Urt. vom 28.10.1999, Nr. 28342/95 (Rn. 73 f.), RJD 1999-VII – Brumarescu/Rumänien; Urt. vom 18.1.2005, Nr. 77317/01 (Rn. 45) – Poltorachenko/Ukraine.

⁸⁸⁰ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 34 ff.), EuGRZ 1988, 341 (342) – James u.a./Vereinigtes Königreich.

⁸⁸¹ EGMR, Urt. vom 19.12.2006, Nr. 14385/04 (Rn. 113 f.), NJW 2007, 3409 (3410) – Oferta Plus/Moldau.

⁸⁸² Zusammenfassend zur abw. Rspr. des BVerfG *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 99.

- 2899** Neben der Individualenteignung können im Rahmen von Nationalisierungsmaßnahmen selbst ganze Wirtschaftszweige unter den Tatbestand der Enteignung fallen.⁸⁸³ Die Berufung auf das Eigentumsrecht ist ebenfalls zur Abwehr einer erst noch bevorstehenden Enteignung möglich.⁸⁸⁴ Die Übertragung einer Eigentumsposition setzt damit nicht zwingend auch den Übergang der Sachherrschaft voraus.⁸⁸⁵

VI. Faktische Enteignung

1. Kriterium der Eingriffsintensität nach dem EGMR

a) Ansatz

- 2900** Der formellen Enteignung stellt der EGMR die faktische Enteignung gleich. Eine solche ist anzunehmen, wenn die mit dem Eigentum verbundenen Nutzungs- und Verfügungsrechte derart eingeschränkt werden, dass dem Berechtigten lediglich eine formale Eigentümerstellung zukommt, während die wirtschaftlichen Auswirkungen mit jenen der Enteignung gleichzusetzen sind.⁸⁸⁶ Erforderlich ist, dass dem Eigentümer jede sinnvolle Nutzungsmöglichkeit genommen wird oder das Eigentum gänzlich seinen Wert verliert.⁸⁸⁷ Das muss dauerhaft erfolgen. Die vorübergehende Schließung einer Betriebsstätte genügt dafür nicht, zumal wenn nicht nur eine neue Zulassung erlangt, sondern der vorhandene Kundenstamm verkauft werden kann.⁸⁸⁸
- 2901** Einen Fall der Enteignung hat der EGMR auch nicht beim Widerruf einer behördlichen Genehmigung zur Ausbeutung einer Kiesgrube angenommen. Schließ-

⁸⁸³ EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9006/80 u.a. (Rn. 10 ff. i.V.m. 107), EuGRZ 1988, 350 (356) – Lithgow u.a./Vereinigtes Königreich; *Reininghaus*, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 38; *Mittelberger*, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 66.

⁸⁸⁴ EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Rn. 61 ff.), ÖJZ 1995, 428 (430) – Holy Monasteries/Griechenland.

⁸⁸⁵ EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Rn. 65), ÖJZ 1995, 428 (430) – Holy Monasteries/Griechenland; *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 5; *Reininghaus*, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 28 ff.

⁸⁸⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 23.9.1982, Nr. 7151 u. 7152/75 (Rn. 63), NJW 1984, 2747 (2747 f.) – Sporrang u. Lönnroth/Schweden; Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12033/86 (Rn. 42 ff.), ÖJZ 1991, 514 (515) – Fredin/Schweden (Nr. 1); Urt. vom 19.12.1989, Nr. 10522/83 u.a. (Rn. 43 f.), ÖJZ 1990, 150 (151) – Mellacher u.a./Österreich; *Frowein/Peukert*, Art. 1 des 1. ZP Rn. 25; *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 92.

⁸⁸⁷ *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 6; *Mittelberger*, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 64 f.; v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (241 f.).

⁸⁸⁸ EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (26) – Brückl/Deutschland: Widerruf einer Approbation als Apothekerin.

lich bilde die Ausbeutung der Kiesgrube nur eine Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks und sei im Verhältnis zur Gesamtfläche der Ländereien der Beschwerdeführerin nicht mehr als eine erhebliche Beeinträchtigung zu betrachten.⁸⁸⁹ Damit stütze sich der EGMR auf die aus den wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme im Einzelfall folgende Eingriffsintensität, hier bezogen auf das Eigentum am Grundstück.

Der Blick des EGMR auf das Grundstück als solches lässt jedoch eine eigentumsrechtliche Bewertung des Widerrufs der Ausbeutungsgenehmigung selbst vermissen.⁸⁹⁰ Infolge ihrer Ausfüllung durch wirtschaftliches Handeln und Investieren bildet dieses Rohstoffgewinnungsrecht bereits für sich gesehen Eigentum und ist daher (auch) isoliert zu betrachten, wenn es durch eine behördliche Entscheidung vereitelt wird. Bei einer solchen separaten Betrachtung, losgelöst vom Grundstück, liegt eine Enteignung vor, kann doch die Ausbeutungsgenehmigung nicht mehr ausgeübt werden. Damit wird auch die darauf gebaute betriebliche Investition wertlos.

2902

b) Einbeziehung von Realakten

Ähneln sich formelle und faktische Enteignung hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen, so fehlt bei der faktischen gegenüber der formellen Enteignung eine Übertragung des jeweiligen Rechts.⁸⁹¹ Mangels eines solchen Übertragungsakts können auch Realakte wie die Besetzung eines Grundstücks⁸⁹² oder die Zerstörung von Eigentum durch Streitkräfte⁸⁹³ eine solche faktische Enteignung bewirken, wenn die Eingriffsintensität derjenigen einer Enteignung gleichkommt.

2903

Demgegenüber erfüllen nach deutschem Verfassungsrecht nur die Legal- und Administrativenteignungen den Tatbestand der Enteignung.⁸⁹⁴ Dieser signifikante Unterschied zur Rechtsprechung des EGMR lässt sich auch damit erklären, dass die Entschädigung bei einer Enteignung nach der Regelung der EMRK nicht gesetzlich fixiert sein muss.⁸⁹⁵ Dagegen könnte die Junktim-Klausel nach deutschem Verfassungsrecht bei einer faktischen Enteignung zwangsläufig gar nicht erst beachtet werden. Entsprechend könnte die Annahme einer faktischen Enteignung im deutschen Verfassungsrecht niemals dem Rechtmäßigkeitsmaßstab des Art. 14 GG genügen. Nach Art. 17 EGRC sind nur die Bedingungen der Enteignung, nicht

2904

⁸⁸⁹ EGMR, Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12033/86 (Rn. 42 f.), ÖJZ 1991, 514 (515) – Fredin/Schweden (Nr. 1).

⁸⁹⁰ Vgl. dazu u. Rn. 2971 ff.; zusammenfassend zur ähnlichen Perspektive des BVerfG im Nassauskiesungsbeschluss *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 99.

⁸⁹¹ *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 53; *Mittelberger*, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 63; *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 5.

⁸⁹² EGMR, Urt. vom 24.6.1993, Nr. 14556/89 (Rn. 42 ff.), ÖJZ 1994, 177 (177 f.) – Papa-michalopoulos u.a./Griechenland.

⁸⁹³ EGMR, Urt. vom 24.2.2005, Nr. 57950/00 (Rn. 233), EuGRZ 2006, 41 (46) – Isayeva/Russland; Urt. vom 1.6.2004, Nr. 24561/94 (Rn. 62 f.) – Altun/Türkei.

⁸⁹⁴ Vgl. dazu *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 533.

⁸⁹⁵ Vgl. zu den Modalitäten der Entschädigung u. Rn. 2926 ff.

hingegen die Entschädigung gesetzlich zu regeln. Damit setzt sich die größere Flexibilität im europäischen Eigentumsrecht unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EGMR fort.

2. Kriterium der Finalität nach dem EuGH

- 2905** Im Gegensatz zum EGMR, der durch die Anerkennung der faktischen Enteignung die Eingriffsintensität und tatsächlichen Auswirkungen zum Abgrenzungskriterium zwischen Eigentumsentziehung und Nutzungsregelung erhoben hat,⁸⁹⁶ fordert der EuGH für den Enteignungstatbestand einen „gezielten“ Entzug und beschränkt sich damit auf die formelle Enteignung.⁸⁹⁷ Dieses Erfordernis der Finalität der Eigentumsentziehung nimmt Maßnahmen, die lediglich enteignende Wirkungen haben, eigentlich vom Tatbestand der Eigentumsentziehung aus.⁸⁹⁸
- 2906** Aber auch nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Enteignung anzunehmen, wenn dem Eigentümer die Möglichkeit genommen ist, über sein Eigentum zu verfügen und es jeder nicht untersagten Nutzung zuzuführen,⁸⁹⁹ mithin sämtliche damit verbundenen Rechte genommen werden,⁹⁰⁰ oder wenn jede sinnvolle Art der Vermarktung eines Produktes ausgeschlossen ist.⁹⁰¹ Mit den letztgenannten Ausführungen nähert sich der EuGH der Rechtsprechung des EGMR in der Formulierung bezüglich der Nutzungs- und Verfügungsrechte an. Der Rechtsprechung beider Gerichte kann damit der Grundsatz entnommen werden, dass eine Enteignung die Einschränkung jeder Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit erfordert.⁹⁰² Die Grenze zwischen faktischer Enteignung und rechtswidriger Nutzungsbeschränkung wird damit fließend.⁹⁰³
- 2907** Soweit der EuGH allerdings lediglich den finalen Entzug von Eigentumspositionen als Enteignung wertet und Maßnahmen mit enteignender Wirkung vom Enteignungstatbestand ausnimmt,⁹⁰⁴ umgeht er auch eine Stellungnahme zu einer ent-

⁸⁹⁶ S. *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 45; *Frowein/Peukert*, Art. 1 des 1. ZP Rn. 25.

⁸⁹⁷ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 13; *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 45; *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 16; v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (270 f.).

⁸⁹⁸ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 13; *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 45 f.; weiter *Pielow/Ehlers*, IR 2007, 259 (263).

⁸⁹⁹ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3746, Rn. 19) – *Hauer*; *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 45 f.

⁹⁰⁰ S. EuGH, Rs. C-363/01, Slg. 2003, I-11893 (11937, Rn. 55 f.) – *Flughafen Hannover*.

⁹⁰¹ EuGH, Rs. C-347/03, Slg. 2005, I-3785 (3868, Rn. 122) – *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia*.

⁹⁰² Vgl. auch *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 63; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 17 Rn. 20.

⁹⁰³ So zur EMRK auch v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (243).

⁹⁰⁴ EuG, Rs. T-113/96, Slg. 1998, II-125 (145, Rn. 57) – *Dubois et fils*.

sprechenden Enteignungskompetenz der Union.⁹⁰⁵ Unter Einbeziehung der nach Art. 52 Abs. 3 EGRC maßgeblichen Rechtsprechung des EGMR wird er sich unter Geltung des Art. 17 EGRC dazu zwangsläufig äußern müssen.

Zwischen den Positionen des EGMR und des EuGH spiegelt sich die Entwicklung wider, die der Enteignungsbegriff im deutschen Verfassungsrecht vollzogen hat. Während der BGH zunächst einen weiten Enteignungsbegriff vertrat, der für den Enteignungstatbestand maßgeblich an die Auswirkungen einer hoheitlichen Maßnahme anknüpfte,⁹⁰⁶ hat das BVerfG lediglich den finalen Eigentumsentzug als Enteignung qualifiziert.⁹⁰⁷

2908

VII. Ausschluss einer Enteignung wegen rechtswidriger Eigentumsnutzung?

Trotz des substanziellen Verlusts von Eigentum wirkt sich die Einziehung eines Gegenstands aus Gründen der Verletzung von straf-,⁹⁰⁸ steuer-⁹⁰⁹ oder zollrechtlichen⁹¹⁰ Vorschriften, der Unterbindung sozialschädlicher Einflüsse⁹¹¹ oder zwecks Durchsetzung völkerrechtlicher Sanktionen⁹¹² sowie die Vernichtung eines Gegenstands aus Gründen der Gesundheitsvorsorge⁹¹³ nicht als Enteignung, sondern als Regelung zur Nutzung des Eigentums aus.⁹¹⁴ Dies wird mit dem Argument begründet, dass die wegen der vorstehend genannten Gründe rechtswidrige Nutzung des Eigentums untersagt ist. Daher stellt die Durchsetzung dieser Regelung auch als solche lediglich eine Nutzungsregelung dar.⁹¹⁵ Hingegen liegt eine Enteignung vor, wenn solche Motive nicht im Vordergrund stehen.⁹¹⁶ Damit ist es aber weit-

2909

⁹⁰⁵ Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 46 f.

⁹⁰⁶ BGHZ 37, 44 (47).

⁹⁰⁷ Vgl. zum Ganzen *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 532.

⁹⁰⁸ EGMR, Urt. vom 22.2.1994, Nr. 12954/87 (Rn. 27), ÖJZ 1994, 562 (562 f.) – Raimondo/Italien.

⁹⁰⁹ EGMR, Urt. vom 7.12.1983, Nr. 10378/83, DR 35, 235 (236 f.) – K./Dänemark.

⁹¹⁰ EGMR, Urt. vom 24.10.1986, Nr. 9118/80 (Rn. 51), EuGRZ 1988, 513 (517) – AGO-SI/Vereinigtes Königreich.

⁹¹¹ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 62 f.), EuGRZ 1977, 38 (48 f.) – Handyside/Vereinigtes Königreich; *Frowein/Peukert*, Art. 1 des 1. ZP Rn. 37.

⁹¹² EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 142), NJW 2006, 197 (200) – Bosphorus/Irland.

⁹¹³ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7477 f., Rn. 79 ff.) – Booker Aquaculture; in Übereinstimmung mit der Rspr. des BVerfGE 20, 351 (351).

⁹¹⁴ *Deppenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 47; *Reininghaus*, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 52 ff.; *Mittelberger*, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 95 ff.

⁹¹⁵ *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 6.

⁹¹⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 24.9.2003, Nr. 35179/97 (Rn. 50), RJD 2003-VII – Allard/Schweden; Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 63), EuGRZ 1977, 38 (49) – Handyside/Vereinigtes Königreich.

gehend eine Sache der staatlichen Begründung, ob eine Enteignung vorliegt oder nicht. Diese kann darüber nur gerechtfertigt, nicht jedoch ausgeschlossen werden.

VIII. Rechtfertigung der Enteignung

1. Grundvoraussetzungen

2910 Eine Enteignung kann gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGRC gerechtfertigt sein, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt werden.⁹¹⁷ Erstens müssen die Bedingungen der Enteignung in einem Gesetz vorgesehen sein. Zweitens darf die Enteignung nur aus Gründen des öffentlichen Interesses erfolgen. Drittens muss die Enteignung durch eine rechtzeitige und angemessene Entschädigung kompensiert werden. Als ungeschriebenes viertes Erfordernis lässt sich aus der Rechtsprechung des EGMR⁹¹⁸ ein vernünftiges und angemessenes Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel ableiten.

2911 Im Gegensatz zum EGMR hat der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung zum Eigentumsrecht in keinem der ihm vorgelegten Fälle einen Entzug des Eigentums angenommen⁹¹⁹ und sich entsprechend auch nicht abschließend zu dessen Voraussetzungen geäußert.⁹²⁰

2. Gesetzlich vorgesehene Enteignungsbedingungen

2912 Die Bedingungen der Enteignung müssen gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGRC in einem Gesetz vorgesehen sein. Der Gesetzesbegriff des Art. 17 EGRC ist jedoch nicht auf Gesetze im formellen Sinne zu beschränken. Schon aufgrund der unterschiedlichen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten müssen auch Verordnungen oder Prinzipien des common law als gesetzliche Grundlage ausreichen.⁹²¹ Allerdings darf auch in letzteren Fällen die demokratische Legitimationskette zum Parlament nicht unterbrochen sein.⁹²²

⁹¹⁷ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 20; Rengeling/Szczekalla, Rn. 818.

⁹¹⁸ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 50), EuGRZ 1988, 341 (345) – James u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 20.11.1995, Nr. 17849/91 (Rn. 38), ÖJZ 1996, 275 (276) – Pressos Compania Naviera S.A./Belgien.

⁹¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7479, Rn. 86) – Booker Aquaculture; Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 13; Streinz, in: ders., Art. 17 GR-Charta Rn. 10; Schmidt-Preuß, EuR 2006, 463 (484); Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 45.

⁹²⁰ Vgl. Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 EUV Rn. 154 f.; Rengeling/Szczekalla, Rn. 821; aus der Rspr. EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639 f., Rn. 19) – Wachauf; ferner EuG, Rs. T-113/96, Slg. 1998, II-125 (145, Rn. 57) – Dubois et fils.

⁹²¹ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 64; Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 56.

⁹²² Grabenwarter, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 8; Moshnyagul, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 59; Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 64.

Auf europäischer Ebene werden teilweise alle nach Art. 249 EG/288 AEUV **2913** möglichen und verbindlichen Rechtsakte, also Richtlinien, Verordnungen und Entscheidungen/Beschlüsse, als Gesetze i.S.d. Art. 17 EGRC qualifiziert.⁹²³ Da dem Begriff des Gesetzes bei allen Unterschieden der europäischen Rechtssysteme aber ein Mindestmaß an Abstraktheit innewohnt, sind auf europäischer Ebene nur Richtlinien und Verordnungen als Gesetze i.S.d. Art. 17 EGRC anzuerkennen.⁹²⁴

Die Bedingungen der Enteignung müssen durch das Gesetz hinreichend bestimmt sein.⁹²⁵ Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit folgert der EGMR auch, **2914** dass die innerstaatlichen Rechtsvorschriften hinreichend zugänglich, bekannt und vorhersehbar sein müssen.⁹²⁶ Das gilt entsprechend für europäische Rechtsakte.⁹²⁷ Ein behördlicher Ermessensspielraum muss durch Ausübungskriterien gesetzlich dirigiert werden.⁹²⁸ Schließlich dürfen Entschädigungsansprüche nicht durch ineffektiven Rechtsschutz unterlaufen werden.⁹²⁹

3. Gründe des öffentlichen Interesses

a) Beurteilungsspielraum

Die Enteignung muss aus Gründen des öffentlichen Interesses erfolgen. Dabei hat **2915** der EGMR den Staaten einen Beurteilungsspielraum eingeräumt, welchen er mit der Komplexität politischer, wirtschaftlicher und sozialer Fragen begründet.⁹³⁰ Die Grenzen dieses Beurteilungsspielraums sieht er überschritten, wenn die Beurteilung offensichtlich einer vernünftigen Begründung entbehrt.⁹³¹ Daneben prüft der

⁹²³ Calliess, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 17 Rn. 25.

⁹²⁴ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 70. Allgemein o. Rn. 572 ff.

⁹²⁵ EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9006/80 u.a. (Rn. 110), EuGRZ 1988, 350 (356) – Litgow u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 147), NJW 2005, 2521 (2524) – Broniowski/Polen; Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1093).

⁹²⁶ EGMR, Urt. vom 5.1.2000, Nr. 33202/96 (Rn. 109), NJW 2003, 654 (656 f.) – Beyeler/Italien.

⁹²⁷ S.o. Rn. 528 f. sowie Rn. 2913.

⁹²⁸ EGMR, Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12033/86 (Rn. 50), ÖJZ 1991, 514 (515 f.) – Fredin/Schweden (Nr. 1); Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 57

⁹²⁹ EGMR, Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12033/86 (Rn. 50), ÖJZ 1991, 514 (515 f.) – Fredin/Schweden (Nr. 1).

⁹³⁰ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 46), EuGRZ 1988, 341 (344) – James u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 30.6.2005, Nr. 46720/99 u.a. (Rn. 91), NJW 2005, 2907 (2908 f.) – Jahn u.a./Deutschland; Urt. vom 23.11.2000, Nr. 25701/94 (Rn. 87), NJW 2002, 45 (49) – Früherer König von Griechenland u.a./Griechenland; Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 149), NJW 2005, 2521 (2524 f.) – Broniowski/Polen; Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 66.

⁹³¹ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 46), EuGRZ 1988, 341 (344) – James u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 149), NJW 2005, 2521 (2524 f.) – Broniowski/Polen

EGMR auch, ob diejenigen Tatsachen und Umstände, auf deren Grundlage die staatlichen Behörden gehandelt haben, auch vorlagen.⁹³²

- 2916** Ebenso hat der EuGH einen solchen Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich öffentlicher Belange zur Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen anerkannt, obschon den Gründen des öffentlichen Interesses im europäischen Raum durch die Mitgliedstaaten nicht zwingend das gleiche Gewicht beigemessen werden muss.⁹³³ Da auch Unionsorgane komplexe politische, wirtschaftliche und soziale Fragen zu bewältigen haben, ist ihnen der gleiche Beurteilungsspielraum zuzubilligen.

b) Enteignung zugunsten Privater und zugunsten privater Interessen

- 2917** Da eine Enteignung gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGRC nur aus Gründen des öffentlichen Interesses erfolgen darf, wird eine solche allein zugunsten privater Interessen ausgeschlossen.⁹³⁴ Gleichwohl ist aus dieser Zweckbindung nicht abzuleiten, dass die Eigentumsübertragung zwingend zugunsten des Staates zu erfolgen hat.⁹³⁵ Soweit ein privater Dritter mit der Bewirtschaftung oder Unterhaltung des ihm übertragenen Eigentums die Erfüllung des öffentlichen Zwecks gewährleistet, ist auch eine Enteignung zu seinen Gunsten statthaft.⁹³⁶ Nach der Rechtsprechung des EGMR ist auch nicht erforderlich, dass ein erheblicher Teil der Allgemeinheit unmittelbaren Nutzen aus der Enteignung ziehen kann.⁹³⁷

c) Gründe des öffentlichen Interesses und Allgemeininteresse

- 2918** In der Lit. wird überwiegend angenommen, dass die in Art. 52 Abs. 1 EGRC verwendete Formulierung „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ den Kreis der Gründe des öffentlichen Interesses eingrenzt.⁹³⁸ Für diese Ansicht kann jedenfalls nicht an den Unterschied zwischen den in Art. 17 EGRC verwendeten „Gründen des öffentlichen Interesses“ und dem in Art. 52 Abs. 1 EGRC angesprochenen „Gemeinwohl“ angeknüpft werden. Auch Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK gebraucht ebenso wie Art. 17 EGRC selbst die

⁹³² EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 46), EuGRZ 1988, 341 (344) – James u.a./Vereinigtes Königreich.

⁹³³ Vgl. EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9652, Rn. 31) – Omega.

⁹³⁴ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 40), EuGRZ 1988, 341 (343) – James u.a./Vereinigtes Königreich; Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1093); Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 90.

⁹³⁵ Reininghaus, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 34 ff.

⁹³⁶ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 39), EuGRZ 1988, 341 (343) – James u.a./Vereinigtes Königreich; Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 66; Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 51.

⁹³⁷ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 41), EuGRZ 1988, 341 (343) – James u.a./Vereinigtes Königreich.

⁹³⁸ Jarass, § 22 Rn. 21; wohl auch Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 51; Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 79.

Begriffe des öffentlichen Interesses und des Allgemeininteresses. Weder die Lit.⁹³⁹ noch der EGMR⁹⁴⁰ haben aber aus den beiden Begriffen einen Unterschied in der Sache abgeleitet. Es ist auch für Art. 17 EGRC kein sachlicher Grund ersichtlich, warum von einer divergierenden Begrifflichkeit von öffentlichem Interesse und Allgemeinwohl ausgegangen werden soll.

Soweit die Eingrenzung des Gemeinwohls mit den spezifischen Strukturen und Zielen der Union begründet wird,⁹⁴¹ geht auch dabei der Aspekt verloren, dass jede Maßnahme der EU potenziell in jeden denkbaren Lebensbereich einwirken kann und entsprechend jeder Lebensbereich ein potenzielles Gemeinwohlziel darstellen kann. Der Begriff des europäischen Gemeinwohls ist damit nicht minder offen oder erweiterungsfähig wie der Begriff des Gemeinwohls im Allgemeinen.⁹⁴² Ohnehin ist für die Schranken entsprechend dem inhaltlichen Bezug zu Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK auf Art. 52 Abs. 3 EGRC als spezielle Vorschrift zu Art. 52 Abs. 1 EGRC zurückzugreifen,⁹⁴³ wie auch die Erläuterungen zur EGRC gerade zu Art. 17 belegen.⁹⁴⁴ Im Übrigen ist auch die Wendung „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ sehr offen, wie die Rechtsprechung des EuGH zeigt, sind doch in der Union zahlreiche Gemeinwohlziele anerkannt.⁹⁴⁵ **2919**

Entfällt der öffentliche Zweck oder wird die Erreichung desselben im Nachhinein aufgegeben, so kann der Rechtsprechung der EKMR⁹⁴⁶ teilweise entnommen werden, dass Enteignungsmaßnahmen oder Beschränkungen des Eigentums rückgängig zu machen sind.⁹⁴⁷ Dies entspräche im Ergebnis auch der Rechtsprechung des BVerfG.⁹⁴⁸ **2920**

4. Verhältnismäßigkeit

a) Ansatz

Die Formel des Art. 52 Abs. 1 EGRC, dass Einschränkungen der in der Charta verankerten Rechte und Freiheiten nur unter Wahrung des Verhältnismäßigkeits- **2921**

⁹³⁹ Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 51; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 90; Mittelberger, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 115 ff.; Moshnyagul, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 57.

⁹⁴⁰ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 43), EuGRZ 1988, 341 (344) – James u.a./Vereinigtes Königreich.

⁹⁴¹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 22.

⁹⁴² Im Ergebnis wohl auch Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 22.

⁹⁴³ S. allgemein o. Rn. 540 ff.

⁹⁴⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

⁹⁴⁵ Näher allgemein o. Rn. 639 ff.

⁹⁴⁶ Vgl. EKMR, Entsch. vom 3.10.1979, Nr. 8003/77 (Abschnitt 3.b.), EuGRZ 1979, 574 (575) – X./Österreich; Entsch. vom 17.12.1987, Nr. 4982/81 (Rn. 106), DR 58, 5 – Scott's of Greenock Ltd./Vereinigtes Königreich.

⁹⁴⁷ Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 54.

⁹⁴⁸ BVerfG, EuRGZ 1975, 23 (24).

grundsatzes vorgenommen werden dürfen, wenn sie erforderlich sind und dem Gemeinwohl dienen, wird auch hier herangezogen.⁹⁴⁹ Sie findet aber nur dann Anwendung, wenn man Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC als allgemeine oder zumindest ergänzende Schranken-Schranke für Grundrechtseingriffe ansieht.⁹⁵⁰ Bei Annahme eines Exklusivverhältnisses⁹⁵¹ greift das Verhältnismäßigkeitsprinzip aber immer noch als beim Eigentumsgrundrecht gebräuchlicher Rechtsgrundsatz ein. Im Zusatzprotokoll zur EMRK enthalten,⁹⁵² gilt der dabei durch den EGMR herausgebildete Standard nach Art. 52 Abs. 3 EGRC.

b) Die Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung von EGMR und EuGH

- 2922** Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zwar nicht in Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK explizit verankert. Der EGMR hat gleichwohl in seiner Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, „dass bei einem Eingriff in das Recht auf Achtung des Eigentums ... ein gerechter Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses und den Erfordernissen des Schutzes der Grundrechte des Einzelnen hergestellt werden“ muss. Der EGMR stellt im Rahmen dieser Prüfung fest, „ob die gewählten Mittel als vernünftig und angemessen (Angemessenheit) zur Erzielung (Geeignetheit) des legitimen Zwecks erachtet werden können“.⁹⁵³ „Insbesondere muss bei jeder Maßnahme, mit der das Eigentum einer Person entzogen wird, ein angemessenes Verhältnis zwischen den angewandten Mitteln und dem verfolgten Ziel bestehen“⁹⁵⁴ (Erforderlichkeit).
- 2923** Wenn die Bedeutung der Geeignetheit und Erforderlichkeit in der Rechtsprechung des EGMR teilweise bestritten wird,⁹⁵⁵ so ist dem entgegen zu halten, dass keine Maßnahme auch im engeren Sinne verhältnismäßig sein kann, die weder geeignet noch erforderlich ist.⁹⁵⁶ Allerdings gesteht der EGMR den Staaten auch in dieser Hinsicht einen Beurteilungsspielraum zu.⁹⁵⁷ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist verletzt, wenn dem Betroffenen eine besondere und unmäßige Last aufgebürdet wird.⁹⁵⁸

⁹⁴⁹ Jarass, § 22 Rn. 19.

⁹⁵⁰ S.o. Rn. 542.

⁹⁵¹ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 19.

⁹⁵² S.o. Rn. 2775.

⁹⁵³ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 51), EuGRZ 1988, 341 (345) – James u.a./Vereinigtes Königreich.

⁹⁵⁴ S. EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 46720/99 u.a. (Rn. 93), NJW 2005, 2907 (2909) – Jahn u.a./Deutschland; Urt. vom 23.11.2000, Nr. 25701/94 (Rn. 89), NJW 2002, 45 (49) – Früherer König von Griechenland u.a./Griechenland.

⁹⁵⁵ Mittelberger, EuGRZ 2001, 364 (368).

⁹⁵⁶ Grabenwarter, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 8 sowie allgemein o. Rn. 652 ff. und 658 ff.

⁹⁵⁷ EGMR, Urt. vom 29.3.2006, Nr. 36813/97 (Rn. 94), NJW 2007, 1259 (1260) – Scordino/Italien (Nr. 1).

⁹⁵⁸ Vgl. EGMR, Urt. vom 23.9.1982, Nr. 7151 u. 7152/75 (Rn. 73), NJW 1984, 2747 (2748) – Sporrang u. Lönnroth/Schweden; Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 50), EuGRZ 1988, 341 (345) – James u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 23.11.2000, Nr. 25701/94 (Rn. 89), NJW 2002, 45 (49) – Früherer König von Griechenland u.a./Griechenland.

Aus der oben zitierten Rechtsprechung des EGMR lässt sich entnehmen, dass 2924
 der EGMR seiner Prüfung den auch aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zugrunde legt – wenn auch mit einigen Besonderheiten.⁹⁵⁹ Die Verhältnismäßigkeit einer Eigentumsbeeinträchtigung erfordert demnach zunächst einen legitimen Zweck, die Geeignetheit und Erforderlichkeit des angewandten Mittels sowie dessen Angemessenheit. Im Vergleich zur Prüfung durch das BVerfG lassen sich bei der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gleichwohl zwei Unterschiede ausmachen. Zunächst scheint die Prüfungsdichte des BVerfG tendenziell etwas strenger zu sein.⁹⁶⁰ Insbesondere die Erforderlichkeit beurteilt der EGMR nicht anhand des Interventionsminimums.⁹⁶¹ Ferner hat der auf den konkreten Fall gerichtete Blickwinkel des EGMR zur Folge, dass auch das Verhalten des Täters⁹⁶² und die Ausgestaltung des Verfahrens, welches zum Eingriff in das Eigentumsrecht führt, in die Verhältnismäßigkeitsprüfung miteinbezogen werden.⁹⁶³

Auch der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt,⁹⁶⁴ 2925
 wenn gleich sich seine Rechtsprechung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip bei Eingriffen in das Eigentumsrecht bislang auf Nutzungsregelungen beschränkt.⁹⁶⁵ In diesem Rahmen gestand der EuGH⁹⁶⁶ einen breiten Beurteilungsspielraum zu und beschränkte sich auf eine Evidenzkontrolle.⁹⁶⁷ Unabhängig von der generellen Kritik daran, bedarf es für eine Enteignung schärferer Maßstäbe, bildet diese doch einen wesentlich gravierenderen Eingriff als eine Nutzungsregelung.

⁹⁵⁹ Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 84; Mittelberger, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 119.

⁹⁶⁰ Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 120.

⁹⁶¹ Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 84; Mittelberger, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 123 f.; v. Danwitz, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (253).

⁹⁶² EGMR, Urt. vom 24.10.1986, Nr. 9118/80 (Rn. 54), EuGRZ 1988, 513 (518) – AGOSI/Vereinigtes Königreich.

⁹⁶³ EGMR, Urt. vom 24.10.1986, Nr. 9118/80 (Rn. 55, 62), EuGRZ 1988, 513 (519) – AGOSI/Vereinigtes Königreich.

⁹⁶⁴ Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 5 EGV Rn. 51.

⁹⁶⁵ Vgl. dazu u. bei der Verhältnismäßigkeit von Nutzungsregelungen Rn. 2978 ff.

⁹⁶⁶ S. allerdings nunmehr EuG, Rs. T-170/06 (Rn. 108 f.) – Alrosa.

⁹⁶⁷ Krit. Schmidt-Preuß, EuR 2006, 463 (470).

IX. Entschädigung

1. Herleitung

- 2926** Der Entzug des Eigentums in Art. 17 EGRC ist in naher Anlehnung an Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK formuliert worden.⁹⁶⁸ Während die Entschädigung in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGRC jedoch als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Enteignung explizit genannt ist, fehlt eine entsprechende Regelung in Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK. Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip hat der EGMR gleichwohl den Grundsatz gefolgert, dass eine rechtmäßige Enteignung i.d.R. eine Entschädigung voraussetzt.⁹⁶⁹ Das Entschädigungserfordernis in Art. 17 EGRC kann entsprechend dieser Tradition als spezielle Ausformulierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begriffen werden.⁹⁷⁰
- 2927** Das EuG hat in seiner Rechtsprechung einen Gemeinschaftsrechtsgrundsatz zur Enteignungsentschädigung lediglich als vorstellbar erwogen.⁹⁷¹ In seiner Entscheidung *Wachauf* hat der EuGH geurteilt, dass eine Regelung, die einen Pächter „nach Ablauf des Pachtverhältnisses entschädigungslos um die Früchte seiner Arbeit und der von ihm in dem verpachteten Betrieb vorgenommenen Investitionen“ bringen würde, „mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsordnung unvereinbar wäre“.⁹⁷²
- 2928** In seiner Entscheidung *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia* hat der EuGH schließlich geäußert, dass „das vom vorlegenden Gericht geltend gemachte Fehlen einer Entschädigung ... nicht bereits für sich einen Umstand dar(stellt), der die Unvereinbarkeit der Verbotsmaßnahme mit dem Eigentumsrecht belegen würde“.⁹⁷³ Diese Äußerung ist jedoch in Zusammenhang mit dem Umstand zu sehen, dass der EuGH zuvor einen Entzug des Eigentums abgelehnt hatte und folglich auch nicht über das Fehlen einer Entschädigung im Rahmen einer Enteignung zu urteilen hatte.

2. Entschädigungsmodalitäten

- 2929** Die Modalitäten der Entschädigung sind nach Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGRC im Gegensatz zu den Bedingungen der Enteignung nicht auch in dem Enteignungsgesetz

⁹⁶⁸ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 19; Streinz, in: ders., Art. 17 GR-Charta Rn. 17; näher o. Rn. 2775 ff.

⁹⁶⁹ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 46720/99 u.a. (Rn. 94), NJW 2005, 2907 (2909) – Jahn u.a./Deutschland; Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Rn. 71), ÖJZ 1995, 428 (430) – Holy Monasteries/Griechenland; Grabenwarter, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 9.

⁹⁷⁰ Rengeling/Szczekalla, Rn. 819.

⁹⁷¹ EuG, Rs. T-113/96, Slg. 1998, II-125 (145, Rn. 57) – Dubois et fils.

⁹⁷² EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639 f., Rn. 19) – Wachauf.

⁹⁷³ EuGH, Rs. C-347/03, Slg. 2005, I-3785 (3868, Rn. 122 f.) – Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia.

zu regeln.⁹⁷⁴ Nach der Rechtsprechung des EuGH wird den Anforderungen an eine Entschädigung auch dann Genüge getan, wenn sie von der Exekutive im Rahmen einer Ermessensentscheidung geleistet wird.⁹⁷⁵ Damit hängt auch die Rechtmäßigkeit der Enteignung nicht von der gesetzlichen Ausgestaltung der Entschädigung ab.

Da die Regelung der Entschädigung in Art. 17 EGRC nicht der Legislative vorbehalten ist, erscheint zur Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes auch eine richterliche Festsetzung der Entschädigung möglich. Anders als im deutschen Recht⁹⁷⁶ kommt daher bei Art. 17 EGRC für den Betroffenen die Duldung der Enteignung mit anschließender Liquidation seines Schadens in Betracht. Daher sind auch faktische Enteignungen vorstellbar.⁹⁷⁷ **2930**

Aus Art. 17 EGRC ergeben sich des Weiteren Anforderungen hinsichtlich der Rechtzeitigkeit und Angemessenheit der Entschädigung. Die Entschädigung erfolgt rechtzeitig, wenn sie unverzüglich und rechtswirksam geleistet wird.⁹⁷⁸ Sie muss zumindest zeitgleich mit dem Rechtsentzug gewährt werden.⁹⁷⁹ Allerdings gehen Rechtsstreitigkeiten in der Sache zulasten des Betroffenen.⁹⁸⁰ **2931**

3. Entschädigungshöhe

Die Entschädigung muss gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGRC zudem angemessen sein. **2932** Damit ist eine volle Kompensation für die Eigentumsentziehung durch Ausrichtung der Höhe der Entschädigung am Marktwert zwar nicht zwingend vorgeschrieben.⁹⁸¹ Auch nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK ist eine volle Entschädigung nicht gewährleistet,⁹⁸² obschon der EGMR in seiner jüngeren Rechtsprechung für die Enteignung eines Vermögensgegenstandes eine „auf angemessene Weise seinem Wert entsprechende Entschädigung“ verlangt.⁹⁸³

Im Regelfall wird jedoch nur eine volle Entschädigung als in vernünftiger Weise dem Wert des Eigentums entsprechend angesehen werden können. Das hat der EGMR exemplarisch für die Enteignung von Grundstücken zum Straßenbau an- **2933**

⁹⁷⁴ Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1093); anders hingegen im deutschen Recht Art. 14 Abs. 3 GG.

⁹⁷⁵ EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2640, Rn. 22) – Wachauf.

⁹⁷⁶ BVerfGE 58, 300 (324) – Nassauskiesung.

⁹⁷⁷ S.o. Rn. 2900 ff.

⁹⁷⁸ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 17 Rn. 20; Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1093).

⁹⁷⁹ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 70.

⁹⁸⁰ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 70.

⁹⁸¹ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 71; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 94.

⁹⁸² EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 54), EuGRZ 1988, 341 (346) – James u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9006/80 u.a. (Rn. 121), EuGRZ 1988, 350 (358) – Lithgow u.a./Vereinigtes Königreich; Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 89.

⁹⁸³ EGMR, Urt. vom 29.3.2006, Nr. 36813/97 (Rn. 95), NJW 2007, 1259 (1260) – Scordino/Italien.

genommen.⁹⁸⁴ Im Falle der Nationalisierung von Unternehmen hat der EGMR es hingegen als zulässig erachtet, die Bewertung der Unternehmen an deren durchschnittlichen Börsenkurs auszurichten.⁹⁸⁵ Insgesamt lässt sich der Rechtsprechung des EGMR die Tendenz entnehmen, dass bei Individualenteignungen eine volle Wertkompensation zu leisten ist, während mit der wachsenden Anzahl der Betroffenen auch das Angemessenheitskriterium relativer gehandhabt wird.⁹⁸⁶

2934 Im Einzelfall ermöglicht das Angemessenheitskriterium eine wertende Relation zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Rechten des Betroffenen. Zur näheren Bestimmung der Angemessenheit der Entschädigung können der Wert des enteigneten Gutes, die individuelle oder kollektive Ausrichtung der Maßnahme, die Wichtigkeit und Dringlichkeit des Gemeinwohlziels, die Sozialfunktion der Maßnahme sowie die wirtschaftliche Lage des enteignenden Staates berücksichtigt werden.⁹⁸⁷ Solche Einzelfälle, in denen eine Entschädigung unter dem Marktwert angemessen ist, können sich etwa im Rahmen von Wirtschaftsreformen,⁹⁸⁸ grundsätzlichen Änderungen des politischen Systems eines Staates⁹⁸⁹ oder zur Herbeiführung größerer sozialer Gerechtigkeit⁹⁹⁰ ergeben.⁹⁹¹

2935 Ebenso haben die Dauer der Eigentumsentziehung und die Verzögerung⁹⁹² bis zu deren Kompensation durch die Entschädigungsleistung bei der Bestimmung der Entschädigungshöhe mit einzufließen.⁹⁹³ Eine Reduzierung der Entschädigung ist möglich, wenn das Eigentum durch rechtswidriges Verhalten erlangt wurde.⁹⁹⁴ Die Entschädigung kann entgangenen Gewinn und nicht realisierte Nutzungsmöglichkeiten unberücksichtigt lassen.⁹⁹⁵

⁹⁸⁴ EGMR, Urt. vom 29.3.2006, Nr. 36813/97 (Rn. 96), NJW 2007, 1259 (1260) – Scordino/Italien.

⁹⁸⁵ EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9006/80 u.a. (Rn. 127 ff.), EuGRZ 1988, 350 (359) – Lithgow u.a./Vereinigtes Königreich.

⁹⁸⁶ Grabenwarter, § 25 Rn. 20.

⁹⁸⁷ Vgl. *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 66.

⁹⁸⁸ So die Sachlage bei EGMR, Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9006/80 u.a., EuGRZ 1988, 350 – Lithgow u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79, EuGRZ 1988, 341 – James u.a./Vereinigtes Königreich.

⁹⁸⁹ So die Sachlage bei EGMR, Urt. vom 23.11.2000, Nr. 25701/94, NJW 2002, 45 – Früherer König von Griechenland u.a./Griechenland; Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96, NJW 2005, 2521 – Broniowski/Polen; Urt. vom 30.6.2005, Nr. 46720/99 u.a., NJW 2005, 2907 – Jahn u.a./Deutschland.

⁹⁹⁰ So die Sachlage bei EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79, EuGRZ 1988, 341 – James u.a./Vereinigtes Königreich.

⁹⁹¹ EGMR, Urt. vom 29.3.2006, Nr. 36813/97 (Rn. 97, 98), NJW 2007, 1259 (1260 f.) – Scordino/Italien mit Hinweis auf die vorstehend zitieren Fälle *James*, *Lithgow*, *Früherer König von Griechenland*, *Broniowski* und *Jahn*.

⁹⁹² EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13427/87 (Rn. 82), ÖJZ 1995, 432 (435) – Stran Greek Refineries/Griechenland; Urt. vom 9.7.1997, Nr. 19263/92 (Rn. 29), ÖJZ 1998, 356 (356) – Akkus/Türkei.

⁹⁹³ Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1093).

⁹⁹⁴ Jarass, NVwZ 2006, 1089 (1093).

⁹⁹⁵ EKMR, Entsch. vom 13.12.1979, Nr. 7987/77, DR 18, 31 (48) – Company X./Österreich; Grabenwarter, § 25 Rn. 20.

Die Einräumung von Rechtsvorteilen im Gegenzug für die Entziehung des Eigentums kann nur dann bei der Entschädigung berücksichtigt werden, wenn die Betroffenen ein Interesse an den eingeräumten Rechtsvorteilen haben.⁹⁹⁶ Dies ist etwa der Fall bei Infrastrukturvorteilen, die ein Grundstückseigentümer aufgrund der Umsetzung des Planvorhabens erhält, zu dessen Zwecken sein Grundstück enteignet wurde.⁹⁹⁷ **2936**

4. Entschädigung in Naturalien

In der Regel wird die Entschädigung für eine Enteignung in der Form einer Geldleistung erfolgen. Darin zeigt sich die Umwandlung der eigentumsrechtlichen Bestandsgarantie in eine Wertgarantie. **2937**

In Einzelfällen kann der Eigentümer etwa bei einer Grundstücksenteignung durch eine Entschädigung in Naturalien, also in der Übereignung anderer Grundstücke, besser entschädigt werden als durch eine Geldleistung. Dies gilt beispielsweise in Fällen, in denen der Eigentümer auf einen gewissen Umfang von Grundstückswerten angewiesen ist, um sein Unternehmen rentabel führen zu können.⁹⁹⁸ **2938**

5. Entschädigungslose Enteignung

Nach der Rechtsprechung des EGMR kann eine Enteignung ohne Entschädigung nur unter außerordentlichen Umständen gerechtfertigt sein.⁹⁹⁹ Das Fehlen einer Entschädigung macht die Enteignung durch den Staat entsprechend nicht automatisch rechtswidrig.¹⁰⁰⁰ Solche Ausnahmen sind jedoch für Art. 17 EGRC nicht mehr anzuerkennen. Das ergibt sich bereits daraus, dass Art. 17 EGRC im Gegensatz zu Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK explizit eine Entschädigung fordert.¹⁰⁰¹ **2939**

⁹⁹⁶ S. EGMR, Urt. vom 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (Rn. 82), NJW 1999, 3695 (3697) – Chassagnou u.a./Frankreich.

⁹⁹⁷ St. Weber, in: Bröhmer, Der Grundrechtsschutz in Europa, 2002, S. 109 (118 ff.).

⁹⁹⁸ EGMR, Urt. vom 11.4.2002, Nr. 46044/99 (Rn. 23) – Lallement/Frankreich; *Grabewarter*, § 25 Rn. 20.

⁹⁹⁹ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 46720/99 u.a. (Rn. 94), NJW 2005, 2907 (2909) – Jahn u.a./Deutschland; Urt. vom 23.11.2000, Nr. 25701/94 (Rn. 89), NJW 2002, 45 (49) – Früherer König von Griechenland u.a./Griechenland; Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Rn. 71), ÖJZ 1995, 428 (430) – Holy Monasteries/Griechenland; Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 176), NJW 2005, 2521 (2527) – Broniowski/Polen.

¹⁰⁰⁰ EGMR, Urt. vom 23.11.2000, Nr. 25701/94 (Rn. 90), NJW 2002, 45 (49) – Früherer König von Griechenland u.a./Griechenland.

¹⁰⁰¹ *Jarass*, § 22 Rn. 23.

X. Enteignungskompetenz der EU

1. Wortlaut des Art. 17 EGRC

2940 Die Frage nach einer europäischen Enteignungskompetenz ist im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 17 EGRC, der explizit den Entzug des Eigentums als Beeinträchtigung des Eigentumsrechts gestattet, augenscheinlich leicht beantwortet.

2941 Aus der Anerkennung eines Rechts samt seiner Schranken folgt jedoch nicht notwendig die Kompetenz zu einer solchen Einschränkung.¹⁰⁰² Dass der Wortlaut des Art. 17 EGRC nicht alleine eine Enteignungskompetenz der EU trägt, ergibt sich auch schon aus der Klarstellung in Art. 51 Abs. 2 EGRC, wonach die EGRC keine neuen Kompetenzen schaffen soll. Es greift demnach der in Art. 5 Abs. 1 EG/5 Abs. 2 EUV verankerte Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung.¹⁰⁰³ Dem Wortlaut des Art. 17 EGRC kann daher allenfalls entnommen werden, dass eine solche Kompetenz vorausgesetzt wird.

2. Gegenwärtige gemeinschaftsrechtliche Enteignungskompetenz

2942 Für das (derzeitige) Fehlen einer solchen Enteignungskompetenz auf europäischer Ebene spricht die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Annibaldi*.¹⁰⁰⁴ In seinem Urteil führt der Gerichtshof aus: „Da schließlich eine spezifische Gemeinschaftsregelung für die Enteignung fehlt und die Maßnahmen über die gemeinsame Organisation der Agrarmärkte die Eigentumsordnung für landwirtschaftliches Eigentum unberührt lassen, betrifft das Regionalgesetz gem. Art. 222 des Vertrages (heute Art. 295 EG/345 AEUV) einen Bereich, der in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.“¹⁰⁰⁵

2943 Nach dieser Entscheidung soll es generell keine Enteignungskompetenz auf europäischer Ebene geben.¹⁰⁰⁶ Dieser Schluss ist dem Urteil jedoch nicht zwingend zu entnehmen. Zum einen hat sich der EuGH in seinem Urteil nur zu einer spezifischen gemeinschaftsrechtlichen Enteignungsregelung geäußert und damit seine Feststellungen auf die gemeinsame Organisation der Agrarmärkte beschränkt. Zum anderen besteht zumindest nach der Rechtsprechung des EGMR neben der formellen Enteignung als einer spezifischen Gemeinschaftsregelung das Institut der faktischen Eigentumsentziehung.¹⁰⁰⁷ Die EU verfügt etwa in den Bereichen der Landwirtschafts- und Umweltpolitik über derart weitreichende Kompetenzen, dass europarechtlichen Regelungen die Intensität einer faktischen Enteignung zukommen

¹⁰⁰² Schmidt-Preuß, EuR 2006, 463 (475).

¹⁰⁰³ Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 5 EGV Rn. 8 ff.

¹⁰⁰⁴ Rs. C-309/96, Slg. 1997, I-7493.

¹⁰⁰⁵ EuGH, Rs. C-309/96, Slg. 1997, I-7493 (7512, Rn. 23) – *Annibaldi*.

¹⁰⁰⁶ Vgl. hierzu Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 EUV Rn. 154; außerdem auch Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 46 f.

¹⁰⁰⁷ Vgl. dazu o. Rn. 2900 ff.

kann.¹⁰⁰⁸ Das zeigten auch die Pläne zum Ownership Unbundling in der Energiewirtschaft anschaulich.¹⁰⁰⁹

3. Potenzielle europäische Enteignungskompetenz

a) Eigentumsordnung und Eigentumszuordnung

Neben der Untersuchung des gegenwärtigen Gemeinschaftsrechts stellt sich weiter 2944 die Frage, ob die Schaffung einer europäischen Enteignungskompetenz generell an Art. 295 EG/345 AEUV scheitert. Oben wurde bereits dargelegt, dass die Eigentumsordnung in Art. 295 EG/345 AEUV nicht als die Gesamtheit mitgliedstaatlicher Eigentumsvorschriften, sondern nur als wirtschaftspolitische Systemfrage aufgefasst werden kann.¹⁰¹⁰

Offengelassen wurde hingegen die Frage, ob Art. 295 EG/345 AEUV auch eine 2945 europarechtlich veranlasste Eigentumsentziehung verbietet. Das kann nur der Fall sein, wenn der Begriff der Eigentumsordnung in Art. 295 EG/345 AEUV auch die individuelle Zuordnung von Eigentumspositionen zu konkreten Rechtssubjekten erfasst.

Teilweise ist entsprechend argumentiert worden, dass Art. 295 EG/345 AEUV 2946 den europarechtlich veranlassten Entzug von mitgliedstaatlich konstituiertem Eigentum verbiete,¹⁰¹¹ da die Eigentumsordnung in Art. 295 EG/345 AEUV den Bestand von Eigentum voraussetze.¹⁰¹² Damit ist jedoch der Begriff der Eigentumsordnung nicht schlüssig erklärt. Auch wenn die Eigentumsordnung den Bestand von Eigentum voraussetzt, folgt daraus noch nicht, dass die Unberührtheit der Eigentumsordnung auch die Unberührtheit der im Einzelnen bestehenden Eigentumspositionen erfasst. Dem Begriff der Eigentumsordnung liegt vielmehr die Abstraktheit eines Rechtsnormenkomplexes zugrunde, so dass die Eigentumsordnung in Art. 295 EG/345 AEUV die Ordnung des Eigentumssystems durch Rechtsvorschriften, nicht aber die Zuordnung des Eigentums zum Individuum meint.

b) Historische Auslegung des Begriffs der Eigentumsordnung

Dass die Eigentumsordnung nicht auch die Zuordnung konkreter Eigentumspositi- 2947 onen zum Individuum erfasst, wird ebenfalls durch die historische Entwicklung des Art. 295 EG/345 AEUV gestützt. Als Art. 295 EG/345 AEUV entstand, waren die Grundrechte, wie sie in den Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten und internationalen Verträgen über den Schutz der Menschenrechte gewährleistet werden, noch nicht als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts vom EuGH

¹⁰⁰⁸ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 69.

¹⁰⁰⁹ Pielow/Ehlers, IR 2007, 259 (262); s. auch Baur/Pritzsche/Pooschke, DVBl. 2008, 483 (487 ff.); nur aus Sicht von Art. 295 EG/345 AEUV Pießkalla, EuZW 2008, 199 (201 ff.).

¹⁰¹⁰ Vgl. Rn. 2793 ff.

¹⁰¹¹ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 61; v. Danwitz, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (271).

¹⁰¹² Schmidt-Preuß, EuR 2006, 463 (475); Storr, EuZW 2007, 232 (235).

herausgearbeitet worden. Ein solches Bedürfnis entstand erst mit Maßnahmen der Gemeinschaft, die auf nationaler Ebene grundrechtsrelevant wurden. Dies gilt insbesondere für das Eigentumsrecht, welches erst mit der Entscheidung *Hauer* aus dem Jahr 1979 zum festen Bestandteil des Gemeinschaftsrechts erwachsen ist.

- 2948** Wenn sich aber die Mitgliedstaaten bei der Genese des Art. 295 EG/345 AEUV nicht der Grundrechtsrelevanz und hier insbesondere der Eigentumsrelevanz von Maßnahmen der Gemeinschaft bewusst waren, können sie bei der Formulierung des Art. 295 EG/345 AEUV bei dem Begriff „Eigentumsordnung“ auch nicht Enteignungen durch europäische Organe haben ausschließen wollen. Der Zweck des Art. 295 EG/345 AEUV war vielmehr, die europäische Ebene aus wirtschaftspolitischen Systemfragen auszuschließen.¹⁰¹³
- 2949** Dass Art. 295 EG/345 AEUV die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten auch in Bezug auf konkrete Eigentumspositionen unberührt lässt, würde demnach eine Novellierung der Definition der Eigentumsordnung und mithin eine Funktionsänderung des Art. 295 EG/345 AEUV erfordern, die historisch nicht angelegt ist.
- 2950** Dass auch der EuGH den Zugriff auf konkrete Eigentumspositionen durch Enteignung nicht von der Eigentumsordnung des Art. 295 EG/345 AEUV erfasst sieht, lässt sich aus dessen Urteil in der oben zitierten Rechtssache *Annibaldi*¹⁰¹⁴ ableiten. Darin trennt der EuGH die Enteignungsbefugnis begrifflich von der Eigentumsordnung nach Art. 295 EG/345 AEUV. Es liegt daher der Schluss nahe, dass ihr auch ein eigenständiger Bedeutungsgehalt zukommt.

E. Nutzungsregelungen

I. Ansatz

- 2951** Die Befugnis der Staaten, die Nutzung des Eigentums zu regeln, ist die zweite von Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGRC explizit zugelassene Form der Beeinträchtigung des Eigentumsrechts. Die Regelung muss durch ein Gesetz erfolgen und für das Wohl des Allgemeininteresses erforderlich sein. Auch die Regelung der Eigentumsnutzung ist damit der Schrankensystematik des Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK nachempfunden,¹⁰¹⁵ für die der EGMR schon gefordert hat, dass ein gerechter Ausgleich zwischen dem Allgemeininteresse und den Rechten des Einzelnen herzustellen ist.¹⁰¹⁶
- 2952** Auch nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Eigentumsrecht nicht schrankenlos gewährleistet, sondern in Zusammenhang mit seiner gesellschaftlichen Funktion zu sehen. Folglich kann die Ausübung des Eigentumsrechts Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im

¹⁰¹³ Vgl. dazu o. Rn. 2793 ff.

¹⁰¹⁴ S.o. Rn. 2942.

¹⁰¹⁵ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 823.

¹⁰¹⁶ EGMR, Urt. vom 15.2.2001, Nr. 37095/97 (Rn. 57) – *Pialopoulos/Griechenland*.

Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet.¹⁰¹⁷ Die Orientierung der Nutzungsregelung am Gemeinwohl wurde daher auch vom EuGH zum wesentlichen Kriterium der Rechtfertigung von Nutzungsregelungen erhoben.¹⁰¹⁸

II. Definition der Nutzungsregelung

1. Weiter Begriff der Nutzungsregelung

Der Schutzbereich des Eigentumsrechts nach Art. 17 EGRC gestattet jeder Person, 2953 ihr Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Angesichts dieser Differenzierung erscheint die Formulierung des Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGRC zu kurz gegriffen, wenn sie lediglich die Regelung der Nutzung des Eigentums gestattet. Die Regelung zur Nutzung des Eigentums umfasst dennoch auch Regelungen über den Besitz, die Verfügungsfreiheit und das Erbrecht. Die sprachliche Ungenauigkeit des Art. 17 EGRC rechtfertigt es nicht, weite Teile der Nutzung von Eigentumspositionen ungeregelt zu lassen. Vielmehr ist das Eigentumsgrundrecht als strukturelle Einheit formuliert. Die vorgesehenen Einschränkungsmöglichkeiten beziehen sich daher vom Ansatz her auf alle geschützten Bestandteile. Entsprechend ist bei Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGRC ein weiter und umfassender Begriff der Nutzungsregelung zugrunde zulegen.

2. Typisierung der Nutzungsregelung

a) Eingriffszweck und Eingriffsintensität

Nutzungsregelung i.S.d. Art. 17 EGRC ist zunächst jede hoheitliche Maßnahme, 2954 die das Recht einer Person, ihr Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen oder es zu vererben, in zeitlicher, räumlicher oder sachlicher Hinsicht zu beeinträchtigen bezweckt, so dass diese nicht in jeder Hinsicht nach ihrem Belieben damit verfahren kann. Gleichzeitig darf die Nutzungsregelung noch nicht die Intensität einer Enteignung erreichen. Die Beeinträchtigung kann sich in Form eines Verbots oder eines Gebots auf die positive Eigentumsfreiheit auswirken.¹⁰¹⁹

Ähnlich der Finalität bei der Enteignung lässt sich der Rechtsprechung des 2955 EuGH auch für Nutzungsregelungen entnehmen, dass eine Beschränkung des Eigentumsrechts durch die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften bezweckt wird

¹⁰¹⁷ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3747, Rn. 23) – Hauer; Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15) – Schröder; Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (2639, Rn. 18) – Wachauf; Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (63 f., Rn. 16) – Kühn; Rs. C-22/94, Slg. 1997, I-1809 (1839 f., Rn. 27) – Irish Farmers Association; EuG, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4653 (4725, Rn. 170) – van den Bergh Foods.

¹⁰¹⁸ Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 22.

¹⁰¹⁹ Depenheuer, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 47; Jarass, § 22 Rn. 25.

oder notwendig mit diesen verbunden sein muss.¹⁰²⁰ Auch der EGMR hat den Eingriffszweck in seiner Rechtsprechung zu einem Begriffsmerkmal der Nutzungsregelungen erhoben.¹⁰²¹ Negative Auswirkungen auf das Eigentumsrecht, die nur mittelbare Folgen von Rechtsnormen sind, tasten das Eigentumsrecht danach hingegen nur an, wenn sie auch dessen Wesensgehalt beeinträchtigen.¹⁰²²

2956 Neben dem Eingriffszweck kommt der Eingriffsintensität – gerade in Abgrenzung zur faktischen Enteignung – eine besondere Bedeutung zu. Um ihren Charakter als Nutzungsregelung nicht zu verlieren, darf die Beschränkung des Eigentums dem Eigentümer nicht jedwede Nutzungsmöglichkeit entziehen oder zu einem absoluten Wertverfall führen.¹⁰²³

2957 Damit können zahlreiche Nutzungsregelungen Art. 17 EGRC nicht beeinträchtigen, weil sie entweder keine Nutzungsbeschränkung bezwecken oder bei nur mittelbarer Auswirkung keine hinreichende Eingriffsintensität erreichen. Dadurch drohen aber mittelbare Beeinträchtigungen allzu sehr aus dem Blick zu geraten, obwohl sie vor allem in ihrer Summe die Eigentumsnutzung gravierend beeinträchtigen können. Zudem sind dann staatliche Organe versucht, Eingriffe in das Eigentum mit anderem Zweck vorzunehmen und so aus dem Anwendungsbereich von Art. 17 EGRC herauszuhalten. Aus Sicht des Betroffenen ist es indes gleichgültig, ob die Nutzung seines Eigentums gezielt oder ungezielt beeinträchtigt wird. Daher müssen beide Formen gleichermaßen relevant sein.

2958 Um eine unübersehbare Zahl von Beeinträchtigungen zu vermeiden, eignet sich vielmehr ein grundrechtsimmanenter Ansatzpunkt. Art. 17 EGRC knüpft an die erbrachte Leistung und damit das Verhalten des Einzelnen an. Verändert diese die Wirkung staatlicher Maßnahmen so sehr, dass diese im Wesentlichen auf den wirtschaftlichen Verhaltensweisen und Abläufen beruht, handelt es sich nicht mehr um eine staatliche Beeinträchtigung.¹⁰²⁴

b) Nutzungsbeschränkung und Inhaltsbestimmung

2959 Die Möglichkeit zur Regelung der Eigentumsnutzung umfasst zunächst die Befugnis, die Freiheiten des Eigentümers in Bezug auf sein Eigentum zu beschränken (Nutzungsbeschränkung). Die Nutzung eines Grundstücks wird etwa durch Versagung einer Baugenehmigung,¹⁰²⁵ durch Verhängung eines Bauverbots,¹⁰²⁶ durch

¹⁰²⁰ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 48; *Jarass*, § 22 Rn. 26 mit Hinweis auf EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1981, Rn. 28) – *Metronome Musik*.

¹⁰²¹ *Mittelberger*, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 70.

¹⁰²² EuGH, Rs. 59/83, Slg. 1984, 4057 (4079, Rn. 21 f.) – *Biovilac*.

¹⁰²³ *Mittelberger*, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 64, 70, 86 ff.

¹⁰²⁴ S. bereits *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 278.

¹⁰²⁵ EKMR, Entsch. vom 9.5.1988, Nr. 12258/86 (Abschnitt *En Droit*), DR 56, 222 – *Skärby/Schweden*.

¹⁰²⁶ EGMR, Urt. vom 23.9.1982, Nr. 7151 u. 7152/75 (Rn. 60), NJW 1984, 2747 (2747) – *Sporrong u. Lönnroth/Schweden*; Urt. vom 25.10.1989, Nr. 10842/84 (Rn. 54), ÖJZ 1990, 246 (247) – *Jacobsson/Schweden* (Nr. 1); Urt. vom 29.11.1991, Nr. 12742/87 (Rn. 51), ÖJZ 1992, 459 (461) – *Pine Valley Developments/Irland*.

Erlass einer Abrissverfügung,¹⁰²⁷ durch Aussetzung der Vollstreckung von Räumungsurteilen¹⁰²⁸ oder aufgrund eines Anpflanzungsverbots¹⁰²⁹ sowie durch Vorschriften über die Art und Weise der Bestellung landwirtschaftlichen Bodens¹⁰³⁰ beeinträchtigt. Der letzte Punkt ist vor allem bei Normierungen zum Bodenschutz relevant.

Das Recht zur freien Verfügung über das Eigentum ist beim Einfrieren von Geldern betroffen¹⁰³¹ sowie bei insolvenzrechtlichen Verfügungsbeschränkungen des Insolvenzschuldners.¹⁰³² Die Verfügungsfreiheit ist ferner tangiert, wenn dem Eigentümer kartellrechtliche Beschränkungen beim Einsatz seiner Wirtschaftsgüter aufgegeben werden.¹⁰³³ **2960**

Verfügungsfreiheit und Besitz sind bei der Konfiskation von Eigentum aus Gründen der Sozialschädlichkeit,¹⁰³⁴ der Verletzung von Zollbestimmungen,¹⁰³⁵ der Kriminalprävention,¹⁰³⁶ der Kriminalrepression¹⁰³⁷ oder zwecks Eintreibung von Steuerschulden¹⁰³⁸ und Durchsetzung völkerrechtlicher Sanktionen¹⁰³⁹ sowie bei der Vernichtung einer Sache aus Gründen der Gesundheitsvorsorge¹⁰⁴⁰ beeinträchtigt.¹⁰⁴¹ Im letzten Fall wird zwar die Gemeinwohlbezogenheit des Eigentums aktualisiert, dieses aber gleichwohl dem Einzelnen dauerhaft entzogen und damit faktisch enteignet. Im Übrigen zeigen die in Abs. 1 Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK angeführten Rechtfertigungsgründe spezifisch für Nutzungsregelungen, **2961**

¹⁰²⁷ EGMR, Urt. vom 8.11.2005, Nr. 4251/02 (Rn. 33) – Saliba/Malta.

¹⁰²⁸ EGMR, Urt. vom 28.9.1995, Nr. 12868/87 (Rn. 28), ÖJZ 1996, 189 (190) – Spadea u. Scalabrino/Italien.

¹⁰²⁹ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3746, Rn. 19) – Hauer.

¹⁰³⁰ EuGH, Rs. C-293/97, Slg. 1999, I-2603 (2647, Rn. 55) – Standley; Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3747, Rn. 21) – Hauer; *Jarass*, § 22 Rn. 25.

¹⁰³¹ EuG, Rs. T-306/01, Slg. 2005, II-3533 (3628, Rn. 285; 3631, Rn. 299) – Yusuf u. Al Barakaat.

¹⁰³² Vgl. EGMR, Urt. vom 17.6.2002, Nr. 56298/00 (Rn. 28) – Bottaro/Italien; Urt. vom 17.7.2003, Nr. 32190/96 (Rn. 67), RJD 2003-IX – Luordo/Italien.

¹⁰³³ EuG, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4653 (4726, Rn. 171) – van den Bergh Foods; *Jarass*, § 22 Rn. 25.

¹⁰³⁴ EGMR, Urt. vom 7.12.1976, Nr. 5493/72 (Rn. 62 f.), EuGRZ 1977, 38 (48 f.) – Handyside/Vereinigtes Königreich.

¹⁰³⁵ EGMR, Urt. vom 24.10.1986, Nr. 9118/80 (Rn. 51), EuGRZ 1988, 513 (517) – AGO-SI/Vereinigtes Königreich.

¹⁰³⁶ EGMR, Urt. vom 5.5.1995, Nr. 18465/91 (Rn. 34), ÖJZ 1995, 755 (755) – Air Canada/Vereinigtes Königreich.

¹⁰³⁷ Vgl. EGMR, Urt. vom 22.2.1994, Nr. 12954/87 (Rn. 27, 29), ÖJZ 1994, 562 (562 f.) – Raimondo/Italien; Urt. vom 5.7.2001, Nr. 52024/99 (Abschnitt The Law Rn. 1), RJD 2001-VII – Arcuri u.a./Italien.

¹⁰³⁸ EGMR, Urt. vom 23.2.1995, Nr. 15375/89 (Rn. 59), Ser. A 306-B – Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/Niederlande.

¹⁰³⁹ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Rn. 142), NJW 2006, 197 (200) – Bosphorus/Irland.

¹⁰⁴⁰ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7477 f., Rn. 79 ff.) – Booker Aquaculture; in Übereinstimmung mit der Rspr. von BVerfGE 20, 351 (351).

¹⁰⁴¹ *Depenhauer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 47; *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 77; *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 91.

dass solche auch Sicherungen der Zahlung von Steuern und sonstigen Abgaben oder von Geldstrafen bilden.

2962 Die Nutzung eines obligatorischen Rechts wird exemplarisch bei Vorschriften über bestimmte Fischereimethoden für ein auf einem Pachtvertrag beruhendes Fischereirecht beschränkt.¹⁰⁴²

2963 Neben den Beschränkungen der dem Eigentum entspringenden positiven Freiheiten sind vom Begriff der Nutzungsregelung weiterhin auch inhaltliche Bestimmungen des Eigentumsrechts selbst erfasst. Das sind solche Rechtsvorschriften, die den gegenständlichen Begriff des Eigentums prägen. Auch die Ausgestaltung des Eigentumsrechts durch Rechtsvorschriften ist dementsprechend eine Regelung zur Nutzung des Eigentums.¹⁰⁴³

3. Problemfälle

a) Produktionsbeschränkungen

2964 Quantitative Produktionsbeschränkungen führen nach der EuGH-Rechtsprechung nicht zu einem Verstoß gegen das Eigentumsrecht.¹⁰⁴⁴ Sie können unter Berufung auf den EuGH als Nutzungsregelungen qualifiziert werden.¹⁰⁴⁵ Vorhandene Eigentumsgegenstände können dann nur noch für eine zahlenmäßig begrenzte Produktionsmenge eingesetzt werden. Daher wird auch in Vorhandenes eingegriffen und nicht nur der Erwerb beschränkt.

2965 Hingegen führt hier das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nur bedingt weiter, soweit es nach der Konzeption der Judikatur lediglich bei einem Eingriff in die Substanz des Unternehmens aktiviert wird. Marktanteile und damit auch Produktabsatzzahlen sind nicht geschützt.¹⁰⁴⁶ Ein Ansatz ist höchstens, die Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten vorhandener Betriebsmittel zugleich als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu qualifizieren. Zwar sind die Betriebsmittel bereits unabhängig davon eigentumsrechtlich geschützt.¹⁰⁴⁷ Jedoch reicht ihre Bedeutung im eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb über diesen Selbstwert hinaus. Ihre Beschränkung kann den Betriebsablauf ganz erheblich antasten. Diese Folgewirkungen werden nur über eine Einbeziehung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vollständig erfasst. Durch sie wird die bisher unternehmerisch aufgebaute Arbeitsfähigkeit dieses Betriebs beeinträchtigt. Diese liegt den Marktanteilen und Produktabsatzzahlen voraus und bildet deren Grundlage. Daher ist sie unabhängig davon

¹⁰⁴² EGMR, Urt. vom 24.9.2002, Nr. 27824/95 (Rn. 76 i.V.m. 11), RJD 2002-VII – Posti u. Rahku/Finland.

¹⁰⁴³ Vgl. zum begrifflichen Unterschied zwischen Nutzungsbeschränkung und Nutzungsregelung nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK *Reininghaus*, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 40.

¹⁰⁴⁴ EuGH, Rs. 258/81, Slg. 1982, 4261 (4280, Rn. 13) – Metallurgiki Halyps.

¹⁰⁴⁵ *Jarass*, § 22 Rn. 25 mit Hinweis auf EuGH, Rs. 258/81, Slg. 1982, 4261 (4280, Rn. 13) – Metallurgiki Halyps.

¹⁰⁴⁶ Dazu o. Rn. 2850 ff.

¹⁰⁴⁷ S.o. Rn. 2844.

geschützt. Wenn auf diese Weise aufgrund der Produktionsbeschränkungen in die Substanz des Unternehmens eingegriffen wird, liegt bereits ein teilweiser Entzug von Eigentumspositionen vor.

b) Vermarktungsmöglichkeiten

Nach der Rechtsprechung des EuGH führt die Senkung von Stützpreisen für Agrarprodukte innerhalb einer gemeinsamen Marktorganisation und die damit verbundene Wertminderung von Agrarbeständen der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer nicht zu einem Eingriff in das Eigentumsrecht.¹⁰⁴⁸ Teilweise ist unter Berufung auf dieses Urteil der Schluss gezogen worden, die Beeinträchtigung profitabler Nutzungsmöglichkeiten, z.B. in Form der Beseitigung bestehender Vermarktungsmöglichkeiten für vorhandene Produkte, sei keine Nutzungsregelung i.S.d. Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGRC.¹⁰⁴⁹ **2966**

Gerade die wirtschaftliche Nutzung des Eigentums ist aber eine der wesentlichen Ausprägungen des Eigentumsrechts. Aus diesem Grunde stellen jedenfalls Verfügungsbeschränkungen beim Einsatz von Wirtschaftsgütern Regelungen zur Nutzung des Eigentums dar.¹⁰⁵⁰ Aus demselben Grund sind auch Einschränkungen von Vermarktungsmöglichkeiten als Nutzungsregelungen zu qualifizieren. Zwar fallen diese Vermarktungsmöglichkeiten nicht selbst unter den Eigentumsbegriff. Indes wurden sie von denjenigen, die davon profitieren, ausgefüllt und mit Investitionen unterlegt, also mit eigener Leistung verbunden. Daher schlagen Beschränkungen auf diese auch individuell geschaffene unternehmerische Erwerbsposition durch, und zwar wegen der erfolgten Verbindung mit den Vermarktungsmöglichkeiten unmittelbar. Diese private Erwerbsposition hängt allerdings dann von vornherein am staatlichen seidenen Faden, wenn sie allein auf einer Normierung ohne nähere Garantie beruht. **2967**

Vor diesem Hintergrund ist die Senkung von Stützpreisen nicht mit der Beseitigung einer Vermarktungsmöglichkeit gleichzustellen. Vielmehr bilden Stützpreise einseitige gemeinschaftsrechtliche Gewährungen, die nicht in den Schutzbereich des Eigentumsrechts fallen.¹⁰⁵¹ **2968**

c) Verselbstständigte Eigentumsrechte aus Eigentumsnutzung

Die staatliche Regulierung von Wohnraummiete, welche Mietzinsansprüche aus bestehenden Mietverträgen reduziert, hat der EGMR als Nutzungsregelung des Grundeigentums angesehen. Zwar zählten auch Forderungen zu den eigenständigen Positionen des Eigentumsrechts, doch würde die Möglichkeit zur Nutzungsbe- **2969**

¹⁰⁴⁸ EuGH, Rs. 281/84, Slg. 1987, 49 (91 f., Rn. 25 f.) – Zuckerfabrik Bedburg.

¹⁰⁴⁹ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 48; so auch für die Einschränkung von Interventionskäufen v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (269 f.) unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-296 u. 307/93, Slg. 1996, I-795 (850 f., Rn. 64) – Frankreich u. Irland/Kommission.

¹⁰⁵⁰ EuG, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4653 (4726, Rn. 171) – van den Bergh Foods; *Jarass*, § 22 Rn. 25.

¹⁰⁵¹ Näher dazu o. Rn. 2838 ff.

schränkung des Grundeigentums leer laufen, wenn jede Realisierung einer Nutzungsmöglichkeit des Grundeigentums eine eigenständige Eigentumsposition darstellte.¹⁰⁵²

- 2970** Indes erwächst nicht aus jeder Nutzung einer Eigentumsposition eine weitere selbstständige Eigentumsposition. Die Nutzung des Eigentums zu privaten Zwecken und damit etwa die Nutzung des Wohnraums zum eigenen Bedarf ist unmittelbar mit dem Eigentumsobjekt verbunden und beschränkt den eigentumsrelevanten Eingriff auf ein Verhältnis zwischen dem Staat und dem Eigentümer. Regelt der Staat aber die Wohnraummiete, also die Nutzung des Eigentums durch einen Dritten, so wirkt sich der Eingriff in einem Dreipersonenverhältnis aus und betrifft auch Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, die über die reine Eigentümerstellung des Vermieters hinausgehen. Wenn diese Rechtsbeziehungen für zumindest eine Partei eine selbstständige Eigentumsposition begründen kann, so muss diese auch als solche bewertet werden.

d) Genehmigte Nutzungsrechte als verselbstständigte Eigentumspositionen

- 2971** Im Fall *Fredin/Schweden* hat der EGMR den Widerruf einer behördlichen Genehmigung zur Ausbeutung einer Kiesgrube als Nutzungsregelung qualifiziert.¹⁰⁵³ Eine faktische Enteignung liegt danach nicht vor, weil die durch den Entzug der Ausbeutungsgenehmigung beschränkte Nutzung des Grundstücks in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen nicht einer formellen Enteignung gleichkomme. Ähnlich hat der EGMR zuvor im Fall *Tre Traktörer*¹⁰⁵⁴ den Entzug einer Genehmigung zum Ausschank alkoholischer Getränke nicht als Entziehung einer Eigentumsposition bewertet, sondern als Nutzungsregelung eingestuft.¹⁰⁵⁵
- 2972** Bei seiner Entscheidung lässt der EGMR jedoch unberücksichtigt, dass dem Beschwerdeführer die einzeln genehmigte Befugnis zur Nutzung seines Grundeigentums entzogen wurde. Zwar sind Regelungen zur Nutzung des Grundeigentums grundsätzlich als Nutzungsregelungen zu qualifizieren, doch führt das Erfordernis der Genehmigung einzelner Nutzungsmöglichkeiten bei Erteilung einer solchen zu einer rechtlich eigens eingeräumten und damit selbstständigen Eigentumsposition. Deren Entzug wirkt dann nicht mehr auf das Grundeigentum als solches in seiner Gesamtheit ein, sondern beschränkt sich auf die genehmigte Nutzungsmöglichkeit und entzieht diese damit.¹⁰⁵⁶
- 2973** Wird das Eigentumsrecht aus einer wirtschaftlichen Perspektive betrachtet, wie es für die EU als Wirtschaftsgemeinschaft angezeigt ist, so ist die entscheidende

¹⁰⁵² EGMR, Urt. vom 19.12.1989, Nr. 10522/83 u.a. (Rn. 44), ÖJZ 1990, 150 (151) – Melbacher u.a./Österreich; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 66.

¹⁰⁵³ EGMR, Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12033/86 (Rn. 47), ÖJZ 1991, 514 (515) – Fredin/Schweden (Nr. 1).

¹⁰⁵⁴ EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 10873/84 (Rn. 55), Ser. A 159 – Tre Traktörer/Schweden.

¹⁰⁵⁵ Zur Beeinträchtigung des Goodwill am Unternehmen vgl. o. Rn. 2846.

¹⁰⁵⁶ Vgl. zu diesem Gedankengang auch Cremer, in: Grote/Maruhn, Kap. 22 Rn. 99; Reininghaus, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002, S. 81 f.

Frage für die Anerkennung einer Genehmigung als eigenständige Eigentumsposition: Kann diese Rechtsposition selbst zum wirtschaftlichen Nutzen des Eigentümers eingesetzt werden? Ist diese Frage zu bejahen, so kommt der Rechtsposition ein eigener Vermögenswert zu. Bedarf eine bestimmte Nutzung des Eigentums einer Genehmigung, geht diese regelmäßig über das bloße Eigentum hinaus. Schließlich ist sie eigens gesetzlich angeordnet und nicht automatisch mit dem Grundeigentum verbunden. Gestaltet sich die Genehmigung dazu noch als Ausnahme von einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, so steht auch nicht eine einseitige staatliche Gewährung im Vordergrund.¹⁰⁵⁷ Vielmehr muss der Begünstigte bestimmte selbst geschaffene Voraussetzungen erfüllen. Daher muss auch eine staatliche Genehmigung als Eigentumsrecht nach Art. 17 EGRC anerkannt werden.¹⁰⁵⁸

Inwieweit sich eine Entziehung einer solchen Genehmigung als Enteignung auswirkt, ist schließlich davon abhängig, ob die Genehmigung bereits zum Zeitpunkt ihres Erlasses mit Rechtsinstrumenten wie einem Widerrufsvorbehalt oder einer Befristung belastet ist. Solche Rechtsinstrumente wirken sich als inhaltliche Ausgestaltung der Genehmigung aus und sind ihr inhärent. Ihre Ausübung kann daher nicht zu einer Beschränkung des Eigentumsrechts führen. Das gilt auch dann, wenn eine Zulassung an den Tatbestand grundlegender Voraussetzungen geknüpft ist und bei deren Entfallen nicht notwendig dauerhaft entzogen wird, sondern wiedererlangt werden kann.¹⁰⁵⁹ **2974**

III. Gesetzliche Regelung

Die Regelung zur Nutzung des Eigentums hat gem. Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGRC gesetzlich zu erfolgen. Nutzungsregelungen unterliegen damit ebenso wie die Enteignung einem Gesetzesvorbehalt. Die Anforderungen sind identisch.¹⁰⁶⁰ Insbesondere kommen neben formellen Gesetzen auch Verordnungen und Prinzipien des common law sowie auf europäischer Ebene Richtlinien und Verordnungen als gesetzliche Nutzungsregelung in Frage. Die Regelungen müssen hinreichend bestimmt, zugänglich und vorhersehbar sein.¹⁰⁶¹ **2975**

IV. Wohl der Allgemeinheit

Die Regelungen zur Nutzung des Eigentums müssen durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein. Der Begriff ist weit zu verstehen und kann nicht **2976**

¹⁰⁵⁷ Zu diesem Problem vgl. o. Rn. 2838 ff.

¹⁰⁵⁸ Offengelassen von BVerfGE 17, 232 (247 f.); vgl. zum deutschen Verfassungsrecht auch *Kimminich*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 87.

¹⁰⁵⁹ EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (26) – Brückl/Deutschland.

¹⁰⁶⁰ Zu Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK *Grabenwarter*, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 10.

¹⁰⁶¹ Vgl. zu den Einzelheiten o. Rn. 528 sowie Rn. 2914.

abschließend umrissen werden.¹⁰⁶² Es besteht wie für die Legitimation von Enteignungen ein weiter Beurteilungsspielraum.¹⁰⁶³ Dieser ist hier tendenziell größer, weil Eigentum nicht entzogen, sondern beschränkt wird und damit der Eingriff eher geringer ausfällt. Soweit ersichtlich hat der EGMR lediglich als nicht mehr von einem Belang des Allgemeinwohls gedeckt angesehen, dass die Umsetzung eines Gerichtsurteils zur Rückerstattung von zuvor aus Gründen der Kriminalrepression beschlagnahmten Gegenstände über vier Jahre dauerte.¹⁰⁶⁴

2977 Im Rahmen von Nutzungsregelungen hat auch der EuGH vielfach bestimmte Zielsetzungen als Gründe des Allgemeinwohls anerkannt. Dazu zählen etwa der Schutz der öffentlichen Gesundheit,¹⁰⁶⁵ der Verbraucherschutz,¹⁰⁶⁶ der Umweltschutz,¹⁰⁶⁷ agrarpolitische Zielsetzungen,¹⁰⁶⁸ das Urheberrecht¹⁰⁶⁹ und die Vollen- dung des Binnenmarktes.¹⁰⁷⁰ Hinzu kommt jedenfalls nach Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC¹⁰⁷¹ der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Aus der Rechtsprechung des EGMR folgen noch die Gewährleistung sozialer Gerechtigkeit,¹⁰⁷² der Schutz des sozialen Friedens¹⁰⁷³ sowie Maßnahmen zur Verbrechensbekämpfung,¹⁰⁷⁴ An- liegen städtebaulicher Planung,¹⁰⁷⁵ der insolvenzrechtliche Gläubigerschutz¹⁰⁷⁶ und die Gewähr fachgerechter sowie gesetzeskonformer Berufsausübung.¹⁰⁷⁷ Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK nennt eigens die Sicherung der Zahlung

¹⁰⁶² Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 79.

¹⁰⁶³ Vgl. zu den Einzelheiten o. Rn. 2915 f.; speziell zum Evidenzmaßstab des EuGH *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 50 f.

¹⁰⁶⁴ EGMR, Urt. vom 22.2.1994, Nr. 12954/87 (Rn. 36), ÖJZ 1994, 562 (563) – Raimondo/Italien; *Mittelberger*, Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, 2000, S. 66; *Cremmer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 119.

¹⁰⁶⁵ EuGH, Rs. C-293/97, Slg. 1999, I-2603 (2647, Rn. 56) – Standley.

¹⁰⁶⁶ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5582, Rn. 25) – Winzersekt.

¹⁰⁶⁷ S. EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3746 f., Rn. 20) – Hauer, auch EGMR, Urt. vom 18.2.1991, Nr. 12033/86 (Rn. 47 f.), ÖJZ 1991, 514 (515) – Fredin/Schweden (Nr. 1); Urt. vom 24.9.2002, Nr. 27824/95 (Rn. 77), RJD 2002-VII – Posti u. Rahku/Finnland.

¹⁰⁶⁸ EuGH, Rs. 113/88, Slg. 1989, 1991 (2015, Rn. 20) – Leukhardt.

¹⁰⁶⁹ EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1978 f., Rn. 20 ff.) – Metronome Musik.

¹⁰⁷⁰ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7477, Rn. 78) – Booker Aquaculture.

¹⁰⁷¹ Zu dessen Ergänzungsfunktion auch im Falle des Art. 52 Abs. 3 EGRC o. Rn. 553 ff.

¹⁰⁷² S. EGMR, Urt. vom 19.12.1989, Nr. 10522/83 u.a. (Rn. 45 f.), ÖJZ 1990, 150 (152) – Mellacher u.a./Österreich.

¹⁰⁷³ EGMR, Urt. vom 28.7.1999, Nr. 22774/93 (Rn. 47 f.), RJD 1999-V – Immobiliare Saffi/Italien.

¹⁰⁷⁴ EGMR, Urt. vom 22.2.1994, Nr. 12954/87 (Rn. 30), ÖJZ 1994, 562 (563) – Raimondo/Italien; Urt. vom 5.5.1995, Nr. 18465/91 (Rn. 41 f.), ÖJZ 1995, 755 (755) – Air Canada/Vereinigtes Königreich.

¹⁰⁷⁵ EGMR, Urt. vom 25.10.1989, Nr. 10842/84 (Rn. 57), ÖJZ 1990, 246 (247 f.) – Jacobsson/Schweden (Nr. 1).

¹⁰⁷⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 17.6.2002, Nr. 56298/00 (Rn. 29) – Bottaro/Italien; Urt. vom 17.7.2003, Nr. 32190/96 (Rn. 68), RJD 2003-IX – Luordo/Italien.

¹⁰⁷⁷ EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (26) – Brückl/Deutschland.

von Steuern oder sonstigen Abgaben oder von Geldstrafen und rechtfertigt sogar Konfiskationen des Eigentums zu solchen Zwecken.

V. Verhältnismäßigkeit

1. Rechtsprechungsgrundsätze des EuGH und des EGMR

a) *Ansatz*

Wie die Enteignung müssen sich auch Nutzungsregelungen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen. Wenn der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den EuGH mangelnde Schärfe vorgeworfen wurde und auch deshalb über Struktur und Inhalt der Verhältnismäßigkeitsprüfung Unklarheit bestand,¹⁰⁷⁸ so ergibt sich die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für Art. 17 EGRC nunmehr eindeutig aus Art. 52 EGRC, unabhängig davon, ob man Abs. 3 oder (auch) Abs. 1 heranzieht.¹⁰⁷⁹ 2978

b) *Milderes Mittel*

Der EGMR hat für Einschränkungen nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK die Kriterien des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und Erforderlichkeit der angewandten Mittel sowie deren Angemessenheit geprüft.¹⁰⁸⁰ Diese lassen sich auch in Entscheidungen des EuGH wieder finden.¹⁰⁸¹ So hat der EuGH unter Bezug auf die Rechte an geistigem Eigentum in der Entscheidung *Metronome Musik* ausgeführt, es sei nicht zu erkennen, „dass die verfolgten Ziele durch Maßnahmen hätten erreicht werden können, die die freie Berufsausübung ... stärker schützen“. ¹⁰⁸² Der EuGH lässt in dieser Formulierung erkennen, dass er die Erforderlichkeitsprüfung anhand eines milderen Mittels zugrunde legt.¹⁰⁸³ Dies stellt eine gewisse Erweiterung des Schutzniveaus des europäischen Eigentumsrechts gegenüber Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK dar, denn der EGMR hat auch bei denkbaren Alternativen den Staaten einen Beurteilungsspielraum für die Erforderlichkeit eingeräumt.¹⁰⁸⁴ So hat der EGMR den Entzug einer Schanklizenz nicht beanstandet, ob schon mildere Mittel hätten gewählt werden können.¹⁰⁸⁵ 2979

¹⁰⁷⁸ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 82 f., 85 ff.; Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 24; v. Danwitz, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (275 ff.).

¹⁰⁷⁹ S.o. Rn. 540 ff., auch o. Rn. 2919.

¹⁰⁸⁰ Jüngst EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (27) – Brückl/Deutschland, vgl. dazu o. Rn. 2922 ff., 2978 ff.

¹⁰⁸¹ EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2269, Rn. 21) – Schröder; Grabenwarter, in: Bonner Kommentar zum GG, Anh. z. Art. 14 S. 18; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 49 f.

¹⁰⁸² EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1980, Rn. 26) – Metronome Musik.

¹⁰⁸³ Jarass, § 22 Rn. 31.

¹⁰⁸⁴ Zur Rspr. des EGMR Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 123 mit Hinweis auf EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 10873/84 (Rn. 62), Ser. A 159 – Tre Traktörer/Schwe-

2980 In der neueren Rechtsprechung des EGMR sind allerdings Tendenzen erkennbar, den Erforderlichkeitsmaßstab etwas strenger anzuwenden. So hat der EGMR einen Lizenzentzug in seinem Urteil *Rosenzweig* aus dem Jahr 2005 gegenüber anderen milderer Mitteln nicht für erforderlich erachtet.¹⁰⁸⁶ Generell haftet der Rechtsprechung des EGMR zur Verhältnismäßigkeit von Nutzungsregelungen die Tendenz an, einen stärkeren Schutz zu gewährleisten, je persönlicher die Nutzung durch den Eigentümer wird.¹⁰⁸⁷ Demgegenüber spielt die individuelle Betroffenheit der Grundrechtsträger in der Rechtsprechung des EGMR eine untergeordnete Rolle.¹⁰⁸⁸

c) Angemessenheit

2981 Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit stellt der EGMR die vorgesehenen Nutzungsregelungen in Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK in Bezug zum Recht auf Achtung des Eigentums in Absatz 1. Er leitet hieraus die Bedingung ab, „dass ein Eingriff einen ‚gerechten Ausgleich‘ zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses der Gemeinschaft und den Anforderungen an den Schutz der Grundrechte des Einzelnen herbeizuführen hat“.¹⁰⁸⁹ „Die eingesetzten Mittel müssen“ also „in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen“.¹⁰⁹⁰

2982 In der Entscheidung *Bosphorus* anerkennt der EuGH ebenfalls die besondere Relation zwischen dem Gemeinwohlziel und der fraglichen Maßnahme und stellt diese in der konkreten Fallbeziehung einander gegenüber.¹⁰⁹¹ Damit wendet der EuGH jedenfalls in der Sache den Angemessenheitsmaßstab an.¹⁰⁹²

2. Abwägungsaspekte in der Verhältnismäßigkeitsprüfung

2983 Abwägungsaspekte mit herausragender Zielsetzung sind nach der Judikatur des EGMR etwa die Bedeutung des öffentlichen Gesundheitssystems und das Vertrauen der Öffentlichkeit in Berufstätige, die wie Apotheker besonders hohen An-

den; Urt. vom 19.12.1989, Nr. 10522/83 u.a. (Rn. 53), ÖJZ 1990, 150 (152) – Mellacher u.a./Österreich.

¹⁰⁸⁵ EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 10873/84 (Rn. 62), Ser. A 159 – Tre Traktörer/Schweden.

¹⁰⁸⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 28.7.2005, Nr. 51728/99 (Rn. 56) – Rosenzweig and Bonded Warehouses/Polen.

¹⁰⁸⁷ Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 86.

¹⁰⁸⁸ V. Danwitz, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (277).

¹⁰⁸⁹ Bereits EGMR, Urt. vom 7.7.1989, Nr. 10873/84 (Rn. 59), Ser. A 159 – Tre Traktörer/Schweden.

¹⁰⁹⁰ EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (27) – Brückl/Deutschland.

¹⁰⁹¹ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3987, Rn. 26) – Bosphorus.

¹⁰⁹² Jarass, § 22 Rn. 32.

forderungen an Integrität und Sittlichkeit unterworfen sind,¹⁰⁹³ nach der Rechtsprechung des EuGH etwa der Schutz der Menschenrechte,¹⁰⁹⁴ die menschliche Gesundheit¹⁰⁹⁵ sowie die Vollendung des Binnenmarktes.¹⁰⁹⁶ Daneben erhält auch jeder anerkannte Grund des Allgemeinwohls sein Gewicht in der Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁰⁹⁷

Weitere maßnahmenspezifische Abwägungsaspekte sind der Umfang¹⁰⁹⁸ und das zeitliche Ausmaß der Maßnahme,¹⁰⁹⁹ d.h. auch, ob eine eventuelle Rückwirkung besteht¹¹⁰⁰ oder die Maßnahme nur pro futuro greift.¹¹⁰¹ Dabei sind besondere Härten zu berücksichtigen.¹¹⁰² Beachtung finden ferner die Dringlichkeit der Grundrechtsbeeinträchtigung,¹¹⁰³ Vermeidungsmöglichkeiten des Betroffenen¹¹⁰⁴ sowie Ausnahmetatbestände von den Eingriffsregelungen¹¹⁰⁵ oder deren Kompensation durch anderweitige Vorteile.¹¹⁰⁶ Auch das eigene Fehlverhalten als Grund¹¹⁰⁷ bzw. die Risikoverantwortlichkeit¹¹⁰⁸ und -wahrscheinlichkeit¹¹⁰⁹ für die Eigentumsbeeinträchtigung sowie die Streuwirkung der Nutzungsregelung¹¹¹⁰ können in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen werden. Zu berücksichtigen ist bei der

2984

¹⁰⁹³ EGMR, Entsch. vom 9.5.2007 Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (27) – Brückl/Deutschland.

¹⁰⁹⁴ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 (3986 f., Rn. 22 f., 26) – Bosphorus.

¹⁰⁹⁵ EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 (3471 f., Rn. 456) – Pfizer; s. auch EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (27) – Brückl/Deutschland.

¹⁰⁹⁶ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7475, Rn. 72) – Booker Aquaculture.

¹⁰⁹⁷ Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 22.

¹⁰⁹⁸ EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 (1980 f., Rn. 26 f.) – Metronome Musik; Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 (8028, Rn. 81) – Generics; Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4514, Rn. 74) – SAM u. Stapf; Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 122.

¹⁰⁹⁹ Vgl. EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3749, Rn. 28, 30) – Hauer; EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 (3472 f., Rn. 460) – Pfizer; Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 122.

¹¹⁰⁰ EGMR, Urt. vom 23.10.1997, Nr. 21319/93 u.a. (Rn. 81), Rep. 1997-VII – The National & Provincial Building Society/Vereinigtes Königreich.

¹¹⁰¹ EGMR, Urt. vom 19.12.1989, Nr. 10522/83 u.a. (Rn. 51), ÖJZ 1990, 150 (152) – Melbacher u.a./Österreich.

¹¹⁰² EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (27) – Brückl/Deutschland.

¹¹⁰³ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7477, Rn. 79) – Booker Aquaculture.

¹¹⁰⁴ EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 (3472, Rn. 459) – Pfizer; s. auch EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (27) – Brückl/Deutschland.

¹¹⁰⁵ EuGH, Rs. 41 u.a./79, Slg. 1980, 1979 (1997 f., Rn. 21) – Testa.

¹¹⁰⁶ EuGH, Rs. 41 u.a./79, Slg. 1980, 1979 (1997, Rn. 20) – Testa.

¹¹⁰⁷ EGMR, Entsch. vom 9.5.2007, Nr. 29005/05, EuGRZ 2008, 24 (27) – Brückl/Deutschland.

¹¹⁰⁸ EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1136 f., Rn. 9, 15) – Internationale Handelsgesellschaft.

¹¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7478, Rn. 83) – Booker Aquaculture; EGMR, Urt. vom 23.2.1995, Nr. 15375/89 (Rn. 66 ff.), Ser. A 306-B – Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Niederlande.

¹¹¹⁰ EuGH, Rs. C-258/81, Slg. 1982, 4261 (4280, Rn. 13) – Metallurgiki Halyps.

Verhältnismäßigkeitsprüfung auch das Ausmaß der Gefahr, die durch die Eigentumsbeeinträchtigung abgewendet werden soll.¹¹¹¹

VI. Ausgleichspflichtige Nutzungsregelung

- 2985** Nach der Systematik des Art. 17 EGRC ist eine Entschädigung für eine Eigentumsbeeinträchtigung grundsätzlich nur bei einer Entziehung des Eigentums vorgesehen.¹¹¹² Gleichwohl können Ausgleichszahlungen für Nutzungsregelungen bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigungen relevant werden.¹¹¹³
- 2986** Nach der Entscheidung *Booker Aquaculture* gibt es keinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz, der in jedem Fall zur Gewährung einer Entschädigung verpflichtet.¹¹¹⁴ Daran anknüpfend hat der EuGH die entschädigungslose Schlachtung eines seuchenbefallenen Fischbestandes in diesem Fall nicht als unrechtmäßige Beeinträchtigung des Eigentumsrechts aufgefasst. Allerdings standen bei dieser Entscheidung die Gesundheitsgefahren, die Dringlichkeit der Maßnahme und die Risikoanfälligkeit des Eigentumsgegenstandes im Vordergrund. Nicht auszuschließen ist daher, dass ohne solche besonderen Umstände im Einzelfall nur eine Entschädigung die Unverhältnismäßigkeit einer Nutzungsregelung abzuwenden vermag¹¹¹⁵ oder eine solche praktisch den Tierbestand vernichtende Maßnahme als Enteignung eingestuft wird.

F. Sonstige Eingriffe

- 2987** Im deutschen Verfassungsrecht gilt der Grundsatz, dass jeder Eigentumseingriff, der keine Enteignung darstellt, sich zumindest als Nutzungsregelung qualifizieren lässt.¹¹¹⁶ Ähnlich kann auch die bisherige Rechtsprechung des EuGH interpretiert werden, obwohl er bislang in keinem Urteil eine explizite Beschränkung auf diese beiden Eingriffskategorien vorgenommen hat.¹¹¹⁷
- 2988** Der EGMR hat in seiner Rechtssprechung hingegen hervorgehoben, dass die in Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK explizit verankerten zulässigen Eingriffe, namentlich der Entzug des Eigentums und die Regelung der Nutzung, lediglich besondere Formen der zulässigen Eingriffe in das Eigentumsrecht benennen.¹¹¹⁸

¹¹¹¹ EGMR, Urt. vom 22.2.1994, Nr. 12954/87 (Rn. 27), ÖJZ 1994, 562 (562 f.) – Raimondo/Italien.

¹¹¹² Jarass, § 22 Rn. 35.

¹¹¹³ EGMR, Urt. vom 24.6.2003, Nr. 44277/98 (Rn. 40 f.) – Stretch/Vereinigtes Königreich; *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 57; Jarass, § 22 Rn. 35.

¹¹¹⁴ EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7479, Rn. 85) – *Booker Aquaculture*.

¹¹¹⁵ Vgl. auch Jarass, § 22 Rn. 35.

¹¹¹⁶ Cremer, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 102 f.

¹¹¹⁷ Vgl. dazu Heselhaus, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 18.

¹¹¹⁸ EGMR, Urt. vom 21.2.1986, Nr. 8793/79 (Rn. 37), EuGRZ 1988, 341 (343) – James u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 8.7.1986, Nr. 9006/80 u.a. (Rn. 106), EuGRZ

Im Fall *Sporrong und Lönnroth* hat der EGMR geurteilt, dass es neben den hergebrachten Beeinträchtigungen des Eigentumsrechts, nämlich der Enteignung und der Nutzungsregelung, noch eine weitere Art der Eigentumsbeeinträchtigung gibt, die sich nicht unter die klassischen Eingriffsarten fassen lasse.¹¹¹⁹

Im konkreten Fall hatte der EGMR über eine Enteignungsermächtigung nach schwedischem Recht zu entscheiden, die selbst unmittelbar noch keine Enteignung bedingte, sondern lediglich zu einer solchen ermächtigte. Die Qualifizierung als Nutzungsregelung lehnte die Mehrheit der Richter mit dem Argument ab, dass nicht ersichtlich sei, in welcher Weise die Enteignungsermächtigung eine Regelung der Nutzung des Grundstückseigentums bezwecke. Seine Rechtsprechung zu sonstigen Eingriffen hat der EGMR in mehreren Urteilen fortgesetzt.¹¹²⁰ **2989**

Vom Begriff der sonstigen Eigentumseingriffe sind die formelle Enteignung sowie die de-facto-Enteignung auszunehmen.¹¹²¹ Sie fallen schon unter die Enteignung.¹¹²² Die Qualifizierung als sonstiger Eingriff setzt daneben voraus, dass die Regelung nicht auf die Nutzung des Eigentums abzielt.¹¹²³ Hieran zeigt sich ebenfalls das Problem einer finalen Konzeption bei der Enteignung und der Nutzungsregelung.¹¹²⁴ Stellt man demgegenüber auf die tatsächlichen Wirkungen ab, entstehen keine Schutzlücken mehr. Auch die Rechtfertigung eines sonstigen Eingriffs erfordert eine gesetzliche Grundlage, welche den Interessen des Allgemeinwohls dient, und die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹¹²⁵ **2990**

In der Lit. ist der Kategorie des sonstigen Eingriffs für Art. 17 EGRC teilweise schlicht der normative Erkenntniswert abgesprochen worden.¹¹²⁶ Von argumentativem Erkenntniswert ist hingegen die These, dass Art. 17 EGRC mit der Nennung von Enteignung und Nutzungsregelung nicht die Anzahl aller denkbaren Eingriffe in das Eigentumsrecht erfasst, sondern die Voraussetzungen solcher Eingriffe festlegt, die überhaupt gerechtfertigt werden können. Die Beschränkung auf Enteignung und Nutzungsregelung ist damit eine Beschränkung auf die Anzahl der denkbaren rechtmäßigen Eingriffe.¹¹²⁷ Entsprechend fällt das Schutzniveau des Art. 17 **2991**

1988, 350 (356) – Lithgow u.a./Vereinigtes Königreich; Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 136), NJW 2005, 2521 (2523) – Broniowski/Polen.

¹¹¹⁹ EGMR, Urt. vom 23.9.1982, Nr. 7151 u. 7152/75 (Rn. 69), NJW 1984, 2747 (2748) – *Sporrong u. Lönnroth/Schweden*.

¹¹²⁰ EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13427/87 (Rn. 68), ÖJZ 1995, 432 (434) – *Stran Greek Refineries/Griechenland*; Urt. vom 30.10.1991, Nr. 11796/85 (Rn. 72), ÖJZ 1992, 238 (240 f.) – *Wiesinger/Österreich*; Urt. vom 5.1.2000, Nr. 33202/96 (Rn. 106), NJW 2003, 654 (656) – *Beyeler/Italien*; Urt. vom 15.2.2001, Nr. 37095/97 (Rn. 56) – *Pialopoulos/Griechenland*.

¹¹²¹ *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 55; unklar *Jarass*, § 22 Rn. 37 mit Fn. 153.

¹¹²² S.o. Rn. 2892 ff.

¹¹²³ *Moshnyagul*, Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht, 2007, S. 55.

¹¹²⁴ S. bereits o. Rn. 2905 ff. u. 2955 ff.

¹¹²⁵ *Jarass*, § 22 Rn. 38 f.

¹¹²⁶ *Depenheuer*, in: Tettinger/Stern, Art. 17 Rn. 49; vgl. auch *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 17 Rn. 21 mit Fn. 376.

¹¹²⁷ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 32 Rn. 19.

EGRC gegenüber demjenigen des Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK höher aus, so dass auch keine Konfliktslage zu Art. 52 Abs. 3 EGRC besteht.

G. Wesensgehaltsgarantie

I. Grundzüge der Rechtsprechung des EuGH

- 2992** Die Wesensgehaltsgarantie des europäischen Eigentumsrechts ist hinsichtlich ihres Inhalts und ihrer Abgrenzung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unklar.¹¹²⁸ Insbesondere die Rechtsprechung des EuGH bereitet Schwierigkeiten. So führt der EuGH in der Rechtssache *Hauer* aus, eine Regelung dürfe keinen „im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff in die Vorrechte des Eigentümers darstellen, der das Eigentumsrecht in seinem Wesensgehalt antastet.“¹¹²⁹
- 2993** Die Verletzung der Wesensgehaltsgarantie wird i.d.R. vom EuGH mit der Begründung verneint, dass die Rechtsposition der Betroffenen nicht gänzlich entwertet sei und ihm auch anderweitige Nutzungsmöglichkeiten erhalten geblieben seien.¹¹³⁰
- 2994** Teilweise ist angenommen worden, der Wesensgehalt könne nach den Kriterien des EuGH nur bei einer Eigentumsentziehung angetastet werden.¹¹³¹ Doch selbst wenn dem Eigentümer durch eine Regelung jedwede Nutzungsmöglichkeit genommen wäre, könnte darin lediglich eine faktische Enteignung gesehen werden, die in der Rechtsprechung des EuGH – jedenfalls bislang – nicht anerkannt ist. Wesensgehaltsgarantie und Enteignung fallen demnach nicht zwangsläufig zusammen – im Gegenteil: Die in Art. 17 EGRC vorgesehene Enteignung nimmt jeder Eigentumsposition zwangsläufig den Wesensgehalt, da sich durch diese rechtmäßige Beeinträchtigung des Eigentums die Bestandsgarantie in eine Wertgarantie wandelt.¹¹³² Die Wesensgehaltsgarantie kann entsprechend für den Entzug des Eigentums gar nicht erst gelten.
- 2995** Diese Feststellungen klären jedoch noch nicht die nebulösen Formulierungen in den Urteilen des EuGH zum Wesensgehalt des Eigentumsrechts. Die Ausführungen des EuGH können den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Wesensgehaltsgarantie einerseits als kumulative Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit

¹¹²⁸ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 24.

¹¹²⁹ Vgl. EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3749, Rn. 28, 30) – *Hauer*; auch z.B. Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 (7474 f., Rn. 68) – *Booker Aquaculture*. S. bereits o. Rn. 2647 ff., 2952.

¹¹³⁰ EuGH, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 (8029, Rn. 85) – *Generics*; Rs. 59/83, Slg. 1984, 4057 (4079, Rn. 22) – *Biovilac*; Rs. C-22/94, Slg. 1997, I-1809 (1840, Rn. 29) – *Irish Farmers Association*.

¹¹³¹ *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 53; v. *Danwitz*, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (279).

¹¹³² Vgl. zu ähnlichen Überlegungen in Bezug auf das deutsche Verfassungsrecht *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 332.

einer Maßnahme erscheinen lassen, andererseits aber auch eine synonyme Begriffsverwendung nahe legen.

II. Grundzüge der Rechtsprechung des EGMR

In seinem Urteil *Broniowski/Polen* hat der EGMR ausgeführt: „Wie die polnischen Gerichte festgestellt haben und die Analyse des Verhaltens des beklagten Staates durch den Gerichtshof bestätigt hat, haben die Behörden im vorliegenden Fall das Recht auf Verrechnung des Bf. illusorisch gemacht und seinen Wesensgehalt beschränkt, indem sie seine Ausübung nach und nach beschränkt und eine Verwaltungsübung entwickelt haben, die es praktisch nicht durchsetzbar und wertlos gemacht hat.“¹¹³³ Im Gegensatz zum EuGH scheint der EGMR damit einen absoluten Wesenskern des Eigentumsrechts vorauszusetzen. **2996**

Wie auch im deutschen Verfassungsrecht¹¹³⁴ darf eine Regelung der Eigentumsnutzung daher nicht so weit gehen, dass dem Eigentümer jede wesentliche Nutzungsmöglichkeit und Verfügungsmacht über eine konkrete Eigentumsposition genommen wird. Das Eigentum setzt als Grundlage vermögensrechtlicher Freiheit immer auch die Privatnützigkeit des Eigentums voraus. **2997**

In der Sache stimmt zwar auch der EuGH mit diesem Grundsatz überein, wonach der Wesensgehalt angetastet ist, wenn die entsprechende Maßnahme zu einem Entzug des Eigentums führen oder ihm dessen freie Nutzung unmöglich machen würde.¹¹³⁵ Trotz dieser Übereinstimmung findet sich in der Rechtsprechung des EuGH das Verhältnismäßigkeitsprinzip letztlich immer noch als Korrektiv.¹¹³⁶ **2998**

H. Schutzpflichten

Nach der Rechtsprechung des EGMR kann die wirksame Ausübung des Eigentumsrechts positive Handlungspflichten umfassen, die dem Staat notwendige Maßnahmen zum Schutz des Eigentumsrechts Privater vor Beeinträchtigungen Dritter abverlangen.¹¹³⁷ Solche Schutzpflichten sind in der Lit. auch bereits für Art. 17 EGRC anerkannt worden.¹¹³⁸ Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH noch nicht zu Schutzpflichten aus dem Eigentumsrecht geäußert.¹¹³⁹ **2999**

¹¹³³ EGMR, Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 185), NJW 2005, 2521 (2528) – *Broniowski/Polen*.

¹¹³⁴ Dazu *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 333 ff.

¹¹³⁵ EuGH, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 (8029, Rn. 85) – *Generics*; Rs. 59/83, Slg. 1984, 4057 (4079, Rn. 22) – *Biovilac*; Rs. C-22/94, Slg. 1997, I-1809 (1840, Rn. 29) – *Irish Farmers Association*.

¹¹³⁶ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 17 GRCh Rn. 24.

¹¹³⁷ EGMR, Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96, NJW 2005, 2521 – *Broniowski/Polen*; Urt. vom 25.7.2002, Nr. 48553/99 (Rn. 96), RJD 2002-VII – *Sovtransavto/Ukraine*; *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 107.

¹¹³⁸ *Jarass*, § 22 Rn. 36; *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 17 Rn. 18.

¹¹³⁹ *Cremer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 22 Rn. 107.

- 3000** Eine eigentumsrechtliche Schutzpflicht sah der EGMR bei Unterlassung präventiver Maßnahmen zur Abwendung einer Katastrophengefahr verletzt, deren Realisierung zur Vernichtung von Eigentum führte,¹¹⁴⁰ ferner bei Rechtsschutzdefiziten zulasten des Eigentümers, um sich gerichtlich gegen Gefahren für sein Eigentum zu verteidigen.¹¹⁴¹ Relevant kann auch der Schutz vor Umwelteinwirkungen sein.¹¹⁴²
- 3001** Ebenso wie ein Eingriff in das Eigentumsrecht muss die Unterlassung einer Schutzpflicht gerechtfertigt sein. Dabei sind die gleichen Kriterien anzusetzen wie bei der Rechtfertigung eines Eingriffs.¹¹⁴³ Insbesondere muss die Unterlassung der Schutzpflicht ein berechtigtes Ziel verfolgen und einen gerechten Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses und den Erfordernissen des Schutzes der Grundrechte des Einzelnen herstellen.¹¹⁴⁴
- 3002** Auch nach der Rechtsprechung des EGMR treffen den Staat hingegen keine Schutzpflichten im Sinne positiver Leistungspflichten im Verhältnis vom Staat zum Eigentümer,¹¹⁴⁵ etwa zum Schutz vor Geldentwertung durch Inflation.¹¹⁴⁶

J. Prüfungsschema zu Art. 17 EGRC

3003 1. Schutzbereich

- a) Jedermann-Recht
- b) Eigentum:
 - kraft eigener Leistung entstanden
 - nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten einer natürlichen oder juristischen Person zugeordnetes oder in seiner Entstehung rechtlich abgesichertes Vermögensrecht
- c) Sach- und Grundeigentum, obligatorische Rechte und Forderungen, öffentlich-rechtliche Rechtspositionen, geistiges Eigentum, Unternehmenssubstanz, weiter gehend: eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb und das Vermögen selbst (str.)
- d) Besitz, Nutzung, Verfügung und Vererbung
- e) Grundlage: rechtmäßiger Erwerb

2. Beeinträchtigung

¹¹⁴⁰ Grabenwarter, § 25 Rn. 23.

¹¹⁴¹ EGMR, Urt. vom 25.7.2002, Nr. 48553/99 (Rn. 96), RJD 2002-VII – Sovtransavto/Ukraine.

¹¹⁴² Vgl. dazu o. Rn. 1207 ff.

¹¹⁴³ EGMR, Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 147 ff.), NJW 2005, 2521 (2524 ff.) – Broniowski/Polen

¹¹⁴⁴ EGMR, Urt. vom 22.6.2004, Nr. 31443/96 (Rn. 148, 150), NJW 2005, 2521 (2524 f.) – Broniowski/Polen.

¹¹⁴⁵ EKMR, Entsch. vom 19.12.1974, Nr. 6776/74, DR 2, 123 (123 f.) – X./Schweden; Frowein/Peukert, Art. 1 des 1. ZP Rn. 41.

¹¹⁴⁶ EKMR, Entsch. vom 6.3.1980, Nr. 8724/79, DR 20, 226 (228) – X./Deutschland.

- a) **Eigentumsentzug:** dauerhafte ganze oder teilweise Übertragung von Eigentumspositionen auf den Staat oder einen Dritten; Gleichstellung faktischer Enteignungen nach Intensität (EGMR)/Finalität (EuGH)
- b) **Nutzungsregelung:** jede hoheitliche Maßnahme, die das Recht einer Person, ihr Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen oder es zu vererben, in zeitlicher, räumlicher oder sachlicher Hinsicht beeinträchtigt (nach Rspr. zudem Bezweckung); auch Produktions- und Verwaltungsbeschränkungen (str.), jede inhaltliche Bestimmung des Eigentumsrechts

3. Rechtfertigung

- a) **Eigentumsentzug:**
 - gesetzlich vorgesehene Enteignungsbedingungen
 - Gemeinwohlziel
 - Verhältnismäßigkeit
 - rechtzeitige und angemessene Entschädigung
- b) **Nutzungsregelungen:**
 - gesetzliche Grundlage
 - Gemeinwohlziel
 - Verhältnismäßigkeit
 - Wesensgehaltsgarantie, ggf.
 - Ausgleichspflichtigkeit

§ 4 Vertrauensschutz und Rechtssicherheit

A. Bezug zu den Wirtschaftsgrundrechten

I. Veränderung der Wettbewerbspositionen durch staatliche Maßnahmen ohne Grundrechtsschutz?

Die wirtschaftliche Entfaltung basiert maßgeblich darauf, dass sich der Unternehmer auf Weichenstellungen und Einzelentscheidungen der öffentlichen Hand verlassen kann. Davon hängt ab, wie sich sein zukünftiges Geschäft entwickelt und ob seine Investitionsentscheidungen Erfolg haben können. Eine grundrechtliche Relevanz scheidet freilich in dem Maße aus, in dem grundrechtlicher Schutz wirtschaftlicher Aktivitäten nur innerhalb der staatlich gesetzten Rahmenbedingungen zugebilligt wird. Damit würde grundrechtlicher Schutz entfallen, wenn der Staat lediglich die Wettbewerbsbedingungen verschiebt und dadurch eine erfolgreiche Marktteilhabe bzw. künftige Erwerbsmöglichkeiten beeinträchtigt werden. Zählt man diese Umstände zu den Funktionsbedingungen des Marktes, werden indes staatliche Steuerungen des Wirtschaftsgeschehens weitgehend nicht erfasst, auch wenn diese sehr fühlbar sind.¹¹⁴⁷ Daher kann insbesondere nicht der Schutz von **3004**

¹¹⁴⁷ Krit. zu dieser Konzeption des BVerfG etwa in BVerfGE 105, 252 (265) – Glykolweine; 106, 275 (298) – Festbeträge für Arzneimittel; 110, 274 – Ökosteuer und jüngst BVerfG, DVBl. 2007, 754 (756); Frenz, Emissionshandelsrecht, § 9 TEHG Rn. 90 ff.

Vertrauen ausgeschlossen sein, indem man die Veränderung von Wettbewerbspositionen durch staatliche Maßnahmen zu den Funktionsbedingungen des Marktes zählt und damit außerhalb des Grundrechtsschutzes sieht.¹¹⁴⁸ Darauf läuft allerdings im Ergebnis die EuGH-Rechtsprechung hinaus, wenn sie die Veränderbarkeit von Marktordnungen betont,¹¹⁴⁹ wodurch viele das Maß der Berufsfreiheit geprägt sehen,¹¹⁵⁰ eine Information der Wirtschaftsteilnehmer über und deren Anpassung an eine geänderte Rechtslage verlangt¹¹⁵¹ und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung regelmäßig gegenüber dem individuellen Vertrauensschutz durchschlagen lässt.¹¹⁵² Umso wichtiger ist eine grundlegende rechtliche Fundierung.

II. Eigentumsgrundrecht

- 3005** In besonders engem Zusammenhang steht der Vertrauensschutz mit der Eigentumsfreiheit.¹¹⁵³ Dieses Grundrecht schützt das Eigentum vor späterer staatlicher Entwertung bzw. Verminderung. Eine solche tritt ein, wenn der Einzelne auf den Fortbestand einer staatlichen Regulierung oder Entscheidung vertraut hat und dadurch Schaden erleidet, dass diese Komponenten wegfallen oder verändert werden. Auf diese Weise können Investitionen, welche mit Blick auf staatliche Maßnahmen getroffen wurden, in ihrer Rentabilität beeinträchtigt sein. Damit besteht eine Verbindung zum Eigentumsrecht nicht nur, wenn unternehmerische Positionen völlig untergehen, etwa weil ein Unternehmen Insolvenz anmelden muss, sondern auch bei Beschränkungen der Amortisation von Investitionen. Das belegen die eigentumsrechtlich abgeleiteten langen Restlaufzeiten für die verbliebenen Kernkraftwerke im Gefolge des Ausstiegs aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie.¹¹⁵⁴ Auch getätigte Investitionen sind Bestandteile des vorhandenen Eigentums. Zudem werden diese Bestandteile in ihrer Nutzung beeinträchtigt, wenn staatliche Regulierungen und Festlegungen, welche diese Nutzung erlauben, wegfallen oder verändert werden.
- 3006** Schutz und Erhaltung des Eigentums einschließlich seiner weiteren Nutzung beruhen also gerade auch darauf, dass etablierte Regelungen fortgeführt und inhaltlich nicht modifiziert werden. Dass dem so ist, geht vielfach mit Vertrauen

¹¹⁴⁸ So *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 15 GRCh Rn. 24.

¹¹⁴⁹ Z.B. EuGH, Rs. 120/86, Slg. 1988, 2321 (2352, Rn. 23) – *Mulder*.

¹¹⁵⁰ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 15 GRCh Rn. 24; s. bereits *Günter*, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, S. 19; *Jarass*, § 21 Rn. 15; *Penski/Elsner*, DÖV 2001, 265 (271 f., 275). Im Ergebnis ebenso für die Eigentumsfreiheit *Depenheuer*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 60.

¹¹⁵¹ Hier geht es aus grundrechtlicher Sicht um Grundrechtsschutz durch Verfahren, auch zur Anpassungspflicht u. Rn. 3113.

¹¹⁵² S. *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 378. Näher u. Rn. 3143 f.

¹¹⁵³ Eine spezifische Bedeutung bejahend *Depenheuer*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 59.

¹¹⁵⁴ Näher *Ossenbühl*, AöR 124 (1999), 1 (9 ff.); *Schmidt-Preuß*, NJW 2000, 1524 ff.; zum Ganzen *Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 127 ff.; anders *Denninger*, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, 2000, S. 51 ff.; *Koch*, NJW 2000, 1529 (1533 ff.).

einher und ermöglicht erst kapitalintensive Investitionen etwa im Energiebereich. Daher steht der Schutzbereich des europäischen Eigentumsgrundrechts nicht nur in einem engen Zusammenhang mit Vertrauensschutzgesichtspunkten,¹¹⁵⁵ sondern ohne gesicherten Vertrauensschutz verliert das Eigentumsgrundrecht einen tragenden Pfeiler. Es kann in vielerlei Hinsicht für wirtschaftlich unverzichtbare Sachverhalte nicht greifen. Das gilt auch für eigentumsgrundrechtlich geschützte vermögenswerte Rechte. Sie werden daher nicht lediglich über den allgemeinen Vertrauensschutzgrundsatz vor Entziehung und Beschränkung bewahrt,¹¹⁵⁶ sondern auch durch das Eigentumsgrundrecht selbst. Und selbst wenn lediglich das Vermögen als solches betroffen ist, stellt sich die Frage, inwieweit bei einer Änderung staatlicher Regulierungen finanzielle Aufwendungen erforderlich sind, welche gleichfalls aus dem vorhandenen Eigentum bestritten werden müssen und daher dessen freie Verwendbarkeit beschränken.¹¹⁵⁷ Auch im nationalen Verfassungsrecht wird aus dem Eigentumsgrundrecht ein Schutz von Vertrauen unmittelbar abgeleitet.¹¹⁵⁸ Ebenso besteht ein Schutz wohl erworbener Rechte. Dabei handelt es sich um vom Gesetzgeber anerkannte, individualisierte Rechtspositionen.¹¹⁵⁹ Damit befindet man sich bereits im Bereich des Bestandsschutzes.¹¹⁶⁰

Die Eigentumsfreiheit ist grundsätzlich statisch, wie besonders der Schutz 3007
wohlerworbener Rechte zeigt. Daher steht sie in besonderer Verbindung zum ebenfalls eher statischen Grundsatz der Rechtssicherheit. Das ist die objektive Seite des Vertrauensschutzes und daher nicht wie dieser in erster Linie als subjektives Recht zu begreifen, sondern als objektive Komponente.¹¹⁶¹ Indem allerdings die Rechtssicherheit nur die Kehrseite des Vertrauensschutzes ist, besteht auf sie ebenfalls ein subjektiver Anspruch, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorhanden sind. Diese können auch aus der Eigentumsfreiheit erwachsen.

Der EuGH begreift allerdings die Rechtssicherheit als einen der Gemeinschafts- 3008
rechtsordnung innewohnenden allgemeinen Rechtsgrundsatz.¹¹⁶² Dabei wird die Rechtssicherheit vielfach in einem Atemzug mit dem Vertrauensschutz genannt.¹¹⁶³ Dementsprechend sind beide Komponenten gleichermaßen zu behandeln. Daher ist auch die Rechtssicherheit vom Eigentumsgrundrecht umfasst. Auf ihr dürfte vielfach der Schwerpunkt liegen, wenn es um die Änderung von bereits lange währenden Vorgängen geht, für die ein früher entfaltetes Vertrauen kaum mehr

¹¹⁵⁵ So *Bungenberg*, in: Heselerhaus/Nowak, § 33 Rn. 57.

¹¹⁵⁶ Dafür *Bungenberg*, in: Heselerhaus/Nowak, § 33 Rn. 57; vgl. bereits *Fuß*, in: FS für Kutscher, 1981, S. 201 (208 ff.); v. *Milczewski*, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1994, S. 107.

¹¹⁵⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 1191 (1193) – Halbbteilungsgrundsatz sowie o. Rn. 2856 ff.

¹¹⁵⁸ BVerfGE 95, 64 (82).

¹¹⁵⁹ *Gilsdorf*, RIW 1983, 22 (23); *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 399; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 926 f.; s. EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549, Rn. 41/43) – Comptoir National Technique Agricole (CNTA).

¹¹⁶⁰ *Bungenberg*, in: Heselerhaus/Nowak, § 33 Rn. 57.

¹¹⁶¹ S. *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 391; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 920.

¹¹⁶² EuGH, Rs. 24/86, Slg. 1988, 379 (406, Rn. 28) – Blaizot.

¹¹⁶³ S. EuGH, Rs. 120/86, Slg. 1988, 2321 (2351 f., Rn. 21 ff.) – Mulder und u. Rn. 3012 ff.

nachweisbar ist. Grund dafür ist, dass die Eigentumsfreiheit etwas Vorhandenes gegen Änderungen in Gegenwart und Zukunft schützen will.

III. Berufsfreiheit

3009 Dies verhält sich anders bei der Berufsfreiheit, für die in erster Linie der Vertrauensschutz eine Rolle spielen wird, wenngleich die Rechtssicherheit auch Planungen für die Zukunft maßgeblich prägen kann. Die Nutzung des Eigentums und die Berufsfreiheit können leicht ineinanderfließen. Erstere dient nämlich vielfach dazu, die Berufsfreiheit zu realisieren. Nur ist die Berufsfreiheit nahezu ausschließlich zukunftsbezogen, während die Nutzung des Eigentums gerade die Verbindung von Geschaffenem und dessen Gebrauch in Gegenwart und Zukunft betont, gleichsam die Brücke zwischen Vergangenheit und Gegenwart sowie in die Zukunft schlägt. Eine langfristige berufliche Entfaltung beruht indes gerade darauf, dass vorhandene Regulierungen auch in Zukunft erhalten bleiben. Damit hängt nicht nur der Schutz von in der Vergangenheit Geschaffenem von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz ab, sondern auch eine langfristige Entwicklung in die Zukunft hinein. So ist der Vertrauensschutz auch ein maßgeblicher Pfeiler der Berufsfreiheit. Nur durch ihn kann sich unternehmerische Betätigung langfristig entfalten.

3010 Im Rahmen der Berufsfreiheit hat vor diesem Hintergrund der Vertrauensschutz eine stärker zukunftsgerichtete Bedeutung. Die Perspektive ist nicht die, dass in der Vergangenheit Geschaffenes entwertet oder in seinen Nutzungsmöglichkeiten eingeschränkt wird, sondern dass künftige Entwicklungsmöglichkeiten zunichte gemacht werden, wenn sich etwa eine staatliche Regulierung ändert. Zukunftschancen werden allerdings auch im europäischen Recht nur sehr zurückhaltend unter den Schutz der Berufsfreiheit gefasst.¹¹⁶⁴ Damit birgt der Vertrauensschutz die Chance, die grundsätzlich schwache Absicherung von Zukunftschancen zu verstärken, wenn sie sich aus einem schutzwürdigen Vertrauen heraus ergeben. Sie gänzlich auszublenden hieße wie im Rahmen des Eigentumsrechts, wirtschaftliche Entfaltung weitgehend schutzlos zu stellen und dem Staat und staatlicher Gestaltung von Rahmenbedingungen zu überantworten. Das aber widerspricht dem grundsätzlichen Schutz vor staatlichem Verhalten, welches das freie Spiel der marktwirtschaftlichen Kräfte beeinflusst. Auch nach dem EuGH stellt die Änderung der Wettbewerbsstellung von Wirtschaftsteilnehmern einen Eingriff in das Recht auf freie Berufsausübung dar.¹¹⁶⁵ Ansonsten würde der staatlichen Lenkung des Wettbewerbs Tür und Tor geöffnet, ohne dass einer damit einhergehenden Beschränkung beruflicher Entfaltungsmöglichkeiten ein Riegel vorgeschoben werden kann. Dass der Staat wettbewerbliche Abläufe und unternehmerische Entfaltung nicht schleichend zunichte machen kann, beruht maßgeblich auf dem Vertrauensschutz.

¹¹⁶⁴ Abl. Rengeling/Szczekalla, Rn. 799.

¹¹⁶⁵ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5066, Rn. 81) – Bananen.

IV. Unternehmerfreiheit

Damit ist man bei der Unternehmerfreiheit angelangt, einem entsprechend der systematischen Stellung wichtigen Scharnier zwischen Eigentums- und Berufsfreiheit. Sie schützt vor allem die unternehmerische Entfaltung.¹¹⁶⁶ Deren Grundlage bildet die Wettbewerbsfreiheit,¹¹⁶⁷ und zwar insbesondere in ihrer Ausprägung als die Chancengleichheit wahrende Gleichbehandlung.¹¹⁶⁸ Das ist auch der Hintergrund, weshalb Beihilfen zurückgenommen werden müssen, und steht von daher dem Vertrauensschutz des Empfängers gerade entgegen.¹¹⁶⁹ Die umstrittene subjektiv-rechtliche Qualität der Wettbewerbsfreiheit¹¹⁷⁰ kann daher hier dahin stehen.¹¹⁷¹ Die Unternehmerfreiheit bedarf auch einer Basis, auf welcher das Unternehmen beruht. Das ist der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb.¹¹⁷² Dass die Bestandteile eines Unternehmens so genutzt werden können, wie sich dies der Inhaber vorgestellt hat, tangiert sowohl die Ausübung des Gewerbebetriebs als auch, wie dieser eingerichtet wurde. Beides gehört letztlich zusammen. Dass die Ausübung des Gewerbebetriebs so erfolgen kann, wie er eingerichtet wurde, sichert maßgeblich der Vertrauensschutz. Er bildet gleichsam das Rückgrat der Unternehmerfreiheit. Allerdings ist diese gem. Art. 16 EGRC nur nach dem Unionsrecht sowie nach einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt,¹¹⁷³ sichert also praktisch den jeweiligen Besitzstand, zu dem die grundrechtliche Ableitung des Vertrauensschutzes jedenfalls auf europäischer Ebene gerade nicht gehört. Zu einer Weiterung kommt man freilich dann, wenn man in der Unternehmerfreiheit ein voll wirksames Unionsgrundrecht mit lediglich begrenzt ausgedehnten Rechtfertigungsmöglichkeiten sieht.¹¹⁷⁴

¹¹⁶⁶ Zu den verschiedenen Bestandteilen *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 31 Rn. 30 ff.

¹¹⁶⁷ Sie für Selbstständige ausschließlich der Unternehmerfreiheit zuordnend *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 16 GRCh Rn. 2.

¹¹⁶⁸ Ausführlich *Frenz*, *Europarecht* 2, 2006, Rn. 20 ff.

¹¹⁶⁹ Näher u. Rn. 3020 ff., 3055 ff.

¹¹⁷⁰ Etwa *Streinz*, in: *ders.*, Art. 16 GR-Charta Rn. 6 f. m.w.N. Sie jedenfalls aus der Berufsfreiheit herleitend *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 31 Rn. 34 und unter speziellem Bezug auf die Beihilfekontrolle *ders.*, *DVBl.* 2000, 20 ff.

¹¹⁷¹ Sie spielt höchstens für die Einforderbarkeit der Rücknahme von Beihilfen an einen Konkurrenten eine Rolle, die allerdings vor dem EuGH schon durch die Notwendigkeit einer individuellen Betroffenheit erheblich eingeschränkt ist; näher *Frenz*, *Europarecht* 3, 2007, Rn. 1592 ff. auch zum Rechtsschutz vor nationalen Gerichten. Zur materiellen Grenze allerdings u. Rn. 3053 ff.

¹¹⁷² Dessen Grundrechtsschutz war vorher ungeklärt; dazu *Günter*, *Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union*, 1998, S. 11 f.; v. *Milczewski*, *Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1994, S. 68 sowie o. Rn. 2843 ff.

¹¹⁷³ Zum schwachen Schutz bereits *Grabenwarter*, *DVBl.* 2001, 1 (5); *Schwarze*, *EuZW* 2001, 517 (521).

¹¹⁷⁴ So *Jarass*, § 21 Rn. 18; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 797; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 16 GRCh Rn. 5 sowie hier o. Rn. 2660 ff.

V. Eigenständiger Rechtsgrundsatz nach dem EuGH

- 3012** Trotz der vorstehend aufgezeigten engen Verbindungen fasst der EuGH den Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht unter das Eigentumsrecht bzw. die Berufsfreiheit, sondern prüft ihn separat und anders.¹¹⁷⁵ Er begreift ihn als selbstständigen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts.¹¹⁷⁶ Dieser besitzt danach originäre Rechtsgeltung im Gemeinschaftsrecht¹¹⁷⁷ und gehört sogar zu „den tragenden Grundsätzen“,¹¹⁷⁸ bildet ein „systemtragendes Prinzip“.¹¹⁷⁹ Zwar wäre der Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 2 EU/6 Abs. 3 EUV vorgezeichnet. Darauf stützte sich der EuGH bislang in diesem Kontext aber nicht.¹¹⁸⁰ Schließlich ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht in allen nationalen Rechtsordnungen als allgemeines Prinzip anerkannt, so insbesondere nicht in Frankreich.
- 3013** Daher kann es nur um den Rückgriff auf die den Mitgliedstaaten gemeinsamen Werte und Gedanken als Erkenntnisquellen gehen; zu diesen gehört auch eine grundsätzliche Anerkennung des Schutzes von Vertrauen in die geltende Rechtsordnung und der Beständigkeit erworbener Rechtspositionen.¹¹⁸¹ Nur ist die rechtliche Grundlage in vielen Staaten das Prinzip der Rechtssicherheit.¹¹⁸² In einer früheren Entscheidung stellte der EuGH den Grundsatz der Rechtssicherheit, den er mit dem Schutz des berechtigten Vertrauens der Betroffenen definierte, allerdings neben den allgemein anerkannten Grundsatz, dass „Gesetzesänderungen, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, auf die künftigen Wirkungen unter dem alten Recht entstandener Sachverhalte anwendbar“ sind,¹¹⁸³ also das Rückwirkungsver-

¹¹⁷⁵ Anschaulich EuGH, Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (62 ff., Rn. 13 ff. bzw. 16 f.) – Kühn.

¹¹⁷⁶ Z.B. EuGH, Rs. 281/82, Slg. 1984, 1969 (1985, Rn. 25) – Unifrex; Rs. 316/86, Slg. 1988, 2213 (2239, Rn. 22) – Krücken; Rs. 170/86, Slg. 1988, 2355 (2372 f., Rn. 11 f., 16) – von Deetzen; Rs. C-104/89 u. 37/90, Slg. 1992, I-3061 (3132, Rn. 15) – Mulder; Rs. C-22/94, Slg. 1997, I-1809 (1836 f., Rn. 17 ff.) – Irish Farmers Association; bereits Rs. 111/63, Slg. 1965, 893 (911) – Lemmerz-Werke für das Verwaltungsrecht; Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (729, Rn. 5) – Westzucker für die Rechtsetzung; zur Entwicklung Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 385 ff.

¹¹⁷⁷ Ausführlich Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 13 ff., 60 ff, 69.

¹¹⁷⁸ Etwa EuGH, Rs. C-258 u. 259/90, Slg. 1992, I-2901 (2944, Rn. 34) – Pesquerias De Bermeo u. Naviera Laida; Rs. C-133 u.a./93, Slg. 1994, I-4863 (4909, Rn. 57) – Crispolti II; Rs. C-104/97 P, Slg. 1999, I-6983 (7031, Rn. 52) – Atlanta.

¹¹⁷⁹ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 382.

¹¹⁸⁰ Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 5; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 379.

¹¹⁸¹ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 405 f.; s. bereits EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 (118) – Algera auf der Basis der Vergleichung des Rechts der sechs Gründerstaaten: grundsätzlich kein Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte, welche den Betroffenen subjektive Rechte verliehen.

¹¹⁸² In Griechenland, Irland, Schweden und Spanien ist es sogar verfassungsrechtlich eigens verankert, s. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 404.

¹¹⁸³ EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (729, Rn. 5) – Westzucker.

bot. Auch dieses entstammt letztlich dem Rechtsstaatsprinzip und als dessen Ausfluss dem Grundsatz der Rechtssicherheit.¹¹⁸⁴

Zwar werden in der Entscheidung *Westzucker* wie auch in anderen Judikaten¹¹⁸⁵ **3014** das Rückwirkungsverbot und der Grundsatz der Rechtssicherheit nebeneinander gestellt. Indes erfolgt dies in einer Randnummer und unter Definition des Prüfungsansatzes,¹¹⁸⁶ so dass ein enger Zusammenhang sichtbar wird. In der Sache ging es um den Schutz von Vertrauen beim Erlass neuer Vorschriften. Damit steht der Grundsatz des Vertrauensschutzes nach der Konzeption des EuGH nicht in einer grundrechtlichen Tradition, sondern in einer rechtsstaatlichen. Das zeigt sich auch in verschiedenen Prüfungsmaßstäben. Im Urteil *Kühn* untersuchte der EuGH im Hinblick auf den Vertrauensschutz, inwieweit die Gemeinschaft eine Situation geschaffen hat, die ein berechtigtes Vertrauen wecken kann.¹¹⁸⁷ Demgegenüber stellt der EuGH das Eigentumsrecht ebenso wie das Recht auf freie Berufsausübung in einen gesellschaftlichen Kontext und prüft auf dieser Basis, ob ein Eingriff nicht tragbar bzw. unverhältnismäßig ist. Die Rechtfertigung erfolgt darüber, dass dieser Eingriff dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entspricht.¹¹⁸⁸

B. Anwendungsfelder

I. Folgen einer grundrechtlichen Fundierung

Der Anwendungsbereich des Grundsatzes des Vertrauensschutzes wird durch die **3015** Ableitung aus den Grundrechten nicht etwa verengt. Vielmehr betont diese Ableitung seinen Bezug insbesondere auf wirtschaftliche Sachverhalte. Diese können sich sowohl aus Entscheidungen der Verwaltung als auch des Gesetzgebers und von Gerichten ergeben. Damit bleibt der grundsätzlich allumfassende Anwendungsbereich gewahrt, den auch der EuGH auf der Basis eines eigenständigen Vertrauensschutzgrundsatzes zugrunde gelegt hat.¹¹⁸⁹

Soweit Lebenssachverhalte nicht von den Wirtschaftsgrundrechten erfasst werden, kann immer noch die Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip greifen. Diese **3016** schließt eine solche aus den Grundrechten nicht aus. Im deutschen Recht stehen

¹¹⁸⁴ S. BVerfGE 63, 343 (356 f.); 67, 1 (14).

¹¹⁸⁵ Z.B. EuGH, Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633 (2667 f., Rn. 27 f.) – Deutsche Milchkontor; Rs. 338/85, Slg. 1988, 2041 (2078, Rn. 26) – Fratelli Pardini, allerdings mit strikter Trennung im Folgenden; vgl. auch Rs. 212-217/80, Slg. 1981, 2735 (2751, Rn. 10) – Meridionale Industria Salumi; aus jüngerer Zeit Rs. C-381/97, Slg. 1998, I-8153 (8175, Rn. 27) – Belgocodex.

¹¹⁸⁶ EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (729, Rn. 5) – *Westzucker*.

¹¹⁸⁷ EuGH, Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (63, Rn. 14) – *Kühn*.

¹¹⁸⁸ EuGH, Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 (63 f., Rn. 16 f.) – *Kühn*. S.o. Rn. 622 ff., 639 ff., 2618 ff., 2976 ff.

¹¹⁸⁹ S. auch die Zusammenstellung bei *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 38 ff.; *Altmeyer*, Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht, 2003, S. 55 ff.

auch beide Grundlagen nebeneinander.¹¹⁹⁰ Die zusätzliche Absicherung aus den Grundrechten ermöglicht nur eine stärker situationsspezifische Behandlung. Sie bewirkt deshalb tendenziell eine weiter gehende Berücksichtigung wirtschaftlicher Abläufe und damit eher einen größeren Vertrauensschutz als lediglich die Gewinnung aus dem Rechtsstaatsprinzip bzw. eine völlig eigenständige Fundierung. Das gilt zumal dann, wenn die Grundrechte in einem Verfassungstext verankert sind und daher eine explizit festgelegte Grundlage haben.

II. Die klassischen Verwaltungskonstellationen

1. Beihilfefälle als Hauptausgangspunkt

a) Ursprünge und Gesamtbild

- 3017** Einen „Anspruch der Klägerin auf Vertrauensschutz“ hat der EuGH erstmals in einem Verfahren bejaht, welches das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit und den Fortbestand einer Freistellungsentscheidung einer Gemeinschaftsbehörde betraf.¹¹⁹¹ Schon zuvor behandelte der EuGH das Überwiegen des Vertrauens auf Fortbestand gegenüber dem Widerrufsinteresse der Verwaltung an ihrer Entscheidung im Hinblick auf den Widerruf von rechtswidrigen Verwaltungsakten.¹¹⁹² Damit berührt die erste Entscheidung den klassischen Anwendungsfall des Vertrauensschutzes, nämlich die Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte.
- 3018** Dieser Strang ist bis in die jüngste Zeit aktuell geblieben¹¹⁹³ und hat hier im Beihilferecht zu einer vielfältigen Rechtsprechung geführt.¹¹⁹⁴ Dabei hat der EuGH herausgestellt, dass grundsätzlich einer Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen Vertrauensschutz nicht entgegengehalten werden kann, außer die Kommission hat selbst Anlass zu diesem Vertrauen gegeben.¹¹⁹⁵ Auf Fehler der nationalen Behörden kann sich ein Geschäftsmann nicht berufen;¹¹⁹⁶ die Anmeldung einer Beihilfe bei der Kommission bildet die Grundlage dafür, dass sich Vertrauen überhaupt entfalten kann.¹¹⁹⁷ Dementsprechend können auch nicht nationale Rücknahmefristen etwa nach § 48 Abs. 4 VwVfG einer Rückforderung entgegenstehen.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁰ S. BVerfGE 95, 64 (82): „in Art. 14 Abs. 1 GG eine eigenständige Ausprägung“; *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 152 f.

¹¹⁹¹ EuGH, Rs. 111/63, Slg. 1965, 893 (911) – *Lemmerz-Werke*.

¹¹⁹² EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 – *Algera*.

¹¹⁹³ S. *Rennert*, DVBl. 2007, 400 ff.

¹¹⁹⁴ Ausführlich *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1472 ff.; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 438 ff. m.w.N. auch aus der Lit.

¹¹⁹⁵ EuG, Rs. T-6/99, Slg. 2001, II-1523 (1567 ff., Rn. 140 ff.; 1582 f., Rn. 188) – *ESF*.

¹¹⁹⁶ Dies gilt selbst bei Rechtsirrtümern und bewusster Falschanwendung von Gemeinschaftsrecht, EuGH, Rs. C-94/05, Slg. 2006, I-2619 (2644, Rn. 61) – *Emsland-Stärke*; aus der Lit. *Huber*, KritV 1999, 359 (367); *Scheuing*, Die Verwaltung 2001, 107 (126 ff.).

¹¹⁹⁷ EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (1617, Rn. 25) – *Alcan*.

¹¹⁹⁸ Etwa *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 48 Rn. 240.

Das durch nationale Verfahrensvorschriften eingeräumte Ermessen wird europarechtlich geprägt und damit gleichsam auf null reduziert.¹¹⁹⁹ Das gilt regelmäßig aufgrund der tangierten europäischen Wettbewerbsfreiheit¹²⁰⁰ oder spezifischer Gemeinschaftsinteressen wie die Schonung der (Agrar-)Finanzen,¹²⁰¹ wobei der erste Ansatz dominiert: Geht es nicht um die Neutralisierung von Wettbewerbsvorteilen, bestehen nach dem EuGH nationale Spielräume für eine unterlassene Rücknahme.¹²⁰² § 48 VwVfG als nationale Ermessensgrundlage bildet daher lediglich eine formale Rechtsgrundlage, welche von europarechtlichen Vorgaben durchdrungen und geprägt ist.¹²⁰³ Die Berufung auf Vertrauensschutz ist praktisch ausgeschlossen.¹²⁰⁴ Er kann gar nicht auf nationale Vorschriften gestützt werden, soweit die Entscheidungskompetenz der europäischen Organe reicht.¹²⁰⁵ Damit zählt ausschließlich Europarecht. Danach ist grundsätzlich die sofortige Vollziehung des Rückzahlungsbescheids anzuordnen,¹²⁰⁶ um die durch die Zahlung einer Beihilfe eingetretene Wettbewerbsverzerrung möglichst rasch zu beseitigen.¹²⁰⁷ Dem rechtswidrig Begünstigten bleibt im Wesentlichen nur die Einrede der absoluten Unmöglichkeit.¹²⁰⁸

b) Grundrechtlicher Ansatz

aa) Basis

Gerade die Beihilferückforderung betrifft schon vom Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG/107 Abs. 1 AEUV Unternehmen. Daher hätte es in diesen Fällen nahe gelegen, die Rückforderung von Beihilfen und den etwa entgegenstehenden Vertrauensschutz anhand der Grundrechte zu prüfen. Hierin kann ein Ansatz liegen, ein europarechtlich fundiertes Vertrauensschutzkonzept zu schaffen,¹²⁰⁹ welches die Interessen der Beteiligten adäquat berücksichtigt und ein eigenständiges Gewicht neben dem Wettbewerbskonzept hat, das sich bislang regelmäßig durchsetzte. Die Beeinträchtigungen der weiteren unternehmerischen Entwicklung sowie bereits aufgrund der zugewendeten Gelder aufgebauten Unternehmenspositionen

¹¹⁹⁹ EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (1619, Rn. 34) – Alcan.

¹²⁰⁰ S. EuGH, Rs. C-392 u. 422/04, Slg. 2006, I-8559 (8611, Rn. 70) – I-21 Germany u. Arcor; Rennert, DVBl. 2007, 400 (402).

¹²⁰¹ EuGH, Rs. C-298/96, Slg. 1998, I-4767 (4790, Rn. 23 f.) – Oelmühle; bereits Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633 (2665 f., Rn. 17 ff.) – Deutsche Milchkontor.

¹²⁰² EuGH, Rs. C-298/96, Slg. 1998, I-4767 (4794, Rn. 37) – Oelmühle.

¹²⁰³ Ebenso Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 54; im Ansatz offener BVerwGE 92, 81 (84 ff.); s. auch BVerfG, NJW 2000, 2015; dagegen Frenz, Öffentliches Recht, Rn. 611.

¹²⁰⁴ S. Berninghausen, Die Europäisierung des Vertrauensschutzes, 1998, S. 85; Midden-dorf, Amtshaftung und Gemeinschaftsrecht, 2001, S. 9 f.

¹²⁰⁵ Näher Rennert, DVBl. 2007, 400 (406).

¹²⁰⁶ V. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Art. 88 EGV Rn. 96.

¹²⁰⁷ S. EuGH, Rs. C-232/05, Slg. 2006, I-10071 (10110, Rn. 49) – Kommission/Frankreich.

¹²⁰⁸ EuGH, Rs. C-499/99, Slg. 2002, I-6031 (6066, Rn. 21) – Kommission/Spanien.

¹²⁰⁹ Dieses fordernd Rennert, DVBl. 2007, 400 (406); bereits Kokott/Henze/Sobotta, JZ 2006, 633 (641).

wären dann dem Gemeinschaftsinteresse an einer Rückforderung der Beihilfen gegenüber zu stellen.

bb) Keine rechtswidrige Begünstigung im Wettbewerb

- 3021** Allerdings wäre auch bei einem solchen Prüfungsansatz das Gemeinschaftsinteresse regelmäßig vorrangig, wenn die Unternehmen rechtswidrig im Wettbewerb begünstigt wurden. Eine rechtswidrig erlangte Vorzugsstellung ist weder durch die Berufsfreiheit noch durch die Eigentumsfreiheit geschützt. Daher würde ein grundrechtlicher Schutz von vornherein nicht eingreifen. Wenn indes europäische Organe selbst den Eindruck der Rechtmäßigkeit erwecken, kommt zu dem ergangenen Verwaltungsakt ein zusätzliches Verhalten, welches einen weiteren Anschein der Beständigkeit und damit der Rechtssicherheit erweckt, woraus jedenfalls i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip geschütztes Vertrauen erwächst.¹²¹⁰ Dazu können auch Rechtsänderungen wie eine Verschiebung der De-minimis-Schwellen führen.¹²¹¹

**cc) Reduktion auf Evidenz-Maßstab
bei der Rücknahme belastender Verwaltungsakte**

- 3022** Unternehmen werden im Wettbewerb nicht begünstigt, sondern benachteiligt, wenn ihnen gegenüber ein belastender Verwaltungsakt ergangen ist. Der Grundrechtseingriff und damit verbunden vielfach eine Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt hier aber schon in dem Ursprungsverwaltungsakt. Von daher könnte es grundrechtlich geboten sein, ihn wieder zu beseitigen. Die Rücknahme würde von vornherein nicht zum Recht, sondern zur Pflicht. Indes nimmt der EuGH eine solche nur bei offensichtlicher Gemeinschaftsrechtswidrigkeit an, sofern dieser Evidenzmaßstab auch bei inländischen Sachverhalten gilt.¹²¹² In den anderen Fällen kann die (bloß einfach) rechtswidrige Belastung bestehen bleiben. Schließlich werden damit die anderen Wettbewerber nicht belastet. Zudem hatte es der Betroffene in der Hand, sich gegen den Ursprungsverwaltungsakt zu wehren.¹²¹³ Hat er dies nicht getan, liegt darin grundrechtlich gesehen ein (partieller) Verzicht.

dd) Insolvenzgefahr

- 3023** Eine Ausnahme vom fehlenden Schutz rechtswidriger Positionen könnte weiter dann bestehen, wenn der Begünstigte objektiv nicht in der Lage ist, die Beihilfe zurückzuzahlen, ohne dass der Betrieb Insolvenz anmelden muss. Aber selbst in solchen Fällen stellt sich die Frage, ob nicht eine staatliche Beihilfe die natürliche Selektion der Unternehmen im Wettbewerbsprozess verhindert hat. Dann würde es sich ebenfalls um eine wettbewerbswidrige Begünstigung handeln, die zu neutrali-

¹²¹⁰ S.o. Rn. 3013.

¹²¹¹ Rennert, DVBl. 2007, 400 (405); im Zusammenhang mit normativen Regelungen u. Rn. 3089, 3096.

¹²¹² EuGH, Rs. C-392 u. 422/04, Slg. 2006, I-8559 (8607 f., Rn. 55 ff.) – I-21 Germany u. Arcor.

¹²¹³ Das entspricht den Grundsätzen des Urteils Kühne & Heitz, s.u. Rn. 3026.

sieren ist, werden doch möglicherweise andere, nicht staatlich geförderte Unternehmen in krisenanfälligen Branchen von einer Insolvenz betroffen.

ee) Absolute Unmöglichkeit

Es bleibt die Einrede der absoluten Unmöglichkeit. Diese bezieht sich nach dem 3024 EuGH darauf, dass es für einen Mitgliedstaat völlig unmöglich gewesen ist, die Entscheidung richtig durchzuführen.¹²¹⁴ Sie greift deshalb schon dann nicht, wenn der Mitgliedstaat nicht loyal mit der Kommission zusammengearbeitet hat. Zudem ist Rechtsgrundlage dafür Art. 10 EG/4 Abs. 3 EUV.¹²¹⁵

Freilich kann eine solche Unmöglichkeit daher rühren, dass die Unternehmen 3025 bereits insolvent geworden sind.¹²¹⁶ Dann aber ist der auf das Eigentumsgrundrecht bezogene Schadensfall, nämlich der Untergang eines Unternehmens und die damit verbundene Entwertung der dazu gehörigen Eigentumspositionen, bereits eingetreten. Der Fortbestand eines solchen Unternehmens würde indes die durch die Beihilfen eingetretene Wettbewerbsverzerrung zementieren und widerspricht daher dem vorrangigen Gemeinschaftsinteresse auf Wiederherstellung der Wettbewerbsgleichheit. Dieses Gemeinschaftsinteresse ist auch angesichts des Eigentumsgrundrechts zu beachten, weil die Nutzung des Eigentums ebenso wie die Berufs- bzw. die Unternehmerfreiheit gerade darauf beruht, dass der Staat die Wettbewerbsfreiheit gewährleistet.¹²¹⁷ Dem dient die Durchsetzung des Beihilfenverbotes und damit die Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen.¹²¹⁸ Von daher geht es auch um einen Ausgleich divergierender Belange innerhalb derselben Grundrechte.

2. Stärkerer Vertrauensschutz bei fehlender Wettbewerbsrelevanz

Außerhalb der Rückforderung von den Wettbewerb verzerrenden Leistungen ist 3026 das Gemeinschaftsinteresse an einer Aufhebung rechtswidriger Handlungen nicht so stark, dass es sich in praktisch jedem Fall gegenüber dem Vertrauensschutz durchsetzt. Dafür spricht nicht nur die bereits erwähnte¹²¹⁹ Entscheidung *Oelmühle*, die ausdrücklich eine andere Behandlung von nicht mit einem Wettbewerbsvorteil für nationale Unternehmen einhergehende Beihilfen eröffnete,¹²²⁰ sowie das Urteil *I-21-Germany und Arcor*¹²²¹ mit seinem bloßen Evidenzmaßstab¹²²² sowie die Entscheidung *Kühne & Heitz* zur Rückerstattung zu Unrecht zurückgeforderter

¹²¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-348/93, Slg. 1995, I-673 (694, Rn. 16) – Kommission/Italien; Rs. C-261/99, Slg. 2001, I-2537 (2556, Rn. 23) – Kommission/Frankreich.

¹²¹⁵ S. EuGH, Rs. C-499/99, Slg. 2002, I-6031 (6067 f., Rn. 24 ff.) – Kommission/Spanien m.w.N.

¹²¹⁶ EuGH, Rs. C-499/99, Slg. 2002, I-6031 (6068, Rn. 28) – Kommission/Spanien.

¹²¹⁷ S.o. Rn. 2745 f.

¹²¹⁸ Näher *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 16 ff.

¹²¹⁹ S.o. Rn. 3019.

¹²²⁰ EuGH, Rs. C-298/96, Slg. 1998, I-4767 (4794, Rn. 37) – Oelmühle.

¹²²¹ EuGH, Rs. C-392 u. 422/04, Slg. 2006, I-8559 – I-21 Germany u. Arcor.

¹²²² S.o. Rn. 3022.

Beihilfen.¹²²³ Eine solche Rückerstattung hielt der EuGH jedenfalls dann für geboten, wenn eine nationale Regelung eine Rücknahme trotz Bestandskraft vorsah¹²²⁴ und zudem der Rechtsweg bis zur letzten Instanz ausgeschöpft wurde, ohne dass der EuGH angerufen wurde, und sich der Betroffene an die nationale Behörde gewandt hat, nachdem er von einer konträr zur nationalen Rechtsprechung ausfallenden EuGH-Entscheidung Kenntnis erlangt hatte.¹²²⁵ Vom System des Beihilfe-rechts her sind allerdings diese Voraussetzungen nicht zwingend. Entscheidend ist vielmehr, ob eine gegenteilige Entscheidung europäischer Organe eine solche Rückerstattung zu Unrecht zurückgeforderter Beihilfen vorsieht.¹²²⁶

3027 Im hier untersuchten Zusammenhang ist maßgeblich, dass der EuGH eine Begünstigung des Einzelnen fordert, der zunächst eine Beihilfe erhalten hat, dem diese dann genommen wurde, aber zu Unrecht. Dabei geht es also nicht um die Herstellung von Wettbewerbsgleichheit, sondern um die Neutralisierung einer rechtswidrigen staatlichen Entscheidung, welche gerade nicht rechtswidrig in den Wettbewerb eingriff. Eine solche Neutralisierung ist daher bei fehlender Wettbewerbsrelevanz tendenziell eher möglich und nicht durch das wichtige Gemeinschaftsinteresse an einem nicht verzerrten Wettbewerb gesperrt. Damit kommt es in solchen Fällen nur auf eine Abwägung zwischen dem durch die Unternehmen entwickelten Vertrauen und Bestandsinteresse gegenüber dem Rücknahmeinteresse der Verwaltung an, welches nicht durch ein Gemeinschaftsinteresse an der Wiederherstellung von Wettbewerbsgleichheit dominiert wird.

3028 In solchen Fällen kann deshalb auch eine Abwägung im Rahmen von § 48 VwVfG stattfinden, ohne dass diese im Ergebnis bereits durch das Europarecht in nahezu allen Fällen vorbestimmt ist. Es müssen aber auch dann die allgemeinen Grundsätze eingehalten werden, welche für die Anwendung des nationalen Verfahrensrechts beim Vollzug von Europarecht gelten. Die Verwirklichung des Europarechts darf nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werden. Zudem darf der Mitgliedstaat Fälle mit europäischem Bezug nicht anders und vor allem nicht schlechter behandeln als rein nationale Sachverhalte.¹²²⁷ Jedenfalls muss das europäische Interesse an der Aufhebung eines Rechtsaktes voll berücksichtigt werden.¹²²⁸

3029 Damit kommt es letztlich darauf an, wie gewichtig das europäische Interesse und die betroffenen Belange des vormals durch den Rechtsakt Begünstigten sind. Auch dies spricht dafür, die Grundrechte für den Vertrauensschutz maßgeblich sein zu lassen. Denn nach ihnen richtet sich insbesondere, inwieweit etwa die berufliche Entwicklung oder das beeinträchtigte Eigentum betroffen sind. Dabei kann allerdings gerade in der Frage der Bestandskraft die Rechtssicherheit und

¹²²³ S. EuGH, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837 (868 f., Rn. 24 ff.) – Kühne & Heitz.

¹²²⁴ Dies ausdrücklich begrüßend *Hatje*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 249 (262).

¹²²⁵ EuGH, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837 (868, Rn. 25) – Kühne & Heitz.

¹²²⁶ Näher *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1537 ff.

¹²²⁷ Z.B. EuGH, Rs. C-188/92, Slg. 1994, I-833 (852, Rn. 13 ff.) – TWD; Rs. C-366/95, Slg. 1998, I-2661 (2682, Rn. 15) – Steff-Houllberg Export.

¹²²⁸ EuGH, Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633 (2669 f., Rn. 33) – Deutsche Milchkontor unmittelbar nach der notwendigen Berücksichtigung des Vertrauensschutzes sowie des vorstehend genannten Äquivalenzgrundsatzes.

damit das Rechtsstaatsprinzip nicht ausgeblendet werden. Ausgehend von ihm ist entscheidend, inwieweit sich tatsächlich Vertrauen entfaltet hat. Umso schützenswerter sind allerdings grundrechtlich geschützte Belange, so dass auch nach dieser Seite hin eine Verknüpfung möglich ist.

Über die Grundrechte kann auch die Bedeutung einer Rechtswegerschöpfung erschlossen werden. Ruft der Beeinträchtigte nicht die (nationalen) Gerichte an, um eine Korrektur der bestandskräftigen Entscheidung zu erreichen, verzichtet er auf die Verwirklichung seiner Berufsfreiheit und bei einer Antastung mithilfe staatlicher Beihilfen aufgebauter Unternehmenspositionen auch des Eigentumsgrundrechts. Diese können hier nur über die Beseitigung der Bestandskraft der belastenden Rücknahmeentscheidung Wirkung entfalten, weshalb diese anzugreifen ist. Allerdings würde es zu weit führen, wenn sich der Einzelne selbst auf von Amts wegen zu beachtendes europäisches Recht berufen müsste.¹²²⁹

Weil aber die Wettbewerbsrelevanz fehlt, ist nach den Maßstäben des Urteils *I-21-Germany und Arcor*¹²³⁰ eine Korrektur nur bei offensichtlichen Verstößen notwendig. Zu solchen führt auch eine unterlassene Vorlage an den EuGH.¹²³¹

3. Ausschlussgründe

Ist die tatsächliche Entfaltung von Vertrauen maßgeblich dafür, inwieweit Vertrauensschutz vor späteren anders gelagerten Verwaltungsentscheidungen bewahrt, scheidet ein solcher Schutz bei Bösgläubigkeit von vornherein aus. Insoweit greift der Ansatz von § 48 Abs. 2 VwVfG auch europarechtlich. Das gilt ebenfalls bei einer Ableitung des Vertrauensschutzes aus den Wirtschaftsgrundrechten. Auch diese schützen nur eine redliche Wirtschaftstätigkeit und gewährleisten nicht, dass ein Wirtschaftsteilnehmer in böser Absicht handelt. Daher greifen auch hier die Einzelfälle, wie sie in § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG festgelegt sind, nämlich die Erwirkung eines Verwaltungsaktes durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung bzw. durch Angaben, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Da der EuGH an die Entwicklung von Vertrauen hohe Anforderungen stellt und insbesondere eine adäquate Befassung der europäischen Organe mit dem Fall verlangt, bevor sich Vertrauen entwickeln kann, kann auch das dritte Fallbeispiel übernommen werden, dass nämlich der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

Nicht übernommen werden kann hingegen – auch außerhalb des Beihilferechts – eine feste Endfrist, bis zu der Verwaltungsakte aufgehoben werden können. Damit würde nämlich die Durchsetzung des Gemeinschaftsinteresses zeitlich begrenzt. Bezogen auf den Vertrauensschutz könnte allerdings ein Ansatz sein, dass dieser

¹²²⁹ EuGH, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148 (150 f., Rn. 44 f.) – Kempter.

¹²³⁰ EuGH, Rs. C-392 u. 422/04, Slg. 2006, I-8559. S.o. Rn. 3022, 3026.

¹²³¹ S. EuGH, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 (10310 ff., Rn. 51, 55 f.) – Köbler; Rs. C-173/03, Slg. 2006, I-5177 (5216 f., Rn. 30 ff.) – Traghetti del Mediterraneo; daher die Brücke zur gemeinschaftlichen Staatshaftung schlagend Rennert, DVBl. 2007, 400 (407 f.).

umso stärker wiegt, je länger die fragliche Verwaltungsentscheidung zurückliegt, so dass er mit zunehmendem Zeitablauf das Gemeinschaftsinteresse an einer Aufhebung tendenziell überwiegt. Jedenfalls verlangt auch der EuGH, einen begünstigenden Verwaltungsakt innerhalb eines angemessenen Zeitraums rückwirkend zurückzunehmen, also innerhalb von drei¹²³² oder sieben Monaten¹²³³ und nicht erst nach zwei Jahren,¹²³⁴ ohne umgekehrt einen europarechtlichen Endzeitpunkt zu bestimmen.¹²³⁵ Dieses Erfordernis einer Rücknahme in angemessener Zeit steht neben der Notwendigkeit, das berechtigte Vertrauen des Adressaten des Rechtsaktes in dessen Rechtmäßigkeit zu beachten.¹²³⁶ Ist dieses Vertrauen einmal entstanden, kann es später nicht mehr erschüttert werden¹²³⁷ und bleibt damit zu berücksichtigen. Daraus erklärt sich, dass europarechtlich die Überprüfung bestandskräftiger Verwaltungsakte zeitlich nicht beschränkt ist, aber durch angemessene nationale Rechtsbehelfsfristen limitiert werden kann.¹²³⁸

3034 Damit ist die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte auch mit Wirkung für die Vergangenheit möglich, jedoch durch die beiden vorgenannten Anforderungen eingeschränkt.¹²³⁹ Die Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten lassen den rückwirkenden Widerruf allerdings stets dann zu, wenn der betreffende Verwaltungsakt auf falschen oder unvollständigen Angaben der Beteiligten beruhte. Diesen Satz übertrug der EuGH schon früh ins Gemeinschaftsrecht.¹²⁴⁰

4. Deklaratorische Verwaltungsakte

3035 Der Vertrauensschutz ist auch bei der Aufhebung rechtswidriger deklaratorischer Verwaltungsakte¹²⁴¹ zu beachten. Es bedarf einer einzelfallbezogenen Interessen-

¹²³² Z.B. EuGH, Rs. C-248/89, Slg. 1991, I-2987 (3014, Rn. 23) – Cargill.

¹²³³ EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 (119) – Algera.

¹²³⁴ Vgl. EuGH, Rs. 15/85, Slg. 987, 1005 (1037, Rn. 15 ff.) – Consorzio Cooperative d'Abruzzo. Eine allgemeine Festlegung erfolgte bislang nicht; krit. bereits *GA Lagrange*, EuGH, Rs. 14/61, Slg. 1962, 511 (570) – Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken; nunmehr *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 434.

¹²³⁵ EuGH, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148 (151 f., Rn. 56 f.) – Kempter.

¹²³⁶ EuGH, Rs. 14/81, Slg. 1982, 749 (764, Rn. 10) – Alpha Steel; Rs. 15/85, Slg. 1987, 1005 (1036 f., Rn. 12 ff.) – Consorzio Cooperative d'Abruzzo; Rs. C-248/89, Slg. 1991, I-2987 (3013, Rn. 20) – Cargill; Rs. C-365/89, Slg. 1991, I-3045 (3065, Rn. 18) – Cargill.

¹²³⁷ EuGH, Rs. C-90/95 P, Slg. 1997, I-1999 (2022, Rn. 39) – De Compte.

¹²³⁸ EuGH, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148 (151 f., Rn. 56 f.) – Kempter.

¹²³⁹ St. Rspr., EuGH, Rs. C-90/95 P, Slg. 1997, I-1999 (2021, Rn. 35) – De Compte.

¹²⁴⁰ EuGH, Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 (173) – SNUPAT.

¹²⁴¹ Diese werden allgemein von den selbst rechtsbegründenden Verwaltungsakten unterschieden, etwa *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 433 ff.; s. auch *Erichsen/Buchwald*, Jura 1995, 84 (86); *Haratsch*, EuR 1998, 387 (391); bereits *Lecheler*, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, 1971, S. 75; grundlegend *GA Lagrange*, EuGH, Rs. 14/61, Slg. 1962, 511 (565) – Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken.

abwägung.¹²⁴² Bei ihnen ergibt sich die Rechtsposition ausschließlich aus der zugrunde liegenden Norm, welche nur angewendet bzw. ggf. auch ausgelegt wird. Sie sind stets ex nunc aufhebbar.¹²⁴³

5. Aufhebung für die Zukunft

Auch die Aufhebung eines rechtswidrig begünstigenden und nicht lediglich deklaratorischen Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Zukunft ist eher möglich als die Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Konsequenzen in die Vergangenheit hinein. Hier muss kein Vertrauen überwunden werden, etwas behalten zu dürfen. Aus grundrechtlicher Sicht wird nicht etwas bereits Vorhandenes entzogen. Das Eigentumsgrundrecht ist daher nicht einschlägig, es sei denn, man betrachtet die Zuerkennung einer staatlichen Leistung für die Zukunft als vermögenswertes Recht. Das gilt vor allem dann, wenn Leistungen bereits lange Zeit gewährt wurden, an eigene Leistungen des Empfängers anknüpfen¹²⁴⁴ bzw. zu solchen anreizen und es nur noch um den Abschluss einer fortlaufenden Zahlungsreihe geht. Vielfach wird aber der eigentumsgrundrechtliche Schutz in solchen „Mischfällen“ bezüglich der vom Staat dazu gegebenen und damit den privaten Beitrag überschießenden Leistungen nicht stark ausgeprägt sein. Dann gelten nur die allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien wie die Verhältnismäßigkeit und der Vertrauensschutz.¹²⁴⁵ Letzterer wird daher zumindest nicht eigentumsgrundrechtlich verstärkt.

Die Berufsfreiheit könnte beeinträchtigt sein, wenn eine geschäftliche Aktivität darauf gegründet wurde, auch für die Zukunft Leistungen zu erhalten. Insoweit können zwar gravierende Geschäftseinbußen eintreten, zumal wenn auf den Erhalt solcher Leistungen bereits feste Vermögensdispositionen gestützt wurden. Damit geht dann regelmäßig auch das Vertrauen einher, solche Leistungen für den zugebilligten Zeitraum bekommen zu dürfen. Jedoch kann eine berufliche Tätigkeit schwerlich auf eine staatliche Unterstützung gebaut werden. Sie ist vielmehr Ausdruck individueller Initiative und Leistung. Stellt man schon gleich bleibende Wettbewerbsbedingungen und künftige Erwerbschancen außerhalb des grundrecht-

¹²⁴² Grundlegend EuGH, Rs. 14/61, Slg. 1962, 511 (549 f.) – Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken in Abweichung von der französischen Doktrin einer freien auch rückwirkenden Widerruflichkeit ohne Interessenabwägung, s. *GA Lagrange*, a.a.O., 567 f.

¹²⁴³ EuGH, Rs. 15/60, Slg. 1961, 241 (259) – Simon; Rs. 111/63, Slg. 1965, 893 (911) – Lemmerz-Werke; Rs. 54/77, Slg. 1978, 585 (598, Rn. 37/41) – Herpels; dazu sogleich u. Rn. 3038.

¹²⁴⁴ So ist für Sozialleistungen ein eigentumsgrundrechtlicher Schutz im Ganzen anerkannt, wenn diese nicht ausschließlich auf einseitiger staatlicher Gewährung beruhen, sondern „durch die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten mitbestimmt sind“, BVerfGE 53, 257 (291); ebenso BVerfGE 69, 272 (301); 97, 271 (283 f.); näher mit weiteren Fällen und Nachweisen *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 137 ff. Staatliche Zuwendungen sind vielfach ebenfalls an bestimmte private Leistungen geknüpft, mit denen sie sich dann zu einem untrennbaren Ganzen vermischen, so dass auch die weitere staatliche Zahlung eigentumsgrundrechtlichem Schutz unterfällt. Näher zum Ganzen o. Rn. 2832 ff.

¹²⁴⁵ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 138; s. etwa BVerfGE 75, 78 (96).

lichen Schutzbereichs,¹²⁴⁶ gilt das erst recht für staatliche Leistungen. Jedenfalls vermag die Berufsfreiheit ebenso wenig wie das Eigentumsgrundrecht den Vertrauensschutz zu verstärken.

3038 Der EuGH begrenzt allerdings den Widerruf rechtswidriger Verwaltungsakte¹²⁴⁷ für die Zukunft nicht durch Vertrauensschutzgesichtspunkte.¹²⁴⁸ Er verlangt für die Aufhebung mit Wirkung ex nunc höchstens die Einhaltung einer angemessenen Frist.¹²⁴⁹ Die Rücknahme einer deklaratorischen Entscheidung ist für die Zukunft stets möglich.¹²⁵⁰

3039 Der EuGH schließt ausdrücklich aus, dass sich der Begünstigte auf ein berechtigtes Vertrauen berufen kann, weil er die relevante Bestimmung zumindest kennen musste.¹²⁵¹ Damit aber prüft auch der EuGH, ob ein berechtigtes Vertrauen enttäuscht wird, wenn er dies auch verneint. Dadurch spielt diese Komponente auch bei einer Aufhebung mit Wirkung ex nunc eine Rolle. Nur wird sie vielfach nicht vorhanden bzw. schwächer ausgeprägt sein. Das gilt auch und erst recht für bereits getroffene Vermögensdispositionen.

3040 Daher ist im Ergebnis gleichwohl die Rücknahme von Leistungen für die Zukunft weitaus eher möglich als nach den strengen Voraussetzungen für die Rückforderung auch in die Vergangenheit hinein. Jedenfalls verlangt der EuGH eine angemessene Frist. Diese steht indes ebenfalls i.V.m. dem Vertrauensschutzgedanken, weil der Einzelne jedenfalls dann Vertrauen entwickelt, wenn eine Leistung längere Zeit nicht zurückgefordert wird.

6. Rechtmäßige Verwaltungsakte

3041 Eine wesentlich stärkere Rechtsposition hat der Begünstigte, wenn es sich um eine rechtmäßige Entscheidung handelt. Sie kann regelmäßig nicht widerrufen werden, da das Vertrauen auf den dauernden Fortbestand der geschaffenen Rechtstellung das Interesse der Verwaltungsbehörde überwiegt, ihre Entscheidung rückgängig zu machen.¹²⁵² Jedenfalls eine Aufhebung mit Wirkung ex tunc ist daher unzulässig.¹²⁵³ Für die Zukunft wird hingegen ein Widerruf für zulässig gehalten, so wenn der Verwaltungsakt wegen einer veränderten Sach- oder Rechtslage nicht oder anders zu ergehen hätte. Verwiesen wird auf das französische Recht, nach dem Ver-

¹²⁴⁶ S. BVerfGE 110, 274 – Ökosteuer; krit. allerdings *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 316.

¹²⁴⁷ Der EuGH beschränkt in seiner Diktion den Widerruf nicht auf rechtmäßige Verwaltungsakte, sondern erstreckt ihn auch auf die Aufhebung rechtswidriger, beispielsweise nach EuGH, Rs. C-90/95 P, Slg. 1997, I-1999 (2022 f., Rn. 41 f.) – *De Compte*; Rs. C-298/96, Slg. 1998, I-4767 (4790 f., Rn. 24 f.) – *Oelmühle*.

¹²⁴⁸ EuGH, Rs. 15/60, Slg. 1961, 241 (260) – *Simon*; *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 33 Rn. 51.

¹²⁴⁹ EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 (119) – *Algera*.

¹²⁵⁰ So ausdrücklich EuGH, Rs. 54/77, Slg. 1978, 585 (598, Rn. 37/41) – *Herpels*.

¹²⁵¹ EuGH, Rs. 54/77, Slg. 1978, 585 (598, Rn. 37/41) – *Herpels*.

¹²⁵² EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 (118) – *Algera*.

¹²⁵³ EuGH, Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 (162) – *SNUPAT*; Rs. 159/82, Slg. 1983, 2711 (2718 f., Rn. 8) – *Verli-Wallace*: Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze.

waltungsakte frei widerruflich sind, solange keine „droit acquis“ begründet wurden,¹²⁵⁴ sowie auf die EuGH-Entscheidung *Simon*.¹²⁵⁵

Zwar ist die Rechtsprechung nicht eindeutig.¹²⁵⁶ Indes bezieht sich das Urteil *Simon* explizit nur auf einen Widerruf wegen Rechtswidrigkeit „infolge irriger Auslegung einer Vorschrift“ und hält lediglich darauf bezogen einen Widerruf ex nunc und einen solchen ex tunc mit Rücksicht auf wohlerworbene Rechte für möglich.¹²⁵⁷ Eine Übertragung dieser Entscheidung verbietet sich gleichwohl schon wegen der ursprünglichen Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, die als solche eine Rechtsposition begründet. Auf dieser Basis ist dann zu prüfen, inwieweit der Begünstigte etwa infolge einer auf die Zuschüsse bauenden langfristigen Unternehmensstrategie Vertrauen entwickelt hat, dieses angesichts der (vorherigen) Rechtslage schutzwürdig ist und gegenläufige Gesichtspunkte überwiegen. **3042**

Handelt es sich demgegenüber um belastende Verwaltungsakte, ist die Aufhebung auch bei Rechtmäßigkeit unproblematisch, wird doch der Einzelne nur begünstigt: Grenzen ergeben sich höchstens daraus, dass ein Gemeinschaftsorgan zum Erlass verpflichtet ist.¹²⁵⁸ **3043**

III. Duldung und Verwirkung

1. Treu und Glauben als Ansatzpunkt

Die Begrenzung der Aufhebung von Verwaltungsakten wurde vom EuGH bei einer wertenden Vergleichung der nationalen Rechtsordnungen auch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Verbindung gebracht.¹²⁵⁹ Damit ist auch die Verbindung geschaffen zu Instituten, welche namentlich im deutschen Verwaltungsrecht aus diesem Grundsatz entwickelt wurden. Das gilt insbesondere für die Verwirkung.¹²⁶⁰ Dieser voraus liegt die Duldung. **3044**

2. Duldung

Schreitet eine Behörde nicht ein, obwohl sie die tatsächlichen Umstände kennt und die rechtlichen Voraussetzungen vorliegen, so liegt eine Duldung vor.¹²⁶¹ Infolge der Rechtsförmlichkeit der Genehmigung kann in einer Duldung keine konkluden- **3045**

¹²⁵⁴ S. Geurtz, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten im deutschen, französischen und europäischen Recht, 1997, S. 224 f. und auch Prevedourou, RED 1999, 1155 ff.

¹²⁵⁵ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 433.

¹²⁵⁶ S. auch Huber, KritV 1999, 359 (371); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 958.

¹²⁵⁷ EuGH, Rs. 15/60, Slg. 1961, 241 (259 f.) – Simon; s.o. Rn. 3007.

¹²⁵⁸ Erichsen/Buchwald, Jura 1995, 84 (86); Haratsch, EuR 1998, 387 (391); bereits Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 526 und Däubler, NJW 1965, 1646 (1650).

¹²⁵⁹ EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 (119) – Algera bzgl. des deutschen Rechts.

¹²⁶⁰ S. BVerwGE 44, 339 (343).

¹²⁶¹ Vgl. Randelzhofer/Wilke, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981, S. 54 ff.

te Genehmigung gesehen werden.¹²⁶² Aufgrund des Nichthandelns der Verwaltung zustande gekommen, ist sie kein Verwaltungs-, sondern ein bloßer Realakt, der keine Bindungs- und schon deshalb keine Legalisierungswirkung zu entfalten vermag.¹²⁶³

3046 Allerdings kann die Duldung rechtswidrig sein, weil der Staat hätte einschreiten müssen. Meist aber verfügt die Verwaltung über ein Opportunitätsermessen, wann sie einschreitet.¹²⁶⁴ Dann muss der Bürger auch jederzeit mit ihrem Einschreiten rechnen. Selbst wenn die Behörde längere Zeit¹²⁶⁵ oder rechtswidrig geduldet hat, berührt dies den Verursacherbeitrag des Bürgers nicht. Indes kann dann ein Vertrauenstatbestand entstanden sein, die zuständigen Organe schritten auch weiterhin nicht ein, worauf sich der Einzelne verlassen durfte.¹²⁶⁶

3047 Ein solcher Vertrauenstatbestand ist hingegen ausgeschlossen, wenn der Bürger um die Gefährlichkeit seines Tuns wusste oder wissen musste. Legt man die strengen Anforderungen des EuGH, sich zu informieren, zugrunde,¹²⁶⁷ wird davon regelmäßig auszugehen sein.¹²⁶⁸ Andernfalls kann bei Überwiegen des Vertrauensstatbestandes eine Inanspruchnahme unverhältnismäßig sein¹²⁶⁹ oder ist jedenfalls zu vermindern.¹²⁷⁰ Die bestehende Rechtswidrigkeit verringert allerdings das Gewicht des entfalteten Vertrauens.¹²⁷¹ Eine Rechtfertigung durch Duldung scheidet aus.¹²⁷²

3. Verwirkung

3048 Ohne dass das staatliche Verhalten den Grad einer Duldung erreichen muss, verwirkt die Verwaltung die Befugnis zur Ausübung eines Rechts, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und besondere Um-

¹²⁶² Reich, Ordnungsverfügungen im Rahmen der Bewältigung des Altlastenproblems, 1990, S. 109; Kloepfer, NuR 1987, 7 (12); Papier, DVBl. 1985, 873 (877); Schrader, Altlastensanierung nach dem Verursacherprinzip?, 1988, S. 151.

¹²⁶³ Seibert, DVBl. 1992, 664 (671); Papier, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 41.

¹²⁶⁴ Darauf verweisen Randelzhofer/Wilke, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981, S. 55 f.

¹²⁶⁵ Darauf hebt Papier, DVBl. 1985, 873 (877) ab.

¹²⁶⁶ Vgl. für die Gemeinschaftsebene Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 95; Gornig/Trübe, JZ 2000, 501 (505). Darauf abstellend auch Pietzcker, JZ 1985, 209 (215).

¹²⁶⁷ S. – krit. – u. Rn. 3113 ff.

¹²⁶⁸ Vertrauen unabhängig davon ausschließend GA Capotorti, EuGH, Rs. 1252/79, Slg. 1980, 3753 (3771, Rn. 4) – Lucchini; s. auch Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 502 mit Fn. 65 jedenfalls für den Fall verfahrensbegleitender Anhörungen über noch ausstehende Maßnahmen.

¹²⁶⁹ Vgl. BVerwG, DVBl. 1979, 67 (70).

¹²⁷⁰ Kloepfer, NuR 1987, 7 (12).

¹²⁷¹ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 502.

¹²⁷² EuGH, Rs. 1252/79, Slg. 1980, 3753 (3763 f.; Rn. 9 f.) – Lucchini; Pietzcker, JZ 1985, 209 (215). Für eine Rechtfertigungswirkung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dagegen Papier, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 43; ders., DVBl. 1985, 873 (877).

stände hinzutreten, welche die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen.¹²⁷³ Befürwortet wird dies aber nur für verzichtbare Rechte, also für solche, über welche die Beteiligten verfügen können.¹²⁷⁴ Das wird bei Befugnissen zur Aufrechterhaltung von Belangen der Allgemeinheit und privater Interessen Dritter verneint.¹²⁷⁵

Ist die Verzichtbarkeit als Kriterium derart absolut, ergibt sich das Problem, **3049** dass die Wurzel der Verwirkung, der Grundsatz von Treu und Glauben¹²⁷⁶ und damit das entwickelte Vertrauen auf ein (hier staatliches) Nichtstun, außer Acht gelassen und nicht in einen Ausgleich mit den durch staatliches Handeln zu wahren Belangen gebracht wird. Erfolgt dies hingegen, fungiert wiederum der Vertrauensschutz als Grenze für eine Inanspruchnahme.¹²⁷⁷ Dadurch wird die konkrete Situation des jeweils Betroffenen entscheidend.¹²⁷⁸ Das entspricht auch dem personenbezogenen Charakter des Verzichts, der nicht die Kompetenz als solche erfasst.¹²⁷⁹

Damit kommt es insbesondere auf die bereits vergangene Zeit an, in der ein **3050** Anspruch nicht geltend gemacht wurde, sowie auf diesem Verhalten widersprechende Anhaltspunkte. Diese liegen vor allem dann vor, wenn trotz Kenntnis ein Anspruch nicht eingefordert wurde,¹²⁸⁰ jedenfalls wenn dies mit entsprechenden Äußerungen im konkreten Fall oder gleichen Verhaltensweisen in Parallelfällen einher ging.¹²⁸¹ Der Betroffene muss sich selbst rechtstreu¹²⁸² und kooperativ¹²⁸³ verhalten haben.

¹²⁷³ BVerwGE 44, 339 (343).

¹²⁷⁴ BayVGh, BayVbl. 1974, 559; auch *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 37 Rn. 17 f.; *Bauer*, Die Verwaltung 1990, 211 (214); *Brandt*, Altlastenrecht, 1993, S. 144; auch BVerwGE 76, 176.

¹²⁷⁵ Etwa *Papier*, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 45; *Kloepfer*, NuR 1987, 7 (12); weiter gehend *Striewe*, ZfW 1986, 273 (275 ff.).

¹²⁷⁶ BVerwGE 44, 294 (298 ff.); 48, 247 (251); BVerwG, NVwZ 1988, 730 f.; VGh Mannheim, NVwZ 1989, 76 (78).

¹²⁷⁷ S. *Ossenbühl*, Zur Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers für Altlasten, 1995, S. 79 f.

¹²⁷⁸ Daher den Vertrauensschutz als sachangemessenes Kriterium begreifend *Ossenbühl*, Zur Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers für Altlasten, 1995, S. 54.

¹²⁷⁹ Näher *Ossenbühl*, Zur Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers für Altlasten, 1995, S. 73 f.; ebenso VG Köln, NVwZ 1994, 927 (930 f.).

¹²⁸⁰ Vgl. EuGH, Rs. 127/80, Slg. 1982, 869 (885, Rn. 34) – Grogan; Rs. 223/85, Slg. 1987, 4617 (4659, Rn. 17) – RSV zu einer 26 Monate nicht beanstandeten Beihilfe.

¹²⁸¹ S. zu Beihilfen KOMe 2003/81/EG, ABl. 2003 L 31, S. 26 (Rn. 40 ff.) – Koordinierungszentrum Vizcaya; *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1434 f.

¹²⁸² S. EuGH, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437 (3457 f., Rn. 17) – Kommission/Deutschland; EuG, Rs. T-126 u. 127/96, Slg. 1998, II-3437 (3463, Rn. 69) – BFM u. EFIM; Rs. T-92 u. 103/00, Slg. 2002, II-1385 (1411 f., Rn. 54) – Territorio Histórico zum notwendigen rechtmäßigen Verhalten nationaler Behörden bei Beihilfen.

¹²⁸³ S. EuGH, Rs. C-303/88, Slg. 1991, I-1433 (1481, Rn. 40 ff.) – Italien/Kommission.

IV. Legalisierungswirkung von Genehmigungen

1. Verbindung zum Vertrauensschutz

- 3051** Während bei der Duldung, weniger bei der Verwirkung, ein Vertrauenstatbestand daraus erwachsen kann, dass eine Behörde nichts getan hat, kann er sich bei einer Genehmigung daraus ergeben, dass eine Behörde positiv gehandelt und ein bestimmtes Verhalten erlaubt hat. Ist eine Genehmigung vorhanden, wird der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Vertrauensschutz anerkanntermaßen aktiviert.¹²⁸⁴ Der Vertrauensschutz ist allerdings im Rahmen der vorstehend aufgezeigten Beispiele durch Abwägung überwindbar. Daher stellt sich die weiter gehende Frage, ob er bei einer vorhandenen Genehmigung, die immerhin die staatliche Billigung eines einmal beantragten Verhaltens beinhaltet, darüber hinaus geht und möglicherweise einen absoluten Bestandsschutz gewährt, welcher nicht durch Abwägung durchbrochen werden kann.
- 3052** Wurden auf der Basis dieser Genehmigung Investitionen getätigt, könnte eine durch die Genehmigung erlangte Position möglicherweise durch das Eigentumsgrundrecht verstärkt worden sein. Das kann sich auch daraus ergeben, dass eine Genehmigung etwa einer Anlage und damit im Hinblick auf die Bebaubarkeit eines Grundstücks die eigentumsrechtliche Gewährleistung erst konkretisiert hat.¹²⁸⁵ Zudem bauen berufliche Aktivitäten oftmals auf Genehmigungen auf. Daher stellt sich die Frage einer umfassenden Legalisierungswirkung von Genehmigungen.

2. Legalisierungswirkung von Genehmigungen über den Vertrauensschutz hinaus?

a) Begrenzte Wirkung von Genehmigungen

- 3053** Die ganz h.M. in Deutschland befürwortet eine solche Legalisierungswirkung¹²⁸⁶ von Genehmigungen seit langem, wenngleich zumeist nicht pauschal, sondern entsprechend dem Inhalt der Genehmigungen und der erkennbaren Auswirkungen zum Zeitpunkt ihrer Erteilung.¹²⁸⁷

¹²⁸⁴ S. BVerfGE 50, 244 (249 f.); 63, 215 (223 f.); BVerwGE 91, 306 (312 f.).

¹²⁸⁵ BVerfG, NVwZ 2003, 727; BVerwGE 85, 289 (294); 88, 191 (203); 106, 228 (234 f.).

¹²⁸⁶ Begriffsprägend BVerwGE 55, 118 (121).

¹²⁸⁷ BVerwGE 55, 118 (120 f., 123); VGH Mannheim, BB 1990, 237 (238), wenngleich zurückhaltender: „allenfalls“; Breuer, NVwZ 1987, 751 (755); Fluck, VerwArch. 1988, 406 (420 ff.); Hermes, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka/von Schwanenflügel (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 187 (204 ff.); Kloepfer, NuR 1987, 7 (14); Peine, JZ 1990, 201 (211); S. Schneider, Altlastensanierung zwischen Verursacher- und Gemeinlastprinzip, 1989, S. 79 ff.; Schrader, Altlastensanierung nach dem Verursacherprinzip?, 1988, S. 177 ff.; Selmer, JuS 1992, 97 (100); Ziehm, Die Störerverantwortlichkeit für Boden- und Wasserverunreinigungen, 1992, S. 26 ff., 55 ff.; Seibert, DVBl. 1992, 664 (671); ders., Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, 1989, S. 450 ff. m.w.N. S. 449 f.; auch Schink, VerwArch. 1991, 357 (382 f.); für ein Befristungsmodell und einen innerhalb der Befristung verstärkten Bestandsschutz Wickel, Bestandsschutz im Umweltrecht, 1996, S. 274 ff.; ohne Ein-

Durch die Erteilung von Genehmigungen haben sich indes die Auswirkungen und damit auch eine etwaige Schädlichkeit bzw. Gefährlichkeit der entsprechenden Sachverhalte nicht verändert. Die Genehmigung gestattet nur die Ausübung der erlaubten Tätigkeit. Sie nimmt dieser daher weder negative Folgen noch leitet sie die Verantwortlichkeit für sie von den Privaten auf den Staat über.¹²⁸⁸ Ansonsten würden Inhaber weniger problematischer und daher nicht genehmigungsbedürftiger Tätigkeiten und Anlagen trotz der von ihrer Ausübung bzw. ihrem Betrieb ausgehenden regelmäßig geringeren schädlichen Auswirkungen schlechter gestellt.¹²⁸⁹ Die Verursachungsbeiträge und damit auch die Verursacherverantwortung bleiben mithin von Genehmigungen unberührt. **3054**

b) Unerfüllte Schutzbedürfnisse

Erweist sich, dass trotz Genehmigung einer Maßnahme Gefahren für öffentliche oder private Schutzgüter wie die Umwelt oder die Gesundheit ausgehen, die das tolerable Maß überschreiten, besteht ein Bedarf nach Schutz. Diesem vermag der Staat trotz der ihm obliegenden Schutzpflichten¹²⁹⁰ nicht mehr nachzukommen, wenn man eine spätere staatliche Eingriffe ausschließende Legalisierungswirkung von Genehmigungen bejaht. Das gilt selbst dann, wenn entsprechende normative Befugnisse vorhanden sind, diese aber wegen einer angenommenen Spezialität besonderer gesetzlicher Genehmigungsvorschriften¹²⁹¹ bzw. einer entsprechend weit gesehenen Bindungs- und Ausschlusswirkung der Genehmigung¹²⁹² als verdrängt angesehen werden. Der Verfassungsrang grundrechtlicher Schutzpflichten gebietet jedoch unabhängig von einer objektiv- oder einer subjektiv-rechtlichen Ableitung¹²⁹³ eine Handhabung des einfachen Rechts, die ihre Einhaltung sicherstellt. **3055**

Allerdings ist durch die Schutzpflichten nur ein unabdingbares Mindestmaß individueller Entfaltungsbedingungen geschützt. Zudem hat der Staat einen breiten Einschätzungsspielraum, wie er sie erfüllt.¹²⁹⁴ Von daher ist es denkbar, dass allein die Statuierung eines Genehmigungserfordernisses und damit verbundener Prü- **3056**

schränkung *Martens*, DVBl. 1981, 597 (605); *Papier*, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 24 ff.; *ders.*, DVBl. 1985, 873 (875 f.); *ders.*, NVwZ 1986, 256 (257 ff.); eine Legalisierungswirkung völlig abl. *Feldhaus/Schmitt*, WiVerw. 1984, 1 (11 f.); *Brandt/Lange*, UPR 1987, 11 (15); *Kokott*, DVBl. 1992, 749 (753); s. auch OVG Münster, UPR 1984, 279 f.; NVwZ 1985, 355 (356); *Reinhardt*, Die Eingriffsbefugnisse der Wasserbehörden bei der Sanierung von Altlasten, 1989, S. 140 ff.

¹²⁸⁸ OVG Münster, UPR 1984, 279; NVwZ 1985, 355 (356); *Kokott*, DVBl. 1992, 749 (753); *Scharnhoo*, DVBl. 1975, 157 (158 Fn. 12).

¹²⁸⁹ *Hermes*, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka/von Schwanenflügel (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 187 (205); *Kokott*, DVBl. 1992, 749 (753).

¹²⁹⁰ S.o. Rn. 359 ff.

¹²⁹¹ BVerwGE 55, 118 (120 f.); *Papier*, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 25 ff.

¹²⁹² *Fluck*, VerwArch. 1988, 406 (410 ff.); *Kloepfer*, NuR 1987, 7 (12 f.); *Schink*, VerwArch. 1991, 357 (382).

¹²⁹³ Dazu o. Rn. 359 ff.

¹²⁹⁴ S.o. Rn. 367 ff.

fungsmaßnahmen genügen. Indes ist dadurch von vornherein ein Eingreifen nach Genehmigungserteilung ausgeschlossen. Da Gefahren für öffentliche oder private Schutzgüter oft schwer vorherzusehen sind, kann eine solche Sperre aufgrund einer Genehmigung kaum die Einhaltung grundrechtlicher Schutzpflichten sicherstellen, auch wenn bei der Erteilung dieser Genehmigung eine nähere Prüfung erfolgte. Aber auch die Eröffnung von Eingreifmöglichkeiten lediglich für bei Genehmigungserteilung nicht erkennbare Gefahren lässt außer Acht, dass Gefährdungen als solche zwar vorhersehbar sein mögen, ihre Intensität – ggf. i.V.m. anderen auftretenden Phänomenen – dagegen schwerlich. Daher erfordern die grundrechtlichen Schutzpflichten regelmäßig staatliche Eingreifmöglichkeiten auch nach Erteilung einer Genehmigung.

- 3057** Solche Handlungsbefugnisse sind zum Teil in speziellen Vorschriften eigens festgelegt. In diesem Umfang fehlt es bereits aufgrund besonderer Normierung an einer Legalisierungswirkung.¹²⁹⁵ Zudem werden damit vielfach lediglich auf die besondere Funktion einer solchen Spezialnorm bezogene Gefahren erfasst. Von daher kann nicht daraus, dass nur einige Gesetze zu Nachbesserungen ermächtigen, geschlossen werden, in anderen Fällen kämen solche nicht in Betracht.

c) Weitere Folgen einer „Legalisierungswirkung“

- 3058** Könnte der Staat aufgrund der Genehmigung eines Verhaltens gegen dieses, obgleich es Gefahren für Dritte hervorruft, nicht mehr einschreiten, hätte die Genehmigung auch eine weit in die Zukunft reichende belastende Drittwirkung. Sollen sich dann die davon Betroffenen dagegen wenden können, wie es die ihnen zustehenden rechtlich geschützten Belange jedenfalls in Gestalt des Gesundheitsschutzes und des Eigentumsrechts fordern, muss ihnen dies bereits bei der Entscheidung über die Genehmigung möglich sein. Die Legalisierungswirkung wird dann aber zum Bestandteil der Genehmigung und damit Element von deren Rechtmäßigkeit; sie kann aus dieser Sicht nicht mehr im Bereich der weiteren Wirkungen der Genehmigung angesiedelt werden,¹²⁹⁶ wäre mithin als eigene Rechtsfigur obsolet.
- 3059** Als praktische Folge müsste die Genehmigungsbehörde die künftigen Auswirkungen der betriebenen Tätigkeit wesentlich stärker in ihre Beurteilung einbeziehen als bei späteren Eingreifmöglichkeiten. Das gilt zumal dann, wenn man die „Legalisierungswirkung“ nicht strikt auf zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung erkennbare Gefahren beschränkt.¹²⁹⁷ Dadurch würde sich die Prüfungsdauer für Genehmigungen tendenziell (weiter) verlängern, die Genehmigungspraxis würde eher restriktiv, um künftige Gefahren zu vermeiden. Die durch eine „Legalisierungswirkung“ scheinbar Begünstigten erlitten sogar Nachteile, die aufgrund der vielfach ohnehin langen Genehmigungsdauer den Grad einer berufsprohibitiven Tendenz erreichen bzw. die Eigentumsfreiheit beeinträchtigen können.

¹²⁹⁵ Herrmann, Flächensanierung als Rechtsproblem, 1989, S. 106.

¹²⁹⁶ Herrmann, Flächensanierung als Rechtsproblem, 1989, S. 106.

¹²⁹⁷ S. pauschal Papier, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 25 f.; differenzierend Schink, VerwArch. 1991, 357 (383); für eine Begrenzung dagegen Kloepfer, NuR 1987, 7 (14).

3. Vertrauensschutz als bloße zusätzliche Grenze nachträglicher staatlicher Eingriffe

Staatliche Eingriffsbefugnisse finden stets in den Grundrechten ihre Grenzen. Ist eine Genehmigung vorhanden, wird dadurch die Rechtslage verändert. Das ist zu Gunsten des Genehmigungsinhabers zu berücksichtigen. Zu seinen Gunsten wirkt bei späteren staatlichen Eingriffen der dadurch begründete Vertrauensschutz.¹²⁹⁸ Das im Einzelfall gegebene Maß an Vertrauensschutz ist daher mit den ein staatliches Handeln legitimierenden Schutzbelangen abzuwägen. Es gelten somit die für das Rückwirkungsverbot aufgezeigten Grundsätze. Regelmäßig ist eine Tätigkeit wegen ihrer zumindest potenziellen Gefährlichkeit für öffentliche oder private Schutzgüter genehmigungsbedürftig. Das ist grundsätzlich auch den Begünstigten der Genehmigung bewusst. Daher ist der Vertrauensschutz häufig nachrangig. **3060**

V. Gerichtsurteile

Tendenziell stärker als die Natur und Tragweite der Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen ist die Rechtskraftwirkung, welche Gerichtsentscheidungen vorbehalten ist.¹²⁹⁹ Besteht sie, sollen nationale Gerichte nicht verpflichtet sein, Entscheidungen nochmals auf einen möglichen Verstoß gegen Europarecht hin zu überprüfen.¹³⁰⁰ Eine Rechtsverletzung durch rechtskräftige Gerichtsurteile soll regelmäßig nicht rückgängig gemacht werden können; es soll nur die Staatshaftung eingreifen.¹³⁰¹ Jedenfalls unterliegt eine Aufhebung von Gerichtsentscheidungen schärferen Voraussetzungen als die von Verwaltungsakten.¹³⁰² **3061**

Gerichtsverfahren sind hingegen noch nicht rechtskräftig abgeschlossen, wenn eine Vorlage an den EuGH erfolgt ist und eine Vorabentscheidung noch aussteht. Diese bezieht sich auf den vorgelegten Sachverhalt und ergreift diesen deshalb auch, wenn er in der Vergangenheit liegt. Die nationalen Gerichte sind gerade dazu verpflichtet, die in einer Vorabentscheidung des EuGH getroffene Auslegung auf den von ihnen zu entscheidenden Sachverhalt anzuwenden, auch wenn er in der Vergangenheit liegt.¹³⁰³ **3062**

Allerdings können solche Vorabentscheidungen des EuGH überraschend sein. Deshalb muss auch insoweit der Vertrauensschutz als Grundsatz des Europarechts eine Grenze bilden. Werden daher Rechtsverhältnisse betroffen, welche gutgläu- **3063**

¹²⁹⁸ Auf diesen abstellend auch *Kutscheidt*, NVwZ 1986, 622 (624).

¹²⁹⁹ *GA Tizzano*, EuGH, Rs. C-234/04, Slg. 2006, I-2585 (2595, Rn. 25) – Kapferer.

¹³⁰⁰ EuGH, Rs. C-234/04, Slg. 2006, I-2585 (2618, Rn. 24) – Kapferer.

¹³⁰¹ EuGH, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 (10306, Rn. 34) – Köbler.

¹³⁰² Für einen darauf bezogenen flexiblen Maßstab *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1552 f.

¹³⁰³ S. EuGH, Rs. 61/79, Slg. 1980, 1205 (1206, 2. Leitsatz) – Denkavit; später etwa Rs. C-481/99, Slg. 2001, I-9945 (9984 f., Rn. 49 ff.) – Heininger.

big begründet wurden, können diese von den Wirkungen einer Vorabentscheidung ausgenommen werden; diese kann insoweit lediglich für die Zukunft gelten.¹³⁰⁴

- 3064** Wurden freilich gegen das nationale Ausgangsurteil, auf das sich die Vorlage an den EuGH letztlich bezieht, Rechtsmittel eingelegt, konnte dieses nicht rechtskräftig werden und daher auch keinen Vertrauensschutz begründen. Die Rechtsmittelführer können sich deshalb auch für die Vergangenheit auf die Vorabentscheidung des EuGH stützen. Sie können sich etwa auf die Ungültigkeit eines Bescheids berufen, der auf einer vom EuGH für ungültig erklärten Gemeinschaftsverordnung basiert.¹³⁰⁵

VI. Rückwirkung von Gesetzen

1. Grundsätzlicher Ausschluss der echten Rückwirkung

a) Sachliche Übereinstimmung mit dem BVerfG

- 3065** Inwieweit Gesetze zurückwirken können, wird zumindest in Deutschland traditionell durch die Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung geprägt. Diese bestimmt in der Sache auch die Rechtsprechung des EuGH.¹³⁰⁶ Unter echter oder nach einem EuGH-Urteil „eigentlicher“¹³⁰⁷ Rückwirkung versteht man Rechtsakte, die ihre Geltungsdauer auf einen Zeitpunkt vor ihrer Veröffentlichung legen. Ein Rechtsakt gilt mit dem Datum des ihn enthaltenen Amtsblatts als in der ganzen EU veröffentlicht, außer das Amtsblatt ist tatsächlich erst später verfügbar, was aber nachgewiesen werden muss. Dann zählt das tatsächliche Datum der Veröffentlichung.¹³⁰⁸ Das Verbot der echten Rückwirkung darf nur ausnahmsweise durchbrochen werden.

- 3066** Änderungen in der Vergangenheit begründeter und abgeschlossener Sachverhalte sind also regelmäßig unzulässig. Demgegenüber können in der Vergangenheit zwar begründete, aber noch bestehende Rechtsverhältnisse für die Zukunft angepasst werden, wenn die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der bestehenden Rechtslage überwiegen.¹³⁰⁹ An diesen Satz des BVerfG knüpft jedenfalls in der

¹³⁰⁴ S. EuGH, Rs. C-262/88, Slg. 1990, I-1889 (1955, Rn. 40 ff.) – Barber sowie bereits Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 (480, Rn. 69/70 ff.) – Defrenne; Rs. C-177 u. 181/99, Slg. 2000, I-7013 (7075 f., Rn. 66) – Ampafrance.

¹³⁰⁵ EuGH, Rs. C-228/92, Slg. 1994, I-1445 (1473, Rn. 30) – Roquette Frères II; *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 55.

¹³⁰⁶ Im Einzelnen Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 414 ff.

¹³⁰⁷ EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (548, Rn. 29/32) – Comptoir National Technique Agricole (CNTA).

¹³⁰⁸ EuGH, Rs. C-337/88, Slg. 1990, I-1 (18, Rn. 12) – SAFA; Rs. C-370/96, Slg. 1998, I-7711 (7742, Rn. 27) – Covita; *Schorkopf*, in: Heselhaus/Nowak, § 59 Rn. 5.

¹³⁰⁹ Für das Grundgesetz s. BVerfGE 88, 384 (406 f.); zur Unterscheidung mit den Kategorien der echten und unechten Rückwirkung BVerfGE 72, 175 (196); 79, 29 (45 f.), aber auch BVerfGE 63, 343 (353); 72, 200 (241 ff.); 72, 302 (321 f.): Rückwirkung von

Sache auch der EuGH an. Nach ihm verbietet es der Grundsatz der Rechtssicherheit, „den Beginn der Geltungsdauer eines Rechtsaktes der Gemeinschaft auf einen Zeitpunkt vor dessen Veröffentlichung zu legen“.¹³¹⁰ Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn zwingende Gemeinschaftsinteressen eine solche Rückwirkung erfordern und das berechnigte Vertrauen der Betroffenen gebührend berücksichtigt wird.¹³¹¹

Allerdings zieht der EuGH diesen Satz unabhängig vom Vorliegen gerade einer echten Rückwirkung heran.¹³¹² Demgegenüber formuliert das BVerfG schon im Ausgangspunkt ein spezifisches Verbot der echten Rückwirkung,¹³¹³ außer „zwingende Gründe des Gemeinwohls oder ein nicht ... mehr ... vorhandenes schutzbedürftiges Vertrauen des Einzelnen“ gestatten eine Durchbrechung.¹³¹⁴ Das ist insbesondere der Fall, wenn

- der Betroffene mit einer Regelung rechnen musste (vor allem bei einem Gesetzesbeschluss),
- die Rechtslage unklar und verworren ist,
- sich eine neue Rechtsnorm im Nachhinein als ungültig erweist und rückwirkend korrigiert wird.

Diese dritte Konstellation war Gegenstand der Entscheidung *Amylum*.¹³¹⁵ Hier wurde eine Verordnung, welche zunächst für nichtig erklärt wurde, neu in geänderter Form erlassen, was zu Belastungen des beim ersten Erlass beschwerten Personenkreises führte. Insoweit bestand auch ein Handlungsauftrag der Gemeinschaft. Daher mussten die Betroffenen auch mit einer Regelung rechnen; zudem war die Rechtslage unklar bzw. zumindest offen. Somit liefen in diesem Fall alle drei vorgenannten Stränge zusammen.

b) Kumulative Voraussetzungen

Den Ausgangspunkt des EuGH bildet indes stets die Prüfung der beiden kumulativen¹³¹⁶ Voraussetzungen, dass das angestrebte Ziel die zeitlich vor der Veröffentlichung greifende Wirkung verlangt und das berechnigte Vertrauen der Betroffenen gebührend beachtet ist.¹³¹⁷ Ein solches Vertrauen kann sich allerdings nicht entfal-

Rechtsfolgen/tatbestandliche Rückanknüpfung; krit. etwa *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981, S. 79 ff.

¹³¹⁰ S. EuGH, Rs. 98/78, Slg. 1979, 69 (86 f., Rn. 20) – Racke; Rs. 99/78, Slg. 1979, 101 (111 f., Rn. 8) – Decker.

¹³¹¹ Auch EuGH, Rs. 108/81, Slg. 1982, 3107 (3130, Rn. 4) – *Amylum* („Isoglucose“).

¹³¹² S. sogleich Rn. 3069 ff.

¹³¹³ BVerfGE 13, 261 (271); 45, 142 (168).

¹³¹⁴ BVerfGE 72, 200 (258).

¹³¹⁵ EuGH, Rs. 108/81, Slg. 1982, 3107.

¹³¹⁶ S. etwa *Altmeyer*, Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht, 2003, S. 111 f.; *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 43 a.E.; *Schlockermann*, Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH, 1984, S. 78; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 420.

¹³¹⁷ EuGH, Rs. 98/78, Slg. 1979, 69 (86 f., Rn. 20) – Racke; Rs. C-413/04, Slg. 2006, I-11221 (11271, Rn. 75) – Parlament/Rat.

ten, wenn der Betroffene mit einer Regelung rechnen musste oder die Rechtslage unklar und verworren ist bzw. sich eine neue Rechtsnorm im Nachhinein als ungültig erweist und rückwirkend korrigiert wird.¹³¹⁸ Die gebührende Beachtung des Vertrauens der Betroffenen liegt daher im Wesentlichen darin, ob ein solches Vertrauen überhaupt besteht.¹³¹⁹ Dies genügt aber nach dem EuGH nicht. Es muss die Notwendigkeit einer echten Rückwirkung aufgrund des angestrebten Zieles hinzukommen. Als rechtfertigende Ziele wurden beispielsweise die Vermeidung von Marktstörungen hinsichtlich des agrarmonetären Systems¹³²⁰ oder Antidumpingzölle¹³²¹ anerkannt.

3070 Damit wird eine sachgerechte Ausrichtung auf Gemeinschaftsziele sichergestellt, welche solche rückanknüpfenden Regelungen inhaltlich bindet. Zwingende Gemeinschaftsziele, wie sie etwa im Fall *Amylum* vorlagen,¹³²² führen allerdings regelmäßig dazu, dass die Betroffenen mit einer Regelung rechnen mussten. Das gilt erst recht, wenn sich wie in der Rechtssache *Amylum* eine neue Rechtsnorm im Nachhinein als ungültig erweist und rückwirkend korrigiert wird.¹³²³ Damit ergeben sich im Ergebnis kaum praktische Unterschiede dadurch, dass die beiden Voraussetzungen der Notwendigkeit für das angestrebte Ziel und der gebührenden Beachtung des berechtigten Vertrauens der Betroffenen kumulativ vorliegen müssen.

3071 Jedenfalls verletzt eine europäische Regelung das Rückwirkungsverbot, wenn sie ungeeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen oder das berechtigte Vertrauen der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer verletzt.¹³²⁴ Generell ist Maßstab der „umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer“.¹³²⁵ Es wird untersucht, inwieweit für ihn klar und absehbar war, dass die Maßnahme erlassen werden würde. Das Vertrauen, das berechtigterweise entwickelt werden konnte, ist dementsprechend umso geringer, je kürzer der Zeitraum einer unklaren Rechtslage oder einer zu erwartenden Neu- bzw. Korrekturregelung ist. Daher ist eine Rückwirkung bei einer kurzen Zeitspanne zwischen Nichtigerklärung einer Richtlinie und der Veröffentlichung einer inhaltlich deckungsgleichen neuen Richtlinie möglich.¹³²⁶

¹³¹⁸ Diese letzte Variante aufgreifend EuGH, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4069, Rn. 45 ff.) – Fedesa.

¹³¹⁹ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 419 mit Fn. 53 unter Verweis u.a. auf EuGH, Rs. 98/78, Slg. 1979, 69 (86 f., Rn. 20) – Racke; Rs. 99/78, Slg. 1979, 101 (111 f., Rn. 8) – Decker.

¹³²⁰ EuGH, Rs. C-244/95, Slg. 1997, I-6441 (6486 f., Rn. 77 ff.) – Moskof.

¹³²¹ EuGH, Rs. 246/87, Slg. 1989, 1151 (1174, Rn. 16) – Continentale Produkten-Gesellschaft.

¹³²² EuGH, Rs. 108/81, Slg. 1982, 3107 (3130 f., Rn. 5) – *Amylum* („Isoglucose“).

¹³²³ EuGH, Rs. 108/81, Slg. 1982, 3107 (3131, Rn. 6) – *Amylum* („Isoglucose“).

¹³²⁴ EuGH, Rs. C-368/89, Slg. 1991, I-3695 (3720 f., Rn. 18 ff.) – Crispoltoni I.

¹³²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-37 u. 38/02, Slg. 2004, I-6911 (6976 f., Rn. 70) – Dilexport; Rs. C-324/96, Slg. 1998, I-1333 (1367, Rn. 51) – Petridi u.a.; EuG, Rs. T-417/05, Slg. 2006, II-2533 (2597, Rn. 170) – Endesa.

¹³²⁶ EuGH, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4069, Rn. 47) – Fedesa.

2. Fälle unechter Rückwirkung

a) Grundsätzlicher Nachrang des Vertrauensschutzes

Wesentlich einfacher ist die Anpassung zwar ebenfalls in der Vergangenheit begründeter, aber noch bestehender Rechtsverhältnisse für die Zukunft. Hier handelt es sich nach klassischer deutscher verfassungsrechtlicher Terminologie um Fälle der unechten Rückwirkung bzw. tatbestandlichen Rückanknüpfung.¹³²⁷ Der EuGH stützt sich zwar – im Gegensatz zu Schlussanträgen¹³²⁸ – nicht auf diese Begrifflichkeit.¹³²⁹ Im Ausgangspunkt geht er gleichwohl von der Zulässigkeit solcher Regelungsanpassungen aus. „Nach einem allgemein anerkannten Grundsatz sind Gesetzesänderungen, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, auf die künftigen Wirkungen unter dem alten Recht entstandener Sachverhalte anwendbar.“¹³³⁰ Daher gelten geänderte Artikel regelmäßig nicht nur für nach ihrem Inkrafttreten aufgetretene Sachverhalte, sondern auch für davor entstandene, sofern diese noch nicht abgeschlossen sind, also etwa das beabsichtigte Geschäft noch nicht durchgeführt wurde.

Allerdings ist trotz dieses offenbar eine regelmäßige Zulässigkeit solcher Maßnahmen voraussetzenden Ansatzes zu prüfen, ob ein Rechtsakt „bei dieser Auslegung gegen einen Grundsatz der Rechtssicherheit verstößt, wonach das berechtigte Vertrauen der Betroffenen zu schützen ist“.¹³³¹ Damit bildet der Vertrauensschutz die Grenze auch für eine solche lediglich tatbestandliche Rückanknüpfung von Rechtsänderungen.

Dieses Vertrauen muss aufgrund der konkreten Regelung, welche dann geändert wird, begründet sein. Deren Interpretation muss ergeben, dass eine gefestigte Rechtsposition bestand, deren Abänderung als Beeinträchtigung gesehen werden kann.¹³³² Grundvoraussetzung ist also die Bildung eines schützenswerten Vertrauens, welches Änderungen überhaupt entgegenstehen kann. Eine bloße Erwartung von Vorteilen genügt hierfür nicht, wenn diese nicht gewiss ist. Eine solche Gewissheit kann dadurch zunichte gemacht werden, dass die Kommission durch Erklärungen die Absicht kundtut, eine Vorschrift ggf. anders anzuwenden.¹³³³

b) Fortführung

Damit hat der EuGH bereits in seiner Grundentscheidung die wesentlichen Eckpunkte markiert. Er führte diesen Gedanken dahin fort, dass ein Schutz von Vertrauen ausgeschlossen ist, wenn ein umsichtiger und besonnener Wirtschaftsteilnehmer in der Lage ist, den Erlass einer Gemeinschaftsmaßnahme vorauszusehen,

¹³²⁷ S. BVerfGE 63, 343 (353); 72, 200 (241 f.).

¹³²⁸ Z.B. GA Roemer, EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (740) – Westzucker.

¹³²⁹ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 420.

¹³³⁰ EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (729, Rn. 5) – Westzucker.

¹³³¹ EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (729, Rn. 5) – Westzucker.

¹³³² EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (730, Rn. 8) – Westzucker.

¹³³³ EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (730, Rn. 9) – Westzucker.

die seine Interessen berühren kann.¹³³⁴ Indiz dafür ist vor allem, wenn eine Regelung auf eine ständige Anpassung an die Veränderungen der wirtschaftlichen Lage ausgerichtet ist, wie dies für die Gemeinsamen Agrarorganisationen zutrifft.¹³³⁵ Gerade dann darf der Vertrauensschutz nicht darauf gerichtet sein, dass eine neue Regelung künftige Folgen von Sachverhalten ausspart, die unter der Geltung der früheren Regelung entstanden sind.¹³³⁶ Diese Rückanknüpfung darf nicht „schlecht-hin ausgeschlossen“ sein. Im Ergebnis geht es allerdings um eine regelmäßige Zulässigkeit.¹³³⁷ Für einen solchen Ausschluss von Vertrauen genügt bereits, wenn spätere Festsetzungen in das weite Ermessen des Rates zur Anpassung bestimmter Regelungen fallen.¹³³⁸

c) *Enttäuschung von Vertrauen*

3076 Dadurch ist der Vertrauensschutz sehr stark eingeschränkt. Im Ergebnis ist allerdings auch auf der Ebene des Europarechts wie im deutschen Verfassungsrecht¹³³⁹ zu kontrollieren, ob der Vertrauensschutz die Gründe des Gemeinwohls überwiegt, welche eine rückwirkende Anknüpfung erfordern. Nur prüft der EuGH vorgelagert sehr restriktiv, ob überhaupt ein schutzwürdiges Vertrauen vorliegt. Verneint er dies, geht er auf die Gemeinwohlbelange gar nicht mehr ein. Dafür genügt es, wenn ein entsprechendes Ermessen der europäischen Organe besteht, ursprünglich begonnene Regelungen bzw. Festsetzungen zu ändern. Materielle Gemeinwohlgründe bleiben dann außen vor. Dies ist insofern bedenklich, als auch in solchen Fällen unechter Rückwirkung Erwartungen enttäuscht werden können. Rechtlich relevant ist dies nach dem EuGH aber nur, wenn sich diese Erwartungen in einer sicheren Rechtsposition verdichtet haben, was jedoch regelmäßig nicht der Fall ist.

d) *Ausnahmen*

3077 Eine solche Verdichtung der Rechtsposition, die eine unechte Rückwirkung auszuschließen vermag, kommt in einzelnen Fallgruppen in Betracht.¹³⁴⁰ Es müssen zu der rückwirkenden Normsetzung weitere Umstände hinzutreten. Diese können darin liegen, dass ein Privater der Behörde gegenüber abschließende Verpflichtungen übernommen hat und dadurch, wie in der Norm vorgesehen, vor künftigen Änderungen geschützt sein soll. Ein Mittel hierfür ist eine Übergangsregelung. Aber selbst diese kann aus zwingenden Gründen des Gemeininteresses ausge-

¹³³⁴ EuGH, Rs. 265/85, Slg. 1987, 1155 (1181, Rn. 44) – Van den Bergh en Jurgens; Rs. C-350/88, Slg. 1990, I-395 (427, Rn. 37) – Delacre; EuG, Rs. T-489/93, Slg. 1994, II-1201 (1222, Rn. 51) – Unifruit Hellas; Rs. T-466 u.a./93, Slg. 1995, II-2071 (2097, Rn. 53) – O’Dwyer.

¹³³⁵ Auch EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5065 f., Rn. 80) – Bananen.

¹³³⁶ EuGH, Rs. 203/86, Slg. 1988, 4563 (4601, Rn. 19) – Spanien/Rat; EuG, Rs. T-472/93, Slg. 1995, II-421 (441, Rn. 52) – Campo Ebro.

¹³³⁷ S. EuG, Rs. T-466 u.a./93, Slg. 1995, II-2071 (2095 f., Rn. 49 ff.) – O’Dwyer.

¹³³⁸ S. u.a. EuGH, Rs. 203/86, Slg. 1988, 4563 (4601, Rn. 19 f.) – Spanien/Rat; EuG, Rs. T-466 u.a./93, Slg. 1995, II-2071 (2095 f., Rn. 49) – O’Dwyer.

¹³³⁹ S. BVerfGE 72, 200 (242 f.).

¹³⁴⁰ S. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 422 ff.

geschlossen sein.¹³⁴¹ Immerhin erscheint in solchen Fällen die Durchbrechung des Vertrauensschutzes als Ausnahme.

Ein grundsätzliches Überwiegen des Vertrauensschutzes liegt auch nahe, wenn der Einzelne bereits konkrete Dispositionen getroffen hat.¹³⁴² Diese können aber auch einseitig durch den Normadressaten veranlasst sein. Sie bilden daher nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung.¹³⁴³ Vielmehr müssen sie gerade auf einem vertrauensbildenden Verhalten der Gemeinschaftsorgane beruhen.¹³⁴⁴ **3078**

Damit ist die Hauptgruppe der Fälle erreicht, in denen sich nach der Rechtsprechung noch am ehesten der Vertrauensschutz durchsetzen kann. Vertrauensbildendes Verhalten der europäischen Organe liegt in konkreten Maßnahmen, welche auf eine Stabilität der bestehenden Rechtslage weisen, so beispielsweise in einer Ermunterung zu bestimmten Maßnahmen,¹³⁴⁵ einem langjährigen Gleichstand trotz bestehender Abänderungsmöglichkeiten¹³⁴⁶ und ausnahmsweise einer entsprechenden feststehenden Regelung selbst.¹³⁴⁷ Aber auch in diesen Fällen bedarf es der Abwägung mit den in Frage stehenden Gemeinschaftsinteressen, setzt sich also der Vertrauensschutz nicht stets und umfassend durch.¹³⁴⁸ **3079**

Diese Begrenzung des Vertrauensschutzes durch Abwägung gilt auch für die Rechtsfolgen. Vielfach genügen Übergangsregelungen.¹³⁴⁹ Hat der Einzelne schon Dispositionen getroffen, müssen diese ggf. amortisiert sein. Genügen sie nicht und führt auch Schadensersatz¹³⁵⁰ nicht weiter, kann die Ungültigkeit der Norm erforderlich sein. Insoweit setzt sich dann der Bestandsschutz durch, und zwar selbst bei Verletzung des Vertrauens nur eines Normadressaten.¹³⁵¹ **3080**

3. Abgrenzung

Ist solchermassen eine unechte Rückwirkung wesentlich eher zulässig als eine echte, bedarf es der näheren Abgrenzung. Das entscheidende Merkmal ist, ob ein **3081**

¹³⁴¹ EuGH, Rs. 84/78, Slg. 1979, 1801 (1814 f., Rn. 20 f.) – Tomadini.

¹³⁴² S. Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 96.

¹³⁴³ EuGH, Rs. 125/77, Slg. 1978, 1991 (2005, Rn. 37/41) – Koninklijke Scholten-Honig; Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 (2758, Rn. 27) – Edeka.

¹³⁴⁴ S. EuGH, Rs. 95-98/74, Slg. 1975, 1615 (1638 f., Rn. 35/37 ff.) – Union Nationale de Coopératives Agricoles des Céréales; Rs. 68/77, Slg. 1978, 353 (369, Rn. 8) – IFG; zum Kausalitätserfordernis näher u. Rn. 3111.

¹³⁴⁵ S. EuGH, Rs. 170/86, Slg. 1988, 2355 (2372, Rn. 13) – von Deetzen.

¹³⁴⁶ EuGH, Rs. 127/80, Slg. 1982, 869 (885, Rn. 34) – Grogan bei Anwendung einer vorläufigen Regelung.

¹³⁴⁷ S.u. Rn. 3096.

¹³⁴⁸ S. EuGH, Rs. 127/80, Slg. 1982, 869 (884, Rn. 30) – Grogan und näher u. Rn. 3132 ff.

¹³⁴⁹ S. EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 – Comptoir National Technique Agricole (CNTA); Rs. 84/78, Slg. 1979, 1801 – Tomadini.

¹³⁵⁰ Dazu u. Rn. 3160.

¹³⁵¹ Vgl. EuGH, Rs. 112/77, Slg. 1978, 1019 (1033, Rn. 22) – Töpfer; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 427 gegen Gilsdorf, RIW 1983, 22 (27); GA Mayras, EuGH, Rs. 112/77, Slg. 1978, 1019 (1036) – Töpfer; GA Trabucchi, EuGH, Rs. 47/75, Slg. 1976, 569 (582 f., Rn. 1) – Deutschland/Kommission.

Sachverhalt bereits gänzlich abgeschlossen ist. Das bemisst sich insbesondere danach, ob schon sämtliche Rechtsfolgen eingetreten sind. Aber auch dies kann zweifelhaft sein.

3082 Hintergrund der beschränkten Rückwirkung ist der Vertrauensschutz. Daher ist darauf abzustellen, ab wann sich ein Vertrauenstatbestand gebildet hat, der eine Rechtsänderung nicht mehr erwarten lässt. Dabei kann es schwerlich auf den subjektiven Willen des Betroffenen ankommen.¹³⁵² Denn dadurch sind leicht Manipulationen möglich. Geht es um die Haftung für Altstatbestände, wird derjenige begünstigt, der sich gar keine Gedanken um die Gefährlichkeit gemacht hat und daher einen Sachverhalt als abgeschlossen betrachtet.¹³⁵³ Deshalb ist auf objektive Umstände abzustellen.

3083 Es lassen sich typische Situationen ausmachen, in denen sich bereits ein Vertrauenstatbestand gebildet hat, weil der Betroffene die Situation gleichsam aus der Hand gegeben hat. Das ist etwa dann der Fall, wenn Waren bereits unterwegs sind, auch wenn sie noch nicht das Ziel erreicht haben. Mit der Absendung hat der Lieferant bzw. Verkäufer das Geschehen aus der Hand gegeben. Daher sind die Wirtschaftsteilnehmer berechtigt, darauf zu vertrauen, dass die Waren, die bereits in die EU unterwegs sind, nicht bei ihrer Ankunft zurückgewiesen werden. Eine Ausnahme besteht nur bei unbestreitbarem öffentlichem Interesse.¹³⁵⁴ Damit werden die Maßstäbe für eine echte Rückwirkung angelegt, bei der ein bereits abgeschlossener Sachverhalt geregelt wird.¹³⁵⁵

3084 Bei über eine längere Zeit dauernden Sachverhalten kann das Vorliegen einer echten und einer unechten Rückwirkung verschieden zu beurteilen sein. Dies hängt davon ab, ob ein Sachverhalt vor oder nach Inkrafttreten des fraglichen Rechtsaktes abgeschlossen ist. Ist ein Sachverhalt dann bereits abgeschlossen, liegt eine rückwirkende Inkraftsetzung vor, die ein berechtigtes Rechtssicherheitsbedürfnis beeinträchtigen kann, außer es besteht ein besonderer Grund.¹³⁵⁶ Dieser Fall des EuGH betraf das Inkrafttreten von Verordnungen. Hier hing es davon ab, ob diese auf einen bereits vollständig abgeschlossenen Sachverhalt trafen. Damit ist letztlich entscheidend, ob die Tatbestände, welche die maßgeblichen Rechtsfolgen begründen, vor oder nach Inkrafttreten der Neuregelung erfüllt sind.¹³⁵⁷

¹³⁵² S. dagegen für das deutsche Recht BayVG, BayVBl 1986, 590 (591); *Papier*, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 3.

¹³⁵³ *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 325.

¹³⁵⁴ EuGH, Rs. C-152/88, Slg. 1990, I-2477 (2509, Rn. 16) – *Sofrimport*; Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-4315 (4378 f., Rn. 57) – *Affish*; EuG, Rs. T-94 u.a./00, Slg. 2002, II-4677 (4745, Rn. 222) – *Rica Fruits*.

¹³⁵⁵ S.o. Rn. 3065 ff.

¹³⁵⁶ EuGH, Rs. 17/67, Slg. 1967, 591 (611) – *Firma Max Neumann*; unter Bezug darauf *Heukels*, Intertemporales Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 46 ff.

¹³⁵⁷ *Heukels*, Intertemporales Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 106 ff.; *Altmeyer*, Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht, 2003, S. 104.

4. Strafvorschriften

Die Rückwirkung von Strafvorschriften ist wie im deutschen Recht (Art. 103 Abs. 2 GG) völlig ausgeschlossen. Der Satz „nulla poena sine lege“ folgt aus Art. 7 EMRK und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten¹³⁵⁸ und ist in Art. 49 Abs. 1 EGRG explizit festgelegt. Es handelt sich damit um einen im Strafrecht maßgeblichen allgemeinen Rechtsgrundsatz.¹³⁵⁹ Dieser wird den Eigenheiten dieses Rechtsgebietes gerecht, indem er aufgrund des Eingriffscharakters der Straftatbestände jede Rückwirkung verbietet, und kann daher nicht auf andere Bereiche übertragen werden.¹³⁶⁰ 3085

C. Allgemeine Voraussetzungen

I. Grundlagen

Bereits übergreifend haben sich verschiedene Grundvoraussetzungen herausgebildet, damit sich Vertrauensschutz entfalten kann. Die Grundlage bildet stets ein schutzwürdiges Vertrauen.¹³⁶¹ Diese Grundbedingung zerfällt in zwei Bestandteile: Europäische Organe müssen eine Situation geschaffen haben, in der sich Vertrauen entfalten konnte. Ein solches Vertrauen muss tatsächlich entstanden sein und Schutz verdienen. Inwieweit dieses Vertrauen schutzwürdig ist, hängt eng mit dem von den europäischen Organen geschaffenen Vertrauenstatbestand zusammen. Je konkreter dieser ist, desto eher ist auch entfaltetes Vertrauen schutzwürdig. 3086

Konnte sich nach diesen Maßstäben schutzwürdiges Vertrauen bilden, sind die Gemeinschaftsinteressen gegenüber zu stellen, welche eine rückwirkende Regelung von europäischen Organen erforderlich machen. In der EuGH-Rechtsprechung des überwiegen diese Gemeinschaftsinteressen regelmäßig den Vertrauensschutz.¹³⁶² Indes ist der Vertrauensschutz einer der wichtigsten Sicherungen Privater gegen europäische Regulierung. Aus der Berufsfreiheit und dem Eigentumsgrundrecht abgeleitet, muss er eine sehr starke Ausbildung erfahren, kann sich doch nur so privates Unternehmertum, welches der EG/AEUV voraussetzt, langfristig entfalten. So wie den Wirtschaftsgrundrechten insgesamt eine stärkere Absicherung zuzubilligen ist, gilt dies auch für den Vertrauensschutz. 3087

¹³⁵⁸ EuGH, Rs. 14/81, Slg. 1982, 749 (768, Rn. 29) – Alpha Steel; Rs. 63/83, Slg. 1984, 2689 (2718, Rn. 21 f.) – Regina; Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4068, Rn. 42) – Fedesa; Rs. C-459/02, Slg. 2004, I-7315 (7332, Rn. 35) – Gerekens u. Procola.

¹³⁵⁹ Zum Strafrecht u. R. 5067 ff.

¹³⁶⁰ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 430.

¹³⁶¹ Etwa Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 77 ff.; Ch. Crones, Selbstbindungen der Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 112; Gornig/Trübe, JZ 2000, 501 (503); Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 490; Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 923.

¹³⁶² Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 30; Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 127.

II. Vertrauensbasis

1. Feststehende Rechtsstellungen

a) Einzelakte

3088 Die dargestellten Entscheidungen des EuGH zum Vertrauensschutz zeigen, wie hoch die Voraussetzungen gesteckt sind. Das gilt selbst für rechtmäßige Einzelakte. Es muss sich um unbedingt und damit vorbehaltlos gewährte Rechtsstellungen handeln, die keiner weiteren Änderung mehr unterliegen.¹³⁶³ Eine solche Änderung darf sich auch nicht aus der Natur des Rechtsaktes bzw. der zugrunde liegenden Verordnung ergeben.¹³⁶⁴

b) Normen

3089 Kommt es solchermaßen auch auf die Ausgestaltung der Rechtsgrundlagen von Einzelakten an, so können Erstere auch selbst feststehende Rechtspositionen verleihen. Das gilt, wenn sie selbst hinreichend unbedingt und konkret sind und damit konkrete und vorbehaltlose Rechtsansprüche begründen.¹³⁶⁵ Hierzu sind neben Verordnungen auch inhaltlich unbedingte und hinreichend bestimmte Richtlinien geeignet, wenn sie mangels rechtzeitiger vollständiger Umsetzung unmittelbar wirken.¹³⁶⁶ Das ist der Fall, wenn sie die näheren Voraussetzungen, damit eine Rechtsstellung entstehen kann, festlegen und diese im konkreten Fall auch erfüllt sind¹³⁶⁷ bzw. unbedingte Ansprüche auf eine solche Rechtsposition enthalten.¹³⁶⁸ Oder aber die Wirtschaftsteilnehmer haben selbst ihre Position dadurch verbessert, dass sie unwiderrufliche Verpflichtungen gegenüber der europäischen Ebene übernommen haben, um sich vor Rechtsänderungen zu schützen.¹³⁶⁹ Dies muss aber auf der Basis einer diese Möglichkeit eröffnenden europäischen Regelung¹³⁷⁰ sowie gegenüber der zuständigen Behörde erfolgt sein.¹³⁷¹

¹³⁶³ Bereits EuGH, R. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 – Algera.

¹³⁶⁴ S.o. Rn. 3061 ff.; ebenso *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 12; s. bereits *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 98.

¹³⁶⁵ S. EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549, Rn. 41/43) – *Comptoir National Technique Agricole* (CNTA).

¹³⁶⁶ *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 493; s. EuGH, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 (1645, Rn. 41 ff.) – *Ratti*.

¹³⁶⁷ S. EuGH, Rs. 78/74, Slg. 1975, 421 (433, Rn. 11 ff.) – *Deuka I*; Rs. 92/77, Slg. 1978, 497 (514, Rn. 26/28 ff.) – *An bord bainne co-operative Ltd.*

¹³⁶⁸ S. *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 491.

¹³⁶⁹ Vgl. hierzu EuGH, Rs. 84/78, Slg. 1979, 1801 (1814 f., Rn. 20) – *Tomadini*; außerdem Rs. 112/80, Slg. 1981, 1095 (1120 f., Rn. 48) – *Dürbeck*. Eine Auskunft allein reicht allerdings nicht, s. EuGH, Rs. C-315/96, Slg. 1998, I-317 (342, Rn. 28) – *Lopex*.

¹³⁷⁰ S. EuGH, Rs. 68/77, Slg. 1978, 353 (369, Rn. 8) – *IFG*.

¹³⁷¹ EuGH, Rs. 90/77, Slg. 1978, 995 (1005 f., Rn. 6) – *Stimming*; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 492 f.

c) Zusagen

Bei einer Zusicherung bzw. Zusage kommt es auf deren nähere Ausgestaltung an, ob aus einer solchen Erklärung bereits eine feststehende Rechtsposition erwächst. Die entsprechende Festlegung auf ein künftiges Verhalten muss ausdrücklich oder zumindest konkludent deutlich ausgedrückt sein. Der Inhalt der Erklärung selbst wie auch der Gehalt des zukünftigen Verhaltens muss hinreichend konkret, der Selbstbindungswille des erklärenden Organs genügend erkennbar sein.¹³⁷² Zudem muss das europäische Organ zuständig gewesen sein, also im Rahmen seiner Kompetenzen gehandelt sowie zwingendes Europarecht beachtet haben.¹³⁷³ Schon bei rechtswidrigen Zusagen fehlt die stabile Rechtsstellung, so dass höchstens eine berechnete Erwartung in Betracht kommt, wenn der Begünstigte die Rechtswidrigkeit der Zusage nicht erkennen konnte.¹³⁷⁴ Unbestimmte Zusagen reichen hingegen nicht.¹³⁷⁵ 3090

d) Auskünfte

Ein positives Verwaltungshandeln liegt auch vor, wenn Auskünfte gegeben wurden. Diese müssen grundsätzlich vollständig und präzise sein. Da sie etwas erklären, können sie eine feststehende Rechtsstellung suggerieren. Daher können sie auch Vertrauenstatbestände schaffen. Dies hat der EuGH für behördliche Erklärungen grundsätzlich anerkannt.¹³⁷⁶ Grundlage sind bedingungslose, genaue Auskünfte zuständiger und verlässlicher Stellen,¹³⁷⁷ die bei noch laufenden oder in der Zukunft liegenden Sachverhalten auch nicht explizit lediglich auf die gegenwärtige Rechtslage bezogen sein dürfen.¹³⁷⁸ Allerdings wird auch dadurch keine Rechtsstellung tatsächlich geschaffen, sondern nur beschrieben. Daher bleiben Normen immer noch veränderbar, ohne dass notwendig Vertrauensschutz besteht.¹³⁷⁹ Dieser wird höchstens durch vertragliche Verpflichtungen begründet. Als Rechtsfolge gibt es wegen des deskriptiven und nicht konstitutiven Charakters der Auskunft keine Erfüllung, sondern nur Schadensersatz.¹³⁸⁰ 3091

¹³⁷² EuGH, Rs. 303 u. 312/81, Slg. 1983, 1507 (1528 f., Rn. 28 ff.) – Klöckner.

¹³⁷³ Z.B. EuGH, Rs. 303 u. 312/81, Slg. 1983, 1507 (1529, Rn. 32) – Klöckner; Rs. 188/82, Slg. 1983, 3721 (3734, Rn. 10 f.) – Thyssen; krit. Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 90.

¹³⁷⁴ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 496.

¹³⁷⁵ S. EuG, Rs. T-72/99, Slg. 2000, II-2521 (2540, Rn. 53) – Meyer; Rs. T-290/97, Slg. 2000, II-15 (37, Rn. 59) – Mehibas Dordtselaan; Rs. T-571/93, Slg. 1995, II-2379 (2407, Rn. 72) – Lefebvre.

¹³⁷⁶ EuGH, Rs. 54/65, Slg. 1966, 529 (545) – Châtillon.

¹³⁷⁷ EuG, Rs. T-273/01, Slg. 2003, II-1093 (1103 f., Rn. 26) – Innova Privat-Akademie.

¹³⁷⁸ Sonst sind sie nur vorläufig, s.u. Rn. 3123.

¹³⁷⁹ EuGH, Rs. C-315/96, Slg. 1998, I-317 (342, Rn. 28) – Lopex.

¹³⁸⁰ S. EuGH, Rs. 289/81, Slg. 1983, 1731 (1745, Rn. 25) – Vassilis Mavridis; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 499.

2. Begründete Erwartungen

a) *Verhaltensbedingt*

- 3092** Mit den Zusicherungen und Zusagen werden zugleich Erwartungen begründet, die sogar einen Anspruch auf einen bestimmten Rechtsakt entstehen lassen können.¹³⁸¹ Aber auch unterhalb dieser Schwelle können Erwartungen sich solchermaßen verdichtet haben, dass eine Vertrauensschutzposition besteht, die nicht ohne weiteres übergangen werden kann.
- 3093** Eine solche qualifizierte Erwartung kann insbesondere durch eine bestimmte Rechtslage begründet werden. Aber auch auf deren Fortführung besteht kein unbeschränkter Anspruch. Das gilt vor allem, wenn Änderungen im Recht angelegt sind. Dessen Systematik ist daher heranzuziehen. Sinn und Zweck einer Vorschrift müssen ebenfalls die Bildung einer Vertrauensposition ermöglichen.¹³⁸²
- 3094** Ein Wirtschaftsteilnehmer kann insbesondere dann nicht darauf bauen, dass die Rechtslage unverändert bleibt, wenn er seine Produktion für einen bestimmten Zeitraum aus eigenem Antrieb aufgegeben hat. Er ist nicht davor geschützt, sie unter anderen Bedingungen wieder aufzunehmen und damit mittlerweile ergangenen neuen Bestimmungen zu unterliegen. Er darf nur insoweit auf den Fortbestand einer Rechtslage vertrauen, wie er dazu durch Gemeinschaftsorgane veranlasst wurde. Wird er so dazu bewegt, landwirtschaftliche Erzeugnisse gegen Zahlung einer Prämie vorübergehend nicht mehr zu vermarkten, darf er nicht aufgrund genau dieser Tatsache neuen Beeinträchtigungen unterworfen werden.¹³⁸³ Dann kommt aber zu der Änderung der Rechtslage ein Handeln der Gemeinschaftsorgane, das die Betroffenen zu einem bestimmten Verhalten veranlasste, für das sie nun gleichsam bestraft werden. Insoweit liegt auch ein widersprüchliches Verhalten vor, das gegen Treu und Glauben verstößt. Das gilt auch bei einem Unterlassen über mehrere Jahre.¹³⁸⁴
- 3095** Damit begründet zwar eine bestehende Normlage als solche regelmäßig noch keinen Vertrauensschutz, zumal wenn ihrem System Änderungen immanent sind. Dieser kann aber daraus entstehen, dass auf der Basis dieser Rechtslage europäische Organe zu bestimmtem Verhalten animieren und damit zugleich signalisieren, dass jedenfalls in dem veranlassenden Rahmen die Rechtslage unverändert bleibt. Jedenfalls darf sie nicht in einer Weise verändert werden, dass gerade durch das auf europäischer Ebene veranlasste Verhalten Nachteile eintreten. Davor bewahrt der Grundsatz des Vertrauensschutzes.

¹³⁸¹ Sie dahin einordnend *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 15.

¹³⁸² EuGH, Rs. 44-51/77, Slg. 1978, 57 (78 f., Rn. 12/18) – Union Malt; Rs. 84/78, Slg. 1979, 1801 (1815, Rn. 21 f.) – Tomadini.

¹³⁸³ Insbes. EuGH, Rs. 120/86, Slg. 1988, 2321 (2352, Rn. 23 f.) – Mulder; Rs. 170/86, Slg. 1988, 2355 (2372, Rn. 13) – von Deetzen.

¹³⁸⁴ EuGH, Rs. 127/80, Slg. 1982, 869 (885, Rn. 34) – Grogan.

b) Normbedingt

Fehlt ein solches neben der Normierung liegendes Verhalten der europäischen Organe, kann eine qualifizierte Erwartung nur dadurch zustande kommen, dass die Regelung selbst ihren unveränderten Fortbestand verspricht.¹³⁸⁵ Das ist ausgeschlossen, wenn bereits in der Regelung Änderungen angelegt oder gar fest vorgesehen sind.¹³⁸⁶ Dieser Befund ergibt sich vor allem bei einer Erprobung von Maßnahmen.¹³⁸⁷ **3096**

Aber auch in einer solchen Gesamtnormierung können einzelne Elemente auf einen Fortbestand hindeuten. So können bestimmte Vorschriften, wie in der EmissionshandelsRL 2003/87/EG¹³⁸⁸, von einer Änderung ausgenommen sein (s. dort Art. 22).¹³⁸⁹ Oder aber bestimmte Vorschriften erstrecken sich bereits in die Zukunft und legen im Vorhinein auch für künftige Zeiträume bestimmte Regeln fest. **3097**

Fehlen solche ausdrücklichen Anhaltspunkte im Normtext, ist es regelmäßig sehr schwierig, eine Vertrauensgrundlage zu gewinnen. Ein Ansatzpunkt kann sein, wenn eine bestimmte Normierung in eine Gesamtstrategie gebettet ist. Dann kann ein solcher Zusammenhang erwarten lassen, dass die europäischen Organe von dem eingeschlagenen Kurs nicht durch eine Änderung einer in diesem Gesamtzusammenhang stehenden Regelung abweichen werden, solange die generelle Strategie intakt bleibt. Andernfalls würde die Normgebung widersprüchlich, was auch auf europäischer Ebene grundsätzlich ausgeschlossen ist.¹³⁹⁰ Ein Beispiel dafür ist die Favorisierung von Umweltvereinbarungen und Selbstverpflichtungen der Wirtschaft.¹³⁹¹ Ist solchermassen eine Strategie der Kooperation mit der Wirtschaft bzw. in der Wirtschaft angelegt, bildet es einen Bruch, wenn trotz vorheri- **3098**

¹³⁸⁵ S. EuGH, Rs. 78/74, Slg. 1975, 421 (433, Rn. 11 ff.) – Deuka I; Rs. 5/75, Slg. 1975, 759 (770 f., Rn. 7 ff.) – Deuka II; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 494.

¹³⁸⁶ S. EuGH, Rs. 84/81, Slg. 1982, 1763 (1777 f., Rn. 15) – Staple Dairy Products.

¹³⁸⁷ EuGH, Rs. C-258 u. 259/90, Slg. 1992, I-2901 (2944, Rn. 34) – Pesquerias De Bermeo u. Naviera Laida.

¹³⁸⁸ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates, ABl. L 275, S. 32; zuletzt geändert durch RL 2004/101/EG, ABl. 2004 L 338, S. 18.

¹³⁸⁹ Dazu Frenz, RdE 2007, 65 (68).

¹³⁹⁰ Calliess, in: ders./Ruffert, Art. 1 EUV Rn. 55; Pechstein, EuR 1995, 247 (253 f.): inhaltliche Kohärenz.

¹³⁹¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 17.7.2002: Umweltvereinbarungen auf Gemeinschaftsebene im Rahmen des Aktionsplans „Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds“, KOM (2002) 412 endg., Ziff. 3 und 4 und unter Verweis auf die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über Umweltvereinbarungen vom 27.11.1996, KOM (1996) 561 endg.; s. auch Empfehlung der Kommission vom 9.12.1996 über Umweltvereinbarungen zur Durchführung von RLn in der Gemeinschaft, 96/733/EG, ABl. L 333, S. 59.

ger Anerkennung solcher freiwilliger Leistung in einer Richtlinie diese ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr fest berücksichtigt werden sollen.¹³⁹²

c) Normierungsprozesse

- 3099** Besondere Schwierigkeiten bereitet es, wenn Normierungen entstehen. Vielfach dauert dies mehrere Jahre. Ein besonders abschreckendes Beispiel dafür ist die REACH-Verordnung.¹³⁹³ In solchen Situationen sind Industriebetriebe in einer Schwebelage und wissen nicht, welches Recht sie zu erwarten haben, wenn sie Investitionsentscheidungen treffen, die auf Jahre hinaus wirken. So werden etwa Mittel für den Kraftwerksbau 30 Jahre gebunden und sind erst dann amortisiert. Daher besteht eigentlich das dringende Bedürfnis, auch insoweit Vertrauenstatbestände anzuerkennen.
- 3100** Indes wird Kommissionsvorschlägen nach Art. 250 EG/293 AEUV eine solche Wirkung abgesprochen,¹³⁹⁴ weil sie der Änderung durch die Kommission selbst oder den Rat unterliegen.¹³⁹⁵ Allerdings geben die Kommissionsvorschläge vielfach eine Richtung vor. Sie sind der einzige Anhaltspunkt, an den sich Unternehmen halten können, solange Parlament und Rat in den Normierungsprozess noch nicht einbezogen waren. Das Parlament ist ohnehin nicht das primäre Rechtssetzungsorgan, so dass seine Stellungnahmen und Abänderungen mangels automatischer Bindungswirkung keine Erwartung über die Gestalt eines Rechtsaktes¹³⁹⁶ und damit kein Vertrauen begründen können.¹³⁹⁷
- 3101** Daher haben die künftig von Rechtsakten Betroffenen gar keine andere Möglichkeit, als auf der Basis der Arbeiten der Kommission – ggf. auch unter Einbeziehung anderer maßgeblicher Strömungen – ihre Investitionsentscheidungen zu treffen. Sie sind vielfach zur Fortführung eines Unternehmens und damit zur weiteren Ausübung der Berufsfreiheit unabdingbar. Werden sie nicht getroffen, können sich existenzvernichtende Entwicklungen einstellen, so dass auch der Eigentumsschutz angesprochen wird. Die Wahrung beider Grundrechte beruht maßgeb-

¹³⁹² Zu den entsprechenden Regelungen für die zweite Emissionshandelsperiode *Frenz*, RdE 2007, 65 (67 ff.).

¹³⁹³ So abgekürzt wird die VO (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, zur Änderung der RL 1999/45/EG und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der VO (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der RL 76/769/EWG des Rates sowie der RLn 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission (REACH-VO), ABl. L 396, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1354/2007, ABl. 2007 L 304, S. 1.

¹³⁹⁴ EuGH, Rs. C-13-16/92, Slg. 1993, I-4751 (4791, Rn. 33) – Driessen; bereits Rs. 95-98/74, Slg. 1975, 1615 (1639, Rn. 42/46) – Union Nationale de Coopératives Agricoles des Céréales.

¹³⁹⁵ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 20.

¹³⁹⁶ *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 497 auch im Hinblick auf das Mitentscheidungsverfahren.

¹³⁹⁷ EuGH, Rs. 87/77 u.a., Slg. 1985, 2523 (2542, Rn. 59) – Salerno; ebenso *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 92 f.

lich darauf, dass die Normgebungsorgane verlässliche Investitionsbedingungen bereit stellen.¹³⁹⁸ Wird von einem Kommissionsvorschlag durch die Kommission selbst unvermittelt abgerückt, werden Grundlagen von Investitionsentscheidungen zunichte gemacht. Fehlt hier ein Vertrauenstatbestand, sind Wirtschaftsteilnehmer dem Normierungsprozess, auch wenn er sich über Jahre erstreckt, fast hilflos ausgeliefert. Die Grundrechtsverwirklichung im beruflichen Bereich wird ernsthaft gefährdet. Der Vorteil einer zwingend stringenten Linie bei der Normgebung wäre eine hinreichende Disziplinierung der europäischen Organe, bereits im Vorfeld abgestimmte Vorschläge zu präsentieren und damit den Wirtschaftsteilnehmern eine gewisse Sicherheit zu geben. Der Preis wäre eine faktische Selbstbindung der Gesetzgebung.¹³⁹⁹

d) *Bedeutung der Handlungsform*

Grundsätzlich spielt es keine Rolle, durch welche Rechtshandlung europäische Organe einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben. Entscheidend ist nur, dass aus Sicht des Adressaten die Erwartung geweckt wird, dass die bislang bestehende Rechtslage nicht später geändert wird.¹⁴⁰⁰ So werden insbesondere die langfristigen Strategien, in deren Gefolge gebietsbezogene Richtlinien oder Verordnungen ergehen, in Mitteilungen und Empfehlungen gefasst. Insoweit handelt es sich um keine rechtsverbindlichen Handlungen mit Außenwirkungen. Diese Rechtsqualität ist auch den Wirtschaftsteilnehmern bewusst. Sie können umso eher von einem gewollten Vertrauenstatbestand ausgehen, je verbindlicher der Rechtsakt selbst ist. Daher vermögen Einzelakte und Verordnungen, welche konkrete Rechtspflichten und Ansprüche festlegen, eher als Vertrauensgrundlage zu dienen als Empfehlungen und Stellungnahmen.¹⁴⁰¹ **3102**

Allerdings bestehen für bestimmte Maßnahmen etablierte Handlungsformen. So werden wie erwähnt langfristige Strategien in typischer Weise in Mitteilungen festgelegt und nicht in Einzelakten oder Verordnungen, welche umgekehrt ihrerseits Relativierungen durch eine vorausgesetzte Änderung von Vorschriften erfahren können. Damit kommt es eher auf den Inhalt und die Art seiner Abfassung an, ob ein Vertrauenstatbestand geschaffen wird. Der Rechtscharakter einer Maßnahme schließt damit die Schaffung von Vertrauen nicht von vornherein aus. Vielmehr ist der konkrete Kontext zu betrachten. Bei den Wirtschaftsteilnehmern können damit auch unverbindliche Rechtshandlungen jedenfalls eine gewisse Erwartung für die Rentabilität von Investitionen wecken.¹⁴⁰² **3103**

¹³⁹⁸ Vgl. o. Rn. 3009. S. allerdings BVerfGE 110, 274 (288, 290) – Ökosteuer.

¹³⁹⁹ U.a. deshalb abl. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 498.

¹⁴⁰⁰ Ähnlich Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 13.

¹⁴⁰¹ Grds. bejahend, im konkreten Fall aber abl. EuGH, Rs. 63 u. 147/84, Slg. 1985, 2857 (2881, Rn. 20) – Finsider; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 496 f.; s. auch Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 91 ff.; Ch. Crones, Selbstbindungen der Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 153 ff.; abl. noch EuGH, Rs. 1 u. 14/57, Slg. 1957, 213 (226) – Société des usines à tubes de la Sarre zu Stellungnahmen nach Art. 54 Abs. 4 EGKS.

¹⁴⁰² EuGH, Rs. 63 u. 147/84, Slg. 1985, 2857 (2879 f., Rn. 14 ff.) – Finsider.

e) Relevanz der Handlungsdauer

- 3104** Neben dem Rechtscharakter einer Handlung und vor allem der näheren Ausgestaltung hat auch die Dauer von Handlungen eine Bedeutung dafür, inwieweit sich eine Vertrauensgrundlage herausbilden kann. Im Falle einer Duldung bzw. einer Verwirkung gilt Entsprechendes für Unterlassungen.¹⁴⁰³ Das wird auch deutlich, wenn eine europäische Konzeption und Strategie in einem bestimmten Bereich besteht und sich auf den zu erwartenden Inhalt von Richtlinien und Verordnungen auswirkt.¹⁴⁰⁴

f) Verwaltungspraxis

- 3105** Parallel dazu kann auch eine hinreichend lange Verwaltungspraxis einen Vertrauensstatbestand schaffen. Hier wird allerdings der Gedanke der Selbstbindung der Verwaltung herangezogen.¹⁴⁰⁵ Hat die Verwaltung sich einmal für eine bestimmte Richtung entschieden, muss sie diese auch in gleich gelagerten Situationen beibehalten. Das gilt nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber dem Adressaten der die Praxis begründenden Entscheidungen.
- 3106** Allerdings gibt es keine Gleichheit im Unrecht. Daher kann ein rechtswidriges Verwaltungshandeln zugunsten anderer in der Vergangenheit schwerlich einen Vertrauensstatbestand für die Zukunft schaffen,¹⁴⁰⁶ außer die Rechtswidrigkeit ist nicht erkennbar und die Beziehung der Verwaltung zum Betroffenen war bereits nahe genug, dass er mit einer Übertragung rechnen durfte. Aber selbst bei einem rechtswidrigen Verhalten gegenüber dem Betroffenen selbst verneinte der EuGH eine Kontinuitätsgewähr auf der Basis eines „venire contra factum proprium“.¹⁴⁰⁷
- 3107** Zwar mag eine nur tatsächlich etablierte rechtswidrige Praxis zumal für die Zukunft eine schwächere Position entstehen lassen, die jedenfalls leicht durch den Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung überwunden werden können soll.¹⁴⁰⁸ Indes zählt letztlich das Maß des erweckten Vertrauens. Dieses ist umso stärker, je länger eine Verwaltungspraxis anhält. Damit ist auch insoweit die Handlungsdauer entscheidend. Sie kann insbesondere Übergangsfristen für die Aufnahme einer neuen Verwaltungspraxis erforderlich machen. Der andere Weg ist die Beschränkung auf Schadensersatzansprüche, wird doch eine bestehende Rechtsposition ähnlich wie bei falschen Auskünften nur suggeriert.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰³ S.o. Rn. 3045 ff.

¹⁴⁰⁴ S.o. Rn. 3103 f.

¹⁴⁰⁵ S. *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 33 Rn. 17 auch zum Folgenden.

¹⁴⁰⁶ S. *Borchardt*, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1988, S. 96; *Kokott*, AöR 121 (1996), 599 (627).

¹⁴⁰⁷ EuGH, Rs. 17 u. 20/61, Slg. 1962, 659 (689) – Klöckner-Werke; Rs. 19/61, Slg. 1962, 717 (752) – Mannesmann; s. dagegen *Borchardt*, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1988, S. 94.

¹⁴⁰⁸ *Schwarz*, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, 2002, S. 501 m.w.N. für das nationale Recht.

¹⁴⁰⁹ Vgl. o. Rn. 3091. Einen Erfüllungsanspruch gänzlich ausschließend *Schwarz*, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, 2002, S. 500.

g) Rechtswidriges tatsächliches Verwaltungshandeln

Kann eine Praxis der Verwaltung zu einem Vertrauenstatbestand führen, kommen hierfür auch tatsächliche Handlungen in Betracht. Sogar ein Unterlassen kann dazu führen. Allerdings muss dieses den Anschein begründen, dass die europäischen Organe auch in Zukunft nichts unternehmen werden.¹⁴¹⁰ Das gilt etwa, wenn ein rechtswidriger Zustand geduldet wird.¹⁴¹¹ Gerade insoweit spielt auch die Dauer eine Rolle, welche die europäischen Organe nicht gehandelt bzw. etwas geduldet haben. Eine Vertrauensgrundlage ist allerdings von vornherein ausgeschlossen, wenn der Betroffene die Rechtswidrigkeit des Handelns oder Unterlassens gekannt hat oder hätte kennen müssen.¹⁴¹² Über diesen Ansatz ist auch eine Korrektur zu weiter Vertrauenstatbestände aufgrund von Duldungen rechtswidriger Zustände möglich.¹⁴¹³ **3108**

Liegt aber die Rechtswidrigkeit des Handelns von europäischen Organen nicht zutage und ist sie auch nicht erkennbar, so kann es durchaus einen Vertrauenstatbestand begründen.¹⁴¹⁴ Schließlich muss sich der Einzelne grundsätzlich darauf verlassen können, dass das Handeln von europäischen Organen rechtmäßig ist. Etwas anderes gilt allerdings, wenn die europäischen Organe von wesentlichen Verfahrensvorschriften abweichen. So hat der EuGH die Gutgläubigkeit für empfangene Beihilfen verneint, wenn die Anmeldepflicht nach Art. 87 EG/107 AEUV von nationalen Organen missachtet wurde.¹⁴¹⁵ Entsprechendes hat auch für europäische Organe zu gelten, wenngleich bei ihnen die Anforderungen für die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit höher liegen müssen, sind doch sie besonders auf das europäische Recht verpflichtet. Demgegenüber will das Beihilfenverbot gerade mitgliedstaatliche Vergünstigungen verhindern. Damit wird eher der Verdacht begründet, dass nationale Organe vom Europarecht abweichen. Private müssen daher misstrauischer sein. **3109**

3. Begrenzte Schutzbereichweite

Wie bei anderen Ersatzansprüchen auch muss die erlittene Beeinträchtigung im Schutzbereich der Norm liegen. Daher muss die Investition oder Handlung, die sich als wertlos oder als minderwertig erweist, im Anwendungs- und Schutzbereich des Vertrauenstatbestandes gelegen haben.¹⁴¹⁶ Die fragliche Verhaltensweise **3110**

¹⁴¹⁰ Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 79.

¹⁴¹¹ S. Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 33 Rn. 18. Offen hingegen EuG, Rs. T-346 u.a./99, Slg. 2002, II-4259 (4296, Rn. 94 f.) – Territorio Histórico de Álava; a.A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 501 f. S.o. Rn. 3045 ff.

¹⁴¹² S. EuGH, Rs. 111/63, Slg. 1965, 893 (911) – Lemmerz-Werke.

¹⁴¹³ Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 33 Rn. 18; dahin auch Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 95 f.

¹⁴¹⁴ S. EuGH, Rs. 316/86, Slg. 1988, 2213 (2239, Rn. 19 ff.) – Krücken.

¹⁴¹⁵ EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (1617, Rn. 25) – Alcan; näher dazu Frenz, Europarecht 3, Rn. 1473 ff.

¹⁴¹⁶ S. EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (731, Rn. 11) – Westzucker; Rs. 125/77, Slg. 1978, 1991 (2005, Rn. 37/41) – Koninklijke Scholten-Honig.

muss also durch den Vertrauenstatbestand veranlasst und im Vertrauen auf ihn vorgenommen worden sein.¹⁴¹⁷ Sie darf nicht bereits vorher vorgenommen worden sein.¹⁴¹⁸ Ohne das Vertrauen muss es umgekehrt im Einzelnen möglich gewesen sein, den dann eingetretenen Nachteil zu verhindern.¹⁴¹⁹ Die Enttäuschung des Vertrauens durch eine spätere Rechtsänderung muss also ursächlich für den Eintritt eines erlittenen Nachteils bzw. Schadens gewesen sein.¹⁴²⁰

- 3111** Damit besteht ein Kausalitätserfordernis zwischen dem Vertrauenstatbestand und den Verhaltensweisen der Geschädigten.¹⁴²¹ Wegen der bei Kausalitätsfragen notwendigen wertenden Betrachtung muss dieser Ablauf im Schutzzweck des Vertrauenstatbestandes liegen. Daran fehlt es, wenn der Betroffene offenbar bereits die Zulässigkeit einer Rechtsänderung kannte sowie deren negativen Wirkungen abzuschätzen vermochte.¹⁴²² Damit handelt es sich aber um einen subjektiven Umstand, so dass eher die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in Frage steht. Ansonsten würde dieser Prüfungspunkt weitestgehend in der Kausalität aufgehen, fehlt doch die Ursächlichkeit, wenn der Betroffene die Rechtsänderung kannte oder kennen musste.

III. Schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen

1. Subjektiver Vertrauenstatbestand nach objektiven Maßstäben

- 3112** Besteht objektiv eine Grundlage aufgrund des Handelns oder auch Unterlassens der europäischen Organe, in die der Betroffene Vertrauen entfalten konnte, muss dieses Vertrauen schutzwürdig sein. Das setzt voraus, dass der Betroffene auf diese Grundlage vertrauen konnte. Da auf den Betroffenen abzustellen ist, muss also zu dem beschriebenen objektiven ein subjektiver Vertrauenstatbestand¹⁴²³ hinzukommen. Allerdings spielt dabei nicht allein die subjektive Perspektive des Betroffenen eine Rolle. Vielmehr muss das entfaltete Vertrauen aufgrund objektiver Umstände schutzwürdig sein. Ansonsten genügte die bloße Behauptung der Schutzwürdigkeit.
- 3113** Die vom EuGH angelegten Maßstäbe sind streng. Der Einzelne muss grundsätzlich mit einer Änderung der Rechtslage rechnen und kann nicht auf den Fortbestand vorhandener Regulierungen vertrauen.¹⁴²⁴ Zudem muss sich der Einzelne über laufende Veränderungen weitgehend selbst informieren.¹⁴²⁵ Damit ist das Ri-

¹⁴¹⁷ EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (731, Rn. 12) – Westzucker.

¹⁴¹⁸ *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, 1983, S. 103.

¹⁴¹⁹ *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 98.

¹⁴²⁰ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 21; s. z.B. EuGH, Rs. 95-98/74, Slg. 1975, 1615 (1638, Rn. 35/37) – Union Nationale de Coopératives Agricoles des Céréales.

¹⁴²¹ *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 424, 503.

¹⁴²² EuGH, Rs. 169/73, Slg. 1975, 117 (136, Rn. 28/32) – *Compagnie Continentale*.

¹⁴²³ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 22.

¹⁴²⁴ Nachweise bei *Kokott*, AöR 121 (1996), 599 (626 f., 629 f.).

¹⁴²⁵ S. sogleich Rn. 3116 ff.

siko einseitig zulasten der Wirtschaftsteilnehmer verteilt.¹⁴²⁶ So kann es sogar sein, dass ein Wirtschaftsteilnehmer selbst von der Schutzwürdigkeit seines Vertrauens ausgeht, diese aber letztlich aufgrund der angelegten objektiven Sorgfaltsanforderungen nicht besteht.

Wegen der starken Maßgeblichkeit objektiver Umstände kommt es sehr stark 3114 darauf an, welche Vertrauensgrundlage vorhanden ist. Je gesicherter diese objektiv ist, desto eher kann der Einzelne in ihren Fortbestand Vertrauen entfalten. Das gilt in erster Linie für gesicherte Rechtspositionen, sind diese doch unbedingt und ohne Vorbehalte rechtmäßig gewährt. Sie sind daher per se schutzwürdig.¹⁴²⁷ Bei ihnen ist daher die Schutzwürdigkeit grundsätzlich nicht mehr im Einzelnen zu prüfen. Für sie sprechen bereits die objektiven Umstände, so dass die subjektive Perspektive nicht mehr näher in Augenschein zu nehmen ist. Es besteht eine Vermutung dafür, dass schutzwürdiges Vertrauen entfaltet wurde.¹⁴²⁸

Umgekehrt ist aufgrund der objektiven Verhältnisse schutzwürdiges Vertrauen 3115 ausgeschlossen, wenn ein Unternehmen bestehende Bestimmungen offenbar verletzt hat.¹⁴²⁹ Das gilt etwa, wenn Mitwirkungspflichten nicht erfüllt wurden.¹⁴³⁰ Bei einer Duldung ist schädlich, wenn der Betroffene den durch die europäischen Organe hingenommenen Zustand selbst hervorgerufen hat.¹⁴³¹ Auch darüber hinaus wird die Schutzwürdigkeit von Vertrauen ausgeschlossen, wenn der Betroffene die beeinträchtigende Maßnahme der europäischen Organe selbst hervorgerufen hat.¹⁴³²

2. Kennen oder Kennenmüssen einer fehlerhaften oder entfallenen Vertrauensgrundlage

a) *Strenge Konzeption des EuGH*

Bereits die Kenntnis oder das Kennenmüssen einer fehlerhaften Vertrauensgrund- 3116 lage lässt die Schutzwürdigkeit entfallen. Das gilt zumal bei positiver Kenntnis.¹⁴³³ Aber auch schon vorhersehbare Änderungen schließen einen Vertrauensschutz

¹⁴²⁶ Bereits *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 121; dahin auch *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 28.

¹⁴²⁷ *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 504.

¹⁴²⁸ *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 504: „Regelvermutung für die Schutzwürdigkeit“.

¹⁴²⁹ EuGH, Rs. 67/84, Slg. 1985, 3983 (3994, Rn. 21) – *Sideradria*.

¹⁴³⁰ EuGH, Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 (116) – *SNUPAT*.

¹⁴³¹ EuGH, Rs. 1252/79, Slg. 1980, 3753 (3763, Rn. 8 f.) – *Lucchini*.

¹⁴³² Übereinstimmend *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 22; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 515 f.; bereits *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 982 f.; ausführlich *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 117 ff.

¹⁴³³ S. EuGH, Rs. 111/63, Slg. 1965, 893 (911) – *Lemmerz-Werke*; Rs. 112/77, Slg. 1978, 1019 (1032, Rn. 20) – *Töpfer*.

aus.¹⁴³⁴ Eine besonders starke Einschränkung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens ergibt sich daraus, dass die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer eigene Nachforschungen anstellen müssen, wenn Zweifel aufkommen, ob eine für sie günstige Rechtslage weiter besteht.¹⁴³⁵

b) Auflockerung durch Mitteilungspflicht von Änderungen?

3117 An dieser Pflicht ändert im Ergebnis auch die von der Rechtsprechung in der Entscheidung *Crispoltoni* angenommene notwendige Mitteilung von potenziell investitionsrelevanten Änderungen der Rechtslage an die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer¹⁴³⁶ wenig. Zwar trat damit vom Ansatz her diese Ankündigungspflicht der europäischen Organe an die Stelle der bisherigen Informationspflicht der Betroffenen.¹⁴³⁷ Insoweit liegt ein Paradigmenwechsel vor.¹⁴³⁸

3118 Indes genügt für eine Ankündigung bereits ein Vorschlag der Kommission an den Rat¹⁴³⁹ oder die Veröffentlichung im Amtsblatt.¹⁴⁴⁰ Dies unterstreicht, dass für das Kennenmüssen eine umsichtige Vorgehensweise vorausgesetzt wird.¹⁴⁴¹ Der EuGH nimmt also faktisch „eine erhebliche Verlagerung der Erkundigungsobligationen für die betroffenen Wirtschaftskreise in Kauf“. ¹⁴⁴² Danach bestimmt sich auch der Zeitpunkt, ab dem mit einer modifizierten Rechtslage gerechnet werden muss.¹⁴⁴³ Dass ein umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer eine veränderte Rechtslage kennen muss, können damit die europäischen Organe durch eine Information über die Neuregelung herbeiführen. Damit geht es letztlich immer noch darum, ob ein umsichtiger Geschäftsmann davon Kenntnis hat oder haben muss, dass die fragliche Vertrauensgrundlage fehlerhaft ist oder nicht mehr besteht. Die Pflichten zur Nachforschung sind dabei umso stärker, je schwächer die eigene Rechtsposition ist.¹⁴⁴⁴

¹⁴³⁴ EuGH, Rs. C-350/88, Slg. 1990, I-395 (427, Rn. 37) – Delacre; bereits Rs. 95-98/74, Slg. 1975, 1615 (1640, Rn. 52/55) – Union Nationale de Coopératives Agricoles des Céréales.

¹⁴³⁵ EuGH, Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 (173) – SNUPAT.

¹⁴³⁶ EuGH, Rs. C-368/89, Slg. 1991, I-3695 (3721, Rn. 21) – Crispoltoni I.

¹⁴³⁷ S. auch *Michels*, Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, 1997, S. 25.

¹⁴³⁸ So *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 425: „fundamentaler Wechsel“.

¹⁴³⁹ EuGH, Rs. 95-98/74, Slg. 1975, 1615 (1639 f., Rn. 42/46 ff.) – Union Nationale de Coopératives Agricoles des Céréales.

¹⁴⁴⁰ EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 (549 f., Rn. 59) – Süderdithmarschen.

¹⁴⁴¹ S. generell EuGH, Rs. 98/78, Slg. 1979, 69 (86 f., Rn. 20) – Racke, Rs. 99/78, Slg. 1979, 101 (111 f., Rn. 8) – Decker; w.N. bei *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 505 Fn. 82.

¹⁴⁴² *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 511.

¹⁴⁴³ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 25.

¹⁴⁴⁴ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 23.

c) Folgen

Außer bei gesicherten Rechtspositionen ist danach im Ergebnis die Schutzwürdigkeit nach der Rechtsprechung des EuGH regelmäßig sehr gering. Es müssen außergewöhnliche Umstände vorliegen.¹⁴⁴⁵ **3119**

aa) Reaktionen auf veränderte Umstände

So muss ein umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer immer mit Reaktionen der europäischen Organe oder dazu ermächtigter nationaler Organe bei nicht vorhergesehenen Marktentwicklungen oder sonstigen Schwierigkeiten rechnen.¹⁴⁴⁶ Das gilt jedenfalls bei Regelungen, bei denen Reaktionen auf aktuelle Vorkommnisse wie im Bereich der gemeinsamen Marktorganisationen von vornherein systemimmanent sind,¹⁴⁴⁷ zumal wenn andernfalls die europäische Ebene überhaupt keine wirksamen Maßnahmen treffen könnte.¹⁴⁴⁸ Oder aber die Änderungen sind in der früheren Regelung bereits vorgezeichnet.¹⁴⁴⁹ Allerdings müssen zwingende Gründe des Gemeinwohls eine Änderung erfordern. Vor dieser vorgenommenen, nicht mehr rückgängig zu machende Geschäfte müssen durch Übergangsregelungen geschützt werden,¹⁴⁵⁰ außer dadurch würden die aus Gemeinwohlgründen getroffenen Maßnahmen leerlaufen, da ihnen jede praktische Wirksamkeit genommen würde.¹⁴⁵¹ **3120**

Lässt man gar systemimmanente Unsicherheiten in bestimmten Politikbereichen ausreichen, welche das Risiko wechselnder hoheitlicher Eingriffe bergen,¹⁴⁵² dürfte die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in nahezu sämtlichen europäischen Kompetenzfeldern entfallen, da vielfach die Belastungswirkung abhängig von der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung ist und diese regelmäßig nicht sicher vorhergesehen werden kann. Zudem bestehen Bewertungsunsicherheiten. **3121**

bb) Ausdrücklicher Vorbehalt

Wesentlich eindeutiger ist hingegen, wenn die Schutzwürdigkeit des Vertrauens durch eine entsprechende Regelung namentlich in dem begünstigenden Verwaltungsakt ausgeschlossen ist. Das gilt vor allem beim Vorbehalt eines Widerrufs **3122**

¹⁴⁴⁵ Bereits Borchardt, EuGRZ 1988, 309 (312); aktuell Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 504.

¹⁴⁴⁶ EuGH, Rs. 169/73, Slg. 1975, 117 (136, Rn. 28/32) – Compagnie Continentale; Rs. 44-51/77, Slg. 1978, 57 (81 f., Rn. 34/37) – Union Malt; im Ergebnis auch Rs. 112/80, Slg. 1981, 1095 (1120 f., Rn. 48 f.) – Dürbeck.

¹⁴⁴⁷ EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549, Rn. 38/40) – Comptoir National Technique Agricole (CNTA).

¹⁴⁴⁸ S. EuGH, Rs. 120/86, Slg. 1988, 2321 (2352, Rn. 23) – Mulder; Rs. 170/86, Slg. 1988, 2355 (2372, Rn. 12) – von Deetzen.

¹⁴⁴⁹ EuGH, Rs. 90/77, Slg. 1978, 995 (1006 f., Rn. 7) – Stimming.

¹⁴⁵⁰ EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549, Rn. 41/43) – Comptoir National Technique Agricole (CNTA); s. auch Rs. 90/77, Slg. 1978, 995 (1006, Rn. 6) – Stimming.

¹⁴⁵¹ EuGH, Rs. 112/80, Slg. 1981, 1095 (1121, Rn. 50) – Dürbeck.

¹⁴⁵² So Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 508 f.; s. EuGH, Rs. 96/77, Slg. 1978, 383 (399, Rn. 54/58) – Bauche; Rs. 203/86, Slg. 1988, 4563 (4601, Rn. 19) – Spanien/Rat; Rs. C-104/97 P, Slg. 1999, I-6983 (7031, Rn. 52 f.) – Atlanta.

fes¹⁴⁵³ oder sonstiger späterer Maßnahmen.¹⁴⁵⁴ Ein solcher Vorbehalt muss allerdings seinerseits rechtmäßig und damit auch sachlich erforderlich sein.¹⁴⁵⁵ Entsprechendes gilt für andere Nebenbestimmungen wie eine zeitliche Befristung. Lediglich innerhalb der Frist ist das Vertrauen des Betroffenen auf das Ausbleiben einer Änderung geschützt.¹⁴⁵⁶ Tritt die in einem Vorbehalt bzw. in einer Nebenbestimmung vorgesehene Situation ein, bedarf es auch keiner Übergangsregelungen mehr, um eine Begünstigung zu widerrufen bzw. zu ändern. Dieses Erfordernis gilt in den anderen Fällen, wenn Geschäfte abgeschlossen wurden, ohne dass noch ein Rücktritt möglich wäre.¹⁴⁵⁷

cc) *Vorläufige Maßnahmen*

- 3123** Von vornherein nur vorläufig sind Änderungen vorbehaltende Maßnahmen, weil sie diese beim Eintritt bestimmter Umstände vorsehen,¹⁴⁵⁸ durch einen ausdrücklichen Vorbehalt ermöglichen¹⁴⁵⁹ bzw. ganz in das Ermessen der Gemeinschaftsorgane stellen.¹⁴⁶⁰ Sie vermitteln gerade kein Vertrauen auf Beibehaltung, sondern implizieren ihre Änderung. Das gilt auch im Bereich der Verwaltungspraxis, wenn sich diese auf ein Verhalten stützt, bei dem eine Änderung explizit vorbehalten¹⁴⁶¹ bzw. sonstwie vorgesehen war.¹⁴⁶² Implizit ergibt sich eine Vorläufigkeit daraus, dass sich ein Verwaltungshandeln eigens auf die aktuelle Rechtslage bezieht, so etwa eine entsprechende Auskunft.¹⁴⁶³

dd) *Offene Normierungen*

- 3124** Noch unsicherer auch aus Sicht des Empfängers sind Maßnahmen, die das Eintreten einer bestimmten Rechtsfolge offen lassen, weil sie eine Alternativregelung ermöglichen¹⁴⁶⁴ oder dispositiv sind bzw. einen Sachverhalt ursprünglich gar nicht

¹⁴⁵³ EuGH, Rs. 54/65, Slg. 1966, 529 (545) – Châtillon.

¹⁴⁵⁴ EuGH, Rs. 3/83, Slg. 1985, 1995 (2010, Rn. 27) – Roland Abrias; aus der Lit. *Borchardt*, EuGRZ 1988, 309 (312).

¹⁴⁵⁵ *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 25; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 506.

¹⁴⁵⁶ *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 109; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 510.

¹⁴⁵⁷ S. EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549 f., Rn. 41/43 ff.) – Comptoir National Technique Agricole (CNTA).

¹⁴⁵⁸ EuGH, Rs. 126/76, Slg. 1977, 2431 (2442, Rn. 9) – Dietz.

¹⁴⁵⁹ EuGH, Rs. 276/82, Slg. 1983, 3331 (3344, Rn. 20) – De beste Boter.

¹⁴⁶⁰ EuGH, Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 (2758, Rn. 27) – Edeka; Rs. 52/81, Slg. 1982, 3745 (3762 f., Rn. 27) – Faust; Rs. 424 u. 425/85, Slg. 1987, 2755 (2794, Rn. 33) – Frico; Rs. C-350/88, Slg. 1990, I-395 (426, Rn. 33) – Delacre; Rs. C-258 u. 259/90, Slg. 1992, I-2901 (2944, Rn. 34) – Pesqueras De Bermeo u. Naviera Laida.

¹⁴⁶¹ *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 507; bereits EuGH, Rs. 54/65, Slg. 1966, 529 (545) – Châtillon.

¹⁴⁶² EuGH, Rs. 26/81, Slg. 1982, 3057 (3079, Rn. 22 f.) – Oleifici Mediterranei.

¹⁴⁶³ EuGH, Rs. 90/77, Slg. 1978, 995 (1007 f., Rn. 9) – Stimming; s. auch o. Rn. 3091.

¹⁴⁶⁴ EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 (730, Rn. 9) – Westzucker.

erfassten.¹⁴⁶⁵ Dann liegt es im Risiko des Einzelnen,¹⁴⁶⁶ ob er sich darauf einlässt, außer europäische Organe erwecken durch ihr Verhalten zusätzliche Erwartungen.¹⁴⁶⁷ Das gilt erst recht, wenn er außerhalb des europarechtlich garantierten Ablaufs¹⁴⁶⁸ auf Preisänderungen wettet,¹⁴⁶⁹ zumal wenn die europäische Regelung Vorkehrungen gegen spekulative Geschäftspraktiken trifft.¹⁴⁷⁰

ee) Rechtswidrige Vertrauensgrundlagen

Ist ein europäischer Rechtsakt rechtswidrig, kann in ihn nur begrenzt schutzwürdiges Vertrauen entfaltet werden. Das gilt nach dem EuGH insbesondere dann nicht, wenn dieser Fehler so offensichtlich war, dass sogleich am Tag der Veröffentlichung mehrere Wirtschaftsteilnehmer die Kommission auf ihn aufmerksam machen und sich über die von ihr deshalb beabsichtigten Maßnahmen informieren. Daher soll ein umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer nicht auf die Rechtmäßigkeit eines solchermaßen fehlerbehafteten Rechtsaktes vertrauen dürfen.¹⁴⁷¹ Zudem wurde in dem zugrunde liegenden Fall dieser Rechtsakt schon in weniger als drei Monaten korrigiert, nachdem der EuGH die Notwendigkeit seiner Rücknahme wegen offensichtlicher Rechtswidrigkeit deutlich gemacht hatte.¹⁴⁷² **3125**

Aber auch in anderen Fällen verneinte der EuGH ein schutzwürdiges Vertrauen, wenn der Betroffene die Rechtswidrigkeit kannte oder hätte erkennen können.¹⁴⁷³ Soweit das Recht unklar ist bzw. ein Handlungsauftrag an die Gemeinschaft besteht, liegt eine Parallele zu einer ausnahmsweise möglichen echten Rückwirkung von Gesetzen vor.¹⁴⁷⁴ Das gilt aber nur für diese begrenzten Fälle. Grundsätzlich zählt die Erkennbarkeit, die aber sehr strengen Maßstäben unterliegt. **3126**

d) Überspannte Anforderungen

Nach diesen Maßstäben wird den Wirtschaftsteilnehmern abverlangt, sowohl die erlassenen europäischen Rechtsakte auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen als **3127**

¹⁴⁶⁵ EuGH, Rs. 125/77, Slg. 1978, 1991 (2005, Rn. 37/41) – Koninklijke Scholten-Honig.

¹⁴⁶⁶ S.o. Rn. 3120 zum Urteil *Mulder*, EuGH, Rs. 120/86, Slg. 1988, 2321 (2352, Rn. 24).

¹⁴⁶⁷ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 507; ebenso schon *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 105; *Schlockermann*, Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH, 1984, S. 130.

¹⁴⁶⁸ S. zur begrenzten, aber gerade nicht individual-, sondern systembezogenen Absicherung gegen Wechselkursrisiken EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549, Rn. 38/40) – *Comptoir National Technique Agricole (CNTA)*.

¹⁴⁶⁹ *Borchardt*, EuGRZ 1988, 309 (312); Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 516.

¹⁴⁷⁰ So in EuGH, Rs. 2/75, Slg. 1975, 607 (617, Rn. 4) – *Mackprang*.

¹⁴⁷¹ EuGH, Rs. C-248/89, Slg. 1991, I-2987 (3014, Rn. 22) – *Cargill*.

¹⁴⁷² EuGH, Rs. C-248/89, Slg. 1991, I-2987 (3014, Rn. 23) – *Cargill* unter Verweis auf Rs. 201/87, Slg. 1989, 489 – *Cargill*.

¹⁴⁷³ S. EuGH, Rs. 169/73, Slg. 1975, 117 (136, Rn. 28/32) – *Compagnie Continentale*; schon Verneinung der Kausalität; Rs. 112/77, Slg. 1978, 1019 (1032, Rn. 20) – *Töpfer*; Rückforderung, sobald Unrichtigkeit feststeht.

¹⁴⁷⁴ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 514 f.

auch die Rechtsprechung des EuGH zu verfolgen. Das können indes nur mit Rechtsabteilungen ausgerüstete größere Unternehmen leisten, schwerlich aber kleinere und mittlere Betriebe. Jedenfalls insoweit sind die Sorgfaltsanforderungen des EuGH an einen umsichtigen Wirtschaftsteilnehmer zu hoch gesteckt und die scharfen Kriterien an die Schutzwürdigkeit des Vertrauens abzuschwächen.

- 3128** Insgesamt werden damit die Anforderungen an die Schutzwürdigkeit des Vertrauens überspannt. Der Einzelne ist gezwungen, sich laufend um Änderungen oder auch nur geplante Modifikationen von Regulierungen zu kümmern, selbst wenn er die feste Erwartung hegt, dass ein Rechtszustand bleibt. Damit schwindet die Verlässlichkeit in die europäische Normierung und die Verwaltungspraxis. Der Einzelne kann nicht darauf bauen, dass einmal eingeschlagene Strategien erhalten bleiben. Das ist erklärbar, wenn bereits in den maßgeblichen europäischen Rechtsakten eine laufende Änderung vorausgesetzt wird. Es ist noch eher hinnehmbar, wenn bereits der Einzelakt selbst den Vorbehalt einer solchen Änderung enthält. In den anderen Fällen indes setzt eine verlässliche Planung bei Unternehmen voraus, dass sie sich auch langfristig auf die Beibehaltung von Rechtszuständen einstellen können. Andernfalls ist eine gesicherte berufliche Entfaltung und auch eine Amortisierung getätigter Investitionen nicht möglich.

e) Stärkere Absicherung über die Grundrechte

- 3129** Hier bedarf es stärkerer Absicherung, welche dogmatisch über eine Verankerung des Vertrauensgrundsatzes in der Berufs- und der Eigentumsfreiheit gewonnen werden kann. Dadurch lässt sich auch absichern, dass dem Betroffenen für seine Investitionstätigkeit relevante Maßnahmen rechtzeitig mitgeteilt werden müssen.¹⁴⁷⁵ So wird Grundrechtsschutz durch Verfahren erreicht. Je eher sich der Einzelne jedenfalls faktisch¹⁴⁷⁶ selbst um die notwendigen Informationen kümmern muss, tritt gleichsam eine Umkehr des Grundrechtsschutzes ein. Damit er eingreift, muss der Einzelne erst die Voraussetzungen schaffen. Er ist deshalb auch in der Darlegungslast, sich hinreichend um Informationen gekümmert zu haben. Grundsätzlich aber sind die eingreifenden staatlichen Organe rechtfertigungspflichtig.

f) Vertrauen als Ausgangspunkt

- 3130** Indes kann der Vertrauensschutz auch vom System her nicht allein an einer entsprechenden Information scheitern. Ansonsten würde es in das Belieben der europäischen Organe gestellt, allein durch Informationen über Rechtsänderungen Vertrauensgrundlagen zu zerstören. Daher ist auch in solchen Fällen zunächst einmal von einem schutzwürdigen Vertrauen auszugehen. Die Interessenabwägung hat letztlich darüber zu entscheiden, ob das europäische Interesse an einer Zurückdrängung vorhandenen Vertrauens überwiegt. Schließlich haben die europäischen Organe in diesen Fällen auch eine Vertrauensgrundlage geschaffen, auf die sich

¹⁴⁷⁵ EuGH, Rs. C-372/96, Slg. 1998, I-5091 (5115, Rn. 25) – Pontillo; Rs. C-402/98, Slg. 2000, I-5501 (5532, Rn. 39) – ATB; s.o. Rn. 3009, 3087.

¹⁴⁷⁶ S.o. Rn. 3107 f.

der Einzelne eingestellt hat. Das gilt nur dann nicht, wenn die Wirtschaftsteilnehmer eine solche Rechtsgrundlage überstrapaziert haben, indem sie etwa zusätzliche Risiken selbst übernommen haben.¹⁴⁷⁷

Der EuGH geht implizit davon aus, dass ein Vertrauen auf den Fortbestand der geschaffenen Rechtslage besteht. Das gilt auch dann, wenn er im Ergebnis eine Aufhebung bejaht. Dann kann nur das Aufhebungsinteresse überwogen haben. Ein Vertrauen auf Beibehaltung wird sich grundsätzlich auch auf die Zukunft erstrecken. Das zeigt namentlich das Beispiel der Beamtenernennung, welche i.d.R. auf Lebenszeit erfolgt. Daher sind rechtmäßige Entscheidungen grundsätzlich nicht für die Zukunft widerruflich, wenn sie Rechte des Einzelnen begründen.¹⁴⁷⁸ Aufgrund der Beeinträchtigung der weiteren beruflichen oder sonstigen wirtschaftlichen Entfaltung sind auch diese Konstellationen grundrechtsrelevant. Eine Beeinträchtigung sowohl der Wirtschaftsgrundrechte als auch des Vertrauensschutzes fehlt hingegen, wenn eine Belastung widerrufen wird.¹⁴⁷⁹

3131

IV. Kein überwiegendes Gemeinschaftsinteresse

1. Starke Betonung des Gemeinschaftsinteresses

Das vom Einzelnen entfaltete schutzwürdige Vertrauen auf den Bestand von europäischen Rechtsakten setzt sich letztlich nur dann durch, wenn kein überwiegendes Gemeinschaftsinteresse besteht. Nach klassischem Verständnis muss das individuelle Vertrauensschutzinteresse mit dem europäischen Änderungsinteresse abgewogen werden. Danach richtet sich, welches Interesse im konkreten Fall den Vorrang hat. Methodischer Maßstab hierfür ist die Verhältnismäßigkeitskontrolle.¹⁴⁸⁰ Verweist man in diesem Zusammenhang auf den weiten Spielraum, den der EuGH bei komplexen Abwägungen einräumt, kommt man nur bei offensichtlichen Irrtümern oder Ermessensmissbräuchen sowie offenkundigen Überschreitungen rechtlicher Grenzen zu einer Verletzung des Vertrauensgrundsatzes.¹⁴⁸¹

3132

Der EuGH hat regelmäßig das Gemeinschaftsinteresse an einer Änderung des Rechtsaktes über den Vertrauensschutz des Einzelnen gestellt.¹⁴⁸² Allerdings wer-

3133

¹⁴⁷⁷ EuGH, Rs. 2/75, Slg. 1975, 607 (617, Rn. 4) – Mackprang; Rs. 62/83, Slg. 1984, 2295 (2312, Rn. 22 f.) – Eximo Molkereierzeugnisse.

¹⁴⁷⁸ Ohne Unterscheidung zwischen Aufhebung ex tunc und ex nunc EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 (118) – Algera; ebenso spezifisch für einen Widerruf für die Zukunft *Nicolaysen*, *Europarecht I*, S. 143.

¹⁴⁷⁹ *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 33 Rn. 50; *Altmeyer*, *Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht*, 2003, S. 60.

¹⁴⁸⁰ *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 33 Rn. 30; ausführlich *Schwarz*, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, 2002, S. 522 ff.

¹⁴⁸¹ *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 33 Rn. 30 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755 (5811, Rn. 58) – Vereinigtes Königreich/Rat, der hier aber nicht im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz urteilte; begrenzend *Schwarz*, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, 2002, S. 524.

¹⁴⁸² *Borchardt*, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1988, S. 127. An diesem Befund hat sich auch bis heute nichts geändert, s. *Alt-*

den die vorher genannten Prüfungspunkte vielfach mit der Gegenüberstellung von individuellem Vertrauensschutzinteresse und europäischem Änderungsinteresse verweben. Ausgangspunkt auch des EuGH ist aber ebenfalls die für die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit typische Betrachtung der konkreten Situation.¹⁴⁸³ So stellt der EuGH darauf ab, dass sehr ernste Schwierigkeiten im Handel mit den Drittländern sowie eine schwerer werdende finanzielle Belastung der Gemeinschaft eine Änderung erfordern.

3134 Diese Umstände nahm der EuGH aber zur Grundlage, dass sich die Betroffenen der sich daraus ergebenden Änderungsbedürftigkeit hätten bewusst werden müssen. Deshalb war für ihn eine Verkürzung der bislang festgelegten Fristen „nicht so unvorhersehbar, dass sie ein berechtigtes Vertrauen der betroffenen Unternehmen hätte beeinträchtigen können“.¹⁴⁸⁴ Letztlich hebt damit der EuGH bereits auf die durch die angelegten Änderungen unsichere Vertrauensgrundlage ab, welche ein schutzwürdiges Vertrauen ausschließt.¹⁴⁸⁵ Insoweit bedarf es dann auch nur noch eines legitimierenden Gemeinschaftsinteresses, ohne dass dessen Gewicht noch näher den individuellen Vertrauensschutzinteressen gegenüber zu stellen wäre.

3135 Im Übrigen setzen sich die ins Spiel gebrachten Gemeinschaftsinteressen zumal im Agrarbereich, der infolge der schwer vorhersehbaren Mengenentwicklungen generell starken Anpassungen und Änderungen unterliegt, regelmäßig durch. Das gilt auch dann, wenn der EuGH das Eigentumsrecht ins Spiel bringt, welches hier als grundsätzlicher Ansatzpunkt bejaht wird.¹⁴⁸⁶ So hält der EuGH zur Eindämmung von Überschüssen und zur Verbesserung der Struktur Zwangsverbote für gerechtfertigt. Das Eigentumsrecht würde dadurch nicht in seinem Wesensgehalt angetastet.¹⁴⁸⁷ In dieser Erwägung zeigt sich allerdings die eher pauschale Prüfung des Eigentumsrechts, die aus grundsätzlichen Erwägungen durch eine stärker individualbezogene ersetzt werden muss.¹⁴⁸⁸ Daraus ergibt sich dann auch eine tendenziell stärkere Abstützung individueller Vertrauensschutzinteressen, so dass sich der Vertrauensschutzgrundsatz eher durchsetzen könnte.

3136 Der EuGH gewichtet Gemeinschaftsinteressen in der Abwägung zwischen Vertrauensschutz- und Änderungsinteresse sehr stark, lassen sie sich doch regelmäßig auf wichtige Vertragsbestimmungen zurückführen¹⁴⁸⁹ und sind die einzelnen Politiken im EG/AEUV näher ausgestaltet.¹⁴⁹⁰ Indes sind auch die Grundrechte europarechtlich etabliert. Ihre Bedeutung wird weiter verstärkt, wenn sie bei Inkrafttre-

meyer, Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht, 2003, S. 46 f.

¹⁴⁸³ S. EuGH, Rs. 224/82, Slg. 1983, 2539 (2549, Rn. 13) – Meiko-Konservenfabrik; in einer Gesamtbewertung Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 125.

¹⁴⁸⁴ EuGH, Rs. 44-51/77, Slg. 1978, 57 (81 f., Rn. 34/37) – Union Malt.

¹⁴⁸⁵ S.o. Rn. 3116.

¹⁴⁸⁶ S.o. Rn. 3005 ff.

¹⁴⁸⁷ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3749, Rn. 30) – Hauer.

¹⁴⁸⁸ S.o. Rn. 627 ff.

¹⁴⁸⁹ S. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 520 f.

¹⁴⁹⁰ Darauf abhebend Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 33.

ten des Lissabonner Vertrages nach Art. 6 Abs. 1 AEUV formal in das europäische Vertragsrecht integriert werden. Darüber hinaus ist die europäische Wirtschaftsordnung nicht nur durch den Interventionismus im Bereich der Landwirtschaft geprägt, sondern in der Grundanlage eher auf Wettbewerb ausgerichtet, wie die Grundfreiheiten und spezifisch die Wettbewerbsfreiheit deutlich machen.¹⁴⁹¹ Daher bedarf es grundsätzlich einer stärkeren Gewichtung individueller Belange.

Umgekehrt spricht freilich die Wettbewerbsneutralität für eine Neutralisierung von Verfälschungen und damit für eine Aufhebung rechtswidriger Beihilfegewährungen.¹⁴⁹² Die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe schließt Vertrauen regelmäßig aus.¹⁴⁹³ **3137**

2. Einzelne Gemeinschaftsinteressen

Der EuGH hat verschiedene Gemeinschaftsinteressen ins Spiel gebracht, um eine Rückwirkung zu legitimieren. Neben einer Durchsetzung der Wettbewerbsprinzipien zur Vermeidung von Vorzugsstellungen einzelner Marktteilnehmer¹⁴⁹⁴ spielten namentlich¹⁴⁹⁵ die letztendlich ebenfalls für Wettbewerbsneutralität sorgende Bekämpfung einer Diskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer,¹⁴⁹⁶ finanzielle Belastungen der Gemeinschaft und ein funktionsfähiger Handel mit Drittländern¹⁴⁹⁷ sowie die Funktionsfähigkeit eines Politikfeldes eine Rolle; Letztere wurden vor allem im Bereich der Agrarpolitik relevant.¹⁴⁹⁸ **3138**

Weiter von Bedeutung ist die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.¹⁴⁹⁹ Sie verlangt grundsätzlich eine Wahrung der Rechtmäßigkeit und damit auch eine Beseitigung rechtswidriger Zustände, selbst wenn dies nur durch rückwirkende Aufhebungen möglich ist,¹⁵⁰⁰ und ist dem Grundsatz der Wahrung der Rechtssicherheit an die **3139**

¹⁴⁹¹ Näher dazu *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 4 ff.; *ders.*, Europarecht 2, Rn. 1 ff.

¹⁴⁹² *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 521 f.

¹⁴⁹³ S. etwa EuGH, Rs. C-148/04, Slg. 2005, I-11137 (11196, Rn. 104) – Unicredito; EuG, Rs. T-171/02, Slg. 2005, II-2123 (2158, Rn. 64) – Regione autonoma della Sardegna; im Einzelnen *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1432 ff.

¹⁴⁹⁴ EuGH, Rs. 111/63, Slg. 1965, 893 (913) – Lemmerz-Werke; Rs. 54/65, Slg. 1966, 529 (546) – Châtillon sowie bereits Rs. 14/61, Slg. 1962, 511 (545 ff.) – Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken u. vorstehend Rn. 3137.

¹⁴⁹⁵ Eine vollständige Übersicht bietet *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 519 f.

¹⁴⁹⁶ Bereits EuGH, Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 (172 f.) – SNUPAT; auch die vorstehend aufgeführten Entscheidungen Rs. 111/63, Slg. 1965, 893 (913) – Lemmerz-Werke; Rs. 54/65, Slg. 1966, 529 (546) – Châtillon; aus jüngerer Zeit Rs. 108/81, Slg. 1982, 3107 (3131, Rn. 6) – Amylum („Isoglucose“); Rs. C-337/88, Slg. 1990, I-1 (19, Rn. 15) – SAFA.

¹⁴⁹⁷ EuGH, Rs. 44-51/77, Slg. 1978, 57 (81 f., Rn. 34/37) – Union Malt; s. bereits o. Rn. 3133.

¹⁴⁹⁸ EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3749, Rn. 27) – Hauer: Abwehr von Überproduktionen und Wahrung des Marktgleichgewichts; s. bereits o. Rn. 3135 sowie EuGH, Rs. 84/81, Slg. 1982, 1763 (1777, Rn. 13 f.) – Staple Dairy Products.

¹⁴⁹⁹ S. implizit EuGH, Rs. 14/81, Slg. 1982, 749 (769, Rn. 30) – Alpha Steel; Rs. 15/85, Slg. 1987, 1005 (1037, Rn. 14) – Consorzio Cooperative d’Abruzzo.

¹⁵⁰⁰ S. im Ansatz EuGH, Rs. C-248/89, Slg. 1991, I-2987 (3013, Rn. 20) – Cargill.

Seite zu stellen. Daraus ergibt sich die notwendige Abwägung beider.¹⁵⁰¹ Und auch diese Abwägung wird auf Seiten der Vertrauensschutzinteressen Privater damit verbunden, ob sie in gutem Glauben entstanden sein konnten.¹⁵⁰² Das passt dazu, dass der EuGH regelmäßig die Änderungsmöglichkeiten der europäischen Politiken betont und dahinter den Vertrauensschutz zurücktreten lässt bzw. bereits ein schutzwürdiges Vertrauen von vornherein verneint, so dass er vielfach zu einer Abwägung gar nicht erst kommt.

3. Verhältnismäßigkeitsprüfung

- 3140** Einer Gegenüberstellung von Vertrauensschutz und diesen beschränkenden Gemeinschaftsinteressen vorgelagert ist die Frage, ob eine in bestehende Rechtspositionen eingreifende Maßnahme geeignet und erforderlich ist. Das setzt voraus, dass durch die Maßnahme geltend gemachte Gemeinschaftsinteressen verwirklicht werden können,¹⁵⁰³ und zwar nur durch sie, also keine mildere Maßnahme zur Verfügung steht, die bei gleicher Wirksamkeit das schutzwürdige Vertrauen nicht oder weniger beeinträchtigt.¹⁵⁰⁴ Ihr Nutzen muss zudem das beeinträchtigte Vertrauen überwiegen.¹⁵⁰⁵ Damit erfolgt auch eine Angemessenheitskontrolle.¹⁵⁰⁶
- 3141** Alle drei Prüfungsschritte sind allerdings dann, wenn der europäische Gesetzgeber wie in der Agrarpolitik über einen Gestaltungsspielraum verfügt, nur begrenzt gerichtlich nachprüfbar, ob nämlich die Maßnahme offensichtlich ungeeignet, nicht erforderlich oder unangemessen ist.¹⁵⁰⁷ Bei rückwirkenden Normen drückt sich diese Prüfung darin aus, dass ohne sie das angestrebte Ziel nicht erreicht werden kann. Zudem muss schutzwürdiges Vertrauen hinreichend beachtet worden sein.¹⁵⁰⁸ In diesem Rahmen kann auch eine Angemessenheitsprüfung erfolgen.¹⁵⁰⁹ Diese ist aber nur notwendig, wenn schutzwürdiges Vertrauen besteht.
- 3142** Kommt es deshalb zu einer Abwägung, spielt neben dem Gewicht der Gemeinschaftsinteressen auch die Intensität des entwickelten Vertrauens eine Rolle. Diese ist schon dann geringer, wenn die europäischen Organe aufgrund der zugrunde liegenden Regelung einen Gestaltungsspielraum haben,¹⁵¹⁰ sofern dieser nicht wie zumeist die Schutzwürdigkeit des Vertrauens ausschließt.¹⁵¹¹ Entsprechendes gilt

¹⁵⁰¹ EuGH, Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 (172 f.) – SNUPAT.

¹⁵⁰² EuGH, Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 (173) – SNUPAT.

¹⁵⁰³ EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549, Rn. 38/40) – Comptoir National Technique Agricole (CNTA).

¹⁵⁰⁴ S. nur EuGH, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4063, Rn. 13) – Fedesa.

¹⁵⁰⁵ Auch EuGH, Rs. 44-51/77, Slg. 1978, 57 (80 f., Rn. 28/33) – Union Malt; Rs. 112/80, Slg. 1981, 1095 (1120 f., Rn. 48) – Dürbeck.

¹⁵⁰⁶ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 523.

¹⁵⁰⁷ EuGH, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 (4063 f., Rn. 14 ff.) – Fedesa; s.o. Rn. 622 ff.

¹⁵⁰⁸ S.o. Rn. 3069.

¹⁵⁰⁹ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 524.

¹⁵¹⁰ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 524.

¹⁵¹¹ Etwa EuGH, Rs. 256/84, Slg. 1987, 1899 (1917, Rn. 20) – Koyo Seiko.

bei den Wirtschaftsteilnehmern erkennbaren Schwierigkeiten, die eine Anpassung der bisherigen Regelung bzw. Verwaltungspraxis erfordern.¹⁵¹²

4. Seltenes Überwiegen des Vertrauensschutzes

Letztlich hat der EuGH nur in extremen Fällen den Vertrauensschutz überwiegen lassen. So hat die Kommission im Fall *Meiko* erst nachträglich die Gewährung einer Beihilfe vom Eingang der dafür maßgeblichen Verträge zum 31.7.1980 abhängig gemacht, und dieser Tag lag zeitgleich mit der Frist für die Unterzeichnung der Verträge. Damit wurde den Betroffenen, die wie vorgesehen ihren Vertrag erst am 31.7.1980 unterzeichneten, zugemutet, diesen am selben Tag zu übermitteln, was regelmäßig unmöglich war. Hier nahm der EuGH einen solch starken Vertrauensbruch an, dass er überwiegende Gemeinschaftsinteressen nicht ausreichen ließ.¹⁵¹³

Hier kam aber der Umstand hinzu, dass von den Betroffenen praktisch Unmögliches verlangt wurde. Daher war in besonders grober Weise der Schutz von Vertrauen beeinträchtigt. Dies galt auch deshalb, weil der Beginn der Geltungsdauer eines Rechtsaktes auf einen Zeitpunkt vor dessen Veröffentlichung gelegt wurde,¹⁵¹⁴ also ein Fall der so genannten echten Rückwirkung vorlag. Hier kann nur ausnahmsweise das berechnete Vertrauen der Betroffenen dem damit angestrebten Gemeinschaftsziel weichen müssen.¹⁵¹⁵

5. Fragliche Vereinbarkeit mit den Grundrechten

Damit kommt es weniger auf das abstrakte Gewicht der jeweils in Frage stehenden Gemeinschaftsinteressen und individuellen Vertrauensgesichtspunkte an. Entscheidend ist vielmehr, wie sich die geänderte Rechtslage konkret darstellt, inwieweit also eine Änderung zurückwirkt und in welchem Maß sie bereits in dem geänderten Rechtsakt selbst angelegt war. So verkommt allerdings die Wahrung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes eher zu einer rechtstechnischen Betrachtung. Die materiellen Grundrechtspositionen und sonstigen individuellen Rechtsbelange treten demgegenüber weitgehend in den Hintergrund und haben letztlich regelmäßig keine praktischen Auswirkungen. Das ist aber mit dem grundsätzlichen Gewicht der Grundrechte schwerlich zu vereinbaren.

Eher mit den Grundrechten konform ist die Zurückdrängung des Vertrauensschutzes aufgrund mangelnder Schutzwürdigkeit. Sie begrenzt von vornherein die Geltungskraft der Grundrechte, ist sie doch auch individuell angelegt. Dann muss aber auch insoweit eine stärker auf die Betroffenen abhebende Betrachtungsweise erfolgen und kann nicht pauschal verlangt werden, dass sämtliche Entwicklungen auf europäischer Ebene intensiv verfolgt werden können, damit die notwendige Umsicht eines Wirtschaftsteilnehmers gewahrt bleibt.

¹⁵¹² Z.B. EuGH, Rs. 44-51/77, Slg. 1978, 57 (81 f., Rn. 34/37) – Union Malt.

¹⁵¹³ EuGH, Rs. 224/82, Slg. 1983, 2539 (2549, Rn. 13 ff.) – Meiko-Konservenfabrik.

¹⁵¹⁴ EuGH, Rs. 224/82, Slg. 1983, 2539 (2548, Rn. 12) – Meiko-Konservenfabrik.

¹⁵¹⁵ S.o. Rn. 3069 ff.

D. Rechtsfolgen

I. Ausnahmsweise Ungültigkeit der Gemeinschaftsregelung

1. Vollständige Durchsetzung des Vertrauensschutzes

3147 Selbst in solchen Fällen, in denen der Schutz des Vertrauens in eine Beibehaltung der Rechtslage das Gemeinschaftsinteresse an einer Änderung überwiegt, ist der Rechtszustand nicht notwendigerweise zementiert. Dies kann schon nach dem Prüfungsansatz anders sein, wenn das angestrebte Ziel eine Rückanknüpfung verlangt und das berechtigte Vertrauen des Betroffenen gebührend beachtet ist.¹⁵¹⁶

3148 Allerdings ist eine vollständige Durchsetzung des Vertrauensschutzes nur möglich, wenn die entsprechende rückanknüpfende Regelung in dem Maße nicht greift, wie sich das Vertrauensschutzinteresse durchsetzt. Daher hat der EuGH im Fall *Meiko* die insoweit beeinträchtigende Vorschrift für ungültig erklärt.¹⁵¹⁷ Voraussetzung ist damit ein entsprechendes Gewicht des Vertrauensschutzes. Dieser muss sich auch in der Abwägung in vollem Umfang gegen die für eine Rechtsänderung geltend gemachten Belange durchsetzen, um eine solche Regelung gänzlich zunichte zu machen. Dass eine europäische Regelung (gänzlich) ungültig ist, kommt zudem nur dann in Betracht, wenn der Vertrauensschutz nicht anders verwirklicht werden kann. Im Übrigen werden Übergangsregelungen und Schadensersatz als vorrangig betrachtet.¹⁵¹⁸

3149 Die Ungültigkeit einer rechtsändernden Regelung ist vor allem dann geboten, wenn Bestandsschutz greift. Er schließt grundsätzlich eine Rechtsänderung aus. Dies kann aber auch nur begrenzt zutreffen, so wenn beispielsweise Vertrauen nur insoweit geschützt ist, als es sich auf eine nachteilige Regelung gerade wegen einer bestimmten Handlung bezieht.¹⁵¹⁹

2. Rückwirkende Aufhebung von rechtmäßigen Einzelakten

3150 Eine solch starke vertrauensgeschützte Position besteht in erster Linie bei rechtmäßigen Begünstigungen. Sie verleihen subjektive Rechte, die jedenfalls nicht mehr rückwirkend entzogen werden können. Insoweit „überwiegt das Bedürfnis, das Vertrauen auf den dauernden Fortbestand der geschaffenen Rechtsstellung zu schützen, gegenüber dem Interesse der Verwaltungsbehörde an einer Rückgängigmachung ihrer Entscheidung“.¹⁵²⁰

3151 Bei Einzelakten, auf die sich die vorstehende Rechtsprechung bezieht, müssen zumeist nur Einzelne betreffende Entscheidungen aufgehoben werden, um dem

¹⁵¹⁶ EuGH, Rs. 224/82, Slg. 1983, 2539 (2548, Rn. 12) – *Meiko-Konservenfabrik*.

¹⁵¹⁷ EuGH, Rs. 224/82, Slg. 1983, 2539 (2550, Rn. 20) – *Meiko-Konservenfabrik*.

¹⁵¹⁸ S. *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 129; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 526.

¹⁵¹⁹ EuGH, Rs. 120/86, Slg. 1988, 2321 (2353, Rn. 28) – *Mulder*.

¹⁵²⁰ Grundlegend EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 (118) – *Algera*; ebenso Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 (162) – *SNUPAT*; Rs. 159/82, Slg. 1983, 2711 (2719, Rn. 11) – *Verli-Wallace*; *Haratsch*, EuR 1998, 387 (391); *Kokott*, AöR 121 (1996), 599 (626).

beeinträchtigt Vertrauensschutz zum Durchbruch zu verhelfen. Damit wird aber nur ein subjektives Recht wiederhergestellt. Dieses kann anders auch nicht gewahrt werden. Schwierigkeiten entstehen allenfalls dann, wenn durch diese Entscheidungen andere begünstigt wurden, die nunmehr die Aufhebung belastet. Diesen wurde indes eine Position verschafft, auf die sie keinen Anspruch haben, weil der Betroffene gerade ein subjektives Recht hatte, das verletzt wurde.

3. Echte Rückwirkung von Normen

Die andere Konstellation, in denen eine europäische Regelung ungültig sein kann, ist die einer rückwirkenden Änderung gesetzlich begründeter Rechtspositionen. Auch diese können nur durch eine Aufhebung der belastenden Regelung wiederhergestellt werden. Eine Übergangsregelung hilft nur bei in die Zukunft gerichteten Maßnahmen, die dann zugunsten verfahrensgeschützter Personen später greifen, außer sie nimmt bereits abgeschlossene Sachverhalte von der Regelung aus. Dann hebt sie diese aber insoweit auf. **3152**

Bei Gesetzen ist allerdings im Gegensatz zu Einzelakten eine Wiederherstellung individueller Rechtspositionen auch dadurch denkbar, dass nur für diese eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen vermieden wird. Das muss aber in Ausnahmeregelungen schon in der Norm selbst erfolgen. Ansonsten bleibt nur die Ungültigerklärung. Diese nur zugunsten der Betroffenen eingreifen zu lassen, widerspricht dem generellen Charakter von Normen. Zudem werden zumeist größere Gruppen erfasst. **3153**

Wird allerdings nur ein sehr kleiner Kreis oder gar lediglich ein Einzelner in seinem schutzwürdigen Vertrauen verletzt, könnte eine Norm deshalb nicht für ungültig erklärt werden dürfen,¹⁵²¹ weil dann wegen der Betroffenheit weniger die normative Gestaltungsfreiheit für Änderungen verloren ginge. Indes kann diese nicht einfach unter Verletzung wesentlicher Rechtsprinzipien wahrgenommen werden, auch wenn nur Wenige oder gar nur ein Einzelner verletzt sind. Die Folge muss dann die Ungültig- bzw. Nichtigerklärung der verletzenden Regelung sein.¹⁵²² Dies gilt zumal bei einer grundrechtlichen Absicherung des Bestandsschutzes durch die Eigentumsfreiheit.¹⁵²³ Gerade Grundrechte dienen in besonderer Weise dem Minderheitenschutz. Daher ist es auch problematisch, die Betroffenheit lediglich Weniger in der Abwägung mit den Gemeinschaftsinteressen zu berücksichtigen. **3154**

¹⁵²¹ So *GA Mayras*, EuGH, Rs. 112/77, Slg. 1978, 1019 (1036) – Töpfer; bereits *GA Trabucchi*, EuGH, Rs. 47/75, Slg. 1976, 569 (589 f., Rn. 7) – Deutschland/Kommission; auch *Gilsdorf*, RJW 1983, 22 (27).

¹⁵²² Unter Ablehnung im Einzelfall EuGH, Rs. 112/77, Slg. 1978, 1019 (1032, Rn. 20) – Töpfer in Abweichung von *GA Mayras*, EuGH, Rs. 112/77, Slg. 1978, 1019 (1036) – Töpfer. Unter Aufzeigung des genannten Spannungsfeldes *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 525 f.

¹⁵²³ S.o. Rn. 3006.

4. Zukunftsbezogene Rechtsänderungen

- 3155** Erfolgt eine Rechtsänderung nur für die Zukunft, ist die Vertrauensposition der Betroffenen nicht so stark. Daher ist eine unechte Rückwirkung regelmäßig zulässig.¹⁵²⁴ Tauchen wegen einer Verletzung gleichwohl angetasteter Vertrauensstellungen namentlich auf der Basis getroffener Dispositionen Schwierigkeiten auf, helfen bei Gesetzen regelmäßig Übergangsregelungen weiter, welche die Norm erst eingreifen lassen, wenn die getätigten Investitionen amortisiert sind. Einer (rückwirkenden) Ungültigerklärung bedarf es nicht.
- 3156** Bei Einzelakten wird hingegen die Rechtsposition eines Einzelnen beeinträchtigt, wenn auch nur für die Zukunft. Entweder ist dies rechtmäßig; dann bedarf es keiner Abänderung einer Entscheidung. Oder dies ist rechtswidrig; dann hilft nur die Aufhebung der Entscheidung. Sie wird aber deshalb seltener notwendig sein, weil Anpassungen für die Zukunft materiell eher möglich sind als für die Vergangenheit.¹⁵²⁵ Eine stärkere Begrenzung solcher Anpassungen kann aus der Berufsfreiheit erwachsen, wenn sich der Betroffene in seiner beruflichen Entfaltung auf die fragliche Maßnahme verlassen durfte. Durch eine Absicherung des Vertrauensschutzes (auch) über dieses Grundrecht¹⁵²⁶ lassen sich Erwartungen an eine auch in Zukunft verlässliche Regulierung eher rechtlich absichern, soweit man die Berufsfreiheit nicht ihrerseits in diesem Punkt eng fasst.¹⁵²⁷

5. Rechtswidrige Maßnahmen

- 3157** Bei rechtswidrigen Maßnahmen ist der Vertrauensschutz regelmäßig deutlich geringer ausgeprägt als bei rechtmäßigen, zumal durch den EuGH der die korrekte Rechtslage kennende umsichtige Wirtschaftsteilnehmer vorausgesetzt wird.¹⁵²⁸ Auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung streitet nicht gegen, sondern für die Aufhebung entsprechender Maßnahmen. Diese ist höchstens dann rückgängig zu machen, wenn die europäischen Organe durch ihr Verhalten feste Erwartungen erweckt haben¹⁵²⁹ oder der Adressat die Rechtswidrigkeit der Maßnahme nicht kennen konnte. Auch insoweit verstärkt eine grundrechtliche Fundierung des Vertrauensschutzes die Position des Betroffenen.¹⁵³⁰ Dieser kann aber gleichwohl ggf. durch eine Übergangsregelung zufrieden gestellt werden, bis sich seine bisherigen Aufwendungen amortisiert haben.

¹⁵²⁴ S.o. Rn. 3072 ff.

¹⁵²⁵ S.o. Rn. 3069 ff., 3144.

¹⁵²⁶ S.o. Rn. 3009 f., 3145 f.

¹⁵²⁷ S.o. Rn. 3010.

¹⁵²⁸ S.o. Rn. 3125 f.

¹⁵²⁹ S.o. Rn. 3092 ff.

¹⁵³⁰ S.o. Rn. 3131.

II. Regelmäßige Übergangsregelungen

Insbesondere bei zukunftsbezogenen normativen Änderungen wird dem Vertrauensschutz regelmäßig durch Übergangsregelungen entsprochen, falls sie überhaupt nötig sind.¹⁵³¹ Dadurch haben die Einzelnen ausreichende Möglichkeiten, sich auf eine neue Rechtslage einzustellen. Umgekehrt wird den europäischen Organen nicht über Gebühr der notwendige Handlungsspielraum genommen.¹⁵³² Die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer sind dann hinreichend geschützt, wenn sie Verluste noch abwenden können, die ihnen durch das Eingreifen einer neuen Regelung entstehen.¹⁵³³ Sie müssen also in der Lage sein, die getätigten Investitionen auszuführen und bzw. in Gang gesetzte Wirtschaftsgeschäfte noch abzuwickeln. Ist dies vollständig der Fall, können also getätigte Investitionen ganz amortisiert werden, wird letztlich voller Bestandsschutz sichergestellt.¹⁵³⁴

Allerdings ist auch auf dieser Rechtsfolgenebene der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Eine Übergangsregelung kann aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls ausgeschlossen sein.¹⁵³⁵ Dieser Fall tritt häufig auf. Ein Ansatz ist, dass ein sofortiges Eingreifen einer Neuregelung aufgrund veränderter Umstände geboten und nach der Konzeption der bisherigen Regelung für einen umsichtigen Wirtschaftsteilnehmer auch vorgezeichnet ist.¹⁵³⁶ Dann ist auf den Fortbestand der bisherigen Rechtslage berechtigterweise entwickeltes Vertrauen nur schwach ausgeprägt und geschützt, falls es überhaupt besteht.¹⁵³⁷ So kann Schutzmaßnahmen, welche in europäischen Verordnungen des Agrarsektors vorgesehen sind, bei ernsthaften Störungen jede praktische Wirksamkeit genommen werden, wenn sie mit Übergangsbestimmungen einhergehen.¹⁵³⁸

III. Ausgleich und Schadensersatz

Werden die Übergänge von Rechtsänderungen nicht solchermaßen abgefedert, muss den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern ein Ausgleich für Verluste aus nicht gebührend beachtetem, geschütztem Vertrauen zugestanden werden. Wird daher ein solcher Ausgleich nicht vorgesehen und auch keine Übergangsmaßnahme zum Schutz des berechtigten Vertrauens getroffen, hat das entsprechende Organ Euro-

¹⁵³¹ S. EuGH, Rs. 97/76, Slg. 1977, 1063 (1076 f., Rn. 5 f.) – Merkur; Rs. 246/87, Slg. 1989, 1151 (1174, Rn. 17) – Continentale Produkten-Gesellschaft.

¹⁵³² Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 130 ff.; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 36.

¹⁵³³ EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549, Rn. 41/43) – Comptoir National Technique Agricole (CNTA).

¹⁵³⁴ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 527.

¹⁵³⁵ EuGH, Rs. 84/78, Slg. 1979, 1801 (1814 f., Rn. 20) – Tomadini.

¹⁵³⁶ EuGH, Rs. 97/76, Slg. 1977, 1063 (1076 f., Rn. 5) – Merkur; s. ebenfalls für den Agrarsektor den Beschl. EuGH, Rs. C-51/95 P, Slg. 1997, I-727 (739, Rn. 21) – Unifruit Hellas.

¹⁵³⁷ So nicht in EuGH, Rs. 126/76, Slg. 1977, 2431 (2442, Rn. 9) – Dietz; Rs. C-104/97 P, Slg. 1999, I-6983 (7030 ff., Rn. 49 ff.) – Atlanta.

¹⁵³⁸ EuGH, Rs. 112/80, Slg. 1981, 1095 (1121, Rn. 50) – Dürbeck.

parecht verletzt und daher eine Haftung der Gemeinschaft/Union nach Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV begründet.¹⁵³⁹ Weil der Vertrauensschutz einen tragenden Grundsatz des Europarechts bildet, wird in einem solchen Fall ein hinreichend qualifizierter Verstoß vorliegen, so dass die Haftung regelmäßig gegeben ist. Die Abwägung zugunsten des Vertrauensschutzes präjudiziert dieses Ergebnis.¹⁵⁴⁰

- 3161** Ersetzt wird allerdings nur, soweit der Betroffene mit Sicherheit auf die Beibehaltung der entsprechenden Rechtslage bauen durfte. Im Hinblick darauf braucht er keine Einbußen zu erleiden. Er kann hingegen nicht darauf vertrauen, unter allen Umständen die erwarteten Gewinne zu erzielen.¹⁵⁴¹ Ausgeglichen werden mit hin nur echte Verluste, nicht hingegen Gewinnerwartungen oder immaterielle Schäden.¹⁵⁴²

¹⁵³⁹ EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549, Rn. 44) – *Comptoir National Technique Agricole* (CNTA).

¹⁵⁴⁰ Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 528; s. auch Borchardt, EuGRZ 1988, 309 (315).

¹⁵⁴¹ EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (549 f., Rn. 45/46) – *Comptoir National Technique Agricole* (CNTA).

¹⁵⁴² EuGH, Rs. 268/80, Slg. 1981, 2295 (2303, Rn. 5) – Guglielmi; Rs. 289/81, Slg. 1983, 1731 (1745, Rn. 27) – Vassilis Mavridis; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 33 Rn. 37.

Teil V
Gleichheits-, Solidaritäts- und Schutzrechte

Kapitel 10

Gleichheits- und besondere Schutzrechte

§ 1 Das Gleichheitskapitel der EGRC

Nach Auffassung des Europäischen Rats von Köln 1999 sollte die EGRC unter anderem die „Gleichheitsrechte ... erfassen, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“.¹ Diesem Auftrag ist der Grundrechtekonvent mit Titel III der EGRC nachgekommen. **3162**

Im Vergleich zu den Freiheitsrechten weisen die Gleichheitsrechte einige Besonderheiten auf, insbesondere hinsichtlich des Prüfungsaufbaus. Daher wird im Folgenden zunächst auf diese Besonderheiten eingegangen (§ 1), bevor die einzelnen, in der EGRC enthaltenen Grundrechte thematisiert werden (§ 2 ff.). **3163**

A. Gleichheitsrechte und soziale Rechte

Titel III ist mit „Gleichheit“ überschrieben. Er enthält sieben Grundrechtsartikel, wobei das allgemeine Gleichheitsgebot in Art. 20 EGRC (Gleichheit vor dem Gesetz) voran gestellt ist. Es folgen Diskriminierungsverbote in Art. 21 EGRC (Nichtdiskriminierung) und Art. 23 EGRC (Gleichheit von Frauen und Männern).² **3164**

In Art. 22 EGRC findet sich eine Bestimmung hinsichtlich der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen. Deren Zusammenhang mit den Gleichheitsrechten erschließt sich nicht auf den ersten Blick. Die Einordnung lässt sich am ehesten noch damit erklären, dass gerade keine „Gleichheit“, sondern „Vielfalt“ bestehen soll – sozusagen als „Gegenstück“ zu den Gleichheitsrechten.³ **3165**

Art. 24 EGRC (Rechte des Kindes), Art. 25 EGRC (Rechte älterer Menschen) und Art. 26 EGRC (Integration von Menschen mit Behinderung) betreffen den Schutz besonderer Personengruppen.⁴ Sie lassen dabei den Bezug zur Gleichheit vermissen. Einen besseren Platz hätten sie im Rahmen der sozialen Grundrechte in **3166**

¹ Europäischer Rat in Köln, 3./4.6.1999, Anhang IV; abgedruckt bei *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 59 (59 f.) und in *EuGRZ* 1999, 364 (364).

² *Hölscheidt*, in: Meyer, vor Kap. III Rn. 1.

³ *Streinz*, in: ders., vor Art. 20 GR-Charta Rn. 1.

⁴ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 868.

Titel IV der EGRC gefunden.⁵ Dies gilt insbesondere deshalb, weil sie auf Bestimmungen der ESC⁶ und der GCSGA⁷ beruhen, die nach dem Beschluss des Europäischen Rats von Köln 1999 als Grundlage für die sozialen Rechte dienen sollten.⁸ So wurden die Art. 24-26 EGRC im Grundrechtekonvent auch im Rahmen der sozialen Grundrechte diskutiert. Zum Teil waren sie auch in der vom Präsidium des Grundrechtekonvents zu Beginn vorgelegten Grundrechteliste unter dem Titel „Wirtschaftliche und soziale Rechte/Ziele“ enthalten. Dies wurde im Laufe der Verhandlungen jedoch geändert.⁹

B. Systematik der Gleichheitsrechte

- 3167** Das europäische Primärrecht kennt bereits eine Vielzahl von Gleichheitsrechten.¹⁰ Mit der EGRC treten neben diese bekannten Normen die in Titel III enthaltenen Rechte. Es stellt sich daher die Frage nach ihrer Systematisierung.

I. Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote

- 3168** Bereits im nationalen Verfassungsrecht ist es schwierig, Gleichheitsrechte zu kategorisieren.¹¹ Auch im europäischen Zusammenhang werden die Begriffe „allgemeiner Gleichheitssatz“, „besonderer Gleichheitssatz“, „allgemeines Diskriminierungsverbot“, „besonderes Diskriminierungsverbot“ häufig nicht stringent verwandt. Der EuGH hat in der Vielzahl seiner zum Gleichheitssatz getroffenen Entscheidungen bislang ebenfalls unterschiedliche Formulierungen gewählt.¹²
- 3169** Der Begriff der Diskriminierung entstammt ursprünglich dem amerikanischen Wirtschaftsrecht. Er bezeichnet dabei die Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte.¹³ Dies entspricht dem Inhalt des Gleichheitsgebots. Damit wird bereits das Verhältnis der beiden Rechtssätze zueinander deutlich: Bei dem Diskriminierungsverbot handelt es sich um die negative Formulierung des Gleichheits-

⁵ Streinz, in: ders., vor Art. 20 GR-Charta Rn. 1; Hölscheidt, in: Meyer, vor Kap. III Rn. 1; vgl. R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 451.

⁶ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁷ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁸ Europäischer Rat in Köln, 3./4.6.1999, Anhang IV; abgedruckt bei Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 59 (59 f.) und in EuGRZ 1999, 364 (364).

⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 10 ff., Art. 25 Rn. 6 f., Art. 26 Rn. 9.

¹⁰ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 1.

¹¹ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 1.

¹² Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 7; Rengeling/Szczekalla, Rn. 870; Jarass, § 24 Rn. 2; s.u. Rn. 3188.

¹³ Rengeling/Szczekalla, Rn. 869.

gebots.¹⁴ Beide Begriffe können als Synonyme angesehen werden. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH, der die Diskriminierungsverbote als Anwendungsfälle des Gleichheitssatzes betrachtet.¹⁵

Eine europäische Dogmatik für die Kategorisierung der Gleichheitsrechte hat sich bislang noch nicht entwickelt.¹⁶ Auch der EuGH lässt eine klare Linie vermischen, zumal er in seiner Begriffswahl nicht einheitlich ist.¹⁷ In der Lit. wird häufig zwischen allgemeinen und besonderen Gleichheitsrechten unterschieden.¹⁸ Wie sich im Folgenden zeigen wird, ist diese Terminologie jedoch noch ungenau. Es empfiehlt sich eine Unterscheidung zwischen allgemeinem Gleichheitssatz, allgemeinem Diskriminierungsverbot und besonderem Diskriminierungsverbot.¹⁹ **3170**

II. Bestand im Primärrecht

Im Primärrecht finden sich Diskriminierungsverbote unter anderem in den Grundfreiheiten,²⁰ in den Vorschriften zur Agrarpolitik,²¹ der Verkehrspolitik,²² im Wettbewerbsrecht²³ und der Sozialpolitik.²⁴ Sie betreffen damit spezielle wirtschaftliche Bereiche und können deshalb als besondere Diskriminierungsverbote qualifiziert werden.²⁵ **3171**

Eine allgemeine Ausprägung des Diskriminierungsverbots enthält Art. 12 EG/18 AEUV. Diese Norm verlangt eine vollständige Gleichbehandlung von Personen, die sich in einer unionsrechtlich geregelten Situation befinden, mit den Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates.²⁶ Art. 12 EG/18 AEUV betrifft damit zwar ein spezielles Kriterium, nämlich die Staatsangehörigkeit. Gerade im Verhältnis zu den Grundfreiheiten ist Art. 12 EG/18 AEUV aber allgemeiner, da er **3172**

¹⁴ Rengeling/Szczekalla, Rn. 870; a.A. Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 14 Rn. 8, der nur die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung als Diskriminierung ansieht.

¹⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1995, Rn. 35) – EARL de Kerlast; auch Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2775, Rn. 39) – Karlsson; s. ausführlich dazu u. Rn. 3186 ff.

¹⁶ Hölscheidt, in: Meyer, vor Kap. III Rn. 2; Kischel, EuGRZ 1997, 1 (1).

¹⁷ S.u. Rn. 3188.

¹⁸ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 3 ff.; Hölscheidt, in: Meyer, vor Kap. III Rn. 2; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 40; Kischel, EuGRZ 1997, 1 ff.; Sattler, in: FS für Rauschning, 2001, S. 251 ff. spricht von allgemeinen und speziellen Gleichheitssätzen.

¹⁹ Vergleichbare Begriffe werden auch verwandt von Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 6.

²⁰ Art. 28, 29, 31 Abs. 1, 39 Abs. 2, 43, 49, 58 Abs. 3 EG/34, 35, 37 Abs. 1, 45 Abs. 2, 49, 56, 65 Abs. 3 AEUV.

²¹ Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV.

²² Art. 72 EG/92 AEUV.

²³ Art. 87 Abs. 2 lit. a), 90 EG/107 Abs. 2 lit. a), 110 AEUV.

²⁴ Art. 141 EG/157 AEUV.

²⁵ Ausführlich zu diesen Diskriminierungsverboten Kischel, EuGRZ 1997, 1 (1 ff.).

²⁶ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, 195 (219 f., Rn. 10) – Cowan/Trésor Public.

nicht an die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit gebunden ist.²⁷ Er kann daher als „allgemeines Diskriminierungsverbot“ bezeichnet werden.²⁸

- 3173** Ein allgemeines Gleichheitsgebot findet sich im geltenden Unionsrecht bislang nicht.²⁹ Der EuGH hat jedoch bereits in den 70er Jahren einen allgemeinen Gleichheitssatz angenommen.³⁰ So hat er das für den Agrarbereich geltende besondere Diskriminierungsverbot des Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV³¹ als spezifischen Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes bezeichnet³² und beide sogar mit derselben Formel geprüft,³³ so dass ein eigenständiger dogmatischer Gehalt der bereichsspezifischen Bestimmung fehlt.³⁴ Ebenso hat er das in Art. 12 EG/18 AEUV niedergelegte allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit als besondere Ausformung des allgemeinen Gleichheitssatzes betrachtet.³⁵ Der EuGH zählt den allgemeinen Gleichheitssatz zu den wesentlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts³⁶ und hat sich seitdem regelmäßig auf ihn berufen.³⁷

III. Rechte in den EGRC-Vorschriften

- 3174** Wie bereits die Erläuterungen zur EGRC³⁸ deutlich machen, ist in Art. 20 EGRC der vom EuGH als Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts anerkannte allgemeine

²⁷ Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 2913.

²⁸ Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 2913; Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 6; Kischel, *EuGRZ* 1997, 1 (1) noch zu Art. 6 Abs. 1 EGV (= Art. 12 EG/18 AEUV); a.A. Oden-dahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 10, wo die Bezeichnung „allgemeines Diskrimi-nierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ bevorzugt wird; Rossi, *EuR* 2000, 197 (197), der von einer „irreführenden Bezeichnung“ spricht.

²⁹ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 1; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 8; Kischel, *EuGRZ* 1997, 1 (1).

³⁰ EuGH, Rs. 48/70, Slg. 1971, 175 (185, Rn. 25/27) – Bernardi; Rs. 1/72, Slg. 1972, 457 (467, Rn. 19) – Frilli; Rs. 131/73, Slg. 1973, 1555 (1566, Rn. 8) – Grosoli; Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753 (1769 f., Rn. 7) – Ruckdeschel; Rs. 124/76 u. 20/77, Slg. 1977, 1795 (1812, Rn. 14/17) – Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson.

³¹ Art. 40 Abs. 3 UAbs. 2 EGV.

³² S. EuGH, Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753 (1769 f., Rn. 7) – Ruckdeschel; Rs. 124/76 u. 20/77, Slg. 1977, 1795 (1812, Rn. 14/17) – Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson; Rs. 125/77, Slg. 1978, 1991 (2003 f., Rn. 25/27) – Koninklijke Scholten-Honig; Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 (2754, Rn. 11) – Edeka.

³³ EuGH, Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265 (2301, Rn. 114) – Vereinigtes Königreich/Kommission.

³⁴ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 70.

³⁵ EuGH, Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-285 (306, Rn. 14) – Pastoors u. Trans-Cap, die Entsch. spricht noch von Art. 6 EGV.

³⁶ Z.B. in EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1995, Rn. 35) – EARL de Kerlast; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2775, Rn. 39) – Karlsson.

³⁷ Ausführlich u. Rn. 3186 ff.

³⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007 C 303, S. 17 (24).

Gleichheitssatz normiert worden. Er gebietet in allen Lebenslagen Schutz gegen jegliche unsachgemäße Differenzierung.³⁹

Weitere Diskriminierungsverbote finden sich in Art. 15 Abs. 3 EGRC (Anspruch 3175 Drittstaatsangehöriger auf gleiche Arbeitsbedingungen), Art. 21 EGRC (Diskriminierungsverbot hinsichtlich beispielhaft genannter Merkmale wie dem Geschlecht, der Rasse, der Hautfarbe, der Staatsangehörigkeit etc.), Art. 23 EGRC (Gleichheit von Frauen und Männern) und Art. 34 Abs. 2 EGRC (Anspruch auf gleiche Leistungen der sozialen Sicherheit und auf soziale Vergünstigungen).⁴⁰

Auch hier kann differenziert werden: Verbieten die Normen eine Ungleichbehandlung aufgrund eines bestimmten Merkmals, können sie als allgemeine Diskriminierungsverbote bezeichnet werden. Dies gilt für Art. 21 EGRC und Art. 23 EGRC. Betreffen die Diskriminierungsverbote hingegen einen speziellen wirtschaftlichen Bereich, handelt es sich bei ihnen um besondere Diskriminierungsverbote. Darunter fallen Art. 15 Abs. 3 EGRC (betreffend die Arbeitsbedingungen) und Art. 34 Abs. 2 EGRC (betreffend die soziale Sicherheit und soziale Vergünstigungen). 3176

IV. Systematik

1. EuGH-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EuGH lässt bislang eine eindeutige Struktur der Gleichheitsrechte vermissen.⁴¹ Die Terminologie wird nicht stringent und einheitlich verwandt, deutliche Worte zu Herleitung, Abgrenzung und Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes hat der EuGH nicht fallen lassen. Auch in der Anwendung der Gleichheitsrechte ist eine klare Linie nicht erkennbar.⁴² Häufig beruft sich der EuGH zwar gerade im Agrarbereich auf den allgemeinen Gleichheitssatz. Er macht dann aber nicht deutlich, ob er diesen oder doch das Diskriminierungsverbot des Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV anwendet.⁴³ 3177

Erst in den letzten Jahren scheint der EuGH dazu zu tendieren,⁴⁴ nur noch auf 3178 die besonderen Diskriminierungsverbote aus den Grundfreiheiten abzustellen,⁴⁵

³⁹ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 4.

⁴⁰ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 17; Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 6.

⁴¹ Rossi, EuR 2000, 197 (198).

⁴² Rossi, EuR 2000, 197 (205).

⁴³ EuGH, Rs. 103 u. 145/77, Slg. 1978, 2037 (2074 ff., Rn. 25/27 ff.) – Royal Scholten-Honig; Rs. 125/77, Slg. 1978, 1991 (2003 ff., Rn. 25/27 ff.) – Koninklijke Scholten-Honig; Kischel, EuGRZ 1997, 1 (3).

⁴⁴ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 7.

⁴⁵ EuGH, Rs. 305/87, Slg. 1989, 1461 (1476 ff, Rn. 12 ff.) – Kommission/Griechenland; Rs. C-175/88, Slg. 1990, I-1779 (1792 ff., Rn. 9 ff.) – Biehle; Rs. C-10/90, Slg. 1991, I-1119 (1138, Rn. 12 ff.) – Masgio; Rs. C-419/92, Slg. 1994, I-505 (520, Rn. 6) – Scholz; Rs. C-177/94, Slg. 1996, I-161 (175, Rn. 14 f.) – Perfili; Rs. C-24/97, Slg. 1998, I-2133 (2144 f., Rn. 11 ff.) – Kommission/Deutschland.

und diese als Konkretisierung des Art. 12 EG/18 AEUV anzusehen.⁴⁶ Jeder Verstoß gegen diese Bestimmungen führt laut EuGH deshalb zugleich zu einer Unvereinbarkeit mit Art. 12 EG/18 AEUV.⁴⁷ Art. 12 EG/18 AEUV ist danach nur noch zu prüfen, wenn die genannten Sonderbestimmungen keine Anwendung finden.⁴⁸

- 3179** Ausgehend von diesen Aussagen kann daher bei genauer Betrachtung der Rechtsprechung des EuGH eine Systematik der Gleichheitsrechte herausgearbeitet werden, wenn auch unter der Prämisse, dass der EuGH diese selbst nicht stringent einhält.

2. Dreistufiges Spezialitätsverhältnis

- 3180** Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Art. 12 EG/18 AEUV eine spezielle, auf die Staatsangehörigkeit bezogene Ausformung des allgemeinen Gleichheitssatzes.⁴⁹ Damit geht das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV als speziellere Regelung dem allgemeinen Gleichheitssatz vor.⁵⁰ Gleiches gilt für die entsprechenden Bestimmungen der EGRC: Die allgemeinen Diskriminierungsverbote der Art. 21 und Art. 23 EGRC gehen dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 EGRC vor.⁵¹
- 3181** Die besonderen, einen bestimmten Bereich betreffenden Diskriminierungsverbote aus dem EG/AEUV⁵² hat der EuGH wiederum als Konkretisierungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG/18 AEUV qualifiziert.⁵³ Damit gehen sie und die besonderen Diskriminierungsverbote der Art. 15 Abs. 3 EGRC und Art. 34 Abs. 2 EGRC dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV vor.⁵⁴ Zugleich ist damit auch eine Aussage im Verhältnis zum all-

⁴⁶ EuGH, Rs. 305/87, Slg. 1989, 1461 (1476, Rn. 12) – Kommission/Griechenland; Rs. 186/87, Slg. 1989, 195 (220, Rn. 14) – Cowan/Trésor Public; Rs. C-20/92, Slg. 1993, I-3777 (3793, Rn. 10) – Hubbard; Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333 (1339, Rn. 6/7) – Donà/Mantero.

⁴⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-10/90, Slg. 1991, I-1119 (1138, Rn. 13) – Masgio.

⁴⁸ EuGH, Rs. 305/87, Slg. 1989, 1461 (1477, Rn. 13) – Kommission/Griechenland; Rs. C-10/90, Slg. 1991, I-1119 (1138, Rn. 12) – Masgio; Rs. C-419/92, Slg. 1994, I-505 (520, Rn. 6) – Scholz. Näher zu diesem Subsidiaritätsverhältnis Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 2909.

⁴⁹ EuGH, Rs. 147/79, Slg. 1980, 3005 (3019, Rn. 7) – Hochstrass; Rengeling/Szczekalla, Rn. 901.

⁵⁰ Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 2915; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 71; Rossi, *EuR* 2000, 197 (209).

⁵¹ Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 16; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 17.

⁵² S.o. Rn. 3171.

⁵³ EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 (1418 f., Rn. 4/10) – Walrave; Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333 (1339, Rn. 6/7) – Donà/Mantero; Rs. 90/76, Slg. 1977, 1091 (1127, Rn. 27) – van Ameyde.

⁵⁴ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 72; Hölscheidt, in: Meyer, vor Kap. III Rn. 2; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 17; Wernsmann, *JZ* 2005, 224 (228).

gemeinen Gleichheitssatz getroffen: die genannten Vorschriften genießen insoweit ebenfalls Vorrang.⁵⁵

Es handelt sich damit insgesamt um ein dreistufiges Spezialitätsverhältnis: auf der ersten und allgemeinsten Stufe steht der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 20 EGRC); auf der zweiten Stufe finden sich die allgemeinen Diskriminierungsverbote (Art. 12 EG/18 AEUV, Art. 21 EGRC, Art. 23 EGRC),⁵⁶ auf der dritten Stufe folgen die besonderen Diskriminierungsverbote (aus den Grundfreiheiten,⁵⁷ den Vorschriften zur Agrarpolitik,⁵⁸ der Verkehrspolitik,⁵⁹ dem Wettbewerbsrecht,⁶⁰ der Sozialpolitik, Art. 15 Abs. 3 EGRC, Art. 34 Abs. 2 EGRC).⁶¹ **3182**

C. Prüfungsaufbau

Die Frage nach dem Prüfungsaufbau der Gleichheitsrechte ist für das Unionsrecht bislang kaum thematisiert worden.⁶² Überwiegend wird eine dem deutschen Verfassungsrecht entsprechende zweistufige Prüfung favorisiert.⁶³ Sie ist auch vom EuGH vorgenommen worden.⁶⁴ Dabei wird auf einer ersten Stufe die Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte (bzw. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte) festgestellt. Es schließt sich auf einer zweiten Stufe die Prüfung nach einer Rechtfertigung für die Ungleich- (bzw. Gleich-)behandlung an.⁶⁵ **3183**

Diskutiert wird, ob auf einer dritten Stufe die Verhältnismäßigkeit zwischen der Ungleich- (bzw. Gleich-)behandlung und den Rechtfertigungsgründen zu prüfen ist.⁶⁶ Der EuGH nimmt eine derartige Prüfung vorwiegend im Agrarbereich,⁶⁷ je- **3184**

⁵⁵ Sattler, in: FS für Rauschning, 2001, S. 251 (254).

⁵⁶ Zum internen Verhältnis dieser allgemeinen Diskriminierungsverbote s.u. Rn. 3229 ff., 3251 ff.

⁵⁷ Art. 28, 29, 31 Abs. 1, 39 Abs. 2, 43, 49, 58 Abs. 3 EG/34, 35, 37 Abs. 1, 45 Abs. 2, 49, 56, 65 Abs. 3 AEUV.

⁵⁸ Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV.

⁵⁹ Art. 72 EG/92 AEUV.

⁶⁰ Art. 87 Abs. 2 lit. a), 90 EG/107 Abs. 2 lit. a), 110 AEUV.

⁶¹ Art. 141 EG/157 AEUV.

⁶² Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 8.

⁶³ S. Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 14. Möglich ist auch eine den Freiheitsrechten gleichgesetzte dreistufige Prüfung mit Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung; Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 8 f.; Rengeling/Szczekalla, Rn. 878 f.; krit. zur Übertragbarkeit der deutschen Dogmatik Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 4 ff.

⁶⁴ EuGH, Rs. 147/79, Slg. 1980, 3005 (3019 ff., Rn. 7 ff.) – Hochstrass; Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 (2754, Rn. 11 ff.) – Edeka; Rs. C-398/92, Slg. 1994, I-467 (479, Rn. 17) – Mund & Fester; Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-300 (307, Rn. 19) – Pastoors u. Trans-Cap. S. auch Frenz, Europarecht 1, Rn. 2900.

⁶⁵ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 8; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 14.

⁶⁶ Dafür Jarass, § 24 Rn. 15; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 16a; krit. Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 15 und

doch auch in anderen Fällen vor.⁶⁸ Der EGMR vermischt die Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Teil mit der Frage der Rechtfertigung. So sah er beispielsweise in einem aktuellen Fall eine Rechtfertigung dann als nicht gegeben an, wenn die unterschiedliche Behandlung „kein berechtigtes Ziel verfolgt oder wenn kein angemessenes Verhältnis zwischen den angewendeten Mitteln und dem verfolgten Ziel besteht“.⁶⁹

- 3185** Da bei einer nur zweistufigen Prüfung eine Ungleich- (bzw. Gleich-)behandlung und die daraus erwachsende Benachteiligung selbst dann gerechtfertigt wäre, wenn sie völlig außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel steht, ist eine derartige Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen.⁷⁰

§ 2 Allgemeine Gleichheit vor dem Gesetz

A. Grundlagen

I. Zentrale Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung

- 3186** Gem. Art. 20 EGRC sind alle Personen vor dem Gesetz gleich. Nach den Erläuterungen zur EGRC⁷¹ entspricht dieser Artikel dem allgemeinen Rechtsprinzip, das in allen europäischen Verfassungen verankert ist und das der Gerichtshof als ein Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts angesehen hat. Dazu verweisen die Erläuterungen auf drei Urteile des EuGH aus den Jahren 1984-2000.⁷²
- 3187** Die genannten EuGH-Urteile *Racke*,⁷³ *EARL*⁷⁴ und *Karlsson*⁷⁵ betrafen jeweils landwirtschaftliche Fälle und den dabei geltenden Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40

Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 26 f.; offen gelassen bei Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 9.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 (2754, Rn. 13) – Edeka; Rs. 63-69/72, Slg. 1973, 1229 (1248 ff., Rn. 14 ff.) – Werhahn; Rs. 114/76, Slg. 1977, 1211 (1220 f., Rn. 5 ff.) – Bela-Mühle/Grows-Farm; Rs. 138/78, Slg. 1979, 713 (722 f., Rn. 9 ff.) – Stölting; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2781, Rn. 58 ff.) – Karlsson; *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 15; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 32.

⁶⁸ Z.B. Rs. C-273/97, Slg. 1999, I-7403 (7442, Rn. 26) – Sirdar; Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521 (2547, Rn. 31) – Clean Car.

⁶⁹ EGMR, Urt. vom 13.11.2007, Nr. 57325/00 (Rn. 196), NVwZ 2008, 533 (536) – D.H. u.a./Tschechien.

⁷⁰ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 20 Rn. 16a; vgl. auch *Jarass*, § 24 Rn. 15; *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2953. Nach *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 32 ff. ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht integraler Bestandteil des Gleichheitssatzes, sondern eigenständiger Prüfungspunkt.

⁷¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007 C 303, S. 17 (24).

⁷² EuGH, Rs. 283/83, Slg. 1984, 3791 – Racke; Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 – EARL de Kerlast; Rs. C-292/97, Slg. 2000, 2737 – Karlsson.

⁷³ EuGH, Rs. 283/83, Slg. 1984, 3791 – Racke.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 – EARL de Kerlast.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-292/97, Slg. 2000, 2737 – Karlsson.

Abs. 2 UAbs. 2 AEUV.⁷⁶ Danach ist im Rahmen der gemeinsamen Agrarpolitik „jede Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Verbrauchern innerhalb der Gemeinschaft/Union auszuschließen“. Während sich das Urteil *Racke* (noch) mit dem reinen Diskriminierungsverbot und dessen Auslegung befasste,⁷⁷ führte der EuGH in den sich anschließenden Entscheidungen aus, dass es sich bei diesem Diskriminierungsverbot um einen „lediglich ... besonderen Ausdruck des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (handelt), der zu den wesentlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört und besagt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre“.⁷⁸ Der EuGH hatte dies bereits zu früheren Zeiten herausgestellt⁷⁹ und es auch nach den zitierten Entscheidungen in zahlreichen Urteilen wiederholt.⁸⁰ Weitere Worte zu Herleitung, Abgrenzung und Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes sind dabei nicht gefallen.⁸¹

Der allgemeine Gleichheitssatz gehört seither zur ständigen Rechtsprechung und ist damit eines der ältesten Grundrechte auf Gemeinschaftsebene überhaupt.⁸² Der EuGH hat in seinen Entscheidungen allerdings leicht voneinander abweichende Formulierungen verwendet.⁸³ So spricht er vom „allgemeinen Gleichheitssatz“,⁸⁴ dem „allgemeinen Gleichheitsgrundsatz“,⁸⁵ dem „Grundsatz der Gleichbehandlung“,⁸⁶ dem „allgemeinen Diskriminierungsverbot“⁸⁷ oder einfach dem „Diskriminierungsverbot“.⁸⁸

Der EuGH wendet den allgemeinen Gleichheitssatz sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen an.⁸⁹ Dabei verpflichtet er nicht nur die europäischen

3188

3189

⁷⁶ Bei den damaligen EuGH-Entscheidungen war noch von Art. 40 Abs. 3 UAbs. 2 EGV die Rede, der dem heutigen Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV entspricht.

⁷⁷ EuGH, Rs. 283/83, Slg. 1984, 3791 (3800 f., Rn. 7) – *Racke*.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1995, Rn. 35) – *EARL de Kerlast*; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2775, Rn. 39) – *Karlsson*.

⁷⁹ EuGH, Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753 (1769 f., Rn. 7) – *Ruckdeschel*; Rs. 124/76 u. 20/77, Slg. 1977, 1795 (1812, Rn. 14/17) – *Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson*.

⁸⁰ Z.B. EuGH, Rs. 203/86, Slg. 1988, 4563 (4602, Rn. 25) – *Spanien/Rat*; Rs. C-137/00, Slg. 2003, I-7975 (8050, Rn. 126) – *Milk Marque u. National Farmers' Union*; Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 (5062, Rn. 67) – *Bananen*.

⁸¹ *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 (3).

⁸² *Odendahl*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 43 Rn. 1.

⁸³ *Sachs*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 20 Rn. 7; *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 20 GRCh Rn. 3; *Jarass*, § 24 Rn. 2.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-122/95, Slg. 1998, I-973 (1016, Rn. 62) – *Deutschland/Rat*.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1995, Rn. 35) – *EARL de Kerlast*; Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4509, Rn. 50) – *SAM u. Stapf*; Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 (8024, Rn. 61) – *Generics*.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5583 f., Rn. 30) – *Winzersekt*.

⁸⁷ EuGH, Rs. 122/95, Slg. 1998, I-973 (1014, Rn. 54) – *Deutschland/Rat*.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-354/95, Slg. 1997, I-4559 (4612, Rn. 61) – *National Farmers' Union u.a.*

⁸⁹ EuGH, Rs. 17 u. 20/61, Slg. 1962, 659 (691 ff.) – *Klößner-Werke*; Rs. 124/76 u. 20/77, Slg. 1977, 1795 (1812, Rn. 14/17) – *Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson*; Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 (2754, Rn. 11 ff.) – *Edeka*; Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555

Organe, sondern auch die Mitgliedstaaten bei nationalen Bestimmungen, die Europarecht umsetzen.⁹⁰ Zur Begründung führt er aus, dass die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten hätten.⁹¹ Ohne sich näher damit zu befassen, bindet der EuGH nicht nur die Exekutive und die Judikative, sondern auch den Gesetzgeber.⁹²

II. Internationale Übereinkommen

3190 Ein allgemeiner Gleichheitssatz ist in internationalen Übereinkommen nur selten zu finden.⁹³ Normiert ist er in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.⁹⁴ Dort heißt es in Art. 7 S. 1: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Unterschied Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz.“ Im Übrigen finden sich auf internationaler Ebene Gleichheitsbestimmungen hinsichtlich bestimmter aufgezählter Diskriminierungsmerkmale (so in Art. 14 EMRK und Art. 2 Abs. 1 IPbPR).⁹⁵ Nach dem hier gewählten Verständnis von allgemeinen und besonderen Gleichheitsrechten⁹⁶ handelt es sich dabei jedoch nicht um allgemeine Gleichheitsrechte, sondern um allgemeine Diskriminierungsverbote, weshalb darauf im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 21 EGRC eingegangen wird.⁹⁷

III. Verfassungen der Mitgliedstaaten

3191 Die Erläuterungen zur Grundrechtecharta⁹⁸ beziehen sich auch auf den allgemeinen Gleichheitssatz in den europäischen Verfassungen. Tatsächlich ist die Garantie der Gleichheit vor dem Gesetz in fast allen mitgliedstaatlichen Verfassungen enthalten. Art. 20 EGRC ist fast wortgleich mit Art. 3 Abs. 1 GG und § 6 Abs. 1

(5583 f., Rn. 30 ff.) – Winzersekt; Rs. 364 u. 365/95, Slg. 1998, I-1023 (1056 ff., Rn. 81 ff.) – T.Port.

⁹⁰ Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 8.

⁹¹ EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1996, Rn. 36) – EARL de Kerlast; Rs. C-351/92, Slg. 1994, I-3361 (3379, Rn. 17) – Graff; Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955 (983, Rn. 16) – Bostock.

⁹² EuGH, Rs. 8/57, Slg. 1958, 231 (256 f.) – Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges; Jarass, § 24 Rn. 3; Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 8; Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 7.

⁹³ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 2; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 1.

⁹⁴ Am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung genehmigt und verkündet (Resolution 217 (A) III, im Internet z.B. abrufbar über die Websites <http://www.unric.org> oder <http://www.un.org>), heute als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.

⁹⁵ Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 4; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 2; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 1.

⁹⁶ S.o. Rn. 3176.

⁹⁷ S.u. Rn. 3242 ff.

⁹⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

der finnischen Verfassung.⁹⁹ Auch die nationalen Verfassungen, die keinen allgemeinen Gleichheitssatz enthalten, sprechen zumindest Teilaspekte an.¹⁰⁰ Das Gleichheitsgebot kann deshalb als gesicherter Bestand gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen angesehen werden.¹⁰¹

Die meisten Verfassungen garantieren die Gleichheit allerdings nur ihren Staatsbürgern,¹⁰² zum Teil auch denjenigen, die sich im räumlichen Geltungsbereich der Verfassung aufhalten.¹⁰³ Einige Verfassungen garantieren die Gleichheit – wie Art. 3 Abs. 1 GG – als Menschenrecht.¹⁰⁴ **3192**

IV. Abgrenzung

Art. 20 EGRC normiert den allgemeinen Gleichheitssatz. Ihm gehen die allgemeinen Diskriminierungsverbote der Art. 21 EGRC und Art. 23 EGRC voraus, da sie spezielle Diskriminierungsmerkmale wie Rasse, Herkunft, Sprache, Religion etc. (Art. 21 Abs. 1 EGRC), Staatsangehörigkeit (Art. 21 Abs. 2 EGRC) und Geschlecht (Art. 23 EGRC) betreffen. **3193**

Die in Art. 15 Abs. 3, 34 Abs. 2 EGRC und in den Primärvorschriften des EG/AEUV¹⁰⁵ enthaltenen besonderen Diskriminierungsverbote haben ebenfalls Vorrang vor dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 EGRC.¹⁰⁶ **3194**

B. Gewährleistungsbereich und Verhältnismäßigkeit

Das in Art. 20 EGRC aufgenommene allgemeine Gleichheitsgebot wird vom EuGH bereits seit langem als wesentlicher Grundsatz des Gemeinschaftsrechts **3195**

⁹⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 1.

¹⁰⁰ S. zu den Bestimmungen in Dänemark, Schweden, den Niederlanden, der Slowakei, der Tschechischen Republik und Malta Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 3.

¹⁰¹ Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta, Rn. 2; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 3; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 2.

¹⁰² So in der französischen (Art. 1 S. 2), der griechischen (Art. 4 Abs. 1), der irischen (Art. 40 Abs. 1 Nr. 1), der italienischen (Art. 3 S. 1), der luxemburgischen (Art. 10 Abs. 3), der österreichischen (Art. 7 Abs. 1 B-VG; Art. 2 Staatsgrundgesetz 1867 i.V.m. Art. 149 Abs. 1 B-VG) und der spanischen (Art. 14) Verfassung.

¹⁰³ Vgl. die belgische (Art. 40 Abs. 2, Art. 191) und die portugiesische (Art. 13 Abs. 1, Art. 15) Verfassung.

¹⁰⁴ S. die Verfassungen Finnlands (§ 6 Abs. 1), der Niederlande (Art. 1 S. 1), Schwedens (Kap. 1 § 9), Estlands (§ 12 Abs. 1), Lettlands (Art. 91), Litauens (Art. 29 Abs. 1), Polens (Art. 32 Abs. 1), der Slowakei (Art. 12 Abs. 1), Sloweniens (Art. 14 Abs. 2) und Zyperns (Art. 28 Nr. 1).

¹⁰⁵ Art. 28, 29, 31 Abs. 1, 34 Abs. 2, 39 Abs. 2, 43, 49, 58 Abs. 3, 72, 87 Abs. 2 lit. a), 90, 141 EG = Art. 34, 35, 37 Abs. 1, 40 Abs. 2, 45 Abs. 2, 49, 56, 65 Abs. 3, 92, 107 Abs. 2 lit. a) 110, 157 AEUV.

¹⁰⁶ Vgl. o. Rn. 3180 ff.

angesehen. Die vielen Entscheidungen können deshalb bei der Bestimmung von Struktur und Gehalt des Art. 20 EGRC herangezogen werden.¹⁰⁷

I. Ungleichbehandlung

- 3196** Das allgemeine Gleichheitsgebot erfährt zwei Ausprägungen: Zum einen dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden. Zum anderen dürfen unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden.¹⁰⁸ Oder in der einprägsamen Kurzformel: Gleiches muss gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden.¹⁰⁹

1. Vergleich der Sachverhalte

a) Ansatz

- 3197** Die Prüfung, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt, beginnt mit der Bildung von Vergleichsgruppen.¹¹⁰ Voraussetzung sind zumindest zwei Sachverhalte. Deren Vergleichspunkt muss auf objektiven Kriterien beruhen.¹¹¹ Die Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Sachverhalte dürfen allerdings nicht zu hoch angesetzt werden,¹¹² um den Anwendungsbereich des Art. 20 EGRC nicht vorschnell einzuzengen.¹¹³ So ist die Vergleichbarkeit beispielsweise gegeben, wenn Erzeugnisse austauschbar sind¹¹⁴ oder zwischen ihnen Wettbewerb besteht.¹¹⁵

¹⁰⁷ Jarass, § 24 Rn. 1; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 13; Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 8; Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 15; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 8.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1995, Rn. 35) – EARL de Kerlast; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2775, Rn. 39) – Karlsson; Rs. C-217/91, Slg. 1993, I-3923 (3953, Rn. 37) – Spanien/Kommission; Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5583 f., Rn. 30) – Winzersekt; Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 13; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 17 m.w.N. zur Rspr.

¹⁰⁹ Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 20; Sattler, in: FS für Rauschning, 2001, S. 251 (258).

¹¹⁰ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 13 m.w.N.; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 15; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 20; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 18.

¹¹¹ EuGH, Rs. 16/61, Slg. 1962, 581 (615) – Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena; Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 10; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 20; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 18.

¹¹² Jarass, § 24 Rn. 6; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 21.

¹¹³ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 21.

¹¹⁴ EuGH, Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753 (1770, Rn. 8) – Ruckdeschel; Rs. 124/76 u. 20/77, Slg. 1977, 1795 (1812, Rn. 18) – Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson; Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 11; Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 13; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 20; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 19.

¹¹⁵ EuGH, Rs. 8/78, Slg. 1978, 1721 (1734, Rn. 26) – Milac/Hauptzollamt Freiburg; Rs. 103 u. 145/77, Slg. 1978, 2037 (2075, Rn. 28/32) – Royal Scholten-Honig; Rs. 125/77,

b) Parallelen und Bedeutung für den Wettbewerb

Daher zählt die Sicht der Verbraucher, für die die Produkte gleiche Eigenschaften haben und denselben Bedürfnissen dienen müssen.¹¹⁶ Diese Form der Substituierbarkeit erinnert an das Wettbewerbsrecht, wo dies das zentrale Merkmal für die Marktabgrenzung ist.¹¹⁷ Aus gemeinsamen Marktchancen ergibt sich eine gleichermaßen bestehende Betroffenheit sowohl gegenüber Verhaltensweisen von marktbeherrschenden bzw. wettbewerbsfähig zusammenwirkenden Unternehmen als auch durch staatliche Maßnahmen, die einzelne Marktteilnehmer benachteiligen bzw. begünstigen. In beiden Konstellationen werden Unternehmen durch übermächtige Akteure in ihren Möglichkeiten am Markt beeinträchtigt. Staatlichen Stellen unterläuft dies beispielsweise durch unterschiedliche Kontrollanforderungen oder Formalitäten oder divergierende Möglichkeiten der Bezeichnung für materiell gleichwertige Erzeugnisse. Die vom EuGH entschiedenen Fälle zur Warenverkehrsfreiheit bergen hier einen reichen Beispielschatz,¹¹⁸ nur dass es im Bereich der Grundrechte nicht auf eine zumindest potenzielle Benachteiligung des grenzüberschreitenden Verkehrs ankommt, sondern auf eine Maßnahme mit hinreichendem Unionsrechtsbezug. Damit hat auch der allgemeine Gleichheitssatz eine erhebliche Bedeutung für die Wettbewerbsfreiheit, die maßgeblich auf Chancengleichheit im Sinne gleicher Wettbewerbsbedingungen beruht. Daher können auch die Maßstäbe parallel liegen.

c) Maßgeblichkeit der Beziehungen zum Staat

Allerdings geht es beim Gleichheitssatz um die Verhältnisse zum Staat. Daher muss in den Beziehungen zu diesem eine Vergleichbarkeit gegeben sein. Stehen zwei Unternehmen mit ihren substituierbaren Erzeugnissen im Wettbewerb, wird darüber die Beziehung zum Staat hergestellt, dass sie gleichermaßen auf dessen Neutralität in den gesetzlichen Regelungen sowie deren Anwendung angewiesen sind, um unverfälschte Ausgangsbedingungen zu haben. Unabhängig von Produkten im Wettbewerb sind Unternehmen darauf angewiesen, bei gleicher Struktur gleich behandelt zu werden – so etwa im Hinblick auf die Gesellschaftsform.¹¹⁹ Insoweit müssen die Beziehungen zum Staat vergleichbar sein. Das ist aber die grundsätzliche Anforderung an den Gleichheitssatz und kann nicht erst seine Anwendung begründen, wäre doch sonst der Manipulation Tür und Tor geöffnet.

Slg. 1978, 1991 (2004, Rn. 28/32) – Koninklijke Scholten-Honig; *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 13; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 19; krit. insoweit *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 54. weitere Beispiele bei *Jarass*, § 24 Rn. 6 und 21 und bei *Odenthal*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 20 ff.

¹¹⁶ EuGH, Rs. 45/75, Slg. 1976, 181 (193, Rn. 12) – Rewe; Rs. 140/79, Slg. 1981, 1 (13 f., Rn. 10) – Chemical Farmanceutici.

¹¹⁷ Näher *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 558, 1176 ff.

¹¹⁸ Im Einzelnen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 630 ff.

¹¹⁹ S. EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1996, Rn. 37 f) – Earl de Kerlast.

d) Öffentliche und private Unternehmen

3200 Das gilt auch und gerade für private und öffentliche Unternehmen. Soweit hier die Beziehungen des Unternehmens zum Staat zählen und daraus die Vergleichbarkeit folgen soll,¹²⁰ so verzerren vielfach die besonderen Beziehungen und Förderungen öffentlicher Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen erst. Das Eingreifen des Gleichheitssatzes muss daher von einer vergleichbaren Marktposition und damit potenziellem Wettbewerb abhängen. Allerdings setzt Art. 86 Abs. 2 EG/106 Abs. 2 AEUV eine Ungleichbehandlung voraus und ermöglicht diese in weitem Umfang.¹²¹ Dadurch werden die besonderen Nachteile kompensiert, die öffentliche Unternehmen wegen spezifischer Lasten vor allem in Form einer flächendeckenden, gleichmäßigen Versorgung haben. Daher ist deren Ausgangssituation gerade verschieden und bedarf des Ausgleichs, um parallele Startbedingungen sicherzustellen. Soweit deshalb in diesen Fällen eine Beihilfe verneint wird,¹²² liegt auch keine Ungleichbehandlung vor. Ist gleichwohl eine Beihilfe gegeben, aber gerechtfertigt,¹²³ besteht eine solche Rechtfertigung auch im Rahmen des Gleichheitssatzes, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Den Maßstab bildet daher auch insoweit Art. 86 Abs. 2 EG/106 Abs. 2 AEUV.

2. Ungleichbehandlung durch gleichen Hoheitsträger

3201 Eine Diskriminierung kann nur durch den Vergleich des Verhaltens desselben Hoheitsträgers festgestellt werden.¹²⁴ Deshalb fehlt es an einer Ungleichbehandlung, wenn ein Mitgliedstaat (bei der Durchführung von Unionsrecht) anders handelt als ein anderer Mitgliedstaat.¹²⁵ Die sich hieraus ergebenden Unterschiede müssen hingenommen werden.¹²⁶ Maßgeblich ist lediglich, dass ein Sachverhalt in einem Mitgliedstaat einheitlich für alle Grundrechtsträger geregelt und angewendet wird.¹²⁷

¹²⁰ S. EuGH, Rs. 188-190/80, Slg. 1982, 2545 (2577 f., Rn. 21) – Frankreich u.a./Kommission.

¹²¹ Ausführlich *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 1954 ff.

¹²² Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 – Altmark; dazu *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 428 ff.

¹²³ *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 53 ff.

¹²⁴ EuGH, Rs. C-320/00, Slg. 2002, I-7325 (7353, Rn. 17 f.) – Lawrence u.a.; *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2919; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 904; *Rossi*, EuR 2000, 197 (210).

¹²⁵ EuGH, Rs. 826/79, Slg. 1980, 2559 (2575, Rn. 15) – Amministrazione delle Finanze dello Stato/Mireco; *Jarass*, § 24 Rn. 7; *Odendahl*, in: Heselerhaus/Nowak, § 43 Rn. 24; *Rossi*, EuR 2000, 197 (210) m.w.N.

¹²⁶ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2919.

¹²⁷ EuGH, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1 (16, Rn. 13) – Walt Wilhelm; Rs. 185-204/78, Slg. 1979, 2345 (2361, Rn. 10 f.) – van Dam; Rs. 308/86, Slg. 1988, 4369 (4392, Rn. 21 f.) – Ministère public/Lambert.

3. Benachteiligung

Zum Teil wird verlangt, dass die Ungleichbehandlung zu einer Benachteiligung für den Grundrechtsträger führt.¹²⁸ Dabei seien kompensierende Vorteile zu berücksichtigen.¹²⁹ Für eine derartige Ansicht finden sich jedoch im Wortlaut des Art. 20 EGRC keine Anhaltspunkte. Die Norm verlangt lediglich eine allgemeine Gleichbehandlung und differenziert nicht danach, ob eine ungleiche Behandlung Nachteile mit sich bringt.¹³⁰ Diese Frage kann ggf. im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung¹³¹ eingebunden werden. Im Übrigen dürften in der Praxis ohnehin nur solche Fälle Bedeutung erlangen, bei denen eine derartige Benachteiligung gegeben ist. **3202**

4. Ergebnisorientierte Betrachtungsweise

Bei der Frage, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt, ist allein der tatsächliche Sachverhalt bzw. das Ergebnis maßgeblich. Es ist möglich, dass eine neutral formulierte Regelung aufgrund von Begleitumständen zu einer Ungleichbehandlung führt.¹³² Dies genügt für einen möglichen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. **3203**

5. Keine Gleichheit im Unrecht

Schon tatbestandsmäßig fehlt es an einer Ungleichbehandlung, wenn der vergleichbare Sachverhalt in einer rechtswidrigen Handlung besteht oder er rechtsfehlerhaft behandelt wurde. Es kann sich niemand auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen¹³³ und damit eine Gleichheit im Unrecht verlangen.¹³⁴ **3204**

¹²⁸ EuGH, Rs. 17 u. 20/61, Slg. 1962, 659 (692 f.) – Klöckner-Werke; *Jarass*, § 24 Rn. 11; *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 13.

¹²⁹ *Jarass*, § 24 Rn. 11.

¹³⁰ *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 22.

¹³¹ S.u. Rn. 3209.

¹³² *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 23.

¹³³ EuGH, Rs. 188/83, Slg. 1984, 3465 (3474 f., Rn. 15) – Witte/Parlament; Rs. 134/84, Slg. 1985, 2225 (2233, Rn. 14) – Williams/Rechnungshof; *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 13; *Jarass*, § 24 Rn. 8; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 16; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 24.

¹³⁴ *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 153; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 453.

II. Rechtfertigung

1. Ansatz

3205 Bei Art. 20 EGRC handelt es sich nicht um ein absolutes, sondern um ein so genanntes relatives Diskriminierungsverbot.¹³⁵ Denn auch wenn eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte gegeben ist, liegt nur dann ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot vor, wenn diese unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist.¹³⁶

3206 Für die Frage, wann eine derartige Rechtfertigung gegeben ist, hat der EuGH bislang keine übergreifenden dogmatischen Leitsätze entwickelt.¹³⁷ So spricht er davon, dass die unterschiedliche Behandlung nicht willkürlich sein darf¹³⁸ oder auf objektive Unterschiede¹³⁹ gestützt sein muss. Wann dies der Fall ist, präzisiert er jedoch nicht.¹⁴⁰ Auch bei der Prüfungsdichte verfolgt er eine uneinheitliche Linie.¹⁴¹ Während er zum Teil den weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers betont,¹⁴² verlangte er in anderen Entscheidungen eine substantiierte Darlegung der Differenzierungsgründe.¹⁴³

2. Legitimes Ziel

3207 Grundsätzlich kann die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nur gegeben sein, wenn sie in Verfolgung berechtigter Ziele geschieht.¹⁴⁴ Eine abstrakte Fest-

¹³⁵ Kischel, EuGRZ 1997, 1 (4).

¹³⁶ EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1995, Rn. 35) – EARL de Kerlast; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2775, Rn. 39) – Karlsson; Rs. 17 u. 20/61, Slg. 1962, 659 (692 f.) – Klöckner-Werke; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 24; EGMR, Urt. vom 13.11.2007, Nr. 57325/00 (Rn. 196), NVwZ 2008, 533 (536) – D.H. u.a./Tschechien; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 26 m.w.N. zur Rspr.

¹³⁷ S. Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 14; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 16; Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 23; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 24.

¹³⁸ EuGH, Rs. 139/77, Slg. 1978, 1317 (1332 f., Rn. 15) – Denkavit/Finanzamt Warendorf; Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 (2754, Rn. 13) – Edeka; Rs. 106/81, Slg. 1982, 2885 (2921, Rn. 22) – Kind/EWG; Rs. 43/72, Slg. 1973, 1055 (1074, Rn. 22) – Merkur; Rs. C-370/88, Slg. 1990, I-4071 (4093, Rn. 24) – Marshall; Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 10; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 26.

¹³⁹ EuGH, Rs. C-370/88, Slg. 1990, I-4071 (4093, Rn. 24) – Marshall; Rs. 250/83, Slg. 1985, 131 (152, Rn. 8) – Finsider; Rs. C-351/98, Slg. 2002, I-8031 (8087, Rn. 57) – Spanien/Kommission; Rs. C-462/99, Slg. 2003, I-5197 (5257 f., Rn. 115) – Connect Austria.

¹⁴⁰ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 26 f.

¹⁴¹ Sattler, in: FS für Rauschning, 2001, S. 251 (256 f.).

¹⁴² EuGH, Rs. C-267-285/88, Slg. 1990, I-435 (481, Rn. 14) – Wuidart u.a.

¹⁴³ EuGH, Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753 (1770 f., Rn. 8 ff.) – Ruckdeschel; Rs. 124/76 u. 20/77, Slg. 1977, 1795 (1812 f., Rn. 19/21 ff.) – Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson.

¹⁴⁴ Vgl. Rs. C-273/97, Slg. 1999, I-7403 (7442, Rn. 26) – Sirdar; Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521 (2547, Rn. 31) – Clean Car, dort unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten.

stellung dessen, was als legitim anzusehen ist, ist nicht möglich. Es kommt jeweils auf den konkreten Einzelfall an.¹⁴⁵ Bislang hat der EuGH folgende Ziele anerkannt, wobei die Aufzählung nicht abschließend zu verstehen ist: Verwaltungspraktikabilität,¹⁴⁶ in deren Folge es zu Typisierungen und Pauschalierungen kommen darf,¹⁴⁷ Wirksamkeit von Rechtsvorschriften,¹⁴⁸ Wiederherstellung der Wettbewerbsgleichheit zwischen Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern,¹⁴⁹ Schutz der Interessen Dritter,¹⁵⁰ Verfolgung von Zielen der Gemeinschaft.¹⁵¹

3. Selbstbindung der Verwaltung

Wenn die Verwaltung bei vergleichbaren Sachverhalten in einer bestimmten Weise gehandelt hat, führt das Gleichheitsgebot zu einer Selbstbindung der Verwaltung. Sie darf in diesem Fall nicht von ihrer üblichen Behandlung abweichen, auch wenn ihr vom Gesetzgeber grundsätzlich Ermessen eingeräumt wurde und die abweichende Behandlung für sich betrachtet rechtmäßig ist.¹⁵² Nur bei einer rechtswidrigen Verwaltungspraxis besteht keine Bindungswirkung.¹⁵³ 3208

III. Verhältnismäßigkeit

Nach der Feststellung einer Ungleichbehandlung und der möglichen Rechtfertigung schließt sich die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an.¹⁵⁴ Dabei stellt sich die Frage, ob die Ungleich- (bzw. Gleich-)behandlung und das mit der Ungleich- bzw. (Gleich-)behandlung angestrebte Ziel in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Eine allgemeine Aussage kann hierzu nicht getroffen werden. Es kommt auf den Einzelfall an. 3209

¹⁴⁵ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 25.

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 (4511, Rn. 60) – SAM u. Stapf.

¹⁴⁷ Jarass, § 24 Rn. 13.

¹⁴⁸ EuGH, Rs. 84/87, Slg. 1988, 2647 (2674, Rn. 30) – Erpelding.

¹⁴⁹ S. EuGH, Rs. C-364 u. 365/95, Slg. 1998, I-1023 (1056 f., Rn. 81) – T.Port; Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 14; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 28.

¹⁵⁰ EuGH, Rs. C-435/02 u. 103/03, Slg. 2004, I-8663 (8688, Rn. 69) – Axel Springer Verlag.

¹⁵¹ Vgl. EuGH, Rs. 106/81, Slg. 1982, 2885 (2921, Rn. 24) – Kind/EWG; Rs. C-351/92, Slg. 1994, I-3361 (3381, Rn. 26) – Graff; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2778, Rn. 48 ff.) – Karlsson; Jarass, § 24 Rn. 16.

¹⁵² EuG, Rs. T-214/95, Slg. 1998, II-717 (747, Rn. 79) – Vlaams Gewest; Jarass, § 24 Rn. 20.

¹⁵³ Jarass, § 24 Rn. 20.

¹⁵⁴ S.o. Rn. 3184 f.

IV. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte

3210 Zwar verbietet der allgemeine Gleichheitssatz grundsätzlich nicht nur die Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte, sondern auch die Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte.¹⁵⁵ Trotzdem ist bereits nach dem Wortlaut des Art. 20 EGRC davon auszugehen, dass generelles Ziel des Art. 20 EGRC die Gleichbehandlung ist und deshalb ein Normverstoß durch eine Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte nur ausnahmsweise angenommen werden kann.¹⁵⁶ Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist insoweit weiter, als er unterschiedliche Sachverhalte nicht stets unterschiedlich behandeln und nicht jede Gleichbehandlung rechtfertigen muss.¹⁵⁷ So stellen zum Beispiel unterschiedliche Wirkungen einer Regelung, die auf objektive Merkmale wie Unterschiede in der Größe eines Unternehmens oder des Standorts zurückzuführen sind, keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar.¹⁵⁸

V. Grundrechtsträger

3211 Art. 20 EGRC beschränkt sich dem Wortlaut nach nicht auf Unionsbürger. Die Bestimmung gilt für alle Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.¹⁵⁹ Sie gilt auch für juristische Personen, obwohl dies nicht – wie in einigen anderen EGRC-Bestimmungen¹⁶⁰ – ausdrücklich angesprochen wird. Zum einen wurde der in einer ursprünglicheren Formulierung verwendete Begriff des „Menschen“ in der abschließenden Fassung durch das Wort „Person“ ersetzt.¹⁶¹ Entgegen einiger sonstiger Bestimmungen der EGRC wurde dies auch im AEUV nicht wieder rückgängig gemacht. Zum anderen wendet der EuGH¹⁶² den allgemeinen Gleichheitssatz wie selbstverständlich auch auf juristische Personen an.¹⁶³ Schließlich ergibt sich die Erstreckung auf juristische Personen auch aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung, einen umfassenden Gleichheitsschutz zu gewährleisten.¹⁶⁴

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 (1995, Rn. 35) – EARL de Kerlast; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 (2775, Rn. 39) – Karlsson; Rs. C-217/91, Slg. 1993, I-3923 (3953, Rn. 37) – Spanien/Kommission; Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 (5583 f., Rn. 30) – Winzersekt; *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 13; *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 154.

¹⁵⁶ *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 28.

¹⁵⁷ *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 28.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. 52/79, Slg. 1980, 833 (858, Rn. 21) – Debaue; EuG, Rs. T-30/99, Slg. 2001, II-943 (972 f., Rn. 78) – Bocchi Food Trade International.

¹⁵⁹ *Jarass*, § 24 Rn. 10; *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 17; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 4.

¹⁶⁰ Z.B. in Art. 42-44 EGRC.

¹⁶¹ *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 2; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 20 Rn. 5.

¹⁶² S.o. Rn. 3189.

¹⁶³ *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 17; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 5.

¹⁶⁴ *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 5.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich allerdings nicht auf Art. 20 EGRC berufen.¹⁶⁵ Sie unterliegen der Hoheitsgewalt eines Grundrechtsadressaten und sind daher nicht selbst grundrechtsberechtigt.¹⁶⁶ **3212**

VI. Staatliche Stellen und nicht Private als Normadressaten

Der allgemeine Gleichheitssatz bindet gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht. Dies entspricht der bislang herrschenden EuGH-Rechtsprechung¹⁶⁷ und den meisten mitgliedstaatlichen Verfassungsnormen.¹⁶⁸ Daher besteht auch keine unmittelbare Drittwirkung.¹⁶⁹ Zwar werden Private mittlerweile auch durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit als besonderer Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbots verpflichtet.¹⁷⁰ Indes kann diese erst durch diesen Schritt in vollem Umfang wirken, sind doch Arbeitnehmer regelmäßig in den tendenziell überlegenen Umkreis privater Arbeitgeber gestellt.¹⁷¹ Das trifft aber nicht allgemein auf sonstige Lebenssituationen zu. Die anderen Grundfreiheiten entfalten denn auch keine unmittelbare Drittwirkung. Parallel dazu kann daher auch der allgemeine Gleichheitssatz Private nicht verpflichten. Diese Wirkung können höchstens spezielle Ausprägungen haben, die ohne eine solche Ausdehnung weitgehend leer liefern. **3213**

Durch Art. 20 EGRC wird auch der Gesetzgeber gebunden,¹⁷² obwohl sich dies nicht automatisch aus der in Art. 20 EGRC gewählten Formulierung ergibt, wonach alle Personen „vor“ dem Gesetz gleich sind.¹⁷³ Die Gesetzgebung legt jedoch mit ihren Vorgaben und Gesetzesformulierungen den Grundstein dafür, dass die Gesetze gleich angewandt werden.¹⁷⁴ Bei der Gesetzesanwendung kann nicht mehr Gleichheit gewährt werden, als in der Bestimmung normiert ist.¹⁷⁵ Dies entspricht auch der bislang geltenden Rechtsprechung des EuGH zum allgemeinen Gleichheitsrecht.¹⁷⁶ **3214**

¹⁶⁵ A.A. Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 12.

¹⁶⁶ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 6; Jarass, § 5 Rn. 32.

¹⁶⁷ S.o. Rn. 3189.

¹⁶⁸ Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 18.

¹⁶⁹ Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 11.

¹⁷⁰ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 (4170 f., Rn. 29 ff.) – Angonese.

¹⁷¹ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1160 ff.

¹⁷² Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 12; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 17.

¹⁷³ Streinz, in: ders., Art. 20 GR-Charta Rn. 7; Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 20 Rn. 18; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 7.

¹⁷⁴ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 20 Rn. 12.

¹⁷⁵ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 8.

¹⁷⁶ S.o. Rn. 3189.

C. Folgen eines Verstoßes

I. Wahlmöglichkeit des Gesetzgebers

3215 Anders als bei einem Freiheitsrecht, bei dessen ungerechtfertigter Beeinträchtigung nur deren Behebung als Rechtsfolge in Betracht kommt, obliegt es bei einer Verletzung des Gleichheitsgebots dem Gesetzgeber, diesen Verstoß zu neutralisieren.¹⁷⁷ Er kann die eine Gruppe ebenso wie die andere, die andere ebenso wie die eine oder beide auf eine neue, dritte Weise behandeln.¹⁷⁸ Der EuGH hat i.d.R. bis zur Entscheidung des Gesetzgebers Begünstigungen auf die Benachteiligten ausgeweitet.¹⁷⁹

II. Schadensersatz

3216 Unabhängig von dieser direkten Folge stellt sich die Frage, inwiefern die von einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz Betroffenen Schadensersatzansprüche geltend machen können.¹⁸⁰ Der EuGH hat bereits Fälle entschieden, in denen ein solcher Verstoß eine Haftung der Gemeinschaft/Union nach Art. 288 EG/340 AEUV auslöste.¹⁸¹ Dabei stellte er zwar heraus, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Regelung in europäischen Rechtssetzungsakten für sich allein nicht genügt, um eine Haftung auszulösen. Sie kann nur dann ausnahmsweise begründet werden, wenn das handelnde Organ die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten haben sollte.¹⁸² Der Gleichheitssatz ist jedoch von derart „besonderer Bedeutung“, dass seine Verletzung eine Haftung auslösen kann.¹⁸³

¹⁷⁷ EuGH, Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753 (1771, Rn. 13) – Ruckdeschel; Rs. 124/76 u. 20/77, Slg. 1977, 1795 (1813, Rn. 27/29) – Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 20 Rn. 18; *Jarass*, § 24 Rn. 4; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 29 f.; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 37.

¹⁷⁸ *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 10, 15; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 20 Rn. 17; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 18; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 35.

¹⁷⁹ EuGH, Rs. 300/86, Slg. 1988, 3443 (3464, Rn. 24) – Luc van Landschoot; Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2270 f., Rn. 26) – Schröder; Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-297 (321, Rn. 21) – Nimz; Rs. C-187/00, Slg. 2003, I-2741 (2795, Rn. 75) – Kutz-Bauer; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 882; *Jarass*, § 24 Rn. 4; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 30; *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 (9).

¹⁸⁰ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 43 Rn. 38.

¹⁸¹ EuGH, Rs. 238/78, Slg. 1979, 2955 – Ireks-Arkady; Rs. 241 u.a./78, Slg. 1979, 3017 – DGV; Rs. 261 u. 262/78, Slg. 1979, 3045 – Interquell Stärke-Chemie; Rs. 64/76 u.a., Slg. 1979, 3091 – Dumortier Frères; die Entsch. betreffen den damaligen Art. 215 Abs. 2 EGV (= Art. 288 EG/340 AEUV).

¹⁸² EuGH, Rs. 238/78, Slg. 1979, 2955 (2972 f., Rn. 9) – Ireks-Arkady; Rs. 241 u.a./78, Slg. 1979, 3017 (3038, Rn. 9) – DGV; Rs. 261 u. 262/78, Slg. 1979, 3045 (3064, Rn. 12) – Interquell Stärke-Chemie; Rs. 64/76 u.a., Slg. 1979, 3091 (3113 f., Rn. 9) – Dumortier Frères.

¹⁸³ EuGH, Rs. 238/78, Slg. 1979, 2955 (2973, Rn. 11) – Ireks-Arkady; Rs. 241 u.a./78, Slg. 1979, 3017 (3038 f., Rn. 11) – DGV; Rs. 261 u. 262/78, Slg. 1979, 3045 (3064 f.,

Auch das EuG stellte ausdrücklich heraus, dass der Gleichheitssatz „eine höher-rangige, den Einzelnen schützende Rechtsnorm (sei), deren Verletzung die Haftung der Gemeinschaft auslösen“ könne.¹⁸⁴ Es kommt dabei allerdings auf die weiteren Umstände des Einzelfalls an. **3217**

Diese herausgehobene Bedeutung des Gleichheitssatzes bei der Auslösung von Schadensersatzansprüchen kompensiert teilweise, dass eine konkrete Maßnahme angesichts der Wahlmöglichkeiten des Normgebers schwerlich eingefordert werden kann. Aus diesem Grunde würde ohne eine besondere Betonung des Gleichheitssatzes ein Schadensersatzanspruch insoweit leer laufen, als ein erhebliches und offenkundiges Überschreiten der gesetzgeberischen Befugnisse seltener als bei anderen Normen festgestellt werden kann. Der Schadensersatzanspruch gewährleistet, dass der Gesetzgeber nicht im Vertrauen auf eine bloße Anpassung der von ihm erlassenen Vorschriften einen Gleichheitsverstoß in Kauf nimmt, sondern finanziell belastet wird. **3218**

D. Prüfungsschema zu Art. 20 EGRC

1. Schutzbereich

3219

Gleiches muss gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden

2. Beeinträchtigung

- a) Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte oder Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte**
- b) Vergleich der Sachverhalte**
- c) ergebnisorientierte Betrachtungsweise**
- d) keine Gleichheit im Unrecht**

3. Rechtfertigung

- a) (Ungleich-)Behandlung erfolgte zur Erreichung eines legitimen Ziels**
- b) ggf. Selbstbindung der Verwaltung**

4. Verhältnismäßigkeit

(Ungleich-)Behandlung in angemessenem Verhältnis zu angestrebtem Ziel

5. Folgen eines Verstoßes

- a) Wahlmöglichkeit des Gesetzgebers**
- b) ggf. Schadensersatz**

Rn. 14) – Interquell Stärke-Chemie; Rs. 64/76 u.a., Slg. 1979, 3091 (3114, Rn. 11) – Dumortier Frères.

¹⁸⁴ EuG, Rs. T-390/94, Slg. 1997, II-501 (525, Rn. 78) – Schröder u.a.

§ 3 Nichtdiskriminierung

A. Grundlagen

- 3220** Art. 21 EGRC beinhaltet zwei allgemeine Diskriminierungsverbote. Gem. seinem Absatz 1 sind Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verboten. Gem. Art. 21 Abs. 2 EGRC ist unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.
- 3221** Die beiden Absätze waren zu Beginn des Grundrechtekonvents in zwei unterschiedlichen Artikeln vorgesehen, wurden aber im Laufe der Beratungen zu einer Norm zusammengefasst.¹⁸⁵

I. Entstehung

- 3222** Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁸⁶ lehnt sich Art. 21 Abs. 1 EGRC an Art. 13 EG/19 AEUV und Art. 14 EMRK sowie an Art. 11 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin¹⁸⁷ an. Soweit er mit Art. 14 EMRK zusammenfällt, findet er nach diesem Artikel Anwendung.
- 3223** Art. 21 Abs. 2 EGRC korrespondiert mit Art. 12 EG/18 AEUV und findet entsprechend Anwendung.

II. Parallelen im europäischen Primärrecht

1. Entwicklung

- 3224** Bis zum Amsterdamer Vertrag fanden sich im europäischen Primärrecht jenseits der Grundfreiheiten als spezifische Diskriminierungsverbote für den grenzüberschreitenden Verkehr nur zwei Diskriminierungsverbote, nämlich das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EG/18 AEUV¹⁸⁸) und das Verbot der Diskriminierung zwischen Erzeugern und Verbrauchern im Bereich der Landwirtschaft (Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EG/40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV).¹⁸⁹ Mit dem Amsterdamer Vertrag wurden in Art. 13 EG/19 AEUV weitere Diskriminie-

¹⁸⁵ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 24.

¹⁸⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

¹⁸⁷ Europarat SEV-Nr. 164.

¹⁸⁸ Zunächst Art. 7 Abs. 1 EWGV, nach Maastricht Art. 6 Abs. 1 EGV, ab Amsterdam Art. 12 Abs. 1 EG, ab Lissabon Art. 18 Abs. 1 AEUV.

¹⁸⁹ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 1.

rungsmerkmale eingeführt, allerdings nicht in Form eines Diskriminierungsverbots, sondern als Ermächtigungsgrundlage.¹⁹⁰

2. Art. 12 EG/18 AEUV

Art. 12 EG/18 AEUV enthält ein – im Vergleich mit Art. 21 Abs. 2 EGRC beinahe gleichlautendes – allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Die Bestimmung war von Beginn an Bestandteil des EG.¹⁹¹ Aufgrund ihrer zentralen Bedeutung für das Integrationsvorhaben der Union nimmt sie eine elementare Position im gesamten Europarecht ein.¹⁹² Es handelt sich bei ihr um ein Leitmotiv der Union.¹⁹³ Sie verlangt eine vollständige Gleichstellung und Gleichbehandlung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten mit den eigenen Staatsangehörigen¹⁹⁴ und schützt zugleich die eigenen Staatsangehörigen, wenn sie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen.¹⁹⁵ Mit der Aufnahme von Art. 21 Abs. 2 EGRC wird die vom EuGH bereits lange als Grundrecht anerkannte Norm des Art. 12 EG/18 AEUV auch formal in den Rang eines Grundrechts gehoben.¹⁹⁶ **3225**

Die Übereinstimmung von Art. 21 Abs. 2 EGRC mit Art. 12 EG/18 AEUV hat nach Art. 52 Abs. 2 EGRC zur Folge, dass die Ausübung des Art. 21 Abs. 2 EGRC im Rahmen der in Art. 12 EG/18 AEUV festgelegten Bedingungen und Grenzen zu erfolgen hat.¹⁹⁷ Dies bedeutet, dass sowohl der Gewährleistungsbereich als auch die Beeinträchtigungsmöglichkeiten miteinander übereinstimmen müssen.¹⁹⁸ Art. 21 Abs. 2 EGRC darf mithin nicht anders ausgelegt und eingeschränkt werden als das aus Art. 12 EG/18 AEUV entsprungene Grundrecht.¹⁹⁹ **3226**

3. Art. 13 EG/19 AEUV

a) Inhalt

Art. 12 EG/18 AEUV wird ergänzt durch Art. 13 EG/19 AEUV, der eine Kompetenz der Union begründet, die erforderlichen Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder **3227**

¹⁹⁰ Wernsmann, JZ 2005, 224 (224); s.u. Rn. 3227 ff.

¹⁹¹ Zunächst in Art. 7 Abs. 1 EWGV, nach Maastricht in Art. 6 Abs. 1 EGV und seit Amsterdam in Art. 12 Abs. 1 EG; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 4.

¹⁹² Kischel, EuGRZ 1997, 1 (1).

¹⁹³ Frenz, Europarecht 1, Rn. 2912; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 4; Kischel, EuGRZ 1997, 1 (1); Jarass, § 25 Rn. 26.

¹⁹⁴ Frenz, Europarecht 1, Rn. 2899.

¹⁹⁵ Jarass, § 25 Rn. 26.

¹⁹⁶ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 11.

¹⁹⁷ Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 26.

¹⁹⁸ Jarass, § 25 Rn. 25; Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 26; allgemein s. Rn. 183 ff.

¹⁹⁹ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 26.

der sexuellen Ausrichtung zu ergreifen.²⁰⁰ Im Unterschied zu Art. 12 EG/18 AEUV enthält Art. 13 EG/19 AEUV kein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot.²⁰¹ Es handelt sich vielmehr um eine Ermächtigungsgrundlage.²⁰² Um Diskriminierungen aus den genannten Gründen zu verbieten, bedarf es des Erlasses von Umsetzungsvorschriften.²⁰³

- 3228** Die Union hat durch drei Antidiskriminierungs-Richtlinien von der Kompetenz in Art. 13 EG/19 AEUV Gebrauch gemacht: die AntirassismusRL 2000/43/EG,²⁰⁴ die RL 2000/78/EG (die Richtlinie betrifft Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung)²⁰⁵ und die RL 2004/113.²⁰⁶

b) Verhältnis zu Art. 21 Abs. 1 EGRC

aa) Überschneidung bei divergierender Wirkung

- 3229** Art. 13 EG/19 AEUV und Art. 21 Abs. 1 EGRC überschneiden sich in einer Reihe der verbotenen Diskriminierungsmerkmale. Anders als Art. 13 EG/19 AEUV verbietet Art. 21 Abs. 1 EGRC die Diskriminierung allerdings direkt. Art. 21 Abs. 1 EGRC ist damit grundsätzlich unmittelbar anwendbar, Art. 13 EG/19 AEUV hingegen nicht. Es stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis der beiden Normen.²⁰⁷

bb) Erläuterungen zur EGRC

- 3230** Die Erläuterungen zur EGRC²⁰⁸ führen dazu aus: „Art. 21 Abs. 1 EGRC und Art. 13 EG/19 AEUV, der einen anderen Anwendungsbereich hat und einen anderen Zweck verfolgt, stehen nicht in Widerspruch zueinander und sind nicht unver-

²⁰⁰ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 20; Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 EGV Rn. 1; Rossi, EuR 2000, 197 (197).

²⁰¹ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 48. m.w.N.; Dieball, EuR 2000, 274 (278); Wernsmann, JZ 2005, 224 (227); Rossi, EuR 2000, 197 (197); Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 159.

²⁰² Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 3; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 44; Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 EGV Rn. 1; Dieball, EuR 2000, 274 (278); Wernsmann, JZ 2005, 224 (227); Rossi, EuR 2000, 197 (197).

²⁰³ Frenz, Europarecht 1, Rn. 2914.

²⁰⁴ Des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft (AntirassismusRL), ABl. L 180, S. 22.

²⁰⁵ Des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16.

²⁰⁶ Des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373, S. 37. S. zu den drei RLn Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 EGV Rn. 10 ff.

²⁰⁷ Griller, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (147 ff.).

²⁰⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

einbar miteinander: In Art. 13 EG/19 AEUV wird der Union die Zuständigkeit übertragen, Gesetzgebungsakte – unter anderem auch betreffend die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten – zur Bekämpfung bestimmter Formen der Diskriminierung, die in diesem Artikel erschöpfend aufgezählt sind, zu erlassen. Diese Rechtsvorschriften können Maßnahmen der Behörden der Mitgliedstaaten (sowie die Beziehungen zwischen Privatpersonen) in jedem Bereich innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten der Union umfassen. In Abs. 1 des Art. 21 EGRC hingegen wird weder eine Zuständigkeit zum Erlass von Antidiskriminierungsgesetzen in diesen Bereichen des Handelns von Mitgliedstaaten oder Privatpersonen geschaffen noch ein umfassendes Diskriminierungsverbot in diesen Bereichen festgelegt. Vielmehr behandelt er die Diskriminierung seitens der Organe und Einrichtungen der Union im Rahmen der Ausübung der ihr nach den Verträgen zugewiesenen Zuständigkeiten und seitens der Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung des Unionsrechts. Mit Abs. 1 wird daher weder der Umfang der nach Art. 13 EG/19 AEUV zugewiesenen Zuständigkeiten noch die Auslegung dieses Artikels geändert.²⁰⁹

cc) Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 EGRC?

Damit ist jedoch noch nicht geklärt, inwiefern sich der einzelne Bürger auf Art. 21 Abs. 1 EGRC berufen kann bzw. inwieweit die grundsätzlich unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 EGRC durch die nur mittelbare Wirkung des Art. 13 EG/19 AEUV beeinflusst wird. **3231**

Wenn die Diskriminierung aufgrund eines nur in Art. 21 Abs. 1 EGRC, nicht aber in Art. 13 EG/19 AEUV genannten Kriteriums erfolgt, ist die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 EGRC aufgrund seiner Grundrechtsqualität unproblematisch zu bejahen. Das gilt für die Hautfarbe, die soziale Herkunft, die genetischen Merkmale, die Sprache, die politische oder sonstige Anschauung, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen und die Geburt. Der umgekehrte Fall, dass ein Merkmal in Art. 13 EG/19 AEUV, nicht aber in Art. 21 Abs. 1 EGRC genannt würde, existiert nicht, weil Art. 21 Abs. 1 EGRC weiter gefasst ist als Art. 13 EG/19 AEUV und alle dort genannten Merkmale aufzählt. **3232**

Problematisch ist aber der Fall, bei dem ein Diskriminierungsmerkmal sowohl in Art. 21 Abs. 1 EGRC als auch in Art. 13 EG/19 AEUV genannt wird. Dies ist der Fall bei einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.²¹⁰ Schwierigkeiten bereitet insoweit die Bestimmung des Art. 52 Abs. 2 EGRC. Danach erfolgt die Ausübung der durch die EGRC anerkannten Rechte, die in den Verträgen geregelt sind, im Rahmen der darin festgelegten Bedingungen und Grenzen. **3233**

²⁰⁹ Dieser Absatz war in den Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 23, noch nicht enthalten.

²¹⁰ Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 296.

dd) Problem des Art. 52 Abs. 2 EGRC

- 3234** Solange auf der Grundlage des Art. 13 EG/19 AEUV noch keine Maßnahme ergriffen worden ist, könnten die in Art. 21 Abs. 1 EGRC enthaltenen Diskriminierungsverbote insoweit nicht in den Verträgen i.S.d. Art. 52 Abs. 2 EGRC „geregelt“ sein, wenn dieser sich auf Sekundärrecht erstreckt.²¹¹ Art. 52 Abs. 2 EGRC würde damit keine Wirkung entfalten und Art. 13 EG/19 AEUV müsste keine Beachtung geschenkt werden, so dass Art. 21 Abs. 1 EGRC unmittelbar anwendbar wäre. Wenn hingegen das Europäische Parlament und der Rat eine Maßnahme nach Art. 13 EG/19 AEUV beschlossen hätten, wäre Art. 52 Abs. 2 EGRC anwendbar, so dass sich der Umfang von Art. 21 Abs. 1 EGRC nach diesen Maßnahmen bestimmen würde.
- 3235** Sieht man hingegen die Diskriminierungsverbote aus Art. 21 Abs. 1 EGRC für die übereinstimmenden Merkmale grundsätzlich als in Art. 13 EG/19 AEUV geregelt an, hätte dies zur Folge, dass Art. 52 Abs. 2 EGRC stets anzuwenden wäre. Betrachtet man die nicht unmittelbare Wirkung des Art. 13 EG/19 AEUV dann als eine der „Bedingungen und Grenzen“ dieser Norm, würde dies die unmittelbare Wirkung des Art. 21 Abs. 1 EGRC ausschließen. Unmittelbare Diskriminierungsverbote würden sich dann erst aus dem auf der Grundlage von Art. 13 EG/19 AEUV erlassenen Sekundärrecht ergeben.
- 3236** Schließlich könnte man die Diskriminierungsverbote des Art. 21 Abs. 1 EGRC als nicht in Art. 13 EG/19 AEUV, sondern im richterrechtlich entwickelten allgemeinen Gleichheitssatz „geregelt“ sehen. Art. 52 Abs. 2 EGRC fände in diesem Fall keine Anwendung mit der Folge, dass Art. 21 Abs. 1 EGRC als Grundrechtsnorm generell unmittelbar anwendbar wäre.²¹²

ee) Art. 21 Abs. 1 EGRC als Präzisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes

- 3237** Für diese letztgenannte Ansicht spricht, dass sich der EuGH regelmäßig auf den allgemeinen Gleichheitssatz beruft und die Diskriminierungsverbote als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes ansieht.²¹³ Zwar nehmen die Erläuterungen zur EGRC²¹⁴ bei Art. 21 Abs. 1 EGRC auf Art. 13 EG/19 AEUV Bezug. Allerdings lehnt sich nach ihrer Ansicht Art. 21 EGRC an Art. 13 EG/19 AEUV nur „an“. Damit ist jedenfalls nicht gesagt, dass die Diskriminierungsverbote des Art. 21 Abs. 1 EGRC in Art. 13 EG/19 AEUV i.S.d. Art. 52 Abs. 2 EGRC „geregelt“ sind. So verweisen die Erläuterungen auch nicht auf Art. 52 Abs. 2 EGRC.
- 3238** Hinzu kommt, dass Art. 13 EG/19 AEUV nach Systematik und Genese offensichtlich neben dem bereits unmittelbar geltenden Art. 12 EG/18 AEUV zusätzli-

²¹¹ Bejahend o. Rn. 461 sowie m.w.N. auch zur Gegenansicht u. Rn. 4819 f.

²¹² S. zu den unterschiedlichen Lösungsansätzen und deren Vertretern in der Lit. *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 296 ff.; *Griller*, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (147 ff.).

²¹³ EuGH, Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-300 (306, Rn. 14) – Pastoors u. Trans-Cap, die Entsch. spricht noch von Art. 6 EGV; s.o. Rn. 3173.

²¹⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

che Maßnahmen ermöglichen will.²¹⁵ Man kann nicht annehmen, dass er die bekämpften Diskriminierungen bis zum Erlass einer Maßnahme erlauben will.²¹⁶ Auch Art. 13 EG/19 AEUV ist damit letztlich eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Daher sind die Diskriminierungsmerkmale des Art. 21 Abs. 1 EGRC nicht als in Art. 13 EG/19 AEUV, sondern im allgemeinen Gleichheitssatz als „geregelt“ anzusehen. Art. 52 Abs. 2 EGRC entfaltet somit keine Sperrwirkung, so dass die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 21 Abs. 1 EGRC insgesamt bejaht werden kann.

ff) Systematik von Art. 21 Abs. 1 EGRC

Ansonsten käme man zu dem widersinnigen Ergebnis, dass die gegenüber Art. 13 EG/19 AEUV hinzugekommenen Diskriminierungsmerkmale wie die soziale Herkunft eine unmittelbare und damit stärkere Wirkung entfalteten als die traditionellen. Dabei sind sie in der Natur oft schwächer, so die politische oder sonstige Anschauung. Daher kann auch die Abgrenzung schwierig sein, etwa von der politischen zur Weltanschauung. Manche Kriterien überschneiden sich, z.B. die Rasse und die Hautfarbe. Deshalb ist eine unterschiedliche Einstufung in unmittelbar und nicht unmittelbar wirkende Merkmale problematisch. Sie würde auch Divergenzen mit den zugleich in Art. 14 EMRK genannten Merkmalen hervorrufen, für die Art. 52 Abs. 3 EGRC heranzuziehen ist. Sie würde dazu führen, dass die traditionellen Merkmale, denen ganz ähnliche neue Merkmale an die Seite gestellt wurden, von letzteren überlagert würden, außer man legt diese restriktiv aus. Dann aber liefe die durch Art. 21 Abs. 1 EGRC ermöglichte Fortentwicklung des Diskriminierungsverbotes, die sich gerade in der Aufnahme weiterer Merkmale zeigt, weitgehend leer. Das Verbot fiel dann auch aus den Rahmen der anderen Gleichheitsrechte, in die es systematisch eingebettet ist. Als bloßer nicht unmittelbar wirkender Grundsatz hätte es in Titel IV „Solidarität“ mit verschiedenen, nicht unmittelbar wirkenden Bestimmungen seinen richtigen Platz gehabt. **3239**

III. EuGH-Rechtsprechung

Entsprechend den Bestimmungen im Primärrecht hat sich der EuGH bislang vorwiegend mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit beschäftigt.²¹⁷ Hierzu gibt es eine große Zahl von Entscheidungen.²¹⁸ Dabei hat der EuGH Art. 12 EG/18 AEUV ein Grundrecht entnommen. Zwar hat er die Norm nicht ausdrücklich als solches bezeichnet.²¹⁹ Aus den Entscheidungen jedoch folgt, **3240**

²¹⁵ *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 299.

²¹⁶ *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 298 f. m.w.N.; *Griller*, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 (149).

²¹⁷ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 2.

²¹⁸ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 897.

²¹⁹ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 25.

dass er von einer Grundrechtsqualität ausgeht, zumal er Art. 12 EG/18 AEUV als spezifischen Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes ansieht.²²⁰ Aufgrund der Übereinstimmung von Art. 12 EG/18 AEUV mit Art. 21 Abs. 2 EGRC ist die zu Art. 12 EG/18 AEUV ergangene Rechtsprechung von großer Bedeutung und kann für die Bestimmung des Gewährleistungsbereichs von Art. 21 Abs. 2 EGRC herangezogen werden.²²¹

- 3241** Der EuGH hat sich zudem mit den auf der Grundlage des Art. 13 EG/19 AEUV geschaffenen Richtlinien und mit den dort genannten Diskriminierungsmerkmalen befasst.²²²

IV. Internationale Übereinkommen

- 3242** Die Erläuterungen zur EGRC²²³ verweisen auch auf Art. 14 EMRK und Art. 11 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin.²²⁴

1. Art. 14 EMRK

- 3243** Gem. Art. 14 EMRK ist der Genuss der in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

- 3244** Art. 14 EMRK bezieht sich mithin nur auf die in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten. Es handelt sich um ein so genanntes akzessorisches Verbot,²²⁵ wobei die Beschränkung vom EGMR recht großzügig behandelt wird.²²⁶ Art. 21 Abs. 1 EGRC geht über eine derartige Beschränkung hinaus und gebietet den diskriminierungsfreien Genuss aller Rechte, nicht nur der Grundrechte.²²⁷

- 3245** Nach den Erläuterungen zur EGRC²²⁸ soll Art. 21 EGRC, soweit er mit Art. 14 EMRK zusammenfällt, nach diesem Artikel Anwendung finden. Damit beziehen sich die Erläuterungen auf Art. 52 Abs. 3 EGRC. Hiernach haben die Charta-Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Art. 14 EMRK spielt in der Rechtsprechung des EGMR eine große Rolle.²²⁹ Auch

²²⁰ Vgl. o. Rn. 3173.

²²¹ Jarass, § 25 Rn. 25; Rengeling/Szczekalla, Rn. 897.

²²² S. zuletzt EuGH, Rs. C-411/05, NJW 2007, 3339 – Félix Palacios de la Villa; Rs. C-267/06, NVwZ 2008, 537 – Maruko.

²²³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

²²⁴ Europarat SEV-Nr. 164.

²²⁵ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 3.

²²⁶ Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 8.

²²⁷ Jarass, § 25 Rn. 1.

²²⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

²²⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 899.

die Rechtsprechung kann deshalb zur Bestimmung der Gewährleistungen und zur Auslegung der Diskriminierungsmerkmale des Art. 21 Abs. 1 EGRC herangezogen werden.

Nach Art. 1 Abs. 1 des Protokolls Nr. 12 zur EMRK ist der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechts ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten. Gem. Art. 1 Abs. 2 des Protokolls Nr. 12 zur EMRK darf niemand von einer Behörde diskriminiert werden, insbesondere nicht aus einem der in Absatz 1 genannten Gründe. Das Protokoll Nr. 12 zur EMRK ist 2005 in Kraft getreten.²³⁰ Die Bundesrepublik hat es zwar unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert. **3246**

2. Art. 11 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin

Das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin²³¹ ist ein 1997 auf der Ebene des Europarats ausgehandelter, 1999 in Kraft getretener Vertrag, der eine Reihe von Grundsätzen und Verboten betreffend die Genetik, die medizinische Forschung, die Einwilligung der betreffenden Person, das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das Recht auf Auskunft, die Organverpflanzung, die öffentliche Debatte zu diesen Themen usw. enthält. Das Übereinkommen ist bislang allerdings nicht von allen Mitgliedern des Europarats unterzeichnet und ratifiziert worden. So lehnen beispielsweise Belgien, Deutschland, Luxemburg, Österreich und Liechtenstein die Ratifikation der Konvention bis heute ab. Den Grund für die ablehnende Haltung Deutschlands bildet allerdings nicht die Formulierung des hier einschlägigen Artikels 11, sondern anderer Normen.²³² Art. 11 des Übereinkommens ist – ebenso wie Art. 21 EGRC – überschrieben mit dem Begriff Nichtdiskriminierung. Er verbietet jede Diskriminierung einer Person wegen ihres genetischen Erbes. **3247**

V. Verfassungen der Mitgliedstaaten

Seit Ende des 18. Jahrhunderts haben Diskriminierungsverbote aufgrund bestimmter Merkmale Eingang in die europäischen Verfassungen gefunden, zunächst bezogen auf die Unterschiede des Standes und der Religion. Insbesondere im Anschluss an den ersten und zweiten Weltkrieg wurden die Verbote häufig auf weitere Merkmale ausgeweitet.²³³ **3248**

²³⁰ *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 1.

²³¹ Europarat SEV-Nr. 164.

²³² *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 3.

²³³ *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 12.

- 3249** Heute enthalten viele mitgliedstaatliche Verfassungen einen mit Art. 21 Abs. 1 EGRC vergleichbaren Katalog besonderer Diskriminierungsmerkmale. Sie ergänzen regelmäßig einen allgemeinen Gleichheitssatz (wie in Art. 20 EGRC).²³⁴ Dabei sind die mitgliedstaatlichen Normen allerdings häufig in ihrem Anwendungsbereich begrenzter als Art. 21 EGRC.²³⁵ So ist zum Beispiel der von den Verboten betroffene Personenkreis enger,²³⁶ das Diskriminierungsverbot bezieht sich nur auf die Garantie bestimmter Rechte²³⁷ oder es sind nur Besserstellungen ausgeschlossen.²³⁸ Die einzelnen in Art. 21 Abs. 1 EGRC genannten Merkmale finden sich weitestgehend in den mitgliedstaatlichen Verfassungen wieder, wenngleich mit leichten Formulierungsdifferenzen.²³⁹
- 3250** Art. 21 Abs. 2 EGRC findet sich in keiner mitgliedstaatlichen Verfassung.²⁴⁰ Lediglich die Verfassungen Litauens²⁴¹ und Sloweniens²⁴² nennen in ihren Katalogen verbotener Diskriminierungsmerkmale auch die Staatsangehörigkeit.

VI. Abgrenzung der Diskriminierungsverbote

- 3251** Art. 21 Abs. 1 und 2 EGRC normieren allgemeine Diskriminierungsverbote aufgrund bestimmter Differenzierungskriterien, so der Staatsangehörigkeit in Art. 21 Abs. 2 EGRC. Sie gehen deshalb dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 EGRC vor.²⁴³
- 3252** Besondere Diskriminierungsverbote, die einen speziellen wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich betreffen, finden sich im EG/AEUV in den Vorschriften über die Grundfreiheiten²⁴⁴ und in einigen Bestimmungen der EGRC, beispielsweise in Art. 34 Abs. 2 EGRC. Sie gehen den allgemeinen Diskriminierungsverboten des Art. 21 EGRC vor.²⁴⁵ Dies zeigt sich bei Art. 21 Abs. 2 EGRC deutlich im Wort-

²³⁴ So die Verfassungen Deutschlands, Estlands, Finnlands, Italiens, Litauens, Maltas, Österreichs, Portugals, der Slowakei, Sloweniens, Spaniens, Tschechiens, Ungarns, Zyperns, der Niederlande und Schwedens; ausführlich *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 4 ff.

²³⁵ Vgl. *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 13 mit ausführlichen Beispielen.

²³⁶ Er ist beispielsweise auf die eigenen Staatsbürger beschränkt, vgl. Art. 3 S. 1 der italienischen Verfassung.

²³⁷ S. z.B. die Beschränkung auf Grund- und Menschenrechte in Art. 11 der belgischen Verfassung oder in Art. 91 S. 2 der Verfassung Lettlands.

²³⁸ S. Art. 7 Abs. 1 S. 2 Bundesverfassungsgesetz von Österreich.

²³⁹ *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 13; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 2; ausführlicher *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 6 ff.

²⁴⁰ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 26.

²⁴¹ Art. 29 Abs. 2 der litauischen Verfassung.

²⁴² Art. 14 Abs. 1 der slowenischen Verfassung.

²⁴³ *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 18; *Jarass*, § 25 Rn. 5, 33.

²⁴⁴ Art. 28, 29, 31 Abs. 1, 39 Abs. 2, 43, 49, 58 Abs. 3, 34 Abs. 2 UAbs. 2, 72, 87 Abs. 2 lit. a), 90, 141 EG = Art. 34, 35, 37 Abs. 1, 40 Abs. 2 UAbs. 2, 45 Abs. 2, 49, 56, 65 Abs. 3, 92, 107 Abs. 2 lit. a), 110, 157 AEUV.

²⁴⁵ Vgl. o. Rn. 3180 f.

laut, wonach das Diskriminierungsverbot nur „unbeschadet besonderer Bestimmungen“ der Verträge gilt.²⁴⁶

Auch wenn Art. 21 Abs. 1 und 2 EGRC sowie Art. 23 EGRC allesamt als allgemeine Diskriminierungsverbote qualifiziert werden können,²⁴⁷ betreffen Art. 21 Abs. 2 und Art. 23 EGRC doch speziellere Bereiche als Art. 21 Abs. 1 EGRC. Während Letzterer alle Diskriminierungen gleichermaßen verbietet, bezieht sich Art. 21 Abs. 2 EGRC speziell auf Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit und Art. 23 EGRC auf solche zwischen Frauen und Männern. Deshalb tritt Art. 21 Abs. 1 EGRC hinter beide Vorschriften zurück.²⁴⁸ Art. 21 Abs. 2 EGRC und Art. 23 EGRC stellen auf unterschiedliche Diskriminierungsmerkmale ab und sind deshalb nebeneinander anwendbar.²⁴⁹ **3253**

Während Art. 10 Abs. 1 EGRC die Ausübung der Gewissens-, Religions- und Weltanschauungsfreiheit gewährleistet,²⁵⁰ verbietet Art. 21 Abs. 1 EGRC eine Diskriminierung aus diesen Gründen und ergänzt damit das Freiheitsrecht um ein umfassendes Gleichheitsrecht, ohne dass negative Rückwirkungen auf die Freiheitsausübung eintreten müssen. Die Ungleichbehandlung ist als solche verboten, unabhängig von Behinderungen der religiösen oder weltanschaulichen Entfaltung. **3254**

B. Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 EGRC

I. Grundstruktur

Art. 21 EGRC beinhaltet zwei allgemeine Diskriminierungsverbote, die Diskriminierungen aufgrund bestimmter Merkmale verbieten.²⁵¹ Gem. Art. 21 Abs. 1 EGRC sind Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verboten. Art. 21 Abs. 1 EGRC enthält damit ein umfassendes allgemeines Diskriminierungsverbot.²⁵² Es werden nur verschiedene Merkmale besonders genannt. Diese sind nicht abschließend zu verstehen, wenngleich sie wegen ihrer großen Zahl und weiten inhaltlichen Bestandteile die meisten Konstellationen abdecken dürften.²⁵³ **3255**

²⁴⁶ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 5; Rengeling/Szczekalla, Rn. 905.

²⁴⁷ S.o. Rn. 3176.

²⁴⁸ S. Jarass, § 25 Rn. 5, 33; Rengeling/Szczekalla, Rn. 902; Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 26.

²⁴⁹ Vgl. Rossi, EuR 2000, 197 (298 f.) zu Art. 12 Abs. 1/18 AEUV und Art. 141 EG/157 AEUV.

²⁵⁰ S.o. Rn. 1538 ff.

²⁵¹ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 19; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 453; s.o. Rn. 3220.

²⁵² Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4.

²⁵³ Näher sogleich Rn. 3257 ff.

Sie bilden den Ausgangspunkt und Maßstab, um ein tatbestandsrelevantes Verhalten in Form einer Ungleichbehandlung feststellen zu können. Daher sind sie auch schon auf Tatbestands- und nicht erst auf Rechtfertigungsebene zu prüfen.²⁵⁴

II. Ungleichbehandlung

1. Parallele zu Art. 20 EGRC

- 3256** Art. 21 Abs. 1 EGRC kommt zum Tragen, wenn eine Ungleichbehandlung aufgrund einer bestimmten Eigenschaft oder eines bestimmten Merkmals eines Grundrechtsträgers vorliegt.²⁵⁵ Dazu muss zunächst eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte festgestellt werden.²⁵⁶ Dieses Grundmerkmal liegt parallel zu dem nach Art. 20 EGRC und kann gleichermaßen beschrieben werden,²⁵⁷ zumal beide Vorschriften unmittelbar nebeneinander stehen.

2. Diskriminierungsmerkmale

- 3257** Art. 21 Abs. 1 EGRC nennt verschiedene Merkmale, aufgrund derer eine Diskriminierung verboten ist. Die Auflistung enthält nur Beispiele, wie sich an dem Wort „insbesondere“ zeigt.²⁵⁸ Art. 21 Abs. 1 EGRC beinhaltet damit ein umfassendes Diskriminierungsverbot, das sich nicht auf bestimmte Merkmale beschränkt.²⁵⁹ Die Bedeutung der genannten Merkmale liegt darin, auf bestimmte, häufig verwandte Diskriminierungsmerkmale hinzuweisen und dafür zu sensibilisieren.²⁶⁰
- 3258** Da die Diskriminierungsmerkmale in Art. 21 Abs. 1 EGRC nur beispielhaft aufgezählt werden, können die Begriffe selbst weit ausgelegt werden.²⁶¹ Sie entsprechen weitestgehend den in Art. 13 EG/19 AEUV genannten Merkmalen, erweitern diese allerdings um zusätzliche.²⁶² Eine größere Konvergenz ergibt sich mit den in Art. 14 EMRK genannten Merkmalen. Noch stärker ist die Übereinstimmung mit Art. 1 des Protokolls Nr. 12 zur EMRK.²⁶³ Aufgrund der Harmoni-

²⁵⁴ Zur Prüfung der Diskriminierungsmerkmale erst auf Rechtfertigungsebene *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 19.

²⁵⁵ *Jarass*, § 25 Rn. 6.

²⁵⁶ *Jarass*, § 25 Rn. 9.

²⁵⁷ S. daher o. Rn. 3196 ff.

²⁵⁸ *Streinz*, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 8; *Jarass*, § 25 Rn. 6; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 32; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 56; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 902.

²⁵⁹ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 32.

²⁶⁰ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 32; ähnlich *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 454.

²⁶¹ *Streinz*, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 32; a.A. *Jarass*, § 25 Rn. 6.

²⁶² *Streinz*, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 8.

²⁶³ S.o. Rn. 3246.

sierungsklausel des Art. 52 Abs. 3 EGRC kann auf die Begriffsauslegung zu diesen beiden Übereinkommen zurückgegriffen werden.²⁶⁴

3. Personengebundene Merkmale

Bei den genannten Merkmalen handelt es sich um so genannte personengebundene Merkmale.²⁶⁵ Das sind solche Merkmale, die dem Menschen entweder unveränderlich anhaften oder die von ihm nur unter Schwierigkeiten geändert werden können, weshalb er auf die Merkmale keinen oder nur geringen Einfluss hat.²⁶⁶ 3259

Bei der Frage, welche weiteren, in Art. 21 Abs. 1 EGRC nicht explizit erwähnten Merkmale als Differenzierungskriterium verboten sind, könnten deshalb aufgrund des Beispielcharakters der genannten Merkmale nur solche in Betracht kommen, die ebenfalls personenbezogen sind. Die Reichweite des Diskriminierungsverbots wäre dann auf vergleichbare personenbezogene Merkmale beschränkt.²⁶⁷ 3260 Eine solche limitierte und von daher enge Sicht führt jedoch zu Schwierigkeiten, da die Definition eines personenbezogenen Merkmals keine präzise Abgrenzung erkennen lässt und sich damit häufig nicht eindeutig herauskristallisiert, ob ein Merkmal als personenbezogen einzuordnen ist. Zudem ist wegen des Zusammenhangs von Art. 21 EGRC mit den übrigen Gleichheitsrechten und auch der Wahl der Überschrift „Nichtdiskriminierung“ davon auszugehen, dass Art. 21 Abs. 1 EGRC ein umfassendes Diskriminierungsverbot enthalten soll.

In der Praxis dürfte die Frage nach der Begrenzung des Diskriminierungsverbots auf personenbezogene Merkmale ohnehin keine Rolle spielen, da für alle Fälle von Ungleichbehandlungen aufgrund eines sonstigen Merkmals auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 EGRC zurückgegriffen werden könnte.²⁶⁸ 3261

4. Einzelne Merkmale

a) *Geschlecht*

Während Art. 23 EGRC nur die Gleichheit von Frauen und Männern betrifft und insoweit Vorrang vor der allgemeinen Regelung des Art. 21 Abs. 1 EGRC genießt,²⁶⁹ erfasst Art. 21 Abs. 1 EGRC mit dem Merkmal des Geschlechts auch Transsexuelle und Zwitter.²⁷⁰ Nicht einbezogen sind hingegen Homosexuelle, da sie keine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, sondern aufgrund ihrer 3262

²⁶⁴ *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 24.

²⁶⁵ *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 3.

²⁶⁶ *Jarass*, § 25 Rn. 2; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 3.

²⁶⁷ *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 23.

²⁶⁸ Vgl. *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 23.

²⁶⁹ S.o. Rn. 3253 und u. Rn. 3383.

²⁷⁰ *Streinz*, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4; *Jarass*, § 25 Rn. 11; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 33; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8.

sexuellen Orientierung erfahren.²⁷¹ Dieses Merkmal ist in Art. 21 Abs. 1 EGRC allerdings ebenfalls genannt.²⁷²

b) Rasse

3263 Unter einer Rasse ist eine Gruppe von Menschen zu verstehen, die sich durch ihre gemeinsamen Erbanlagen von anderen Gruppen unterscheidet.²⁷³ Dabei ist unerheblich, ob die Vererbbarkeit naturwissenschaftlich nachweisbar ist oder lediglich behauptet wird.²⁷⁴ Rassendiskriminierung ist eine in besonderem Maße zu verurteilende Form der Diskriminierung und verlangt wegen ihrer gefährlichen Auswirkungen von den Behörden besondere Aufmerksamkeit und energische Reaktion.²⁷⁵

c) Hautfarbe

3264 Das Merkmal der Hautfarbe bezieht sich auf die ererbte Hautfarbe.²⁷⁶ Damit handelt es sich um eine gemeinsame Erbanlage, die einer bestimmten Gruppe und damit Rasse eigen ist, mithin vielfach Letztere gerade kennzeichnet. Damit sind beide Merkmale eng verbunden. Allerdings ist eine Diskriminierung wegen der Hautfarbe spezifischer und damit spezieller. Ihre Nennung zeigt die besonders diskriminierende Wirkung dieses Merkmals und verlangt seine Verhinderung auch und gerade in seiner spezifischen Ausprägung.

d) Ethnische oder soziale Herkunft

3265 Unter ethnischer Herkunft ist die Abstammung von einem bestimmten Volk zu verstehen.²⁷⁷ Sie ist eng mit dem Merkmal der Rasse verbunden. In einem aktuellen Fall hat der EGMR die Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft sogar als besondere Form der Rassendiskriminierung angesehen.²⁷⁸ Auch bei der ethnischen Herkunft spielt es keine Rolle, ob die Vererbbarkeit tatsächlich oder nur vermeintlich besteht.²⁷⁹

3266 Die soziale Herkunft betrifft die soziale Stellung und das soziale Umfeld der Vorfahren.²⁸⁰ Sie ist – Art. 14 EMRK entnommen – eines der über die in Art. 13 EG/19 AEUV enthaltenen hinausgehenden zusätzlichen Merkmale und steht für den auch sozialen Charakter der EGRC und mittlerweile auch des Unionsrechts überhaupt.

²⁷¹ EuGH, Rs. C-249/96, Slg. 1998, I-621 (650 ff., Rn. 42 ff.) – Lisa Jacqueline Grant.

²⁷² S.u. Rn. 3282.

²⁷³ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 35.

²⁷⁴ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 35.

²⁷⁵ EGMR, Urt. vom 13.11.2007, Nr. 57325/00 (Rn. 176), NVwZ 2008, 533 (534) – D.H. u.a./Tschechien.

²⁷⁶ Jarass, § 25 Rn. 12.

²⁷⁷ Jarass, § 25 Rn. 12.

²⁷⁸ EGMR, Urt. vom 13.11.2007, Nr. 57325/00 (Rn. 176), NVwZ 2008, 533 (534) – D.H. u.a./Tschechien.

²⁷⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 35.

²⁸⁰ Jarass, § 25 Rn. 12; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 35.

e) Genetische Merkmale

Unter genetischen Merkmalen sind solche zu verstehen, die mit den ererbten Genen zusammenhängen. Ob sie für die betroffene Person positiv oder negativ sind, ist unerheblich.²⁸¹ **3267**

Dieses Merkmal wurde in Art. 21 Abs. 1 EGRC aufgenommen, weil Gentests hinsichtlich einer genetischen Krankheit oder einer Anfälligkeit für eine solche denkbar sind, deren Ergebnis Anlass für Diskriminierungen sein kann,²⁸² so zum Beispiel im Bereich des Arbeitsleben. Hierin zeigt sich, dass moderne Entwicklungen Eingang in die EGRC gefunden haben, da vor einigen Jahren dieses Merkmal wohl nur wenig Beachtung gefunden hätte.²⁸³ **3268**

f) Sprache

Unter dem Begriff der Sprache ist die Muttersprache zu verstehen.²⁸⁴ Erfasst sind auch Dialekte.²⁸⁵ Infolge der offenen Begrifflichkeit werden also nicht nur die nationalen Amtssprachen, sondern auch die regionalen bzw. lokalen Sprachen erfasst. Der Schutz greift damit auch unterhalb der mitgliedstaatlichen Ebene.²⁸⁶ **3269**

g) Religion oder Weltanschauung

Das Diskriminierungsverbot wegen der Religion oder Weltanschauung sichert das Freiheitsrecht des Art. 10 EGRC gleichheitsrechtlich ab.²⁸⁷ Daher können die Begriffe gleich angelegt werden, sind doch auch sie Ausdruck der religiösen weltanschaulichen Überzeugung, die gem. Art. 10 EGRC auch in ihrem Bekenntnis nach außen geschützt ist. Nicht nur die Begriffe, sondern auch die Anwendungsbereiche sind damit parallel.²⁸⁸ **3270**

Erfasst sind auch Handlungen, die aufgrund einer religiösen oder weltanschaulichen Auffassung vorgenommen werden.²⁸⁹ **3271**

h) Politische oder sonstige Anschauung

Das Merkmal der politischen oder sonstigen Anschauung ist weit auszulegen. Es ergänzt die engere Weltanschauung und ist durch die Einbeziehung nicht nur politischer, sondern auch sonstiger Anschauungen wenig spezifiziert, sondern vielmehr offen formuliert. Erfasst ist jede Meinung, d.h. jede subjektive Einschätzung.²⁹⁰ **3272**

²⁸¹ Jarass, § 25 Rn. 12.

²⁸² Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 36; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8; Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 24.

²⁸³ Vgl. R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 450.

²⁸⁴ Jarass, § 25 Rn. 13.

²⁸⁵ Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4; Jarass, § 25 Rn. 13; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8.

²⁸⁶ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 84.

²⁸⁷ S.o. Rn. 3254.

²⁸⁸ S.o. Rn. 1538 ff.

²⁸⁹ Jarass, § 25 Rn. 14.

²⁹⁰ Jarass, § 25 Rn. 14; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 38.

Geschützt ist auch jede Äußerung zur politischen oder sonstigen Anschauung, nicht nur das geheime „In-Sich-Tragen“ dieser Meinung, zumal es nur aufgrund der Äußerung überhaupt zu Diskriminierungen kommen kann.²⁹¹ Die Reichweite ist damit parallel zum Merkmal der Religion oder Weltanschauung.

j) *Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit*

- 3273** Unter einer nationalen Minderheit soll eine ethnische Teilgruppe zu verstehen sein, unabhängig davon, ob diese tatsächlich oder nur vermeintlich existiert.²⁹² Da der Begriff der ethnischen Herkunft in dieser Vorschrift schon besetzt ist, kommt es darauf allerdings nicht notwendig an, wenngleich vielfach Parallelen bestehen werden. Entsprechendes gilt für die Religion und die Sprache. Indes unterscheidet sich bei den Betroffenen regelmäßig jedenfalls eines der vorgenannten Elemente vom Rest der Bevölkerung. Das hebt sie von der Mehrheit der übrigen Angehörigen dieses Staates ab. Nur wenn die Minderheit ebenfalls die Staatsangehörigkeit hat, handelt es sich aber um eine nationale Minderheit.²⁹³ Neben diesen objektiven Kriterien muss der Einzelne auch zu dieser Minderheit gehören wollen.²⁹⁴
- 3274** In mehreren Mitgliedstaaten werden nationale Minderheiten bereits geschützt, so zum Beispiel in Deutschland die dänische Minderheit.²⁹⁵ Das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 EGRC sichert den in Art. 7 EGRC freiheitsrechtlich angelegten Minderheitenschutz gleichheitsrechtlich ab. Ein Schutz von Minderheiten folgt auch aus den Teilelementen des nachfolgenden Art. 22 EGRC.²⁹⁶
- 3275** Weiterungen für Minderheiten, die gerade außerhalb der entsprechenden Nation bleiben und deren Staatsangehörigkeit nicht annehmen wollen, könnten sich mit Blick auf die nicht abschließende Aufzählung in Art. 21 Abs. 1 EGRC ergeben.²⁹⁷ Jedoch sind mit Bezug dazu so viele Merkmale in Art. 21 Abs. 1 EGRC detailliert benannt, dass diese schwerlich einfach umgangen werden können. Daher bietet sich statt deren Erweiterung über den Wortlaut hinaus eher ein Rückgriff auf andere Diskriminierungsmerkmale wie die ethnische Herkunft, die Sprache oder die Religion an.

k) *Vermögen*

- 3276** Unter dem Vermögen sind alle vermögenswerten Rechte einer Person zu verstehen.²⁹⁸ Art. 21 Abs. 1 EGRC ist weiter formuliert als Art. 17 EGRC, so dass es hier auch nicht darauf ankommt, inwieweit das Vermögen als solches durch das Eigentumsrecht geschützt ist.²⁹⁹ Entscheidend ist, dass das Vermögen nicht über

²⁹¹ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 38.

²⁹² *Jarass*, § 25 Rn. 13.

²⁹³ Im Einzelnen *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 44, Rn. 36 ff. mit Aufzeigen der bestehenden Divergenzen.

²⁹⁴ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 46.

²⁹⁵ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 39.

²⁹⁶ Näher u. Rn. 3325 ff., 3354 ff.

²⁹⁷ Dahin *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 45.

²⁹⁸ *Jarass*, § 25 Rn. 15; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 40.

²⁹⁹ S.o. Rn. 2856 ff.

die Art der Behandlung entscheidet. Arm und Reich sind gleich zu behandeln. Damit folgen aus Art. 21 Abs. 1 EGRC nicht notwendig besondere Ansprüche von Personen ohne Vermögen. Diese sind höchstens insoweit denkbar, als sie notwendig sind, um ansonsten eintretende Diskriminierungen auszuschalten, so bei der Rechtsverfolgung vor Gericht durch Kostennachlass oder Prozesskostenhilfe.

Hingegen setzt auch Art. 21 Abs. 1 EGRC vorhandene Unterschiede voraus. Er verlangt keine materielle Gleichheit. Eine solche muss daher der Staat nicht sicherstellen. Es geht nur um Chancengerechtigkeit unter Beibehaltung der bestehenden Vermögensverhältnisse. Art. 21 Abs. 1 EGRC bildet kein Leistungsrecht. Existenzsicherungsansprüche können deshalb aus diesem Gleichheitsrecht nicht gefolgert werden. Sie sind aber umgekehrt nicht ausgeschlossen. Besondere Leistungen für vermögenslose Personen diskriminieren nicht solche mit Vermögen. **3277**

Indes kann die Stigmatisierung von vermögenden Personen diskriminierend sein, ebenso eine über Gebühr erfolgende steuerliche Belastung etwa durch eine Sondersteuer auf große Vermögen, ja eine progressive Besteuerung überhaupt. Insoweit muss ein rechtfertigender Grund bestehen, etwa in Form einer stärkeren Heranziehung leistungsfähiger Personen zur Finanzierung von allgemeinen Aufgaben. Die stärkere Belastung vermögender Personen muss sich aber in die Struktur des jeweiligen Steuerkonzepts einfügen und damit systemgerecht sein, soll keine Diskriminierung durch eine spezifische „Reichensteuer“ vorliegen. **3278**

l) Geburt

Das Merkmal der Geburt erfasst alle Umstände im Zusammenhang mit der Geburt.³⁰⁰ Praktisch relevant dürfte es für nichtehelich geborene Kinder sein.³⁰¹ Es geht damit um Benachteiligungen wegen der natürlichen Herkunft, welche von der ausdrücklich benannten ethnischen und sozialen Herkunft nicht vollständig, sondern höchstens unter einem besonderen Aspekt umfasst sind. **3279**

m) Behinderung

Art. 26 EGRC befasst sich ausführlich mit der Integration von Menschen mit Behinderung, aber in Form von Ansprüchen auf Maßnahmen. Art. 21 Abs. 1 EGRC sichert die allgemeine Gleichbehandlung. Beide Vorschriften ergänzen sich also. Der Begriff der Behinderung kann parallel ausgelegt werden.³⁰² **3280**

n) Alter

Das Alter erfasst alle Altersstufen, weshalb beispielsweise auch Kinder darunter fallen.³⁰³ Hierbei sind die Sonderregelungen in Art. 24 EGRC (betreffend Kinder) und Art. 25 EGRC (ältere Menschen) zu beachten.³⁰⁴ Diese sind spezieller, soweit **3281**

³⁰⁰ Jarass, § 25 Rn. 12.

³⁰¹ Jarass, § 25 Rn. 12; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8.

³⁰² S.u. Rn. 3524.

³⁰³ Jarass, § 25 Rn. 15; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 41; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8.

³⁰⁴ Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 41.

sich ihr Regelungsbereich erstreckt. Er bezieht sich allerdings auf Schutz und Teilhabe und verlangt darauf bezogene Maßnahmen. Er schließt hingegen nicht eine allgemeine Gleichbehandlung ein. Diese sichert erst Art. 21 Abs. 1 EGRC ab.

o) Sexuelle Ausrichtung

3282 Der Begriff der sexuellen Ausrichtung ist sehr weit zu verstehen.³⁰⁵ Er betrifft heterosexuelle, homosexuelle, bisexuelle, asexuelle Menschen und alle weiteren denkbaren Formen.³⁰⁶ Erfasst wird auch jede sexuelle Verhaltensweise.³⁰⁷ Wegen der engen Verbindung zum Merkmal des Geschlechts hätte die sexuelle Ausrichtung besser im Anschluss an dieses Verbot aufgeführt werden sollen.³⁰⁸ Damit wäre auch umgehend in unmittelbarer Nähe dem Problem begegnet, dass eine Ungleichbehandlung von Homosexuellen zwar nicht als Diskriminierung des Geschlechts, aber als Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung verboten ist.³⁰⁹

p) Bildung

3283 Ein in der Praxis häufiges Diskriminierungsmerkmal ist die Bildung. Sie wird in Art. 21 Abs. 1 EGRC nicht aufgezählt, was als Versehen gewertet werden kann.³¹⁰ Die in Art. 21 Abs. 1 EGRC genannten Merkmale sind ohnehin nicht abschließend aufgezählt. Geschützt wird aber – wie auch im Übrigen – nur vor Ungleichbehandlungen. Es besteht anders als nach Maßgabe von Art. 14 EGRC kein Anspruch auf Bildung, auch nicht um vorhandene Ungleichgewichte auszugleichen.

q) Staatsangehörigkeit

3284 Nicht explizit in Art. 21 Abs. 1 EGRC genannt ist die Staatsangehörigkeit. Da Art. 21 Abs. 1 EGRC mit den genannten Merkmalen nur Beispiele aufzählt und damit grundsätzlich offen ist für weitere Merkmale,³¹¹ könnte prinzipiell auch die Staatsangehörigkeit erfasst sein.

3285 Dagegen spricht allerdings die Existenz von Art. 21 Abs. 2 EGRC. Dieser behandelt speziell Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit. Zudem nennt Art. 21 Abs. 1 EGRC als verbotenes Diskriminierungsmerkmal nicht die nationale Herkunft, obwohl der als Vorlage dienende Art. 14 EMRK diese explizit aufzählt.³¹²

³⁰⁵ Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4.

³⁰⁶ Jarass, § 25 Rn. 11; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 34.

³⁰⁷ Jarass, § 25 Rn. 11; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 34; a.A. Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 24.

³⁰⁸ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 34.

³⁰⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-249/96, Slg. 1998, I-621 (650 ff., Rn. 42 ff.) – Lisa Jacqueline Grant; Rs. C-267/06, NVwZ 2008, 537 – Maruko; s.o. Rn. 3262.

³¹⁰ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 32; Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4.

³¹¹ S.o. Rn. 3257.

³¹² Jarass, § 25 Rn. 17.

III. Rechtfertigung

Art. 21 EGRC enthält ein relatives Diskriminierungsverbot, d.h. eine Ungleichbehandlung kann gerechtfertigt sein.³¹³ Dabei kommt es neben der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der Rechtfertigungsgründe auch auf das Merkmal an, aufgrund dessen eine Differenzierung vorgenommen worden ist.³¹⁴ So ist eine Besserstellung der (herkömmlichen) Ehe gegenüber gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften³¹⁵ mit ausreichenden Sachgründen möglich,³¹⁶ auch wenn Art. 21 Abs. 1 EGRC grundsätzlich eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung verbietet.³¹⁷ Auch Ungleichbehandlungen aufgrund der Sprache sind bei Vorliegen gewichtiger Gründe, zum Beispiel einer Verringerung der Verfahrenskosten, möglich.³¹⁸ Rassisch motivierte Diskriminierungen stellen hingegen regelmäßig eine Beeinträchtigung der Menschenwürde dar, weshalb sie nur in Ausnahmefällen einer Rechtfertigung zugänglich sein dürften.³¹⁹ Nach Ansicht des EGMR kann eine Rassendiskriminierung in einer demokratischen Gesellschaft, die auf den Grundsätzen des Pluralismus und des Respekts für unterschiedliche Kulturen beruht, niemals gerechtfertigt sein.³²⁰ 3286

IV. Verhältnismäßigkeit

Auch wenn eine Ungleichbehandlung gegeben ist und diese grundsätzlich gerechtfertigt erscheint, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.³²¹ Die Ungleichbehandlung und das damit verfolgte Ziel müssen danach in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.³²² 3287

V. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte

Wie bei Art. 20 EGRC kommt auch bei Art. 21 Abs. 1 EGRC nicht nur eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte, sondern auch eine Gleichbehand- 3288

³¹³ Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 7; Jarass, § 25 Rn. 21; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 457. Zu höheren Steuern o. Rn. 3278.

³¹⁴ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 9; Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 19 stellt deshalb auch erst auf der Rechtfertigungsebene auf die unterschiedlichen Diskriminierungsmerkmale ab.

³¹⁵ Z.B. hinsichtlich der Hinterbliebenenrente.

³¹⁶ EuGH, Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541 (578, Rn. 28) – National Health Service.

³¹⁷ Jarass, § 25 Rn. 23.

³¹⁸ EuGH, Rs. C-361/01 P, Slg. 2003, I-8283 (8343 ff., Rn. 92 ff.) – Kik/HABM; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8.

³¹⁹ Jarass, § 25 Rn. 23; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 8.

³²⁰ EGMR, Urt. vom 13.11.2007, Nr. 57325/00 (Rn. 176), NVwZ 2008, 533 (534) – D.H. u.a./Tschechien.

³²¹ S.o. Rn. 3184.

³²² Jarass, § 25 Rn. 22.

lung ungleicher Sachverhalte in Betracht.³²³ Wenn zwischen zwei Sachverhalten ein signifikanter Unterschied besteht und dieser nicht berücksichtigt wird, kann darin eine Diskriminierung liegen.³²⁴

VI. Grundrechtsträger

3289 Grundrechtsträger sind zum einen alle natürlichen Personen.³²⁵ Zum anderen sind manche der in Art. 21 Abs. 1 EGRC genannten Merkmale auch auf juristische Personen anwendbar, zum Beispiel das Merkmal der Religion oder Weltanschauung auf Religionsgemeinschaften oder das Vermögen auf alle juristischen Personen.³²⁶ Da die in Art. 21 Abs. 1 EGRC genannten Merkmale ohnehin nur Beispiele für ein umfassendes Diskriminierungsverbot darstellen, können juristische Personen allgemein als Grundrechtsträger qualifiziert werden.³²⁷

VII. Mittelbare Diskriminierung

3290 Da das Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 1 EGRC alle Diskriminierungen aus Gründen eines bestimmten Merkmals verbietet, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass neben den unmittelbaren Diskriminierungen auch mittelbare verboten sind.³²⁸ Um eine unmittelbare Diskriminierung³²⁹ handelt es sich, wenn eine Diskriminierung offen an ein Merkmal anknüpft, wenn also eine Person aufgrund eines bestimmten Merkmals in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person.³³⁰ Fehlt es an einer derart offenen Anknüpfung an ein verbotenes Merkmal, führt aber eine Regelung, die sich auf ein anderes, nicht verbotenes Merkmal stützt, im Ergebnis immer oder in den weitaus meisten Fällen zu einer Diskriminierung aufgrund des verbotenen Merkmals, handelt es sich um eine so genannte mittelbare Diskriminierung.³³¹

³²³ Zu Art. 20 EGRC s.o. Rn. 3196 ff.

³²⁴ *Jarass*, § 25 Rn. 10; EGMR, Urt. vom 6.4.2000, Nr. 34369/97 (Rn. 44), ÖJZ 2001, 518 (519) – Thlimmenos/Griechenland; Urt. vom 29.4.2002, Nr. 2346/02 (Rn. 88), NJW 2002, 2851 (2855) – Pretty/Vereinigtes Königreich; EuGH, Rs. 411/96, Slg. 1998, I-6401 (6455, Rn. 39) – Boyle u.a.; *Jarass*, § 25 Rn. 10.

³²⁵ *Streinz*, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 4; *Jarass*, § 25 Rn. 18; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 30; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 4.

³²⁶ *Streinz*, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 5; *Jarass*, § 25 Rn. 18; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 30; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 4; *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 16.

³²⁷ *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 16.

³²⁸ So *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 19; *Streinz*, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 7; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 28.

³²⁹ Auch „offene“, „direkte“, „formale“, „rechtliche“ oder „formelle“ Diskriminierung genannt.

³³⁰ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 28.

³³¹ Auch „versteckte“, „indirekte“, „materielle“ oder „faktische“ Diskriminierung genannt.

Beispiel für eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen des Alters ist die Anknüpfung an die Zugehörigkeitsdauer zu einer Institution, da dadurch typischerweise die lebensälteren Mitglieder betroffen sind.³³²

Für eine derartige Ausdehnung auf mittelbare Diskriminierungen besteht allerdings insofern kein Erfordernis, als die in Art. 21 Abs. 1 EGRC genannten Merkmale nur beispielhaft aufgezählt sind und deshalb bei der Prüfung unmittelbar auf das verwandte Differenzierungsmerkmal selbst abgestellt werden kann.³³³ Ansonsten würde es auch leicht zu Überschneidungen kommen. Allerdings wird durch die Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen erst ein bestimmter Typ von Benachteiligungen erfasst. Die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen betrifft die Funktionsweise von Verhaltensweisen und nicht nur deren diskriminierenden Bezugspunkt. Damit würde das Ausweichen auf ein anderes Differenzierungskriterium nicht notwendig weiter helfen, um diese Verhaltensweisen voll zu erfassen. **3291**

Die mittelbare Diskriminierung ist dabei wesentlich häufiger. Soll daher das Diskriminierungsverbot eine umfassende Wirkung entfalten können, muss es auch auf mittelbare Diskriminierungen erstreckt werden. Der praktische Unterschied ist allerdings dann deutlich reduziert, wenn man wie im Rahmen von Art. 12 EG/18 AEUV (dem grundlegenden allgemeinen Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit) mittelbare Diskriminierungen schon aufgrund objektiver Umstände rechtfertigen kann.³³⁴ **3292**

VIII. Behinderung Privater

1. Notwendige Zwischenschaltung von Sekundärrecht

Art. 21 Abs. 1 EGRC greift zahlreiche Merkmale auf, die auch im privaten Verkehr und dabei vor allem im Arbeitsleben eine große Bedeutung haben. Das macht die Bestimmung mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vergleichbar. Dem darin enthaltenen Diskriminierungsverbot kommt unmittelbare Drittwirkung zu, da nur so seine effektive Umsetzung gesichert ist.³³⁵ Auch einige Richtlinien, die auf der Basis von Art. 13 EG erlassen wurden, haben die Einhaltung einiger in Art. 21 Abs. 1 EGRC vorgegebener Diskriminierungsmerkmale in den Beziehungen zwischen Privaten verpflichtend gemacht. Das aktuellste Beispiel ist die RL 2000/78/EG.³³⁶ **3293**

Würde indes Art. 21 Abs. 1 EGRC unabhängig davon unmittelbar wirken, wären diese Richtlinienvorgaben und damit letztlich Art. 13 EG/19 AEUV überflüssig. So wie Art. 13 EG/19 AEUV nicht die Wirkung von Art. 21 Abs. 1 EGRC **3294**

³³² Wernsmann, JZ 2005, 224 (227).

³³³ Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 20.

³³⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-398/92, Slg. 1994, I-467 (479 f., Rn. 16 ff.) – Mund & Fester; Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-285 (307, Rn. 19 ff.) – Pastoors u. Trans-Cap; Frenz, Europarecht 1, Rn. 2938.

³³⁵ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1160 ff.

³³⁶ Des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16.

begrenzt,³³⁷ so darf letztere die Funktion ersterer Vorschrift nicht unterlaufen und daher nur staatliche Stellen unmittelbar verpflichten, nicht hingegen private. Insoweit bedarf es auf der Grundlage von Art. 13 EG/19 AEUV erlassenen Sekundärrechts.

2. Weitgehende unmittelbare Drittwirkung von Sekundärrecht: die Urteile *Mangold* und *Palacios*

3295 Diesem Sekundärrecht erkennt der EuGH mittlerweile in weitem Umfang unmittelbare Drittwirkung zu. So hielt der EuGH die Festlegung genereller Altersgrenzen auch für in Tarifverträgen rechtfertigungsbedürftig und -fähig. Im entschiedenen Fall *Palacios* ging es freilich um eine staatliche Regelung, die solche Vereinbarungen für zulässig erklärt. Es muss nur eine abstrakte Regelung vorliegen, die generell geeignet ist, zu einem legitimen beschäftigungspolitischen Ziel wie der Eindämmung der Arbeitslosigkeit beizutragen. Die Angemessenheit folgt jedenfalls daraus, dass die tarifvertraglich festgelegte und normativ gebilligte Altersgrenze mit der vollen gesetzlichen Altersrente zusammenfällt.³³⁸ Damit geht es im Kern doch um eine tarifvertraglich und somit privat vereinbarte Maßnahme, die nur staatlich gebilligt wurde. Ist diese Billigung europarechtswidrig, teilt dieses Schicksal nach der Aussage der EuGH-Entscheidung auch die Tarifvereinbarung. Deren Zuschnitt entscheidet nämlich darüber, ob sie durch eine nationale Stelle richtlinienkonform für zulässig erklärt werden kann, und ohne diese positive Maßnahme kann sie nicht zwischen Privaten wirken. Prüfungsmaßstab ist die in Art. 2 Abs. 1 RL 2000/78/EG³³⁹ verbotene Altersdiskriminierung, sowie die notwendige Rechtfertigung von Durchbrechungen nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG. Der EuGH greift nicht mehr auf europäisches Primärrecht zurück wie noch in der Entscheidung *Mangold*.³⁴⁰

C. Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 21 Abs. 2 EGRC

I. Übereinstimmung mit Art. 12 EG/18 AEUV

3296 Gem. Art. 21 Abs. 2 EGRC ist unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Damit ist ein Leitmotiv und die allgemeinste Kurzformel der europäischen Integrationsidee³⁴¹ in die EGRC aufgenommen worden. Das Ziel

³³⁷ S.o. Rn. 3229 ff.

³³⁸ S. EuGH, Rs. C-411/05, NJW 2007, 3339 (3341, Rn. 73) – Félix Palacios de la Villa.

³³⁹ ABl. 2000 L 303, S. 16.

³⁴⁰ EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 – Mangold. Davon abrückend Gas, EuZW 2007, 713; s. aber Bauer/Krieger, NJW 2007, 3672 (3673).

³⁴¹ Frenz, Europarecht 1, Rn. 2912 m.w.N.

einer immer engeren Union kann nur erreicht werden, wenn kein Unionsbürger aus Gründen der Staatsangehörigkeit bevorzugt oder benachteiligt wird.³⁴²

Art. 21 Abs. 2 EGRC entspricht mit leicht abgewandelter Formulierung Art. 12 EG/18 AEUV.³⁴³ Aufgrund der Bestimmung des Art. 52 Abs. 2 EGRC müssen deshalb sowohl der Gewährleistungsbereich als auch die Beeinträchtigungsmöglichkeiten von Art. 21 Abs. 2 EGRC und Art. 12 EG/18 AEUV miteinander übereinstimmen.³⁴⁴ Art. 21 Abs. 2 EGRC darf nicht anders ausgelegt und eingeschränkt werden als Art. 12 EG/18 AEUV.³⁴⁵ Dabei kann auch die Rechtsprechung zu Art. 12 EG/18 AEUV herangezogen werden.³⁴⁶ **3297**

II. Ungleichbehandlung

Art. 21 Abs. 2 EGRC verbietet eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Insoweit handelt es sich um ein besonderes Diskriminierungsmerkmal, das sich nach nationalem Recht bestimmt, da es bislang keine EU-Staatsangehörigkeit gibt. Es geht aber wie bei den Diskriminierungsmerkmalen nach Art. 21 Abs. 1 EGRC um die Unterbindung von Ungleichbehandlungen. Daher gelten die gleichen Maßstäbe dafür, wann eine solche Ungleichbehandlung gegeben ist.³⁴⁷ **3298**

III. Rechtfertigung

Bei Art. 21 Abs. 2 EGRC handelt es sich – wie bei Art. 12 EG/18 AEUV – nicht um ein absolutes, sondern um ein relatives Diskriminierungsverbot.³⁴⁸ Die Ungleichbehandlung kann daher durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängige Erwägungen gerechtfertigt sein.³⁴⁹ **3299**

³⁴² Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 42.

³⁴³ Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 8; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 42.

³⁴⁴ Jarass, § 25 Rn. 25; Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 26.

³⁴⁵ Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 26.

³⁴⁶ S.o. Rn. 3226.

³⁴⁷ S.o. Rn. 3196 ff.

³⁴⁸ Rengeling/Szczekalla, Rn. 912; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 158 (zu Art. 12 EG); Rossi, EuR 2000, 197 (212 f.) m.N. zur Gegenmeinung bei Art. 12 EG.

³⁴⁹ EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 (11646, Rn. 31) – Garcia Avello; Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-300 (307, Rn. 19) – Pastoors u. Trans-Cap; Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637 (7658, Rn. 27) – Bickel u. Franz; Rossi, EuR 2000, 197 (212 f.); Jarass, § 25 Rn. 40; Odendahl, in: Heselerhaus/Nowak, § 45 Rn. 35.

IV. Verhältnismäßigkeit

- 3300** Bei festgestellter Ungleichbehandlung und der grundsätzlichen Rechtfertigungsmöglichkeit ist schließlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.³⁵⁰ Die Ungleichbehandlung muss demnach in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen, der mit der Regelung verfolgt wird.³⁵¹

V. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte

- 3301** Das Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 2 EGRC verbietet – wie dasjenige nach Art. 21 Abs. 1 EGRC³⁵² – nicht nur Ungleichbehandlungen, sondern verlangt auch, dass keine Gleichbehandlung von aus Gründen der Staatsangehörigkeit wesentlich unterschiedlichen Sachverhalten vorgenommen wird.³⁵³ Wenn demnach wegen der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit auch unterschiedliche Sachverhalte gegeben sind, verstößt eine Gleichbehandlung gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 2 EGRC.³⁵⁴

VI. Grundrechtsträger

1. Natürliche und juristische Personen

- 3302** Alle natürlichen Personen sind grundrechtsberechtigt.³⁵⁵ Auch wenn dies für den deutschen Sprachgebrauch zunächst ungewöhnlich klingt, können sich auch juristische Personen auf Art. 21 Abs. 2 EGRC berufen.³⁵⁶ Gerade diese beteiligen sich am grenzüberschreitenden Verkehr und sind daher Benachteiligungen wegen ihrer Herkunft und damit infolge ihrer Staatsangehörigkeit bzw. ihres Sitzes besonders ausgesetzt.

2. Drittstaatsangehörige und Staatenlose

- 3303** Bei Art. 12 EG/18 AEUV ist streitig, ob das Grundrecht nur Unionsbürgern oder auch Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen zusteht, zumal der Wortlaut des

³⁵⁰ *Odendahl*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 45 Rn. 38; *Rossi*, *EuR* 2000, 197 (214).

³⁵¹ *EuGH*, Rs. C-274/96, *Slg.* 1998, I-7637 (7658, Rn. 27) – *Bickel u. Franz*; Rs. C-224/00, *Slg.* 2002, I-2965 (2989 f., Rn. 20) – *Kommission/Italien*; Rs. C-148/02, *Slg.* 2003, I-11613 (11646, Rn. 31) – *Garcia Avello*; *Jarass*, § 25 Rn. 40.

³⁵² S.o. Rn. 3288.

³⁵³ *EuGH*, Rs. 106/83, *Slg.* 1984, 4209 (4231, Rn. 28) – *Sermide/Cassa Conguaglio Zuccherio*; Rs. C-309/89, *Slg.* 1994, I-1853 (1887, Rn. 26) – *Codorniu*; a.A. *Sachs*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 21 Rn. 32.

³⁵⁴ *Jarass*, § 25 Rn. 37.

³⁵⁵ *Jarass*, § 25 Rn. 38.

³⁵⁶ Vgl. *EuGH*, Rs. C-398/92, *Slg.* 1994, I-467 (479, Rn. 16) – *Mund & Fester*; *Rossi*, *EuR* 2000, 197 (200 f.); *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 2916; *Sachs*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 21 Rn. 27.

Art. 12 EG/18 AEUV keine Aussage dazu trifft. Soweit ersichtlich, ist diese Frage vom EuGH bislang noch nicht eindeutig entschieden worden,³⁵⁷ auch wenn einige Stimmen in der Lit. dies behaupten.³⁵⁸ Aufgrund der Vergleichbarkeit der Formulierungen von Art. 12 EG/18 AEUV und Art. 21 Abs. 2 EGRC setzt sich dieser Streit bei Art. 21 Abs. 2 EGRC fort.

Ziel des Art. 12 EG/18 AEUV ist eine immer engere Integration der Mitgliedstaaten und ihrer Bürger. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn kein Unionsbürger aus Gründen der Staatsangehörigkeit bevorzugt oder benachteiligt wird.³⁵⁹ Dies trifft jedoch nicht auf Drittstaatsangehörige und Staatenlose zu. Zwar mag die Integration von Nicht-Unionsbürgern, die sich rechtmäßig in der Union aufhalten, aus gesellschaftlichen Gründen wünschenswert sein. Sie ist jedoch nicht Leitgedanke der europäischen Idee. Daher können sich Drittstaatsangehörige und Staatenlose nicht auf das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit berufen.³⁶⁰ Sie können allerdings durch sekundärrechtliche Vorschriften begünstigt werden.³⁶¹ **3304**

Bei Art. 21 Abs. 2 EGRC kommt zu diesem allgemeinen, auch im Rahmen von Art. 12 EG/18 AEUV gültigen Argument hinzu, dass bei einer generellen Einbeziehung Drittstaatsangehöriger und Staatenloser in den Kreis der Grundrechtsberechtigten des Art. 21 Abs. 2 EGRC die Vorschrift des Art. 15 Abs. 3 EGRC unterlaufen werden könnte. Art. 15 Abs. 3 EGRC beschränkt sich nämlich darauf, Drittstaatsangehörigen einen Anspruch auf gleiche Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.³⁶² **3305**

3. Inländerdiskriminierung

a) Problematik

Bereits bei Art. 12 EG/18 AEUV stellte sich die Frage, ob sich ein Inländer gegenüber seinem Heimatstaat auf diese Vorschrift berufen kann, wenn der Inländer gegenüber anderen Unionsbürgern ungleich behandelt wird.³⁶³ Diese Problematik wird unter dem Stichwort „Inländerdiskriminierung“³⁶⁴ behandelt.³⁶⁵ **3306**

Ein Fall der Inländerdiskriminierung ist immer dann gegeben, wenn der Ausländer im Inland etwas darf oder auf etwas Anspruch hat, das der Inländer bei im Übrigen gleicher Sachlage nicht darf oder worauf er keinen Anspruch hat; dem In-

³⁵⁷ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 18.

³⁵⁸ Z.B. Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 11.

³⁵⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 42.

³⁶⁰ S. Streinz, in: ders., Art. 12 EGV Rn. 35; Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 EGV Rn. 41; Rossi, EuR 2000, 197 (202); Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 18; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 452.

³⁶¹ Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 EGV Rn. 41; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 18.

³⁶² Jarass, § 25 Rn. 34.

³⁶³ Rossi, EuR 2000, 197 (201).

³⁶⁴ Auch als „umgekehrte Diskriminierung“ bezeichnet, s. z.B. Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 EGV Rn. 27; Kischel, EuGRZ 1997, 1 (8).

³⁶⁵ Kischel, EuGRZ 1997, 1 (8).

länder wird also allein wegen seiner Inländereigenschaft etwas verweigert. Diese Fälle kommen in erster Linie auf zweierlei Weise zustande: wenn das Europarecht einen beschränkenden nationalen Rechtssatz, der Inländer und Ausländer in gleicher Weise behandelt, insoweit für europarechtswidrig erklärt, als er EU-Ausländer betrifft, und wenn das Europarecht nur EU-Ausländern weitergehende Rechte gewährt, als sie Inländern nach nationalem Recht zustehen.³⁶⁶

b) *EuGH-Rechtsprechung*

3308 Nach der Rechtsprechung des EuGH findet das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV auf diese Fälle keine Anwendung.³⁶⁷ Wenn beispielsweise das Europarecht eine bestimmte Behandlung von Unionsbürgern vorschreibt, dürfen nach der Rechtsprechung des EuGH die Mitgliedstaaten bei der Behandlung ihrer eigenen Staatsangehörigen zu deren Nachteil von der europarechtlichen Regelung abweichen, solange es sich um rein inländische Sachverhalte handelt. Die Grundfreiheiten verbieten in solchen Fällen eine Schlechterstellung von Inländern nicht.³⁶⁸ Auch wenn dies faktisch eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellt, misst der EuGH das Verhalten der Mitgliedstaaten nicht am allgemeinen Diskriminierungsverbot. Der Anwendungsbereich des Europarechts ist in diesen Fällen nicht eröffnet, da es an einem grenzüberschreitenden Bezug fehlt oder keine Vollharmonisierung vorliegt.³⁶⁹ Es obliegt deshalb den Mitgliedstaaten, ob sie bei derart internen, nationalen Sachverhalten ihren Staatsangehörigen die gleichen günstigen Handlungen zugute kommen lassen, welche sie den übrigen Unionsbürgern aufgrund unionsrechtlicher Vorschriften zukommen lassen müssen.³⁷⁰

3309 Erst wenn der eigene Staatsbürger von seinen europarechtlich gewährten Rechten, zum Beispiel den Grundfreiheiten Gebrauch macht, ist der Anwendungsbereich des EG/AEUV eröffnet und er kann sich auch gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat auf das allgemeine Diskriminierungsverbot berufen.³⁷¹ Dann befindet er sich nämlich in einer Lage, die der eines anderen Unionsbürgers vergleichbar ist, zumal ihn die Aussicht auf eine mögliche bevorstehende Diskriminierung davon abhalten könnte, die europarechtlichen Freiheiten überhaupt in Anspruch zu nehmen.³⁷² Dies gilt zum Beispiel für die Fälle, dass er nach Ausübung des Freizügig-

³⁶⁶ Schilling, JZ 1994, 8 (8). Näher im Rahmen der Grundfreiheiten Frenz, Europarecht 1, Rn. 259 ff.

³⁶⁷ EuGH, Rs. 180/83, Slg. 1984, 2539 (2547, Rn. 14 ff.) – Moser; Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 (85, Rn. 55) – Hurd/Jones; Rs. 355/85, Slg. 1986, 3231 (3242, Rn. 11) – Cognet; Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 13; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 15; Rengeling/Szczekalla, Rn. 889; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 23 m.w.N. zur Rspr.

³⁶⁸ Jarass, § 25 Rn. 30. Im Einzelnen Frenz, Europarecht 1, Rn. 259 ff.

³⁶⁹ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh Rn. 15; Rengeling/Szczekalla, Rn. 889; Schilling, JZ 1994, 8 (9).

³⁷⁰ Rengeling/Szczekalla, Rn. 889.

³⁷¹ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 23; v. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 12 EGV Rn. 51.

³⁷² Rossi, EuR 2000, 197 (201).

keitsrechts wieder in seinen Heimatstaat zurückkehrt³⁷³ oder er ein im Ausland erworbenes Diplom anerkannt haben möchte.³⁷⁴

c) *Übertragung auf Art. 21 Abs. 2 EGRC*

Dieses, von der Lit. sehr kritisch betrachtete Problem der so genannten Inländerdiskriminierung³⁷⁵ gilt nicht nur vor dem Hintergrund des Art. 12 EG/18 AEUV, sondern auch bei Art. 21 Abs. 2 EGRC. Der EuGH verneint in diesen Fällen nämlich die Anwendbarkeit des EG/AEUV. Art. 21 Abs. 2 EGRC bezieht sich ebenfalls auf den Anwendungsbereich der Verträge. Nur in deren Anwendungsbereich ist gem. Art. 21 Abs. 2 EGRC jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Folglich können Fälle der so genannten Inländerdiskriminierung auch keinen Verstoß gegen Art. 21 Abs. 2 EGRC begründen. **3310**

VII. Normadressaten

1. Bindung der Union

Das Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 2 EGRC bindet gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union. Sie wird in Art. 12 S. 2 EG/18 AEUV zum Erlass von Regelungen ermächtigt, die das Diskriminierungsverbot umsetzen.³⁷⁶ **3311**

2. Bindung der Mitgliedstaaten

Gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC binden die Bestimmungen der EGRC auch die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen. Art. 21 Abs. 2 EGRC enthält noch eine weitere Einschränkung: Er verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit nämlich nur im Anwendungsbereich der Verträge. Dies hat zur Folge, dass rein interstaatliche Sachverhalte, die keinerlei Bezug zum Unionsrecht aufweisen, schon deshalb nicht erfasst sind.³⁷⁷ Der Grund für diese Beschränkung liegt darin, dass der Union nur bestimmte Befugnisse übertragen wurden und daher ihre Einwirkung auf die nationalen Rechtsordnungen limitiert ist.³⁷⁸ Als unionsrechtliches Diskriminierungsverbot soll die Bindung auch auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts beschränkt bleiben.³⁷⁹ **3312**

Allerdings ist nach der Rechtsprechung des EuGH der geforderte Unionsbezug recht schnell gegeben.³⁸⁰ Es ist bereits zu bejahen, wenn irgendwelche mittelbaren **3313**

³⁷³ EuGH, Rs. C-370/90, Slg. 1992, I-4265 (4293 f., Rn. 19 ff.) – Singh.

³⁷⁴ EuGH, Rs. 136/78, Slg. 1979, 437 (448 ff., Rn. 19 ff.) – Auer.

³⁷⁵ S. Kischel, EuGRZ 1997, 1 (8) m.w.N. in Fn. 99.

³⁷⁶ Jarass, § 25 Rn. 27.

³⁷⁷ Jarass, § 25 Rn. 28; Frenz, Europarecht 1, Rn. 2921.

³⁷⁸ Frenz, Europarecht 1, Rn. 2921.

³⁷⁹ Kischel, EuGRZ 1997, 1 (6).

³⁸⁰ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 22; Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 11.

Auswirkungen auf den unionsinternen Austausch von Gütern und Dienstleistungen bestehen,³⁸¹ bzw. wenn „Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte ..., auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt“, vorhanden sind.³⁸² Bedenkt man, wie sehr der Anwendungsbereich der Verträge durch die letzten Vertragsänderungen ausgeweitet worden ist, dürfte ein derartiger Bezug nicht nur in den Fällen gegeben sein, in denen die Mitgliedstaaten unmittelbar Unionsrecht durchführen, sondern auch in vielen weiteren.³⁸³ Damit erscheint der Bezug auf den Anwendungsbereich der Verträge weniger streng als die generelle Beschränkung der Anwendbarkeit der EGRC gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.³⁸⁴ Indes genügt auch hier die Einschlägigkeit insbesondere der Grundfreiheiten.³⁸⁵

3. Bindung Privater

- 3314** Bei Art. 12 EG/18 AEUV ist streitig, ob auch Privatpersonen zur Beachtung des Diskriminierungsverbots verpflichtet werden.³⁸⁶ Im Ergebnis ist eine generelle unmittelbare Drittwirkung des Art. 12 EG/18 AEUV als zu weitgehend abzulehnen.³⁸⁷ Bei Art. 21 Abs. 2 EGRC werden diese grundsätzlichen Bedenken noch durch die ausdrückliche Regelung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC verstärkt. Danach gilt die EGRC für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht. Eine Ausweitung auf Private bedarf daher gewichtiger Gründe.³⁸⁸ Diese bestehen auch im Rahmen von Art. 21 Abs. 1 EGRC nicht.³⁸⁹ Der unmittelbar nachfolgende Absatz ist nicht anders zu behandeln.

VIII. Mittelbare Diskriminierung

- 3315** Da Art. 21 Abs. 2 EGRC „jede“ Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet, sind nicht nur so genannte unmittelbare Diskriminierungen erfasst,³⁹⁰ bei denen die diskriminierende Regelung offen an die Staatsangehörigkeit anknüpft.³⁹¹ Das Diskriminierungsverbot gilt auch für so genannte mittelbare Dis-

³⁸¹ EuGH, Rs. C-323/95, Slg. 1997, I-1711 (1724, Rn. 17) – Hayes; Rs. C-43/95, Slg. 1996, I-4661 (4676, Rn. 15) – Data Delecta u. Forsberg.

³⁸² EuGH, Rs. 35 u. 36/82, Slg. 1982, 3723 (3736, Rn. 16) – Morson u. Jhanjan.

³⁸³ *Odendahl*, in: Heselerhaus/Nowak, § 45 Rn. 22.

³⁸⁴ *Jarass*, § 25 Rn. 28.

³⁸⁵ S.o. Rn. 262 f.

³⁸⁶ *Rossi*, EuR 2000, 197 (216).

³⁸⁷ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2937; ähnlich *Rossi*, EuR 2000, 197 (216 f.); a.A. *Odendahl*, in: Heselerhaus/Nowak, § 45 Rn. 14.

³⁸⁸ Gegen eine Bindung Privater durch Art. 21 Abs. 2 EGRC auch *Jarass*, § 25 Rn. 31.

³⁸⁹ S.o. Rn. 3294.

³⁹⁰ Auch „offene“, „direkte“, „formale“, „rechtliche“ oder „formelle“ Diskriminierung genannt.

³⁹¹ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2912; *Odendahl*, in: Heselerhaus/Nowak, § 45 Rn. 33; *Rossi*, EuR 2000, 197 (210 f.).

kriminierungen³⁹² aus Gründen der Staatsangehörigkeit.³⁹³ Sie sind gegeben, wenn die Regelung zwar nicht direkt auf die Staatsangehörigkeit Bezug nimmt, die Unterscheidung nach anderen Merkmalen aber in der großen Mehrzahl der Fälle zu einem solchen Ergebnis führt.³⁹⁴ Dies ist beispielsweise regelmäßig der Fall, wenn auf den Wohnsitz oder die Niederlassung,³⁹⁵ den Zulassungsort eines Fahrzeugs³⁹⁶ oder die Muttersprache³⁹⁷ abgestellt wird.³⁹⁸

Auch wenn in diesen Fällen eine Diskriminierung aufgrund eines bestimmten Merkmals erfolgt, ist ein Rückgriff auf Art. 21 Abs. 1 EGRC zu vermeiden. Dieses subsidiäre Diskriminierungsverbot³⁹⁹ kommt nur zum Tragen, wenn weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt. **3316**

D. Folgen eines Verstoßes

Art. 21 Abs. 1 EGRC spricht ein umfassendes Diskriminierungsverbot aus. Art. 21 Abs. 2 EGRC verbietet im Speziellen Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. **3317**

I. Unterlassungspflicht

Damit begründen Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 EGRC unmittelbare Unterlassungspflichten.⁴⁰⁰ Sie richten sich an die allgemeinen Adressaten der EGRC, nämlich gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht. Diesen ist daher jede Diskriminierung verboten.⁴⁰¹ **3318**

³⁹² Auch „versteckte“, „indirekte“, „materielle“ oder „faktische“ Diskriminierung genannt.

³⁹³ EuGH, Rs. C-398/92, Slg. 1994, I-467 (479, Rn. 14) – Mund & Fester; *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2899.

³⁹⁴ EuGH, Rs. 22/80, Slg. 1980, 3427 (3436, Rn. 9) – Boussac/Gerstenmeier; Rs. 398/92, Slg. 1994, I-467 (479, Rn. 14) – Mund & Fester; Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-300 (306, Rn. 16) – Pastoors u. Trans-Cap; *Jarass*, § 25 Rn. 35; *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2912; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 34; *Sattler*, in: FS für Rauschning, 2001, S. 251 (261); *Sachs*, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 11.

³⁹⁵ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-721 (738, Rn. 14) – Kommission/Italien; Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-300 (306 f., Rn. 15 ff.) – Pastoors u. Trans-Cap.

³⁹⁶ EuGH, Rs. C-224/00, Slg. 2002, I-2965 (2989, Rn. 18 f.) – Kommission/Italien.

³⁹⁷ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 908.

³⁹⁸ *Jarass*, § 25 Rn. 35.

³⁹⁹ S.o. Rn. 3253.

⁴⁰⁰ *Streinz*, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 6.

⁴⁰¹ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 21 Rn. 31.

II. Unterbindungspflicht

- 3319** Art. 21 Abs. 1 EGRC beinhaltet keine Pflicht der Union und der Mitgliedstaaten, Diskriminierungen durch Privatpersonen zu unterbinden.⁴⁰² Dies ergibt sich – wie auch die Erläuterungen zur EGRC⁴⁰³ betonen – aus einem Zusammenspiel mit Art. 13 EG/19 AEUV, welcher dem Europäischen Parlament und dem Rat⁴⁰⁴ eine Ermächtigung zum Erlass von Diskriminierungsverboten gibt.⁴⁰⁵ Durch diese dann geschaffenen Regelungen können auch Private gebunden werden.⁴⁰⁶ Ob und inwiefern der europäische Gesetzgeber Gebrauch von dieser Ermächtigungsgrundlage macht, bleibt ihm überlassen.⁴⁰⁷

III. Verstoß gegen die Unterlassungspflicht

- 3320** Kommt es zu einem Verstoß gegen die Unterlassungspflicht, steht es dem Gesetzgeber frei, wie er diesen Verstoß behebt.⁴⁰⁸ Es greifen dieselben Maßstäbe ein wie für Art. 20 EGRC.⁴⁰⁹ Dies gilt auch für die Frage, inwieweit ein von der Diskriminierung Betroffener Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

⁴⁰² Streinz, in: ders., Art. 21 GR-Charta Rn. 6; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 31; a.A. Jarass, § 25 Rn. 24, 42; vorsichtiger Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 31.

⁴⁰³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

⁴⁰⁴ Art. 13 EG ermächtigt nur den Rat, Art. 19 AEUV spricht vom Europäischen Parlament und dem Rat.

⁴⁰⁵ Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 19.

⁴⁰⁶ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 5. S.o. Rn. 3293.

⁴⁰⁷ Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 10.

⁴⁰⁸ Rossi, EuR 2000, 197 (215).

⁴⁰⁹ Jarass, § 25 Rn. 4, 32; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRCh Rn. 7; s. zu den Folgen eines Verstoßes gegen Art. 20 EGRC o. Rn. 3215 ff.

E. Prüfungsschemata zu Art. 21 EGRC

I. Prüfungsschema zu Art. 21 Abs. 1 EGRC

1. Schutzbereich

3321

allgemeines Diskriminierungsverbot

2. Beeinträchtigung

- a) Diskriminierung (auch mittelbar) aufgrund einer bestimmten Eigenschaft oder eines bestimmten Merkmals eines Grundrechtsträgers**
- b) Diskriminierungsmerkmale nach Art. 21 Abs. 1 EGRC nur Beispiele**
- c) Vergleich der Sachverhalte**
- d) ergebnisorientierte Betrachtungsweise**
- e) keine Gleichheit im Unrecht**

3. Rechtfertigung

- a) legitimes Ziel**
- b) ggf. Selbstbindung der Verwaltung**

4. Verhältnismäßigkeit: neben der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der Rechtfertigungsgründe kommt es auch auf das Merkmal an, aufgrund dessen eine Differenzierung vorgenommen worden ist; rassistisch motivierte Diskriminierungen kaum zu rechtfertigen

5. Folgen eines Verstoßes

- a) Wahlmöglichkeit des Gesetzgebers**
- b) ggf. Schadensersatz**

II. Prüfungsschema zu Art. 21 Abs. 2 EGRC

3322 1. Schutzbereich

Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit

2. Beeinträchtigung

- a) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, auch mittelbare
- b) Vergleich der Sachverhalte
- c) ergebnisorientierte Betrachtungsweise
- d) keine Gleichheit im Unrecht
- e) Inländerdiskriminierung nicht erfasst

3. Rechtfertigung

- a) legitimes Ziel
- b) nur objektive, von der Staatsangehörigkeit des Betroffenen unabhängige Erwägungen
- c) ggf. Selbstbindung der Verwaltung

4. Verhältnismäßigkeit

5. Folgen eines Verstoßes

- a) Wahlmöglichkeit des Gesetzgebers
- b) ggf. Schadensersatz

§ 4 Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen

A. Grundlagen

I. Gleichheit in Vielfalt

1. Verbindung von Vielfalt und Gleichheit

3323 Dass die Union gem. Art. 22 EGRC die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen achtet, erscheint zunächst als Fremdkörper im Rahmen der Gleichheitsrechte. Schließlich geht es hier gerade um die Respektierung unterschiedlicher Ausprägungen, während die Gleichheitsrechte grundsätzlich auf Gleichbehandlung zielen. Allerdings ist auch die Gleichbehandlung von Ungleichen ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz.⁴¹⁰

3324 Art. 22 EGRC betont dementsprechend, dass die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen zu respektieren ist, mithin daraus gerade eine unterschiedliche

⁴¹⁰ S.o. Rn. 3196, 3210.

Behandlung folgen kann. Dadurch schränkt Art. 22 EGRC den Gleichheitsgedanken ein und prägt ihn zugleich mit, indem die Gleichbehandlung verschiedener Kulturen, Religionen und Sprachen gegen ihn verstoßen kann. Umgekehrt ist die Vielfalt unterschiedlicher Kulturen, Religionen und Sprachen in gleicher Weise zu respektieren. Erfolgt dies nicht, indem etwa eine bevorzugt wird, kann ebenfalls eine Ungleichbehandlung vorliegen.⁴¹¹

2. Entstehungshintergrund

Dass Art. 22 EGRC zu den Gleichheitsrechten passt, belegt gerade der Entstehungshintergrund. Ursprünglich war ein Minderheitenschutzrecht gefordert. Dieses fand aber keine Aufnahme in die Grundrechtecharta, da es sich nicht durchsetzen konnte. Als Minus hierzu wurde die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit als Diskriminierungsmerkmal nach Art. 21 Abs. 1 EGRC und eine Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen in Art. 22 EGRC verlangt.⁴¹² Damit ist auch Art. 22 EGRC Teil des Minderheitenschutzes. **3325**

Ob jemand einer nationalen Minderheit zugehört, zeigt sich vielfach an einer anderen Religion oder Sprache oder – oft als deren Ausdruck – einer anderen Kultur. Die Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen nach Art. 22 EGRC verlangt daher faktisch das Verbot der Nichtdiskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, ohne allerdings selbst rechtlich ein solches Verbot zu enthalten. **3326**

Damit kann auch nicht die Kultur einfach als Diskriminierungsmerkmal in Art. 21 Abs. 1 EGRC hineingelesen werden, obwohl für ihre fallbezogene Heranziehung die nicht abschließende Aufzählung in Art. 21 Abs. 1 EGRC sowie die Gleichstellung mit der explizit darin genannten Religion und Sprache in Art. 22 EGRC sprechen. Insoweit vermag Art. 22 EGRC in begrenztem Umfang auf Art. 21 EGRC einzuwirken. Obwohl Letzterer das stärkere Recht enthält, kann nicht in umgekehrter Richtung über Art. 21 Abs. 1 EGRC ein umfassendes Minderheitenschutzrecht konstruiert und damit Art. 22 EGRC aufgeladen werden. Schließlich scheiterte eine Aufnahme dieses Rechts während der Beratungen im Grundrechtekonvent. Zudem ist Art. 22 EGRC unter den Gleichheitsrechten angesiedelt, so dass sich daraus kein umfassendes Minderheitenschutzrecht ergibt. Ein solches enthält auch nicht Art. 21 Abs. 1 EGRC, sondern es wird nur die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit als Diskriminierungsmerkmal ausgewiesen. **3327**

⁴¹¹ Näher u. Rn. 3352 ff.

⁴¹² Näher s. *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 243; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 22 Rn. 9.

II. Rechtsgrundlagen

1. Primärrecht

- 3328** Art. 12, 13 EG/18, 19 AEUV betreffen Diskriminierungen und sind Vorbilder für Art. 21 EGRC, nicht aber für Art. 22 EGRC. Dieser erstreckt sich über die in Art. 13 EGRC ebenfalls enthaltene Religion auch auf Sprache und Kultur.⁴¹³
- 3329** Spezifisch die Kultur greift Art. 151 EG/167 AEUV auf. Danach leistet die Gemeinschaft/Union einen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt sowie gleichzeitiger Hervorhebung des gemeinsamen kulturellen Erbes. Damit werden verschiedene Kulturebenen erfasst, nämlich sowohl eine gemeineuropäische⁴¹⁴ als auch die nationale und die regionale, die beide in ihrer Vielfalt benannt werden. Gleichwohl handelt es sich nicht um den Schutz von „Minderheitskulturen“, gleichermaßen eingeschlossen sind auch „Mehrheitskulturen“.⁴¹⁵
- 3330** Dabei ist der Begriff der Kultur nicht festgelegt. Vielmehr geht es um die dynamische Entwicklung in ihrer Komplexität.⁴¹⁶ Schließlich hebt Art. 151 Abs. 4 EG/167 Abs. 4 AEUV nicht nur auf die Wahrung, sondern auch auf die Förderung der Vielfalt der Kulturen ab. In dieser Vorschrift wird verlangt, im Hinblick darauf den kulturellen Aspekten bei der Tätigkeit der europäischen Organe Rechnung zu tragen.
- 3331** Damit sind kulturelle Aspekte nur zu berücksichtigen, nicht etwa notwendig bestmöglich zu verwirklichen. Besteht schon kein Grundsatz des bestmöglichen Umweltschutzes,⁴¹⁷ so besteht erst recht kein Grundsatz bestmöglicher Kulturentfaltung,⁴¹⁸ ist doch Art. 151 Abs. 4 EG/167 Abs. 4 AEUV schon nicht so zentral platziert und zudem auch die kulturelle europäische Identität nach Art. 151 Abs. 1 EG/167 Abs. 1 AEUV umfasst und förderbar.⁴¹⁹
- 3332** Dieser Befund der bloßen Berücksichtigung kultureller Belange deckt sich mit Art. 6 Abs. 3 EU/4 Abs. 2 AEUV. Danach achtet die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, zu der auch kulturelle Aspekte gehören.⁴²⁰ Das Achten ist im Sinne einer bloßen Berücksichtigung zu sehen, ohne dass den nationalen Identitäten ein Vorrang zukäme.⁴²¹

⁴¹³ Näher zu der bloßen Handlungsermächtigung des Art. 13 EG/19 AEUV o. Rn. 3227 ff. Für ein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die in Art. 13 Abs. 1 EG/19 Abs. 1 AEUV genannten Kriterien hingegen *Holoubek*, in: Schwarze, Art. 13 EGV Rn. 9; *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 33; anders die h.M., etwa *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 EGV Rn. 1; *Rossi*, EuR 2000, 197 ff.

⁴¹⁴ Diese darf spezifisch gefördert werden, *Sparr*, in: Schwarze, Art. 151 EGV Rn. 19; ausführlicher zu diesem Punkt *Nettesheim*, JZ 2002, 157 (163 ff.).

⁴¹⁵ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 70 a.E.

⁴¹⁶ *S. Hochbaum*, BayVBl. 1997, 680 (685); s. auch *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 151 EGV Rn. 2.

⁴¹⁷ Näher u. Rn. 4348 f.

⁴¹⁸ So aber *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, Art. 151 EGV Rn. 76.

⁴¹⁹ Darauf abhebend *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 71 a.E.

⁴²⁰ Etwa *Pechstein*, in: Streinz, Art. 6 EUV Rn. 27.

⁴²¹ Bereits *Hilf*, in: Gedächtnisschrift für Grabitz, 1995, S. 157 (167 f.).

Speziell die Religion ist bislang im Primärrecht nicht näher geschützt. Lediglich die so genannte Kirchenerklärung zum Amsterdamer Vertrag⁴²² verlangt die Achtung des Status der Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften, ebenso von weltanschaulichen Gemeinschaften.⁴²³ Diese Klausel hat aber einen kirchenrechtlichen Bezug und erfasst damit nicht umfassend die Vielfalt der Religionen. Deren Wahrung folgt allerdings indirekt aus der Religionsfreiheit nach Art. 10 EGRC, indes in einem abwehrrechtlichen Sinn.⁴²⁴ **3333**

Sprachen werden im bisherigen Primärrecht nur gem. Art. 21 EG/24 AEUV hinsichtlich der EU-Amtssprachen gewährleistet, in denen sich der Einzelne an die Unionsorgane und Einrichtungen wenden kann. Geschützt ist hingegen nicht die gesamte Vielfalt der Sprachen in Europa. **3334**

2. EMRK

Die Vielfalt der Kulturen ist bislang in der EMRK nicht näher als Grundrecht niedergelegt. Das gleiche gilt im Hinblick auf Sprachen. Allerdings ist die Religionsfreiheit umfassend nach Art. 9 EMRK gewährleistet, ebenso ein Verbot der Diskriminierung wegen der Religion. Auch aufgrund der Sprache darf gem. Art. 14 EMRK niemand diskriminiert werden. Sie frei auszuüben ist letztlich Ausfluss des Rechts der freien Meinungsäußerung, welche auch die näheren Umstände und damit die gewählte Sprache umfasst. Der Schutz kultureller Eigenheiten kann höchstens über den Schutz von Minderheiten gewonnen werden, der aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens gefolgert wird.⁴²⁵ Diese Gewährleistungen beziehen sich dabei auch auf die jeweilige Vielfalt. Sowohl die Religions- als auch die Meinungsäußerungsfreiheit leben von der Pluralität. Der Minderheitenschutz umschließt die Wahrung der jeweiligen Eigenheiten. **3335**

Art. 1 des Protokolls Nr. 12 zur EMRK verlangt die diskriminierungsfreie Wahrnehmung eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechts und führt als insoweit verbotene Merkmale u.a. die Sprache, die Religion sowie die nationale Herkunft und die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit auf. Mit Letzterem werden die Anhaltspunkte für eine Gewährleistung der kulturellen Vielfalt verstärkt. Allerdings findet sich Art. 1 des Protokolls Nr. 12 zur EMRK schon in Art. 21 EGRC wieder. Sein Gehalt ist damit dort spezifisch aufgenommen. **3336**

3. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)

Im IPbpr⁴²⁶ steht neben dem Gleichheitsrecht des Artikels 26 das Recht nach Artikel 27, in Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten zu- **3337**

⁴²² Erklärung zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften.

⁴²³ Näher o. Rn. 1559.

⁴²⁴ S.u. Rn. 3347.

⁴²⁵ S.o. Rn. 1200.

⁴²⁶ BGBl. II 1973 S. 1534.

sammen mit anderen Angehörigen dieser Gruppe das eigene kulturelle Leben zu pflegen, die eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich der eigenen Sprache zu bedienen. Damit ist dort die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen nicht (nur) gleichheitsrechtlich gefasst. Umgekehrt aber bleibt Art. 27 IPbPR hinter Art. 22 EGRC deshalb zurück, weil es sich nicht um ein umfassendes Recht handelt, sondern um ein bloßes Achtungsgebot.

4. EuGH

3338 Die allgemeine Forderung nach Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen hat der EuGH bislang nicht aufgestellt. Er hat allerdings im Rahmen der Grundfreiheiten kulturellen, religiösen und sprachlichen Aspekten Bedeutung zugemessen. So bildet für ihn die Förderung von Sprachen ein legitimes Ziel, um Grundfreiheiten einschränken zu können.⁴²⁷

3339 Hingegen werden selbst religiös motivierte Handlungen nicht aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgenommen, wenn sie Teil einer gewerblichen Tätigkeit sind.⁴²⁸ Damit kommt es auf die Gewerblichkeit der Handlung an, die durch den religiösen Charakter nicht ausgeschlossen sein darf. Das ist aber keine Frage religiöser Vielfalt.

3340 Demgegenüber geht es spezifisch um die Förderung kultureller Vielfalt, wenn Beihilfen das kulturelle Erbe erhalten sollen und deshalb etwa bestimmte Fernsehsendungen gefördert werden.⁴²⁹

III. Rechtscharakter

3341 Dass die Union die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen entsprechend Art. 22 EGRC achtet, erinnert eher an die Querschnittsklausel nach Art. 151 Abs. 4 EG/167 Abs. 4 AEUV bzw. die Grundlagenbestimmung nach Art. 6 Abs. 3 EU/4 Abs. 2 EUV als an ein subjektiv einforderbares Grundrecht. Die darin genannten Aspekte sind daher im Rahmen der Unionspolitiken zu berücksichtigen. Es handelt sich um einen Grundsatz, welcher eine Abwägung verlangt, nicht hingegen um ein Grundrecht im engeren Sinne entsprechend der Unterscheidung nach Art. 51 Abs. 1, 52 Abs. 5 EGRC. Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, dass der Einzelne eine Verletzung von Art. 22 EGRC geltend machen kann. Dies hat aber inzidenter zu geschehen.⁴³⁰

⁴²⁷ EuGH, Rs. C-379/87, Slg. 1989, I-3967 (3993 f., Rn. 20 f.) – Anita Groener; s. auch Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637 (7658 f., Rn. 29) – Bickel u. Franz: Schutz von Minderheiten.

⁴²⁸ EuGH, Rs. 196/87, Slg. 1988, 6159 (6172 f., Rn. 9 ff.) – Steymann; dazu *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2464.

⁴²⁹ Näher *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1112 ff. zum Kulturbegriff nach Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG/107 Abs. 3 lit. d) AEUV.

⁴³⁰ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 76; enger bezogen auf Art. 151 EG/167 AEUV *Sparr*, in: Schwarze, Art. 151 EGV Rn. 17: Rechtsdurchsetzung nur durch die Mitgliedstaaten und die EU-Organe; subjektive Rechte gänzlich ausschließend im hiesigen

IV. Abgrenzung

Als bloßer Grundsatz flankiert Art. 22 EGRC das Verbot der Nichtdiskriminierung unter anderem aus Gründen der Sprache, der Religion und der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit nach Art. 21 EGRC, schließt dieses Grundrecht aber nicht aus. Daher finden beide Bestimmungen nebeneinander Anwendung. Das gilt auch für die Freiheitsrechte, welche auf den jeweiligen Gegenstand bezogen sind, so insbesondere die Religionsfreiheit, die Meinungsäußerungsfreiheit und das Recht auf Achtung des Privatlebens, welches auch den Minderheitenschutz und damit letztlich die damit verbundenen kulturellen Eigenheiten umfasst. 3342

Diese Freiheitsrechte werden ebenfalls nicht etwa durch Art. 22 EGRC reduziert, sondern verstärkt und zusätzlich abgesichert, indem nämlich auf die in Art. 22 EGRC genannten Punkte bereits bei der Festlegung der Unionspolitiken Rücksicht genommen werden muss, so dass Freiheitseinschränkungen möglicherweise schon dadurch verhindert oder abgemildert werden. 3343

B. Vielfalt der Kulturen

Zwar prägt Art. 22 EGRC die Ausgestaltung der Unionspolitiken, wie dies auch für Art. 151 EG/167 AEUV zutrifft.⁴³¹ Gleichwohl ist Art. 151 EG/167 AEUV wesentlich stärker in das Kompetenzgefüge der Verträge eingebunden. Art. 22 EGRC sichert diese durchgehende Berücksichtigung kultureller Vielfalt im Rahmen der Grundrechte zusätzlich ab. 3344

Daher geht es vor allem um die Abgrenzung anderer Politikbereiche, so der Bildungspolitik nach Art. 149 f. EG/165 f. AEUV.⁴³² Art. 22 EGRC soll demgegenüber die Vielfalt der Kulturen und damit die bestehenden Eigenheiten etwa auch auf nationaler Ebene spezifisch absichern. Das erinnert an die Herangehensweise im Rahmen von Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG/107 Abs. 3 lit. d) AEUV, bei der gleichfalls an die nationalen Eigenheiten angeknüpft wird. Daher werden teilweise alle die Bereiche einbezogen, in denen die Mitgliedstaaten traditionell Kulturförderung betrieben haben⁴³³ bzw. soweit eine Tätigkeit nach allgemeiner Auffassung der Kultur zugeordnet wird.⁴³⁴ 3345

Folglich zählt das nationale Kulturverständnis. Es wird damit gerade das umfasst, was nach den typischen nationalen Eigenheiten Kultur ausmacht und so – bezogen auf die europäische Ebene – die nationale Vielfalt widerspiegelt. Im Hinblick darauf, dass Art. 22 EGRC ein Weniger zum ursprünglich teilweise gewollten Minderheitenschutz bildet, geht es insbesondere auch um die Vielfalt der Kul- 3346

Zusammenhang *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (6); *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 22 Rn. 16; *Jarass*, § 25 Rn. 44. S. allgemein o. Rn. 677 f.

⁴³¹ S.o. Rn. 3329.

⁴³² S. *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 70 sowie 74.

⁴³³ *Ress*, in: *Gedächtnisschrift für Grabitz*, 1995, S. 595 (622).

⁴³⁴ KOMe NN 70/98 vom 24.2.1999 n.v. (Ziff. 6.2) – KIKa/Phoenix, Genehmigung veröffentlicht in ABl. 1999 C 283, S. 3.

turen innerhalb der Mitgliedstaaten und damit den Schutz von Minderheitskulturen.⁴³⁵

C. Vielfalt der Religionen

3347 Die Religionsfreiheit nach der EGRC beruht gerade wie sein Vorbild nach Art. 9 EMRK auf der Pluralität der Religionen. Insbesondere darf nicht eine in der Minderheit befindliche Religion gegenüber einer Mehrheitsreligion oder Staatsreligion benachteiligt werden.⁴³⁶ Damit besteht eine weitgehend parallele Schutzrichtung zu Art. 22 EGRC. Deshalb kann für den Religionsbegriff an die Definition in Art. 10 EGRC angeknüpft werden. Wie dort sind auch Weltanschauungen einzubeziehen, obwohl diese in Art. 22 EGRC nicht genannt sind. Weil die Weltanschauung in Art. 10 Abs. 1 S. 2 und Art. 21 Abs. 1 EGRC ausdrücklich benannt ist, wird allerdings im Rahmen von Art. 22 EGRC gerade e contrario geschlossen, dass sie darin nicht erfasst ist.⁴³⁷ Dafür spricht auch, dass die Religion entsprechend der Präambel, welche auf das geistig-religiöse und sittliche Erbe abstellt, eine Weltanschauung hingegen nicht erwähnt wird. Die Religion wird daher offenbar in ihrem Beitrag zur europäischen Identität für bedeutsamer gehalten als die Weltanschauungen.⁴³⁸

3348 Für diese engere, aber dafür spezifische Sicht spricht auch, wenn man aus Art. 22 EGRC den Grundsatz eines religionsfreundlichen Unionshandelns ableitet, welches die staatskirchenrechtlichen Besonderheiten der Mitgliedstaaten achtet.⁴³⁹ Einen entsprechenden Grundsatz zugunsten von Weltanschauungen gibt es soweit ersichtlich nicht. Er würde auch die Frage einer hinreichenden Neutralität der Unionsorgane aufwerfen. Indes kann die Abgrenzung von Religion und Weltanschauung schwierig sein. Nicht zuletzt deshalb werden sie sowohl in Art. 10 EGRC als auch in dem unmittelbar vorgelagerten Art. 21 EGRC gleichgestellt. Daraus kann daher auch eine generelle Gleichsetzung gefolgert werden, die nur in Art. 22 EGRC unterblieb, ohne dass damit Konsequenzen beabsichtigt wurden.

3349 Bei der Entstehung von Art. 22 EGRC wurden Weltanschauungsgemeinschaften nicht ausdrücklich ausgenommen, sondern einfach nicht näher problematisiert. Dass nur die Religionen genannt sind, nicht aber die Weltanschauungsgemeinschaften, lässt sich mit dem Bezug auf den Minderheitenschutz erklären, der regelmäßig mit ethnischen, religiösen und sprachlichen Aspekten verbunden wird.⁴⁴⁰ Damit ist ein entsprechender Gleichklang zur Religionsfreiheit hergestellt, der durch Art. 22 EGRC flankiert wird.⁴⁴¹ Entsprechendes gilt für den Schutz von religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften. Diese fassen vielfach Glaubensge-

⁴³⁵ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 74 f.

⁴³⁶ S.o. Rn. 3335.

⁴³⁷ So Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 29 Rn. 27; Hölscheidt/Mund, EuR 2003, 1083 (1092).

⁴³⁸ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 22 Rn. 20.

⁴³⁹ Dazu näher Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 22 Rn. 21 sowie u. Rn. 3352.

⁴⁴⁰ Heselhaus, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 80 a.E.; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 22 Rn. 22.

⁴⁴¹ S.o. Rn. 3342.

meinschaften organisatorisch zusammen und sind damit ebenfalls Ausdruck der Vielfalt der Religionen bzw. pflegen und bewahren sie. Daher bedürfen sie ebenfalls der Achtung im Rahmen von Art. 22 EGRC.

D. Vielfalt der Sprachen

Unter Sprachen fallen nicht nur die Amtssprachen der EU, sondern aufgrund der geschützten Vielfalt auch die weniger verbreiteten und bedeutenden Sprachen auf regionaler und lokaler Ebene. Gerade die Dialekte formen erst die europäische Vielfalt. **3350**

Dabei kommt es auf die natürlichen Gegebenheiten an. Die Anerkennung als Sprache kann nicht von nationaler Festlegung abhängen. Ansonsten hätten es die Staaten in der Hand, die auf ihrem Territorium befindlichen, nicht geliebten regionalen Dialekte erst gar nicht als Sprache anzuerkennen und damit von der Vielfalt auszuschließen. Leistungsansprüche und damit verbundene Konflikte ergeben sich daraus schon deshalb nicht, weil die Förderung in Art. 22 EGRC nicht verlangt wird und aus dem bloßen Achtungsgebot keine finanziellen Ansprüche abgeleitet werden können, um Sprachen von Minderheiten zu gewährleisten.⁴⁴² **3351**

E. Achtungsgebot

Die Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen in den vorgenannten Definitionen verlangt nicht, dass diese Vielfalt in keiner Weise angetastet wird. So wird auch das Achtungsgebot der nationalen Identität nach Art. 6 Abs. 3 EU/4 Abs. 2 EUV nur im Sinne einer Berücksichtigungspflicht interpretiert.⁴⁴³ Ist dies schon im Rahmen dieser Grundlagenvorschrift der Fall, kann Art. 22 EGRC schwerlich darüber hinausgehen. Ansonsten würde damit möglicherweise auch der Charakter von Art. 6 Abs. 3 EU/4 Abs. 2 EUV verändert. **3352**

Ohnehin sind Grundsätze nach Art. 52 Abs. 5 EGRC gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie erst umgesetzt und dann in diesem Rahmen bei der Auslegung von den Gerichten herangezogen werden müssen. Weil damit normative Maßnahmen zwischengeschaltet werden, ist eine Abwägung und nähere Beurteilung im Rahmen der gegebenen Umstände vorgezeichnet. Diese Notwendigkeit ergibt sich auch daraus, dass mehrere Grundsätze in den Grundrechten enthalten sind, die damit nicht vollständig verwirklicht werden können. **3353**

Allerdings ist das Gewicht der betroffenen kulturellen, religiösen bzw. sprachlichen Aspekte umso stärker, je erheblicher sie im Einzelfall tangiert werden. So wird eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Entfaltung von Kulturen für unzulässig gehalten.⁴⁴⁴ Aber auch geringfügige Antastungen sind rechtfertigungsbedürftig, wird doch den genannten Elementen in ihrer Vielfalt ein Eigenwert zuge- **3354**

⁴⁴² S. Heselhaus, in: ders./Nowak, § 46 Rn. 84.

⁴⁴³ S.o. Rn. 3332.

⁴⁴⁴ Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf, Art. 151 EGV Rn. 76.

messen. Das gilt vor allem dann, wenn Minderheiten beeinträchtigt werden, ist doch Art. 22 EGRC von der Entstehungsgeschichte her ein Minus zu einem Minderheitenschutzrecht.⁴⁴⁵

3355 Sind mehrere Kulturen, Religionen oder Sprachen im jeweiligen Fall beteiligt, handelt es sich um einen komplexen Sachverhalt, für welchen den entscheidenden Organen jeweils ein Beurteilungsspielraum zusteht. Sind Minderheiten betroffen, ergibt sich die Komplexität regelmäßig daraus, dass der Minderheitskultur bzw. -sprache oder -religion eine Mehrheitskultur bzw. -sprache oder -religion gegenübersteht. Dann müssen die betroffenen Belange sorgfältig ausgeglichen und die Wirkungen näher untersucht werden.

3356 Die Situation vor Ort werden am ehesten die nationalen bzw. regionalen Organe einschätzen können. Insgesamt darf der Minderheitenschutz aber nicht über einen solchen Beurteilungsspielraum ausgehöhlt werden. Die Belange der Minderheit sind daher sachgerecht zu ermitteln und in ihrer hinreichenden Bedeutung in die Abwägung einzustellen. Damit geht es vor allem um einen Schutz der Minderheiten durch Verfahren auch im Rahmen des Achtungsgebotes nach Art. 22 EGRC.

F. Prüfungsschema zu Art. 22 EGRC

3357 1. Gewährleistungsbereich

- a) **kein subjektives Recht, sondern Grundsatz**
- b) **Achtungsgebot**
- c) **Vielfalt der Kulturen nach nationalem Verständnis; insbes. Schutz von Minderheitskulturen**
- d) **Vielfalt der Religionen einschl. Weltanschauungen, relig. Vereinigungen**
- e) **Vielfalt der Sprachen, insbes. auch Dialekte**

2. Rechtsfolgen

- a) **sachgerechte Ermittlung**
- b) **Abwägung mit begrenztem Beurteilungsspielraum**
- c) **Schutz von Minderheiten durch Verfahren**

§ 5 Gleichheit von Männern und Frauen

A. Grundlagen

3358 Art. 23 EGRC ist überschrieben mit „Gleichheit von Frauen und Männern“. Gem. Abs. 1 ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen. Nach

⁴⁴⁵ *Heselhaus*, in: *ders./Nowak*, § 46 Rn. 75; zu Letzterem s.o. Rn. 3325.

Abs. 2 steht der Grundsatz der Gleichheit der Beibehaltung oder Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen.

I. Entstehungshintergrund

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁴⁴⁶ stützt sich Art. 23 Abs. 1 EGRC auf Art. 2 und 3 Abs. 2 EG/3 und UV 8 AEUV, die die Union auf das Ziel der Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen verpflichten, sowie auf Art. 141 Abs. 1 EG/157 Abs. 1 AEUV. Art. 23 Abs. 1 EGRC lehnt sich zudem an Art. 20 der rev. ESC⁴⁴⁷ und an Nr. 16 GCSGA⁴⁴⁸ an. Er stützt sich auch auf Art. 141 Abs. 3 EG/157 Abs. 3 AEUV und auf Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG⁴⁴⁹ des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen. **3359**

Art. 23 Abs. 2 EGRC übernimmt nach diesen Erläuterungen in einer kürzeren Formulierung Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV, wonach der Grundsatz der Gleichbehandlung der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung oder zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn nicht entgegensteht. Nach Art. 52 Abs. 2 EGRC⁴⁵⁰ ändert Art. 23 Abs. 2 EGRC nicht Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV. **3360**

II. Rechtsgrundlagen

1. Art. 2, 3 Abs. 2 EG/3 Abs. 3 EUV, 8 AEUV

Art. 2 EG macht es unter anderem zur Aufgabe der Gemeinschaft, die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Art. 3 EG benennt die Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft und führt in Abs. 2 aus, dass bei allen diesen genannten Tätigkeiten die Gemeinschaft darauf hinwirkt, „die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.“ Diese Bestimmungen wurden mit dem Vertrag von Amster- **3361**

⁴⁴⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁴⁴⁷ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁴⁴⁸ S.u. Rn. 3539.

⁴⁴⁹ ABl. 1976 L 39, S. 40; zuletzt geändert durch RL 2002/73/EG, ABl. 2002 L 269, S. 15. Die RL 76/207/EWG wird am 14.8.2009 außer Kraft treten und durch die RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204, S. 23, abgelöst.

⁴⁵⁰ Die Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 24 sprechen von Art. 51 Abs. 2 EGRC; dabei ist von einem Redaktionsversehen auszugehen, das in den aktualisierten Erläuterungen zur EGRC geändert wurde, s. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 918.

dam aufgenommen.⁴⁵¹ Damit wurde das so genannte gender mainstreaming zum übergreifenden europäischen Prinzip gemacht.⁴⁵²

3362 Gleiches gilt für den Reformvertrag von Lissabon. Gem. Art. 3 Abs. 3 EUV fördert die Union die Gleichstellung von Frauen und Männern. Nach Art. 8 AEUV wirkt die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

3363 Es handelt sich bei allen diesen Normen allerdings lediglich um politische Zielbestimmungen, aus denen sich keine rechtlich unmittelbar wirkenden Konsequenzen ergeben. Insbesondere kann sich kein Bürger darauf berufen.⁴⁵³ Art. 23 EGRC fordert hingegen einen umfassenden Geltungsanspruch für die Geschlechtergleichheit. Er ist konkreter als die Normen aus EG, EUV und AEUV.⁴⁵⁴

2. Art. 141 EG/157 AEUV

a) Inhalt

3364 Gem. Art. 141 Abs. 1 EG/157 Abs. 1 AEUV stellt jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher. Nach Absatz 2 sind unter „Entgelt“ im Sinne dieses Artikels die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergünstigungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bedeutet, a) dass das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit aufgrund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird, b) dass für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt bei gleichem Arbeitsplatz gleich ist.

3365 Art. 141 Abs. 3 EG/157 Abs. 3 AEUV enthält eine Ermächtigungsgrundlage:⁴⁵⁵ Danach beschließt der Rat bzw. nach dem Reformvertrag von Lissabon beschließen das Europäische Parlament und der Rat Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit.

3366 Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV schließlich beinhaltet eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Öffnungsklausel:⁴⁵⁶ Danach hindert im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur

⁴⁵¹ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 1; Schmidt am Busch, BayVBl. 2000, 737 (737); Dieball, EuR 2000, 274 (274).

⁴⁵² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 58; Schmidt am Busch, BayVBl. 2000, 737 (738); Dieball, EuR 2000, 274 (274 f.).

⁴⁵³ Schmidt am Busch, BayVBl. 2000, 737 (738 f.); Dieball, EuR 2000, 274 (277).

⁴⁵⁴ Streinz, in: ders., Art. 23 GR-Charta Rn. 4.

⁴⁵⁵ Dieball, EuR 2000, 274 (282).

⁴⁵⁶ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 24; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 141 EGV Rn. 80 ff.

Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen. Damit dient Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV der Verwirklichung realer Gleichheit.⁴⁵⁷ Da historisch gewachsen vorwiegend Frauen am Arbeitsplatz benachteiligt sind, kann Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV das politische Ziel entnommen werden, der Ausweitung der Frauenerwerbstätigkeit Vorrang vor der Gleichbehandlung zukommen zu lassen.⁴⁵⁸

b) Vergleich mit Art. 23 EGRC

Während Art. 23 EGRC die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in allen Lebensbereichen betrifft und nur beispielhaft auf die arbeitsrechtlichen Bereiche „Beschäftigung, Arbeit und Arbeitsentgelt“ abstellt, beschränkt sich Art. 141 EG/157 AEUV auf eine arbeitsrechtliche Gleichstellung.⁴⁵⁹ Ursprünglich waren auch im Grundrechtekonvent lediglich Bestimmungen in den Bereichen Arbeit und Beschäftigung vorgesehen.⁴⁶⁰ Dies wurde jedoch vielfach kritisiert⁴⁶¹ und letztlich zugunsten der Gleichbehandlung in sämtlichen Lebensbereichen aufgegeben.⁴⁶²

Auch die Adressaten von Art. 23 EGRC und Art. 141 EG/157 AEUV sind unterschiedlich. Während Art. 23 EGRC die Union und die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht bindet,⁴⁶³ wendet sich Art. 141 EG/157 AEUV lediglich an die Mitgliedstaaten,⁴⁶⁴ bindet diese jedoch umfassend, d.h. auch für den Fall, dass sie kein Unionsrecht durchführen.⁴⁶⁵

3. Art. 20 rev. ESC

In Art. 20 rev. ESC⁴⁶⁶ verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu gewährleisten, dieses Recht anzuerkennen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um dessen Anwendung in den folgenden Bereichen zu gewährleisten oder zu fördern:

⁴⁵⁷ Eichenhofer, in: Streinz, Art. 141 EGV Rn. 23.

⁴⁵⁸ Eichenhofer, in: Streinz, Art. 141 EGV Rn. 23. Zu den Grenzen u. Rn. 3399 f.

⁴⁵⁹ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 23; Streinz, in: ders., Art. 23 GR-Charta Rn. 4; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 23 Rn. 15; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 23 GRCh Rn. 4.

⁴⁶⁰ S. Hölscheidt, in: Meyer, Art. 23 Rn. 8 f.

⁴⁶¹ S. die Diskussion bei Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 369.

⁴⁶² S. Hölscheidt, in: Meyer, Art. 23 Rn. 14; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 6.

⁴⁶³ Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁴⁶⁴ Streinz, in: ders., Art. 23 GR-Charta Rn. 5; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 2, 8 f.

⁴⁶⁵ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 23.

⁴⁶⁶ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

- Zugang zu Beschäftigung, Kündigungsschutz und berufliche Wiedereingliederung,
- Berufsberatung und berufliche Ausbildung, Umschulung und berufliche Rehabilitation,
- Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich des Entgelts,
- beruflicher Werdegang, einschließlich des beruflichen Aufstiegs.

3370 Diese Bestimmung bezieht sich nur auf das Arbeitsleben. Im Unterscheid zu Art. 23 EGRC wird eine Gleichbehandlung damit nicht in allen Lebensbereichen normiert.⁴⁶⁷

4. Nr. 16 GCSGA

3371 Gem. Nr. 16 GCSGA⁴⁶⁸ ist „die Gleichbehandlung von Männern und Frauen ... zu gewährleisten. Die Chancengleichheit für Männer und Frauen ist weiter auszubauen. Zu diesem Zweck sind überall dort, wo dies erforderlich ist, die Maßnahmen zu verstärken, mit denen die Verwirklichung der Gleichheit von Männern und Frauen vor allem im Hinblick auf den Zugang zu Beschäftigung, Arbeitsentgelt, Arbeitsbedingungen, sozialen Schutz, allgemeine und berufliche Bildung sowie beruflichen Aufstieg sichergestellt wird. Auch sind die Maßnahmen auszubauen, die es Männern und Frauen ermöglichen, ihre beruflichen und familiären Pflichten besser miteinander in Einklang zu bringen“. Wie in Art. 23 EGRC wird die Arbeitswelt damit besonders herausgestellt, ist aber nicht ausschließlich umfasst.

5. Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG

3372 Die allgemeine Gleichbehandlungs-RL 76/207/EWG⁴⁶⁹ hat nach ihrem Art. 1 Abs. 1 zum Ziel, dass in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und in Bezug auf die soziale Sicherheit verwirklicht wird. Gem. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand – erfolgen darf.

⁴⁶⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 49.

⁴⁶⁸ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁴⁶⁹ Des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (allgemeine Gleichbehandlungs-RL), ABl. 1976 L 39, S. 40. Diese RL wird am 15.8.2009 durch die RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204, S. 23, abgelöst.

Die nachfolgenden Artikel sehen zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung diverse Maßnahmen in den Mitgliedstaaten vor.

Gem. Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG hindert die Richtlinie nicht Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, welche die Chancen der Frauen in den in Art. 1 Abs. 1 genannten Bereichen beeinträchtigen.⁴⁷⁰ **3373**

Während Art. 141 EG/157 AEUV nur die Gleichbehandlung hinsichtlich des „Entgelts“ verlangt, gewährt die allgemeine Gleichbehandlungs-RL 76/207/EWG auch Schutz vor sonstigen arbeitsrechtlichen Ungleichbehandlungen, wobei die Abgrenzung im Einzelfall allerdings schwierig sein kann.⁴⁷¹ Art. 23 EGRC geht über beides hinaus und enthält ein umfassendes Gleichheitsgebot. **3374**

III. EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH hat sich bereits vielfach mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen aus Art. 141 EG/157 AEUV und dem Gleichheitsgebot des Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG beschäftigt.⁴⁷² Umstritten ist, ob er der Bestimmung des Art. 141 EG/157 AEUV dabei Grundrechtsqualität zukommen lässt.⁴⁷³ **3375**

1. Grundrechtsqualität des Art. 141 EG/157 AEUV

Die meisten Stimmen in der deutschen Lit. gehen bei Art. 141 EG von einem Grundrecht aus, ohne dies näher zu erläutern.⁴⁷⁴ Andere hingegen verneinen diesen Charakter.⁴⁷⁵ Dies dürfte auch für den fast wortgleichen Art. 157 AEUV gelten. **3376**

Der EuGH hat Art. 141 EG für unmittelbar anwendbar erklärt,⁴⁷⁶ so dass sich Unionsbürger direkt auf die Norm berufen können. Zudem gilt Art. 141 EG/157 AEUV – anders als die Grundfreiheiten – auch für rein innerstaatliche Sachverhalte und umfassend gegen den eigenen Mitgliedstaat.⁴⁷⁷ Deshalb kann jeder Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin in jedem Mitgliedstaat die unmittelbare Anwen- **3377**

⁴⁷⁰ Beachte die veränderte Fassung durch die RL 2002/73/EG, ABl. 2002 L 269, S. 15.

⁴⁷¹ *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 32.

⁴⁷² Jüngst EuGH, Rs. C-116/06, EuZW 2007, 741 (743, Rn. 46) – Sari Kiiski; s. im Übrigen die Beispiele bei *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 9 ff. und bei *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1830 ff.

⁴⁷³ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 32.

⁴⁷⁴ *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 6; *Lenz*, EuGRZ 1993, 585 (587); *Rebhahn*, in: Schwarze, Art. 141 EGV Rn. 8; *Dieball*, EuR 2000, 274 (282); *Jarass*, § 26 Rn. 3; *Schmidt am Busch*, BayVbl. 2000, 737 (738).

⁴⁷⁵ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 35 ff.; *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf, Art. 141 EGV Rn. 4 f.

⁴⁷⁶ EuGH, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 (472 ff., Rn. 4/6 ff.) – Defrenne/Sabena (bekannt als Defrenne II); *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1824; *Eichenhofer*, in: Streinz, Art. 141 EGV Rn. 7; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 15.

⁴⁷⁷ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1824.

derung von Art. 141 EG/157 AEUV einklagen.⁴⁷⁸ Schließlich gehen Art. 141 Abs. 3 und 4 EG/157 Abs. 3 und 4 AEUV offensichtlich von einem allgemein gültigen Grundsatz der Gleichberechtigung aus.⁴⁷⁹ Der EuGH hat betont, dass die „Beseitigung der auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierungen zu (den) Grundrechten gehört“.⁴⁸⁰ Weiter hat er erklärt, dass das „soziale Ziel des Art. 141 EG/157 AEUV⁴⁸¹ Ausdruck eines Grundrechts ist.“⁴⁸² Auch wenn der EuGH damit nicht explizit davon spricht, dass Art. 141 EG/157 AEUV ein Grundrecht ist, kann der Rechtsprechung dennoch diese Einordnung entnommen werden. Art. 141 EG/157 AEUV ist daher insgesamt als echte Grundrechtsnorm zu qualifizieren.⁴⁸³

2. Kein allgemeines Gleichheitsgrundrecht zwischen Männern und Frauen

3378 Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob bereits das bislang geltende Europarecht ein allgemeines Gleichbehandlungsgrundrecht zwischen Männern und Frauen enthält, das sich nicht wie Art. 141 EG/157 AEUV auf das Arbeitsleben beschränkt.

3379 Ausgangspunkt ist die vorstehend genannte Rechtsprechung des EuGH, wonach „die Beseitigung der auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierungen zu (den) Grundrechten gehört“, deren Einhaltung der EuGH zu sichern hat⁴⁸⁴ bzw. „das Recht, nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert zu werden, eines der Grundrechte des Menschen dar(stellt), deren Einhaltung (der Gerichtshof) zu sichern hat.“⁴⁸⁵ Daher könnte der EuGH bereits in der Vergangenheit ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts angenommen haben, das sich nicht auf das Erwerbsleben beschränkt.⁴⁸⁶

3380 Die Entscheidungen betrafen aber jeweils Fälle aus dem Arbeitsleben, zumal Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts in diesem Bereich in der Praxis am häufigsten vorkommen dürften. Gegen ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot zwischen Männern und Frauen spricht auch die Regelung des Art. 13 EG/19

⁴⁷⁸ Dieball, EuR 2000, 274 (282); Eichenhofer, in: Streinz, Art. 141 EGV Rn. 7; Rebhahn, in: Schwarze, Art. 141 EGV Rn. 8.

⁴⁷⁹ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 34; Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 141 EGV Rn. 4.

⁴⁸⁰ EuGH, Rs. 149/77, Slg. 1978, 1365 (1379, Rn. 26/29) – Defrenne/Sabena (bekannt als Defrenne III); Rs. C-25/02, Slg. 2003, I-8349 (8382, Rn. 25) – Rinke; Rs. 75 u. 117/82, Slg. 1984, 1509 (1530, Rn. 16) – Razzouk u. Beydoun; Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2143 (2165, Rn. 19) – P./S.; Rs. C-50/96, Slg. 2000, I-743 (794, Rn. 56) – Deutsche Telekom; Rs. C-270 u. 271/97, Slg. 2000, I-929 (951, Rn. 56) – Deutsche Post.

⁴⁸¹ Die Entsch. spricht noch von Art. 119 EGV.

⁴⁸² EuGH, Rs. C-50/96, Slg. 2000, I-743 (794, Rn. 57) – Deutsche Telekom; Rs. C-270 u. 271/97, Slg. 2000, I-929 (952, Rn. 57) – Deutsche Post.

⁴⁸³ Frenz, Europarecht 1, Rn. 1824.

⁴⁸⁴ EuGH, Rs. 149/77, Slg. 1978, 1365 (1379, Rn. 26/29) – Defrenne/Sabena; Rs. C-25/02, Slg. 2003, I-8349 (8382, Rn. 25) – Rinke; Rs. 75 u. 117/82, Slg. 1984, 1509 (1530, Rn. 16) – Razzouk u. Beydoun.

⁴⁸⁵ EuGH, Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2134 (2165, Rn. 19) – P./S.

⁴⁸⁶ So Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 82 f.

AEUV. Sie erteilt lediglich eine Kompetenz für den Erlass von Vorschriften, die eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts verbieten sollen, wirkt aber selbst nicht unmittelbar.⁴⁸⁷ Anders als Art. 12 EG/18 AEUV beinhaltet sie kein unmittelbar geltendes Diskriminierungsverbot.⁴⁸⁸ Daher ist davon auszugehen, dass das bisherige Primärrecht kein allgemeines Grundrecht der Geschlechtergleichheit kennt.

IV. Verfassungen der Mitgliedstaaten

Die Mehrzahl der mitgliedstaatlichen Verfassungen enthält ein Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.⁴⁸⁹ Dies kommt in unterschiedlichen Bestimmungen zum Ausdruck: Während beispielsweise in Deutschland,⁴⁹⁰ Griechenland,⁴⁹¹ Malta,⁴⁹² Polen⁴⁹³ und Ungarn⁴⁹⁴ die Gleichberechtigung betont wird, enthalten die niederländische,⁴⁹⁵ die estnische,⁴⁹⁶ die litauische,⁴⁹⁷ die slowakische,⁴⁹⁸ die tschechische⁴⁹⁹ und die zypriische⁵⁰⁰ Verfassung ein geschlechtsbezogenes Diskriminierungsverbot. In manchen Verfassungen wird die Gleichstellung auch zum Staatsziel erklärt oder eine auf die Gleichstellung zielende Politik verlangt, so in Deutschland,⁵⁰¹ Finnland,⁵⁰² Italien,⁵⁰³ Malta,⁵⁰⁴ Österreich,⁵⁰⁵ Portugal⁵⁰⁶ sowie Schweden.⁵⁰⁷ Die Verfassungen Belgiens, Luxemburgs, Dänemarks und Lettlands erwähnen die Geschlechtergleichstellung nicht ausdrücklich.⁵⁰⁸ **3381**

⁴⁸⁷ S.o. Rn. 3227.

⁴⁸⁸ *Dieball*, EuR 2000, 274 (278); ausführlicher zu Art. 12 EG/18 AEUV und Art. 13 EG/19 AEUV o. Rn. 3225 ff.

⁴⁸⁹ *Streinz*, in: ders., Art. 23 GR-Charta Rn. 3; ausführlich *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 23 Rn. 3 f.

⁴⁹⁰ Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG.

⁴⁹¹ Art. 4 Abs. 2 der griechischen Verfassung.

⁴⁹² Art. 14 der maltesischen Verfassung.

⁴⁹³ Art. 33 Abs. 1 der Verfassung Polens.

⁴⁹⁴ Art. 66 Abs. 1 der ungarischen Verfassung.

⁴⁹⁵ Art. 1 S. 2 der niederländischen Verfassung.

⁴⁹⁶ § 12 Abs. 1 der Verfassung Estlands.

⁴⁹⁷ Art. 29 Abs. 2 der litauischen Verfassung.

⁴⁹⁸ Art. 12 Abs. 2 der slowakischen Verfassung.

⁴⁹⁹ Art. 3 der Verfassung der tschechischen Republik i.V.m. Art. 3 der Charta der Grundrechte und Grundfreiheiten.

⁵⁰⁰ Art. 26 Nr. 2 der Verfassung Zyperns.

⁵⁰¹ Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.

⁵⁰² § 6 Abs. 4 der finnischen Verfassung.

⁵⁰³ Art. 3 S. 2 der Verfassung Italiens.

⁵⁰⁴ Art. 14 der Verfassung Maltas.

⁵⁰⁵ Art. 7 Abs. 2 der Verfassung Österreichs.

⁵⁰⁶ Art. 9 lit. h) der portugiesischen Verfassung.

⁵⁰⁷ Kap. 1 § 2 Abs. 3 S. 2 der Verfassung Schwedens.

⁵⁰⁸ *Streinz*, in: ders., Art. 23 GR-Charta Rn. 3; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 23 Rn. 4.

- 3382** Wie Art. 23 Abs. 2 EGRC erlauben die Verfassungen Österreichs⁵⁰⁹ und Schwedens⁵¹⁰ die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern. Einige Verfassungen gewährleisten auch besondere Vergünstigungen für Frauen.⁵¹¹

V. Abgrenzung

1. Art. 20, 21 Abs. 1 EGRC

- 3383** Da Art. 23 EGRC auf ein bestimmtes Diskriminierungsmerkmal, nämlich das Geschlecht abstellt, geht er dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 EGRC und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 1 EGRC vor.⁵¹²

2. Art. 21 Abs. 2 EGRC

- 3384** Art. 21 Abs. 2 EGRC verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Er betrifft damit ein anderes Diskriminierungsmerkmal als Art. 23 EGRC und ist deshalb daneben anwendbar.⁵¹³

3. Art. 33 Abs. 2 EGRC

- 3385** Eine Ungleichbehandlung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft ist eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts und deshalb gem. Art. 23 Abs. 1 EGRC verboten. Explizit ist das Verbot einer Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund in Art. 33 Abs. 2 EGRC normiert. Bei einer derartigen Entlassung kommen Art. 23 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 2 EGRC regelmäßig nebeneinander zum Tragen.⁵¹⁴

4. Art. 141 EG/157 AEUV

- 3386** Das aus Art. 141 EG/157 AEUV entnommene Grundrecht auf Gleichbehandlung bei den Arbeitsbedingungen⁵¹⁵ könnte als Spezialvorschrift Vorrang vor Art. 23 Abs. 1 EGRC haben, da sich letztere Norm auf alle Bereiche, nicht nur auf das Arbeitsrecht bezieht. Allerdings werden in Art. 23 EGRC exemplarisch die Beschäftigung, die Arbeit und das Arbeitsentgelt als besonders relevante Bereiche genannt. Daher sind beide Vorschriften parallel anzuwenden.⁵¹⁶

⁵⁰⁹ Art. 7 Abs. 2 S. 2 der österreichischen Verfassung.

⁵¹⁰ Kap. 2 § 16 der Verfassung Schwedens.

⁵¹¹ Ausführlich *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 23 Rn. 6.

⁵¹² Vgl. *Jarass*, § 26 Rn. 7; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 96; s. bereits o. Rn. 3180 ff.

⁵¹³ Vgl. *Rossi*, EuR 2000, 197 (198 f.) zu Art. 12 Abs. 1 EG/18 AEUV und Art. 141 EG/157 Abs. 4 AEUV.

⁵¹⁴ *Jarass*, § 31 Rn. 13; *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 56.

⁵¹⁵ S.o. Rn. 3376 f.

⁵¹⁶ *Jarass*, § 26 Rn. 7.

B. Allgemeines Diskriminierungsverbot nach Art. 23 Abs. 1 EGRC

I. Anordnung als subjektives Recht

Gem. Art. 23 Abs. 1 EGRC ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen. Diese Vorschrift enthält damit zwei Regelungen: Zum einen wird ein allgemeines Diskriminierungsverbot normiert, das alle geschlechtsbezogenen Diskriminierungen zwischen Frauen und Männern verbietet. Die angesprochenen Bereiche „Beschäftigung, ... Arbeit und ... Arbeitsentgelt“ sind dabei nur beispielhaft benannt und betreffen besonders wichtige Bereiche, in denen es häufig zu geschlechtsbezogenen Diskriminierungen kommt.⁵¹⁷ Zum anderen verpflichtet Art. 23 Abs. 1 EGRC die Union und die Mitgliedstaaten⁵¹⁸ zur „Sicherstellung“ der Gleichheit von Frauen und Männern und enthält damit einen über ein Diskriminierungsverbot hinausreichenden Schutzauftrag.⁵¹⁹ **3387**

Zwar spricht Art. 23 Abs. 2 EGRC von einem „Grundsatz der Gleichheit“. Auch in dem als Grundlage dienenden Art. 141 Abs. 1 EG/157 Abs. 1 AEUV ist von einem „Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen“ die Rede. Dennoch handelt es sich bei Art. 23 Abs. 1 EGRC um ein subjektives Recht,⁵²⁰ zumal bereits der als Grundlage dienende Art. 141 Abs. 1 EG/157 Abs. 1 AEUV als echte Grundrechtsnorm zu qualifizieren ist.⁵²¹ **3388**

II. Ungleichbehandlung

1. Unmittelbar

Art. 23 Abs. 1 EGRC enthält ein umfassendes Gleichstellungsgebot für Frauen und Männer.⁵²² Das Grundrecht kommt damit zur Anwendung, wenn es zu einer Ungleichbehandlung von Frauen und Männern in einer vergleichbaren Lage kommt und diese unterschiedliche Behandlung an die Eigenschaft als Frau oder Mann anknüpft. Nach der Rechtsprechung des EuGH werden auch Transsexuelle erfasst,⁵²³ gleiches muss für Zwitter gelten. Nicht geschützt sind laut EuGH hingegen Homosexuelle, da es sich in einem derartigen Fall der Ungleichbehandlung nicht um ei- **3389**

⁵¹⁷ Jarass, § 26 Rn. 9.

⁵¹⁸ S. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁵¹⁹ S.u. Rn. 3406.

⁵²⁰ Vgl. Jarass, § 26 Rn. 3; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 94; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 450.

⁵²¹ S.o. Rn. 3376 f.

⁵²² Streinz, in: ders., Art. 23 GR-Charta Rn. 4; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 23 Rn. 15 f.

⁵²³ EuGH, Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2143 (2165, Rn. 20 ff.) – P./S.; Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541 (578 f., Rn. 29 ff.) – National Health Service.

ne Diskriminierung zwischen Frauen und Männern, sondern aufgrund der sexuellen Orientierung handelt.⁵²⁴

3390 Ob eine Ungleichbehandlung zwischen Frauen und Männern vorliegt, ist objektiv zu beurteilen und nicht nach der subjektiven Einschätzung der betroffenen Person.⁵²⁵ Entscheidend ist die Wirkung einer Norm bzw. Maßnahme.⁵²⁶ Im Übrigen richtet sich die Einstufung nach den sonst für Gleichheitsrechte geltenden Grundsätzen.⁵²⁷

3391 Zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zählt der EuGH auch Fälle, in denen es zu einer Ungleichbehandlung wegen einer Schwangerschaft oder Geburt kommt, da von diesem Zustand nur Frauen betroffen sein können.⁵²⁸ Dazu zählen beispielsweise die Kündigung, die Verweigerung der Einstellung oder Rückkehr an den Arbeitsplatz oder die Nichterneuerung eines befristeten Vertrags.⁵²⁹ Nicht als unmittelbare Diskriminierungen stuft der EuGH hingegen berufliche Nachteile ein, die mit der Mutterschaft zusammenhängen, zum Beispiel die Entlassung aufgrund nicht schwangerschaftsbedingter Krankheit nach Ablauf der Mutterschutzfrist⁵³⁰ oder die Gewährung einer Arbeitgeberleistung allein an Arbeitnehmer in einem aktiven Beschäftigungsverhältnis und damit den Ausschluss der in Erziehungsurlaub befindlichen Frauen.⁵³¹

2. Mittelbare Diskriminierung

3392 Art. 23 Abs. 1 EGRC verbietet nicht nur unmittelbare Diskriminierungen,⁵³² d.h. solche, bei denen offen an die Eigenschaft als Mann oder Frau angeknüpft wird.⁵³³ Verboten sind auch mittelbare Diskriminierungen.⁵³⁴ Sie sind immer dann gegeben, wenn eine Behandlung zwar offiziell nicht an das Geschlecht, sondern ein anderes Merkmal anknüpft, „jedoch tatsächlich prozentual erheblich mehr Frauen als Männer benachteiligt“ oder umgekehrt.⁵³⁵ Dabei wird eine statistische Erhe-

⁵²⁴ EuGH, Rs. C-249/96, Slg. 1998, I-621 (650 ff., Rn. 42 ff.) – Lisa Jacqueline Grant.

⁵²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-400/93, Slg. 1995, I-1275 (1310, Rn. 32 f.) – Royal Copenhagen; Jarass, § 26 Rn. 8 m.w.N.; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 44.

⁵²⁶ EuGH, Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607 (1628, Rn. 36) – Bilka/Weber von Hartz.

⁵²⁷ S. daher auch o. Rn. 3196 ff.

⁵²⁸ EuGH, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941 (3973, Rn. 12) – Dekker; Rs. C-394/96, Slg. 1998, I-4185 (4233, Rn. 24) – Brown; Rs. C-66/96, Slg. 1998, I-7327 (7371, Rn. 35) – Høj Pedersen u.a.

⁵²⁹ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 46.

⁵³⁰ EuGH, Rs. C-179/88, Slg. 1990, I-3979 (3999, Rn. 14 ff.) – Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund.

⁵³¹ EuGH, Rs. C-333/97, Slg. 1999, I-7243 (7282, Rn. 37 f.) – Lewen.

⁵³² Auch „offene“, „direkte“, „formale“, „rechtliche“ oder „formelle“ Diskriminierung genannt.

⁵³³ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 45.

⁵³⁴ Auch „versteckte“, „materielle“, „faktische“ oder „indirekte“ Diskriminierung genannt; s. insbes. *Stampe*, Das Verbot der indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts, 2001.

⁵³⁵ EuGH, Rs. C-226/98, Slg. 2000, I-2447 (2479, Rn. 29) – Jørgensen; Rs. 1/95, Slg. 1997, I-5253 (5284, Rn. 30) – Gerster; Rs. C-25/02, Slg. 2003, I-8349 (8384, Rn. 33) – Rin-

bung vorgenommen: Verglichen wird das Geschlechterverhältnis in der benachteiligten Gruppe mit dem Geschlechterverhältnis in der bevorzugten Gruppe.⁵³⁶ Eine vom EuGH beispielsweise als mittelbare Diskriminierung angesehene Bestimmung betraf die Unterscheidung zwischen Voll- und Teilzeitarbeit.⁵³⁷ Eine subjektive Benachteiligungsabsicht ist für eine mittelbare Diskriminierung nicht erforderlich. Es genügt, dass objektiv die Angehörigen eines Geschlechts benachteiligt werden.⁵³⁸

3. Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte

Ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot ist auch gegeben, wenn Frauen und Männer in einer nicht vergleichbaren Lage gleich behandelt werden,⁵³⁹ obwohl die unterschiedlichen Geschlechter eine Differenzierung verlangen. **3393**

III. Rechtfertigung

1. Ansatz

Als relative Gleichbehandlungsnorm kann eine Ungleichbehandlung von Frauen und Männern gerechtfertigt sein.⁵⁴⁰ Sie ist denkbar, wenn die mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele „nichts mit der (Zugehörigkeit) zu einem bestimmten Geschlecht zu tun haben.“⁵⁴¹ **3394**

2. Unmittelbare Diskriminierungen

Bei unmittelbaren Diskriminierungen wird dies im Allgemeinen schwer zu begründen sein,⁵⁴² auch wenn sie grundsätzlich rechtfertigungsfähig sind,⁵⁴³ handelt es sich doch schließlich um kein absolutes Verbot. So können Frauen von besonde- **3395**

ke; Jarass, § 26 Rn. 8; Rengeling/Szczekalla, Rn. 921; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 48.

⁵³⁶ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 49.

⁵³⁷ EuGH, Rs. 96/80, Slg. 1981, 911 (925 f., Rn. 13 ff.) – Jenkins/Kingsgate; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 10.

⁵³⁸ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 91.

⁵³⁹ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 38.

⁵⁴⁰ Rengeling/Szczekalla, Rn. 923; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 56; Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 160 zu Art. 141 EG/157 AEUV.

⁵⁴¹ EuGH, Rs. 96/80, Slg. 1981, 911 (925, Rn. 11) – Jenkins/Kingsgate; Rs. C-236/98, Slg. 2000, I-2189 (2222, Rn. 50) – Jämo; Jarass, § 26 Rn. 13, Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 10; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 57, 92; Frenz, Europarecht 1, Rn. 1825.

⁵⁴² Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 59; im Einzelnen Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 141 EGV Rn. 91.

⁵⁴³ EuGH, Rs. C-381/00, Slg. 2001, I-4961 (4996 f., Rn. 63 ff.) – Brunnhofer.

ren Kampfeinheiten ausgeschlossen werden,⁵⁴⁴ bei denen es vor allem auf körperliche Kraft ankommt, nicht aber vom Dienst an der Waffe als solchem.⁵⁴⁵ In erster Linie kommen Schutzmaßnahmen für Frauen wegen ihrer besonderen Verfassung in der Schwangerschaft und nach der Entbindung in Betracht,⁵⁴⁶ etwa ein Nachtarbeitsverbot für Schwangere,⁵⁴⁷ nicht aber allgemein gegenüber Frauen.⁵⁴⁸

3396 Umgekehrt ist auch Männern ein enger Bezug zu ihren Kindern durch einen Erziehungsurlaub zuzubilligen. Eine solche Auszeit nur auf Frauen zu beschränken ist daher ebenfalls unmittelbar diskriminierend.⁵⁴⁹

3397 Zudem bietet Art. 23 Abs. 2 EGRC eine Grundlage für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, deren Ziele dennoch an das Geschlecht der betroffenen Personen anknüpfen.⁵⁵⁰ Nach Art. 23 Abs. 2 EGRC steht der Grundsatz der Gleichheit der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen. Die spezifischen Vergünstigungen sind demnach zulässig, obwohl sie eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung bedeuten. In Anlehnung an Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV kommen beispielsweise Maßnahmen zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn in Betracht.⁵⁵¹ Dabei dürften die Vergünstigungen regelmäßig auf die Förderung von Frauen als das unterrepräsentierte Geschlecht zielen, eine Vergünstigung zugunsten von Männern ist aber ebenso denkbar.⁵⁵² Grenzen ergeben sich allerdings aus der Verhältnismäßigkeit.⁵⁵³

3. Mittelbare Diskriminierung

3398 Die ebenfalls von Art. 23 Abs. 1 EGRC erfassten mittelbaren Diskriminierungen lassen sich im Allgemeinen eher rechtfertigen. Nicht in der Ungleichbehandlung von Frau und Mann haben namentlich sozialpolitische Motive ihren Grund.⁵⁵⁴ So erleichtert eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht geringfügige Be-

⁵⁴⁴ EuGH, Rs. C-273/97, Slg. 1999, I-7403 (7443, Rn. 32) – Sirdar.

⁵⁴⁵ EuGH, Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69 (107, Rn. 31) – Tanja Kreil.

⁵⁴⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 7 allgemeine Gleichbehandlungs-RL 76/207/EWG (ABl. 1976 L 39, S. 40).

⁵⁴⁷ EuGH, Rs. C-421/92, Slg. 1994, I-1657 (1675, Rn. 18) – Habermann-Beltermann.

⁵⁴⁸ EuGH, Rs. C-13/93, Slg. 1994, I-371 (385, Rn. 19) – Minne; bereits Rs. C-345/89, Slg. 1991, I-4047 (4066, Rn. 15) – Stoeckel.

⁵⁴⁹ S. dagegen noch EuGH, Rs. 184/83, Slg. 1984, 3047 (3076, Rn. 28) – Hofmann für den Mutterschaftsurlaub. Daran zweifelnd auch *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 61.

⁵⁵⁰ *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 455; s. zu der Frage, ob der nahezu gleich lautende Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV bereits den Tatbestand einer Ungleichbehandlung ausschließt oder einen Rechtfertigungsgrund normiert, *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 141 EGV Rn. 81; *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 288 f.

⁵⁵¹ *Jarass*, § 26 Rn. 17.

⁵⁵² *Jarass*, § 26 Rn. 17.

⁵⁵³ S. sogleich Rn. 3399 f.

⁵⁵⁴ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 63.

schäftungsverhältnisse,⁵⁵⁵ die vor allem von Frauen eingegangen werden. Oder Verzögerungen der Ausbildung werden dadurch kompensiert, dass Bewerber mit Wehr- oder Ersatzdienst, den grundsätzlich nur Männer abgeleistet haben, bevorzugt werden.⁵⁵⁶

IV. Verhältnismäßigkeit

Es muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein.⁵⁵⁷ Daher muss die Ungleichbehandlung geeignet⁵⁵⁸ und erforderlich⁵⁵⁹ sein und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen.⁵⁶⁰ **3399**

In seiner Rechtsprechung zog der EuGH für positive Diskriminierungen, d.h. Maßnahmen zur gezielten Förderung des bislang benachteiligten Geschlechts,⁵⁶¹ klare Grenzen. Dies betraf vor allem so genannte starre Quoten, die Frauen bis zum Erreichen eines bestimmten Prozentsatzes automatisch begünstigen, während so genannte weiche Quoten nur die Chancen von Frauen verbessern, und zwar durch Härte- oder soziale Öffnungsklauseln. Mit Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV ist eine Vorrangregelung für Frauen dann vereinbar, wenn sie weiblichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber besitzen, keinen automatischen und unbedingten Vorrang einräumt und wenn die Bewertungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird. Diese Grenzen gelten weiterhin⁵⁶² und auch im Rahmen von Art. 23 Abs. 2 EGRC.⁵⁶³ Zwar ist darin die positive Diskriminierung wie in Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV eigens festgelegt. Auch diese Bestimmung lässt aber laut EuGH unter keinen Umständen unverhältnismäßige Maßnahmen zu.⁵⁶⁴ Entscheidend ist damit der konkrete Einzelfall. Es kann nicht durchgehend zugunsten der positiven Diskriminierung entschieden werden. Diese bildet nur einen geeigneten Rechtfertigungsansatz, der aber in der jeweils betroffenen Konstellation verhältnismäßig ausgestaltet sein muss. Ansonsten hätte es einer entsprechenden Bereichsausnahme für das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 23 EGRC bedurft. **3400**

⁵⁵⁵ EuGH, Rs. C-317/93, Slg. 1995, I-4625 (4660, Rn. 36) – Nolte.

⁵⁵⁶ EuGH, Rs. C-79/99, Slg. 2000, I-10997 (11033, Rn. 44) – Schnorbus. S. mit zusätzlichen Fällen *Epiney/Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003.

⁵⁵⁷ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 71 ff., 93.

⁵⁵⁸ EuGH, Rs. 171/88, Slg. 1989, 2743 (2761, Rn. 14) – Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung; Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607 (1628, Rn. 36) – Bilka/Weber von Hartz.

⁵⁵⁹ EuGH, Rs. C-285/02, Slg. 2004, I-5861 (5875, Rn. 12) – Elsner-Lakeberg; Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607 (1628, Rn. 36) – Bilka/Weber von Hartz; Rs. 171/88, Slg. 1989, 2743 (2761, Rn. 14) – Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung.

⁵⁶⁰ *Jarass*, § 26 Rn. 14.

⁵⁶¹ S. z.B. *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 921.

⁵⁶² *Anders Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 141 EGV Rn. 82.

⁵⁶³ Grds. auch *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 70, aber mit offenerer Tendenz.

⁵⁶⁴ EuGH, Rs. C-407/98, Slg. 2000, I-5539 (5583, Rn. 55) – Abrahamsson; Rs. C-319/03, Slg. 2004, I-8807 (8833, Rn. 31) – Briheche.

V. Folgen eines Verstoßes

- 3401** Für die Folgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 23 Abs. 1 EGRC gilt das Gleiche wie bei allen Verstößen gegen ein Gleichheitsgebot: Der Verstoß kann behoben werden, indem die Begünstigung auf beide Geschlechter ausgeweitet, die Begünstigung abgeschafft oder eine dritte Regelung für beide Geschlechter gefunden wird.⁵⁶⁵ Bis zur Entscheidung des Gesetzgebers sind die Angehörigen des benachteiligten Geschlechts so zu stellen wie diejenigen des Bevorzugten.⁵⁶⁶

VI. Grundrechtsträger

- 3402** Grundrechtsträger sind natürliche Personen jeden Alters und jeder Staatsangehörigkeit.⁵⁶⁷ Trotz gegenteiliger Bestrebungen kommt es noch häufig zu Benachteiligungen von Frauen. Gegen diese historisch gewachsene Benachteiligung geht die Union mit Art. 23 EGRC vor.⁵⁶⁸ Dabei schützt das Grundrecht allerdings nicht nur Frauen, sondern in gleicher Weise Männer, sofern und soweit sie benachteiligt werden.⁵⁶⁹
- 3403** Juristische Personen können sich schon der Natur der Sache nach nicht auf Art. 23 Abs. 1 EGRC berufen.⁵⁷⁰

VII. Normadressat

- 3404** Normadressat sind – wie bei allen EGRC-Normen – die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und die Mitgliedstaaten bei Durchführung von Unionsrecht.⁵⁷¹ Damit weicht Art. 23 Abs. 1 EGRC von dem als Grundlage dienenden Art. 141 Abs. 1 EG/157 Abs. 1 AEUV ab. Dieser richtet sich nämlich nicht an die Union, sondern an die Mitgliedstaaten, wobei diese allerdings nicht nur bei der Durchführung von Unionsrecht gebunden werden.⁵⁷²
- 3405** Der in Art. 23 Abs. 1 EGRC formulierte Auftrag, die Gleichheit von Frauen und Männern sicherzustellen, bezieht sich auf „alle Bereiche“ und damit auch auf

⁵⁶⁵ *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 78.

⁵⁶⁶ Zuletzt: EuGH, Rs. C-231-233/06, NJW 2007, 3625 (3628, Rn. 39) – Jonkman u.a.; Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-297 (320, Rn. 18) – Nimz; Rs. C-200/91, Slg. 1994, I-4389 (4414, Rn. 32) – Colorell Pension Trustees; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 76 m.w.N. zur Rspr.

⁵⁶⁷ *Jarass*, § 26 Rn. 11.

⁵⁶⁸ *Jarass*, § 26 Rn. 2.

⁵⁶⁹ *Jarass*, § 26 Rn. 2.

⁵⁷⁰ *Jarass*, § 26 Rn. 11; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 88; a.A. *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 452, der auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen abstellt.

⁵⁷¹ S. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁵⁷² *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 61; vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1824.

Privatrechtsverhältnisse.⁵⁷³ Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, dass Privatpersonen unmittelbar durch das Grundrecht gebunden wären. Auch wenn der EuGH bei Art. 141 EG/157 AEUV eine unmittelbare Bindung Privater angenommen hat,⁵⁷⁴ kann dies nicht auf Art. 23 EGRC übertragen werden.⁵⁷⁵ Zum einen nennt Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC explizit den Adressatenkreis der EGRC. Zum anderen bindet Art. 141 EG/157 AEUV lediglich die Arbeitgeber, bei Art. 23 EGRC würden alle Privatpersonen verpflichtet.⁵⁷⁶ Privatpersonen können daher lediglich durch Sekundärrecht, das in Umsetzung des Auftrags zur Sicherstellung der Gleichheit von Frauen und Männern ergeht, gebunden werden.⁵⁷⁷

VIII. Schutzauftrag nach Art. 23 Abs. 1 EGRC

Art. 23 Abs. 1 EGRC verbietet nicht nur Diskriminierungen zwischen Frauen und Männern. Er enthält auch einen Auftrag zur Sicherstellung der Gleichheit.⁵⁷⁸ Damit verpflichtet die Norm die Union und Mitgliedstaaten,⁵⁷⁹ im Rahmen ihrer Kompetenzen geschlechtsbezogene Ungleichbehandlungen (auch) durch Privatpersonen zu verbieten.⁵⁸⁰ Das betrifft auch den besonderen Schutz während der Schwanger- und Mutterschaft, durch den die natürliche Benachteiligung von Frauen ausgeglichen werden muss. Ausdruck dessen ist auch der Mutterschaftsurlaub 14 Wochen um die Entbindung,⁵⁸¹ wie ihn Art. 8 Mutterschutz-RL 92/85/EWG⁵⁸² vorgibt. In der EGRC gewährleistet allerdings Art. 33 Abs. 2 einen Mutterschafts- und Elternurlaub, um Familien- und Berufsleben zu versöhnen.⁵⁸³ Art. 23 EGRC sichert die gleichheitsrechtliche Komponente ab. Ein nicht nur der Vereinbarkeit von Familie und Beruf geschuldeter Schutz erweist sich vor allem dann als notwendig, wenn eine Frau schon ein kleines Kind hat und erneut schwanger wird. 3406

⁵⁷³ Streinz, in: ders., Art. 23 GR-Charta Rn. 4.

⁵⁷⁴ Vgl. EuGH, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 (475, Rn. 30/34) – Defrenne/Sabena (bekannt als Defrenne II); Rs. C-28/93, Slg. 1994, I-4527 (4537, Rn. 21) – van den Akker; Rs. C-400/93, Slg. 1995, I-1275 (1313 f., Rn. 45) – Royal Copenhagen; Rs. C-320/00, Slg. 2002, I-7325 (7352, Rn. 13) – Lawrence u.a.; Jarass, § 26 Rn. 5; Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 11.

⁵⁷⁵ A.A. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 111.

⁵⁷⁶ Jarass, § 26 Rn. 5.

⁵⁷⁷ Jarass, § 26 Rn. 5; s.u. Rn. 3411 f.

⁵⁷⁸ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 23 GRCh Rn. 3.

⁵⁷⁹ S. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁵⁸⁰ Jarass, § 26 Rn. 20; Streinz, in: ders., Art. 23 GR-Charta Rn. 4.

⁵⁸¹ Jüngst EuGH, Rs. C-116/06, EuZW 2007, 741 (743, Rn. 46) – Sari Kiiski; bereits Rs. C-366/99, Slg. 2001, I-9383 (9432 f., Rn. 43) – Griesmar; Rs. C-342/01, Slg. 2004, I-2605 (2635, Rn. 32) – Merino Gómez; Rs. C-519/03, Slg. 2005, I-3067 (3096 f., Rn. 32) – Kommission/Luxemburg.

⁵⁸² Des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der RL 89/391/EWG) (Mutterschutz-RL), ABl. L 348, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁵⁸³ S.u. Rn. 3973 ff.

Die zweite Schwangerschaft beeinträchtigt, je mehr sie voranschreitet, auch die Möglichkeiten, ein bereits vorhandenes Kind zu erziehen. Es handelt sich um eine Doppelbelastung wie bei Beruf und Betreuung eines Babys. Daher muss eine Frau auch eine Erziehungszeit dieser besonderen Situation anpassen und zeitlich mit Beantragung ihres neuerlichen Mutterschaftsurlaubs ändern können.⁵⁸⁴ Insoweit muss sie das Arbeitsverhältnis flexibel unterbrechen können, um nicht wegen des Geschlechts diskriminiert zu werden.⁵⁸⁵ Damit ist zugleich eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung von Schutzregelungen verlangt. Art. 23 Abs. 1 EGRC hat dieses Erfordernis weiter verstärkt.

- 3407** Diese Verpflichtung aus Art. 23 Abs. 1 EGRC auf Sicherstellung der Gleichheit von Frauen und Männern ist ein einklagbares Recht.⁵⁸⁶ Zwar sind die in den Art. 35 S. 2, Art. 37 und Art. 38 EGRC ähnlich formulierten Aufträge zur Sicherstellung allesamt als Grundsätze zu qualifizieren.⁵⁸⁷ Art. 23 Abs. 1 EGRC ist aber insgesamt als Grundrecht einzuordnen.⁵⁸⁸ Die rechtliche Qualität einer Norm ist nicht teilbar.

C. Art. 23 Abs. 2 EGRC

- 3408** Gem. Art. 23 Abs. 2 EGRC steht der Grundsatz der Gleichheit der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen. Damit erlaubt Art. 23 Abs. 2 EGRC derartige Vergünstigungen, die eine tatsächliche Gleichstellung fördern sollen. Praktisch relevant dürfte dies in erster Linie für die (noch) häufig bestehende Benachteiligung von Frauen in der Arbeitswelt sein. Art. 23 Abs. 2 EGRC erfasst aber zum einen auch die geringe Präsenz von Männern, zum Beispiel in „typischen Frauenberufen“ im Bereich von Pflege und Erziehung. Zum anderen beschränkt sich Art. 23 Abs. 2 EGRC – anders als Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV – nicht nur auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Die Norm lässt vielmehr Vergünstigungen in allen Bereichen zu.⁵⁸⁹

I. Übernahme der Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV

- 3409** Art. 23 Abs. 2 EGRC übernimmt in einer veränderten Formulierung Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV. Nach den Erläuterungen zur EGRC⁵⁹⁰ soll die – im Vergleich zu Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV vorgenommene – Änderung

⁵⁸⁴ EuGH, Rs. C-116/06, EuZW 2007, 741 (744, Rn. 50 ff.) – Sari Kiiski auch unter Gleichheitsaspekten wegen der Ausgestaltung der betroffenen Regelung.

⁵⁸⁵ EuGH, Rs. C-116/06, EuZW 2007, 741 (744, Rn. 55) – Sari Kiiski.

⁵⁸⁶ Jarass, § 26 Rn. 20; a.A. Hölscheidt, in: Meyer, Art. 23 Rn. 18.

⁵⁸⁷ S. Rn. 4227, 4312 u. Rn. 4388.

⁵⁸⁸ S.o. Rn. 3388.

⁵⁸⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 102.

⁵⁹⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

im Wortlaut keine inhaltliche Änderung bedeuten.⁵⁹¹ Daher kann auf die Kommentierungen zu Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV verwiesen werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV lediglich die Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben betrifft, während Art. 23 Abs. 2 EGRC keine bereichsmäßige Einschränkung enthält. Die Vergünstigungen nach Art. 23 Abs. 2 EGRC müssen daher nicht auf die Stellung des unterrepräsentierten Geschlechts in der Arbeitswelt bezogen sein, sie können auch andere Bereiche erfassen.⁵⁹²

II. Rechtfertigungsnorm

Wie oben dargelegt, kann Art. 23 Abs. 2 EGRC als Grundlage für die Rechtferti- **3410**
gung einer Ungleichbehandlung dienen.⁵⁹³ Dies gilt allerdings nicht unbegrenzt. Die Verhältnismäßigkeit ist zu wahren. Dadurch ist auch das Maß positiver Diskriminierungen beschränkt.⁵⁹⁴

III. Auftragsfunktion

Zugleich enthält Art. 23 Abs. 2 EGRC einen Auftrag an die Union und die Mit- **3411**
gliedstaaten,⁵⁹⁵ Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern durch Beibehaltung oder Einführung spezifischer Vergünstigungen auszugleichen.⁵⁹⁶ Die Union und die Mitgliedstaaten dürfen deshalb Maßnahmen zur gezielten Förderung ergreifen.⁵⁹⁷

Zu denken ist an Informationen, Aufklärung, aktive Hilfen für die Vereinbar- **3412**
keit von Familie und Beruf bis hin zur Festlegung von Quoten, die bestimmen, wie hoch die Anzahl von Männern bzw. Frauen in einem Bereich sein soll.⁵⁹⁸ Vor allem insoweit ist aber die Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das dadurch nicht zum Zuge kommende Geschlecht zu wahren.

IV. Grundsatz

Nach den Erläuterungen zur Grundrechtecharta bei Art. 52 Abs. 5 EGRC⁵⁹⁹ enthält **3413**
Art. 23 EGRC sowohl Elemente eines Rechts als auch eines Grundsatzes. Wäh-

⁵⁹¹ So der Hinweis in den Präsidiumserläuterungen auf Art. 52 Abs. 2 EGRC.

⁵⁹² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 102.

⁵⁹³ S.o. Rn. 3397.

⁵⁹⁴ S.o. Rn. 3400.

⁵⁹⁵ S. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC; anders Art. 141 Abs. 4 EG/157 Abs. 4 AEUV, der sich lediglich an die Mitgliedstaaten wendet.

⁵⁹⁶ Jarass, § 26 Rn. 21.

⁵⁹⁷ Eichenhofer, in: Streinz, Art. 141 EGV Rn. 24. Diese Maßnahmen werden häufig als „positive Diskriminierung“ bezeichnet, s. z.B. Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44 Rn. 52 f.

⁵⁹⁸ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 98.

⁵⁹⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

rend es sich bei Art. 23 Abs. 1 EGRC um ein Grundrecht handelt,⁶⁰⁰ beinhaltet Art. 23 Abs. 2 EGRC einen Grundsatz. Eine gerichtliche Erzwingung von Förderungsmaßnahmen ist deshalb ebenso ausgeschlossen wie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.⁶⁰¹ Lediglich eine Überprüfung der Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz im Rahmen einer Inzidentkontrolle ist vorstellbar.⁶⁰²

⁶⁰⁰ S.o. Rn. 3388.

⁶⁰¹ *Jarass*, § 26 Rn. 3, 22.

⁶⁰² *Jarass*, § 26 Rn. 22.

D. Prüfungsschema zu Art. 23 EGRC

1. Schutzbereich

3414

- a) geschlechtsbezogenes Diskriminierungsverbot zwischen Frauen und Männern
- b) gilt auch für Transsexuelle und Zwitter, nicht hingegen für Homosexuelle hinsichtlich einer Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung

2. Beeinträchtigung

- a) Ungleichbehandlung von Frauen und Männern in einer vergleichbaren Lage oder Gleichbehandlung von Frauen und Männern in unterschiedlichen Situationen, wobei die jeweilige Behandlung an die Eigenschaft als Frau oder Mann anknüpft
- b) „Beschäftigung, Arbeit und Arbeitsentgelt“ sind nur Beispiele
- c) objektive Sicht maßgeblich
- d) Wirkung einer Norm bzw. Maßnahme entscheidend
- e) auch mittelbare Diskriminierungen

3. Rechtfertigung

- a) verfolgtes Ziel hat nichts mit der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht zu tun
- b) schwer zu begründen bei unmittelbaren Diskriminierungen, einfacher bei mittelbaren
- c) zulässig nach Art. 23 Abs. 2 EGRC: spezifische Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht

4. Verhältnismäßigkeit

(Ungleich-)Behandlung geeignet, erforderlich und in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Zweck

5. Folgen eines Verstoßes

- a) Wahlmöglichkeit des Gesetzgebers
- b) ggf. Schadensersatz

§ 6 Kinder

A. Grundlagen

I. Bedeutung und Hintergrund

- 3415** Art. 24 EGRC behandelt die Rechte des Kindes. Gem. Art. 24 Abs. 1 EGRC haben Kinder Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt. Gem. Art. 24 Abs. 2 EGRC muss bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein. Gem. Art. 24 Abs. 3 EGRC hat jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.
- 3416** Der Schutz der Rechte des Kindes ist ein wichtiges Anliegen der Union.⁶⁰³ Dies zeigt sich bereits darin, dass mit Art. 24 EGRC eine eigenständige Norm geschaffen wurde, die – wie auch schon die Überschrift, die im Plural von den „Rechten des Kindes“ spricht, andeutet – mehrere Gewährleistungen enthält.⁶⁰⁴ Kinder werden darin als eigene Grundrechtsträger wahrgenommen.⁶⁰⁵ Auch der Verfassungsentwurf wies gleich zu Beginn auf die Rechte des Kindes hin, wenn gem. Art. I-3 Abs. 3 UAbs. 2 VE die Union den Schutz der Rechte des Kindes fördern und nach Art. I-3 Abs. 4 VE einen Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, insbesondere der Rechte des Kindes, leisten sollte.⁶⁰⁶ Auch Art. 3 Abs. 3 Uabs. 2 a.E. EUV postuliert explizit, den Schutz der Rechte des Kindes zu fördern.
- 3417** Nach den Erläuterungen zur EGRC⁶⁰⁷ stützt sich Art. 24 EGRC auf die UN-Kinderrechtskonvention.⁶⁰⁸
- 3418** Mit Art. 24 Abs. 3 EGRC wird nach diesen Erläuterungen⁶⁰⁹ der Umstand berücksichtigt, dass als Teil der Errichtung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Gesetzgebung der Union in Bereichen des Zivilrechts mit grenzüberschreitenden Bezügen – für die in Art. 81 AEUV⁶¹⁰ die entsprechende Zuständigkeit vorgesehen ist – insbesondere auch das Umgangsrecht umfassen kann, mit dem sichergestellt wird, dass Kinder regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen unterhalten können.

⁶⁰³ Jarass, § 27 Rn. 3.

⁶⁰⁴ Jarass, § 27 Rn. 1.

⁶⁰⁵ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 1.

⁶⁰⁶ Jarass, § 27 Rn. 3; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 1.

⁶⁰⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁶⁰⁸ UN-Dokument mit der Nr. A/RES/44/25; s. sogleich u. Rn. 3419 ff.

⁶⁰⁹ Dieser Absatz war in den Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000 (CHARTe 4473/00 CONVENT 49, S. 25) noch nicht enthalten.

⁶¹⁰ So auch schon im VE, s. Art. III-269 VE.

II. Rechtsgrundlagen

1. UN-Kinderrechtskonvention

a) Grundkonzeption

Art. 24 EGRC wurde vom Grundrechtekonvent in den Formulierungen bewusst an die UN-Kinderrechtskonvention⁶¹¹ angelehnt.⁶¹² Dieses Übereinkommen über die Rechte des Kindes, wurde am 20.11.1989 von der UN-Generalversammlung verabschiedet und trat am 20.9.1990 in Kraft. Die Kinderrechtskonvention hat die größte Akzeptanz aller UN-Konventionen, zumal mit Ausnahme der USA und Somalias weltweit alle Länder die Konvention ratifiziert haben. Sie ist damit auch für alle EU-Mitgliedstaaten gültig.⁶¹³ **3419**

Die Konvention legt wesentliche Standards zum Schutz der Kinder weltweit fest. Allerdings leidet ihre Wirksamkeit darunter, dass ihre unmittelbare Anwendung umstritten ist.⁶¹⁴ So hat beispielsweise die Bundesrepublik bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde beim Generalsekretär der Vereinten Nationen erklärt, dass nach ihrer Auffassung die Konvention nicht unmittelbar gelte.⁶¹⁵ Für diese Ansicht sprechen viele Formulierungen in der Konvention, die die Vertragsstaaten nur zum Handeln verpflichten und keine unmittelbaren Rechte gewähren. Untermauert wird dies insbesondere durch Art. 4 S. 1 der Konvention, wonach die Vertragsstaaten alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstige Maßnahmen zur Verwirklichung der in dem Übereinkommen anerkannten Rechte treffen. **3420**

Die Erläuterungen zur EGRC⁶¹⁶ beziehen sich insbesondere auf Art. 3, 9, 12 und 13 der Kinderrechtskonvention. **3421**

b) Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC

Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC basiert auf Art. 3 Abs. 2 der Kinderrechtskonvention.⁶¹⁷ **3422** Dieser lautet: „Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.“

⁶¹¹ UN-Dokument mit der Nr. A/RES/44/25.

⁶¹² S. Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 1; vgl. Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 12.

⁶¹³ Streinz, in: ders., Art. 24 GR-Charta Rn. 1.

⁶¹⁴ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 5.

⁶¹⁵ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 5; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 5 mit Fn. 24.

⁶¹⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁶¹⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 3; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 2; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 8; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 12.

c) Art. 24 Abs. 1 S. 2 und 3 EGRC

3423 Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC ist auf Art. 13 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention gegründet.⁶¹⁸ Danach hat das Kind das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit ein, ungeachtet der Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere vom Kind gewählte Mittel sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.

3424 Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC entstammt Art. 12 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention.⁶¹⁹ Darin sichern die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

d) Art. 24 Abs. 2 EGRC

3425 Art. 24 Abs. 2 EGRC stützt sich auf Art. 3 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention.⁶²⁰ Danach ist bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

e) Art. 24 Abs. 3 EGRC

3426 Art. 24 Abs. 3 EGRC ist auf Art. 9 Abs. 3 der Kinderrechtskonvention zurückzuführen.⁶²¹ Danach achten die Vertragsstaaten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht.

2. EuGH-Rechtsprechung

3427 Soweit ersichtlich hat sich der EuGH bislang nicht unmittelbar mit den Grundrechten von Kindern befasst.⁶²²

⁶¹⁸ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 3; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 12.

⁶¹⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 3; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 4; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 14; Jarass, § 27 Rn. 10.

⁶²⁰ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 4; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 7; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 17; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 12.

⁶²¹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 5; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 10; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 19; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 12; Jarass, § 27 Rn. 28.

⁶²² Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 3; Rengeling/Szczekalla, Rn. 941.

3. Internationales Recht

Art. 17 der rev. ESC⁶²³ gewährt Kindern und Jugendlichen ein Recht auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz. Art. 24 IPbPR enthält ebenfalls rudimentäre Kinderrechte zur Nichtdiskriminierung, Registereintragung und Staatsangehörigkeit. **3428**

Im Rahmen des Europarats wurde das Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten⁶²⁴ vom 25.1.1996⁶²⁵ geschlossen. Mit dem Ziel, Kindern prozessuale Rechte zu gewähren und die Ausübung dieser Rechte zu erleichtern,⁶²⁶ enthält es Verfahrensrechte von Kindern und kommt damit der Verpflichtung der Vertragsparteien aus Art. 4 der UN-Kinderrechtskonvention⁶²⁷ nach, wonach die Vertragsparteien alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der in dem genannten Übereinkommen anerkannten Rechte zu treffen haben.⁶²⁸ Das Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten ist bislang allerdings nur von wenigen Mitgliedstaaten des Europarats ratifiziert worden.⁶²⁹ **3429**

4. Verfassungen der Mitgliedstaaten

Außer der Verfassung Zyperns enthalten alle mitgliedstaatlichen Verfassungen spezielle Vorschriften zum Schutz von Kindern.⁶³⁰ Allerdings gehen nur wenige Verfassungen über eine objektive Schutzpflicht hinaus. Subjektive Kinderrechte werden regelmäßig nicht statuiert.⁶³¹ **3430**

III. Qualifizierung als Grundrechte

Art. 24 EGRC enthält mehrere Gewährleistungen, die bereits bei der Frage, ob sie als Grundrechte oder Grundsätze⁶³² zu qualifizieren sind, auseinander gehalten werden müssen. **3431**

⁶²³ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁶²⁴ SEV-Nr. 160.

⁶²⁵ In Kraft seit dem 1.7.2000.

⁶²⁶ S. Art. 1 Abs. 2 des Europäischen Übereinkommens über die Ausübung von Kinderrechten.

⁶²⁷ UN-Dokument mit der Nr. A/RES/44/25.

⁶²⁸ S.o. Rn. 3420.

⁶²⁹ Hinsichtlich der EU-Mitgliedstaaten sind dies Deutschland, Frankreich, Griechenland, Italien, Lettland, Österreich, Polen, Slowenien, Tschechische Republik und Zypern.

⁶³⁰ Ausführlich *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 24 Rn. 6 ff.

⁶³¹ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 16.

⁶³² Vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 2 EGRC.

1. Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC

3432 Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC enthält mit den Begriffen „Schutz“, „Fürsorge“ und „Wohlergehen“ recht abstrakte Formulierungen, weshalb der Norm nicht auf den ersten Blick entnommen werden kann, welche Rechtsfolge sie auslösen soll. Aufgrund der vagen Formulierung könnte man Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC deshalb als Grundsatz ansehen, der die nachfolgenden Gewährleistungen einleitet und lediglich die Wichtigkeit des Kindeswohls betont.⁶³³

3433 Andererseits spricht Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC davon, dass Kinder einen „Anspruch“ auf den Schutz und die Fürsorge haben, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Diese Begriffswahl spricht für ein subjektives Recht,⁶³⁴ zumal ein Vergleich mit anderen Vorschriften in der EGRC zeigt, dass bei der Ausgestaltung als Grundsatz eine andere Formulierung hätte gewählt werden können.⁶³⁵ Auch abstrakte Begriffsverwendungen dürfen nicht dazu führen, dass Rechte abgeschwächt als Grundsätze anzusehen sind. Es bedarf in solchen Fällen vielmehr der Begriffspräzisierung durch Lit. und Rechtsprechung. Daher ist Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC als subjektives Recht einzuordnen.⁶³⁶

2. Art. 24 Abs. 1 S. 2 und 3 EGRC

3434 Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC wiederholt die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 11 EGRC, die sich schon aus diesem Grundrecht ergibt⁶³⁷ und bereits deshalb als subjektives Recht einzuordnen ist. Nach Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC ist die Kindesmeinung zu berücksichtigen. Dieser Pflicht entspricht das subjektive Recht der Kinder. Art. 24 Abs. 1 S. 2 und 3 EGRC enthalten daher einklagbare Rechte.⁶³⁸ Ein spezifischer Aspekt von Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC gegenüber Art. 11 EGRC ergibt sich in der Zusammenschau mit Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC insofern, als es um die Meinungsäußerung von Kindern gerade gegenüber Behörden geht, die für ihr Wohlergehen sorgen. Diese Meinungsäußerung fließt damit in Maßnahmen des Schutzes und der Fürsorge ein. Dadurch handelt es sich um eine Vorstufe zu Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC, wonach die Meinung der Kinder in den sie betreffenden Angelegenheiten adäquat berücksichtigt wird. Diesen Zusammenhang bestätigt der Bezug zu Art. 12 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention,⁶³⁹ der vor der gewöhnlichen Meinungsäußerungsfreiheit in deren Art. 13 Abs. 1 platziert ist, welcher ebenfalls für Art. 24 Abs. 1 EGRC Pate stand.⁶⁴⁰

⁶³³ Jarass, § 27 Rn. 3.

⁶³⁴ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 3.

⁶³⁵ S. z.B. die Formulierungen in Art. 35 S. 2, Art. 37 und Art. 38 EGRC.

⁶³⁶ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 3; a.A. Jarass, § 27 Rn. 3; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 451.

⁶³⁷ S.o. Rn. 1765.

⁶³⁸ Jarass, § 27 Rn. 11; a.A. R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 451.

⁶³⁹ UN-Dokument mit der Nr. A/RES/44/25.

⁶⁴⁰ S.o. Rn. 3423 f.

3. Art. 24 Abs. 2 EGRC

Art. 24 Abs. 2 EGRC verpflichtet zur vorrangigen Erwägung des Kindeswohls. 3435 Dieser Pflicht entspricht ein Recht des Kindes. Daher ist auch Art. 24 Abs. 2 EGRC als subjektives Recht und nicht als bloßer Grundsatz einzustufen.⁶⁴¹

4. Art. 24 Abs. 3 EGRC

Gem. Art. 24 Abs. 3 EGRC hat jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche 3436 Beziehungen und direkte Kontakte zu den Eltern. Wie bei Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC⁶⁴² ist aufgrund dieser Formulierung die Vorschrift als subjektives Recht des Kindes zu qualifizieren.⁶⁴³ Es handelt sich dabei um ein Recht des Kindes, nicht der Eltern. Ein Recht der Eltern auf Umgang mit den Kindern ist in dieser Bestimmung nicht normiert.⁶⁴⁴

IV. Abgrenzung

Dass der Schutz des Kindes ein wichtiges Anliegen der EGRC ist, kommt unter 3437 anderem darin zum Ausdruck, dass mehrere der in der EGRC enthaltenen Normen das Wohlergehen von Kindern betreffen.

1. Gewährleistungen innerhalb des Art. 24 EGRC

Art. 24 EGRC enthält mehrere Gewährleistungen betreffend der Rechte des Kin- 3438 des. Da sie unterschiedliche Inhalte behandeln, stehen sie nebeneinander.

2. Sonstige EGRC-Vorschriften

a) *Erwachsenenrechte*

Kindern stehen die gleichen Rechte wie Erwachsenen zu, weshalb die in der 3439 EGRC enthaltenen Grundrechte auch für sie gelten. Beispielsweise schützt Art. 5 EGRC allgemein vor Sklaverei, Zwangsarbeit und Menschenhandel. Darin inbegriffen ist der Schutz der Kinder vor Kinderhandel. Art. 14 EGRC enthält ein Recht auf Bildung und Ausbildung und betrifft damit insbesondere Kinder und Jugendliche.

Bei manchen Vorschriften ist die Schutzbedürftigkeit von Kindern im Rahmen 3440 des Gewährleistungsbereichs besonders zu beachten. So darf beispielsweise gem. Art. 4 EGRC niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe

⁶⁴¹ Jarass, § 27 Rn. 19; a.A. R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 451.

⁶⁴² S.o. Rn. 3432 f.

⁶⁴³ Jarass, § 27 Rn. 29; a.A. R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 451.

⁶⁴⁴ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 23; s. allerdings o. Rn. 1171.

oder Behandlung unterworfen werden. Wann eine Behandlung unmenschlich oder erniedrigend ist, hängt unter anderem mit der Schutzbedürftigkeit der betreffenden Person zusammen. Daher kann bei Kindern infolge ihrer besonderen Verwundbarkeit ein weitreichender Schutz angenommen werden, beispielsweise gegen Prügelstrafen oder sexuelle Übergriffe.⁶⁴⁵

b) Familienrechte

3441 Manche EGRC-Vorschriften beziehen Kinder als Teil der Familie ein. Dies gilt beispielsweise für das in Art. 7 EGRC normierte Recht auf Achtung des Familienlebens, die Gewährleistung des rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutzes der Familie in Art. 33 Abs. 1 EGRC und die besonderen Schutzrechte des Art. 33 Abs. 2 EGRC (Rechte auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund, auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf Elternurlaub).

c) Besondere Schutzrechte

3442 Art. 32 EGRC bezieht sich bereits nach seinem Wortlaut besonders auf Kinder und Jugendliche. Er verbietet Kinderarbeit und enthält besondere Bestimmungen für den Schutz Jugendlicher am Arbeitsplatz.

3443 Zudem werden Kinder durch das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Alters in Art. 21 Abs. 1 EGRC besonders geschützt.⁶⁴⁶

B. Kinder als Grundrechtsträger

3444 Art. 24 EGRC enthält in seinen unterschiedlichen Sätzen mehrere Gewährleistungen, die allesamt dem Schutz der Rechte des Kindes dienen. Diese sind Träger der Grundrechte,⁶⁴⁷ ihre Eltern werden nicht berechtigt.

3445 Unter dem in Art. 24 EGRC verwandten Begriff des Kindes sind entsprechend Art. 1 der UN-Kinderrechtskonvention⁶⁴⁸ alle Menschen zu verstehen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.⁶⁴⁹ Bei erwachsenen Menschen kann unterstellt werden, dass sie nicht in besonderer Weise schutzbedürftig sind.⁶⁵⁰ Der Begriff des Kindes ist damit in Art. 24 EGRC weiter gefasst als die in Art. 32 EGRC getroffene Unterscheidung zwischen Kindern und Jugendlichen.⁶⁵¹

⁶⁴⁵ Jarass, § 10 Rn. 6; Rengeling/Szczekalla, Rn. 952 unter Hinweis auf den EGMR.

⁶⁴⁶ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 1; s.o. Rn. 3281.

⁶⁴⁷ Streinz, in: ders., Art. 24 GR-Charta Rn. 4.

⁶⁴⁸ UN-Dokument mit der Nr. A/RES/44/25.

⁶⁴⁹ Jarass, § 27 Rn. 5; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 16; Streinz, in: ders., Art. 24 GR-Charta Rn. 4; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 2; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 8.

⁶⁵⁰ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 20.

⁶⁵¹ S.u. Rn. 3946 ff.

Ungeborene Kinder sind nicht Grundrechtsträger. Auch wenn Art. 24 EGRC diese nicht ausdrücklich vom Schutzgehalt ausnimmt, würde dies doch zu einer Überdehnung des Kindesbegriffs führen, insbesondere angesichts der europaweit hoch streitigen Frage nach dem Schutz ungeborenen Lebens. Diese Problematik ist im Rahmen des Art. 2 EGRC zu behandeln und nicht bei den Rechten des Kindes.⁶⁵² **3446**

C. Anspruch auf Schutz und Fürsorge

I. Gewährleistungsbereich

Gem. Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC haben Kinder Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. **3447**

1. Schutz

Dieser Anspruch richtet sich gegen die allgemeinen Grundrechtsadressaten, d.h. gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC gegen die Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht. Sie werden verpflichtet, bei allen ihren Maßnahmen stets auch die Auswirkungen auf Kinder zu berücksichtigen.⁶⁵³ Zugleich müssen sie aufgrund der Schutzverpflichtung einer Beeinträchtigung des Kindeswohls durch Dritte entgegentreten. Dies gilt auch im Verhältnis zu den Eltern.⁶⁵⁴ **3448**

2. Fürsorge

Unter Fürsorge sind sonstige Leistungen für das Wohlergehen des Kindes zu verstehen, wie zum Beispiel Pflege, Erziehung, Bildung etc.⁶⁵⁵ Der Begriff geht damit über den des Schutzes hinaus.⁶⁵⁶ **3449**

3. Wohlergehen

Mit „Wohlergehen“ ist ein sehr vager Begriff gewählt worden, der in der EGRC nicht näher definiert wird. Eine allgemeine Begriffserklärung ist aufgrund der Abstraktheit kaum möglich, zumal der Begriff gesellschaftspolitischen Wertungen unterliegt.⁶⁵⁷ Orientierungspunkt kann allenfalls das Ziel der Vorschrift sein, nämlich die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.⁶⁵⁸ **3450**

⁶⁵² Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 8. S. daher o. Rn. 880 ff.

⁶⁵³ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 3.

⁶⁵⁴ Jarass, § 27 Rn. 7.

⁶⁵⁵ Jarass, § 27 Rn. 7.

⁶⁵⁶ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 9.

⁶⁵⁷ Vgl. Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 11.

⁶⁵⁸ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 10.

4. Notwendig

- 3451** Problematisch ist, wer entscheidet, welcher Schutz und welche Fürsorge für das Wohlergehen eines Kindes „notwendig“ sind.⁶⁵⁹ Zum Teil werden Ansätze für eine elterliche Entscheidungsbefugnis ausgemacht.⁶⁶⁰ Indes schützt Art. 24 EGRC die Kinder und nicht die Eltern. Die Notwendigkeit ist daher aus der Perspektive des Kindes zu bestimmen, dessen Wohlergehen auf dem Spiel steht. Unter Umständen ist dieses Wohlergehen auch gegen die Eltern zu schützen. Elternbefugnisse ergeben sich eher aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens. Indes sind Familien- und Kinderwohl in der EGRC nicht notwendig gleichgesetzt.

II. Beeinträchtigung

- 3452** Aufgrund der Schutzverpflichtung⁶⁶¹ kann Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC dadurch beeinträchtigt werden, dass staatliche Organe nicht genügend vor Verwahrlosung und Übergriffen in Familien schützen. Wenn das Wohl von Kindern beeinträchtigt zu werden droht oder bereits beeinträchtigt wird, verpflichtet der Schutzanspruch die Union und die Mitgliedstaaten mithin, aktiv für das Wohlergehen des Kindes einzutreten.⁶⁶²
- 3453** Allerdings wird den zuständigen Stellen ein großer Beurteilungsspielraum zustehen, ausgehend vom Kindeswohl die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu bestimmen. Zudem müssen sie bei anderen „Brennpunkten“ nach den für sie sichtbaren Umständen entscheiden, wo sie (zuerst) tätig werden. Allerdings werden sie genügend Personal vorhalten müssen, um im Regelfall wirksamen Schutz sicherstellen zu können. Andernfalls liegt eine Beeinträchtigung durch mangelhafte Organisation vor. Eine Rechtfertigung dafür ist auf den ersten Blick schwer vorstellbar. Knappe Finanzmittel bedürfen unter Umständen einer anderen Verteilung. Allerdings wird man auch insoweit den zuständigen Organen einen Beurteilungsspielraum zubilligen müssen.

D. Meinungsäußerungsfreiheit und Berücksichtigung der Kindesmeinung

- 3454** Gem. Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC können Kinder ihre Meinung frei äußern. Nach Satz 3 wird die Meinung der Kinder in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt. Die

⁶⁵⁹ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 11.

⁶⁶⁰ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 11; Tettinger, NJW 2001, 1010 (1013).

⁶⁶¹ S.o. Rn. 3448.

⁶⁶² Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 18; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 3.

Einflussmöglichkeit von Kindern wird hierdurch betont und damit ein „partizipatorischer Aspekt“⁶⁶³ aufgenommen.

I. Enger Zusammenhang zwischen Art. 24 Abs. 1 S. 2 und S. 3 EGRC

Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC bezieht die in Art. 11 EGRC garantierte Meinungsäußerungsfreiheit nochmals explizit auf Kinder.⁶⁶⁴ Aus dieser Sicht hätte es der Norm nicht bedurft, da Art. 11 EGRC für jeden Menschen und damit auch für Kinder gilt.⁶⁶⁵ Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC hat von daher nur klarstellenden Charakter.⁶⁶⁶ Er verdeutlicht zum einen, dass Kinder eigenständige Personen und damit auch Grundrechtsträger sind.⁶⁶⁷ Zum anderen wird klargestellt, dass die Freiheit der Meinungsäußerung Voraussetzung für die in Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC gewährleistete Berücksichtigungspflicht ist.⁶⁶⁸ Daraus ergibt sich freilich der spezifische Kontext des Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC und damit auch der durch diese Vorschrift geschützten Meinungsäußerung. Daraus resultiert ihre spezifische Bedeutung auch im Hinblick auf die allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit.⁶⁶⁹ Beide Sätze sind daher in engem Zusammenhang zu sehen,⁶⁷⁰ wie es auch in der englischen und der französische Sprachfassung deutlich wird.⁶⁷¹ 3455

II. Berücksichtigungspflicht

Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC verstärkt die Meinungsäußerungsfreiheit, da die Union und die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die Meinung der Kinder zu berücksichtigen. Sie müssen sich mit der Kindermeinung auseinandersetzen, sie in ihren Erkenntnisprozess einbeziehen und bei ihrer Entscheidungsfindung bedenken.⁶⁷² Nicht zwingend ist eine Zustimmung zu der Kindesmeinung.⁶⁷³ 3456

⁶⁶³ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 15.

⁶⁶⁴ Jarass, § 27 Rn. 11.

⁶⁶⁵ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 19; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 13; abgeschwächt auch Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 17; s.o. Rn. 1765.

⁶⁶⁶ Jarass, § 27 Rn. 11.

⁶⁶⁷ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 13.

⁶⁶⁸ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 4.

⁶⁶⁹ S. bereits Rn. 3434.

⁶⁷⁰ Jarass, § 27 Rn. 11; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 4.

⁶⁷¹ In der englischen Fassung wird in Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC von „such views“, in der französischen von „celle-ci“ gesprochen.

⁶⁷² Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 20; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 15.

⁶⁷³ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 5; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 15.

III. Recht des Kindes

- 3457** Zugleich wird mit Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC sichergestellt, dass den Kindern selbst Gehör gewährt wird und sie ihr Grundrecht auf freie Meinungsäußerung selbstständig wahrnehmen können, sofern sie aufgrund ihres Alters und ihres Reifegrads die notwendige Einsichtsfähigkeit besitzen. Kinder sind eigenständige Grundrechtsträger.⁶⁷⁴ Das Kindesrecht kann in dem Fall neben dem Grundrecht der Eltern stehen.⁶⁷⁵ Es kann auch zu Konflikten mit dem elterlichen Erziehungsrecht kommen.⁶⁷⁶ Es handelt sich nicht nur um ein Recht des einzelnen Kindes, sondern auch der Kinder als Teil der Gesellschaft, wobei sich die Frage stellt, wie die Gesamtheit der Kinder repräsentiert werden kann.⁶⁷⁷

IV. Kinderspezifische Angelegenheiten

- 3458** Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC verlangt die Berücksichtigung der Kindesmeinung „in den Angelegenheiten, die sie betreffen.“ Eine kinderspezifische, individuelle Betroffenheit ist daher notwendig,⁶⁷⁸ wobei es unerheblich ist, ob die Angelegenheit für Kinder begünstigend oder belastend wirkt.⁶⁷⁹ Der Kreis der Angelegenheiten, die Kinder betreffen, ist weit zu fassen.⁶⁸⁰
- 3459** Diese Begrenzung auf kinderspezifische Angelegenheiten gilt nicht für die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC, da sie dort nicht enthalten ist. Ansonsten entstünde auch ein Widerspruch zur allgemeinen Gewährleistung des Art. 11 EGRC.⁶⁸¹

V. Keine Drittwirkung

- 3460** Privatpersonen werden durch Art. 24 Abs. 1 S. 2 und 3 EGRC nicht unmittelbar gebunden.⁶⁸² Grundrechte haben – wie Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC zeigt – grundsätzlich keine unmittelbare Drittwirkung. Bei einer weitergehenden Konzeption spezifisch von Art. 24 Abs. 1 S. 2 und 3 EGRC würde das private Familienleben grundrechtlich geprägt und nicht nur geschützt, wie es auch Art. 7 EGRC vorsieht.

⁶⁷⁴ Rengeling/Szczekalla, Rn. 958.

⁶⁷⁵ Jarass, § 27 Rn. 11.

⁶⁷⁶ Rengeling/Szczekalla, Rn. 958.

⁶⁷⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 5.

⁶⁷⁸ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 5.

⁶⁷⁹ Jarass, § 27 Rn. 15.

⁶⁸⁰ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 15.

⁶⁸¹ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 13.

⁶⁸² Jarass, § 27 Rn. 12; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 6; a.A. Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 20 und Schmitz, JZ 2001, 833 (840).

VI. Beeinträchtigung

Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGRC wird beeinträchtigt, wenn den Kindern keine ausreichende Möglichkeit geboten wird, ihre Meinung zu äußern.⁶⁸³ Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC wird beeinträchtigt, wenn den Kindern nicht ausreichend Gehör verschafft wird, sei es in Form einer Einschränkung oder einer kompletten Versagung.⁶⁸⁴ Gleichzustellen ist, wenn sie nur zum Schein bzw. pro forma angehört werden, ohne dass die vorgebrachten Belange ernst genommen und verarbeitet werden. **3461**

E. Vorrangige Erwägung des Kindeswohls

I. Gewährleistungsbereich

Gem. Art. 24 Abs. 2 EGRC muss bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein. **3462**

1. Kinder betreffende Maßnahmen

Der Begriff der Maßnahmen ist weit zu verstehen.⁶⁸⁵ Eine Einschränkung erfolgt dadurch, dass nur bei „allen Kinder betreffenden Maßnahmen“ das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein muss. **3463**

2. Öffentliche Stellen und private Einrichtungen

Unter den „Stellen“ und „Einrichtungen“ sind alle solche Institutionen zu verstehen, die für das Aufwachsen von Kindern Bedeutung haben, beispielsweise Kindertagesstätten und Schulen.⁶⁸⁶ Dazu gehören aber auch Behörden, Gerichte etc.⁶⁸⁷ Unter privaten Einrichtungen sind solche von privaten Trägern zu verstehen.⁶⁸⁸ Sie sind insbesondere im Bereich von Schulen und Kindergärten zu finden. **3464**

3. Vorrangige Erwägung

Anders als bei Art. 24 Abs. 1 S. 3 EGRC ist das Wohl des Kindes nicht zu „berücksichtigen“, sondern muss eine „vorrangige Erwägung“ sein. Zwar erscheint der Begriff des Erwägens auf den ersten Blick etwas schwächer als die Berücksichtigung. **3465**

⁶⁸³ Jarass, § 27 Rn. 16.

⁶⁸⁴ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 6.

⁶⁸⁵ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 21.

⁶⁸⁶ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 21; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 17.

⁶⁸⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 7; Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 17.

⁶⁸⁸ Jarass, § 27 Rn. 24.

sichtigungspflicht.⁶⁸⁹ Da aber von vorrangiger Erwägung gesprochen wird, dürfte es sich in der Praxis um die gleiche Intensität handeln.⁶⁹⁰ In der englischen und der französischen Fassung der EGRC wird ohnehin in beiden Normen der gleiche Begriff verwandt.⁶⁹¹ „Eine vorrangige Erwägung“ bedeutet, dass auch andere Erwägungen eine Rolle spielen dürfen; das Kindeswohl hat nicht stets Vorrang. Es bedarf jedoch gewichtiger Gegenargumente.⁶⁹²

4. Wohl des Kindes

3466 Der Begriff des Kindeswohls dürfte so zu verstehen sein wie der des Wohlergehens in Art. 24 Abs. 1 EGRC.⁶⁹³ Deshalb gelten dieselben Maßstäbe.⁶⁹⁴

5. Keine Drittwirkung

3467 Art. 24 Abs. 2 EGRC bezieht ausdrücklich private Einrichtungen in den Kreis derjenigen ein, die das Kindeswohl vorrangig in ihre Erwägungen einzubeziehen haben. Daraus könnte man schließen, dass Art. 24 Abs. 2 EGRC unmittelbare Drittwirkung entfaltet.⁶⁹⁵ Sie beträfe allerdings nur die genannten privaten „Einrichtungen“, nicht aber eine natürliche Person als Einzelmensch.⁶⁹⁶

3468 Eine unmittelbare Drittwirkung widerspricht aber der allgemeinen Regel des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC, wonach die EGRC nur für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten bei Durchführung von Unionsrecht gilt.⁶⁹⁷ Eine Ausnahme von dieser Regelung hätte deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müssen.⁶⁹⁸

3469 Zudem lehnt sich Art. 24 Abs. 2 EGRC stark an Art. 3 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention an,⁶⁹⁹ die ausweislich ihres Art. 4 die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zur Verwirklichung der in der Konvention anerkannten Rechte zu treffen. Art. 24 Abs. 2 EGRC ist daher vielmehr derart zu verstehen, dass die Union und die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, sicherzustellen, dass die öffentlichen Stellen und privaten Einrichtungen das Wohl des Kindes be-

⁶⁸⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 21; zweifelnd Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 18.

⁶⁹⁰ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 21.

⁶⁹¹ In der englischen Version wird jeweils von „consideration“ gesprochen, in der französischen von „considération“.

⁶⁹² Jarass, § 27 Rn. 25 f.; vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 9.

⁶⁹³ Jarass, § 27 Rn. 25.

⁶⁹⁴ S.o. Rn. 3450.

⁶⁹⁵ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 24 Rn. 21; Schmitz, JZ 2001, 833 (840); Streinz, in: ders., Art. 24 GR-Charta Rn. 4; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 21; a.A. Jarass, § 27 Rn. 20; Rengeling/Szczekalla, Rn. 960.

⁶⁹⁶ Rengeling/Szczekalla, Rn. 960.

⁶⁹⁷ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 7; Jarass, § 27 Rn. 20.

⁶⁹⁸ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 8.

⁶⁹⁹ UN-Dokument mit der Nr. A/RES/44/25, s.o. Rn. 3419 ff.

rücksichtigen. Wenn die Union und die Mitgliedstaaten entsprechend gesetzgeberrisch tätig werden, können sie auch Dritte verpflichten.⁷⁰⁰

Die zuständigen Organe müssen in jedem Fall darauf achten, dass die relevanten Einrichtungen unabhängig von ihrer Organisationsform erfasst werden. Ansonsten könnte die Wirkkraft von Art. 24 Abs. 2 EGRC ausgehebelt werden. Zudem ist es aus Sicht seines Wohles gleichgültig, welche Einrichtung ein Kind besucht. Die Gleichstellung von öffentlichen Stellen und privaten Einrichtungen bezieht sich darauf und auf die staatlichen Vorkehrungen, begründet aber keine unmittelbare Drittwirkung. **3470**

II. Beeinträchtigung

Zum einen wird in das Grundrecht des Art. 24 Abs. 2 EGRC eingegriffen, wenn die Union und die Mitgliedstaaten als Betreiber öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen dem Kindeswohl bei den Kinder betreffenden Maßnahmen kein vorrangiges Gewicht einräumen.⁷⁰¹ Zum anderen kommt es zu einer Beeinträchtigung des Art. 24 Abs. 2 EGRC, wenn die Grundrechtsadressaten ihrer Verpflichtung nicht nachkommen, sicherzustellen, dass öffentliche Stellen und private Einrichtungen dem Wohl des Kindes vorrangige Erwägung zukommen lassen. Rechtfertigend wirken nicht innerstaatliche organisatorische Schwierigkeiten wie ein fehlender Durchgriff auf private Einrichtungen. Es ist Aufgabe der Mitgliedstaaten, eine den europarechtlichen Vorgaben entsprechende Organisation sicherzustellen. **3471**

F. Anspruch auf persönliche Beziehungen zu den Eltern

I. Gewährleistungsbereich

Gem. Art. 24 Abs. 3 EGRC hat jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen. Diese Vorschrift spiegelt die heutige Wirklichkeit wider, dass häufig der Kontakt eines Elternteils zum Kind verloren geht, so beim Scheitern einer Ehe oder anderen Beziehungen der Eltern oder wenn diese nie wirklich existiert hat. Zugleich werden die Konstellationen erfasst, in denen gerichtliche oder behördliche Maßnahmen den Kontakt zwischen den Kindern und den Eltern unterbinden oder erschweren.⁷⁰² **3472**

⁷⁰⁰ Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 7; Jarass, § 27 Rn. 20.

⁷⁰¹ Jarass, § 27 Rn. 25.

⁷⁰² Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 19.

1. Persönliche Beziehung und direkte Kontakte

3473 Kinder sollen aufgrund direkter Kontakte eine persönliche Beziehung zu beiden Elternteilen aufbauen und pflegen können. Daher müssen die Kontakte über eine bloße Rechtsbeziehung, beispielsweise im Rahmen einer Unterhaltspflicht, hinausgehen. Sie dürfen auch nicht durch eine weitere Person gestört werden.⁷⁰³ Bei getrennt lebenden Eltern hat das Kind insbesondere einen Anspruch auf direkte Kontakte zu dem Elternteil, bei dem es nicht lebt.⁷⁰⁴

3474 Unter direkten Kontakten sind Kontakte aller Art zu verstehen, d.h. zum Beispiel das unmittelbare Zusammensein durch Besuche, aber auch der Kontakt über Briefe, Telefonate etc. Regelmäßig sind diese Kontakte, wenn sie in überschaubaren Intervallen stattfinden, wobei die Häufigkeit von Alter und Reife des Kindes abhängig ist.⁷⁰⁵

2. Eltern

3475 Unter „Eltern“ könnten aufgrund des Ziels der Vorschrift, persönliche Beziehungen und Kontakte der Kinder zu schützen und zu stabilisieren, nicht nur die leiblichen Eltern, sondern auch sonstige Bezugspersonen zu verstehen sein, die die Rolle der Eltern einnehmen, beispielsweise Großeltern oder Pflegeeltern.⁷⁰⁶ Damit wäre zwar ein Gleichklang zum Schutz des Familienlebens nach Art. 7 EGRC hergestellt.⁷⁰⁷ Allerdings würde der Kreis der Bezugspersonen sehr weit gezogen und es bedürfte jeweils einer Einzelfallentscheidung, wann eine elternähnliche Verbindung zum Kind besteht. Zudem ist der Wortlaut des Art. 24 Abs. 3 EGRC eindeutig eng. Erfasst sind daher lediglich die leiblichen oder ihnen gleichgestellte Adoptiveltern, unabhängig von der Sorgeberechtigung.⁷⁰⁸

3. Mangelnde Unionskompetenz

3476 Die Erläuterungen zur EGRC⁷⁰⁹ weisen auf Art. 81 AEUV hin, der auch das Umgangsrecht umfassen kann, mit dem sichergestellt werden soll, dass Kinder regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen unterhalten können.⁷¹⁰ Allerdings betrifft Art. 81 AEUV lediglich die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen. Bei einem Rechtsstreit über das Umgangsrecht kann es auf der Grundlage von Art. 81 AEUV zu einer Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und der Beseitigung von nationalen Hindernissen kommen. Bereits derzeit statuierte die Union auf der Grundlage der Art. 61

⁷⁰³ *Ennuschat*, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 21.

⁷⁰⁴ *Jarass*, § 27 Rn. 33.

⁷⁰⁵ *Ennuschat*, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 21.

⁷⁰⁶ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 10.

⁷⁰⁷ S.o. Rn. 1171.

⁷⁰⁸ *Ennuschat*, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 20.

⁷⁰⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁷¹⁰ Dieser Absatz war in den Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 25, noch nicht enthalten.

lit. c), 65 EG die so genannten Brüssel II-⁷¹¹ und IIa-Verordnungen⁷¹² über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten.⁷¹³ Hinsichtlich des in Art. 24 Abs. 3 EGRC normierten Anspruchs des Kindes gibt es derzeit jedoch keine Unionskompetenz.⁷¹⁴

4. Recht des Kindes

Geschützt wird nur der Anspruch des Kindes, nicht der der Eltern.⁷¹⁵ Ein derartiger Anspruch kann sich allenfalls aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens in Art. 7 EGRC ergeben.⁷¹⁶ **3477**

5. Keine Drittwirkung

Der Anspruch des Kindes richtet sich wie üblich gegen die allgemeinen Grundrechtsadressaten, d.h. gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC gegen die Union und die Mitgliedstaaten. Eine Drittwirkung ist abzulehnen,⁷¹⁷ da sie zum einen dem Wortlaut des Art. 24 Abs. 3 EGRC nicht zu entnehmen ist und zum anderen eine begründungsbedürftige Ausnahme darstellen würde.⁷¹⁸ Art. 24 Abs. 3 EGRC ist damit derart zu verstehen, dass die Union und die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, den Anspruch von Kindern auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu den Eltern zu ermöglichen und sicherzustellen. Art. 24 Abs. 3 EGRC verlangt daher ein aktives Handeln der Grundrechtsadressaten. Durch die auf dieser Grundlage ergehende Gesetzgebung von Union und Mitgliedstaaten können auch Private verpflichtet werden.⁷¹⁹ **3478**

⁷¹¹ VO (EG) Nr. 1347/2000 des Rates vom 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, ABl. 2000 L 160, S. 19; aufgehoben durch die sog. Brüssel-IIa-VO (EG) Nr. 2201/2003, ABl. 2003 L 338, S. 1.

⁷¹² VO (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1347/2000, ABl. 2003 L 338, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 2116/2004, ABl. 2004 L 367, S. 1.

⁷¹³ *Ennuschat*, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 23.

⁷¹⁴ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 24 Rn. 23.

⁷¹⁵ *Jarass*, § 27 Rn. 32.

⁷¹⁶ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 10. Näher o. Rn. 1171.

⁷¹⁷ *S. Jarass*, § 27 Rn. 30; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 961; *Ennuschat*, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 7; a.A. *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 24 Rn. 22.

⁷¹⁸ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 11.

⁷¹⁹ *Ennuschat*, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 7; *Jarass*, § 27 Rn. 30; näher vorstehend Rn. 3476.

II. Beeinträchtigung

- 3479** Der Anspruch des Kindes wird beeinträchtigt, wenn die Grundrechtsadressaten ihrer Verpflichtung zur Sicherstellung der persönlichen Beziehung und der direkten Kontakte zwischen Kindern und Eltern nicht nachkommen. Eine besonders gravierende Beeinträchtigung liegt in der Trennung des Kindes von einem oder beiden Elternteilen.⁷²⁰
- 3480** Eine Rechtfertigung ist nach Art. 24 Abs. 3 EGRC lediglich für den Fall möglich, dass das Wohl des Kindes einer regelmäßigen persönlichen Beziehung entgegensteht.⁷²¹ Dabei geht die Norm offensichtlich davon aus, dass das Kindeswohl grundsätzlich durch die regelmäßige persönliche Beziehung und die direkten Kontakte gefördert wird. Daher ist die Rechtfertigungsmöglichkeit eng auszulegen.⁷²² Das Wohl des Kindes ist schon aus Gründen der Normeinheit wie an anderer Stelle des Art. 24 EGRC zu interpretieren.⁷²³

G. Prüfungsschemata zu Art. 24 EGRC

I. Prüfungsschema zu Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGRC

- 3481** **1. Schutzbereich**
- a) **Anspruch auf Schutz und Fürsorge**
 - b) **Fürsorge: sonstige Leistungen für das Wohlergehen des Kindes, z.B. Pflege, Erziehung, Bildung**
 - c) **Auswirkungen auf Kinder zu berücksichtigen**
 - d) **Beeinträchtigung des Kindeswohls durch Dritte entgegentreten, auch im Verhältnis zu den Eltern**
- 2. Beeinträchtigung**
- a) **Wohl von Kindern droht beeinträchtigt zu werden oder wird bereits beeinträchtigt, ohne dass die Union oder die Mitgliedstaaten aktiv für das Wohlergehen des Kindes eintreten**
 - b) **Beurteilungsspielraum der zuständigen Stellen**
- 3. Rechtfertigung**

⁷²⁰ Jarass, § 27 Rn. 34.

⁷²¹ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 24 GRCh Rn. 12; Jarass, § 27 Rn. 35.

⁷²² Vgl. Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 24 Rn. 22 unter Hinweis auf die Rspr. des EGMR, Urt. vom 26.2.2004, Nr. 74969/01 (Rn. 48), NJW 2004, 3397 (3399) – Görgülü/Deutschland.

⁷²³ S.o. Rn. 3450.

II. Prüfungsschema zu Art. 24 Abs. 1 S. 2 und S. 3 EGRC**1. Schutzbereich****3482**

- a) S. 2: Meinungsäußerungsfreiheit explizit bezogen auf Kinder
- b) S. 3: Verpflichtung, sich mit der Kindermeinung auseinanderzusetzen, sie in Erkenntnisprozess einzubeziehen und bei Entscheidungsfindung zu bedenken
- c) keine Drittwirkung

2. Beeinträchtigung

- a) S. 2 Kindern keine ausreichende Möglichkeit geboten, ihre Meinung zu äußern
- b) S. 3 Kinder ohne ausreichendes Gehör, sei es in Form einer Einschränkung oder einer kompletten Versagung

3. Rechtfertigung**III. Prüfungsschema zu Art. 24 Abs. 2 EGRC****1. Schutzbereich****3483**

- a) Kindeswohl vorrangig erwägen (Kindeswohl ohne steten Vorrang, Nachrang aber nur bei gewichtigen Gegenargumenten)
- b) Sicherstellung, dass die öffentlichen Stellen und privaten Einrichtungen das Wohl des Kindes berücksichtigen
- c) für alle Kinder betreffenden Maßnahmen
- d) „Stellen“ und „Einrichtungen“ sind als solche Institutionen zu verstehen, die für das Aufwachsen von Kindern Bedeutung haben, etwa Kindertagesstätten und Schulen, aber auch Behörden, Gerichte etc.
- e) private Einrichtungen: solche von privaten Trägern; dennoch: keine Drittwirkung

2. Beeinträchtigung

- a) Union oder Mitgliedstaaten räumen als Betreiber öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen dem Kindeswohl bei Kinder betreffenden Maßnahmen kein vorrangiges Gewicht ein
- b) öffentliche Stellen und private Einrichtungen lassen dem Wohl des Kindes keine vorrangige Erwägung zukommen

3. Rechtfertigung

IV. Prüfungsschema zu Art. 24 Abs. 3 EGRC

3484 1. Schutzbereich

- a) Anspruch von Kindern auf regelmäßige persönliche Beziehungen und darauf, direkte Kontakte zu den Eltern zu ermöglichen und sicherzustellen:
- b) z.B. Besuche, der Kontakt über Briefe, Telefonate etc. in überschaubaren Intervallen, abhängig von Alter und Reife des Kindes
- c) nur für leibliche oder ihnen gleichgestellte Adoptiveltern, unabhängig von der Sorgeberechtigung
- d) keine Drittwirkung

2. Beeinträchtigung

- a) persönliche Beziehung und direkter Kontakt zwischen Kindern und Eltern nicht sichergestellt
- b) v.a. Trennung des Kindes von einem oder beiden Elternteilen

3. Rechtfertigung

- a) Wohl des Kindes steht einer regelmäßigen persönlichen Beziehung entgegen
- b) eng auszulegen

§ 7 Ältere Menschen

A. Grundlagen

I. Entstehungshintergrund

3485 Gem. Art. 25 EGRC anerkennt und achtet die Union das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben. Diese Bestimmung wurde erst spät im Laufe des Grundrechtekonvents in die EGRC aufgenommen,⁷²⁴ da sie nicht zu den zentralen Anliegen des Konvents gehörte.⁷²⁵ Thematisch hätte sie besser in den mit „Solidarität“ überschriebenen Titel IV der EGRC gepasst, da die Norm kein Gleichheitsrecht, sondern eine soziale Vorschrift enthält.⁷²⁶ So wurde auch im Grundrechtekonvent im Laufe der Diskussion zu den sozialen Rechten eine Bestimmung zum Schutz älterer Menschen gefordert.⁷²⁷

⁷²⁴ S. die Chronologie bei *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 25 Rn. 4 ff.

⁷²⁵ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 14.

⁷²⁶ S.o. Rn. 3166.

⁷²⁷ Vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 326.

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁷²⁸ lehnt sich Art. 25 EGRC an Art. 23 rev. ESC⁷²⁹ und an Nr. 24 und 25 GCSGA⁷³⁰ an. Die Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben umfasse auch die Teilnahme am politischen Leben. **3486**

II. Rechtsgrundlagen

1. Art. 23 rev. ESC

In Art. 23 rev. ESC⁷³¹ verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts älterer Menschen auf sozialen Schutz zu gewährleisten, unmittelbar oder in Zusammenarbeit mit öffentlichen oder privaten Organisationen geeignete Maßnahmen zu ergreifen oder zu fördern, die insbesondere **3487**

- älteren Menschen die Möglichkeit geben sollen, so lange wie möglich vollwertige Mitglieder der Gesellschaft zu bleiben, und zwar durch:
 - a) ausreichende Mittel, die es ihnen ermöglichen, ein menschenwürdiges Leben zu führen und aktiv am öffentlichen, sozialen und kulturellen Leben teilzunehmen,
 - b) die Bereitstellung von Informationen über Dienste und Einrichtungen für ältere Menschen und über ihre Möglichkeiten, diese in Anspruch zu nehmen;
- älteren Menschen die Möglichkeit geben sollen, ihre Lebensweise frei zu wählen und in ihrer gewohnten Umgebung, solange sie dies wollen und können, ein eigenständiges Leben zu führen, und zwar durch:
 - a) die Bereitstellung von ihren Bedürfnissen und ihrem Gesundheitszustand entsprechenden Wohnungen oder von angemessenen Hilfen zur Anpassung der Wohnungen,
 - b) die gesundheitliche Versorgung und die Dienste, die aufgrund ihres Zustands erforderlich sind;
- älteren Menschen, die in Heimen leben, angemessene Unterstützung unter Achtung ihres Privatlebens sowie die Beteiligung an der Festlegung der Lebensbedingungen im Heim gewährleisten sollen.

Im Vergleich zu Art. 25 EGRC listet Art. 23 rev. ESC sehr detailliert auf, welche Maßnahmen von den Vertragsstaaten getroffen werden sollen. Damit erscheint ein facettenreiches Bild, welche Maßnahmen getroffen werden können, um älteren Menschen effektiv ein aktives Leben zu gewährleisten. Art. 25 EGRC verpflichtet hingegen nur die Union zur Anerkennung und Achtung bestehender Rechte.⁷³² **3488**

⁷²⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁷²⁹ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁷³⁰ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁷³¹ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁷³² S.u. Rn. 3504 ff.

2. Nr. 24, Nr. 25 GCSGA

- 3489** Nr. 24 und Nr. 25 GCSGA⁷³³ sind überschrieben mit „ältere Menschen“. Danach muss entsprechend den jeweiligen Gegebenheiten der einzelnen Länder jeder Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, wenn er in den Ruhestand geht, über Mittel verfügen können, welche ihm einen angemessenen Lebensstandard sichern (Nr. 24). Zudem muss jeder, der das Rentenalter erreicht hat, aber keinen Rentenanspruch besitzt oder über keine sonstigen ausreichenden Unterhaltsmittel verfügt, ausreichende Zuwendungen, Sozialhilfeleistungen und Sachleistungen bei Krankheit erhalten können, die seinen spezifischen Bedürfnissen angemessen sind (Nr. 25).
- 3490** Nr. 24 und Nr. 25 GCSGA beziehen sich damit lediglich auf einen Teil älterer Menschen, nämlich die Arbeitnehmer.⁷³⁴ Art. 25 EGRC erfasst hingegen alle älteren Menschen.

3. EuGH-Rechtsprechung

- 3491** Der EuGH hat sich soweit ersichtlich bislang nicht ausdrücklich mit einem Grundrecht für ältere Menschen befasst.⁷³⁵ Er hat das Alter vielmehr im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot behandelt.⁷³⁶

4. Verfassungen der Mitgliedstaaten

- 3492** Eine mit Art. 25 EGRC vergleichbare Bestimmung findet sich in keiner der mitgliedstaatlichen Verfassungen.⁷³⁷ Manche Verfassungen beinhalten überhaupt keine Bestimmung bezüglich älterer Menschen,⁷³⁸ andere beziehen sich lediglich auf die mangelnde Erwerbsfähigkeit⁷³⁹ oder thematisieren das Alter im Zusammenhang mit der nachlassenden Gesundheit.⁷⁴⁰ Manche Verfassungen enthalten auch Bestimmungen hinsichtlich eines Systems der sozialen Sicherheit im Alter,⁷⁴¹ was

⁷³³ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg.; s. Rn. 3539.

⁷³⁴ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 25 Rn. 2.

⁷³⁵ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 941.

⁷³⁶ S. *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 4; s. EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 (10035 f., Rn. 55 ff.) – Mangold; vgl. auch *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 946.

⁷³⁷ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 5; am ehesten vergleichbar sind noch Art. 72 der portugiesischen und Art. 50 der spanischen Verfassung; s. *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 6.

⁷³⁸ So die slowenische und die zyprische Verfassung.

⁷³⁹ Z.B. die französische Verfassung von 1946, die finnische, die irische, die italienische und die maltesische Verfassung.

⁷⁴⁰ Vgl. die Verfassungen Frankreichs, Griechenlands, Irlands und Portugals; *Streinz*, in: ders., Art. 25 GR-Charta Rn. 2; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 25 Rn. 3; ausführlicher zu den mitgliedstaatlichen Verfassungsnormen *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 7.

⁷⁴¹ S. die Verfassungen Finnlands, Frankreichs, Irlands, Italiens, Estlands, Lettlands, Litauens, Maltas, Polens, Portugals, der Slowakei, Spaniens, der Tschechischen Republik

jedoch in der EGRC in Art. 34 Abs. 1 EGRC und nicht in Art. 25 EGRC normiert wurde.⁷⁴²

III. Qualifizierung als Grundsatz

In Art. 25 EGRC wird älteren Menschen kein Recht auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben gewährt. Vielmehr werden diese Rechte „anerkannt und geachtet“. Die Formulierung entspricht der des Art. 26 EGRC und der von Art. 34 Abs. 1 und Abs. 3 EGRC. Diese sind insbesondere wegen ihres Wortlauts als Grundsätze zu qualifizieren.⁷⁴³ Das gleiche gilt für Art. 25 EGRC.⁷⁴⁴ Auch die Erläuterungen zur EGRC⁷⁴⁵ nennen bei Art. 52 Abs. 5 EGRC als Beispiel für eine Grundsatzbestimmung Art. 25 EGRC. 3493

IV. Abgrenzung

Die in der EGRC enthaltenen Rechte stehen selbstverständlich auch älteren Menschen zu.⁷⁴⁶ Nur in wenigen Bestimmungen wird der besonderen Schutzbedürftigkeit älterer Menschen Rechnung getragen. 3494

1. Art. 21 Abs. 1 EGRC

Art. 21 Abs. 1 EGRC verbietet Diskriminierungen unter anderem wegen des Alters.⁷⁴⁷ Art. 25 EGRC ergänzt dieses Diskriminierungsverbot⁷⁴⁸ und schafft eine eigenständige Norm für ältere Menschen.⁷⁴⁹ Art. 21 Abs. 1 EGRC kommt im Vergleich dennoch große Bedeutung zu, weil die Norm – anders als Art. 25 EGRC – ein Grundrecht enthält.⁷⁵⁰ 3495

2. Art. 34 Abs. 1 EGRC

Art. 34 Abs. 1 EGRC spricht davon, dass Leistungen der sozialen Sicherheit zum Beispiel im Fall von Pflegebedürftigkeit oder im Alter Schutz gewährleisten. Die 3496

und Ungarns; zu den dort geltenden Bestimmungen *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 7.

⁷⁴² *Streinz*, in: ders., Art. 25 GR-Charta Rn. 2; *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 7.

⁷⁴³ S.u. Rn. 3521 u. Rn. 4082 ff., 4188 ff.

⁷⁴⁴ Vgl. *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 25 Rn. 8; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 450 f.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 25 GRCh Rn. 1; *Jarass*, § 28 Rn. 2.

⁷⁴⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

⁷⁴⁶ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 963.

⁷⁴⁷ S.o. Rn. 3281.

⁷⁴⁸ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 25 GRCh Rn. 1.

⁷⁴⁹ *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 10.

⁷⁵⁰ *Jarass*, § 28 Rn. 3.

Bestimmung betrifft einen Teilaspekt steigender Bedürftigkeit im Alter. Sie wird durch Art. 25 EGRC vervollständigt.

B. Gewährleistungsbereich

I. Bedeutung

3497 Seiner Formulierung entsprechend enthält Art. 25 EGRC, wie bereits die Überschrift andeutet, die im Plural von den „Rechten älterer Menschen“ spricht, zwei Bereiche: zum einen das Recht auf ein eigenes würdiges und unabhängiges Leben, zum anderen das Recht auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben in der Gesellschaft.⁷⁵¹

3498 Die Vorschrift trägt der demographischen Entwicklung in den Mitgliedstaaten Rechnung.⁷⁵² Zugleich wird berücksichtigt, dass ältere Menschen häufig größere Schwierigkeiten mit der fortschreitenden Technisierung der Lebenswelt haben und deshalb von der Gesellschaft als minderwertig angesehen werden.⁷⁵³ Schließlich leben viele Menschen heute nicht mehr in der traditionellen Großfamilie, in der älteren Menschen im Falle von alters- oder pflegebedingter Hilfsbedürftigkeit Beistand geleistet werden kann.⁷⁵⁴ Es hat vielmehr eine Verschiebung in den familiären Strukturen von der Groß- zur Kleinfamilie gegeben, die häufig mit einer größeren räumlichen Distanz zwischen Familienmitgliedern einhergeht.⁷⁵⁵

II. Ältere Menschen

3499 Der Begriff „ältere Menschen“ lässt sich nicht genau definieren,⁷⁵⁶ insbesondere im Hinblick auf die immer weiter steigende Lebenserwartung.⁷⁵⁷ Kinder, d.h. Personen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs, fallen jedoch eindeutig nicht darunter, da ihre Rechte in Art. 24 EGRC eigenständig geregelt sind.⁷⁵⁸ Das „Ältersein“ beginnt deshalb aber selbstverständlich nicht automatisch mit 18 Jahren. Häufig werden mit älteren Menschen diejenigen ab 60 Jahren bezeichnet.⁷⁵⁹ Eine Anknüpfungsmöglichkeit ist auch das Rentenalter,⁷⁶⁰ zumal die Erläuterungen zur

⁷⁵¹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 8; Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 14.

⁷⁵² Vgl. Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 2.

⁷⁵³ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 8.

⁷⁵⁴ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 15.

⁷⁵⁵ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 2.

⁷⁵⁶ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 20; Jarass, § 28 Rn. 4.

⁷⁵⁷ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 10; Streinz, in: ders., Art. 25 GR-Charta Rn. 4; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 25 GRCh Rn. 2.

⁷⁵⁸ S. Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 10; Streinz, in: ders., Art. 25 GR-Charta Rn. 4; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 25 GRCh Rn. 2; Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 11; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 20.

⁷⁵⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 10; Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 11.

⁷⁶⁰ Jarass, § 28 Rn. 4.

EGRC⁷⁶¹ auf Nr. 24 und 25 GCSGA⁷⁶² verweisen, die ihrerseits auf das Rentenalter abstellen.⁷⁶³ Allerdings ist das Ausscheiden aus dem aktiven Erwerbsleben nicht in allen Berufen und allen Mitgliedstaaten gleich. Es wird daher die Rechtsprechung des EuGH abzuwarten sein, ab welchem Lebensalter Menschen als „älter“ anzusehen sind. Die Tendenz dürfte im Laufe der Zeit nach oben gehen.

III. Würdiges und unabhängiges Leben

Mit dem Hinweis auf ein würdiges Leben knüpft Art. 25 EGRC an Art. 1 EGRC an. Die nochmalige Erwähnung kann mit der besonderen Schutzbedürftigkeit älterer Menschen begründet werden.⁷⁶⁴ **3500**

Insbesondere ein unabhängiges Leben bedarf einer soliden wirtschaftlichen Grundlage. Art. 25 EGRC spricht zwar nicht explizit von der Sicherung einer ökonomischen Basis. Die als Grundlage dienenden Art. 23 rev. ESC⁷⁶⁵ und Nr. 24, Nr. 25 GCSGA⁷⁶⁶ behandeln aber eben dieses Thema und machen deutlich, dass ausreichende finanzielle Mittel Voraussetzung sind für ein menschenwürdiges Leben und eine aktive Teilnahme am öffentlichen, sozialen und kulturellen Leben. Mit der Bereitstellung der für einen angemessenen Lebensstandard notwendigen finanziellen Mittel wird die Lebensleistung älterer Menschen anerkannt.⁷⁶⁷ **3501**

IV. Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁷⁶⁸ umfasst die Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben „natürlich“ auch die Teilnahme am politischen Leben. Dies hätte explizit in die Norm aufgenommen werden sollen. Alternativ hätte es auch einen mit Art. 26 EGRC vergleichbaren Hinweis auf die „Teilnahme am Leben der Gemeinschaft“ geben können, da so Unstimmigkeiten aufgrund der engeren Formulierung in Art. 25 EGRC hätten ausgeräumt werden können.⁷⁶⁹ **3502**

Mit dem „würdigen und unabhängigen Leben“ wird der Fokus auf das eigene Leben gerichtet. Die „Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben“ behandelt hingegen die Eingliederung älterer Menschen in das gesellschaftliche Leben und damit auch die Teilnahme an „fremdem Leben“, wozu man auch das politische wird rechnen können. Insoweit ist ohnehin das Wahlrecht entscheidend, für das **3503**

⁷⁶¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁷⁶² Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁷⁶³ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 11.

⁷⁶⁴ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 15.

⁷⁶⁵ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁷⁶⁶ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁷⁶⁷ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 15.

⁷⁶⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁷⁶⁹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 9; Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 17.

Art. 39 f. EGRC eine altersunabhängige, allerdings nicht alle Wahlen umfassende Garantie geben.⁷⁷⁰

C. Rechtsfolgen

- 3504** Gem. Art. 25 EGRC „anerkennt und achtet“ die Union die Rechte auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben. Die Norm gewährt die Rechte nicht selbst, sondern setzt deren Existenz vielmehr voraus.⁷⁷¹ Damit wird auch dem Problem mangelnder Unionskompetenz Rechnung getragen.⁷⁷² Auffällig ist, dass die Norm nur die Union zur Anerkennung und Achtung verpflichtet, nicht hingegen die Mitgliedstaaten.
- 3505** Das Anerkennungs- und Achtungsgebot bedeutet, dass die Union keine Maßnahmen ergreifen darf, welche die Rechte auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben gefährden oder beeinträchtigen könnten.⁷⁷³ Dies ergibt sich insbesondere aus der Formulierung des Anerkennens, da diese über ein bloßes Achten hinaus geht.⁷⁷⁴
- 3506** Von der Union wird allerdings lediglich verlangt, die anerkannten Rechte nicht zu verletzen.⁷⁷⁵ Sie muss weder aktive Maßnahmen zu ihrem Schutz ergreifen, noch die Rechte selbst durch bestimmte Einrichtungen oder eine bestimmte Infrastruktur fördern.⁷⁷⁶ Gewachsene nationale Strukturen sind aber von ihr zu wahren. Dadurch entsteht auch eine Schutzwirkung für die Mitgliedstaaten.
- 3507** Eine gerichtliche Geltendmachung ist wegen der Grundsatzqualität von Art. 25 EGRC nicht möglich, so dass Klagen auf Erlass von Durchführungsakten oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ausscheiden.⁷⁷⁷ Lediglich Inzidentkontrollen über die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz sind denkbar.⁷⁷⁸ Da Art. 25 EGRC nur die Union zur Anerkennung und Achtung verpflichtet, sind die nationalen Normen, welche die Rechte älterer Menschen regeln, ebenfalls nicht im Rahmen des Art. 25 EGRC gerichtlich überprüfbar.

⁷⁷⁰ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 8 und Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 17.

⁷⁷¹ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 9; Streinz, in: ders., Art. 25 GR-Charta Rn. 3; Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 18; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 17.

⁷⁷² Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 18.

⁷⁷³ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 9; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 17; Jarass, § 28 Rn. 6.

⁷⁷⁴ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 19.

⁷⁷⁵ Streinz, in: ders., Art. 25 GR-Charta Rn. 3.

⁷⁷⁶ Vgl. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 64 ff. zu der gleich lautenden Formulierung in Art. 34 Abs. 1 EGRC.

⁷⁷⁷ Jarass, § 28 Rn. 8.

⁷⁷⁸ S. auch den im Verfassungsentwurf neu eingefügten Art. 52 Abs. 5 EGRC. Dazu allgemein o. Rn. 728 ff., 737 ff.

D. Prüfungsschema zu Art. 25 EGRC

1. Gewährleistungsbereich

3508

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) noch unsicher, ab wann Menschen als „älter“ anzusehen sind; Anknüpfungsmöglichkeiten: ab 60 Jahre, Rentenalter
- b) würdiges und unabhängiges Leben bedarf einer soliden wirtschaftlichen Grundlage
- c) auch Teilnahme am politischen Leben

2. Rechtsfolgen

- a) keine Maßnahmen, welche die Rechte auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben gefährden oder beeinträchtigen könnten
- b) nicht gefordert: aktive Maßnahmen zum Schutz älterer Menschen oder Förderung durch bestimmte Einrichtungen oder eine bestimmte Infrastruktur
- c) Klagen auf Erlass von Durchführungsakten oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sind nicht möglich; nur Inzidentkontrollen über die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz

§ 8 Integration Behinderter

A. Grundlagen

I. Kontext

Gem. Art. 26 EGRC anerkennt und achtet die Union den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft. Ebenso wie Art. 24 EGRC, der die Rechte des Kindes und Art. 25 EGRC, der die Rechte älterer Menschen behandelt, widmet sich Art. 26 EGRC den Rechten einer besonders schutzbedürftigen Gruppe von Menschen. 3509

Menschen mit Behinderung gehören auch heute noch zu den Randgruppen der Gesellschaft.⁷⁷⁹ Sie wurden lange als Objekt und nicht als selbstständiges Subjekt gesellschaftlicher und staatlicher Fürsorge wahrgenommen. Erst in den letzten Jahren hat sich das Bestreben durchgesetzt, sie als gleichwertige Personen anzusehen, Integrationshemmnisse abzubauen und ihnen eine gleichberechtigte Teilnahme am öffentlichen Leben zu ermöglichen.⁷⁸⁰ 3510

⁷⁷⁹ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 11.

⁷⁸⁰ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 3.

- 3511** Darauf zielt auch Art. 26 EGRC, welcher deshalb als soziales Recht einzuordnen ist. Daher verwundert seine Eingliederung unter den Gleichheitstitel.⁷⁸¹ Auch im Grundrechtekonvent wurde die Norm zunächst im Rahmen der sozialen Rechte diskutiert.⁷⁸² Die Einordnung von Art. 26 EGRC unter den Gleichheitstitel lässt sich am ehesten damit erklären, dass eine Gleichbehandlung von Menschen mit und ohne Behinderung erreicht werden soll.
- 3512** Entsprechend enthält auch die RL 2000/78/EG⁷⁸³ zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf in Artikel 5 eine Bestimmung, die Arbeitgeber verpflichtet, geeignete und im konkreten Fall erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen.
- 3513** Nach den Erläuterungen zur EGRC⁷⁸⁴ stützt sich der in Art. 26 EGRC aufgeführte Grundsatz auf Art. 15 ESC⁷⁸⁵ und lehnt sich ferner an Nr. 26 GCSGA⁷⁸⁶ an. Nach den ursprünglichen Erläuterungen zur EGRC⁷⁸⁷ orientiert sich Art. 26 EGRC zudem an Art. 23 rev. ESC.⁷⁸⁸

II. Rechtsgrundlagen

1. Art. 15 ESC

- 3514** In Art. 15 ESC⁷⁸⁹ verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechtes der körperlich, geistig oder seelisch Behinderten auf berufliche Ausbildung sowie auf berufliche und soziale Eingliederung oder Wiedereingliederung zu gewährleisten,
1. geeignete Maßnahmen zu treffen für die Bereitstellung von Ausbildungsmöglichkeiten, erforderlichenfalls unter Einschluss von öffentlichen oder privaten Sondereinrichtungen;
 2. geeignete Maßnahmen zu treffen für die Vermittlung Behinderter auf Arbeitsplätze, namentlich durch besondere Arbeitsvermittlungsdienste, durch Ermöglichung wettbewerbsgeschützter Beschäftigung und durch Maßnah-

⁷⁸¹ S.o. Rn. 3166.

⁷⁸² *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 26 Rn. 9; *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 1.

⁷⁸³ ABl. 2000 L 303, S. 16.

⁷⁸⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁷⁸⁵ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁷⁸⁶ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁷⁸⁷ Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 26.

⁷⁸⁸ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁷⁸⁹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

men, die den Arbeitgebern einen Anreiz zur Einstellung von Behinderten bieten.

Art. 15 ESC behandelt mit der beruflichen und sozialen Eingliederung einen Teilaspekt des Art. 26 EGRC. Dieser spricht ebenfalls von einem „Anspruch auf Maßnahmen zur sozialen und beruflichen Eingliederung“, enthält daneben jedoch weitere Bereiche.⁷⁹⁰ **3515**

2. Art. 23 rev. ESC

Art. 23 rev. ESC⁷⁹¹ behandelt die Rechte älterer Menschen, weshalb er laut den Erläuterungen zur EGRC⁷⁹² auch als Grundlage für Art. 25 EGRC dient.⁷⁹³ Da Art. 23 rev. ESC keine Aussagen zu Behinderten trifft,⁷⁹⁴ verwundert es, dass die ursprünglichen Erläuterungen zur EGRC⁷⁹⁵ bei Art. 26 EGRC auf diese Norm verweisen. Die Bezugnahme ist in den aktualisierten Erläuterungen⁷⁹⁶ nicht mehr enthalten, weshalb bei dem ursprünglichen Hinweis von einem Redaktionsversehen ausgegangen werden kann, das durch die veränderten Erläuterungen ausgeräumt wurde.⁷⁹⁷ **3516**

3. Nr. 26 GCSGA

Gem. Nr. 26 GCSGA⁷⁹⁸ müssen alle Behinderten unabhängig von der Ursache und Art ihrer Behinderung konkrete ergänzende Maßnahmen, die ihre berufliche und soziale Eingliederung fördern, in Anspruch nehmen können. Diese Maßnahmen zur Verbesserung der Lebensbedingungen müssen sich je nach den Fähigkeiten der Betroffenen auf berufliche Bildung, Ergonomie, Zugänglichkeit, Mobilität, Verkehrsmittel und Wohnung erstrecken. **3517**

4. EuGH-Rechtsprechung

Soweit ersichtlich hat sich der EuGH bislang nur in wenigen Entscheidungen mit behinderten Menschen befasst. Dabei hat er jedoch keine spezifischen Integrationsansprüche anerkannt.⁷⁹⁹ **3518**

⁷⁹⁰ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 12.

⁷⁹¹ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁷⁹² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁷⁹³ S. zum Wortlaut des Art. 23 rev. ESC o. Rn. 3487.

⁷⁹⁴ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 26 Rn. 1; Streinz, in: ders., Art. 26 GR-Charta Rn. 1.

⁷⁹⁵ Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtskonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 26.

⁷⁹⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁷⁹⁷ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 12.

⁷⁹⁸ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁷⁹⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 941; vgl. Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 5.

5. Internationales Recht

- 3519** Auf internationaler Ebene befasst sich das Übereinkommen Nr. 159 der IAO, einer Sonderorganisation der Vereinten Nationen, mit der beruflichen Rehabilitation und der Beschäftigung von Behinderten. Es sieht innerstaatliche Maßnahmen zur Entwicklung von Diensten für die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung Behinderter vor. Das Übereinkommen von 1983 trat 1985 in Kraft und ist von den meisten EU-Mitgliedstaaten ratifiziert.⁸⁰⁰

6. Verfassungen der Mitgliedstaaten

- 3520** Während sich in den Verfassungen der fünfzehn alten Mitgliedstaaten nur vereinzelt Bestimmungen zu Menschen mit Behinderung finden,⁸⁰¹ befassen sich die Verfassungen der neuen Mitgliedstaaten intensiver mit der Schutzbedürftigkeit von Behinderten. Die entsprechenden Normen sind allerdings sehr unterschiedlich gefasst.⁸⁰² Sie reichen von reinen Benachteiligungsverboten⁸⁰³ über Handlungspflichten für den Staat⁸⁰⁴ bis hin zu Ansprüchen Behinderter auf besondere Hilfe bei Arbeitsbedingungen, Berufsausbildung oder in finanzieller Hinsicht.⁸⁰⁵

III. Qualifizierung als Grundsatz

- 3521** Bereits der Wortlaut des Art. 26 EGRC spricht für die Qualifizierung der Norm als Grundsatz, da die genannten Ansprüche nicht von der Norm selbst gewährt werden, sondern lediglich von der Union anerkannt und geachtet werden müssen. Ursprünglich wurde im Grundrechtekonvent eine Formulierung diskutiert, die einen Anspruch gewährte. Sie wurde jedoch zugunsten der heutigen Fassung aufgegeben.⁸⁰⁶ Zudem sprechen die Erläuterungen zur EGRC sowohl bei der Kommentierung zu Art. 26 EGRC⁸⁰⁷ als auch bei der zu Art. 52 Abs. 5 EGRC⁸⁰⁸ von einem „Grundsatz“. Schließlich deckt sich die Formulierung des Art. 26 EGRC mit der der Art. 25, Art. 34 Abs. 1 und Abs. 3 EGRC, die allesamt insbesondere wegen ih-

⁸⁰⁰ Ausnahmen sind Belgien, Bulgarien, Estland, Großbritannien, Lettland, Österreich, Rumänien.

⁸⁰¹ Ausführlich *Streinz*, in: ders., Art. 26 GR-Charta Rn. 2.

⁸⁰² Ausführlich *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 26 Rn. 2 ff. und *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 7 ff.

⁸⁰³ Z.B. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, Art. 7 Abs. 1 S. 2 österreichische Verfassung, § 6 Abs. 2 finnische Verfassung.

⁸⁰⁴ S. hierzu Art. 71 portugiesische Verfassung ebenso wie Art. 49 S. 1 spanische Verfassung.

⁸⁰⁵ S. Art. 38 der slowakischen Verfassung, Art. 17 Abs. 3 der Verfassung Maltas, Art. 52 der slowenischen Verfassung und Art. 52 der Verfassung Litauens.

⁸⁰⁶ Vgl. *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 1 ff.

⁸⁰⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

⁸⁰⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

res Wortlauts als Grundsätze zu qualifizieren sind.⁸⁰⁹ Daher ist auch Art. 26 EGRC als Grundsatz anzusehen.⁸¹⁰

IV. Abgrenzung

Art. 21 Abs. 1 EGRC verbietet Diskriminierungen unter anderem aus Gründen einer Behinderung. Diese Vorschrift wird ergänzt durch Art. 26 EGRC, der eine eigenständige Bestimmung für Menschen mit Behinderung normiert und damit die Schutzbedürftigkeit dieser Menschen betont.⁸¹¹ Da Art. 21 Abs. 1 EGRC allerdings – anders als Art. 26 EGRC – ein subjektives Recht gewährt, kommt dem Diskriminierungsverbot eine wichtige Bedeutung zu.⁸¹² 3522

B. Gewährleistungsbereich

I. Integration

In der Überschrift des Art. 26 EGRC wird der Begriff „Integration“ verwandt. Dieser bedeutet, dass behinderte Menschen trotz ihrer Behinderung am gesellschaftlichen Leben teilhaben sollen, indem ihre Umwelt an ihre Bedürfnisse angepasst wird.⁸¹³ Dieses Ziel kommt im Normtext des Art. 26 EGRC zum Ausdruck, da die Eigenständigkeit, die Eingliederung und die Teilnahme am Leben der Gemeinschaft in den Vordergrund gestellt werden. Diese Elemente werden durch Maßnahmen gewährleistet, auf die ein Anspruch besteht, den die Union anerkennt und achtet. 3523

II. Behinderung

Art. 26 EGRC spricht von „Menschen mit Behinderung“. Darunter fallen sowohl körperliche als auch geistige Behinderungen.⁸¹⁴ Das BVerfG versteht in seiner Rechtsprechung unter einer Behinderung eine nicht nur vorübergehende und geringfügige Funktionsbeeinträchtigung eines Menschen, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.⁸¹⁵ Regelwidrig ist ein Zustand, der von dem Zustand nicht nur geringfügig abweicht, der für das Lebens- 3524

⁸⁰⁹ S.o. Rn. 3493 und u. Rn. 4082 ff., 4188 ff.

⁸¹⁰ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 26 GRCh Rn. 4; *R. Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 450 f.; *Jarass*, § 28 Rn. 10; a.A. *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 26 Rn. 14; *Streinz*, in: ders., Art. 26 GR-Charta Rn. 3.

⁸¹¹ *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 11.

⁸¹² *Jarass*, § 28 Rn. 11.

⁸¹³ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 26 GRCh Rn. 2.

⁸¹⁴ *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 15.

⁸¹⁵ BVerfGE 96, 288 (301); ähnlich die Definition in § 2 SGB IX.

alter typisch ist.⁸¹⁶ Mangels eigenständiger Definition im Europarecht⁸¹⁷ kann diese Begriffsbestimmung auch für Art. 26 EGRC herangezogen werden,⁸¹⁸ beschreibt sie doch treffend den Sachverhalt. Unerheblich sind Art, Ursache und Ausmaß der Behinderung.⁸¹⁹

III. Anspruch auf Maßnahmen

1. Anerkennung und Achtung

3525 Gem. Art. 26 EGRC „anerkennt und achtet“ die Union den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft. Diese Formulierung entspricht der des Art. 25 EGRC, weshalb die dafür entwickelten Maßstäbe entsprechend gelten.⁸²⁰ Art. 26 EGRC gewährt die genannten Ansprüche von Menschen mit Behinderung nicht selbst, er setzt deren Existenz vielmehr voraus.⁸²¹ Der Anspruch auf Maßnahmen ergibt sich aus anderen Rechtsakten, beispielsweise den nationalen Normen.⁸²²

2. Maßnahmen zur Gewährleistung der Eigenständigkeit

3526 Bei den Maßnahmen zur Gewährleistung der Eigenständigkeit handelt es sich um Unterstützungshandlungen, die darauf zielen, Menschen mit Behinderung Möglichkeiten zu bieten, ihre Lebensumstände eigenverantwortlich zu regeln, ohne auf ständige Hilfe Dritter angewiesen zu sein. Darunter fallen finanzielle Unterstützungsleistungen, die Schaffung von Möglichkeiten zu behindertengerechtem Wohnen etc.⁸²³

3. Maßnahmen zur Gewährleistung der sozialen und beruflichen Eingliederung

3527 Die Maßnahmen zur Gewährleistung der sozialen und beruflichen Eingliederung haben zum Ziel, Menschen mit Behinderung Gleichberechtigung erfahren zu las-

⁸¹⁶ In Anlehnung an die Definition in § 2 SGB IX.

⁸¹⁷ Auch die o. genannten Grundlagen Art. 15 ESC und Nr. 26 GCSGA enthalten keine Definition.

⁸¹⁸ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 26 Rn. 15; *Streinz*, in: ders., Art. 26 GR-Charta Rn. 4; *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 15; *Jarass*, § 28 Rn. 12.

⁸¹⁹ *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 26 Rn. 16; *Streinz*, in: ders., Art. 26 GR-Charta Rn. 5.

⁸²⁰ Näher o. Rn. 3504 ff.

⁸²¹ Zum gleichlautenden Art. 25 EGRC: *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 25 Rn. 9; *Streinz*, in: ders., Art. 25 GR-Charta Rn. 3; *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 25 Rn. 18.

⁸²² *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 16.

⁸²³ *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 18.

sen, da sie häufig im Alltagsleben mit schwierigeren Umständen konfrontiert werden. Ein Beispiel sind behindertengerechte Arbeitsplätze.⁸²⁴

4. Maßnahmen zur Gewährleistung der Teilnahme am Leben der Gemeinschaft

Die Maßnahmen zur Teilnahme am Leben der Gemeinschaft umfassen den weitesten Bereich und decken sich teilweise mit der sozialen und beruflichen Eingliederung, soweit diese den Teilaspekt des Arbeitslebens (der Gemeinschaft) betrifft. Unter die Teilnahme am Leben der Gemeinschaft fällt auch die in Art. 25 EGRC genannte Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben. Die in Art. 26 EGRC genannten Maßnahmen erstrecken sich daher auf alle Unterstützungsmöglichkeiten, die Menschen mit Behinderung den Zugang zu kulturellen, Bildungs- oder sonstigen sozialen Angeboten ermöglichen. Auch Behörden, Gerichte und sonstige Einrichtungen sind aufgrund der weiten Formulierung des Art. 26 EGRC erfasst.⁸²⁵ **3528**

C. Rechtsfolgen

Folge des Anerkennungs- und Achtungsgebot ist, dass die Union keine Maßnahmen ergreifen darf, welche die Ansprüche auf Maßnahmen zur Gewährleistung der Eigenständigkeit, der sozialen und beruflichen Eingliederung und der Teilnahme am Leben der Gemeinschaft gefährden oder beeinträchtigen könnten.⁸²⁶ Dabei muss die Union aber weder aktive Maßnahmen ergreifen, noch die Rechte selbst durch bestimmte Einrichtungen oder eine bestimmte Infrastruktur fördern.⁸²⁷ **3529**

Klagen auf Erlass von Durchführungsakten oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sind nicht möglich, da es sich bei Art. 26 EGRC nicht um ein subjektives Recht, sondern um einen Grundsatz handelt.⁸²⁸ Lediglich Inzidentkontrollen über die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz sind denkbar.⁸²⁹ **3530**

Art. 26 EGRC verpflichtet nur die Union, nicht hingegen die Mitgliedstaaten. Dies hat zur Folge, dass die nationalen Normen, die die Ansprüche von Menschen mit Behinderung regeln, ebenfalls nicht im Rahmen des Art. 26 EGRC gerichtlich überprüfbar sind. **3531**

⁸²⁴ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 19.

⁸²⁵ Mann, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 20.

⁸²⁶ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 42 Rn. 25; Jarass, § 28 Rn. 14; zum gleichlautenden Art. 25 EGRC: Hölscheidt, in: Meyer, Art. 25 Rn. 9.

⁸²⁷ Vgl. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 64 ff. zu der gleich lautenden Formulierung in Art. 34 Abs. 1 EGRC.

⁸²⁸ Jarass, § 28 Rn. 16; näher o. Rn. 3521.

⁸²⁹ S. Art. 52 Abs. 5 EGRC.

D. Prüfungsschema zu Art. 26 EGRC

3532 1. Gewährleistungsbereich

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) hierfür Umwelt an ihre Bedürfnisse anpassen**
- b) sowohl körperliche als auch geistige Behinderungen**
- c) Anspruch auf Maßnahmen ergibt sich aus anderen Rechtsakten, beispielsweise den nationalen Normen**

2. Rechtsfolgen

- a) keine Maßnahmen, welche die Ansprüche auf Maßnahmen zur Gewährleistung der Eigenständigkeit, der sozialen und beruflichen Eingliederung und der Teilnahme am Leben der Gemeinschaft gefährden oder beeinträchtigen könnten**
- b) die Union muss aber weder aktive Maßnahmen ergreifen noch die Rechte selbst durch bestimmte Einrichtungen oder eine bestimmte Infrastruktur fördern**
- c) Klagen auf Erlass von Durchführungsakten oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sind nicht möglich; nur Inzidentkontrollen über die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz denkbar**

Kapitel 11

Soziale und solidarische Grundrechte

In Titel IV der EGRC sind unter der Überschrift „Solidarität“ verschiedene betriebsbezogene Rechte (§ 2), individuelle Arbeitnehmerrechte (§ 3), Rechte zum besonderen Schutz der Familie, Mütter und Eltern (§ 4), Rechte betreffend den sozialen Schutz (§ 5) sowie der Gesundheitsschutz (§ 6), der Zugang zu gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen (§ 7), der Umweltschutz (§ 8) und der Verbraucherschutz (§ 9) geregelt. Diese Rechte werden für gewöhnlich als soziale Rechte bezeichnet. Im Grundrechtekonvent war ihre Aufnahme in die Charta höchst umstritten (§ 1). **3533**

§ 1 Die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Charta

Nach dem Beschluss des Europäischen Rats von Köln 1999 sollten in der EGRC neben den Freiheits-, Gleichheits-, Verfahrens- und Unionsbürgerrechten auch die „wirtschaftlichen und sozialen Rechte“ berücksichtigt werden, „wie sie in der Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer enthalten sind (Art. 136 EGV¹), soweit sie nicht nur Ziele für das Handeln der Union begründen“.² **3534**

A. Die Grundlagen

I. ESC

Die ESC³ ist ein vom Europarat initiiertes und 1961 in Turin von der Mehrheit seiner Mitglieder beschlossener völkerrechtlicher Vertrag, der die Vertragsparteien auf eine Reihe sozial- und wirtschaftspolitischer Grundsätze und auf bestimmte Maßnahmen zur Verwirklichung dieser Grundsätze verpflichtet.⁴ Die ESC trat **3535**

¹ Entspricht nach dem Lissabonner Vertrag Art. 151 AEUV.

² Europäischer Rat in Köln, 3./4.6.1999, Anhang IV; abgedruckt bei *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 59 (59 f.) und in EuGRZ 1999, 364 (364).

³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035.

⁴ *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 158.

1965 in Kraft. Im Jahr 1996 wurde eine revidierte Fassung ausgearbeitet, die ihrerseits 1999 in Kraft trat.⁵

3536 Die ESC formuliert weitreichende soziale Grundrechte, stellt den Staaten aber frei, nach einem „choose and pick“-Verfahren einzelne Verbürgungen nicht zu übernehmen (so genanntes opting out), solange nur eine Mindestzahl von Kernverbürgungen akzeptiert wird.⁶ Sie ist daher nicht von allen Mitgliedstaaten der EU in gleicher Weise umgesetzt worden, weshalb ihre rechtliche Bindung äußerst unterschiedlich ist.⁷ So hat die Bundesrepublik die ESC von 1961 ratifiziert, die revidierte Fassung von 1996 jedoch nicht einmal unterzeichnet.⁸

3537 Zudem sind die Verpflichtungen der ESC nur als Staatsverpflichtungen und nicht als subjektive Rechte formuliert,⁹ weshalb sich der Einzelne nicht unmittelbar auf die fraglichen Bestimmungen gegenüber seinem Heimatstaat berufen kann.¹⁰ Die ESC bildet im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte zwar das Gegenstück zur EMRK,¹¹ zumal die EMRK selbst keine sozialen Grundrechte enthält.¹² Anders als bei der EMRK sind die sozialen Rechte jedoch nicht vor einem internationalen Gericht einklagbar.¹³

3538 Die EU selbst ist nicht Vertragspartei der ESC.¹⁴ Gleichwohl haben sich die Mitgliedstaaten der Union schon in der Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) 1987 auf die in der „Europäischen Sozialcharta anerkannten Grundrechte, insbesondere Freiheit, Gleichheit und soziale Gerechtigkeit“ bezogen. Auch in Art. 136 EG/151 AEUV wird auf die ESC Bezug genommen. Ist damit die ESC auch nicht in das Unionsrecht eingegliedert, wird sie doch benutzt, um Maßstäbe für das Handeln der Union zu schaffen.¹⁵ Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung ebenfalls schon Bezug auf die ESC genommen.¹⁶ Sie dient ihm als Rechtserkenntnisquelle bei der Aufstellung allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts.¹⁷

⁵ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163.

⁶ S. Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 2; Hilpold, in: FS für Pernthaler, 2005, S. 167 (175).

⁷ Magiera, DÖV 2000, 1017 (1023).

⁸ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 21.

⁹ Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (7); Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 24.

¹⁰ Badura, Staatsrecht, D Rn. 158.

¹¹ Hilpold, in: FS für Pernthaler, 2005, S. 167 (174); Arbeitsdokument des Europäischen Parlaments, Generaldirektion Wissenschaft, Soziale Grundrechte in Europa, SOCI 104 DE, S. 8.

¹² Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 24.

¹³ Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 2 u. 25.

¹⁴ Zuleeg, EuGRZ 1992, 329 (329).

¹⁵ Zuleeg, EuGRZ 1992, 329 (329).

¹⁶ Z.B. EuGH, Rs. 149/77, Slg. 1978, 1365 (1379, Rn. 26/29) – Defrenne/Sabena, bekannt als „Defrenne III“.

¹⁷ Arbeitsdokument des Europäischen Parlaments, Generaldirektion Wissenschaft, Soziale Grundrechte in Europa, SOCI 104 DE, S. 8.

II. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (GCSGA)¹⁸, 3539 auch Sozialcharta genannt, wurde am 9.12.1989 von allen damaligen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Großbritanniens auf dem Gipfeltreffen von Straßburg unterzeichnet. Sie enthält die Hauptgrundsätze, auf denen das europäische Arbeitsrechtsmodell und die Stellung der Arbeit in der Gesellschaft beruhen. Die in ihr festgelegten Sozialstandards sollen in den Mitgliedstaaten verwirklicht werden. Ihr kommt keine unmittelbare Rechtswirkung zu,¹⁹ auch wenn die Formulierungen den Eindruck subjektiver Rechte erwecken.²⁰ Die EGRC stellt lediglich eine feierliche Erklärung der Staats- und Regierungschefs dar und dient als „programmatischer Wegweiser“.²¹ Dennoch besitzt sie in der Rechtsprechungspraxis des EuGH eine erhebliche Bedeutung,²² da sie die gemeinsamen Ansichten und Traditionen der Mitgliedstaaten widerspiegelt und eine Erklärung von Grundprinzipien darstellt, an die sich die EU und ihre Mitgliedstaaten halten wollen.²³

III. Unterschiede zur EGRC

Zum Teil wird kritisiert, im Vergleich zur ESC²⁴ würden der EGRC einige Rechte 3540 ganz fehlen.²⁵ Das insoweit immer wieder genannte Recht auf Arbeit (Art. 1 ESC) findet sich jedoch in seinen Einzelgehalten in Art. 14 EGRC, Art. 15 EGRC und Art. 29 EGRC wieder. Grundsätzlich könnte der EGRC der Vorwurf gemacht werden, gerade im Bereich der sozialen Rechte unvollständig zu sein.²⁶ Indes können soziale Rechte schwerlich vollständig sein.²⁷ Zum einen wandeln sich die gesellschaftlichen Vorstellungen hinsichtlich dessen, was als „sozial“ anzusehen ist, zum anderen wird die Festlegung von sozialen Ansprüchen stets auf Kompromissen beruhen. Das gilt gerade für die EGRC, die das Ergebnis eines zähen Ringens um einen Konsens darstellt.²⁸ Schließlich muss man sich auch fragen, inwiefern die konkreten Regelungen der ESC und der GCSGA unverrückbare Kernpositionen formulieren. Um dem Charakter eines Grundrechtekatalogs gerecht zu

¹⁸ KOM (1989) 248 endg.

¹⁹ *Hilpold*, in: FS für Pernthaler, 2005, S. 167 (178).

²⁰ *Bernsdorff*, VSSR 2001, 1 (7).

²¹ *Zuleeg*, EuGRZ 1992, 329 (331).

²² *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 17.

²³ Arbeitsdokument des Europäischen Parlaments, Generaldirektion Wissenschaft, Soziale Grundrechte in Europa, SOCI 104 DE, S. 9.

²⁴ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

²⁵ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Fn. 12; *Lörcher*, AuR 2000, 241 (242).

²⁶ A.A. *Engels*, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Hrsg.), Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?, 2001, S. 77 (85).

²⁷ *Hilpold*, in: FS für Pernthaler, 2005, S. 167 (186).

²⁸ *M. Weiss*, AuR 2001, 374 (377).

werden, durften jedoch nur derartige Kernpositionen in die Charta aufgenommen werden, was zum Teil bereits bei einigen in der EGRC aufgenommenen Rechten bezweifelt werden kann.²⁹ Aus dieser Sicht geht die EGRC in ihren sozialen Rechten zu weit.

3541 Die ESC wird in ihrem Wortlaut häufig konkreter als die EGRC, so zum Beispiel bezüglich des Rechts auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen in Art. 2 ESC im Vergleich zu Art. 31 EGRC.³⁰ Ähnliches gilt für die GCSGA. Diese enthält beispielsweise ein Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt (Nr. 5 GCSGA), welches nicht ausdrücklich in der EGRC formuliert ist.

3542 Allerdings bilden die ESC und die GCSGA kein unmittelbar verbindliches Recht.³¹ Daher können aus ihnen keine subjektiven, vor einem internationalen Gericht einklagbaren Rechte abgeleitet werden, während Entsprechendes bei der EGRC intendiert (gewesen) ist. Anders als die ESC formuliert die EGRC denn auch in erster Linie subjektive soziale Rechte und nicht lediglich Zielbestimmungen.³²

B. Die Auseinandersetzung im Grundrechtekonvent

3543 Mit dem Bezug auf die ESC³³ und die GCSGA³⁴ hatte der Europäische Rat von Köln neben dem allgemeinen Wunsch, wirtschaftliche und soziale Rechte in der Charta zu berücksichtigen, sogar die Quellen angegeben, aus denen der Konvent die sozialen Rechte gewinnen sollte. Problematisch war allerdings die im Kölner Beschluss vorgenommene Einschränkung, dass keine Zielbestimmungen in die Charta aufgenommen werden sollten.³⁵ Damit war der Konvent in eine schwierige Lage gebracht worden, weil eine Vielzahl von Artikeln aus der ESC nur als Zielbestimmungen formuliert sind.³⁶ Entsprechend war es in dem mit der Erarbeitung der EGRC beauftragten Konvent schwierig, sich darüber zu verständigen, welche wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte in die Charta aufgenommen werden sollten. Es war eines der umstrittensten Titel der Charta.³⁷

²⁹ Vgl. Rn. 3577.

³⁰ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Fn. 12.

³¹ S.o. Rn. 3537, 3539.

³² *Engels*, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Hrsg.), *Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?*, 2001, S. 77 (87 f.).

³³ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

³⁴ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

³⁵ S. die Formulierung des Europäischen Rats von Köln, 3./4.6.1999, Anhang IV; abgedruckt bei *Bernsdorff/Borowsky*, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, S. 59 f. und in *EuGRZ* 1999, 364.

³⁶ *Engels*, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Hrsg.), *Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?*, 2001, S. 77 (84).

³⁷ S. *Riedel*, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 1; *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 1; *Kin-green*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 18

Die ohnehin streitige Frage nach dem Erfordernis einer Grundrechtecharta im Allgemeinen setzte sich in der Uneinigkeit über den Inhalt fort und gipfelte in der Diskussion, ob, in welchem Ausmaß und mit welcher Verbindlichkeit soziale Rechte in die Charta Eingang finden sollten.³⁸ Diejenigen, denen bereits eine Verbriefung von klassischen Freiheits- und Gleichheitsrechten zu weit ging, wollten keinerlei Sozialbezug aufnehmen.³⁹ Demgegenüber forderten andere ein hohes Schutzniveau und verstanden freiheitliche und soziale Grundrechte als untrennbare Einheit.⁴⁰ Innerhalb des Konvents wurden alle denkbaren Positionen vertreten: völlige Ablehnung der Verankerung sozialer Rechte, Aufnahme sozialer Rechte wenigstens als Programmsätze, Ausgestaltung sozialer Grundrechte als echte Leistungsrechte gegen die Union und die Mitgliedstaaten.⁴¹ Gegner und Befürworter einer Aufnahme sozialer Grundrechte standen sich zu Beginn des Konvents derart unversöhnlich gegenüber, dass der Verhandlungsprozess gar zu scheitern drohte.⁴² Entsprechend unsicher ist auch die Auslegung. Der gefundene Kompromiss schließt eine allzu sehr einer vertretenen Richtung zuneigende Interpretation aus.

C. Soziale Grundrechte

I. Unterschiedlicher Bestand in den Mitgliedstaaten

1. Allgemeine Bedeutung sozialer Rechte

Diese Unsicherheit betrifft bereits die Bedeutung sozialer Grundrechte als solcher. Die Meinungsgegensätze im Grundrechtskonvent sind unter anderem damit zu begründen, dass bislang in den Mitgliedstaaten kein gemeinsamer Standard sozialer Grundrechte herrscht.⁴³ Alle Mitgliedstaaten kennen soziale Rechte auf der Ebene des einfachen Rechts. Sie finden sich insbesondere im Arbeitsrecht etwa in Regelungen über Kündigungsschutz, Mindestlohn, Urlaub, sichere Arbeitsbedingungen etc. Ferner werden die Systeme der sozialen Sicherheit durch einfache Gesetze ge-

Rn. 59; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 2; *Streinz*, in: ders., Kap. IV (vor Art. 27 GR-Charta) Rn. 2; *Hirsch*, in: Blank (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtecharta, 2002, S. 9 (14).

³⁸ *Losch/Radau*, NVwZ 2003, 1440 (1441) m.w.N.; *Riedel*, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 7.

³⁹ So im Konvent z.B. die britische Auffassung, s. *Bernsdorff*, VSSR 2001, 1 (2).

⁴⁰ So im Konvent etwa der französische Vertreter, s. *Bernsdorff*, VSSR 2001, 1 (2); *Per-nice*, DVBl. 2000, 847 (853); *A. Weber*, NJW 2000, 537 (541); *Eickmeier*, DVBl. 1999, 1026 (1028); *Pitschas*, VSSR 2000, 207 (214); *M. Weiss*, AuR 2001, 374 (375); *Engels*, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 7 (9).

⁴¹ *Bernsdorff*, NdsVBl. 2001, 177 (179); *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 26.

⁴² So der Vertreter der italienischen Regierung im Konvent, *Rotata*, zitiert in *Bernsdorff*, VSSR 2001, 1 (Fn. 3); *Riedel*, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 4; *Meyer/Engels*, ZRP 2000, 368 (370); *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 1.

⁴³ *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 28; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 996; *Knöll*, NVwZ 2001, 392 (393); *Everling*, in: GS für Heinze, 2005, S. 157 (161).

regelt, die verschiedene Sozialleistungen für Notlagen oder bestimmte Lebenssituationen gewährleisten.⁴⁴ Soziale Rechte auf der Ebene des Verfassungsrechts sind jedoch sehr unterschiedlich ausgeprägt.⁴⁵

2. Verschiedene Ansätze in nationalen Verfassungen

3546 Die Verfassungen, in denen das klassisch-liberale Grundrechtsdenken vorherrscht, welches Grundrechte als bürgerliche und politische Abwehrrechte versteht, enthalten keine oder nur eine schwache Ausprägung sozialer Grundrechte. Das gilt beispielsweise für Österreich, Frankreich, Großbritannien, Dänemark und Schweden. Südeuropäische Verfassungen, insbesondere die Verfassungen Griechenlands, Italiens, Portugals und Spaniens, gehen hingegen detailliert auf soziale Grundrechte ein.⁴⁶ Tatsächlich wird jedoch auch in Österreich, Großbritannien und in den skandinavischen Staaten sozialer Schutz gewährt, während die subjektiv formulierten sozialen Grundrechte in den südeuropäischen Verfassungen allgemein lediglich als Staatsaufgaben und nicht als unmittelbar einklagbare Rechte verstanden werden.⁴⁷

3547 Entsprechend den unterschiedlichen Verfassungstraditionen in den Mitgliedstaaten standen sich im Grundrechtekonvent zwei Lager gegenüber: Die Länder, deren Verfassungen soziale Grundrechte kennen, bestanden auf einer Ausbalancierung der Freiheits- und Gleichheitsrechte durch soziale Rechte, während Länder, deren Verfassungen keine solchen Rechte oder differenzierende soziale Bestimmungen kennen, eher ablehnend waren.⁴⁸

3. Deutsches Grundgesetz

3548 Auch das Grundgesetz der Bundesrepublik enthält keine Normierung sozialer Grundrechte im Sinne originärer Leistungsrechte.⁴⁹ Der Parlamentarische Rat

⁴⁴ Arbeitsdokument des Europäischen Parlaments, Generaldirektion Wissenschaft, Soziale Grundrechte in Europa, SOCI 104 DE, S. 6.

⁴⁵ Ausführlich zu den sozialen Grundrechten in den Verfassungen der Mitgliedstaaten Arbeitsdokument des Europäischen Parlaments, Generaldirektion Wissenschaft, Soziale Grundrechte in Europa, SOCI 104 DE, S. 11 ff.

⁴⁶ *Magiera*, DÖV 2000, 1017 (1023); *Meyer/Engels*, ZRP 2000, 368 (369); *Riedel*, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 17 u. 25; *Krieger*, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 94; vgl. auch *Hirsch*, in: Blank (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, 2002, 9 (15); *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 28.

⁴⁷ *Magiera*, DÖV 2000, 1017 (1023); vgl. Arbeitsdokument des Europäischen Parlaments, Generaldirektion Wissenschaft, Soziale Grundrechte in Europa, SOCI 104 DE, S. 11-28.

⁴⁸ *Hirsch*, in: Blank (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, 2002, 9 (15).

⁴⁹ *S. Dreier*, in: ders., GG-Kommentar, Vorb. Rn. 42; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. VIII Rn. 50; *Knöll*, NVwZ 2001, 392 (394); *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 59; *Zimmerling/Beplat*, DVP 2001, 3 (5); *Brohm*, JZ 1994, 213 (215); *Bieback*, EuGRZ 1985, 657 (665).

lehnte bewusst die Aufnahme eines Rechts auf ein Mindestmaß an Nahrung, Kleidung und Wohnung ab.⁵⁰ In den 90er Jahren wurde in Deutschland eine Diskussion geführt, ob durch eine Änderung des Grundgesetzes soziale Grundrechte aufgenommen werden sollten.⁵¹ Dies wurde letztendlich abgelehnt. Dennoch ergeben sich auch aus dem Grundgesetz, insbesondere aus dem Sozialstaatsprinzip, soziale Mindestansprüche,⁵² wie auch vom BVerfG anerkannt.⁵³ Die deutschen Landesverfassungen enthalten hingegen eine Vielzahl sozialer Garantien und Grundsätze.⁵⁴

II. Der Begriff der sozialen Grundrechte

1. Unterschiedliches Verständnis in den Mitgliedstaaten

Soziale Grundrechte sind nicht nur in den Verfassungen der Mitgliedstaaten verschieden stark ausgeprägt, auch der Begriff der „sozialen Grundrechte“ wird in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgelegt. Manche Mitgliedstaaten verstehen darunter z.B. das Streikrecht und das Recht auf körperliche Unversehrtheit, was unter deutschen dogmatischen Gesichtspunkten irritieren mag.⁵⁵ Auch zählen seit langem auf europäischer Ebene Sachverhalte zu den sozialen Angelegenheiten, die in Deutschland dem Arbeitsrecht und nicht dem Sozialrecht unterliegen.⁵⁶ Soweit hiezulande Definitionen vorhanden sind,⁵⁷ werden alle grundrechtlich verbürgten sozialen Leistungsansprüche als soziale Grundrechte bezeichnet. Andere sehen alle Grundrechte, die ihrem Inhalt nach einen Bezug zum Sozialen haben, als soziale Grundrechte an.⁵⁸ Ein anderer Teil des Schrifttums verwendet keine Definitionen, sondern zieht eine Kasuistik sozialer Grundrechte vor.⁵⁹

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 1, 97 (104 f.); *Krieger*, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 91; *Stern*, Staatsrecht I, S. 936 f.; *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 112 Rn. 46.

⁵¹ S. dazu *Brohm*, JZ 1994, 213 ff.; *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 112 Rn. 61 ff.

⁵² Vgl. *Brohm*, JZ 1994, 213 (218); *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 112 Rn. 99.

⁵³ BVerfGE 40, 121 (133); 45, 187 (228); 48, 346 (365); 82, 60 (85); 110, 412 (445); *Krieger*, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 92.

⁵⁴ Vgl. z.B. LVerf. Bay Art. 106 Abs. 1 (Recht auf Wohnung), Art. 128 (Recht auf Ausbildung); LVerf. BW Art. 11 Abs. 1 (Recht auf Erziehung und Ausbildung); LVerf. NRW Art. 24 Abs. 1 S. 1 (Recht auf Arbeit), Art. 24 Abs. 3 (Recht auf Urlaub); LVerf. Bbg Art. 29 (Recht auf Bildung), Art. 47 (Recht auf Wohnung), Art. 48 (Recht auf Arbeit); LVerf. Sachs Art. 7 (Recht auf Arbeit, Wohnraum, Lebensunterhalt, soziale Sicherung, Bildung – allerdings als Staatsziele formuliert).

⁵⁵ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 996; *Magiera*, DÖV 2000, 1017 (1023).

⁵⁶ *Zuleeg*, EuGRZ 1992, 329 (329); vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1796.

⁵⁷ In der deutschen Lit. wird der Begriff der sozialen Grundrechte oftmals verwandt, ohne ihn inhaltlich zu charakterisieren, *Geesmann*, Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht, 2005, S. 21.

⁵⁸ Vgl. *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 112 Rn. 13.

⁵⁹ *Dörfler*, Die Vereinbarkeit sozialer Grundrechte mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 62 f.; *Wildhaber*, in: GS für Imboden, 1972, S. 371 (374 f.).

- 3550** Die deutschen Begriffsbestimmungen orientieren sich zumeist an dem im Grundgesetz verankerten Sozialstaatsprinzip⁶⁰, an den in den Landesverfassungen aufgenommenen sozialen Rechten⁶¹ oder an der in den 90er-Jahren geführten Diskussion, ob soziale Grundrechte in das Grundgesetz aufgenommen werden sollen.⁶² Häufig werden die Definitionsversuche auch in Zusammenhang mit den möglichen Erscheinungsformen sozialer Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte, Programmsätze, Einrichtungsgarantien, Leitprinzipien, Staatszielbestimmungen oder Gesetzgebungsaufträge gebracht.⁶³
- 3551** Die in der EGRC vorgenommene Einordnung des Umweltschutzes als soziales Grundrecht verwundert ebenfalls auf den ersten Blick. Der Schutz der Umwelt wird in der wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion aber seit Langem den sozialen Grundrechten zugeordnet, sei es, dass er von vornherein nur als Teilausschnitt des Rechts auf Gesundheit formuliert oder als eigenständiges, wenngleich in systematischem Zusammenhang mit den sozialen Grundrechten auf Wohnung, Erholung und Gesundheit stehendes Recht begriffen oder schließlich als einer Sondergruppe zugehörendes soziales Grundrecht angesehen wird.⁶⁴

2. Europarechtliche Definition

a) Vorhandene Ansätze

- 3552** Gerade die Tatsache, dass der Begriff der sozialen Grundrechte in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgelegt wird, zeigt, dass es vorliegend einer europarechtlichen Begriffsbestimmung bedarf. Eine Definition der europäischen sozialen Grundrechte ist allerdings schwierig,⁶⁵ da es sich um einen Begriff mit einem hohen Abstraktionsgrad handelt, der ein „unbegrenztes Assoziationsfeld“⁶⁶ eröffnet, und häufig nicht deutlich unterschieden werden kann, was als „sozial“ anzusehen ist.⁶⁷ Manche verstehen darunter jedes Recht, dessen Inhalt im Sozialen wurzelt,⁶⁸ oder das einen Bereich betrifft, der für die Regelung des Arbeitslebens zentral ist.⁶⁹ Andere klammern bewusst alle traditionellen Rechte, die den Menschen als Person, seine Familie, seine Freiheits- und Persönlichkeitsrechte sowie seine Bürgerrechte betreffen, aus, selbst wenn sich die Rechte auf sozialem Gebiet auswirken können.⁷⁰

⁶⁰ Z.B. Stern, Staatsrecht I, S. 872 ff.; Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 Abs. VIII.

⁶¹ Z.B. Diercks, LKV 1996, 231 ff.

⁶² Brohm, JZ 1994, 213 ff.

⁶³ Vgl. Lücke, AöR 107 (1982), 15 (18 ff.); Diercks, LKV 1996, 231 (232).

⁶⁴ Lücke, AöR 107 (1982), 15 (17) m.w.N.; Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S. 12; vgl. Brohm, JZ 1994, 213 (216); s. auch u. Rn. 3556.

⁶⁵ Hirsch, in: Blank (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, 2002, 9 (15).

⁶⁶ Isensee, Der Staat 19 (1980), 367 (373).

⁶⁷ Vgl. Stern, Staatsrecht I, S. 891 ff.

⁶⁸ Lücke, AöR 107 (1982), 15 (18).

⁶⁹ Vgl. M. Weiss, AuR 2001, 374 (376).

⁷⁰ Everling, in: GS für Heinze, 2005, S. 157 (162 f.).

In einem Arbeitsdokument der Generaldirektion Wissenschaft des Europäischen Parlaments über die sozialen Grundrechte in Europa, das im Vorfeld der Schaffung des Grundrechtekatalogs der EGRC erstellt wurde und als Grundlage für die Diskussion im Grundrechtekonvent diente, werden die sozialen Rechte beschrieben als Rechte, „die dem einzelnen Bürger zukommen und die er nur in seiner Verbindung zu anderen Menschen als Mitglied einer Gruppe wahrnehmen kann und die nur verwirklicht werden können, wenn die staatliche Gemeinschaft Leistungen zur Sicherung der Lebensgestaltung des einzelnen Bürgers erbringt.“⁷¹ Diese Definition geht auf eine in der deutschen Lit. bereits 1986 verwandte Begriffsbestimmung zurück.⁷² 3553

Allerdings können auch die meisten klassischen Grundrechte „nur in ... Verbindung zu anderen Menschen als Mitglied einer Gruppe“ wahrgenommen werden, so die kollektive Religionsfreiheit und verschiedene kommunikative Grundrechte wie insbesondere die Versammlungsfreiheit. Wenn die Definition darauf abstellt, dass die sozialen Rechte nur verwirklicht werden können, „wenn die staatliche Gemeinschaft Leistungen zur Sicherung der Lebensgestaltung des einzelnen Bürgers erbringt“, betrifft dies nur eine mögliche Funktion der sozialen Grundrechte, nämlich die Qualifizierung als Leistungsrecht. Nicht jedes als soziales Grundrecht einzuordnende Recht ist jedoch ein Leistungsrecht.⁷³ 3554

b) Normative Anhaltspunkte aus dem EU und EG/EUV und AEUV

Allein eine begriffliche Herangehensweise hilft daher schwerlich, den Begriff der sozialen Grundrechte auf der Ebene des Europarechts zu definieren. Erforderlich ist vielmehr eine Ableitung, die sich an den europarechtlichen Normen orientiert. 3555

Gleich zu Beginn des in Art. 2 EU enthaltenen Katalogs von Unionszielen wird die „Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts ...“, insbesondere durch ... Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts“ erwähnt. Ähnliche Formulierungen finden sich in Art. 3 Abs. 3 EUV. Art. 2 EG gibt die Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus und eines hohen Maßes an sozialem Schutz ebenso wie des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts vor. Gem. Art. 9 AEUV trägt die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung. Beschäftigung wie das Wirtschaftsleben als solches sind mit sozialen Komponenten verknüpft. Die Verbindung zur Umwelt wird über die sowohl in Art. 2 EU/3 Abs. 3 EUV als auch in Art. 2 EG/11 AEUV aufgenommene nachhaltige Entwicklung hergestellt;⁷⁴ Art. 2 EG/11 AEUV verlangt 3556

⁷¹ Arbeitsdokument des Europäischen Parlaments, Generaldirektion Wissenschaft, Soziale Grundrechte in Europa, SOCI 104 DE, S. 5.

⁷² Wipfelder, ZRP 1986, 140 (140).

⁷³ S.u. Rn. 3590 ff.

⁷⁴ Ausführlich dazu Frenz/Unnerstall, Nachhaltige Entwicklung im Europarecht, 1999, S. 174 ff.

zudem explizit ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität. Der Dreiklang Ökonomie-Soziales-Ökologie ist daher elementar für die Aufgabenstellung der europäischen Ebene. Daraus folgt auch ohne Bruch die Einbeziehung des Umweltschutzes jedenfalls in die solidarischen Grundrechte: Die wirtschaftliche Entwicklung hat die Umwelt in den Blick zu nehmen und ist mit deren Schutz notwendig verbunden. Nimmt man die Auswirkungen einer vernachlässigten Umwelt hinzu, erhält man auch leicht eine soziale Komponente, da die negativen Folgen vor allem die sozial Schwachen treffen, die keine Ausweichmöglichkeit haben.

3557 Konkret wird im EG/AEUV auf die Sozialpolitik in erster Linie im Titel über die Sozialvorschriften/Sozialpolitik (Art. 136 ff. EG/151 ff. AEUV) eingegangen, der in dieser Form erst seit dem Vertrag von Amsterdam besteht.⁷⁵ Als sozialpolitische Ziele bestimmt Art. 136 EG/151 AEUV die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen. Art. 136 EG/151 AEUV bezieht sich dabei ebenso wie das Kölner Mandat auf die ESC⁷⁶ und die GCSGA.⁷⁷

3558 Sowohl aus diesem Bezug als auch vor allem aus der thematischen Ausrichtung von Art. 136 EG/151 AEUV folgt die Einbeziehung von Arbeitnehmerrechten in den Begriff der sozialen Rechte. Das gilt nicht nur für soziale Schutzstandards, sondern auch für die Stellung des Arbeitnehmers: Dieser soll in seinem Potenzial entwickelt und daher (angemessen) beschäftigt und nicht ausgegrenzt werden. Damit korrespondieren materiell gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art. 31 EGRC) sowie Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30 EGRC) und formell das Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst (Art. 29 EGRC) sowie auf Information und Beteiligung im Betrieb (Art. 27, 28 EGRC).

c) *ESC und GCSGA*

3559 Weiteren Aufschluss über die Reichweite sozialer Rechte in der EGRC vermitteln die Vorbilder ESC⁷⁸ und GCSGA,⁷⁹ die beide entsprechend ihrer Bezeichnung soziale Inhalte haben. Die ESC enthält in ihrer revidierten Fassung von 1996 Bestimmungen zu den Rechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Rechte im Bereich Bildung, Gesundheitsschutz, soziale Sicherheit, Fürsorge, Rechte Behinderter auf Integration, Rechte der Familie, Kinder, Jugendlichen und älteren Men-

⁷⁵ Hilpold, in: FS für Pernthaler, 2005, S. 167 (179).

⁷⁶ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁷⁷ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁷⁸ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁷⁹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

schen auf besonderen Schutz, Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung und das Recht auf Wohnung. Die GCSGA enthält ähnliche Bestimmungen.

In der EGRC finden sich insbesondere in Titel IV derartige Rechte, nämlich das **3560**
Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen (Art. 27 EGRC), auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art. 28 EGRC), auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst (Art. 29 EGRC), Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30 EGRC), gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art. 31 EGRC), Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz (Art. 32 EGRC), Familien- und Berufsleben (Art. 33 EGRC), soziale Sicherheit und soziale Unterstützung (Art. 34 EGRC), Gesundheitsschutz (Art. 35 EGRC). Thematisch darüber hinaus gehen allerdings der Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 36 EGRC), der Umweltschutz (Art. 37 EGRC) und der Verbraucherschutz (Art. 38 EGRC).

Da sich die meisten der in der EGRC in Titel IV aufgenommenen Rechte auf **3561**
die ESC oder die GCSGA stützen, liegt ihre Einordnung als soziales Recht nahe. Die in der Charta aufgenommenen Rechte haben ihre Qualifizierung als soziales Recht gerade dadurch erhalten, dass sie zuvor in den internationalen Abkommen als solche bezeichnet worden sind.⁸⁰

d) Weite Begrifflichkeit

Eine Begriffsbestimmung der sozialen Rechte hat sich demnach an den genannten **3562**
Normen von EU/EUV, EG/AEUV, ESC⁸¹ und GCSGA⁸² zu orientieren. Dabei spiegelt die Vielgestaltigkeit der in der obigen Aufzählung angesprochenen Rechtspositionen die Unklarheit des Begriffs „sozial“ wider. Sie zeigt zudem, dass der Begriff der sozialen Rechte auf europäischer Ebene sehr weit gefasst werden muss⁸³ und ganz unterschiedliche Komponenten umfasst.

Die in EU/EUV, EG/AEUV, in der ESC⁸⁴ und des GCSGA⁸⁵ formulierten **3563**
Rechte lassen sich ihrem Gegenstand nach in vier Gruppen ordnen, wobei Überschneidungen möglich sind. Die sozialen Rechte umfassen danach:⁸⁶

- Rechte, die den Bereich des Berufslebens und die Stellung als Arbeitnehmer betreffen. Ausgangspunkt ist das Recht auf Arbeit, das ergänzt wird

⁸⁰ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 3.

⁸¹ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁸² Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁸³ Vgl. *Everling*, in: GS für Heinze, 2005, S. 157 (162).

⁸⁴ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁸⁵ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁸⁶ *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 112 Rn. 41 ff.; *Diercks*, LKV 1996, 231 (232).

durch Rechte auf angemessenen Lohn, Arbeitspausen, bezahlten Urlaub, sichere und soziale Arbeitsbedingungen, geeignete Berufsberatung und -ausbildung und besondere Schutzrechte im Arbeitsleben für Kinder und Frauen.

- Rechte, die ein Mindestmaß an sozialer Sicherheit garantieren. Dazu gehören insbesondere die Einführung und Beibehaltung eines Systems der sozialen Sicherheit, das Recht auf Fürsorge sowie das Recht auf Inanspruchnahme sozialer Dienste, auf ärztliche Versorgung und besondere Rechte für Familien, Mütter oder Behinderte.
- Rechte auf sozial-kulturelle Entfaltung. Grundlegend ist hierbei das Recht auf Bildung, das Basis für Entwicklungsmöglichkeiten ist.
- Eine Sondergruppe von Rechten, die als grundlegend für befriedigende Lebensverhältnisse angesehen werden können und die maßgeblich auf dem Prinzip der Solidarität basieren. Dazu zählen der Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz.⁸⁷

III. Soziale Rechte in Titel IV

3564 Ordnet man die in Titel IV der EGRC enthaltenen Rechte in die vorstehend genannten vier Gruppen der Begriffsbestimmung ein, ergibt sich folgendes Bild: Arbeitnehmerrechte finden sich in Art. 27 EGRC, Art. 28 EGRC, Art. 29 EGRC, Art. 30 EGRC, Art. 31 EGRC, Art. 32 EGRC und Art. 33 Abs. 2 EGRC. Rechte bezüglich der sozialen Sicherheit sind zu finden in Art. 33 Abs. 1 und Art. 34 EGRC sowie auch in Art. 36 EGRC, jedenfalls soweit soziale Dienste betroffen sind. Der letztgenannten Sondergruppe der solidarischen Rechte für befriedigende Lebensverhältnisse gehören Art. 35 EGRC, Art. 37 EGRC und Art. 38 EGRC an.

3565 Damit sind die wesentlichen sozialen Rechte trotz ihrer Vielfalt und Verschiedenartigkeit nahezu vollständig in Titel IV der EGRC vereinigt. Das für die dritte Gruppe der sozial-kulturellen Entfaltung elementare Recht auf Bildung ist demgegenüber bei den kommunikativen Grundrechten in Art. 14 EGRC angesiedelt. Das ist ein Beleg für die Verbindung sozialer und kommunikativer Grundrechte insofern, als beide an die Einbindung des Einzelnen in die Gemeinschaft anknüpfen. Die Perspektive der kommunikativen Grundrechte ist allerdings vor allem auf die Demokratie gerichtet. Die kommunikativen Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte.

IV. Soziale Rechte außerhalb des Titels IV

1. Fließende Grenzen und Janusköpfigkeit der Grundrechte

3566 Soziale Grundrechte finden sich nicht nur in Titel IV der EGRC. An anderen Stellen sind sie allerdings regelmäßig Teilaspekte anderer Rechte. Solchermaßen ent-

⁸⁷ Ausführlich hierzu Rn. 3579 ff.

halten auch die mit „Würde des Menschen“, „Freiheiten“ und „Gleichheit“ überschriebenen Titel soziale Grundrechte.⁸⁸ Darin zeigt sich, dass die Grenzen zwischen klassisch-bürgerlichen Grundrechten und sozialen Grundrechten fließend sind⁸⁹ und viele Rechte zugleich mehrere Aspekte aufweisen.⁹⁰ Insbesondere wenn Normen der EGRC auf Bestimmungen der ESC⁹¹ oder der GCSGA⁹² beruhen oder an diese anknüpfen, weisen sie auch einen sozialen Gehalt auf. Sowohl die ESC als auch die GCSGA enthalten bereits dem Titel nach lediglich solche Rechte, die international als soziale Rechte anerkannt sind.⁹³

2. Verbot der Zwangsarbeit

Das in Art. 5 Abs. 2 EGRC normierte Verbot der Zwangsarbeit betrifft einen eng mit der Berufsfreiheit⁹⁴ verknüpften Bereich. In Deutschland sind deshalb auch beide Regelungen in einem Grundrechtsartikel (Art. 12 Abs. 1 und 2 GG) enthalten. In die gleiche Richtung zielt Art. 1 Nr. 2 ESC,⁹⁵ wonach das Recht des Arbeitnehmers, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen, wirksam geschützt werden muss. Das Verbot der Zwangsarbeit ist Voraussetzung für alle sozialen Grundrechte betreffend das Berufsleben und die Stellung als Arbeitnehmer. Es handelt sich mithin um ein elementares Arbeitnehmerrecht. Art. 5 Abs. 2 EGRC selbst weist daher einen sozialen Gehalt auf.⁹⁶ 3567

3. Achtung des Privat- und Familienlebens

Das in Art. 7 EGRC normierte Recht auf Achtung der Wohnung ist grundlegend für eine menschenwürdige Existenz und auch Ausdruck der sozialen Sicherheit. Auch Art. 31 rev. ESC⁹⁷ normiert ein Recht auf Wohnung. Allerdings zielt Art. 7 EGRC auf den Schutz der Privatsphäre und sichert damit vor darauf bezogenen 3568

⁸⁸ *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 37; speziell zu den Arbeitnehmerrechten: s. *Lörcher*, in: *Unteilbarkeit auf Europäisch*, 2001, S. 37 (41 f.); *Hilpold*, in: *FS für Pernthaler*, 2005, S. 167 (185).

⁸⁹ *M. Weiss*, *AuR* 2001, 374 (376); vgl. *Hirsch*, in: *Blank* (Hrsg.), *Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta*, 2002, 9 (16); *Hilpold*, in: *FS für Pernthaler*, 2005, S. 167 (185); *Engels*, in: *Frank/Jenichen/Rosemann* (Hrsg.), *Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?*, 2001, S. 77 (85).

⁹⁰ Vgl. *Riedel*, in: *Meyer*, vor Kap. IV Rn. 29; *Hilpold*, in: *FS für Pernthaler*, 2005, S. 167 (167).

⁹¹ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

⁹² *Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer*, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁹³ S.o. Rn. 3535 ff., 3539.

⁹⁴ Zum sozialen Gehalt der Berufsfreiheit, s. Rn. 3571.

⁹⁵ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁹⁶ Vgl. *Riedel*, in: *Meyer*, vor Kap. IV Rn. 28; *M. Weiss*, *AuR* 2001, 374 (376).

⁹⁷ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

Beeinträchtigungen, gibt aber keinen Leistungsanspruch auf Verschaffung einer Wohnung, sondern beschränkt sich auf die Achtung einer vorhandenen Wohnung. Einen Unterstützungsanspruch sieht nur das soziale Grundrecht nach Art. 34 Abs. 3 EGRC vor, aber ohne selbst einen Leistungsanspruch zu gewähren.

4. Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit

- 3569** Gem. Art. 12 Abs. 1 EGRC hat jede Person das Recht, sich auch im gewerkschaftlichen Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit anderen zu versammeln und zusammenzuschließen. Das umfasst explizit das Recht jeder Person, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten. Damit sind der Bereich des Berufslebens und die Arbeitnehmerstellung im Unternehmen betroffen, weshalb Art. 12 Abs. 1 EGRC eng verbunden ist mit dem in Art. 28 EGRC normierten Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen. Vergleichbare Rechte sind auch in Art. 5 ESC⁹⁸ und Nr. 11 GCSGA⁹⁹ formuliert. Art. 12 Abs. 1 EGRC weist damit einen sozialen Bezug auf.¹⁰⁰

5. Recht auf Bildung

- 3570** Art. 14 EGRC normiert das Recht auf Bildung. Diese ist Grundlage für ein späteres Berufsleben und deshalb mit den arbeitsrechtlichen Regelungen verknüpft. Es weist unstreitbar einen wirtschaftlich-sozialen Gehalt auf.¹⁰¹ Ein Recht auf Berufsausbildung ist auch in Art. 10 ESC¹⁰² und Nr. 15 GCSGA¹⁰³ normiert.

6. Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten

- 3571** Art. 15 EGRC normiert die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten. Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁰⁴ lehnt sich Abs. 1 an Art. 1 Abs. 2 ESC¹⁰⁵ und an Nr. 4 GCSGA¹⁰⁶ an. Art. 15 Abs. 3 EGRC stützt sich auf Art. 19 Abs. 4 ESC.¹⁰⁷ Darin sind wie in Art. 31 EGRC die Arbeitsbedingungen angesprochen. Drittstaatsangehörige erlangen damit in der EU ebenfalls ein Recht auf gerechte und angemessene

⁹⁸ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁹⁹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹⁰⁰ *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 38, 78.

¹⁰¹ *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 79; *Calliess*, EuZW 2001, 261 (264).

¹⁰² Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰³ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹⁰⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

¹⁰⁵ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰⁶ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹⁰⁷ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

ne Arbeitsbedingungen, wie sie den Unionsbürgern zustehen. Da das Recht zu Arbeiten weiter gehend die Grundvoraussetzung für alle nachfolgenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen bildet, ist Art. 15 EGRC insgesamt als soziales Recht einzuordnen.¹⁰⁸

7. Nichtdiskriminierung

Art. 21 Abs. 1 EGRC enthält ein Verbot von Diskriminierungen unter anderem wegen der sozialen Herkunft, einer Behinderung oder des Alters. Diese Fälle weisen einen starken Bezug zu sozialen Rechten, namentlich dem Schutz älterer Menschen und dem Integrationsrecht Behinderter auf. Auch die übrigen in Art. 21 Abs. 1 EGRC genannten Elemente betreffen besonders schutzwürdige Gruppen. Nichtdiskriminierung ist zudem für Arbeitnehmer besonders relevant. Art. 21 Abs. 1 EGRC weist daher auch einen sozialen Gehalt auf.¹⁰⁹ **3572**

8. Gleichheit von Männern und Frauen

In eine ähnliche Richtung wie die Nichtdiskriminierung nach Art. 21 Abs. 1 EGRC, nur bezogen auf einen besonderen Bereich, geht Art. 23 EGRC, wonach die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen ist. Ein Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung im Arbeitsleben ist auch in Art. 20 und Art. 27 rev. ESC¹¹⁰ und in Nr. 16 GCSGA¹¹¹ enthalten. Art. 23 EGRC enthält daher ebenfalls einen sozialen Aspekt.¹¹² **3573**

9. Rechte des Kindes

Art. 24 EGRC befasst sich mit den Rechten des Kindes. Er lässt diesen besonderen Schutz zukommen und gibt ihnen damit Möglichkeiten zur Entfaltung und Entwicklung. Art. 24 EGRC hat somit dieselbe Stoßrichtung wie Art. 32 EGRC, der den Schutz für Kinder und Jugendliche im Sonderbereich des Arbeitsplatzes normiert. Besonderen Schutz für Kinder und Jugendliche gebietet auch Art. 17 **3574**

¹⁰⁸ Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 28; M. Weiss, AuR 2001, 374 (376); Funk, in: Duschane/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (51); Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 38, 82.

¹⁰⁹ Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 28; M. Weiss, AuR 2001, 374 (376); Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 38, 83.

¹¹⁰ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

¹¹¹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹¹² S. Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 28; Funk, in: Duschane/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (52).

rev. ESC¹¹³ und hinsichtlich des Arbeitslebens Art. 7 ESC¹¹⁴ und Nr. 20-23 GCSGA.¹¹⁵ Art. 24 EGRC ist daher als soziales Grundrecht zu qualifizieren.¹¹⁶

10. Rechte älterer Menschen

- 3575** Art. 25 EGRC gewährt älteren Menschen einen besonderen Schutz, indem er festlegt, dass die Union das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben anerkennt und achtet. Nach den Erläuterungen zur EGRC¹¹⁷ lehnt sich dieser Artikel an Art. 23 rev. ESC¹¹⁸ und an Nr. 24 und Nr. 25 GCSGA¹¹⁹ an. Art. 25 EGRC ist somit gleichfalls den sozialen Rechten zuzuordnen.¹²⁰

11. Integration von Menschen mit Behinderung

- 3576** Das in Art. 26 EGRC normierte Recht von Menschen mit Behinderung auf Integration stützt sich nach den Erläuterungen zur EGRC¹²¹ auf Art. 15 ESC¹²² und lehnt sich ferner an Art. 23 rev. ESC¹²³ und an Nr. 26 GCSGA¹²⁴ an. Es gewährt diesen Menschen einen besonderen Schutz und bietet Möglichkeiten zur Entfaltung und Entwicklung. Es ist folglich ebenfalls als soziales Recht zu qualifizieren.¹²⁵

¹¹³ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

¹¹⁴ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹¹⁵ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹¹⁶ S. Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 28; Everling, in: GS für Heinze, 2005, S. 157 (170); Funk, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (52) Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 38, 84.

¹¹⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

¹¹⁸ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

¹¹⁹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹²⁰ Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 28; Funk, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (52); Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 38, 84.

¹²¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (25).

¹²² Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹²³ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

¹²⁴ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹²⁵ Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 28; M. Weiss, AuR 2001, 374 (376); Funk, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (52); Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 38, 84.

V. Grundrechtsqualität

Die Zuordnung eines Rechts als soziales Recht besagt noch nichts über dessen Grundrechtsqualität. Grundrechte sollen die Grundlagen und Werte eines Gemeinwesens bilden, weshalb es sich bei ihnen um fundamentale Rechte handeln muss. Bei einigen in die EGRC aufgenommenen sozialen Rechten kann dies bezweifelt werden.¹²⁶ So stellt es keine unverrückbare, für eine Wertegemeinschaft essenzielle Kernposition dar, wenn in Art. 29 EGRC jedem Menschen das Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst gewährt wird,¹²⁷ zumal es Gruppen von Arbeitssuchenden geben dürfte, für die das Vorhandensein eines solchen unentgeltlich fungierenden Dienstes ganz und gar unwichtig ist.¹²⁸ Dass in Art. 31 Abs. 2 EGRC jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub gewährt wird, bildet lediglich einen konkret ausformulierten Unterfall von Art. 31 Abs. 1 EGRC, der jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen gibt.¹²⁹

Die Aufnahme in die EGRC verleiht den Rechten jedoch den Rechtscharakter eines Grundrechts, ungeachtet dessen, ob es sich um fundamentale Kernpositionen handelt. Die Aufnahme auf den ersten Blick sehr spezieller Nebenrechte hat zum Hintergrund, dass die Aufnahme der sozialen Grundrechte in die Charta in besonderem Maße umstritten war. Die Tatsache, dass ein bestimmtes Recht Eingang in die EGRC gefunden hat und ein anderes nicht, hängt mitunter nicht so sehr mit der tatsächlichen Bedeutung des Rechts zusammen.¹³⁰

D. Solidarische Rechte

I. Genetischer Hintergrund

Die sozialen Grundrechte sind in die Charta vornehmlich unter dem mit „Solidarität“ überschriebenen Titel IV (Art. 27-38 EGRC) aufgenommen worden. Es gilt als „geschickter Schachzug“¹³¹ des Konventspräsidiums, den Streit im Grundrechtskonvent um die sozialen Rechte dadurch entschärft zu haben, dass die einschlägigen Rechtspositionen unter dem von den Konventsmitgliedern *Braibant* und *Meyer* vorgeschlagenen Begriff der Solidarität¹³² zusammengefasst wurden. Damit wurde das Reizwort der sozialen Grundrechte vermieden.

¹²⁶ Vgl. *Knecht*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2005, S. 197.

¹²⁷ *Krebbler*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 3; *Everling*, in: GS für Heinze, 2005, S. 157 (164).

¹²⁸ *M. Weiss*, AuR 2001, 374 (376).

¹²⁹ *M. Weiss*, AuR 2001, 374 (376).

¹³⁰ *Krebbler*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 3.

¹³¹ *Tettinger*, NJW 2001, 1010 (1014).

¹³² Vgl. *Bernsdorff*, VSSR 2001, 1 (15 f.).

3580 Zudem ist unter den Mitgliedstaaten unbestritten, dass einer der fundamentalen Werte die Solidarität ist, die dem gesamten Gemeinschaftssystem zugrunde liegt.¹³³ Daher bedurfte es im Grundrechtskonvent auch keiner größeren Diskussion, als in die Präambel der EGRC der Grundsatz der Solidarität aufgenommen und als unteilbarer und universeller Wert neben die Würde des Menschen, die Freiheit und die Gleichheit gestellt wurde.¹³⁴

II. Solidarität im Europarecht

3581 Bereits im französischen Text der Präambel des Vertrags über die Gründung einer Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl von 1952 ist von Solidarität die Rede.¹³⁵ EU und EG sind von dem Begriff der Solidarität durchzogen.¹³⁶ Die Präambel des EU nennt als Wunsch der Unterzeichnenden, die Solidarität zwischen ihren Völkern zu stärken. Art. 2 EG bezeichnet es als Aufgabe der Gemeinschaft, die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern. Art. 1 Abs. 3 EU sieht es als Aufgabe der Union an, „die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen ihren Völkern ... solidarisch zu gestalten“. In ähnlicher Weise fördert die Union gem. Art. 3 Abs. 3 EUV „die Solidarität zwischen den Generationen ... und zwischen den Mitgliedstaaten“. Sie leistet zudem gem. Art. 3 Abs. 5 EUV einen Beitrag zur „Solidarität und gegenseitiger Achtung unter den Völkern“. Gem. Art. 11 Abs. 2 EU/24 Abs. 3 EUV unterstützen die Mitgliedstaaten „die Außen- und Sicherheitspolitik der Union aktiv und vorbehaltlos im Geiste der Loyalität und der gegenseitigen Solidarität“.

3582 Auch im Sekundärrecht, in der Rechtsprechung des EuGH und in der europarechtlichen Lit. wird der Begriff der Solidarität vielfach verwendet.¹³⁷ Eine Definition des Begriffs „Solidarität“ findet sich auf unionsrechtlicher Ebene jedoch nicht.¹³⁸

III. Begriffsbestimmung

3583 Grundsätzlich versteht man unter Solidarität eine bewusste Verbindung von Menschen, die darauf beruht, dass individuelle Interessen und Rechte zugunsten der solidarisch verbundenen Gemeinschaft und des gemeinschaftlich verfolgten Ziels

¹³³ Zimmerling/Bepplat, DVP 2001, 3 (5); Magiera, DÖV 2000, 1017 (1023); vgl. EuGH, Rs. 6 u. 11/69, Slg. 1969, 523 (540, Rn. 14/17) – Kommission/Frankreich.

¹³⁴ Vgl. zur Diskussion im Grundrechtskonvent Meyer, in: ders., Präambel Rn. 19; Bernsdorff, NdsVBl. 2001, 177 (179 f.).

¹³⁵ Zuleeg, EuGRZ 1992, 329 (329).

¹³⁶ Bieber, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 41 (43).

¹³⁷ Bieber, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 41 (43).

¹³⁸ Bieber, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 41 (44).

zurücktreten.¹³⁹ Eine solidarische Gemeinschaft ist bereit, für diese gemeinsamen Ziele und Werte einzutreten und sich an ihrem Schutz zu beteiligen.¹⁴⁰

Der EuGH führt in einer Entscheidung aus, dass die Mitgliedstaaten durch ihren Beitritt zur Gemeinschaft die Pflicht zur Solidarität übernommen haben.¹⁴¹ Er sah in dem zu entscheidenden Fall einen Verstoß gegen die Solidarität darin, dass ein Staat europäische Vorschriften unter Berufung auf nationale Interessen nicht einhielt.¹⁴² Damit versteht der EuGH unter Solidarität eine Selbstbindung der Mitgliedstaaten, in deren Folge die Mitgliedstaaten Zielen und Werten zustimmen, die jedenfalls nicht vollständig und identisch mit den jeweiligen subjektiven Zielen und Werten übereinstimmen müssen und wonach die Mitgliedstaaten die europäischen Regeln auch dann loyal zu befolgen haben, wenn sie den eigenen subjektiven Vorstellungen zuwider laufen.¹⁴³ **3584**

IV. Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz

Dadurch, dass sich die Mitgliedstaaten darauf geeinigt haben, Normen in die EGRC aufzunehmen, erkennen sie die in ihnen verbrieften Werte als gemeinsame Ziele an und erklären sich bereit, diese Werte gemeinschaftlich zu schützen. Diesen Schutz bedürfen insbesondere die in der Charta enthaltenen Grundsätze, da sie – anders als die subjektiven Grundrechte – ansonsten nur geringe Wirkung entfalten können. Zudem betreffen die Grundsätze regelmäßig Bereiche, in denen das Handeln eines einzelnen Mitgliedstaates nur wenig wirkungsvoll ist, während ein gemeinsames Handeln aller Mitgliedstaaten Erfolg verspricht. **3585**

Wenn die EGRC in Art. 35 S. 2 EGRC, Art. 37 EGRC und Art. 38 EGRC festlegt, dass hohe Gesundheits-, Umweltschutz- und Verbraucherschutzniveaus sichergestellt werden, ist damit eine Wertentscheidung zugunsten dieser Güter getroffen, deren Schutz allen in der Solidarität verbundenen Mitgliedstaaten und den Organen und Einrichtungen der EU obliegt. Diese Grundsätze können daher auch als solidarische Grundrechte bezeichnet werden, da bei ihnen der Gedanke der Solidarität – weiter gehend als bei den übrigen sozialen Rechten – im Vordergrund steht. **3586**

Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz können deshalb zu einer Gruppe sozialer Rechte zusammengefasst werden.¹⁴⁴ Sie stehen miteinander im Zusammenhang, was sich bereits in ihrer gleichartigen Formulierung in Art. 35 S. 2 EGRC, Art. 37 EGRC und Art. 38 EGRC zeigt. Auch inhaltlich sind sie miteinander verbunden, insbesondere durch den Aspekt der Gesundheit. **3587**

¹³⁹ Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 56.

¹⁴⁰ Bieber, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 41 (46).

¹⁴¹ EuGH, Rs. 39/72, Slg. 1973, 101 (115, Rn. 25) – Kommission/Italien.

¹⁴² EuGH, Rs. 39/72, Slg. 1973, 101 (115, Rn. 24 f.) – Kommission/Italien.

¹⁴³ Vgl. Bieber, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 41 (46).

¹⁴⁴ S.o. Rn. 3563.

3588 Eine gesunde Umwelt und der Schutz der Verbraucher vor typischen Gefahren, die von gewinnorientierten Unternehmen ausgehen können, bilden die Grundlage für ein gesundes Leben. Auch in Art. 153 Abs. 1 EG/169 Abs. 1 AEUV wird zwischen dem Verbraucherschutz und dem Schutz der Gesundheit ein enger Zusammenhang hergestellt, wenn es dort heißt, dass die Gemeinschaft/Union zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit leistet. Art. 174 Abs. 1 EG/191 Abs. 1 AEUV verbindet den Umweltschutz mit der menschlichen Gesundheit. Beide werden zu Zielen der europäischen Umweltpolitik erklärt. Gerade bei dem Schutz der menschlichen Gesundheit spielt der solidarische Gedanke eine große Rolle, was sich unter anderem darin zeigt, dass europäische Gesundheitssysteme regelmäßig solidarisch finanziert werden.

V. Andere soziale Rechte

3589 Bei den anderen sozialen Rechten geht es weniger um eine gemeinsame Erledigung, sondern um den Schutz Einzelner. Jedoch bedürfen die sozial Schwächeren in besonderem Maße der Solidarität anderer. Auch in den Betrieben wird die Produktivität wesentlich höher liegen, wenn alle an einem Strang ziehen, mithin Solidarität zwischen Unternehmern und Arbeitnehmern herrscht, was deren besonderen Schutz impliziert.

E. Funktionen der sozialen Grundrechte

I. Leistungsrechte

3590 Ein vielfach im Grundrechtekonvent hervorgebrachtes Argument gegen die Aufnahme sozialer Grundrechte war, dass die sozialen Rechte kostspielige Leistungsrechte seien, die dem Staat Lasten aufbürden würden und in Krisenzeiten aus Kostengründen nicht eingehalten werden könnten.¹⁴⁵ Die klassischen politischen Rechte hingegen seien Freiheitsrechte, die kostenlos zu verwirklichen seien. Damit würden Grundrechte abhängig von der Leistungsfähigkeit des Staates.

3591 Die traditionelle Unterscheidung zwischen Abwehr- und Leistungsrechten, wobei die erste Kategorie die Untätigkeit des Staates, die zweite ein gezieltes Tätigwerden impliziert, lässt sich in dieser Trennschärfe jedoch nicht aufrechterhalten.¹⁴⁶ So ist auch eine Vielzahl klassischer Grundrechte untrennbar mit der Leistungsfähigkeit des Staates gekoppelt, wenn zum Beispiel effektiver Rechtsschutz durch die Bereitstellung eines äußerst kostenintensiven Rechtssystems gewährt wird. Zur Ausübung des Rechts auf Versammlungsfreiheit müssen auch immer wieder kostspielige Polizei- und Ordnungskräfte bereitgestellt werden.¹⁴⁷ Zu den-

¹⁴⁵ Zimmerling/Beplat, DVP 2001, 3 (5 f.); vgl. Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 2.

¹⁴⁶ Hilpold, in: FS für Pernthaler, 2005, S. 167 (169).

¹⁴⁷ Meyer/Engels, ZRP 2000, 368 (369); Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 2.

ken ist zudem beispielsweise auch an die Kosten eines wirkungsvollen Datenschutzes.¹⁴⁸

Umgekehrt enthalten zudem auch viele soziale Rechte eine Unterlassungspflicht, vor allem wenn es um die Anerkennung und Achtung von Zugangsansprüchen nach Art. 34 Abs. 1 EGRC, Art. 35 EGRC und Art. 36 EGRC durch die Union geht. Die Regelungen zum Kündigungsschutz, der wöchentlichen Arbeitszeit, dem bezahlten Urlaub und zu gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen sind Bereiche, in denen der Staat eine Schutzpflicht hat, ohne dass diese mit kostspieligen Leistungsansprüchen gegen den Staat verbunden wäre.¹⁴⁹ **3592**

II. Grundrechtsdogmatik

Wie die tatsächlich in die EGRC aufgenommenen Bestimmungen dogmatisch einzuordnen sind, ist noch nicht abschließend geklärt. Es ist dabei auch fraglich, inwiefern die deutsche Grundrechtsdogmatik auf die europäische EGRC übertragen werden kann.¹⁵⁰ **3593**

1. Grundsätze

In Titel IV der Charta finden sich viele Grundsätze, die anders als Grundrechte gerade keine subjektiven Rechte formulieren.¹⁵¹ Vereinzelt wird zwar bestritten, dass die Charta derartige Grundsätze enthalte, da alle Normen wegen ihrer Aufnahme in die EGRC als subjektive Rechte zu qualifizieren seien.¹⁵² Am Ende der Präambel wird jedoch bereits auf diese Unterscheidung Bezug genommen, wenn es dort heißt, die Union erkennt „die nachstehend aufgeführten Rechte, Freiheiten und Grundsätze an“. Auch Art. 51 Abs. 1 S. 2 EGRC unterscheidet zwischen Grundrechten, die zu „achten“ sind, und Grundsätzen, an die sich die Organe und Einrichtungen der Union und die Mitgliedstaaten zu „halten“ haben. Diese Bestimmung des Art. 51 Abs. 1 S. 2 EGRC wurde vom Grundrechtekonvent im Zuge der Diskussion um die sozialen Rechte aufgenommen, nachdem ursprünglich die sozialen Rechte der Charta mit einer ähnlich formulierten Bestimmung eingeleitet werden sollten.¹⁵³ **3594**

Die Ausgestaltung als Grundsatz widerspricht allerdings grundsätzlich dem Kölner Mandat von 1999,¹⁵⁴ in dem explizit festgelegt wurde, dass bei den sozialen Rechten keine Zielbestimmungen, sondern nur individuelle Rechte in die **3595**

¹⁴⁸ Hilpold, in: FS für Pernthaler, 2005, S. 167 (169).

¹⁴⁹ Meyer/Engels, ZRP 2000, 368 (370).

¹⁵⁰ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 5; Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (17); Zachert, NZA 2001, 1041 (1044).

¹⁵¹ Allgemein z.B. o. Rn. 438 ff., 677 ff.

¹⁵² Schmitz, JZ 2001, 833 (841).

¹⁵³ Vgl. zur Diskussion im Konvent die Darstellung bei Borowsky, in: Meyer, Art. 51 Rn. 10 ff.

¹⁵⁴ S.o. Rn. 3534.

Charta aufgenommen werden sollten.¹⁵⁵ Auch in der aktualisierten EGRC ist als klarstellender Hinweis Art. 52 Abs. 5 EGRC aufgenommen worden, der verdeutlicht, dass die Grundsätze der Konkretisierung durch den europäischen und/oder den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bedürfen.¹⁵⁶ Auch die Erläuterungen zur EGRC¹⁵⁷ weisen in ihrer Kommentierung zu Art. 52 EGRC auf die unterschiedliche Ausgestaltung von Rechten einerseits und Grundsätzen andererseits hin.¹⁵⁸

3596 Losgelöst von der EGRC wird die verfassungsrechtliche Verwirklichung sozialer Grundrechte in Gestalt von subjektiven Rechten einerseits und Programmsätzen, Einrichtungsgarantien, Leitprinzipien, Staatszielbestimmungen oder Gesetzgebungsaufträgen andererseits für möglich gehalten.¹⁵⁹ Die in der EGRC aufgeführten Grundsätze sind nicht verallgemeinernd einer dieser möglichen Erscheinungsformen zuzuordnen. Dies spiegelt sich auch in der uneinheitlichen Terminologie zur EGRC wider. In der Lit. wird zumeist von Grundsätzen¹⁶⁰ gesprochen, andere verwenden hingegen den Begriff der Prinzipien¹⁶¹ oder Zielbestimmungen.¹⁶² Zum Teil vermischen sich die Begriffe auch.¹⁶³ Die möglichen Erscheinungsformen finden sich in unterschiedlicher Ausprägung in der EGRC wieder. Der Begriff der Grundsätze dient insoweit als Oberbegriff, der die Unterscheidung zu den subjektiven Grundrechten verdeutlicht.

2. Einordnung

3597 Legt man bei der Einordnung der Grundrechte die deutsche Grundrechtsdogmatik mit dem Zusatz der Grundsätze zugrunde,¹⁶⁴ wird man wie folgt differenzieren können: ein Freiheitsrecht gewährt Art. 28 EGRC;¹⁶⁵ Grundrechte, die Schutzansprüche vermitteln, finden sich in Art. 30 EGRC, Art. 31 EGRC, Art. 32 EGRC

¹⁵⁵ *Engels*, in: *Unteilbarkeit auf Europäisch*, 2001, S. 7 (8).

¹⁵⁶ Vgl. *A. Weber*, DVBl. 2003, 220 (223).

¹⁵⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

¹⁵⁸ Danach gehören zu den in der Charta anerkannten Grundsätzen beispielsweise die Art. 25, 26 und 37 EGRC. In einigen Fällen kann ein Charta-Artikel sowohl Elemente eines Rechts als auch eines Grundsatzes enthalten, beispielsweise Art. 23, 33 u. 34 EGRC.

¹⁵⁹ *Lücke*, AöR 107 (1982), 15 (18 f.); vgl. auch *Diercks*, LKV 1996, 231 (232).

¹⁶⁰ *Kingreen*, in: *Ehlers* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 18 Rn. 58; *Jarass*, § 7 Rn. 22 ff.; *Calliess*, EuZW 2001, 261 (264).

¹⁶¹ *Riedel*, in: *Meyer*, vor Kap. IV Rn. 33; *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (10).

¹⁶² *Streinz*, in: *ders.*, Kap. IV (vor Art. 27 GR-Charta) Rn. 3; *Krieger*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 6 Rn. 95; *Hirsch*, in: *Blank* (Hrsg.), *Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta*, 2002, 9 (16).

¹⁶³ Vgl. *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 563 (565), wonach es sich bei den „Grundsätzen“ um „Gesetzgebungsaufträge“ handele.

¹⁶⁴ So die meisten Stimmen in der deutschen Lit., z.B. *Jarass*, § 5 Rn. 8 ff.; *Lang*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 27 Rn. 2; *Riedel*, in: *Meyer*, vor Kap. IV Rn. 33; *Streinz*, in: *ders.*, Kap. IV (vor Art. 27 GR-Charta) Rn. 3; *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (9); *Calliess*, EuZW 2001, 261 (264).

¹⁶⁵ *Riedel*, in: *Meyer*, vor Kap. IV Rn. 33; *Streinz*, in: *ders.*, Kap. IV (vor Art. 27 GR-Charta) Rn. 3; *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (10).

und Art. 33 EGRC;¹⁶⁶ Teilhaberechte gewähren Art. 29 EGRC und Art. 34 Abs. 2 EGRC;¹⁶⁷ Grundsätze werden formuliert in Art. 34 Abs. 1, 3 EGRC, Art. 35 S. 2 EGRC, Art. 36 EGRC, Art. 37 EGRC und Art. 38 EGRC,¹⁶⁸ aber weitestgehend auch in Art. 27 EGRC.¹⁶⁹

Zu einer eingehenden und umfangreichen Auseinandersetzung mit dieser Thematik wird es vermutlich erst nach Verbindlichwerden der EGRC kommen. Es bleibt insofern auch abzuwarten, wie der EuGH differenzieren wird.¹⁷⁰ **3598**

F. Kompetenzen

I. Befürchtete Ausweitung europäischer Sozialpolitik

Ein im Grundrechtekonvent vorgetragener Hauptkritikpunkt gegen die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Charta war die Befürchtung, weitgehende Regelungen würden in die mitgliedstaatlichen Regelungskompetenzen hineinwirken, die in den Verträgen festgelegten Kompetenzen der Union ausweiten¹⁷¹ und damit als Einfallstor für eine weitgehende sozialpolitische Betätigung der europäischen Ebene dienen.¹⁷² **3599**

II. Art. 51 Abs. 2 EGRC

Dieser Befürchtung ist allgemein in Art. 51 Abs. 2 EGRC dadurch entgegengetreten worden, dass die Charta weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union begründet noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und **3600**

¹⁶⁶ Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 33; Streinz, in: ders., Kap. IV (vor Art. 27 GR-Charta) Rn. 3; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (9); Calliess, EuZW 2001, 261 (264); Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 2.

¹⁶⁷ Jarass, § 5 Rn. 14; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Vor Kap. IV Rn. 33; Streinz, in: ders., Kap. IV (vor Art. 27 GR-Charta) Rn. 3; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (10); Calliess, EuZW 2001, 261 (264).

¹⁶⁸ Jarass, § 7 Rn. 29; Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 33; Streinz, in: ders., Kap. IV (vor Art. 27 GR-Charta) Rn. 3; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (10); Calliess, EuZW 2001, 261 (264); Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 58; ders., EuGRZ 2004, 570 (571).

¹⁶⁹ Näher u. Rn. 3622 ff.

¹⁷⁰ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 5; Zachert, NZA 2001, 1041 (1044); Streinz, in: ders., Kap. IV (vor Art. 27 GR-Charta) Rn. 4; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 7.

¹⁷¹ Zimmerling/Beplat, DVP 2001, 3 (6); vgl. Pernice, DVBl. 2000, 847 (853); Knöll, NVwZ 2001, 392 (393); Tettinger, NJW 2001, 1010 (1014); Pitschas, VSSR 2000, 207 (212); Calliess, EuZW 2001, 261 (261).

¹⁷² Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 3.

Aufgaben ändert.¹⁷³ Damit bleibt die Sozialkompetenz der Mitgliedstaaten gewahrt, wie dies nach Art. 136 EG/151 AEUV vorgesehen ist.

III. Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

- 3601** Der Angst einiger Konventsmitglieder vor der „kompetenzansaugenden Wirkung“ der Charta¹⁷⁴ ist zusätzlich spezifisch dadurch entgegengetreten worden, dass insbesondere bei den Grundrechten des Titels IV häufig der Vorbehalt aufgenommen wurde, dass die Rechte nur nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährleistet werden (vgl. Art. 27 EGRC, Art. 28 EGRC, Art. 30 EGRC und Art. 34 EGRC).¹⁷⁵ In diesen Fällen überlässt die Charta den Mitgliedstaaten die konkrete Ausgestaltung der Rechte. Der Einschub dient somit der Klarstellung, dass die Mitgliedstaaten für die Maßnahmen im Sozialbereich zuständig sind.¹⁷⁶ Verstärkt wird dies noch durch den in der EGRC von 2007 neu geschaffenen Art. 52 Abs. 6 EGRC, wonach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, wie es in der Charta bestimmt ist, in vollem Umfang Rechnung zu tragen ist.
- 3602** Der eigenständige Regelungsgehalt der Grundrechtsverbürgung wird damit jedoch weitgehend relativiert.¹⁷⁷ Durch ihre Aufnahme in die Charta werden die Rechte lediglich als grundlegende Werte für die Union festgehalten. Dieser Zusatz war jedoch notwendig, da er erst das Zustandekommen eines Konsenses zwischen den Mitgliedstaaten ermöglichte.¹⁷⁸

¹⁷³ Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 36; Pache, EuR 2001, 475 (491); Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 32 f.

¹⁷⁴ Borowsky, in: Meyer, Art. 51 Rn. 37; Hilpold, in: FS für Pernthaler, 2005, S. 167 (182 f.); Engels, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Hrsg.), Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?, 2001, S. 77 (86).

¹⁷⁵ Losch/Radau, NVwZ 2003, 1440 (1444); Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (18); Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 33.

¹⁷⁶ Engels, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Hrsg.), Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?, 2001, S. 77 (86).

¹⁷⁷ Streinz, in: ders., Art. 27 GR-Charta Rn. 2; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 25; Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 28; Pache, EuR 2001, 475 (481); Dorf, JZ 2005, 126 (130).

¹⁷⁸ Funk, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (44).

§ 2 Betriebsbezogene Rechte

A. Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer

Art. 27 EGRC behandelt das Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung im Unternehmen. Danach muss für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihre Vertreter auf den geeigneten Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein, die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind. **3603**

I. Grundlagen

1. ESC und GCSGA

Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁷⁹ ist Art. 27 EGRC in Art. 21 rev. ESC¹⁸⁰ und in Nr. 17 und Nr. 18 GCSGA¹⁸¹ enthalten. **3604**

Gem. Art. 21 lit. a) rev. ESC verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung im Unternehmen zu gewährleisten, im Einklang mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Maßnahmen zu ergreifen oder zu fördern, die den Arbeitnehmern oder ihren Vertretern die Möglichkeit geben, regelmäßig oder zu gegebener Zeit in einer verständlichen Weise über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des sie beschäftigenden Unternehmens unterrichtet zu werden. Allerdings kann die Erteilung bestimmter Auskünfte, die für das Unternehmen nachteilig sein könnte, verweigert oder der Pflicht zur vertraulichen Behandlung unterworfen werden. Nach Art. 21 lit. b) rev. ESC verpflichten sich die Vertragsparteien, Maßnahmen zu ergreifen oder zu fördern, die den Arbeitnehmern oder ihren Vertretern die Möglichkeit geben, rechtzeitig zu beabsichtigten Entscheidungen gehört zu werden, welche die Interessen der Arbeitnehmer erheblich berühren könnten. Das gilt insbesondere für Entscheidungen, die wesentliche Auswirkungen auf die Beschäftigungslage im Unternehmen haben könnten. **3605**

Gem. Nr. 17 GCSGA müssen Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer in geeigneter Weise unter Berücksichtigung der in den verschiedenen Mitgliedstaaten herrschenden Gepflogenheiten weiterentwickelt werden. Dies gilt insbesondere für Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse mit Betriebsstätten bzw. Unternehmen in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Nach Nr. 18 GCSGA sind Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung rechtzeitig vor allem in folgenden Fällen vorzusehen: bei der Einführung techno- **3606**

¹⁷⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

¹⁸⁰ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

¹⁸¹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

logischer Veränderungen in den Unternehmen, wenn diese die Arbeitsbedingungen und die Arbeitsorganisation der Arbeitnehmer entscheidend verändern; bei der Umstrukturierung oder Verschmelzung von Unternehmen, wenn dadurch die Beschäftigung der Arbeitnehmer berührt wird; bei Massenentlassungen; im Falle von Arbeitnehmern, insbesondere Grenzgängern, die von den Beschäftigungsmaßnahmen des sie beschäftigenden Unternehmens betroffen sind.

- 3607** Im Vergleich zu Art. 27 EGRC formulieren diese Vorschriften wesentlich konkreter, in welchen Fällen eine Unterrichtung und Anhörung stattzufinden hat. Auffällig ist außerdem, dass die Bestimmungen in der GCSGA neben der Unterrichtung und Anhörung auch die Mitwirkung der Arbeitnehmer fordern.¹⁸² Diese Unterschiede lassen sich mit der kontroversen Diskussion im Grundrechtekonvent und dem erheblichen Widerstand gegen die Aufnahme des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung erklären.¹⁸³ So war auch gefordert worden, in Art. 27 EGRC ein Recht auf Mitbestimmung aufzunehmen.¹⁸⁴ Die Forderung blieb jedoch letztlich unberücksichtigt.¹⁸⁵ Die jetzige Formulierung von Art. 27 EGRC vermeidet eine konkrete inhaltliche Festlegung und war damit konsensfähig.¹⁸⁶

2. Europäischer Besitzstand

- 3608** Den bisherigen primärrechtlichen europäischen Besitzstand bilden Art. 136-139 EG/151-155 AEUV. Die Erläuterungen weisen zudem auf das im Bereich der Unterrichtungs- und Anhörungsrechte bestehende Sekundärrecht hin, nämlich die RLn 2002/14/EG, 98/59/EG, 2001/23/EG und 94/45/EG.¹⁸⁷

a) Art. 136-139 EG/151-155 AEUV

- 3609** Art. 136 EG/151 AEUV, der den Titel der Sozialvorschriften einleitet und die sozialen Ziele der Union festlegt, verweist ausdrücklich auf die ESC¹⁸⁸ und die GCSGA¹⁸⁹ und damit indirekt auch auf die oben genannten Art. 21 rev. ESC¹⁹⁰ und Nr. 17 und 18 GCSGA.¹⁹¹ Als Ziel der Union und der Mitgliedstaaten nennt

¹⁸² Vgl. *Orfanidis*, Eigentumsproblematik und Mitbestimmung hinsichtlich der Europäischen Verfassung, 2006, S. 200; *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 42.

¹⁸³ Vgl. *M. Weiss*, AuR 2001, 374 (376).

¹⁸⁴ Vgl. *M. Weiss*, AuR 2001, 374 (376); *Lörcher*, AuR 2000, 241 (243).

¹⁸⁵ *Riedel*, in: Meyer, Art. 27 Rn. 10; *M. Weiss*, AuR 2001, 374 (376).

¹⁸⁶ Vgl. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 7; *Funk*, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (44).

¹⁸⁷ S.u. im Einzelnen genau zur jeweiligen RL Rn. 3611 ff.

¹⁸⁸ Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

¹⁸⁹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹⁹⁰ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

¹⁹¹ Vgl. *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 23.

Art. 136 EG/151 AEUV unter anderem den in den Art. 138 und 139 EG/154 und 155 AEUV näher geregelten sozialen Dialog. Unter sozialem Dialog ist die zwischen der Europäischen Kommission und den auf Unionsebene angesiedelten Sozialpartnern (Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden) angestrebte Konsultation und Kooperation (Art. 138 EG/154 AEUV, so genannter dreiseitiger Dialog) und das einvernehmliche Zusammenwirken der Sozialpartner mit dem Ziel der autonomen Gestaltung von Arbeitsbeziehungen durch die Sozialpartner selbst (Art. 139 EG/155 AEUV, so genannter zweiseitiger Dialog) zu verstehen.¹⁹²

Zwar betreffen die Art. 138 und 139 EG/154 und 155 AEUV damit den Dialog **3610** zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden im Verhältnis zur Kommission und untereinander und nicht konkret die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen.¹⁹³ Aber auch die Anhörung und Unterrichtung im Unternehmen sollen den Dialog zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern fördern. Der im EG/AEUV verankerte soziale Dialog entspricht damit auf Unionsebene den Unterrichts- und Anhörungsrechten bzw. -pflichten im Unternehmen. Er gehört zum europarechtlichen Besitzstand hinsichtlich Art. 27 EGRC.¹⁹⁴ Dies zeigt sich auch in Art. 137 Abs. 1 lit. e) EG/153 Abs. 1 lit. e) AEUV, der ausdrücklich die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer als ein Gebiet nennt, in dem die Gemeinschaft/Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten unterstützt und ergänzt, um die Ziele des Art. 136 EG/151 AEUV zu verwirklichen. Daraus kann gefolgert werden, dass die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in einem Zusammenhang mit den in Art. 136 EG/151 AEUV genannten Zielen der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und auch dem sozialen Dialog zu sehen sind.¹⁹⁵ Art. 137 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Abs. 2 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV gibt dem Rat die Befugnis, durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Unterstützung der Tätigkeit der Mitgliedstaaten bei der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer zu erlassen.¹⁹⁶ In Umsetzung dieser Richtlinienbefugnis wurden bereits mehrere Richtlinien erlassen.

b) RL 2002/14/EG

Die RL 2002/14/EG¹⁹⁷ zielt darauf ab, einen allgemeinen Rahmen mit Mindest- **3611** vorschriften für das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer von in der Union ansässigen Unternehmen oder Betrieben festzulegen (Art. 1 Abs. 1).

¹⁹² Vgl. *Eichenhofer*, in: Streinz, Art. 136 EGV Rn. 20 und Art. 138 EGV Rn. 1.

¹⁹³ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRCh Rn. 16 sieht Art. 138 f. deshalb nicht als europarechtliche Konkretisierung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer an.

¹⁹⁴ Vgl. *Streinz*, in: ders., Art. 27 GR-Charta Rn. 3; *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 12; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1005.

¹⁹⁵ *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 23.

¹⁹⁶ *Funk*, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (45); vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1791.

¹⁹⁷ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Eu-

- 3612** Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat oder für Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat (Art. 3 Abs. 1). Unternehmen sind öffentliche oder private, sofern sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie einen Erwerbszweck verfolgen oder nicht, und die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ansässig sind (Art. 2 lit. a)). Unter einem Betrieb ist eine gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definierte Unternehmenseinheit zu verstehen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ansässig ist und in der kontinuierlich unter Einsatz personeller und materieller Ressourcen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird (Art. 2 lit. b)).
- 3613** Unterrichtung wird definiert als die Übermittlung von Informationen durch den Arbeitgeber an die Arbeitnehmervertreter, um ihnen Gelegenheit zur Kenntnisnahme und Prüfung der behandelten Frage zu geben (Art. 2 lit. f)). Bei der Anhörung wird ein Meinungsaustausch bzw. Dialog zwischen Arbeitnehmervertretern und Arbeitgebern durchgeführt (Art. 2 lit. g)).
- 3614** Wie das Recht auf Unterrichtung und Anhörung im Einzelnen wahrgenommen wird, bestimmen die Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 1). Sie haben dafür Sorge zu tragen, dass über die jüngste Entwicklung und die wahrscheinliche Weiterentwicklung der Tätigkeit und der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens oder des Betriebs unterrichtet wird. Weiter müssen Unterrichtung und Anhörung zu Beschäftigungssituation, Beschäftigungsstruktur und wahrscheinlicher Beschäftigungsentwicklung im Unternehmen oder Betrieb sowie zu ggf. geplanten antizipierten Maßnahmen, insbesondere bei einer Bedrohung für die Beschäftigung erfolgen. Schließlich müssen eine Unterrichtung und Anhörung zu Entscheidungen vorgesehen sein, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen können (Art. 4 Abs. 2).

c) RL 98/59/EG

- 3615** Die RL 98/59/EG¹⁹⁸ verpflichtet den Arbeitgeber im Fall beabsichtigter Massenentlassungen, die Arbeitnehmervertreter rechtzeitig zu konsultieren, um zu einer Einigung zu gelangen (Art. 2 Abs. 1). Diese Konsultationen haben sich zumindest auf die Möglichkeit zu erstrecken, Massenentlassungen zu vermeiden oder zu beschränken, sowie auf die Möglichkeit, ihre Folgen durch soziale Begleitmaßnahmen, die insbesondere Hilfen für eine anderweitige Verwendung oder Umschulung der entlassenen Arbeitnehmer zum Ziel haben, zu mildern (Art. 2 Abs. 2).

ropäischen Gemeinschaft – Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zur Vertretung der Arbeitnehmer, ABl. L 80, S. 29.

¹⁹⁸ Des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. L 225, S. 16. Vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1803.

d) RL 2001/23/EG

Die RL 2001/23/EG¹⁹⁹ betrifft den Fall des Übergangs von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung (Art. 1 Abs. 1 lit. a)). Sie schreibt umfängliche Informations- und Konsultationspflichten für Unternehmens- bzw. Betriebsveräußerer und -erwerber vor (Art. 7). **3616**

e) RL 94/45/EG

Ziel der RL 94/45/EG²⁰⁰ ist die Stärkung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in unionsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Art. 1 Abs. 1). Dazu schreibt die Richtlinie vor, dass nach näher dargelegten Bedingungen und Modalitäten und mit den darin vorgesehenen Wirkungen ein Europäischer Betriebsrat eingesetzt oder ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer geschaffen werden muss (Art. 1 Abs. 2). Dies betrifft jedoch nur Unternehmen mit mindestens 1.000 Arbeitnehmern in den Mitgliedstaaten und mit jeweils 150 Arbeitnehmern in mindestens zwei Mitgliedstaaten oder Unternehmensgruppen mit ähnlichen Voraussetzungen (Art. 2 Abs. 1 lit. a-c)). **3617**

Der Begriff der Anhörung wird definiert als Meinungsaustausch und Dialog zwischen den Arbeitnehmervertretern und der zentralen Leitung oder einer anderen, angemessenen Leitungsebene, wobei unter zentraler Leitung die zentrale Unternehmensleitung zu verstehen ist (Art. 2 Abs. 1 lit. e) und f)). Der Begriff der Unterrichtung wird nicht definiert. **3618**

3. Verfassungen der Mitgliedstaaten

In den Verfassungen der Mitgliedstaaten finden sich keine ausdrücklich dem Wortlaut des Art. 27 EGRC entsprechende Regelungen. Äußerungen zu Anhörungs-, Informations- und Mitwirkungsrechten der Arbeitnehmer sind in den Verfassungen von Belgien, Niederlande, Frankreich, Italien und Portugal enthalten.²⁰¹ **3619**

¹⁹⁹ Des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. L 82, S. 16. Vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1804.

²⁰⁰ Des Rates vom 22.9.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. L 254, S. 64; zuletzt geändert durch RL 2006/109/EG, ABl. 2006 L 363, S. 416. Vgl. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1812.

²⁰¹ Vgl. *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 8; *Riedel*, in: Meyer, Art. 27 Rn. 6 ff.; *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 5; *Streinz*, in: ders., Art. 27 GR-Charta Rn. 4.

II. Einordnung

- 3620** Die dogmatische Einordnung von Art. 27 EGRC ist noch nicht abschließend geklärt. Eine EuGH-Rechtsprechung zur Frage der Grundrechtsqualität der Unterrichts- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmer gibt es bislang nicht.²⁰²
- 3621** Während die meisten Vertreter in der deutschen Lit. darin ein Schutzgewährrecht sehen,²⁰³ qualifizieren andere Art. 27 EGRC lediglich als Grundsatz;²⁰⁴ zum Teil wird darin im Kern ein gleichheitsrechtlicher Gehalt gesehen.²⁰⁵

1. Qualifizierung als Grundsatz

- 3622** Die Zuordnung von Art. 27 EGRC als subjektives Recht oder als Grundsatz hat sich wie gewöhnlich an Wortlaut, Genese, Systematik und Zweck zu orientieren.²⁰⁶

a) Wortlaut

- 3623** In der amtlichen Überschrift wird von einem „Recht auf Unterrichtung und Anhörung“ gesprochen. Dies legt auf den ersten Blick nahe, dass Art. 27 EGRC ein subjektives Recht gewährt.²⁰⁷ Der Text der Norm selbst besagt allerdings, dass für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung „gewährleistet sein muss“, und dies auch nur „in den Fällen und unter den Voraussetzungen ..., die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind“.
- 3624** Art. 27 EGRC legt damit nicht selbst fest, in welchen Fällen die Unterrichtung und Anhörung stattfinden soll. Es bedarf erst der Umsetzung durch den europäischen und nationalen Gesetzgeber. Mangels Präzisierung ist Art. 27 EGRC selbst zu unbestimmt, um unmittelbar anspruchsbegründend zu wirken.²⁰⁸ Ein subjektives Recht kann sich erst aus den unionsrechtlichen²⁰⁹ oder nationalen Normen ergeben, die in Umsetzung von Art. 27 EGRC konkret festlegen, wann die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein Recht auf Unterrichtung und Anhörung haben.

²⁰² Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 24; vgl. Rengeling/Szczekalla, Rn. 1003; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 4.

²⁰³ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 2; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 27; Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 60.

²⁰⁴ Jarass, § 29 Rn. 2; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1005; M. Weiss, AuR 2001, 374 (376).

²⁰⁵ Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (19).

²⁰⁶ Vgl. Rengeling/Szczekalla, Rn. 1003.

²⁰⁷ S. Kingreen, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 18 Rn. 58; vgl. Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 7.

²⁰⁸ M. Weiss, AuR 2001, 374 (376); Rengeling/Szczekalla, Rn. 1005; vgl. auch Jarass, § 29 Rn. 2.

²⁰⁹ Z.B. RL 2002/14/EG; RL 98/59/EG; RL 2001/23/EG; RL 94/45/EG.

b) Genese

Die Grundlagen des Art. 27 EGRC, nämlich Art. 21 rev. ESC²¹⁰ und Nr. 17 und Nr. 18 GCSGA,²¹¹ sind hinsichtlich der Frage, ob sie ein subjektives Recht gewähren oder lediglich einen Grundsatz bestimmen, gegensätzlich ausgestaltet. Während Art. 21 rev. ESC²¹² lediglich als Staatsverpflichtung formuliert ist, erwecken die Formulierungen in Nr. 17 und Nr. 18 GCSGA den Eindruck subjektiver Rechte.²¹³ Da die GCSGA jedoch insgesamt lediglich feierlich proklamiert wurde und keine unmittelbare Rechtswirkung entfaltet, lassen sich auch daraus keine subjektiven Rechte ableiten. **3625**

Im Grundrechtekonvent wurde die Vorschrift des Art. 27 EGRC kontrovers diskutiert,²¹⁴ sowohl im Hinblick auf ihre Aufnahme in die Charta als auch wegen ihres Inhalts.²¹⁵ Der erste Präsidiumsvorschlag vom 27.3.2000 statuierte unter der Überschrift „Pflicht zur Unterrichtung und Aufklärung der Arbeitnehmer“, dass „die Arbeitnehmer und ihre Vertreter ... Anspruch auf effektive Unterrichtung und Anhörung“ haben.²¹⁶ An dieser Formulierung entfachte sich eine heftige Debatte. So lehnten manche Teilnehmer die Aufnahme der Bestimmung gerade mit dem Hinweis vehement ab, dass es sich nicht um ein Grundrecht handle.²¹⁷ Andere kritisierten die Formulierung, weil der Text den Eindruck erwecke, dass er ein subjektives Recht gewähre. Der zugrunde liegende Art. 21 rev. ESC²¹⁸ gewähre aber gerade kein subjektives Recht.²¹⁹ **3626**

Diesen Aussagen lässt sich entnehmen, dass die Konventsmitglieder Art. 27 EGRC nicht als subjektives Recht ausgestalten wollten. Als Reaktion wurde im ersten Gesamtentwurf der Charta vom 28.7.2000 die Bestimmung im relevanten Textbereich entsprechend dem heutigen Chartatext geändert. Danach musste „für die Arbeitnehmer und ihre Vertreter ... eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung ... gewährleistet sein“.²²⁰ Auch die sich anschließenden Textentwürfe übernahmen diese Formulierung.²²¹ Sie betont – wie oben dargelegt²²² – den Grundsatzcharakter.²²³ **3627**

²¹⁰ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

²¹¹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

²¹² Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

²¹³ S.o. Rn. 3605 f.

²¹⁴ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 4.

²¹⁵ S. die Diskussionen bei Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 212 f., 323.

²¹⁶ Zitiert bei Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 11.

²¹⁷ So der britische Vertreter, s. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 212 u. 323.

²¹⁸ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

²¹⁹ So der österreichische und der schwedische Vertreter, vgl. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 212 u. 323.

²²⁰ Zitiert bei Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 17.

²²¹ Vgl. Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 18.

c) Systematik

3628 Art. 27 EGRC leitet die nachfolgenden unter der Überschrift „Solidarität“ zusammengefassten Bestimmungen der Charta ein. Diese Vorschriften sind jedoch nicht einheitlich als subjektive Rechte oder Grundsätze ausgestaltet. Während manche Normen eindeutig ein subjektives Recht gewähren,²²⁴ sind andere unzweifelhaft als Grundsätze zu qualifizieren.²²⁵ Der sich anschließende Art. 28 EGRC ist ein subjektives Recht. Er ist jedoch derart anders als Art. 27 EGRC formuliert, dass daraus keine Rückschlüsse auf die Zuordnung von Art. 27 EGRC gezogen werden können.

d) Zweck

3629 Die RL 2002/14/EG²²⁶, 98/59/EG²²⁷, 2001/23/EG²²⁸ und 94/45/EG²²⁹ benennen konkrete Fälle, in denen eine Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter im Unternehmen stattfinden muss. Zudem werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die sich aus den Richtlinien ergebenden Verpflichtungen auch gerichtlich durchgesetzt werden können.²³⁰ Die Richtlinien gewähren damit einklagbare Rechte. Art. 27 EGRC bezieht sich auf diese Richtlinien, wenn es heißt, dass Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein müssen, „die nach dem Unionsrecht ... vorgesehen sind“. Der Zweck von Art. 27 EGRC liegt somit unter anderem darin, Unterrichtungs- und Anhörungsverpflichtungen, deren Bedeutung im Unionsrecht durch einen beachtlichen Besitzstand dokumentiert wird,²³¹ durch die Aufnahme in die EGRC ein besonderes Gewicht zukommen zu lassen.

3630 Allerdings wird in Art. 27 EGRC lediglich ein Bezug zu den Richtlinien hergestellt, sie werden nicht in die Charta aufgenommen. Art. 27 EGRC formuliert gerade nicht präzise, wann Unterrichtung und Anhörung stattzufinden haben. Dies ergibt sich erst aus dem unionsrechtlichen Sekundärrecht oder aus nationalen Normen. Art. 27 EGRC übernimmt damit nicht die in den Richtlinien oder sonstigen Vorschriften formulierten subjektiven Rechte. Folglich gewähren zwar die Richtlinien und ggf. sonstige Umsetzungsakte subjektive Rechte, nicht jedoch Art. 27 EGRC selbst.²³²

²²² S.o. Rn. 3623 f.

²²³ Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 17.

²²⁴ Z.B. Art. 29-34 EGRC.

²²⁵ Z.B. Art. 35 S. 2, Art. 37, Art. 38 EGRC.

²²⁶ ABl. 2002 L 80, S. 29.

²²⁷ ABl. 1998 L 225, S. 16.

²²⁸ ABl. 2001 L 82, S. 16.

²²⁹ ABl. 1994 L 254, S. 64.

²³⁰ Art. 8 Abs. 1 RL 2002/14/EG; Art. 6 RL 98/59/EG; Art. 9 RL 2001/23/EG; Art. 11 Abs. 3 RL 94/45/EG.

²³¹ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 23.

²³² In diesem Sinne wohl auch Jarass, § 29 Rn. 2; vgl. auch Everling, in: GS für Heinze, 2005, S. 157 (172).

e) *Folgerungen*

Art. 27 EGRC stellt lediglich den Grundsatz auf, dass für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihre Vertreter eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung gewährleistet sein muss. Er trifft jedoch keine Aussagen dazu, wann oder wie eine solche Unterrichtung und Anhörung stattzufinden haben.²³³ Dies ist dem europäischen und den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern überlassen. Damit bildet Art. 27 EGRC kein Grundrecht. Unterrichtung und Anhörung sind nicht subjektiv allein aus Art. 27 EGRC einforderbar. **3631**

f) *Zusammenspiel mit der Menschenwürde*

Werden allerdings Arbeitnehmer in keiner Weise angehört oder auch nur unterrichtet, müssen sie gleichsam „ahnungslos“ im Betrieb arbeiten. Sie werden nicht in ihren Informationsbedürfnissen respektiert, mithin in ihrer Persönlichkeit geachtet, obwohl sich diese auch in der Arbeit entfaltet, sondern eher wie Arbeitsmaterial behandelt. Ohne Unterrichtung und Anhörung zu den sie betreffenden essenziellen Belangen werden die Arbeitnehmer zum Objekt herabgewürdigt. Daher ist dieses Thema auch für die Menschenwürde relevant.²³⁴ Gem. Art. 1 EGRC ist die Würde des Menschen unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen. Die Menschenwürdegarantie als subjektiver Anspruch auf Wahrung der Subjektivität des Menschen ist betroffen, wenn Arbeitnehmern Unterrichtung und Anhörung gänzlich verweigert werden. **3632**

Gleichwohl bleibt der inhaltliche Bezug zu Art. 27 EGRC. Diese Bestimmung wird insoweit über Art. 1 EGRC aufgewertet und verdichtet. Dies betrifft allerdings nur ihren Elementargehalt. Damit geht es lediglich um eine Anhörung und Unterrichtung als solche. Gegenständlich werden nur elementare Gesichtspunkte erfasst, welche den zentralen Gehalt und die Zukunft des Arbeitslebens ausmachen, so beispielsweise eine Gefährdung der Existenz des Unternehmens, die zum Arbeitsplatzverlust nahezu der gesamten Belegschaft führen kann. **3633**

Damit ergibt sich aus einer Zusammenschau von Art. 27 EGRC mit Art. 1 EGRC ein subjektiv einklagbarer unabdingbarer Mindeststandard, dass nämlich überhaupt Unterrichtung und Anhörung in Unternehmen vorgesehen sein müssen. Er entspricht auch der engen Verwandtschaft von Art. 1 EGRC und Art. 1 Abs. 1 GG²³⁵ und der sich daran anknüpfenden Rechtsprechung. So erkennt das BVerfG in ständiger Rechtsprechung Minimalstandards im sozialen Bereich auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. mit dem Sozialstaatsprinzip an.²³⁶ **3634**

²³³ Vgl. *Funk*, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (44).

²³⁴ S.o. Rn. 824 sowie u. Rn. 3642. Unter Bezug auf die sog. Dürig'sche Objektformel *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 1 Rn. 19.

²³⁵ S.o. Rn. 808 ff. Art. 1 EGRC wurde vom Präsidenten des Grundrechtekonvents, *Herzog*, in der Formulierung und Platzierung entsprechend Art. 1 GG vorgeschlagen, s. *Höfling*, in: Tettinger/Stern, Art. 1 Rn. 16.

²³⁶ S. BVerfGE 45, 187 (228); 82, 60 (85); *Krieger*, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 92; *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 112 Rn. 99.

2. Kollektiv und individuell

- 3635** Die Qualifizierung als Grundsatz besagt noch nicht, ob die in Art. 27 EGRC vorgesehene Unterrichtung und Anhörung von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern lediglich kollektiv wahrgenommen werden kann oder ob sich Art. 27 EGRC auch auf eine individuelle Ausübung bezieht. Dies war von Anfang an streitig.²³⁷
- 3636** Im Grundrechtekonvent vertrat der Vertreter der Kommission die Auffassung, das Recht auf Unterrichtung und Anhörung sei nur kollektiv ausübbar.²³⁸ Auch in der deutschen Lit. wird von den „kollektiven Arbeitnehmergrundrechten in Art. 27 und Art. 28“ gesprochen, und diese werden den folgenden Charta-Artikeln als Individualrechte gegenübergestellt.²³⁹
- 3637** Art. 27 und 28 EGRC bilden indes keine solchermaßen zusammengehörende Einheit, sondern ihr Wortlaut unterscheidet sich: Während Art. 27 von den „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder ihren Vertretern“ spricht, wird das Recht aus Art. 28 EGRC den „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ... oder ihren jeweiligen Organisationen“ gewährt.²⁴⁰ Zudem machen die Überschrift und der Wortlaut von Art. 28 EGRC deutlich, dass dieses Recht kollektiv auszuüben ist, während der Begriff der Kollektivität in Art. 27 EGRC nirgends verwandt wird.
- 3638** Der Zweck von Unterrichtung und Anhörung, nämlich Arbeitnehmerinteressen bei unternehmerischen Entscheidungen Gehör zu verschaffen, spricht für eine individuelle und eine kollektive Wahrnehmbarkeit. Die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können sowohl bei individuellen als auch bei kollektiven Maßnahmen betroffen sein. So bekommen Unterrichtung und Anhörung beispielsweise bei der Kündigung des Arbeitnehmers eine individuelle Dimension. Demgegenüber berühren alle Maßnahmen, welche die personelle Zusammensetzung der Belegschaft betreffen, durch das Erfordernis der Einschaltung der Arbeitnehmervertretung die kollektive Ebene.²⁴¹ Daher bezieht sich Art. 27 EGRC sowohl auf eine individuelle als auch auf eine kollektive Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer.

III. Gewährleistungsbereich

- 3639** Gem. Art. 27 EGRC muss für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihre Vertreter auf den geeigneten Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein, die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind. Es handelt sich nicht um ein Grundrecht, sondern um eine

²³⁷ Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 29.

²³⁸ S. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 213; Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 14.

²³⁹ Zachert, NZA 2001, 1041 (1045); Lörcher, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 37 (49).

²⁴⁰ Vgl. Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 29.

²⁴¹ Vgl. Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 11.

grundsätzliche Zielbestimmung²⁴² mit einem Gewährleistungsbereich, der von den Unionsorganen und den Mitgliedstaaten näher ausgefüllt wird.

1. Arbeitnehmer

Im Unionsrecht ist der Arbeitnehmerbegriff an vielen Stellen relevant. Im Primärrecht wird er beispielsweise bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG/45 AEUV) oder den Sozialvorschriften (Art. 136 ff. EG/151 ff. AEUV) verwandt. Es findet sich aber keine primärrechtliche Definition. In der RL 2001/23/EG²⁴³ über den Übergang von Unternehmen wird der Begriff des Arbeitnehmers definiert als jede Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts geschützt ist. In der RL 2002/14/EG²⁴⁴ zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer wird Letzteres noch auf die einzelstaatlichen Gepflogenheiten ausgeweitet. Die Richtlinien verweisen damit auf den jeweiligen nationalen Begriff, enthalten aber keine autonome Begriffsbestimmung.²⁴⁵ Auch im nationalen Recht der Mitgliedstaaten findet sich kein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff.²⁴⁶ **3640**

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 EG/45 AEUV ist der Arbeitnehmerbegriff europarechtlich²⁴⁷ und weit²⁴⁸ auszulegen. Arbeitnehmer ist danach derjenige, der während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.²⁴⁹ In einer jüngeren Entscheidung hat der EuGH diese Definition auch für den Arbeitnehmerbegriff in Art. 141 EG/157 AEUV verwandt.²⁵⁰ Die Rechtsprechung zu Art. 39 EG/45 AEUV und Art. 141 EG/157 AEUV kann auch auf Art. 27 EGRC übertragen werden,²⁵¹ zumal von einer einheitlichen Auslegung innerhalb des Europarechts auszugehen ist. **3641**

Im Grundrechtekonvent war die Frage, ob sich Art. 27 EGRC nur auf Unionsbürger beschränkt oder alle Arbeitnehmer erfasst, heftig umstritten. Einige Vertreter waren der Auffassung, dass es um Rechte und Pflichten der Unionsbürger gehe. Andere hielten eine Ausweitung auf alle Arbeitnehmer für erforderlich.²⁵² Die- **3642**

²⁴² S.o. Rn. 3631.

²⁴³ ABl. 2001 L 82, S. 16.

²⁴⁴ ABl. 2002 L 80, S. 29.

²⁴⁵ Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 20; vgl. *Orfanidis*, Eigentumsproblematik und Mitbestimmung hinsichtlich der Europäischen Verfassung, 2006, S. 100 f.

²⁴⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 20.

²⁴⁷ EuGH, Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035 (1049, Rn. 11) – Levin; Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 16) – Lawrie-Blum; Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 (3244, Rn. 21) – Brown.

²⁴⁸ EuGH, Rs. 139/85, Slg. 1986, 1741 (1750, Rn. 13) – Kempf; Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 16) – Lawrie-Blum.

²⁴⁹ St. Rspr. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 17) – Lawrie-Blum; Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 (3244, Rn. 21) – Brown; Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 (1059, Rn. 10) – Raulin; näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1204 ff.

²⁵⁰ EuGH, Rs. C-256/01, Slg. 2004, I-873 (928, Rn. 66 f.) – Allonby.

²⁵¹ Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 20.

²⁵² S. *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 212.

se zweite Konzeption wurde unter anderem damit begründet, dass bei Art. 27 EGRC die Würde des Menschen im Arbeitsleben im Vordergrund stehe und diese unteilbar sei; daher müsse auch Art. 27 EGRC für jedermann gelten.²⁵³

3643 Zwar greift Art. 27 EGRC einen Bereich auf, der über die Menschenwürde weit hinaus reicht. Gegen diese verstößt eine völlige Rechtlosigkeit des Arbeitnehmers, die ihn zum „Arbeitsobjekt“ degradiert.²⁵⁴ Indes gehört eine Unterrichtung und Information über Betriebsabläufe nicht notwendig dazu. Schließlich soll Art. 27 EGRC auch den sozialen Dialog zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern fördern und steht deshalb in einer Linie mit Art. 138 f. EG/154 f. AEUV,²⁵⁵ welche nicht Bestandteil der Menschenwürdegarantie sind; sie fördern eher indirekt die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer.

3644 Die umfassende Begriffsbestimmung, wonach jedermann Arbeitnehmer i.S.d. Art. 27 EGRC sein kann, entspricht aber der begriffs- und herkunftsbezogenen EuGH-Rechtsprechung zur weiten Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs und ist daher zu befürworten.²⁵⁶ Art. 27 EGRC ist offen formuliert und nicht wie Art. 39 Abs. 2 EG/45 Abs. 2 AEUV explizit auf Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten beschränkt.²⁵⁷

2. Vertreter

3645 In der RL 94/45/EG²⁵⁸ über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats, der RL 98/59/EG²⁵⁹ über Massenentlassungen, der RL 2001/23/EG²⁶⁰ über den Übergang von Unternehmen und der RL 2002/14/EG²⁶¹ zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer wird für den Begriff der „Vertreter der Arbeitnehmer“ auf die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten und die dortige Praxis verwiesen. Die Richtlinien verweisen damit auf den jeweiligen nationalen Begriff, enthalten aber keine autonome Begriffsbestimmung.²⁶² Da auch Art. 27 EGRC hinsichtlich seines Regelungsgehalts weitestgehend auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten verweist, kann diese Verweisteknik aus den Richtlinien übernommen werden. Schließlich existiert im Gegensatz zum Arbeitnehmer auch keine sonstige europarechtliche Definition. Der Begriff der Vertreter

²⁵³ So der österreichische EP-Abgeordnete *Voggenhuber*, s. *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 212; vgl. *Riedel*, in: Meyer, Art. 27 Rn. 20; s. auch *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 21.

²⁵⁴ S.o. Rn. 3632 ff.

²⁵⁵ S.o. Rn. 3609 f.

²⁵⁶ *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 21.

²⁵⁷ S. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1270.

²⁵⁸ ABl. 1994 L 254, S. 64.

²⁵⁹ ABl. 1998 L 225, S. 16.

²⁶⁰ ABl. 2001 L 82, S. 16.

²⁶¹ ABl. 2002 L 80, S. 29.

²⁶² Vgl. *Orfanidis*, Eigentumsproblematik und Mitbestimmung hinsichtlich der Europäischen Verfassung, 2006, S. 100 f.

in Art. 27 EGRC bezeichnet demnach die Vertreter der Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften oder der Praxis der Mitgliedstaaten.

In der RL 77/187/EWG²⁶³, die ebenfalls auf die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und die dortige Praxis verweist, wurden die Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane von Gesellschaften ausgenommen, die diesen Organen in bestimmten Mitgliedstaaten als Arbeitnehmervertreter angehören. Allerdings wurde die RL 77/187/EWG durch die oben zitierte RL 2001/23/EG²⁶⁴ aufgehoben. In letztgenannter ist diese Ausnahme vom Vertreterbegriff nicht aufgegriffen worden, weshalb ihr keine Bedeutung mehr beizumessen ist und zur Begriffsbestimmung nicht mehr auf sie zurückgegriffen werden kann.²⁶⁵ Sie ist auch sachlich nicht begründet, sofern die Arbeitnehmervertreter etwa im Aufsichtsrat hinreichend informiert werden und dann die Arbeitnehmer unterrichten. Das muss aber gewährleistet sein, um die angestrebte Offenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu wahren. Entsprechendes gilt für die Anhörung. Hier müssen sich die Arbeitnehmervertreter rückkoppeln, um auch tatsächlich die Interessen der Arbeitnehmer vorbringen zu können. **3646**

Nach dem Wortlaut des Art. 27 EGRC muss eine Unterrichtung und Anhörung für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihre Vertreter gewährleistet sein. Die Verwendung des Wortes „oder“ anstelle eines „und“ kann unter Umständen Anlass zu Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung geben. So ist unklar, ob durch eine bloße Unterrichtung oder Anhörung der Vertreter der Arbeitnehmer ohne jegliche Beteiligung Letzterer den Anforderungen des Art. 27 EGRC Genüge getan ist.²⁶⁶ Die bislang in diesem Bereich erlassenen Richtlinien²⁶⁷ sehen jeweils die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmervertreter vor und verpflichten nicht zur individuellen Konsultation jedes einzelnen Arbeitnehmers.²⁶⁸ Da die Erläuterungen zur EGRC²⁶⁹ auf diese Richtlinien als europäischen Besitzstand hinweisen, ist davon auszugehen, dass mit ihren Bestimmungen Art. 27 erfüllt ist. Danach genügt es, wenn die Arbeitnehmervertreter unterrichtet und angehört werden.²⁷⁰ Dem widerspricht auch nicht, dass Art. 27 EGRC entsprechend seinem Zweck, nämlich Arbeitnehmerinteressen bei unternehmerischen Entscheidungen Gehör zu verschaffen, sowohl eine kollektive als auch eine indi- **3647**

²⁶³ RL 77/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. 1977 L 61, S. 26.

²⁶⁴ ABl. 2001 L 82, S. 16.

²⁶⁵ A.A. Jarass, § 29 Rn. 3; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 22; Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 21.

²⁶⁶ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 42.

²⁶⁷ Die RL 2002/14/EG, die RL 98/59/EG, die RL 2001/23/EG und die RL 94/45/EG, s.o. Rn. 3611 ff.

²⁶⁸ S. Art. 2 RL 2002/14/EG, Art. 2 RL 98/59/EG, Art. 7 RL 2001/23/EG, Art. 1 u. 2 Abs. 1 RL 94/45/EG.

²⁶⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

²⁷⁰ A.A. Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 42.

viduelle Dimension hat.²⁷¹ Selbst im Falle der individuellen Betroffenheit eines einzelnen Arbeitnehmers können seine Interessen durch einen Vertreter gegenüber dem Arbeitgeber vorgetragen und wahrgenommen werden. Ein direkter Kontakt zwischen dem betroffenen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber ist dazu nicht erforderlich. Es genügt folglich, wenn eine der beiden in Art. 27 EGRC genannten Stellen, nämlich entweder der betroffene Arbeitnehmer oder sein Vertreter, unterrichtet und angehört werden.

3. Unternehmen

a) Bedeutung

3648 Die Überschrift des Art. 27 EGRC weist auf das Unternehmen hin, während der Begriff im Text selbst nicht verwandt wird. Dennoch ist der Status der Arbeitnehmer im Verhältnis zu den Arbeitgebern innerhalb der wirtschaftlichen Einheit, in der sie tätig sind, mithin im Unternehmen, betroffen. Nicht erfasst sind die Unterrichtung und Anhörung durch staatliche Stellen sowie Arbeitgeberverbände, wie die Existenz von Art. 28 EGRC verdeutlicht.²⁷²

b) Weiter Begriff

3649 Im EG/AEUV wird der Begriff des Unternehmens namentlich in Art. 81 EG/101 AEUV verwandt, ohne dass er näher definiert wird. Auch in der in engem thematischen Bezug zu Art. 27 EGRC stehenden RL 94/45/EG²⁷³ über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats werden die Begriffe des „gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens“, der „Unternehmensgruppe“ und der „gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe“ näher bestimmt. Der Begriff des Unternehmens selbst wird jedoch ebenfalls nicht definiert.

3650 In der gleichfalls inhaltlich einschlägigen RL 2002/14/EG²⁷⁴ zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer wird der Begriff des Unternehmens als öffentliches oder privates Unternehmen verstanden, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig davon, ob es einen Erwerbszweck verfolgt oder nicht, und das im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ansässig ist. Diese Begriffsbestimmung legt zwar genauer fest, für welche Art des Unternehmens die Richtlinie Wirkung entfaltet. Sie bestimmt jedoch nicht konkret, was unter dem Begriff Unternehmen selbst zu verstehen ist.

3651 Der EuGH versteht unter einem Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.²⁷⁵ Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht notwendig.²⁷⁶ Der Unterneh-

²⁷¹ S.o. Rn. 3635 ff.

²⁷² *Kreber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 13.

²⁷³ ABl. 1994 L 254, S. 64; s.o. Rn. 3617 f.

²⁷⁴ ABl. 2002 L 80, S. 29; s.o. Rn. 3611 ff.

²⁷⁵ EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (2016, Rn. 21) – Höfner u. Elser; Rs. C-244/94, Slg. 1995, I-4013 (4028, Rn. 14) – Fédération française des sociétés d'assurance.

mensbegriff ist damit weit zu fassen.²⁷⁷ Diese Definition durch den EuGH kann auch für Art. 27 EGRC herangezogen werden, zumal sie auch mit der Umschreibung nach der RL 2002/14/EG übereinstimmt.

c) *Transnationale Konzerne*

Streitig war im Grundrechtekonvent, ob unter den Unternehmensbegriff auch grenzüberschreitende, transnationale Konzerne oder Unternehmensgruppen fallen.²⁷⁸ In der RL 2002/14/EG²⁷⁹ wird der Begriff des Unternehmens so definiert, dass darunter öffentliche und private Unternehmen fallen, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ansässig sind. Damit genügt für die Anwendbarkeit der Richtlinie, dass ein Unternehmen seinen Sitz in einem Mitgliedstaat hat. Unerheblich ist, ob es in weiteren Mitgliedstaaten oder auch in Drittstaaten operiert. **3652**

In der RL 94/45/EG²⁸⁰ wird die Schaffung eines Europäischen Betriebsrats oder eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer nur in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen verlangt. Diese werden in der Richtlinie definiert als Unternehmen mit Arbeitnehmern in mindestens zwei Mitgliedstaaten. Art. 27 EGRC spricht nicht von unionsweit operierenden Unternehmen. Deshalb ist im Umkehrschluss Art. 27 auf alle Unternehmen anwendbar, und diese müssen nicht notwendigerweise in mindestens zwei Mitgliedstaaten operieren. **3653**

In Zusammenschau mit der Begriffsdefinition in der RL 2002/14/EG²⁸¹ können als Unternehmen i.S.d. Art. 27 EGRC damit alle solche qualifiziert werden, die einen Firmensitz in der Europäischen Union haben. Unerheblich ist, ob sie gemeinschaftsweit operieren, ob sie auch in Drittstaaten tätig sind und ob sie die Nationalität eines Drittstaates haben. Diese weite Auslegung wird dem Wortlaut des Art. 27 EGRC und der Rechtsprechung des EuGH am besten gerecht.²⁸² **3654**

4. Rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung

a) *Abgrenzung zur Mitbestimmung*

Als materiellen Kern postuliert Art. 27 EGRC eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung. In Art. 137 Abs. 1 lit. e) EG/153 Abs. 1 lit. e) AEUV finden sich bereits die Begriffe „Unterrichtung und Anhörung“. Darin ist – ebenso wie in Art. 27 EGRC – kein intensiveres Beteiligungsrecht wie das einer Zustimmung der Arbeitnehmervertretung zu einer Maßnahme des Arbeitgebers vorgeschrieben.²⁸³ So **3655**

²⁷⁶ EuGH, Rs. C-244/94, Slg. 1995, I-4022 (4030, Rn. 21) – Fédération française des sociétés d'assurance; im Einzelnen Frenz, Europarecht 2, Rn. 343 ff.

²⁷⁷ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 23.

²⁷⁸ Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 213; Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 25.

²⁷⁹ ABl. 2002 L 80, S. 29.

²⁸⁰ ABl. 1994 L 254, S. 64.

²⁸¹ ABl. 2002 L 80, S. 29.

²⁸² Vgl. Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 23.

²⁸³ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 13.

ist in Art. 27 EGRC anders als in den als Vorlage dienenden Nr. 17 und 18 der GCSGA²⁸⁴ bewusst auf das Erfordernis der Mitwirkung der Arbeitnehmer verzichtet worden.²⁸⁵ Unterrichtung und Anhörung bilden lediglich Vorstufen zur Mitbestimmung.²⁸⁶ Bei echter Mitbestimmung würde der Arbeitgeber ohne die Zustimmung der Arbeitnehmer nicht entscheiden und handeln können.²⁸⁷

- 3656** Anhörung verlangt hingegen eine Berücksichtigung der Auffassungen der Arbeitnehmer im Rahmen der Entscheidung. Der Arbeitgeber ist jedoch anders als bei der Mitbestimmung nicht gebunden.²⁸⁸ Die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers wird dadurch nicht beschränkt.²⁸⁹

b) Anhörung

- 3657** In der RL 94/45/EG²⁹⁰ über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats wird der Begriff „Anhörung“ definiert als Meinungs Austausch und Dialog zwischen den Arbeitnehmervertretern und der zentralen Leitung oder einer anderen, angemessenen Leitungsebene. Die RL 2002/14/EG²⁹¹ zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer ersetzt die Leitungsebene durch den allgemeinen Begriff des Arbeitgebers. Diese Definition kann auf Art. 27 EGRC übertragen werden, zumal die Erläuterungen zur EGRC²⁹² ausdrücklich auf die Richtlinien verweisen.

c) Unterrichtung

- 3658** Gleiches gilt für den Begriff der Unterrichtung. In der RL 2002/14/EG²⁹³ zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer wird der Begriff der Unterrichtung definiert als die Übermittlung von Informationen durch den Arbeitgeber an die Arbeitnehmervertreter, um ihnen Gelegenheit zur Kenntnisnahme und Prüfung der behandelten Frage zu geben. Damit müssen die Informationen so umfassend sein, dass sich die Arbeitnehmer bzw. deren Vertreter ein sachgerechtes Urteil bilden können. Es dürfen also keine wesentlichen Elemente zurückgehalten oder falsch dargestellt werden. Umgekehrt muss nicht über unwesentliche Details informiert werden.

²⁸⁴ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

²⁸⁵ Vgl. M. Weiss, AuR 2001, 374 (376); s. auch Lörcher, AuR 2000, 241 (243); Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 10.

²⁸⁶ Ähnlich Orfanidis, Eigentumsproblematik und Mitbestimmung hinsichtlich der Europäischen Verfassung, 2006, S. 200.

²⁸⁷ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 13.

²⁸⁸ Jarass, § 29 Rn. 4.

²⁸⁹ Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 22; Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 13.

²⁹⁰ ABl. 1994 L 254, S. 64.

²⁹¹ ABl. 2002 L 80, S. 29.

²⁹² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

²⁹³ ABl. 2002 L 80, S. 29.

d) Rechtzeitig

Der Zweck von Art. 27 EGRC liegt darin, den Interessen der Arbeitnehmer Gehör zu verschaffen, so dass sie bei den unternehmerischen Entscheidungen durch die Arbeitgeber berücksichtigt werden können. Die Rechtzeitigkeit der Unterrichtung und Anhörung gem. Art. 27 EGRC verlangt daher eine so frühzeitige Mitteilung der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers, dass die Arbeitnehmer bzw. ihre Vertreter noch die Möglichkeit haben, vor ihrer Durchführung eine Meinung zu bilden und zu äußern. Dabei sind je nach Fall Dringlichkeit und Gewicht der Entscheidung maßgeblich, ebenso deren Komplexität. Je stärker diese Faktoren ausgeprägt sind, desto frühzeitiger ist zu unterrichten und anzuhören. Es gilt ein gleitender Maßstab. Eine allgemeine zeitliche Festlegung ist nicht sachgerecht.²⁹⁴ **3659**

5. Geeignete Ebenen

Art. 27 EGRC schreibt eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung auf den „geeigneten Ebenen“ vor. Nach den Erläuterungen zur EGRC²⁹⁵ wird damit auf die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften bestimmten Ebenen verwiesen, was die europäische Ebene einschließen kann, wenn die Rechtsvorschriften der Union dies vorsehen. Damit wird zum einen an den bereits bestehenden und zukünftigen Besitzstand des Unionsrechts angeknüpft;²⁹⁶ zum anderen wird den Mitgliedstaaten überlassen, auf welcher Unternehmensebene sie eine Unterrichtung und Anhörung ausgestalten wollen.²⁹⁷ Zu denken ist dabei an das Unternehmen selbst, die Unternehmensgruppe, den Betriebszweig, die Abteilung, die Sparte, den Betrieb, die Gruppe oder den Konzern.²⁹⁸ **3660**

Entsprechend der Formulierung im Plural ist auch eine Unterrichtung bzw. Anhörung auf mehreren Ebenen möglich. Diese beiden Vorgänge müssen nur zu einer hinreichenden Einbeziehung der Arbeitnehmer führen. Eine Beteiligung auf mehreren Ebenen gewährleistet zwar eine häufigere Ansprache, nicht aber notwendig eine umfassendere Berücksichtigung von Arbeitnehmerbelangen. Entscheidend ist vielmehr jeweils eine umfassende Unterrichtung bzw. Anhörung, damit die Sachlage bzw. die vorgebrachten Gesichtspunkte hinreichend gewürdigt werden können. Dies aber kann durch eine Aufspaltung der Unterrichtung bzw. Anhörung auf mehrere Ebenen vereitelt werden, wenn die Vorgänge nur formal erfolgen, ohne sie mit materiellem Gehalt zu füllen oder der Arbeitnehmer lediglich tröpfchenweise informiert bzw. angehört wird und daher niemals eine umfassende Einbeziehung erfolgt. **3661**

²⁹⁴ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 20.

²⁹⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

²⁹⁶ S.o. Rn. 3608 ff.

²⁹⁷ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 24.

²⁹⁸ S. Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 27; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 9.

IV. Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

1. Verweis hinsichtlich des „Wie“

a) Notwendige Ausgestaltung

3662 Art. 27 EGRC trifft weder eine Aussage dazu, in welchen Fällen, noch unter welchen Voraussetzungen noch auf welchen Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung stattzufinden haben. Es wird diesbezüglich auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten verwiesen. Der europäische und die einzelstaatlichen Gesetzgeber haben damit über das „Wie“ von Unterrichts- und Anhörungsrechten und damit über Fragen wie Voraussetzung, Zeitpunkt, Ebene, Teilnehmer und organisatorische Ausgestaltung zu entscheiden.²⁹⁹ Anhaltspunkte dafür, wo und inwiefern dies geschehen kann, geben die Vorlagen und das europäische Sekundärrecht, welches auch verbindliche Vorgaben enthält.

b) ESC und GCSGA

3663 Als Situationen, in denen an Unterrichtung und Anhörung zu denken wäre, kommen insbesondere die in Art. 21 rev. ESC³⁰⁰ und Nr. 18 GCSGA genannten Fälle in Betracht.³⁰¹ Danach sind Unterrichtung und Anhörung bei der Einführung technologischer Veränderungen in den Unternehmen zu berücksichtigen, wenn diese die Arbeitsbedingungen und die Arbeitsorganisation der Arbeitnehmer einschneidend verändern, bei der Umstrukturierung oder Verschmelzung von Unternehmen, wenn dadurch die Beschäftigung der Arbeitnehmer berührt wird, bei Massenentlassungen und im Falle von Arbeitnehmern, insbesondere Grenzgängern, die von den Beschäftigungsmaßnahmen des sie beschäftigenden Unternehmens betroffen sind.³⁰² Darüber hinaus ist an eine regelmäßige Unterrichtung über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens zu denken und über vom Unternehmen beabsichtigte Entscheidungen, die wesentliche Auswirkungen auf die Beschäftigungslage im Unternehmen haben können.³⁰³

c) Richtlinien

3664 Nach der RL 2002/14/EG³⁰⁴ hat eine Unterrichtung über die jüngste Entwicklung und die wahrscheinliche Weiterentwicklung der Tätigkeit und der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens oder des Betriebs stattzufinden. Unterrichtung und Anhörung haben zu Beschäftigungssituation, Beschäftigungsstruktur und wahr-

²⁹⁹ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 9.

³⁰⁰ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

³⁰¹ *Jarass*, § 29 Rn. 5.

³⁰² Vgl. Nr. 18 GCSGA.

³⁰³ Vgl. Art. 21 rev. ESC.

³⁰⁴ ABl. 2002 L 80, S. 29.

scheinlicher Beschäftigungsentwicklung im Unternehmen oder Betrieb sowie zu ggf. geplanten antizipierten Maßnahmen zu erfolgen, insbesondere bei einer Bedrohung für die Beschäftigung. Unterrichtung und Anhörung müssen zudem zu Entscheidungen stattfinden, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen können (Art. 4).

Die RL 98/59/EG³⁰⁵ verpflichtet den Arbeitgeber, im Fall beabsichtigter Massenentlassungen die Arbeitnehmervertreter zu konsultieren (Art. 2). **3665**

Die RL 2001/23/EG³⁰⁶ schreibt umfängliche Informations- und Konsultationspflichten für den Fall des Übergangs von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung vor (Art. 7). **3666**

Die RL 94/45/EG³⁰⁷ sieht die allgemeine Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats bei Unternehmen mit mindestens 1.000 Arbeitnehmern in den Mitgliedstaaten und mit jeweils 150 Arbeitnehmern in mindestens zwei Mitgliedstaaten oder bei Unternehmensgruppen mit ähnlichen Voraussetzungen vor (Art. 1, 2). **3667**

2. Verweis hinsichtlich des „Ob“

a) Grundsätzliches Wahlrecht

Der Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten hat auch zur Folge, dass es dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern überlassen wird, ob Unterrichts- und Anhörungsrechte gewährt werden. Da Art. 27 EGRC eine Unterrichtung und Anhörung nur in den Fällen vorsieht, in denen sich der europäische und/oder die nationalen Gesetzgeber dafür entschieden haben, diese zu gewährleisten, obliegt es ihnen grundsätzlich auch, sich ggf. gegen eine Gewährung von Unterrichts- und Anhörungsrechten zu entscheiden. Soweit damit weder das Unionsrecht noch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften eine Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer vorsehen, läuft die Gewährleistung folglich ins Leere.³⁰⁸ **3668**

b) Kein konkreter Gesetzgebungsauftrag

Art. 27 EGRC enthält keinen Gesetzgebungsauftrag hinsichtlich der Einführung von Unterrichts- und Anhörungsrechten. Ein Mindeststandard wird darin nicht festgeschrieben. Der Formulierung selbst ist eine Pflicht zur Einführung oder Beibehaltung irgendeiner Form der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer nicht zu entnehmen.³⁰⁹ Zum einen wird es gerade dem Unionsrecht bzw. den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften überlassen, zu entscheiden, in welchen Fällen Unterrichtung und Anhörung stattzufinden haben. Zum anderen ist die Norm als Gesetzgebungsauftrag (auch hinsichtlich eines Mindeststandards) zu unbestimmt. **3669**

³⁰⁵ ABl. 1998 L 225, S. 16.

³⁰⁶ ABl. 2001 L 82, S. 16.

³⁰⁷ ABl. 1994 L 254, S. 64.

³⁰⁸ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 10.

³⁰⁹ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 10.

Ihr ist gerade nicht zu entnehmen, wann und wie Unterrichts- und Anhörungsrechte gewährt werden müssen.

- 3670** Dass Art. 27 EGRC selbst keinen konkreten oder gar einforderbaren Gesetzgebungsauftrag enthält, ergibt sich auch aus seiner Qualifizierung als Grundsatz. Gem. Art. 52 Abs. 5 EGRC können nämlich die Bestimmungen dieser Charta, in denen Grundsätze festgelegt sind, durch Akte der Gesetzgebung und der Ausführung der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie durch Akte der Mitgliedstaaten zur Durchführung des Rechts der Union in Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten umgesetzt werden. Es ist nicht davon die Rede, dass die Grundsätze umgesetzt werden müssen.

c) Mindeststandard wegen Betroffenheit der Menschenwürde

- 3671** Allerdings kann sich ein Anspruch auf Gewährung eines Mindeststandards an Unterrichtung und Anhörung aus Art. 1 i.V.m. Art. 27 EGRC ergeben.³¹⁰ Der Arbeitnehmer wird zum Objekt herabgewürdigt, wenn er über die ihn betreffenden essenziellen Belange weder unterrichtet noch angehört wird. Daher besteht die Pflicht, Unterrichtung und Anhörung überhaupt vorzusehen. Dieser Mindeststandard ist auch individuell einforderbar.

- 3672** Entsprechend dem in Art. 51 EGRC festgelegten Anwendungsbereich der EGRC richtet sich dieser subjektive Anspruch gegen die Union. Wegen der bereits vielfältigen Aktivitäten des europäischen Gesetzgebers in diesem Bereich und der daraus resultierenden Existenz der oben genannten Richtlinien³¹¹ wird das Problem allerdings erst relevant, wenn der Unionsgesetzgeber das Niveau in den derzeit bestehenden Richtlinien senken bzw. Unterrichts- und Anhörungsrechte gänzlich abschaffen würde und auch die einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften keinerlei Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer mehr vorsehen würden.³¹²

d) Geringer Regelungsgehalt

- 3673** Der Regelungsgehalt des Art. 27 EGRC wird folglich durch den Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten weitgehend relativiert.³¹³ Seine Errungenschaft liegt darin, dass durch die Aufnahme in die EGRC Unterrichts- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmer im Unternehmen als grundlegende Werte für die Union anerkannt und festgehalten werden und sich aus dem Zusammenspiel mit Art. 1 EGRC ein Anspruch auf einen Mindeststandard an Unterrichtung und Anhörung ergibt. Im Übrigen besteht nur eine Leitlinie für die Gesetzgebung.

³¹⁰ S.o. Rn. 3634.

³¹¹ S.o. Rn. 3611 ff.

³¹² *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 27 GRCh Rn. 17.

³¹³ *Streinz*, in: ders., Art. 27 GR-Charta Rn. 2; *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 25; *Riedel*, in: Meyer, Art. 27 Rn. 28; *Pache*, EuR 2001, 475 (481).

e) Tribut an Kompetenzstreit

Die Bezugnahme auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten trägt dem Kompetenzstreit im Grundrechtekonvent Rechnung. Manche Vertreter hatten die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Charta mit der Befürchtung abgelehnt, weitgehende Regelungen würden in die mitgliedstaatlichen Regelungskompetenzen hineinwirken und die in den Verträgen festgelegten Kompetenzen der Union ausweiten.³¹⁴ Der Verweis auf die einzelstaatlichen Vorschriften und Gepflogenheiten ist somit ein Tribut an diese Meinungsverschiedenheiten und gibt den politischen Kompromiss wieder. **3674**

V. Rechtsfolgen

Da Art. 27 EGRC als Grundsatz zu qualifizieren ist,³¹⁵ müssen sich gem. Art. 51 Abs. 1 EGRC die Organe und Einrichtungen der Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union daran halten. Die genannten Stellen haben danach im Rahmen ihrer Zuständigkeiten den Vorgaben des Art. 27 EGRC Rechnung zu tragen. Jedoch sind sie über ein unabdingbares, aber eng begrenztes Mindestmaß hinaus nicht verpflichtet, Regelungen zur Unterrichtung und Anhörung zu erlassen.³¹⁶ Art. 27 EGRC enthält selbst jedenfalls keinen verbindlichen Gesetzgebungsauftrag.³¹⁷ **3675**

Der Grundsatz des Art. 27 EGRC, wonach die Unterrichtung und die Anhörung der Arbeitnehmer bzw. ihrer Vertreter gewährleistet sein müssen, ist daher lediglich bei der Auslegung des einschlägigen Sekundärrechts³¹⁸ und des in Umsetzung von Unionsrecht erlassenen nationalen Rechts zu berücksichtigen.³¹⁹ Dementsprechend bestimmt auch Art. 52 Abs. 5 S. 2 EGRC, dass die Grundsätze „vor Gericht nur bei Auslegung dieser (Umsetzungs-)Akte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden“ können. Art. 27 EGRC hat deshalb nur dann Bedeutung für ein Gericht, wenn Rechtsakte, die in Umsetzung von Art. 27 EGRC erlassen worden sind, ausgelegt oder überprüft werden.³²⁰ Die Grundsätze begründen kein Klagerecht auf Erlass solcher Durchführungsakte. **3676**

Erst recht ergibt sich aus Art. 27 EGRC keine Verpflichtung Privater, insbesondere der Arbeitgeber, zur Unterrichtung und/oder Anhörung der Arbeitnehmer.³²¹ Derartige Verpflichtungen und die entsprechenden gerichtlich einklagbaren **3677**

³¹⁴ Zimmerling/Beplat, DVP 2001, 3 (6); vgl. Pernice, DVBl. 2000, 847 (853); Knöll, NVwZ 2001, 392 (393); Tettinger, NJW 2001, 1010 (1014); Pitschas, VSSR 2000, 207 (212); Calliess, EuZW 2001, 261 ff.; s. auch o. Rn. 3599.

³¹⁵ S.o. Rn. 3631.

³¹⁶ A.A. Jarass, § 29 Rn. 6.

³¹⁷ S.o. Rn. 3669 f.

³¹⁸ S. die o. genannten Richtlinien, Rn. 3611 ff.

³¹⁹ Jarass, § 29 Rn. 6; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1005.

³²⁰ Vgl. die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte hinsichtlich Art. 52 Abs. 5, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

³²¹ Jarass, § 29 Rn. 8.

subjektiven Unterrichts- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmer ergeben sich erst aus den Durchführungsakten.

VI. Prüfungsschema zu Art. 27 EGRC

3678 1. Gewährleistungsbereich

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) Arbeitnehmer: erbringt während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält
- b) Vertreter der Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften oder der Praxis der Mitgliedstaaten
- c) Unterrichtung oder Anhörung der betroffenen Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter
- d) in Unternehmen: jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung; Gewinnerzielungsabsicht nicht notwendig; Firmensitz in der EU; unerheblich ist, ob es EU-weit operiert, ob es auch in Drittstaaten tätig ist und ob es die Nationalität eines Drittstaates hat
- e) Anhörung: Meinungsaustausch und Dialog zwischen den Arbeitnehmervertretern und dem Arbeitgeber
- f) Unterrichtung: Übermittlung von Informationen durch den Arbeitgeber an die Arbeitnehmervertreter, um ihnen Gelegenheit zur Kenntnisnahme und Prüfung der behandelten Frage zu geben
- g) keine Mitbestimmung
- h) Rechtzeitigkeit der Unterrichtung und Anhörung: so frühzeitige Mitteilung der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers, dass vor ihrer Durchführung die Arbeitnehmer bzw. ihre Vertreter noch die Möglichkeit haben, eine Meinung zu bilden und zu äußern
- j) betroffene Ebenen und Voraussetzungen nach Unionsrecht und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften; z.B. Unternehmen, Unternehmensgruppe, Betriebszweig, Abteilung, Sparte, Betrieb, Gruppe oder Konzern
- k) Mindeststandards an Unterrichtung und Anhörung aus Art. 1 i.V.m. Art. 27 EGRC
- l) keine Drittwirkung

2. Rechtsfolgen

- a) kein konkreter Gesetzgebungsauftrag: Union und Mitgliedstaaten sind über ein unabdingbares, aber eng begrenztes Mindestmaß hinaus nicht verpflichtet, Regelungen zur Unterrichtung und Anhörung zu erlassen
- b) Grundsatz des Art. 27 EGRC lediglich bei der Auslegung des einschlägigen Sekundärrechts und des in Umsetzung von Unionsrecht erlassenen nationalen Rechts zu berücksichtigen
- c) kein Klagerecht auf Erlass von Durchführungsakten

B. Kollektivverhandlungen und -maßnahmen

Art. 28 EGRC behandelt das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen. Danach haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. **3679**

I. Grundlagen

1. ESC und GCSGA

Nach den Erläuterungen zur EGRC³²² stützt sich Art. 28 EGRC auf Art. 6 ESC³²³ **3680** sowie auf die Nr. 12-14 GCSGA.³²⁴

a) ESC

Art. 6 ESC beinhaltet in vier Unterpunkten das Recht auf Kollektivverhandlungen. **3681** Die Vertragsparteien verpflichten sich danach:

1. gemeinsame Beratungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu fördern;
 2. Verfahren für freiwillige Verhandlungen zwischen Arbeitgeberorganisationen einerseits und Arbeitnehmerorganisationen andererseits, soweit dies notwendig und zweckmäßig ist, mit dem Ziele, die Beschäftigungen durch Gesamtarbeitsverträge zu regeln;
 3. die Einrichtungen und die Benutzung geeigneter Vermittlungs- und freiwilliger Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten zu fördern;
- und
4. das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen anzuerkennen.

Die Streikgarantie ist eine der bekanntesten Vorschriften der ESC, da es sich **3682** bei ihr um die erste völkerrechtlich verbindliche Festschreibung des Streikrechts handelt und sie erheblich über national übliche Regelungen des Arbeitskampfrechts hinausgeht.³²⁵

³²² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

³²³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

³²⁴ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

³²⁵ *Riedel*, in: Meyer, Art. 28 Rn. 4.

b) GCSGA

3683 Nr. 12-14 GCSGA erfassen den Bereich der Tarifverhandlungen. Danach haben die Arbeitgeber und Arbeitgebervereinigungen einerseits und die Arbeitnehmervereinigungen andererseits das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen (Nr. 12). Zudem dürfen bei Interessenkonflikten Kollektivmaßnahmen einschließlich des Streiks ergriffen werden (Nr. 13). Ob diese Rechte auch für die Streitkräfte, die Polizei und den öffentlichen Dienst gelten, wird den Mitgliedstaaten überlassen (Nr. 14).

c) Vergleich

3684 Die Bestimmungen in der ESC und der GCSGA enthalten im Vergleich zu Art. 28 EGRC zusätzliche Gewährleistungen.³²⁶ Während die Bestimmungen der ESC und der GCSGA detaillierte Ausführungen zur Förderung des Rechts auf Kollektivverhandlungen und -maßnahmen beinhalten, beschränkt sich Art. 28 EGRC auf die knappe Formulierung der allgemeinen Gewährleistung dieses Rechts.³²⁷ Insbesondere Art. 6 Nr. 1 sowie Nr. 3 ESC und Nr. 14 GCSGA gehen thematisch deutlich über das in Art. 28 EGRC Geregelter hinaus. Es verwundert daher, dass die Erläuterungen zur EGRC³²⁸ auch auf diese Regelungen verweisen. Exakter wäre ein Hinweis auf Art. 6 Nr. 2 und Nr. 4 ESC sowie Nr. 12 und Nr. 13 GCSGA gewesen.³²⁹

3685 Im Vergleich zu Art. 28 EGRC enthalten die Bestimmungen der ESC und der GCSGA allerdings keine Grundrechte, sondern lediglich Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.³³⁰ Während sich dies bei der ESC bereits aus der Formulierung der Vorschrift ergibt, ist bei der GCSGA dessen lediglich feierliche Proklamation ohne Rechtsverbindlichkeit maßgeblich.³³¹

2. EMRK und EGMR

3686 Nach den Erläuterungen zur EGRC³³² wurde das Recht auf kollektive Maßnahmen vom EGMR als einer der Bestandteile des gewerkschaftlichen Vereinigungsrechts anerkannt, das durch Art. 11 EMRK festgeschrieben ist. Danach hat jede Person das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

³²⁶ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRCh Rn. 2; *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 44.

³²⁷ *Riedel*, in: Meyer, Art. 28 Rn. 2; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRCh Rn. 2.

³²⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

³²⁹ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 1 Fn. 2 u. 3.

³³⁰ *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 14.

³³¹ S.o. Rn. 3539.

³³² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

Damit wird aber in Art. 11 EMRK in erster Linie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit gewährleistet und nur zweitrangig die Koalitionsfreiheit.³³³ Versammlungs-, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit sind in der EGRC in Art. 12 Abs. 1 geregelt. Letztere verleiht danach jeder Person das Recht, sich im gewerkschaftlichen Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen. Dies umfasst das Recht jeder Person, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten. Mit diesem Gehalt entspricht Art. 12 Abs. 1 EGRC Art. 11 EMRK. Das Gegenstück zu Art. 11 EMRK ist folglich nicht Art. 28 EGRC, sondern Art. 12 EGRC.³³⁴ **3687**

Diese Sicht stimmt auch mit den Erläuterungen zur EGRC überein. Sie verweisen im Hinblick auf Art. 28 EGRC nicht direkt auf Art. 11 EMRK, sondern auf die dazugehörige Rechtsprechung des EGMR.³³⁵ Der EGMR hat Art. 11 EMRK das Recht der Gewerkschaften zur effektiven Interessenwahrnehmung und zur Verteidigung dieser Interessen durch kollektive Maßnahmen entnommen.³³⁶ Ob er in Art. 11 EMRK auch ein Recht zu Kollektivverhandlungen und ein Streikrecht gewährleistet sieht, ist umstritten.³³⁷ Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, der EGMR sehe von der Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK auch die Tarifhoheit und das Streikrecht umfasst.³³⁸ Die Gegenansicht verneint dies.³³⁹ Der EGMR habe es bislang deutlich vermieden zu sagen, dass Art. 11 EMRK die Einräumung eines Streikrechts verlange.³⁴⁰ Er sehe vielmehr in dem Abschluss eines Tarifvertrags und im Streik nur eine unter zahlreichen Möglichkeiten der Gewerkschaften, ihre Interessen durchzusetzen.³⁴¹ **3688**

Vorliegend bedarf es keiner Entscheidung, ob der EGMR das Recht zu Kollektivverhandlungen und das Streikrecht auf der Grundlage des Art. 11 EMRK aner- **3689**

³³³ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 1.

³³⁴ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 1.

³³⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, 17 (26).

³³⁶ EGMR, Urt. vom 6.2.1976, Nr. 5614/72 (Rn. 40), EuGRZ 1976, 62 (65) – Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden; Urt. vom 10.1.2002, Nr. 53574/99 (Abschnitt The Law 1.2.), ÖJZ 2003, 276 (277) – UNISON/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 25.4.1996, Nr. 15573/89 (Rn. 45), ÖJZ 1996, 869 (870 f.) – Gustafsson/Schweden; Urt. vom 2.7.2002, Nr. 30668/96 u.a. (Rn. 42), ÖJZ 2003, 729 (730) – Wilson u.a./Vereinigtes Königreich; *Grabenwarter*, § 23 Rn. 77; *Frowein/Peukert*, Art. 11 Rn. 11; *Riedel*, in: Meyer, Art. 28 Rn. 24; *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 34.

³³⁷ Näher o. Rn. 2244.

³³⁸ *Jarass*, § 29 Fn. 22; *Marauhn*, RabelsZ 1999, 538 (547); *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 34.

³³⁹ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1006; *Grabenwarter*, § 23 Rn. 77.

³⁴⁰ *Bröhmer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 19 Rn. 102; *Jarass*, § 29 Fn. 22; *Rebhahn*, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (650).

³⁴¹ *Grabenwarter*, § 23 Rn. 77; *Bröhmer*, in: Grote/Marauhn, Kap. 19 Rn. 102; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1006 unter Berufung auf EGMR, Urt. vom 6.2.1976, Nr. 5614/72 (Rn. 40), EuGRZ 1976, 62 (65) – Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden; Urt. vom 10.1.2002, Nr. 53574/99 (Abschnitt The Law 1.2.), ÖJZ 2003, 276 (277) – UNISON/Vereinigtes Königreich; Urt. vom 6.2.1976, Nr. 5589/72 (Rn. 36), EuGRZ 1976, 68 (70) – Schmidt u. Dahlström/Schweden; Urt. vom 2.7.2002, Nr. 30668/96 u.a. (Rn. 44 f.), ÖJZ 2003, 729 (730) – Wilson u.a./Vereinigtes Königreich.

kennt. Im Bereich des Art. 28 EGRC kann aufgrund der eindeutigen Formulierung kein entsprechender Streit entstehen, da Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen, einschließlich des Streiks, ausdrücklich geschützt sind.³⁴²

3. Europäischer Besitzstand

a) Explizite Anknüpfung an das Unionsrecht

- 3690** Art. 28 EGRC knüpft das Recht auf Kollektivverhandlungen und -maßnahmen explizit an das Unionsrecht, das aber der europäischen Ebene nur eine begrenzte Kompetenz in diesen Bereichen gibt. Weil die EGRC der Union nach Art. 51 Abs. 2 keine neuen Kompetenzen geben wollte, folgt aus diesem Bezug auch eine Begrenzung der Geltungskraft des in Art. 28 EGRC enthaltenen Grundrechts. Dass die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ebenfalls ausdrücklich genannt werden, verweist im Übrigen auf diese.³⁴³ Zugleich sind sie von den Unionsorganen sowohl kompetenziell als auch materiell zu achten. Letzteres spielt insofern eine Rolle, als die Unionsorgane auch dann, wenn sie sich strikt an ihre Zuständigkeiten halten, inhaltlich darauf achten müssen, dass etwa das außerhalb ihrer Regelungskompetenz liegende Streikrecht auch indirekt und faktisch nicht beeinträchtigt wird. Dies sichert die Gewährleistung des Art. 28 EGRC ab.

b) Art. 137 EG/153 AEUV

- 3691** Art. 137 Abs. 1 lit. f) i.V.m. Abs. 2 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. f) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV gibt dem Rat die Befugnis, durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Unterstützung der Tätigkeit der Mitgliedstaaten bei der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen zu erlassen. Allerdings sind das Arbeitsentgelt, Koalitions-, Streik- und Aussperrungsrecht in Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV ausdrücklich aus der Regelungskompetenz der Union ausgenommen. Daher wird in diesen Bereichen eine Alleinzuständigkeit der Mitgliedstaaten angenommen.³⁴⁴ Jedoch ist streitig, welche Regelungsmaterien unter den Bereich des Abs. 1 lit. f) und welche unter das Koalitionsrecht i.S.d. Abs. 5 fallen.³⁴⁵ Vorliegend bedarf dies nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die Regelungsmaterien des Art. 28 EGRC, d.h. Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen, einer näheren Betrachtung.

aa) Arbeitskampf

- 3692** Soweit es um die kollektiven Arbeitskampfmaßnahmen des Streiks und der Aussperrung geht, ist eine Zuständigkeit der Union nach dem insoweit klaren Wortlaut

³⁴² Jarass, § 29 Fn. 22.

³⁴³ S. zur Einordnung näher u. Rn. 3751 ff.

³⁴⁴ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 11; Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 137 EGV Rn. 89.

³⁴⁵ Frenz, Europarecht 1, Rn. 1793.

von Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV ausgeschlossen.³⁴⁶ Dieser bezieht sich aber nicht notwendig auf sonstige Kollektivmaßnahmen und damit auf solche Formen des Arbeitskampfes, die nicht als Streik oder Aussperrung zu qualifizieren sind. Nur bei einem weiten Verständnis des Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV sind auch sie aus der Regelungskompetenz der Union ausgenommen.³⁴⁷

Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV verwendet mit dem Koalitionsrecht, dem Streikrecht sowie dem Aussperrungsrecht Begriffe, die in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich verstanden werden.³⁴⁸ Daher sind die Begriffe „Streikrecht“ und „Aussperrungsrecht“ als Beispiele und allumfassend zu verstehen, da andernfalls zwischen den Mitgliedstaaten Streit darüber entstehen könnte, welche kollektive Maßnahme als Streik oder Aussperrung zu verstehen ist und welche kollektiven Aktivitäten deshalb nicht von der Union, sondern den Mitgliedstaaten geregelt werden dürfen. Dies wird nur durch eine weite Begriffsauslegung und ein jegliche Formen des Arbeitskampfrechts umfassendes Verständnis des Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV vermieden. Die Ausschlussstatbestände „Streikrecht“ und „Aussperrungsrecht“ schließen daher jede europarechtliche Regelung im Bereich des Arbeitskampfes aus.³⁴⁹ **3693**

bb) Tarifvertragsrecht

Trotz des engen Sachzusammenhangs mit dem Arbeitskampfrecht wird man das Tarifvertragsrecht nicht unter die Ausschlussklausel des Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV subsumieren können.³⁵⁰ Bei einer anderen Auslegung würde Art. 137 Abs. 1 lit. f) EG/153 Abs. 1 lit. f) AEUV leer laufen, da die „kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen“ vorwiegend über die Aushandlung von Kollektivvereinbarungen erfolgt.³⁵¹ Als Ausnahmetatbestand ist Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV eng auszulegen.³⁵² Zwar nimmt er ausdrücklich „das Koalitionsrecht“ als Regelungsmaterie aus. Das Recht zu Kollektivvereinbarungen ist jedoch nicht mit dem Begriff des Koalitionsrechts gleichzusetzen. Dies zeigt sich in Art. 140 EG/156 AEUV, der zwischen dem Koalitionsrecht einerseits und den Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern andererseits unterscheidet.³⁵³ Der Gemeinschaft/Union ist daher im Bereich der Kol- **3694**

³⁴⁶ Birk, in: Oetker/Preis/Rieble (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1165 (1166).

³⁴⁷ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 25; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 GRCh Rn. 11; a.A. Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 137 EGV Rn. 92.

³⁴⁸ Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 137 EGV Rn. 90; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 GRCh Rn. 9.

³⁴⁹ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 25; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 GRCh Rn. 11; a.A. Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 137 EGV Rn. 92.

³⁵⁰ Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 137 EGV Rn. 92; Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 19; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 11; a.A. Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 GRCh Rn. 11.

³⁵¹ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 19; Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 137 EGV Rn. 92.

³⁵² Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 31.

³⁵³ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 19.

lektivvereinbarungen eine Regelungskompetenz auf der Grundlage von Art. 137 Abs. 1 lit. f) i.V.m. Abs. 2 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. f) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV gegeben.³⁵⁴

c) Art. 138, 139 EG/154, 155 AEUV

3695 Die sich an Art. 137 EG/153 AEUV anschließenden Art. 138 und 139 EG/154 und 155 AEUV betreffen den so genannten sozialen Dialog. Art. 138 EG/154 AEUV regelt den dreiseitigen Dialog zwischen der Europäischen Kommission und den auf Unionsebene angesiedelten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden. Art. 139 EG/155 AEUV betrifft den zweiseitigen Dialog, d.h. das einvernehmliche Zusammenwirken der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände mit dem Ziel der autonomen Gestaltung von Arbeitsbeziehungen durch sie selbst.³⁵⁵

3696 Art. 139 EG/155 AEUV befasst sich damit zwar mit dem Dialog von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden und deren Möglichkeit, Vereinbarungen abzuschließen. Dies ist jedoch nicht mit den in Art. 28 EGRC genannten Kollektivverhandlungen vergleichbar. Zum einen behandelt Art. 139 EG/155 AEUV die Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden lediglich auf Unionsebene. Zum anderen ist umstritten, ob die im Rahmen von Art. 139 EG/155 AEUV geschlossenen Vereinbarungen als Kollektivverträge im üblichen Sinn anzuerkennen sind.³⁵⁶ Dagegen spricht, dass die nach Art. 139 EG/155 AEUV geschlossenen Vereinbarungen auf Unionsebene geschlossen werden und gem. Art. 139 Abs. 2 EG/155 Abs. 2 AEUV noch der Durchführung auf nationaler Ebene nach den einzelstaatlichen Regelungen oder durch Ratsbeschluss bedürfen.³⁵⁷ Nach überwiegend vertretener Ansicht steht es den Mitgliedstaaten und ihren Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden frei, ob sie die Vereinbarungen überhaupt umsetzen und inwieweit sie im Falle einer Umsetzung den Inhalt der Vereinbarung übernehmen.³⁵⁸

d) Sekundärrecht

3697 Auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts finden sich bisher fast keine europarechtlichen Regelungen, was sich zum einen mit den sehr verschiedenen und folglich schwer zu harmonisierenden nationalen Regelungen und zum anderen mit der Bestimmung des Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV erklären lässt.³⁵⁹ So fin-

³⁵⁴ Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 137 EGV Rn. 92; Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 19; a.A. Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 GRCh Rn. 11. In der Praxis ist dies jedoch schwierig umzusetzen, da der Beschl. des Rates nach Art. 137 Abs. 2 EG/153 Abs. 2 AEUV jedenfalls für lit. f) Einstimmigkeit voraussetzt, s. Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 11.

³⁵⁵ Vgl. Eichenhofer, in: Streinz, Art. 136 EGV Rn. 20 und Art. 138 EGV Rn. 1.

³⁵⁶ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 4 m.w.N. in Fn. 11; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRCh Rn. 6.

³⁵⁷ Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (657).

³⁵⁸ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 139 EGV Rn. 21 m.w.N.; Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (657).

³⁵⁹ Sigemann, RdA 2003, 18 (22).

den sich im europäischen Sekundärrecht zwar viele Richtlinien, die auf kollektive Vereinbarungen Bezug nehmen.³⁶⁰ Das Sekundärrecht enthält bislang jedoch keine allgemein gültigen Regeln hinsichtlich Kollektivvereinbarungen und insbesondere kein mit Art. 28 EGRC vergleichbares Recht auf Kollektivverhandlungen. Das bislang existierende Sekundärrecht nimmt lediglich Bezug auf das Ergebnis der Kollektivverhandlungen, regelt diese aber nicht als solche.³⁶¹

Gleiches gilt für das Arbeitskampfrecht, zu dem bislang keine europarechtlichen Regelungen existieren. Aus der VO (EG) Nr. 2679/98³⁶² ergibt sich vielmehr, dass auf europäischer Ebene bislang kein Recht auf Kollektivmaßnahmen verfügbar ist. In Art. 2 S. 1 dieser Verordnung wird nämlich von den „in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte(n), einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik“ gesprochen und damit gerade nicht von in der EU anerkannten Grundrechten.³⁶³ **3698**

e) *EuGH-Rechtsprechung*

Der EuGH hat zu der Frage, ob die europäischen Normen ein Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen enthalten, ohne die EGRC nicht Stellung genommen.³⁶⁴ Zwar hat in einem Verfahren aus dem Jahr 1999 *GA Jacobs* ausführlich dargelegt, dass seines Erachtens das europäische Recht kein Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen kenne.³⁶⁵ Der EuGH ist in der entsprechenden Entscheidung jedoch nicht auf diesen Punkt eingegangen.³⁶⁶ Erst jüngst hat der EuGH unter Berufung auf Art. 28 EGRC ein „Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als Grundrecht“ anerkannt.³⁶⁷ **3699**

Vorher hat der EuGH lediglich im Bereich des europäischen Beamtenrechts die in Art. 24a³⁶⁸ Beamtenstatut³⁶⁹ anerkannte Vereinigungsfreiheit dahin ausgelegt, **3700**

³⁶⁰ S. z.B. Art. 21 RL 2006/54/EG (des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung, ABl. L 204, S. 23) oder Art. 3 Nr. 3 RL 2001/23/EG (ABl. 2001 L 82, S. 16).

³⁶¹ *Rebhahn*, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (657).

³⁶² Des Rates vom 7.12.1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 337, S. 8.

³⁶³ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 3; vgl. *Birk*, in: Oetker/Preis/Rieble (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1165 (1167).

³⁶⁴ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 3; *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 30; *Zachert*, NZA 2000, 621 (625); *Deinert*, RdA 2004, 211 (218).

³⁶⁵ *GA Jacobs*, EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (5787, Rn. 132 ff.) – Albany; vgl. *Deinert*, RdA 2004, 211 (218).

³⁶⁶ EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 – Albany; vgl. *Deinert*, RdA 2004, 211 (218).

³⁶⁷ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248, Rn. 43) – Viking; auch Rs. C-341/05 EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 91) – Laval im Bezug auf Blockademaßnahmen und ohne explizite Benennung des Streikrechts; s. zu den Grenzen aus den Grundfreiheiten o. Rn. 475.

³⁶⁸ Heute Art. 24b; geändert durch VO (EG, Euratom) Nr. 723/2004, ABl. 2004 L 124, S. 1.

³⁶⁹ VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates vom 29.2.1968 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedin-

dass die Beamten der europäischen Organe und Einrichtungen nicht nur das Recht haben, freie Vereinigungen ihrer Wahl zu gründen. Er erkannte auch das Recht dieser Vereinigungen an, sich zur Verteidigung der beruflichen Interessen ihrer Mitglieder jeder erlaubten Tätigkeit widmen zu können.³⁷⁰ Eine Stellungnahme zum Bestehen eines Streikrechts der Beamten hat der EuGH allerdings vermieden.³⁷¹

4. Verfassungen der Mitgliedstaaten

- 3701** Art. 28 EGRC knüpft nicht nur an den sehr lückenhaften europarechtlichen Besitzstand an, sondern gleichermaßen an die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.³⁷² In den Verfassungen der Mitgliedstaaten finden sich unterschiedliche Ausprägungen des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen. Das Recht auf Kollektivverhandlungen wird etwa in Italien, Spanien, Portugal und Griechenland ausdrücklich gewährleistet. Einige Verfassungen enthalten auch eine ausdrückliche Absicherung des Streiks, so in Frankreich, Italien, Spanien, Portugal, Griechenland und Schweden.³⁷³ Ein universelles Streikverbot existiert nirgends.³⁷⁴ Die Aussperrung wird in Portugal durch die Verfassung hingegen ausdrücklich verboten.³⁷⁵
- 3702** In den Verfassungen sind die Grundrechtsträger jedoch nicht immer die gleichen: So ist das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen beispielsweise in Griechenland als Recht der Gewerkschaften ausgestaltet, in Lettland, Litauen und Spanien als Recht der Arbeitnehmer, speziell für Kampfmaßnahmen in Spanien auch als Recht der Arbeitgeber, in Estland und Schweden als Recht nur der Arbeitgebervereinigungen.³⁷⁶
- 3703** Art. 9 Abs. 3 GG schützt primär die in Art. 12 EGRC gewährleistete Koalitionsfreiheit.³⁷⁷ Zwar sind die Tarifautonomie und damit das Recht der Tarifpartner auf Abschluss von Tarifverträgen zur Regelung über Löhne und Gehälter sowie sonstige Arbeitsbedingungen nicht ausdrücklich in Art. 9 Abs. 3 GG erwähnt.³⁷⁸

gungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind (Statut der Beamten), ABl. L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008 des Rates vom 14.5.2008 zur Angleichung der Dienst- und Versorgungsbezüge der Beamten und sonstigen Bediensteten der Europäischen Gemeinschaften mit Wirkung vom 1. Juli 2007, ABl. L 127, S. 1.

³⁷⁰ EuGH, Rs. 175/73, Slg. 1974, 917 (925, Rn. 14/16) – Gewerkschaftsbund, Massa u. Kortner; Rs. 18/74, Slg. 1974, 933 (944, Rn. 10/12) – Allgemeine Gewerkschaft der Europäischen Beamten; *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 30.

³⁷¹ EuGH, Rs. 44 u.a./74, Slg. 1975, 383 (394 f., Rn. 11/16) – Acton; *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Fn. 63; *Däubler*, in: FS für Hanau, 1999, S. 489 (496).

³⁷² Zur Bedeutung schon o. Rn. 3690 sowie ausführlich u. Rn. 3751 ff.

³⁷³ *Rebhahn*, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (651).

³⁷⁴ *Däubler*, in: FS für Hanau, 1999, S. 489 (496).

³⁷⁵ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 2.

³⁷⁶ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 2.

³⁷⁷ *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 9 Rn. 76.

³⁷⁸ *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 9 Rn. 78.

Dennoch geht das BVerfG fest davon aus, dass Art. 9 Abs. 3 GG „mit der Koalitionsfreiheit auch die sog. Tarifautonomie und damit den Kernbereich eines Tarifvertragssystems“ gewährleistet, „weil sonst die Koalitionen ihre Funktion, in dem von der staatlichen Rechtsetzung frei gelassenen Raum das Arbeitsleben im Einzelnen durch Tarifverträge zu ordnen, nicht sinnvoll erfüllen könnten“.³⁷⁹ Deshalb erstreckt das BVerfG die Koalitionsfreiheit auch auf Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, „jedenfalls insoweit ..., als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen“.³⁸⁰ Dazu zählen der Streik³⁸¹ und die Aussperrung des von Kampfmaßnahmen betroffenen Arbeitgebers, soweit sie „zur Herstellung der Verhandlungsparität eingesetzt“ werden.³⁸²

II. Einordnung

Die meisten Stimmen in der Lit. sehen in Art. 28 EGRC ein subjektives Recht.³⁸³ **3704**
Die Zuordnung hat sich wie auch sonst³⁸⁴ an Wortlaut, Genese, Systematik und Zweck zu orientieren.

1. Qualifizierung als Grundrecht

a) Wortlaut

Bereits die Überschrift von Art. 28 EGRC spricht von einem „Recht“. Auch in der textlichen Formulierung wird den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und ihren jeweiligen Organisationen „das Recht“ eingeräumt, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen sowie kollektive Maßnahmen zu ergreifen. Zwar wird auch Art. 27 EGRC von seiner Überschrift als „Recht“ benannt, obwohl es sich dabei gerade nicht um ein subjektives Recht, sondern um einen Grundsatz handelt.³⁸⁵ Art. 28 EGRC ist aber im Übrigen textlich anders ausgestaltet und enthält eine wesentlich präzisere Ausformulierung dessen, was den Arbeitnehmerinnen und Arbeitgebern und ihren jeweiligen Organisationen zu gewähren ist.³⁸⁶ **3705**

³⁷⁹ BVerfGE 20, 312 (317); vgl. 4, 96 (108); 18, 18 (28); 44, 322 (340 f.); 50, 290 (367); 58, 233 (246); 84, 212 (224).

³⁸⁰ BVerfGE 92, 365 (393 f.), st. Rspr.

³⁸¹ BVerfGE 88, 103 (114); 92, 365 (394).

³⁸² BVerfGE 84, 212 (225).

³⁸³ Z.B. Jarass, § 29 Rn. 10; Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 17.

³⁸⁴ S.o. Rn. 3622 ff. zu Art. 27 EGRC.

³⁸⁵ S.o. Rn. 3631.

³⁸⁶ Jarass, § 29 Rn. 10.

b) Genese

- 3706** Art. 11 EMRK, auf den in den Erläuterungen zur EGRC³⁸⁷ Bezug genommen wird,³⁸⁸ vermittelt ebenfalls ein subjektives Recht.³⁸⁹ Auch wenn sich Art. 28 EGRC nicht auf Art. 11 EMRK, sondern auf die dazugehörige Rechtsprechung stützt,³⁹⁰ spricht dies für eine subjektive Ausprägung des Art. 28 EGRC, da der EGMR aus Art. 11 EMRK ein Recht auf kollektive Maßnahmen und nicht lediglich einen Grundsatz abgeleitet hat.

c) Systematik

- 3707** Art. 28 EGRC ist als betriebsbezogene Norm zwar inhaltlich eng mit Art. 27 EGRC verbunden, der als Grundsatz ausgestaltet kein subjektives Recht verleiht.³⁹¹ Er ist jedoch im Wortlaut derart unterschiedlich zu Art. 27 EGRC, dass aus der inhaltlichen Nähe kein Rückschluss auf die Qualifizierung von Art. 28 EGRC gezogen werden kann. Die im Titel „Solidarität“ enthaltenen Vorschriften sind nicht einheitlich als subjektives Recht oder als Grundsatz zu qualifizieren.³⁹² Die systematische Einordnung von Art. 28 EGRC führt daher bei der Qualifizierung als Grundrecht oder Grundsatz nicht weiter.

d) Zweck

- 3708** Art. 28 EGRC soll den am Wirtschaftsleben beteiligten Privatparteien den Freiraum geben, Beschäftigungsbedingungen und betriebliche Interessenkonflikte unabhängig von staatlichen Einflüssen zu regeln. Er soll der Privatautonomie Rechnung tragen. Damit sich die Betroffenen wirksam gegen Vorgaben von staatlicher Seite wehren und Beeinflussungsversuchen eine direkte Absage erteilen können, ist es jedoch notwendig, ihnen ein subjektives Recht auf Abwehr solcher Beeinträchtigungen zu gewähren.

e) Folgerungen

- 3709** Nach Wortlaut, Genese und Zweck der Vorschrift verleiht Art. 28 EGRC ein subjektives Recht. Wegen seiner inhaltlichen Zweiteilung handelt es sich genauer um zwei Rechte: das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen einerseits und das Recht, bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zu ergreifen, andererseits.³⁹³

³⁸⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

³⁸⁸ S.o. Rn. 3686 ff.

³⁸⁹ *Jarass*, § 29 Rn. 10.

³⁹⁰ S.o. Rn. 3688.

³⁹¹ S.o. Rn. 3631.

³⁹² S.o. Rn. 3594 ff.

³⁹³ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 13; *Jarass*, § 29 Rn. 13 f.; vgl. auch *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 44, die darin allerdings drei Regelungsinhalte sieht.

2. Abwehrrecht und Schutzpflicht

Art. 28 EGRC enthält ein Abwehr- bzw. Freiheitsgrundrecht,³⁹⁴ das auf die Abwehr von Beeinträchtigungen seitens der Organe und Einrichtungen der EU und der Mitgliedstaaten³⁹⁵ gerichtet ist. Art. 28 EGRC soll gewährleisten, dass es den Privatparteien überlassen wird, betriebliche Belange und Konflikte zu lösen, ohne dass eine staatliche Stelle Einfluss nimmt. **3710**

Zugleich enthält Art. 28 EGRC eine Schutzfunktion, die von den Organen und Einrichtungen der EU im Rahmen ihrer Kompetenzen³⁹⁶ und auch von den Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht verlangt, Kollektivverhandlungen und -maßnahmen gegen Behinderungen durch Private zu schützen.³⁹⁷ So muss beispielsweise der Staat die Organisatoren eines von Art. 28 EGRC geschützten Streiks vor privatrechtlichen Folgen (insbesondere Schadensersatzansprüchen) schützen.³⁹⁸ Diesen Pflichten der EU und der Mitgliedstaaten stehen entsprechende Rechte der Grundrechtsberechtigten gegenüber.³⁹⁹ **3711**

Allerdings ist dem Gesetzgeber bei Schutzpflichten generell und in Art. 28 EGRC wegen des Bezugs auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Besonderen ein weiter Gestaltungsspielraum eröffnet.⁴⁰⁰ Deshalb ist der Schutzanspruch nicht als Recht auf ein bestimmtes Tätigwerden, sondern auf eine generell schützende Regelung zu verstehen.⁴⁰¹ **3712**

3. Kollektiv und individuell

Problematisch ist, ob die Rechte aus Art. 28 EGRC nur den Koalitionen zustehen und damit auch lediglich kollektiv ausgeübt werden können oder ob daneben jede Einzelperson berechtigt ist. Bei Anerkennung einer individuellen Dimension würde beispielsweise das Streikrecht nicht nur den Gewerkschaften, sondern auch einzelnen Arbeitnehmern zustehen.⁴⁰² **3713**

a) Hintergrund

In Deutschland wird das Streikrecht nur Koalitionen zugestanden, was auf Kritik seitens des Ministerkomitees des Europarates gestoßen ist,⁴⁰³ der in der deutschen **3714**

³⁹⁴ Jarass, § 29 Rn. 10; Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 17; allgemein o. Rn. 359 ff.

³⁹⁵ Vgl. Art. 51 Abs. 1 EGRC.

³⁹⁶ Art. 51 Abs. 2 EGRC: Die Charta begründet keine neuen Kompetenzen. Spezifisch im Hinblick auf Kollektivverhandlungen und -maßnahmen o. Rn. 3690 ff.

³⁹⁷ Jarass, § 29 Rn. 24; Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 17.

³⁹⁸ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 17; Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (653).

³⁹⁹ Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (653).

⁴⁰⁰ Jarass, § 29 Rn. 24; Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 17; s.u. Rn. 3753.

⁴⁰¹ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 17.

⁴⁰² Jarass, § 29 Rn. 17; Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 10; Zachert, NZA 2001, 1041 (1045); Riedel, in: Meyer, Art. 28 Rn. 28.

⁴⁰³ Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats vom 3.2.1998, ArbuR 1998, 156 (156); ausführlich dazu Däubler, AuR 1998, 144 ff.

Beschränkung des Streikrechts einen Verstoß gegen Art. 6 Nr. 4 ESC⁴⁰⁴ sieht.⁴⁰⁵ Nach Letzterem sind die Vertragsparteien verpflichtet, „das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten“, anzuerkennen. Diese Vorschrift war nach den Erläuterungen zur EGRC⁴⁰⁶ auch Vorlage für Art. 28 EGRC.

- 3715** In den romanischen Ländern herrscht im Unterschied zu Deutschland die Vorstellung, das Streikrecht sei ein individuelles (Menschen-)Recht und nicht streng funktional auf die Tarifautonomie bezogen.⁴⁰⁷

b) Wortlaut

- 3716** Nach dem Wortlaut des Art. 28 EGRC stehen die Rechte den Arbeitnehmern sowie den Arbeitgebern oder ihren jeweiligen Organisationen zu. Danach sind Individuen und Organisationen nebeneinander berechtigt.⁴⁰⁸

- 3717** Allerdings ist sowohl in der Überschrift als auch im Wortlaut des Art. 28 EGRC von Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen die Rede. Zudem wird von „Tarifverträgen“ gesprochen. Diese betreffen jeweils auf der einen Seite eine Vielzahl von Arbeitnehmern, während auf der anderen Seite ein Arbeitgeber (so genannter Haustarifvertrag) oder Arbeitgeberverbände stehen können. Ein einzelner Arbeitnehmer kann keinen Tarifvertrag, sondern lediglich einen für sich individuell geltenden Arbeitsvertrag aushandeln und schließen.

- 3718** Diese enge Sicht gilt aber nur für das deutsche Verständnis. Der Begriff Tarifvertrag wird in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ausgelegt. Von dem in Art. 28 EGRC verwandten Begriff sind alle nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zulässigen Kollektivvereinbarungen erfasst.⁴⁰⁹ Es ist daher grundsätzlich möglich, dass auch einzelne Arbeitnehmer einen „Tarifvertrag“ abschließen. Gleiches gilt für die Begriffe Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen, die Vorgänge und Maßnahmen erfassen, die auch eine individuelle Dimension haben können.⁴¹⁰

- 3719** Hinzu kommt, dass nach dem Wortlaut des Art. 28 EGRC den „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern“ die Rechte auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen zustehen. Sie werden sogar zuerst genannt, vor „ihre(n) jeweiligen Organisationen“. Diese Formulierung entspricht dem Wortlaut des Art. 27 EGRC, der ebenfalls an erster Stelle von den „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern“ spricht und sowohl die individuelle als auch kollektive Ebene umfasst.⁴¹¹

⁴⁰⁴ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁴⁰⁵ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 10; Zachert, NZA 2001, 1041 (1045).

⁴⁰⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁴⁰⁷ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 10; Zachert, NZA 2001, 1041 (1045); Riedel, in: Meyer, Art. 28 Rn. 28; Streinz, in: ders., Art. 28 GR-Charta Rn. 5.

⁴⁰⁸ S. Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 7; Jarass, § 29 Rn. 17; Riedel, in: Meyer, Art. 28 Rn. 28.

⁴⁰⁹ S.u. Rn. 3739.

⁴¹⁰ S.u. Rn. 3738 ff.

⁴¹¹ S.o. Rn. 3635 ff.

c) *Folgerungen*

Die in Art. 28 EGRC gewährten Rechte stehen damit sowohl den Organisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber als auch den Einzelpersonen zu.⁴¹² Daraus ergeben sich aber keine Konsequenzen für die deutsche (Verfassungs-)Rechtslage, weil auf diese die europäischen Grundrechte gem. Art. 51 EGRC nicht einwirken, außer es bestehen weitere europarechtliche Vorgaben, die von den Mitgliedstaaten durchzuführen sind. Indes fehlt der Union die Regelungskompetenz jedenfalls für das Streik- und das Aussperrungsrecht und darüber hinaus für das gesamte Arbeitskampfrecht.⁴¹³ Daher bleiben diese Gebiete europarechtlich ungeregelt, so dass Art. 28 EGRC keinen Einfluss darauf ausübt.

Eine andere Frage ist, ob selbst bei bestehender Unionskompetenz nicht gem. Art. 28 EGRC wegen seines Verweises auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten diese zu beachten sind. Indes würde damit Art. 28 EGRC auf den kleinsten gemeinsamen Nenner reduziert. Durch die Einräumung auch individueller Arbeitskampfrechte geht er über die deutschen Garantien hinaus. Er kann daher schwerlich über die Hintertür einzelstaatlicher Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten schon in seinem Gewährleistungsansatz wieder zurückgenommen werden. Für Maßnahmen auf Unionsebene gilt daher der europäische Grundrechtsstandard. Ist dieser auch unter Rückgriff auf die einzelstaatlichen Vorschriften und Gepflogenheiten mit zu bestimmen, erfolgt dies im Rahmen einer Gesamtschau, also nicht auf der Basis des schwächsten nationalen Rechts. Diese europarechtliche Ausfüllung des Gewährleistungsansatzes ändert aber nichts daran, dass seine konkrete Wirksamkeit weitgehend normativer Gestaltung anheim gegeben ist.⁴¹⁴

4. *Abgrenzung*

a) *Art. 12 EGRC*

Art. 28 EGRC betrifft einen Bereich, der auch von der Vereinigungsfreiheit des Art. 12 EGRC berührt wird. Art. 12 EGRC, der ausdrücklich auf gewerkschaftliche Zusammenschlüsse eingeht, schützt die Koalitionsfreiheit als solche und damit die Gründungsfreiheit für Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen.⁴¹⁵ Art. 28 EGRC ergänzt diese Freiheit um das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen. Ursprünglich sollten die Koalitionsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen in einer Grundrechtsnorm behandelt werden. Die Koalitionsfreiheit wurde dann jedoch als politisches Recht gemeinsam mit der Vereinigungsfreiheit geregelt.⁴¹⁶

⁴¹² S. Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 10; Jarass, § 29 Rn. 17; Riedel, in: Meyer, Art. 28 Rn. 28; Zachert, NZA 2001, 1041 (1045).

⁴¹³ S.o. Rn. 3692.

⁴¹⁴ S.u. Rn. 3751 ff.

⁴¹⁵ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 12.

⁴¹⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 28 Rn. 10.

3723 Während damit Art. 12 EGRC die allgemeine Koalitionsfreiheit verbürgt, behandelt Art. 28 EGRC einen speziellen Bereich der Betätigung, nämlich das Tarifvertrags- und das Arbeitskampfrecht.⁴¹⁷ In diesem Bereich ist Art. 28 EGRC das speziellere Recht, welches der allgemeinen Regelung des Art. 12 EGRC vorgeht.⁴¹⁸ Auch der EuGH führt in den Entscheidungen *Viking*⁴¹⁹ und *Laval*⁴²⁰ für kollektive Maßnahmen nur Art. 28 EGRC auf. Sonstige Aktivitäten der Koalitionen unterfallen jedoch nicht dem Schutzbereich des Art. 28 EGRC. Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit eindeutig. Andere Maßnahmen können allenfalls über Art. 12 EGRC Schutz genießen.⁴²¹

b) Grundfreiheiten

3724 In der Vergangenheit ist es immer wieder zu Situationen gekommen, in denen aufgrund eines Streiks die Waren- oder Dienstleistungsfreiheit anderer EU-Bürger betroffen war.⁴²² Besondere Aufmerksamkeit hat die Entscheidung des EuGH erlangt, der die französische Regierung verurteilte, weil sie gegen Blockaden spanischer Agrarimporte durch französische Landwirte nicht alle Maßnahmen ergriffen hatte, damit der freie Warenverkehr mit Obst und Gemüse nicht durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird.⁴²³ Ob vergleichbare Streiks durch Art. 28 EGRC geschützt sind und wie die Kollision zwischen den Grundfreiheiten und den Grundrechten aus Art. 28 EGRC aufzulösen ist,⁴²⁴ muss im Einzelfall entschieden werden. Die Anwendung von Gewalt ist allerdings unzulässig.⁴²⁵ Demgegenüber sind gewerkschaftliche Blockademaßnahmen grundsätzlich abgedeckt. Der Schutzbereich der Grundfreiheiten wird dadurch aber nicht eingeschränkt. Vielmehr sind auch die Gewerkschaften an die Grundfreiheiten gebunden.⁴²⁶ Diese kommen insoweit in ihrer Abwehrdimension und nicht (nur) als Schutzpflichten zum Tragen. Inwieweit solche Maßnahmen im Einzelfall die Grundfreiheiten beeinträchtigen können, bedarf der Rechtfertigung und hängt von einer einzelfallbezogenen Abwägung ab. Eine generelle Aussage ist insoweit nicht möglich.⁴²⁷ So hält der EuGH Blockaden von Unternehmen aus anderen EU-Staaten im Hinblick auf die vermehrte soziale Ausrichtung Europas aus Gründen des Arbeitnehmer-

⁴¹⁷ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 12; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRCh Rn. 5.

⁴¹⁸ Jarass, § 29 Rn. 12.

⁴¹⁹ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248, Rn. 43).

⁴²⁰ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 91).

⁴²¹ Jarass, § 29 Rn. 16.

⁴²² S. Sachverhalte und Nachweise bei *Szczekalla*, DVBl. 1998, 219 (219, insbes. Fn. 2).

⁴²³ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 – Kommission/Frankreich (Agrarblockaden); *Szczekalla*, DVBl. 1998, 219 ff.; *Zachert*, NZA 2000, 621 (625); *Däubler*, in: FS für Hanau, 1999, S. 489 (490 f.); *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 733 ff.

⁴²⁴ Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1008.

⁴²⁵ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5715 f., Rn. 65 ff.) – Schmidberger (Brenner-Blockade).

⁴²⁶ S.o. Rn. 475.

⁴²⁷ Vgl. für die Versammlungsfreiheit EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5721, Rn. 86) – Schmidberger (Brenner-Blockade); *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 739, 1037 f.

schutzes namentlich gegen Sozialdumping für rechtfertigungsfähig, aber nur um Mindeststandards wie einen Mindestlohn durchzusetzen, nicht hingegen darüber hinaus.⁴²⁸ Der Abschluss von Tarifverträgen aus anderen EU-Staaten kann ebenfalls durchgesetzt werden, aber nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Die ergriffenen kollektiven Maßnahmen müssen also dieses Ziel tatsächlich erreichen können und die beeinträchtigte Grundfreiheit möglichst wenig antasten. Es müssen also weniger beschränkende Maßnahmen erst ausgeschöpft werden.⁴²⁹

III. Gewährleistungsbereich

Gem. Art. 28 EGRC haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. Damit beinhaltet Art. 28 EGRC zwei Gewährleistungen, nämlich erstens das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen, und zweitens das Recht, bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Interessenverteidigung zu ergreifen. Gemeinsam sind beiden Gewährleistungen der Bezug auf die Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeber und ihre jeweiligen Organisationen und der Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. 3725

1. Arbeitnehmer

Hinsichtlich des Begriffs Arbeitnehmer kann auf die Ausführungen zu Art. 27 EGRC verwiesen werden,⁴³⁰ ist doch diese Vorschrift unmittelbar vorangestellt, gleich formuliert und strukturiert sowie im selben Titel platziert. Danach ist die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 EG/45 AEUV und Art. 141 EG/157 AEUV zugrunde zu legen, wonach Arbeitnehmer derjenige ist, der während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁴³¹ 3726

Da Art. 28 EGRC anders als Nr. 14 GCSGA,⁴³² auf den sich die Erläuterungen zur EGRC⁴³³ beziehen, die Streitkräfte, die Polizei und den öffentlichen Dienst nicht aus dem Arbeitnehmerbegriff ausnimmt, sind die Angehörigen dieser Berufszweige grundsätzlich ebenfalls Träger der aus Art. 28 EGRC erwachsenden 3727

⁴²⁸ EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (48, Rn. 103 ff.) – Laval; s. näher o. Rn. 402 f.

⁴²⁹ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (250 f., Rn. 81 ff.) – Viking.

⁴³⁰ S.o. Rn. 3640 ff.

⁴³¹ St. Rspr. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 17) – Lawrie-Blum; Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 (3244, Rn. 21) – Brown; Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 (1059, Rn. 10) – Raulin; näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1204 ff.

⁴³² S.o. Rn. 3683.

⁴³³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

Rechte.⁴³⁴ Inwieweit ihnen die Rechte tatsächlich zugestanden werden, entscheiden durch den Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der europäischen und die nationalen Gesetzgeber. Letztere können aber jedenfalls im Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 EGRC nicht den Arbeitnehmerbegriff beliebig verengen, würde doch sonst Art. 28 EGRC leer laufen. Es handelt sich daher um einen europäischen Arbeitnehmerbegriff.

3728 Vom Ansatz her unterfallen mithin auch die Arbeitnehmer aus den vorgenannten besonderen Bereichen dem Gewährleistungsbereich des Art. 28 EGRC. Bei Regulierungen auf europäischer Ebene müssen sie daher prinzipiell einbezogen werden; ihre Ausklammerung bedarf der Rechtfertigung. Das ist höchstens anders, wenn man Art. 28 EGRC unter einen generellen Ausgestaltungsvorbehalt stellt.⁴³⁵ Aber auch dann gibt es zu wahrende Mindeststandards vor allem in personeller Hinsicht, um nicht dem materiellen Grundrechtsgehalt die Berechtigten zu entziehen.⁴³⁶ Daher können Gruppen nicht beliebig ausgeklammert werden. Zudem ist auch der Gleichheitssatz zu wahren.

3729 Unabhängig davon kann eine europäische Normierung den Mitgliedstaaten Spielräume lassen, ob die Streitkräfte, die Polizei und der öffentliche Dienst erfasst sind. Dann kommen insoweit die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zum Zuge. Diese können sich in diesem Fall trotz Art. 51 Abs. 1 EGRC auch im Rahmen des nationalen Umsetzungsrechts durchsetzen, weil eine unionsrechtliche Vorgabe fehlt und deshalb insoweit nur die nationalen Grundrechte eingreifen. Besteht aber eine unionsrechtliche Festlegung, gelten die europäischen Grundrechtsstandards. Die lediglich teilweise Gewährung von Rechten nach Art. 28 EGRC kann aber durch zwingende Besonderheiten in manchen Mitgliedstaaten begründet werden, wo doch die jeweiligen Gepflogenheiten in Art. 28 EGRC eigens benannt werden. Dieser Ansatz kommt vor allem zum Tragen, wenn man den Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften als Einschränkungsermächtigung interpretiert,⁴³⁷ aber auch dann, wenn man auf der Basis eines Ausgestaltungsvorbehalts jedenfalls die großflächige Ausklammerung von Personengruppen für begründungspflichtig hält, um einen Mindeststandard zu wahren.

3730 Die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer ist ohne Bedeutung, da Art. 28 EGRC nicht auf die Unionsbürger beschränkt ist.⁴³⁸ Dies korrespondiert auch mit der in Art. 12 EGRC normierten Koalitionsfreiheit, die ebenfalls „jede(r) Person“ zusteht. Wegen der generell beschränkten europäischen Regelungskompetenz muss es sich aber auch bei internationalen Konzernen um Arbeitnehmer handeln, die in einem EU-Mitgliedstaat tätig sind.

⁴³⁴ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 7.

⁴³⁵ So u. Rn. 3751.

⁴³⁶ Näher u. Rn. 3756.

⁴³⁷ S.u. Rn. 3751.

⁴³⁸ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 7; Jarass, § 29 Rn. 17.

2. Arbeitgeber

Arbeitgeber ist, wer mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt. Maßgeblich ist die Funktion als Arbeitgeber. Deshalb zählen dazu nicht nur Unternehmen, sondern auch individuelle Personen, solange sie Arbeitgeberfunktionen ausüben.⁴³⁹ 3731

Der Staat übt häufig ebenfalls eine Arbeitgeberfunktion aus. Allerdings kann er nicht Grundrechtsträger i.S.d. Art. 28 EGRC sein, da Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist, den Privatparteien einen Freiraum zu bieten, indem sie eigenständig und unabhängig Tarifverhandlungen führen und Interessenkonflikte austragen können. Als Abwehrrecht gegen den Staat⁴⁴⁰ können die Rechte aus Art. 28 EGRC daher nicht dem Staat zustehen. Die beim Staat beschäftigten Arbeitnehmer können sich unabhängig davon dennoch auf die Rechte aus Art. 28 EGRC berufen, da die Vorschrift nicht voraussetzt, dass beide an Kollektivverhandlungen oder bei Interessenkonflikten beteiligten Stellen grundrechtsberechtigt sind.⁴⁴¹ 3732

Die Staatsangehörigkeit der Arbeitgeber ist ohne Bedeutung.⁴⁴² Es gilt das Gleiche wie bei den Arbeitnehmern.⁴⁴³ Auch die Arbeitgeber müssen aber in der EU tätig sein. Unter dieser Voraussetzung sind aber auch Unternehmen von außerhalb der EU berechtigt. 3733

3. Organisationen

Organisationen sind Zusammenschlüsse und Vereinigungen von Arbeitnehmern (Gewerkschaften) oder Arbeitgebern. Eine Organisation ist eine feste, auf Dauer angelegte Verbindung, die von losen, kurzzeitigen Zusammenschlüssen zu unterscheiden ist. Merkmal einer Organisation können die Pflicht zum Eintritt bzw. Erklärung der Mitgliedschaft und eine innere Struktur sein. Die gebietsmäßige Verbreitung ist unbeachtlich. Daher können auch Zusammenschlüsse von Arbeitnehmern in einem Betrieb berechtigt sein und nicht nur die klassischen Gewerkschaftsorganisationen. 3734

Unter den Organisationen i.S.d. Art. 28 EGRC sind nach dem Wortlaut der Vorschrift nur solche Organisationen zu verstehen, deren Mitglieder ausschließlich Arbeitnehmer oder Arbeitgeber sind. Art. 28 EGRC spricht von den „jeweiligen“ Organisationen, weshalb Mischorganisationen ausscheiden. Unschädlich dürfte die Mitgliedschaft einer einzelnen Person mit gegnerischer Funktion allenfalls dann sein, wenn die Mehrheit der Mitglieder einheitlich dem einen oder anderen Bereich zuzuordnen ist und die einzelne gegnerische Person keinen entscheidenden Einfluss und keine bedeutsame Funktion in der Organisation innehat.⁴⁴⁴ 3735

Vereinigungen von rein staatlichen Arbeitgebern, wie in Deutschland zum Beispiel die Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL), sind nicht grundrechtsberechtigt. 3736

⁴³⁹ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 7.

⁴⁴⁰ S.o. Rn. 3710.

⁴⁴¹ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 9.

⁴⁴² Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 7; Jarass, § 29 Rn. 17.

⁴⁴³ S.o. Rn. 3730.

⁴⁴⁴ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 8.

tigt i.S.d. Art. 28 EGRC, da Art. 28 EGRC als Freiheitsrecht gerade den Einfluss staatlicher Stellen verhindern soll.⁴⁴⁵

- 3737** Nach dem Wortlaut des Art. 28 EGRC stehen die Rechte den Arbeitnehmern sowie den Arbeitgebern oder ihren jeweiligen Organisationen zu. Dies ist jedoch nicht im Sinne eines Alternativverhältnisses zu verstehen. Anders als bei Art. 27 EGRC⁴⁴⁶ ist bei der Formulierung von Art. 28 EGRC daher von einer terminologischen Ungenauigkeit auszugehen.⁴⁴⁷ Die Verwendung des Wortes „und“ wäre der Ausgestaltung von Art. 28 EGRC als Grundrecht besser gerecht geworden.

4. Kollektivverhandlungen

a) Tarifverträge

- 3738** Kollektivverhandlungen dienen dazu, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen. Geschützt werden durch Art. 28 EGRC alle Maßnahmen, die der Vorbereitung und dem Abschluss von tarifvertraglichen Vereinbarungen dienen.⁴⁴⁸
- 3739** Der Begriff der Tarifverträge ist allerdings nicht so zu verstehen, dass nur solche kollektiven Vereinbarungen erfasst werden, die in Deutschland als Tarifverträge zu qualifizieren sind. Die nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten weichen in Bezug auf Rechtsqualität, Wirkungen, zulässige Ebenen und Regelungsgegenstände beträchtlich voneinander ab.⁴⁴⁹ Von dem in Art. 28 EGRC verwandten Begriff sind alle diese nach den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zulässigen Kollektivvereinbarungen erfasst. Dies ergibt sich zum einen bereits daraus, dass lediglich in der deutschen Übersetzung der Begriff „Tarifvertrag“ verwendet wird, während beispielsweise in der französischen Fassung von „conventions collectives“ und in der englischen von „collective agreements“ gesprochen wird und darunter nach französischem oder englischem Verständnis andere Vereinbarungen als die nach deutschem Recht zulässigen Tarifverträge zu verstehen sind. Zum anderen verweist Art. 28 EGRC auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten und überlässt die Ausgestaltung des Rechts auf Kollektivverhandlungen dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern.⁴⁵⁰ Diese dürfen auch entscheiden, welche Kollektivvereinbarung sie anerkennen.
- 3740** Art. 28 EGRC erfasst daher alle Kollektivverhandlungen, die darauf gerichtet sind, einen Vertrag abzuschließen, der nach dem Unionsrecht oder der jeweiligen einzelstaatlichen Rechtsvorschrift oder Gepflogenheit als Tarifvertrag qualifiziert wird.

⁴⁴⁵ Zur Arbeitgeberbereienschaft des Staates s.o. Rn. 3731.

⁴⁴⁶ S.o. Rn. 3647.

⁴⁴⁷ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 42, 44.

⁴⁴⁸ Jarass, § 29 Rn. 15.

⁴⁴⁹ Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (654); ausführlich ders., NZA 2001, 763 ff.

⁴⁵⁰ S.u. Rn. 3751 ff.

b) Negative Freiheit

Als negative Freiheit fällt in den Schutzbereich des Art. 28 EGRC auch das Recht, **3741**
keine Kollektivverhandlungen zu führen oder durch den Abschluss von Tarifverträgen zu beenden.⁴⁵¹ Es darf daher niemand zu Kollektivverhandlungen oder Tarifverträgen gezwungen werden. Damit gibt es auch keinen Anspruch auf Abschluss eines Tarifvertrags mit einem bestimmten Arbeitgeber, beispielsweise dem Staat.⁴⁵² Einzelne Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber dürfen nicht gegen ihren Willen in einen Tarifvertrag einbezogen werden. Indes gehört es nach dem EuGH zu den grundsätzlich zulässigen Zielen eines Streiks, einen bislang nicht tarifgebundenen Arbeitgeber in einen Tarifvertrag einzubeziehen.⁴⁵³ Dieser wird damit ja noch nicht gezwungen, sondern durch tariflich vorgesehene Mittel unter Druck gesetzt. Allerdings muss die Verhältnismäßigkeit gewahrt und streng geprüft sein. Die Anforderungen sind umso höher anzusetzen, je stärker eine Maßnahme Druck erzeugt. Zunächst sind mildere Mittel einzusetzen.⁴⁵⁴

c) Geeignete Ebenen

Art. 28 EGRC schützt das Recht, Tarifverträge „auf den geeigneten Ebenen“ auszuhandeln. Die Erläuterungen zur EGRC⁴⁵⁵ weisen diesbezüglich auf die Erläuterungen zu Art. 27 EGRC hin. Danach bedeuten die geeigneten Ebenen die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Ebenen. Das kann die europäische Ebene einschließen, wenn die Rechtsvorschriften der Union dies vorsehen. Damit wird es dem europäischen und den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern überlassen, bei der Ausgestaltung des Rechts auf Kollektivverhandlungen auch die Ebene festzulegen, auf der Tarifverträge ausgehandelt und geschlossen werden können.⁴⁵⁶ Zu denken ist an das Unternehmen, die Unternehmensgruppe, den Betriebszweig, die Abteilung, die Sparte, den Betrieb, die Gruppe, den Konzern oder die Branche.⁴⁵⁷ **3742**

5. Kollektivmaßnahmen**a) Streik**

Bei Interessenkonflikten haben die Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen das Recht, kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. Unter den kollektiven Maßnahmen sind danach alle Maßnahmen des Arbeitskampfes zu verstehen. Der Streik wird nur beispielhaft benannt. Erfasst werden daher auch andere, unterhalb des **3743**

⁴⁵¹ Jarass, § 29 Rn. 15; Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 16.

⁴⁵² Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 16.

⁴⁵³ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (251, Rn. 90) – Viking bei strenger Prüfung der Verhältnismäßigkeit.

⁴⁵⁴ S. EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (251, Rn. 87) – Viking.

⁴⁵⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁴⁵⁶ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 15.

⁴⁵⁷ Vgl. Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 15; Riedel, in: Meyer, Art. 28 Rn. 26.

Streiks angesiedelte Maßnahmen.⁴⁵⁸ Dazu gehören etwa Blockadeaktionen gegenüber Betrieben. Geht es dabei um die Durchsetzung von Arbeitnehmerschutzstandards gegenüber grenzüberschreitenden agierenden Unternehmen, sind die Grundfreiheiten zu wahren, an die auch Gewerkschaften als Organisationen mit kollektiver Rechtsetzungsmacht gebunden sind.⁴⁵⁹ Die Grundfreiheiten sind zwar aus Arbeitnehmerschutzgründen beschränkbar, aber im Hinblick auf die erfolgte Harmonisierung im Rahmen der Entsenderichtlinie nur zur Durchsetzung von Mindeststandards, nicht hingegen für darüber hinausgehende Rechte.⁴⁶⁰ Daran ändern auch die Grundrechte und hier spezifisch Art. 28 EGRC nichts.⁴⁶¹

3744 Die Aufnahme des Streikbegriffs war ein besonders heftig umstrittenes Thema im Grundrechtekonvent.⁴⁶² Er wurde schließlich aufgenommen, nachdem sich mit unterschiedlichen Argumenten eine deutliche Mehrheit der Konventsmitglieder dafür aussprach.⁴⁶³

b) Aussperrung

3745 Da das Recht zu den Kollektivmaßnahmen nicht nur den Arbeitnehmern, sondern auch den Arbeitgebern zugestanden wird, ist auch die Aussperrung geschützt.⁴⁶⁴ Im Grundrechtekonvent wurde wegen der konkreten Erwähnung des Streikrechts sogar erwogen, als Pendant und Gebot der Waffengleichheit auch die Aussperrung als Beispiel für eine Maßnahme des Arbeitskampfs in Art. 28 EGRC explizit aufzunehmen.⁴⁶⁵ Dass dies letztlich nicht geschehen ist, ändert jedoch wegen der eindeutigen Formulierung des Art. 28 EGRC, der kollektive Maßnahmen zur Interessenverteidigung sowohl den Arbeitnehmern als auch den Arbeitgebern zugesteht, nichts an der Einbeziehung auch der Aussperrung.

3746 Ob den Arbeitnehmern das Streikrecht und den Arbeitgebern das Recht zur Aussperrung tatsächlich zusteht, ergibt sich allerdings aufgrund des Ausgestaltungsspielraums des Art. 28 EGRC erst aus dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.⁴⁶⁶ Das in der portugiesischen Verfassung enthaltene Verbot der Aussperrung wird daher auch bei einem Verbindlichwerden der EGRC Bestand haben.⁴⁶⁷ Anderslautende sekundärrechtliche Vorgaben sind wegen mangelnder Unionskompetenz nicht zu erwarten.

⁴⁵⁸ *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 13.

⁴⁵⁹ S.o. Rn. 402 m.N.

⁴⁶⁰ S. bereits o. Rn. 3724.

⁴⁶¹ S.o. Rn. 403, 475 in näherer Darstellung von EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 – Laval; Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 – Viking sowie in Abgleich mit Rs. C-346/06, EuZW 2008, 306 (307 f., Rn. 33) – Rüffert.

⁴⁶² *Lörcher*, NZA 2003, 184 (191).

⁴⁶³ *Riedel*, in: Meyer, Art. 28 Rn. 11 ff. auch zu den einzelnen Argumenten für und gegen die explizite Aufnahme des Streikbegriffs; näher *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 324.

⁴⁶⁴ S. *Jarass*, § 29 Rn. 14; *Rixen*, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 13; *Riedel*, in: Meyer, Art. 28 Rn. 24.

⁴⁶⁵ *Riedel*, in: Meyer, Art. 28 Rn. 11.

⁴⁶⁶ S.u. Rn. 3751 ff.

⁴⁶⁷ Zu beachten ist allerdings der Garantiegehalt des Art. 28 EGRC, s.u. Rn. 3755 f.

c) *Zweck des Arbeitskampfs*

Aus der zweigeteilten Formulierung des Art. 28 EGRC, wonach erstens das Recht **3747** gewährt wird, Tarifverträge auszuhandeln, und zweitens das Recht besteht, bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung der Interessen zu ergreifen, ergibt sich, dass die kollektiven Maßnahmen in allen Konfliktsituationen geschützt sind und nicht lediglich bei der Aushandlung von Tarifverträgen,⁴⁶⁸ sondern schon zur Erzwingung solcher Verhandlungen durch Erreichung der Tarifbindung von Unternehmen.⁴⁶⁹ Kollektive Maßnahmen sind in allen Situationen erlaubt, die aus Sicht der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber den eigenen Status und das eigene Handeln betreffen.⁴⁷⁰ Dies entspricht auch der Ansicht des Sachverständigenausschusses der ESC zu Art. 6 Nr. 4 ESC,⁴⁷¹ der Grundlage für die vorliegende Bestimmung in Art. 28 EGRC war.⁴⁷² Der Sachverständigenausschuss kritisierte die Beschränkung des Streikrechts auf Arbeitskämpfe um tariflich regelbare Ziele.⁴⁷³ Geschützt sind folglich auch Arbeitskampfmaßnahmen zu anderen Zwecken, so im Hinblick auf Sozialpläne und Standortverlagerungen.⁴⁷⁴

Aus dem Zusammenhang der Kollektivmaßnahmen mit den Kollektivverhandlungen, die nur zwischen den beiden Gruppen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber abgeschlossen werden können, ergibt sich, dass die Interessenkonflikte i.S.d. Art. 28 EGRC auch nur zwischen diesen beiden Gegenspielern bestehen dürfen. Daher ist der Streik gegen arbeitsrechtliche oder soziale Gesetze nicht geschützt,⁴⁷⁵ wohl aber gegen einzelne Unternehmen, um diese an Tarifverträge zu binden und damit in die Gesamtheit der Arbeitgeber einzubinden.⁴⁷⁶ **3748**

d) *Kein Zwang*

Als negative Freiheit fällt in den Schutzbereich auch das Recht, keine Kollektivmaßnahmen durchzuführen. Es darf deshalb niemand zu Streik oder Aussperrung gezwungen werden.⁴⁷⁷ **3749**

⁴⁶⁸ Jarass, § 29 Rn. 14; Streinz, in: ders., Art. 28 GR-Charta Rn. 5; Zachert, NZA 2001, 1041 (1045).

⁴⁶⁹ S. EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 86, 90) – Laval; Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248 f., Rn. 32, 44) – Viking.

⁴⁷⁰ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 13.

⁴⁷¹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁴⁷² S.o. Rn. 3682.

⁴⁷³ Riedel, in: Meyer, Art. 28 Rn. 25.

⁴⁷⁴ S. für das deutsche Recht zu Tarifsozialplänen, welche die Nachteile einer Standortverlagerung oder Betriebsschließung ausgleichen sollen, BAG, NJW 2007, 3661 f.

⁴⁷⁵ Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (653).

⁴⁷⁶ S. EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 86, 90) – Laval; Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248 f., Rn. 32, 44) – Viking.

⁴⁷⁷ Jarass, § 29 Rn. 15; Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 16.

6. Sonstige Aktivitäten

- 3750** Entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift schützt Art. 28 EGRC lediglich Maßnahmen, die mit dem Abschluss von Tarifverträgen oder Interessenkonflikten zusammenhängen. Sonstige Aktivitäten der Koalitionen sind nicht geschützt. Ein solcher Schutz könnte sich allenfalls aus Art. 12 EGRC ergeben.⁴⁷⁸

7. Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

a) Ausgestaltungsvorbehalt

- 3751** Gem. Art. 28 EGRC haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen zu ergreifen. Dieser Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten wird zum Teil als Einschränkungsermächtigung verstanden.⁴⁷⁹ Der EuGH sieht durch Art. 28 EGRC „erneut bekräftigt“, dass die Ausübung des Rechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme „bestimmten Beschränkungen unterworfen werden“ kann.⁴⁸⁰ Damit sieht er aber schon die Ausübung als regelbar an, wie es im hier relevanten finnischen Recht vorgesehen ist, allerdings wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, das innerstaatliche Recht oder das Gemeinschaftsrecht.⁴⁸¹ Damit ist indes ein weiter Regelungsbogen gespannt. Korrelat ist der weite Prüfungsspielraum der nationalen Gerichte.⁴⁸² Zudem verweist der EuGH auf den Wortlaut von Art. 28 EGRC.⁴⁸³ Dieser Wortlaut spricht aber dafür, dass die Rechte des Art. 28 EGRC von vornherein nur in den Grenzen von Unionsrecht und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährleistet werden. Es wird damit dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern überlassen, die Reichweite und die Modalitäten des Schutzbereiches des Art. 28 EGRC zu bestimmen und auszugestalten.

- 3752** Für diese Interpretation sprechen neben dem Wortlaut der Vorschrift auch die Erläuterungen zur EGRC.⁴⁸⁴ Danach werden die Modalitäten und Grenzen für die Durchführung von Kollektivmaßnahmen, darunter auch Streiks, durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten geregelt. Zudem ist die ge-

⁴⁷⁸ S.o. Rn. 3722 f.

⁴⁷⁹ Jarass, § 29 Rn. 29; Borowsky, in: Meyer, Art. 52 Rn. 16; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1 (5); Rengeling, DVBl. 2004, 453 (459).

⁴⁸⁰ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248 f., Rn. 44) – Viking.

⁴⁸¹ Ähnlich die schwedische Regelung in EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 92) – Laval.

⁴⁸² EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (250, Rn. 80) – Viking.

⁴⁸³ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248 f., Rn. 44) – Viking; Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (47, Rn. 91) – Laval.

⁴⁸⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

genteilige Ansicht, der Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten sei als Einschränkungsermächtigung zu verstehen, nicht mit der Regelung des Art. 52 Abs. 1 EGRC in Einklang zu bringen, der jedenfalls für alle nicht der EMRK oder den europäischen Verträgen nachgebildeten Grundrechte gleiche Schrankenregelungen aufstellt.⁴⁸⁵

b) Weiter Gestaltungsspielraum

Aufgrund des Verweises auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten wird es dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern überlassen, auszugestalten, unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfang, unter Einhaltung welcher Regeln und in welchen Grenzen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen das Recht haben, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen, sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. Nach den Erläuterungen zur EGRC⁴⁸⁶ gilt dies auch für die Frage, ob Kollektivmaßnahmen in mehreren Mitgliedstaaten parallel durchgeführt werden können.

Den Normgebern wird damit bei der Ausgestaltung ein weiterer Spielraum eingeräumt.⁴⁸⁷ Sie entscheiden über so kontrovers diskutierte Fragen wie die Zulässigkeit der Aussperrung, Voraussetzungen eines rechtmäßigen Streiks, Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, Wirkung eines Tarifvertrags, Rechtsträgerschaft etc.⁴⁸⁸ Als mögliche Ausgestaltungsregelungen kommen die Beschränkung von Kollektivverhandlungen auf bestimmte Gegenstände, die Einführung von Vorwarnfristen bei Streiks, Verfahrensregeln über eine Urabstimmung⁴⁸⁹ oder die Verpflichtung, in genauer bestimmten Fällen Vermittlungs-, Schlichtungs- oder Schiedsverfahren durchzuführen, in Betracht.⁴⁹⁰ Es ist danach auch möglich, wie in der portugiesischen Verfassung, die Aussperrung gänzlich zu verbieten.⁴⁹¹

c) Garantiegehalt des Art. 28 EGRC

Wegen des Verweises auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten und dem dadurch eröffneten weiten Ausgestaltungsspielraum der Union und der Mitgliedstaaten ist der eigenständige Regelungsgehalt des Art. 28 EGRC weitgehend relativiert.⁴⁹²

⁴⁸⁵ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 14. Allgemein o. Rn. 542 f.

⁴⁸⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁴⁸⁷ Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (655).

⁴⁸⁸ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRCh Rn. 3.

⁴⁸⁹ Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (655).

⁴⁹⁰ Vgl. Art. 6 ESC und Nr. 13 GCSGA; Riedel, in: Meyer, Art. 28 Rn. 27.

⁴⁹¹ Streinz, in: ders., Art. 28 GR-Charta Rn. 3.

⁴⁹² Vgl. Streinz, in: ders., Art. 28 GR-Charta Rn. 4; Pache, EuR 2001, 475 (481); Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 35 Rn. 21; s. auch o. Rn. 3602; weiter gehend Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRCh Rn. 3, der Art. 28 EGRC als überflüssige Norm ansieht.

3756 Allerdings enthält Art. 28 EGRC ein Grundrecht⁴⁹³ und damit für die Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeber und ihre jeweiligen Organisationen die Garantie, Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen durchführen zu können. Das Streikrecht ist dabei elementar. Es wird vom EuGH eigens erwähnt. Dieses bildet wie das Recht auf Durchführung sonstiger kollektiver Maßnahmen einen festen Bestandteil der bisherigen allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts,⁴⁹⁴ hinter die Art. 28 EGRC nicht zurückgeht, sondern die es bekräftigt.⁴⁹⁵ Daher ist es dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern trotz des grundsätzlich weiten Gestaltungsspielraums verboten, Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen gänzlich unmöglich zu machen.⁴⁹⁶ Zudem können nicht bestimmte Arbeitnehmer- oder Arbeitgebergruppen völlig rechtlos gestellt werden. Ansonsten könnte auf diesem personenbezogenen Weg Art. 28 EGRC bis auf wenige Restgruppen praktisch ausgehöhlt werden. Daher müssen grundsätzlich alle Arbeitnehmer und auch Arbeitgeber über kollektive Rechte nach Art. 28 EGRC verfügen, außer es liegt ein sachlicher Grund für eine personelle Ausklammerung vor. Das trifft auf die in Nr. 14 GCSGA⁴⁹⁷ genannten Fallgruppen zu, auf die sich auch die Erläuterungen zur EGRC beziehen,⁴⁹⁸ also die Streitkräfte, die Polizei und den öffentlichen Dienst. Hier geht es nämlich um den reibungslosen Ablauf staatlicher Kernfunktionen, den namentlich das Streikrecht gefährdete. Aber auch insoweit können Mindestrechte gewährt werden, so die Vertretung durch Berufsorganisationen bei der näheren Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Dadurch wird die Funktionsfähigkeit nicht angetastet.

d) Geringe Regelungskompetenz der EU

3757 Auch wenn dem europäischen Gesetzgeber neben dem nationalen ein Ausgestaltungsspielraum eingeräumt wird, darf nicht vergessen werden, dass zum jetzigen Zeitpunkt die Union wegen der Existenz des Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV nur eine geringe Regelungskompetenz im Bereich der Kollektivverhandlungen hat und Kollektivmaßnahmen sogar der alleinigen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten unterfallen.⁴⁹⁹ Gem. Art. 51 Abs. 2 EGRC werden durch die EGRC auch keine neuen Zuständigkeiten begründet. Eine europarechtliche Konkretisie-

⁴⁹³ S.o. Rn. 3709.

⁴⁹⁴ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248 f., Rn. 44) – Viking.

⁴⁹⁵ EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 (248 f., Rn. 44) – Viking bzgl. der nationalen Regelungsunmöglichkeiten.

⁴⁹⁶ Rixen, in: Tettinger/Stern, Art. 28 Rn. 14; Rebhahn, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (655); a.A. Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRCh Rn. 3 ff.: Art. 28 EGRC enthalte keine Gewährleistung.

⁴⁹⁷ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁴⁹⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26); s.o. Rn. 3683.

⁴⁹⁹ S.o. Rn. 3692 f.

rung der Rechte aus Art. 28 EGRC ist daher derzeit nur begrenzt möglich.⁵⁰⁰ Erhebliche Grenzen ergeben sich aber aus den Grundfreiheiten.⁵⁰¹

IV. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

Eine rechtfertigungspflichtige Beeinträchtigung verlangt zunächst eine Grundrechtsbindung derjenigen, deren Handlungen den Gewährleistungsbereich betreffen.⁵⁰² Gem. Art. 51 Abs. 1 EGRC gilt die EGRC für die Organe und Einrichtung der Union und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts. In den für Art. 28 EGRC maßgeblichen Bereichen des Arbeitsentgelts, Koalitionsrechts, des Streikrechts und des Aussperrungsrechts besitzt die Union derzeit jedoch keine Kompetenzen, wie Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV klarstellt.⁵⁰³ Lediglich in den Fällen, in denen bei der Ausübung anderer Kompetenztitel das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen berührt wird⁵⁰⁴ oder wenn der europäische Gesetzgeber von den Regelungskompetenzen des Art. 137 Abs. 1 lit. f) i.V.m. Abs. 2 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. f) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV Gebrauch macht und das Tarifvertragsrecht ausgestaltet,⁵⁰⁵ kann eine Bindung an Art. 28 EGRC und eine mögliche Beeinträchtigung in Betracht kommen.⁵⁰⁶

Zu beachten ist zudem der weite Spielraum, der dem europäischen und den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern bei der Ausgestaltung des Art. 28 EGRC überlassen wird.⁵⁰⁷ Da dieser grundsätzlich die Freiheit bietet, auszugestalten, unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfang, unter Einhaltung welcher Regeln und in welchen Grenzen die Rechte aus Art. 28 EGRC gewährt werden,⁵⁰⁸ ist eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Rechte nur in seltenen Fällen denkbar. Es wird jeweils im Einzelfall abzuwägen sein, ob die europarechtliche oder mitgliedstaatliche Regelung eine zulässige Ausgestaltung oder eine bereits unzulässige Beschränkung bedeutet.⁵⁰⁹ Zum jetzigen Zeitpunkt ist das Konfliktpotenzial im Hinblick auf Art. 28 EGRC jedenfalls als gering anzusehen.⁵¹⁰ Das verhält sich anders im Hinblick auf die Grundfreiheiten. Sie beschränken kollektive Maßnahmen und dabei vor allem Streiks und Blockaden gegen grenzüberschreitend tätige Unternehmen, wenn Arbeitnehmerinteressen über einen Mindestschutz hinaus

⁵⁰⁰ Vgl. *Krebber*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 28 GRCh Rn. 7 f., der eine Konkretisierung allerding für ausgeschlossen hält, da nach seiner Ansicht Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV als Ausschlussstatbestand auch das Tarifvertragsrecht umfasst.

⁵⁰¹ S.o. Rn. 402 f., 475, 3724.

⁵⁰² *Rixen*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 28 Rn. 19.

⁵⁰³ S.o. Rn. 3692.

⁵⁰⁴ S. *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 1841; *Hilbrandt*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 35 Rn. 11.

⁵⁰⁵ S.o. Rn. 3694.

⁵⁰⁶ *Rebhahn*, in: *GS für Heinze*, 2005, S. 649 (656).

⁵⁰⁷ S.o. Rn. 3753 f.

⁵⁰⁸ Zu den Grenzen des Gestaltungsspielraums, s.o. Rn. 3755 f.

⁵⁰⁹ *Rixen*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 28 Rn. 14.

⁵¹⁰ *Rixen*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 28 Rn. 22; *Rebhahn*, in: *GS für Heinze*, 2005, S. 649 (659); *Everling*, in: *GS für Heinze*, 2005, S. 157 (174).

durchgesetzt werden sollen, weil dann der durch die EntsendeRL 96/71/EG⁵¹¹ auf einen Basisstandard festgelegte Rahmen überdehnt und umgekehrt gerade die nationalen Regelungsunterschiede grundsätzlich beibehaltenden Grundfreiheiten über Gebühr verkürzt würden.⁵¹²

⁵¹¹ RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (EntsendeRL), ABl. L 18, S. 1.

⁵¹² S. dazu EuGH, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 (49, Rn. 108 ff.) – Laval; näher o. Rn. 402 f., 3724.

V. Prüfungsschema zu Art. 28 EGRC

1. Schutzbereich

3760

- a) Arbeitnehmer: erbringt während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält
- b) Arbeitgeber: beschäftigt mindestens einen Arbeitnehmer, auch Unternehmen
- c) Organisationen: Zusammenschlüsse und Vereinigungen von Arbeitnehmern (Gewerkschaften) oder Arbeitgebern; feste, auf Dauer angelegte Verbindung, die von losen, kurzzeitigen Zusammenschlüssen zu unterscheiden ist; Mitglieder ausschließlich Arbeitnehmer oder Arbeitgeber; keine Mischorganisationen
- d) nicht: Vereinigungen von rein staatlichen Arbeitgebern
- e) Kollektivverhandlungen dienen dazu, Tarifverträge (weit zu verstehen) auszuhandeln und zu schließen; geschützt sind alle Maßnahmen, die der Vorbereitung und dem Abschluss von tarifvertraglichen Vereinbarungen dienen
- f) negative Freiheit: niemand darf zu Kollektivverhandlungen oder Tarifverträgen gezwungen werden; kein Anspruch auf Abschluss eines Tarifvertrags mit einem bestimmten Arbeitgeber; einzelne Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber dürfen nicht gegen ihren Willen in einen Tarifvertrag einbezogen werden, aber diesbezügliche Streiks ggf. zulässig
- g) Ebene auswählbar, auf der Tarifverträge ausgehandelt und geschlossen werden können (Unternehmen, Unternehmensgruppe, Branche etc.)
- h) kollektive Maßnahmen: alle Maßnahmen des Arbeitskampfes, z.B. Streik
- j) auch Aussperrung
- k) Recht auf kollektive Maßnahmen in allen Konfliktsituationen und nicht lediglich bei der Aushandlung von Tarifverträgen
- l) negative Freiheit: Recht, keine Kollektivmaßnahmen durchzuführen, Streik oder Aussperrung fernzubleiben
- m) Ausgestaltungsvorbehalt; Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen dürfen aber nicht gänzlich unmöglich gemacht werden

2. Beeinträchtigung

- a) Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung gering, da die Union nur wenige Kompetenzen in dem Bereich besitzt (vgl. Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV)
- b) zudem weiter Spielraum des europäischen und der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung

3. Rechtfertigung

- a) v.a. Grundfreiheiten begrenzen Blockaden und Streiks, die gegen grenzüberschreitende Unternehmen mehr als soziale Mindeststandards durchsetzen sollen (*Laval*)
- b) Verhältnismäßigkeit: Beurteilung im Einzelnen obliegt nationalen Gerichten, aber strikte Eckpunkte durch EuGH

§ 3 Individuelle Arbeitnehmerrechte

A. Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst

- 3761** Gem. Art. 29 EGRC hat jeder Mensch das Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst.

I. Diskussion im Grundrechtekonvent

- 3762** Ursprünglich hatte in die EGRC ein Recht auf Arbeit aufgenommen werden sollen, in dem in Abs. 2 der Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst geregelt war.⁵¹³ Dies entspricht der Normierung in der ESC.⁵¹⁴ Dort ist in Art. 1 die Verpflichtung des Staates zur Einrichtung eines unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienstes als ein Teilaspekt des Rechts auf Arbeit formuliert.⁵¹⁵
- 3763** Das Recht auf Arbeit war jedoch höchst umstritten. Schließlich wurde auf seine Aufnahme in die EGRC verzichtet.⁵¹⁶ Auch gegen die Aufnahme eines Rechts auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst wurde eingewandt, die Regelung falle nicht in den Kompetenzbereich der Union⁵¹⁷ und sei unmöglich zu verwirklichen.⁵¹⁸ Strittig war zudem, ob eine Unentgeltlichkeit festgeschrieben werden sollte.⁵¹⁹ Schließlich wurde das Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst in Art. 29 EGRC aufgenommen, unter Hinweis auf den „Mehrwert“,⁵²⁰ den die EGRC durch dieses Recht erfahre, da mit ihr Arbeitslosigkeit als Zentralproblem benannt werde.⁵²¹

⁵¹³ Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 3; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 1; Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 319 f.

⁵¹⁴ S.u. Rn. 3764.

⁵¹⁵ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 47, Fn. 113.

⁵¹⁶ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 1.

⁵¹⁷ So der schwedische Vertreter Tarschys, s. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 320; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Fn. 6; Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 5.

⁵¹⁸ So die Auffassung des Niederländers Patijn, unterstützt von dem Vertreter Großbritanniens, Bowness, s. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 321; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Fn. 6; Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 5.

⁵¹⁹ Lörcher, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 37 (47 f.).

⁵²⁰ So der spanische Vertreter Bereijo, s. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 320; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Fn. 6.

⁵²¹ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 10; Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 3.

II. Grundlagen

1. ESC und GCSGA

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁵²² stützt sich Art. 29 EGRC auf Art. 1 Abs. 3 ESC⁵²³ sowie auf Nr. 13 GCSGA.⁵²⁴ Gem. Art. 1 Abs. 3 ESC verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Arbeit zu gewährleisten, unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste für alle Arbeitnehmer einzurichten oder aufrecht zu erhalten. **3764**

Nach Nr. 13 GCSGA ist, um die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten zu erleichtern, in Übereinstimmung mit den einzelstaatlichen Gepflogenheiten die Einführung und Anwendung von Vermittlungs-, Schlichtungs- und Schiedsverfahren auf geeigneter Ebene zu erleichtern. Nr. 13 GCSGA nennt damit nur kurz sowie beiläufig den Vermittlungsdienst und bezieht diesen auf die Streitbeilegung, nicht auf die Arbeitsvermittlung.⁵²⁵ Inhaltlich ist Nr. 13 GCSGA, der gemeinsam mit Nr. 11, 12 und 14 GCSGA mit „Koalitionsfreiheit und Tarifverhandlungen“ überschrieben ist, auf Kollektivmaßnahmen bei Interessenkonflikten fokussiert.⁵²⁶ Daher verwundert der Hinweis in den Erläuterungen zur EGRC.⁵²⁷ Überzeugender wäre ein Verweis auf Nr. 6 GCSGA gewesen, wonach „jeder ... die Dienste der Arbeitsämter unentgeltlich in Anspruch nehmen können“ muss.⁵²⁸ **3765**

2. Europäischer Besitzstand

Bislang ist das Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst europarechtlich nicht konkretisiert.⁵²⁹ Art. 137 Abs. 1 lit. h) i.V.m. Abs. 2 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. h) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV gibt dem Rat die Befugnis, durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Unterstützung der Tätigkeit der Mitgliedstaaten bei der beruflichen Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen zu erlassen. Art. 137 Abs. 1 lit. h) EG/153 Abs. 1 lit. h) AEUV bietet mithin grundsätzlich eine Grundlage für alle Regelungen, die das Ziel der Eingliederung verfolgen.⁵³⁰ Darunter könnte auch die Einführung von Arbeitsvermittlungsdiensten gefasst werden, da diese dazu dienen, Arbeitssuchende beim Wiedereinstieg in das Berufsleben zu unterstützen. **3766**

⁵²² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁵²³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁵²⁴ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁵²⁵ Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 6.

⁵²⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 6.

⁵²⁷ Jarass, § 30 Rn. 1; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 4; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1009; Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 6; Streinz, in: ders., Art. 29 GR-Charta Rn. 1.

⁵²⁸ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 4; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1009; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 10.

⁵²⁹ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 5.

⁵³⁰ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 EGV Rn. 26.

3767 Allerdings ist Art. 150 EG/166 AEUV zu beachten, zumal Art. 137 Abs. 1 lit. h) EG/153 Abs. 1 lit. h) AEUV darauf Bezug nimmt. Art. 150 EG/166 AEUV behandelt die europäische Kompetenz für die berufliche Bildung. Danach unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft/Union im betreffenden Bereich lediglich die Maßnahmen der Mitgliedstaaten und beachtet deren Verantwortung für Inhalt und Gestaltung. Nach Art. 150 EG/166 AEUV verbleibt damit die grundsätzliche Kompetenz bei den Mitgliedstaaten,⁵³¹ weshalb den europäischen Handlungsmöglichkeiten enge Grenzen gesetzt sind.⁵³² Wenn die Gemeinschaft/Union in diesen Grenzen im Bereich der beruflichen Bildung tätig wird, verfolgt sie unter anderem gem. Art. 150 Abs. 2 2. Spiegelstrich EG/166 Abs. 2 2. Spiegelstrich AEUV das Ziel der Verbesserung der beruflichen Erstausbildung und Weiterbildung zur Erleichterung der beruflichen Eingliederung und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt.

3768 Aufgrund der bereits begrifflichen Überschneidungen von Art. 137 Abs. 2 lit. h) EG/153 Abs. 1 lit. h) AEUV und Art. 150 Abs. 2 2. Spiegelstrich EG/166 Abs. 2 2. Spiegelstrich AEUV sind die Grenzen zwischen den beiden Zuständigkeiten nicht eindeutig.⁵³³ So kann die berufliche Bildung auch der beruflichen Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt Ausgegliederten dienen. Bei den Maßnahmen nach Art. 150 EG/166 AEUV liegt jedoch der Schwerpunkt auf der beruflichen Bildung und Qualifikation, während der Hauptakzent bei Art. 137 EG/153 AEUV auf die Integration der Beschäftigungslosen gerichtet ist.⁵³⁴ Die reine Arbeitsvermittlung fällt daher unter Art. 137 EG/153 AEUV, so dass gem. Art. 137 Abs. 1 lit. h) i.V.m. Abs. 2 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. h) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV eine europäische Kompetenz besteht.⁵³⁵ Sollte die Vermittlungstätigkeit jedoch auch Bereiche im Rahmen von beruflichen Qualifizierungsmaßnahmen erfassen, wie es derzeit teilweise bei der deutschen Agentur für Arbeit der Fall ist, sind Maßnahmen der Gemeinschaft/Union nur in den engen Grenzen des Art. 150 EG/166 AEUV zulässig.

3. EuGH-Rechtsprechung

3769 Der EuGH hat soweit ersichtlich bislang kein Grundrecht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst anerkannt.⁵³⁶ Da sich der EuGH zur Herausbildung von Grundrechten insbesondere auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten beruft, verwundert dieses Ergebnis nicht.

⁵³¹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 150 EGV Rn. 5; Simm, in: Schwarze, Art. 150 EGV Rn. 14.

⁵³² Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 150 EGV Rn. 5 m.w.N. in Fn. 5.

⁵³³ Eichenhofer, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 20; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 EGV Rn. 26.

⁵³⁴ Eichenhofer, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 20.

⁵³⁵ Vgl. Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 5.

⁵³⁶ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 12.

4. Verfassungen der Mitgliedstaaten

In keiner der Verfassungen der Mitgliedstaaten findet sich eine explizite Normierung eines Rechts auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst.⁵³⁷ Allerdings wird zum Teil der Versuch unternommen, ein solches Recht dem Recht auf Arbeit, der Berufsfreiheit oder anderen berufsbezogenen Grundrechten zu entnehmen.⁵³⁸ 3770

III. Einordnung

1. Qualifizierung als Grundrecht

Die meisten Stimmen in der deutschen Lit. sehen in Art. 29 EGRC keinen Grundsatz, sondern ein voll subjektiv einforderbares Grundrecht.⁵³⁹ Diese Einordnung entspricht Wortlaut, Genese, Systematik sowie, wenngleich nicht eindeutig, auch dem Zweck der Vorschrift. 3771

a) Wortlaut

Art. 29 EGRC ist überschrieben als Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst. Auch im Normtext wird von einem Recht gesprochen. 3772

b) Genese

Ursprünglich hatte Art. 29 EGRC als Teilaspekt eines „Rechts auf Arbeit“ geregelt werden sollen. Dies hatte sich jedoch nicht durchsetzen können, da dem Recht auf Arbeit entgegengehalten wurde, dass damit ein einklagbares Recht auf einen Arbeitsplatz gegeben würde.⁵⁴⁰ In der EGRC fand letztlich nur der dem heutigen Art. 29 EGRC entsprechende Abs. 2 des ursprünglichen Entwurfs des „Rechts auf Arbeit“ Eingang.⁵⁴¹ Auch wenn damit gegen das Recht auf Arbeit eingewandt wurde, dass es kein subjektives Recht darstellen dürfe, schienen diese Bedenken offensichtlich bei dem Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst nicht zu bestehen. Die Genese ergibt daher zwar nicht eindeutig, dass Art. 29 EGRC als subjektives Recht zu qualifizieren ist, es schließt dies jedoch auch nicht aus. 3773

⁵³⁷ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 3; Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 2; Streinz, in: ders., Art. 29 GR-Charta Rn. 1; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 2.

⁵³⁸ S. Streinz, in: ders., Art. 29 GR-Charta Rn. 2; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 2; ausführlich Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 2.

⁵³⁹ Jarass, § 30 Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 1; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1025.

⁵⁴⁰ Vgl. Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 1; auch Losch/Radau, NVwZ 2003, 1440 (1444).

⁵⁴¹ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 1.

c) Systematik

- 3774** Art. 29 EGRC entspricht in Überschrift und textlicher Ausgestaltung Art. 28 EGRC, der ebenfalls von einem „Recht auf ...“ spricht. Art. 28 EGRC verleiht nicht zuletzt aufgrund dieser Formulierung ein Grundrecht.⁵⁴² Gleiches muss daher für Art. 29 EGRC gelten.

d) Zweck

- 3775** Sinn und Zweck von Art. 29 EGRC ist es, Arbeitslosigkeit als Zentralproblem zu benennen. Arbeitslose Menschen sollen bei ihrer Suche nach einer neuen Beschäftigung unterstützt werden. Ihnen ist am besten geholfen, wenn ihnen ein subjektives Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst eingeräumt wird. Würde man Art. 29 EGRC als Grundsatz verstehen, wäre damit dem Hauptziel der Vorschrift, Arbeitslosigkeit als Problem zu benennen, allerdings ebenfalls Rechnung getragen. Daher lassen Sinn und Zweck des Art. 29 EGRC keine eindeutige Zuordnung als subjektives Recht oder Grundsatz zu. Aufgrund des Wortlauts und des Vergleichs mit Art. 28 EGRC ist Art. 29 EGRC insgesamt jedoch als subjektives Recht zu qualifizieren.

2. Funktion

- 3776** Es ist umstritten, ob das Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst als reines Abwehrrecht⁵⁴³ oder als Leistungsrecht oder aber als Teilhaberecht⁵⁴⁴ zu verstehen ist.⁵⁴⁵

a) Kein Abwehrrecht

- 3777** Die Auslegung von Art. 29 EGRC als reines Abwehrrecht würde bedeuten, dass Art. 29 EGRC eine Freiheitssphäre schafft, in der jeder Mensch vor Eingriffen durch die Union und die Mitgliedstaaten⁵⁴⁶ geschützt ist.⁵⁴⁷ Dies hätte zur Folge, dass die Union und die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen ergreifen dürften, welche die Menschen⁵⁴⁸ daran hindern würden, unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste in Anspruch zu nehmen.⁵⁴⁹
- 3778** Dies ist jedoch bereits durch die Berufsfreiheit des Art. 15 EGRC geschützt. Gem. Art. 15 Abs. 1 EGRC hat jede Person das Recht, zu arbeiten. Dies ist nicht

⁵⁴² S.o. Rn. 3705 ff.

⁵⁴³ Meyer/Engels, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2001, S. 7 (27); Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 4.

⁵⁴⁴ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 5; Jarass, § 29 Rn. 2.

⁵⁴⁵ S. Streinz, in: ders., Art. 29 GR-Charta Rn. 3; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 16.

⁵⁴⁶ S. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁵⁴⁷ Vgl. Jarass, § 5 Rn. 9.

⁵⁴⁸ S.u. Rn. 3786 ff.

⁵⁴⁹ Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 7; Streinz, in: ders., Art. 29 GR-Charta Rn. 3; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 4; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 16.

als subjektive Anspruchsposition im Sinne eines Rechts auf Verschaffung eines Arbeitsplatzes, sondern als reine Abwehr zu verstehen.⁵⁵⁰ Daraus folgt, dass die Union und die Mitgliedstaaten keine aktiven Schritte unternehmen dürfen, um Menschen an der Arbeitsaufnahme zu hindern.⁵⁵¹ Diese aus Art. 15 Abs. 1 EGRC resultierende Verpflichtung umfasst auch, Menschen nicht daran zu hindern, einen Arbeitsvermittlungsdienst aufzusuchen, da dies nur einen Zwischenschritt zur Erlangung eines Arbeitsplatzes darstellt.⁵⁵²

Würde man in Art. 29 EGRC ein Abwehrrecht sehen, würde man der Norm folglich den eigenständigen Regelungsgehalt absprechen. Dass Art. 29 EGRC neben Art. 15 EGRC jedoch einen zusätzlichen Bereich erfasst, zeigt sich bereits daran, dass der Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst ursprünglich zusammen mit der Berufsfreiheit geregelt werden sollte,⁵⁵³ schließlich jedoch als eigenständiger Grundrechtsartikel in die EGRC aufgenommen wurde.⁵⁵⁴ Art. 29 EGRC ist daher nicht als Abwehrrecht zu qualifizieren. **3779**

b) Kein originäres Leistungsrecht

Aufgrund der Formulierung des Art. 29 EGRC, wonach lediglich „Zugang“ gewährt werden muss, ist Art. 29 EGRC nicht die Verpflichtung zu entnehmen, dass Arbeitsvermittlungsdienste durch den Staat neu eingerichtet oder erweitert werden müssen.⁵⁵⁵ Geschützt wird lediglich die Partizipation an vorhandenen Vermittlungsdiensten.⁵⁵⁶ Bei Art. 29 EGRC handelt es sich demnach nicht um ein originäres Leistungsrecht.⁵⁵⁷ **3780**

c) Teilhaberecht

Art. 29 EGRC ist vielmehr ein Teilhaberecht.⁵⁵⁸ Die Union und die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass jeder Mensch an bestehenden Arbeitsvermittlungsdiensten teilhaben kann.⁵⁵⁹ Sie müssen den Zugang diskriminierungsfrei und gleichheitskonform ausgestalten.⁵⁶⁰ **3781**

Grundsätzlich sind Teilhaberechte auf die Teilhabe bzw. den Zugang zu staatlichen Einrichtungen gerichtet.⁵⁶¹ Art. 29 EGRC lässt hingegen offen, ob die Ver- **3782**

⁵⁵⁰ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 21; Bernsdorff, in: Meyer, Art. 15 Rn. 15. Näher o. Rn. 2564 ff.

⁵⁵¹ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 21; vgl. Meyer/Engels, ZRP 2000, 368 (370).

⁵⁵² Vgl. Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 7.

⁵⁵³ Als „Recht auf Arbeit“, s.o. Rn. 3762.

⁵⁵⁴ S.o. Rn. 3763.

⁵⁵⁵ Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 7; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 5; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 4; Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (19).

⁵⁵⁶ Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (19).

⁵⁵⁷ Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 7; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 5.

⁵⁵⁸ S. Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 5; Jarass, § 29 Rn. 2; Losch/Radau, NVwZ 2003, 1440 (1444).

⁵⁵⁹ Vgl. Jarass, § 5 Rn. 14.

⁵⁶⁰ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 5; Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (19).

⁵⁶¹ Jarass, § 5 Rn. 14.

mittlungsdienste öffentlich oder privat organisiert sind.⁵⁶² Da allerdings gem. Art. 29 EGRC der Zugang von der Union und den Mitgliedstaaten⁵⁶³ gewährleistet sein muss, kann die Arbeitsvermittlung nur dann auf Private übertragen werden, wenn gleichzeitig ein Zugangsrecht zu ihren Diensten gewährleistet ist.⁵⁶⁴

- 3783** Die Union und die Mitgliedstaaten müssen daher sicherstellen, dass jeder Mensch in gleicher Weise Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst hat, unabhängig davon, ob die bestehenden Vermittlungsdienste öffentlich oder durch Private organisiert sind.

3. Abgrenzung

a) Art. 15 EGRC

- 3784** Im Verhältnis zur Berufsfreiheit des Art. 15 EGRC geht Art. 29 EGRC als *lex specialis* vor.⁵⁶⁵ Überschneidungen dürften jedoch nur selten entstehen, da Art. 15 EGRC und Art. 29 EGRC unterschiedliche Zielrichtungen aufweisen. Während Art. 15 EGRC ein reines Freiheitsrecht ist, das vor Eingriffen seitens der Union und der Mitgliedstaaten schützen soll,⁵⁶⁶ gewährleistet Art. 29 EGRC den Zugang zu Arbeitsvermittlungsdiensten und verleiht damit einen Anspruch auf diskriminierungsfreien und gleichheitskonformen Zugang.⁵⁶⁷

b) Art. 36 EGRC

- 3785** Der Arbeitsvermittlungsdienst bildet einen Sonderfall einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 EGRC.⁵⁶⁸ Schließlich steht der allgemeine Zugang im Vordergrund. Dieser wird aber speziell und stärker ausgeprägt als im Rahmen von Art. 36 EGRC geregelt.

IV. Gewährleistungsbereich

1. Grundrechtsträger

a) Nur natürliche Personen

- 3786** In der ursprünglichen Fassung der EGRC von 2000 war davon die Rede, dass „jede Person“ das Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst hat. Bei dieser Formulierung könnte zweifelhaft sein, ob nur natürliche oder auch juristische Personen berechtigt sind.

⁵⁶² Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 8.

⁵⁶³ Vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁵⁶⁴ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 4.

⁵⁶⁵ Jarass, § 30 Rn. 4; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1033; s.o. Rn. 2511.

⁵⁶⁶ S.o. Rn. 3778 f.

⁵⁶⁷ S.u. Rn. 3791.

⁵⁶⁸ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1010, 1025.

In der aktualisierten Fassung der EGRC von 2007 ist der Begriff „jede Person“ durch die Formulierung „jeder Mensch“ ersetzt worden. Damit ist jedoch keine inhaltliche Änderung vorgenommen, sondern lediglich eine missverständliche Übersetzung aus der französischen Ausgangsfassung korrigiert worden. Der Begriff Person war auch in der französischen, spanischen und portugiesischen Fassung der EGRC verwandt worden („personne“, „persona“ und „pessoa“). Da neben dem Begriff „Person“ in der EGRC jedoch auch der Begriff „Mensch“ verwandt wurde (beispielsweise in Art. 1 EGRC „Würde des Menschen“), war insbesondere in Deutschland die Frage aufgekommen, welche unterschiedlichen Inhalte die Begriffe bezeichnen. Es entfachte sich eine Debatte, ob mit der Verwendung der beiden Begriffe in die in der Philosophie und Bioethik diskutierte Unterscheidung zwischen Menschen und Personen eingegriffen wurde. Die Verwendung des Begriffs „Person“ basierte aber lediglich auf einer missglückten Übersetzung der französischen Ausgangsfassung. Diese sprach geschlechtsneutral von „personne“ anstatt von „homme“, da Letzteres zwar einerseits „Mensch“, aber andererseits auch „Mann“ bedeutet. Das Missverständnis wurde durch die veränderte Fassung im Text der Europäischen Verfassung ausgeräumt, ohne dass es zu einer inhaltlichen Änderung gekommen ist. Folglich ist die Formulierung des Art. 29 EGRC dahin auszulegen, dass lediglich Menschen und damit nur natürliche Personen Träger des Rechts auf einen unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst sind. Juristische Personen können sich nicht auf das Recht aus Art. 29 EGRC berufen.⁵⁶⁹ **3787**

Da Art. 29 EGRC allgemein von „Menschen“ spricht, greift die Gewährleistung unabhängig von einer bestehenden Arbeitnehmereigenschaft, vom Alter oder ähnlichem ein.⁵⁷⁰ Auch auf die Staatsangehörigkeit kommt es nicht an.⁵⁷¹ **3788**

b) Nur Arbeitnehmer

Allerdings ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift, arbeitslosen Menschen eine Hilfestellung bei der Arbeitssuche zu bieten, die Grundrechtsträgerschaft auf Arbeitnehmer beschränkt.⁵⁷² Die Berechtigten müssen dies zumindest werden wollen und müssen bislang keine Arbeit gefunden haben. Arbeitgeber haben kein aus Art. 29 EGRC resultierendes Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst. Zwar mag es in ihrem Interesse liegen, mit einem solchen Vermittlungsdienst zu kooperieren, ihnen steht jedoch kein subjektives Recht auf Zugang zu. **3789**

⁵⁶⁹ Jarass, § 30 Rn. 6.

⁵⁷⁰ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 3.

⁵⁷¹ Jarass, § 30 Rn. 6; Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 6; a.A. Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 13, der aufgrund einer teleologischen Reduktion nur Unionsbürger erfasst sehen will.

⁵⁷² Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 3; a.A. Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 14.

2. Arbeitsvermittlungsdienst

3790 Arbeitsvermittlung ist eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende und Arbeitgeber im Interesse der Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses zusammenzubringen.⁵⁷³ Das tatsächliche Zustandekommen eines Arbeitsvertrags wird den beteiligten Privatpersonen überlassen, weshalb Art. 29 EGRC keinen Anspruch auf Erzielung eines Vermittlungserfolges enthält.⁵⁷⁴

3791 Ob solche Dienste durch staatliche Stellen oder privatwirtschaftlich angeboten werden, lässt Art. 29 EGRC offen.⁵⁷⁵ Grundsätzlich ist daher sowohl eine öffentlich-rechtliche als auch eine privatrechtliche Organisation in staatlicher Hand, wie auch eine komplette Ausübung durch private Vermittler möglich.⁵⁷⁶ Allerdings verlangt Art. 29 EGRC als Teilhaberecht,⁵⁷⁷ dass die Union und die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass jeder Mensch Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst hat. Sie haben daher dafür Sorge zu tragen, dass auch bei privaten Arbeitsvermittlungen ein diskriminierungsfreier und gleichheitskonformer Zugang gewährt wird.⁵⁷⁸

3. Unentgeltlich

3792 Obwohl das Recht auf einen unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst schon lange durch Art. 1 Abs. 3 ESC⁵⁷⁹ anerkannt ist,⁵⁸⁰ war im Grundrechtekonvent nur mit Mühe zu erreichen, dass die Unentgeltlichkeit auch im EU-Rahmen festgeschrieben wird.⁵⁸¹ Sie wurde seitens der Wirtschaft mit dem Argument kritisiert, die Bedingung der Unentgeltlichkeit komme einer Bestandsgarantie für das öffentliche Arbeitsvermittlungswesen gleich.⁵⁸² Indes ist auch eine gänzliche Übertragung auf private Vermittler möglich, wenn nur der allgemeine Zugangsanspruch gewahrt wird.⁵⁸³

3793 Da das Recht aus Art. 29 EGRC auf Arbeitnehmer als Grundrechtsträger beschränkt ist,⁵⁸⁴ dürfen von den Arbeitssuchenden keine Gebühren, Kosten, Honorare oder Ähnliches für die Vermittlung erhoben werden.⁵⁸⁵ Für den Arbeitgeber muss die Arbeitsvermittlung hingegen nicht unentgeltlich sein.⁵⁸⁶ Er ist durch

⁵⁷³ Jarass, § 30 Rn. 5; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 6.

⁵⁷⁴ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 6.

⁵⁷⁵ Riedel, in: Meyer, Art. 29 Rn. 8; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 15.

⁵⁷⁶ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 4; Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 46; zur privaten Arbeitsvermittlung in Deutschland Kühl/Breitkreuz, NZS 2004, 568 ff. S.o. Rn. 3781.

⁵⁷⁷ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 4.

⁵⁷⁹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁵⁸⁰ S.o. Rn. 3764.

⁵⁸¹ Lörcher, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 37 (47 f.).

⁵⁸² Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 6.

⁵⁸³ S.o. Rn. 3791.

⁵⁸⁴ S.o. Rn. 3789.

⁵⁸⁵ Jarass, § 30 Rn. 7.

⁵⁸⁶ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 4.

Art. 29 EGRC nicht begünstigt.⁵⁸⁷ In der Praxis wird allerdings häufig auch für die Arbeitgeber die Zusammenarbeit mit einem Arbeitsvermittlungsdienst unentgeltlich erfolgen, da der Vermittlungsdienst auf die Kooperation der Arbeitgeber angewiesen ist und andernfalls eine Vermittlung von Arbeitssuchenden erheblich erschwert würde.⁵⁸⁸

4. Negative Freiheit

Art. 29 EGRC enthält ein Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst. Als negative Freiheit enthält er damit auch die Möglichkeit, die Dienste nicht in Anspruch zu nehmen.⁵⁸⁹ **3794**

Die in Deutschland im Hinblick auf die als Teil der so genannten Hartz IV-Gesetzgebung eingeführten Sanktionen bei einer Nicht- oder „Schlecht“-Inanspruchnahme von Arbeitsvermittlungsdiensten⁵⁹⁰ sind daher problematisch.⁵⁹¹ Indes lässt sich ein solcher Eingriff dadurch rechtfertigen, dass die betroffenen Personen wegen bislang erfolgloser Arbeitssuche Geld erhalten und daher für diesen Zweck zur Verfügung stehen sowie sich um Arbeit bemühen müssen. **3795**

Eingriffe können weiter darin bestehen, dass bestimmte Personen keinen oder keinen unentgeltlichen Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst erhalten.⁵⁹² Da **3796** Art. 29 EGRC gerade einen allgemeinen, kostenlosen Zugangsanspruch aufstellt, sind an solche Beschränkungen strenge Anforderungen zu stellen. Sie können beispielsweise in schweren Verfehlungen des Beeinträchtigten liegen, so bei einem Missbrauch durch bloßes Vortäuschen von Arbeitsbereitschaft.

⁵⁸⁷ S.o. Rn. 3789.

⁵⁸⁸ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 29 GRCh Rn. 4.

⁵⁸⁹ *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 6; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1011.

⁵⁹⁰ S. § 31 SGB II.

⁵⁹¹ *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 29 Rn. 7; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1011.

⁵⁹² *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 38 Rn. 18.

V. Prüfungsschema zu Art. 29 EGRC

3797 1. Schutzbereich

- a) **Zugang zu Arbeitsvermittlung:** Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende und Arbeitgeber im Interesse der Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses zusammenzubringen; das tatsächliche Zustandekommen eines Arbeitsvertrags wird den beteiligten Privatpersonen überlassen; kein Anspruch auf Erzielung eines Vermittlungserfolges
- b) **unentgeltlich für den Arbeitssuchenden** (keine Gebühren, Kosten, Honorare oder Ähnliches), nicht für den Arbeitgeber
- c) **negative Freiheit:** Möglichkeit, unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste nicht in Anspruch zu nehmen

2. Beeinträchtigung

- a) **Personen erhalten keinen oder keinen unentgeltlichen Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst**
- b) **Sanktionen bei einer Nicht- oder „Schlecht“-Inanspruchnahme von Arbeitsvermittlungsdiensten**

3. Rechtfertigung

- a) **Erhalt staatlicher Leistungen bei Arbeitslosigkeit**
- b) **Missbrauch staatlicher Förderung durch bloßes Vortäuschen von Arbeitsbereitschaft**

B. Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung

3798 Gem. Art. 30 EGRC hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung.

I. Grundlagen

1. Internationale Abkommen

a) *ESC, GCSGA und EMRK*

3799 Die ESC⁵⁹³ enthält in Art. 8 Nr. 2 die Verpflichtung der Vertragsparteien, „es als ungesetzlich zu betrachten, dass ein Arbeitgeber einer Frau während ihrer Abwesenheit infolge Mutterschaftsurlaub oder so kündigt, dass die Kündigungsfrist während einer solchen Abwesenheit abläuft“. Gem. Art. 4 Nr. 4 ESC verpflichten sich die Vertragsparteien, „das Recht aller Arbeitnehmer auf eine angemessene Kündigungsfrist im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzuerkennen“.

⁵⁹³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

Einen mit Art. 30 EGRC vergleichbaren allgemeinen Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung enthält die ESC jedoch nicht.⁵⁹⁴ Der in Art. 8 Nr. 2 ESC behandelte Kündigungsschutz während des Mutterschaftsurlaubs ist in der EGRC vom speziellen Kündigungsschutz des Art. 33 Abs. 2 EGRC umfasst.⁵⁹⁵

Die GCSGA⁵⁹⁶ und die EMRK enthalten kein mit Art. 30 EGRC vergleichbares Recht.⁵⁹⁷ **3800**

b) *Rev. ESC*

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁵⁹⁸ lehnt sich Art. 30 EGRC an Art. 24 rev. ESC⁵⁹⁹ an. Danach verpflichten sich die Vertragsparteien, das Recht der Arbeitnehmer anzuerkennen, nicht ohne einen triftigen Grund gekündigt zu werden, der mit ihrer Fähigkeit oder ihrem Verhalten zusammenhängt oder auf den Erfordernissen der Tätigkeit des Unternehmens, des Betriebs oder des Dienstes beruht. Dasselbe gilt für das Recht der ohne triftigen Grund gekündigten Arbeitnehmer auf eine angemessene Entschädigung oder einen anderen zweckmäßigen Ausgleich. Durch diese beiden Rechte sollen die Vertragsparteien die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz bei Kündigung gewährleisten. Zu diesem Zweck verpflichten sich die Vertragsparteien zudem, sicherzustellen, dass ein Arbeitnehmer, welcher der Auffassung ist, dass seine Kündigung ohne triftigen Grund erfolgte, das Recht hat, diese bei einer unparteiischen Stelle anzufechten. **3801**

Im Anhang zur rev. ESC⁶⁰⁰ finden sich Definitionen und Erläuterungen zu den Bestimmungen des Art. 24 rev. ESC. Dieser Anhang zur rev. ESC bildet gem. Art. N des Teils IV der rev. ESC einen integralen Bestandteil der rev. ESC, weshalb er bei der Interpretation der Normen der rev. ESC heranzuziehen ist.⁶⁰¹ Allerdings ist die ESC von 1961 von vielen Staaten unterzeichnet worden, während die rev. ESC von 1996 nur sehr zögerlich ratifiziert wird und auch die Mitgliedstaaten der Union sich sehr viel Zeit lassen.⁶⁰² **3802**

Die rev. ESC enthält weitere Regelungen im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz: Art. 20 lit. a) rev. ESC gegenüber Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, Art. 25 rev. ESC zum Schutz bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers,⁶⁰³ Art. 27 Nr. 3 rev. ESC zur Unzulässigkeit, das Arbeitsverhältnis wegen Wahrnehmung von Familienverpflichtungen zu beenden, Art. 28 lit. a) rev. ESC zum Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter.⁶⁰⁴ Diese betreffen jedoch spe- **3803**

⁵⁹⁴ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 12.

⁵⁹⁵ Zur Abgrenzung s.u. Rn. 3822.

⁵⁹⁶ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁵⁹⁷ Vgl. Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 12, 17 f.

⁵⁹⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁵⁹⁹ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

⁶⁰⁰ S. Anhang zur rev. ESC, Teil II, Artikel 24.

⁶⁰¹ Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 13; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 4.

⁶⁰² Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 1; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 13.

⁶⁰³ Vgl. u. Rn. 3808 ff.: RLn 80/987/EWG und 2002/74/EG.

⁶⁰⁴ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 16.

zielle Kündigungsschutzgründe, während Art. 24 rev. ESC und Art. 30 EGRC den allgemeinen Kündigungsschutz behandeln.

c) Vergleich

- 3804** Art. 24 rev. ESC formuliert erheblich konkreter als Art. 30 EGRC, welche Rechtsfolgen bei ungerechtfertigter Entlassung eintreten.⁶⁰⁵ In enger Anlehnung an die rev. ESC war auch Art. 30 EGRC in früheren Beratungsphasen des Grundrechtekonvents umfassender formuliert. Zunächst war entsprechend der Regelung in Art. 24 rev. ESC ein Anspruch auf Entschädigung und Wiedergutmachung enthalten.⁶⁰⁶ Dieser wurde jedoch sehr schnell beseitigt.⁶⁰⁷ Die zunächst ebenfalls aus Art. 24 rev. ESC übernommene Formulierung der „missbräuchlichen“ Entlassung wurde später entfernt.⁶⁰⁸ Gegen Ende der Beratungen wurde der Normgehalt des Art. 30 EGRC durch die Aufnahme der Formulierung „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ wesentlich eingeschränkt.⁶⁰⁹
- 3805** Aufgrund der vielen Veränderungen sprechen die Erläuterungen zur EGRC⁶¹⁰ zu Recht davon, dass sich Art. 30 EGRC lediglich an Art. 24 rev. ESC „anlehnt“. ⁶¹¹ Die großen Unterschiede zwischen Art. 30 EGRC und Art. 24 rev. ESC lassen sich zum einen mit dem allgemeinen Widerstand gegen die Aufnahme sozialer Rechte in die EGRC erklären.⁶¹² Zum anderen ist ein mit Art. 30 EGRC vergleichbares Recht international bislang lediglich in der rev. ESC und damit in einem von nur wenigen Staaten unterzeichneten Grundrechteübereinkommen enthalten.⁶¹³

2. Europäischer Besitzstand

a) Art. 137 Abs. 1 lit. d) EG und Art. 141 EG/ 153 Abs. 1 lit. d) und Art. 157 AEUV

- 3806** Gem. Art. 137 Abs. 1 lit. d) EG/153 Abs. 1 lit. d) AEUV unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft/Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Schutzes der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags. Art. 137 Abs. 1 lit. d) i.V.m. Abs. 2 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. d) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV gibt dem Rat die Befugnis, durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Unterstützung der Tätigkeit der Mitgliedstaaten in diesem Bereich zu erlassen. Eine spezielle

⁶⁰⁵ S. Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 16; zu den Rechtsfolgen bei Art. 30 EGRC s.u. Rn. 3837.

⁶⁰⁶ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 1; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 7.

⁶⁰⁷ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 1; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 7 und 9.

⁶⁰⁸ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 1.

⁶⁰⁹ Lörcher, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 37 (49); s.u. Rn. 3838 ff.

⁶¹⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁶¹¹ Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 2; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 3.

⁶¹² S.o. Rn. 3543 ff.

⁶¹³ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 1; vgl. Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 13.

Rechtsgrundlage für den Entlassungsschutz gegenüber Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts enthält Art. 141 EG/157 AEUV,⁶¹⁴ der die Grundsätze der Chancengleichheit, der Gleichbehandlung und des gleichen Entgelts für Männer und Frauen behandelt.

Trotz dieser europäischen Regelungskompetenzen sind allgemeine Regelungen zum Kündigungsschutz im Sekundärrecht bislang nicht zu finden. Dort finden sich vielmehr punktuelle Regelungen, die Kündigungsschutz in bestimmten Einzelfällen gewähren.⁶¹⁵ **3807**

b) RL 2001/23/EG, RL 80/987/EWG, RL 2002/74/EG

Die Erläuterungen zur EGRC⁶¹⁶ verweisen ohne nähere Begründung⁶¹⁷ auf die RL 2001/23/EG⁶¹⁸ über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen und auf die RL 80/987/EWG⁶¹⁹ über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, welche durch die RL 2002/74/EG⁶²⁰ geändert wurde. **3808**

Die RL 2001/23/EG betrifft den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung (Art. 1 Abs. 1 lit. a)). In einem solchen Fall bleiben die Ansprüche und Rechte der Arbeitnehmer gewahrt, indem sie auf den Betriebs- bzw. Unternehmenserwerber übergehen (Art. 3). Der Übergang eines Unternehmens, Betriebs oder Unternehmens- bzw. Betriebsteils stellt als solcher für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung dar. Diese Bestimmung steht allerdings etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegen (Art. 4 Nr. 1). **3809**

Vorrangiges Ziel der RLn 80/987/EWG und 2002/74/EG⁶²¹ ist es, die Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche der Arbeitnehmer auf Arbeitsentgelt sicherzustellen (jeweils Art. 3 der Richtlinien). Da die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers jedoch häufig zu Entlassungen führt, betreffen die zum Schutz der Arbeitnehmeransprüche aufgestellten Regelungen auch die Folgen einer aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers ausgesprochenen Kündigung. So müssen die Mitgliedstaaten gem. Art. 4 Abs. 2 2. Spiegelstrich der RL 80/987/EWG sicherstellen, dass zumindest für die drei letzten Monate des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses vor dem Zeitpunkt der Kündigung die nicht erfüllten Arbeitsgeldansprüche befriedigt werden. Gem. Art. 3 RL 2002/74/EG müssen die Mitgliedstaaten Maß- **3810**

⁶¹⁴ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 10; vgl. Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 3.

⁶¹⁵ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 6 f.

⁶¹⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁶¹⁷ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1012.

⁶¹⁸ ABl. 2001 L 82, S. 16. Vgl. Frenz, Europarecht 1, Rn. 1804; s.o. Rn. 3616.

⁶¹⁹ ABl. 1980 L 283, S. 23.

⁶²⁰ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 80/987/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. L 270, S. 10.

⁶²¹ ABl. 1980 L 283, S. 23 und ABl. 2002 L 270, S. 10.

nahmen treffen, damit Garantieeinrichtungen die Befriedigung der nicht erfüllten Ansprüche der Arbeitnehmer aus Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen sicherstellen, einschließlich, sofern dies nach ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehen ist, einer Abfindung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

c) Weitere Richtlinien und Verordnungen

- 3811** Neben den genannten Richtlinien sehen viele weitere Richtlinien und Verordnungen besondere Kündigungsschutztatbestände vor.⁶²² Andere sprechen den Kündigungsschutz zumindest mittelbar an.⁶²³ Sie haben häufig nicht konkret den Schutz vor Entlassung, sondern den Schutz vor Diskriminierungen zum Ziel.⁶²⁴ So bezweckt zum Beispiel die RL 2000/43/EG⁶²⁵, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten verwirklicht wird (Art. 1). Die Richtlinie gilt dabei unter anderem in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und dem Entgelt (Art. 3 Abs. 1 lit. c)).
- 3812** Gleiches gilt beispielsweise für die FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68⁶²⁶, welche die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union behandelt. Gem. Art. 7 Abs. 1 der Verordnung darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten unter anderem im Hinblick auf die Kündigung nicht anders behandelt werden als inländische Arbeitnehmer.
- 3813** Trotz der hohen Anzahl an Bestimmungen, die den Bereich des Kündigungsschutzes betreffen, enthält das Sekundärrecht bislang keine allgemeinen Regelungen zum Kündigungsschutz.⁶²⁷

3. EuGH-Rechtsprechung

- 3814** Der EuGH hat das Recht auf Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung in einer Vielzahl von Urteilen behandelt,⁶²⁸ was auch auf die hohe Anzahl von sekundärrechtlichen Regelungen⁶²⁹ zurückzuführen ist. Bislang hat der EuGH jedoch – so-

⁶²² S. die Aufzählungen bei *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 7; *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 37 vor Rn. 1.

⁶²³ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 7 mit Beispielen in Fn. 14.

⁶²⁴ *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 24 ff.

⁶²⁵ Des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft, ABl. L 180, S. 22.

⁶²⁶ Des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (FreizügigkeitsVO), ABl. 1968 L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

⁶²⁷ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 6.

⁶²⁸ S. *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 51; s. z.B. EuGH, Rs. C-262/88, Slg. 1990, I-1889 – Barber; Rs. C-167/97, Slg. 1999, I-623 – Seymour-Smith u. Perez; Rs. C-109/00, Slg. 2001, I-6993 – Tele Danmark; sowie die Übersicht bei *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 37 vor Rn. 1.

⁶²⁹ S.o. Rn. 3808 ff.

weit ersichtlich – dem Recht vor ungerechtfertigter Entlassung keine Grundrechtsqualität beigemessen.⁶³⁰

4. Verfassungen der Mitgliedstaaten

Nur die portugiesische und die slowakische Verfassung enthalten einen expliziten Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung. In Art. 53 der portugiesischen Verfassung heißt es: „Den Arbeitern wird die Sicherheit des Arbeitsplatzes garantiert; Entlassungen ohne rechtfertigenden Grund oder aus politischen oder ideologischen Gründen sind unzulässig.“⁶³¹ Gem. Art. 36 der slowakischen Verfassung haben Beschäftigte „das Recht auf gerechte und zufrieden stellende Arbeitsbedingungen. Durch Gesetz wird ihnen vor allem gewährleistet ... b) der Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung aus einem Arbeitsverhältnis ...“.⁶³² **3815**

Allerdings enthalten einige Verfassungen ein Recht auf Arbeit, dem zum Teil ein Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung entnommen wird.⁶³³ Gleiches gilt für Verfassungsbestimmungen über gerechte oder angemessene Arbeitsbedingungen, über ein Kündigungsverbot bei fehlender gesetzlicher Grundlage oder Ähnlichem.⁶³⁴ Das BVerfG entnimmt der Berufsfreiheit des Art. 12 GG eine dem Staat obliegende Schutzpflicht vor ungerechtfertigten Kündigungen.⁶³⁵ **3816**

Daneben räumen alle Mitgliedstaaten Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung auf einfachgesetzlicher Ebene ein.⁶³⁶ **3817**

II. Einordnung

1. Qualifizierung als Grundrecht

Bei der Frage, ob Art. 30 EGRC als Grundrecht oder Grundsatz zu qualifizieren ist, besteht keine Einigkeit.⁶³⁷ Wortlaut, Genese, Systematik und Zweck haben unterschiedliche Aussagekraft. **3818**

⁶³⁰ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 19.

⁶³¹ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 2 und Fn. 12; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 4; Streinz, in: ders., Art. 30 GR-Charta Rn. 2.

⁶³² Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 4.

⁶³³ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 4.

⁶³⁴ Ausführlich Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 4 und Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 3 ff.

⁶³⁵ BVerfGE 84, 133 (146 f.); 92, 140 (150); 97, 169 (175, 179); Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 2; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 5; Zachert, NZA 2001, 1041 (1045).

⁶³⁶ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 4; Streinz, in: ders., Art. 30 GR-Charta Rn. 2; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 1; ausführlich Tödtmann/Schauer, NZA 2003, 1187 (1188); Rebhahn, RdA 2002, 272 (274 ff.).

⁶³⁷ Jarass, § 30 Rn. 11; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 22; Schwarze, EuZW 2001, 517 (522).

a) Wortlaut, Genese und Systematik

- 3819** Gem. Art. 30 EGRC hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung. Diese Formulierung spricht für die Gewährung eines subjektiven Rechts, da von einem „Anspruch“ gesprochen wird. Diese Einordnung entspricht dem Hinweis im Grundrechtekonvent, dass Art. 30 EGRC nicht als Zielbestimmung, sondern als Recht ausgestaltet ist.⁶³⁸
- 3820** Art. 30 EGRC gewährt einen allgemeinen Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung, während Art. 33 Abs. 2 EGRC einen besonderen Kündigungsschutz normiert.⁶³⁹ Nach Letzterem hat jeder Mensch das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund. Bereits seinem Wortlaut nach gewährt Art. 33 Abs. 2 EGRC ein subjektives Recht.⁶⁴⁰ Entsprechend ist bei dem allgemeinen Kündigungsschutz des Art. 30 EGRC ebenfalls von einem subjektiven Recht auszugehen, da nicht ersichtlich ist, weshalb der allgemeine und der besondere Kündigungsschutz unterschiedlich ausgestaltet sein sollten.

b) Kein entgegenstehender Zweck

- 3821** Sinn und Zweck des Art. 30 EGRC ist es, die Arbeitnehmer vor einer missbräuchlichen Behandlung seitens der Arbeitgeber zu schützen, die aufgrund ihrer beherrschenden Stellung die Arbeitskraft bzw. den Menschen als reine Ware behandeln könnten.⁶⁴¹ Dieser Schutz kommt den Arbeitnehmern am wirkungsvollsten zu, wenn ihnen ein subjektives Recht gewährt wird. Jedoch ist dies nicht zwingend, da die Bewertung der Arbeitskraft als anerkennungswürdiges und schützenswertes Gut auch durch einen Grundsatz zum Ausdruck gebracht werden kann. Aus dem Zweck des Art. 30 EGRC können daher keine Rückschlüsse auf die Zuordnung gezogen werden. Er spricht jedenfalls nicht gegen die Qualifizierung als subjektives Recht nach Wortlaut, Genese und Systematik. Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat daher gegen die Union und die Mitgliedstaaten (bei Durchführung des Unionsrechts)⁶⁴² einen einklagbaren Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung. Art. 30 EGRC normiert damit einen Schutzanspruch.⁶⁴³

2. Abgrenzung**a) Art. 33 Abs. 2 EGRC**

- 3822** Ein besonderer Kündigungsschutz folgt aus Art. 33 Abs. 2 EGRC.⁶⁴⁴ Danach hat jeder Mensch das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft

⁶³⁸ So der britische Vertreter *Goldsmith*, s. *Riedel*, in: Meyer, Art. 30 Rn. 8; *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 222.

⁶³⁹ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1013.

⁶⁴⁰ S.u. Rn. 3989.

⁶⁴¹ *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 3.

⁶⁴² Vgl. Art. 51 Abs. 1 EGRC.

⁶⁴³ *Zachert*, NZA 2001, 1041 (1044); *Riedel*, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 33; *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 1 (9 f.); zurückhaltend *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 22.

⁶⁴⁴ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1013.

zusammenhängenden Grund. Dieser besondere Kündigungsschutz geht dem allgemeinen des Art. 30 EGRC vor.⁶⁴⁵

b) Art. 20 EGRC, Art. 21 EGRC, Art. 23 EGRC

Bei diskriminierenden Entlassungen kommen die Diskriminierungsverbote des Art. 21 EGRC und des Art. 23 EGRC sowie der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 20 EGRC zum Tragen.⁶⁴⁶ **3823**

c) Art. 15 EGRC

Schwierig ist das Verhältnis zwischen der Berufsfreiheit des Art. 15 EGRC und dem Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung in Art. 30 EGRC. Das BVerfG stützt den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz auf die Berufsfreiheit des Art. 12 GG,⁶⁴⁷ weshalb sich die Frage stellt, ob nicht auch in der EGRC der allgemeine Kündigungsschutz bereits auf Art. 15 EGRC zurückgeführt werden kann.⁶⁴⁸ **3824**

Nach dem Regelungsinhalt ist Art. 30 EGRC im Bereich des Kündigungsschutzes spezieller als die allgemeine Grundrechtsbestimmung des Art. 15 EGRC. Grundsätzlich würde demnach Art. 30 EGRC als *lex specialis* gegenüber Art. 15 EGRC Vorrang genießen.⁶⁴⁹ Problematisch ist allerdings, dass in Art. 30 EGRC der Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung lediglich nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährt wird. Art. 30 EGRC bestimmt deshalb den Gewährleistungsbereich nur in einem geringen Maße selbst und überlässt die Ausgestaltung vielmehr dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern. Art. 15 EGRC hingegen enthält keinen Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Man könnte deshalb annehmen, dass Art. 15 EGRC zumindest eine ebenso detaillierte Norm ist wie Art. 30 EGRC.⁶⁵⁰ **3825**

Mag auch Art. 15 EGRC selbst den Gewährleistungsbereich detaillierter umschreiben, stellt die *lex specialis*-Regel aber nicht darauf ab, welches Grundrecht einen Sachbereich detaillierter, sondern welches ihn spezieller regelt. Während man Art. 15 EGRC nur durch Auslegung entnehmen kann, dass die Berufsfreiheit auch den Kündigungsschutz umfasst, ist dies bei Art. 30 EGRC offenkundig. Dabei ist auch unsicher, ob der EuGH der Ansicht des BVerfG zu Art. 12 GG folgen und den Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung als von Art. 15 EGRC umfasst ansehen würde. **3826**

Offensichtlich hat auch der Grundrechtekonvent, dem auch deutsche Mitglieder angehörten, Art. 15 EGRC nicht die Funktion beigemessen, vor ungerechtfertigten Entlassungen zu schützen. Dies zeigt zum einen die Debatte im Grundrechtekon-

⁶⁴⁵ *Krebber*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 30 GRCh Rn. 5; *Jarass*, § 30 Rn. 14.

⁶⁴⁶ *Jarass*, § 30 Rn. 14.

⁶⁴⁷ BVerfGE 84, 133 (146 f.); 92, 140 (150); 97, 169 (175); s.o. Rn. 3816.

⁶⁴⁸ *Szczekalla*, DVBl. 2001, 345 (347); *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 789.

⁶⁴⁹ *Jarass*, § 30 Rn. 14; *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1032.

⁶⁵⁰ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1032.

vent zu Art. 30 EGRC⁶⁵¹ und zum anderen die Tatsache, dass Art. 30 EGRC neben Art. 15 EGRC in die EGRC aufgenommen wurde. Der Grundrechtekonvent maß Art. 30 EGRC offensichtlich eine eigenständige Berechtigung zu.⁶⁵²

III. Gewährleistungsbereich

3828 Dass Art. 30 EGRC jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten einen Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung gibt, geht mit sehr allgemein gehaltenen Begriffsbestimmungen einher.⁶⁵³ Dies korrespondiert mit dem weiten Gestaltungsspielraum, der durch den Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern eingeräumt wird.⁶⁵⁴

1. Arbeitnehmer

3829 Der Arbeitnehmerbegriff stimmt wie der nach Art. 28 EGRC⁶⁵⁵ mit dem gem. Art. 27 EGRC überein.⁶⁵⁶ Die drei Vorschriften sind in unmittelbarer Nähe zueinander platziert, gleich formuliert und strukturiert. Für den Begriff des Arbeitnehmers ist somit die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 EG und Art. 141 EG/Art. 45 und Art. 157 AEUV zugrunde zu legen. Arbeitnehmer ist danach derjenige, der während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁶⁵⁷ Auf die Staatsangehörigkeit kommt es bei Art. 30 EGRC nicht an.⁶⁵⁸

3830 Ob in Anlehnung an Nr. 2 des Anhangs zu Art. 24 rev. ESC⁶⁵⁹ bestimmte Arbeitnehmer nicht den Schutz des Art. 30 EGRC genießen müssen und aus dem Schutzbereich ausgenommen werden können, ist nicht eine Frage des allgemeinen und weit zu fassenden Arbeitnehmerbegriffs.⁶⁶⁰ Sie ist vielmehr im Zusammenhang mit dem Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zu beantworten.⁶⁶¹

⁶⁵¹ S. Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 6 ff.; Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 222 ff.

⁶⁵² A.A. Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 2, der Art. 30 EGRC als „überflüssige“ Norm ansieht.

⁶⁵³ Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 12; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 37 Rn. 21.

⁶⁵⁴ S.u. Rn. 3840.

⁶⁵⁵ S.o. Rn. 3726.

⁶⁵⁶ S.o. Rn. 3640 ff.

⁶⁵⁷ St. Rspr. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 17) – Lawrie-Blum; Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 (3244, Rn. 21) – Brown; Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 (1059, Rn. 10) – Raulin; näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1204 ff.

⁶⁵⁸ Jarass, § 30 Rn. 15.

⁶⁵⁹ S. Anhang zur rev. ESC, Teil II, Artikel 24; s.o. Rn. 3801 ff.

⁶⁶⁰ Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 13 und Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 4 behandeln das Thema jedoch im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerbegriff.

⁶⁶¹ S.u. Rn. 3838 ff.

2. Ungerechtfertigte Entlassung

a) Entlassung

In Anlehnung an die Definition im Anhang zu Art. 24 rev. ESC,⁶⁶² ist unter „Entlassung“ die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers zu verstehen.⁶⁶³ Aufhebungsverträge fallen daher nicht unter Art. 30 EGRC.⁶⁶⁴ Die Entlassung erfolgt durch die Kündigungserklärung selbst und nicht erst mit der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der Kündigungsfrist. Letztere stellt nur die Wirkung der Entlassungsentscheidung dar.⁶⁶⁵ **3831**

Anders als Art. 24 rev. ESC⁶⁶⁶ nennt Art. 30 EGRC keine Gründe für die Entlassung. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Entlassung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers oder aus betrieblichen Gründen erfolgt.⁶⁶⁷ **3832**

b) Ungerechtfertigt

Eine Entlassung kann in vielen Fällen ungerechtfertigt sein. Zu denken ist an eine fragwürdige Auswahl unter den Arbeitnehmern, an eine Kündigung wegen begrenzter Verfehlungen oder ohne ausreichendes Verfahren.⁶⁶⁸ **3833**

In jedem Fall ist von einer ungerechtfertigten Entlassung auszugehen, wenn als Kündigungsgrund einer der Fälle angegeben wird, die in Nr. 3 des Anhangs zu Art. 24 rev. ESC⁶⁶⁹ benannt sind.⁶⁷⁰ **3834**

- a) die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder die gewerkschaftliche Betätigung außerhalb der Arbeitszeit oder, mit Zustimmung des Arbeitgebers, während der Arbeitszeit;
- b) die Tatsache, dass sich jemand um das Amt eines Arbeitnehmervertreters bewirbt, ein solches Amt ausübt oder ausgeübt hat;
- c) die Tatsache, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage gegen den Arbeitgeber einreicht, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt ist oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anruft;

⁶⁶² S. Anhang zur rev. ESC, Teil II, Artikel 24; zur Bedeutung für die Interpretation s.o. Rn. 3801 ff.

⁶⁶³ S. Jarass, § 30 Rn. 16; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 14; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 5.

⁶⁶⁴ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 4.

⁶⁶⁵ EuGH, Rs. C-188/03, Slg. 2005, I-885 (918 f., Rn. 36, 39) – Junk.

⁶⁶⁶ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

⁶⁶⁷ Jarass, § 30 Rn. 16; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 14.

⁶⁶⁸ Jarass, § 30 Rn. 18.

⁶⁶⁹ S. Anhang zur rev. ESC, Teil II, Artikel 24; s.o. Rn. 3801 ff.

⁶⁷⁰ Jarass, § 30 Rn. 17; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 15; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 6 f.

- d) Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Familienstand, Familienpflichten, Schwangerschaft, Religion, politische Anschauung, nationale oder soziale Herkunft;
- e) Mutterschaftsurlaub oder Elternurlaub;
- f) vorübergehende Abwesenheit von der Arbeit aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls.

3835 Die in lit. d) und e) genannten Fälle Schwangerschaft, Mutterschaftsurlaub und Elternurlaub fallen allerdings bereits unter Art. 33 Abs. 2 EGRC, welcher der allgemeinen Regelung des Art. 30 EGRC vorgeht,⁶⁷¹ weshalb sie vorliegend nicht näher von Belang sind.⁶⁷²

3836 Allgemein kann eine Entlassung als ungerechtfertigt angesehen werden, wenn sie einem verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Verbot widerspricht oder sie auf keinem sachlichen Grund basiert.⁶⁷³ So werden beispielsweise durch die Kündigungsverbote in der RL 2001/23/EG⁶⁷⁴ und der MutterschutzRL 92/85/EWG⁶⁷⁵ Fälle bezeichnet, in denen eine Entlassung ungerechtfertigt ist.⁶⁷⁶

3. Rechtsfolgen bei ungerechtfertigter Entlassung

3837 Im Gegensatz zu dem als Vorlage dienenden Art. 24 rev. ESC⁶⁷⁷ verzichtet Art. 30 EGRC auf jegliche Aussage zu den Rechtsfolgen bei einer ungerechtfertigten Entlassung.⁶⁷⁸ Er spricht lediglich allgemein davon, dass „Schutz“ gewährt werden muss. Ursprünglich sollte in Art. 30 EGRC ein Anspruch auf Entschädigung oder Wiedergutmachung aufgenommen werden. Dies wurde jedoch in den Diskussionen im Grundrechtekonvent bereits sehr früh gestrichen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Frage nach den Rechtsfolgen bewusst offen gelassen wurde. Aufgrund des Verweises auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ist es damit dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern überlassen, über die Rechtsfolgen bei einer ungerechtfertigten Entlassung zu entscheiden.⁶⁷⁹ Ob den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei einer ungerechtfertigten

⁶⁷¹ S.o. Rn. 3822.

⁶⁷² Jarass, § 30 Fn. 27.

⁶⁷³ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 7.

⁶⁷⁴ ABl. 2001 L 82, S. 16; s.o. Rn. 3809.

⁶⁷⁵ RL 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der RL 89/391/EWG) (Mutterschutz-RL), ABl. L 348, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁶⁷⁶ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 50.

⁶⁷⁷ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

⁶⁷⁸ Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 16; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 8.

⁶⁷⁹ Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 16; Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 51.

Entlassung ein Recht auf Wiedereinstellung gewährt wird oder ein Geldanspruch besteht, ergibt sich daher erst aus dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.⁶⁸⁰ Entsprechend dem durch Art. 30 EGRC verliehenen Anspruch müssen diese aber einen wirksamen Schutz gewähren.

4. Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

In früheren Beratungsphasen des Grundrechtekonvents fehlt der Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Er wurde erst am Schluss der Beratungen eingefügt⁶⁸¹ und ist ein Tribut an den im Grundrechtekonvent allgemein zu den sozialen Grundrechten geführten Kompetenzstreit.⁶⁸² Einige Konventsmitglieder hatten die Aufnahme sozialer Grundrechte unter anderem mit der Befürchtung abgelehnt, weitgehende Regelungen würden in die mitgliedstaatlichen Regelungskompetenzen hineinwirken und die in den Verträgen festgelegten Kompetenzen der Union ausweiten.⁶⁸³ 3838

a) Ausgestaltungsvorbehalt

Durch die Einfügung des Verweises auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten wurde der eigenständige Regelungsgehalt der Grundrechtsverbürgung weitgehend relativiert.⁶⁸⁴ Wie bei Art. 28 EGRC, der gleich formuliert und strukturiert ist, handelt es sich bei dem Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten um einen Ausgestaltungsvorbehalt.⁶⁸⁵ Der Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung wird daher von vornherein nur in den Grenzen des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährleistet. Es wird damit dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern überlassen, in welchen Fällen und mit welchen Rechtsfolgen Schutz gewährt wird,⁶⁸⁶ sofern er den Schutzanspruch nicht gänzlich aushöhlt. 3839

⁶⁸⁰ *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 51; ausführlich zu den derzeit geltenden Rechtsfolgen in den einzelnen Mitgliedstaaten *Rebhahn*, RdA 2002, 272 (274 ff.).

⁶⁸¹ *Lörcher*, in: *Unteilbarkeit auf Europäisch*, 2001, S. 37 (49).

⁶⁸² S.o. Rn. 3599 ff.

⁶⁸³ *Zimmerling/Beplat*, DVP 2001, 3 (6); vgl. *Pernice*, DVBl. 2000, 847 (853); *Knöll*, NVwZ 2001, 392 (393); *Tettinger*, NJW 2001, 1010 (1014); *Pitschas*, VSSR 2000, 207 (212); *Calliess*, EuZW 2001, 261 (261).

⁶⁸⁴ *Streinz*, in: ders., Art. 27 GR-Charta Rn. 2; *Lang*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 27 Rn. 25; *Riedel*, in: *Meyer*, Art. 27 Rn. 28; *Pache*, EuR 2001, 475 (481); *Dorf*, JZ 2005, 126 (130); s.o. Rn. 3602.

⁶⁸⁵ S.o. Rn. 3751 ff.

⁶⁸⁶ *A.A. Hilbrandt*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 37 Rn. 23, der in dem Verweis lediglich einen Rechtsfolgenverweis sieht.

b) Weiter Gestaltungsspielraum

3840 Dabei wird den Normgebern ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt.⁶⁸⁷ Dadurch ist es möglich, künftigen Entwicklungen und dem sozialen Wandel Rechnung zu tragen.⁶⁸⁸ So kann als Folge einer ungerechtfertigten Entlassung deren Unwirksamkeit oder die Gewährung einer Entschädigung vorgesehen werden.⁶⁸⁹ Es können auch Fristen für die Geltendmachung des Kündigungsschutzes eingeführt werden.⁶⁹⁰

c) Mindestgarantiegehalt des Art. 30 EGRC

3841 Da Art. 30 EGRC allerdings ein subjektives Recht enthält,⁶⁹¹ müssen die Gesetzgeber grundsätzlich einen Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung gewähren.⁶⁹² Anders als bei Art. 27 EGRC⁶⁹³ ist den Normgebern damit kein Wahlrecht gegeben bei der Frage, ob sie Schutz gewähren. Lediglich hinsichtlich des „Wie“ besteht ein Gestaltungsspielraum.⁶⁹⁴ Dies dürfte jedoch derzeit unproblematisch sein, da auf einfachgesetzlicher Ebene alle Mitgliedstaaten einen Kündigungsschutz gewähren.⁶⁹⁵

d) Begrenzung des Schutzbereichs

3842 Da bei Art. 30 EGRC dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern grundsätzlich ein weiter Ausgestaltungsspielraum gegeben ist, erscheint es auf Anhieb möglich, bestimmte Arbeitnehmergruppen von vornherein von dem Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung auszunehmen.⁶⁹⁶ Als Beispiele kommen die in Nr. 2 des Anhangs zu Art. 24 rev. ESC⁶⁹⁷ genannten Fälle in Betracht:

- a) Arbeitnehmer, die im Rahmen eines Arbeitsvertrags für eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Aufgabe eingestellt sind;
- b) Arbeitnehmer, die eine Probe- oder Wartezeit ableisten, sofern diese im Voraus festgesetzt und von angemessener Dauer ist;
- c) Arbeitnehmer, die zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt sind.

3843 Problematisch ist insoweit jedoch der Garantiegehalt des Art. 30 EGRC. Nach ihm hat „jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer“ einen Anspruch auf Schutz

⁶⁸⁷ Jarass, § 30 Rn. 19; vgl. *Rebhahn*, in: GS für Heinze, 2005, S. 649 (655).

⁶⁸⁸ Vgl. *Riedel*, in: Meyer, Art. 30 Rn. 12.

⁶⁸⁹ Jarass, § 30 Rn. 19.

⁶⁹⁰ Jarass, § 30 Rn. 19.

⁶⁹¹ S.o. Rn. 3818 ff.

⁶⁹² A.A. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 2, der von einer überflüssigen Norm spricht.

⁶⁹³ S.o. Rn. 3668 ff.

⁶⁹⁴ A.A. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 GRCh Rn. 2.

⁶⁹⁵ *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 2; *Riedel*, in: Meyer, Art. 30 Rn. 4; *Streinz*, in: ders., Art. 30 GR-Charta Rn. 2; s.o. Rn. 3817.

⁶⁹⁶ S. Jarass, § 30 Rn. 20; *Riedel*, in: Meyer, Art. 30 Rn. 13; *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 4.

⁶⁹⁷ S. Anhang zur rev. ESC, Teil II, Artikel 24; s.o. Rn. 3801 ff.

vor ungerechtfertigter Entlassung. Würde man Ausnahmen vom Schutzbereich aufgrund des Verweises auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zulassen,⁶⁹⁸ hätte dies zur Folge, dass bestimmte Personen gerade keinen Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung genießen. Damit würde der Garantiegehalt des Art. 30 EGRC auf diejenigen Arbeitnehmer verkürzt, die nicht dieser Ausnahmegruppe angehören. Dies kann jedoch nicht Sinn und Zweck eines als Jedermann-Recht formulierten Grundrechts sein. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang auch die deutsche Regelung, wonach das Kündigungsschutzgesetz erst aber nach einer näher bestimmten Betriebsgröße eingreift.⁶⁹⁹

Eine solche im Ansatz weite Konzeption legt auch die Rechtsprechung des EuGH nahe. Die Ansicht, welche die in Nr. 2 des Anhangs zu Art. 24 rev. ESC⁷⁰⁰ genannten Arbeitnehmer als vom Schutz der Art. 30 EGRC ausnehmbar ansieht,⁷⁰¹ ist unter anderem bereit, Arbeitnehmern in nur vorübergehenden Beschäftigungsverhältnissen und solchen mit Zeitverträgen keinen Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung zukommen zu lassen. Der EuGH hat aber in einer Entscheidung klargestellt, dass auch Schwangere mit befristeten Arbeitsverträgen vor Entlassung geschützt sein müssen. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses darf keinen Unterschied machen.⁷⁰²

Damit handelt es sich um Einschränkungen des umfassenden Schutzanspruchs nach Art. 30 EGRC, wenn bestimmte Gruppen bei ungerechtfertigter Entlassung schutzlos gestellt werden. Es bedarf daher der Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund. Dessen Vorliegen wird durch die Aufführung in Nr. 2 des Anhangs zu Art. 24 rev. ESC⁷⁰³ nahe gelegt. Ob in anderen Fällen bei einer Begrenzung des Schutzes vor ungerechtfertigter Entlassung auf bestimmte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer noch in zulässiger Weise von der Reichweite des Ausgestaltungsspielraums des Art. 30 EGRC Gebrauch gemacht oder die Grenzen überschritten und der Garantiegehalt verletzt wird, ist jeweils im Einzelfall zu entscheiden.

IV. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

Die Formulierung des Art. 30 EGRC verleitet dazu, der Bestimmung Drittwirkung zu unterstellen und sie direkt auf das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber anzuwenden.⁷⁰⁴ Gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC gilt die EGRC jedoch

⁶⁹⁸ So *Riedel*, in: Meyer, Art. 30 Rn. 13; *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 4; *Jarass*, § 30 Rn. 20.

⁶⁹⁹ S. § 23 KSchG.

⁷⁰⁰ S. Anhang zur rev. ESC, Teil II, Artikel 24; s.o. Rn. 3801 ff.

⁷⁰¹ *Riedel*, in: Meyer, Art. 30 Rn. 13; *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 4; *Jarass*, § 30 Rn. 20.

⁷⁰² EuGH, Rs. C-109/00, Slg. 2001, I-6993 (7025, Rn. 30 ff.) – *Tele Danmark*.

⁷⁰³ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

⁷⁰⁴ *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 51; vgl. *Schwarze*, EuZW 2001, 517 (522).

nur für die Organe und Einrichtungen der Union und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union. Eingriffe in den Gewährleistungsbereich des Art. 30 EGRC liegen daher vor, wenn die Union oder die Mitgliedstaaten (bei Durchführung des Unionsrechts) selbst Arbeitnehmer ungerechtfertigt entlassen.⁷⁰⁵ Eine Rechtfertigung dürfte in diesem Fall regelmäßig ausgeschlossen sein.⁷⁰⁶

3847 Aufgrund des Garantiegehalts, den Art. 30 EGRC wegen seiner Ausgestaltung als subjektives Recht besitzt, liegt eine Beeinträchtigung zudem vor, wenn die Union und die Mitgliedstaaten jedenfalls innerhalb des Mindestgewährleistungsgehalts⁷⁰⁷ keine wirksamen Regelungen zum Schutz vor ungerechtfertigten Entlassungen treffen.⁷⁰⁸ Das ist etwa dann der Fall, wenn nur ein sehr geringer Entschädigungsanspruch zugesprochen wird. Aufgrund des weiten Gestaltungsspielraums, den Art. 30 EGRC den Gesetzgebern überlässt,⁷⁰⁹ ist eine solche Beeinträchtigung nur im tatsächlichen Garantiebereich gegeben. Es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die Grenzen des Gestaltungsspielraums ausgeschöpft oder bereits in den Garantiegehalt des Art. 30 EGRC eingegriffen wurde. Bei Letzterem dürfte eine Rechtfertigung regelmäßig nicht möglich sein.

⁷⁰⁵ Jarass, § 30 Rn. 20.

⁷⁰⁶ Jarass, § 30 Rn. 20.

⁷⁰⁷ S.o. Rn. 3841.

⁷⁰⁸ Jarass, § 30 Rn. 19; Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 51.

⁷⁰⁹ S.o. Rn. 3840.

V. Prüfungsschema zu Art. 30 EGRC

1. Schutzbereich

3848

- a) Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung: vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers, die einem verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Verbot widerspricht oder auf keinem sachlichen Grund basiert
- b) Festlegung der Fälle und der Rechtsfolgen europäischem und den nationalen Gesetzgebern überlassen; weiter Gestaltungsspielraum; nur Verpflichtung, in irgendeiner Weise Schutz zu gewährleisten
- c) keine Drittwirkung

2. Beeinträchtigung

- a) Union oder die Mitgliedstaaten entlassen selbst Arbeitnehmer ungerechtfertigt
- b) Union und die Mitgliedstaaten treffen selbst im Mindestgarantiebereich keine wirksamen Regelungen zum Schutz vor ungerechtfertigten Entlassungen

3. Rechtfertigung

bei einer ungerechtfertigten Entlassung durch die Union oder die Mitgliedstaaten regelmäßig keine Rechtfertigung

C. Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

Art. 31 EGRC ist titulierte mit „gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen“. 3849
Gem. Absatz 1 hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen. Nach Absatz 2 hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.

I. Grundlagen

1. ESC und GCSGA

a) Art. 31 Abs. 1 EGRC

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁷¹⁰ lehnt sich Art. 31 Abs. 1 EGRC an Art. 3 ESC⁷¹¹ und Nr. 19 GCSGA⁷¹² sowie hinsichtlich des Rechts auf Würde am Arbeitsplatz an Art. 26 rev. ESC⁷¹³ an. 3850

⁷¹⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

3851 Art. 3 ESC behandelt das Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen. Um die wirksame Ausübung des Rechts auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien darin,

1. Sicherheits- und Gesundheitsvorschriften zu erlassen;
2. für Kontrollmaßnahmen zur Einhaltung dieser Vorschriften zu sorgen;
3. die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen in geeigneten Fällen bei Maßnahmen zu Rate zu ziehen, die auf eine Verbesserung der Sicherheit und der Gesundheit bei der Arbeit gerichtet sind.

3852 Nr. 19 GCSGA behandelt den Gesundheitsschutz und die Sicherheit in der Arbeitsumwelt. Danach muss jeder Arbeitnehmer in seiner Arbeitsumwelt zufriedenstellende Bedingungen für Gesundheitsschutz und Sicherheit vorfinden. Es sind geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Dabei sind die Notwendigkeit einer Ausbildung, Unterrichtung, Anhörung und ausgewogenen Mitwirkung der Arbeitnehmer hinsichtlich der Risiken, denen sie unterliegen, und der Maßnahmen, die zur Beseitigung oder Verringerung dieser Risiken getroffen werden, zu berücksichtigen.

3853 Art. 26 rev. ESC gewährt ein Recht auf Würde am Arbeitsplatz. Danach sind Arbeitnehmer vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz und gegen verwerfliche oder ausgesprochen feindselige und beleidigende Handlungen am Arbeitsplatz zu schützen.

3854 Art. 31 EGRC und Art. 3 ESC sprechen von „gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen“, in Art. 19 GCSGA ist von „zufriedenstellenden Bedingungen für Gesundheitsschutz und Sicherheit“ die Rede.⁷¹⁴ Art. 31 EGRC erweitert die Gewährleistungen auf würdige Arbeitsbedingungen und greift damit Art. 26 rev. ESC auf, ein bislang nur von wenigen Mitgliedstaaten unterzeichnetes internationales Übereinkommen.⁷¹⁵ Diese Erweiterung wurde im Grundrechtekonvent auch erst nach einer Einigung auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen eingefügt.⁷¹⁶

b) Art. 31 Abs. 2 EGRC

3855 Nach den Erläuterungen zur EGRC⁷¹⁷ stützt sich Art. 31 Abs. 2 EGRC auf Art. 2 ESC⁷¹⁸ und auf Nr. 8 GCSGA.⁷¹⁹

3856 Art. 2 ESC behandelt das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen. Danach verpflichten sich die Vertragsparteien,

⁷¹¹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁷¹² Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁷¹³ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

⁷¹⁴ Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 1.

⁷¹⁵ Vgl. o. Rn. 3535 ff.

⁷¹⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 7.

⁷¹⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁷¹⁸ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁷¹⁹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

1. für eine angemessene tägliche und wöchentliche Arbeitszeit zu sorgen und die Arbeitswoche fortschreitend zu verkürzen, soweit die Produktivitätssteigerung und andere mitwirkende Faktoren dies gestatten;
2. bezahlte öffentliche Feiertage vorzusehen;
3. die Gewährleistung eines bezahlten Jahresurlaubs von mindestens zwei Wochen sicherzustellen;
4. für die Gewährung zusätzlicher bezahlter Urlaubstage oder einer verkürzten Arbeitszeit für Arbeitnehmer zu sorgen, die mit bestimmten gefährlichen oder gesundheitsschädlichen Arbeiten beschäftigt sind;
5. eine wöchentliche Ruhezeit sicherzustellen, die, soweit möglich, mit dem Tag zusammenfällt, der in dem betreffenden Land oder Bezirk durch Herkommen oder Brauch als Ruhetag anerkannt ist.

Gem. Nr. 8 GCSGA hat jeder Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaft **3857** Anspruch auf wöchentliche Ruhezeit und auf bezahlten Jahresurlaub.

Gegenüber Art. 2 ESC und Nr. 8 GCSGA enthält Art. 31 Abs. 2 EGRC eine **3858** flexible Formulierung; demgegenüber schreibt insbesondere Art. 2 ESC konkrete Regelungen vor.⁷²⁰

2. Sonstige internationale Erklärungen und Abkommen

Ein Recht auf angemessene und gerechte Arbeitsbedingungen findet sich in unterschiedlichen Ausprägungen auch in anderen internationalen Erklärungen und Abkommen.⁷²¹ So statuiert zum Beispiel Art. 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁷²² ein Recht auf gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen und auf eine gerechte und befriedigende Entlohnung. Art. 24 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte enthält ein Recht auf Erholung und Freizeit und insbesondere auf eine vernünftige Begrenzung der Arbeitszeit und regelmäßigen bezahlten Urlaub.⁷²³ Auch Art. 7 IPwskR⁷²⁴ normiert ein Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen. Die EMRK befasst sich hingegen nicht mit diesem Bereich.⁷²⁵ **3859**

3. Europäischer Besitzstand

Art. 31 EGRC greift mit dem Recht auf gesunde und sichere Arbeitsbedingungen **3860** zwei Bereiche auf, für welche die Union gem. Art. 137 Abs. 1 EG i.V.m. Abs. 2

⁷²⁰ Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 2.

⁷²¹ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 31 GRCh Rn. 1.

⁷²² Am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung genehmigt und verkündet (Resolution 217 (A) III, im Internet abrufbar über www.unric.org oder www.un.org), heute als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.

⁷²³ Vgl. Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 36 vor Rn. 1.

⁷²⁴ BGBl. II 1973 S. 1534.

⁷²⁵ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 31 GRCh Rn. 1; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 36 Rn. 2.

lit. b) EG/153 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV eine Regelungskompetenz besitzt.⁷²⁶

a) Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer

3861 Gem. Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft/Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten bei der Verbesserung der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer. Auf der Grundlage dieser Vorschrift⁷²⁷ wurde im Bereich der Arbeitssicherheit die bislang größte Anzahl von arbeitsrechtlich relevanten Richtlinien erlassen.⁷²⁸ Dazu gehören insbesondere die unten aufgeführten Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG⁷²⁹ und Arbeitszeit-RL 93/104/EG,⁷³⁰ auf die sich auch die Erläuterungen zur EGRC⁷³¹ zu Art. 31 EGRC beziehen.

b) Arbeitsbedingungen nach Art. 137 Abs. 1 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. b) AEUV

3862 Während Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer betrifft, unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft/Union gem. Art. 137 Abs. 1 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. b) AEUV die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen. Damit enthält die Norm einen Zentralbegriff des Art. 31 EGRC, nämlich den der Arbeitsbedingungen.

aa) Begriff der Arbeitsbedingungen

3863 In vielen Richtlinien und Verordnungen findet sich der Begriff der Arbeitsbedingungen, ohne dass er definiert wäre.⁷³² Auch der EuGH spricht ohne nähere Erläuterung von Arbeitsbedingungen.⁷³³

⁷²⁶ Vgl. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 31 GRCh Rn. 2.

⁷²⁷ Bzw. Art. 118a EG.

⁷²⁸ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 EGV Rn. 23.

⁷²⁹ RL 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (Arbeitsschutzrahmen-RL), ABl. L 183, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁷³⁰ RL 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeit-RL), ABl. 1993 L 307, S. 18; aufgehoben durch RL 2003/88/EG, ABl. 2003 L 299, S. 9.

⁷³¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁷³² Z.B. RL 2002/73/EG (des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 269, S. 15); FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 (ABl. 1968 L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 58, S. 77).

⁷³³ S. z.B. EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (5881 f., Rn. 57 ff.) – Albany; Rs. C-222/98, Slg. 2000, I-7111 (7140, Rn. 25 f.) – Van der Woude.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch versteht man unter Arbeitsbedingungen **3864** sämtliche, nicht die Bezahlung betreffende Elemente der Gegenleistung des Arbeitgebers für die erlangte Arbeitsleistung.⁷³⁴ Erfasst ist damit das Arbeitsumfeld, innerhalb dessen der Arbeitnehmer seine Tätigkeit ausübt, d.h. Räumlichkeiten, Ausstattung etc. Daneben sind die Modalitäten, wie der Arbeitnehmer seine Leistung erbringt, und damit die eigentliche Gestaltung der Arbeit, also zum Beispiel die Verteilung der Arbeitsaufträge, Arbeitsrhythmus, Verteilung des Personals usw. umfasst.⁷³⁵

bb) Einschränkung

Allerdings nimmt Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV das Arbeitsentgelt, das **3865** Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht aus dem Regelungsbereich des Art. 137 EG/153 AEUV aus. Der zunächst „uferlos“⁷³⁶ erscheinende Begriff der Arbeitsbedingungen ergreift daher nicht diese konkret genannten Bereiche. Der Begriff der Arbeitsbedingungen wird dadurch stark eingeschränkt.⁷³⁷

Bei einem im Übrigen weiten Begriffsverständnis würden allerdings auch die **3866** sonstigen in Art. 137 Abs. 1 EG/153 Abs. 1 AEUV genannten Bereiche erfasst, da beispielsweise die Arbeitsumwelt, die Sicherheit und der Schutz der Arbeitnehmer sowie die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer unter den Begriff der Arbeitsbedingungen subsumiert werden können.⁷³⁸ Art. 137 Abs. 1 lit. a), c)-k) EG/153 Abs. 1 lit. a), c)-k) AEUV hätten in diesem Fall keinen eigenständigen Regelungsgehalt.⁷³⁹ Anstatt eines weit umfassenden Oberbegriffs kann der Begriff der Arbeitsbedingungen in Art. 137 Abs. 1 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. b) AEUV daher nur als Auffangbegriff verstanden werden. Er steht für die Regelung derjenigen Arbeitsbedingungen, welche nicht durch die in Art. 137 Abs. 1 EG/153 Abs. 1 AEUV speziell angeführten Tatbestände erfasst sind.⁷⁴⁰

c) Arbeitsbedingungen nach Art. 140 2. Spiegelstrich EG/ 156 2. Spiegelstrich AEUV

Der Begriff der Arbeitsbedingungen wird auch in Art. 140 EG/156 AEUV ver- **3867** wandt. Nach dessen 2. Spiegelstrich fördert die Kommission die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und der Arbeitsbedingungen und erleichtert die Abstimmung ihres Vorgehens.

⁷³⁴ Vgl. *Eichenhofer*, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 13.

⁷³⁵ *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 53.

⁷³⁶ *Rebhahn*, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 12; vgl. *Riedel*, in: Meyer, Art. 31 Rn. 1.

⁷³⁷ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 EGV Rn. 24; *Riedel*, in: Meyer, Art. 31 Rn. 1; *Rebhahn*, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 12; vgl. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1015.

⁷³⁸ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 137 EGV Rn. 24.

⁷³⁹ Vgl. *Eichenhofer*, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 13.

⁷⁴⁰ *Eichenhofer*, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 13 m.w.N.

aa) Eigener Begriff der Arbeitsbedingungen

3868 Aufgrund der inhaltlich und systematisch engen Verbindung von Art. 137 EG und Art. 140 EG/153 und 156 AEUV könnten die Begriffe der Arbeitsbedingungen in beiden Fällen gleich auszulegen sein. Allerdings verweisen die Erläuterungen zur EGRC⁷⁴¹ zum Begriff der Arbeitsbedingungen in Art. 31 Abs. 1 EGRC auf Art. 140 EG/156 AEUV und nicht auf Art. 137 Abs. 1 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. b) AEUV. Folglich scheint ein Unterschied in den Bestimmungen zu bestehen. Außerdem nennt Art. 140 EG/156 AEUV neben dem Arbeitsrecht und den Arbeitsbedingungen weitere Regelungsbereiche, die sich nicht mit der Aufzählung in Art. 137 Abs. 1 EG/153 Abs. 1 AEUV decken. Gerade das in Art. 140 7. Spiegelstrich EG/156 7. Spiegelstrich AEUV genannte Koalitionsrecht ist in Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV ausdrücklich vom Regelungsbereich des Art. 137 EG/153 AEUV ausgenommen. Dies spricht dafür, die Begriffe der Arbeitsbedingungen in Art. 137 Abs. 1 EG und Art. 140 EG/153 Abs. 1 AEUV und Art. 156 AEUV getrennt zu betrachten.

3869 Ausgangspunkt für eine Begriffsbestimmung der Arbeitsbedingungen in Art. 140 EG/156 AEUV ist erneut die allgemeine Definition, wonach Arbeitsbedingungen sämtliche, nicht die Bezahlung betreffende Elemente der Gegenleistung des Arbeitgebers für die erlangte Arbeitsleistung sind.⁷⁴²

bb) Einschränkung

3870 Anders als bei Art. 137 EG/153 AEUV sind nicht von vornherein bestimmte Materien wie das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht und das Aussperrungsrecht⁷⁴³ vom Regelungsgehalt ausgenommen. Daher kann der Begriff der Arbeitsbedingungen grundsätzlich auch diese Bereiche umfassen.

3871 Allerdings nennt Art. 140 EG wie Art. 137 Abs. 1 EG/156 wie Art. 153 Abs. 1 AEUV neben dem Begriff der Arbeitsbedingungen weitere Bereiche, die nach allgemeinem Sprachgebrauch unter Arbeitsbedingungen verstanden werden, so zum Beispiel die Beschäftigung, die berufliche Ausbildung und Fortbildung, die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten etc. Hier gilt das Gleiche wie bei Art. 137 Abs. 1 EG/153 Abs. 1 AEUV: Würde man den Begriff der Arbeitsbedingungen weit fassen, würden die übrigen in Art. 140 EG/156 AEUV genannten Bereiche keinen eigenständigen Regelungsgehalt mehr haben. Von daher ist auch der in Art. 140 EG/156 AEUV verwandte Begriff der Arbeitsbedingungen eng auszulegen,⁷⁴⁴ so dass er als Auffangbegriff für die Regelung derjenigen Arbeitsbedingungen dient, welche nicht durch die in Art. 140 EG/156 AEUV speziell angeführten Tatbestände erfasst sind.

3872 Schwierigkeiten bereitet schließlich die Tatsache, dass Art. 140 2. Spiegelstrich EG/156 2. Spiegelstrich AEUV das Arbeitsrecht und die Arbeitsbedingungen nebeneinander nennt. Es könnte sich dabei um eine Wiederholung gleich lautender

⁷⁴¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁷⁴² Vgl. *Eichenhofer*, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 13; s.o. Rn. 3864.

⁷⁴³ Vgl. Art. 137 Abs. 5 EG/153 Abs. 5 AEUV.

⁷⁴⁴ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1015; *Jarass*, § 30 Rn. 30.

Synonyme handeln.⁷⁴⁵ Ihre parallele Verwendung würde aber verwundern. Auch bei anderen, in Art. 140 EG/156 AEUV genannten Bereichen, wie zum Beispiel beim Koalitionsrecht und den Kollektivverhandlungen, ist von einem unterschiedlichen Inhalt der Begriffe auszugehen.⁷⁴⁶ Deshalb kann der Begriff der Arbeitsbedingungen nicht dasselbe umfassen wie der des Arbeitsrechts.⁷⁴⁷

Problematisch ist allerdings die Abgrenzung. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist der Begriff des Arbeitsrechts sehr weit zu verstehen und umfasst grundsätzlich auch den Bereich der Arbeitsbedingungen. Daher ist vorliegend hinsichtlich des Begriffs des Arbeitsrechts lediglich eine negative Abgrenzung möglich: Arbeitsrecht umfasst sämtliche Regelungen, die den Bereich des Berufslebens und das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betreffen, mit Ausnahme der Arbeitsbedingungen. Im Umkehrschluss ist der Begriff der Arbeitsbedingungen in Art. 140 EG/156 AEUV besonders eng auszulegen.⁷⁴⁸ Alle übrigen Materien sind bereits von dem Begriff des Arbeitsrechts erfasst. **3873**

d) Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁷⁴⁹ stützt sich Art. 31 Abs. 1 EGRC auf die Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG⁷⁵⁰ über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz. Die Richtlinie enthält allgemeine Grundsätze für die Verhütung berufsbedingter Gefahren, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz, die Ausschaltung von Risiko- und Unfallfaktoren, die Information, die Anhörung, die ausgewogene Beteiligung nach den nationalen Rechtsvorschriften bzw. Praktiken, die Unterweisung der Arbeitnehmer und ihrer Vertreter sowie allgemeine Regeln für die Durchführung dieser Grundsätze (Art. 1 Abs. 2). **3874**

e) Arbeitszeit-RLn 93/104/EG, 2003/88/EG

Art. 31 Abs. 2 EGRC stützt sich nach den Erläuterungen zur EGRC⁷⁵¹ weiter auf die Arbeitszeit-RL 93/104/EG⁷⁵² über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung. Die Richtlinie enthält Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung (Art. 1 Abs. 1). Sie normiert Mindestruhezeiten pro Tag (Art. 3) und pro Woche (Art. 5) und Höchstarbeitszeiten pro Woche (Art. 6). Zudem schreibt sie eine tägliche Ruhepause (Art. 4) und ein Mindestmaß **3875**

⁷⁴⁵ Eichenhofer, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 13.

⁷⁴⁶ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 19; s.o. Rn. 3743 ff.

⁷⁴⁷ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 12; Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 1.

⁷⁴⁸ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1015.

⁷⁴⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁷⁵⁰ RL 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. L 183, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁷⁵¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁷⁵² RL 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeit-RL), ABl. L 307, S. 18; s. auch sogleich Rn. 3877.

an Jahresurlaub vor (Art. 7). Sie enthält außerdem besondere Vorschriften für Nachtarbeit und Schichtarbeit (Art. 8-13).

3876 Allerdings gibt es eine Fülle von Berufen, in denen die Mitgliedstaaten von den Regelungen der Richtlinie abweichen dürfen (Art. 17). Beispielhaft seien genannt: leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis, Arbeitskräfte, die Familienangehörige sind, Arbeitnehmer, die im liturgischen Bereich von Kirchen oder Religionsgemeinschaften beschäftigt sind, Wachpersonal oder Hausmeister, Aufnahme-, Behandlungs- und/oder Pflegedienst von Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen, Heimen sowie Gefängnissen, Hafen- und Flughafenpersonal, Presse-, Rundfunk-, Fernsehdiensten oder kinematographischer Produktion, Post oder Telekommunikation, Ambulanz-, Feuerwehr- oder Katastrophenschutzdiensten usw.⁷⁵³

3877 Zwischenzeitlich hat die Arbeitszeit-RL 93/104/EG⁷⁵⁴ derartig viele Änderungen erfahren, dass sie aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit in der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG⁷⁵⁵ neu kodifiziert wurde.⁷⁵⁶ Die oben genannten Bestimmungen sind jedoch beibehalten worden.⁷⁵⁷

f) Weitere Richtlinien

3878 Im Sekundärrecht finden sich viele weitere Bestimmungen, die den Gesundheitsschutz, den besonderen Schutz bestimmter Arbeitnehmer und den Arbeitszeitschutz behandeln,⁷⁵⁸ beispielsweise die Mutterschutz-RL 92/85/EWG,⁷⁵⁹ die RL 89/654/EWG⁷⁶⁰ über Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz in Arbeitsstätten, die RL 90/270/EWG⁷⁶¹ über Mindestvorschriften bezüglich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit an Bildschirmgeräten und die RL 91/383/EWG⁷⁶² zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicher-

⁷⁵³ Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 20.

⁷⁵⁴ ABl. 1993 L 307, S. 18.

⁷⁵⁵ RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeit-RL), ABl. L 299, S. 9.

⁷⁵⁶ S. 1. Erwägungsgrund der RL 2003/88/EG; Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 20.

⁷⁵⁷ Auch die Artikelnummern sind in der neuen RL 2003/88/EG beibehalten worden.

⁷⁵⁸ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 31 GRCh Rn. 4 und Art. 137 EGV Rn. 23; Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 52.

⁷⁵⁹ Des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der RL 89/391/EWG), ABl. 1992 L 348, S. 1.

⁷⁶⁰ Erste Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der RL 89/391/EWG, ABl. 1989 L 393, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁷⁶¹ Fünfte Einzelrichtlinie im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG, ABl. 1990 L 156, S. 14; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁷⁶² ABl. 1991 L 206, S. 19; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

heit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis.⁷⁶³

4. EuGH-Rechtsprechung

Den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub hat der EuGH „als einen besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft“ bezeichnet.⁷⁶⁴ Damit hat er dem Anspruch jedoch keine Grundrechtsqualität beigemessen.⁷⁶⁵ Er hat es vielmehr vermieden, auf die von *GA Tizzano* in den Schlussanträgen vertretene Auffassung, „dass die Charta die qualifizierteste und definitive Bestätigung des Grundrechtscharakters des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub“⁷⁶⁶ enthalte, einzugehen.⁷⁶⁷ **3879**

5. Verfassungen der Mitgliedstaaten

Auf Verfassungsebene enthält die portugiesische Verfassung die detaillierteste Regelung zu den Arbeitsbedingungen.⁷⁶⁸ Ihr Wortlaut ist dem des Art. 31 EGRC sehr ähnlich,⁷⁶⁹ da beide von sicheren und würdigen Arbeitsbedingungen sprechen und explizit auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Urlaub eingehen. Auch andere Verfassungen enthalten Teilbereiche der Gewährleistungen des Art. 31 EGRC.⁷⁷⁰ So spricht die Verfassung Luxemburgs von dem Schutz der Gesundheit und der Erholung der Arbeiter.⁷⁷¹ Die spanische Verfassung nimmt Bezug auf die Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz, begrenzt die Arbeitszeit und beinhaltet einen regelmäßigen bezahlten Urlaub.⁷⁷² Die italienische Verfassung spricht von „angemessener Entlohnung“.⁷⁷³ In der belgischen Verfassung ist bestimmt, dass das Recht, ein menschenwürdiges Leben zu führen, unter anderem das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen und gerechte Entlohnung umfasst.⁷⁷⁴ In den neuen Mitgliedstaaten⁷⁷⁵ **3880**

⁷⁶³ Streinz, in: ders., Art. 31 GR-Charta Rn. 3.

⁷⁶⁴ S. EuGH, Rs. C-173/99, Slg. 2001, I-4881 (4915, Rn. 43) – BECTU; Rs. C-342/01, Slg. 2004, I-2605 (2634, Rn. 29) – Merino Gómez.

⁷⁶⁵ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 36 Rn. 1 u. 24.

⁷⁶⁶ *GA Tizzano*, EuGH, Rs. C-173/99, Slg. 2001, I-4881 (4891, Rn. 28) – BECTU.

⁷⁶⁷ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 54.

⁷⁶⁸ S. Art. 59 Abs. 1 portugiesische Verfassung, wiedergegeben bei Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Fn. 6.

⁷⁶⁹ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 4.

⁷⁷⁰ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 2.

⁷⁷¹ S. Art. 11 Abs. 3 luxemburgische Verfassung, wiedergegeben bei Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Fn. 7.

⁷⁷² Art. 40 Abs. 2 spanische Verfassung, wiedergegeben bei Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Fn. 8.

⁷⁷³ Art. 36 italienische Verfassung, wiedergegeben bei Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Fn. 9.

⁷⁷⁴ Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 36 Rn. 3 unter Bezug auf Art. 23 der belgischen Verfassung.

wird regelmäßig auf die Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen eingegangen.⁷⁷⁶

II. Einordnung

1. Qualifizierung als Grundrecht

3881 Nach Wortlaut, Genese und Systematik ist Art. 31 EGRC als subjektives Recht zu qualifizieren, das einen Schutzanspruch vermittelt.⁷⁷⁷

a) Wortlaut

3882 Nach dem Wortlaut des Art. 31 EGRC hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer ein „Recht“ auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen (Abs. 1) bzw. auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub (Abs. 2). Dies spricht bereits auf den ersten Blick für ein subjektives Recht. Allerdings bedarf die in Absatz 1 enthaltene Gewährleistung von gesunden, sicheren und würdigen Arbeitsbedingungen der Präzisierung. Es könnte sich deshalb auch um eine Grundsatzbestimmung handeln, die im Wege weiterer Rechtsetzung näher auszufüllen wäre.⁷⁷⁸ Allerdings enthält Art. 31 Abs. 2 EGRC bereits eine solche Konkretisierung.⁷⁷⁹ Außerdem sind Grundrechtsnormen grundsätzlich recht abstrakt in ihrer Formulierung, insbesondere um politischen und gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung tragen zu können.

b) Genese

3883 Der EuGH hat den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub „als einen besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft“ bezeichnet⁷⁸⁰ und ihm damit keine Grundrechtsqualität zuerkannt.⁷⁸¹ Allerdings darf aus der Formulierung des EuGH, es handele sich um einen „bedeutsamen Grundsatz“, nicht der Schluss gezogen werden, dass auch Art. 31 EGRC einen Grundsatz und kein subjektives Recht enthalte. Der EuGH unterscheidet in seinem Sprachgebrauch nämlich nicht stets präzise zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Grundrechten.⁷⁸² Zudem bemaß der EuGH in dem zu entscheidenden Fall 2001 dem Recht

⁷⁷⁵ Ausnahme: Zypern.

⁷⁷⁶ Ausführlicher *Riedel*, in: Meyer, Art. 31 Rn. 4.

⁷⁷⁷ *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 3; *Jarass*, § 30 Rn. 25; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 31 GRCh Rn. 3.

⁷⁷⁸ *Schwarze*, EuZW 2001, 517 (522).

⁷⁷⁹ S.u. Rn. 3906 ff.

⁷⁸⁰ Dazu EuGH, Rs. C-173/99, Slg. 2001, I-4881 (4915, Rn. 43) – BECTU; Rs. 342/01, Slg. 2004, I-2605 (2634, Rn. 29) – Merino Gómez.

⁷⁸¹ S.o. Rn. 3879.

⁷⁸² *Hilbrandt*, in: Heselhaus/Nowak, § 36 Rn. 24.

auf bezahlten Jahresurlaub keine Grundrechtsqualität bei. Es bleibt aber abzuwarten, ob er dies bei einem Verbindlichwerden der EGRC aufrecht erhält.⁷⁸³

GA Tizzano hat in dem maßgeblichen Fall in seinen Schlussanträgen die Auffassung vertreten, „dass die Charta die qualifizierteste und definitive Bestätigung des Grundrechtscharakters des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub“ enthalte.⁷⁸⁴ Er hat damit die Grundrechtsqualität betont.⁷⁸⁵ **3884**

c) Systematik

Art. 28 EGRC und Art. 29 EGRC sprechen ebenfalls davon, dass die jeweiligen Grundrechtsträger ein „Recht“ haben. Beide Normen gewähren subjektive Rechte.⁷⁸⁶ Aufgrund der Nähe der Vorschriften zu Art. 31 EGRC, ihrer inhaltlichen Verbindung und ihrer strukturellen Gleichheit ist auch bei Art. 31 EGRC von einem subjektiven Recht auszugehen. **3885**

d) Zweck

Ziel des Art. 31 EGRC ist es, soziale Grundrechtsstandards im Arbeitsleben festzuschreiben.⁷⁸⁷ Diesem Ziel wird die Ausgestaltung von Art. 31 EGRC als subjektives Recht am besten gerecht. Jedoch wäre auch eine Festschreibung sozialer Standards in Form eines Grundsatzes denkbar, da auch dieser zu beachten wäre. Der Zweck der Vorschrift ergibt daher kein eindeutiges Ergebnis bei der Einordnung von Art. 31 EGRC. **3886**

Da Wortlaut, Genese und Systematik jedoch für die Qualifizierung als subjektives Recht sprechen, ist trotz mangelnder Deutlichkeit beim Zweck von einem Grundrecht auszugehen. **3887**

2. Abgrenzung

a) Art. 1 EGRC

Mit der Formulierung eines Rechts auf „würdige Arbeitsbedingungen“ knüpft Art. 31 EGRC an Art. 1 EGRC an. Zwar könnte auch Art. 1 EGRC ein Recht auf Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer entnommen werden. Mit Art. 31 EGRC haben diese Rechte jedoch eine eigenständige Kodifizierung erfahren, weshalb Art. 31 EGRC gegenüber Art. 1 EGRC als *lex specialis* Vorrang genießt.⁷⁸⁸ **3888**

⁷⁸³ Vgl. *Hilbrandt*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 36 Rn. 30.

⁷⁸⁴ *GA Tizzano*, EuGH, Rs. C-173/99, Slg. 2001, I-4881 (4891, Rn. 28) – BECTU.

⁷⁸⁵ *Hilbrandt*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 36 Rn. 30.

⁷⁸⁶ S.o. Rn. 3771 ff. u. Rn. 3705 ff.

⁷⁸⁷ *Lang*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 31 Rn. 3; *Riedel*, in: *Meyer*, Art. 31 Rn. 12.

⁷⁸⁸ *Hilbrandt*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 36 Rn. 42.

b) Art. 20, 21 EGRC

3889 Bei diskriminierenden Arbeitsbedingungen kommen die Diskriminierungsverbote des Art. 21 EGRC sowie der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 20 EGRC zum Tragen.⁷⁸⁹ Es ist jeweils im Einzelfall zu entscheiden, welches Grundrecht maßgeblich ist.

c) Art. 33 Abs. 2 EGRC

3890 Für den Mutterschafts- und Elternurlaub enthält Art. 33 Abs. 2 EGRC eine spezielle Regelung, die der allgemeinen des Art. 31 EGRC vorgeht.⁷⁹⁰

III. Gewährleistungsbereich

3891 Art. 31 EGRC enthält eine Regelung mit zwei Teilbereichen. Absatz 1 behandelt den allgemeinen Fall gesunder, sicherer und würdiger Arbeitsbedingungen. Absatz 2 betrifft mit Höchstarbeitszeit, Ruhezeiten und Jahresurlaub einen Unterfall.⁷⁹¹

1. Art. 31 Abs. 1 EGRC

3892 Gem. Art. 31 Abs. 1 EGRC hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen. Überschriften ist Art. 31 EGRC mit „gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen“.

a) Arbeitnehmer

3893 Für den Begriff der Arbeitnehmer kann – wie bei Art. 28 EGRC⁷⁹² und Art. 30 EGRC⁷⁹³ – auf die Ausführungen zu Art. 27 EGRC verwiesen werden.⁷⁹⁴ Es ist daher die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 EG und Art. 141 EG/45 und Art. 157 AEUV zugrunde zu legen. Arbeitnehmer ist danach derjenige, der während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁷⁹⁵

3894 Während des Grundrechtekonvents war heftig umstritten, ob die Rechte aus Art. 31 EGRC nur Unionsbürger oder auch Drittstaatsangehörigen zustehen sol-

⁷⁸⁹ Jarass, § 30 Rn. 28.

⁷⁹⁰ Jarass, § 30 Rn. 28.

⁷⁹¹ Jarass, § 30 Rn. 32.

⁷⁹² S.o. Rn. 3726.

⁷⁹³ S.o. Rn. 3829.

⁷⁹⁴ S.o. Rn. 3640 ff.

⁷⁹⁵ St. Rspr. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 17) – Lawrie-Blum; Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 (3244, Rn. 21) – Brown; Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 (1059, Rn. 10) – Raulin; näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1204 ff.

len.⁷⁹⁶ Die heutige Formulierung des Art. 31 EGRC, der von „jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer“ spricht, hat diese Frage gelöst.⁷⁹⁷ Auf die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer kommt es folglich nicht an.⁷⁹⁸

b) Arbeitsbedingungen

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁷⁹⁹ ist der Begriff der Arbeitsbedingungen in Art. 31 Abs. 1 EGRC i.S.d. Art. 140 EG/156 AEUV zu verstehen. Dieser Verweis verwundert ein wenig, weil bei Art. 140 EG/156 AEUV derzeit noch nicht abschließend geklärt ist, was unter dem Begriff der Arbeitsbedingungen zu verstehen ist.⁸⁰⁰ Nach hier vertretener Ansicht sind unter den Arbeitsbedingungen in Art. 140 EG/156 AEUV sämtliche, nicht die Bezahlung betreffende Elemente der Gegenleistung des Arbeitgebers für die erlangte Arbeitsleistung zu verstehen, mit Ausnahme der übrigen in Art. 140 EG/156 AEUV speziell genannten Bereiche, insbesondere dem des Arbeitsrechts.⁸⁰¹ **3895**

Dies kann jedoch nicht unreflektiert für Art. 31 Abs. 1 EGRC übernommen werden, weil bei Art. 140 EG/156 AEUV mit der eigenständigen Nennung der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (5. Spiegelstrich) und dem Gesundheitsschutz bei der Arbeit (6. Spiegelstrich) gerade Bereiche gesondert aufgeführt sind, die nach dem Wortlaut des Art. 31 Abs. 1 EGRC von den gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen erfasst sind.⁸⁰² Daher ist die enge Auslegung, die beim Begriff der Arbeitsbedingungen in Art. 140 EG/156 AEUV vorzunehmen ist, nicht auf Art. 31 Abs. 1 EGRC zu übertragen. Vielmehr gilt hier die allgemeine Definition, wonach Arbeitsbedingungen sämtliche, nicht die Bezahlung betreffende Elemente der Gegenleistung des Arbeitgebers für die erlangte Arbeitsleistung sind.⁸⁰³ Eine Begrenzung dieses „uferlosen“⁸⁰⁴ Begriffs erfolgt bereits dadurch, dass Art. 31 Abs. 1 EGRC „gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen“ vorschreibt. **3896**

c) Gesunde und sichere Arbeitsbedingungen

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁸⁰⁵ stützt sich Art. 31 Abs. 1 EGRC auf die Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG.⁸⁰⁶ Diese kann deshalb bei der Frage, was als **3897**

⁷⁹⁶ S. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 216; Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 9.

⁷⁹⁷ Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 13.

⁷⁹⁸ Jarass, § 30 Rn. 29; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 4.

⁷⁹⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁸⁰⁰ S.o. Rn. 3867 ff.

⁸⁰¹ S.o. Rn. 3873.

⁸⁰² Jarass, § 30 Rn. 30.

⁸⁰³ Vgl. Eichenhofer, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 13.

⁸⁰⁴ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 137 EGV Rn. 12; vgl. Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 1.

⁸⁰⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁸⁰⁶ Des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. 1989 L 183, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

gesunde und sichere Arbeitsbedingungen anzusehen ist, herangezogen werden. Insbesondere Art. 6 und Art. 8 der Richtlinie beschreiben Pflichten des Arbeitgebers, die dieser erfüllen muss, damit gesunde und sichere Arbeitsbedingungen gegeben sind.⁸⁰⁷ Art. 31 Abs. 1 EGRC geht freilich darüber hinaus, da allgemein von gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen gesprochen wird, weshalb die in der Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG genannten Fälle lediglich als Beispiele und nicht als abschließend angesehen werden können.⁸⁰⁸

3898 Weitere Beispiele finden sich in der Mutterschutz-RL 92/85/EWG,⁸⁰⁹ in der RL 89/654/EWG⁸¹⁰ über Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz in Arbeitsstätten, in der RL 90/270/EWG⁸¹¹ über Mindestvorschriften bezüglich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit an Bildschirmgeräten und in der RL 91/383/EWG⁸¹² zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis.

3899 Verallgemeinert verlangen gesunde und sichere Arbeitsbedingungen die Verhütung von betriebsbedingten Gefahren und die Ausschaltung von Risiko und Unfallfaktoren (vgl. Art. 1 Abs. 2 Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG).⁸¹³

3900 Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitszeit-RL 93/104/EG⁸¹⁴ umfasst die Gesundheit in Anlehnung an die Präambel der Satzung der Weltgesundheitsorganisation den Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur das Freisein von Krankheiten und Gebrechen.⁸¹⁵ Damit ist der Gesundheitsschutz im Arbeitsleben freilich weiter als der allgemeine Gesundheitsschutz nach Art. 3 Abs. 1 EGRC.⁸¹⁶ Dies ergibt sich allerdings daraus, dass der Einzelne besonders intensiv mit der Arbeitsumwelt in Berührung kommt.

d) Würdige Arbeitsbedingungen

3901 Der Begriff der würdigen Arbeitsbedingungen stellt einen Bezug zu Art. 1 EGRC her.⁸¹⁷ Entsprechend der zum wortgleichen Art. 1 GG entwickelten so genannten

⁸⁰⁷ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 10.

⁸⁰⁸ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 10.

⁸⁰⁹ Des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der RL 89/391/EWG), ABl. 1992 L 348, S. 1.

⁸¹⁰ ABl. 1989 L 393, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁸¹¹ ABl. 1990 L 156, S. 14; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁸¹² ABl. 1991 L 206, S. 19; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁸¹³ Jarass, § 30 Rn. 31; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 15.

⁸¹⁴ ABl. 1993 L 307, S. 18; aufgehoben durch Arbeitszeit-RL 2003/88/EG, ABl. 2003 L 299, S. 9.

⁸¹⁵ EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755 (5800, Rn. 15) – Vereinigtes Königreich/Rat.

⁸¹⁶ S.o. Rn. 939.

⁸¹⁷ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 8; Jarass, § 30 Rn. 25; Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 14.

Objektformel⁸¹⁸ sind deshalb als unwürdig solche Arbeitsbedingungen anzusehen, welche die personale Würde des Arbeitenden in Frage stellen, ihn lediglich als Mittel zur Produktion betrachten und ihn damit zum bloßen Objekt herabwürdigen.⁸¹⁹

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁸²⁰ lehnt sich Art. 31 Abs. 1 EGRC für das Recht auf Würde am Arbeitsplatz an Art. 26 rev. ESC⁸²¹ an. In Anlehnung an Art. 26 rev. ESC verlangen würdige Arbeitsbedingungen daher die Vorbeugung und Unterbindung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz und die Verhinderung von wiederholten, verwerflichen oder ausgesprochen feindseligen und beleidigenden Handlungen am Arbeitsplatz.⁸²² **3902**

e) Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

Art. 31 EGRC ist mit „gerechte und angemessene“ Arbeitsbedingungen überschrieben, während die Norm selbst von gesunden, sicheren und würdigen Arbeitsbedingungen spricht. Damit weichen Überschrift und Normtext beträchtlich voneinander ab.⁸²³ Es stellt sich deshalb die Frage, ob durch die Überschrift des Art. 31 EGRC die Gewährleistung gerechter und angemessener Arbeitsbedingungen in Art. 31 Abs. 1 EGRC hineingelesen werden kann und/oder ob das in der Überschrift verwandte Adjektiv „gerecht“ verallgemeinerungsfähig die in Abs. 1 EGRC verwandten Begriffe „gesund, sicher und würdig“ umfasst und Letztere nur als Konkretisierung anzusehen sind.⁸²⁴ Dagegen spricht jedoch, dass die Adjektive „gerechte“ und „angemessene“ im Normtext nicht erscheinen. So wurde auch im Grundrechtekonvent vor allem die Reichweite und inhaltliche Ausdeutung des Begriffs „gerechte“ Arbeitsbedingungen diskutiert,⁸²⁵ während die Forderung nach sicheren und gesunden Arbeitsbedingungen weitgehend Zustimmung fand.⁸²⁶ Art. 31 EGRC enthält deshalb kein allgemeines Recht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen.⁸²⁷ **3903**

⁸¹⁸ Höfling, in: Tettinger/Stern, Art. 1 Rn. 19 m.w.N. S.o. Rn. 824.

⁸¹⁹ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 8.

⁸²⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁸²¹ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

⁸²² S. Jarass, § 30 Rn. 31; Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 14; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 9.

⁸²³ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 4.

⁸²⁴ Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 4.

⁸²⁵ Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 325; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 1.

⁸²⁶ Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 217; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 1; Riedel, in: Meyer, Art. 31 Rn. 9.

⁸²⁷ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 31 GRCh Rn. 2.

f) Gerechter Lohn

3904 Die Problematik des „gerechten Lohns“ ist nicht in diesem Rahmen zu diskutieren.⁸²⁸ Zum einen ist die Entlohnung nicht vom Begriff der Arbeitsbedingungen umfasst.⁸²⁹ Zum anderen ist im Grundrechtekonvent mehrfach vorgeschlagen worden, ein Recht auf fairen und gleichen Lohn ausdrücklich in die EGRC aufzunehmen.⁸³⁰ Dies ist jedoch nicht verwirklicht worden. Schließlich fehlt in den Erläuterungen zur EGRC⁸³¹ jeglicher Hinweis auf Art. 4 rev. ESC,⁸³² der ein Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt gewährleistet.⁸³³

2. Art. 31 Abs. 2 EGRC

3905 Gem. Art. 31 Abs. 2 EGRC hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.

a) Verhältnis zu Art. 31 Abs. 1 EGRC

3906 Die in Art. 31 Abs. 2 EGRC konkret formulierten Rechte sind schon in der allgemeinen Bestimmung des Art. 31 Abs. 1 EGRC über gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen enthalten.⁸³⁴ Daher war auch im Grundrechtekonvent die Chartawürdigkeit des Abs. 2 umstritten.⁸³⁵ Es wurde eine Reglementierung von Belanglosigkeiten befürchtet.⁸³⁶ Deutlich wird die Überschneidung der beiden Regelungen an der Arbeitszeit-RL 93/104/EG⁸³⁷, auf die auch die Erläuterungen zur EGRC⁸³⁸ verweisen. Diese (zwischenzeitlich aufgehobene)⁸³⁹ Richtlinie zielte auf die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung.⁸⁴⁰ Damit betraf sie einerseits die in Art. 31 Abs. 1 EGRC gewährleisteten gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen. Zum anderen enthielt sie mit der Verpflichtung zu Mindestruhezeiten pro Tag (Art. 3) und pro Woche (Art. 5), zu Höchstarbeitszeiten

⁸²⁸ Offen bei *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 15; *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 53.

⁸²⁹ S.o. Rn. 3896.

⁸³⁰ *Riedel*, in: Meyer, Art. 31 Rn. 6.

⁸³¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁸³² Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

⁸³³ *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 53, Fn. 129.

⁸³⁴ *M. Weiss*, AuR 2001, 374 (376); *Dorfmann*, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 52.

⁸³⁵ *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 1.

⁸³⁶ *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 216; *Lang*, in: Tettinger/Stern, Art. 31 Rn. 12.

⁸³⁷ ABl. 1993 L 307, S. 18; aufgehoben durch Arbeitszeit-RL 2003/88/EG, ABl. 2003 L 299, S. 9.

⁸³⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁸³⁹ S. Arbeitszeit-RL 2003/88/EG, ABl. 2003 L 299, S. 9.

⁸⁴⁰ Vgl. Art. 1 der RL.

pro Woche (Art. 6), täglichen Ruhepausen (Art. 4) und einem Mindestmaß an Jahresurlaub (Art. 7) Vorschriften, die der Gewährleistung des Art. 31 Abs. 2 EGRC entsprechen.

b) Konkretisierung

Die Erläuterungen zur EGRC⁸⁴¹ weisen auf die Arbeitszeit-RL 93/104/EG⁸⁴² hin. 3907
Daher ist in Anlehnung an Art. 6 der Richtlinie unter der Höchstarbeitszeit in Art. 31 Abs. 2 EGRC die wöchentliche Höchstarbeitszeit zu verstehen, in Anlehnung an Art. 1 und Art. 5 der Richtlinie mit Ruhezeiten eine Zeit außerhalb der Arbeitszeit gemeint und als Jahresurlaub in Anlehnung an Art. 7 der Richtlinie bezahlter Mindestjahresurlaub anzusehen.⁸⁴³ Die in der Arbeitszeit-RL 93/104/EG genannten Mindestvorschriften können daher als Konkretisierung der Bestimmung des Art. 31 Abs. 2 EGRC angesehen werden.

Weitere Konkretisierungen finden sich in der Mutterschutz-RL 92/85/EWG⁸⁴⁴ 3908
und in der RL 90/270/EWG⁸⁴⁵ über die Mindestvorschriften bezüglich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit an Bildschirmgeräten.⁸⁴⁶

IV. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

Wie bei Art. 30 EGRC⁸⁴⁷ verleitet die Formulierung des Art. 31 EGRC dazu, der 3909
Norm Drittwirkung zu unterstellen und sie direkt auf das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber anzuwenden.⁸⁴⁸ Damit würden auch Privatpersonen verpflichtet, gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC gilt die EGRC jedoch nur für die Organe und Einrichtungen der Union und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union. Eingriffe in den Gewährleistungsbereich des Art. 31 EGRC liegen daher nur dann vor, wenn die Union oder die Mitgliedstaaten (bei Durchführung des Unionsrechts) gegenüber ihren eigenen Bediensteten keine gerechten und angemessenen Arbeitsbedingungen gewähren⁸⁴⁹ oder wenn sie keine Regelungen zur Sicherung der in Art. 31 EGRC genannten Rechte erlassen.⁸⁵⁰ Im ersten Fall dürfte

⁸⁴¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁸⁴² ABl. 1993 L 307, S. 18; aufgehoben durch Arbeitszeit-RL 2003/88/EG, ABl. 2003 L 299, S. 9.

⁸⁴³ Jarass, § 30 Rn. 32.

⁸⁴⁴ ABl. 1992 L 348, S. 1.

⁸⁴⁵ ABl. 1990 L 156, S. 14; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁸⁴⁶ S. Art. 7 der RL.

⁸⁴⁷ S.o. Rn. 3846.

⁸⁴⁸ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 51; vgl. Schwarze, EuZW 2001, 517 (522).

⁸⁴⁹ Jarass, § 30 Rn. 35.

⁸⁵⁰ Jarass, § 30 Rn. 34; Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, § 36 Rn. 40.

eine Rechtfertigung ausgeschlossen sein.⁸⁵¹ Der zweite Fall ergibt sich aus der Schutzfunktion des Art. 31 EGRC.

3910 Bei der Umsetzung haben Union und Mitgliedstaaten allerdings einen gewissen Spielraum, der insbesondere durch den Bezug zur Würde und zum Gesundheitsschutz begrenzt wird. Jedenfalls die sich daraus ergebenden Mindeststandards sind zu wahren. Die Mitgliedstaaten können aber regeln, welche Folgen an ungesunde, unsichere und/oder unwürdige Arbeitsbedingungen geknüpft werden.⁸⁵² Es bedarf im Einzelfall der Beurteilung, ob die Gesetzgeber ihrer Schutzpflicht nachgekommen sind. Der Schutz davor ist freilich vorgegeben. Das gilt auch bei der Ausfüllung der vertraglichen Ermächtigungen durch die europäischen Organe, welche insbesondere nach Art. 137 Abs. 1 lit. a) und b) EG/153 Abs. 1 lit. a) und b) AEUV die Tätigkeit der Mitgliedstaaten zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer sowie bei den Arbeitsbedingungen unterstützt und ergänzt.⁸⁵³ Daraus entsprangen schon verschiedene Richtlinien. Werden sie erneuert bzw. erweitert, muss auch der grundrechtliche Standard nach Art. 31 EGRC gewahrt bleiben. Soweit dieser den Gehalt der bisherigen Richtlinien widerspiegelt, ist dieser nunmehr grundrechtlich abgesichert und dadurch festgeschrieben. Wird er unterschritten, liegt eine Beeinträchtigung vor.

⁸⁵¹ Jarass, § 30 Rn. 35.

⁸⁵² Jarass, § 30 Rn. 34.

⁸⁵³ S.o. Rn. 3861.

V. Prüfungsschema zu Art. 31 EGRC

1. Schutzbereich

3911

- a) **Arbeitsbedingungen sind sämtliche, nicht die Bezahlung betreffende Elemente der Gegenleistung des Arbeitgebers für die erlangte Arbeitsleistung**
- b) **Anspruch auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen:**
 - **Verhütung von betriebsbedingten Gefahren und die Ausschaltung von Risiko und Unfallfaktoren**
 - **keine Arbeitsbedingungen, die die personale Würde des Arbeitenden in Frage stellen, ihn lediglich als Mittel zur Produktion betrachten und ihn damit zum bloßen Objekt herabwürdigen**
 - **konkret formulierte Rechte finden sich in Art. 31 Abs. 2 EGRC**
- c) **Folgen an ungesunde, unsichere und/oder unwürdige Arbeitsbedingungen von Union und Mitgliedstaaten regelbar**
- d) **keine Drittwirkung**

2. Beeinträchtigung

- a) **Union oder die Mitgliedstaaten gewähren gegenüber ihren eigenen Bediensteten keine gesunden, sicheren und würdigen Arbeitsbedingungen**
- b) **Union oder die Mitgliedstaaten erlassen keine Regelungen zur Sicherung der in Art. 31 EGRC genannten Rechte**

3. Rechtfertigung

ohne Rechtfertigung, wenn die Union oder die Mitgliedstaaten gegenüber ihren eigenen Bediensteten keine gesunden, sicheren und würdigen Arbeitsbedingungen gewähren

D. Kinder und Jugendliche

Art. 32 EGRC beinhaltet das Verbot der Kinderarbeit und den Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz. Gem. Absatz 1 ist Kinderarbeit verboten. Unbeschadet günstigerer Vorschriften für Jugendliche und abgesehen von begrenzten Ausnahmen darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht endet, nicht unterschreiten. Gem. Absatz 2 müssen zur Arbeit zugelassene Jugendliche ihrem Alter angepasste Arbeitsbedingungen erhalten und vor wirtschaftlicher Ausbeutung sowie vor jeder Arbeit geschützt werden, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte. **3912**

I. Grundlagen

3913 Die verfassungs- und menschenrechtliche Gewährleistung spezifischer Rechte von Kindern und Jugendlichen ist eine relativ neue Entwicklung. Traditionelle Verfassungen erkennen allenfalls eine besondere verfassungsrechtliche Schutzbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen an, räumen diesen aber regelmäßig keine besonderen Rechte ein.⁸⁵⁴ Mittlerweile gibt es jedoch mehrere internationale Regelungen, die als Grundlage für Art. 32 EGRC dienen.

1. ESC und GCSGA

3914 Nach den Erläuterungen zur EGRC⁸⁵⁵ stützt sich Art. 32 EGRC auf Art. 7 ESC⁸⁵⁶ und auf die Nr. 20-23 GCSGA.⁸⁵⁷ Diese zielen insbesondere auf die Setzung von einzuhaltenden Mindeststandards.⁸⁵⁸

a) Art. 7 ESC

3915 Art. 7 ESC behandelt das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz und verpflichtet die Vertragsparteien zu diversen Maßnahmen: sie sollen

1. das Mindestalter für die Zulassung zu einer Beschäftigung auf 15 Jahre festsetzen, vorbehaltlich von Ausnahmen für Kinder, die mit bestimmten leichten Arbeiten beschäftigt werden, welche weder ihre Gesundheit noch ihre Moral noch ihre Erziehung gefährden;
2. ein höheres Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung in bestimmten Berufen festsetzen, die als gefährlich oder gesundheitsschädlich gelten;
3. die Beschäftigung Schulpflichtiger mit Arbeiten verbieten, die verhindern würden, dass sie aus ihrer Schulausbildung den vollen Nutzen ziehen;
4. die Arbeitszeit von Jugendlichen unter 16 Jahren entsprechend den Erfordernissen ihrer Entwicklung und insbesondere ihrer Berufsausbildung begrenzen;
5. das Recht der jugendlichen Arbeitnehmer und Lehrlinge auf ein gerechtes Arbeitsentgelt oder eine angemessene Beihilfe anerkennen;
6. vorsehen, dass die Zeit, die Jugendliche während der normalen Arbeitszeit mit Zustimmung des Arbeitgebers für die Berufsausbildung verwenden, als Teil der täglichen Arbeitszeit gilt;
7. für Arbeitnehmer unter 18 Jahren die Dauer des bezahlten Jahresurlaubs auf mindestens drei Wochen festsetzen;
8. für Arbeitnehmer unter 18 Jahren Nachtarbeit verbieten, mit Ausnahme bestimmter, im innerstaatlichen Recht festgelegter Arbeiten;

⁸⁵⁴ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 1.

⁸⁵⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁸⁵⁶ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁸⁵⁷ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁸⁵⁸ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 9.

9. vorsehen, dass Arbeitnehmer unter 18 Jahren, die in bestimmten, mit dem innerstaatlichen Recht festgelegten Beschäftigungen tätig sind, einer regelmäßigen ärztlichen Überwachung unterliegen;
10. einen besonderen Schutz gegen die körperlichen und sittlichen Gefahren sicherstellen, denen Kinder und Jugendliche ausgesetzt sind, insbesondere gegen Gefahren, die sich unmittelbar oder mittelbar aus ihrer Arbeit ergeben.

b) Nr. 20-23 GCSGA

Nr. 20-23 GCSGA befassen sich mit dem Kinder- und Jugendschutz. Gem. Nr. 20 GCSGA darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht erlischt, nicht unterschreiten und in keinem Fall unter 15 Jahren liegen. Dies gilt unbeschadet günstigerer Vorschriften für Jugendliche, vor allem solcher Vorschriften, die ihre berufliche Eingliederung durch Berufsausbildung gewährleisten sowie abgesehen von auf bestimmte leichte Arbeiten beschränkten Ausnahmen. **3916**

Nach Nr. 21 GCSGA muss jeder Jugendlicher, der eine Beschäftigung ausübt, ein angemessenes Arbeitsentgelt gemäß den einzelstaatlichen Gepflogenheiten erhalten. **3917**

Gem. Nr. 22 GCSGA sind die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die arbeitsrechtlichen Vorschriften für junge Arbeitnehmer so umzugestalten, dass sie den Erfordernissen ihrer persönlichen Entwicklung und ihrem Bedarf an beruflicher Bildung und an Zugang zur Beschäftigung entsprechen. Namentlich die Arbeitszeit der Arbeitnehmer unter 18 Jahren ist zu begrenzen – ohne dass dieses Gebot durch den Rückgriff auf Überstunden umgangen werden kann – und die Nachtarbeitszeit zu untersagen. Dabei können für bestimmte durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Regelungen festgelegte berufliche Tätigkeiten Ausnahmen gelten. **3918**

Gem. Nr. 23 GCSGA müssen Jugendliche nach Ablauf der Schulpflicht die Möglichkeit haben, eine hinreichende berufliche Grundausbildung zu erhalten, um sich den Erfordernissen ihres künftigen Erwerbslebens anpassen zu können; für die jungen Arbeitnehmer müsste diese Ausbildung während der Arbeitszeit stattfinden. **3919**

c) Vergleich von ESC und GCSGA mit Art. 32 EGRC

Die Bestimmungen der ESC und der GCSGA enthalten damit nicht nur das Verbot der Kinderarbeit, sondern detaillierte Regelungen, welche Maßnahmen zur Umsetzung zu ergreifen sind. Art. 32 EGRC enthält keine derartigen Details, sondern allgemeine Prinzipien.⁸⁵⁹ **3920**

Während Art. 7 Nr. 1 ESC und Nr. 20 GCSGA das Mindestalter für eine Arbeitstätigkeit auf 15 Jahre festlegen, sieht Art. 32 EGRC keine ausdrückliche Al- **3921**

⁸⁵⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 19.

tersgrenze vor. Vielmehr verweist er implizit auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Dauer der Schulpflicht regeln.⁸⁶⁰

2. Sonstige internationale Übereinkommen

- 3922** Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte⁸⁶¹ und die EMRK enthalten kein Verbot der Kinderarbeit und keine Regelungen zum Schutz Jugendlicher am Arbeitsplatz.⁸⁶² Der EGMR hat zwar – ausgehend von Art. 3 und 8 EMRK – immer wieder punktuell zur Rechtsstellung von Kindern und Jugendlichen Stellung genommen. Dies geschah jedoch nicht im Hinblick auf Kinderarbeit oder besonderen Schutz am Arbeitsplatz,⁸⁶³ sondern vorwiegend bei körperlichen und seelischen Misshandlungen und Ähnlichem.⁸⁶⁴
- 3923** Schutzrechte für Kinder und Jugendliche im Arbeitsleben sind hingegen in anderen internationalen Übereinkommen zu finden. Diese enthalten im Gegensatz zu bisherigen europäischen Rechtsakten einen detaillierten Verbots- und Rechtekanon, sie werden teilweise auch von der Kommission in Bezug genommen.

a) Internationale Arbeitsorganisation

- 3924** Die IAO, eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen, hat zahlreiche internationale Übereinkommen ausgearbeitet, die den Bereich von Kinder- und Jugendarbeit betreffen.⁸⁶⁵ Sie sollen insbesondere der ökonomischen Ausbeutung von Kindern entgegenwirken.⁸⁶⁶ Zu nennen sind die Konvention Nr. C 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung und die Konvention Nr. C 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit. Sie geben den derzeitigen aktuellen Mindeststandard wieder.⁸⁶⁷

aa) Konvention Nr. 138

- 3925** In der Konvention Nr. 138 wird als Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung grundsätzlich das Alter, in dem die Schulpflicht endet, mindestens jedoch das 15. Lebensjahr angegeben (Art. 2 Nr. 3). Für Arbeiten, die für das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit der Jugendlichen gefährlich ist, wird das Mindest-

⁸⁶⁰ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 56.

⁸⁶¹ Am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung genehmigt und verkündet (Resolution 217 (A) III, im Internet z.B. abrufbar über www.unric.org oder www.un.org), heute als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.

⁸⁶² Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 32 GRCh Rn. 1.

⁸⁶³ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 13.

⁸⁶⁴ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 7.

⁸⁶⁵ Z.B. die Übereinkommen Nr. C 5, 6, 7, 10, 15, 16, 33, 58, 59, 60, 79, 90, 123, 124, 138, 182.

⁸⁶⁶ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 5.

⁸⁶⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 20.

alter auf 18 Jahre festgelegt (Art. 3 Nr. 1). Ausnahmemöglichkeiten sind für schulische Zwecke (Art. 6) und bei unschädlichen Arbeiten (Art. 7) vorgesehen.

bb) Konvention Nr. 182

Nach langen und kontroversen Debatten ist es auch gelungen, mit der Konvention Nr. 182 ein allgemeines Verbot der schlimmsten Formen der Kinderarbeit zu verabschieden.⁸⁶⁸ Zahlreiche Entwicklungsländer hatten moniert, dass westliche Vorstellungen eines völligen Verbots der Kinderarbeit in Ländern ohne funktionierende soziale Sicherheitssysteme zum Scheitern verurteilt seien.⁸⁶⁹ Die Konvention Nr. 182 verpflichtet deshalb lediglich sicherzustellen, dass die schlimmsten Formen der Kinderarbeit vordringlich verboten und beseitigt werden (Art. 1). Als „schlimmste Formen der Kinderarbeit“ werden angesehen (Art. 3):

- a) alle Formen der Sklaverei oder alle sklavereiähnlichen Praktiken, wie der Verkauf von Kindern und der Kinderhandel, Schuldknechtschaft und Leibeigenschaft sowie Zwangs- oder Pflichtarbeit, einschließlich der Zwangs- oder Pflichtrekrutierung von Kindern für den Einsatz in bewaffneten Konflikten;
- b) das Heranziehen, Vermitteln oder Anbieten eines Kindes zur Prostitution, zur Herstellung von Pornographie oder zu pornographischen Darstellungen;
- c) das Heranziehen, Vermitteln oder Anbieten eines Kindes zu unerlaubten Tätigkeiten, insbesondere zur Gewinnung von und zum Handel mit Drogen, wie diese in den einschlägigen Übereinkünften definiert sind;
- d) Arbeit, die ihrer Natur nach oder aufgrund der Umstände, unter denen sie verrichtet wird, voraussichtlich für die Gesundheit, die Sicherheit oder die Sittlichkeit von Kindern schädlich ist.

Die Europäische Kommission empfiehlt die Ratifikation des Übereinkommens Nr. 182.⁸⁷⁰ **3927**

b) Vereinte Nationen

Auch Art. 32 des von den Vereinten Nationen 1989 ausgearbeiteten Übereinkommens über die Rechte des Kindes – so genannte Kinderrechtskonvention – enthält Bestimmungen zum Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor Arbeiten, die Gefahren mit sich bringen, die Erziehung des Kindes behindern oder die Gesundheit des Kindes oder seine körperliche, geistige, seelische, sittliche oder soziale Entwicklung schädigen könnte.⁸⁷¹ Allerdings ist die unmittelbare Anwendung die- **3928**

⁸⁶⁸ Ausführlich Düwell, NZA 2000, 308 ff.

⁸⁶⁹ Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 9.

⁸⁷⁰ Empfehlung der Kommission vom 15.9.2000 zur Ratifizierung des Übereinkommens 182 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) vom 17.6.1999 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, ABl. L 243, S. 41.

⁸⁷¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 21.

ses Übereinkommens umstritten und eine Durchsetzung der verbürgten Rechte in Form eines Gerichtsverfahrens oder ähnliches nicht geschaffen worden.⁸⁷²

3929 Ein Verbot der Kinderarbeit und Schutzvorschriften für jugendliche Arbeitnehmer finden sich schließlich auch in Art. 10 Nr. 3 IPwskR.⁸⁷³

3. Europäischer Besitzstand

a) Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV

3930 Der Schutz der Kinder wird im Primärrecht nicht ausdrücklich als europäische Aufgabe genannt.⁸⁷⁴ Der Jugendarbeitsschutz wird aber der allgemeinen arbeitsrechtlichen Aufgabennorm des Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV zugerechnet.⁸⁷⁵ Danach unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten unter anderem bei der Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer. Gem. Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG i.V.m. Abs. 2 lit. b) EG/153 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV besitzen das Europäische Parlament und der Rat eine Regelungskompetenz auf diesem Gebiet, auf dessen Grundlage unter anderem die RL 94/33/EG⁸⁷⁶ erlassen wurde.

b) RL 94/33/EG

3931 Nach den Erläuterungen zur EGRC⁸⁷⁷ stützt sich Art. 32 EGRC auf die RL 94/33/EG⁸⁷⁸ über den Jugendarbeitsschutz. Der Gegenstand der Richtlinie wird in Art. 1 umschrieben: Gem. Abs. 1 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um die Kinderarbeit zu verbieten. Sie tragen dafür Sorge, dass das Mindestalter für den Zugang zur Beschäftigung oder Arbeit nicht unter dem Alter, mit dem gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Vollzeitschulpflicht endet und in keinem Fall unter 15 Jahren liegt. Nach Absatz 2 tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die Arbeit Jugendlicher streng geregelt und geschützt wird. Gem. Abs. 3 tragen die Mitgliedstaaten allgemein dafür Sorge, dass der Arbeitgeber dem Alter der jungen Menschen angepasste Arbeitsbedingungen gewährleistet. Sie sorgen weiter für den Schutz junger Menschen vor wirtschaftlicher Ausbeutung sowie vor Arbeiten, die ihrer Sicherheit, ihrer Gesundheit oder ihrer physischen, psychischen, moralischen oder sozialen Entwicklung schaden oder ihre Gesamtbildung beeinträchtigen könnten.

⁸⁷² Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 5.

⁸⁷³ BGBl. II 1973 S. 1534.

⁸⁷⁴ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 22.

⁸⁷⁵ Jarass, § 30 Rn. 39; Eichenhofer, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 11; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 22.

⁸⁷⁶ ABl. 1994 L 216, S. 12.

⁸⁷⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (26).

⁸⁷⁸ RL 94/33/EG des Rates vom 22.6.1994 über den Jugendarbeitsschutz, ABl. 1994 L 216, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

Um diese Ziele zu erreichen, enthält die Richtlinie ein Verbot der Kinderarbeit mit detaillierten Ausnahmen (Art. 4, Art. 5), statuiert Pflichten des Arbeitgebers (Art. 6), enthält Beschäftigungsverbote für bestimmte Tätigkeiten (Art. 7) und beinhaltet Sonderregelungen für die Arbeitszeit (Art. 8), die Nachtarbeit (Art. 9), Ruhezeiten (Art. 10), Jahresruhezeit (Art. 11) und Pausen (Art. 12). **3932**

4. EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH und das EuG haben sich bislang nicht mit dem Verbot der Kinderarbeit oder Fragen zum Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz auseinandergesetzt.⁸⁷⁹ **3933**

5. Verfassungen der Mitgliedstaaten

Ein Verbot der Kinderarbeit und Regelungen zum Schutz Jugendlicher am Arbeitsplatz sind in den Verfassungen der Mitgliedstaaten nur fragmentarisch enthalten.⁸⁸⁰ Bezugspunkte finden sich in den Verfassungen Irlands, Italiens, Litauens, Maltas, Polens, Portugals, der Slowakei, Sloweniens, Tschechiens und Ungarns.⁸⁸¹ Sie werden teilweise zusammen mit dem Schutz der Frauen⁸⁸² und/oder dem Schutz Behinderter⁸⁸³ genannt.⁸⁸⁴ **3934**

Alle Mitgliedstaaten treffen entsprechende Bestimmungen auf einfachgesetzlicher Ebene in ihren arbeitsrechtlichen Regelungen.⁸⁸⁵ **3935**

II. Einordnung

1. Qualifizierung als Grundrecht

Die Qualifizierung von Art. 32 EGRC als subjektives Recht oder Grundsatz ist noch nicht abschließend geklärt. Es wird sowohl vertreten, der Wortlaut der Vorschrift sei derart präzise, dass es sich um ein subjektives Recht handle,⁸⁸⁶ als auch, dass Art. 32 EGRC gerade kein subjektives Recht einräume.⁸⁸⁷ Für die Einordnung ist die Systematik am aussagekräftigsten. **3936**

⁸⁷⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 13; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 10.

⁸⁸⁰ S. Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 4; Streinz, in: ders., Art. 32 GR-Charta Rn. 3; Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 3.

⁸⁸¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 vor Rn. 1; Streinz, in: ders., Art. 32 GR-Charta Rn. 3; ausführlich Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 3.

⁸⁸² So in der portugiesischen Verfassung.

⁸⁸³ S. die slowenische und die tschechische Verfassung.

⁸⁸⁴ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 16.

⁸⁸⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 15; Streinz, in: ders., Art. 32 GR-Charta Rn. 3; Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 3; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 4.

⁸⁸⁶ Jarass, § 30 Rn. 40.

⁸⁸⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 31.

a) Wortlaut

3937 Der recht präzise Wortlaut der Vorschrift spricht auf den ersten Blick für ein subjektives Recht.⁸⁸⁸ Allerdings sind beim Gewährleistungsgehalt sehr allgemeine Begriffe gewählt worden, die der näheren Präzisierung und Auslegung bedürfen.⁸⁸⁹ Damit wird dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern⁸⁹⁰ bei der Festlegung des Schutzbereichs ein Spielraum eröffnet, der grundsätzlich gegen eine Qualifikation als subjektives Recht spricht. Außerdem wird von den nationalen Gesetzgebern aufgrund ihrer Regelungskompetenz für die Schulpflicht das Alter festgelegt, bis zu dem das Verbot der Kinderarbeit gilt.⁸⁹¹ Der Wortlaut des Art. 32 EGRC ergibt daher kein eindeutiges Ergebnis.

b) Genese

3938 Im Grundrechtekonvent wurden vor der endgültigen Fassung des Art. 32 EGRC mehrere Formulierungsvorschläge diskutiert, die von einem „Anspruch“ der Kinder und Jugendlichen sprachen.⁸⁹² Schließlich wurde eine abstraktere Formulierung gewählt, so dass Art. 32 EGRC gerade kein subjektives Recht gewähren könnte.⁸⁹³ Allerdings war im Grundrechtekonvent unstrittig, dass Art. 32 EGRC dem Schutz der Kinder und Jugendlichen dienen sollte und dazu den Gesetzgebern Schutzpflichten auferlegt werden sollten. Dieser Schutzfunktion wird eine Ausgestaltung als subjektives Recht am besten gerecht.

c) Systematik

3939 Der inhaltlich eng mit Art. 32 EGRC verwandte Art. 24 EGRC ist sowohl in seinem Abs. 1 als auch in Abs. 3 als subjektives Recht formuliert. Danach haben Kinder „Anspruch“ auf Schutz und Fürsorge bzw. auf persönliche Beziehungen und direkte Kontakte.⁸⁹⁴ Da Art. 32 EGRC eben nicht diese Formulierung enthält, sondern auf die Verwendung des Wortes „Anspruch“ verzichtet, könnte Art. 32 EGRC gerade keinen Anspruch und damit kein subjektives Recht gewähren.

3940 Allerdings würde Art. 32 EGRC in diesem Fall hinter dem Schutz des Art. 24 EGRC zurückbleiben. Inhaltlich konkretisiert Art. 32 EGRC jedoch die allgemeine Bestimmung des Art. 24 EGRC im Bereich des Arbeitslebens. Würde man Art. 32 EGRC lediglich als Grundsatz verstehen, wäre der eigenständige Regelungsgehalt praktisch auf Null reduziert, da subjektive Ansprüche auf die inhaltlichen Gewährleistungen des Art. 32 EGRC über den allgemein formulierten Art. 24 EGRC gewährt werden könnten bzw. müssten. Da im Grundrechtekonvent über die Aufnahme vom Art. 32 EGRC jedoch allgemeiner Konsens bestand,⁸⁹⁵ Art. 32

⁸⁸⁸ Darauf gestützt *Jarass*, § 30 Rn. 40.

⁸⁸⁹ S.u. Rn. 3946 ff.

⁸⁹⁰ Vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁸⁹¹ S.u. Rn. 3950.

⁸⁹² *Riedel*, in: Meyer, Art. 32 Rn. 6 ff.

⁸⁹³ Vgl. *Riedel*, in: Meyer, Art. 32 Rn. 10.

⁸⁹⁴ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 16.

⁸⁹⁵ Vgl. *Riedel*, in: Meyer, Art. 32 Rn. 5 ff.

EGRC daher nicht als überflüssige Norm statuiert werden sollte, ist die Norm selbst als subjektives Recht zu qualifizieren.

d) Zweck

Zweck des Art. 32 EGRC ist es, Kindern und Jugendlichen, denen es im Arbeits- **3941**
leben an Erfahrung mangelt, denen regelmäßig ein Bewusstsein für tatsächliche
oder potenzielle Gefahren fehlt und die in ihrer körperlichen und seelischen Ent-
wicklung noch nicht abgeschlossen sind, besonderen Schutz zu gewähren. Dieser
Schutz ist besonders effektiv bei der Ausgestaltung von Art. 32 EGRC als subjek-
tives Recht gewährleistet.

e) Folgerungen

Auch wenn Wortlaut, Genese und Zweck kein eindeutiges Bild ergeben, lässt der **3942**
systematische Zusammenhang zwischen Art. 32 EGRC und Art. 24 EGRC den
Rückschluss zu, dass es sich bei Art. 32 EGRC um ein subjektives Recht und nicht
lediglich um einen Grundsatz handelt.⁸⁹⁶

Art. 32 EGRC enthält ein Schutz- und zugleich ein Abwehrrecht.⁸⁹⁷ Kinder- **3943**
rechte lassen sich grundsätzlich nur in einer Kombination mehrerer Grundrechts-
funktionen effektiv verwirklichen. Dies ergibt sich aus dem Zweck der Kinder-
rechte, nämlich einer besonders schutzbedürftigen Gruppe eben diesen Schutz zu-
kommen zu lassen.⁸⁹⁸

2. Abgrenzung

Kindern und Jugendlichen stehen selbstverständlich nicht nur die spezifischen **3944**
Gewährleistungen zum besonderen Schutz ihrer Rechte zu. Vielmehr treten diese
neben die allgemeinen grundrechtlichen Gewährleistungen, die Kindern und Ju-
gendlichen kraft ihres Menschseins zukommen.⁸⁹⁹

Besondere Schutzrechte für Kinder und Jugendliche enthalten Art. 24 EGRC **3945**
und Art. 32 EGRC. Der im Titel „Gleichheit“ zu findende Art. 24 EGRC behan-
delt die allgemeinen Schutzrechte der Kinder, wobei die unterschiedliche systema-
tische Einordnung zu Art. 32 EGRC kritisch gesehen werden kann.⁹⁰⁰ Art. 32
EGRC konkretisiert das in Art. 24 EGRC enthaltene allgemeine Schutzrecht der
Kinder,⁹⁰¹ bezieht es auf den Bereich des Arbeitslebens und geht deshalb als *lex*
specialis vor.⁹⁰² Mit der Schaffung von Art. 32 EGRC (neben Art. 24 EGRC) wur-

⁸⁹⁶ So auch *Jarass*, § 30 Rn. 40; a.A. *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 31; nicht eindeutig *Riedel*, in: Meyer, Art. 32 Rn. 10.

⁸⁹⁷ *Jarass*, § 30 Rn. 40; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 32 GRCh Rn. 2, 3; *Streinz*, in: ders., Art. 32 GR-Charta Rn. 4; *Riedel*, in: Meyer, Art. 32 Rn. 10.

⁸⁹⁸ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 22.

⁸⁹⁹ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 25.

⁹⁰⁰ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 14.

⁹⁰¹ *Riedel*, in: Meyer, Art. 32 Rn. 17.

⁹⁰² *Jarass*, § 30 Rn. 42; *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 23.

de das Verbot der Kinderarbeit und der Schutz Jugendlicher am Arbeitsplatz grundrechtlich aufgewertet.⁹⁰³

III. Gewährleistungsbereich

- 3946** Art. 32 EGRC ist überschrieben mit „Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz“. Mit dieser Überschrift werden bereits die verschiedenen Aspekte, die in der Vorschrift aufgegriffen werden, kurz umrissen.⁹⁰⁴
- 3947** Gem. Art. 32 Abs. 1 EGRC ist Kinderarbeit verboten. Unbeschadet günstiger Vorschriften für Jugendliche und abgesehen von begrenzten Ausnahmen darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht endet, nicht unterschreiten.
- 3948** Nach Art. 32 Abs. 2 EGRC müssen zur Arbeit zugelassene Jugendliche ihrem Alter angepasste Arbeitsbedingungen erhalten und vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor jeder Arbeit geschützt werden, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte.

1. Kinderarbeit

- 3949** Art. 32 Abs. 1 S. 1 EGRC spricht ein generelles Verbot der Kinderarbeit aus.

a) *Kinder*

- 3950** Anders als im ersten Entwurf des Art. 32 EGRC⁹⁰⁵ und im Gegensatz zu vielen internationalen Normen⁹⁰⁶ nennt Art. 32 EGRC für die Frage, bis zu welchem Alter Menschen Kinder sind bzw. bis wann das Arbeitsverbot gilt, kein ausdrückliches Alter. Das Alter wird vielmehr mittelbar durch die Anknüpfung an das Alter der allgemeinen Schulpflicht festgelegt.⁹⁰⁷ Kinder sind demnach diejenigen, die noch der Schulpflicht unterliegen. Da die Festlegung dieser Altersgrenzen im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegt, bestimmen auch grundsätzlich sie über das Alter, bis zu dem Arbeit verboten ist.
- 3951** Mit der RL 94/33/EG⁹⁰⁸ existiert dennoch ein europarechtlich verbindliches Mindestalter.⁹⁰⁹ Derzeit sind daher unter Kindern in Art. 32 Abs. 1 S. 1 EGRC in Anlehnung an Art. 3 lit. b) RL 94/33/EG (und auch Art. 7 Nr. 1 ESC,⁹¹⁰ Nr. 20

⁹⁰³ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 15.

⁹⁰⁴ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 2.

⁹⁰⁵ S. zum geplanten Wortlaut Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 5.

⁹⁰⁶ S.o. Rn. 3914 ff.

⁹⁰⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 27.

⁹⁰⁸ ABl. 1994 L 216, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁹⁰⁹ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 32 GRCh Rn. 1.

⁹¹⁰ S.o. Rn. 3915.

GCSGA⁹¹¹ und Art. 2 Nr. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 138⁹¹²) Personen zu verstehen, die noch nicht 15 Jahre alt sind oder gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften noch der Vollzeitschulpflicht unterliegen.⁹¹³

Art. 32 Abs. 1 S. 2 EGRC legt dieses zweitgenannte Alter als Mindestgrenze fest. Die Gesetzgeber können durch eine Änderung der RL 94/33/EG und durch Festlegung des Schulpflichtalters schärfere Altersgrenzen vorsehen.⁹¹⁴ Dies kommt in Art. 32 Abs. 1 S. 2 EGRC zum einen durch den Begriff des „Mindestalters“ zum Ausdruck, zum anderen dadurch, dass „günstigere Vorschriften für Jugendliche“ erlassen werden können. **3952**

Auf die Staatsangehörigkeit der Kinder kommt es bei Art. 32 EGRC nicht an.⁹¹⁵ **3953**

b) Arbeit

Art. 32 EGRC schützt Kinder vor der Begründung und Fortführung eines Arbeitsverhältnisses. Ein Arbeitsverhältnis ist nach der Definition des EuGH zu Art. 39 EG und Art. 141 EG/45 und 157 AEUV dadurch gekennzeichnet, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁹¹⁶ **3954**

Fehlt es an der Gegenleistung, ist demnach nicht Art. 32 EGRC einschlägig. Jedoch ist in einem solchen Fall die Würde des Kindes verletzt, weshalb Schutz über Art. 1 EGRC gewährt wird.⁹¹⁷ Dann dürfte vielfach eine Ausbeutungssituation vorliegen, die das Kind zum „Arbeitsobjekt“ herabwürdigt.⁹¹⁸ Bei Zwang ist Art. 5 Abs. 3 EGRC zu prüfen. **3955**

Der Begriff der Kinderarbeit ist grundsätzlich weit zu verstehen, zumal Art. 32 Abs. 1 S. 2 EGRC begrenzte Ausnahmen zulässt.⁹¹⁹ Ursprünglich war im Grundrechtekonvent hier ein Verweis auf bestimmte leichte Arbeiten und die Möglichkeit der beruflichen Eingliederung durch Berufsausbildung vorgesehen.⁹²⁰ Dies wurde jedoch im Laufe der Beratungen gestrichen.⁹²¹ Da die heutige Fassung des Art. 32 Abs. 1 EGRC keine weiteren Vorgaben macht, wird dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern⁹²² ein Gestaltungsspielraum eröffnet.⁹²³ Da von **3956**

⁹¹¹ S.o. Rn. 3916.

⁹¹² S.o. Rn. 3925.

⁹¹³ S. Jarass, § 30 Rn. 44; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1018; Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 12.

⁹¹⁴ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 32 GRCh Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 14.

⁹¹⁵ Jarass, § 30 Rn. 43.

⁹¹⁶ St. Rspr. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 17) – Lawrie-Blum; Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 (3244, Rn. 21) – Brown; Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 (1059, Rn. 10) – Raulin; näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1204 ff.

⁹¹⁷ Jarass, § 30 Rn. 45.

⁹¹⁸ Vgl. o. Rn. 824.

⁹¹⁹ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 32 GRCh Rn. 2.

⁹²⁰ Vgl. Art. 7 Nr. 1 ESC und Nr. 20 GCSGA, s.o. Rn. 3915 f.

⁹²¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 5; Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 218.

⁹²² Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁹²³ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 35.

„begrenzten Ausnahmen“ gesprochen wird, müssen diese allerdings verhältnismäßig sein.⁹²⁴ In Betracht kommen insbesondere die in Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 RL 94/33/EG⁹²⁵ vorgesehenen Ausnahmemöglichkeiten beispielsweise für Betriebspraktika, kulturelle, künstlerische oder sportliche Tätigkeiten.⁹²⁶

2. Schutz der Jugendlichen

3957 In Art. 32 Abs. 2 EGRC ist der Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz verankert. Es wird damit ihrer mangelnden Erfahrung, ihrem fehlenden Bewusstsein für tatsächliche oder potenzielle Gefahren und der noch nicht abgeschlossene körperlichen und seelischen Entwicklung Rechnung getragen.⁹²⁷

a) Jugendliche

3958 Art. 32 EGRC enthält keine genau bestimmte Altersgrenze für den Begriff der „Jugendlichen“.⁹²⁸ Das Alter wird vielmehr indirekt bestimmt: Art. 32 Abs. 1 S. 2 EGRC legt als Mindestalter, bis zu dem das Verbot der Kinderarbeit gilt, das Alter fest, in dem die Schulpflicht endet. Jugendliche, die zur Arbeit zugelassen werden und für welche die besonderen Schutzvorschriften des Art. 32 Abs. 2 EGRC gelten, sind daher alle diejenigen, die nicht mehr der Schulpflicht unterliegen. Abgesehen von dieser grundsätzlichen Stufung obliegt es somit – wie bei der Festlegung des Kindsalters⁹²⁹ – den nationalen Gesetzgebern, ab wann sie Jugendliche zur Arbeit zulassen.

3959 Auf europäischer Ebene herrscht mit der RL 94/33/EG⁹³⁰ ein derzeit gültiger Standard. Jugendliche sind nach Art. 3 lit. c) der Richtlinie alle diejenigen Menschen, die mindestens 15, aber noch nicht 18 Jahre alt sind und gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften nicht mehr der Vollzeitschulpflicht unterliegen. Die Grenze mit 18 Jahren wird gewählt, da man unterstellt, dass volljährige Personen nicht in besonderer Weise schutzwürdig sind, auch wenn Beeinträchtigungen der Einsichtsfähigkeit weder auf Kinder und Jugendliche beschränkt sind noch notwendig bei diesen auftreten.⁹³¹

3960 Die Staatsangehörigkeit der Jugendlichen ist unerheblich.⁹³²

⁹²⁴ Jarass, § 30 Rn. 49.

⁹²⁵ ABl. 1994 L 216, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁹²⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 34; Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 12.

⁹²⁷ Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 32 GRCh Rn. 3.

⁹²⁸ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 36.

⁹²⁹ S.o. Rn. 3950.

⁹³⁰ ABl. 1994 L 216, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁹³¹ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 20; Rengeling/Szczekalla, Rn. 959.

⁹³² Jarass, § 30 Rn. 43.

b) Schutz

Gem. Art. 32 Abs. 2 EGRC müssen zur Arbeit zugelassene Jugendliche ihrem Alter angepasste Arbeitsbedingungen erhalten und vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor jeder Arbeit geschützt werden, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte. Wie sich der Schutz der Jugendlichen äußert, zum Beispiel durch Beschäftigungsverbote oder arbeitsrechtliche Sonderregeln, überlässt Art. 32 Abs. 2 EGRC den Gesetzgebern.⁹³³ **3961**

aa) Dem Alter angepasste Arbeitsbedingungen

Art. 32 EGRC verlangt unter anderem „dem Alter angepasste Arbeitsbedingungen“. Der Begriff der Arbeitsbedingungen wird auch in Art. 31 EGRC verwandt. Dort sind unter Arbeitsbedingungen sämtliche, nicht die Bezahlung betreffende Elemente der Gegenleistung des Arbeitgebers für die erlangte Arbeitsleistung zu verstehen.⁹³⁴ In Anlehnung an Art. 6 Abs. 2 RL 94/33/EG⁹³⁵ sind darunter vorliegend insbesondere anzusehen:⁹³⁶ **3962**

- a) Einrichtung und Gestaltung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes;
- b) Art, Grad und Dauer der physikalischen, chemischen und biologischen Einwirkungen;
- c) Gestaltung, Auswahl und Einsatz von Arbeitsmitteln, insbesondere Arbeitsstoffen, Maschinen, Geräten und Anlagen sowie der Umgang damit;
- d) Gestaltung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen und deren Zusammenwirken (Arbeitsorganisation);
- e) Stand von Ausbildung und Unterweisung der jungen Menschen.

Wann diese Arbeitsbedingungen als „dem Alter angepasst“ anzusehen sind, wird in Art. 32 EGRC nicht näher präzisiert. Die Grundlagen dieser Bestimmung⁹³⁷ sind hingegen konkreter und können deshalb als Beispiele herangezogen werden: So ist die Beschäftigung Schulpflichtiger mit Arbeiten zu verbieten, die verhindern würden, dass sie aus ihrer Schulausbildung den vollen Nutzen ziehen (Art. 7 Nr. 3 ESC⁹³⁸). Die Arbeitszeit von Jugendlichen ist entsprechend den Erfordernissen ihrer Entwicklung und insbesondere ihrer Berufsausbildung zu begrenzen (Art. 7 Nr. 4 ESC). Es sind die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die arbeitsrechtlichen Vorschriften für junge Arbeitnehmer so umzugestalten, dass sie **3963**

⁹³³ A.A. Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 55, die in dem von Art. 32 Abs. 2 EGRC geforderten Schutz vor Arbeit, die die Sicherheit, die Gesundheit, die körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder die Erziehung gefährden könnte, ein Arbeitsverbot sieht.

⁹³⁴ S.o. Rn. 3896.

⁹³⁵ ABl. 1994 L 216, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁹³⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 32 Rn. 15.

⁹³⁷ S.o. Rn. 3913 ff.

⁹³⁸ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

den Erfordernissen ihrer persönlichen Entwicklung und ihrem Bedarf an beruflicher Bildung und an Zugang zur Beschäftigung entsprechen (Nr. 22 GCSGA⁹³⁹).

- 3964** Art. 6-8 ESC, Art. 22 S. 2 GCSGA und Art. 8 ff. RL 94/33/EG⁹⁴⁰ schreiben detailliert vor, inwiefern die Arbeitszeit zu begrenzen, die Nachtarbeit zu verbieten und Ruhezeiten besonders zu regeln sind.⁹⁴¹

bb) Schutz vor Ausbeutung

- 3965** Der Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung wird durch die Gewährung eines gerechten Lohns verwirklicht, wie er auch von Art. 7 Nr. 5 ESC⁹⁴² und in der italienischen und der maltesischen Verfassung vorgesehen ist.⁹⁴³ Daraus folgt allerdings nicht zwingend, dass jugendliche Arbeitnehmer dasselbe Entgelt für ihre Leistungen erhalten müssen wie Erwachsene, welche die gleichen oder vergleichbaren Tätigkeiten ausüben. Es muss aber ein Gleichgewicht herrschen zwischen der Arbeitsleistung des Jugendlichen und der Entlohnung durch den Arbeitgeber.⁹⁴⁴

- 3966** Der Schutz vor Ausbeutung impliziert auch die Gewährung eines ausreichenden Jahresurlaubs, eine angemessene Arbeitszeit und entsprechende Ruhepausen.⁹⁴⁵

cc) Gefährdungspotenziale

- 3967** Schließlich sind die Jugendlichen gem. Art. 32 Abs. 2 EGRC vor jeder Arbeit zu schützen, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte. Art. 7 Abs. 2 RL 94/33/EG⁹⁴⁶ verbietet deshalb eine Beschäftigung junger Menschen mit

- Arbeiten, die objektiv ihre physische oder psychische Leistungsfähigkeit übersteigen,
- Arbeiten, die eine schädliche Einwirkung von giftigen, krebserregenden, erbgutverändernden, fruchtschädigenden oder in sonstiger Weise den Menschen chronisch schädigenden Gefahrstoffen mit sich bringen,
- Arbeiten, die eine schädliche Einwirkung von Strahlen mit sich bringen,
- Arbeiten, die mit Unfallgefahren verbunden sind, von denen anzunehmen ist, dass junge Menschen sie wegen mangelnden Sicherheitsbewusstseins

⁹³⁹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

⁹⁴⁰ ABl. 1994 L 216, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁹⁴¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 39.

⁹⁴² S.o. Rn. 3915.

⁹⁴³ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 17; Jarass, § 30 Rn. 47.

⁹⁴⁴ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 56.

⁹⁴⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 40.

⁹⁴⁶ ABl. 1994 L 216, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

- oder wegen mangelnder Erfahrung oder Ausbildung nicht erkennen oder nicht abwenden können,
- Arbeiten, bei denen die Gesundheit durch extreme Kälte oder Hitze oder durch Lärm oder Erschütterung gefährdet wird.

In diesem Zusammenhang sind auch Informationspflichten des Arbeitgebers über die möglichen Gefährdungspotenziale und eine regelmäßige Überwachung des Gesundheitszustands der Jugendlichen von Bedeutung.⁹⁴⁷ **3968**

Zudem sind alle die Tätigkeiten als schädlich anzusehen, die in der IAO-Konvention Nr. 182 als „schlimmste Formen der Kinderarbeit“ angesehen werden.⁹⁴⁸ **3969**

IV. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

Ein Eingriff in Art. 32 EGRC ist gegeben, wenn die Union und die Mitgliedstaaten⁹⁴⁹ selbst gegen das Verbot der Kinderarbeit oder die übrigen Gewährleistungen des Art. 32 EGRC verstoßen.⁹⁵⁰ Bei einem Verstoß gegen das Kinderarbeitsverbot dürfte regelmäßig eine Rechtfertigung nicht möglich sein. Die Beschäftigung von Jugendlichen sieht Art. 32 Abs. 2 EGRC durchaus vor, wenn auch nur zu adäquaten Bedingungen. Solange die Vorgaben des Art. 52 Abs. 1 EGRC und dabei insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingehalten sind, sind daher Rechtfertigungen möglich.⁹⁵¹ Die altersangepassten Arbeitsbedingungen werden aber regelmäßig Ausdruck der Verhältnismäßigkeit sein. **3970**

Da es sich bei Art. 32 EGRC um ein Grundrecht mit Schutzfunktion handelt,⁹⁵² ist eine Beeinträchtigung zudem gegeben, wenn der europäische oder die nationalen Gesetzgeber keine Vorschriften zum Schutz der Gewährleistungen des Art. 32 EGRC erlassen.⁹⁵³ Dabei müssen die vorgenannten Schutzstandards, welche den Gewährleistungsgehalt ausmachen, gewahrt sein. Im Übrigen ist jedoch – wie bei allen Schutzpflichten – ein Gestaltungsspielraum gegeben, weshalb im Einzelfall entschieden werden muss, inwiefern dessen Grenzen eingehalten oder eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung gegeben ist. **3971**

⁹⁴⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 41.

⁹⁴⁸ S.o. Rn. 3926.

⁹⁴⁹ Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

⁹⁵⁰ Jarass, § 30 Rn. 50; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 30.

⁹⁵¹ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 41 Rn. 24; Jarass, § 30 Rn. 50.

⁹⁵² S.o. Rn. 3936 ff.

⁹⁵³ Jarass, § 30 Rn. 48; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 32 Rn. 30.

V. Prüfungsschema zu Art. 32 EGRC

3972 1. Schutzbereich

- a) Art. 32 Abs. 1 S. 1 EGRC: Verbot der Kinderarbeit
- b) Kinder diejenigen, die noch der Schulpflicht unterliegen; da Mitgliedstaaten regelungsbefugt, bestimmen grundsätzlich sie über das Alter, ab dem Arbeit erlaubt ist; Mindestalter nach RL 94/33/EG derzeit: 15 Jahre
- c) Kinderarbeit, wenn Leistungen für einen anderen nach dessen Weisung gegen Vergütung
- d) Gestaltungsspielraum für „begrenzte Ausnahmen“ der Kinderarbeit: z.B. Betriebspraktika, kulturelle, künstlerische oder sportliche Tätigkeiten
- e) Art. 32 Abs. 2 EGRC: Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz
- f) Jugendliche ab Ende der Schulpflicht; nach RL 94/33/EG derzeit: zwischen 15 und 18 Jahren
- g) ob Schutz durch Beschäftigungsverbote oder arbeitsrechtliche Sonderregeln, wird den Gesetzgebern überlassen
- h) Beispiele für angepasste Arbeitsbedingungen und für Arbeit, die weder die Sicherheit, noch die Gesundheit, noch die körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigt oder die Erziehung gefährdet, findet sich in RL 94/33/EG
- j) Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung durch Gewährung eines gerechten Lohns, eines ausreichenden Jahresurlaubs, einer angemessenen Arbeitszeit und entsprechender Ruhepausen

2. Beeinträchtigung

- a) Union oder die Mitgliedstaaten verstoßen selbst gegen das Verbot der Kinderarbeit oder die übrigen Gewährleistungen des Art. 32 EGRC oder
- b) sie erlassen keine Vorschriften zum Schutz der Gewährleistungen des Art. 32 EGRC

3. Rechtfertigung

- a) bei einem Verstoß gegen das Kinderarbeitsverbot keine Rechtfertigung
- b) Beschäftigung von Jugendlichen sieht Art. 32 EGRC vor, nicht aber das Unterschreiten von Mindeststandards

E. Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben

3973 Gem. Art. 33 Abs. 2 EGRC hat jeder Mensch, um Familien- und Berufsleben in Einklang bringen zu können, das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes. Ursprünglich hatten Mutterschutz und Elternurlaub in zwei unter-

schiedlichen Grundrechtsartikeln geregelt werden sollen. Im Laufe des Grundrechtskonvents wurden sie jedoch zusammengelegt.⁹⁵⁴

I. Grundlagen

1. ESC

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁹⁵⁵ stützt sich Art. 33 Abs. 2 EGRC auf Art. 8 ESC⁹⁵⁶ und lehnt sich an Art. 27 rev. ESC⁹⁵⁷ an. **3974**

a) Art. 8 ESC

Art. 8 ESC behandelt das Recht der Arbeitnehmerinnen auf Schutz. Um dieses zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, **3975**

1. sicherzustellen, dass Frauen vor und nach der Niederkunft eine Arbeitsbefreiung von insgesamt mindestens 12 Wochen erhalten, und zwar entweder in Form eines bezahlten Urlaubs oder durch angemessene Leistungen der Sozialen Sicherheit oder aus sonstigen öffentlichen Mitteln;
2. es als ungesetzlich zu betrachten, dass ein Arbeitgeber einer Frau während ihrer Abwesenheit infolge Mutterschaftsurlaubs oder so kündigt, dass die Kündigungsfrist während einer solchen Abwesenheit abläuft;
3. sicherzustellen, dass Mütter, die ihre Kinder stillen, für diesen Zweck Anspruch auf ausreichende Arbeitsunterbrechungen haben;
4. a) die Nachtarbeit von Arbeitnehmerinnen in gewerblichen Betrieben zu regeln;
b) jede Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen mit Untertagearbeiten in Bergwerken und ggf. mit allen sonstigen Arbeiten zu untersagen, die infolge ihrer gefährlichen, gesundheitsschädlichen oder beschwerlichen Art für sie ungeeignet sind.

b) Art. 27 rev. ESC

Art. 27 rev. ESC normiert ein Recht der Arbeitnehmer mit Familienpflichten auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung. Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer mit Familienpflichten sowie dieser Arbeitnehmer und der übrigen Arbeitnehmer zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien: **3976**

⁹⁵⁴ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 10.

⁹⁵⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

⁹⁵⁶ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

⁹⁵⁷ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

1. geeignete Maßnahmen zu ergreifen:
 - a) um Arbeitnehmern mit Familienpflichten zu ermöglichen, erwerbstätig zu werden und zu bleiben sowie nach einer durch diese Pflichten bedingten Abwesenheit wieder in das Erwerbsleben einzutreten, einschließlich Maßnahmen im Bereich der Berufsberatung und der beruflichen Ausbildung,
 - b) um bei den Beschäftigungsbedingungen und der Sozialen Sicherheit ihren Bedürfnissen Rechnung zu tragen,
 - c) um öffentliche oder private Dienste zu entwickeln oder zu fördern, insbesondere Kindertagesstätten und andere Arten der Betreuung;
2. für jeden Elternteil die Möglichkeit vorzusehen, innerhalb eines auf den Mutterschaftsurlaub folgenden Zeitraums für die Betreuung eines Kindes einen Elternurlaub zu erhalten, dessen Dauer und Bedingungen durch innerstaatliche Rechtsvorschriften, Gesamtarbeitsverträge oder Gepflogenheiten festgelegt werden;
3. zu gewährleisten, dass Familienpflichten als solche kein triftiger Grund für eine Kündigung sein dürfen.

c) Vergleich mit Art. 33 Abs. 2 EGRC

3977 Während Art. 33 Abs. 2 EGRC und Art. 27 rev. ESC den arbeitsrechtlichen Schutz neutral formuliert für jeden Elternteil garantieren, behandelt Art. 8 ESC lediglich den Schutz von Arbeitnehmerinnen. Art. 33 Abs. 2 EGRC und Art. 27 rev. ESC erfassen daher alle männlichen und weiblichen Arbeitnehmer mit Familienpflichten, während Art. 8 ESC nur Frauen schützt.

3978 Art. 8 Abs. 4 ESC und Art. 27 Nr. 1 rev. ESC beziehen sich nicht nur auf Geburt und Adoption eines Kindes, sondern erfassen auch einen weiter gehenden Schutz für Arbeitnehmerinnen, der von der Mutterschaft unabhängig ist. Solche Regelungen über Arbeitsbedingungen für Frauen werden in Art. 33 Abs. 2 EGRC nicht erwähnt.⁹⁵⁸

2. Europäischer Besitzstand

3979 Nach den Erläuterungen zur EGRC⁹⁵⁹ lehnt sich Art. 33 Abs. 2 EGRC an die Mutterschutz-RL 92/85/EWG⁹⁶⁰ und an die RL 96/34/EG⁹⁶¹ zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub an. Die erstgenannte Richtlinie stützt sich auf Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV.

a) Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV

3980 Danach unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten bei der Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und

⁹⁵⁸ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 2; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 3.

⁹⁵⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

⁹⁶⁰ ABl. 1992 L 348, S. 1.

⁹⁶¹ ABl. 1996 L 145, S. 4; geändert durch RL 97/95/EG, ABl. 1998 L 10, S. 24

der Sicherheit der Arbeitnehmer. Unter diese Aufgabennorm fällt auch der Mutterschutz.⁹⁶²

b) Mutterschutz-RL 92/85/EWG

Ziel der Mutterschutz-RL 92/85/EWG⁹⁶³ ist die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (Art. 1 Abs. 1). Dazu müssen alle Risiken für Sicherheit und Gesundheit sowie alle Auswirkungen auf Schwangerschaft oder Stillzeit abgeschätzt, die Arbeitnehmerinnen unterrichtet und die erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung der Gefährdung ergriffen werden (Art. 4 und 5). Zudem ist Nachtarbeit grundsätzlich verboten (Art. 7), Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung zu gewähren (Art. 8) und die Arbeitnehmerin für Vorsorgeuntersuchungen von der Arbeit frei zu stellen (Art. 9). **3981**

Außerdem gilt ein Kündigungsverbot (Art. 10): Die Mitgliedstaaten haben die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Kündigung der Arbeitnehmerinnen während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs zu verbieten. Davon ausgenommen sind die nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefälle, die entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig sind, wobei ggf. die zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilen muss. (Art. 10 Nr. 1). Wird einer Arbeitnehmerin in der genannten Zeit gekündigt, muss der Arbeitgeber schriftlich berechtigte Kündigungsgründe anführen (Art. 10 Nr. 2). Die Mitgliedstaaten müssen die erforderlichen Maßnahmen treffen, um Arbeitnehmerinnen vor den Folgen einer widerrechtlichen Kündigung zu schützen (Art. 10 Nr. 3). **3982**

c) RL 96/34/EG

Mit der RL 96/34/EG⁹⁶⁴ soll die am 14.12.1995 zwischen den europäischen Sozialpartnern (UNICE, CEEP und EGB) geschlossene Rahmenvereinbarung über Elternurlaub durchgeführt werden (Art. 1). Diese hatten UNICE⁹⁶⁵, CEEP⁹⁶⁶ und **3983**

⁹⁶² Jarass, § 31 Rn. 10; Eichenhofer, in: Streinz, Art. 137 EGV Rn. 11.

⁹⁶³ RL 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der RL 89/391/EWG) (Mutterschutz-RL), ABl. L 348, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

⁹⁶⁴ RL 96/34/EG des Rates vom 3.6.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl. L 145, S. 4; geändert durch RL 97/95/EG, ABl. 1998 L 10, S. 24. Die Rahmenvereinbarung ist im Anhang der RL abgedruckt.

⁹⁶⁵ Europäische Arbeitgeberorganisation „Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe“; seit Januar 2007 heißt sie offiziell „Businesseurope“.

⁹⁶⁶ Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft zur Interessenvertretung von Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung und von Unternehmen, die Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erbringen.

EGB⁹⁶⁷ im Rahmen des sozialen Dialogs (vgl. Art. 139 EG/155 AEUV⁹⁶⁸) mit dem Ziel geschlossen, die Vereinbarkeit von Berufs- und Familienleben erwerbstätiger Eltern zu erleichtern (§ 1 der Vereinbarung). Dazu wird erwerbstätigen Männern und Frauen ein individuelles Recht auf Elternurlaub im Fall der Geburt oder Adoption eines Kindes gewährt, damit sie sich um dieses bis zu einem bestimmten Alter für die Dauer von mindestens drei Monaten kümmern können (§ 2 Nr. 1 der Vereinbarung).

3. EuGH-Rechtsprechung

3984 Der EuGH hat sich wegen möglicher Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot bereits mehrfach mit arbeitsrechtlichen Vorschriften und Maßnahmen im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaft befasst. So hat er eine Regelung, die für schwangerschaftsbedingte Erkrankungen eine geringere Lohnfortzahlung als für allgemeine Erkrankungen vorsah, für unzulässig erklärt,⁹⁶⁹ ebenso eine Kündigung wegen schwangerschaftsbedingter Fehlzeiten⁹⁷⁰ und eine Nichteinstellung wegen einer Schwangerschaft.⁹⁷¹ Zudem muss ein Mutterschaftsentgelt, das sich am Arbeitslohn orientiert, Lohnerhöhungen während des Urlaubs berücksichtigen.⁹⁷²

4. Verfassungen der Mitgliedstaaten

3985 Die Gewährleistungen von Art. 33 Abs. 2 EGRC sind teilweise in den Verfassungen der Mitgliedstaaten enthalten:⁹⁷³ Elemente der Regelung finden sich in den Verfassungen Italiens,⁹⁷⁴ Irlands,⁹⁷⁵ Portugals,⁹⁷⁶ Litauens,⁹⁷⁷ Sloweniens,⁹⁷⁸ Polens,⁹⁷⁹ der Slowakei,⁹⁸⁰ Tschechiens⁹⁸¹ und Ungarns.⁹⁸²

3986 Auch das deutsche Grundgesetz gewährt in Art. 6 Abs. 4 GG der Mutter einen Anspruch auf Schutz und Fürsorge. Das BVerfG hat im Übrigen aufgrund des Schutzes des ungeborenen Lebens, des Schutzauftrags für Ehe und Familie (Art. 6 GG) und der Gleichstellung von Mann und Frau in der Teilhabe am Arbeitsleben

⁹⁶⁷ Europäischer Gewerkschaftsbund.

⁹⁶⁸ S.o. Rn. 3609 ff.

⁹⁶⁹ EuGH, Rs. C-66/96, Slg. 1998, I-7327 (7370, Rn. 35) – Høj Pedersen u.a.

⁹⁷⁰ EuGH, Rs. C-394/96, Slg. 1998, I-4185 (4233, Rn. 24) – Brown.

⁹⁷¹ EuGH, Rs. C-207/98, Slg. 2000, I-549 (574, Rn. 27) – Mahlburg.

⁹⁷² EuGH, Rs. C-342/93, Slg. 1996, I-475 (501, Rn. 22) – Gillespie.

⁹⁷³ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 4; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 3.

⁹⁷⁴ Art. 37 der Verfassung.

⁹⁷⁵ Art. 41 Abs. 2 Nr. 2 der Verfassung.

⁹⁷⁶ Art. 68 Abs. 3 der Verfassung.

⁹⁷⁷ Art. 38, 39 der Verfassung.

⁹⁷⁸ Art. 53 der Verfassung.

⁹⁷⁹ Art. 18 der Verfassung.

⁹⁸⁰ Art. 41 Abs. 2 der Verfassung.

⁹⁸¹ Art. 32 Abs. 2 der Verfassung.

⁹⁸² Art. 66 Abs. 2 der Verfassung.

(Art. 3 Abs. 2 GG) eine Schutzpflicht des Staates und insbesondere des Gesetzgebers angenommen, „Grundlagen dafür zu schaffen, dass Familientätigkeit nicht zu beruflichen Nachteilen führt. Dazu zählen auch rechtliche und tatsächliche Maßnahmen, die ein Nebeneinander von Erziehungs- und Erwerbstätigkeit für beide Elternteile ebenso wie eine Rückkehr in eine Berufstätigkeit und einen beruflichen Aufstieg auch nach Zeiten der Kindererziehung ermöglichen.“⁹⁸³

Im Übrigen sind die Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 EGRC auf einfachgesetzlicher Ebene geregelt.⁹⁸⁴ **3987**

II. Einordnung

1. Qualifizierung als Grundrecht

Zum Teil wird Art. 33 Abs. 2 EGRC als Grundrecht,⁹⁸⁵ zum Teil auch lediglich als Grundsatz⁹⁸⁶ qualifiziert. Diese zweite Einordnung ist aber höchstens vom Zweck gedeckt, und auch dies nur bedingt, nicht aber von Wortlaut, Genese und Systematik. **3988**

a) Wortlaut

Nach dem Wortlaut der Vorschrift hat jeder Mensch „das Recht“ auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie „Anspruch“ auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes. Bereits die verwandten Begriffe „Recht“ und „Anspruch“ sprechen für die Qualifizierung als subjektives Recht.⁹⁸⁷ **3989**

b) Genese

Nach den Erläuterungen zur EGRC⁹⁸⁸ können EGRC-Artikel in einigen Fällen sowohl Elemente eines Rechts als auch eines Grundsatzes enthalten. Ausdrücklich genannt wird dabei Art. 33 EGRC. Betrachtet man den Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 und Abs. 2 EGRC, dürfte mit dem Grundsatz Abs. 1 und mit dem Grundrecht Abs. 2 gemeint sein.⁹⁸⁹ **3990**

⁹⁸³ BVerfGE 88, 203 (260).

⁹⁸⁴ Streinz, in: ders., Art. 33 GR-Charta Rn. 2.

⁹⁸⁵ Jarass, § 31 Rn. 11; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 5.

⁹⁸⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 13.

⁹⁸⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 5.

⁹⁸⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

⁹⁸⁹ Jarass, § 31 Rn. 11; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 5.

c) Systematik

3991 Der Wortlaut von Art. 33 Abs. 2 gleicht dem der Art. 28-31 EGRC. Diese gewähren ebenfalls subjektive Rechte.⁹⁹⁰

d) Zweck

3992 Heutzutage stehen regelmäßig viele gut ausgebildete junge Frauen vor der Frage, ob sie sich für die begonnene berufliche Karriere entscheiden und kinderlos bleiben oder den Beruf zumindest vorübergehend und häufig unter Einbuße möglicher Aufstiegschancen und der damit verbundenen gesellschaftlichen Anerkennung aufgeben und sich der Kindererziehung widmen. Um diesen rigiden Alternativen⁹⁹¹ entgegenzuwirken und um die europäische Zukunft durch Steigerung der derzeit immer weiter zurückgehenden Geburten zu sichern, sind Familien- und Berufsleben besser ausgleichbar zu machen. Diesem Zweck dient Art. 33 Abs. 2 EGRC, der ausdrücklich die Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben als Ziel nennt.⁹⁹² Dieses Ziel kann allerdings sowohl bei einer Ausgestaltung von Art. 33 Abs. 2 EGRC als subjektives Recht als auch als Grundsatz verfolgt werden. Die Bedeutung und vor allem die Durchsetzbarkeit sind allerdings ungleich stärker, wenn es sich um ein subjektives Recht handelt. Gerade die mögliche Einforderung ist der Kern dieser Regelung, ist doch das Bekenntnis zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf Allgemeingut.

e) Subjektives Recht – gegen den (privaten) Arbeitgeber?

3993 Jedenfalls ist aufgrund von Wortlaut, Genese und Systematik bei Art. 33 Abs. 2 EGRC von einem einforderbaren Grundrecht auszugehen. Art. 33 Abs. 2 EGRC gewährt demnach subjektive Rechte auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund, auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub.⁹⁹³

3994 Der Funktion nach enthält Art. 33 Abs. 2 eine Schutzpflicht und ein Abwehrrecht.⁹⁹⁴ Letzteres wäre dann am effektivsten, wenn es sich unmittelbar gegen den Arbeitgeber richtete. Gegen diesen müssen die Mutterschutzansprüche im konkreten Fall geltend gemacht werden können, um überhaupt realisierbar zu sein. Auch der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird unmittelbare Direktwirkung zuerkannt.⁹⁹⁵ Allerdings sind die Grundfreiheiten ebenfalls grundsätzlich gegen staatliche Organe gerichtet. Ein Grund für die Abweichung liegt in der besonderen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer.⁹⁹⁶ Das trifft auf (werdende) Mütter noch stärker zu.

⁹⁹⁰ S. zu Art. 28 Rn. 3704 ff., zu Art. 29 o. Rn. 3771 ff., zu Art. 30 o. Rn. 3818 ff., zu Art. 31 o. Rn. 3881 ff.

⁹⁹¹ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 8.

⁹⁹² Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 9; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 7.

⁹⁹³ Jarass, § 31 Rn. 11; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 5.

⁹⁹⁴ Jarass, § 31 Rn. 11; vgl. Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 18.

⁹⁹⁵ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 (4171 ff., Rn. 30 ff.) – Angonese.

⁹⁹⁶ Frenz, Europarecht 1, Rn. 1173.

Indes sind die Anhaltspunkte gegen eine Verpflichtung auch privater Arbeitgeber durch Art. 33 Abs. 2 EGRC wesentlich stärker als bei Art. 39 EG/45 AEUV. Die bei der Beratung Pate stehenden Grundlagen richten sich alle nur an die beteiligten Staaten.⁹⁹⁷ Diese Konstruktion liegt daher auch Art. 33 Abs. 2 EGRC zugrunde, obwohl sie im Wortlaut nicht zum Ausdruck kommt. Vielmehr wird ein generelles Recht formuliert, dessen Verpflichtetenkreis aber wie für die anderen Grundrechte aus Art. 51 Abs. 1 EGRC folgt. Diese Grenze gilt daher generell. Sie steht für die typische europäische Implantierung von Recht mittels Verordnungen und vor allem Richtlinien, die erst konkrete Vorgaben enthalten, die ggf. von den Mitgliedstaaten umzusetzen sind. Daher genügt eine Verpflichtung der Unionsorgane bei den Grundrechten eher als bei den regelmäßig konkret in Einzelsachverhalte eingreifenden Grundfreiheiten. Letztere prägen daher trotz zahlreicher Gemeinsamkeiten und Parallelen⁹⁹⁸ eher direkt bestimmte Felder unabhängig von den Verpflichteten, schaffen sie doch für den Binnenmarkt elementare Freiräume. Die Grundrechte enthalten demgegenüber vor allem die europäische Normierung steuernde einzelne Rechte, wie gerade Art. 33 Abs. 2 EGRC zeigt. Handelt es sich daher wie hier um Schutzrechte, ist eine Verwirklichung auf der Basis grundrechtlicher Schutzpflichten typisch. Sie ist daher für die europäischen Grundrechte etwas Gewöhnliches, bei den Grundfreiheiten hingegen die bislang seltene Ausnahme.⁹⁹⁹

I.V.m. dem Entstehungshintergrund ist daher Art. 33 Abs. 2 EGRC so zu ver-
wirklichen, dass die verpflichteten staatlichen Organe entsprechende Normierungen erlassen. Damit kann auch erst näher konkretisiert werden, z.B. wie lange Mutterschafts- und Elternurlaub dauern müssen. Dies erfolgte bereits in Richtlinienform.¹⁰⁰⁰ Daran kann weiter angeknüpft werden. Der dabei festgelegte Standard darf als europäischer Besitzstand nicht unterschritten werden. Dieser wird damit durch Art. 33 Abs. 2 EGRC garantiert. Er ergibt sich im Wesentlichen gleichermaßen aus den vertraglichen Grundlagen gem. Art. 8 ESC und Art. 27 rev. ESC.¹⁰⁰¹ Selbst diese sind mithin wesentlich präziser, ebenso wie die Richtlinien. Eine größere Detailschärfe ist aber gerade das Kennzeichen von auch Private im konkreten Fall verpflichtenden Normen. Da diese Wirkung aber weder die ESC¹⁰⁰² bzw. die rev. ESC¹⁰⁰³ noch die Richtlinien haben, welche erst von den Nationalstaaten umzusetzen sind, kann erst recht der viel allgemeiner formulierte Art. 33 Abs. 2 EGRC nicht Private verpflichten. Er verleiht daher kein gegen diese direkt einforderbares subjektives Recht, sondern nur Schutzansprüche gegen staatliche Organe. Diese haben zwar bei der Erfüllung grundsätzlich einen erheblichen Spielraum. Dieser ist hier aber durch den schon vor der EGRC garantierten Mindeststandard begrenzt.

⁹⁹⁷ S.o. Rn. 3974 ff.

⁹⁹⁸ Ausführlich *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 42 ff.

⁹⁹⁹ Näher m.N. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 190 ff.

¹⁰⁰⁰ S.o. Rn. 3981 ff.

¹⁰⁰¹ S.o. Rn. 3975 f.

¹⁰⁰² Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰⁰³ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

2. Abgrenzung

a) Art. 21 EGRC

3997 Art. 33 Abs. 2 EGRC ist eine spezifische Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots des Art. 21 EGRC. Art. 33 Abs. 2 EGRC geht deshalb vor.¹⁰⁰⁴

b) Art. 23 EGRC

3998 Das Verbot einer Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund ist Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgebots im Bereich des Arbeitslebens des Art. 23 EGRC.¹⁰⁰⁵ Bei einer Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund wird Art. 33 Abs. 2 EGRC daher regelmäßig neben Art. 23 EGRC zum Tragen kommen.¹⁰⁰⁶

c) Art. 30 EGRC

3999 Bei der Entlassung aus Gründen der Mutterschaft geht Art. 33 Abs. 2 EGRC der Regelung des Art. 30 EGRC, die allgemein Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung gewährt, als *lex specialis* vor.¹⁰⁰⁷

d) Art. 31 EGRC

4000 Die Gewährung von bezahltem Mutterschaftsurlaub und von Elternurlaub ist eine spezielle Ausprägung des in Art. 31 EGRC gewährten Rechts auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen. Art. 33 Abs. 2 EGRC genießt deshalb als *lex specialis* Vorrang.¹⁰⁰⁸

e) Art. 33 Abs. 1 EGRC

4001 Aus Gründen der Spezialität geht das Grundrecht des Art. 33 Abs. 2 EGRC auch dem Grundsatz des Art. 33 Abs. 1 EGRC vor.¹⁰⁰⁹

f) Art. 34 Abs. 1 EGRC

4002 Art. 34 Abs. 1 EGRC verwendet genauso wie Art. 33 Abs. 2 EGRC den Begriff der Mutterschaft. Während Art. 33 Abs. 2 EGRC Schutz vor Entlassung sowie einen Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf Elternurlaub gewährt, befasst sich Art. 34 Abs. 1 EGRC mit den Leistungen der Sozialversicherung im Fall der Mutterschaft.¹⁰¹⁰ Zu Überschneidungen dürfte es insoweit nicht kommen.

¹⁰⁰⁴ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 23.

¹⁰⁰⁵ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 11.

¹⁰⁰⁶ *Jarass*, § 31 Rn. 13.

¹⁰⁰⁷ *Jarass*, § 31 Rn. 13; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 8; s.o. Rn. 3822.

¹⁰⁰⁸ *Jarass*, § 31 Rn. 13.

¹⁰⁰⁹ *Jarass*, § 31 Rn. 13.

¹⁰¹⁰ *Jarass*, § 31 Rn. 13.

III. Gewährleistungsbereich

Gem. Art. 33 Abs. 2 EGRC hat jeder Mensch, um Familien- und Berufsleben in Einklang bringen zu können, das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes. **4003**

1. Einklang von Familien- und Berufsleben

Art. 33 Abs. 2 EGRC nennt ausdrücklich das mit der Norm verfolgte Ziel, nämlich Familien- und Berufsleben miteinander in Einklang zu bringen. Dieses Ziel ist damit der maßgebliche Auslegungshintergrund und prägt den Inhalt der Bestimmung. Die umfassten Bestandteile müssen so gewährleistet sein, dass sie das explizit bekannte Ziel wirksam verwirklichen können. Die ausdrückliche Erwähnung des angestrebten Zwecks sichert somit in besonderer Weise die Wirksamkeit dieses Grundrechts. Das gilt auch für das ausgestaltende Sekundärrecht.¹⁰¹¹ In ihm ist dieses Ziel ohnehin bereits verankert,¹⁰¹² namentlich in der RL 96/34/EG.¹⁰¹³ Damit hat es schon deshalb maßgebliche interpretationsleitende Bedeutung. **4004**

2. Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund

Art. 33 Abs. 2 EGRC enthält in seiner ersten Variante ein Kündigungsverbot für eine Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund. Damit wird dem Diskriminierungsschutz von Frauen aufgrund des Geschlechts Rechnung getragen.¹⁰¹⁴ **4005**

a) Entlassung

Wie bei Art. 30 EGRC¹⁰¹⁵ ist unter „Entlassung“ die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers zu verstehen.¹⁰¹⁶ Nach einer Entscheidung des EuGH erfolgt die Entlassung durch die Kündigungserklärung selbst und nicht erst mit der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der Kündigungsfrist. Letztere stellt nur die Wirkung der Entlassungsentscheidung dar.¹⁰¹⁷ **4006**

¹⁰¹¹ S.o. Rn. 3979 ff.

¹⁰¹² Jarass, § 31 Rn. 11.

¹⁰¹³ ABl. 1996 L 145, S. 4; geändert durch RL 97/95/EG, ABl. 1998 L 10, S. 24; s. § 1 der angehangenen Rahmenvereinbarung.

¹⁰¹⁴ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 17.

¹⁰¹⁵ S.o. Rn. 3831.

¹⁰¹⁶ Jarass, § 30 Rn. 16; Riedel, in: Meyer, Art. 30 Rn. 14; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 30 Rn. 5.

¹⁰¹⁷ EuGH, Rs. C-188/03, Slg. 2005, I-885 (918 f., Rn. 36, 39) – Junk.

- 4007** Keine Kündigung liegt vor, wenn ein mehrfach befristeter Arbeitsvertrag nicht verlängert wird. Zwar betrachtete der EuGH in einem Fall eine solche Nichtverlängerung aufgrund einer Schwangerschaft der betroffenen Arbeitnehmerin als Diskriminierung. Jedoch ist lediglich eine Kündigung verboten,¹⁰¹⁸ nicht jedoch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags.¹⁰¹⁹

b) Mutterschaft

- 4008** Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁰²⁰ deckt der Begriff „Mutterschaft“ den Zeitraum von der Zeugung bis zum Stillen des Kindes ab. Es ist allerdings unklar, wie Letzteres zu verstehen ist.¹⁰²¹ Vermutlich ist der Zeitpunkt bis zum „Abstillen“ des Kindes gemeint.¹⁰²² Allerdings führt dies zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen stillenden und nicht stillenden Müttern und dient zudem nicht der Rechtssicherheit, da Mütter kurzfristig entscheiden können, ob und wie lange sie stillen.¹⁰²³ In Anlehnung an Art. 8 und 10 Mutterschutz-RL 92/85/EWG,¹⁰²⁴ die einen insgesamt 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub vor und nach der Geburt garantieren, ist der Begriff der Mutterschaft in Art. 33 Abs. 2 EGRC deshalb so zu verstehen, dass der Zeitraum von der Zeugung bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs abgedeckt ist.¹⁰²⁵

3. Bezahlter Mutterschaftsurlaub

- 4009** Gem. Art. 33 Abs. 2 EGRC hat jeder Mensch Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub.

a) Mutterschaftsurlaub

- 4010** Die Dauer des Mutterschaftsurlaubs ist in Art. 33 Abs. 2 EGRC nicht geregelt. Derzeit herrscht mit Art. 8 Abs. 1 Mutterschutz-RL 92/85/EG¹⁰²⁶ ein europäischer Mindeststandard. Danach muss den Arbeitnehmerinnen ein Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung gewährt werden, die sich entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung aufteilen.

b) Bezahlt

- 4011** Wie Art. 33 Abs. 2 EGRC ausdrücklich hervorhebt, muss der Mutterschaftsurlaub bezahlt sein. Wer diese Leistung erbringt, lässt Art. 33 Abs. 2 EGRC hingegen of-

¹⁰¹⁸ Aufgrund des Art. 10 Mutterschutz-RL 92/85/EG, s.o. Rn. 3981 f.

¹⁰¹⁹ EuGH, Rs. C-438/99, Slg. 2001, I-6915 (6955, Rn. 47) – Melgar.

¹⁰²⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁰²¹ Jarass, § 31 Fn. 19; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 8.

¹⁰²² Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 8.

¹⁰²³ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 8.

¹⁰²⁴ ABl. 1992 L 348, S. 1; s.o. Rn. 3981 f.

¹⁰²⁵ Jarass, § 31 Rn. 14; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 8.

¹⁰²⁶ ABl. 1992 L 348, S. 1; s.o. Rn. 3981 f.

fen. In Anlehnung an Art. 8 Nr. 1 ESC¹⁰²⁷ hat dies durch den Arbeitgeber oder durch Leistungen der Sozialen Sicherheit oder aus sonstigen öffentlichen Mitteln zu erfolgen.¹⁰²⁸ Für die Höhe der Bezahlung sind entsprechend Art. 11 Nr. 2 und 3 Mutterschutz-RL 92/85/EG¹⁰²⁹ mindestens die Bezüge anzusetzen, welche die betreffende Arbeitnehmerin im Falle einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen erhalten würde.¹⁰³⁰

4. Elternurlaub

Jeder Person hat gem. Art. 33 Abs. 2 EGRC Anspruch auf Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes. In Anlehnung an § 2 des Anhangs zur RL 96/34/EG¹⁰³¹ hat dieser mindestens drei Monate zu betragen.¹⁰³² **4012**

Angesichts der abweichenden Formulierung beim Elternurlaub gegenüber dem „bezahlten Mutterschaftsurlaub“ besteht kein Anspruch auf einen bezahlten Elternurlaub.¹⁰³³ Im Grundrechtekonvent war zunächst diskutiert worden, auch einen „bezahlten“ Elternurlaub vorzusehen.¹⁰³⁴ Dies wurde jedoch später lediglich für den Mutterschaftsurlaub festgeschrieben. **4013**

Durch die Parallelsetzung von Geburt und Adoption sollen Männer und Frauen in die Lage versetzt werden, sich um ein Kleinkind besonders intensiv zu kümmern, unabhängig von Geburt oder Adoption.¹⁰³⁵ Zum einen haben Geburt oder Adoption keinen Einfluss auf die Schutzbedürftigkeit des Kindes, zum anderen sind die Eltern in beiden Fällen gleichermaßen von der Problematik der Vereinbarkeit des Familien- und des Berufslebens betroffen. **4014**

5. Grundrechtsträger

Im Grundrechtekonvent wurde über den Kreis der Grundrechtsberechtigten gestritten.¹⁰³⁶ Die heutige Fassung des Art. 33 Abs. 2 EGRC spricht davon, dass „jeder Mensch“ die Rechte hat. Grundrechtsträger sind daher beide Elternteile.¹⁰³⁷ Auch die Rechte, die sich wörtlich auf die „Mutterschaft“ beziehen, stehen nicht nur Müttern zu.¹⁰³⁸ So können auch Väter von der „Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund“ betroffen sein, wenn sie beispielsweise **4015**

¹⁰²⁷ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰²⁸ Jarass, § 31 Rn. 16; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 8.

¹⁰²⁹ ABl. 1992 L 348, S. 1; s.o. Rn. 3981 f.

¹⁰³⁰ Jarass, § 31 Rn. 16.

¹⁰³¹ ABl. 1996 L 145, S. 4; geändert durch RL 97/95/EG, ABl. 1998 L 10, S. 24 und o. Rn. 3983.

¹⁰³² Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 9.

¹⁰³³ Jarass, § 31 Rn. 17; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 9.

¹⁰³⁴ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 12; Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 327.

¹⁰³⁵ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 13; Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 17.

¹⁰³⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 12.

¹⁰³⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 6; a.A. Jarass, § 31 Rn. 18.

¹⁰³⁸ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 17; a.A. Jarass, § 31 Rn. 18.

wegen der Berufstätigkeit oder gesundheitlichen Beschwerden der (werdenden) Mutter in ihrer eigentlichen Berufstätigkeit eingeschränkt sind.¹⁰³⁹

4016 Die Rechte gelten nicht nur für die biologischen Eltern, sondern aufgrund des Bezugs zur Adoption beispielsweise auch für homosexuelle Elternpaare, die ein Kleinkind adoptiert haben.¹⁰⁴⁰

4017 Auch wenn im Grundrechtekonvent die zunächst gewählte Formulierung „jeder Arbeitnehmer“ durch „jeder Mensch“ ersetzt wurde,¹⁰⁴¹ ist Voraussetzung in allen Fällen, dass die betroffene Person Arbeitnehmer ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Arbeitnehmer derjenige, der während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.¹⁰⁴²

4018 Inwieweit Art. 33 Abs. 2 EGRC auch für Selbstständige eingreift, ist umstritten. Dies wird darauf gestützt, dass die ursprünglich vorgesehene Beschränkung auf Arbeitnehmer im Laufe der Beratungen des Grundrechtekonvents weggefallen ist.¹⁰⁴³ Dies soll aber nur Sinn geben, wenn es sich bei dem Elternurlaub des Art. 33 Abs. 2 EGRC um bezahlten Urlaub handele, was jedoch gerade nicht der Fall sei.¹⁰⁴⁴ Zudem bezögen sich die Erläuterungen zur EGRC¹⁰⁴⁵ mit der Mutterschutz-RL 92/85/EWG¹⁰⁴⁶ und der RL 96/34/EG¹⁰⁴⁷ jeweils auf Rechtsakte, die allein auf Arbeitnehmer, nicht jedoch auf Selbstständige abzielen.¹⁰⁴⁸ Letzteres mag zwar zutreffen. Allerdings lehnt sich Art. 33 Abs. 2 EGRC nur an die genannten Richtlinien an. Sie werden nicht wörtlich übernommen und zu Grundrechtsnormen aufgewertet. Wegen der Streichung des Arbeitnehmer-Bezugs im Laufe des Grundrechtekonvents ist deshalb vielmehr vom gesetzgeberischen Willen auszugehen, Selbstständige in den Kreis der Grundrechtsberechtigten aufzunehmen. Ihnen stehen daher auch die Rechte aus Art. 33 Abs. 2 EGRC zu.

4019 Ursprünglich war in Art. 33 Abs. 2 EGRC vorgesehen, dass „jede Person“ die genannten Rechte besitzt. Dies ist in der aktualisierten Fassung der EGRC verändert worden. Das Wort „jede Person“ ist ersetzt worden durch „jeder Mensch“. Damit wurde keine inhaltliche Änderung vorgenommen, sondern vielmehr einer Debatte Rechnung getragen, die sich zuvor an der missverständlichen Verwendung des Begriffs Person entfacht hatte. Insbesondere in Deutschland war aufgrund der ursprünglichen Formulierung die Frage aufgekommen, welche unterschiedlichen Inhalte die Begriffe Mensch und Person haben.¹⁰⁴⁹ Dabei war die in der Philoso-

¹⁰³⁹ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 6.

¹⁰⁴⁰ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 7.

¹⁰⁴¹ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 12; Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 327.

¹⁰⁴² St. Rspr. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (2144, Rn. 17) – Lawrie-Blum; Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 (3244, Rn. 21) – Brown; Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 (1059, Rn. 10) – Raulin; näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1204 ff.

¹⁰⁴³ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 16; Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 10.

¹⁰⁴⁴ Jarass, § 31 Rn. 18.

¹⁰⁴⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁰⁴⁶ ABL. 1992 L 348, S. 1.

¹⁰⁴⁷ ABL. 1996 L 145, S. 4; geändert durch RL 97/95/EG, ABL. 1998 L 10, S. 24.

¹⁰⁴⁸ Jarass, § 31 Rn. 18.

¹⁰⁴⁹ Hölscheidt, in: Meyer, vor Kap. 20 Rn. 13.

phie und Bioethik diskutierte Unterscheidung zwischen Menschen und Personen aufgegriffen worden.¹⁰⁵⁰ Die Verwendung des Begriffs „Person“ basierte aber lediglich auf einer missglückten Übersetzung der französischen Ausgangsfassung. Diese sprach geschlechtsneutral von „personne“ anstatt von „homme“, da Letzteres zwar einerseits „Mensch“, aber andererseits auch „Mann“ bedeutet. Das Missverständnis wurde durch die veränderte Fassung im Text der Europäischen Verfassung ausgeräumt,¹⁰⁵¹ ist aber auch auf der Basis von Art. 33 Abs. 2 EGRC gegenstandslos.

IV. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

Gebunden sind durch Art. 33 Abs. 2 EGRC die allgemeinen Adressaten der EGRC, 4020 mithin gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC die Union sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht. Nicht unmittelbar gebunden sind Privatpersonen, weshalb Arbeitgeber, die sich nicht an die Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 EGRC halten, keinen Eingriff in das Grundrecht vornehmen.¹⁰⁵² Aufgrund der Schutzpflicht, die Art. 33 Abs. 2 EGRC der Union und den Mitgliedstaaten auferlegt,¹⁰⁵³ bedarf es auch keiner unmittelbaren Drittwirkung.¹⁰⁵⁴

Eine Beeinträchtigung bzw. ein Eingriff in den Gewährleistungsbereich kann 4021 aufgrund der Schutz- und der Abwehrfunktion des Grundrechts¹⁰⁵⁵ in zweierlei Hinsicht vorliegen. Zum einen ist eine Beeinträchtigung gegeben, wenn der europäische und die Europarecht durchführenden nationalen Gesetzgeber keine Vorschriften erlassen, aufgrund derer die oben beschriebenen Vorgaben bei allen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eingehalten werden müssen. Allerdings kommt den Gesetzgebern ein Gestaltungsspielraum zu.¹⁰⁵⁶ Zudem kommen verhältnismäßige Einschränkungen der Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 EGRC in Betracht.¹⁰⁵⁷ So sind Einschränkungen wie die in Art. 11 Nr. 4 Mutterschutz-RL 92/85/EWG¹⁰⁵⁸ möglich, wonach der Anspruch auf eine Bezahlung des Mutterschaftsurlaubs davon abhängig gemacht werden kann, dass die betreffende Arbeitnehmerin die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Bedingungen für das Entstehen eines Anspruchs auf diese Leistung erfüllt.

Zum anderen liegt ein Eingriff in die Rechte aus Art. 33 Abs. 2 EGRC vor, 4022 wenn sich die Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht selbst nicht an die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 EGRC halten und als Arbeitgeber gegen das Kündigungsverbot verstoßen oder keinen ausreichenden Mut-

¹⁰⁵⁰ Schmitz, EuR 2004, 691 (702 f.).

¹⁰⁵¹ Meyer/Hölscheidt, EuZW 2003, 613 (619); Borowsky, in: Meyer, Art. 2 Rn. 29a; Riedel, in: Meyer, vor Kap. IV Rn. 37; Schmitz, EuR 2004, 691 (703).

¹⁰⁵² Jarass, § 31 Rn. 12.

¹⁰⁵³ S.o. Rn. 3994 ff.

¹⁰⁵⁴ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 12.

¹⁰⁵⁵ S.o. Rn. 3994 ff.

¹⁰⁵⁶ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 13.

¹⁰⁵⁷ Jarass, § 31 Rn. 19.

¹⁰⁵⁸ ABl. 1992 L 348, S. 1.

terschafts- oder Elternurlaub gewähren. Erstreckt man dieses Grundrecht auf Selbstständige,¹⁰⁵⁹ muss auch diesen zugebilligt werden, während eines laufenden Auftrags Elternurlaub zu nehmen. Wird ein Werk geschuldet, ist mit der Natur eines solchen Vertrags die Bezahlung eines Mutterschaftsurlaubs nicht vereinbar. Insoweit sind dann höchstens die sozialen Sicherungssysteme gefragt, was Art. 33 Abs. 2 EGRC ebenfalls vorsieht. Allerdings ist die Mutterschaftszeit für die Fertigstellung relevant, wenn der Selbstständige nicht Ersatz verschaffen kann, weil er als Einzeler eine Firma betreibt und die Leistung auf ihn persönlich zugeschnitten ist. Eingriffe können gerechtfertigt sein, wenn die Vorgaben des Art. 51 Abs. 1 EGRC eingehalten sind, mithin eine gesetzliche Grundlage für den Eingriff gegeben und dieser verhältnismäßig ist.¹⁰⁶⁰ Daher sind aufgrund des gesetzgeberischen Spielraums verhältnismäßige Beeinträchtigungen wie die in Art. 11 Nr. 4 Mutterschutz-RL 92/85/EWG¹⁰⁶¹ möglich.

V. Prüfungsschema zu Art. 33 Abs. 2 EGRC

4023 1. Schutzbereich

- a) Normziel: Einklang von Familien- und Berufsleben
- b) Kündigungsverbot für eine Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund
- c) Entlassung: vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers
- d) Mutterschaft: Zeitraum von der Zeugung bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs
- e) Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub: mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung als derzeitiger europäischer Mindeststandard
- f) Anspruch auf Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes: mindestens drei Monate, allerdings kein Anspruch auf Bezahlung
- g) Rechte gelten für Mütter, Väter und Adoptiveltern, allerdings nur, soweit die betroffenen Personen Arbeitnehmer sind; str. bei Selbstständigen
- h) keine Drittwirkung

2. Beeinträchtigung

- a) der europäische und die nationalen Gesetzgeber erlassen keine Vorschriften, aufgrund derer die oben beschriebenen Vorgaben bei allen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eingehalten werden müssen
- b) Union oder Mitgliedstaaten verstoßen bei der Durchführung von Unionsrecht selbst als Arbeitgeber gegen das Kündigungsverbot oder gewähren keinen ausreichenden Mutterschafts- oder Elternurlaub

3. Rechtfertigung

¹⁰⁵⁹ S.o. Rn. 4018.

¹⁰⁶⁰ Jarass, § 31 Rn. 20.

¹⁰⁶¹ ABl. 1992 L 348, S. 1.

§ 4 Schutz der Familie

Gem. Art. 33 Abs. 1 EGRC wird der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie gewährleistet. Neben dem Schutz des Privat- und Familienlebens in Art. 7 EGRC und der Eheschließungs- und Familiengründungsfreiheit in Art. 9 EGRC enthält die EGRC damit eine weitere Schutznorm zugunsten von Familien.¹⁰⁶² **4024**

A. Grundlagen

I. ESC

Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁰⁶³ stützt sich Art. 33 Abs. 1 EGRC auf Art. 16 ESC.¹⁰⁶⁴ Danach verpflichten sich die Vertragsparteien, um die erforderlichen Voraussetzungen für die Entfaltung der Familie als einer Grundeinheit der Gesellschaft zu schaffen, den wirtschaftlichen, gesetzlichen und sozialen Schutz des Familienlebens zu fördern, insbesondere durch Sozial- und Familienleistungen, steuerliche Maßnahmen, Förderung des Baus familiengerechter Wohnungen, Hilfen für junge Eheleute und andere geeignete Mittel jeglicher Art. **4025**

Im Vergleich zu Art. 33 Abs. 1 EGRC ist der unterschiedliche Wortlaut zwischen der „Gewährleistung“ (Art. 33 Abs. 1 EGRC) und der „Förderung“ (Art. 16 ESC) des rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutzes der Familie auffällig. Art. 33 Abs. 1 EGRC wird mit der „Gewährleistung“ deutlicher.¹⁰⁶⁵ **4026**

Während Art. 16 ESC konkrete Beispiele nennt, wie der Schutz der Familie gefördert werden soll, spricht Art. 33 Abs. 1 EGRC allgemein davon, den Schutz der Familie zu gewährleisten. Es wird nicht näher dargelegt, wie dies geschehen soll.¹⁰⁶⁶ Eine mit Art. 16 ESC vergleichbare Aufzählung wurde in Art. 33 Abs. 1 EGRC bewusst nicht aufgenommen.¹⁰⁶⁷ Damit sollte offensichtlich den Bedenken einiger Mitglieder des Grundrechtskonvents Rechnung getragen werden, die eine Erweiterung der Kompetenzen der Union befürchteten.¹⁰⁶⁸ **4027**

Mit der jetzigen Formulierung verbleibt die Frage, wie eine konkrete Gewährleistung des rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutzes der Familie ausgestaltet werden soll, eindeutig im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten.¹⁰⁶⁹ Bestärkt wird damit die allgemeine Regelung des Art. 51 Abs. 2 EGRC, wonach die EGRC weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union be- **4028**

¹⁰⁶² Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 1.

¹⁰⁶³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁰⁶⁴ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰⁶⁵ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 6.

¹⁰⁶⁶ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 2 und 6.

¹⁰⁶⁷ Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 1; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 3.

¹⁰⁶⁸ Ausführlich o. Rn. 3599 ff.

¹⁰⁶⁹ Tettinger, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 6.

gründet noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben ändert.

- 4029** Im Übrigen lehnt sich der Wortlaut des Art. 33 Abs. 1 EGRC sehr eng an Art. 16 ESC an, wenn vom „rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz der Familie“ gesprochen wird.¹⁰⁷⁰ Lediglich der in Art. 16 ESC verwendete Begriff „gesetzlich“ wurde in Art. 33 Abs. 1 EGRC ersetzt durch „rechtlich“.¹⁰⁷¹ Mit der Gewährung des „rechtlichen“ Schutzes, geht Art. 33 Abs. 1 EGRC über den in Art. 16 ESC gewählten Begriff des „gesetzlichen“ hinaus.¹⁰⁷²

II. Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten von 1989

- 4030** 1989 verabschiedete das Europäische Parlament die „Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten“,¹⁰⁷³ die einen umfassenden Grundrechtekatalog enthielt.¹⁰⁷⁴ Darin heißt es in Art. 7: „Die Familie genießt rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz“. Unter Hinweis auf diese Norm war zunächst im Grundrechtekonvent eine Vorschrift diskutiert worden, die das Recht enthielt, eine Familie zu gründen, und dieses mit dem Auftrag an die Union verknüpfte, Sorge für den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz der Familie zu tragen.¹⁰⁷⁵ Nach diverser Kritik an der geplanten Norm wurde diese stärker an Art. 12 EMRK orientiert und das Recht, eine Familie zu gründen, um die Eheschließungsfreiheit ergänzt. Dies hat schließlich Eingang in den heutigen Art. 9 EGRC gefunden.¹⁰⁷⁶ Der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz des Kindes wurden hingegen ausgeklammert und im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben in Art. 33 EGRC geregelt. Es verwundert in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Erläuterungen zur EGRC¹⁰⁷⁷ bei Art. 33 Abs. 1 EGRC nicht auf den wörtlich fast übereinstimmenden Art. 7 der Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12.4.1989 verweisen, obwohl der Kommentar zum ersten Präsidiumsvorschlag dies tat.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁰ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 3.

¹⁰⁷¹ *Tettinger*, in: ders./Stern, Art. 33 Rn. 2.

¹⁰⁷² *Riedel*, in: Meyer, Art. 33 Rn. 1.

¹⁰⁷³ ABl. 1989 C 120, S. 51.

¹⁰⁷⁴ *Jarass*, § 1 Rn. 19; *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 1 Rn. 30; *Lenz*, NJW 1997, 3289 (3289).

¹⁰⁷⁵ *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 9 Rn. 7; *Riedel*, in: Meyer, Art. 33 Rn. 7.

¹⁰⁷⁶ S.o. Rn. 1489 ff.

¹⁰⁷⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁰⁷⁸ *Riedel*, in: Meyer, Art. 33 Rn. 7.

III. Sonstige internationale Übereinkommen

Die Familie ist Gegenstand vieler weiterer internationaler Übereinkommen. So wird sie beispielsweise in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte¹⁰⁷⁹ und in der EMRK behandelt.¹⁰⁸⁰ Ein ausdrückliches Schutzrecht wird in Art. 23 Abs. 1 IPbPR normiert.¹⁰⁸¹ **4031**

IV. Europäischer Besitzstand

Zwar verweisen Art. 136 EG/151 AEUV und die Präambel des EU auf die ESC¹⁰⁸² und damit auch auf den in Art. 16 ESC¹⁰⁸³ enthaltenen Schutz der Familie. Dies geht jedoch nicht über die grundsätzliche Anerkennung der Schutzbedürftigkeit der Familien hinaus.¹⁰⁸⁴ Eine eigene Schutznorm zugunsten von Familien enthält das europäische Recht bislang nicht. Dementsprechend besitzt die Union auf dem Gebiet des Familienrechts bislang grundsätzlich keine Kompetenzen.¹⁰⁸⁵ **4032**

Dennoch ist dem besonderen Schutz von Familien im Rahmen von arbeitsrechtlichen Vorschriften Rechnung getragen worden, beispielsweise in der Mutterschutz-RL 92/85/EG¹⁰⁸⁶ und in der RL 96/34/EG¹⁰⁸⁷ zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub. Dies erfolgte zwar auf anderer Kompetenzgrundlage, beinhaltet aber gleichwohl zu wahrende Schutzstandards. **4033**

V. Verfassungen der Mitgliedstaaten

Art. 33 Abs. 1 EGRC entspricht fast wörtlich Art. 39 Abs. 1 der spanischen Verfassung.¹⁰⁸⁸ Weiter ist der allgemeine Schutz der Familie in sehr vielen mitgliedstaatlichen Verfassungen enthalten.¹⁰⁸⁹ So wird die Familie „unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“ (Art. 6 Abs. 1 GG) oder „unter den Schutz des **4034**

¹⁰⁷⁹ Am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung genehmigt und verkündet (Resolution 217 (A) III, im Internet z.B. abrufbar über www.unric.org oder www.un.org), heute als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.

¹⁰⁸⁰ Tettinger/Geerlings, EuR 2005, 419 (421, 423); Hövelberndt, FPR 2004, 117 (117).

¹⁰⁸¹ Tettinger/Geerlings, EuR 2005, 419 (421); Hövelberndt, FPR 2004, 117 (117).

¹⁰⁸² Unter diesen Oberbegriff fallen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035 und die revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰⁸³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰⁸⁴ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 7.

¹⁰⁸⁵ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 1.

¹⁰⁸⁶ ABl. 1992 L 348, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21. S.o. Rn. 3981.

¹⁰⁸⁷ ABl. 1996 L 145, S. 4; geändert durch RL 97/95/EG, ABl. 1998 L 10, S. 24. S.o. Rn. 3983.

¹⁰⁸⁸ Streinz, in: ders., Art. 33 GR-Charta Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 3.

¹⁰⁸⁹ Streinz, in: ders., Art. 33 GR-Charta Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 3.

Staates (Art. 21 Abs. 1 griechische Verfassung) gestellt. Zum Teil wird auch der „Schutz der Familie, ihr Aufbau wie ihr Ansehen“ (Art. 41 Abs. 1 Ziff. 2 der irischen Verfassung) garantiert oder der Familie „ein Recht auf ... Schutz durch die Gesellschaft und den Staat“ (Art. 67 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung) gewährt.¹⁰⁹⁰ Einige Verfassungen schützen auch explizit das „Familienleben“ (Art. 22 der belgischen Verfassung) oder den „familiären Lebensbereich“ (Art. 26 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung).¹⁰⁹¹ Insgesamt ist der Schutz der Familie vor allem in den katholisch geprägten südeuropäischen Verfassungen zu finden, nicht jedoch in den laizistisch¹⁰⁹² oder protestantisch¹⁰⁹³ geprägten Verfassungen.¹⁰⁹⁴

B. Einordnung

I. Qualifizierung als Grundsatz

- 4035** Es ist umstritten, ob Art. 33 Abs. 1 EGRC als subjektives Recht¹⁰⁹⁵ oder als Grundsatz¹⁰⁹⁶ zu qualifizieren ist. Wortlaut, Genese und Systematik sprechen für eine Einordnung als Grundsatz.

1. Wortlaut

- 4036** Nach dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 1 EGRC wird der Schutz der Familie „gewährleistet“. Eine solche Gewährleistung kann in vielfacher Hinsicht erfolgen. Dazu ist es nicht notwendig, ein subjektives Recht zu gewähren. Der Wortlaut spricht vielmehr gegen ein solches Recht, da gerade nicht von einem „Anspruch“ oder einem „Recht“ auf rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz gesprochen wird.¹⁰⁹⁷
- 4037** Zudem wird bei Art. 33 Abs. 1 EGRC nicht erläutert, in welcher Weise der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz gewährt werden sollen. Der Vergleich mit Art. 16 ESC,¹⁰⁹⁸ auf den die Erläuterungen zur EGRC¹⁰⁹⁹ verweisen, zeigt, dass bei Art. 33 Abs. 1 EGRC auf ausdrückliche Hinweise zur Umsetzung des Schutzes verzichtet wurde. Die mangelnde Präzisierung spricht gegen die Qualifizierung von Art. 33 Abs. 1 EGRC als subjektives Recht.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁰ Tettinger/Geerlings, EuR 2005, 419 (423); Hövelberndt, FPR 2004, 117 (119).

¹⁰⁹¹ Hövelberndt, FPR 2004, 117 (119).

¹⁰⁹² Z.B. Frankreich.

¹⁰⁹³ Z.B. Niederlande und Dänemark.

¹⁰⁹⁴ S. Streinz, in: ders., Art. 33 GR-Charta Rn. 2; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 5; Riedel, in: Meyer, Art. 33 Rn. 3.

¹⁰⁹⁵ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 2; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 14.

¹⁰⁹⁶ Jarass, § 31 Rn. 2.

¹⁰⁹⁷ A.A. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 2.

¹⁰⁹⁸ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁰⁹⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹¹⁰⁰ Jarass, § 31 Rn. 2.

2. Genese

Die Erläuterungen zur EGRC¹¹⁰¹ nennen als Beispiel für einen EGRC-Artikel, der sowohl Elemente eines Rechts als auch eines Grundsatzes enthalten kann, unter anderem Art. 33 EGRC. Vergleicht man den Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 mit dem des Art. 33 Abs. 2 EGRC, dürfte mit dem Grundsatz Abs. 1 und mit dem Grundrecht Abs. 2 gemeint sein.¹¹⁰² **4038**

Zudem hatte ursprünglich eine Vorschrift in die EGRC aufgenommen werden sollen, die den Auftrag an die Union enthielt, Sorge für den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz der Familie zu tragen.¹¹⁰³ Dies war im Grundrechtskonvent unter anderem kritisiert worden, weil dadurch eine Aktivrolle der Union begründet würde, die Übertragung positiver Verpflichtungen auf die Union aber vermieden werden müsse.¹¹⁰⁴ Auch dies spricht dafür, dass bei der geänderten Fassung des Art. 33 Abs. 1 EGRC gerade kein Auftrag an die Union erteilt und damit kein Anspruch der Bürger gewährt werden sollte. **4039**

3. Systematik

Während Art. 28-31 EGRC und Art. 33 Abs. 2 EGRC wörtlich von einem „Recht“ oder einem „Anspruch“ sprechen und daraus der Rückschluss gezogen werden kann, dass die Normen subjektive Rechte gewähren,¹¹⁰⁵ wird in Art. 33 Abs. 1 EGRC lediglich Schutz „gewährleistet“. Der Vergleich legt deshalb nahe, dass Art. 33 Abs. 1 EGRC bewusst anders formuliert wurde und gerade kein subjektives Recht darstellen soll. **4040**

4. Zweck

Art. 33 Abs. 1 EGRC trägt dem gesellschaftlichen Problem Rechnung, dass Familien heute oft mit schlechten sozialen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen konfrontiert werden. Die wirtschaftliche Lage der Familien hat sich in vielen Mitgliedstaaten in den letzten Jahren verschlechtert, und Kinderarmut wird immer häufiger zum Thema. Dabei gehen die Probleme und Gefährdungen weniger von staatlichen Eingriffen aus; sie liegen vielmehr in den starken gesellschaftlichen Veränderungen begründet.¹¹⁰⁶ Der Schutz der Familien wird damit kaum mit subjektiven Rechten erreicht, zumal sich diese lediglich gegen die Union und die Mitgliedstaaten mit überdies großem Gestaltungsspielraum,¹¹⁰⁷ nicht jedoch gegen einzelne Privatpersonen und gar Gesellschaftsgruppen richten könnten. Der Zweck **4041**

¹¹⁰¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

¹¹⁰² Jarass, § 31 Rn. 11; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 2.

¹¹⁰³ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 7.

¹¹⁰⁴ Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9 Rn. 7; Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 157.

¹¹⁰⁵ S. Rn. 3704 ff., 3771 ff., 3818 ff., 3881 ff., 3988 ff.

¹¹⁰⁶ Maruhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 2.

¹¹⁰⁷ S.u. Rn. 4047. Feste und damit einklagbare Standards erwachsen höchstens aus der Menschenwürde, s.u. Rn. 4048.

des Art. 33 Abs. 1 EGRC steht daher einer Qualifizierung als Grundsatz nicht entgegen.

5. Folgerungen

- 4042** Art. 33 Abs. 1 EGRC enthält kein subjektives Recht, sondern stellt lediglich den Grundsatz auf, dass der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie gewährleistet werden.¹¹⁰⁸

II. Abgrenzung

- 4043** Der Begriff der Familie wird neben der Nennung in Art. 33 Abs. 1 EGRC auch in Art. 7 EGRC, Art. 9 EGRC und Art. 33 Abs. 2 EGRC verwendet. Da die drei genannten Normen allesamt subjektive Rechte gewähren,¹¹⁰⁹ gehen sie jeweils dem allgemeinen Grundsatz des Art. 33 Abs. 1 EGRC vor.¹¹¹⁰ Die zum Teil schwierige inhaltliche Abgrenzung zu Art. 33 Abs. 1 EGRC¹¹¹¹ muss daher nicht vorgenommen werden. Vielmehr kann der Familienbegriff gleichermaßen definiert werden.

C. Gewährleistungsbereich

- 4044** Gem. Art. 33 Abs. 1 EGRC wird der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie gewährleistet.

I. Familie

- 4045** Der Familienbegriff ist wie bei Art. 7 EGRC und Art. 9 EGRC weit auszulegen. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Eltern vor der Familiengründung eine Ehe eingegangen sind oder ob überhaupt beide Elternteile eine Beziehung zum Kind unterhalten. Es sind vielmehr sämtliche gelebte Beziehungen zwischen Kindern und einem Elternteil erfasst. Daher fallen auch nichteheliche Lebensgemeinschaften, sonstige unverheiratete Paare, gleichgeschlechtliche Beziehungen und auch alleinstehende Personen unter den Familienbegriff. Entscheidend ist lediglich, dass Kinder vorhanden sind und der feste Wille besteht, als Familie gemeinsam zu leben und dazu tatsächliche Verbindungen zu unterhalten. Auch durch Adoption begründete Familien und sogar enge verwandtschaftliche Beziehungen beispielsweise zwischen Großeltern und Enkeln können daher dem Familienbegriff des

¹¹⁰⁸ Jarass, § 31 Rn. 2; a.A. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 2; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 14.

¹¹⁰⁹ S. zu Art. 7 EGRC o. Rn. 1175 ff., zu Art. 9 EGRC o. Rn. 1500 ff. und zu Art. 33 Abs. 2 EGRC o. Rn. 3988 ff.

¹¹¹⁰ Jarass, § 31 Rn. 3.

¹¹¹¹ Vgl. den Versuch von Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 3.

Art. 33 Abs. 1 EGRC unterfallen, sofern die Verbindung als Familie gelebt wird.¹¹¹²

II. Rechtlicher, wirtschaftlicher und sozialer Schutz

Auch wenn bei Art. 33 Abs. 1 EGRC im Vergleich zu dem als Grundlage dienenden Art. 16 ESC¹¹¹³ auf die Aufzählung von möglichen Mitteln zur Durchsetzung des gewährleisteten Schutzes verzichtet wurde, können die dort genannten Maßnahmen als Beispiele angesehen werden. Zur Umsetzung des Grundsatzes des Art. 33 Abs. 1 EGRC kommen daher Sozial- und Familienleistungen, steuerliche Maßnahmen, die Förderung des Baus familiengerechter Wohnungen und Hilfen für junge Eheleute in Betracht.¹¹¹⁴ **4046**

Mit dem Hinweis auf den rechtlichen Schutz wird die zentrale Rolle des Normgebers anerkannt.¹¹¹⁵ Dieser entscheidet, wie er den Familienschutz im Detail ausgestaltet. Dabei wird ihm ein weiterer Gestaltungsspielraum eröffnet. Er entscheidet beispielsweise darüber, auf welche Personen die zur Umsetzung des Art. 33 Abs. 1 EGRC erlassenen Regelungen anzuwenden sind. **4047**

So kann der Normgeber festlegen, ob auch Drittstaatsangehörige und Staatenlose in den Genuss wirtschaftlicher und sozialer Familienleistungen kommen. Da Art. 33 Abs. 1 EGRC allerdings keine Beschränkung des persönlichen Schutzbereichs vornimmt und allgemein von Familien spricht, ist allen Familien ein Mindestmaß an Schutz und damit auch an Leistungen zu gewähren. Dies ergibt sich auch aus dem Zusammenspiel von Art. 33 Abs. 1 EGRC mit der Menschenwürde, da allen Familien ein menschenwürdiges Dasein gewährt werden muss.¹¹¹⁶ **4048**

D. Rechtsfolgen

Da es sich bei Art. 33 Abs. 1 EGRC lediglich um einen Grundsatz und nicht um ein subjektives Recht handelt, ist eine gerichtliche Geltendmachung der Gewährleistung des rechtlichen, wirtschaftlichen und/oder sozialen Schutzes nur im Rahmen einer Inzidentprüfung möglich, wenn nämlich die Vereinbarkeit einer Rechtsvorschrift mit dem Grundsatz in Zweifel steht. Direkt auf Art. 33 Abs. 1 EGRC gestützte Klagen wie beispielsweise Schadensersatzklagen sind ausgeschlossen.¹¹¹⁷ **4049**

Als Grundsatz verpflichtet Art. 33 Abs. 1 EGRC jedoch gem. Art. 51 Abs. 1 EGRC die Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union. Sie haben sich dementsprechend an die Grundsätze zu halten und müssen deren Anwendung gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten fördern.¹¹¹⁸ **4050**

¹¹¹² Ausführlich Rn. 1220 ff.

¹¹¹³ S.o. Rn. 4025.

¹¹¹⁴ Jarass, § 31 Rn. 5.

¹¹¹⁵ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 14.

¹¹¹⁶ Vgl. Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 40 Rn. 18.

¹¹¹⁷ Jarass, § 31 Rn. 9.

¹¹¹⁸ S. Art. 51 Abs. 1 S. 2 EGRC.

- 4051** Zudem ist der in Art. 33 Abs. 1 EGRC enthaltene Grundsatz auch bei der Auslegung einschlägigen Sekundärrechts und nationalen Rechts (bei der Durchführung von Unionsrecht) zu berücksichtigen.¹¹¹⁹
- 4052** Dabei ist jedoch immer der weite Gestaltungsspielraum zu beachten, der dem europäischen und den nationalen Normgebern aufgrund der Ausgestaltung als Grundsatz eingeräumt wird.¹¹²⁰

E. Prüfungsschema zu Art. 33 Abs. 1 EGRC

4053 1. Gewährleistungsbereich

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) **Familie: sämtliche gelebte Beziehungen zwischen Kindern und einem Erwachsenenanteil; auch in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, sonstigen unverheirateten Paaren, gleichgeschlechtlichen Beziehungen und mit allein stehenden Personen; sogar enge verwandtschaftliche Beziehungen z.B. zwischen Großeltern und Enkeln**
- b) **Gewährung rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutzes durch z.B. Sozial- und Familienleistungen, steuerliche Maßnahmen, die Förderung des Baus familiengerechter Wohnungen und Hilfen für junge Eheleute**

2. Rechtsfolgen

- a) **Wahrung und Förderung der Grundsätze des Art. 33 Abs. 1 EGRC durch Union und Mitgliedstaaten gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten**
- b) **Berücksichtigung bei der Auslegung einschlägigen Sekundärrechts und nationalen Rechts (bei der Durchführung von Unionsrecht)**
- c) **gerichtliche Geltendmachung der Gewährleistung des rechtlichen, wirtschaftlichen und/oder sozialen Schutzes nur im Rahmen einer Inzidentprüfung möglich, wenn die Vereinbarkeit einer Rechtsvorschrift mit dem Grundsatz in Zweifel steht**
- d) **keine direkt auf Art. 33 Abs. 1 EGRC gestützte Klagen z.B. auf Schadensersatz**

§ 5 Sozialer Schutz

A. Zweiteilung

- 4054** Art. 34 EGRC befasst sich in Abs. 1 mit den Leistungen der sozialen Sicherheit (sogleich B.) und in Abs. 3 mit der sozialen Unterstützung (unter D. behandelt).

¹¹¹⁹ Jarass, § 31 Rn. 7; Rengeling/Szczekalla, Rn. 995.

¹¹²⁰ Jarass, § 31 Rn. 8.

Diese Zweiteilung kann mit der in Deutschland geläufigen Unterscheidung zwischen beitragsgestützter, einen Versicherungsfall voraussetzender Sozialversicherung und steuerfinanzierter, am individuellen Bedarf orientierter Sozialhilfe gleichgesetzt werden.¹¹²¹ Sie wird bereits durch die Überschrift des Art. 34 EGRC „Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung“ deutlich. Nr. 10 GCSGA,¹¹²² der als Grundlage für Art. 34 EGRC dient, folgt ebenfalls der Zweiteilung.¹¹²³ Gleiches gilt für die ESC,¹¹²⁴ die zwischen sozialer Sicherheit (Art. 12 ESC) und sozialer Fürsorge (Art. 13 ESC) unterscheidet.¹¹²⁵ Ursprünglich sollten auch in der EGRC die Rechte auf soziale Sicherheit und soziale Unterstützung getrennt normiert werden.¹¹²⁶

Die Zweiteilung lässt sich unter anderem damit erklären, dass bei Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts innerhalb der Union und einem damit verbundenen Arbeitsplatzwechsel in einen anderen Mitgliedstaat die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche nicht gänzlich verloren gehen sollen. Die Sozialhilfe ist hingegen nicht beitragsfinanziert, weshalb auf sie das Argument der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht zutrifft.¹¹²⁷ Die im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit erworbenen Ansprüche werden daher anders behandelt als die beitragsunabhängigen Leistungen.¹¹²⁸ **4055**

Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung lassen sich mit dem in Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV und Art. 136 EG/151 AEUV verwandten Begriff des sozialen Schutzes zusammenfassen.¹¹²⁹ Er dient deshalb vorliegend als Oberbegriff. **4056**

Art. 34 Abs. 2 EGRC weist zwar bereits durch seinen Wortlaut einen engen Bezug zur sozialen Sicherheit auf. Er beinhaltet jedoch – anders als Abs. 1 und Abs. 3 – ein Gleichbehandlungsgebot, weshalb er getrennt behandelt wird (im Folgenden unter C.). **4057**

B. Soziale Sicherheit

I. Grundlagen

Gem. Art. 34 Abs. 1 EGRC anerkennt und achtet die Union das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des **4058**

¹¹²¹ *Funk*, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (49); *Streinz*, in: ders., Art. 34 GR-Charta Rn. 4.

¹¹²² S.u. Rn. 4064 f.

¹¹²³ *Riedel*, in: Meyer, Art. 34 Rn. 16; *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 15.

¹¹²⁴ S.u. Rn. 4059 ff.

¹¹²⁵ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 2; *Riedel*, in: Meyer, Art. 34 Rn. 1.

¹¹²⁶ *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 21; *Riedel*, in: Meyer, Art. 34 Rn. 7.

¹¹²⁷ *Riedel*, in: Meyer, Art. 34 Rn. 16.

¹¹²⁸ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 15.

¹¹²⁹ *Riedel*, in: Meyer, Art. 34 Rn. 16; *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 82; *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 15.

Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Nach den Erläuterungen zur EGRC¹¹³⁰ stützt sich dieser Grundsatz auf Art. 12 ESC¹¹³¹ und auf Nr. 10 GCSGA.¹¹³²

1. ESC

4059 Art. 12 ESC¹¹³³ behandelt das Recht auf soziale Sicherheit. Die Vertragsparteien verpflichten sich darin, um die wirksame Ausübung des Rechtes auf soziale Sicherheit zu gewährleisten,

1. ein System der sozialen Sicherheit einzuführen oder beizubehalten;
2. das System der sozialen Sicherheit auf einem befriedigenden Stand zu halten, der zumindest dem entspricht, der für die Ratifikation des Übereinkommens (Nr. 102) der Internationalen Arbeitsorganisation über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit¹¹³⁴ erforderlich ist;
3. sich zu bemühen, das System der sozialen Sicherheit fortschreitend auf einen höheren Stand zu bringen;
4. durch den Abschluss geeigneter zwei- und mehrseitiger Übereinkünfte oder durch andere Mittel und nach Maßgabe der in diesen Übereinkünften niedergelegten Bedingungen Maßnahmen zu ergreifen, die Folgendes gewährleisten:
 - a) die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen hinsichtlich der Ansprüche aus der sozialen Sicherheit einschließlich der Wahrung der nach den Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit erwachsenen Leistungsansprüche, gleichviel wo die geschützten Personen innerhalb der Hoheitsgebiete der Vertragsparteien ihren Aufenthalt nehmen;
 - b) die Gewährung, die Erhaltung und das Wiederaufleben von Ansprüchen aus der sozialen Sicherheit, beispielsweise durch die Zusammenrechnung von Versicherungs- und Beschäftigungszeiten, die nach den Rechtsvorschriften jeder der Vertragsparteien zurückgelegt wurden.

4060 Ebenso wie Art. 34 Abs. 1 EGRC definiert Art. 12 ESC den Begriff der sozialen Sicherheit nicht.¹¹³⁵ Art. 12 ESC verweist jedoch auf das Übereinkommen (Nr. 102) der Internationalen Arbeitsorganisation über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit.¹¹³⁶ Dieses enthält Bestimmungen zu den folgenden Bereichen:

¹¹³⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹¹³¹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹¹³² Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹¹³³ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹¹³⁴ Von der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO, englisch ILO), einer Sonderorganisation der Vereinten Nationen, 1952 verabschiedetes Übereinkommen.

¹¹³⁵ *Birk*, in: FS für Baron von Maydell, 2002, S. 27 (32).

¹¹³⁶ Mit dem Verweis auf das Übereinkommen (Nr. 102) der Internationalen Arbeitsorganisation über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit werden die Vertragsparteien der ESC auf die Mindeststandards der IAO verpflichtet, obwohl sie eventuell deren

ärztliche Betreuung, Krankengeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Leistungen bei Alter, Leistungen bei Arbeitsunfällen, Familienleistungen, Leistungen bei Mutterschaft, Leistungen bei Invalidität, Leistungen an Hinterbliebene. Daraus lässt sich bereits erschließen, welche Leistungen als solche der sozialen Sicherheit anzusehen sind.¹¹³⁷ Gleiches gilt für Art. 34 Abs. 1 EGRC, der beispielhaft die Fälle Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit, Alter und Verlust des Arbeitsplatzes nennt.

In Art. 12 Nr. 1 ESC verpflichten sich die Vertragsparteien zur originären Schaffung eines Systems der sozialen Sicherheit, soweit es nicht bereits besteht. Darin unterscheidet sich Art. 12 ESC von Art. 34 Abs. 1 EGRC, der keine Neueinrichtung verlangt.¹¹³⁸ Vielmehr folgt Art. 34 Abs. 1 EGRC dem Grundgedanken des europäischen Rechts im Bereich der sozialen Sicherheit, nämlich der Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme und nicht deren Harmonisierung. Dagegen will Art. 12 Abs. 1-3 ESC vor allem inhaltliche Mindeststandards garantieren.¹¹³⁹ Anders als Art. 34 EGRC enthält Art. 12 ESC zudem ein Rückschrittsverbot.¹¹⁴⁰ **4061**

Art. 12 Nr. 4 ESC behandelt mit dem Erfordernis der Gleichbehandlung einen Bereich, der nicht durch Art. 34 Abs. 1 EGRC, sondern durch Art. 34 Abs. 2 EGRC erfasst wird. Deshalb verweisen die Erläuterungen zur EGRC¹¹⁴¹ auch bei Art. 34 Abs. 2 EGRC auf Art. 12 Nr. 4.¹¹⁴² Insofern verwundert der Verweis bei Art. 34 Abs. 1 EGRC. **4062**

Art. 12 ESC gehört zu den sieben Bestimmungen der ESC, von denen eine Vertragspartei mindestens fünf ratifizieren muss. Die Bundesrepublik hat Art. 12 ESC uneingeschränkt ratifiziert, einige Staaten akzeptieren die Norm nicht in vollem Umfang. Es gibt aber keinen Vertragsstaat, der Art. 12 ESC ganz abgewählt hat.¹¹⁴³ **4063**

2. GCSGA

Nr. 10 GCSGA¹¹⁴⁴ behandelt ebenfalls den sozialen Schutz. Danach hat entsprechend den Gegebenheiten der einzelnen Länder jeder Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaft Anspruch auf einen angemessenen sozialen Schutz und muss unabhängig von seiner Stellung und von der Größe des Unternehmens, in dem er arbeitet, Leistungen der sozialen Sicherheit in ausreichender Höhe erhalten (1. Spiegelstrich). Zudem müssen alle, die vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind, **4064**

unmittelbare Verbindlichkeit gerade nicht für sich begründet haben. *Birk*, in: FS für Baron von Maydell, 2002, S. 27 (30).

¹¹³⁷ *Maruhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 9.

¹¹³⁸ S.u. Rn. 4106.

¹¹³⁹ *Birk*, in: FS für Baron von Maydell, 2002, S. 27 (28).

¹¹⁴⁰ *Birk*, in: FS für Baron von Maydell, 2002, S. 27 (32).

¹¹⁴¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹¹⁴² S.u. Rn. 4122 ff.

¹¹⁴³ *Birk*, in: FS für Baron von Maydell, 2002, S. 27 (28).

¹¹⁴⁴ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., S. Rn. 3539.

weil sie keinen Zugang dazu fanden oder sich nicht wieder eingliedern konnten, und die nicht über Mittel für den Unterhalt verfügen, ausreichende Leistungen empfangen und Zuwendungen beziehen können, die ihrer persönlichen Lage angemessen sind (2. Spiegelstrich).

- 4065** Nr. 10 GCSGA enthält damit allgemein gehaltene Zielbestimmungen¹¹⁴⁵ zur Gewährung sozialen Schutzes. Während sich der 1. Spiegelstrich mit der sozialen Sicherheit befasst, behandelt der 2. Spiegelstrich die soziale Unterstützung. In Art. 34 EGRC ist Ersteres in Abs. 1, Letzteres in Abs. 3 geregelt. Daher wäre bei Art. 34 Abs. 1 EGRC ein Hinweis lediglich auf den 1. Spiegelstrich präziser gewesen. Entsprechend verweisen die Erläuterungen zur EGRC¹¹⁴⁶ bei Art. 34 Abs. 3 EGRC ebenfalls auf Nr. 10 GCSGA.

3. Europäischer Besitzstand

a) Art. 2 und Art. 136 EG/3 Abs. 3 EUV und Art. 151 AEUV

- 4066** Gem. Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV ist es unter anderem Aufgabe der Gemeinschaft/Union, ein hohes Maß an sozialem Schutz zu fördern. Art. 136 EG/151 AEUV nennt als Ziel ebenfalls „einen angemessenen sozialen Schutz“. Die Vorschrift des Art. 34 EGRC greift dieses Ziel auf.¹¹⁴⁷

b) Art. 137 und Art. 140 EG/153 und 156 AEUV

- 4067** Nach den Erläuterungen zur EGRC¹¹⁴⁸ stützt sich der in Art. 34 Abs. 1 EGRC aufgeführte Grundsatz auf Art. 137 und 140 EG/153 und 156 AEUV.

- 4068** Gem. Art. 137 Abs. 1 EG/153 Abs. 1 AEUV unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft/Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten unter anderem auf den Gebieten der sozialen Sicherheit und dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer (lit. c)), der beruflichen Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen (lit. h)), der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung (lit. j)) und der Modernisierung der Systeme des sozialen Schutzes (lit. k)). In diesen Bereichen sieht Art. 137 Abs. 2 EG/153 Abs. 2 AEUV den Erlass von Richtlinien mit Mindestvorschriften vor. Art. 137 EG/153 AEUV ist damit die zentrale Kompetenzvorschrift für europäische sozialpolitische Maßnahmen.¹¹⁴⁹ Art. 137 Abs. 4 EG/153 Abs. 4 AEUV macht allerdings deutlich, dass grundsätzlich die Mitgliedstaaten über ihre Systeme der sozialen Sicherheit entscheiden.

- 4069** Art. 140 EG/156 AEUV ergänzt die Vorschrift des Art. 137 EG/153 AEUV und gibt der Kommission eine Grundlage zur Förderung der Zusammenarbeit der

¹¹⁴⁵ Funk, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (50).

¹¹⁴⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹¹⁴⁷ Jarass, § 32 Rn. 2.

¹¹⁴⁸ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹¹⁴⁹ S. Marauhn, in: Matscher (Hrsg.), Erweitertes Grundrechtsverständnis, 2003, S. 247 (248).

Mitgliedstaaten.¹¹⁵⁰ Eine eigenständige Entscheidungsbefugnis wird damit aber nicht eröffnet. Die Sozialpolitik soll vielmehr im Schwerpunkt bei den Mitgliedstaaten verbleiben.¹¹⁵¹

c) Art. 42 EG/48 AEUV

In Art. 42 EG/48 AEUV werden das Europäische Parlament und der Rat aufgefordert, die „auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen“ zu beschließen. Die Vorschrift soll folglich die Freizügigkeit im Bereich der sozialen Sicherheit sicherstellen.¹¹⁵² **4070**

Als eine der vier Grundfreiheiten des EG gesteht die in den Art. 39-42 EG/45-48 AEUV normierte Freizügigkeit den Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten vor allem das Recht zu, sich in einem anderen Mitgliedstaat um eine Arbeitsstelle zu bewerben und dort eine Beschäftigung auszuüben. Die Arbeitnehmer würden davon abgehalten, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, wenn ihnen durch die Inanspruchnahme sozialrechtliche Nachteile erwüchsen.¹¹⁵³ Daher sollen Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen ihre Ansprüche auf soziale Leistungen durch Zusammenrechnung aller Versicherungszeiten behalten, wenn sie von ihrem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machen.¹¹⁵⁴ Damit soll gewährleistet werden, dass die Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen durch die Grenzüberschreitung nicht in eine ungünstigere Lage geraten, als wenn der Arbeitnehmer nur in einem Mitgliedstaat beschäftigt ist.¹¹⁵⁵ Art. 42 EG/48 AEUV enthält daher einen Rechtsetzungsauftrag an den Rat. Dieser ist aufgrund der Entstehungsgeschichte und der systematischen Stellung des Art. 42 EG/48 AEUV dadurch begrenzt, dass es sich lediglich um einen Koordinierungsauftrag handelt.¹¹⁵⁶ Dem ist der europäische Gesetzgeber durch die VO (EWG) Nr. 1408/71¹¹⁵⁷ und deren DurchführungsVO (EWG) Nr. 574/72¹¹⁵⁸ nachgekommen.¹¹⁵⁹ **4071**

¹¹⁵⁰ Marauhn, in: Matscher (Hrsg.), *Erweitertes Grundrechtsverständnis*, 2003, S. 247 (248).

¹¹⁵¹ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 17.

¹¹⁵² Steinmeyer, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, *Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, 2002, § 21 Rn. 2.

¹¹⁵³ Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 1534; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 3; Steinmeyer, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, *Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, 2002, § 21 Rn. 2; Martínez Soria, JZ 2002, 643 (644).

¹¹⁵⁴ EuGH, Rs. 100/63, Slg. 1964, 1213 (1232) – van der Veen; Rs. 4/66, Slg. 1966, 637 (645) – Hagenbeek; Rs. 24/75, Slg. 1975, 1149 (1160, Rn. 11/13) – Petroni; vgl. Eichenhofer, in: Streinz, Art. 42 EGV Rn. 2.

¹¹⁵⁵ Steinmeyer, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, *Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, 2002, § 21 Rn. 3.

¹¹⁵⁶ Fuchs, ZIAS 2003, 379 (384).

¹¹⁵⁷ Des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (WanderarbeitnehmerVO), ABl. L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

d) WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71 und VO (EWG) Nr. 574/72

- 4072** Gegen ein einheitliches europäisches System der sozialen Sicherheit ist eingewandt worden, dass die Systeme der sozialen Sicherheit das Ergebnis lange zurückreichender Traditionen sind und tief in den nationalen Kulturen und Gepflogenheiten verwurzelt sind.¹¹⁶⁰ Daher ist bislang kein einheitliches europäisches System der sozialen Sicherheit intendiert.¹¹⁶¹ Art. 137 Abs. 4 1. Spiegelstrich EG/153 Abs. 4 1. Spiegelstrich AEUV stellt vielmehr klar, dass die Befugnis bei den Mitgliedstaaten verbleibt, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen.¹¹⁶²
- 4073** Diesen Grundgedanken ist in den Verordnungen VO (EWG) Nr. 1408/71¹¹⁶³ und VO (EWG) Nr. 574/72¹¹⁶⁴ Rechnung getragen worden. Die Verordnungen harmonisieren nicht die Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten, sondern koordinieren die nationalen Systeme.¹¹⁶⁵ Es ist deshalb kein eigenständiges europäisches Sozialversicherungssystem errichtet worden, aus dem Rechte aller Bürger der Union entstehen könnten.¹¹⁶⁶
- 4074** Vielmehr können die Mitgliedstaaten im Rahmen der Koordinierung weiterhin selbst über die Einzelheiten ihrer Sozialversicherungssysteme entscheiden. Sie haben lediglich bestimmte gemeinsame Vorschriften und Grundsätze zu beachten, die gewährleisten sollen, dass die Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, durch die Anwendung der verschiedenen mitgliedstaatlichen Systeme nicht benachteiligt werden. Dagegen ist die zentrale Frage über das Niveau der sozialversicherungsrechtlichen Leistungen in den einzelnen Mitgliedstaaten durch das Unionsrecht nicht harmonisiert worden.¹¹⁶⁷
- 4075** Die so genannte WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71 diente ursprünglich nur der Ausformung der in Art. 39 EG/45 AEUV garantierten Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹¹⁶⁸ Daher war ihr persönlicher Anwendungsbereich ursprünglich auf Arbeitnehmer, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, Staatenlose oder Flüchtlinge sind, sowie auf ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen beschränkt (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung). Mit der VO (EWG) Nr. 1390/81¹¹⁶⁹ wur-

¹¹⁵⁸ Des Rates vom 21.3.1972 über die Durchführung der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 74, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 101/2008, ABl. 2008 L 31, S. 15.

¹¹⁵⁹ Frenz, Europarecht 1, Rn. 1534.

¹¹⁶⁰ Sigemann, RdA 2003, 18 (22).

¹¹⁶¹ Fuchs, NZS 2002, 337 (341).

¹¹⁶² Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 21.

¹¹⁶³ ABl. 1971 L 149, S. 2.

¹¹⁶⁴ ABl. 1972 L 74, S. 1.

¹¹⁶⁵ Dazu Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 20; Fuchs, NZS 2002, 337 (341); Steinmeyer, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 21 Rn. 10; Zuleeg, EuGRZ 1992, 329 (332).

¹¹⁶⁶ Zuleeg, EuGRZ 1992, 329 (332).

¹¹⁶⁷ Sigemann, RdA 2003, 18 (22).

¹¹⁶⁸ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 99.

¹¹⁶⁹ VO (EWG) Nr. 1390/81 des Rates vom 12.5.1981 zur Ausdehnung der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und

de ihr Anwendungsbereich auch auf Selbstständige und mit der VO (EG) Nr. 307/1999¹¹⁷⁰ zudem auf Studierende ausgedehnt.¹¹⁷¹ Unter Hinweis auf Art. 34 Abs. 2 EGRC wurde der Anwendungsbereich schließlich in der VO (EG) Nr. 859/2003¹¹⁷² auch auf Drittstaatsangehörige erweitert.¹¹⁷³

Zur Durchführung der WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71 wurde die VO (EWG) Nr. 574/72¹¹⁷⁴ erlassen. Während die VO (EWG) Nr. 1408/71 überwiegend materiell-rechtliche Regelungen enthält, regelt die VO (EWG) Nr. 574/72 verfahrensrechtlich die Koordinierung der mitgliedstaatlichen Systeme.¹¹⁷⁵ Beide Verordnungen sind mehrfach geändert worden, um sie der Entwicklung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften anzupassen und die Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung des EuGH einzubeziehen.¹¹⁷⁶ **4076**

e) VO (EG) Nr. 883/2004

2004 wurde vom Europäischen Parlament und dem Rat die VO (EG) Nr. 883/2004¹¹⁷⁷ verabschiedet. Sie soll der neue Bezugspunkt für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten werden und in weiten Teilen¹¹⁷⁸ die WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71¹¹⁷⁹ ersetzen. **4077**

Gegenüber der WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71¹¹⁸⁰ enthält die neue VO (EG) Nr. 883/2004 folgende Änderungen von Interesse: **4078**

deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, auf die Selbständigen und ihre Familienangehörigen, ABl. L 143, S. 1.

¹¹⁷⁰ VO (EG) Nr. 307/1999 des Rates vom 8.2.1999 zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbstständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, und der VO (EWG) Nr. 574/72 über das Verfahren zur Durchführung der VO (EWG) Nr. 1408/71 mit dem Ziel der Ausdehnung ihrer Anwendungsbereiche auf Studierende, ABl. L 38, S. 1.

¹¹⁷¹ Ausführlich *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1535 ff.

¹¹⁷² VO (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14.5.2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der VO (EWG) Nr. 1408/71 und der VO (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, ABl. L 124, S. 1.

¹¹⁷³ S. den 5. Erwägungsgrund der Verordnung.

¹¹⁷⁴ ABl. 1972 L 74, S. 1.

¹¹⁷⁵ *Steinmeyer*, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 21 Rn. 8.

¹¹⁷⁶ Die VO (EWG) Nr. 1408/71 wurde zuletzt geändert durch die VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 392, S. 1, die DurchführungsVO (EWG) Nr. 574/72 durch die VO Nr. 101/2008, ABl. 2008 L 31, S. 15.

¹¹⁷⁷ VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166, S. 1; berichtigt durch ABl. 2004 L 200, S. 1.

¹¹⁷⁸ S. Art. 90 VO (EG) Nr. 883/2004.

¹¹⁷⁹ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

¹¹⁸⁰ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

- Der persönliche Geltungsbereich wird erweitert: zukünftig gilt die Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.¹¹⁸¹
- Der sachliche Geltungsbereich wird ebenfalls erweitert: als Zweige der sozialen Sicherheit, für welche die Verordnung gilt, werden genannt: Leistungen bei Krankheit, Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft, Leistungen bei Invalidität, Leistungen bei Alter, Leistungen an Hinterbliebene, Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Sterbegeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Vorruhestandsleistungen, Familienleistungen.¹¹⁸²
- Art. 24 der Verordnung enthält einen Gleichbehandlungsgrundsatz: Danach haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

4079 Zugleich soll mit der VO (EG) Nr. 883/2004 eine neue Durchführungsverordnung in Kraft treten, welche die VO (EWG) Nr. 574/72¹¹⁸³ ersetzen soll. Die bereits verabschiedete VO (EG) Nr. 883/2004 gilt auch erst ab dem Tag des Inkrafttretens der neuen Durchführungsverordnung.¹¹⁸⁴ Bislang gibt es jedoch lediglich einen Entwurf für die neue Durchführungsverordnung.¹¹⁸⁵ Daher hat auch die VO (EG) Nr. 883/2004 noch keine Gültigkeit.

4. EuGH-Rechtsprechung

4080 Der EuGH hat sich bereits vielfach mit den Systemen und Leistungen der sozialen Sicherheit befasst, insbesondere im Rahmen der Rechtsprechung zur WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71.¹¹⁸⁶ Er kennt bislang jedoch kein Grundrecht auf soziale Sicherheit.¹¹⁸⁷

5. Verfassungen der Mitgliedstaaten

4081 Die Verfassungen der Mitgliedstaaten enthalten sehr unterschiedliche Bezugnahmen auf das Recht auf soziale Sicherheit.¹¹⁸⁸ Ausdrücklich wird von einem Recht

¹¹⁸¹ Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004.

¹¹⁸² Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004.

¹¹⁸³ ABl. 1972 L 74, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 101/2008, ABl. 2008 L 31, S. 15.

¹¹⁸⁴ Art. 91 VO (EG) Nr. 883/2004.

¹¹⁸⁵ Vorschlag für eine VO zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, KOM (2006) 16 endg.

¹¹⁸⁶ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1. S. die zitierte Rspr. bei *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 1535 ff.

¹¹⁸⁷ *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 30.

¹¹⁸⁸ *Streinz*, in: ders., Art. 34 GR-Charta Rn. 4; ausführlich *Riedel*, in: Meyer, Art. 34 Rn. 5.

auf soziale Sicherheit in der portugiesischen,¹¹⁸⁹ in der belgischen,¹¹⁹⁰ in der spanischen,¹¹⁹¹ in der luxemburgischen,¹¹⁹² in der niederländischen,¹¹⁹³ in der slowenischen,¹¹⁹⁴ in der polnischen,¹¹⁹⁵ in der ungarischen,¹¹⁹⁶ in der zyprischen und in der litauischen¹¹⁹⁷ Verfassung gesprochen. In Lettland¹¹⁹⁸ wird in genau bezeichneten Fällen ein Recht auf soziale Absicherung beziehungsweise auf staatliche Hilfe gewährt.¹¹⁹⁹

II. Qualifizierung als Grundsatz

Die Erläuterungen zur EGRC¹²⁰⁰ sehen Art. 34 Abs. 1 EGRC als Grundsatz. Dies entspricht der Qualifizierung nach Wortlaut, Genese, Systematik und Zweck. **4082**

1. Wortlaut

So spricht bereits der Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 EGRC für einen Grundsatz, da darin nicht ein Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten gewährleistet, sondern dieses Recht lediglich anerkannt und geachtet wird.¹²⁰¹ **4083**

Zudem lässt der Wortlaut des Art. 34 Abs. 1 EGRC nicht erkennen, wer Begünstigter der Norm sein soll. Im Gegensatz zu Absatz 2, der jedem Menschen, „der in der Union seinen rechtmäßigen Wohnsitz hat und seinen Aufenthalt rechtmäßig wechselt“, einen Anspruch zubilligt, wird in Absatz 1 nicht auf einen abgrenzbaren Personenkreis abgestellt. Eine Norm kann jedoch nur dann ein subjektives Recht vermitteln, wenn sie die Begünstigten erkennen lässt.¹²⁰² **4084**

2. Genese

Die Erläuterungen zur EGRC¹²⁰³ sprechen bei Art. 34 Abs. 1 EGRC von einem „Grundsatz“, der von der Union zu wahren ist, „wenn sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit ... tätig wird“. **4085**

¹¹⁸⁹ Art. 61 der portugiesischen Verfassung.

¹¹⁹⁰ Art. 23 Nr. 2 der belgischen Verfassung.

¹¹⁹¹ Art. 41 der spanischen Verfassung.

¹¹⁹² Art. 11 der luxemburgischen Verfassung.

¹¹⁹³ Art. 20 der niederländischen Verfassung.

¹¹⁹⁴ Art. 50 der slowenischen Verfassung.

¹¹⁹⁵ Art. 67 der polnischen Verfassung.

¹¹⁹⁶ Art. 17 und 18 der ungarischen Verfassung.

¹¹⁹⁷ Art. 48 Abs. 1 der litauischen Verfassung.

¹¹⁹⁸ Art. 109 der lettischen Verfassung.

¹¹⁹⁹ Ausführlich *Riedel*, in: Meyer Art. 34 Rn. 5.

¹²⁰⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹²⁰¹ Dazu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 4; a.A. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1025.

¹²⁰² *Jarass*, § 7 Rn. 26.

¹²⁰³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

- 4086** Bestätigt wird dies durch die Erläuterungen zu Art. 52 EGRC.¹²⁰⁴ Darin heißt es, dass „in einigen Fällen ein Charta-Artikel sowohl Elemente eines Rechts als auch eines Grundsatzes enthalten“ kann. Als Beispiel wird Art. 34 EGRC genannt. Mit dem Hinweis auf das subjektive Recht dürfte Art. 34 Abs. 2 EGRC gemeint sein.¹²⁰⁵
- 4087** Schließlich ist der heutige Wortlaut der Vorschrift das Ergebnis mehrfacher Änderungen im Grundrechtekonvent. Zunächst war das Recht auf soziale Sicherheit als Anspruch formuliert. Anspruchsberechtigt sollten die Arbeitnehmer und ihre Angehörigen sein.¹²⁰⁶ Die Normierung als Anspruch wurde jedoch heftig kritisiert,¹²⁰⁷ zumal die Mitgliedstaaten durch Art. 34 EGRC nicht zur Gewährung bestimmter Rechte gegenüber ihren Bürger verpflichtet werden sollten.¹²⁰⁸ Daher ist die heutige Formulierung gewählt worden. Dies spricht dafür, dass Art. 34 Abs. 1 EGRC gerade keine Anspruchsqualität zukommen soll.

3. Systematik

- 4088** Art. 34 Abs. 1 EGRC ist von Wortlaut, Systematik und Inhalt eng mit Art. 34 Abs. 3 EGRC verbunden. Dieser ist nicht nur aufgrund der Systematik, sondern auch wegen seines Wortlauts und seines Zwecks als Grundsatz einzuordnen.¹²⁰⁹ Gleiches muss daher für Art. 34 Abs. 1 EGRC gelten.

4. Zweck

- 4089** Würde man Art. 34 Abs. 1 EGRC als subjektives Recht verstehen, würden sich einklagbare Ansprüche auf Leistungen aus den Sozialversicherungen ergeben. Dies würde zu erheblichen finanziellen Belastungen führen,¹²¹⁰ was jedoch bei der Schaffung der EGRC vermieden werden sollte.¹²¹¹ Es ist daher davon auszugehen, dass Art. 34 Abs. 1 EGRC kein subjektives Recht gewähren soll.¹²¹²

¹²⁰⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (35).

¹²⁰⁵ Jarass, § 32 Rn. 2; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 4.

¹²⁰⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 13.

¹²⁰⁷ Vgl. die Kritik bei Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 226.

¹²⁰⁸ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 17.

¹²⁰⁹ S.u. Rn. 4188 ff.

¹²¹⁰ Jarass, § 32 Rn. 2.

¹²¹¹ Vgl. zum Streit über die finanzielle Belastung bei kostspieligen sozialen Leistungsrechten, o. Rn. 3590 ff.

¹²¹² Jarass, § 32 Rn. 2.

5. Folgerungen

Bei Art. 34 Abs. 1 EGRC handelt es sich mithin um einen Grundsatz.¹²¹³ Er ist gerichtet auf Achtung und Anerkennung der in den Mitgliedstaaten bestehenden Leistungssysteme. Damit wird der abwehrrechtliche Charakter der Vorschrift betont.¹²¹⁴ **4090**

Eine über diesen abwehrrechtlichen Charakter hinausgehende Formulierung hätte im Grundrechtekonvent wohl keine Mehrheit gefunden.¹²¹⁵ Art. 34 Abs. 1 EGRC verpflichtet damit insbesondere nicht zur originären Schaffung eines Systems der sozialen Sicherheit. Letzterem wurde in den Erläuterungen zur EGRC¹²¹⁶ eine deutliche Absage erteilt. Danach sollen nämlich durch den Hinweis auf die sozialen Dienste „die Fälle erfasst werden, in denen derartige Dienste eingerichtet wurden, um bestimmte Leistungen sicherzustellen.“ Keineswegs sollten aber dort „Dienste eingerichtet werden müssen, wo sie bislang nicht bestehen“. **4091**

III. Gewährleistungsbereich

1. Leistungen der sozialen Sicherheit

a) *Erweiterte Grundkonzeption*

Der Begriff der sozialen Sicherheit wird in Art. 42, 137 Abs. 1 lit. c) und 140 EG/48, 153 Abs. 1 lit. c) und 156 AEUV verwandt, im Primärrecht jedoch nicht definiert.¹²¹⁷ Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71¹²¹⁸ nennt Fälle, die Leistungen der sozialen Sicherheit betreffen. Danach sind Leistungen der sozialen Sicherheit solche Leistungen, die bei Krankheit und Mutterschaft, bei Invalidität, zur Erhaltung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit, bei Alter, an Hinterbliebene, bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Tod, Arbeitslosigkeit oder zur Abgeltung von Pflichten zum Familienunterhalt gewährt werden. Davon ausgehend hat der EuGH als Leistung der sozialen Sicherheit alle solche Leistungen qualifiziert, die den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandes gewährt werden, ohne dass im Einzelfall eine in das Ermessen gestellte Prüfung des persönlichen Bedarfs erfolgt. Zudem müssen sie sich auf eines der in Art. 4 Abs. 1 VO **4092**

¹²¹³ Jarass, § 32 Rn. 2; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 4; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 55 f.; Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 21; vgl. Birk, in: FS für Baron von Maydell, 2002, S. 27 (31).

¹²¹⁴ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 15; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 27.

¹²¹⁵ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 15; Meyer/Engels, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2001, S. 7 (28); Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 27; Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 17.

¹²¹⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹²¹⁷ Eichenhofer, in: Streinz, Art. 42 EGV Rn. 1.

¹²¹⁸ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

(EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken beziehen.¹²¹⁹ Der Begriff der sozialen Leistungen wurde aber bislang eng ausgelegt.¹²²⁰

4093 Auch Art. 34 Abs. 1 EGRC nennt ausdrücklich Fälle, in denen Leistungen der sozialen Sicherheit gezahlt werden: Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit, Alter und Verlust des Arbeitsplatzes. Diese decken sich mit den Fällen in Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71. Die in Art. 34 Abs. 1 EGRC genannten Fälle sind jedoch anders als bei Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 nicht abschließend aufgezählt, wie der Wortlaut des Art. 34 Abs. 1 EGRC durch Verwendung des Wortes „wie“ deutlich macht.¹²²¹ Im ersten Präsidiumsvorschlag zu Art. 34 Abs. 1 EGRC waren nicht einmal einzelne Risiken aufgezählt.¹²²² Sie wurden im Laufe des Grundrechtekonvents eingefügt und bewusst mit der gewählten Formulierung für weitere, nicht genannte Risiken geöffnet.¹²²³ Die vom EuGH auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 erarbeitete Definition zu den sozialen Leistungen bedarf daher künftig einer Erweiterung auf sonstige, nicht in Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 genannte Fälle, die aber ähnlich gelagert sind.

b) Sozialversicherungssysteme

4094 Die Leistungen der sozialen Sicherheit werden durch die Sozialversicherungssysteme bei Eintritt der abgedeckten sozialen Risiken gewährt.¹²²⁴ Sie beruhen – anders als bei der sozialen Unterstützung des Art. 34 Abs. 3 EGRC¹²²⁵ – regelmäßig auf einer Eigenleistung des Versicherten in Form einer ursprünglichen Beitragszahlung in das Sozialversicherungssystem vor Eintritt des abgedeckten Schutzfalles.¹²²⁶ Maßgeblich ist nicht die persönliche Bedürftigkeit,¹²²⁷ sondern ob für diesen Fall eine Leistung aus dem Sozialversicherungssystem aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandes vorgesehen ist.¹²²⁸ Einen solchen Tatbestand können die genannten Fälle wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit, Alter, Verlust des Arbeitsplatzes oder ähnliches bilden.

¹²¹⁹ St. Rspr. EuGH, Rs. 249/83, Slg. 1985, 973 (1986, Rn. 12 ff.) – Hoeckx; Rs. 122/84, Slg. 1985, 1027 (1034 f., Rn. 19 ff.) – Scrivner; Rs. C-78/91, Slg. 1992, I-4839 (4865, Rn. 15) – Hughes; Rs. C-160/96, Slg. 1998, I-843 (886, Rn. 20) – Molenaar; Rs. C-85/99, Slg. 2001, I-2261 (2296, Rn. 28) – Offermanns.

¹²²⁰ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 112.

¹²²¹ Jarass, § 32 Rn. 4; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1034; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 85; Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 14; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 19; Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 65.

¹²²² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 13.

¹²²³ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 18; Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 9.

¹²²⁴ Jarass, § 32 Rn. 4; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1034.

¹²²⁵ S.u. Rn. 4198.

¹²²⁶ Jarass, § 32 Rn. 4.

¹²²⁷ Jarass, § 32 Rn. 4.

¹²²⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-215/99, Slg. 2001, I-1901 (1943 f., Rn. 25) – Jauch.

c) Arbeitgeberleistungen

In einigen der genannten Fälle werden Leistungen nicht (nur) durch die Sozialversicherungssysteme, sondern (auch) durch die Arbeitgeber erbracht, so zum Beispiel in Deutschland die Entgeltfortzahlung bei Mutterschaft und bei Krankheit und in den Niederlanden die Leistungen bei Invalidität und Krankheit. Gegen deren Qualifikationen als „Leistungen der sozialen Sicherheit“ i.S.d. Art. 34 Abs. 1 EGRC spricht, dass die Leistungen aus den Sozialversicherungssystemen beitragsfinanziert werden und damit von der Eigenleistung des Versicherten profitieren, während die oben genannten Leistungen Arbeitgeberzahlungen darstellen. **4095**

Indes werden auch diese Leistungen „nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ gezahlt. Zudem hängt es von den gewachsenen Strukturen ab, ob Leistungen über ein Sozialversicherungssystem oder vom Arbeitgeber gezahlt werden. Art. 34 Abs. 1 EGRC verpflichtet die Union unabhängig davon zur Anerkennung und Achtung der Rechte auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit. Die daraus resultierende Pflicht, die anerkannten Rechte nicht zu verletzen, gilt daher gleichermaßen für solche Leistungen, die aus den Sozialversicherungssystemen resultieren und für solche, die aufgrund arbeitsrechtlicher Regelungen vom Arbeitgeber gezahlt werden. Deshalb sind auch solche Leistungen als vom Begriff der „sozialen Sicherheit“ umfasst anzusehen, die vom Arbeitgeber aufgrund einer nationalen Rechtsvorschrift im Fall der Verwirklichung eines bestimmten Risikos gezahlt werden.¹²²⁹ **4096**

2. Soziale Risiken

Bei den in Art. 34 Abs. 1 EGRC genannten Leistungsfällen, handelt es sich um die gängigen sozialrechtlichen Kategorien.¹²³⁰ **4097**

a) Mutterschaft

Nach den Erläuterungen zur EGRC¹²³¹ ist der Begriff der Mutterschaft in Art. 34 Abs. 1 EGRC i.S.d. vorangehenden Art. 33 EGRC zu verstehen. Dazu besagen die Erläuterungen, dass der Begriff der Mutterschaft den Zeitraum von der Zeugung bis zum Stillen des Kindes abdecke. **4098**

Der letztgenannte Begriff ist jedoch nicht klar zu definieren. Zudem bringt die gewählte Anknüpfung an das Stillen eine Ungleichbehandlung zwischen stillenden und nicht stillenden Müttern. Schließlich führt sie zu Rechtsunsicherheit, da Mütter kurzfristig entscheiden können, ob und wie lange sie stillen.¹²³² Daher ist in Anlehnung an Art. 8 und 10 Mutterschutz-RL 92/85/EWG,¹²³³ die einen insgesamt **4099**

¹²²⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 86; so auch ohne Begründung Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 16.

¹²³⁰ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 16.

¹²³¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹²³² Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 8.

¹²³³ ABl. 1992 L 348, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21.

14-wöchigen Mutterschaftsurlaub vor und nach der Geburt garantieren, der Begriff der Mutterschaft in Art. 33 EGRC¹²³⁴ und 34 EGRC so zu verstehen, dass der Zeitraum von der Zeugung bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs abgedeckt ist.¹²³⁵

b) Sonstige Risiken

- 4100** Im Übrigen definiert Art. 34 Abs. 1 EGRC die Fälle nicht näher, in denen Leistungen der sozialen Sicherheit eingreifen. So wird bei dem Begriff des Arbeitsunfalls beispielsweise nicht festgelegt, ob Wegeunfälle einzubeziehen sind¹²³⁶ und ob Berufskrankheiten als „schleichende Arbeitsunfälle“¹²³⁷ oder als Krankheit anzusehen sind. Auch im Falle des Alters ist nicht bestimmt, ab wann die Leistungen eintreten.¹²³⁸ Es wird zudem auf den Verlust des Arbeitsplatzes und nicht auf Arbeitslosigkeit abgestellt. Das könnte als Entscheidung dafür gewertet werden, dass der Betroffene zuvor einen Arbeitsplatz innegehabt haben muss.¹²³⁹
- 4101** Eine genaue Beschreibung der Fälle, in denen Leistungen der sozialen Sicherheit gezahlt werden, wird damit dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten überlassen. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die in Art. 34 Abs. 1 EGRC aufgezählten Risiken ohnehin nicht abschließend benannt sind.¹²⁴⁰ Indes geben die genannten Beispiele die wichtigsten Kategorien vor und zeigen daher auch, welcher Art und Qualität zusätzlich einzubeziehende Fälle sein müssen.

3. Soziale Dienste

- 4102** Nach den Erläuterungen zur EGRC¹²⁴¹ sollen durch den Hinweis auf die sozialen Dienste die Fälle erfasst werden, in denen derartige Dienste eingerichtet wurden, um bestimmte Leistungen sicherzustellen. Es handelt sich demnach offensichtlich um Dienstleistungen, welche die finanziellen Leistungen der sozialen Sicherheit ergänzen.¹²⁴² Im Grundrechtekonvent wurden als Beispiele Haushaltshilfen, Pflege, Essen auf Rädern und präventive Drogenberatung genannt.¹²⁴³ Derartige soziale Dienste sind in mehreren Mitgliedstaaten auf der Ebene der Verfassung¹²⁴⁴ abgesichert.¹²⁴⁵

¹²³⁴ S.o. Rn. 4008.

¹²³⁵ Jarass, § 31 Rn. 14; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 GRCh Rn. 8.

¹²³⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 89.

¹²³⁷ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1034.

¹²³⁸ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 91.

¹²³⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 92.

¹²⁴⁰ S.o. Rn. 4093.

¹²⁴¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹²⁴² Jarass, § 32 Rn. 5.

¹²⁴³ Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 334; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 19.

¹²⁴⁴ Z.B. in Finnland, Polen und Spanien.

¹²⁴⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 94.

4. Begünstigte

Die Leistungen aus den Sozialversicherungssystemen erhalten die Versicherten. **4103** Die Vorschrift ist daher nicht auf Arbeitnehmer zu beschränken, sondern erfasst auch Selbstständige¹²⁴⁶ und grundsätzlich sogar Drittstaatsangehörige,¹²⁴⁷ soweit sie sich durch Beitragsleistungen einen Anspruch auf Leistung erworben haben. Ursprünglich war im Grundrechtekonvent eine Formulierung diskutiert worden, die den Arbeitnehmern und ihren Angehörigen einen Anspruch auf sozialen Schutz gewährte. Dies wurde jedoch in die heutige Formulierung geändert.¹²⁴⁸

5. Recht auf Zugang zu den Leistungen

Art. 34 Abs. 1 EGRC spricht von einem „Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten“. Art. 34 Abs. 1 EGRC enthält nicht selbst eine Gewährleistung eines Leistungsrechts, sondern lediglich den Grundsatz zur Anerkennung und Achtung der Rechte. Inwiefern diese Rechte gewährt werden, entscheiden der europäische und die nationalen Gesetzgeber. Die Union ist daher lediglich in den Fällen, in denen sich aus dem Unionsrecht oder den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten ein subjektives Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit oder zu den sozialen Diensten ergibt, dazu verpflichtet, dieses anzuerkennen und zu achten. **4104**

Es muss sich entsprechend dem vollständigen Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 EGRC um ein Recht auf Zugang handeln, nicht um ein Recht auf Sozialleistungen. Während im Grundrechtekonvent zunächst ein „Recht auf Leistungen“ vorgesehen war, wurde dies im Laufe des Konvents auf das „Recht auf Zugang zu den Leistungen“ eingeschränkt.¹²⁴⁹ Damit muss die Union lediglich ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung¹²⁵⁰ beim Zugang zu den Leistungen anerkennen und achten.¹²⁵¹ **4105**

¹²⁴⁶ Vgl. Jarass, § 32 Rn. 6.

¹²⁴⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 77; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 25; Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (19).

¹²⁴⁸ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 8.

¹²⁴⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 18.

¹²⁵⁰ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 78; Marauhn, in: Matscher (Hrsg.), Erweitertes Grundrechtsverständnis, 2003, S. 247 (248); Losch/Radau, NVwZ 2003, 1440 (1444); Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (19).

¹²⁵¹ In der englischen Fassung und in den EGRC-Versionen der neuen Mitgliedstaaten findet sich allerdings nur das „Recht auf Leistungen“, nicht das „Recht auf Zugang zu den Leistungen“. Die von der deutschen Fassung abw. Versionen in den neuen Mitgliedstaaten lassen sich damit erklären, dass die englische Version offensichtlich als Modell bei der Übersetzung der EGRC in die Sprachen der neuen Mitgliedstaaten diente. S. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 24 f.

6. Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

- 4106** Mit dem Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten wird den Bedenken der Kritiker der Norm Rechnung getragen. Der Gewährleistungsbereich wird weitestgehend eingeschränkt. So wird berücksichtigt, dass die Union in diesem Bereich nur sehr eingeschränkte Befugnisse hat.¹²⁵² Art. 34 Abs. 1 EGRC knüpft somit an den sozialrechtlichen Bestand in den Mitgliedstaaten an.¹²⁵³ Die sich daraus ergebenden Rechte auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten müssen von der Union anerkannt und geachtet werden. Sie ist keinesfalls verpflichtet, eigene Leistungen und Dienste einzurichten oder zugänglich zu machen.¹²⁵⁴
- 4107** Beim Gewährleistungsgehalt kommt den Gesetzgebern ein weiterer Gestaltungsspielraum zu. Insbesondere können sie den Zugang auf bestimmte Personengruppen beschränken.¹²⁵⁵ Sie müssen auch nicht das derzeit bestehende Niveau beibehalten, sondern können dieses unterschreiten.¹²⁵⁶ Da Art. 34 Abs. 1 EGRC gerade kein Grundrecht, sondern lediglich einen Grundsatz auf Anerkennung und Achtung durch die Union¹²⁵⁷ enthält, können die Mitgliedstaaten sogar ihre Sozialversicherungssysteme gänzlich abschaffen.¹²⁵⁸ Die Mitgliedstaaten sind schließlich auch nicht verpflichtet, einen Rechtsanspruch auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten zu gewährleisten.¹²⁵⁹
- 4108** Der Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ist als Kompromiss im Grundrechtekonvent verständlich, da eine Zustimmung aller Mitgliedstaaten nur zu erreichen war, wenn Kompetenzverluste der Mitgliedstaaten vermieden, den Mitgliedstaaten keine neuen Leistungsverpflichtungen auferlegt und keine Harmonisierung der nationalstaatlichen Sozialsysteme angestrebt wurde.¹²⁶⁰ Zwar wurde damit der gewährleistende Regelungsgehalt des Art. 34 Abs. 1 EGRC aufgrund des Verweises weitgehend relativiert.¹²⁶¹ Immerhin wird aber durch die Aufnahme des Art. 34 Abs. 1 EGRC das soziale Wohlergehen des Einzelnen als wesentlicher Wert der Union anerkannt und festgelegt.¹²⁶² Essenziell dafür ist der allgemeine Zugang, der daher auch in anderen Feldern im Blick zu halten ist.

¹²⁵² Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 17.

¹²⁵³ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 2.

¹²⁵⁴ Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 65.

¹²⁵⁵ Jarass, § 32 Rn. 8.

¹²⁵⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 58.

¹²⁵⁷ S.u. Rn. 4112.

¹²⁵⁸ Darin unterscheidet sich Art. 34 Abs. 1 EGRC deutlich von dem als Grundlage dienenden Art. 12 ESC; s.o. Rn. 4059 ff.

¹²⁵⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 58.

¹²⁶⁰ Vgl. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 51.

¹²⁶¹ Streinz, in: ders., Art. 34 GR-Charta Rn. 5; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 25; Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 28; Pache, EuR 2001, 475 (481); Dorf, JZ 2005, 126 (130).

¹²⁶² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 54.

Zudem wird die Tätigkeit der europäischen Organe dadurch beschränkt, dass sie die nationale Ausgestaltung des Zugangs zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten zu respektieren haben. Damit geht es um eine Erhaltung nationaler Systeme und nicht um deren grundrechtlich abgestützte Fortentwicklung. Diese kann höchstens im Wege unionsrechtlicher Koordinierung nach den bisher vertraglich vorgesehenen Kompetenzen erfolgen. Mithin werden mitgliedstaatliche Freiräume garantiert und lediglich darüber und damit indirekt individuelle soziale Rechte verbürgt. Diese bestehen dann aber auf nationaler Grundlage und nicht auf europarechtlicher. **4109**

7. Einschränkung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsfreiheit

Europarechtliche Freiheiten können auf dieser Basis sogar eingeschränkt werden. Das gilt etwa für die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen auf der Basis der Dienstleistungsfreiheit. Diese kann jedenfalls bezüglich stationärer Behandlungen die Funktionsfähigkeit und damit letztlich die Existenz der sozialen Sicherungssysteme gefährden. Darin liegt daher ein schon bislang vom EuGH anerkannter Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen vor allem der Dienstleistungsfreiheit.¹²⁶³ Dieser erlangt nunmehr auch eine grundrechtliche Basis in Art. 34 Abs. 1 EGRG.¹²⁶⁴ **4110**

Indes geht es dabei um eine Abwägung verschiedener Elemente des europäischen Rechts, nicht aber schon um eine begriffliche Nivellierung und Ausrichtung von Tatbestandsmerkmalen anderer Bestimmungen an Art. 34 EGRG.¹²⁶⁵ Zwar nimmt der EuGH Krankenkassen bei rein sozialen Aufgaben von den Wettbewerbsregeln aus,¹²⁶⁶ jedoch erfolgt dies auf der Basis der wettbewerbsrechtlichen Ausgestaltung des Unternehmensbegriffs.¹²⁶⁷ Dieser wird also nicht etwa von Art. 34 Abs. 1 EGRG geprägt. Das Anliegen dieses Grundrechts ist daher allenfalls bei den Freistellungen nach Art. 81 Abs. 3 EG/101 Abs. 3 AEUV hineinzulesen, wo eine Abwägung mit der Wettbewerbsfreiheit erfolgt und eine Prägung auch durch andere Elemente des Unionsrechts stattfindet.¹²⁶⁸ So kann die Verbesserung der Warenverteilung dadurch eine soziale Komponente erhalten, dass zum Beispiel auch kinderreiche Familien bzw. Pflegebedürftige und alte Menschen Zugang zu unabdingbaren Arzneimitteln haben, mithin ein ortsnahes, erschwingliches Angebot besteht. **4111**

¹²⁶³ S. insbes. EuGH, Rs. C-215/99, Slg. 2001, I-1901 (5534 ff., Rn. 76 ff.) – Smits u. Peerbooms einerseits; Rs. C-385/99, Slg. 2003 I-4509 (4574, Rn. 106 f.) – Müller-Fauré u. van Riet; zum Ganzen *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 266 f., 1035 f., 1558 ff.

¹²⁶⁴ Auch *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 70.

¹²⁶⁵ Dahin *Nußberger*, in Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 74 f.

¹²⁶⁶ EuGH, Rs. C-264/01 u.a., Slg. 2004, I-2493 (2543 f., Rn. 51 ff.) – AOK-Bundesverband u.a.

¹²⁶⁷ Näher *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 363, 2002, 2004; für eine ausschließlich gemeinnützige Tätigkeit von Einrichtungen des Gesundheitswesens jüngst EuGH, Rs. C-205/03 P, Slg. 2006, I-6295 (6328, Rn. 26) – FENIN; s. bereits EuG, Rs. T-319/99, Slg. 2003, II-357 (372 f., Rn. 36) – FENIN.

¹²⁶⁸ Nach *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 85 ff.

8. Normadressat

- 4112** Grundsätzlich sind Adressaten der EGRC gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC die Organe und Einrichtungen der Union und die Mitgliedstaaten, wenn sie das Recht der Union durchführen. Art. 34 Abs. 1 EGRC spricht jedoch ausdrücklich davon, dass „die Union“ das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit anerkennt und achtet. Die Mitgliedstaaten werden nicht genannt. Deshalb ist Art. 34 Abs. 1 EGRC – abweichend von den übrigen EGRC-Normen – dahin gehend auszulegen, dass ausnahmsweise nur die Union verpflichtet wird.¹²⁶⁹ Schließlich sollten den Mitgliedstaaten keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden.¹²⁷⁰ Vielmehr geht es gerade um die Erhaltung nationaler Errungenschaften und damit um eine Begrenzung der europäischen Rechtsetzung.
- 4113** Aufgrund des Verweises auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ist die Union damit zum einen Normadressat, zum anderen Gesetzgeber. In letzterer Funktion kann die Union den Umfang des Gewährleistungsbereichs bestimmen,¹²⁷¹ hat dabei aber den durch Art. 34 Abs. 1 EGRC betonten Wert des Zugangs zur sozialen Sicherheit¹²⁷² im Blick zu halten. Diese Bestimmungsmacht erscheint wegen der Sicherung nationaler Systeme vordergründig problematisch, weil damit die Union, obwohl sie zur Anerkennung und Achtung bestimmter Rechte verpflichtet ist, zugleich diese Rechte festlegen kann. Allerdings stehen der Union im Bereich des sozialen Schutzes nur wenige Kompetenzen zu. Eine Harmonisierung der nationalen Sozialversicherungssysteme wird derzeit nicht angestrebt. Und im Rahmen der Koordinierung ist der Unionsgesetzgeber auf die Wahrung der im nationalen Recht gewährleisteten Zugangsrechte verpflichtet. Genau dies belegt Art. 34 EGRC.
- 4114** Im Übrigen ist der Gewährleistungsbereich des Art. 34 Abs. 1 EGRC aufgrund des Verweises auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ohnehin stark relativiert,¹²⁷³ da er zur Disposition der nationalen und des europäischen Gesetzgebers steht. Dies ist eine Folge des in Titel IV der EGRC durchgängig verwandten Verweises, der jedoch notwendig war, um eine Zustimmung zur EGRC zu erhalten.

IV. Rechtsfolgen

- 4115** Gem. Art. 34 Abs. 1 „anerkennt und achtet“ die Union die näher aufgeführten Rechte. Dies bedeutet, dass die Union keine Maßnahmen ergreifen darf, welche die Rechte auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen

¹²⁶⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 57; a.A. Jarass, § 32 Rn. 7; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 26.

¹²⁷⁰ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 58.

¹²⁷¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 96.

¹²⁷² S.o. Rn. 4108 a.E.

¹²⁷³ S.o. Rn. 4106.

Diensten gefährden könnten.¹²⁷⁴ Damit wird von der Union allerdings lediglich verlangt, die anerkannten Rechte nicht zu verletzen. Sie muss weder aktive Maßnahmen zu ihrem Schutz ergreifen noch die Rechte selbst durch bestimmte Einrichtungen oder eine bestimmte Infrastruktur fördern.¹²⁷⁵ Dass es lediglich bei einer Anerkennung und Achtung bleibt, lässt sich mit der Rücksicht auf die im Sozialbereich im Vergleich zu anderen Regelungsfeldern besonders eng begrenzten Kompetenzen der Union erklären.¹²⁷⁶ Die in den Mitgliedstaaten bestehenden unterschiedlichen Sozialsysteme sollten mit der Regelung nicht harmonisiert und der Union keine Kompetenzen in diesem Bereich erteilt werden.

Da es sich bei Art. 34 Abs. 1 EGRC um einen Grundsatz handelt, ist die Union gem. Art. 51 Abs. 1 S. 2 EGRC bei jeder ihrer Aktivitäten an Art. 34 Abs. 1 EGRC gebunden. Daher erscheint der Hinweis in den Erläuterungen zur EGRC,¹²⁷⁷ wonach der Grundsatz des Art. 34 Abs. 1 EGRC von der Union zu wahren ist, „wenn sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten nach Art. 137 und 140 EG/153 und 156 AEUV tätig wird“, als zu eng.¹²⁷⁸ So kann dieser Grundsatz auch bei den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln als Wert eine Rolle spielen.¹²⁷⁹ **4116**

Eine gerichtliche Geltendmachung ist wegen der Grundsatzqualität grundsätzlich nicht möglich, so dass Klagen auf Erlass von Durchführungsakten oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ausscheiden. Lediglich Inzidentkontrollen über die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz sind denkbar.¹²⁸⁰ Nach Art. 52 Abs. 5 S. 1 EGRC können die Grundsätze der EGRC vor Gericht nur bei der Auslegung von mitgliedstaatlichen Akten zur Durchführung von Unionsrecht und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden. Die Grundsätze sollen von den Gerichten daher nicht unmittelbar, sondern lediglich bei Auslegung und Anwendung der entsprechenden Gesetze als Kontrollmaßstab benutzt werden.¹²⁸¹ **4117**

Die nationalen Normen, die das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten regeln, sind ebenfalls nicht im Rahmen des Art. 34 Abs. 1 EGRC gerichtlich überprüfbar, da die Bestimmung nur die Union zur Anerkennung und Achtung verpflichtet.¹²⁸² Die Abschaffung oder Reduzierung der genannten Leistungen ist daher nicht unter Berufung auf Art. 34 Abs. 1 EGRC justiziabel.¹²⁸³ **4118**

¹²⁷⁴ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 65; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 28.

¹²⁷⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 64 ff.

¹²⁷⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 66.

¹²⁷⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹²⁷⁸ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 68.

¹²⁷⁹ S.o. Rn. 4108 a.E., 4110 f.

¹²⁸⁰ Jarass, § 32 Rn. 9.

¹²⁸¹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1037.

¹²⁸² S.o. Rn. 4107, 4112.

¹²⁸³ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 28; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1038.

V. Prüfungsschema zu Art. 34 Abs. 1 EGRC

4119 1. Gewährleistungsbereich

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) Leistungen der sozialen Sicherheit: durch die Sozialversicherungssysteme bei Eintritt der abgedeckten sozialen Risiken gewährt; beruhen regelmäßig auf einer Eigenleistung des Versicherten in Form einer ursprünglichen Beitragszahlung in das Sozialversicherungssystem vor Eintritt des abgedeckten Schutzfalles; nicht die persönliche Bedürftigkeit maßgeblich, sondern ob für diesen Fall eine Leistung aus dem Sozialversicherungssystem aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandes vorgesehen ist
- b) Leistungsfälle: gängige sozialrechtliche Kategorien; nicht abschließend
- c) soziale Dienste: Dienstleistungen, welche die finanziellen Leistungen der sozialen Sicherheit ergänzen, z.B. Haushaltshilfen, Pflege, Essen auf Rädern, präventive Drogenberatung
- d) kein Leistungsrecht, sondern lediglich Grundsatz zur Anerkennung und Achtung der Rechte; inwiefern diese Rechte gewährt werden, entscheiden der europäische und die nationalen Gesetzgeber; Union ist lediglich in den Fällen, in denen sich aus dem Unionsrecht oder den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten ein subjektives Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit oder zu den sozialen Diensten ergibt, dazu verpflichtet, dieses anzuerkennen und zu achten
- e) weiter Gestaltungsspielraum; insbesondere Zugang auf bestimmte Personengruppen beschränkbar; derzeit bestehendes Niveau kann unterschritten werden

2. Rechtsfolgen

- a) Union darf keine Maßnahmen ergreifen, welche die Rechte auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten gefährden könnten; Achtung des Wertes des Zugangs zur sozialen Sicherheit auch bei anderen Maßnahmen
- b) gerichtliche Geltendmachung grundsätzlich nicht möglich
- c) lediglich Inzidentkontrollen über die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz

C. Gleichbehandlung

I. Entstehung und Entwicklung

4120 Art. 34 Abs. 2 EGRC beinhaltet in Bezug auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen ein Gleichbehandlungsgebot. Danach hat jeder Mensch, der in der Union seinen rechtmäßigen Wohnsitz hat und seinen Aufenthalt rechtmäßig wechselt, Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen nach dem Unionsrecht und den einzel-

staatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Mit dieser Vorschrift wird dem Beschluss des Europäischen Rats von Tampere¹²⁸⁴ Rechnung getragen, wonach auch Drittstaatsangehörige, die sich legal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhalten, vergleichbare Rechte und Pflichten wie Unionsbürger erhalten sollen.¹²⁸⁵

Ursprünglich war die Formulierung des Art. 34 Abs. 2 EGRC noch deutlicher als Gleichheitsgebot ausgeprägt. So hieß es zunächst, dass ein Anspruch „auf die gleichen Leistungen der sozialen Sicherheit, auf die gleichen sozialen Vergünstigungen und auf den gleichen Zugang zur Gesundheitsfürsorge wie (bei den) Angehörigen dieses Mitgliedstaates“ bestehe.¹²⁸⁶ **4121**

II. Grundlagen

Nach den Erläuterungen zur EGRC¹²⁸⁷ stützt sich Art. 34 Abs. 2 EGRC auf Art. 12 Nr. 4 und Art. 13 Nr. 4 ESC¹²⁸⁸ sowie auf Nr. 2 GCSGA.¹²⁸⁹ **4122**

1. ESC

Art. 12 ESC¹²⁹⁰ behandelt insgesamt das Recht auf soziale Sicherheit. In Nr. 4 verpflichten sich die Vertragsparteien durch den Abschluss geeigneter zwei- und mehrseitiger Übereinkünfte oder durch andere Mittel und nach Maßgabe der in diesen Übereinkünften niedergelegten Bedingungen Maßnahmen zu ergreifen, die Folgendes gewährleisten: **4123**

- a) die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen hinsichtlich der Ansprüche aus der Sozialen Sicherheit einschließlich der Wahrung der nach den Rechtsvorschriften der Sozialen Sicherheit erwachsenen Leistungsansprüche, gleichviel wo die geschützten Personen innerhalb der Hoheitsgebiete der Vertragsparteien ihren Aufenthalt nehmen;
- b) die Gewährung, die Erhaltung und das Wiederaufleben von Ansprüchen aus der Sozialen Sicherheit, beispielsweise durch die Zusammenrechnung von Versicherungs- und Beschäftigungszeiten, die nach den Rechtsvorschriften jeder der Vertragsparteien zurückgelegt wurden.

Art. 12 Nr. 4 ESC verpflichtet damit nicht zur Gleichbehandlung der Staatsangehörigen aller Vertragsparteien, sondern nur dazu, bi- und multilaterale Verträge abzuschließen.¹²⁹¹ **4124**

¹²⁸⁴ 15./16.10.1999.

¹²⁸⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 103; Bernsdorff, VSSR 2001, 1 (19).

¹²⁸⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 20.

¹²⁸⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹²⁸⁸ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹²⁸⁹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹²⁹⁰ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹²⁹¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 102.

- 4125** Art. 13 ESC beinhaltet das Recht auf Fürsorge. Er verpflichtet die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Fürsorge zu gewährleisten, die in den Absätzen 1, 2 und 3 genannten Bestimmungen¹²⁹² auf die rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien anzuwenden, und zwar auf der Grundlage der Gleichbehandlung und in Übereinstimmung mit den Verpflichtungen, die sie in dem am 11.12.1953 zu Paris unterzeichneten Europäischen Fürsorgeabkommen¹²⁹³ übernommen haben.
- 4126** Art. 34 Abs. 2 EGRC baut auf dem Grundgedanken der Art. 12 Nr. 4 und Nr. 13 Nr. 4 ESC auf, dass bei einer Zuerkennung sozialer Leistungen nicht nach der Staatsangehörigkeit unterschieden werden darf.¹²⁹⁴ Während Art. 12 Nr. 4 ESC die Gleichbehandlung bei den Ansprüchen aus der sozialen Sicherheit und Art. 13 Nr. 4 ESC die Gleichbehandlung bei der Fürsorge behandeln,¹²⁹⁵ enthält Art. 34 Abs. 2 EGRC einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, der beide Bereiche, nämlich die soziale Sicherheit und die soziale Unterstützung erfasst.

2. GCSGA

- 4127** Nr. 2 GCSGA¹²⁹⁶ ist gemeinsam mit Nr. 1 GCSGA und Nr. 3 GCSGA mit dem Begriff der Freizügigkeit überschrieben. Gem. Nr. 2 GCSGA ermöglicht das Recht auf Freizügigkeit jedem Arbeitnehmer die Ausübung jedes Berufs oder jeder Beschäftigung in der Gemeinschaft, wobei hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, der Arbeitsbedingungen und des sozialen Schutzes des Aufnahmelandes der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt.
- 4128** Anders als in der GCSGA ist in der EGRC das Gleichbehandlungsgebot hinsichtlich des sozialen Schutzes nicht im Zusammenhang mit der Freizügigkeit, sondern bei den sozialen Rechten geregelt. Während die Freizügigkeit als „Bürgerrecht“ in Art. 45 EGRC behandelt wird, ist das spezielle Gleichbehandlungsgebot für den sozialen Schutz auch gemeinsam mit diesem normiert. Nr. 2 GCSGA erfasst alle mit der Freizügigkeit zusammenhängenden Gleichheitsgebote, während Art. 34 Abs. 2 EGRC nur den sozialen Schutz betrifft.

¹²⁹² S.u. Rn. 4175.

¹²⁹³ Das Europäische Fürsorgeabkommen wurde von den Mitgliedern des Europarats am 11.12.1953 in Paris unterzeichnet. Die Vertragsparteien verpflichten sich darin, Staatsangehörigen der anderen Vertragsschließenden, die sich in irgendeinem Teil ihres Gebietes erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie ihren eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen Fürsorgeleistungen zu gewähren, die in der jeweils geltenden Gesetzgebung vorgesehen sind.

¹²⁹⁴ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 103.

¹²⁹⁵ Jarass, § 32 Rn. 10.

¹²⁹⁶ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

3. Europäischer Besitzstand

Nach den Erläuterungen zur EGRC¹²⁹⁷ spiegelt Art. 34 Abs. 2 EGRC die Regeln wider, die sich aus der WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71¹²⁹⁸ und der FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68¹²⁹⁹ ergeben. Als Gleichbehandlungsrecht gibt es zudem Berührungspunkte mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV.¹³⁰⁰ **4129**

a) Art. 12 EG/18 AEUV

Gem. Art. 12 EG/18 AEUV ist im Anwendungsbereich des EG jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Der Rechtsträger erhält dadurch ein subjektives Recht, einem Inländer gleichbehandelt zu werden.¹³⁰¹ Art. 34 Abs. 2 EGRC konkretisiert dieses allgemeine Diskriminierungsverbot und bezieht es auf den speziellen Bereich des sozialen Schutzes. **4130**

b) WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71

In den Erläuterungen zur EGRC¹³⁰² wird bei Art. 34 Abs. 2 EGRC auf die so genannte WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71¹³⁰³ hingewiesen. Vorliegend ist Art. 3 VO (EWG) Nr. 1408/71 von besonderem Interesse. Nach dessen Art. 3 Abs. 1 haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen. Damit konkretisiert Art. 3 VO (EWG) Nr. 1408/71 das in Art. 39 Abs. 2 EG/45 Abs. 2 AEUV ausgesprochene Verbot einer auf der Staatsangehörigkeit basierenden unterschiedlichen Behandlung und das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV. Zudem wird der Idee Rechnung getragen, dass die Verwirklichung der Grundfreiheiten der Arbeitnehmer und Selbstständigen sich nur vollständig realisieren lässt, wenn sämtliche Barrieren im Bereich der sozialen Sicherheit beseitigt sind. Daher wird in Art. 3 der Verordnung dem betroffenen Personenkreis, sofern er in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, diejenige Rechtsstellung eingeräumt, die Inländer innehaben.¹³⁰⁴ **4131**

¹²⁹⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹²⁹⁸ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

¹²⁹⁹ ABl. 1968 L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

¹³⁰⁰ Jarass, § 32 Rn. 10.

¹³⁰¹ Martínez Soria, JZ 2002, 643 (644); näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 2899 ff.

¹³⁰² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹³⁰³ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

¹³⁰⁴ Steinmeyer, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 21 Rn. 73.

c) FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68

- 4132** Die Erläuterungen zur EGRC¹³⁰⁵ beziehen sich auch auf die so genannte FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68¹³⁰⁶. Bedeutsam ist vorliegend ihr Art. 7 Abs. 2.¹³⁰⁷ Danach genießt ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, mittels eines Diskriminierungsverbots jede unterschiedliche Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu vermeiden, um die völlige Freizügigkeit der Arbeitnehmer auf dem Gebiet der Union zu erwirken.¹³⁰⁸ Nach einem erfolgreichen Arbeitsplatzwechsel soll über Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 die soziale Integration des Arbeitnehmers im Aufnahmestaat gefördert werden. Diese stellt neben der geographischen und der beruflichen Mobilität die dritte Komponente der Freizügigkeit dar.
- 4133** In Ergänzung der Regelungen der WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71¹³⁰⁹, welche lediglich die dort genannten Leistungen der sozialen Sicherheit erfasst, soll mit der Regelung des Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 der soziale Schutz des Arbeitnehmers auf dem Gebiet der Union in Form einer möglichst weitgehenden Gleichbehandlung aller Unionsbürger vervollständigt werden. Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 bildet somit einen Auffangtatbestand zur Vervollständigung des sozialrechtlichen Schutzes zugewanderter Arbeitnehmer.¹³¹⁰ Daher finden nach der neueren Rechtsprechung des EuGH auch in einigen Fällen Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 und die WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71 parallel Anwendung.¹³¹¹

d) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG

- 4134** Die FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 wird nunmehr durch die so genannte RL 2004/38/EG¹³¹² geändert und ergänzt.¹³¹³ Diese behandelt das Recht der Uni-

¹³⁰⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹³⁰⁶ Des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (FreizügigkeitsVO), ABl. L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

¹³⁰⁷ Ausführlich *Steinmeyer*, in: Fuchs, Art. 7 VO (EWG) Nr. 1612/68.

¹³⁰⁸ *Steinmeyer*, in: Fuchs, Art. 7 VO (EWG) Nr. 1612/68 Rn. 1; *Zuleeg*, EuGRZ 1992, 329 (332).

¹³⁰⁹ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

¹³¹⁰ *Steinmeyer*, in: Fuchs, Art. 7 VO (EWG) Nr. 1612/68 Rn. 2.

¹³¹¹ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1620.

¹³¹² Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der RLn 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

onsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

aa) Aufenthaltsrechte

Diese neue Richtlinie (FreizügigkeitsRL 2004/38/EG) unterscheidet zwischen drei verschiedenen aufenthaltsrechtlichen Stufen: dem Aufenthalt von bis zu drei Monaten (Art. 6), dem Aufenthalt von mehr als drei Monaten (Art. 7) und dem Daueraufenthalt (Art. 16). Diese Aufenthaltsrechte werden an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. So darf sich jeder Unionsbürger im Besitz eines Personalausweises oder Reisepasses in jedem Mitgliedstaat der Union drei Monate lang aufhalten, ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen. Möchte er länger als diese drei Monate bleiben, muss er über ausreichende Existenzmittel und eine umfassende Krankenversicherung verfügen. Nach fünf Jahren ununterbrochenem rechtmäßigen Aufenthalt besteht ein Daueraufenthaltsrecht. Ähnliche Regelungen enthält die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG für Familienangehörige. Ihr Status leitet sich vom Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers ab, den sie begleiten oder dem sie nachziehen.¹³¹⁴ **4135**

bb) Gleichbehandlungsgrundsatz

Vorliegend ist Art. 24 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG von besonderem Interesse. Nach Absatz 1 genießt grundsätzlich jeder Unionsbürger, der sich aufgrund der Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates. Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen. Nach Absatz 2 ist der Aufnahmestaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren. Mit dieser Regelung wird der Gleichbehandlungsanspruch des Absatzes 1 erheblich eingeschränkt.¹³¹⁵ **4136**

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 24 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG bezieht sich nach seinem Wortlaut und aufgrund des restriktiven personellen Anwendungsbereichs dieser Richtlinie lediglich auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen. Art. 34 Abs. 2 EGRC spricht hingegen davon, dass grundsätzlich jedem Menschen mit rechtmäßigem Wohnsitz und Aufenthaltswechsel in der Union¹³¹⁶ ein Gleichbehandlungsrecht zustehe. Allerdings muss sich dieses aus „dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ **4137**

¹³¹³ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 7.

¹³¹⁴ Ausführlich zur FreizügigkeitsRL u. Rn. 4822 ff.

¹³¹⁵ Zur Kritik an Abs. 2 s.u. Rn. 4888 f.

¹³¹⁶ Näher u. Rn. 4158 ff.

ergeben.¹³¹⁷ Insofern ist es unschädlich, dass Art. 24 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG enger ist. Der eigentliche Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen ergibt sich ohnehin nicht aus Art. 34 Abs. 2 EGRC, sondern aus dem Unionsrecht oder den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten.¹³¹⁸

4. EuGH-Rechtsprechung

- 4138** Im Rahmen der genannten WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71¹³¹⁹ und der FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68¹³²⁰ hat sich der EuGH bereits mit der Gleichbehandlung in Bezug auf Leistungen des sozialen Schutzes befasst. Soweit ersichtlich, hat er bislang jedoch kein entsprechendes Grundrecht anerkannt.

5. Verfassungen der Mitgliedstaaten

- 4139** Die Verfassungen der Mitgliedstaaten garantieren soziale Rechte häufig nur den eigenen Staatsangehörigen.¹³²¹ Lediglich nach der estländischen Verfassung wird das Recht auf staatliche Hilfe im Alter, bei Arbeitsunfähigkeit, bei Verlust des Ernährers und bei individueller Not vorbehaltlich anderslautender Gesetze auch Ausländern und Staatenlosen zugestanden.¹³²²

III. Einordnung

1. Qualifizierung als Grundrecht

a) Wortlaut

- 4140** Art. 34 Abs. 2 EGRC verleiht dem Wortlaut nach einen „Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen“. Dies spricht für die Qualifizierung als subjektives Recht.¹³²³
- 4141** Zudem ist der Kreis der Begünstigten konkret bestimmt, da lediglich die Menschen, die in der Union ihren „rechtmäßigen Wohnsitz“ haben und ihren „Aufenthalt rechtmäßig“ wechseln, Anspruch auf die Leistungen haben. Diesen Menschen kann die Norm folglich ein subjektives Recht vermitteln.¹³²⁴

¹³¹⁷ S.u. Rn. 4166 ff.

¹³¹⁸ S.u. Rn. 4166 ff.

¹³¹⁹ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

¹³²⁰ ABl. 1968 L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

¹³²¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 106.

¹³²² Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 5.

¹³²³ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 55.

¹³²⁴ Vgl. Jarass, § 7 Rn. 26.

b) Genese

Nach den Erläuterungen zur EGRC¹³²⁵ spiegelt Art. 34 Abs. 2 EGRC die Regeln wider, die sich aus den VOen (EWG) Nr. 1408/71¹³²⁶ und Nr. 1612/68¹³²⁷ ergeben. Die darin enthaltenen Gleichbehandlungsregelungen¹³²⁸ werden in die EGRC übernommen. Da die Normen in den Verordnungen subjektive Rechte gewähren, ist davon auszugehen, dass dies auch für Art. 34 Abs. 2 EGRC gelten soll. **4142**

c) Systematik

Die Formulierung des Art. 34 Abs. 2 EGRC entspricht der des Art. 30 EGRC und ähnelt der in Art. 28 EGRC, Art. 29 EGRC, Art. 31 EGRC und Art. 33 Abs. 2 EGRC. Diese gewähren allesamt subjektive Rechte.¹³²⁹ Dies spricht dafür, dass auch Art. 34 Abs. 2 EGRC ein solches Recht gewährt. **4143**

d) Zweck

Art. 34 Abs. 2 EGRC bezieht den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz der Art. 12 EG/18 AEUV und Art. 21 EGRC auf den speziellen Bereich der Leistungen der sozialen Sicherheit und der sozialen Vergünstigungen. Aufgrund der Fülle der Gleichheitsgebote im Primär- und im Sekundärrecht¹³³⁰ ist erkennbar, dass es sich dabei um einen Grundwert des europäischen Rechts handelt. Dem wird am effektivsten Rechnung getragen, wenn Art. 34 Abs. 2 EGRC den Betroffenen einen einklagbaren Anspruch gewährt. Auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV vermittelt ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung.¹³³¹ **4144**

e) Folgerungen

Bei Art. 34 Abs. 2 EGRC handelt es sich damit nach praktisch einhelliger Auffassung um ein subjektives Recht.¹³³² Es gewährt einen Anspruch auf Gleichbehandlung bei Sozialleistungen.¹³³³ **4145**

¹³²⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹³²⁶ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

¹³²⁷ ABl. 1968 L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

¹³²⁸ Art. 3 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 und Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68; s. vorstehende Rn. 4131 ff.

¹³²⁹ S. Rn. 3704 ff., 3771 ff., 3818 ff., 3881 ff.

¹³³⁰ S. nur Art. 3 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 und Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68.

¹³³¹ *Martínez Soria*, JZ 2002, 643 (644).

¹³³² S. *Jarass*, § 32 Rn. 11; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 34 GRCh Rn. 6; *Riedel*, in: *Meyer*, Art. 34 Rn. 21; *Marauhn*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 22 Rn. 27; *Nußberger*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 34 Rn. 55.

¹³³³ *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 34 GRCh Rn. 6.

2. Abgrenzung

4146 Als Gleichheitsgebot, das an einen rechtmäßigen Aufenthaltswechsel anknüpft, hat Art. 34 Abs. 2 EGRC Berührungspunkte mit Art. 21 und Art. 45 EGRC.¹³³⁴

a) Art. 20 und Art. 21 EGRC

4147 Art. 20 EGRC beinhaltet den allgemeinen Gleichheitssatz. Art. 21 EGRC enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Art. 34 Abs. 2 EGRC bezieht das Gleichheitsgebot bzw. das Diskriminierungsverbot¹³³⁵ auf den speziellen Bereich der sozialen Sicherheit und der sozialen Vergünstigungen. Als besonderes Diskriminierungsverbot geht Art. 34 Abs. 2 EGRC der allgemeinen Regelung der Art. 20 und Art. 21 EGRC vor.¹³³⁶

b) Art. 45 EGRC

4148 Das in Art. 45 EGRC enthaltene Freizügigkeitsrecht findet in Art. 34 Abs. 2 EGRC auch insoweit eine spezielle Ausprägung. Daher genießt Art. 34 Abs. 2 EGRC ebenfalls Vorrang.¹³³⁷

IV. Gewährleistungsbereich

4149 Gem. Art. 34 Abs. 2 EGRC hat jeder Mensch, der in der Union seinen rechtmäßigen Wohnsitz hat und seinen Aufenthalt rechtmäßig wechselt, Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

1. Leistungen der sozialen Sicherheit

4150 Die in Art. 34 Abs. 2 EGRC angesprochenen Leistungen der sozialen Sicherheit haben schon aufgrund der unmittelbaren Nähe der Vorschrift zu Art. 34 Abs. 1 EGRC dieselbe Bedeutung wie dort.¹³³⁸ Es handelt sich folglich um Leistungen aus den Sozialversicherungssystemen.¹³³⁹

¹³³⁴ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 31.

¹³³⁵ Vgl. zur Austauschbarkeit der beiden Begriffe o. Rn. 3169 ff.

¹³³⁶ *Jarass*, § 32 Rn. 13.

¹³³⁷ *Jarass*, § 32 Rn. 13.

¹³³⁸ S.o. Rn. 4092 ff.

¹³³⁹ *Jarass*, § 32 Rn. 14.

2. Soziale Vergünstigungen

Der Begriff der sozialen Vergünstigungen findet sich in Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68¹³⁴⁰, auf den auch die Erläuterungen zur EGRC¹³⁴¹ verweisen.¹³⁴² Die Verordnung behandelt das Freizügigkeitsrecht der Arbeitnehmer innerhalb der Union und will die Hindernisse beseitigen, die der Mobilität des Arbeitnehmers entgegenstehen.¹³⁴³ Dementsprechend bestimmt Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68, das ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen genießt wie die inländischen Arbeitnehmer.¹³⁴⁴ **4151**

Der EuGH interpretiert diese Vorschrift sehr weit.¹³⁴⁵ Nach seiner Rechtsprechung umfasst der Begriff der sozialen Vergünstigungen i.S.d. Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 alle Sozialleistungen, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität in der Union zu fördern.¹³⁴⁶ **4152**

Leistungen i.S.d. Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 knüpfen neben der Arbeitnehmereigenschaft somit nicht zuletzt wegen des Wohnsitzprinzips an die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zur Gesellschaft des Gastlandes an.¹³⁴⁷ Der Begriff der sozialen Vergünstigungen ist damit weiter als der der sozialen Sicherheit. Die Leistungen der sozialen Sicherheit stellen vielmehr eine spezielle Form der sozialen Vergünstigungen dar.¹³⁴⁸ Entsprechend ordnete der EuGH bereits mehrfach Leistungen sowohl der sozialen Sicherheit¹³⁴⁹ als auch den sozialen Vergünstigungen¹³⁵⁰ zu, beispielsweise die luxemburgische Mutterschaftshilfe¹³⁵¹ und das deutsche Erziehungsgeld.¹³⁵² **4153**

Zugleich gehören zu den sozialen Vergünstigungen auch die Leistungen der sozialen Unterstützung.¹³⁵³ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind beispielsweise **4154**

¹³⁴⁰ ABl. 1968 L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

¹³⁴¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹³⁴² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 113.

¹³⁴³ S. den 6. Erwägungsgrund der Verordnung.

¹³⁴⁴ S.o. Rn. 4132 f.

¹³⁴⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 114.

¹³⁴⁶ St. Rspr. seit EuGH, Rs. 32/75, Slg. 1975, 1085 (1095, Rn. 10/13) – Cristini.

¹³⁴⁷ Steinmeyer, in: Fuchs, Art. 7 VO (EWG) Nr. 1612/68 Rn. 4.

¹³⁴⁸ Steinmeyer, in: Fuchs, Art. 7 VO (EWG) Nr. 1612/68 Rn. 4; Martínez Soria, JZ 2002, 643 (644).

¹³⁴⁹ Nach Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71; s.o. Rn. 4131.

¹³⁵⁰ Nach Art. 7 Nr. 2 FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68; s.o. Rn. 4132 f.

¹³⁵¹ EuGH, Rs. C-111/91, Slg. 1993, I-817 (846 f., Rn. 22 u. 30) – Kommission/Luxemburg.

¹³⁵² EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 (2717 f., Rn. 24 ff.) – Martínéz Sala.

¹³⁵³ Jarass, § 32 Rn. 1; Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 20.

die Sozialhilfe oder ähnliche bedürftigkeitsabhängige Leistungen zur Sicherung eines Existenzminimums,¹³⁵⁴ garantierte Mindesteinkommen im Alter,¹³⁵⁵ Sozialleistungen für Behinderte bzw. für deren Integration,¹³⁵⁶ Arbeitslosengeld,¹³⁵⁷ Ausbildungsförderung,¹³⁵⁸ Bestattungsgeld¹³⁵⁹ etc. als soziale Vergünstigungen anzusehen.¹³⁶⁰

3. Grundrechtsträger

a) Personenkreis

- 4155** Träger des Gleichbehandlungsgrundrechts des Art. 34 Abs. 2 EGRC sind alle Menschen, die in der Union ihren „rechtmäßigen Wohnsitz“ haben und ihren „Aufenthalt rechtmäßig“ wechseln.
- 4156** Dabei muss es sich um natürliche Personen handeln. Juristische Personen sind nicht grundrechtsberechtigt,¹³⁶¹ da davon gesprochen wird, dass „jeder Mensch“ Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen hat.
- 4157** Im Gegensatz zu den ersten Entwürfen im Grundrechtekonvent ist die Arbeitnehmereigenschaft keine Voraussetzung für eine Anspruchsberechtigung.¹³⁶² Im Laufe des Grundrechtekonvents ist der geschützte Personenkreis bewusst erweitert worden.¹³⁶³

b) Rechtmäßiger Wohnsitz und Aufenthaltswechsel

aa) Maßgebliche Ankündigungspunkte

- 4158** Art. 34 Abs. 2 EGRC verlangt einen rechtmäßigen Wohnsitz und einen rechtmäßigen Aufenthaltswechsel in der Union. Es kommt damit nicht auf die Staatsangehörigkeit der betreffenden Person an, sondern vielmehr auf die Rechtmäßigkeit ihres Wohnsitzes und ihres Aufenthaltswechsels.¹³⁶⁴ Wohnsitz ist in Anlehnung an

¹³⁵⁴ EuGH, Rs. 122/84, Slg. 1985, 1027 (1036, Rn. 26) – Scrivner.

¹³⁵⁵ EuGH, Rs. 1/72, Slg. 1972, 457 (466 f., Rn. 16/18) – Frilli.

¹³⁵⁶ EuGH, Rs. 76/72, Slg. 1973, 457 (463 f., Rn. 6/10 f.) – Michel S.; Rs. 187/73, Slg. 1974, 553 (563, Rn. 15) – Callemeyn; Rs. 63/76, Slg. 1976, 2057 (2068, Rn. 18/21) – Inzirillo; Rs. C-310/91, Slg. 1993, I-3011 (3042 ff., Rn. 16 ff.) – Schmid.

¹³⁵⁷ EuGH, Rs. 94/84, Slg. 1985, 1873 (1886 f., Rn. 23 ff.) – Deak.

¹³⁵⁸ EuGH, Rs. 39/86, Slg. 1988, 3161 (3197, Rn. 23 f.) – Lair; Rs. 235/87, Slg. 1988, 5589 (5610 f., Rn. 11 ff.) – Matteuci; auch Rs. C-3/90, Slg. 1992, I-1071 (1107 f., Rn. 23 ff.) – Bernini.

¹³⁵⁹ EuGH, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617 (2637, Rn. 14) – O’Flynn.

¹³⁶⁰ Weitere Beispiele bei Steinmeyer, in: Fuchs, Art. 7 VO (EWG) Nr. 1612/68 Rn. 9 und bei Martínez Soria, JZ 2002, 643 (644).

¹³⁶¹ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 10; Jarass, § 32 Rn. 16.

¹³⁶² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 111.

¹³⁶³ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 10.

¹³⁶⁴ Jarass, § 32 Rn. 16; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 106.

Art. 1 lit. h) VO (EWG) Nr. 1408/71¹³⁶⁵ der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts. Unter Aufenthalt ist entsprechend der Begriffsbestimmung in Art. 1 lit. i) VO (EWG) Nr. 1408/71 der vorübergehende Aufenthalt zu verstehen.

Bezüglich der Rechtmäßigkeit von Wohnsitz und Aufenthaltswechsel wird an das Recht auf Freizügigkeit angeknüpft.¹³⁶⁶ Dabei ist gem. Art. 45 EGRC zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen zu unterscheiden. Gem. Art. 45 Abs. 1 EGRC haben die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Nach Art. 45 Abs. 2 EGRC kann Staatsangehörigen dritter Länder, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhalten, nach Maßgabe der Verträge Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit gewährt werden. Drittstaatsangehörige genießen damit kein automatisches Freizügigkeitsrecht. **4159**

bb) Unionsbürger und ihre Familienangehörigen

Der Regelung des Art. 45 Abs. 1 EGRC entspricht derzeit im europäischen Sekundärrecht die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG¹³⁶⁷. Sie bestimmt, inwiefern sich Unionsbürger und ihre Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten dürfen. Danach darf sich jeder Unionsbürger im Besitz eines Personalausweises oder Reisepasses in jedem Mitgliedstaat drei Monate lang aufhalten, ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen. Ein darüber hinausgehender Aufenthalt setzt ausreichende Existenzmittel und eine umfassende Krankenversicherung voraus. Nach fünf Jahren ununterbrochenem rechtmäßigen Aufenthalt steht jedem Unionsbürger ein Daueraufenthaltsrecht zu. Die Familienangehörigen leiten ihr Aufenthaltsrecht von dem Unionsbürger ab, den sie begleiten oder dem sie nachziehen. Für sie enthält die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG Sonderregelungen.¹³⁶⁸ **4160**

Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG entscheidet damit, inwiefern ein Unionsbürger und/oder seine Familienangehörigen ihren rechtmäßigen Wohnsitz in der Union haben und ob ein Aufenthaltswechsel innerhalb der Union rechtmäßig erfolgt.¹³⁶⁹ **4161**

cc) Drittstaatsangehörige

Da Art. 34 Abs. 2 EGRC nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an den rechtmäßigen Wohnsitz und Aufenthaltswechsel anknüpft, können grundsätzlich auch Drittstaatsangehörige Grundrechtsträger sein. Sie müssen dazu lediglich in der Union ihren rechtmäßigen Wohnsitz haben und ihren Aufenthalt rechtmäßig wech- **4162**

¹³⁶⁵ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

¹³⁶⁶ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 9.

¹³⁶⁷ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

¹³⁶⁸ S.o. Rn. 4134 ff.; ausführlich zur FreizügigkeitsRL 2004/38/EG u. Rn. 4822 ff.

¹³⁶⁹ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 10.

seln. Damit werden illegale Einwanderer von der Regelung des Art. 34 Abs. 2 EGRC ausgeschlossen.¹³⁷⁰

4163 Inwiefern ein Drittstaatsangehöriger rechtmäßig in der Union wohnt und seinen Aufenthalt wechselt, beurteilt sich nicht nach der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG¹³⁷¹, sondern nach nationalem Recht. So werden die Einreise und der Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen in Deutschland beispielsweise durch das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG) geregelt. Danach bedarf jeder Drittstaatsangehörige für den Aufenthalt in Deutschland eines Aufenthaltstitels, der in Form von Visum, Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis erteilt wird.

4164 Problematisch sind allerdings die Fälle, in denen die Leistung der sozialen Sicherheit oder die soziale Vergünstigung von der Beziehung zu einer weiteren Person abhängt (so beim Kindergeld oder bei der Hinterbliebenenrente) und diese Person nicht ihren rechtmäßigen Wohnsitz in der Union hat. Als Beispiel mag der Fall dienen, bei dem die Kinder eines sich rechtmäßig in der Union aufhaltenden Drittstaatsangehörigen in dessen Herkunftsland außerhalb der Union geblieben sind.¹³⁷² Fraglich ist in diesem Fall, wer in Bezug auf die Leistung der sozialen Sicherheit oder die soziale Vergünstigung anspruchsberechtigt ist: der Vater, der alle Voraussetzungen des Art. 34 Abs. 2 EGRC erfüllt, oder die Kinder, die dies nicht tun. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach der jeweiligen Bestimmung, aufgrund derer die Leistung gewährt wird. Erfüllt die anspruchsberechtigte Person alle Voraussetzungen des Art. 34 Abs. 2 EGRC, hat sie auch einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Erfüllt sie die Voraussetzungen nicht, kann sie sich nicht auf Art. 34 Abs. 2 EGRC berufen.

c) *Innerhalb der Union*

4165 Gem. Art. 34 Abs. 2 EGRC hat jeder Mensch, der in der Union seinen rechtmäßigen Wohnsitz hat und seinen Aufenthalt rechtmäßig wechselt, Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen. In der englischen und französischen Fassung wird klargestellt, dass nicht nur der rechtmäßige Wohnsitz innerhalb der Union liegen muss, sondern auch der rechtmäßige Aufenthaltswechsel innerhalb der Union stattzufinden hat.¹³⁷³ Daher muss bei dem betreffenden Sachverhalt ein grenzüberschreitender Bezug gegeben sein.¹³⁷⁴ Rein innerstaatliche Vorgänge sind nicht erfasst. Die Vorschrift zielt nämlich auf die Probleme, die sich bei einem Wechsel über die innergemeinschaftlichen Grenzen hinweg ergeben,¹³⁷⁵ und ergänzt das Freizügigkeitsrecht. In Anlehnung an die

¹³⁷⁰ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 109; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1040.

¹³⁷¹ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

¹³⁷² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 108.

¹³⁷³ Jarass, § 32 Rn. 15.

¹³⁷⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-95-99 u. 180/99, Slg. 2001, I-7413 (7463, Rn. 72) – Khalil u.a.; Rs. C-153/91, Slg. 1992, I-4973 (4995, Rn. 10) – Petit; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 110.

¹³⁷⁵ Jarass, § 32 Rn. 15.

WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71,¹³⁷⁶ die das gleiche Ziel verfolgt¹³⁷⁷ und Grundlage für die Bestimmung des Art. 34 Abs. 2 EGRC war,¹³⁷⁸ ist der Anwendungsbereich des Art. 34 Abs. 2 EGRC daher auf Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug zu beschränken. Personen, die zwar rechtmäßig ihren Wohnsitz in der Union haben, ihren Aufenthalt jedoch nicht rechtmäßig in einen anderen Staat wechseln, können sich deshalb nicht auf Art. 34 Abs. 2 EGRC berufen.

4. Verweis auf Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

Der Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen ergibt sich aus „Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“. Art. 34 Abs. 2 EGRC gewährt selbst keinen Anspruch auf die Leistungen, sondern enthält lediglich ein Grundrecht auf Gleichbehandlung.¹³⁷⁹ Art. 34 Abs. 2 EGRC ist daher keine eigenständige Anspruchsgrundlage für Leistungen der sozialen Sicherheit oder soziale Vergünstigungen, sondern begründet Ansprüche nur zusammen mit Vorschriften des nationalen und des Unionsrechts.¹³⁸⁰ **4166**

Die Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit und sozialen Unterstützung obliegt damit entsprechend der bestehenden Kompetenzverteilung weiterhin den Mitgliedstaaten. Deren Gesetzgeber entscheiden, ob sie Ansprüche auf Leistungen der sozialen Sicherheit und/oder soziale Vergünstigungen gewähren. Wenn sie dies tun, greift das Gleichbehandlungsgebot des Art. 34 Abs. 2 EGRC ein. Sehen die nationalen Rechtsordnungen hingegen keine Leistungen der sozialen Sicherheit vor, können diese auch nicht über Art. 34 Abs. 2 EGRC gefordert werden. Art. 34 Abs. 2 EGRC verlangt lediglich eine diskriminierungsfreie Anwendung bestehender Regelungen.¹³⁸¹ **4167**

Zwar wird auch bei Art. 34 Abs. 2 EGRC der Regelungsgehalt der Norm aufgrund des Verweises auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten weitgehend relativiert.¹³⁸² Die Aufnahme der Vorschrift in die EGRC hat jedoch wichtige Signalwirkung.¹³⁸³ Aufgrund des erlassenen Sekundärrechts¹³⁸⁴ herrscht bereits jetzt in der Union der Standard, dass aus- **4168**

¹³⁷⁶ ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1.

¹³⁷⁷ EuGH, Rs. C-95-99 u. 180/99, Slg. 2001, I-7413 (7462, Rn. 67) – Khalil u.a.

¹³⁷⁸ S.o. Rn. 4131 f.

¹³⁷⁹ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 6.

¹³⁸⁰ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 116.

¹³⁸¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 127.

¹³⁸² Streinz, in: ders., Art. 27 GR-Charta Rn. 2; Lang, in: Tettinger/Stern, Art. 27 Rn. 25; Riedel, in: Meyer, Art. 27 Rn. 28; Pache, EuR 2001, 475 (481); Dorf, JZ 2005, 126 (130).

¹³⁸³ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 18.

¹³⁸⁴ S. die WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1), die FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68 (ABl. 1968 L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG,

ländische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, die sich rechtmäßig im Unionsgebiet aufhalten und dort einen rechtmäßigen Wohnsitz haben, in Bezug auf Sozialleistungen gleich zu behandeln sind. Der EuGH hat die Positionen in einer Reihe von Entscheidungen ausgebaut und gefestigt.¹³⁸⁵ Durch Aufnahme des Art. 34 Abs. 2 EGRC in die EGRC hat dieser bereits bestehende Rechtsstandard ein zusätzliches Gewicht erhalten.¹³⁸⁶

5. Normadressat

- 4169** Der Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten hat zur Folge, dass Adressat des Art. 34 Abs. 2 EGRC nicht – wie gewöhnlich – die Union und die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des europäischen Rechts sein können. Auch wenn darauf Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC die Adressaten der EGRC begrenzt, müssen vorliegend die Mitgliedstaaten ebenso bei der Durchführung nationalen Rechts an Art. 34 Abs. 2 EGRC gebunden sein. Andernfalls würde die Bestimmung weitestgehend leerlaufen.¹³⁸⁷

V. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

- 4170** Art. 34 Abs. 2 EGRC verbietet jegliche Ungleichbehandlung bei der Gewährung von Leistungen der sozialen Sicherheit und bei sozialen Vergünstigungen. Bei einem grenzüberschreitenden Aufenthaltswechsel darf es daher nicht zu einer Ungleichbehandlung zwischen einem Inländer und der Person, die den Aufenthaltswechsel vorgenommen hat, kommen.¹³⁸⁸
- 4171** Da das Grundrecht des Art. 34 Abs. 2 EGRC von vornherein nur auf Gleichbehandlung bei den nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten bestehenden Ansprüchen auf Leistungen der sozialen Sicherheit und soziale Vergünstigungen gerichtet ist, sind Einschränkungen bei der Gleichbehandlung möglich.¹³⁸⁹ So werden die Ansprüche nur unter Berücksichtigung der im Unionsrecht und in den nationalen Vorschriften enthaltenen Einschränkungen gewährt.¹³⁹⁰ Es ist lediglich der sich aus dem Grundrechtscharakter ergebende Wesensgehalt zu beachten. Die Rechtfertigung einer Beeinträchtigung des Gleichheitsgebots ist bei Vorliegen objektiver Gründe und bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit denkbar.¹³⁹¹

ABl. 2004 L 158, S. 77) und die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG (ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtet durch ABl. 2004 L 229, S. 35), o. Rn. 4131 ff.

¹³⁸⁵ S. Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 18; Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 1559 ff.

¹³⁸⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 18.

¹³⁸⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 105.

¹³⁸⁸ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 11; Marauhn, in: Heselerhaus/Nowak, § 22 Rn. 29.

¹³⁸⁹ Jarass, § 32 Rn. 18.

¹³⁹⁰ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 117.

¹³⁹¹ Jarass, § 32 Rn. 18; Marauhn, in: Heselerhaus/Nowak, § 22 Rn. 30.

Ob die in Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG¹³⁹² vorgenommenen Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot¹³⁹³ noch eine rechtmäßige Ausgestaltung des Art. 34 Abs. 2 EGRC darstellen oder schon in das Grundrecht eingreifen, mag zweifelhaft sein.¹³⁹⁴ Gegen einen Eingriff spricht die weitgehende konstitutive Bedeutung der rechtlichen Ausgestaltung auch durch das Unionsrecht. Diese darf nur nicht den Gehalt des Art. 34 Abs. 2 EGRC praktisch aushebeln. In Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG wurden indes sachgerechte Anknüpfungspunkte gewählt. Diese rechtfertigen jedenfalls eine Einschränkung. Die Einschränkungen nach Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG knüpfen neben schon nach den Grundfreiheiten besonders herausgehobenen Merkmalen an die Aufenthaltsdauer an, welche erst die Zugehörigkeit zu einer neuen Solidargemeinschaft auch für soziale Leistungen und damit deren finanzielle Belastung begründet. Soziale Leistungen beruhen schließlich wesentlich auf ihrer Finanzierbarkeit. Diese ist angesichts knapper öffentlicher Kassen zwingende Grundlage. Die anderen Absätze von Art. 34 EGRC sind nicht zuletzt zur Vermeidung finanzieller Lasten als Grundsatz ausgestaltet. Die Möglichkeit von Vorbehalten im Rahmen eines ansonsten subjektiv einforderbaren Rechts ist das unabdingbare Pendant dazu und daher systemberechtigt. **4172**

¹³⁹² ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtet durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

¹³⁹³ S.o. Rn. 4134 ff.

¹³⁹⁴ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 12.

VI. Prüfungsschema zu Art. 34 Abs. 2 EGRC

4173 1. Schutzbereich

- a) Anspruch auf Gleichbehandlung bei Sozialleistungen
- b) Leistungen der sozialen Sicherheit: werden dem Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandes gewährt, ohne dass im Einzelfall eine in das Ermessen gestellte Prüfung des persönlichen Bedarfs erfolgt; beziehen sich auf ein Risiko, das einem der in Art. 34 Abs. 1 EGRC genannten Fälle zumindest ähnelt
- c) Begriff der sozialen Vergünstigungen ist weiter: alle Sozialleistungen, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität in der Union zu fördern; auch Leistungen der sozialen Unterstützung (vgl. Art. 34 Abs. 3 EGRC)
- d) kein Anspruch auf Leistungen, sondern lediglich Grundrecht auf Gleichbehandlung; Ansprüche nur zusammen mit Vorschriften des nationalen oder des Unionsrechts
- e) Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit und sozialen Unterstützung obliegt weiterhin den Mitgliedstaaten
- f) Träger des Gleichbehandlungsgrundrechts: alle Menschen, die in der Union ihren „rechtmäßigen Wohnsitz“ haben und ihren „Aufenthalt rechtmäßig“ wechseln, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit; für Unionsbürger abhängig von FreizügigkeitsRL, bei Drittstaatsangehörigen vom nationalen Recht

2. Beeinträchtigung

Ungleichbehandlung zwischen einem Inländer und der Person, die einen grenzüberschreitenden Aufenthaltswechsel vorgenommen hat

3. Rechtfertigung

bei sachgerechtem Anknüpfungspunkt: Aufenthaltsdauer, Finanzierbarkeit

D. Soziale Unterstützung

I. Grundlagen

- 4174 Gem. Art. 34 Abs. 3 EGRC anerkennt und achtet die Union, um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

ten. Nach den Erläuterungen zur EGRC¹³⁹⁵ lehnt sich diese Bestimmung an Art. 13 ESC¹³⁹⁶ und die Art. 30 und 31 rev. ESC¹³⁹⁷ sowie an Nr. 10 GCSGA¹³⁹⁸ an.

1. ESC

a) Art. 13 ESC

Art. 13 ESC¹³⁹⁹ behandelt das Recht auf Fürsorge. Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Fürsorge zu gewährleisten, verpflichtet er die Vertragsparteien, **4175**

1. sicherzustellen, dass jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese auch nicht selbst oder von anderen, insbesondere durch Leistungen aus einem System der Sozialen Sicherheit verschaffen kann, ausreichende Unterstützung gewährt wird und im Falle der Erkrankung die Betreuung, die seine Lage erfordert;
2. sicherzustellen, dass Personen, die diese Fürsorge in Anspruch nehmen, nicht aus diesem Grund in ihren politischen oder sozialen Rechten beeinträchtigt werden;
3. dafür zu sorgen, dass jedermann durch zweckentsprechende öffentliche oder private Einrichtungen die zur Verhütung, Behebung oder Milderung einer persönlichen oder familiären Notlage erforderliche Beratung und persönliche Hilfe erhalten kann;
4. die in den Absätzen 1, 2 und 3 genannten Bestimmungen auf die rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien anzuwenden, und zwar auf der Grundlage der Gleichbehandlung und in Übereinstimmung mit den Verpflichtungen, die sie in dem am 11.12.1953 zu Paris unterzeichneten Europäischen Fürsorgeabkommen übernommen haben.

Während sich Art. 13 Nr. 1 ESC zum Teil wörtlich in Art. 34 Abs. 3 EGRC **4176** wiederfindet, sind die Gewährleistungen des Art. 13 Nr. 2 und Nr. 3 ESC gar nicht in die EGRC und ist Art. 13 Nr. 4 ESC in Art. 34 Abs. 2 EGRC aufgenommen worden. Daher verwundert der allgemeine Verweis in den Erläuterungen¹⁴⁰⁰ auf den gesamten Art. 13 ESC.

¹³⁹⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹³⁹⁶ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹³⁹⁷ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

¹³⁹⁸ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., s. Rn. 3539.

¹³⁹⁹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁴⁰⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

b) Art. 30 rev. ESC

4177 In Art. 30 rev. ESC¹⁴⁰¹ verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung zu gewährleisten,

- a) im Rahmen eines umfassenden und koordinierten Ansatzes Maßnahmen zu ergreifen, um für Personen, die in sozialer Ausgrenzung oder Armut leben oder Gefahr laufen, in eine solche Lage zu geraten, sowie für deren Familien den tatsächlichen Zugang insbesondere zur Beschäftigung, zu Wohnraum, zur Ausbildung, zum Unterricht, zur Kultur und zur Fürsorge zu fördern;
- b) diese Maßnahmen, falls erforderlich, im Hinblick auf ihre Anpassung zu überprüfen.

4178 Vergleichbar mit Art. 30 rev. ESC, nennt Art. 34 Abs. 3 EGRC den Zweck der Vorschrift, nämlich „soziale Ausgrenzung und ... Armut zu bekämpfen“. Anders als Art. 30 rev. ESC enthält Art. 34 Abs. 3 EGRC jedoch keine konkreten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um Bedürftigen Zugang zu Beschäftigung, Wohnraum, Ausbildung, Unterricht, Kultur und Fürsorge zu verschaffen.¹⁴⁰² Art. 34 Abs. 3 EGRC verpflichtet nur zur Anerkennung und Achtung der Rechte auf soziale Unterstützung und Unterstützung für die Wohnung und belässt es damit bei einer abstrakteren Ebene.¹⁴⁰³ Insbesondere wird keine spezielle Förderung in den Bereichen Beschäftigung, Ausbildung, Unterricht und Kultur verlangt. Art. 34 Abs. 3 EGRC greift lediglich den Teilaspekt der Wohnung auf und bezieht sich im Übrigen abstrakt auf die Problemfelder der sozialen Ausgrenzung und Armut.¹⁴⁰⁴

c) Art. 31 rev. ESC

4179 Art. 31 rev. ESC¹⁴⁰⁵ befasst sich mit dem Recht auf Wohnung. Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Wohnung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, Maßnahmen zu ergreifen, die darauf gerichtet sind:

1. den Zugang zu Wohnraum mit ausreichendem Standard zu fördern;
2. der Obdachlosigkeit vorzubeugen und sie mit dem Ziel der schrittweisen Beseitigung abzubauen;
3. die Wohnkosten für Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, so zu gestalten, dass sie tragbar sind.

¹⁴⁰¹ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s.o. Rn. 3535 ff.

¹⁴⁰² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 131.

¹⁴⁰³ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 4.

¹⁴⁰⁴ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 11.

¹⁴⁰⁵ Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, Europarat SEV-Nr. 163, s. auch Rn. 3535 ff.

Auch im Grundrechtekonvent wurde ein „Recht auf Wohnung“ diskutiert. Es wurde letztlich jedoch abgelehnt.¹⁴⁰⁶ In Art. 34 Abs. 3 EGRC hat lediglich die Anerkennung und Achtung des Rechts auf eine Unterstützung für die Wohnung Eingang gefunden. Damit verlangt Art. 34 EGRC – anders als Art. 31 rev. ESC – keine weitreichenden, konkreten Maßnahmen.¹⁴⁰⁷ **4180**

2. GCSGA

Gem. Nr. 10 GCSGA¹⁴⁰⁸ hat entsprechend den Gegebenheiten der einzelnen Länder jeder Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaft Anspruch auf einen angemessenen sozialen Schutz und muss unabhängig von seiner Stellung und von der Größe des Unternehmens, in dem er arbeitet, Leistungen der sozialen Sicherheit in ausreichender Höhe erhalten (1. Spiegelstrich). Zudem müssen alle, die vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind, weil sie keinen Zugang dazu fanden oder sich nicht wieder eingliedern konnten, und die nicht über Mittel für den Unterhalt verfügen, ausreichende Leistungen empfangen und Zuwendungen beziehen können, die ihrer persönlichen Lage angemessen sind (2. Spiegelstrich). **4181**

Damit behandelt nur der 2. Spiegelstrich von Nr. 10 GCSGA die soziale Unterstützung und damit den Regelungsgehalt von Art. 34 Abs. 3 EGRC. Nr. 10 1. Spiegelstrich GCSGA befasst sich hingegen mit der in Art. 34 Abs. 1 EGRC geregelten sozialen Sicherheit. Dem entspricht es, dass die Erläuterungen zur EGRC¹⁴⁰⁹ bei Art. 34 Abs. 1 EGRC ebenfalls auf Nr. 10 GCSGA verweisen. Bei Art. 34 Abs. 3 EGRC wäre ein Hinweis lediglich auf Nr. 10 2. Spiegelstrich GCSGA präziser gewesen. **4182**

3. Europäischer Besitzstand

Individuelle Sozialhilfe ist im EG/AEUV nicht geregelt.¹⁴¹⁰ Allerdings weisen die Erläuterungen zur EGRC¹⁴¹¹ bei Art. 34 Abs. 3 EGRC auf Art. 137 EG/153 AEUV hin.¹⁴¹² Art. 137 Abs. 1 lit. j) EG/153 Abs. 1 lit. j) AEUV nennt die Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung als ein Gebiet, in dem die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten unterstützt und ergänzt. Das gleiche Ziel nennt Art. 34 Abs. 3 EGRC. Damit erhält die Armutsbekämpfung eine grundrechtliche Absicherung.¹⁴¹³ **4183**

¹⁴⁰⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 138.

¹⁴⁰⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 138; Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 22.

¹⁴⁰⁸ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (1989) 248 endg., S. Rn. 3539.

¹⁴⁰⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁴¹⁰ Funk, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 (50).

¹⁴¹¹ ABl. 2004 C 310, S. 424 (444).

¹⁴¹² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁴¹³ Dazu Marauhn, in: Matscher (Hrsg.), Erweitertes Grundrechtsverständnis, 2003, S. 247 (249).

4. EuGH-Rechtsprechung

- 4184** Der Begriff der sozialen Unterstützung wird bislang im Europarecht nicht verwandt.¹⁴¹⁴ Dementsprechend hat der EuGH bislang auch kein Grundrecht auf soziale Unterstützung anerkannt.¹⁴¹⁵

5. Verfassungen der Mitgliedstaaten

a) *Recht auf soziale Unterstützung*

- 4185** Die Verfassungen der Mitgliedstaaten enthalten sehr unterschiedliche Bezugnahmen auf das Recht auf soziale Unterstützung.¹⁴¹⁶ Die dänische Verfassung gewährt ein Recht auf soziale Unterstützung,¹⁴¹⁷ worunter das Existenzminimum zu verstehen ist. Die finnische Verfassung enthält ein Recht auf lebensnotwendige Unterstützung und Fürsorge.¹⁴¹⁸ In der niederländischen Verfassung findet sich ein Anspruch auf Sozialhilfe.¹⁴¹⁹ Die tschechische Verfassung gewährt jedem Bürger, der sich in materieller Not befindet, ein Recht auf eine derartige Unterstützung, die zur Sicherstellung der grundlegenden Lebensbedingungen notwendig ist.¹⁴²⁰ Die slowakische Verfassung gewährt jedem, der sich in materieller Not befindet, ein Recht auf die Unterstützung, die zur Gewährleistung des Lebensunterhalts notwendig ist.¹⁴²¹ In der litauischen Verfassung¹⁴²² und in der Verfassung Maltas wird Sozialhilfe in näher bezeichneten Fällen gewährleistet.
- 4186** Das deutsche Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung zur sozialen Unterstützung. Allerdings erkennt das BVerfG in ständiger Rechtsprechung auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. mit dem Sozialstaatsprinzip ein Recht auf ein Existenzminimum an.¹⁴²³

b) *Recht auf Unterstützung für die Wohnung*

- 4187** Auch hinsichtlich einer Wohnungsunterstützung sind die Gewährleistungen in den Verfassungen der Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich.¹⁴²⁴ Hinzu kommt, dass Art. 34 Abs. 3 EGRC nicht ein Recht auf Wohnung statuiert, sondern lediglich von einer „Unterstützung für die Wohnung“ spricht. Ein Recht auf Wohnung wird in der

¹⁴¹⁴ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 82.

¹⁴¹⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 30.

¹⁴¹⁶ S. Streinz, in: ders., Art. 34 GR-Charta Rn. 4; ausführlich Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 5.

¹⁴¹⁷ § 75 Abs. 2 der dänischen Verfassung.

¹⁴¹⁸ § 19 der finnischen Verfassung.

¹⁴¹⁹ Art. 20 der niederländischen Verfassung.

¹⁴²⁰ Art. 30 der tschechischen Verfassung.

¹⁴²¹ Art. 39 der slowakischen Verfassung.

¹⁴²² Art. 48 Abs. 1 der litauischen Verfassung.

¹⁴²³ S. BVerfGE 45, 187 (228); 82, 60 (85); Krieger, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 92; Murswiek, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 112 Rn. 99; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 26 m.w.N.

¹⁴²⁴ Ausführlich Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 5.

spanischen¹⁴²⁵ und in der finnischen Verfassung¹⁴²⁶ garantiert. Die griechische Verfassung enthält eine Staatszielbestimmung, die eine Beschaffung von Wohnungen für Obdachlose vorsieht.¹⁴²⁷ Die belgische Verfassung gewährleistet ein Recht auf eine angemessene Wohnung.¹⁴²⁸ In der slowenischen Verfassung wird der Staat dazu verpflichtet, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Staatsbürger eine angemessene Wohnung erwerben können.¹⁴²⁹ Nach der polnischen Verfassung wird eine Politik verfolgt, die den Wohnbedürfnissen der Staatsbürger entgegenkommt, und insbesondere der Obdachlosigkeit entgegenwirkt, die Entwicklung des sozialen Wohnungsbaus fördert sowie die Bestrebungen der Staatsangehörigen, eigene Wohnungen zu erlangen, unterstützt.¹⁴³⁰

II. Einordnung

1. Qualifizierung als Grundsatz

a) Wortlaut

Der Wortlaut von Art. 34 Abs. 3 EGRC gleicht dem des Art. 34 Abs. 1 EGRC, wenn davon gesprochen wird, dass die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung „anerkennt und achtet“. Diese Formulierung spricht für die Qualifizierung als Grundsatz. Zum einen wird das Recht auf eine soziale Unterstützung nicht gewährleistet, sondern lediglich anerkannt und geachtet. Zum anderen ist der Kreis der begünstigten Personen nicht hinreichend erkennbar. **4188**

b) Genese

Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁴³¹ ist Art. 34 Abs. 3 EGRC „von der Union im Rahmen der Politiken zu wahren, die auf Art. 137 EG/153 AEUV beruhen“. Diese Formulierung spricht eher für die Qualifizierung als Grundsatz, jedoch kann keine eindeutige Schlussfolgerung daraus gezogen werden. **4189**

In der ursprünglichen Fassung des Art. 34 Abs. 3 EGRC war eine Pflicht zur Gewährung einer angemessenen sozialen Unterstützung für jede Person, die nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese auch nicht selbst oder von anderen verschaffen kann, vorgesehen. Erst im Verlauf des Grundrechtekonvents erfolgte eine Umformulierung in die heutige Fassung.¹⁴³² Dies legt eine bewusste Abwendung von einem subjektiven Recht hin zu einem Grundsatz nahe. **4190**

¹⁴²⁵ Art. 47 der spanischen Verfassung.

¹⁴²⁶ § 19 der finnischen Verfassung.

¹⁴²⁷ Art. 21 Abs. 4 der griechischen Verfassung.

¹⁴²⁸ Art. 23 Nr. 3 der belgischen Verfassung.

¹⁴²⁹ Art. 78 der slowenischen Verfassung.

¹⁴³⁰ Art. 75 Abs. 1 der polnischen Verfassung.

¹⁴³¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁴³² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 21.

c) Systematik

- 4191** Der in Wortlaut, Systematik und Inhalt eng mit Art. 34 Abs. 3 EGRC verbundene Art. 34 Abs. 1 EGRC enthält kein subjektives Recht, sondern einen Grundsatz.¹⁴³³ Dies spricht dafür, auch Art. 34 Abs. 3 EGRC als Grundsatz zu qualifizieren.

d) Zweck

- 4192** Art. 34 Abs. 3 EGRC nennt selbst den mit der Regelung verfolgten Zweck: es sollen die „soziale Ausgrenzung und die Armut“ bekämpft werden. Dies soll erfolgen mit Hilfe eines „Rechts auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung“. Würde man Art. 34 Abs. 3 EGRC selbst ein solches Recht auf soziale Unterstützung und für die Wohnung entnehmen, würde dies zu Leistungsansprüchen und damit zu erheblichen finanziellen Lasten führen.¹⁴³⁴ Da dies mangels Zustimmungsfähigkeit bei der Schaffung der EGRC grundsätzlich vermieden werden sollte,¹⁴³⁵ ist davon auszugehen, dass auch Art. 34 Abs. 3 EGRC kein subjektives Recht gewähren soll.¹⁴³⁶

e) Folgerungen

- 4193** Nach Wortlaut, Genese, Systematik und Zweck beinhaltet Art. 34 Abs. 3 EGRC kein subjektives Recht, sondern einen Grundsatz.¹⁴³⁷ Aufgrund der Formulierung von Anerkennung und Achtung der bestehenden Rechte enthält Art. 34 Abs. 3 EGRC einen abwehrrechtlichen Charakter.¹⁴³⁸ Er vermittelt keine Leistungsrechte und verpflichtet nicht zur Schaffung von sozialen Unterstützungsrechten. Derartige Gewährleistungen wären im Konvent wohl nicht mehrheitsfähig gewesen.¹⁴³⁹

2. Abgrenzung und Zusammenspiel mit Art. 1 EGRC

- 4194** Art. 34 Abs. 3 EGRC gewährt keinen eigenständigen Anspruch auf soziale Unterstützung, sondern verweist auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Wenn aber weder das Unionsrecht noch die Mitgliedstaaten soziale Unterstützung gewähren oder wenn jemand die in den jeweiligen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten vorgesehenen Voraussetzungen nicht erfüllt, steht ihm folglich kein Recht auf soziale Unterstützung zu. In diesen

¹⁴³³ S.o. Rn. 4082 ff.

¹⁴³⁴ Jarass, § 32 Rn. 2.

¹⁴³⁵ Vgl. zum Streit über die finanzielle Belastung bei kostspieligen sozialen Leistungsrechten o. Rn. 3590 ff.

¹⁴³⁶ Jarass, § 32 Rn. 2.

¹⁴³⁷ Jarass, § 32 Rn. 21; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 15; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 129; Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 21.

¹⁴³⁸ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 21; Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 27.

¹⁴³⁹ Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 27.

Fällen stellt sich deshalb die Frage, inwiefern sich ein solches Recht aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 EGRC ergibt.¹⁴⁴⁰

Würde man auf der Grundlage des Art. 1 EGRC ein Grundrecht auf ein Existenzminimum für alle Menschen gewährleisten, wäre Art. 34 Abs. 3 EGRC nicht nur eine überflüssige Norm. Die in Art. 34 Abs. 3 EGRC bewusst vorgenommene Einschränkung durch den Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten würde damit vielmehr unterlaufen. Daher kann Art. 1 EGRC allenfalls in Extremfällen als Grundlage für ein Recht auf ein Existenzminimum dienen, zum Beispiel, wenn die zur Verfügung stehenden Mittel eine lebenserhaltende Ernährung unmöglich machen und keine Abhilfe geschaffen werden soll, da der Betroffene wegen einer vermeintlichen Minderwertigkeit oder Andersartigkeit getroffen werden soll.¹⁴⁴¹ **4195**

III. Gewährleistungsbereich

Gem. Art. 34 Abs. 3 EGRC anerkennt und achtet die Union, um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. **4196**

1. Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Armut

Anders als die übrigen in Titel IV zusammengefassten Grundrechtsartikel nennt Art. 34 Abs. 3 EGRC ausdrücklich die mit der Norm verfolgte Zielrichtung, nämlich die Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Armut. Damit knüpft die Vorschrift im Wortlaut an Art. 30 rev. ESC¹⁴⁴² und an Art. 137 Abs. 1 lit. j) EG/153 Abs. 1 lit. j) AEUV¹⁴⁴³ an. Die Union soll damit ein „soziales Gesicht“ erhalten und auch die nicht erfolgreich am Wirtschaftsleben beteiligten Bürger einschließen.¹⁴⁴⁴ **4197**

2. Soziale Unterstützung

Der Begriff der „sozialen Unterstützung“ ist dem europäischen Recht bislang fremd.¹⁴⁴⁵ Aus der Zusammenschau mit dem Ziel des Art. 34 Abs. 3 EGRC, die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen und allen, die nicht über aus-

¹⁴⁴⁰ Bejahend *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1040; offen gelassen von *Marauhn*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 22 Rn. 25.

¹⁴⁴¹ *Rixen*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 9 Rn. 17.

¹⁴⁴² S.o. Rn. 4177.

¹⁴⁴³ S.o. Rn. 4183.

¹⁴⁴⁴ *Nußberger*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 34 Rn. 134.

¹⁴⁴⁵ *Nußberger*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 34 Rn. 82.

reichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherzustellen, ergibt sich jedoch, dass unter der sozialen Unterstützung Maßnahmen zu verstehen sind, die sich an der Bedürftigkeit des Einzelnen orientieren.¹⁴⁴⁶ Im deutschen Sprachgebrauch ist darunter üblicherweise die Sozialhilfe zu verstehen.¹⁴⁴⁷ So war auch in vorhergehenden Entwürfen im Grundrechtekonvent zunächst die Überschrift „Recht auf Sozialhilfe“ vorgesehen.¹⁴⁴⁸

3. Unterstützung für die Wohnung

4199 Im Grundrechtekonvent wurde ein „Recht auf Wohnung“ diskutiert, letztlich jedoch abgelehnt.¹⁴⁴⁹ In Art. 34 Abs. 3 EGRC wird daher auch nicht von einem Recht auf eine Wohnung gesprochen, sondern von einem Recht auf eine Unterstützung für die Wohnung. Dies ist mit Wohnungsbeihilfe in Form von Geldleistungen gleichzusetzen. Weiter gehende Maßnahmen wie die Beeinflussung von Wohnraumpreisen, Bekämpfung von Obdachlosigkeit etc.¹⁴⁵⁰ werden nicht gefordert.¹⁴⁵¹ Damit wird nur ein Teilaspekt des Rechts auf Wohnen, nämlich die finanzielle Unterstützung, erfasst.¹⁴⁵²

4. Menschenwürdiges Dasein

4200 Mit dem Hinweis auf ein „menschenwürdiges Dasein“ wird ein Bezug zu Art. 1 EGRC hergestellt.¹⁴⁵³ Dies entspricht der Konzeption des BVerfG, das in ständiger Rechtsprechung auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. mit dem Sozialstaatsprinzip ein Recht auf ein Existenzminimum anerkennt.¹⁴⁵⁴ Dementsprechend werden unter dem „menschenwürdigen Dasein“ zum Teil ein „menschenrechtliches Minimum“¹⁴⁵⁵ oder „Mindestleistungen zur Existenzsicherung“¹⁴⁵⁶ verstanden.

4201 Allerdings stellen andere Sprachversionen der EGRC keinen Bezug zu Art. 1 EGRC her, da sie nicht auf ein „menschenwürdiges“ Dasein abstellen, sondern allenfalls von einem „würdigen“, in der englischen und ungarischen Version hingegen von einem „anständigen“ Dasein sprechen.¹⁴⁵⁷ Es bleibt daher abzuwarten, in-

¹⁴⁴⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 134.

¹⁴⁴⁷ Jarass, § 32 Rn. 23.

¹⁴⁴⁸ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 11.

¹⁴⁴⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 138; Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 13.

¹⁴⁵⁰ Vgl. Art. 31 rev. ESC; s.o. Rn. 4179.

¹⁴⁵¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 138.

¹⁴⁵² Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 22.

¹⁴⁵³ S. Marauhn, in: Matscher (Hrsg.), *Erweitertes Grundrechtsverständnis*, 2003, S. 247 (249).

¹⁴⁵⁴ BVerfGE 45, 187 (228); 82, 60 (85); Krieger, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 92; Murswiek, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 112 Rn. 99; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 26 m.w.N.

¹⁴⁵⁵ Riedel, in: Meyer, Art. 34 Rn. 21.

¹⁴⁵⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 136.

¹⁴⁵⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 27 f.

wiefern die soziale Unterstützung lediglich ein physisches Existenzminimum oder darüber hinausgehende Leistungen verlangt.

5. Begünstigte

Art. 34 Abs. 3 EGRC geht davon aus, dass „allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen“, ein Recht auf soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung zustehen kann. Art. 34 Abs. 3 EGRC differenziert nicht zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen, so dass grundsätzlich auch Letzteren die genannten Rechte zustehen können. **4202**

Nach der Formulierung könnten sogar illegale Einwanderer von sozialer Unterstützung und einer Unterstützung für die Wohnung profitieren. Inwiefern dies bei Drittstaatsangehörigen und sich illegal in der Union aufhaltenden Personen tatsächlich der Fall ist, entscheiden aufgrund des Verweises das Unionsrecht und die nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Für Menschen, welche die dort bestehenden jeweiligen Voraussetzungen nicht erfüllen, ergibt sich auch aus Art. 34 Abs. 3 EGRC kein Recht auf soziale Unterstützung und/oder eine Unterstützung für die Wohnung. **4203**

6. Verweis auf das Unionsrecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

Art. 34 Abs. 3 EGRC verweist auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Er bezieht sich damit auf den sozialrechtlichen Bestand in den Mitgliedstaaten und verpflichtet die Union zur Anerkennung und Achtung dieser Regelungen.¹⁴⁵⁸ Dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern obliegen folglich wichtige Entscheidungen: Sie entscheiden beispielsweise, inwiefern eine Unterstützung gewährt wird, insbesondere, wann ein „menschenwürdiges Dasein“ erreicht ist. Dabei ist den Gesetzgebern ein weiter Spielraum eröffnet.¹⁴⁵⁹ So dürfte es zum Beispiel zulässig sein, demjenigen, der sich nicht ausreichend um Arbeit bemüht oder eine zumutbare Arbeit verweigert, die Unterstützung zu versagen.¹⁴⁶⁰ Angesichts begrenzter Kompetenzen der Union in diesem Bereich sind vor allem die nationalen Vorschriften maßgeblich.¹⁴⁶¹ Sie bestimmen auch das verfassungsrechtlich als Mindestmaß Gebotene. Den europäischen Organen obliegt es auch, diese Grenze zu wahren und nicht etwa durch eigene Rechtsetzung zu unterschreiten. Dem wird aber regelmäßig schon Art. 1 EGRC entgegenstehen. **4204**

Zwar wird mit dem Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der eigenständige Regelungsgehalt des Art. 34 Abs. 3 EGRC weitgehend relativiert.¹⁴⁶² Mit der Verpflichtung der Union **4205**

¹⁴⁵⁸ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34 GRCh Rn. 2.

¹⁴⁵⁹ Jarass, § 32 Rn. 23.

¹⁴⁶⁰ Jarass, § 32 Rn. 26; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1041.

¹⁴⁶¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 139.

¹⁴⁶² S.o. Rn. 3602.

zu Anerkennung und Achtung von sozialer Unterstützung und Unterstützung für die Wohnung werden diese jedoch als Werte festgesetzt, die bei der Auslegung des Unionsrechts allgemein zu beachten sind.¹⁴⁶³

7. Normadressat

- 4206** Gem. Art. 34 Abs. 3 EGRC anerkennt und achtet „die Union“ das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung. Die Mitgliedstaaten werden nicht genannt. Auch wenn grundsätzlich als Adressaten der EGRC die Organe und Einrichtungen der Union und die Mitgliedstaaten benannt sind,¹⁴⁶⁴ verpflichtet Art. 34 Abs. 3 EGRC ausnahmsweise nur die Union.¹⁴⁶⁵ Der Grund für diese Einschränkung könnte darin liegen, dass den Mitgliedstaaten keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden sollten.

8. Rechtsfolgen

- 4207** Aufgrund der strukturellen und begrifflichen Parallelität von Art. 34 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 3 EGRC ergeben sich parallele Rechtsfolgen.¹⁴⁶⁶

¹⁴⁶³ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 129. Vgl. o. Rn. 4108 a.E.

¹⁴⁶⁴ S. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

¹⁴⁶⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 34 Rn. 128; a.A. Marauhn, in: Heselhaus/Nowak, § 22 Rn. 26.

¹⁴⁶⁶ S. daher o.Rn. 4115 ff.

IV. Prüfungsschema zu Art. 34 Abs. 3 EGRC

1. Gewährleistungsbereich

4208

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) ausdrücklich genanntes Normziel: Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Armut
- b) soziale Unterstützung: alle Maßnahmen, die sich an der Bedürftigkeit des Einzelnen orientieren; im deutschen Sprachgebrauch üblicherweise die Sozialhilfe
- c) Recht auf eine Unterstützung für die Wohnung: Wohnungsbeihilfe in Form von Geldleistungen; nicht weiter gehende Maßnahmen wie die Beeinflussung von Wohnraumpreisen, Bekämpfung von Obdachlosigkeit etc.
- d) str., inwiefern das Ziel eines menschenwürdigen Daseins lediglich ein physisches Existenzminimum oder darüber hinausgehende Leistungen verlangt
- e) kein Recht auf soziale Unterstützung; Bezug auf den sozialrechtlichen Bestand in den Mitgliedstaaten und Verpflichtung der Union zur Anerkennung und Achtung dieser Regelungen
- f) europäischer und nationale Gesetzgeber entscheiden, inwiefern eine Unterstützung gewährt wird, insbesondere, wann ein „menschenwürdiges Dasein“ erreicht ist; dabei weiter Spielraum

2. Rechtsfolgen

- a) Union darf keine Maßnahmen ergreifen, welche das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung gefährden könnten
- b) grds. keine gerichtliche Geltendmachung
- c) nur Inzidentkontrollen über die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz

§ 6 Gesundheitsschutz

A. Grundlagen

I. EG/AEUV

Gem. Art. 35 S. 1 EGRC hat jeder Mensch das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Gem. Art. 35 S. 2 EGRC wird bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt. Diese beiden Regelungen stützen sich nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁴⁶⁷ auf Art. 152 EG/168

¹⁴⁶⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

AEUV, Art. 152 EG und Art. 168 AEUV sind zwar nicht identisch. Art. 152 EG ist jedoch vollständig in Art. 168 AEUV enthalten und wird von diesem lediglich erweitert.¹⁴⁶⁸

4210 Art. 152 Abs. 1 S. 1 EG/168 Abs. 1 S. 1 AEUV entsprechen fast wörtlich Art. 35 S. 2 EGRC.¹⁴⁶⁹ Die geringen Unterschiede beziehen sich lediglich auf die Formulierung, nicht auf den Inhalt.¹⁴⁷⁰ Damit hat die so genannte Querschnittsklausel des Art. 152 Abs. 1 S. 1 EG/168 Abs. 1 S. 1 AEUV, welche die Gemeinschaft/Union zur Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus verpflichtet, Eingang in die EGRC gefunden. Die weiteren Absätze des Art. 152 EG/168 AEUV regeln die europäischen Kompetenzen im Bereich des Gesundheitswesens und machen dabei deutlich, dass die Tätigkeit der europäischen Ebene begrenzt ist und diejenige der Mitgliedstaaten nur ergänzen soll. Deren Zusammenarbeit soll gefördert werden.¹⁴⁷¹ Gem. 152 Abs. 4 lit. c) EG/168 Abs. 5 AEUV dürfen die Fördermaßnahmen jedoch keine harmonisierenden Wirkungen haben.¹⁴⁷²

4211 Auch in vielen sonstigen Bestimmungen des EG/AEUV spielt der Gesundheitsschutz eine Rolle. In Art. 3 Abs. 1 lit. p) EG wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau zur Aufgabe der Union gemacht. Bei der Verwirklichung des Binnenmarktes ist gem. Art. 95 Abs. 3 EG/114 Abs. 3 AEUV der Gesundheitsschutz zu berücksichtigen. Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV erklärt es zum besonderen Ziel, die Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer zu verbessern. Eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit, der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit können aus Gesundheitsbelangen gerechtfertigt sein.¹⁴⁷³ Gem. Art. 6 lit. a) AEUV unterstützt, koordiniert und ergänzt die Union die Mitgliedstaaten beim Schutz und der Verbesserung der menschlichen Gesundheit. Nach Art. 9 AEUV trägt die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen den Erfordernissen im Zusammenhang mit einem hohen Niveau des Gesundheitsschutzes Rechnung.

II. ESC

4212 Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁴⁷⁴ stützen sich die in Art. 35 EGRC enthaltenen Grundsätze auf Art. 11 und 13 ESC.¹⁴⁷⁵

4213 Art. 11 ESC enthält das Recht auf Schutz der Gesundheit. Die Vertragsparteien verpflichten sich darin, entweder unmittelbar oder in Zusammenarbeit mit öffentlichen oder privaten Organisationen geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die unter anderem darauf abzielen,

¹⁴⁶⁸ Vgl. *Wichard*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 152 EGV Rn. 30.

¹⁴⁶⁹ *Riedel*, in: *Meyer*, Art. 35 Rn. 1.

¹⁴⁷⁰ Vgl. *Streinz*, in: *ders.*, Art. 35 GR-Charta Rn. 1.

¹⁴⁷¹ *Riedel*, in: *Meyer*, Art. 35 Rn. 2 f.; *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 61 Rn. 10.

¹⁴⁷² *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 61 Rn. 10.

¹⁴⁷³ S. Art. 30, 39 Abs. 3, 46 Abs. 1, 55 EG/36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 62 AEUV.

¹⁴⁷⁴ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁴⁷⁵ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

1. soweit wie möglich die Ursachen von Gesundheitsschäden zu beseitigen;
2. Beratungs- und Schulungsmöglichkeiten zu schaffen zur Verbesserung der Gesundheit und zur Entwicklung des persönlichen Verantwortungsbewusstseins in Fragen der Gesundheit;
3. soweit wie möglich epidemischen, endemischen und anderen Krankheiten vorzubeugen.

Im Vergleich zu Art. 35 EGRC sieht Art. 11 ESC konkrete Maßnahmen vor, um die Ausübung des Rechts auf Gesundheitsschutz zu gewährleisten.¹⁴⁷⁶ Art. 35 EGRC begnügt sich hingegen mit der Normierung eines abstrakten Rechts.¹⁴⁷⁷ **4214**

Art. 13 ESC behandelt das Recht auf Fürsorge. Er verpflichtet die Vertragsparteien zu verschiedenen Einzelpunkten, um die wirksame Ausübung des Rechts auf Fürsorge zu gewährleisten.¹⁴⁷⁸ **4215**

Der Hinweis auf Art. 13 ESC fehlt in den ursprünglichen Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents von 2000.¹⁴⁷⁹ Er ist in den aktualisierten Erläuterungen ergänzt worden. Da der von Art. 13 ESC erfasste Bereich in der EGRC in Art. 34 EGRC geregelt ist,¹⁴⁸⁰ verwundert diese Erweiterung in den Erläuterungen. **4216**

III. EuGH-Rechtsprechung

Zum Teil wird in der Lit. bereits aus dem Primärrecht ein Grundrecht des Verbrauchers auf Gesundheit und Sicherheit¹⁴⁸¹ bzw. auf unionsweite bestmögliche Gesundheitsversorgung abgeleitet.¹⁴⁸² Zwar hat sich der EuGH bereits vielfach mit Aspekten des Gesundheitsschutzes befasst, beispielsweise als Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen der Grundfreiheiten¹⁴⁸³ wegen der Zielsetzung des hohen Gesundheitsschutzniveaus in Art. 152 Abs. 1 EG/168 Abs. 1 AEUV¹⁴⁸⁴ und schließlich im Rahmen sekundärrechtlicher Normen.¹⁴⁸⁵ Ein Grundrecht auf Gesundheit hat der EuGH – soweit ersichtlich – bislang jedoch nicht anerkannt.¹⁴⁸⁶ Das entspricht den lediglich punktuellen Ansatzpunkten des europarechtlichen Gesundheitsschutzes und der fortbestehenden nationalen Souveränität in diesem Be- **4217**

¹⁴⁷⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 4.

¹⁴⁷⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 27.

¹⁴⁷⁸ S. den vollen Wortlaut o. Rn. 4175.

¹⁴⁷⁹ Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 32.

¹⁴⁸⁰ S.o. Rn. 4175 f.

¹⁴⁸¹ Zuleeg, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1990, S. 13 (23).

¹⁴⁸² S. Rengeling/Szczekalla, Rn. 1047; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 38; Dauck/Nowak, EuR 2001, 741 (745).

¹⁴⁸³ S.u. Rn. 4240 ff.

¹⁴⁸⁴ S.o. Rn. 4210.

¹⁴⁸⁵ Vgl. Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 35.

¹⁴⁸⁶ Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EUV Rn. 212; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 30.

reich.¹⁴⁸⁷ Parallel dazu konnte sich auch kein allgemeiner Grundsatz bestmöglichen Umweltschutzes durchsetzen.¹⁴⁸⁸

IV. Verfassungen der Mitgliedstaaten

- 4218** Die Verfassungen der meisten Mitgliedstaaten enthalten ausdrückliche Regelungen zum Gesundheitsschutz.¹⁴⁸⁹ Sie sind als „Recht“¹⁴⁹⁰, als „Recht auf Zugang“¹⁴⁹¹ oder als „Verpflichtung des Staates“¹⁴⁹² normiert.¹⁴⁹³ Eine eigenständige Normierung fehlt hingegen in den Verfassungen Deutschlands, Österreichs, Dänemarks, Schwedens, Großbritanniens und Maltas.¹⁴⁹⁴ In Deutschland finden sich spezielle Aspekte des Gesundheitsschutzes jedoch in Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁴⁹⁵ In den Mitgliedstaaten ohne Regelung im Verfassungstext sind Bestimmungen zum Gesundheitsschutz auf der Ebene der einfachen Gesetze und Verordnungen getroffen.¹⁴⁹⁶
- 4219** Die Rechtsprechung in den einzelnen Mitgliedstaaten entnimmt den verfassungsrechtlichen Normierungen nicht immer subjektive Rechte. Zum Teil werden Teilaspekte anerkannt¹⁴⁹⁷ wie beispielweise die Verwirklichung eines Mindestgehalts eines Rechts auf Gesundheit,¹⁴⁹⁸ ein Recht auf eine Behandlung im Notfall,¹⁴⁹⁹ ein Recht auf Unterlassen einer Gesundheitsbeeinträchtigung¹⁵⁰⁰ oder auf ein effektives Gesundheitssystem.¹⁵⁰¹ Dabei ist die Tendenz zu erkennen, einen gegen den Staat gerichteten Anspruch nicht allein dem Recht auf Gesundheit zu

¹⁴⁸⁷ S.o. Rn. 4210.

¹⁴⁸⁸ S.u. Rn. 4348 f.

¹⁴⁸⁹ Streinz, in: ders., Art. 35 GR-Charta Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 5; Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 61 Rn. 32.

¹⁴⁹⁰ So in der belgischen, der estischen, der italienischen, der lettischen, der polnischen, der portugiesischen, der slowakischen, der slowenischen, der spanischen, der tschechischen und der ungarischen Verfassung; ausführlich Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 5 und Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 61 Rn. 32.

¹⁴⁹¹ Vgl. die polnische und die portugiesische Verfassung, die neben einem Recht auf Gesundheit auch ein Recht auf Zugang normieren; ausführlich Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 5 und Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 61 Rn. 32.

¹⁴⁹² S. die französische, die finnische, die niederländische, die spanische, die lettische, die litauische und die luxemburgische Verfassung; näher Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 61 Rn. 32; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 5.

¹⁴⁹³ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 19.

¹⁴⁹⁴ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 19; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 5.

¹⁴⁹⁵ Streinz, in: ders., Art. 35 GR-Charta Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 5; Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 61 Rn. 32.

¹⁴⁹⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 5.

¹⁴⁹⁷ Genauere Nachweise bei Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 21, Fn. 41-44.

¹⁴⁹⁸ So vom italienischen Verfassungsgerichtshof entschieden.

¹⁴⁹⁹ So der belgische Schiedshof.

¹⁵⁰⁰ So das spanische Verfassungsgericht.

¹⁵⁰¹ So das polnische Verfassungsgericht.

entnehmen, sondern im Zusammenspiel mit dem Recht auf Menschenwürde, dem Recht auf Leben oder dem Gleichbehandlungsgrundsatz.¹⁵⁰²

B. Einordnung

I. Qualifizierung von Art. 35 S. 1 EGRC als Grundrecht

1. Wortlaut

Ganz überwiegend wird Art. 35 S. 1 EGRC als Grundrecht qualifiziert.¹⁵⁰³ Da er 4220 explizit „das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung“ gewährt, liegt es nahe, ihn als subjektives Recht zu qualifizieren.¹⁵⁰⁴

2. Genese

Die Erläuterungen zur EGRC¹⁵⁰⁵ sprechen demgegenüber von den „in diesem Artikel enthaltenen Grundsätzen“. Das Präsidium ging danach offensichtlich davon 4221 aus, dass sowohl Art. 35 S. 1 EGRC als auch Art. 35 S. 2 EGRC Grundsätze enthalten.¹⁵⁰⁶

3. Systematik

Ebenso wie Art. 35 S. 1 EGRC sprechen Art. 28, 29, 31 und 33 Abs. 2 EGRC von 4222 einem „Recht“. In ähnlicher Weise wird in Art. 30 EGRC und in Art. 34 Abs. 2 EGRC der Begriff des „Anspruchs“ verwandt. Die genannten Normen enthalten allesamt Grundrechte.¹⁵⁰⁷ Parallel dazu ist daher auch Art. 35 S. 1 EGRC als Grundrecht zu qualifizieren. Art. 38 EGRC ist demgegenüber gerade nicht als Recht formuliert und bildet daher einen bloßen Grundsatz.¹⁵⁰⁸

4. Zweck

Ein Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung 4223 könnte weitreichende finanzielle Folgen haben. Dies darf hier jedoch kein Argu-

¹⁵⁰² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 21, 26.

¹⁵⁰³ Für einen Grundsatz Jarass, § 33 Rn. 2; für ein Grundrecht hingegen Streinz, in: ders., Art. 35 GR-Charta Rn. 3; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 2; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 33; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 9; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 13; wohl auch Krieger, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 95 u. 102.

¹⁵⁰⁴ Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 36.

¹⁵⁰⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁵⁰⁶ Jarass, § 33 Rn. 2.

¹⁵⁰⁷ Vgl. Rn. 3704 ff., 3771 ff., 3818 ff., 3881 ff., 4140 ff.

¹⁵⁰⁸ S.u. Rn. 4388 ff.

ment gegen eine Qualifizierung als Grundrecht sein.¹⁵⁰⁹ Zwar hatten die Mitglieder des Grundrechtekonvents kostspielige Leistungsrechte verhindern wollen.¹⁵¹⁰ Zum einen bleibt aber abzuwarten, ob tatsächlich weitreichende finanzielle Belastungen auf die Mitgliedstaaten zukommen, da Art. 35 S. 1 EGRC lediglich ein Recht „nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ einräumt. Zum anderen ist die Intention des Gesetzgebers nur ein Indiz für eine Einordnung einer Norm. Maßgeblich ist die tatsächliche Ausgestaltung.

5. Folgerungen

- 4224** Nach dem eindeutigen Wortlaut und aufgrund eines systematischen Vergleichs mit wortlautgleichen oder ähnlichen Normen sowie Art. 38 EGRC e contrario enthält Art. 35 S. 1 EGRC ein subjektives Recht.¹⁵¹¹
- 4225** Auf den ersten Blick könnte es sich um ein Leistungsrecht handeln. Dabei ist jedoch der Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zu beachten. Dieser hat zur Folge, dass der Unionsgesetzgeber selbst nicht verpflichtet wird, ein Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung zu gewähren. Er verpflichtet die Union vielmehr zur Anerkennung der sich aus den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ergebenden Rechte.¹⁵¹² Diese darf die Union nicht einschränken. Folglich begründet Art. 35 S. 1 EGRC keinen gegen die Union gerichteten Leistungsanspruch.¹⁵¹³ Es handelt sich vielmehr um ein gegen die Union gerichtetes Abwehrrecht.¹⁵¹⁴
- 4226** Auch gegen die Mitgliedstaaten kann das „Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge“ keinen Teilhabeanpruch und das „Recht ... auf ärztliche Versorgung“ keinen Leistungsanspruch begründen.¹⁵¹⁵ Auf der Grundlage der EGRC können wegen deren Art. 51 Abs. 1 S. 1 keine Ansprüche gegen die Mitgliedstaaten gestellt werden.¹⁵¹⁶ Sie widersprechen aufgrund der im Wesentlichen nationalen Kompetenzen im Gesundheitsbereich¹⁵¹⁷ auch Art. 51 Abs. 2 EGRC.

¹⁵⁰⁹ So aber *Jarass*, § 33 Rn. 2.

¹⁵¹⁰ S.o. Rn. 3590 ff.

¹⁵¹¹ Ganz überwiegende Meinung, s.o. Rn. 4220.

¹⁵¹² S.u. Rn. 4255.

¹⁵¹³ *Wichard*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 35 GRCh Rn. 3.

¹⁵¹⁴ *Nußberger*, in: *Tetinger/Stern*, Art. 35 Rn. 39; *Riedel*, in: *Meyer*, Art. 35 Rn. 9.

¹⁵¹⁵ *A.A. Krieger*, in: *Grote/Marauhn*, Kap. 6 Rn. 95 und 102; *Jarass*, § 33 Rn. 2, der allerdings von einem Teilhabegrundsatz spricht.

¹⁵¹⁶ *Nußberger*, in: *Tetinger/Stern*, Art. 35 Rn. 35.

¹⁵¹⁷ S.o. Rn. 4217.

II. Qualifizierung von Art. 35 S. 2 EGRC als Grundsatz

Während die Einordnung von Art. 35 S. 1 EGRC problematisch ist, handelt es sich bei Art. 35 S. 2 EGRC nach Wortlaut, Genese, Systematik und Zweck unzweifelhaft um einen Grundsatz.¹⁵¹⁸ **4227**

1. Wortlaut

Anders als Art. 35 S. 1 EGRC spricht Art. 35 S. 2 EGRC nicht von einem Recht. Es wird lediglich „ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt“. Bei dieser Formulierung ist davon auszugehen, dass bewusst die Verwendung des Begriffs „Recht“ vermieden wird. Dies spricht bereits dafür, Art. 35 S. 2 EGRC als Grundsatz anzusehen.¹⁵¹⁹ **4228**

Zudem ist die Formulierung von Art. 35 S. 2 EGRC sehr unbestimmt. Ihr ist nicht zu entnehmen, welche justiziablen Folgen für die Bürger aus der Norm entstehen.¹⁵²⁰ **4229**

2. Genese

Die Erläuterungen zur EGRC sprechen von den „in diesem Artikel enthaltenen Grundsätzen“.¹⁵²¹ Während die Einordnung von Art. 35 S. 1 EGRC umstritten ist,¹⁵²² ist Art. 35 S. 2 EGRC als Grundsatz zu verstehen.¹⁵²³ **4230**

3. Systematik

Die Formulierung des Art. 35 S. 2 EGRC ähnelt der des Art. 33 Abs. 1 EGRC. Während in Art. 33 Abs. 1 EGRC der „Schutz der Familie ... gewährleistet“ wird, wird in Art. 35 S. 2 EGRC „ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt“. Art. 33 Abs. 1 EGRC enthält kein Grundrecht, sondern einen Grundsatz.¹⁵²⁴ Vor allem bilden einen solchen auch die ebenfalls explizit ein hohes Schutzniveau festschreibenden Art. 37 EGRC und Art. 38 EGRC. Dass diese beiden generell kein Grundrecht enthalten, schließt eine mögliche Parallele nicht aus. Schließlich ist eine unterschiedliche Einordnung verschiedener Absätze einer Vorschrift möglich. Art. 35 S. 1 EGRC gewährleistet nur den Zugang und gibt dem Einzelnen keinen weiter gehenden Anspruch auf die Ausgestaltung zumal anderer Politiken. Daher ergreift ein subjektiver Charakter nicht etwa Art. 35 S. 2 EGRC. Dieser bildet nur einen Grundsatz. **4231**

¹⁵¹⁸ Vgl. *Jarass*, § 33 Rn. 2; *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 6, 33; *Riedel*, in: Meyer, Art. 35 Rn. 9, 12; *Wichard*, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 2.

¹⁵¹⁹ *Krieger*, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 95.

¹⁵²⁰ *Jarass*, § 33 Rn. 2.

¹⁵²¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁵²² S.o. Rn. 4220, insbes. Fn. 1387.

¹⁵²³ *Jarass*, § 33 Rn. 2.

¹⁵²⁴ Vgl. o. Rn. 4035 ff.

4. Zweck

- 4232** Würde man Art. 35 S. 2 EGRC das subjektive Recht eines jeden Bürgers auf ein hohes Gesundheitsschutzniveau entnehmen, stellt sich neben der Frage der Bestimmtheit der Norm¹⁵²⁵ das Problem, dass ein unmittelbar einklagbares Recht möglicherweise weitreichende finanzielle Folgen hätte.¹⁵²⁶ Dies sollte jedoch bei der Schaffung der EGRC vermieden werden.¹⁵²⁷

5. Folgerungen

- 4233** Bildet somit Art. 35 S. 2 EGRC einen Grundsatz, haben sich gem. Art. 51 Abs. 1 S. 2 EGRC die Organe und Einrichtungen der Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union daran zu halten, ohne dass eine unmittelbare individuelle Einklagbarkeit besteht (s. Art. 52 Abs. 5 S. 2 EGRC).

III. Abgrenzung

1. Recht auf Grundversorgung

- 4234** Neben Art. 35 EGRC dienen weitere Normen dem Gesundheitsschutz, so beispielsweise das in Art. 3 EGRC normierte Recht auf körperliche Unversehrtheit.¹⁵²⁸ Bei einer tödlichen Erkrankung ist auch an das in Art. 2 EGRC enthaltene Recht auf Leben zu denken.¹⁵²⁹ Die in Art. 1 EGRC festgelegte Menschenwürde kann in Einzelfällen ebenfalls Bedeutung erlangen.¹⁵³⁰ Auch im Grundrechtekonvent wurde der Zusammenhang zwischen der Gesundheit und der Menschenwürde hervorgehoben.¹⁵³¹
- 4235** Die drei genannten Grundrechtsartikel beziehen sich auf für den Menschen fundamentale, lebensbedrohliche Situationen und vermitteln zum Schutz des Individuums subjektive Grundrechte. Zu einer Existenzbedrohung kann es auch in den Fällen kommen, in denen eine gesundheitliche Grundversorgung nicht sichergestellt ist. Aus einem Zusammenspiel der drei Grundrechtsartikel ergibt sich in einem solchen Fall ein subjektiver Anspruch auf eine medizinische Grundversorgung,¹⁵³² und zwar auf deren Schaffung, soweit nicht vorhanden, und nicht nur wie nach Art. 35 S. 1 EGRC auf Zugang.

¹⁵²⁵ S.o. Rn. 4229.

¹⁵²⁶ Jarass, § 33 Rn. 2.

¹⁵²⁷ S.o. Rn. 3590.

¹⁵²⁸ Jarass, § 33 Rn. 3; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 7; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1048; Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 61 Rn. 13.

¹⁵²⁹ Jarass, § 33 Rn. 3; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1048; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 7; Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 61 Rn. 37.

¹⁵³⁰ Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 1; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 7.

¹⁵³¹ S. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 338.

¹⁵³² Vgl. Rengeling/Szczekalla, Rn. 1046; vgl. auch o. Rn. 4219 zu den nationalen Rechten.

Allerdings werden gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC durch die EGRC nur die Union und die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts gebunden. Ob die Union selbst eine Kompetenz zur Einrichtung einer medizinischen Grundversorgung besitzt, ist vor dem Hintergrund des Art. 152 EG/168 AEUV fraglich.¹⁵³³ Da jedoch derzeit alle Mitgliedstaaten eine gesundheitliche Grundversorgung vorsehen, ist diese Frage rein theoretisch und bedarf deshalb keiner Entscheidung. **4236**

2. EMRK und Parallelrechte in der EGRC

Obwohl die EMRK kein Recht auf Gesundheit enthält, hat der EGMR bereits mehrfach aus mit EGRC-Bestimmungen gleichlautenden EMRK-Artikeln Ansprüche im Bereich des Gesundheitsschutzes abgeleitet.¹⁵³⁴ Dem in Art. 8 Abs. 1 EMRK normierten Recht auf Achtung des Privatlebens, das ebenso Art. 7 EGRC enthält, hat der EGMR beispielsweise einen Anspruch auf Heilbehandlungsleistungen bzw. auf Finanzierung einer Heilbehandlung entnommen.¹⁵³⁵ Auch im Folterverbot des Art. 3 EMRK, aufgenommen in Art. 4 EGRC, sah er einen Anspruch auf eine medizinische Grundversorgung enthalten.¹⁵³⁶ Inwiefern diese Einzelentscheidungen Auswirkungen auf die Rechtsprechung zur EGRC haben, bleibt abzuwarten. Dabei handelte es sich um spezifische Aspekte anderer Rechte und nicht um ein generelles Recht auf Gesundheit. Sie gehen auch über ein bloßes Recht nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten hinaus, wie es in Art. 35 S. 1 EGRC enthalten ist. Daher sind diese Elemente auf die Parallelrechte nach der EGRC zurückzuführen, die insoweit zu Art. 35 S. 1 EGRC speziell sind. Allerdings vermögen auch sie wegen Art. 51 Abs. 2 EGRC die begrenzten europäischen Kompetenzen nicht zu erweitern und die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung des Unionsrechts zu verpflichten, zu der allerdings auch die Einhaltung der Grundfreiheiten gehört.¹⁵³⁷ Somit kommen die verstärkten Gehalte aus anderen Grundrechten dabei zum Tragen und können Ansprüche auf die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen verstärken bzw. nationale Rechtfertigungen für die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit beschränken.¹⁵³⁸ **4237**

3. Diskriminierungsfreier Zugang

Art. 35 S. 1 EGRC gewährt ein Recht auf „Zugang zur Gesundheitsvorsorge“ und verlangt damit einen diskriminierungsfreien Zugang. Sollten Streitigkeiten über **4238**

¹⁵³³ S.o. Rn. 4210.

¹⁵³⁴ *Riedel*, in: Meyer, Art. 35 Rn. 13; ausführlich *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 13 ff. und *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 27 ff.

¹⁵³⁵ EGMR, Urt. vom 12.6.2003, Nr. 35968/97 (Rn. 66 ff.), NJW 2004, 2505 (2507 ff.) – van Kück/Deutschland.

¹⁵³⁶ *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 16.

¹⁵³⁷ S.o. Rn. 208 ff.

¹⁵³⁸ Dazu näher u. Rn. 4240 ff.

diese Frage aufkommen, sind auch das Gleichheitsgebot des Art. 20 EGRC, das Diskriminierungsverbot des Art. 21 EGRC und das Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Art. 23 EGRC einschlägig.¹⁵³⁹ Soweit es um den diskriminierungsfreien Zugang zur Gesundheitsvorsorge geht, ist Art. 35 S. 1 EGRC *lex specialis*.¹⁵⁴⁰

4. Leistungen der sozialen Sicherheit

- 4239** Gem. Art. 34 Abs. 1 EGRC anerkennt und achtet die Union das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten. Die Leistungen der sozialen Sicherheit werden unter anderem im Krankheitsfall und bei Unfällen gewährt. Damit gibt es Berührungspunkte zum Gesundheitsschutz des Art. 35 EGRC. Allerdings regeln beide Normen unterschiedliche Bereiche: Art. 34 EGRC behandelt die Frage, inwiefern ein Recht auf finanzielle Leistungen aus einem Sicherungssystem besteht. Art. 35 EGRC befasst sich allgemein mit den im Rahmen des Gesundheitsschutzes zu gewährenden Maßnahmen zur Gesundheitsvorsorge und zur ärztlichen Versorgung. Das Recht auf die Leistungen des Art. 35 EGRC besteht unabhängig davon, ob Art. 34 Abs. 1 EGRC ein Recht auf finanzielle Leistungen aus dem Sozialversicherungssystem gewährt.¹⁵⁴¹

5. Grundfreiheiten

a) Gesundheitsschutz als Rechtfertigungsgrund

- 4240** Der Gesundheitsschutz stellt nach geltendem Primärrecht einen Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen des freien Warenverkehrs, der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit sowie der Dienstleistungsfreiheit dar.¹⁵⁴²

b) Zugang zu medizinischen Leistungen im EU-Ausland

- 4241** Aktivitäten von Unionsbürgern, welche die Gesundheitsvorsorge, die Behandlung von Krankheiten oder die Rehabilitation betreffen, können eine Ausübung der Grundfreiheiten darstellen. Wenn es um den – in letzter Zeit vermehrt wahrgenommenen – Zugang zu medizinischen Leistungen im EU-Ausland geht,¹⁵⁴³ sind insbesondere die Dienstleistungs- und die Warenverkehrsfreiheit zu beachten.¹⁵⁴⁴
- 4242** So hat der EuGH den Absatz medizinischer Erzeugnisse und deren Einfuhrmöglichkeiten an der Warenverkehrsfreiheit gemessen.¹⁵⁴⁵ Eine Beeinträchtigung

¹⁵³⁹ Jarass, § 33 Rn. 3; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 7; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 37.

¹⁵⁴⁰ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 31.

¹⁵⁴¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 32.

¹⁵⁴² Näher z.B. Frenz, Europarecht 1, Rn. 948 ff., Rn. 1642 ff., Rn. 2235, Rn. 2641 ff.

¹⁵⁴³ Vgl. zur jüngeren Rspr. des EuGH auch Nowak, EuR 2003, 644 ff.

¹⁵⁴⁴ Jarass, § 33 Rn. 3; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1047.

¹⁵⁴⁵ EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 (1881, Rn. 25) – Decker; vgl. Frenz, Europarecht 1, Rn. 1559 f.

kann danach vorliegen, wenn eine Krankenkasse Kosten für ein im Ausland erworbenes medizinisches Erzeugnis nicht übernimmt, da damit die grenzüberschreitende Nachfrage und der Absatz behindert werden.¹⁵⁴⁶ Eine Rechtfertigung kann sich allenfalls aus einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Krankenversicherungssystems ergeben, da eine solche finanzielle Störung zu einer Verschlechterung des Gesundheitsschutzes führen kann.¹⁵⁴⁷

Eine Arztbehandlung hat der EuGH als Dienstleistung angesehen.¹⁵⁴⁸ Eine Be- **4243**
einträchtigung der Dienstleistungsfreiheit kann deshalb vorliegen, wenn die Behandlungskosten bei einem Arzt in einem anderen Mitgliedstaat der Union von der Krankenkasse nicht übernommen werden. Eine Rechtfertigung ist allerdings möglich, wenn dies der Erhaltung einer ausgewogenen, allen zugänglichen ärztlichen und klinischen Versorgung im Inland dient und dies für die Gesundheit oder sogar das Überleben der Bevölkerung erforderlich ist.¹⁵⁴⁹ Dieser Ansatz ist aber dann zu begrenzen, wenn im Einzelfall konkrete grundrechtliche Ansprüche auf ärztliche Versorgung über den unter nationalem Gesetzgebungsvorbehalt stehenden Art. 35 S. 1 EGRC hinaus gegeben sind,¹⁵⁵⁰ zumal wenn sie im Inland nicht hinreichend erfüllt werden können.

6. Kollision mit anderen Grundrechten

Insbesondere bei Ausübung der wirtschaftlichen Grundrechte wie der Berufsfrei- **4244**
heit (Art. 15 EGRC), der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 EGRC) und der Eigentumsfreiheit (Art. 17 EGRC) kann es zu Kollisionen mit dem Gesundheitsschutz kommen.¹⁵⁵¹ Das gilt zumal dann, wenn individuelle Gesundheitsgefährdungen hervorgerufen werden, so dass staatliche Schutzpflichten auf der Basis von Art. 3 EGRC¹⁵⁵² oder auch von Art. 7 EGRC¹⁵⁵³ eingreifen. Da gem. Art. 35 S. 2 EGRC bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt wird, muss versucht werden, bei der Abwägung und dem angestrebten Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechten das „Bestmögliche“ für den Gesundheitsschutz zu erreichen.¹⁵⁵⁴ Dem Gesundheitsschutz gebührt jedoch wie auch dem Umweltschutz¹⁵⁵⁵ weder ein absoluter¹⁵⁵⁶ noch ein (automatischer) relativer Vorrang.¹⁵⁵⁷

¹⁵⁴⁶ EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 (1882 f., Rn. 31 ff.) – Decker.

¹⁵⁴⁷ EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 (1884, Rn. 39) – Decker.

¹⁵⁴⁸ EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 (1945, Rn. 29) – Kohll.

¹⁵⁴⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 (1950, Rn. 50 f.) – Kohll; ebenso Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 (5534 ff., Rn. 76 ff.) – Smit u. Peerbooms; Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 (4556 ff., Rn. 37 ff.) – Müller-Fauré u. van Riet; zum Ganzen *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 1561 ff.

¹⁵⁵⁰ S.o. Rn. 4237.

¹⁵⁵¹ *Bungenberg*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 61 Rn. 16.

¹⁵⁵² S.o. 958 ff.

¹⁵⁵³ S.o. Rn. 1175 ff.

¹⁵⁵⁴ *Schmidt am Busch*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 152 EGV Rn. 45 m.w.N.

¹⁵⁵⁵ Zu ihm u. Rn. 4361.

C. Zugang zur Gesundheitsvorsorge und ärztliche Versorgung

- 4245** Art. 35 EGRC behandelt in zwei Sätzen den Gesundheitsschutz. Zwar betreffen beide Bestimmungen den gleichen Bereich. Sie sind jedoch unterschiedlich ausgestaltet und haben derart unterschiedliche Auswirkungen, dass sie im Folgenden getrennt behandelt werden.¹⁵⁵⁸

I. Gewährleistungsbereich

- 4246** Gem. Art. 35 S. 1 EGRC hat jeder Mensch das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

1. Gesundheit

- 4247** Der Begriff der Gesundheit wird im EG/AEUV nicht definiert.¹⁵⁵⁹ Auch in der EGRC wird er nicht präzisiert.¹⁵⁶⁰ In der Präambel des Gründungsvertrags der WHO wird der Begriff der Gesundheit sehr extensiv ausgelegt.¹⁵⁶¹ Gesundheit wird darin definiert als ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen. Der EuGH hat sich in einer Entscheidung auf diese Definition berufen und sich für eine weite Auslegung des damals in Art. 118a EG¹⁵⁶² enthaltenen Gesundheitsbegriffs ausgesprochen.¹⁵⁶³ Die weite Auslegung wird auch für den in Art. 152 EG/168 AEUV verwandten Gesundheitsbegriff vertreten.¹⁵⁶⁴ Da von einer einheitlichen Auslegung in EG/AEUV und EGRC auszugehen ist und Art. 35 S. 2 EGRC sogar fast wörtlich¹⁵⁶⁵ Art. 152 Abs. 1 S. 1 EG/168 Abs. 1 S. 1 AEUV entspricht, ist auch bei Art. 35 EGRC von einer Übertragung des von der WHO vertretenen Gesundheitsbegriffs auszugehen.¹⁵⁶⁶ Eine Beschränkung des weiten Gesundheitsbegriffs erfolgt in Art. 35 EGRC bereits dadurch, dass Art. 35 S. 1 EGRC nicht

¹⁵⁵⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 50.

¹⁵⁵⁷ Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 45.

¹⁵⁵⁸ So auch Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 33.

¹⁵⁵⁹ Lurger, in: Streinz, Art. 152 EGV Rn. 9; Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 6; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 2.

¹⁵⁶⁰ Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 10.

¹⁵⁶¹ Jarass, § 33 Rn. 4; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 10.

¹⁵⁶² Der damalige Art. 118a EG ist im Wesentlichen gleichlautend mit dem heutigen Art. 137 Abs. 1 lit. a) EG/153 Abs. 1 lit. a) AEUV.

¹⁵⁶³ EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755 (5800, Rn. 15) – Vereinigtes Königreich/Rat.

¹⁵⁶⁴ Lurger, in: Streinz, Art. 152 EGV Rn. 9; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 152 EGV Rn. 4; Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 6.

¹⁵⁶⁵ Mit minimaler Wortlautänderung, die den Inhalt unberührt lässt.

¹⁵⁶⁶ A.A. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 35; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 10; offen gelassen bei Jarass, § 33 Rn. 4.

ein Recht auf Gesundheit normiert, sondern von einem Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung spricht.

Zudem nehmen die in Art. 35 EGRC verwandten Begriffe der Gesundheitsvorsorge und der ärztlichen Versorgung lediglich auf den medizinischen Bereich Bezug und klammern die sozialen Faktoren aus.¹⁵⁶⁷ Damit entsteht auch nicht das Problem einer unkontrollierten Ausweitung des Gesundheitsbegriffs in den Bereich bloßer diffuser Ängste und Befindlichkeiten, die ohne konkrete gesundheitliche Rückwirkungen sind. So ist die Kohärenz mit der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 3 EGRC gewahrt,¹⁵⁶⁸ wo noch enger auf negative Folgen für den Körper abzustellen ist. Hingegen gehören psychische Krankheiten zum mittlerweile gängigen Kanon gesundheitlicher Behandlung und führen mit am häufigsten zur vorzeitigen Pensionierung. Das belegt auch die Bedeutung der Vorsorge. Daher darf dieser Bereich nicht von vornherein vom Gesundheitsbegriff und damit vom Zugang zur Vorsorge und von der Behandlung nach Art. 35 EGRC ausgenommen werden.¹⁵⁶⁹ **4248**

2. Gesundheitsvorsorge

Unter Gesundheitsvorsorge sind alle präventiven Maßnahmen zu verstehen, die einer Beeinträchtigung der Gesundheit vorbeugen.¹⁵⁷⁰ Beispielhaft seien hier die Gesundheitserziehung, Hygienevorschriften und Impfungen genannt.¹⁵⁷¹ Nicht darunter fallen die Krankheitsbehandlung und die Rehabilitation. Die Krankheitsbehandlung wird jedoch zum einen vom Begriff der ärztlichen Versorgung erfasst.¹⁵⁷² Zum anderen kommt es immer wieder zu praktischen Überschneidungen zwischen Prävention und Krankheitsbehandlung.¹⁵⁷³ **4249**

3. Zugang

Art. 35 S. 1 EGRC spricht von einem „Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge“ und nicht von einem „Recht auf Gesundheitsvorsorge“. Es geht folglich nicht um einen originären Leistungsanspruch, sondern um ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang.¹⁵⁷⁴ **4250**

¹⁵⁶⁷ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 44.

¹⁵⁶⁸ S.o. Rn. 935 ff.

¹⁵⁶⁹ S. auch u. Rn. 4251 a.E.

¹⁵⁷⁰ S. Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 4; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 45; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 3.

¹⁵⁷¹ Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 8.

¹⁵⁷² S.u. Rn. 4251.

¹⁵⁷³ Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 8.

¹⁵⁷⁴ Krieger, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 102; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 36; vgl. Jarass, § 33 Rn. 6; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 6.

4. Ärztliche Versorgung

- 4251** Mit der ärztlichen Versorgung ist der gesamte Bereich der Behandlung von Krankheiten gemeint, unabhängig davon, ob die Heilbehandlung erfolgreich ist, eine Verschlimmerung des Zustands verhindert oder auch nur lebensverlängernd wirkt.¹⁵⁷⁵ Während es in der deutschen Fassung des Art. 35 S. 1 EGRC „ärztliche Versorgung“ heißt, wird in den meisten anderen Sprachfassungen der weite Begriff der „medizinischen Versorgung“ verwandt.¹⁵⁷⁶ Daraus ergibt sich, dass die Versorgung nicht notwendig durch Ärzte geschehen muss.¹⁵⁷⁷ So werden psychische Krankheiten von Psychotherapeuten behandelt. Auch dies ist ein Beleg, dass auch die Psyche zur Gesundheit gehört.¹⁵⁷⁸
- 4252** Anders als bei der Gesundheitsvorsorge gewährleistet Art. 35 S. 1 EGRC nicht nur ein Recht auf Zugang zur ärztlichen Versorgung, sondern ein direktes Recht auf Leistung.¹⁵⁷⁹ Ursprünglich war auch bei der ärztlichen Versorgung nur ein Zugangsrecht vorgesehen. Dies wurde jedoch im Grundrechtekonvent kritisiert, so dass schließlich die jetzt vorliegende Formulierung gewählt wurde.¹⁵⁸⁰ Indes steht diese unter einem nationalen Gesetzesvorbehalt, so dass es sich um kein unmittelbar durchsetzbares Leistungsrecht handelt.¹⁵⁸¹

5. Begünstigte

- 4253** Gem. Art. 35 S. 1 EGRC hat „jeder Mensch“ das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung. Darunter sind alle natürlichen Personen zu verstehen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.¹⁵⁸² Juristische Personen sind nicht erfasst, wie der Wortlaut des Art. 35 S. 1 EGRC klarstellt.
- 4254** Im Grundrechtekonvent war mehrfach diskutiert worden, ob auch sich illegal in der Union aufhaltende Personen erfasst sein sollen. Dabei war man sich einig, dass ein Minimum an ärztlicher Versorgung gewährleistet sein soll.¹⁵⁸³ Nach der jetzt gewählten offenen Formulierung stehen die Rechte aus Art. 35 S. 1 EGRC auch sich illegal in der Union aufhaltenden Personen zu.¹⁵⁸⁴

¹⁵⁷⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 45.

¹⁵⁷⁶ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 8; Jarass, § 33 Rn. 4.

¹⁵⁷⁷ Jarass, § 33 Rn. 4; a.A. Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 4.

¹⁵⁷⁸ S. bereits o. Rn. 4248.

¹⁵⁷⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 7; Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 9; Bungenberg, in: Heselerhaus/Nowak, § 61 Rn. 36.

¹⁵⁸⁰ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 1.

¹⁵⁸¹ S. sogleich Rn. 4255.

¹⁵⁸² Jarass, § 33 Rn. 5; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 3.

¹⁵⁸³ Vgl. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 4; Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 227, 340.

¹⁵⁸⁴ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 36.

6. Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

Das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung wird in Art. 35 S. 1 EGRC nur „nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ gewährleistet. Dies bedeutet, dass sich aus Art. 35 S. 1 EGRC selbst kein subjektives Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung ergibt. Es wird lediglich das sich aus den nationalen Vorschriften und Gepflogenheiten ergebende Recht gewährleistet. Dessen Erhaltung kann der Einzelne aber gegenüber der Union einfordern. 4255

a) Spielraum des Gesetzgebers

Den Mitgliedstaaten wird dabei kein einheitlicher Standard vorgeschrieben,¹⁵⁸⁵ sondern die nationalen Gesetzgeber entscheiden, inwiefern sie ein derartiges Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung gewähren. Ihnen kommt dabei ein weiterer Spielraum zu.¹⁵⁸⁶ Damit entscheiden letztlich auch sie, was sie im Einzelnen unter „Gesundheitsvorsorge“ und „ärztlicher Versorgung“ verstehen.¹⁵⁸⁷ Die konkreten Gesundheitssysteme können so von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat in Art und Umfang erheblich divergieren.¹⁵⁸⁸ Auch ein Rückschrittsverbot hinter dem bereits erreichten Gesundheitsstandard besteht nicht.¹⁵⁸⁹ 4256

Es ist nicht einmal ein Kernbestand auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung durch Art. 35 S. 1 EGRC gesichert.¹⁵⁹⁰ Zwar handelt es sich dabei – wie festgestellt – um ein subjektives Recht. Es ist jedoch ein gegen die Union gerichtetes Abwehrrecht, kein Leistungsrecht.¹⁵⁹¹ Und auch gegen die Mitgliedstaaten ergibt sich aufgrund der Bestimmung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC kein Recht auf Bereitstellung eines Gesundheitsschutzsystems. Daher verpflichtet Art. 35 S. 1 EGRC die Mitgliedstaaten nicht einmal, überhaupt ein für alle zugängliches Gesundheitsschutzsystem vorzuhalten.¹⁵⁹² Ein solcher Anspruch auf eine gesundheitliche Grundversorgung kann sich allenfalls aus Art. 1, 2 oder 3 EGRC ergeben,¹⁵⁹³ wenn die mangelnde Grundversorgung zu einer Existenzbedrohung für den Menschen führt.¹⁵⁹⁴ 4257

¹⁵⁸⁵ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 34.

¹⁵⁸⁶ Jarass, § 33 Rn. 7.

¹⁵⁸⁷ Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 4.

¹⁵⁸⁸ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 46.

¹⁵⁸⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 35.

¹⁵⁹⁰ A.A. Rengeling/Szczekalla, Rn. 1046.

¹⁵⁹¹ S.o. Rn. 4225.

¹⁵⁹² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 35; a.A. Rengeling/Szczekalla, Rn. 1046; Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 36.

¹⁵⁹³ S.o. Rn. 4234 ff.

¹⁵⁹⁴ Vgl. Rengeling/Szczekalla, Rn. 1046.

b) Kein Verweis auf Unionsrecht

- 4258** Auffällig ist, dass Art. 35 S. 1 EGRC – anders als beispielsweise Art. 34 EGRC – nur auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten verweist, nicht auf das Unionsrecht.¹⁵⁹⁵ Dies lässt sich damit erklären, dass die Verantwortung für den Gesundheitsschutz gem. Art. 152 EG/168 AEUV grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten liegt.¹⁵⁹⁶ Die Union hat in diesem Bereich nur geringe Kompetenzen.¹⁵⁹⁷ „Herren der Gesundheitspolitik“¹⁵⁹⁸ bleiben die Mitgliedstaaten. Dies sollte durch die EGRC nicht geändert werden. Insbesondere sollte die Union den einzelstaatlichen Gesundheitsschutz nicht durchkreuzen können.¹⁵⁹⁹ Die EGRC folgt damit dem in Art. 152 Abs. 5 S. 1 EG/168 Abs. 7 S. 1 AEUV festgelegten Grundsatz, wonach „bei der Tätigkeit der Union im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung ... die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung ... gewahrt“ wird.¹⁶⁰⁰

II. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

- 4259** Als Adressaten der EGRC¹⁶⁰¹ sind die Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht verpflichtet, die sich aus den nationalen Vorschriften und Gepflogenheiten ergebenden Rechte auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung anzuerkennen. Sie dürfen diese nicht beeinträchtigen.¹⁶⁰² Eine Rechtfertigung ist in den allgemeinen Grenzen des Art. 52 EGRC möglich.

D. Hohes Gesundheitsschutzniveau**I. Gewährleistungsbereich**

- 4260** Gem. Art. 35 S. 2 EGRC wird bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.

¹⁵⁹⁵ Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 2.

¹⁵⁹⁶ Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 2; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1045; s. bereits o. Rn. 4210.

¹⁵⁹⁷ Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 35 GRCh Rn. 1; Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 25; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 34.

¹⁵⁹⁸ Berg, in: Schwarze, Art. 152 EGV Rn. 8.

¹⁵⁹⁹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 3; vgl. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 227.

¹⁶⁰⁰ Riedel, in: Meyer, Art. 35 Rn. 9.

¹⁶⁰¹ Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

¹⁶⁰² Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 40.

1. Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus

Der Begriff der Gesundheit ist wie nach Art. 35 S. 1 EGRC zu definieren.¹⁶⁰³ Der „Gesundheitsschutz“ betont die präventive Wahrung des Gesundheitszustands.¹⁶⁰⁴ **4261**

Art. 35 S. 2 EGRC spricht von der Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus. Damit enthält die Norm ein Optimierungsgebot,¹⁶⁰⁵ d.h. es muss der größtmögliche Gesundheitsschutz normiert und verwirklicht werden. Dabei hat eine Orientierung am Stand der technischen und wissenschaftlichen Entwicklung und des wirtschaftlich Zumutbaren stattzufinden.¹⁶⁰⁶ Zudem können nicht alle Felder gleichzeitig bestellt werden. Daher können Prioritäten gesetzt werden.¹⁶⁰⁷ **4262**

Da jedoch nicht das „höchste“, sondern nur ein „hohes“ Gesundheitsschutzniveau sichergestellt werden muss,¹⁶⁰⁸ kann im Fall der Kollision des Gesundheitsschutzes mit anderen Vertragszielen eine Abwägung stattfinden.¹⁶⁰⁹ Dabei muss der Gesundheitsschutz bestmöglich bewahrt werden, ohne aber einen absoluten Vorrang zu genießen. **4263**

2. Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union

Art. 35 S. 2 EGRC verpflichtet alle Unionsorgane und die Mitgliedstaaten bei Durchführung des Unionsrechts, im Rahmen der Verfolgung anderer Vertragsziele auch die Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus anzustreben. Man kann insoweit von einem „Sekundärziel“ sprechen.¹⁶¹⁰ Anders als bei der in Art. 34 Abs. 1 und Abs. 3 EGRC gewählten Formulierung des Anerkennens und Achtens sind aktive Maßnahmen gefordert.¹⁶¹¹ Die Verpflichtung gilt in allen Politikbereichen. Zugleich gilt sie bei jeder Maßnahme, d.h. sowohl bei Legislativakten von Kommission, Parlament und Rat als auch beispielsweise bei Programmen und Empfehlungen.¹⁶¹² Schließlich gilt die Verpflichtung in jedem Stadium, d.h. sowohl bei der Erarbeitung als auch bei der Umsetzung und Durchführung der Politik und Maßnahmen.¹⁶¹³ Den Belangen des Gesundheitsschutzes muss dabei so weit wie möglich Rechnung getragen werden.¹⁶¹⁴ **4264**

¹⁶⁰³ S.o. Rn. 4247 f.

¹⁶⁰⁴ Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 152 EGV Rn. 4.

¹⁶⁰⁵ Lurger, in: Streinz, Art. 152 EGV Rn. 23; Berg, in: Schwarze, Art. 152 EGV Rn. 10; Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 45.

¹⁶⁰⁶ Lurger, in: Streinz, Art. 152 EGV Rn. 23; Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 45; Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 50.

¹⁶⁰⁷ Vgl. näher u. Rn. 4336 ff. zum hohen Umweltschutzniveau.

¹⁶⁰⁸ Vgl. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 50.

¹⁶⁰⁹ Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 45; vgl. Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 61 Rn. 40, der von „praktischer Konkordanz“ spricht.

¹⁶¹⁰ Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 152 EGV Rn. 22.

¹⁶¹¹ Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 35 Rn. 51.

¹⁶¹² Lurger, in: Streinz, Art. 152 EGV Rn. 22; Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 43.

¹⁶¹³ Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf, Art. 152 EGV Rn. 43.

¹⁶¹⁴ Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 152 EGV Rn. 22.

II. Rechtsfolgen

- 4265** Die Verpflichtung zur Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus trifft sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht.¹⁶¹⁵ Die Hauptverantwortung für den Gesundheitsschutz liegt derzeit jedoch aufgrund der Kompetenzverteilung durch den EG/AEUV bei den Mitgliedstaaten. Die Union hat nur begrenzte Zuständigkeiten.¹⁶¹⁶ Deshalb ist eine aktive Tätigkeit der Union nur eingeschränkt möglich. Gem. Art. 51 Abs. 2 EGRC begründet die EGRC auch weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union und ändert die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben nicht. Daher bildet Art. 35 S. 2 EGRC auch nur eine materielle Vorschrift und keine Legitimation für Durchführungsakte, die das Ziel dieser Vorschrift fördern;¹⁶¹⁷ diese müssen auf anderen Kompetenzen beruhen.¹⁶¹⁸
- 4266** Bei der Auslegung von Sekundärrecht und bei der Auslegung nationalen Rechts (im Rahmen der Durchführung von Unionsrecht) ist der Grundsatz des Art. 35 S. 2 EGRC zu berücksichtigen.¹⁶¹⁹ Aufgrund des Grundsatzcharakters der Vorschrift ergeben sich aus Art. 35 S. 2 EGRC jedoch keine Ansprüche auf Schadensersatz oder auf Erlass von Durchführungsakten. Erst recht folgt aus dem Grundsatz keine Verpflichtung Privater.¹⁶²⁰ Lediglich im Rahmen einer Inzidentkontrolle können Gerichte überprüfen, ob Rechtsvorschriften mit Art. 35 S. 2 EGRC vereinbar sind.

¹⁶¹⁵ Vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

¹⁶¹⁶ S.o. Rn. 4210.

¹⁶¹⁷ S. auch *Streinz*, in: ders., Art. 35 GR-Charta Rn. 4 gegen *Riedel*, in: Meyer, Art. 35 Rn. 12; *Jarass*, § 33 Rn. 6.

¹⁶¹⁸ S. für Schutzmaßnahmen gegen BSE und die davon ausgehenden Risiken für die menschliche Gesundheit EuGH, Rs. C-393/01, Slg. 2003, I-5405 (5456, Rn. 42) – Frankreich/Kommission sowie etwa bereits Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265 (2286, Rn. 48 ff.) – Vereinigtes Königreich/Kommission.

¹⁶¹⁹ *Jarass*, § 33 Rn. 6.

¹⁶²⁰ *Jarass*, § 33 Rn. 8.

E. Prüfungsschemata zu Art. 35 EGRC

I. Prüfungsschema zu Art. 35 S. 1 EGRC

1. Schutzbereich

4267

- a) Recht auf Gesundheitsvorsorge, also kein originärer Leistungsanspruch, sondern Recht auf diskriminierungsfreien Zugang
- b) Gesundheit: Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens, nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen
- c) Gesundheitsvorsorge: alle präventiven Maßnahmen, die einer Beeinträchtigung der Gesundheit vorbeugen, wie Gesundheitserziehung, Hygienevorschriften, Impfungen; nicht Krankheitsbehandlung und Rehabilitation
- d) anders als bei der Gesundheitsvorsorge gewährleistet Art. 35 S. 1 EGRC nicht nur ein Recht auf Zugang zur ärztlichen Versorgung, sondern ein direktes Recht auf Leistung
- e) ärztliche Versorgung: Behandlung von Krankheiten, unabhängig davon, ob sie erfolgreich ist, eine Verschlimmerung des Zustands verhindert oder auch nur lebensverlängernd wirkt
- f) kein einheitlicher Standard vorgeschrieben, sondern die nationalen Gesetzgeber entscheiden, inwiefern sie ein Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung gewähren
- g) aus Art. 35 S. 1 EGRC selbst kein subjektives Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung; es wird lediglich das sich aus den nationalen Vorschriften und Gepflogenheiten ergebende Recht gewährleistet

2. Beeinträchtigung

Union oder ein Mitgliedstaat bei Durchführung von Unionsrecht schmälert die sich aus den nationalen Vorschriften und Gepflogenheiten ergebenden Rechte auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung

3. Rechtfertigung

II. Prüfungsschema zu Art. 35 S. 2 EGRC

4268 1. Gewährleistungsbereich

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) Gesundheitsschutz betont die präventive Wahrung des Gesundheitszustands
- b) Optimierungsgebot, d.h. es muss der größtmögliche Gesundheitsschutz normiert und verwirklicht werden; dabei hat eine Orientierung am Stand der technischen und wissenschaftlichen Entwicklung und des wirtschaftlich Zumutbaren stattzufinden
- c) kollidiert der Gesundheitsschutz mit anderen Vertragszielen: Abwägung, bei der der Gesundheitsschutz bestmöglich gewahrt werden muss, ohne aber einen absoluten Vorrang zu genießen
- d) Art. 35 S. 2 EGRC verpflichtet alle Unionsorgane und die Mitgliedstaaten bei Durchführung des Unionsrechts, im Rahmen der Verfolgung anderer Vertragsziele auch die Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus anzustreben; es sind aktive Maßnahmen gefordert

2. Rechtsfolgen

- a) Hauptverantwortung für den Gesundheitsschutz liegt derzeit aufgrund der Kompetenzverteilung bei den Mitgliedstaaten; aktive Tätigkeit der Union nur begrenzt möglich
- b) bei der Auslegung von Sekundärrecht und bei der Auslegung nationalen Rechts (im Rahmen der Durchführung von Unionsrecht) ist der Grundsatz des Art. 35 S. 2 EGRC zu berücksichtigen
- c) jedoch keine Klagen auf Schadensersatz oder auf Erlass von Durchführungsakten möglich
- d) nur gerichtliche Inzidentkontrolle, ob Rechtsvorschriften mit Art. 35 S. 2 EGRC vereinbar sind

§ 7 Zugang zu gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen

A. Vorhandener europäischer Standard als Grundlage

I. Entstehung

4269 Gem. Art. 36 EGRC anerkennt und achtet die Union den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern. Dieser Artikel ist im Grundrechtekonvent besonders stark kritisiert und nur aufgrund sehr nachdrücklichen Betreibens der französischen Vertreter aufgenommen worden.¹⁶²¹ Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁶²² steht Art. 36 EGRC

¹⁶²¹ Lörcher, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 37 (51).

allerdings vollauf im Einklang mit Art. 14 AEUV und begründet kein neues Recht. Art. 36 EGRC ist im Wesentlichen in Anlehnung an Art. 16 EG/14 AEUV formuliert worden, um die inhaltlichen Angriffe gegen die Norm im Grundrechtekonvent abwehren zu können.¹⁶²³

Dabei stand ein Vorschlag des Präsidiums mit einer Garantie auf Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse entsprechend dem EG und nach den nationalen Gesetzgebungen und Gepflogenheiten im Raum.¹⁶²⁴ Diese Gewährleistung sollte nach den Äußerungen der Befürworter durch die Ausgeschlossenen auch gerichtlich einforderbar sein.¹⁶²⁵ Dies wurde indes auch stark kritisiert,¹⁶²⁶ insbesondere weil so ein von Art. 16 EG/14 AEUV abweichendes, völlig neues Recht entstehe, welches das Hauptproblem der finanziellen Ressourcen überspiele.¹⁶²⁷ Daher wurde die Bestimmung nicht als Recht, sondern als Achtungspostulat gefasst und die Orientierung an Art. 16 EG/14 AEUV gesucht.¹⁶²⁸ **4270**

II. Anknüpfung an Art. 16 EG/14 AEUV

Durch diese Verweigerung eines subjektiven Rechts knüpft Art. 36 EGRC an Art. 16 EG/14 AEUV an, ohne diesen inhaltlich deutlich anzureichern. Was in Art. 16 EG/14 AEUV als Gestaltungsauftrag niedergelegt ist, greift Art. 36 EGRC in Anknüpfung an die Regulierung als Zugangspostulat auf. Er enthält damit entsprechend dem Gegenstand der Grundrechte die Perspektive des Bürgers, während Art. 16 EG/14 AEUV im Rahmen der allgemeinen Grundsätze die Union und auch die Mitgliedstaaten im Blick hat. Somit bilden beide Bestimmungen eine sich ineinanderfügende Einheit. Daher ist auch die in der deutschen Fassung von Art. 36 EGRC auftretende Formulierungsabweichung „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ unschädlich.¹⁶²⁹ In Art. 86 EG/106 AEUV, auf den Art. 16 EG/14 AEUV explizit verweist, heißt es ebenso. **4271**

¹⁶²² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁶²³ Lörcher, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 37 (51 f.).

¹⁶²⁴ In Form eines französisch abgefassten, maschinenschriftlichen Zusatzes auf der Kopie des Sitzungsdokuments CHARTE 4383/00 CONVENT 41 mit Änderungsanträgen, Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 343 f.: „L'accès aux services d'intérêt général est garanti, conformément au traité instituant la Communauté européenne et selon les législations et pratiques nationales.“

¹⁶²⁵ S. Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 9; Riedel, in: Meyer, Art. 36 Rn. 6, 9.

¹⁶²⁶ S. Barriga, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 130.

¹⁶²⁷ Zum Einzelnen Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 9.

¹⁶²⁸ In einer eigenen Auslegungserläuterung CHARTE 4423/00 CONVENT 46, S. 46 der französischen Fassung.

¹⁶²⁹ Näher Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 14.

III. Notwendige Zusammenschau mit Art. 86 und 87 EG/106 und 107 AEUV

4272 Art. 36 EGRC verweist zwar nicht wie Art. 16 EG/14 AEUV explizit auf Art. 86 und 87 EG/106 und 107 AEUV, gewährt aber den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur im Einklang mit den Verträgen, wozu auch die Vorschriften der Art. 86 f. EG/106 f. AEUV gehören. Die beiden Bestimmungen sind bei dieser Frage der Europarechtskonformität zentral, wie die intensive Rechtsprechung zu einem (partiellen) Dispens von Wettbewerbsvorschriften und zum Beihilfenverbot gerade hinsichtlich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse belegen.¹⁶³⁰ Vor allem darin spiegelt sich der *acquis communautaire* wider, an den Art. 36 EGRC anknüpft, ohne ihn zu verändern.¹⁶³¹ Einen Zugang gewährleistete bisher das europäische Recht indes nicht, ebenso wenig die nationalen Verfassungen.¹⁶³² Art. 36 EGRC enthält daher eine über die bisherige Rechtsentwicklung in Europa hinausreichende Neuerung.¹⁶³³

B. Einordnung

I. Qualifizierung als Grundsatz

1. Wortlaut

4273 Nach Art. 36 EGRC anerkennt und achtet die Union den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, garantiert ihn aber nicht und gibt auch kein Recht darauf. Vielmehr knüpft die Vorschrift an die nationalen Zugangsmöglichkeiten an, die nur unter die besondere Schutzgewährleistung auch der europäischen EGRC gestellt werden, aber dort eben nicht als subjektives individuelles Grundrecht garantiert sind. Und selbst diese Anerkennung und Achtung erfolgt nur insoweit, als ein Zugang durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten geregelt ist.¹⁶³⁴ Damit hängt es von der jeweiligen nationalen Ausgestaltung ab, ob ein Zugang bzw. ein Recht auf Zugang besteht.

¹⁶³⁰ Mit zahlr. Nachweisen *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 2038 ff. sowie *ders.*, Europarecht 3, Rn. 423 ff.

¹⁶³¹ S. daher u. Rn. 4284 ff.

¹⁶³² *Pielow*, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 15 ff.

¹⁶³³ Daher eine Überschreitung des Mandats zur Abbildung der Grundrechte in der EMRK und nach den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten annehmend *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 34 Rn. 3; *Pielow*, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 12. Indes bleibt die Anknüpfung an Art. 16 EG/14 AEUV (s.o. Rn. 4271), so dass jedenfalls keine Kompetenzerweiterung erfolgte.

¹⁶³⁴ *Frenz*, DÖV 2002, 1028 (1030).

2. Genese

Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁶³⁵ begründet Art. 36 EGRC kein neues Recht. 4274 Er stellt lediglich den Grundsatz auf, dass die Union den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach den einzelstaatlichen Bestimmungen achtet, sofern diese mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Entsprechende Vorstöße für ein subjektiv geltend zu machendes Zugangsrecht konnten sich gerade nicht durchsetzen.¹⁶³⁶

3. Systematik

Titel IV der EGRC, der auch Art. 36 EGRC umfasst, enthält sowohl Grundrechte 4275 als auch Grundsätze. Dass der Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur einen Grundsatz bildet, zeigt etwa ein Gegensatz zu Art. 35 S. 1 EGRC, wonach jeder Mensch das Recht auf Zugang zu Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung hat. Der enge Bezug des Zugangs zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Unionsbürgerschaft führt allein noch nicht zu einem einforderbaren Grundrecht, wie auch der Umweltschutz zeigt.¹⁶³⁷ Auch die Kommission geht zwar von einem engen Verhältnis zwischen diesem Zugang und der Unionsbürgerschaft aus, erwähnt aber nicht die Existenz eines Rechts und hält „möglicherweise ein gemeinsames Konzept für Leistungen der Daseinsvorsorge von Nöten, um die Bindung an die Union zu stärken“.¹⁶³⁸ In diesem Zusammenhang bewertet sie die Bestimmungen über den Zugang in der EGRC als einen wichtigen „Schritt in diese Richtung“.¹⁶³⁹

4. Zweck

Obwohl von dem Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse der Einzelne profitiert, wird nicht deutlich, ob dessen Begünstigung tatsächlich die Hauptzielrichtung von Art. 36 EGRC ist. Im Vordergrund steht vielmehr die Anerkennung und Achtung des Zugangs, wie er in den Mitgliedstaaten ausgestaltet ist. Insoweit besteht ebenfalls eine Schutzwirkung zugunsten der Mitgliedstaaten. Auch wenn diese problematisch ist,¹⁶⁴⁰ bedarf es dafür nicht der Zuerkennung eines subjektiven Rechts an den Einzelnen.

Vielmehr geht es um die Wahrung der mitgliedstaatlichen Strukturen und 4277 höchstens aus diesen wird der Einzelne begünstigt und auch subjektiv berechtigt. Warht die Union diese Zuständigkeitsverteilung, wird dadurch der Einzelne lediglich indirekt begünstigt. Damit wirkt die Schranke zulasten des Handelns der Uni-

¹⁶³⁵ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁶³⁶ S.o. Rn. 4270.

¹⁶³⁷ S.u. Rn. 4312 ff.

¹⁶³⁸ Mitteilung der Kommission vom 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg., Anhang II, Rn. 64.

¹⁶³⁹ Mitteilung der Kommission vom 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg., Anhang II, Rn. 64.

¹⁶⁴⁰ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 20, 32.

onsorgane für die Freiheit des Einzelnen, aber nicht auf der Basis eines subjektiv-öffentlichen Rechts.

II. Abgrenzung

- 4278** Da Art. 36 EGRC keine vergleichbaren Vorläufer oder Parallelbestimmungen in der Charta hat, bedarf es insoweit auch nicht der Abgrenzung. Das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung gem. Art. 35 EGRC berührt einen speziellen Bereich, der auch nicht notwendig eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen muss. Art. 36 EGRC steht vielmehr zu vertraglichen Vorschriften in Bezug, die diesen Bereich näher ausfüllen, nämlich insbesondere Art. 86 und 87 EG/106 und 107 AEUV, auf die Art. 16 EG/14 AEUV explizit verweist.¹⁶⁴¹

C. Gewährleistungsbereich

- 4279** Gem. Art. 36 EGRC anerkennt und achtet die Union den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.

I. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

- 4280** Der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bildet den zentralen gegenständlichen Bezugspunkt von Art. 36 EGRC und stimmt mit demjenigen nach Art. 86 Abs. 2 EG/106 Abs. 2 AEUV sowie mit den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie sie in Art. 16 EG/14 AEUV beschrieben werden, überein.¹⁶⁴² Wie dort handelt es sich damit um wirtschaftliche Tätigkeiten, „die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden“. Sie können auch privatrechtlich organisiert sein.¹⁶⁴³
- 4281** Die Mitgliedstaaten haben dabei einen großen Ausgestaltungsspielraum, der nur auf „offenkundige Fehler“ überprüft wird. Grundlegend ist allerdings, dass die Leistung nicht im rein privaten, sondern auch im öffentlichen Interesse erfolgt. Typischerweise gehören die klassischen Leistungen der Daseinsvorsorge dazu, auf

¹⁶⁴¹ S.o. Rn. 4272.

¹⁶⁴² S.o. Rn. 4271.

¹⁶⁴³ Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12.5.2004, KOM (2004) 374 endg., Anhang 1. Unter Verweis auf Art. 295 EG Mitteilung der Kommission vom 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg., Rn. 21 sowie *Burgi*, *VerwArch.* 2002, 255 (257).

die der Einzelne unabdingbar angewiesen ist, so die Wasserver- oder Abfallsorgung.¹⁶⁴⁴ Charakteristisch ist die flächendeckende, gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs.¹⁶⁴⁵

II. Zugang

Der in Art. 36 EGRC geregelte Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ergibt sich bereits aus ihrem vorstehend aufgezeigten Charakter. Werden sie flächendeckend zur gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung vorgehalten, muss der Zugang zu ihnen allgemein sein. Jeder muss damit Zugang haben, und zwar in gleichberechtigter Weise. Entsprechend der französischen Doktrin des *service public* bezieht sich diese Gleichheit sowohl auf den Zugang zum Dienst als auch auf seine Nutzung und Inanspruchnahme (*égalité „devant“ et „dans“ le service public*).¹⁶⁴⁶

Art. 36 EGRC ist vom Bürger her zu sehen, der in eine solidarische Gemeinschaft eingebunden ist, welche auf bestimmten sozialen Rechten fußt, unter anderem dem Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Art. 16 EG/14 AEUV, der von der Aufgabenwahrnehmung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse her konzipiert ist, enthält gerade kein solches Zugangsrecht. Daher kann es nicht über Art. 36 EGRC zugunsten der Dienstleister hergeleitet werden. Es besteht daher höchstens für die Empfänger von solchen Dienstleistungen, nicht hingegen für die Erbringer,¹⁶⁴⁷ und auch dies nicht als unmittelbar einfordersbares subjektives Recht auf der Basis von Art. 36 EGRC,¹⁶⁴⁸ sondern nur nach nationalem Recht.

III. Verweis auf einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

Den Mitgliedstaaten ist bereits weitestgehend überlassen, inwieweit und mit welchen Aufgaben sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse führen.¹⁶⁴⁹ Art. 36 EGRC dehnt diesen nationalen Spielraum auf den Zugang zu solchen Dienstleistungen aus. Maßgeblich für Art. 36 EGRC ist damit, inwieweit die Mitgliedstaaten den Zugang durch ihre Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ausgestaltet haben. Sie können daher nähere Bedingungen festlegen und auch

¹⁶⁴⁴ EuGH, Rs. C-209/98, Slg. 2000, I-3743 (3799, Rn. 75) – Sydhavnens Sten & Grus/Kopenhagen.

¹⁶⁴⁵ S. EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 (2568, Rn. 14) – Corbeau; Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12.5.2004, KOM (2004) 374 endg., Ziff. 3.3.; im Einzelnen *Frenz*, *Europarecht* 2, Rn. 2026 ff.

¹⁶⁴⁶ *Pielow*, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 25.

¹⁶⁴⁷ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 34 Rn. 25; *Pielow*, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 24.

¹⁶⁴⁸ S.o. Rn. 4273 ff.

¹⁶⁴⁹ S.o. Rn. 4272.

bestimmte Personengruppen besonders behandeln, so insbesondere Private und privatisierte Versorgungsunternehmen.¹⁶⁵⁰

4285 Im Übrigen müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung den Grundcharakter der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wahren. Wesentlicher Punkt ist dabei die stetige allgemeine Zugänglichkeit. Diese fehlt auch im Falle des Streiks. Daher müssen besondere Gründe bestehen, um davon abzuweichen, so das Streikrecht nach Art. 28 EGRC. Dieses ist dann aber im Lichte des Wesens der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu sehen und darf nicht über Gebühr strapaziert werden. Mit dieser Wertung stimmt es überein, dass das Arbeitsgericht Chemnitz den Bahnstreik im Fernverkehr verbot, weil „die Belange unbeteiligter Dritter und der Allgemeinheit in unerträglicher Weise in Mitleidenschaft gezogen werden“.¹⁶⁵¹ Dadurch wird letztlich das Zugangsrecht als Wesenskern der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgehebelt. Entsprechendes würde bei einem Streik der Müllabfuhr erfolgen, selbst wenn diese nur den Haus- und nicht den Sperrmüll beträfe. Handelt es sich beim Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auch nicht um ein subjektives Recht, erwächst daraus jedenfalls ein gewichtiger Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung des Streikrechts.

4286 Zudem dürfen die Einzelbedingungen für den Zugang zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht dazu führen, dass einzelne Gruppen benachteiligt werden. Das gilt insbesondere für die sozial Schwachen, ist doch Art. 36 EGRC im Titel IV „Solidarität“ bzw. unter den sozialen Grundrechten der Charta angesiedelt.

4287 Jenseits dieser Grundbedingungen kann aber der Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in den einzelnen Mitgliedstaaten gänzlich unterschiedlich geregelt sein. Art. 36 EGRC knüpft gerade an die nationalen Eigenheiten an, welche die Union anzuerkennen und zu achten hat. Ihr obliegt es damit nicht, den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse näher auszugestalten. Jedenfalls aus Art. 36 EGRC erwächst den Unionsorganen keine Kompetenz. Es kommt vielmehr auf die nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten an. Damit zählen einerseits die verfassungs- und einfachgesetzlichen Festlegungen der Mitgliedstaaten und andererseits auch das Gewohnheits- und Richterrecht, obwohl es nicht kodifiziert ist; auch das soft law gehört dazu.¹⁶⁵²

IV. Einklang mit dem Unionsrecht

1. Primär- und Sekundärrecht

4288 Die Mitgliedstaaten sind auch dann, wenn sie regelungsbefugt sind, verpflichtet, die allgemeinen unionsrechtlichen Vorgaben einzuhalten. Das betrifft sowohl das

¹⁶⁵⁰ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 26.

¹⁶⁵¹ ArbG Chemnitz, AuR 2007, 393 (394).

¹⁶⁵² Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 28.

Primär- als auch das Sekundärrecht. Dass Art. 36 EGRC lediglich die Verträge benennt und nicht das Unionsrecht insgesamt, ändert an dessen grundsätzlichem Vorrang und damit an der Pflicht zu seiner Einhaltung nichts. Art. 36 EGRC hebt damit nur die Verträge besonders hervor. Das korrespondiert mit Art. 16 EG/14 AEUV, der explizit auf Art. 73, 86 und 87 EG/93, 106 und 107 AEUV verweist.

2. Zentrale Bedeutung der Wettbewerbsregeln

Die beiden letztgenannten Vorschriften haben auch zentrale Bedeutung für die 4289
Ausgestaltung des Zugangs zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch die Mitgliedstaaten. Insoweit gelten daher dieselben Grenzen wie für die Ausgestaltung dieser Dienstleistungen als solchen. Relevant werden diese Grenzen im Rahmen des Zugangs vor allem, wenn bestimmte Gruppen besondere Zugangsrechte erhalten, welche sie im Wettbewerb begünstigen bzw. ihnen einen finanziellen Vorteil aus staatlichen Mitteln und damit eine Beihilfe gewähren. Auch dafür bedarf es daher einer besonderen Rechtfertigung.

Die Bedeutung von Art. 86 f. EG/106 f. AEUV im vorliegenden Zusammen- 4290
hang ist aber dadurch begrenzt, dass Art. 36 EGRC an ein Zugangsrecht für jedermann anknüpft, nicht aber für die Dienstleister. Vielfach werden indes Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, bei dieser Tätigkeit durch bevorzugte Zugangsrechte zu anderen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wirtschaftliche Vorteile ziehen. Dann nutzen sie diese aber vielfach wie jeder andere und sind inso- weit jedermann.

Beachtlich ist Art. 36 EGRC indes insbesondere im Zusammenhang damit, dass 4291
für die Aufrechterhaltung von Zugangsrechten und damit für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bestimmte Voraussetzungen gegeben sein müssen. Die Erbringer dürfen daher nicht überfordert werden, weil ansonsten die Gefahr besteht, dass das Zugangsrecht beschränkt und damit der Bürger beeinträchtigt wird. Eine solche Überforderung besteht, wenn eine gemeinwohlbezogene Aufgabe nicht mehr zu wirtschaftlich ausgewogenen bzw. tragbaren Bedingungen erfüllt werden kann.¹⁶⁵³ Ist dies der Fall, können die Erbringer einer solchen Aufgabe ganz oder teilweise von den Wettbewerbsregeln entbunden werden, weil sie ansonsten rechtlich bzw. tatsächlich behindert werden, die ihnen übertragene besondere Aufgabe unter Wahrung der damit verbundenen Sonderpflichten zu erfüllen.¹⁶⁵⁴ Eine besondere Bedeutung hat hier die Zulässigkeit von Quersubventionierungen.¹⁶⁵⁵ Insbesondere dürfen nur die sonderpflichtenbedingten Mehrkosten ausgeglichen werden.

¹⁶⁵³ Beide Formulierungen verwendend s. EuGH, Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089 (8156, Rn. 57 f.) – Ambulanz Glöckner; auch etwa Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109 (4162, Rn. 54) – TNT Traco: wirtschaftlich annehmbar.

¹⁶⁵⁴ Im Einzelnen Frenz, Europarecht 2, Rn. 2038 ff.

¹⁶⁵⁵ Näher Frenz, Europarecht 2, Rn. 2049 ff.; zu den jüngeren Entwicklungen ders., EWS 2007, 211 ff.

3. Beihilfenverbot

4292 Damit ist die Brücke zum Beihilfenrecht geschlagen. Es besteht ebenfalls ein teilweiser Dispens vom Beihilfenverbot, wenn anders eine tragfähige Erfüllung von gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen nicht sichergestellt ist.¹⁶⁵⁶ Weiter gehend verneint der EuGH das Vorliegen einer Beihilfe bereits dann, wenn diese Grenze gewahrt bleibt und zudem der Bezugspunkt feststeht, welcher die Zuwendungen begründet, der Ausgleich für solche gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nach zuvor objektiv und transparent aufgestellten Parametern berechnet wird sowie der sich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergebende Ausgleichsbetrag nach Durchschnittswerten ermittelt werden kann bzw. vorher ein Vergabeverfahren stattgefunden hat.¹⁶⁵⁷

4. Richtlinien

4293 Die nationale Ausgestaltung der Zugangsmöglichkeiten zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird weiter durch Sekundärrecht und dabei insbesondere durch Richtlinien beschränkt, welche zu solchen Dienstleistungen ergangen sind. Diese regeln vielfach auch den Zugang und dabei vor allem den Drittzugang zu Netzen, so im Telekommunikations- und im Energiebereich.¹⁶⁵⁸ Umgekehrt ist die Union aber bei dieser Regulierung durch Art. 36 EGRC dazu verpflichtet, die nationalen Regelungen für den Zugang anzuerkennen und zu achten.¹⁶⁵⁹

V. Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts in der Union

4294 Wie Art. 16 EG/14 AEUV enthält Art. 36 EGRC die Wendung „um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern“. In beiden Fällen handelt es sich um eine Zielkomponente. Während Art. 16 EG/14 AEUV allerdings an die bestehende Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts anknüpft und dieses Element deshalb bei der Ausgestaltung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Eingang zu finden hat, ist diese Formel in Art. 36 EGRC ans Ende gestellt und bestimmt gleichsam die ganze Richtung. Diese Bedeutung haben aber die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als solche und damit auch der Zugang zu ihnen. Ihre Anerkennung und Achtung dient daher grundsätzlich diesem Zweck. Sie passt auch dazu, dass Art. 36 EGRC bei den sozialen Grundrechten platziert ist.

¹⁶⁵⁶ Frenz, Europarecht 3, Rn. 1139 ff.

¹⁶⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 (7839 f., Rn. 87 ff., zusammengefasst in 7841 f., Rn. 95) – Altmark; näher dazu krit. Frenz, Europarecht 3, Rn. 429 ff.

¹⁶⁵⁸ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 29.

¹⁶⁵⁹ S. sogleich Rn. 4299 ff.

Daraus erklärt sich ebenfalls, dass nur der soziale und territoriale Zusammenhalt genannt wird, nicht aber der wirtschaftliche. Letzterer ist auch insbesondere mit einer Förderung durch spezifische Finanzierungsinstrumente verbunden. Mit einer solchen ist daher Art. 36 EGRC nicht verknüpft.¹⁶⁶⁰ **4295**

Der territoriale Zusammenhalt wird durch den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse insofern gefördert, als eine flächendeckende Versorgung mit Leistungen der Daseinsvorsorge elementar für die Verbindung verschiedener Territorien untereinander und die Versorgung der Bevölkerung mit solchen Leistungen auch in entlegenen Gebieten ist. Die territoriale Struktur der Union in ihrer gegenwärtigen Verbundenheit kann daher über solche Zugangsrechte gesichert werden. **4296**

Fördert damit der Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse den sozialen und territorialen Zusammenhalt, muss dazu kein spezifischer Bezug im Sinne eines notwendigen rechtlichen Zusammenhangs mehr hergestellt werden. **4297**

Daher können die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unabhängig von einem solchen rechtlichen Kontext gesehen werden. Damit besteht insbesondere kein notwendiger Bezug zu Art. 158 ff. EG/174 ff. AEUV, wo der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt geregelt ist.¹⁶⁶¹ **4298**

D. Rechtsfolgen

I. Unterlassen von Eingriffen

Dass die Union nach Art. 36 EGRC den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkennt und achtet, bedeutet in erster Linie, dass sie sich Eingriffen in die mitgliedstaatlichen Strukturen und Zugangsbedingungen enthält. Es geht also um ein Unterlassen. Insbesondere darf der Zugang zu diesen Leistungen einschließlich der dabei geltenden Regelungen grundsätzlich nicht eingeschränkt werden, wenn etwa Sekundärrecht auf einem solchen Feld ergeht.¹⁶⁶² **4299**

II. Begrenzte positive Verpflichtung

Lässt sich damit das Achten noch auf diese negative Komponente zurückführen, wird die Anerkennung als darüber hinausgehend angesehen. Die Union soll daher die nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten auch aktiv gutheißen und **4300**

¹⁶⁶⁰ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 33: jedenfalls kein „Automatismus“ in Richtung einer EU-finanzierten Förderung.

¹⁶⁶¹ Für Art. 16 EG/14 AEUV näher Frenz, Europarecht 2, Rn. 2083 f.

¹⁶⁶² Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 30.

bestätigen.¹⁶⁶³ Indes kann auch das Anerkennen aus einem bloßen Respektieren bestehen.

- 4301** Eine positive Verpflichtung ergibt sich hingegen zumindest aus Art. 16 EG/14 AEUV. Danach hat auch die Union das Funktionieren dieser Dienste so zu gestalten, dass die Erbringer ihren Aufgaben nachkommen können.¹⁶⁶⁴ Daraus folgt jedenfalls indirekt und mittelbar, dass die Union eine positive Förderpflicht für solche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hat. Davon wird auch der Zugang profitieren. Allerdings muss die Union nicht dafür Sorge tragen, dass etwa ein möglichst großer Personenkreis Zugang zu solchen Dienstleistungen erhält. Andernfalls würde das Primat nationaler Gestaltung unterhöhlt. Daher besteht keine unmittelbare Förderpflicht aus Art. 36 EGRC.¹⁶⁶⁵

III. Garantie des nationalen Status quo?

1. Absicherung

- 4302** Weil die Mitgliedstaaten in ihrer Regelungshoheit in Art. 36 EGRC weitestgehend respektiert werden, können sie auch die Zugangsrechte zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ändern. Sie können sie damit etwa auch abschaffen. Damit haben diese Zugangsrechte keine feste Kontur, sondern ihre Reichweite unterliegt der Veränderung. Schon deshalb erscheint die Gewährleistung eines sich ohnehin stets wandelnden Status quo ausgeschlossen. Damit wäre aber auch der Unionsgesetzgeber frei, im Sekundärrecht Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse weiter gehend zu liberalisieren und damit auch die typisch auf gemeinwohlbezogene Dienstleistungen zugeschnittenen Zugangsrechte gleichsam zu unterhöhlen.¹⁶⁶⁶
- 4303** Diese Möglichkeit bestünde aber bei einer fehlenden Absicherung der jeweiligen nationalen Ausgestaltung dieser Rechte und Dienste auch dann, wenn sie in einem Mitgliedstaat sehr weitgehend verankert wären. Daher sind ihr jeweiliger Zuschnitt und damit der changierende Status quo geschützt. Nur wenn in allen Mitgliedstaaten in einem Bereich keine Zugangsrechte zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bestehen, gibt es nichts zu respektieren.
- 4304** Zudem werden bei einer Zurückdrängung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch Unionsorgane mittelbar auch Zugangsrechte tangiert. Daher wird nicht nur in die Zuständigkeitsordnung der Mitgliedstaaten

¹⁶⁶³ So Mann, in: Heselhaus/Nowak, § 34 Rn. 26.

¹⁶⁶⁴ Näher Frenz, Europarecht 2, Rn. 2093 ff.; insoweit auch Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 100: „Sorge- und Schutzpflicht“.

¹⁶⁶⁵ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 30.

¹⁶⁶⁶ Abl. Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 31; anders hingegen Riedel, in: Meyer, Art. 36 Rn. 12.

eingegriffen, sondern auch der Rechtskreis des Bürgers tangiert, welchen die Grundrechte schützen wollten.¹⁶⁶⁷

2. Notwendige Rechtfertigung von Einschränkungen

Auch wenn sich die Pflicht zur Anerkennung und Achtung nach Art. 36 EGRC ebenfalls auf den mitgliedstaatlichen Status quo bezieht, ist dieser damit nicht änderungsfest. Indes müssen die Unionsorgane Vorgaben für eine Modifizierung näher begründen und angesichts der Pflicht nach Art. 36 EGRC näher rechtfertigen. So wie Art. 16 EG/14 AEUV mit seiner Grundentscheidung für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei anderen Politiken im Sinne einer Querschnittsklausel einzubeziehen ist,¹⁶⁶⁸ gilt dies auch für die weitgehend parallele Grundrechtsvorschrift des Art. 36 EGRC. Zwar ist eine solche umfassende Einbeziehung bei der Festlegung der Unionspolitik nicht wie in Art. 37 EGRC ausdrücklich vorgegeben. Indes handelt es sich um eine Richtungsentscheidung, den national gewährten Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzuerkennen und zu achten. Diese ist auch im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG/106 Abs. 2 AEUV zu wahren, führen doch Lockerungen beim Wettbewerbsrecht zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmen bei der Erbringung gemeinwohlbezogener Dienstleistungen, die auch die Zugangsrechte verbessern können.¹⁶⁶⁹ Auch in diesem Rahmen ist daher Art. 36 EGRC dem bisherigen Art. 16 EG/14 AEUV an die Seite zu stellen.¹⁶⁷⁰ **4305**

3. Abwägung

Damit bedarf es letztlich einer Abwägung zwischen der grundsätzlichen Pflicht zur Anerkennung und Achtung des nationalen Zugangs zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und gegenläufigen Belangen, welche etwa im Interesse einer stärkeren Konkurrenz auf einem bestimmten Versorgungsfeld Dienste mit umfangreichen Gemeinwohlverpflichtungen generell zurückdrängen sollen. Weil es sich dabei um eine politische Entscheidung handelt, ist den Unionsorganen ein breiter Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Dabei haben sie allerdings die grundsätzliche Bedeutung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 16 EG/14 AEUV und das Gewicht des Zugangs nach Art. 36 EGRC in ihre Überlegungen hinreichend einzubeziehen. **4306**

Letztlich geht es um die Herstellung praktischer Konkordanz, unter anderem zwischen dem Wettbewerb und den Belangen der Dienste von allgemeinem wirt- **4307**

¹⁶⁶⁷ Anders Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 31: Unvereinbarkeit mit dem Grundrechtscharakter.

¹⁶⁶⁸ Näher Frenz, Europarecht 2, Rn. 2100 ff.; vgl. auch zur umweltschutzbezogenen Querschnittsklausel des Art. 37 EGRC u. Rn. 4368 ff.

¹⁶⁶⁹ Vgl. o. Rn. 4291.

¹⁶⁷⁰ S. zu Art. 16 EG Frenz, Europarecht 2, Rn. 2088 ff.

schaftlichem Interesse.¹⁶⁷¹ Das Gewicht dieser Dienstleistungen wurde dabei durch die Aufnahme des Zugangs in Art. 36 EGRC weiter verstärkt. Das Prinzip der Daseinsvorsorge wird so zum gleichrangigen Konterpart zum Wettbewerbsprinzip.

- 4308** In welche Richtung die Gestaltung im Einzelfall geht, hängt von den jeweiligen Umständen und Vorstellungen ab. Allgemeine Regeln lassen sich daraus schwerlich entnehmen. Je bedeutsamer allerdings der Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für den sozialen und territorialen Zusammenhalt in der Union ist, desto eher muss er erhalten bleiben. Das gilt namentlich bei einer ansonsten gefährdeten Versorgung finanzschwacher Bevölkerungsschichten oder ländlicher Regionen. Anderes gilt hingegen dann, wenn die verstärkte Einführung von Wettbewerb diesen Zugang zu für die Versorgung wichtigen Leistungen in gleicher Weise sicherzustellen vermag. Insoweit bedarf es regelmäßig einer Prognose. Hier haben die Unionsorgane einen Spielraum für die Beurteilung ungewisser Sachverhalte. Sie müssen aber bei der Ausfüllung dieses Spielraumes Tatsachen oder zumindest tatsächliche Anhaltspunkte zugrunde legen und können sich nicht einfach auf Vermutungen stützen.

E. Prüfungsschema zu Art. 36 EGRC

4309 1. Gewährleistungsbereich

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wie in Art. 16 EG/14 AEUV: wirtschaftliche Tätigkeiten im Interesse der Allgemeinheit mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen (z.B. Abfallentsorgung, Wasserversorgung); Festlegung nach Ermessen der Mitgliedstaaten**
- b) **Anerkennung und Achtung des Zugangs durch die Union**
- c) **Zugang selbst schon wesensgemäß, aber Ausgestaltung nach nationalen Vorschriften und Gepflogenheiten, die indes in Einklang mit Europarecht (Wettbewerbsregeln, Beihilfenverbot) stehen müssen**
- d) **Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts: wird schon praktisch erfüllt**

2. Rechtsfolgen

- a) **Union unterlässt Eingriffe in mitgliedstaatliche Strukturen und Zugangsbedingungen**
- b) **Union fördert Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse**
- c) **keine Garantie des Status quo, aber Union muss Einschränkungen rechtfertigen**
- d) **Abwägung: Daseinsvorsorge als gleichrangiges Prinzip z.B. zum Wettbewerb**

¹⁶⁷¹ *Mann*, in: Heselhaus/Nowak, § 34 Rn. 28; *Riedel*, in: Meyer, Art. 36 Rn. 12; s. auch *Jarass*, § 34 Rn. 15; a.A. *Pielow*, in: Tettinger/Stern, Art. 36 Rn. 30 a.E. mit Fn. 133.

§ 8 Umweltschutz

A. Vorhandener europäischer Standard als Grundlage

Nach den Erläuterungen zur EGRC wurde der Umweltschutz nach Art. 37 EGRC **4310** in Anlehnung an Art. 2, 6 und 174 EG/3 Abs. 3 EUV sowie Art. 11 und 191 AEUV niedergelegt.¹⁶⁷² Das zeigt sich auch in den Formulierungen und Anforderungen des hohen Umweltschutzniveaus und der Verbesserung der Umweltqualität, welche in die Politik der Union einbezogen werden müssen, ebenso wie in dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung, der nach Art. 37 EGRC den Leitmaßstab für die Sicherstellung der vorstehenden Elemente bildet. Damit ist sowohl wegen der parallelen Begrifflichkeit als auch infolge des ausdrücklichen Bezugs auf die Politik der Union an das jeweils in den entsprechenden vertraglichen Festlegungen des EG gefundene Verständnis anzuknüpfen.

Subjektivierungstendenzen im Völkerrecht,¹⁶⁷³ die bislang aber auch nicht in **4311** ein explizites und rechtsverbindliches, individuell einforderbares Recht auf Umweltschutz mündeten,¹⁶⁷⁴ wurden nicht aufgenommen. Das deckt sich mit der EMRK, in die trotz Thematisierung kein Menschenrecht auf Umweltschutz Eingang fand.¹⁶⁷⁵ Die ESC¹⁶⁷⁶ bezieht sich auch in ihrem Art. 11 nur auf die Arbeitsbedingungen, so dass daraus kein allgemeines Recht auf Umweltschutz folgt.¹⁶⁷⁷ Ohnehin enthält diese Bestimmung das Recht und den Schutz der Gesundheit und nicht der Umwelt. Auch wenn explizit die weitestmögliche Beseitigung der Ursachen von Gesundheitsschäden mit benannt ist, wird damit höchstens ein Ausschnitt des Umweltschutzes erfasst.

B. Grundsatz entsprechend dem Status quo

I. Genese

Geht damit der Umweltschutz im Gehalt nicht über die Festlegungen des EG/ **4312** AEUV hinaus, kann er in der EGRC auch schwerlich eine weiter gehende Gewährleistung aufweisen. Schon dieser Entstehungshintergrund spricht dafür, dass es sich lediglich um allgemeine Vorgaben ohne einen subjektiv einforderbaren Gehalt handelt. Die Ausgestaltung des „Umweltgrundrechts“ nach Art. 37 EGRC als einforderbares Individualrecht wurde denn auch trotz verschiedener Forderungen

¹⁶⁷² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁶⁷³ Etwa *Calliess*, ZUR 2000, 246 ff.

¹⁶⁷⁴ *Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 44 ff.

¹⁶⁷⁵ *Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 20 f.

¹⁶⁷⁶ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Europarat SEV-Nr. 035, s. Rn. 3535 ff.

¹⁶⁷⁷ Abl. bereits *Rauschning*, in: FS für Weber, 1974, S. 719 (729).

gen abgelehnt.¹⁶⁷⁸ Es sollte nach dem Präsidium ein Grundsatz und kein Recht sein.¹⁶⁷⁹

II. Wortlaut

- 4313** Diese Einstufung bestätigt der Wortlaut. Der Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung, der für sich gesehen auf Ausgleich verschiedener Elemente beruht und damit in seinem konkreten Gehalt situationsbedingt erst politisch zu definieren ist, bildet den allgemeinen Fixpunkt von Art. 37 EGRC. Er hindert daher bereits ein subjektives Recht auf inhaltlich bestimmte Maßnahmen. Ein solches könnte höchstens darin bestehen, dass überhaupt wirksame, wenn auch erst noch näher festzulegende Maßnahmen ergriffen werden. Indes liegt darin erst ein verbindlicher Gesetzgebungsauftrag.¹⁶⁸⁰
- 4314** Zudem wird der politische und damit nicht individuell einforderbare Charakter der Vorschrift durch die anderen Elemente des Art. 37 EGRC weiter verstärkt. Das hohe Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität müssen in die Politik der Union einbezogen werden. Damit handelt es sich entsprechend der parallel formulierten Querschnittsklausel des Art. 6 EG/11 AEUV¹⁶⁸¹ um Vorgaben bei der Ausarbeitung von europäischer Rechtsetzung und sonstiger Regulierung, nicht hingegen um individuelle Rechte.

III. Systematik

- 4315** Dadurch ergibt sich auch kein Widerspruch dazu, dass der Umweltschutz in die EGRC eigens aufgenommen wurde. Schließlich enthält der Titel IV „Solidarität“ sowohl individuelle einforderbare Grundrechte als auch lose Grundsätze. Das ist sein besonderes Kennzeichen. Zudem wurden in diesem heftig umstrittenen Titel einzelne Bausteine als Resultat von Kompromissen zusammengefügt. Der Umweltschutz hat erst relativ spät Eingang gefunden.¹⁶⁸² Er rundet damit eher die anderen Elemente ab, statt selbst ein zusätzliches einforderbares Recht zu enthalten.
- 4316** Ein subjektives Recht ist daher auch bezogen auf den Umweltschutz in anderen Bestimmungen zu suchen und damit vor allem im Grundrecht auf Leben und Gesundheit oder in der Menschenwürde.¹⁶⁸³ Der EGMR zieht den Schutz des Privat-

¹⁶⁷⁸ Näher *Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 108 ff.; *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 4.

¹⁶⁷⁹ S. *Riedel*, in: Meyer, Art. 37 Rn. 5.

¹⁶⁸⁰ S. *Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 166 ff.; allgemein *Murswiek*, NuR 2002, 641 (647).

¹⁶⁸¹ Darin eine deklaratorische Bestätigung des Prinzipiencharakters sehend *Kahl*, in: Streinz, Art. 6 EGV Rn. 10.

¹⁶⁸² *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 3. Die wesentlichen Grundzüge der nunmehr geltenden Fassung des Art. 37 EGRC hat der Konvent in seinem Formulierungsvorschlag vom 4.7.2000 (CHARTÉ 4399/00 CONVENT 42, damals noch Art. 44) festgelegt. Redaktionsschluss war September 2000.

¹⁶⁸³ Auch *Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 278.

und Familienlebens vor.¹⁶⁸⁴ Dogmatische Basis dafür sind grundrechtliche Schutzpflichten, die nur einen Mindeststandard gewähren. Sie waren vor der Etablierung der EGRC nur wenig ausgeprägt, so dass durch eine lediglich begrenzte subjektive Einforderbarkeit von Umweltstandards nicht etwa der *acquis communautaire* entgegen Art. 53 EGRC unterschritten wird. Das gilt auch im Hinblick auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten, die vielfach wie auch Art. 20a GG lediglich eine objektiv-rechtliche Gewährleistung und nur teilweise ein Individualrecht auf Umweltschutz enthalten.¹⁶⁸⁵ An diese Verfassungen ist Art. 37 EGRC denn auch ausdrücklich angelehnt.¹⁶⁸⁶

IV. Zweck

Art. 37 EGRC verlangt ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität. Diese anspruchsvollen Ziele lassen sich eher erreichen, wenn sie subjektiv eingefordert werden können. Die praktische Notwendigkeit dazu ergibt sich vor allem vor dem Hintergrund des Klimawandels. Manche Umweltrichtlinie vermochte auf nationaler Ebene erst dadurch zum Zuge zu kommen, dass sie nach Ablauf der Umsetzungspflicht bei fehlender oder defizitärer Umsetzung unmittelbar wirken und damit vom Einzelnen geltend gemacht werden konnte, soweit sie inhaltlich unbeding und hinreichend genau ist.¹⁶⁸⁷ **4317**

Indes zeigt sich daran die Wirkungsweise des europäischen Umweltschutzes. Er wird erst im Sekundärrecht konkretisiert und auf dieser Basis in den Mitgliedstaaten implementiert, nicht aber unmittelbar auf der Grundlage des Primärrechts. Der Umweltschutz ist zu komplex und vielfältig, als dass er sich schon über die allgemeinen primärrechtlichen Vorgaben näher fassen ließe. Er droht dann verschwommen zu werden und seine Präzision zu verlieren, die letztlich Grundlage seiner Durchsetzung ist.¹⁶⁸⁸ Die Subjektivierung verstärkt damit nicht notwendig die Rechtssubstanz.¹⁶⁸⁹ Darüber hilft auch eine grundrechtliche Verstärkung durch Subjektivierung nicht hinweg.¹⁶⁹⁰ Individuell unmittelbar eingefordert werden kann nur, was materiell vorhanden ist.¹⁶⁹¹ Daher ist für die Verwirklichung des **4318**

¹⁶⁸⁴ S.o. Rn. 1206 ff.

¹⁶⁸⁵ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 60 Rn. 35 ff.; Orth, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 36, 45 f. und ausführlich S. 181 ff.; Rest, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 8 ff.

¹⁶⁸⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (27).

¹⁶⁸⁷ Z.B. EuGH, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 (70, Rn. 22) – Becker; Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969 (3985, Rn. 7) – Kolpinghuis; v.a. zum Immissionsschutzrecht näher Frenz, in: Kotulla, BImSchG, Einl. Rn. 210 ff.; Müggenborg/Duikers, NVwZ 2007, 623 ff.

¹⁶⁸⁸ S. Orth, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 39; krit. dazu aber Eleftheriades, in: Alston (Hrsg.), The EU and Human Rights, 1999, S. 529 (544).

¹⁶⁸⁹ Hobe, ZUR 1994, 15 (18).

¹⁶⁹⁰ Dazu allgemein Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. 2007, S. 300 ff.

¹⁶⁹¹ So auch letztlich Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. 2007, S. 303.

Umweltschutzes die individuelle Einforderbarkeit des Sekundärrechts entscheidend,¹⁶⁹² nicht aber die des Primärrechts.

- 4319** Dieser abgestufte Wirkungsmechanismus gilt nicht nur für die Vorgaben der Umweltpolitik nach Art. 2, 6 und 174 EG/3 Abs. 3 EUV sowie Art. 11 und 191 AEUV, sondern auch für Art. 37 EGRC,¹⁶⁹³ haben doch beide eine parallele Begrifflichkeit. Zudem könnte ansonsten Art. 37 EGRC trotz seiner bewussten Anknüpfung an das existierende Umweltprimärrecht¹⁶⁹⁴ das bisherige System des europäischen Umweltschutzes unterhöhlen. Der Zweck von Art. 37 EGRC gebietet daher zumal in Zusammenschau mit der Genese und der Systematik keine Subjektivierung.¹⁶⁹⁵

V. Fazit und Folgen

- 4320** Art. 37 EGRC steht schon von der Entstehung und vom Wortlaut her in unlösbarem Zusammenhang mit dem vorhandenen europäischen Umweltrecht. Er ist daher in dessen Struktur einzufügen und nicht umgekehrt. Art. 37 EGRC verleiht deshalb kein subjektives Grundrecht, sondern bildet wie auch andere Vorschriften des Titels IV „Solidarität“ einen Grundsatz. Als solcher wirkt er wie Art. 6 EG/11 AEUV bereichsübergreifend.
- 4321** Damit stellt Art. 37 EGRC für die Grundrechte die parallele Rechtslage zur europäischen Politik her und verlangt daher auch insoweit eine Einbeziehung von Umweltschutzbelangen, als es etwa um grundrechtliche Grenzen für Maßnahmen auf europäischer Ebene geht.
- 4322** So ist der Umweltschutz nicht nur auf der Ebene der Politikfestlegung, sondern auch bei den Schranken-Schranken zu berücksichtigen und vermag eine die Grundrechte beeinträchtigende Maßnahme zu legitimieren. Art. 37 EGRC bildet somit eine wichtige Grundlage für Freiheitseinschränkungen und wirkt daher grundrechtsbegrenzend. Darüber hinaus ist er aber zugleich freiheitsschützend für alle in ihrer solidarischen Verbundenheit, weil er die Umwelt als Grundlage für die Freiheitsverwirklichung erhält. Er sichert so die elementare Grundrechtsvoraussetzung der Umwelt auch über das Maß hinaus, das sich bereits aus den Garantien von Leben und Gesundheit¹⁶⁹⁶ sowie Privat- und Familienleben¹⁶⁹⁷ ergibt, auch wenn insoweit die subjektive Einforderbarkeit fehlt.
- 4323** Ist folglich der Umweltschutz nach Art. 37 EGRC wie nach Art. 6 EG/11 AEUV zu handhaben, sind die Begriffe und Bedeutungsgehalte parallel zu interpretieren. Der Umweltschutz hat seinen Schwerpunkt weiterhin im europäischen Vertragsrecht, aus dem sich nach Art. 52 Abs. 2 EGRC der Mindestgewährleis-

¹⁶⁹² Darauf bezogen auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, vor Art. 174 EGV Rn. 22; im Einzelnen *ders.*, a.a.O., Art. 175 EGV Rn. 125 ff.

¹⁶⁹³ Parallel verneinend auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 15.

¹⁶⁹⁴ S.o. Rn. 4310.

¹⁶⁹⁵ Letztlich ebenfalls *Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 264 mit Fn. 1424.

¹⁶⁹⁶ S.o. Rn. 4316.

¹⁶⁹⁷ Darauf greifen EKMR und EGMR zurück, s.o. Rn. 1206 ff.

tungsgehalt auch hier ergibt,¹⁶⁹⁸ und nicht in der EGRC. Art. 37 EGRC kann daher nur darüber voll erfasst werden. Besondere Bedeutung haben dabei die Änderungen im Lissabonner Reformvertrag.

C. Umweltschutz

I. Maßgeblichkeit der europäischen Umweltpolitik

Der Begriff der Umwelt wird in Art. 37 EGRC ebenso wenig wie im EG/AEUV definiert. Die für die Aufgabenstellung der Union maßgeblichen und auch für Art. 37 EGRC beachtlichen¹⁶⁹⁹ Teilelemente des Art. 174 Abs. 1 EG/191 Abs. 1 AEUV verdeutlichen aber den Gehalt des europarechtlichen Begriffes „Umwelt(schutz)“. Danach bezieht er sich auf die menschliche Gesundheit wie auch auf eine nachhaltige Ressourcenbewirtschaftung. Insbesondere Letztere greift in die natürliche Umwelt ein, wird gleichwohl nicht ausgeschlossen. Daher lassen sich daraus auch keine konkreten Rückschlüsse für den weiteren Bau von Kohlekraftwerken trotz notwendiger Begrenzung des CO₂-Ausstoßes ziehen. Der Abbau und die Verwendung von Ressourcen setzen eine vom Menschen geschaffene Umwelt voraus, die ebenfalls geschützt ist. Schließlich wirkt auch sie sich auf die menschliche Gesundheit aus. Dieser Bezug auf die menschliche Gesundheit zeigt auch, dass die Beziehungen der Umwelt und der menschlichen Gesundheit und damit zwischen Umwelt und Mensch umschlossen sind. Zudem werden alle natürlichen Produktionsmittel erfasst. **4324**

Dabei handelt es sich aber um Einzelpunkte in Art. 174 Abs. 1 EG/191 Abs. 1 AEUV. An erster Stelle geht es um den Erhalt und Schutz der Umwelt als solcher. Dieser ist gerade losgelöst von einem notwendigen Bezug zur menschlichen Gesundheit bzw. auch zum Privatleben, worauf der EGMR bisher den Schutz vor Umweltbeeinträchtigungen stützte.¹⁷⁰⁰ Gleichwohl ist der Umweltschutz elementar für die Grundrechtsverwirklichung des Menschen, entfaltet sich doch dieser in seiner Umwelt. Diese bildet in ihrer Gesamtheit die Grundlage nahezu jeder Grundrechtsverwirklichung, wie gerade der Klimawandel deutlich macht. In dieser weitgesteckten Gestalt ist deshalb die Umwelt geschützt; Art. 37 EGRC enthält selbst keine Einschränkung oder Spezifizierung. Dabei geht es um den Erhalt einer funktionierenden Umwelt. Diese lebt auch von den Wechselwirkungen zwischen ihren Bestandteilen. Umweltschutz kann daher nur wirksam sichergestellt werden, wenn auch die Interdependenzen zwischen den verschiedenen Umweltelementen und auch verschiedenen umweltrelevanten Handlungen des Menschen eingeschlossen werden.¹⁷⁰¹ **4325**

Diese Gesamtschau ist gerade für die Bekämpfung des Klimawandels notwendig, der sich auf verschiedene Umweltmedien auswirkt und von diesen Folgen **4326**

¹⁶⁹⁸ Orth, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 143.

¹⁶⁹⁹ S.o. Rn. 4310.

¹⁷⁰⁰ S.o. Rn. 1206 ff.

¹⁷⁰¹ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 3.

seinerseits beeinflusst wird. Diese Komponente wurde im Lissabonner Reformvertrag eigens in die Umweltpolitik – wenn auch nur im Art. 174 Abs. 1 4. Spiegelstrich AEUV – aufgenommen und prägt damit auch den Gehalt des Umweltabschnitts. Darüber hinaus folgt schon aus dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung nach Art. 2, 6 EG/3 Abs. 3 EUV, 11 AEUV eine übergreifende Betrachtungsweise, welche diese Gesamtentwicklung mit sämtlichen Auswirkungen im Blick hat.

- 4327** Ist von daher der Begriff der Umwelt nach Art. 37 EGRC umfassend, ergeben sich doch Einschränkungen durch Überschneidungen mit anderen Vorschriften. Dass die Arbeitsumwelt gerade von Art. 37 EGRC nicht umschlossen ist, folgt aus der vom Umweltschutz getrennten Regelung der Arbeitsumwelt in anderen „sozialen“ Grundrechten nach Art. 27 ff. EGRC. Der Umweltbegriff ist also auf die Umweltpolitik bezogen und reicht daher nur so weit, wie er nicht in Gegenstände anderer Grundrechte eindringt. Damit ist er auch aus der Perspektive der Grundrechte nicht „allumfassend“.¹⁷⁰²

II. Soziale und kulturelle Umwelt?

- 4328** Angesichts eigener Regelungen über die Kunst in Art. 13 EGRC und spezifische soziale Rechte in Art. 33 ff. EGRC können die kulturelle und die soziale Umwelt¹⁷⁰³ nicht in den grundrechtlichen Umweltbegriff eingeschlossen werden. Ansonsten würde die EGRC zudem entgegen ihrer allgemeinen Zielrichtung auf den Bereich der Kultur erstreckt, der bislang nach Art. 151 EG/167 AEUV den Mitgliedstaaten vorbehalten war. Jedenfalls müsste insoweit ausweislich Art. 151 Abs. 4 EG/167 Abs. 4 AEUV auf die Vielfalt der Kulturen Rücksicht genommen werden.
- 4329** Die Umwelt nach Art. 37 EGRC erstreckt sich von daher nur auf die „natürliche Umwelt“, ohne dass diese aber mit einer unveränderten Umwelt, also einer solchen im Ursprungszustand, gleichzusetzen wäre. Der Mensch hat in nahezu alle Bereiche eingegriffen oder sie jedenfalls beeinflusst, so dass auch diese von ihm gestaltete bzw. geprägte Umwelt umfasst sein muss.¹⁷⁰⁴ Sieht man darin die soziale und die kulturelle Umwelt,¹⁷⁰⁵ ist sie ebenfalls eingeschlossen, und zwar als veränderte natürliche Umwelt.

¹⁷⁰² Aus Sicht von Art. 174 EG/AEUV *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 2 etwa gegen *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 174 EGV Rn. 8; *Krämer*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 174 EG Rn. 4.

¹⁷⁰³ Für die Erfassung Letzterer allerdings *Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 24, 160; für die EG-Umweltpolitik ebenfalls *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 13 ff.; *ders.*, in: Streinz, Art. 174 EGV Rn. 35 f.

¹⁷⁰⁴ Ebenso hier *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 18; s. auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 3, 5; bereits *Henke*, EuGH und Umweltschutz, 1992, S. 6 ff.; *Palme*, Nationale Umweltpolitik in der EG, 1992, S. 24 ff. Auf die „natürlichen Lebensgrundlagen“ beschränkend dagegen *Middeke*, Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 1994, S. 19 ff.

¹⁷⁰⁵ *S. Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 160; *Kahl*, in: Streinz, Art. 174 EGV Rn. 37.

III. Umfassende und flexible Konzeption

In diesem durch die Ziele des Umweltschutzes definierten und sich aus der Abgrenzung zu anderen Grundrechten ergebenden Rahmen ist der Begriff „Umwelt“ umfassend und flexibel. Das folgt aus der fehlenden textuellen Begrenzung. Zudem wurde bei der Schaffung der Umweltpolitik bewusst darauf verzichtet, die in diesem Bereich bestehenden Tätigkeitsfelder der Union abschließend zu benennen, um ihr nicht den notwendigen Handlungsspielraum zu nehmen.¹⁷⁰⁶ So ist nunmehr auch eine Bekämpfung des Klimawandels möglich, ohne dass dieser über die Benennung im Rahmen von international ausgerichteten Maßnahmen in Art. 191 Abs. 1 AEUV als eigener Punkt hätte erwähnt werden müssen.¹⁷⁰⁷ **4330**

Eine Erweiterung der bestehenden Regelungskompetenzen bringt die Einführung einer Energiepolitik in Art. 194 AEUV, die „unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Erhaltung und Verbesserung der Umwelt“ u.a. eine „Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen“ vorsieht. Damit wird eine Energiepolitik eigens begründet und auf den Schutz der Umwelt bezogen. Sie ist nicht mehr nur über die Brücke des Umweltschutzes (s. Art. 175 Abs. 2 lit. c) EG/191 Abs. 2 lit. c) AEUV) möglich, sondern bildet eine eigene Plattform für den Umweltschutz. Damit werden die Umwelt antastende menschliche Aktivitäten in einem elementaren Bereich erfasst. Auch hieran zeigt sich die Interdependenz beider Bereiche. **4331**

IV. Grenzüberschreitende Dimension

Weil die Umwelt aufgrund vielfältiger Wechselwirkungen nur grenzüberschreitend wirksam geschützt werden kann, ist Art. 37 EGRC nicht auf das Gebiet der EU beschränkt zu sehen. Vielmehr sind auch Einwirkungen auf bzw. von andere(n) Staaten einzubeziehen. Das gilt insbesondere für den Klimaschutz. Nicht umsonst verlangt Art. 37 EGRC ein hohes Umweltschutzniveau und bezieht Art. 174 EG/191 AEUV zudem die internationale Ebene explizit mit ein. Abs. 1 4. Spiegelstrich sieht nunmehr die Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene insbesondere zur Bekämpfung des Klimawandels vor. Das erfolgt in internationalen Organisationen, aber auch zusammen mit anderen Staaten als den Unionsmitgliedern. Diese doppelte Stoßrichtung resultiert aus Art. 174 Abs. 4 S. 1 EG/191 Abs. 4 S. 1 AEUV, der diese Aufgabe näher konkretisiert. Aus Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV folgen das hohe Maß und damit eine zahlreiche Beteiligung an auf ein hohes Umweltschutzniveau zielenden Maßnahmen.¹⁷⁰⁸ Die EU und ihre Mitgliedstaaten sind prädestiniert als Motor bei stockenden Verhandlungen, wie sich im Rahmen des Kyoto-Prozesses bei der Konferenz von Bali zeigte.¹⁷⁰⁹ **4332**

¹⁷⁰⁶ De Ruyt, L'Acte unique européen, 2. Aufl. 1989, S. 14; Krämer, in: Rengeling (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, 1988, S. 137 (141 f.).

¹⁷⁰⁷ Ebenso K.H. Fischer, Der Vertrag von Lissabon, 2008, S. 320.

¹⁷⁰⁸ Frenz, Außenkompetenzen der Europäischen Gemeinschaften und der Mitgliedstaaten im Umweltbereich, 2001, S. 50 f.

¹⁷⁰⁹ S. Frenz, Emissionshandelsrecht, Einf. Rn. 37 ff.

4333 Gegenständlich erfasst sind zum einen regionale, also Einzelgebiete wie etwa problematische Anliegerstaaten betreffende Umweltprobleme (z.B. Sicherung des Reaktors von Tschernobyl). Zum anderen geht es um die Bewältigung globaler, mithin weltweiter Umweltprobleme wie der Abholzung der Regenwälder.¹⁷¹⁰ Die Union selbst kann Importverbote etwa für solche Hölzer erlassen¹⁷¹¹ – mit ihren negativen Auswirkungen für die hiesigen Importeure. Sie kann weiter Vorreiter in der Staatengemeinschaft sein, wie beim Klimaschutz durch eigene ehrgeizige Vermeidungsziele beabsichtigt. Alle diese anspruchsvollen Maßnahmen sind von Art. 37 EGRC umfasst und daher auch mit ihnen einhergehende Beeinträchtigungen von Grundrechten und Grundfreiheiten jedenfalls im Ansatz gerechtfertigt.¹⁷¹²

V. Erhaltung und Schutz der Umwelt

4334 Dass der Schutz der Umwelt neben ihrer Erhaltung in Art. 174 Abs. 1 EG/191 Abs. 1 AEUV eigens aufgeführt ist, macht deutlich: Die Umwelt soll nicht nur vor aktuellen Gefahren bewahrt, sondern auch in einem weit vorausschauenden, heute noch gar nicht näher konkretisierten Gefährdungen vorbeuhenden Sinne geschützt werden. Zudem gilt es, bereits eingetretene Zerstörungen zu beheben und Belastungen zu neutralisieren¹⁷¹³ bzw. Entwicklungen aufzuhalten oder zumindest abzumildern – so beim Klimawandel. Andernfalls lässt sich auch das in Art. 37 EGRC geforderte hohe Umweltschutzniveau gar nicht sicherstellen. Es ist daher sowohl der repressive als auch der präventive Umweltschutz umfasst, und das auch auf unsicherer Tatsachengrundlage, wie gerade der Klimaschutz zeigt. Das Reagieren auf künftige, wenn auch nicht sicher absehbare Entwicklungen ist insbesondere dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung immanent, der den Schutz künftiger Generationen umfasst.¹⁷¹⁴ Dass Art. 37 EGRC den Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung eigens erwähnt, stützt diesen Befund zusätzlich ab, der für die Umweltpolitik selbst ansonsten nur über das Vorsorgeprinzip oder die Querschnittsklausel nach Art. 6 EG/11 AEUV gewonnen werden kann.

VI. Verbesserung der Qualität der Umwelt

4335 Endgültig weg vom Status quo und hin zu einer Verbesserung der bestehenden Situation führt das zweite Element von Art. 37 EGRC, die Verbesserung der Qualität der Umwelt. Es wurde durch seine Nennung als eigenständige Komponente des Umweltschutzes bereits in Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV deutlich aufgewertet und qualitativ auf ein hohes Maß festgelegt. Gedeckt sind damit Maßnahmen, die den ge-

¹⁷¹⁰ *Frenz*, Europäisches Umweltrecht, 1997, Rn. 37 ff.

¹⁷¹¹ *Kahl*, in: Streinz, Art. 174 EGV Rn. 38; im hiesigen Kontext *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 18 a.E.

¹⁷¹² S. für den Emissionshandel näher BVerwGE 124, 47 (64); BVerfG, NVwZ 2007, 942 (945); *Frenz*, Emissionshandelsrecht, § 9 TEHG Rn. 49 ff.

¹⁷¹³ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 18.

¹⁷¹⁴ Näher u. Rn. 4350 ff.

genwärtigen Umweltstandard anheben wollen, und zwar auch und gerade dann, wenn dies auf ein hohes Niveau erfolgen soll, zu dessen Erreichung etwa erst noch erhebliche Anstrengungen unternommen werden müssen. Ausgangspunkt bleibt aber entsprechend der Rückbindung auf die Umwelt der bestehende Umweltzustand, nicht irgendein Idealzustand, der von einer unberührten Natur ausgeht. Eine Verbesserung der aktuellen Situation kann insbesondere durch gestufte, sich mit der Zeit verschärfende Qualitätsstandards erreicht werden, und zwar EU-weite.¹⁷¹⁵ Durch die Ausrichtung von Art. 37 EGRC auf den Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung ist dabei auf den Ausgleich mit ökonomischen und sozialen Belangen zu achten, ohne dass der Umweltschutz einen automatischen Vorrang genießt.¹⁷¹⁶

D. Hohes Schutzniveau

I. Kein durchgehendes Gebot

Art. 37 EGRC gibt ein hohes Umweltschutzniveau vor. Dieses Ziel findet sich **4336** nicht nur in Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV, sondern vor allem in Art. 174 Abs. 2 S. 1 EG/191 Abs. 2 S. 1 AEUV. Danach zielt die Umweltpolitik der Union unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen auf ein hohes Schutzniveau ab. Art. 37 EGRC enthält durch das Wort „müssen“ eine zwingende Verpflichtung, allerdings nur zur Einbeziehung von Umweltbelangen. Die Unionsorgane müssen daher ihre Maßnahmen mit Blick auf ein hohes Schutzniveau für die Umwelt festlegen.

Es kann allerdings auch gegenläufige Gründe geben. Auch dann ist aber ein **4337** hohes Schutzniveau für die Umwelt im Blick zu halten. Es ist indes nicht stets und in vollem Umfang durchzusetzen. Damit ergibt sich letztlich dieselbe Bedeutung wie für das „Abzielen“ in Art. 174 Abs. 2 S. 1 EG/191 Abs. 2 S. 1 AEUV. Eine rechtliche Verpflichtung besteht daher in Form einer stets heranzuziehenden Zielvorgabe und nicht eines strikten Gebotes.¹⁷¹⁷

Ein solches hohes Schutzniveau kann allerdings nicht für alle Maßnahmen gleichermaßen verwirklicht werden. Die Möglichkeit seiner Festlegung richtet sich **4338** nach den Bedingungen des Einzelfalls, wie auch die Vorgabe einer Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen in Art. 174 Abs. 2 EG/191 Abs. 2 AEUV deutlich macht. Erlauben diese nur Maßnahmen, die einen Minimalschutz gewährleisten, ist der Umwelt aber immer noch mehr gedient, als wenn gar keine Maßnahmen ergriffen werden. Der Maßstab eines hohen Schutzniveaus darf mithin nicht zu einer Blockade für Umweltschutzmaßnahmen führen. Er kann nicht durchgehend realisiert und daher nicht bei jeder einzelnen

¹⁷¹⁵ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 22.

¹⁷¹⁶ Näher u. Rn. 4348 f.

¹⁷¹⁷ Bereits *Grabitz/Zacker*, NVwZ 1989, 297 (300); *Pernice*, Die Verwaltung 1989, 1 (9).

Maßnahme gesichert werden, sondern nur für die Umwelt insgesamt.¹⁷¹⁸ Auch hier schlägt der Charakter von Art. 37 EGRC als nicht subjektiv einforderbarer Grundsatz durch.

- 4339** Umgekehrt verlangt der Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung, dass die Umwelt insgesamt und auch die einzelnen Umweltbereiche einen Zustand haben, der die grundlegenden Lebensbedingungen auch künftiger Generationen nicht gefährdet. Da gegenwärtige und künftige Generationen gleichermaßen in ihren Interessen geschützt werden sollen, muss auch Letzteren ein hohes Schutzniveau zuteil werden. Darauf haben die verpflichteten Organe zu achten. Daraus folgen langfristige Konzeptionen und die Wahrung eines Sicherheitspuffers in gefährdeten Bereichen, damit sich negative Auswirkungen im Rahmen halten – so beim Klimawandel. Insoweit bezieht sich das hohe Schutzniveau notwendig auch auf einzelne Umweltfelder.

II. Näherer Gehalt

- 4340** Was unter einem hohen Schutzniveau zu verstehen ist, wird weder in der EGRC noch in den Verträgen näher festgelegt. Indem sich das hohe Schutzniveau auf den Umweltschutz bezieht, ist es von dessen Erfordernissen und Elementen her zu bestimmen. Heranzuziehen sind daher zum einen die Ziele und Aufgaben der europäischen Umweltpolitik insbesondere nach Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV und 191 AEUV.¹⁷¹⁹ Diese sind auf ein hohes Schutzniveau zu beziehen, nicht auf ein höchstes:¹⁷²⁰ dieses ist nicht verlangt. Es geht also um eine an einem hohen Standard orientierte Verwirklichung, nicht um die absolut beste. Es zählt daher nicht etwa das höchste in einem Mitgliedstaat verwirklichte Schutzniveau.¹⁷²¹ Es genügt ein Hinausgehen über das Schutzniveau nach internationalen Verpflichtungen¹⁷²² – etwa auch durch eine Vorreiterrolle. Allerdings kann bei grenzüberschreitenden Phänomenen wie vor allem dem Klimawandel ein weltweiter Kompromiss, bei dem sich alle einschließlich der EU auf einheitliche Standards verständigen, mehr bewirken als noch so ehrgeizige Ziele der EU, mit denen sie allein steht.
- 4341** Soweit unterschiedliche, miteinander in Konflikt stehende Elemente im Raum stehen, bedarf es eines Ausgleichs. Ausgehend von dem in Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV geforderten umweltverträglichen Wachstum ist also die wirtschaftliche Entwicklung durch die europäische Umweltpolitik möglichst weitgehend in Einklang

¹⁷¹⁸ So auch *Krämer*, ZUR 1997, 303 (304); a.A. hier *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 19; auch *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 174 EGV Rn. 13; *Jahns-Böhm*, in: Schwarze, Art. 174 EGV Rn. 14; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 61.

¹⁷¹⁹ *Jarass*, § 34 Rn. 4; *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 19; *Riedel*, in: Meyer, Art. 37 Rn. 11.

¹⁷²⁰ Dazu EuGH, Rs. C-284/95, Slg. 1998, I-4301 (4347, Rn. 49) – Safety Hi-Tech; Rs. C-341/95, Slg. 1998, I-4355 (4377, Rn. 47 ff.) – Bettati.

¹⁷²¹ *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 19; *Jahns-Böhm*, in: Schwarze, Art. 174 EGV Rn. 15.

¹⁷²² S. EuGH, Rs. C-284/95, Slg. 1998, I-4301 (4346 f., Rn. 48) – Safety Hi-Tech; auch Rs. C-341/95, Slg. 1998, I-4355 (4376, Rn. 46) – Bettati.

mit der Umwelt zu bringen, indem etwa Luftverschmutzung und Gewässerbelastung niedrig gehalten werden, ohne dadurch die wirtschaftliche Entwicklung allzu sehr zu bremsen. Dieses Ausbalancieren von ökologischen und ökonomischen Belangen verlangt insbesondere auch der in Art. 37 EGRC ausdrücklich zum Leitmaßstab erhobene Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung.

Entsprechend den in Art. 174 Abs. 1 EG/191 Abs. 1 AEUV genannten Elementen bedeutet ein hohes Schutzniveau, die bestehende Umwelt in weitgehendem Umfang zu erhalten und zugleich präventiv für sie zu sorgen sowie die Umweltqualität deutlich feststellbar zu verbessern. **4342**

Ein weiteres Element ist, die menschliche Gesundheit gut zu schützen. Dabei genügt nicht der schon für den Schutz von Leben und Gesundheit wie des Privat- und Familienlebens unabdingbare Minimalstandard.¹⁷²³ Indem ein hochwertiges Schutzniveau verlangt wird, bedarf es nicht lediglich einer Zurückdrängung, sondern einer umfassenden Vorsorge und Gestaltung, welche die umweltrelevanten Rahmenbedingungen für eine saubere und die menschliche Gesundheit kaum belastende Umwelt schafft, mithin einer „intakten, gesundheitsverträglichen und effizient genutzten“.¹⁷²⁴ **4343**

Ein hohes Schutzniveau beinhaltet zudem, die Verwendung der natürlichen Ressourcen sehr umsichtig und rationell zu gestalten sowie Maßnahmen auf internationaler Ebene deutlich und akzentuiert zu fördern, vor allem wenn dies für die anderen Elemente erforderlich ist, so im Bereich des Klimaschutzes. Insoweit hat die Erwähnung dieser Maßnahmen durchaus eine prägende Bedeutung,¹⁷²⁵ nämlich für die Ausfüllung des hohen Schutzniveaus. **4344**

Gerade die Ressourcenverwendung, aber auch die Erhaltung und Verbesserung der Umwelt als solche sind i.V.m. der nachhaltigen Entwicklung als weiterem zentralen Element von Art. 37 EGRC zu sehen. Ein hohes Schutzniveau bestimmt sich daher inhaltlich für jeden Umweltbereich insbesondere auch danach, dass langfristig mit Blick auch für künftige Generationen der Umweltschutz verbessert wird. **4345**

Art. 174 Abs. 2 S. 2 EG/191 Abs. 2 S. 2 AEUV nennt die Grundsätze, auf denen die Umweltpolitik der Union beruht: Das Verursacher-, das Vorsorge- und Vorbeugungs- sowie das Ursprungsprinzip.¹⁷²⁶ Damit geht diese Vorschrift zugleich davon aus, dass ohne Beachtung dieser Grundsätze die Umwelt schwerlich effektiv geschützt werden kann, mithin ein hohes Schutzniveau nicht erreichbar ist. Daher machen auch diese Grundsätze ein hohes Schutzniveau aus. Deshalb sind etwa die Verursacher weitgehend in die Pflicht zu nehmen. Neben repressive müssen präventive Handlungen mit erheblichem Gewicht treten. **4346**

I.V.m. Art. 174 Abs. 3 1. Spiegelstrich EG/191 Abs. 3 1. Spiegelstrich AEUV abzuleiten, das Schutzniveau dürfe nicht hinter dem verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisstand zurückbleiben,¹⁷²⁷ sondern müsse ihm entsprechen,¹⁷²⁸ wi- **4347**

¹⁷²³ S.o. Rn. 4316.

¹⁷²⁴ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 11.

¹⁷²⁵ Sie auf die Betonung politischer Prioritäten reduzierend *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 29.

¹⁷²⁶ Dazu näher *Frenz*, Europäisches Umweltrecht, 1997, Rn. 141 ff.

¹⁷²⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 69.

derspricht dem offenen Begriff des hohen Schutzniveaus. Auch die gleichfalls auf ein hohes Umweltschutzniveau bezogene Bestimmung des Art. 95 Abs. 3 EG/114 Abs. 3 AEUV verlangt nur eine Berücksichtigung aller neuen auf wissenschaftliche Daten gestützten Entwicklungen. Zudem sind nach Art. 174 Abs. 2 EG/191 Abs. 2 AEUV die unterschiedlichen regionalen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Umgekehrt kann es aber etwa zur umfassenden Vorbeugung von noch ungenau erforschten bzw. erkennbaren Gefährdungen gerade geboten sein, das Schutzniveau jedenfalls langfristig über das aktuelle, nach dem technischen Standard erreichbare Niveau heraufzuheben.

III. Grundsatz des bestmöglichen Umweltschutzes?

4348 Die notwendige Beachtung regionaler Besonderheiten und die erforderliche Abwägung des nach Art. 37 EGRC nur einzubeziehenden hohen Umweltschutzniveaus mit anderen Elementen schließt auch einen Grundsatz des bestmöglichen Umweltschutzes aus. Dieser ist freilich in Deutschland – nicht aber auf europäischer Ebene¹⁷²⁹ – weitgehend anerkannt.¹⁷³⁰ Indem der Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung ebenso wie ein hohes Maß an Umweltschutz und an Verbesserung der Umweltqualität auch in Art. 37 EGRC verankert sowie übergreifend einzu beziehen und sicherzustellen sind, gewinnen die für die Annahme eines Grundsatzes des bestmöglichen Umweltschutzes vorgebrachten Argumente verstärktes Gewicht.

4349 Den Umweltschutz bestmöglich zu verwirklichen ist Ausdruck des Gedankens, dieses Unionsziel möglichst wirksam umzusetzen, und folgt daher bereits aus dem *effet-utile*-Gedanken.¹⁷³¹ Das aber stellt keinen spezifischen Gehalt gerade der europäischen Umweltbestimmungen dar. Diese enthalten zudem insoweit keine Vorgaben. Das Ziel eines hohen Schutzniveaus bezieht sich zwar auf den Gehalt der Umweltpolitik der Union, verlangt aber nur einen hohen Standard als solchen, nicht notwendig den bestmöglichen, und ist zudem erheblich modifiziert durch das Erfordernis, die unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen zu berücksichtigen.¹⁷³² Die in Art. 174 Abs. 2 S. 2 EG/191 Abs. 2 S. 2 AEUV ge-

¹⁷²⁸ So *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 19 a.E.

¹⁷²⁹ Krit. *Rest*, in: Tettinger/Stern, Art. 37 Rn. 19.

¹⁷³⁰ *Zuleeg*, NVwZ 1987, 280 (283 ff.); *ders.*, NJW 1993, 31 (32 ff.); *Breier*, NuR 1992, 174 (180); *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 10 ff.; *Pernice*, NVwZ 1990, 201 (203); *Scheuing*, EuR 1989, 152 (178 f.); *Vorwerk*, Die umweltpolitischen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten nach Inkrafttreten der EEA, 1990, S. 33 f.; *Wasmeier*, Umweltabgaben und Europarecht, 1995, S. 70; *Wiegand*, DVBl. 1993, 533 (536); abl. *Everling*, in: Behrens/Koch (Hrsg.), Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1991, S. 29 (44); *Frenz*, Europäisches Umweltrecht, 1997, Rn. 169 f.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 57; *Schröder*, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Umweltrecht, 2. Aufl. 2003, Bd. 1, § 9 Rn. 65 ff.

¹⁷³¹ Ebenso *Wasmeier*, Umweltabgaben und Europarecht, 1995, S. 70; ähnlich *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 57.

¹⁷³² S. vorstehend Rn. 4340 ff.

nannten Grundsätze enthalten bestimmte Vorgaben, die kraft ihres Prinzipiencharakters eine grundsätzliche Beachtung verlangen. Das ist nicht gleichzusetzen mit einer optimalen Verwirklichung, sondern diese hängt von den tatsächlichen und rechtlichen Umständen ab. Die „Querschnittsklausel“ verlangt die Einbeziehung des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung anderer Unionspolitiken, bestimmt aber dadurch nicht die Art und Weise des Umweltschutzes als solchen, sondern nur seine Berücksichtigung in anderen Feldern.

E. Nachhaltige Entwicklung

I. „Sustainable development“ nach der Brundtland-Kommission

Der Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung ist im Europarecht anerkanntermaßen in seiner internationalen Bedeutung festgelegt.¹⁷³³ Darauf griff auch *GA Léger* zurück.¹⁷³⁴ Damit zählt immer noch die Definition der so genannten Brundtland-Kommission¹⁷³⁵ aus dem Jahre 1987, welche den Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung auf internationaler Ebene etablierte. Sie definiert „sustainable development“ als „eine dauerhafte Entwicklung, welche die Bedürfnisse der gegenwärtigen Generation erfüllt, ohne künftige Generationen der Fähigkeit zu berauben, ihre Bedürfnisse zu befriedigen und ihren Lebensstil zu wählen“.¹⁷³⁶ Enthalten sind darin ein ökonomischer, ein ökologischer und ein sozialer Aspekt.¹⁷³⁷ Man kann daher auch von einem Zieldreieck der nachhaltigen Entwicklung sprechen.¹⁷³⁸ **4350**

Es handelt sich hierbei nicht um ein rein ökologisches Konzept, sondern ganz im Gegenteil erfordern die genannten Ziele und deren Wechselwirkungen eine ganzheitliche Betrachtung, die jeweils die drei Aspekte und deren Wechselwirkungen untereinander einbezieht und dabei zu einem gerechten Ausgleich kommt. Oder, wie *GA Léger*¹⁷³⁹ betont: „Entwicklung und Umwelt ... (sind) ... nicht als Gegensätze zu betrachten, sondern sie sind in aufeinander abgestimmter Weise fortzuentwickeln.“ **4351**

¹⁷³³ Von einem Rückgriff auf das im Umweltvölkerrecht etablierte Konzept des sustainable development ausgehend etwa auch *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 2 EGV Rn. 16; *Calliess a.a.O.*, Art. 6 EGV Rn. 13 f.; *Kahl*, in: *Streinz*, Art. 6 EGV Rn. 18; s. auch *Kotzur*, DÖV 2005, 313 (318 f.).

¹⁷³⁴ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-371/98, Slg. 2000, I-9235 (9247 f., Rn. 57) – First Corporate Shipping.

¹⁷³⁵ Nach ihrer Vorsitzenden, der damaligen norwegischen Ministerpräsidentin Gro Harlem Brundtland.

¹⁷³⁶ Im engl. Original: a „development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs“, *World Commission on Environment and Development*, Our Common Future, 1987, S. 43.

¹⁷³⁷ Etwa *Storm*, Nachhaltiges Deutschland, 2. Aufl. 1998, S. 9.

¹⁷³⁸ BT-Drucks. 13/7054, S. 1.

¹⁷³⁹ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-371/98, Slg. 2000, I-9235 (9247, Rn. 56) – First Corporate Shipping.

II. Abwägungserheblichkeit des Umweltschutzes

- 4352** Allerdings folgert *GA Léger*¹⁷⁴⁰ aus dem Nachhaltigkeitsgrundsatz bezogen auf den Habitatschutz nur die Notwendigkeit, die Umweltbelange durch den Ausweis von Schutzgebieten hinreichend zu gewährleisten; daher müssen die vorhandenen wirtschaftlichen Tätigkeiten in dem jeweiligen Gebiet mit dem Ziel vereinbar sein, natürliche Lebensräume und wild lebende Tiere und Pflanzen zu erhalten oder gar wiederherzustellen bzw. wiederanzusiedeln. Maßgebliche Perspektive ist daher die des Umweltschutzes. Dieser erscheint gleichsam vorrangig. Die wirtschaftliche Tätigkeit hat sich auf die Eigenheiten des jeweiligen Schutzgebietes auszurichten.
- 4353** Damit schimmert ein reines Umweltrechtsprinzip durch, nach dem die natürlichen Ressourcen durch vorausschauende Planung, Pflege und Bewirtschaftung langfristig zu sichern sind. Ein solches Modell liegt vordergründig auch dem Emissionshandelssystem zugrunde.¹⁷⁴¹ Dieses Verständnis wird für die zentrale Querschnittsklausel des Art. 6 EG/11 AEUV vertreten,¹⁷⁴² welche eine Einbeziehung der Erfordernisse des Umweltschutzes bei allen Unionspolitiken verlangt. Für das Wettbewerbsrecht könnte man daraus folgern, dass auch in seinem Rahmen von Anfang an die Umweltbelange zu integrieren sind, so dass ihnen tatbestandsprägende Kraft zukäme. Damit könnten Maßnahmen für einen effektiven, nachhaltigkeitsgerechten Umweltschutz von vornherein nicht gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen, und sei es auch nur, dass ein entsprechender Spielraum der Kommission besteht, solche nachhaltigkeitsgerechten Maßnahmen nicht als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt anzusehen.¹⁷⁴³
- 4354** Bezogen auf die Aussagen von *GA Léger* ist aber zu berücksichtigen, dass auf der Ebene der Schutzgebietsausweisung nach der FFH-RL 92/43/EWG¹⁷⁴⁴ erst die notwendige Plattform geschaffen wird, um den Umweltschutz überhaupt zur Geltung zu bringen. Diese Basis muss vorhanden sein, so dass die wirtschaftlichen und sozialen Belange damit ausgeglichen werden können.¹⁷⁴⁵ So sieht die FFH-Richtlinie in Art. 6 Abs. 4 die Einbeziehung wirtschaftlicher und sozialer Gesichtspunkte bei der Genehmigung von Vorhaben wie Industrieanlagen eigens vor. Entscheidend ist damit die Berücksichtigung aller drei Eckpunkte des Nachhaltigkeitsdreiecks als solche und nicht notwendig die Einbeziehung auf jeder Stufe eines Gesamtnormprogramms.

¹⁷⁴⁰ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-371/98, Slg. 2000, I-9235 (9248, Rn. 58) – First Corporate Shipping.

¹⁷⁴¹ S. aber nachstehend Rn. 4366 ff.

¹⁷⁴² *Kahl*, in: Streinz, Art. 6 EGV Rn. 19; näher zu diesem Konzept *ders.*, in: Geburtstagschrift für R. Schmidt, 2002, S. 111 (126 ff.); ebenso *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a Rn. 100; *Murswiek*, NuR 2002, 641 (642 f.).

¹⁷⁴³ S. *Becker-Schwarze*, Steuerungsmöglichkeiten des Kartellrechts bei umweltschützenden Unternehmenskooperationen, 1997, S. 236 f.; *Portwood*, Competition Law and the Environment, 1994, S. 78.

¹⁷⁴⁴ Des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206, S. 7, zuletzt geändert durch RL 2006/105/EG, ABl. 2006 L 363, S. 368.

¹⁷⁴⁵ Vgl. *Frenz*, Bergrecht und Nachhaltige Entwicklung, 2001, S. 47 und auch 88 ff.

Was für den Umweltschutz als Hauptanliegen der nachhaltigen Entwicklung 4355
recht ist, muss für den Wettbewerb als Ausfluss ökonomischer Belange billig sein.
Das mögliche Einfallstor des Binnenmarktes im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 und
Art. 82 EG/101 Abs. 1 und 102 AEUV bezieht sich denn auch in erster Linie auf
die Rechtsfolgende und vermag daher nicht die Tatbestandsvoraussetzungen zu
derogieren.¹⁷⁴⁶ Ansonsten erfolgte schon keine Abwägung. Der richtige Ort, um
ökonomische und ökologische Belange auszugleichen, liegt daher in den Freistel-
lungstatbeständen.¹⁷⁴⁷ Wegen deren Offenheit bedarf es auch keines eigenen Recht-
fertigungsgrundes „Umweltschutz“. ¹⁷⁴⁸

III. Nachhaltigkeit als Wirtschaftsgrundsatz

Insbesondere lässt sich die nachhaltige Entwicklung nicht auf einen bloßen Um- 4356
weltgrundsatz reduzieren. Er kommt denn auch in den Umweltbestimmungen nur
ansatzweise zum Vorschein. Bezogen auf den Rohstoffabbau wird dort in Art. 174
Abs. 1 3. Spiegelstrich EG/191 Abs. 1 3. Spiegelstrich AEUV eine umsichtige und
rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen postuliert. Damit wird aber
umgekehrt vorausgesetzt, dass ein weiterer Rohstoffabbau erfolgt. Von daher darf
nicht einseitig der Rohstoffabbau Umweltbelangen weichen müssen, sondern bei-
de Elemente sind miteinander in Einklang zu bringen.¹⁷⁴⁹

Der Hauptanknüpfungspunkt ist die Grundlagenvorschrift des Art. 2 EG/3 Abs. 3 4357
EUV.¹⁷⁵⁰ In dieser Bestimmung werden sowohl ökonomische als auch ökologische
wie auch soziale Komponenten gleichberechtigt genannt. Vor allem aber ist die
nachhaltige Entwicklung explizit mit dem Wirtschaftsleben verknüpft. Darin wird
der Bezug dieses Grundsatzes auf den ökonomischen Bereich deutlich. Zugleich
wird das Wirtschaftsleben durch die nachhaltige Entwicklung maßgeblich geprägt.
Indem die nachhaltige Entwicklung gerade in diesem Zusammenhang in der
Grundlagenbestimmung des Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV genannt ist, wird verhindert,
sie einseitig nur auf den Umweltschutz auszurichten. Dadurch wird zudem die
Anwendung der Querschnittsklausel des Art. 6 EG/11 AEUV wie auch des Art. 37
EGRC begrenzt, wo als Zielrichtung die nachhaltige Entwicklung primär genannt
ist. Auch Umweltschutzmaßnahmen müssen sich daher in das wirtschaftliche Ziel
der Binnenmarktverwirklichung einfügen.¹⁷⁵¹

¹⁷⁴⁶ Ehle, Die Einbeziehung des Umweltschutzes in das europäische Kartellrecht, 1997, S. 110.

¹⁷⁴⁷ Ebenso Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 60 Rn. 27.

¹⁷⁴⁸ Näher Frenz, Europarecht 2, Rn. 890 f.

¹⁷⁴⁹ Im Einzelnen Frenz, Sustainable Development durch Raumplanung, 2000, S. 32 ff. Damit erlangt diese Rohstoffklausel auch eigenes Gewicht (dieses ansprechend Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 26), wie es der eigenständigen Aufführung entspricht.

¹⁷⁵⁰ Dazu ausführlich Beaucamp, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002, S. 152 ff.; Frenz/Unnerstall, Nachhaltige Entwicklung im Europarecht, 1999, S. 176 ff.; auf den Umweltschutz abhebend allerdings Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 202 ff.

¹⁷⁵¹ Auch Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 EGV Rn. 27.

- 4358** Abgerundet und zusätzlich unterstrichen wird die Aufnahme der nachhaltigen Entwicklung durch die 8. Erwägung der Präambel zum EU/9. Erwähnung der Präambel zum EUV sowie durch den bisherigen Art. 2 1. Spiegelstrich EU/3 Abs. 3 EUV. Auch dort wird die nachhaltige Entwicklung in den Zusammenhang sowohl von wirtschaftlichem als auch sozialem Fortschritt gestellt. Auf europäischer Ebene sind die grundrechtlichen Schutzpflichten bislang zu unkonturiert,¹⁷⁵² um dem etablierten dogmatischen Stand den Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung entnehmen zu können.¹⁷⁵³

IV. Instrumentelle Vorgaben

- 4359** Notwendig für eine nachhaltige Entwicklung sind dabei langfristig konzipierte Maßnahmen, weil nur auf diese Weise den Interessen der zukünftigen Generationen entsprochen werden kann. Damit verbunden ist ein weit vorausschauendes Agieren. Dieses kann sich nicht nur auf vorhandene oder konkret bevorstehende Umweltbeeinträchtigungen beschränken, sondern muss auf heute ggf. nur schemenhaft erkennbare Entwicklungen reagieren, welche die natürlichen Ressourcen vielleicht erst in 30 oder 40 Jahren gefährden. Die sich bis dahin abspielenden Entwicklungen lassen sich beim Erlass einer Maßnahme nicht im Einzelnen prognostizieren. Dementsprechend darf nach Grundsatz 15 der Rio-Deklaration¹⁷⁵⁴ gerade bezogen auf die postulierte weitgehende Anwendung des Vorsorgegrundsatzes „ein Mangel an vollständiger wissenschaftlicher Gewissheit kein Grund dafür sein, kostenwirksame Maßnahmen zur Vermeidung von Umweltverschlechterungen aufzuschieben“, sofern „schwerwiegende und bleibende Schäden“ drohen.
- 4360** Die Verbindung von Umweltschutz, wirtschaftlicher Entwicklung und sozialen Ausgleichsprozessen, mithin die Verknüpfung von ökologischen, ökonomischen und sozialen Belangen als Bestandteile eines einheitlichen Gestaltungsauftrages, zielt, jedenfalls auf konzeptioneller Ebene, auf eine Gesamtschau dieser Determinanten. Daher müssen diese Belange mittels Gesamtabwägung ausgeglichen werden. Erforderlich ist dabei eine medienübergreifende Sicht, die Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen,¹⁷⁵⁵ aber auch die Öffentlichkeitsbeteiligung.¹⁷⁵⁶

¹⁷⁵² Allgemein *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, Art. 51 Rn. 18 f. Zum Stand s.o. Rn. 4310 sowie *Suerbaum*, EuR 2003, 390 ff.; ausführlich *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 549 ff.

¹⁷⁵³ Anders für das Grundgesetz *Frenz*, in: Hendler/Marburger/Reinhardt/Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1999, S. 37 ff.

¹⁷⁵⁴ Erklärung von Rio zu Umwelt und Entwicklung (Rio-Deklaration) der Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung in Rio de Janeiro im Juli 1992. Das Dokument wurde vielfach abgedruckt, z.B. in: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1993, 1994, S. 411 ff.

¹⁷⁵⁵ Das in Grundsatz 17 der Rio-Deklaration enthaltene Postulat zur Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen bei Vorhaben, die wahrscheinlich wesentliche Auswirkungen auf die Umwelt haben und der Entscheidung durch eine nationale Behörde bedürfen, ist die einzige explizite Vorgabe der Rio-Deklaration, die ausdrücklich auf die instrumentelle Ebene Bezug nimmt, mithin für die nationale Umsetzung eine konkrete Vorgabe enthält.

V. Kein Vorrang des Umweltschutzes

Die sowohl ökologische als auch ökonomische wie auch soziale Prägung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung hat auch Auswirkungen auf den Stellenwert des Umweltschutzes. Vor allem Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV als grundlegende Aufgaben- bzw. Zielbestimmung steht durch die Verbindung der nachhaltigen Entwicklung mit dem Wirtschaftsleben und die Aufnahme sowohl dieser ökonomischen als auch der sozialen wie der Umweltkomponente für einen Gleichrang dieser Elemente.¹⁷⁵⁷ Demgegenüber wurden jedenfalls bislang vielfach in der Lit. Umweltbelange als grundsätzlich vorrangig betrachtet¹⁷⁵⁸ oder aber zumindest bei Zweifeln in der Abwägung, ob sie überwiegen, vorgezogen.¹⁷⁵⁹ **4361**

Indes prägt der in Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV aufgenommene Gehalt der nachhaltigen Entwicklung auch die nunmehr im Grundlagenteil wie in Art. 37 EGRC angesiedelte Querschnittsklausel. Eine lediglich gleichrangige Berücksichtigung von Umweltbelangen ergibt sich zudem aus der Querschnittsklausel selbst, indem diese eine Einbeziehung der Erfordernisse des Umweltschutzes verlangt. Dadurch wird nicht eine ausschlaggebende Kraft zugewillt, sondern nur eine Berücksichtigung vorgegeben,¹⁷⁶⁰ mithin eine Abwägung der Erfordernisse des Umweltschutzes mit den Erfordernissen der jeweils betroffenen anderen Politik ohne Vorrang des Umweltschutzes.¹⁷⁶¹ Die Vorgabe eines hohen Schutzniveaus bezieht sich auf den Inhalt der Umweltpolitik, ohne bereits dadurch andere Politiken zu erfassen;¹⁷⁶² überdies ist sie a priori offen. **4362**

Ein gleichberechtigtes Nebeneinander des Umweltschutzes mit Belangen anderer Politiken wird freilich im Hinblick auf einen „Grundsatz des bestmöglichen **4363**

¹⁷⁵⁶ Vgl. Grundsatz 10 der Rio-Deklaration: „Umweltfragen werden am besten unter Beteiligung aller betroffenen Bürger auf der jeweiligen Ebene behandelt. Auf nationaler Ebene erhält jeder einzelne angemessenen Zugang zu den im Besitz der öffentlichen Verwaltung befindlichen Informationen über die Umwelt ... sowie die Möglichkeit, sich an Entscheidungsprozessen zu beteiligen.“

¹⁷⁵⁷ S.o. Rn. 4350 ff. sowie *GA Léger*, EuGH, Rs. C-371/98, Slg. 2000, I-9235 (9245, Rn. 46) – First Corporate Shipping: kein unbedingter und systematischer Vorrang von Umweltbelangen vor Belangen aus anderen Politiken, sondern notwendiger Ausgleich und Herstellung von Einklang. Dem folgend *Kahl*, in: Streinz, Art. 174 EGV Rn. 89.

¹⁷⁵⁸ *Calliess*, in: ders./Ruffert, Art. 174 EGV Rn. 19; *Epiney*, NuR 1995, 497 (500); *Scheuing*, EuR 1989, 152 (176 f.). Demgegenüber bezeichnet *Kahl*, in: Streinz, Art. 174 EGV Rn. 26 m.w.N. die Gleichrangigkeit als „herrschende Lehre“, etwa *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 14, tritt aber selbst für einen relativen Vorrang ein, Rn. 28; ausführlich *Kahl*, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, 1993, S. 166 ff.

¹⁷⁵⁹ Dazu *Ehle*, *Die Einbeziehung des Umweltschutzes in das europäische Kartellrecht*, 1997, S. 154; *Güttler*, BayVBl. 2002, 225 (233); *Krämer*, in: Rengeling (Hrsg.), *Umweltschutz und andere Politiken der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 47 (63).

¹⁷⁶⁰ Bereits zur Vorläuferbestimmung des Art. 130 r Abs. 2 S. 2 EWGV *Grabitz*, in: FS für Sendler, 1991, S. 443 (447).

¹⁷⁶¹ *Schröder*, NuR 1995, 117 (118); *Frenz*, *Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht*, 1997, S. 223 f. Vgl. zur gesundheitsschutzbezogenen Querschnittsklausel ebenso *Kment*, EuR 2007, 275 (280 f.).

¹⁷⁶² *Frenz*, *Nationalstaatlicher Umweltschutz und EG-Wettbewerbsfreiheit*, 1997, S. 67.

Umweltschutzes“ ausgeschlossen.¹⁷⁶³ Abgesehen davon, dass jedenfalls an einer eigenständigen Bedeutung eines solchen Grundsatzes erhebliche Zweifel bestehen,¹⁷⁶⁴ bezieht sich auch dieser Grundsatz ausschließlich auf den Umweltschutz und dessen Inhalt, ohne deshalb notwendig auf andere Politiken auszustrahlen.

4364 Spezifisch für die EGRC bezieht Art. 37 den Umweltschutz erst ein,¹⁷⁶⁵ ohne dadurch die anderen Grundrechte zu verdrängen. Diese bleiben in ihrer Wertigkeit unverändert und sind daher auch im Hinblick auf Umweltbelange a priori gleichrangig. Welches Interesse sich im Einzelfall durchsetzt, hängt von einer Abwägung in der konkreten Situation ab. Das gilt auch für die Bewältigung von Zukunftsaufgaben¹⁷⁶⁶ wie dem Klimaschutz, treten doch auch insoweit Konflikte mit Grundrechten auf, insbesondere mit der Berufs- und Eigentumsfreiheit.

4365 Dabei ist es auch problematisch, die Schranken von vornherein, angeleitet durch die Prinzipien des Art. 174 EG, umweltfreundlich zu interpretieren.¹⁷⁶⁷ Zwar mag hier die EuGH-Entscheidung *Wallonische Abfälle* zu den Grundfreiheiten Pate stehen, die das Ursprungsprinzip zu Hilfe nahm, um eine Diskriminierung zu verneinen.¹⁷⁶⁸ Dieser Ansatz darf aber nicht zu einer Aushöhlung des grundrechtlichen Prüfungsansatzes führen. Dies wäre ein Vorrang des Umweltschutzes durch die Hintertür.¹⁷⁶⁹ Vielmehr bedarf es einer gleichgewichtigen Gegenüberstellung der involvierten Belange.

VI. Verknüpfung von Umweltzielen mit den Bedürfnissen der europäischen Wirtschaft: das Beispiel Emissionshandel

4366 Wie Umweltziele unter Schonung der Grundrechte verwirklicht werden können, hat das EuG in seiner Entscheidung vom 23.11.2005¹⁷⁷⁰ zur EmissionshandelsRL 2003/87/EG¹⁷⁷¹ deutlich gemacht. Mit dieser Richtlinie sollte „ein effizienter europäischer Markt für Treibhausgasemissionszertifikate unter möglichst geringer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entwicklung und der Beschäftigungslage

¹⁷⁶³ *Epiney*, NuR 1995, 497 (500); *dies.*, Umweltrecht in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2005, S. 119 f.; bereits *Scheuing*, EuR 1989, 152 (176 f.).

¹⁷⁶⁴ S.o. Rn. 4348 f.

¹⁷⁶⁵ Näher u. Rn. 4368 ff.

¹⁷⁶⁶ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 43; vgl. näher *Hösch*, Eigentum und Freiheit, 2000, S. 280 ff.

¹⁷⁶⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 31.

¹⁷⁶⁸ S. EuGH, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431 (4480, Rn. 34) – *Wallonische Abfälle*; dazu *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1023 ff. m.w.N. v.a. aus der EuGH-Rspr.

¹⁷⁶⁹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 174 EGV Rn. 31 hält sogar die Grundrechte gegenüber Art. 174 Abs. 2 EG für vorrangig.

¹⁷⁷⁰ EuG, Rs. T-178/05, Slg. 2005, II-4807 – Vereinigtes Königreich/Kommission.

¹⁷⁷¹ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates, ABl. L 275, S. 32, zuletzt geändert durch RL 2004/101/EG, ABl. 2004 L 338, S. 18.

geschaffen werden“.¹⁷⁷² Umweltpolitisches Ziel und ökonomische Rahmenbedingungen sind daher miteinander in Einklang zu bringen. Dementsprechend fährt das EuG explizit fort: „So besteht zwar das Ziel der RL 2003/87/EG darin, die Treibhausgase gemäß den Verpflichtungen der Union und der Mitgliedstaaten im Rahmen des Protokolls von Kyoto zu verringern, doch muss dieses Ziel weitestgehend unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der europäischen Wirtschaft verwirklicht werden.“¹⁷⁷³

Somit wird zwar die Erreichung der Festlegungen nach dem inzwischen in Kraft getretenen Kyoto-Protokoll,¹⁷⁷⁴ in dem die für die EU bzw. deren Mitgliedstaaten relevanten Zielverpflichtungen zur Emissionsreduzierung enthalten sind, als Hauptanliegen in den Raum gestellt. Jedoch wird zugleich der Weg näher konkretisiert, auf dem dieses Hauptanliegen verfolgt werden soll. Die Verträglichkeit soll mit den Anliegen der verpflichteten Unternehmen bestmöglich sichergestellt sein. Das schließt einen einseitigen Vorrang von Umweltbelangen aus. Vielmehr geht es um eine Versöhnung mit ökonomischen Aspekten und um deren adäquate Wahrung. Der normale wirtschaftliche Ablauf soll möglichst so weiter laufen können wie ohne umweltbezogene Belastungen. **4367**

F. Übergreifende Berücksichtigung

I. Relevante Belange

Eine umweltrechtliche Querschnittsklausel¹⁷⁷⁵ wurde nunmehr über Art. 37 EGRC auch in die Grundrechte eingefügt und wie im Vorbild des Art. 6 EG/11 AEUV explizit mit der nachhaltigen Entwicklung verbunden. Daher sind auch danach die Erfordernisse des Umweltschutzes und dabei spezifisch das eigens benannte hohe Umweltschutzniveau, das aber auf der Verwirklichung der Erfordernisse des Umweltschutzes beruht,¹⁷⁷⁶ sowie die Verbesserung der Umweltqualität bei der Gestaltung der Unionspolitiken einzubeziehen. Diese beiden in Art. 37 EGRC spezi- **4368**

¹⁷⁷² EuG, Rs. T-178/05, Slg. 2005, II-4807 (4830, Rn. 60) – Vereinigtes Königreich/Kommission unter Rückgriff auf Art. 1 und die 5. Begründungserwägung zur EmissionshandelsRL 2003/87/EG. Die nach der EuG-Entscheidung gleichfalls zu vermeidende Beeinträchtigung der Beschäftigungslage steht infolge ihrer gravierenden Auswirkungen auf die soziale Situation, die bis zur Gefährdung des sozialen Friedens gehen kann, für die soziale Komponente des Zieldreiecks der nachhaltigen Entwicklung, *Frenz*, Sustainable Development durch Raumplanung, 2000, S. 71; vgl. nur leise anklingend im Hinblick auf soziale Sicherungssysteme und Arbeitsrecht(sschutz) *Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002, S. 34, der aber im Hinblick auf soziale Aspekte allzu sehr das Schwergewicht auf den Gegensatz zwischen Industrie- und Entwicklungsländern legt, s. auch S. 28 ff.

¹⁷⁷³ Rs. T-178/05, Slg. 2005, II-4807 (4830, Rn. 60) – Vereinigtes Königreich/Kommission.

¹⁷⁷⁴ Vom 11.12.1997. In Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 27.4.2002, BGBl. II S. 966.

¹⁷⁷⁵ Begriffsprägend *Scheuing*, EuR 1989, 152 (176 ff.).

¹⁷⁷⁶ S.o. Rn. 4340 ff.

fisch erwähnten Elemente verlangen eine Berücksichtigung mit anspruchsvoller Zielsetzung und damit auf hohem Niveau, wie sich dies für Art. 6 EG/11 AEUV nur aus einer Gesamtschau mit Art. 2 EG/3 Abs. 3 EUV ergibt, der gleichfalls diese beiden Umweltcharakteristika enthält, ebenso eine nachhaltige Entwicklung. Letztere steht ebenso für einen wirksamen Umweltschutz, freilich versöhnt mit ökonomischen und sozialen Belangen.¹⁷⁷⁷

4369 Die Querschnittsklausel dient zwar dadurch bereits als solche einer nachhaltigen Entwicklung, dass sie eine Einbeziehung der Erfordernisse des Umweltschutzes bei anderen Politiken und damit auch bei der Wirtschafts- und Sozialpolitik verlangt. Die Verbindung dieser Bereiche, die der Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung einschließt, ist damit freilich nicht notwendig gewährleistet. Darüber hilft nur scheinbar hinweg, dass diese Einbeziehung nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung erfolgen muss. Zwar umfasst dieser Grundsatz eine Verbindung aller drei Elemente. Er steht aber in Art. 37 EGRC wie in Art. 6 EG/11 AEUV als Zielkomponente. Damit muss die Einbeziehung der Umweltschutzerfordernisse diesem Ziel entsprechen. Mit ihr muss indes nicht notwendig eine Berücksichtigung auch der sozialen Aspekte einhergehen. Eine solche ist in Art. 37 EGRC ebenso wie in Art. 6 EG/11 AEUV nicht eigens angeordnet. Eine Einbeziehung sozialer Determinanten über diese Bestimmungen würde vielmehr ihre Beschränkung auf den Umweltschutz überspielen. Zudem kann allein die Beachtung von Umweltbelangen im Rahmen anderer Politiken insofern die nachhaltige Entwicklung fördern, als wenigstens diese Komponente berücksichtigt wird.

4370 Soll freilich die nachhaltige Entwicklung besonders wirksam vorangetrieben werden, bedarf es neben der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Belange auch einer Beachtung der sozialen Komponente. Dies geschieht bei einer Einbeziehung der Erfordernisse des Umweltschutzes in die Sozialpolitik ohnehin. In den anderen Bereichen kann eine Erstreckung auf soziale Belange auch über den Umweltschutz erfolgen, wenn sie nicht schon über andere Vertragsbestimmungen und dabei vor allem auch die sozialen Grundrechte gelingt.

4371 Eine Verbindung zum Umweltschutz besteht insofern, als er dauerhaft nur bei einem Blick auch auf soziale Belange verwirklicht zu werden vermag. Bei materieller Not und sozialen Konflikten treten Umweltbelastungen in den Hintergrund, wie besonders drastisch die Verhältnisse in den Entwicklungsländern belegen. Von daher ist eine Wahrung jedenfalls sozialer Mindeststandards bereits in der Umweltkomponente angelegt. Indem eine Betrachtung sozialer Belange weitergehend in besonderem Maße die nachhaltige Entwicklung fördert, auf welche die Berücksichtigung der Umwelterfordernisse zielen muss, ist ihre Einbeziehung über den Umweltschutz jedenfalls auf dieses Ziel gerichtet und damit im Rahmen des Art. 37 EGRC befindlich. Sie darf freilich die vom Ausgangspunkt her bestehende Beschränkung auf die Erfordernisse des Umweltschutzes nicht überspielen und muss daher über diese Komponente begründet sein, mithin einen entsprechend engen Umweltbezug aufweisen.

4372 Für eine Berücksichtigung der (sozialen) Situation der Bürger spricht auch das zusätzliche Anliegen jedenfalls der Querschnittsklausel nach Art. 6 EG/11 AEUV,

¹⁷⁷⁷ S.o. Rn. 4350 ff.

dass sie mehr Bürgernähe bewirken soll¹⁷⁷⁸ und damit auf die übergreifende Vorgabe von Art. 1 Abs. 2 EU/1 UAbs. 2 EUV zurückgeführt wird, Entscheidungen in einer immer engeren Union der Völker Europas möglichst bürgernah zu treffen. Das aber ist angesichts der heutigen Bedeutung ohne eine Einbeziehung sozialer Belange nicht möglich. Sie stehen auch für Solidarität, der Titelüberschrift der Charta, unter die auch Art. 37 EGRC gefasst wird.

II. Ausmaß und Inhalt der Verpflichtung

Eine rechtlich verpflichtende Wirkung zur Berücksichtigung von Umweltbelangen ergibt sich bereits aus dem Wortlaut „müssen“.¹⁷⁷⁹ Diese Verbindlichkeit bedeutet allerdings nicht, dass dem Umweltschutz stets ein Vorrang zukommt. Eine Einbeziehung verlangt nicht, dass ihm ausschlaggebende Kraft zugebilligt wird; er muss nur berücksichtigt werden.¹⁷⁸⁰ Es geht mithin um eine Abwägung der Erfordernisse des Umweltschutzes mit den Erfordernissen der jeweils betroffenen anderen Politik, wie es auch dem Hintergrund des Nachhaltigkeitsgedankens entspricht, Umweltschutz mit Wirtschaft und sozialer Gerechtigkeit zu versöhnen. Umweltschutz ist damit ein zusätzlicher, nicht hingegen ein verdrängender Faktor.¹⁷⁸¹ **4373**

Diese Abwägung ist inhaltlich durch das Ziel einer Förderung der nachhaltigen Entwicklung vorgegeben. Indem gem. Art. 37 EGRC nach diesem Grundsatz ein hohes Umweltschutzniveau sowie die Verbesserung der Umweltqualität sichergestellt werden müssen, dürfen Umweltbelange nicht einfach „weggewogen“ werden.¹⁷⁸² Sie müssen integrativer Bestandteil einer Maßnahme werden und von daher deren Inhalt ersichtlich mit prägen.¹⁷⁸³ **4374**

Auf diese Weise sind die Belange des Umweltschutzes unter dem Leitbild einer nachhaltigen Entwicklung bei jeder Unionspolitik zu berücksichtigen. Dies gilt sowohl auf der Ebene der Ausarbeitung der Politik als solcher als auch bei deren Vollzug. Zwar sind nicht beide Ebenen explizit erwähnt. Demgegenüber benennt die Querschnittsklausel nach Art. 6 EG/11 AEUV die Durchführung der Unionspolitik ebenso wie die Durchführung der Unionsmaßnahmen und erstreckt sich **4375**

¹⁷⁷⁸ S. Europäischer Rat – Tagung am 21. und 22.6.1996 in Florenz, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Abschnitt V. „Die Regierungskonferenz“ 1. Spiegelstrich 2. Unterpunkt: „... mehr Bürgernähe, und zwar insbesondere ... dadurch, daß der Umweltschutz auf Ebene der Union wirksamer und kohärenter gestaltet wird, um eine nachhaltige Entwicklung zu gewährleisten“. Im Internet abrufbar über die Seiten des Rates der Europäischen Union/Rat/Europäischen Rat/Schlussfolgerungen des Vorsitzes oder über http://www.europarl.europa.eu/summits/fir1_de.htm (gesehen am 22.7.2008).

¹⁷⁷⁹ S. bereits *Stroetmann*, in: Rengeling (Hrsg.), *Umweltschutz und andere Politiken der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 1 (3); *Kahl*, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, 1993, S. 58.

¹⁷⁸⁰ S.o. Rn. 4361 ff.

¹⁷⁸¹ S. *Schröder*, NuR 1995, 117 (118).

¹⁷⁸² Zu Art. 6 EG *Calliess*, DVBl. 1998, 559 (565).

¹⁷⁸³ Bereits *Scheuing*, EuR 1989, 152 (176).

damit eindeutig auch auf den Verwaltungsvollzug.¹⁷⁸⁴ Nur auf diese Weise ist aber sichergestellt, dass Umweltbelange auch auf der wichtigen Verwaltungsebene beachtet werden und umfassend zur Geltung kommen. Genau darin liegt die Intention auch von Art. 37 EGRC. Auch das Leitbild einer nachhaltigen Entwicklung kann sich nur so in vollem Ausmaß durchsetzen, indem es die Anwendung der zu einer Konkretisierung erlassenen Normen mit prägt. Der Wortlaut von Art. 37 EGRC erlaubt diese weite Konzeption, weil er insoweit keine Einschränkung enthält, sondern im Gegenteil umfassend formuliert ist.

G. Prüfungsschema zu Art. 37 EGRC

4376 1. Gewährleistungsbereich

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) **Umweltschutz wie in Art. 174 EG/191 AEUV, menschengeprägte, aber nicht soziale und kulturelle Umwelt**
- b) **Klimaschutz unabh. von Inkrafttreten Lissabonner Vertrag, aber keine konkreten Vorgaben etwa zur weiteren Genehmigung von Kohlekraftwerken**
- c) **Verbesserung der Umweltqualität, aber hohes Schutzniveau; auch Erhalt im Rahmen nachhaltiger Entwicklung (Zieldreieck)**
- d) **kein Vorrang des Umweltschutzes, gleichgewichtige Abwägungskomponente bei allen Politiken (Querschnittsklausel)**

2. Rechtsfolgen

- a) **Berücksichtigung bei allen Politiken einschließlich Vollzug**
- b) **Umweltschutz als zusätzlicher, nicht verdrängender Faktor**
- c) **Optimierungsgebot, aber kein eigener Grundsatz des bestmöglichen Umweltschutzes**
- d) **Grundlage für die Einschränkung der (Wirtschafts-)Grundrechte**

§ 9 Verbraucherschutz

A. Grundlagen

I. EG/AEUV

4377 Der Begriff des Verbraucherschutzes wird nicht nur in Art. 38 EGRC, wonach die Politiker der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellen, sondern an vielen Stellen im EG/AEUV verwandt. Bereits in Art. 3 Abs. 1 lit. t) EG/4 Abs. 2

¹⁷⁸⁴ Calliess, DVBl. 1998, 559 (566); zur Vorgängerbestimmung a.A. die h.M., etwa auch Calliess, ZAU 1994, 322 (333); Breier, NuR 1992, 174 (180); Jahns-Böhm/Breier, EuZW 1992, 49 (50).

lit. f) AEUV ist als ein Tätigkeitsbereich der Union die Verbesserung des Verbraucherschutzes bezeichnet. Er wird zudem – in unterschiedlichem Kontext – angesprochen in Art. 33 Abs. 1, 34 Abs. 2, 81 Abs. 3, 82, 87 Abs. 2, 95 Abs. 3 und 257 EG/39 Abs. 1, 40 Abs. 2, 101 Abs. 3, 102, 107 Abs. 2, 114 Abs. 3 AEUV. Damit wird die Bedeutung deutlich, welche dem Verbraucherschutz zuerkannt wird.¹⁷⁸⁵

1. Art. 153 EG/169 AEUV

Mit Art. 153 EG/169 AEUV enthält der EG/AEUV sogar einen eigenen Titel (Titel XIV im EG/Titel XV im AEUV) für den Verbraucherschutz. Nach den Erläuterungen zur EGRC¹⁷⁸⁶ stützt sich auch der in Art. 38 EGRC enthaltene Grundsatz auf Art. 153 EG/169 AEUV. **4378**

Gem. Art. 153 Abs. 1 EG/169 Abs. 1 AEUV leistet die Gemeinschaft/Union zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen. Art. 153 Abs. 2 EG/12 AEUV verpflichtet in allen Politikbereichen, „den Erfordernissen des Verbraucherschutzes“ Rechnung zu tragen (so genannte Querschnittsklausel). Art. 153 Abs. 3 und 4 EG/169 Abs. 2 und 3 AEUV legen fest, wie und in welchem Verfahren die in Absatz 1 genannten Ziele gefördert werden. Gem. Art. 153 Abs. 5 EG/169 Abs. 4 AEUV hindern die europäischen Maßnahmen die einzelnen Mitgliedstaaten aber nicht daran, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen. Sie müssen lediglich mit den Verträgen vereinbar sein und der Kommission mitgeteilt werden. Damit begründet Art. 153 EG/169 AEUV eine europäische Zuständigkeit neben der der Mitgliedstaaten.¹⁷⁸⁷ Primär verantwortlich bleiben jedoch die Mitgliedstaaten. Die europäische Kompetenz ist grundsätzlich nachrangig.¹⁷⁸⁸ **4379**

Vergleicht man Art. 153 EG/169 AEUV mit Art. 38 EGRC, fällt auf, dass Art. 38 EGRC allgemein von einem hohen Verbraucherschutzniveau spricht und keine nähere Präzisierung vornimmt. Art. 153 EG/169 AEUV enthalten hingegen konkrete Angaben, auf welche Weise und mit welchen Mitteln die Gemeinschaft/Union das Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus fördert.¹⁷⁸⁹ **4380**

2. Kein primärrechtliches Grundrecht auf Verbraucherschutz

Ganz vereinzelt ist den bereits bestehenden primärrechtlichen Regelungen ein subjektives Grundrecht auf Schaffung eines hohen Verbraucherschutzniveaus ent- **4381**

¹⁷⁸⁵ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 4.

¹⁷⁸⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (28).

¹⁷⁸⁷ Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 1.

¹⁷⁸⁸ Lurger, in: Streinz, Art. 153 EGV Rn. 16; Berg, in: Schwarze, Art. 153 EGV Rn. 11; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 153 EGV Rn. 10.

¹⁷⁸⁹ Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 1.

nommen worden.¹⁷⁹⁰ Jedoch impliziert der Wortlaut keiner der existierenden Bestimmungen ein subjektives Recht des einzelnen Verbrauchers.¹⁷⁹¹ So hat auch der EuGH bislang kein Grundrecht auf Verbraucherschutz anerkannt.¹⁷⁹²

3. Bedeutung des Art. 38 EGRC

- 4382** Aufgrund der detaillierten Regelung des Art. 153 EG/169 AEUV stellt sich allerdings die Frage, welche eigenständige Bedeutung Art. 38 EGRC zukommt.¹⁷⁹³ Dabei ist der leicht divergierende Wortlaut von Art. 153 EG/169 AEUV und Art. 38 EGRC zu beachten. Während nach Art. 153 Abs. 1 EG/169 AEUV die Gemeinschaft/Union die Interessen der Verbraucher fördern und ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten soll und sie gem. Art. 153 Abs. 3 EG/169 Abs. 2 AEUV zur Erreichung dieser Ziele einen „Beitrag“ leistet, „stellt“ die Politik der Union nach Art. 38 EGRC ein hohes Verbraucherschutzniveau „sicher“. Damit geht die Verpflichtung, die sich für die Union aus Art. 38 EGRC ergibt, über das in Art. 153 EG/169 AEUV Gesagte hinaus.¹⁷⁹⁴
- 4383** Im Grundrechtskonvent war auch diskutiert worden, die Formulierung des Art. 38 EGRC stärker an den Wortlaut des Art. 153 EG/169 AEUV anzulehnen und statt von „sicherstellen“ von „fördern“ und „gewährleisten“ zu sprechen. Letztlich setzte sich jedoch die vorher vorgeschlagene Formulierung „sicherstellen“ durch.¹⁷⁹⁵

II. Europäischer Besitzstand

- 4384** Im Bereich des Verbraucherschutzes gibt es eine Vielzahl von europäischen Sekundärrechtsregelungen, zumal vielen Regelungskomplexen indirekt eine verbraucherschützende Wirkung zukommt, beispielsweise im Bereich des Kartell- und des Umweltschutzrechts.¹⁷⁹⁶ Die europarechtlichen Regelungen dienen allesamt dem Ziel, die wirtschaftlichen und gesundheitlichen Interessen der Verbraucher vor unlauterem Verhalten von Produzenten, Dienstleistern und Händlern zu schützen und den Verbraucher aufgrund angemessener Information in eine Lage zu versetzen, in der er seine Stellung am Markt eigenverantwortlich und in wirtschaftlich vernünftiger Weise ausüben kann.¹⁷⁹⁷

¹⁷⁹⁰ Schroeder, DVBl. 2002, 213 (214).

¹⁷⁹¹ Cremer, in: Heselhaus/Nowak, § 62 Rn. 8.

¹⁷⁹² Cremer, in: Heselhaus/Nowak, § 62 Rn. 7.

¹⁷⁹³ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 5.

¹⁷⁹⁴ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 7.

¹⁷⁹⁵ S. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 343; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 9.

¹⁷⁹⁶ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 23.

¹⁷⁹⁷ S. Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 13; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 1.

Beispielhaft für derzeit bestehende sekundärrechtliche Regelungen seien genannt: die WerbeRL 2006/114/EG¹⁷⁹⁸, die RL 93/13/EWG¹⁷⁹⁹ über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, die RL 85/577/EWG¹⁸⁰⁰ über Haustürgeschäfte, die FernabsatzRL 97/7/EG¹⁸⁰¹, die E-Commerce-RL 2000/31/EG¹⁸⁰², die RL 2008/48/EG¹⁸⁰³ zu Verbraucherkrediten sowie die RL 1999/44/EG¹⁸⁰⁴ über den Verbrauchsgüterkauf.¹⁸⁰⁵ Besondere Bedeutung kommt auch den Vorschriften zur Produktkennzeichnung im Lebensmittelbereich zu,¹⁸⁰⁶ so beispielsweise der RL 2000/13/EG.¹⁸⁰⁷ **4385**

III. EuGH-Rechtsprechung

Im Rahmen der diversen sekundärrechtlichen Regelungen hat sich der EuGH bereits vielfach mit Bestimmungen zum Verbraucherschutz befasst, ohne aber ein subjektives Recht darauf anzuerkennen.¹⁸⁰⁸ **4386**

IV. Verfassungen der Mitgliedstaaten

In der portugiesischen,¹⁸⁰⁹ der spanischen,¹⁸¹⁰ der polnischen,¹⁸¹¹ der litauischen¹⁸¹² und der bulgarischen¹⁸¹³ Verfassung finden sich ausdrückliche Bezugnahmen auf **4387**

¹⁷⁹⁸ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung) (WerbeRL), ABl. L 376, S. 21.

¹⁷⁹⁹ ABl. 1993 L 95, S. 29.

¹⁸⁰⁰ Des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372, S. 31.

¹⁸⁰¹ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz – Erklärung des Rates und des Parlaments zu Artikel 6 Absatz 1 – Erklärung der Kommission zu Artikel 3 Absatz 1 erster Gedankenstrich (FernabsatzRL), ABl. L 144, S. 19; zuletzt geändert durch RL 2007/64/EG, ABl. 2007 L 319, S. 1

¹⁸⁰² Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (E-Commerce-RL), ABl. L 178, S. 1.

¹⁸⁰³ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates, ABl. 2008 L 133, S. 66.

¹⁸⁰⁴ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171, S. 12.

¹⁸⁰⁵ Weitere Beispiele bei *Pielow*, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 23.

¹⁸⁰⁶ *Riedel*, in: Meyer, Art. 38 Rn. 1.

¹⁸⁰⁷ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.3.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, ABl. L 109, S. 29; zuletzt geändert durch RL 2007/68/EG, ABl. 2007 L 310, S. 11.

¹⁸⁰⁸ S.u. Rn. 4388 ff.

¹⁸⁰⁹ Art. 60, Art. 81 lit. h), Art. 99 lit. e).

¹⁸¹⁰ Art. 51.

¹⁸¹¹ Art. 76.

¹⁸¹² Art. 46 Abs. 5.

den Verbraucherschutz.¹⁸¹⁴ Sie verleihen jedoch überwiegend keine subjektiven Rechte, sondern werden als objektive Normen ausgelegt.¹⁸¹⁵

B. Einordnung

I. Qualifizierung als Grundsatz

4388 Bei Art. 38 EGRC handelt es sich nach Wortlaut, Genese, Systematik und Zweck nicht um ein subjektives Recht, sondern um einen Grundsatz.¹⁸¹⁶

1. Wortlaut

4389 Gem. Art. 38 EGRC stellt die Politik der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher. Dieser Wortlaut ist zu unbestimmt, um ein einklagbares Recht zu vermitteln,¹⁸¹⁷ zumal nicht erkennbar wäre, wer Begünstigter eines solchen Rechts sein sollte. Entgegen anderen Normen der EGRC gewährt Art. 38 EGRC nach seinem Wortlaut weder ein Recht noch einen Anspruch.¹⁸¹⁸

2. Genese

4390 Bereits die Erläuterungen zum ersten Präsidiumsentwurf im Grundrechtekonvent betonten, dass es sich bei Art. 38 EGRC um einen Grundsatz und nicht um ein subjektives Recht handeln soll. In der sich anschließenden Diskussion war nur vereinzelt gefordert worden, dem Verbraucher einen subjektiven Rechtsanspruch zu gewähren.¹⁸¹⁹ Die abschließenden Präsidiumserläuterungen des Grundrechtekonvents von 2000¹⁸²⁰ und auch die aktuellen Erläuterungen zur EGRC¹⁸²¹ sprechen daher bei Art. 38 EGRC von einem Grundsatz.

¹⁸¹³ Art. 19 Abs. 2.

¹⁸¹⁴ Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 3; ausführlich Rengeling/Szczekalla, Rn. 1055 mit Fn. 2 und 3.

¹⁸¹⁵ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 6; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 5; Cremer, in: Heselhaus/Nowak, § 62 Rn. 7.

¹⁸¹⁶ Jarass, § 34 Rn. 10; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 5; Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 6; Streinz, in: ders., Art. 38 GR-Charta Rn. 1; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 4; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1057; Cremer, in: Heselhaus/Nowak, § 62 Rn. 11 ff.

¹⁸¹⁷ Jarass, § 34 Rn. 10.

¹⁸¹⁸ So z.B. Art. 28-31 EGRC.

¹⁸¹⁹ Vgl. Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 343.

¹⁸²⁰ Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 34.

¹⁸²¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (28).

Auch die Verbraucherschutznormen in den mitgliedstaatlichen Verfassungen werden überwiegend als objektive Normen ausgelegt.¹⁸²² In internationalen Menschenrechtsschutzbestimmungen ist ein Individualrecht auf Verbraucherschutz bislang ebenfalls nicht normiert.¹⁸²³ **4391**

3. Systematik

Anders als viele sonstige in Titel IV (Solidarität) enthaltene Bestimmungen spricht Art. 38 EGRC schon nicht davon, dass ein „Recht“ oder ein „Anspruch“ gewährt wird. Vielmehr wird – vergleichbar zu Art. 35 S. 2 und Art. 37 EGRC – ein „hohes Verbraucherschutzniveau sichergestellt“. Art. 35 S. 2 und Art. 37 EGRC sind unter anderem aufgrund ihres Wortlauts als Grundsätze zu qualifizieren.¹⁸²⁴ Gleiches muss für Art. 38 EGRC gelten. **4392**

4. Zweck

Würde man Art. 38 EGRC ein subjektives Recht entnehmen, hätte dies möglicherweise weitreichende finanzielle Folgen. Dies sollte bei der Schaffung der EGRC jedoch vermieden werden.¹⁸²⁵ Daher ist davon auszugehen, dass mit der gewählten Formulierung des Art. 38 EGRC kein einklagbares Recht gewährt werden sollte. **4393**

II. Abgrenzung

Da der Bereich des Verbraucherschutzes einen weiten Lebensbereich umfasst, gibt es Berührungspunkte mit vielen anderen EGRC-Vorschriften und mit den Grundfreiheiten. Viele Grundrechte der EGRC finden deshalb auch auf den Verbraucher Anwendung, weil sie nicht speziell auf einen Personenkreis beschränkt sind, sondern die Individualpersonen auch in ihrer Rolle als Verbraucher schützen. So genießt beispielsweise der Mensch (auch) in seiner Rolle als Verbraucher Meinungsfreiheit.¹⁸²⁶ Allerdings gibt es einige Hauptberührungspunkte zwischen dem Verbraucherschutz und anderen EGRC-Vorschriften bzw. Grundfreiheiten. **4394**

1. Gesundheit

Der Verbraucherschutz dient häufig der Erhaltung der Gesundheit. Insoweit kann es zu Überschneidungen mit dem Recht auf Leben (Art. 2 EGRC), dem Recht auf Unversehrtheit (Art. 3 EGRC) und dem Gesundheitsschutz (Art. 35 EGRC) kommen. **4395**

¹⁸²² Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 6; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 5.

¹⁸²³ Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 5.

¹⁸²⁴ S.o. Rn. 4227 ff. u. Rn. 4312 ff.

¹⁸²⁵ S.o. Rn. 3590 ff.

¹⁸²⁶ Cremer, in: Heselhaus/Nowak, § 62 Rn. 18 mit Fn. 39.

men.¹⁸²⁷ Soweit diese Bestimmungen subjektive Rechte enthalten,¹⁸²⁸ verbürgen sie für den Verbraucher weiter gehende Rechte als die Grundsatzbestimmung des Art. 38 EGRC und sind deshalb vorrangig.¹⁸²⁹ Allerdings kann der Verbraucherschutz etwa das Recht auf ärztliche Versorgung nach Art. 35 S. 1 EGRC dergestalt mit prägen, dass diese verbraucherorientiert sein soll. Zumal wenn dies der Fall ist, hat die Union die nationale Gesundheitsversorgung zu wahren.¹⁸³⁰ Im Übrigen können Art. 35 S. 2 EGRC und Art. 38 EGRC parallel herangezogen werden und sind daher gleichermaßen bei den europäischen Politiken sicherzustellen.

2. Datenschutz

- 4396** Verbraucherdaten werden durch die spezielle Vorschrift des Art. 8 EGRC (Schutz personenbezogener Daten) geschützt. Aus dem in Art. 7 EGRC normierten Recht auf Achtung des Privatlebens kann sich zudem ein Anspruch auf Schutz vor bestimmten Werbeformen, beispielsweise dem so genannten Spam(ming), ergeben.¹⁸³¹

3. Information

- 4397** Soweit der Verbraucherschutz dadurch umgesetzt wird, dass die Bürger Informationen erhalten, wird ein subjektiver Anspruch auf Verbraucherinformation bereits aus Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGRC in Betracht gezogen.¹⁸³² Allerdings verpflichtet dieses Grundrecht den Staat nur ausnahmsweise zu bestimmten Informationen und sichert im Wesentlichen lediglich ab, dass der Einzelne die von ihm gewünschten Informationen empfangen kann. Diese muss der Staat also nicht durchgehend liefern, außer es besteht insoweit eine zusätzliche Festlegung wie im Bereich der Umweltinformationen.¹⁸³³ Ein Anspruch auf Dokumentenzugang kann sich aus Art. 42 EGRC ergeben, soweit Dokumente von Stellen der Union betroffen sind.¹⁸³⁴

4. Eigentum und Vermögen

- 4398** Das in Art. 17 EGRC normierte Eigentumsrecht enthält ebenfalls Überschneidungen mit dem Verbraucherschutz, wenn und soweit das Verbrauchereigentum und -vermögen betroffen sind.¹⁸³⁵ Allerdings geht es dabei um Schädigungen, die re-

¹⁸²⁷ S. Jarass, § 34 Rn. 11; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1058; Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 6.

¹⁸²⁸ S.o. Rn. 877 ff., 927 ff. sowie o. Rn. 4220 ff.

¹⁸²⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1058.

¹⁸³⁰ Zu diesem Bedeutungsgehalt o. Rn. 4255.

¹⁸³¹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1061.

¹⁸³² Vgl. Rengeling/Szczekalla, Rn. 1060; Jarass, § 34 Rn. 11; Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 6.

¹⁸³³ S.o. Rn. 1818 ff., insbes. 1821 f.

¹⁸³⁴ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1060, s. näher u. Rn. 4640 ff.

¹⁸³⁵ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1059. Die Einbeziehung des Vermögens in den Eigentumschutz ist allerdings str., s.o. Rn. 2856 ff.

gelmäßig von Privaten ausgehen. Der Staat hat hier höchstens für einen hinreichenden Schutz privaten Eigentums zu sorgen,¹⁸³⁶ der dann aber wiederum am Eigentumsrecht¹⁸³⁷ bzw. der Berufsfreiheit der belasteten Unternehmen zu messen ist.

5. Unternehmerische Freiheit

Der Verbraucherschutz agiert in dem Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz **4399** und der Vertragsfreiheit der Verbraucher einerseits und der unternehmerischen (Vertrags-)Freiheit andererseits. Es kann deshalb zu häufigen Kollisionen mit der in Art. 16 EGRC normierten unternehmerischen Freiheit und jedenfalls bei schon hergestellten Waren mit dem Eigentumsrecht des Produzenten aus Art. 17 EGRC kommen. In diesem Fall hat eine Abwägung unter Beachtung des in Art. 38 EGRC festgelegten Optimierungsgebots¹⁸³⁸ stattzufinden.

6. Grundfreiheiten

In ähnlicher Weise kann es zu Kollisionen mit den Grundfreiheiten kommen, die **4400** den Produzenten, Händlern und Dienstleistern Marktfreiheiten garantieren. Der EuGH hat jedoch bereits Beschränkungen der Grundfreiheiten aufgrund von Verbraucherschutzbelangen als gerechtfertigt angesehen.¹⁸³⁹

C. Gewährleistungsbereich

Gem. Art. 38 EGRC stellt die Politik der Union ein hohes Verbraucherschutz- **4401** niveau sicher.

I. Verbraucher

Der Verbraucherbegriff wird im Unionsrecht uneinheitlich verwandt¹⁸⁴⁰ und weder **4402** in Art. 38 EGRC noch im sonstigen Primärrecht definiert.¹⁸⁴¹ Im Sekundärrecht finden sich aufgrund der verschiedenen Schutzbereiche, welche die verbraucher-schützenden Bestimmungen betreffen, auch verschiedene Definitionen.¹⁸⁴² Dabei kann zwischen einem weiten und einem engen Verbraucherbegriff unterschieden

¹⁸³⁶ S.o. Rn. 2999 ff.

¹⁸³⁷ Dieses greift allerdings insoweit nur begrenzt ein, s.o. Rn. 2964 ff.

¹⁸³⁸ S.u. Rn. 4407.

¹⁸³⁹ S. Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 1006 ff., 2271 ff., 2663.

¹⁸⁴⁰ Jarass, § 34 Rn. 13.

¹⁸⁴¹ Vgl. Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 13; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 1.

¹⁸⁴² Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 13; Lurger, in: Streinz, Art. 153 EGV Rn. 11; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 2; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 1; Cremer, in: Heselerhaus/Nowak, § 62 Fn. 55.

werden. Ersterer umfasst alle Kunden, unabhängig davon, ob sie privat oder gewerblich tätig werden. Dieser weite Begriff wird beispielsweise im Versicherungs-, Banken- und Anlagenrecht verwandt.¹⁸⁴³ Nach dem engen Begriffsverständnis, das in vielen klassischen Verbraucherschutz-Richtlinien benutzt und bei deren Auslegung auch vom EuGH vertreten wird, sind nur natürliche Personen erfasst, die bei ihrem Markthandeln nicht für gewerbliche oder berufliche, also nur für private Zwecke tätig sind.¹⁸⁴⁴ Der Verbraucherbegriff umfasst damit insgesamt nicht eine aus einer bestimmten Eigenschaft heraus schutzwürdige Personengruppe, sondern stellt auf die Rolle am Markt ab.¹⁸⁴⁵ Dass Art. 38 EGRC in den sozialen Grundrechten platziert ist, spricht für einen besonderen Schutzcharakter dieser Bestimmung. Dieses Schutzes bedarf insbesondere der für private Zwecke Tätige, da er meist nicht die notwendige Erfahrung hat, um auf Augenhöhe mit dem Anbieter von Waren und Dienstleistungen agieren zu können. Beim für gewerbliche oder berufliche Zwecke Handelnden ist die Situation regelmäßig günstiger. Er benötigt daher vielfach kaum besonderen Schutz.

4403 Ohnehin erfasst Titel IV nur Rechte von Arbeitnehmern, sozial Schutzbedürftigen wie Familien, Kindern, Jugendlichen und Alten (Art. 27-34 EGRC) sowie darüber hinaus Personen in ihrer allgemeinen Lebenssituation (Gesundheitsschutz, Zugang zu gemeinwohlbezogenen Diensten,¹⁸⁴⁶ Umweltrecht), regelmäßig nicht aber von Gewerbetreibenden. In diese Struktur fügt sich Art. 38 EGRC nur ein, wenn er auf private Konstellationen beschränkt bleibt und sich nicht auf den Geschäftsverkehr erstreckt. In diesem Sinne ist ein enger Verbraucherbegriff zugrunde zu legen. Eine weitere Frage ist, ob von einem so genannten mündigen Verbraucher, d.h. einem kritischen, aktiven, verständigen, aufmerksamen und informierbaren Verbraucher oder einem schutzbedürftigen, so genannten flüchtigen Verbraucher auszugehen ist.¹⁸⁴⁷ Für das zweitgenannte Verbraucherleitbild spricht der Schutzcharakter des Art. 38 EGRC und die Beschränkung auf natürliche Personen, die für private Zwecke handeln. Diese sind vielfach unaufmerksam und flüchtig.

4404 Allerdings sieht Art. 153 Abs. 1 EG/169 Abs. 1 AEUV Verbraucherschutz auch durch Information vor. Dann hat der Verbraucher die Möglichkeit zur Information. Zudem impliziert diese Komponente, dass der Verbraucher informierbar ist. Indes muss dies nicht notwendig der Fall sein. Die Informationen machen es dem Verbraucher nur möglich, sich kundig zu machen. Sie bilden daher einen möglichen Weg, seine oftmals auftretende Unterlegenheit auszugleichen. Man kann aber nicht stets davon ausgehen, dass der Verbraucher sich auch tatsächlich informiert. Art. 153 Abs. 1 EG/169 Abs. 1 AEUV nennt daher auch noch andere Elemente

¹⁸⁴³ Lurger, in: Streinz, Art. 153 EGV Rn. 11.

¹⁸⁴⁴ EuGH, Rs. C-541 u. 542/99, Slg. 2001, I-9049 (9063 ff., Rn. 15 ff.) – Cape u. Ideal-service MN RE; Jarass, § 34 Rn. 13; Lurger, in: Streinz, Art. 153 EGV Rn. 11; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 2.

¹⁸⁴⁵ Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 1; Cremer, in: Heselhaus/Nowak, § 62 Rn. 35.

¹⁸⁴⁶ Vgl. insoweit mit gerade begrenzter Erweiterung auf Gewerbliche o. Rn. 4290.

¹⁸⁴⁷ Zum sog. Verbraucherleitbild s. Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 13; Lurger, in: Streinz, Art. 153 EGV Rn. 12; Rengeling/Szczekalla, Rn. 1065.

des Verbraucherschutzes. Davon unabhängig ist auch die Information auf die Bedürfnisse des jeweiligen Verbrauchers abzustimmen. Unter Umständen muss sie besonders auffällig und deutlich erfolgen, um auch den passiven Verbraucher zu erreichen. Information und das Leitbild eines schutzbedürftigen Verbrauchers widersprechen sich daher nicht.

II. Verbraucherschutz

Wie Art. 153 Abs. 1 EG/169 Abs. 1 AEUV entnommen werden kann, ist Ziel des Verbraucherschutzes der Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher.¹⁸⁴⁸ Auch im ersten Präsidiumsentwurf des Grundrechtekonvents wurde in der Vorschrift des Art. 38 EGRC die Formulierung gewählt: „Hinsichtlich der Gesundheit, der Sicherheit und der Interessen der Verbraucher wird durch die Politik der Union ein hohes Schutzniveau sichergestellt.“¹⁸⁴⁹ Erst später wurde die abstraktere Formulierung des „hohen Verbraucherschutzniveaus“ verwandt, ohne die einzelnen Verbraucherschutzbereiche zu benennen.¹⁸⁵⁰ **4405**

Der Verbraucherschutz wird gem. Art. 153 Abs. 1 EG/169 Abs. 1 AEUV gefördert durch Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung der Verbraucherinteressen. Ziel des Verbraucherschutzes ist es, die wirtschaftlichen und gesundheitlichen Interessen der Verbraucher vor unlauterem Verhalten von Produzenten, Dienstleistern und Händlern zu schützen und den Verbraucher aufgrund angemessener Information in eine Lage zu versetzen, in der er seine Stellung am Markt eigenverantwortlich und in wirtschaftlich vernünftiger Weise ausüben kann.¹⁸⁵¹ **4406**

III. Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus

Mit der Verpflichtung zur Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus enthält Art. 38 EGRC, ebenso wie Art. 35 S. 2 EGRC zum Gesundheitsschutz,¹⁸⁵² ein Optimierungsgebot.¹⁸⁵³ Dies bedeutet, dass dem Verbraucherschutz im Rahmen aller Politiken¹⁸⁵⁴ soweit Rechnung zu tragen ist, wie es technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist.¹⁸⁵⁵ Verbraucherpolitischen Anliegen muss auch bei der Ausübung anderer Kompetenzen und der Verfolgung anderer Vertragsziele **4407**

¹⁸⁴⁸ Jarass, § 34 Rn. 12; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 7; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 2.

¹⁸⁴⁹ Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 4.

¹⁸⁵⁰ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 3; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 4.

¹⁸⁵¹ Vgl. Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 13; Wichard, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 2; Riedel, in: Meyer, Art. 38 Rn. 1.

¹⁸⁵² S.o. Rn. 4262.

¹⁸⁵³ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 14.

¹⁸⁵⁴ S.u. Rn. 4410 f.

¹⁸⁵⁵ Lurger, in: Streinz, Art. 153 EGV Rn. 24.

Bedeutung eingeräumt werden.¹⁸⁵⁶ Konkrete Mindest- oder Idealstandards werden nicht vorgeschrieben.¹⁸⁵⁷ Allerdings darf nicht hinter den bereits erreichten Stand des Verbraucherschutzes zurückgegangen werden.¹⁸⁵⁸

4408 Art. 38 EGRC spricht von einem „hohen“, nicht jedoch vom „höchsten“ Verbraucherschutzniveau. Deshalb kann im Fall der Kollision des Verbraucherschutzes mit anderen Vertragszielen eine Abwägung stattfinden, wobei das „Best-mögliche“ für den Verbraucherschutz herausgeholt werden, ihm allerdings kein absoluter Vorrang zukommen muss.¹⁸⁵⁹

4409 Anders als Art. 153 EG/169 AEUV spricht Art. 38 EGRC von der Sicherstellung und nicht nur einer Förderung eines hohen Schutzniveaus. Im Grundrechtskonvent wurde die Begriffsverwendung in Art. 38 EGRC als zu weit gehend kritisiert und eine stärkere Anlehnung an Art. 153 EG/169 AEUV gefordert.¹⁸⁶⁰ Dieser Abschwächung folgte der Konvent jedoch nicht.¹⁸⁶¹

IV. Sicherstellung durch die Politik der Union

4410 Nach Art. 38 EGRC stellt „die Politik der Union“ ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher. Damit wird die in Art. 153 Abs. 2 EG/12 AEUV enthaltene Querschnittsklausel¹⁸⁶² betont¹⁸⁶³ und die Union verpflichtet, im Rahmen der Verfolgung auch anderer Vertragsziele immer ein hohes Verbraucherschutzniveau anzustreben.¹⁸⁶⁴

4411 Es verwundert allerdings die im Vergleich zu Art. 35 S. 2 EGRC unterschiedliche Formulierung. Bei Letzterem wird ausdrücklich von der „Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union“ gesprochen. Die Maßnahmen werden in Art. 38 EGRC nicht genannt, woraus geschlossen werden könnte, dass die Verpflichtung zur Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus zwar für jeden Politikbereich, nicht jedoch für jede Maßnahme gilt. Dies ist jedoch nicht praktikabel, da die Maßnahmen häufig nicht streng voneinander abgegrenzt werden können und vielfach miteinander verbunden sind bzw. aufeinander aufbauen. Daher gilt die Verpflichtung beispielsweise auch bei Programmen und Empfehlungen sowie bei der konkreten Anwendung von Normen in Form von Einzelakten. Sie ergreift zudem jedes Stadium, d.h. sowohl die Erarbeitung als auch die Umsetzung und Durchführung der Politik und Maßnahmen. Diese Reich-

¹⁸⁵⁶ *Wichard*, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 4.

¹⁸⁵⁷ *Pielow*, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 14.

¹⁸⁵⁸ *Wichard*, in: Calliess/Ruffert, Art. 38 GRCh Rn. 5.

¹⁸⁵⁹ *Lurger*, in: Streinz, Art. 153 EGV Rn. 24; s. zu der gleichen Formulierung beim Gesundheitsschutz in Art. 35 S. 2 EGRC o. Rn. 4263 zum Umweltschutz nach Art. 37 EGRC o. Rn. 4361 ff.

¹⁸⁶⁰ *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 343.

¹⁸⁶¹ *Riedel*, in: Meyer, Art. 38 Rn. 9.

¹⁸⁶² S.o. Rn. 4379.

¹⁸⁶³ *Pielow*, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 15; *Riedel*, in: Meyer, Art. 38 Rn. 8.

¹⁸⁶⁴ *Riedel*, in: Meyer, Art. 38 Rn. 8.

weite liegt parallel zur Querschnittsklausel nach Art. 37 EGRC, die gleichfalls nur auf die Politiken abstellt.

D. Rechtsfolgen

Als Adressaten der EGRC¹⁸⁶⁵ verpflichtet Art. 38 EGRC die Union und die Mitgliedstaaten bei Durchführung von Unionsrecht, für einen ausreichenden Schutz der Verbraucher zu sorgen, soweit sie über entsprechende Zuständigkeiten verfügen.¹⁸⁶⁶ Dabei wird den Gesetzgebern ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt.¹⁸⁶⁷ Außerdem enthält das Sekundärrecht bereits viele Vorschriften zum Verbraucherschutz,¹⁸⁶⁸ weshalb zum jetzigen Zeitpunkt keine Handlungspflicht bestehen dürfte.¹⁸⁶⁹ **4412**

Der Grundsatz des Art. 38 EGRC ist bei der Auslegung von Sekundärrecht und bei der Auslegung nationalen Rechts im Rahmen der Durchführung von Unionsrecht zu berücksichtigen.¹⁸⁷⁰ **4413**

Wegen des Grundsatzcharakters sind Ansprüche auf Schadensersatz oder auf Erlass von Durchführungsakten ausgeschlossen; das gilt auch für eine Verpflichtung Privater. Gem. Art. 52 Abs. 5 S. 2 EGRC kann nur im Rahmen von Inzidentkontrollen die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz gerichtlich überprüft werden.¹⁸⁷¹ **4414**

¹⁸⁶⁵ Vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC.

¹⁸⁶⁶ Jarass, § 34 Rn. 14.

¹⁸⁶⁷ Vgl. Art. 52 Abs. 5 EGRC.

¹⁸⁶⁸ S.o. Rn. 4384 f.

¹⁸⁶⁹ Pielow, in: Tettinger/Stern, Art. 38 Rn. 10.

¹⁸⁷⁰ Jarass, § 34 Rn. 14.

¹⁸⁷¹ Jarass, § 34 Rn. 16.

E. Prüfungsschema zu Art. 38 EGRC

4415 1. Gewährleistungsbereich

kein subjektives Recht, sondern Grundsatz

- a) Optimierungsgebot: Verbraucherschutz im Rahmen aller Politiken soweit Rechnung zu tragen, wie es technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist
- b) keine konkreten Mindest- oder Idealstandards; allerdings darf nicht hinter den bereits erreichten Stand des Verbraucherschutzes zurückgegangen werden
- c) enger Verbraucherbegriff: nur natürliche Personen, die bei ihrem Markthandeln nicht für gewerbliche oder berufliche, also nur für private Zwecke tätig sind
- d) auszugehen ist von einem schutzbedürftigen, so genannten flüchtigen Verbraucher
- e) Ziel des Verbraucherschutzes sind der Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauterem Verhalten von Produzenten, Dienstleistern und Händlern
- f) Union wird verpflichtet, im Rahmen der Verfolgung auch anderer Vertragsziele immer ein hohes Verbraucherschutzniveau anzustreben
- g) im Fall der Kollision des Verbraucherschutzes mit anderen Vertragszielen muss eine Abwägung stattfinden, wobei das „Bestmögliche“ für den Verbraucherschutz herausgeholt werden, ihm allerdings kein absoluter Vorrang zukommen muss

2. Rechtsfolgen

- a) Union und die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, für einen ausreichenden Schutz der Verbraucher zu sorgen, soweit sie über entsprechende Zuständigkeiten verfügen
- b) Grundsatz des Art. 38 EGRC ist bei der Auslegung von Sekundärrecht und bei der Auslegung nationalen Rechts (im Rahmen der Durchführung von Unionsrecht) zu berücksichtigen
- c) jedoch keine Klagen auf Schadensersatz oder auf Erlass von Durchführungsakten möglich
- d) nur Inzidentkontrolle, ob Rechtsvorschriften mit Art. 38 EGRC vereinbar sind

Teil VI

Klassische und neue Bürgerrechte

Kapitel 12

Bürgerrechte

§ 1 Wahlrechte

A. Wahlrecht zum Europäischen Parlament (Art. 39 EGRC)

I. Grundlagen

1. Genese

Bei dem Gehalt des Art. 39 EGRC lässt sich differenzieren zwischen der Gewährleistung des Wahlrechts zum Europäischen Parlament in Art. 39 Abs. 1 EGRC und den dafür geltenden Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 39 Abs. 2 EGRC. **4416**

Das Wahlrecht war vor Verabschiedung der Charta bereits auf der Primärrechtsebene in Art. 19 Abs. 2 EG gewährleistet, die Wahlrechtsgrundsätze finden sich in Art. 190 Abs. 1 und 4 EG. Im Vergleich zur Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 EG wurde der Wortlaut des Art. 39 EGRC vereinfacht und kürzer gefasst, aber nicht mit neuen Gehalten versehen.¹ Unter anderem wurde der Verweis auf die sekundärrechtliche Ausgestaltung weggelassen. Diese bleibt schon aufgrund der Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 2 EGRC weiterhin relevant.² **4417**

Im Übrigen wurde die Aufnahme der Wahlrechtsgrundsätze in die Charta nicht kontrovers diskutiert.³ Strittig war im Konvent aber die Aufnahme des Demokratieprinzips im Rahmen der Gewährleistung des Wahlrechts zum Europäischen Parlament.⁴ Davon wurde letztlich unter anderem deshalb abgesehen, weil es sich hierbei nicht um ein Grundrechtsfrage handele.⁵ **4418**

¹ *Magiera*, in: Meyer, Art. 39 Rn. 10; *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 4.

² Zwar spricht der Verweis in Art. 52 Abs. 2 EGRC nur von den in den Gemeinschaftsverträgen enthaltenen Bedingungen und Grenzen, doch erfasst dies auch notwendige Ausstattungsregelungen des Sekundärrechts. Näher zur Relevanz auch des Sekundärrechts im Rahmen von Art. 52 Abs. 2 EGRC o. Rn. 191 ff., 461 sowie u. Rn. 4818 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

³ *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 134.

⁴ CHARTE 4170/00 CONVENT 17 Art. A, s. dazu *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 199 f.

⁵ *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 199 f.

- 4419** Eine textliche Veränderung im Vergleich zu der bestehenden primärrechtlichen Rechtslage zeigt sich bei den Wahlrechtsgrundsätzen. In Erweiterung zu Art. 190 Abs. 1 EG, der lediglich eine allgemeine und unmittelbare Wahl garantiert, enthält Art. 39 Abs. 2 EGRC zusätzlich die Grundsätze der freien und geheimen Wahl. Aber auch dies stellt keine wirkliche Neuerung dar, da die Wahlpraxis auch schon vor Erlass der Charta diesen beiden letzten Wahlgrundsätzen genügte.⁶
- 4420** In der Charta fehlt allerdings eine Garantie des in Deutschland und in vielen anderen Mitgliedstaaten anerkannten Grundsatzes der Gleichheit der Wahl.⁷ Trotz einer entsprechenden Forderung insbesondere der deutschen Delegierten einschließlich des deutschen Präsidenten des Grundrechtekonvents *Herzog* wurde dieser Grundsatz nicht in die Charta aufgenommen.⁸ Hierin zeigt sich ein Zusammenhang mit dem bislang vergeblichen Bemühen, ein für alle Mitgliedstaaten einheitliches Wahlverfahren für die Wahl zum Europäischen Parlament einzuführen.⁹ Zudem besteht in den verschiedenen Staaten keine Erfolgsgleichheit der Wählerstimmen, weil die kleinen Mitgliedsländer im Verhältnis zu ihrer Einwohnerzahl mehr Abgeordnete stellen.¹⁰

2. Das Wahlrecht nach dem Reformvertrag von Lissabon

- 4421** Nach Inkrafttreten des Reformvertrages ist das Wahlrecht zum Europäischen Parlament in Art. 20 Abs. 2 lit. b) sowie in Art. 22 AEUV geregelt, der im Wesentlichen Art. 19 Abs. 2 EG entspricht.¹¹ Eine eigenständige Regelung der Wahlrechtsgrundsätze, wie sie in Art. 190 Abs. 1 EG enthielt, ist nicht mehr vorgesehen. Art. 223 Abs. 1 AEUV gibt lediglich dem Parlament den Auftrag, einen Entwurf für allgemeine, unmittelbare Wahlen nach einem einheitlichen Verfahren auszuarbeiten und sieht dann eine einstimmige Verabschiedung im Rat sowie eine Zustimmung jedes Mitgliedstaates als Voraussetzung für das Inkrafttreten in Einklang mit den jeweiligen nationalen Verfassungsvorschriften vor.

⁶ Schon im Beschl. 76/787/EGKS, EWG, Euratom der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten über den Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung vom 20.9.1976 (ABl. L 287 S. 1 – dort nur die Beschlussfassung –; zuletzt geändert durch Beschl. des Rates 2002/772/EG, Euratom vom 25.6.2002 und 23.9.2002, ABl. L 283, S. 1. Die konsolidierte Fassung des Beschl. ist abgedruckt bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, vor der Kommentierung zu Art. 190 EGV) heißt es in Art. 1 Abs. 3: „Die Wahl erfolgt allgemein, unmittelbar, frei und geheim.“

⁷ Vgl. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.

⁸ Vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 200.

⁹ *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 135.

¹⁰ S. auch noch Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV: „degressiv proportional“. Näher u. Rn. 4478.

¹¹ Lediglich die Regelung der Einzelheiten erfolgt danach in einem anderen Verfahren. Der Rat legt diese in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Europäischen Parlaments fest.

3. EMRK

Für das Wahlrecht bestehen auch Bindungen an die EMRK. Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK¹² verpflichtet zu freien und geheimen Wahlen in angemessenen Zeitabständen unter Bedingungen, welche die freie Meinungsäußerung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten. Diese Vorschrift hat der EGMR ausdrücklich auf die Wahlen zum Europäischen Parlament für anwendbar erklärt.¹³ Diesen Anforderungen entsprechen die in Art. 39 Abs. 2 EGRC enthaltenen Wahlrechtsgrundsätze für die Wahlen zum Europäischen Parlament, so dass Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC gewahrt bleibt.¹⁴ 4422

Abweichend von den anderen Garantien der EMRK ist Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK als Verpflichtung der Vertragsstaaten und nicht als persönliches Recht formuliert. Dennoch ist in der Rechtsprechung des EGMR¹⁵ und in der Lit.¹⁶ inzwischen anerkannt, dass es sich nicht nur um eine institutionelle Gewährleistung, sondern um ein subjektives Recht handelt. Auch insoweit ist für Art. 39 Abs. 2 EGRC die Kongruenzregel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC zu beachten. Wie Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK ist deshalb auch Art. 39 Abs. 1 EGRC i.V.m. Art. 39 Abs. 2 EGRC im Sinne eines subjektiven Rechts auf geheime und freie Wahlen auszulegen.¹⁷ Inhaltlich geht der Gewährleistungsumfang noch darüber hinaus („allgemein und unmittelbar“), was aber nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC ausdrücklich zulässig ist. Insoweit genügen Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 EGRC den Anforderungen des Art. 52 Abs. 3 EGRC. 4423

4. Primärrecht

a) *Ausgangspunkt: Unterschiedliches Wahlrecht der Mitgliedstaaten*

Ursprünglich enthielt das Primärrecht in Art. 190 EG nur Regelungen zum Verfahren bei Wahlen zum Europäischen Parlament. Aufgrund der Ermächtigung in Art. 190 Abs. 4 EG erließ der Rat 1976 den Direktwahlakt¹⁸ als Ausführungsbe- 4424

¹² Zusatzprotokoll vom 20.3.1952, geändert durch Art. 2 Abs. 4 des Protokolls Nr. 11 zur EMRK vom 11.5.1994.

¹³ EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 45 ff.), NJW 1999, 3107 (3109) – Matthews/Vereinigtes Königreich. Ausführlich dazu Winkler, EuGRZ 2001, 18 (19 ff.).

¹⁴ Grabenwarter, § 23 Rn. 92 (für den mit dem Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 EGRC übereinstimmenden Art. II-99 Abs. 2 VE); a.A. Wolf, ZEuS 2003, 379 (393 f.) im Hinblick auf die Letztentscheidungskompetenz des demokratisch nicht direkt legitimierten Rates.

¹⁵ EGMR, Urt. vom 2.3.1987, Nr. 9267/81 (Rn. 50 f.), Ser. A 113 – Mathieu-Mohin u. Clerfayt/Belgien; Urt. vom 11.6.2002, Nr. 25144/94 u.a. (Rn. 31), RJD 2002-IV – Sadak u.a./Türkei.

¹⁶ Grabenwarter, § 23 Rn. 90.

¹⁷ So auch Jarass, § 35 Rn. 10.

¹⁸ Beschl. 76/787/EGKS, EWG, Euratom der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten über den Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung vom 20.9.1976 (Direktwahlakt), ABl. L 287 S. 1 (dort nur die Beschlussfassung); zuletzt geändert durch Beschl. des Rates 2002/772/EG, Euratom

stimmung.¹⁹ Darin war jedoch keine Regelung über das aktive und passive Wahlrecht zum Europäischen Parlament enthalten. Dieses war ausschließlich auf der Ebene der Mitgliedstaaten normiert, so dass das Wahlrecht von Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besaßen, in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt war. Ein Teil der Mitgliedstaaten beschränkte das aktive Wahlrecht auf die eigenen Staatsangehörigen, während in anderen Mitgliedstaaten auch Angehörige anderer Mitgliedstaaten wahlberechtigt waren.²⁰ Das passive Wahlrecht war fast in allen Mitgliedstaaten auf die eigenen Staatsangehörigen beschränkt.²¹

b) Gleichbehandlungsgebot des Art. 19 Abs. 2 EG

4425 Diese Ungleichbehandlung innerhalb der Gemeinschaft wurde durch die Regelung des Art. 19 Abs. 2 EG beseitigt. Nach dieser durch den Vertrag von Maastricht aufgenommenen Vorschrift²² hat jeder Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament. Dabei gelten für ihn dieselben Bedingungen wie für die Angehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates. Die nähere Ausgestaltung der Gleichbehandlung obliegt gem. Art. 19 Abs. 2 S. 2 EG sekundärrechtlichen Ausgestaltungsregelungen. In diesen können auch Ausnahmeregelungen vorgesehen werden, wenn dies aufgrund besonderer Probleme eines Mitgliedstaates gerechtfertigt ist.²³

c) Keine Regelung des Wahlrechts im Herkunftsstaat

4426 Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 AEUV regelt nur den Fall, dass ein Unionsbürger in einem Mitgliedstaat wohnt, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt und sieht für diesen Fall einen Gleichbehandlungsanspruch mit den Angehörigen dieses Staates vor. Jeder Unionsbürger hat auch ein Wahlrecht in seinem Herkunftsstaat,²⁴ nur ist dieser „Normalfall“ nicht Gegenstand des Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 AEUV, sondern in den Wahlgesetzen der einzelnen Mitgliedstaaten geregelt.

vom 25.6.2002 und 23.9.2002, ABl. L 283, S. 1. Die konsolidierte Fassung des Beschl. ist abgedruckt bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, vor der Kommentierung zu Art. 190 EGV.

¹⁹ Näher dazu u. Rn. 4429 ff.

²⁰ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 19 EG Rn. 13.

²¹ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 19 EG Rn. 13.

²² Damaliger Art. 8b EG.

²³ Näher zu den sekundärrechtlichen Regelungen durch die RL 93/109/EG u. Rn. 4436 ff.

²⁴ Deshalb müssen Maßnahmen ergriffen werden, um Doppelwahlen bzw. -kandidaturen zu verhindern, vgl. 7. Erwägungsgrund RL 93/109/EG, Art. 4 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 RL 93/109/EG.

d) Zulässigkeit eines Wahlrechts für Nicht-Unionsbürger

In Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 sowie auch Art. 20 Abs. 2 lit. b) AEUV ist nur von einem Wahlrecht der Unionsbürger die Rede. Doch hat der EuGH im Rahmen einer Vertragsverletzungsklage gegen das Vereinigte Königreich festgestellt, dass das Wahlrecht zum Europäischen Parlament nicht auf Unionsbürger i.S.d. Art. 17 EG, also auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten beschränkt ist.²⁵ Spanien hatte geltend gemacht, dass die Einräumung des Wahlrechts an Bürger des Commonwealth mit Wohnsitz in Gibraltar, die nicht britische Staatsangehörige sind, gegen den EG verstoße.²⁶ Darin werde das aktive und passive Wahlrecht auf Unionsbürger beschränkt.

Diese Argumentation lehnte der EuGH ab. Der Regelungsgehalt des Art. 19 Abs. 2 EG beschränke sich auf ein Diskriminierungsverbot.²⁷ Auch die anderen Regelungen in Art. 189, 190 EG und im Wahlrechtsakt enthielten keine verbindlichen Vorgaben darüber, wem das aktive und passive Wahlrecht für die Wahlen zum Europäischen Parlament zustehe. Der in diesen Vorschriften nicht näher definierte Begriff des „Volks“ könne in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Bedeutungen haben.²⁸ Art. 223 Abs. 1 AEUV sieht den einstimmigen Erlass europaweiter Bestimmungen vor.²⁹ Weiter ist die Verleihung von Rechten im EG/AEUV nicht notwendig an die Unionsbürgerschaft geknüpft, noch nicht einmal an die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates, so das Petitionsrecht nach Art. 194 EG/227 AEUV oder das Recht gem. Art. 195 EG/228 AEUV, eine Beschwerde an den Bürgerbeauftragten zu richten.³⁰ Insgesamt verstößt deshalb bislang ein Mitgliedstaat nicht gegen den EG/AEUV, wenn er Personen, die eine enge Verbindung zu ihm aufweisen, das aktive und passive Wahlrecht zuerkennt.³¹

²⁵ EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 (7987, Rn. 78) – Spanien/Vereinigtes Königreich.

²⁶ Die Einräumung des Wahlrechts zum Europäischen Parlament an die Bewohner Gibralters unabhängig von ihrer britischen Staatsangehörigkeit war eine Konsequenz des *Matthews*-Urteils des EGMR. Der EGMR hatte das Fehlen eines Wahlrechts der Einwohner von Gibraltar zum Europäischen Parlament als Verstoß gegen das in Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK verankerte Recht auf freie Wahlen zu den gesetzgebenden Körperschaften bewertet, vgl. EGMR Ur. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 39), NJW 1999, 3107 (3109) – *Matthews/Vereinigtes Königreich*. Dazu auch o. Rn. 4422 f.

²⁷ EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 (7984, Rn. 66; 7986 f., Rn. 76) – Spanien/Vereinigtes Königreich.

²⁸ EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 (7985, Rn. 71) – Spanien/Vereinigtes Königreich. Krit. dazu *Dörr*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 205 (211), der eine Ausdehnung des Wahlrechts über den Kreis der Unionsbürger hinaus dogmatisch mit einer Auslegung des Art. 19 Abs. 2, 189, 190 EG im Lichte des Art. 3 Zusatzprotokoll zur EMRK begründen will.

²⁹ Näher o. Rn. 4421.

³⁰ EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 (7985, Rn. 73) – Spanien/Vereinigtes Königreich.

³¹ EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 (7987, Rn. 78) – Spanien/Vereinigtes Königreich.

5. Regelungen des Sekundärrechts

a) *Direktwahlakt 1976*

aa) *Rechtsnatur*

4429 Eine Einordnung des Beschlusses zur Direktwahl zum Europäischen Parlament³² in die gemeinschaftsrechtliche Normenhierarchie ist nicht möglich. Der Rat hat durch die Bezeichnung als „Akt“ eine terminologische Festlegung vermieden.³³ Dieser Direktwahlakt stellt kein Sekundärrecht im eigentlichen Sinne dar. In der europarechtlichen Terminologie umfasst Sekundärrecht alle Rechtsakte, die von den Organen auf der Grundlage der Verträge erlassen werden.³⁴ Zwar beruht der Direktwahlakt auf Art. 190 Abs. 4 EG. Jedoch wurde er in einem besonderen Verfahren erlassen, und zwar im Wege der Ratifizierung durch die Parlamente der Mitgliedstaaten. Dieses Vorgehen rechtfertigt die Einordnung als völkerrechtlichen Vertrag.³⁵

4430 In der Normenhierarchie rangiert der Direktwahlakt gleichwohl nicht auf der Ebene des Primärrechts, da er die vertraglichen Grundlagen nicht ändert, sondern in Zusammenhang mit der Ermächtigung durch eine Vertragsnorm steht. Insoweit stellt er einen Rechtsakt *sui generis* dar, der normenhierarchisch auf der Ebene des Sekundärrechts einzuordnen ist.³⁶

bb) *Bedeutung und Regelungsgehalt*

4431 Durch den Direktwahlakt wurde das Verfahren zur Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments entscheidend geändert. An die Stelle der Entsendung aus den nationalen Parlamenten³⁷ trat die unmittelbare Wahl durch die Bevölkerung der Mitgliedstaaten.

³² Beschl. 76/787/EGKS, EWG, Euratom der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten über den Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung vom 20.9.1976 (Direktwahlakt), ABl. L 287 S. 1 (dort nur die Beschlussfassung); zuletzt geändert durch Beschl. des Rates 2002/772/EG, Euratom vom 25.6.2002 und 23.9.2002, ABl. L 283, S. 1. Die konsolidierte Fassung des Beschl. ist abgedruckt bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, vor der Kommentierung zu Art. 190 EGV.

³³ *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 190 EGV Rn. 5; *Haag/Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 190 EG Rn. 38. Zu weiteren Besonderheiten *Hilf*, in: Ress (Hrsg.), *Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften*, 1980, S. 21 (26).

³⁴ Vgl. *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 4.

³⁵ Vgl. EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 33), NJW 1999, 3107 (3108) – *Matthews/Vereinigtes Königreich*: kein gewöhnlicher Gemeinschaftsrechtsakt, sondern ein im Rahmen der Gemeinschaftsrechtsordnung abgeschlossener Vertrag; diesem folgend BVerfGE 104, 214 (219): keine auf der Grundlage vertraglicher Ermächtigung ergangene Handlung der Organe der Gemeinschaft, sondern ratifizierungsbedürftiger völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten im Anwendungsbeereich des EG-Vertrags.

³⁶ So auch *Schreiber*, NVwZ 2004, 21 (24).

³⁷ Art. 138 Abs. 1 EWGV.

Allerdings enthält der Direktwahlakt keine umfassende Regelung des Wahlverfahrens, sondern legt lediglich Grundlinien fest. Dazu gehören etwa die Wahlgrundsätze der Allgemeinheit, der Unmittelbarkeit, der Freiheit und der Geheimheit oder Unvereinbarkeitsregeln. Die Ausgestaltung des Wahlverfahrens im Einzelnen obliegt jedoch nach wie vor den Mitgliedstaaten.³⁸ Erst Art. 223 Abs. 1 AEUV sieht eine europaweite Regelung vor.³⁹ **4432**

cc) Vertragskonformität

Der ursprüngliche Wortlaut des Art. 190 Abs. 4 EG forderte, dass die Wahlen nach einem einheitlichen Verfahren in allen Mitgliedstaaten stattfinden sollten. Diese Zielvorgabe wurde durch den Vertrag von Amsterdam dahin gehend geändert, dass ein Wahlverfahren im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen stattfindet. Die Verpflichtung zur Schaffung eines einheitlichen Wahlverfahrens wurde damit (vorerst) aufgegeben.⁴⁰ **4433**

Doch war schon vor der Erweiterung des Wortlauts des Art. 190 Abs. 4 EG anerkannt, dass die Verwirklichung eines Vertragsziels stufenweise erreicht werden darf und der Direktwahlakt als erste Stufe für eine gewisse Zeit ausreicht.⁴¹ Erst recht bestehen nach der Absenkung der Anforderungen in Art. 190 Abs. 4 EG keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit des Direktwahlakts mit dem EG.⁴² **4434**

dd) Änderungen durch den Beschluss 2002/772/EG

Durch den am 1.4.2004 in Kraft getretenen Beschluss 2002/772/EG⁴³ wurde der Direktwahlakt in wesentlichen Punkten geändert.⁴⁴ Nunmehr schreibt der neue Art. 1 Abs. 1 des Wahlrechtsakts für alle Mitgliedstaaten einheitlich das Verhältniswahlrecht vor. Eine Mindestschwelle für die Sitzvergabe ist zwar zulässig, darf aber 5 % der abgegebenen Stimmen nicht überschreiten (Art. 2A). Auch nach der geänderten Fassung bestimmt sich das Wahlverfahren weiterhin nach den mitgliedstaatlichen Vorschriften, doch dürfen diese das Verhältniswahlssystem insgesamt nicht in Frage stellen (Art. 7). Durch diese Änderungen wird das Wahlrecht **4435**

³⁸ Art. 8 Abs. 1 Direktwahlakt.

³⁹ S.o. Rn. 4421.

⁴⁰ *Schreiber*, NVwZ 2004, 21 (25) bewertet dies als einen faktischen Verzicht auf ein einheitliches europäisches Wahlrecht.

⁴¹ *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 190 EGV Rn. 6; *Haag/Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 190 EG Rn. 34.

⁴² *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 190 EGV Rn. 6.

⁴³ Beschl. des Rates vom 25.6.2002 und 23.9.2002 zur Änderung des Akts zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments im Anhang zum Beschl. 76/787/EGKS, EWG, Euratom, 2002/772/EG, Euratom, ABl. L 283, S. 1. Die konsolidierte Fassung des Beschl. ist abgedruckt bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, vor der Kommentierung zu Art. 190 EGV.

⁴⁴ Nach Art. 3 tritt der Beschl. im Folgemonat nach der Annahme durch die Mitgliedstaaten nach den jeweiligen verfassungsrechtlichen Bestimmungen in Kraft. Laut Mitteilung der Kommission, Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2004, KOM (2006) 790 endg., Ziff. 2.5. war der Änderungsbeschl. zum 1.4.2004 wirksam.

zum Europäischen Parlament in einem wesentlichen Punkt vereinheitlicht und stellen einen wichtigen Schritt hin zu einem homogenen System dar.⁴⁵

b) RL 93/109/EG

- 4436** Die RL 93/109/EG⁴⁶ hat die in Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 und auch Art. 20 Abs. 2 lit. b) AEUV garantierte Inländergleichbehandlung näher ausgestaltet.

aa) Aktives Wahlrecht

- 4437** Nach Art. 4 RL 93/109/EG kann das aktive Wahlrecht alternativ entweder im Wohnsitzstaat oder im Herkunftsstaat ausgeübt werden. Die RL 93/109/EG geht dabei von dem Grundsatz aus, dass es im Herkunftsstaat ausgeübt wird. Denn soll es im Wohnsitzstaat ausgeübt werden, so muss dies ausdrücklich erklärt werden (Art. 8 Abs. 1 RL 93/109/EG). Besteht im Wohnsitzstaat Wahlpflicht, so gilt dies auch für die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, die erklärt haben, ihr aktives Wahlrecht dort ausüben zu wollen (Art. 8 Abs. 2 RL 93/109/EG).

- 4438** Für die Ausübung des Wahlrechts ist die Eintragung in das Wählerverzeichnis des Wohnsitzstaates Voraussetzung. Die Eintragung erfolgt dabei unter denselben Voraussetzungen, wie sie für die nationalen aktiv Wahlberechtigten gelten (Art. 9 Abs. 2 RL 93/109/EG). Darüber hinaus kann der Wohnsitzstaat zusätzliche Nachweise verlangen (Art. 9 Abs. 3 RL 93/109/EG). Dazu gehört auch die Erklärung, dass der aktive Wahlberechtigte in seinem Herkunftsstaat sein Wahlrecht nicht verloren hat (Art. 9 Abs. 3 lit. a) RL 93/109/EG). Das kann der Wohnsitzstaat auch überprüfen (Art. 7 RL 93/109/EG).

bb) Passives Wahlrecht

- 4439** Für das passive Wahlrecht gilt nach Art. 4 Abs. 2 RL 93/109/EG die Beschränkung, dass innerhalb der Gemeinschaft die Kandidatur nur in einem Mitgliedstaat zulässig ist. Bei einer Kandidatur sind über die von den national passiv Wahlberechtigten einzureichenden Unterlagen hinaus weitere Nachweise erforderlich, so etwa eine Erklärung des Herkunftsstaates, dass der passiv Wahlberechtigte in diesem Mitgliedstaat sein passives Wahlrecht nicht verloren hat bzw. dass ein solcher Verlust nicht bekannt ist (Art. 10 Abs. 2 RL 93/109/EG).

cc) Ausnahmeregelungen

- 4440** Die RL 93/109/EG enthält auch eine in Art. 19 Abs. 2 S. 2 a.E. EG/22 Abs. 2 S. 2 a.E. AEUV erlaubte Ausnahmeregelung für Mitgliedstaaten, bei denen die Gewährung des Wahlrechts an Angehörige anderer Mitgliedstaaten zu besonderen Problemen führt. Nach Art. 14 Abs. 1 RL 93/109/EG dürfen die Mitgliedstaaten,

⁴⁵ Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf, Art. 190 EGV Rn. 11.

⁴⁶ Des Rates vom 6.12.1993 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Wahlen zum Europäischen Parlament für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. L 329, S. 34.

in denen der Anteil der wahlberechtigten Unionsbürger, die nicht die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzen, 20 % der wahlberechtigten Bürger dieses Mitgliedsstaats übersteigt, besondere Einschränkungen vorsehen.⁴⁷ Das aktive und passive Wahlrecht kann dann gem. Art. 14 Abs. 1 lit. a) und b) RL 93/109/EG an eine Mindestwohndauer in diesem Mitgliedstaat geknüpft werden.

6. Nationales Recht

Die RL 93/109/EG wurde durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes⁴⁸ sowie die Zweite Verordnung zur Änderung der Europawahlordnung⁴⁹ in deutsches Recht umgesetzt. Nach § 6 Abs. 3 EuWG ist die Wahlberechtigung von Unionsbürgern mit Wohnsitz in der Bundesrepublik an die Voraussetzung geknüpft, dass sie sich am Wahltag seit mindestens drei Monaten in der Bundesrepublik oder einem anderen Mitgliedstaat gewöhnlich aufhalten. Damit hat der deutsche Gesetzgeber die für die eigenen Staatsangehörigen geltenden Bedingungen in Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zulässigerweise auf die anderen Unionsbürger ausgedehnt.⁵⁰ **4441**

7. Bedeutung der Wahlen zum Europäischen Parlament

a) Legitimationsfunktion

Geht man davon aus, dass die Unionsbürger ein geeignetes Legitimationssubjekt sind,⁵¹ vermittelt die Direktwahl des Europäischen Parlaments durch die Unionsbürger der Union unabhängig von ihrem Wohnsitz unmittelbar demokratische Legitimation.⁵² Nach Art. 10 Abs. 1 EUV beruht die Arbeitsweise der Union auf der repräsentativen Demokratie, nach Art. 10 Abs. 2 EUV sind die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten, wobei aber Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV immer noch die Mitgliedstaaten als Zumessungs- **4442**

⁴⁷ Mit dieser Regelung wird die besondere Situation Luxemburgs berücksichtigt, das einen bes. hohen Anteil an Unionsbürgern aufweist (im Jahre 2000 betrug dieser 33 % der Gesamtbevölkerung), vgl. *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 24.

⁴⁸ BGBl. I 1994 S. 419; zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.8.2003, BGBl. I S. 1655, näher dazu *Schreiber*, NVwZ 2004, 21 (27 f.).

⁴⁹ BGBl. I 1994 S. 544, zuletzt geändert durch VO vom 12.12.2003, BGBl. I S. 2551.

⁵⁰ Näher dazu *M. Dürig*, NVwZ 1994, 1180 ff.

⁵¹ Vgl. dazu *Heintzen*, ZEuS 2000, 377 (379); zweifelnd *Dörr*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 205 (213), der im Hinblick auf die *Gibraltar*-Entscheidung des EuGH (dazu o. Rn. 4427 ff.), wonach die Mitgliedstaaten auch Nicht-Unionsbürgern das Wahlrecht zum Europäischen Parlament einräumen können, befürchtet, der Unionsbürger sei als Legitimationssubjekt abhanden gekommen.

⁵² Das BVerfG hat in seiner *Maastricht*-Entscheidung festgestellt, dass die (mittelbare) demokratische Legitimation in der Union notwendig durch die nationalen Parlamente erfolgen müsse. Zunehmend könne aber auch das durch die Bürger der Mitgliedstaaten gewählte Parlament diese vermitteln, vgl. BVerfGE 89, 155 (185 f.). Damit sieht das Gericht aber die Bürger der Mitgliedstaaten und damit letztlich die Völker der Mitgliedstaaten als Legitimationssubjekte an.

grundlage benennt. Auch wenn man aufgrund des Fehlens eines europäischen Wahlkörpers⁵³ auf die Bürger der einzelnen Mitgliedstaaten als Legitimationssubjekt abstellt, kommt dem Europäischen Parlament innerhalb der anderen an der Gesetzgebung beteiligten Organe eine singuläre Stellung zu. Weder der Rat⁵⁴ noch die Kommission können eine vergleichbare direkte Legitimation vorweisen.⁵⁵ Dieser Befund ändert zwar nichts daran, dass das Europäische Parlament trotz seiner Aufwertung im Rahmen der letzten Vertragsänderungen⁵⁶ nicht mit den nationalen Parlamenten zu vergleichen ist. Jedoch unterscheidet sich auch die Struktur der Union weiterhin von derjenigen der Mitgliedstaaten.⁵⁷

b) Integrationsfunktion

- 4443** Die Einführung des Rechts auf Teilnahme der Unionsbürger an den Wahlen zum Europäischen Parlament unabhängig vom Wohnort zielte auf eine Verbesserung der Integration der Unionsbürger im Wohnsitzstaat ab.⁵⁸ Diese Maßnahme erscheint auch grundsätzlich geeignet, weil sie den Unionsbürger von dem Zwang befreit, zur Wahrnehmung seiner politischen Rechte im Bezug auf das Europäische Parlament in seinen Herkunftsstaat zu reisen. Es erlaubt ihm die Teilnahme an einem Aspekt des politischen Lebens im Wohnsitzstaat, der seinerseits ein wichtiges Element des europäischen Integrationsprozesses darstellt.⁵⁹

c) Praktische Bedeutung

- 4444** Die Wahlbeteiligung bei den Wahlen zum Europäischen Parlament ist bislang deutlich geringer ausgefallen als die zu den nationalen Parlamenten. Auch in Deutschland liegt sie deutlich darunter und auch unterhalb des gesamteuropäischen Durchschnitts.⁶⁰
- 4445** Auch die praktische Bedeutung des Wahlrechts im Wohnsitzstaat ist bislang gering. Denn zum einen ist die Anzahl der Unionsbürger, die nicht in ihrem Her-

⁵³ S. diesen Begriff bei Ress, ZEuS 1999, 219 (221), der in der Einräumung des Wahlrechts zum Europäischen Parlament im Wohnsitzstaat unabhängig von der Staatsangehörigkeit einen ersten Schritt in Richtung eines europäischen Wahlkörpers sieht.

⁵⁴ In Art. 10 Abs. 2 EUV nach dem Europäischen Parlament genannt.

⁵⁵ Ress, ZEuS 1999, 219 (221).

⁵⁶ Eine weitere Aufwertung soll es durch den Reformvertrag erfahren, vgl. insoweit die erstmals ausdrücklich eingeräumten Befugnisse nach Art. 14 Abs. 1 EUV: Gesetzgebung gemeinsam mit dem Rat; Haushaltsbefugnisse; politische Kontrolle und Beratung; Wahl des Kommissionspräsidenten.

⁵⁷ Vgl. EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 24833/94 (Rn. 48), NJW 1999, 3107 (3109) – Matthews/Vereinigtes Königreich.

⁵⁸ Vgl. 3. und 4. Erwägungsgrund RL 93/109/EG, ABl. 1993 L 329, S. 34.

⁵⁹ Haag, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 19 EG Rn. 15.

⁶⁰ So lag die Wahlbeteiligung der Wahl 2004 in Deutschland bei 43 %, während sie bei den Bundestagswahlen bei ca. 80 % lag. Im europäischen Durchschnitt lag die Wahlbeteiligung 2004 bei 45,7 %, vgl. Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf, Art. 190 EGV Rn. 26 f. und Mitteilung der Kommission, Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2004, KOM (2006) 790 endg., Ziff. 3.1.

kunftsstaat wohnen, noch immer recht klein. Zum anderen nehmen von diesen nur wenige ihr Recht in Anspruch, im Wohnsitzstaat auch zu wählen.⁶¹

Die Kommission hat in dem Fünften Bericht zur Unionsbürgerschaft⁶² dargelegt, wie sie die politische Beteiligung der Unionsbürger im jeweiligen Wohnsitzstaat weiter verbessern will. Dazu gehört etwa das Vorgehen gegen nationale Vorschriften, die eine Mitgliedschaft bzw. die Gründung politischer Parteien Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates vorbehält.⁶³ **4446**

II. Aktives und passives Wahlrecht zum Europäischen Parlament in allen Mitgliedstaaten (Art. 39 Abs. 1 EGRC)

1. Grundrechtsträger

Grundrechtsberechtigt sind die Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat. Das Merkmal des Wohnsitzes wird weder in Art. 39 Abs. 1 EGRC noch in den primärrechtlichen Vorschriften näher definiert. Insoweit kommt den Mitgliedstaaten ein Gestaltungsspielraum zu. Allerdings dürfen dabei an die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten keine höheren Anforderungen gestellt werden als an die eigenen Staatsangehörigen.⁶⁴ Weitere Anforderungen an die Berechtigten werden in Art. 39 EGRC nicht gestellt, sie sind Gegenstand des Sekundärrechts und werden darin dem Wahlrecht der Mitgliedstaaten zugewiesen.⁶⁵ Dazu gehört etwa ein Wahlmindestalter. Juristische Personen sind aus Art. 39 Abs. 1 EGRC nicht berechtigt.⁶⁶ **4447**

2. Schutzbereich

a) Mögliche Bandbreite

Der Wortlaut des Art. 39 Abs. 1 EGRC ist nicht eindeutig. Für den Inhalt der Gewährleistung gibt es verschiedene Auslegungsmöglichkeiten. Zum einen könnte man den Gehalt des Art. 39 Abs. 1 EGRC auf ein Gleichbehandlungsgebot reduziert sehen. Dann resultierte aus dieser Regelung kein eigenständiges Wahlrecht, vielmehr wäre es lediglich ein spezielles Diskriminierungsverbot, das eine Gleich- **4448**

⁶¹ Das Wahlrecht im Wohnsitzstaat ist derzeit auf ca. 1,4 % der wahlberechtigten Unionsbürger anwendbar. Bei den Wahlen zum Europäischen Parlament 1999 haben nur 11,4 % dieser Gruppe von ihrem Recht Gebrauch gemacht, vgl. die Zahlen bei *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 19 EG Rn. 18. Bei der Europawahl 2004 ist dieser Anteil auf 11,9 % angestiegen, vgl. Mitteilung der Kommission, Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2004, KOM (2006) 790 endg., Ziff. 3.2.

⁶² Fünfter Bericht über die Unionsbürgerschaft (1.5.2004-30.6.2007), KOM (2008) 85 endg.

⁶³ Ziff. 4.4. des fünften Berichts über die Unionsbürgerschaft (1.5.2004-30.6.2007), KOM (2008) 85 endg.

⁶⁴ *Haratsch*, in: Heselhaus/Nowak, § 47 Rn. 26; *Jarass*, § 35 Rn. 6, 28.

⁶⁵ Art. 3 lit. b) RL 93/109/EG, ABl. 1993 L 329, S. 34.

⁶⁶ *Jarass*, § 35 Rn. 6.

behandlung mit den Staatsangehörigen des Wohnsitzstaates bei der Ausübung des Wahlrechts fordert. Möglich wäre aber auch eine Auslegung als selbstständige Gewährleistung eines aktiven und passiven Wahlrechts zum Europäischen Parlament im Wohnsitzstaat. Die weitest denkbare Auslegung schließt darüber hinaus auch ein Wahlrecht im Herkunftsstaat ein.

b) Keine Gewährleistung eines Wahlrechts auch im Herkunftsstaat

- 4449** Der Wortlaut spricht unmittelbar nur vom Wahlrecht der Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat. Am Ende wird klargestellt, dass für die Unionsbürger dabei dieselben Bedingungen gelten müssen wie für die Angehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates. Dieser Zusatz entfaltet nur dann einen eigenen Bedeutungsgehalt, wenn die Vorschrift sich nicht auch auf die Unionsbürger bezieht, die auch die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen, in dem sie wohnen. Denn für Unionsbürger mit Wohnsitz im Herkunftsstaat ist dieser Zusatz überflüssig.
- 4450** Dieses Ergebnis wird durch den Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 AEUV bestätigt, der nach dem Willen des Konvents inhaltlich unverändert in die Charta übernommen werden sollte.⁶⁷ Auch Art. 52 Abs. 2 EGRC ordnet ein Verständnis des Art. 39 Abs. 1 EGRC an, das an der Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 AEUV und deren Anwendungsbereich orientiert ist.
- 4451** Eine weiter gehende Auslegung des Art. 39 Abs. 1 EGRC als umfassendes Grundrecht zur Teilnahme an den Wahlen zum Europäischen Parlament lässt sich durch einen Rückgriff auf Art. 190 Abs. 1 EG/223 Abs. 1 AEUV nur begründen,⁶⁸ wenn diese Vorschrift eine von dem Verweis in Art. 52 Abs. 2 EGRC erfasste Bezugsnorm darstellt.⁶⁹ Hierfür müsste er selbst ein Wahlrecht enthalten. Art. 190 Abs. 1 EG/223 Abs. 1 AEUV ist eine organrechtliche Vorschrift, in der die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments und der Status der Abgeordneten festgelegt wird bzw. zu dessen Ausgestaltung ermächtigt wird. Er beinhaltet keine Gewährleistung eines Wahlrechts zugunsten der Unionsbürger, sondern setzt ein solches vielmehr voraus. Deshalb kann er zur Auslegung des Art. 39 Abs. 1 EGRC als umfassendes Wahlgrundrecht nicht herangezogen werden.
- 4452** Somit kann Art. 39 Abs. 1 EGRC kein Wahlrecht für Unionsbürger mit Wohnsitz im Herkunftsstaat entnommen werden. Vielmehr ist sein Regelungsgehalt auf die Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat ausgerichtet, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen.⁷⁰

⁶⁷ Barriga, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 134; Magiera, in: Meyer, Art. 39 Rn. 10.

⁶⁸ Dafür Magiera, in: Meyer, Art. 39 Rn. 11.

⁶⁹ Allgemein zum Umfang der Verweisung in Art. 52 Abs. 2 EGRC o. Rn. 188 ff.

⁷⁰ So auch Jarass, § 35 Rn. 6; Hobe, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 20; a.A. Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 39 GRCh Rn. 3; Haratsch, in: Heselhaus/Nowak, § 47 Rn. 8: Garantie des Wahlrechts für alle Unionsbürger unabhängig von der Staatsangehörigkeit.

c) Beschränkung auf gleichheitsrechtliche Gehalte

Weiterhin ist der Schutzbereich daraufhin zu prüfen, ob er lediglich ein Recht auf Inländergleichbehandlung beinhaltet oder darüber hinaus auch freiheitsrechtliche Gehalte aufweist und insoweit als ausdrückliche Einräumung des aktiven und passiven Wahlrechts zum Europäischen Parlament im Wohnsitzstaat zu verstehen ist. In den Erwägungsgründen der RL 93/109/EG⁷¹ wird Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 AEUV ausschließlich als Anwendung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Freizügigkeit beschrieben.⁷² Diese Vorschrift zielt vor allem darauf ab, die mitgliedstaatliche Anknüpfung des Wahlrechts an die Staatsangehörigkeit aufzuheben.⁷³ Auch der EuGH hat den Bedeutungsgehalt des Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 AEUV ausdrücklich auf ein Diskriminierungsverbot beschränkt.⁷⁴ Systematisch wirkt Art. 39 Abs. 1 EGRC damit in dem mit „Bürgerrechte“ überschriebenen Titel V der Charta ein wenig als Fremdkörper, doch relativiert sich dieser Eindruck im Hinblick auf Art. 39 Abs. 2 EGRC, in dem nicht nur Wahlrechtsgrundsätze verankert sind, sondern subjektive Wahlrechte garantiert werden.⁷⁵ Im Hinblick auf diese Gehalte des Art. 39 Abs. 2 EGRC ist eine Auslegung des Art. 39 Abs. 1 EGRC als Freiheitsrecht überflüssig und auch systematisch nicht überzeugend.

Insgesamt ist Art. 39 Abs. 1 EGRC deshalb als reines Gleichheitsgrundrecht zu verstehen. Es gebietet, Unionsbürger bei der Ausübung ihres aktiven und passiven Wahlrechts zum Europäischen Parlament im Wohnsitzstaat mit den Angehörigen dieses Staates gleich zu behandeln.

d) Schutzzumfang

Das Gleichbehandlungsgebot gilt nicht nur für den Wahlakt selbst, sondern im Hinblick auf das Schutzgut des passiven Wahlrechts für das gesamte Verfahren, also von der Kandidatenaufstellung über den Wahlkampf bis hin zur Ausübung des Mandats.⁷⁶

3. Ungleichbehandlung und Rechtfertigung

Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn ein Unionsbürger in dem Wohnsitzstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, bei den Wahlen zum Europäischen Parlament schlechter behandelt wird als die Angehörigen dieses Staates. Er muss bei der Ausübung des aktiven Wahlrechts wie etwa hinsichtlich des Wahlmindestalters oder des Verlusts des Wahlrechts denselben Bedingungen unterliegen. Gleich-

⁷¹ ABl. 1993 L 329, S. 34.

⁷² 3. Erwägungsgrund RL 93/109/EG.

⁷³ 4. Erwägungsgrund RL 93/109/EG.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 (7984, Rn. 66; 7986 f., Rn. 76) – Spanien/Vereinigtes Königreich.

⁷⁵ Näher dazu u. Rn. 4466 ff.

⁷⁶ S. Jarass, § 35 Rn. 5; Hobe, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 26; Magiera, in: Meyer, Art. 39 Rn. 14.

ches gilt für das passive Wahlrecht. So müssen hier für die Staatsangehörigen wie für die EU-Ausländer etwa dieselben Unvereinbarkeitsregelungen eingreifen.

4457 Gem. Art. 52 Abs. 2 EGRC erfolgt die Ausübung des Art. 39 Abs. 1 EGRC im Rahmen der in Art. 19 Abs. 2 EG/22 Abs. 2 AEUV festgelegten Bedingungen und Grenzen. Diese Bedingungen wurden in der RL 93/109/EG näher ausgestaltet. Darin findet sich auch eine Ausnahmeregelung, die ausdrücklich eine Ungleichbehandlung erlaubt. Nach Art. 14 Abs. 1 RL 93/109/EG darf ein Mitgliedstaat, in dem der Anteil an Unionsbürgern im Wahlalter, die dort ihren Wohnsitz haben, ohne gleichzeitig Staatsangehörige dieses Staates zu sein, 20 % aller wahlberechtigten Bürger überschreitet, das aktive und passive Wahlrecht einschränken. Nach Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 93/109/EG darf die Ausübung des aktiven Wahlrechts daran geknüpft werden, dass der Unionsbürger für eine Mindestzeit, die höchstens fünf Jahre betragen darf, seinen Wohnsitz in dem jeweiligen Mitgliedstaat hatte. Für die Ausübung des passiven Wahlrechts darf diese Zeitspanne höchstens zehn Jahre betragen (Art. 14 Abs. 1 lit. b) RL 93/109/EG).

4458 Hier erscheint eine Rechtfertigung möglich im Hinblick auf die nach wie vor bestehende Rückkopplung des Wahlrechts an die Mitgliedstaaten. Denn auch nach dem Reformvertrag sollen die Abgeordneten Vertreter der Unionsbürger der Mitgliedstaaten sein.⁷⁷ Insoweit erscheint es zulässig, dass Mitgliedstaaten, die über einen hohen Anteil an Unionsbürgern verfügen, die nicht die Staatsangehörigkeit des Wohnsitzstaates besitzen, als Voraussetzung für das Wahlrecht eine besondere Verbundenheit mit dem Wohnsitzstaat fordern. Wird diese Rückbindung an die Mitgliedstaaten aufgeweicht, geht aber auch dieser Rechtfertigungsgrund verloren.

4. Vertragskonformität

a) Unvereinbarkeit mit Art. 189 EG?

4459 Die Meinungen über die Verankerung des Wohnsitzprinzips in Art. 19 Abs. 2 EG waren geteilt. Einerseits wurde die Regelung als Abbau möglicher Diskriminierungen und damit als Beitrag zu größerer Wahlrechtsgleichheit begrüßt.⁷⁸ Auch wurde sie als erster Schritt für die Etablierung eines europäischen Wahlvolkes bewertet.⁷⁹

4460 Andererseits wurde die Möglichkeit der Wahl im Wohnsitzstaat auch als Bruch des Prinzips in Art. 189 EG kritisiert.⁸⁰ Danach setzt sich das Europäische Parlament aus Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten zusammen.⁸¹ Diese Vorschrift spiegele die Zusammensetzung der Gemeinschaft aus Staatsvölkern wider. Das Zusammenwachsen zu einem Gesamtvolk sei

⁷⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV: „Die Bürgerinnen und Bürger sind im Europäischen Parlament degressiv proportional, mindestens jedoch mit sechs Mitgliedern je Mitgliedstaat vertreten.“

⁷⁸ Haag, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 19 EG Rn. 15.

⁷⁹ Ress, ZEuS 1999, 219 (221).

⁸⁰ M. Dürig, NVwZ 1994, 1180 (1181).

⁸¹ S. demgegenüber Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV: „Das Europäische Parlament setzt sich aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen.“ Dazu u. Rn. 4464.

auch unter Berücksichtigung des fortschreitenden Integrationsprozesses in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.⁸²

b) Autonome Auslegung des EG

Ein Spannungsverhältnis zwischen Art. 189 EG und dem Art. 19 Abs. 2 bzw. Art. 39 Abs. 1 EGRC besteht lediglich, wenn man den Verweis auf die Völker Europas eng auslegt. Nur wenn man darin eine Bezugnahme auf das als homogene Gruppe verstandene Volk eines jeden Mitgliedstaates sieht, ist damit das Wahlrecht von nicht zu dieser Gruppe gehörigen Unionsbürgern nicht vereinbar.⁸³ Diese Sichtweise liegt parallel zu der des BVerfG in der *Maastricht*-Entscheidung, wonach (nur) die jeweiligen Staatsvölker die demokratische Legitimation vermitteln.⁸⁴ Doch sind Normen des EG eigenständig auszulegen und nicht auf der Grundlage eines nationalen Rechtsverständnisses.⁸⁵ Der EuGH hat in der Rechts-sache *Spanien/Vereinigtes Königreich* klargestellt, dass sich aus der Verwendung des Begriffes „Volk“ keine eindeutigen Schlussfolgerungen ziehen lassen. Denn er sei weder im Vertrag definiert, noch ergebe sich eine einheitliche Bedeutung aus dessen Gebrauch in den Mitgliedstaaten.⁸⁶

Betrachtet man Art. 189 EG losgelöst von einem solchen Vorverständnis, ist die enge Auslegung nicht zwingend. Denn darin ist nicht festgelegt, dass Wähler und Gewählte die Staatsangehörigkeit desselben Mitgliedstaates haben müssen.⁸⁷ Vielmehr kann der Verweis auf die Völker Europas auch so verstanden werden, dass die Abgeordneten grundsätzlich Vertreter aller Völker sind und nicht nur die Interessen des Volkes vertreten, von dem sie gewählt wurden.⁸⁸ Von diesem Ausgangspunkt fügt sich die Gewährung des Wahlrechts im Wohnsitzstaat problemlos ein bzw. erscheint sogar als notwendige Konsequenz.

c) Unionsbürgerschaft als Prozess

Darüber hinaus ist Art. 19 Abs. 2 EG im Zusammenhang mit der Einführung der Unionsbürgerschaft zu sehen. Damit sieht der EG selbst einen auf Fortentwicklung ausgerichteten Prozess⁸⁹ angestoßen, der auf die Bildung einer europäischen

⁸² M. Dürig, NVwZ 1994, 1180 (1181).

⁸³ Der EuGH, Rs. 145/04, Slg. 2006, I-7917 (7985, Rn. 71) – *Spanien/Vereinigtes Königreich* hält ein solches Verständnis gemeinschaftsrechtlich nicht für zwingend. Der Begriff des „Volks“ sei im Vertrag nicht definiert und könne in den verschiedenen Mitgliedstaaten und Sprachen der Union verschiedene Bedeutungen haben.

⁸⁴ BVerfGE 89, 155 (186).

⁸⁵ Vgl. zum Rechtfertigungsgrund des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Rahmen der Grundfreiheiten EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1350, Rn. 18/19) – Van Duyn; Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 943, 2833.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 (7985, Rn. 71) – *Spanien/Vereinigtes Königreich*; bestätigt in Rs. C-300/04, Slg. 2006, I-8055 (8079, Rn. 44) – *Eman u. Sevinger*.

⁸⁷ *Haag/Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 189 EG Rn. 3

⁸⁸ *Haag/Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 189 EG Rn. 2.

⁸⁹ Vgl. Art. 22 EG Abs. 1 EG

Bürgergemeinschaft gerichtet ist.⁹⁰ Das durch die Unionsbürgerschaft zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten geknüpfte rechtliche Band⁹¹ kann sein Entwicklungspotenzial nur dann entfalten, wenn sich parallel dazu die Exklusivität der durch die Staatsangehörigkeit in dem jeweiligen Mitgliedstaat vermittelten Rechte abschwächt.⁹²

d) *Änderungen durch den Reformvertrag*

- 4464** Durch den Reformvertrag soll Art. 189 EG aufgehoben und durch Art. 14 Abs. 1 und 2 EUV ersetzt werden. Die in Art. 189 Abs. 1 EG verankerte Zusammensetzung des Europäischen Parlaments aus Vertretern der Völker wird aufgegeben. Nach dem vorgesehenen Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 EUV setzt sich das Europäische Parlament aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen. Parallel dazu formuliert der geplante Art. 14 Abs. 3 EUV zu den Wahlrechtsgrundsätzen: „Die Mitglieder des Europäischen Parlaments werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier und geheimer Wahl ... gewählt.“ In Art. 190 Abs. 1 EG ist demgegenüber von den „Abgeordneten der Völker der in der Gemeinschaft vereinigten Staaten im Europäischen Parlament“ die Rede. Der Reformvertrag zielt insoweit darauf ab, die derzeit noch bestehende Anknüpfung an die Bürger der Mitgliedstaaten aufzugeben. An ihre Stelle sollen die Unionsbürger als Legitimationssubjekt treten. Dies erscheint als ein Schritt hin zur Etablierung eines europäischen Wahlkörpers.⁹³ Doch erforderte dies auch eine Änderung der Wahlmodalitäten. Indes soll auch nach Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV die Anknüpfung an Wahlakte in den einzelnen Mitgliedstaaten und die Zusammensetzung des Parlaments aus Vertretern der Mitgliedstaaten unverändert bleiben.⁹⁴

⁹⁰ *Haag/Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 189 EG Rn. 2. Zur Prozesshaftigkeit der Europäischen Union s. auch BVerfGE 89, 155 (184 f.).

⁹¹ So BVerfGE 89, 155 (184). Im Hinblick auf die *Gibraltar*-Entscheidung des EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 – Spanien/Vereinigtes Königreich befürchtet *Dörr*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 205 (213), dass der Unionsbürger als eigenständiges Legitimationssubjekt „abhanden gekommen“ ist.

⁹² *Hobe*, JZ 1994, 191 (193 f.) sieht demgegenüber eine Lösung in der Veränderung des durch das kommunale Wahlrecht von EG-Ausländern bereits gelockerten Staatsvolkbegriffs.

⁹³ Zu diesem Begriff s. bereits o. Rn. 4442.

⁹⁴ S. auch o. Rn. 4442.

5. Prüfungsschema zu Art. 39 Abs. 1 EGRC

1. Schutzbereich

4465

- a) **Begünstigte: Unionsbürger mit Wohnsitz in anderem Mitgliedstaat als dem der Staatsangehörigkeit**
- b) **nur Gleichheits-, kein Freiheitsrecht**
- c) **keine Gewährleistung eines Wahlrechts im Herkunftsstaat**
- d) **weiter Schutzzumfang: gesamtes Wahlverfahren bis Ausübung Mandat**

2. Ungleichbehandlung

Vergleichsmaßstab: Staatsangehörige Wohnsitzstaat

3. Rechtfertigung

- a) **wegen Art. 52 Abs. 2 EGRC sekundärrechtliche Ausgestaltung maßgeblich; z.B. Art. 14 Abs. 1 RL 93/109/EG**
- b) **Verhältnismäßigkeit**

III. Wahlrechtsgrundsätze (Art. 39 Abs. 2 EGRC)

1. Kongruenz mit den Anforderungen der EMRK

Nach Art. 39 Abs. 2 EGRC werden die Mitglieder des Europäischen Parlaments in allgemeiner, unmittelbarer, freier und geheimer Wahl gewählt. Damit geht die Gewährleistung der Charta über das Primärrecht hinaus. Denn in Art. 190 Abs. 1 EG sind nur die Allgemeinheit und Unmittelbarkeit der Wahl festgelegt. Allerdings war die Einhaltung der Grundsätze der Freiheit und Geheimheit der Wahl auch schon vor der Charta gängige Wahlpraxis, die durch die Charta lediglich aufgenommen wurde. Gleichzeitig erfüllt die Charta damit die wegen Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC zu beachtenden Anforderungen von Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK, der dazu verpflichtet, freie und geheime Wahlen abzuhalten.⁹⁵ Auch der Direktwahlakt⁹⁶ enthielt ursprünglich nur die beiden Grundsätze der allgemeinen und unmittelbaren Wahl, wurde aber durch den Ratsbeschluss 2002/772/EG, Euratom⁹⁷ nach dem Vorbild der EGRC geändert. Die durch den Reformvertrag geplante Änderung des Art. 14 Abs. 3 EUV sieht die Garantie aller vier Wahlrechtsgrundsätze der Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit und Geheimheit vor.

⁹⁵ Zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf die Wahlen zum Europäischen Parlament bereits o. Rn. 4422 f.

⁹⁶ Beschl. 76/787/EGKS, EWG, Euratom, ABl. 1976 L 287 S. 1.

⁹⁷ ABl. L 283, S. 1 (konsolidierte Fassung des Beschl. abgedruckt bei *Hölscheidt*, in: *Grabit/Hilf*, vor der Kommentierung zu Art. 190 EGV); s. dazu o. Rn. 4435.

2. Gewährleistung eines subjektiven Rechts

4467 Die Verwendung des Begriffs der Wahlrechtsgrundsätze⁹⁸ könnte darauf hindeuten, dass es sich hierbei auch im dogmatischen Sinne lediglich um Grundsätze⁹⁹ und gerade nicht um subjektive Rechte handelt. Für die Auslegung sind aber die systematische Stellung unter den starken Bürgerrechten sowie die Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 3 EGRC zu beachten, wonach den Chartarechten die gleiche Bedeutung und Tragweite zukommt wie den entsprechenden Normen der Konvention. Trotz der Formulierung als objektiver Pflicht besitzt Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK subjektiv-rechtlichen Charakter,¹⁰⁰ so dass auch Art. 39 Abs. 2 EGRC als Gewährleistung subjektiver Wahlrechte auszulegen ist.¹⁰¹

3. Grundrechtsträger

4468 Träger des Grundrechts sind die Unionsbürger und somit die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten. Fraglich ist, inwieweit sich politische Parteien auf Art. 39 Abs. 2 EGRC berufen können.¹⁰² Nach dem Wortlaut ist Art. 39 Abs. 2 EGRC auf natürliche Personen beschränkt.

4. Schutzbereich, Beeinträchtigung und Rechtfertigung

a) Allgemeine Wahl

4469 Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gewährleistet, dass alle Unionsbürger wählen können und gewählt werden dürfen.¹⁰³ Insoweit handelt es sich um ein Teilhaberecht.¹⁰⁴ Das Wahlrecht muss von allen gleichermaßen unabhängig von Wohnort oder Geschlecht ausgeübt werden können. Damit hat diese Teilgewährleistung auch gleichheitsrechtlichen Charakter.¹⁰⁵

4470 Ausnahmen sind aus zwingenden Gründen zulässig. Hieran sind die Beschränkungen zu messen, die in den nationalen Wahlgesetzen für die Wahlen zum Europäischen Parlament enthalten sind. Maßstab ist insoweit Art. 52 Abs. 1 EGRC.

⁹⁸ Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (28): „Art. 39 Absatz 2 gibt die Grundprinzipien für die Durchführung von Wahlen in einem demokratischen System wieder.“

⁹⁹ Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 44 ff., 81 ff.; ausführlich dazu allgemein o. Rn. 677 ff.

¹⁰⁰ EGMR, Urt. vom 2.3.1987, Nr. 9267/81 (Rn. 50 f.), Ser. A 113 – Mathieu-Mohin u. Clerfayt/Belgien; Urt. vom 11.6.2002, Nr. 25144/94 u.a. (Rn. 31), RJD 2002-IV – Sadak u.a./Türkei; Grabenwarter, § 23 Rn. 90.

¹⁰¹ Jarass, § 35 Rn. 10; s. dazu bereits o. Rn. 4423.

¹⁰² Im deutschen Verfassungsrecht sind die Parteien als Träger der grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG anerkannt, vgl. nur Trute, in: v. Münch/Kunig, GGK II, Art. 38 Rn. 16.

¹⁰³ Hobe, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 28; Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf, Art. 190 EGV Rn. 13.

¹⁰⁴ Allgemein zu Grundrechten als Teilhaberechten o. Rn. 327 ff.

¹⁰⁵ Jarass, § 35 Rn. 15, s. bereits o. Rn. 4425.

Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK verbrieft nur die geheime und freie Wahl und Art. 190 Abs. 1 EG setzt eine Wahl voraus, gewährleistet sie aber nicht selbst. Art. 20 Abs. 2 lit. b) AEUV geht darüber ebenfalls nicht hinaus. Mögliche Einschränkungen sind etwa die Festlegung eines Mindestwahlalters¹⁰⁶ oder der Entzug des Wahlrechts bei schweren Straftaten¹⁰⁷ bzw. der Verlust durch die Anordnung einer Betreuung.¹⁰⁸ Dabei ist es Folge der mitgliedstaatsbezogenen Durchführung der Wahl, dass die Allgemeinheit nur in dem jeweiligen Mitgliedstaat gewährleistet sein muss. Insoweit stellt es keinen Verstoß gegen diesen Grundsatz dar, dass etwa das Wahlalter in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ist.¹⁰⁹ Ändert sich nach der Wahl die Zusammensetzung der Wahlberechtigten in einem Mitgliedstaat so wie in Deutschland aufgrund der Wiedervereinigung, berührt dies die Rechtmäßigkeit der Mandate der bereits gewählten Abgeordneten nicht.¹¹⁰

b) Unmittelbare Wahl

Die Unmittelbarkeit der Wahl setzt voraus, dass die Abgeordneten des Europäischen Parlaments unmittelbar durch die Wähler bestimmt werden.¹¹¹ Die Zuordnung der abgegebenen Stimme zu einem Wahlbewerber muss also ohne eine dazwischengeschaltete Instanz erfolgen.¹¹² Dies ist auch bei einer Listenwahl der Fall. Zwar kann hier die abgegebene Stimme nicht direkt einem bestimmten Kandidaten zugeordnet werden, doch ist der gewählte Kandidat in Abhängigkeit von dem Wahlerfolg der anderen Listenkandidaten bestimmbar.¹¹³ 4471

Dagegen ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit verletzt, wenn in den Wahlvorgang wie etwa bei den Präsidentschaftswahlen in den USA Wahlmänner und -frauen zwischengeschaltet sind oder aber die Abgeordneten durch ein Wahlgremium gewählt werden. Deshalb wäre auch eine Entsendung der Abgeordneten durch die nationalen Parlamente unzulässig, wie dies in der Gemeinschaft bis zur ersten Direktwahl 1979 der Fall war. Durchbrochen wurde dieser Grundsatz bislang im Zusammenhang mit neuen Beitritten innerhalb der Wahlperiode. Dieser zeitlich begrenzte Verstoß ist aber aufgrund der besonderen Situation, die eine Entsendung aufgrund von Wahlen nicht zuließ und eine Durchführung von Neuwahlen unverhältnismäßig machte, hinzunehmen.¹¹⁴ Keinen Verstoß stellte es auch dar, als der Bundestag nach der Wiedervereinigung als Vertreter der neuen Bundesländer Be- 4472

¹⁰⁶ Gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 EuWG beträgt das Mindestwahlalter 18 Jahre.

¹⁰⁷ Vgl. § 6a Abs. 1 Nr. 1 EuWG i.V.m. § 45 Abs. 1 und Abs. 5 StGB (Verlust des passiven Wahlrechts durch Richterspruch bei Verurteilung wegen eines Verbrechens bzw. des aktiven Wahlrechts, wenn die Strafnorm dies ausdrücklich erlaubt).

¹⁰⁸ § 6a Abs. 1 Nr. 2 EuWG.

¹⁰⁹ Jarass, § 35 Rn. 15; a.A. Huber, in: Streinz, Art. 190 EGV Rn. 10.

¹¹⁰ Eine Wahlanfechtung mit der Begründung, dass die Mandate der deutschen Abgeordneten nach der Wiedervereinigung wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl nichtig seien, hielt der Gerichtshof nicht für zulässig, vgl. EuGH, Rs. C-25/92, Slg. 1993, I-473 (478 f., Rn. 12 ff.) – Miethke.

Jarass, § 35 Rn. 17.

¹¹² Hobe, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 30.

¹¹³ Jarass, § 35 Rn. 22; Magiera, in: Meyer, Art. 39 Rn. 26.

¹¹⁴ Haag/Bieber, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 190 EG Rn. 13.

obachter in das Europäische Parlament entsandte. Da sie keinen Abgeordnetenstatus hatten, war auf sie der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht anwendbar.¹¹⁵

c) Freie Wahl

aa) Umfassende Freiheit vor Zwang

- 4473** Bei dem Grundsatz der Freiheit der Wahl sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Zum einen schützt er vor jeder rechtlichen oder faktischen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit beim Wahlvorgang. Insbesondere darf kein Zwang zur Wahl eines bestimmten Kandidaten oder einer bestimmten Partei ausgeübt werden. Zum anderen setzt eine freie Wahlentscheidung voraus, dass überhaupt eine Auswahl zwischen mehreren Kandidaten getroffen werden kann.¹¹⁶

bb) Freiheit, nicht zu wählen?

- 4474** Fraglich ist, ob die in einigen Mitgliedstaaten bestehende Wahlpflicht¹¹⁷ mit der Wahlfreiheit vereinbar ist. Insoweit ist zunächst zu prüfen, ob die Wahlpflicht überhaupt in den Schutzbereich dieses Grundsatzes eingreift. Dies wiederum ist nur dann der Fall, wenn die Wahlfreiheit auch das Recht umfasst, von diesem Recht gerade keinen Gebrauch zu machen. Für die anderen Grundrechte wie etwa die Meinungsfreiheit ist eine solche negative Dimension anerkannt.¹¹⁸ Das Wahlrecht und die Meinungsfreiheit sind eng miteinander verknüpft.¹¹⁹ Denn auch die Wahlentscheidung ist das Ergebnis eines Meinungsbildungsprozesses bzw. dessen Kundgabe. Insoweit umfasst das Recht der Freiheit der Wahl gem. Art. 39 Abs. 2 EGRC auch das Recht, nicht zu wählen.

cc) Rechtfertigung der Wahlpflicht

- 4475** Somit stellt die in einigen Mitgliedstaaten auch für die Wahlen zum Europäischen Parlament statuierte Wahlpflicht eine Beeinträchtigung des Art. 39 Abs. 2 EGRC dar. Nach Art. 52 Abs. 2 EGRC sind die Grenzen maßgeblich, die der Vertrag für entsprechende Gewährleistungen des Primärrechts setzt. In Art. 190 Abs. 1 EG sind bislang lediglich die Grundsätze der Allgemeinheit und Unmittelbarkeit festgelegt. Gleiches gilt für den auf der Grundlage von Art. 190 Abs. 1 EG erlassenen Direktwahlakt.¹²⁰ Doch enthält die zum 1.4.2004 in Kraft getretene Neufassung¹²¹

¹¹⁵ Haratsch, in: Heselhaus/Nowak, § 47 Rn. 34; a.A. Huber, in: Streinz, Art. 190 EGV Rn. 12.

¹¹⁶ Haag/Bieber, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 190 EG Rn. 14.

¹¹⁷ Eine Wahlpflicht besteht in den Mitgliedstaaten Belgien, Griechenland, Luxemburg und Zypern, vgl. die Zusammenstellung bei Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf, Art. 190 EGV Rn. 32.

¹¹⁸ Vgl. Rn. 1800. Zur negativen Seite der deutschen Grundrechte ausführlich Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 20 ff, 54 ff., 89 ff.

¹¹⁹ Zum Zusammenhang von Art. 38 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 GG Frenz, ZRP 1994, 91 (91 f.) sowie ausführlich ders., Rechtstheorie 24 (1993), 513 (527 f.).

¹²⁰ Beschl. 76/787/EGKS, EWG, Euratom, ABl. 1976 L 287, S. 1.

in Art. 1 Abs. 3 auch den Grundsatz der Wahlfreiheit. Die durch den Reformvertrag vorgesehene Änderung des Art. 14 Abs. 3 EUV garantiert die Wahlfreiheit auch auf Primärrechtsebene. Art. 8 Abs. 2 RL 93/109/EG¹²² überträgt in Anwendung des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung die in einem Mitgliedstaat bestehende Wahlpflicht auch auf die Unionsbürger, die in diesem Land ihr Wahlrecht ausüben wollen. Damit wird in der RL 93/109/EG zwar unmittelbar nur die Wahlpflicht auf alle dort wählenden Unionsbürger übertragen, doch liegt dem eine grundsätzliche Anerkennung der Wahlpflicht als einzelstaatliche Einschränkung der Wahlfreiheit voraus.¹²³

Da durch Art. 39 Abs. 2 EGRC in erster Linie die Mitgliedstaaten gebunden werden, weil sie die Wahlen zum Europäischen Parlament jedenfalls bis zu einer europaweiten Regelung nach Art. 223 AEUV¹²⁴ auf der Grundlage ihres nationalen Wahlrechts durchführen, können sie diese auch durch nationale Rechtsvorschriften wie die Wahlgesetze einschränken.¹²⁵ Das Erfordernis einer normativen Grundlage ergibt sich jedenfalls aus der Lückenfunktion nach Art. 52 Abs. 1 EGRC.¹²⁶ Als ein die Wahlpflicht rechtfertigendes Gemeinwohlinteresse kann etwa das Ziel herangezogen werden, durch eine hohe Wahlbeteiligung ein zu Mehrheitsentscheidungen fähiges Parlament zu bilden, das zur Vertretung der Unionsbürger in der Lage ist.¹²⁷ Dies entspricht auch der grundsätzlichen Zielsetzung des Art. 190 Abs. 1 EG/14 Abs. 3 EUV. Somit stellt die in einigen Mitgliedstaaten verankerte Wahlpflicht eine gerechtfertigte Einschränkung des Grundsatzes der Wahlfreiheit dar.¹²⁸ Die EKMR hat die Wahlpflicht schon nicht als Eingriff in die Wahlfreiheit bewertet, da Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK nicht die Freiheit zu wählen, sondern die Freiheit der Wahlentscheidung garantiere.¹²⁹

d) Geheime Wahl

Eine geheime Wahl erfordert, dass der Einzelne seine Wahlentscheidung so treffen kann, dass Dritte keine Kenntnis davon erhalten können¹³⁰ und daran ggf. ne-

¹²¹ Beschl. des Rates 2002/772/EG, Euratom vom 25.6.2002 und 23.9.2002, ABl. 2002 L 283, S. 1 (konsolidierte Fassung des Beschl. abgedruckt bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, vor der Kommentierung zu Art. 190 EGV).

¹²² ABl. 1993 L 329, S. 34.

¹²³ *Haratsch*, in: Heselhaus/Nowak, § 47 Rn. 35; *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 22.
¹²⁴ S.o. Rn. 4421.

¹²⁵ Vgl. *Jarass*, § 6 Rn. 38.

¹²⁶ S.o. Rn. 553 ff.

¹²⁷ Vgl. dazu *Frenz*, ZRP 1994, 91 (94).

¹²⁸ So im Ergebnis ohne nähere Erläuterung der Rechtfertigungsgründe auch *Jarass*, § 35 Rn. 18, 22; *Haag/Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 190 EG Rn. 14; unklar *Magiera*, in: Meyer, Art. 39 Rn. 27 (unvereinbar) und Rn. 17 (Wahlpflicht aufgrund Art. 8 RL 93/109/EG, ABl. 1993 L 329, S. 34).

¹²⁹ EKMR, Entsch. vom 22.4.1965, Nr. 1718/62, YB 8 (1965), 168 (172 f.) – X./Österreich; krit. *Grabenwarter*, § 23 Rn. 103, der es dogmatisch für überzeugender hält, hier von einer gerechtfertigten Einschränkung auszugehen.

¹³⁰ *Haag/Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 190 EG Rn. 16; *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 190 EGV Rn. 13; *Jarass*, § 35 Rn. 19.

gative Konsequenzen knüpfen. Damit sichert dieser Grundsatz letztlich die Freiheit der Wahlentscheidung.¹³¹ Ein Verstoß läge etwa dann vor, wenn die Wahllokale nicht über Vorrichtungen gegen eine Einsichtnahme in die Wahlunterlagen verfügen.¹³² Ein Rechtfertigungsgrund für Beeinträchtigungen dieses Grundsatzes ist nicht erkennbar.

e) *Keine Gewährleistung der Wahlgleichheit*

4478 Der Grundsatz der Wahlgleichheit fordert für das aktive Wahlrecht den gleichen Zählwert und den gleichen Erfolgswert der abgegebenen Stimmen. Für das passive Wahlrecht garantiert er die Chancengleichheit der Wahlbewerber.¹³³ Eine Gewährleistung der Gleichheit der Wahl fehlt in Art. 39 Abs. 2 EGRC ebenso wie auf der Ebene des Primärrechts bzw. den Ausführungsregelungen. Dies spiegelt den Umstand wider, dass eine Erfolgswertgleichheit bei den Wahlen zum Europäischen Parlament nach dem geltenden Verfahren nicht gewährleistet ist. Zum einen führt die Regelung des Wahlverfahrens durch die Mitgliedstaaten und die daraus resultierende Anwendung unterschiedlicher Wahlsysteme zu einem unterschiedlichen Erfolgswert der abgegebenen Stimmen. Zum anderen ist die in dem Verteilungsschlüssel des Art. 190 Abs. 2 S. 1 EG festgelegte Anzahl der Abgeordneten, die in einem Mitgliedstaat gewählt werden, nicht proportional zu dessen Größe. Das Gemeinschaftsrecht fordert dies auch nicht, sondern es schreibt in Art. 190 Abs. 2 S. 2 EG lediglich vor, dass „durch die Zahl der in jedem Mitgliedstaat gewählten Abgeordneten eine angemessene Vertretung der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ gewährleistet ist. Auch durch den Reformvertrag ist keine Proportionalität vorgesehen. Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sollen nach Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV im Europäischen Parlament degressiv proportional, mindestens aber mit sechs Abgeordneten je Mitgliedstaat vertreten sein. Danach sind die größeren Staaten im Verhältnis zu den kleineren mit weniger Abgeordneten vertreten.

4479 Gleichwohl wird in Teilen der Lit. von der Geltung eines europarechtlichen Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit ausgegangen. Dies wird aus dem Demokratieprinzip (Art. 6 Abs. 1 EU/2 EUV), aus dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 12 EG/18 AEUV) und auch aus Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK hergeleitet.¹³⁴ Darin ist zwar auch nur die Abhaltung freier und geheimer Wahlen garantiert. Jedoch wird aus dem Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK auch ein Gebot der Wahlrechtsgleichheit gefolgert.¹³⁵

4480 Soweit für diese Argumentation die Rechtsprechung des EGMR herangezogen wird, hat der Gerichtshof aus Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK gerade keine

¹³¹ Jarass, § 35 Rn. 19.

¹³² Haag/Bieber, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 190 EG Rn. 16.

¹³³ Hobe, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 36; Magiera, in: Meyer, Art. 39 Rn. 29.

¹³⁴ Magiera, in: Meyer, Art. 39 Rn. 22, 29; Huber, in: Streinz, Art. 190 EGV Rn. 14; Haag/Bieber, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 190 EG Rn. 15 (aber ohne nähere Begründung); Lenz, Ein einheitliches Wahlverfahren für die Wahl des Europäischen Parlaments, 1995, S. 121 ff., 143 ff., 247 ff.

¹³⁵ Huber, in: Streinz, Art. 190 EGV Rn. 14; Jarass, § 35 Rn. 16.

Erfolgswertgleichheit der Stimmen bzw. eine Erfolgchancengleichheit aller Kandidaten abgeleitet. Er hat lediglich festgestellt, dass alle Bürger bei der Ausübung ihres aktiven und passiven Wahlrechts gleichzubehandeln sind.¹³⁶ Dieser Aspekt gehört jedoch in den Schutzbereich des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl und ist keine Ausprägung des Grundsatzes der Wahlgleichheit.¹³⁷

Bei einer Betrachtung der Verfassungen der Mitgliedstaaten¹³⁸ kann angesichts der stark unterschiedlichen Anforderungen und Wahlsysteme hier schwerlich von einem einheitlichen Grundsatz gesprochen werden.¹³⁹ Schließlich kann durch den Rückgriff auf allgemeine Grundsätze nicht eine bewusste Entscheidung des Primärrechts, nämlich auf eine Verankerung des Grundsatzes der Wahlgleichheit zu verzichten, verdrängt werden.¹⁴⁰ Insgesamt ist damit festzustellen, dass weder die EGRC noch das primäre Gemeinschaftsrecht den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit gewährleisten.¹⁴¹ **4481**

¹³⁶ EGMR, Ur. vom 2.3.1987, Nr. 9267/81 (Rn. 54), Ser. A 113 – Mathieu-Mohin u. Clerfayt/Belgien.

¹³⁷ In diese Richtung auch *Grabenwarter*, § 23 Rn. 100; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 3 ZP erwähnt den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit in seiner Kommentierung gar nicht.

¹³⁸ Daraus die Wahlgleichheit ableitend etwa *Huber*, in: Streinz, Art. 190 EGV Rn. 14.

¹³⁹ Insoweit sieht *Huber*, in: Streinz, Art. 190 EGV Rn. 14 auch nur einen allerdings nicht näher konkretisierten „Mindeststandard“ gesichert.

¹⁴⁰ Insoweit hegt auch *Jarass*, § 35 Rn. 16 Zweifel an der Existenz eines Gleichheitsgrundsatzes.

¹⁴¹ Vgl. auch *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 40, der die Existenz eines europäischen Wahlrechtsprinzips der Gleichheit der Wahl für „sehr zweifelhaft“ hält. *Jarass*, § 35 Rn. 16 sieht bei Fortbestehen der derzeitigen Ungleichheit der Wahlen zum Europäischen Parlament die Gefahr eines Verstoßes gegen Art. 79 Abs. 3 GG.

5. Prüfungsschema zu Art. 39 Abs. 2 EGRC

4482 1. Schutzbereich

- Grundrechtsträger: Unionsbürger
- subjektiv-rechtliche Gewährleistung von Wahlrechten
- Allgemeinheit der Wahl: alle Unionsbürger dürfen wählen/gewählt werden
- Unmittelbarkeit der Wahl: Bestimmung der Abgeordneten unmittelbar durch Wahlen ohne dazwischengeschaltete Instanz
- Freiheit der Wahl: keine rechtliche oder faktische Beeinträchtigung; auch negative Dimension (Freiheit, nicht zu wählen)
- Geheimheit der Wahl: Schutz vor Kenntnisnahme durch Dritte
- nicht: Gleichheit der Wahl, so dass Disproportionalität Abgeordnete pro Mitgliedstaat unbeachtlich

2. Beeinträchtigung

- Allgemeinheit: z.B. Mindestwahlalter
- Unmittelbarkeit: z.B. Wahlmänner
- Wahlfreiheit: in einigen Mitgliedstaaten vorgesehene Wahlpflicht
- Geheimheit: z.B. Fehlen von Wahlkabinen

3. Rechtfertigung

- über Art. 52 Abs. 2 EGRC primärrechtliche Ausgestaltung maßgeblich; Verweis auf Sekundärrecht: Ausgestaltung in Wahlgesetzen der Mitgliedstaaten
- Verhältnismäßigkeit (bezogen auf Gemeinwohlinteresse der Union) z.B. für Wahlpflicht: Gemeinwohlinteresse an mehrheitsfähigem Parlament

B. Kommunalwahlrecht (Art. 40 EGRC)

I. Grundlagen

1. Genese

4483 Die Formulierung des Art. 40 EGRC ist an die des Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV angelehnt. Der Wortlaut wurde lediglich vereinfacht, der Verweis auf die sekundärrechtliche Ausgestaltung weggelassen. Eine Änderung des rechtlichen Gehalts ist damit nicht verbunden.¹⁴² Da das kommunale Wahlrecht bereits Bestandteil des Primärrechts war, erfolgte die Eingliederung in die Charta ohne große Diskussionen.

4484 Auseinandersetzungen gab es aber zu der Frage, ob über die Unionsbürger hinaus auch anderen Ausländern das kommunale Wahlrecht eingeräumt werden soll-

¹⁴² Hobe, in: Tettinger/Stern, Art. 39 Rn. 3.

te. Dies wurde mit dem Hinweis abgelehnt, dem Konvent stehe es nicht zu, über das nur Unionsbürger berechtigte geltende Primärrecht hinaus Rechte zu schaffen.¹⁴³

2. Primärrecht

Im Zusammenhang mit dem dauerhaften Zuzug von ausländischen Arbeitskräften entstand schon in den siebziger Jahren die Idee eines kommunalen Wahlrechts für Bürger der Europäischen Gemeinschaft.¹⁴⁴ Das nunmehr in Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV verankerte kommunale Wahlrecht wurde aber erst im Zuge der Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht aufgenommen¹⁴⁵ und stellte anders als das Wahlrecht zum Europäischen Parlament eine echte Neuerung dar. Damit wurde den Unionsbürgern eine neue Dimension politischer Teilhabe eröffnet, die nicht auf Partizipation auf Gemeinschaftsebene ausgerichtet war, sondern auf Mitwirkung an der Ausübung nationaler Hoheitsgewalt.¹⁴⁶ 4485

Diese Teilhabe wurde nicht unmittelbar durch den Vertrag eingeräumt. Die Mitgliedstaaten wurden vielmehr verpflichtet, diese durch entsprechende Normsetzung zu ermöglichen.¹⁴⁷ Nach Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV hat jeder Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen, wobei für ihn dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates. Die nähere Ausgestaltung dieser Gleichbehandlung erfolgt nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 EG/22 Abs. 1 S. 2 AEUV durch das Sekundärrecht. 4486

3. Sekundärrecht

a) Bedeutung

Die Ausgestaltung erfolgte durch die RL 94/80/EG¹⁴⁸, die als vertraglich vorgesehene notwendige Ausgestaltung von Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV wegen Art. 52 Abs. 2 EGRC bei der Auslegung des Art. 40 EGRC zu beachten ist.¹⁴⁹ Die Richtlinie verfolgte nicht das Ziel, die Wahlrechtsordnungen der Mitgliedstaaten 4487

¹⁴³ Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 202, 314.

¹⁴⁴ Vgl. zur Entstehungsgeschichte Schunda, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2003, S. 17 ff.

¹⁴⁵ Damaliger Art. 8b Abs. 1 EG.

¹⁴⁶ Degen, DÖV 1993, 749 (753); Schrapper, DVBl. 1995, 1167 (1168).

¹⁴⁷ Je nach Staatsaufbau und Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen konnten die Mitgliedstaaten diese Verpflichtung nicht selbst umsetzen. So musste etwa in Deutschland die Umsetzung durch die Bundesländer erfolgen. Dazu u. Rn. 4501 ff.

¹⁴⁸ Des Rates vom 19.12.1994 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. L 368, S. 38; zuletzt geändert durch RL 2006/106/EG, ABl. 2006 L 363, S. 409.

¹⁴⁹ S.o. Rn. 461 sowie u. Rn. 4818 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

zu harmonisieren. Vielmehr wollte sie die Bedingung der Staatsangehörigkeit als Voraussetzung für die Gewährung des kommunalen Wahlrechts aufheben.¹⁵⁰ Bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verblieb deshalb für die zuständigen Gesetzgebungsorgane ein gewisser Spielraum.

b) Begriff der Kommunalwahl

aa) Bestimmung eines Vertretungsorgans auf der Grundstufe

4488 Der in Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV verwendete Begriff der Kommunalwahl wird in Art. 2 Abs. 1 lit. a) und b) RL 94/80/EG näher definiert. Dies war notwendig, weil die Kommunalverwaltung der Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich strukturiert ist und deshalb auch der Begriff der Kommunalwahl keinen identischen Gehalt aufweist. Diese Unterschiede erforderten eine einheitliche Terminologie.

4489 Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 94/80/EG müssen Kommunalwahlen allgemeine, unmittelbare Wahlen sein. Sie müssen auf die Bestimmung eines Vertretungsorgans abzielen und, falls das nationale Recht dies so regelt, auch den Leiter und die Mitglieder eines daneben bestehenden Exekutivorgans bestimmen.

4490 Bezugsobjekt ist dabei eine lokale Gebietskörperschaft der Grundstufe. Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 94/80/EG definiert diese als Verwaltungseinheiten, die nach Maßgabe der einzelstaatlichen Vorschriften in allgemeiner, unmittelbarer Wahl gewählte Organe besitzen und auf der Grundstufe der politischen und administrativen Organisation für die Verwaltung bestimmter lokaler Angelegenheiten unter eigener Verantwortung zuständig sind. Im Anhang der RL 94/80/EG ist für jeden Mitgliedstaat festgelegt, welche Körperschaften dazu gehören. In Deutschland handelt es sich namentlich um die kreisfreien Städte, Stadtkreise, Kreise und Gemeinden.¹⁵¹

bb) Keine Einbeziehung kommunaler Abstimmungen

4491 Unter den Begriff der Wahlen können die in zahlreichen Gemeinde- und Kreisordnungen vorgesehenen Abstimmungen in Form von Bürgerentscheiden nicht subsumiert werden, da sie nicht der Bestimmung von Mandatsträgern dienen, sondern der Entscheidung von Sachfragen.¹⁵² Europarechtlich sind die Landesgesetz-

¹⁵⁰ 4. Erwägungsgrund RL 94/80/EG.

¹⁵¹ Hinzu kommen noch die Bezirke in den Stadtstaaten Berlin und Hamburg sowie die Stadtgemeinde Bremen. Es fehlen höhere Kommunalverbände wie etwa die bayerischen Bezirke oder die Verbandsgemeinden in Rheinland-Pfalz. Für Letztere wird eine analoge Anwendung vertreten, da sie Aufgaben wahrnehmen, die in anderen Bundesländern den Städten und Kreisen zugewiesen sind, vgl. *Schrapper*, DVBl. 1995, 1167 (1170); *Hasselbach*, ZG 1997, 49 (52 f.) sowie *Pieroth/Schmülling*, DVBl. 1998, 365 (366).

¹⁵² *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 19 EGV Rn. 11; *Schrapper*, DVBl. 1995, 1167 (1170); *Pieroth/Schmülling*, DVBl. 1998, 365 (367).

geber zwar nicht daran gehindert, entsprechende Regelungen einzuführen,¹⁵³ doch ist in der Lit. umstritten, ob dies mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar ist.¹⁵⁴

c) Voraussetzungen für die Ausübung des Wahlrechts

Art. 3 RL 94/80/EG regelt die Voraussetzungen für die Ausübung des aktiven und passiven Kommunalwahlrechts. Die betreffende Person muss Unionsbürger sein (Art. 3 lit. a) RL 94/80/EG). Im Übrigen richtet sich die Wahlberechtigung nach den Vorschriften, die im Wohnsitzstaat für die eigenen Staatsangehörigen gelten (Art. 3 lit. b) RL 94/80/EG). **4492**

In vielen Mitgliedstaaten ist es üblich, das Wahlrecht an eine Mindestwohndauer im jeweiligen Staatsgebiet und der jeweiligen Gebietskörperschaft zu knüpfen. Diese Regelungen sollen verhindern, dass eine Wohnsitznahme nur erfolgt, um das Stimmrecht ausüben zu können.¹⁵⁵ Diese Regelungen werden durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 RL 94/80/EG ausdrücklich erlaubt, ohne dass die Richtlinie selbst eine Mindestaufenthaltsdauer statuiert. **4493**

Nach Art. 7 Abs. 1 RL 94/80/EG ist die Eintragung in das Wählerverzeichnis von der Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung abhängig.¹⁵⁶ In Mitgliedstaaten ohne Wahlpflicht kann die Eintragung gem. Art. 7 Abs. 3 RL 94/80/EG auch von Amts wegen vorgenommen werden. **4494**

d) Einschränkungen des passiven Wahlrechts

Zwar gilt auch für das passive Wahlrecht gem. Art. 9 Abs. 1 RL 94/80/EG der Grundsatz der Gleichbehandlung. Jedoch sind hier eine Reihe von Durchbrechungen vorgesehen. So können die Mitgliedstaaten für Kandidaten aus anderen Mitgliedstaaten einen Ausschluss von der Wählbarkeit vorsehen, wenn ein solcher nach dem Recht des Herkunftsstaates angeordnet ist. Damit sollte der politischen Bedeutung des Amtes eines kommunalen Mandatsträgers Rechnung getragen werden.¹⁵⁷ **4495**

e) Beschränkungen für kommunale Leitungsämter

Eine spezifische Einschränkung des passiven Wahlrechts erlaubt Art. 5 Abs. 3 RL 94/80/EG. Danach dürfen die Mitgliedstaaten die Wählbarkeit in exekutive Leitungsfunktionen an die Voraussetzung der Staatsangehörigkeit des Wohnsitzstaates knüpfen. Dies gilt auch für die vertretungsweise Wahrnehmung (Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 RL 94/80/EG). Aus der Vorschrift selbst geht nicht hervor, ob diese Aus- **4496**

¹⁵³ Vgl. etwa §§ 26, 21 Abs. 2 GO NRW i.V.m. § 7 KWahlG NRW.

¹⁵⁴ Teilweise wird darin ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 S. 2 GG gesehen, so Burkholz, DÖV 1995, 816 ff.; a.A. Engelken, NVwZ 1995, 432 ff.; Zuleeg, in: FS für Schefold, 2001, S. 117 (123).

¹⁵⁵ Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 19 EGV Rn. 12.

¹⁵⁶ Darin liegt eine Ungleichbehandlung mit den Inländern, die von Amts wegen in die Wählerverzeichnisse aufgenommen werden. Deshalb wird die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 19 Abs. 1 EG teilweise bezweifelt, vgl. Hasselbach, ZG 1997, 49 (54).

¹⁵⁷ Vgl. 8. Erwägungsgrund RL 94/80/EG.

schlussmöglichkeit nur für die Direktwahl in solche Ämter oder auch für die mittelbare Wahl aus der Mitte eines kommunalen Vertretungsorgans heraus eingreift. Art. 1 Abs. 1 macht i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 94/80/EG deutlich, dass diese Option nur für die unmittelbar durch die Kommunalwahlen besetzten Leitungsämter gilt. Für Intraorganwahlen sind die Mitgliedstaaten deshalb bei der Abfassung entsprechender kommunalverfassungs- bzw. beamtenrechtlicher Regelungen sogar völlig frei.¹⁵⁸

4497 Von der vorgesehenen Ausschlussmöglichkeit haben die Bundesländer Bayern und Sachsen Gebrauch gemacht. Nach Art. 39 BayGLKrWG ist zum Landrat oder Bürgermeister nur wählbar, wer Deutscher i.S.d. Art. 116 GG ist. Gleiches gilt gem. §§ 45, 49 Abs. 1 SächsGemO in Sachsen.

4498 In Teilen der Lit. wird die Regelung des Art. 5 Abs. 3 RL 94/80/EG teilweise als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV bewertet. Sie stelle eine Ausnahmeregelung im Sinne dieser primärrechtlichen Ermächtigungsnorm dar, ohne dass die erforderliche Sondersituation in dem Mitgliedstaat vorliege.¹⁵⁹ Der BayVerfGH hat diese Sonderlage darin gesehen, dass die Ämter des Bürgermeisters oder Landrats mit der Ausübung staatlicher Exekutivgewalt verbunden sind.¹⁶⁰ Damit erscheint die Situation parallel zu den Ausnahmeklauseln für die Personenfreizügigkeit, die dort aber mit einem solchen Tatbestand genannt sind.¹⁶¹ Indes knüpft weder Art. 5 Abs. 3 RL 94/80/EG selbst an eine solche Sonderlage an noch liegt eine solche im Hinblick auf die Bürgermeister- bzw. Landratswahlen in Bayern und Sachsen im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten vor.¹⁶² Die RL 94/80/EG selbst behandelt Art. 5 Abs. 3 gar nicht als Ausnahmeregelung. Nach Wortlaut und Systematik wird von der Ermächtigung in Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV nur in Art. 12 RL 94/80/EG Gebrauch gemacht.

4499 Inhaltlich stellt aber auch Art. 5 Abs. 3 RL 94/80/EG eine Ausnahme von der Gleichbehandlung beim kommunalen Wahlrecht dar.¹⁶³ Denn wenn Unionsbürger von der Wahl zu bestimmten kommunalen Ämtern ausgeschlossen sind, werden sie im Verhältnis zu den Staatsangehörigen des Wohnsitzstaates ungleich behandelt. Obwohl also erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Regelung angebracht sind, wird sie mangels eines bislang fehlenden Verdikts des EuGH in der Praxis als wirksam behandelt.¹⁶⁴

¹⁵⁸ *Schraper*, DVBl. 1995, 1167 (1171).

¹⁵⁹ *Hasselbach*, ZG 1997, 49 (56 f.); *Pieroth/Schmülling*, DVBl. 1998, 365 (367).

¹⁶⁰ BayVerfGH, BayVBl. 1997, 495 (497).

¹⁶¹ Dazu näher m.w.N. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1341 f., 1977 ff.

¹⁶² *Pieroth/Schmülling*, DVBl. 1998, 365 (367).

¹⁶³ Es ist auch fraglich, ob ein solcher Ausschluss überhaupt von dem Begriff der Ausnahmeregelung in Art. 19 Abs. 1 EG gedeckt ist. Abl. *Degen*, DÖV 1993, 749 (756), der darunter nur abw. Sonderregelungen für die Modalitäten der Wahlrechtsausübung fassen will.

¹⁶⁴ So *Pieroth/Schmülling*, DVBl. 1998, 365 (368).

f) *Ausnahmeregelung*

Nach Art. 12 RL 94/80/EG sind Beschränkungen des Wahlrechts bei einem Anteil von mehr als 20 % Unionsbürgern im Wahlalter in einem Mitgliedstaat zulässig. Diese Vorschrift ist parallel zu Art. 14 RL 93/109/EG¹⁶⁵, die als Vorbild diente.¹⁶⁶ Damit wird dem hohen Anteil an Unionsbürgern in Luxemburg Rechnung getragen. Art. 12 Abs. 1 lit. a) und b) RL 93/109/EG erlauben es, das aktive und passive Wahlrecht von einer Mindestaufenthaltsdauer abhängig zu machen. **4500**

4. *Umsetzung auf der nationalen Ebene*

a) *Umsetzung durch die Länder*

Richtlinien richten sich gem. Art. 249 Abs. 3 EG/288 Abs. 3 AEUV an die Mitgliedstaaten. Diese Vorschrift regelt aber nicht, welche Organe innerhalb des Mitgliedstaates die Umsetzung konkret vornehmen. Dies hängt von den jeweiligen innerstaatlichen Kompetenzvorschriften ab. In Deutschland fällt gem. Art. 30, 70 Abs. 1 GG die Gestaltung des Kommunalwahlrechts in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder. Insoweit war der Bund verpflichtet, für eine fristgerechte und richtlinienkonforme Umsetzung der RL 94/80/EG¹⁶⁷ durch die Länder zu sorgen.¹⁶⁸ Alle Bundesländer haben entsprechende Regelungen in ihre Kommunalwahlgesetze aufgenommen.¹⁶⁹ Von der Möglichkeit, die Wählbarkeit in kommunale Spitzenämter auf deutsche Staatsangehörige zu beschränken, haben Bayern¹⁷⁰ und Sachsen¹⁷¹ Gebrauch gemacht.¹⁷² **4501**

b) *Verfassungsrechtliche Voraussetzungen*

Dem Inkrafttreten der RL 94/80/EG über Kommunalwahlen im Januar 1995 war in Deutschland eine lebhafte Diskussion um die Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer vorausgegangen.¹⁷³ Das BVerfG entschied diesen Streit und erklärte 1990 die Einführung des kommunalen Ausländerwahlrechts in Schles-

¹⁶⁵ ABl. 1993 L 329, S. 34.

¹⁶⁶ *Schrappner*, DVBl. 1995, 1167 (1171).

¹⁶⁷ ABl. 1994 L 368, S. 38; zuletzt geändert durch RL 2006/106/EG, ABl. 2006 L 363, S. 409.

¹⁶⁸ EuGH, Rs. 96/81, Slg. 1982, 1791 (1804 f., Rn. 12) – Kommission/Niederlande; Rs. 97/81, Slg. 1982, 1819 (1833, Rn. 12) – Kommission/Niederlande; Rs. 227-230/85, Slg. 1988, I (11, Rn. 9) – Kommission/Belgien.

¹⁶⁹ Vgl. den Überblick bei *Schunda*, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2003, S. 282 ff.

¹⁷⁰ Art. 39 Abs. 1 BayGLKrWG.

¹⁷¹ § 49 Abs. 1 SächsGemO.

¹⁷² Dies wird in Teilen der Lit. für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten, näher dazu o. Rn. 4498 f.

¹⁷³ Vgl. die Literaturnachweise bei *Schunda*, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2003, S. 108 f.

wig-Holstein¹⁷⁴ und in Hamburg¹⁷⁵ für verfassungswidrig.¹⁷⁶ Danach ist der Volksbegriff in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gleich und umfasst nur die deutschen Staatsangehörigen. Es sei eben dieses Volk, das nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG in Wahlen und Abstimmungen Staatsgewalt ausübe.¹⁷⁷ In einem obiter dictum hat das BVerfG aber angemerkt, dass dies die Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer auf europäischer Ebene nicht ausschließe. Insofern sei eine Verfassungsänderung erforderlich, der Art. 79 Abs. 3 GG nicht entgegenstehe.¹⁷⁸

4503 In Reaktion auf diese Entscheidung des BVerfG und auch, um die Unterzeichnung des Maastrichter Vertrages verfassungsrechtlich abzusichern, wurde 1992 Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG aufgenommen.¹⁷⁹ Danach sind bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar.

5. Bedeutung

a) *Entkoppelung von Staatsangehörigkeit und Wahlrecht*

4504 Seit der französischen Revolution und insbesondere seit dem Ende des 19. Jahrhunderts hat sich eine Verknüpfung des Wahlrechts mit der Staatsangehörigkeit herausgebildet.¹⁸⁰ Das politische Teilhaberecht wurde an die Voraussetzung geknüpft, dass der Einzelne auch durch das Band der Staatsangehörigkeit mit dem jeweiligen Staat verknüpft war. Ausländer waren damit von diesem Recht ausgeschlossen.

4505 Dieses Regelungssystem wurde durch die Einführung des Kommunalwahlrechts für Unionsbürger durchbrochen. Dieser Schritt wurde als historische Neuerung¹⁸¹

¹⁷⁴ Dieses sollte aus Gründen der Gegenseitigkeit allerdings auf die Angehörigen der Staaten Dänemark, Irland, Niederlande, Norwegen, Schweden und Schweiz beschränkt sein, vgl. den Gesetzeswortlaut bei BVerfGE 83, 37 (39).

¹⁷⁵ Gegenstand war konkret das Ausländerwahlrecht zu den Bezirksversammlungen des Stadtstaats Hamburg.

¹⁷⁶ BVerfGE 83, 37 (50 ff.) – Schleswig-Holstein; 83, 60 (71 ff.) – Hamburg. Das in Bremen eingeführte Ausländerwahlrecht wurde nach der Entscheidung des BVerfG vom Bremischen Staatsgerichtshof für verfassungswidrig erklärt, StGH Bremen, DVBl. 1991, 1075.

¹⁷⁷ BVerfGE 83, 37 (53 ff.).

¹⁷⁸ BVerfGE 83, 37 (59). Dies wird vom BVerfG allerdings nur apodiktisch festgestellt und nicht näher hergeleitet. Zur Kritik daran vgl. Stöcker, Der Staat 30 (1991), 259 (260 f.); Dreier, in: ders., GG-Kommentar, Art. 20 II Rn. 48; v. Simson/Schwarze, Europäische Integration und Grundgesetz, 1992, S. 44 f., 55; Zuleeg, in: FS für Schefold, 2001, S. 117 (119).

¹⁷⁹ Vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992, BGBl. I 1992 S. 2086.

¹⁸⁰ Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 433 f.; Quaritsch, DÖV 1983, 1 (1); Hobe, Der Staat 32 (1993), 245 (251 ff.).

¹⁸¹ Schunda, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2003, S. 51; Hasselbach, ZG 1997, 49 (49).

und gleichzeitig als Kernstück der Unionsbürgerschaft bewertet.¹⁸² Bei näherer Betrachtung relativiert sich die Bedeutung dieser Veränderung ein Stück weit. Denn die Anknüpfung des Wahlrechts an die Staatsangehörigkeit wird nicht völlig aufgegeben, sondern auf eine andere Ebene, nämlich die der Unionsbürgerschaft, verschoben.¹⁸³ Die Änderung besteht also darin, dass nicht mehr die Staatsangehörigkeit des Wohnsitzstaates erforderlich ist, sondern die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Union ausreicht.

b) Veränderung des nationalen Legitimationssubjekts?

Teilweise wurde als Folge der Einführung des Kommunalwahlrechts für Unionsbürger eine Veränderung des Begriffes des Staatsvolks i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG festgestellt.¹⁸⁴ Das Legitimationssubjekt ist nach dieser Auffassung nicht mehr das sich aus den deutschen Staatsangehörigen zusammensetzende Staatsvolk, sondern wird erweitert um die wahlberechtigten Unionsbürger. **4506**

Dagegen wird eingewandt, dass eine solche Änderung im Rahmen einer Änderung des Wortlauts sichtbar gemacht worden wäre.¹⁸⁵ Der Volksbegriff sei unverändert geblieben, geändert habe sich jedoch das Alleinstellungsmerkmal des Volkes als Legitimationssubjekt im Rahmen des Demokratieprinzips auf kommunaler Ebene. Hier werde die Staatsgewalt nicht mehr nur durch das deutsche Staatsvolk legitimiert, sondern auch durch die wahlberechtigten Unionsbürger.¹⁸⁶ **4507**

Berücksichtigt man die zentrale Bedeutung, die dem Begriff des Staatsvolks in der Rechtsprechung des BVerfG zum Demokratieprinzip zukommt,¹⁸⁷ so spricht dies gegen einen Verfassungswandel,¹⁸⁸ der sich nicht im Wortlaut ausdrückt, sondern nur durch eine Änderung des kommunalen Wahlrechts ausgelöst wurde.¹⁸⁹ **4508**

c) Verbesserte Integration

Die Einräumung von politischen Teilhaberechten ist neben der Ermöglichung der Schaffung einer Existenzgrundlage durch berufliche Tätigkeit ein wichtiger Beitrag zur verbesserten Integration im Wohnsitzstaat.¹⁹⁰ Damit wird mittelbar auch das Freizügigkeitsrecht gefördert, da ein Umstand, der von seiner Ausübung abhalten könnte, beseitigt wurde. **4509**

¹⁸² Degen, DÖV 1993, 749 (753); Schrapper, DVBl. 1995, 1167 (1168); Pieroth/Schmüling, DVBl. 1998, 365 ff.

¹⁸³ Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 434, 437 ff.

¹⁸⁴ Hobe, Der Staat 32 (1993), 245 (262).

¹⁸⁵ Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 453; Burkholz, DÖV 1995, 816 (818).

¹⁸⁶ Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 453; so auch Dreier, in: ders., GG-Kommentar, Art. 28 II Rn. 75.

¹⁸⁷ S. dazu Rn. 4502.

¹⁸⁸ Zu diesem Begriff Böckenförde, in: FS für Lerche, 1993, S. 1 (3 ff.).

¹⁸⁹ Dagegen bereits Quaritsch, DÖV 1983, 1 (4).

¹⁹⁰ Schunda, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2003, S. 56.

d) Geringe praktische Bedeutung

- 4510** Der praktische Stellenwert des Kommunalwahlrechts steht zu der dargelegten Einordnung in einem deutlichen Gegensatz. Denn die Wahlbeteiligung der Unionsbürger liegt deutlich unter derjenigen der Angehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates.¹⁹¹ Gleiches gilt für das passive Wahlrecht.¹⁹² Als Gründe sind u.a. ein immer noch bestehendes Informationsdefizit und auch eine noch nicht ausreichende Integration in den Wohnsitzstaat zu nennen.¹⁹³

II. Schutzbereich**1. Grundrechtsträger**

- 4511** Das Recht aus Art. 40 EGRC steht allen Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat zu. Grundrechtsträger sind danach natürliche Personen, juristische Personen werden nicht umfasst. Die Voraussetzungen des Wohnsitzes werden durch das nationale Recht festgelegt, ebenso wie weitere Wahlvoraussetzungen wie etwa ein Wahlmindestalter.

2. Gewährleistungsumfang**a) Gleichbehandlungsrecht**

- 4512** Art. 40 EGRC ist wortgleich zu Art. 39 Abs. 1 EGRC formuliert. Wie dieser gewährt er lediglich ein Recht auf Inländergleichbehandlung, nicht aber ein originäres Recht auf Teilnahme an Kommunalwahlen. Dies ergibt sich zum einen aus dem letzten Satzteil des Art. 40 EGRC selbst sowie aus der primärrechtlichen Entsprechungsnorm des Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV. Zum anderen geht davon auch die RL 94/80/EG aus, die Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV ausdrücklich als Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sieht. Nach Art. 1 Abs. 1 RL 94/80/EG regelt die Richtlinie die Einzelheiten, nach denen die Unionsbürger im Wohnsitzstaat ihr Wahlrecht ausüben können. Danach geht die Richtlinie von der einzelstaatlichen Einräumung des Wahlrechts aus, ohne selbst ein solches zu gewähren. Insoweit sind auch diejenigen Unionsbürger nicht vom Schutzbereich des Art. 40 Abs. 1 EGRC erfasst, die Staatsangehörige des Staates sind, in dem sie ihren Wohnsitz haben.¹⁹⁴

¹⁹¹ *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 40 Rn. 19 mit Fn. 48; *Schunda*, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2003, S. 368 ff.

¹⁹² *Schunda*, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2003, S. 374 ff.

¹⁹³ *Schunda*, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2003, S. 371, 373. Insoweit zeigt sich, dass zwischen dem Wahlrecht und der Integration im Wohnsitzstaat eine Wechselbeziehung besteht, also das Wahlrecht eine Integration zwar verbessern bzw. beschleunigen kann, aber dessen Wahrnehmung auch eine bereits erfolgte Integration voraussetzt.

¹⁹⁴ *Jarass*, § 36 Rn. 28 und bereits o. Rn. 4449 ff.

b) Kommunalwahlen

Das Recht des Art. 40 EGRC bezieht sich auf Kommunalwahlen. Dieser Begriff ist in Art. 2 Abs. 1 RL 94/80/EG¹⁹⁵ näher definiert.¹⁹⁶ Kommunen sind danach lokale Gebietskörperschaften der Grundstufe, die für die Verwaltung bestimmter örtlicher Angelegenheiten eigenverantwortlich zuständig sind und eigene Organe besitzen. Kommunalwahlen sind allgemeine und unmittelbare Wahlen, die darauf abzielen, Mitglieder von Vertretungskörperschaften oder Leiter bzw. Mitglieder eines Exekutivorgans dieser lokalen Gebietskörperschaft zu bestimmen.¹⁹⁷ Insofern werden nur Abstimmungen über Personen für die Besetzung von Ämtern, nicht aber Abstimmungen über Sachfragen erfasst.¹⁹⁸ Der Schutz bezieht sich auch hier von der Wahlvorbereitung über den Wahlakt bis zur Mandatsausübung.¹⁹⁹ **4513**

3. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn ein Unionsbürger bei Kommunalwahlen in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, ohne dessen Staatsangehörigkeit zu besitzen, schlechter behandelt wird als die Staatsangehörigen dieses Staates mit Wohnsitz dort. Dies setzt zunächst voraus, dass allen zu gleichen Bedingungen das aktive und passive Kommunalwahlrecht eingeräumt wird.²⁰⁰ **4514**

Art. 52 Abs. 2 EGRC verweist für die Chartarechte, die eine Entsprechung im Vertrag finden, auf die dort festgelegten Bedingungen und Grenzen. Danach sind für die Auslegung und Einschränkung des Art. 40 EGRC die Regelungen des Art. 19 Abs. 1 EG/22 Abs. 1 AEUV und die darauf beruhenden Ausgestaltungsregelungen zu beachten. Eine Einschränkung des passiven Wahlrechts findet sich in Art. 5 Abs. 3 RL 94/80/EG, wonach die Mitgliedstaaten das Amt des Leiters, des Stellvertreters oder des Mitglieds eines Exekutivorgans den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten können.²⁰¹ Dies lässt sich dadurch rechtfertigen, dass die Kommunalwahl die Mitwirkung bei örtlichen Angelegenheiten sichern soll, nicht aber die Teilnahme bei der Ausübung der Staatsgewalt im Wohnsitzstaat. Diese Tätigkeiten sind auch nach Maßgabe des Art. 39 Abs. 4 EG/45 Abs. 4 AEUV den eigenen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten vorbehalten.²⁰² Eine weitere Einschränkung erlaubt Art. 12 RL 94/80/EG für Mitgliedstaaten mit einem besonders hohen **4515**

¹⁹⁵ Des Rates vom 19.12.1994 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. L 368, S. 38; zuletzt geändert durch RL 2006/106/EG, ABl. 2006 L 363, S. 409.

¹⁹⁶ S.o. Rn. 4488 ff.

¹⁹⁷ S. dazu bereits Rn. 4496 ff.

¹⁹⁸ Jarass, § 36 Rn. 29; Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 19 EGV Rn. 11; Magiera, in: Meyer, Art. 40 Rn. 16.

¹⁹⁹ S. dazu bereits Rn. 4455.

²⁰⁰ Jarass, § 36 Rn. 29.

²⁰¹ Zu den Zweifeln an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Primärrecht s.o. Rn. 4498 f.

²⁰² Magiera, in: Meyer, Art. 40 Rn. 17.

Anteil ausländischer Unionsbürger. Diese können das kommunale Wahlrecht an eine verlängerte Mindestaufenthaltsdauer knüpfen.²⁰³

III. Prüfungsschema zu Art. 40 EGRC

4516 1. Schutzbereich

- a) Begünstigte: Unionsbürger mit Wohnsitz in anderem Mitgliedstaat als dem der Staatsangehörigkeit
- b) parallel zu Art. 39 Abs. 1 EGRC nur Gleichbehandlungsrecht
- c) Kommunalwahlbegriff:
 - aa) Wahl gerichtet auf Bestimmung Vertretungsorgan
 - bb) lokale Gebietskörperschaft der Grundstufe

2. Ungleichbehandlung

Vergleichsmaßstab: Staatsangehörige des Wohnsitzstaates
(Beispiel: Mitgliedschaft in Exekutivorgan Staatsangehörigen des Wohnsitzstaates vorbehalten)

3. Rechtfertigung

- a) über Art. 52 Abs. 2 EGRC
 - für Ausschluss von kommunalen Leitungsämtern Rechtfertigung durch Sonderstatus mitgliedstaatlicher öffentlicher Verwaltung in Art. 39 Abs. 3 EG/45 Abs. 4 AEUV anerkannt
 - sekundärrechtliche Einschränkungen durch RL 94/80/EG zu beachten
- b) Verhältnismäßigkeit

§ 2 Das Recht auf eine gute Verwaltung

A. Grundlagen

I. Entwicklungsgeschichte

- 4517 Das in Art. 41 EGRC verankerte Recht auf eine gute Verwaltung ist inhaltlich nicht neu, sondern hat im Wesentlichen die Rechtsprechung des EuGH aufgenommen, die Grundsätze einer guten Verwaltung entwickelt hat.²⁰⁴ Dass diese Grundsätze in einem eigenständigen Grundrecht zusammengefasst wurden, ist wesentlich auf die Initiative des damaligen Europäischen Bürgerbeauftragten *Södermann*

²⁰³ Zur Rechtfertigung s.o. Rn. 4457 f.

²⁰⁴ S. dazu im Einzelnen u. Rn. 4557 ff.

zurückzuführen.²⁰⁵ Diese wurde im Konvent mit breiter Zustimmung aufgenommen.²⁰⁶ Die systematisch missglückte Stellung des Art. 41 EGRC im Titel der Unionsbürgerrechte rührt daher, dass ursprünglich der Kreis der Berechtigten auf Personen mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat beschränkt werden sollte.²⁰⁷ Die dann vorgenommene Ausgestaltung als Jedermann-Recht wurde nicht mehr mit einer Änderung der Stellung innerhalb der Charta verknüpft.²⁰⁸

II. Struktur des Art. 41 EGRC

Das Recht auf eine gute Verwaltung ist in vier Absätze untergliedert, wobei die ersten zwei Absätze zusammenzulesen sind. Diese beiden gewähren ein allgemeines Recht auf gute Verwaltung, während Absatz 3 einen Haftungsanspruch und Absatz 4 eine Sprachengarantie beinhalten.²⁰⁹ Nach der Grundnorm des Art. 41 Abs. 1 EGRC umfasst das Recht auf eine gute Verwaltung das Recht einer jeden Person, dass ihre Angelegenheiten von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden. Art. 41 Abs. 2 EGRC nennt Anwendungsbeispiele dieses Grundsatzes. Dabei ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist.²¹⁰ 4518

III. Vergleichbare Regelungen auf anderen Normebenen

1. Primärrecht

Das in Art. 41 EG verankerte Recht auf eine gute Verwaltung ist in weiten Teilen nicht neu.²¹¹ Vielmehr gibt es Vorbildnormen im Primärrecht. So findet die in 4519

²⁰⁵ Vgl. dazu dessen Rede vor dem Konvent am 2.2.2000, CHARTE 4131/00 CONTRIB 26 (Datum des Dokuments 17.2.2000 nach *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 110).

²⁰⁶ Kein einziger Abänderungsantrag war auf die gänzliche Streichung des Art. 41 EGRC gerichtet, vgl. *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 137.

²⁰⁷ CHARTE 4170/00 CONVENT 17; *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 137.

²⁰⁸ CHARTE 4284/00 CONVENT 28; *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 137.

²⁰⁹ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 57 Rn. 123 weist darauf hin, dass im Hinblick auf diese unterschiedlichen Gehalte eine Aufteilung in drei verschiedene Grundrechte überzeugender gewesen wäre.

²¹⁰ Vgl. Art. 41 Abs. 2 EGRC: „Dieses Recht umfasst insbesondere ...“, *Galetta/Grzeszick*, in: *Tettinger/Stern*, Art. 41 Rn. 8 f. Die Öffnung des Wortlauts des Art. 41 Abs. 2 EGRC durch das Wort „insbesondere“ war im Konvent umstritten, vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 315.

²¹¹ *Galetta*, EuR 2007, 57 (59). Nachfolgend wird nur auf die wesentlichen Regelwerke Bezug genommen. Zu weiteren Quellen wie den Empfehlungen des Europarats, der OECD oder dem IPbPR vgl. *Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006,

Art. 41 Abs. 3 EGRC geregelte Amtshaftung ihre Entsprechung in Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV. Gleiches gilt für die Sprachengarantie des Art. 41 Abs. 4 EGRC, die schon in Art. 21 Abs. 3 EG verankert ist und künftig in Art. 24 Abs. 4 AEUV geregelt sein soll. Auch das Begründungserfordernis des Art. 41 Abs. 2 lit. c) EGRC besteht für Rechtsakte bereits nach dem Primärrecht gem. Art. 253 EG/296 Abs. 2 AEUV.

- 4520** Für die Grundnorm des Art. 41 Abs. 2 EGRC findet sich im EG/AEUV zwar keine normative Entsprechung, doch haben die Gemeinschaftsgerichte in ihrer Rechtsprechung den Grundsatz einer guten Verwaltung anerkannt und ausgeformt.²¹² Wirklich neu und ohne Vorbild ist jedoch die Garantie des Art. 41 Abs. 1 EGRC, soweit sie jedem ein Recht auf gerechte Behandlung seiner Angelegenheiten gewährt.²¹³

2. EMRK

- 4521** Es besteht zwar keine unmittelbare völkerrechtliche Bindung der Gemeinschaft an die EMRK, da sie nicht selbst Vertragspartei ist.²¹⁴ Doch finden die materiellen Garantien als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts Anwendung.²¹⁵ Ein Recht auf gute Verwaltung ist in der EMRK nicht enthalten. In Art. 6 Abs. 1 EMRK ist jedoch das Recht auf ein faires Verfahren in zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Verfahren verankert. Über den Wortlaut hinaus wird diese Garantie auch auf den Bereich des öffentlichen Rechts ausgedehnt.²¹⁶ Darüber hinaus wird diesem Recht, das nach seinem Wortlaut nur den Zugang zum Gericht und die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens behandelt, auch Maßstabswirkung für vorgeschaltete Verwaltungsverfahren beigemessen.²¹⁷ Damit besteht eine Parallele zum Recht auf ein faires Verfahren als Bestandteil des Rechts auf eine gute Verwaltung.²¹⁸

3. Der Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis

- 4522** Der Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis geht auf eine Initiative des Europäischen Bürgerbeauftragten zurück, der 1998 eine Untersuchung einleitete,

S. 60 ff. Umfassend zur Entwicklung jüngst *Classen*, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, 2008.

²¹² Dazu sogleich Rn. 4527 ff.

²¹³ *Grzeszick*, EuR 2006, 161 (166, 176); *Lais*, ZEuS 2002, 447 (462) weist darauf hin, dass in keiner der Entscheidungen der Europäischen Gerichte, auf die der Konvent zur Interpretation des Art. 41 EGRC verwies, der Begriff der gerechten Entscheidung zu finden ist.

²¹⁴ Vgl. EuGH, Gutachen 2/94, Slg. 1996, I-1759 (1789, Rn. 34). Näher dazu o. Rn. 37 ff.

²¹⁵ *Grabenwarter*, § 4 Rn. 2. Ausführlich zum Verhältnis EMRK-EGRC o. Rn. 48 ff.

²¹⁶ *Schwarze*, EuGRZ 1993, 377 ff.

²¹⁷ EGMR, Urt. vom 25.2.1993, Nr. 10828/84 (Rn. 41 ff.), ÖJZ 1993, 532 (532 f.) – *Funke/Frankreich*; *Grabenwarter/Pabel*, in: Grote/Marauhn, Kap. 14 Rn. 17; *Schwarze*, EuGRZ 1993, 377 ff.

²¹⁸ Vgl. dazu u. Rn. 4548 ff.

inwieweit in den Gemeinschaftsorganen und -einrichtungen Maßstäbe für eine gute Verwaltungspraxis existieren. Als Reaktion auf das Ergebnis, dass solche gemeinsame Regeln nicht existierten, formulierte er einen Musterkodex und forderte die jeweiligen Behörden auf, entsprechende Vorschriften zu erlassen. Das Ziel, einen einheitlichen Handlungsmaßstab für das Verwaltungshandeln auf Gemeinschaftsebene zu errichten, ist noch nicht erreicht worden. Weder haben alle Organe und Einrichtungen einen Kodex verabschiedet noch entsprechen die vorhandenen Regelwerke dem Musterentwurf.

Die Kommission hat einen eigenen „Kodex für gute Verwaltungspraxis in den Beziehungen der Bediensteten der Europäischen Kommission zur Öffentlichkeit“ erlassen.²¹⁹ Das Parlament hat einen „Leitfaden für die Pflichten der Beamten und Bediensteten des Europäischen Parlaments (Verhaltenskodex)“ entwickelt²²⁰ und gleichzeitig im Rahmen einer Entschließung die Kommission aufgefordert, einen Verordnungsvorschlag für einen Kodex für gute Verwaltungspraxis vorzulegen.²²¹ Der Gerichtshof hat einen Verhaltenskodex für die Mitglieder der europäischen Gerichte angenommen, der aber speziell auf die Anforderungen an eine richterliche Tätigkeit ausgerichtet ist.²²² Der Rat hat bislang noch keinen Kodex vorgelegt. Im Gegensatz dazu stehen die europäischen Einrichtungen, die fast sämtlich den Musterkodex übernommen haben.²²³

Die bislang erlassenen Kodizes unterscheiden sich nicht nur inhaltlich, sondern auch in ihrer Rechtswirkung. So kommt allen Kodizes, die dem Musterentwurf folgen, Außenwirkung zu, die Regelwerke der Kommission und des Parlaments hingegen entfalten grundsätzlich nur Innenwirkung.²²⁴

Der Europäische Bürgerbeauftragte hat zuletzt 2005 einen Kodex für gute Verwaltungspraxis veröffentlicht,²²⁵ der Maßstäbe formuliert, nach denen die Mitarbeiter der Gemeinschaft bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben handeln sollen.²²⁶ Er enthält die Grundsätze der guten Verwaltung, wie sie in Art. 41 EGRC formuliert sind,²²⁷ geht aber noch darüber hinaus. So enthält er in Art. 4

²¹⁹ Veröffentlicht als Anhang zu Beschl. 2000/633/EG, EGKS, Euratom der Kommission vom 17.10.2000 zur Änderung ihrer Geschäftsordnung, ABl. L 267, S. 63. Er wurde zusammen mit der Geschäftsordnung der Kommission – wiederum als Anhang – neu verkündet, ABl. L 308, S. 26.

²²⁰ ABl. 2000 C 97, S. 1.

²²¹ ABl. 2002 C 72 E, S. 331. Die darin enthaltenen Änderungsvorschläge finden sich weitestgehend in dem zuletzt veröffentlichten Kodex des Bürgerbeauftragten wieder, s. dazu sogleich Rn. 4525.

²²² ABl. 2007 C 223, S. 1.

²²³ Eine Übersicht findet sich bei *Martínez Soria*, EuR 2001, 682 (684, Fn. 16).

²²⁴ Zu Ansätzen einer Außenwirkung nach dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung *Martínez Soria*, EuR 2001, 682 (700 f.).

²²⁵ <http://ombudsmann.europa.eu/code/de/default.htm> (Zugriffsdatum: 31.5.2008).

²²⁶ *Martínez Soria*, EuR 2001, 682 (688). Art. 2 ist noch weiter gefasst: „Der Kodex gilt für alle Beamten und sonstigen Bediensteten, ... , in ihren Beziehungen zur Öffentlichkeit.“

²²⁷ Z.B. Art. 8 – Unparteilichkeit und Unabhängigkeit; Art. 11 – Fairness; Art. 16 – Recht auf Anhörung und Abgabe von Erklärungen; Art. 18 – Verpflichtung zur Begründung von Entscheidungen.

ausdrücklich den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung oder in Art. 6 den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die in der EGRC in Art. 52 Abs. 1 niedergelegt sind. Nur schwer bestimmbar ist demgegenüber das Höflichkeitsgebot des Art. 12, wonach der Beamte sich in den Beziehungen zur Öffentlichkeit dienstleistungsorientiert, korrekt, höflich und zugänglich verhalten soll.

- 4526** Mit dem Kodex für eine gute Verwaltungspraxis steht ein geeignetes Instrument zur Verfügung, dem ausformungsbedürftigen Recht auf gute Verwaltung des Art. 41 EGRC zur praktischen Anwendung und Wirksamkeit zu verhelfen.²²⁸ Ob und wann dieses auch tatsächlich eingesetzt wird, bleibt abzuwarten.²²⁹

B. Das allgemeine Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 Abs. 1 EGRC)

I. Berechtigte

1. Menschenrecht

- 4527** Nach Art. 41 Abs. 1 EGRC hat jeder Mensch ein Recht darauf, dass seine Angelegenheiten von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden. Nach diesem Wortlaut wie dem der anderen Absätze des Art. 41 EGRC wird jede Person berechtigt. Damit ist dieses Grundrecht nicht auf Unionsbürger oder Personen mit Wohnsitz in der Union beschränkt, sondern als Menschenrecht ausgestaltet. Darin liegt zwar ein gewisser Widerspruch zur systematischen Stellung des Art. 41 EGRC innerhalb des „Bürgerrechte“-Titels.²³⁰ Indes schließt bereits der originäre Geltungsanspruch der Gewährleistung als allgemeines Verfahrensgrundrecht einen engeren Berechtigtenkreis aus.²³¹

2. Juristische Personen

- 4528** Unter den ursprünglich in der EGRC gewählten Begriff der Person lassen sich nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen fassen. Der mit dem Verfassungsentwurf gewählte Wortlaut „jeder Mensch“ macht den Charakter als

²²⁸ *Lais*, ZEuS 2002, 447 (480); *Grzeszick*, EuR 2006, 161 (177 f.), der darauf hinweist, dass der Kodex zwar noch nicht rechtsverbindlich ist, aber schon zur Auslegung des Art. 41 EGRC herangezogen werden kann.

²²⁹ Von Seiten der Kommission sind bislang keine Initiativen in diese Richtung erkennbar. In ihrem Weißbuch „Gutes Regieren“ nimmt sie jedenfalls keinen Bezug zum Kodex für gute Verwaltung, vgl. Europäische Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weissbuch, KOM (2001) 428 endg. (auch ABl. 2001 C 287, S. 1). Zur Kritik daran vgl. *Lais*, ZEuS 2002, 447 (480).

²³⁰ Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1093. Dazu bereits o. Rn. 4517.

²³¹ So ausdrücklich für das Recht auf gute Verwaltung *Pernice*, DVBl. 2000, 847 (856); *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1093 („Verfahrensfairness ist ein Jedermannsrecht“); *A. Weber*, NJW 2000, 537 (542) – allgemein für Verfahrensgrundrechte.

Menschenrecht deutlich, ohne den Kreis der Berechtigten notwendig zu verengen. Die Charta enthält keine allgemeine Regelung über die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen.²³² In Art. 42-44 EGRC sind sie allerdings ausdrücklich als Berechtigte erwähnt. Auch in der Rechtsprechung des EuGH war die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen schon vor Erlass der Charta anerkannt.²³³ Im Hinblick darauf können sich juristische Personen, wie etwa Unternehmen, die nicht aus natürlichen Personen bestehen, auf Art. 41 EGRC berufen.²³⁴ Dafür spricht auch, dass die in Art. 43 EGRC juristischen Personen ausdrücklich eingeräumte Beschwerdemöglichkeit ansonsten ihres Hauptanwendungsbereichs beraubt würde.²³⁵ Diese Argumentation greift zwar gleichermaßen für juristische Personen des privaten wie des öffentlichen Rechts. Doch wird die Grundrechtsberechtigung Letzterer nur mit Einschränkungen und unter Hinweis auf eine noch ausstehende rechtsdogmatische Aufarbeitung bejaht.²³⁶ Dabei wird auch auf die nach deutschem Verfassungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich bei Vorliegen einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage“, anerkannte Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts²³⁷ verwiesen.²³⁸

Die Mitgliedstaaten können sich dagegen nicht auf Art. 41 EGRC berufen. Sie sind schon vom Wortsinn her nicht vom Schutzbereich dieses Grundrechts erfasst, das auf „Menschen“ als Berechtigte beschränkt ist.²³⁹ Diese können sich aber auf den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung berufen.²⁴⁰ 4529

3. Beschränkung auf eigene Angelegenheiten

Das Recht des Art. 41 Abs. 1 EGRC wird allerdings auf die jeweils eigenen Angelegenheiten eines Menschen beschränkt. Insoweit wird eine spezifische Beziehung 4530

²³² Anders Art. 19 Abs. 3 GG, wonach die deutschen Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

²³³ EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135 ff., Rn. 4 ff.) – Internationale Handelsgesellschaft; Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 (2268, Rn. 15 ff.) – Schröder. Der EuGH hat die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen hier allerdings nur konkludent anerkannt, indem er die Grundrechte als Prüfungsmaßstab herangezogen hat.

²³⁴ Vgl. Schwarze, EuZW 2001, 517 (518); Pfeffer, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 110 f.

²³⁵ Lais, ZEuS 2002, 447 (460 f.).

²³⁶ Vgl. Kühling, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 612 f.; speziell für Art. 41 EGRC offen gelassen bei Jarass, § 36 Rn. 11; Pfeffer, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 112.

²³⁷ Vgl. BVerfGE 45, 63 (79); 61, 82 (105); Krebs, in: v. Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 Rn. 43 f.

²³⁸ Kühling, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 612.

²³⁹ Bauer, Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 141; Galetta/Grzeszick, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 23; a.A. Jarass, § 36 Rn. 11 (allerdings nur andeutungsweise und ohne nähere Begründung).

²⁴⁰ Bauer, Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 110; vgl. EuGH, Rs. C-48 u. 66/90, Slg. 1992, I-565 (638 f., Rn. 44 ff.) – Niederlande u.a./Kommission; Rs. C-288/96, Slg. 2000, I-8237 (8311 f., Rn. 99 f.) – Deutschland/Kommission.

zwischen der Person und der Verwaltungsangelegenheit gefordert. Diese Anforderung ist jedenfalls hinsichtlich der Personen erfüllt, an die eine Verwaltungsentscheidung gerichtet wird.²⁴¹ Darüber hinaus ist fraglich, wie weit der Kreis der Berechtigten nach diesem Kriterium zu ziehen ist.

- 4531** In Betracht kommt die Einbeziehung „Dritter“, die zwar nicht Adressaten einer bevorstehenden Verwaltungsentscheidung sind, aber dennoch von ihr betroffen werden. Als Indiz für diese Betroffenheit könnte die Zulassung des Dritten zum Verwaltungsverfahren bzw. sein Anspruch auf Zulassung herangezogen werden.²⁴² Für eine solche Ausdehnung sprechen Regelungen im Rahmen des Wettbewerbsrechts, die bereits eine Einbeziehung Dritter im Verwaltungsverfahren vorsehen. So werden nicht unmittelbar am Verwaltungsverfahren beteiligten Unternehmen Anhörungsrechte eingeräumt, soweit sie ein hinreichendes Interesse darlegen.²⁴³ Für eine Einbeziehung von Verbänden, die Allgemeinbelange verfolgen, fehlen vergleichbare Ansätze, die eine Ausdehnung des Rechts aus Art. 41 EGRC auf diese Gruppe rechtfertigen könnten.²⁴⁴

II. Verpflichtete

1. Organe

- 4532** Nach Art. 41 Abs. 1 EGRC sind die Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union durch das Grundrecht verpflichtet. Diese Formulierung stimmt mit der in Art. 51 EGRC überein. Gemeint sind damit jedenfalls die Organe i.S.v. Art. 7 EG, also das Europäische Parlament, der Rat, die Kommission, der Gerichtshof und der Rechnungshof.²⁴⁵ Mit Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon wird der Kreis der Organe gem. Art. 13 EUV um die Europäische Zentralbank, den Europäischen Rat, das EuG und die Fachgerichte²⁴⁶ erweitert.

2. Einrichtungen und sonstige Stellen

- 4533** Um entsprechend der Intention des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC eine möglichst umfassende Bindung zu erreichen, ist der Kreis der Einrichtungen und sonstigen Stellen weit zu ziehen. Dies macht auch eine genauere Zuordnung bzw. Abgrenzung

²⁴¹ Jarass, § 36 Rn. 10.

²⁴² Jarass, § 36 Rn. 10; vgl. insoweit § 13 Abs. 2 VwVfG.

²⁴³ Vgl. Art. 27 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 (ABl. 2003 L 1, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1419/2006, ABl. 2006 L 1, S. 1) bzw. Art. 18 Abs. 4 FKVO (EG) Nr. 139/2004 (ABl. 2004 L 24, S. 1).

²⁴⁴ Abl. EuGH, Rs. C-170/89, Slg. 1991, I-5709 (5740 f., Rn. 19) – BEUC. Jarass, § 36 Rn. 10 bezeichnet es insoweit als unklar, ob Allgemeinbelange verfolgende Organisationen grundrechtsberechtigt sein können.

²⁴⁵ *Lais*, ZEuS 2002, 447 (456), die allerdings auch noch die in Art. 7 Abs. 2 EG erwähnten Ausschüsse, den Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie den Ausschuss der Regionen hinzuzählt. Ausführlich dazu o. Rn. 211 ff.

²⁴⁶ Nach Art. 19 EUV umfasst der Gerichtshof der Europäischen Union als Sammelbegriff den Gerichtshof, das Gericht Erster Instanz und die Fachgerichte.

entbehrlich.²⁴⁷ Zu den Verpflichteten gehören insoweit die Ausschüsse, namentlich der Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie der Ausschuss der Regionen, die Europäische Investitionsbank, Europol sowie die Agenturen und sonstige Ämter.²⁴⁸

3. Mitgliedstaaten

Im Wortlaut des Art. 41 EGRC werden die Mitgliedstaaten als Verpflichtete nicht eigens erwähnt. Nach Art. 51 EGRC gelten die Rechte der Charta ausdrücklich auch für die Mitgliedstaaten, allerdings nach dem Wortlaut nur beschränkt auf die Durchführung des Rechts der Union.²⁴⁹ Damit wird auch die mittelbare Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten erfasst, so dass die Mitgliedstaaten auch bei der Anwendung von nationalem Recht, das in Ausführung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften erlassen wurde, dem Recht auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 EGRC unterliegen müssten.

Allerdings greift Art. 41 Abs. 1 EGRC explizit den auf die Organe und Einrichtungen der Union bezogenen Satzteil des Art. 51 Abs. 1 EGRC auf, während andere Grundrechte zu den Verpflichteten keine Aussage treffen. Wegen dieser begrenzten Formulierung gilt daher Art. 41 EGRC nicht für die Mitgliedstaaten, auch wenn sie Unionsrecht vollziehen und daher eigentlich als „verlängerter Arm“²⁵⁰ der Union und somit im weiteren Sinne als deren Organe handeln.²⁵¹ Insoweit wird der Anwendungsbereich des Art. 51 Abs. 1 EGRC eingeschränkt.²⁵² Diese Begrenzung hat ihren Sinn darin, dass die Durchführung des Unionsrechts den Mitgliedstaaten obliegt und diese weiterhin für die Organisation ihrer Verwaltung zuständig bleiben. Diese darf nur im Ergebnis die Anwendung und Einhaltung des Unionsrechts nicht vereiteln.²⁵³ Das Recht auf eine gute Verwaltung sorgt zwar ebenfalls für eine effektive Durchführung. Die auf die Verwaltung bezogenen Verfahrensrechte sind aber weitgehend nationaler Natur, wenn nicht spezifisches Unionsrecht ausdrückliche Vorgaben macht.

Dass Art. 41 EGRC spezifisch die europäische Ebene im Visier hat, zeigen auch seine Absätze 3 und 4. Auch hier werden die Mitgliedstaaten ausdrücklich nicht als Verpflichtete genannt. Der zu Art. 41 Abs. 3 EGRC parallele Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV bezieht sich nicht auf die nationale Ebene; insoweit besteht das richterrechtlich entwickelte Institut der gemeinschaftsrechtlichen

²⁴⁷ S. dazu o. Rn. 213.

²⁴⁸ S. bereits o. Rn. 213.

²⁴⁹ Zur Bindung der Mitgliedstaaten durch die Grundrechte allgemein Rn. 222 ff.

²⁵⁰ *Jürgensen/Schlünder*, AöR 121 (1996), 200 (212).

²⁵¹ *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 12; Jarass, § 36 Rn. 6; *Kanska*, ELJ 2004, 296 (309 f.); wohl auch *Lais*, ZeuS 2002, 447 (458).

²⁵² A.A. *Bauer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 142; *Galetta*, EuR 2007, 57 (79 f.).

²⁵³ *Jarass*, § 36 Rn. 6; s. auch EuGH, Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633 (2665 f., Rn. 19) – Deutsche Milchkontor.

Staatshaftung.²⁵⁴ Die Sprachengarantie richtet sich nur gegen die Organe der Union.

- 4537** Die in Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 EGRC gewährleisteten Standards sind allerdings regelmäßig auch in den nationalen Rechtsordnungen enthalten, ebenso ein Haftungsanspruch bei Schäden durch Staatshandeln. Daher sind die praktischen Unterschiede nicht gravierend, wenn man die Geltung von Art. 41 EGRC nicht auf die mitgliedstaatliche Durchführung von Unionsrecht erstreckt. Diese wird ohnehin zumindest insoweit von europarechtlichen Verfahrensstandards erfasst, als andernfalls die wirksame Durchführung von Unionsrecht nicht sichergestellt ist. Das gilt zumal dann, wenn Sekundärrecht ausdrücklich entsprechende Verfahrensstandards etwa für Genehmigungsverfahren festschreibt. Rechtsgrundlage ist dann diese spezielle Regelung oder allgemein Art. 10 EG/4 Abs. 3 EUV.²⁵⁵

III. Anwendungsbereich

- 4538** Eine explizite Einschränkung auf den Bereich der Verwaltung enthält die Vorschrift nicht. Diese ergibt sich aber zum einen aus der Überschrift und auch aus der Gewährleistung des Art. 41 Abs. 2 lit. c) EGRC, in der ausdrücklich die Verwaltung verpflichtet wird. Darüber hinaus folgt diese Begrenzung auch aus der Genese der Vorschrift als Rezeption der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zu den Grundsätzen der guten und ordnungsgemäßen Verwaltung.²⁵⁶
- 4539** Auf der Grundlage dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs müsste die Berechtigung aus Art. 41 Abs. 1 EGRC auf Verwaltungstätigkeiten begrenzt werden, im Bereich von Rechtsprechung und Gesetzgebung wäre sie dagegen nicht anwendbar. Doch ist diese Dreiteilung der staatlichen Gewalt auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts nicht ohne weiteres anwendbar. Die Aufgliederung der staatlichen Gewalt entsprechend dem Gewaltenteilungsgrundsatz in Legislative und Exekutive findet auf europäischer Ebene keine unmittelbare Entsprechung.²⁵⁷ Insoweit kann zur Bestimmung des Begriffs der Verwaltung nicht (nur) auf das handelnde Organ abgestellt werden, sondern es muss auch die Art der Tätigkeit berücksichtigt werden.²⁵⁸
- 4540** Ein Definitionsansatz für Verwaltung auf europäischer Ebene geht dahin, darunter den Vollzug oder die Aktualisierung europarechtlicher Regelungen im Einzelfall zu verstehen.²⁵⁹ Die Judikatur geht sogar noch darüber hinaus. Darin wird die Anwendung des Grundsatzes einer guten Verwaltung nicht vom Vorliegen einer Verwaltungstätigkeit abhängig gemacht. Vielmehr wird entscheidend darauf abgestellt, wie konkret das Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem jeweiligen

²⁵⁴ Grundlegend EuGH, Rs. C-6 u. 9/90, Slg. 1991, I-5357 (5413 ff., Rn. 31 ff.) – *Franco-vich*.

²⁵⁵ Vgl. *Lais*, ZEuS 2002, 447 (458).

²⁵⁶ *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 16.

²⁵⁷ Vgl. *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 22.

²⁵⁸ *Kanska*, ELJ 2004, 296 (310).

²⁵⁹ *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 17.

Gemeinschaftsorgan und dem Bürger ausgestaltet ist.²⁶⁰ Auf der Grundlage dieses Maßstabs werden auch Verordnungen, die einen Bürger unmittelbar und individuell betreffen können, als administrative Durchführungsmaßnahme verstanden und deshalb am Grundsatz der guten Verwaltung geprüft.²⁶¹

Es ist davon auszugehen, dass bei der Normierung des Art. 41 ERGR dieser weitreichende Anwendungsbereich des Rechts auf eine gute Verwaltung, wie er in der Rechtsprechung entwickelt wurde, übernommen werden sollte. Danach ist bei der Auslegung dieses Grundrechts von einem weiten Anwendungsbereich auszugehen, der nicht auf den Bereich originärer Verwaltungstätigkeit beschränkt ist.²⁶² **4541**

IV. Unparteiische Behandlung

1. Gewährleistungsinhalt

Die Gewährleistung des Art. 41 Abs. 1 EGRC ist in einzelne Elemente aufgegliedert. Dazu gehört das Recht auf eine unparteiische Behandlung. Nach dem Wortlaut zeigt sich eine Parallele zu der in Titel VI unter der Überschrift „Justizielle Rechte“ enthaltenen Gewährleistung des Art. 47 Abs. 2 EGRC auf ein unparteiisches Gericht. Trotz dieser Gemeinsamkeit ist jedoch aufgrund der systematischen Stellung von einer eigenständigen Bedeutung der Regelungen für das Verwaltungsverfahren auszugehen.²⁶³ **4542**

Der Grundsatz auf unparteiische Behandlung wurde von der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsverfahrens näher ausgeformt. Art. 41 Abs. 1 EGRC hat diese Rechtsprechung rezipiert, so dass auf sie bei der Auslegung dieses Rechts zurückgegriffen werden kann.²⁶⁴ Umgekehrt wirkt Art. 41 Abs. 1 EGRC bereits auf die Rechtsprechung zurück und wird vom EuG ausdrücklich mit herangezogen, um die Existenz eines Anspruchs auf unparteiische Behandlung zu begründen.²⁶⁵ **4543**

Danach setzt eine unparteiische Entscheidung im Verwaltungsverfahren zunächst die Ermittlung aller Tatsachen voraus, die sich auf die Entscheidung auswirken können.²⁶⁶ Dies soll sicherstellen, dass ggf. auch Informationen zur Entlastung des Betroffenen ermittelt werden.²⁶⁷ **4544**

²⁶⁰ *Bauer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 18 f.

²⁶¹ EuGH, Rs. 81/72, Slg. 1973, 575 (584, Rn. 10) – Kommission/Rat; Rs. C-170/89, Slg. 1991, I-5709 (5742, Rn. 25) – BEUC; EuG, Rs. T-167/94, Slg. 1995, II-2589 (2618, Rn. 73) – Nölle.

²⁶² *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 21.

²⁶³ *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 31; dafür auch *Bullinger*, in: FS für Brohm, 2002, S. 25 (29 f.).

²⁶⁴ Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (28).

²⁶⁵ EuG, Rs. T-54/99, Slg. 2002, II-313 (333, Rn. 48) – max.mobil Telekommunikation: Pflicht zur unparteiischen Behandlung einer Beschwerde gem. Art. 86 Abs. 3 EG durch die Kommission.

²⁶⁶ EuGH, Rs. C-255/90 P, Slg. 1992, I-2253 (2271, Rn. 7) – Burban; EuG, Rs. T-73/95, Slg. 1997, II-381 (394, Rn. 32) – Oliveira; Rs. T-231/97, Slg. 1999, II-2403 (2418,

- 4545** Auch der Kodex für gute Verwaltung enthält in den Art. 8 und 11 ein Gebot der Unparteilichkeit. In Art. 8 wird dargelegt, dass dies im Sinne eines Verbots von Willkür oder Bevorzugung zu verstehen ist.

2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung

- 4546** Das Recht auf unparteiische Behandlung ist dann verletzt, wenn die Entscheidung durch eine befangene Person getroffen wird. Die Befangenheit kann sich dabei etwa durch familiäre oder persönliche Beziehungen oder finanzielle Interessen der mit der Entscheidung befassten Person ergeben.²⁶⁸ Eine Rechtfertigung für eine bevorzugte Behandlung kann nur aus ausdrücklichen Vorschriften folgen, wie etwa solchen zur Bevorzugung weiblicher oder behinderter Bewerber im Rahmen von Einstellungsverfahren der Union.²⁶⁹
- 4547** Ein Verstoß gegen das Unparteilichkeitsgebot kann verschiedene Folgen haben. Zum einen ist die getroffene Entscheidung aufzuheben, da regelmäßig nicht auszuschließen ist, dass sich der Umstand der Befangenheit auf den Inhalt der Entscheidung ausgewirkt hat. Zum anderen wird die befangene Person von der Entscheidung auszuschließen und eine unbefangene Person mit der Entscheidung zu betrauen sein.²⁷⁰

V. Gerechte Behandlung

- 4548** Weiterhin hat jeder nach Art. 41 Abs. 1 EGRC ein Recht auf gerechte Behandlung seiner Angelegenheiten. Auch dieser Begriff wird in Art. 41 EGRC nicht näher erläutert. In den Entscheidungen der europäischen Gerichte, auf die der Konvent zur Erläuterung des Art. 41 EGRC verwiesen hat, wird er überhaupt nicht erwähnt.²⁷¹ Insoweit handelt es sich um einen neuen, ausfüllungsbedürftigen Begriff.²⁷²
- 4549** Der Kodex für eine gute Verwaltungspraxis enthält in Art. 11 als Handlungsmaßstab für die europäischen Beamten, dass diese unparteiisch, fair und vernünftig handeln sollen. Soweit hier ein „*faïres*“ bzw. „*vernünftiges*“ Verhalten ange-mahnt wird, ist damit inhaltlich wohl dasselbe gemeint wie mit „gerechter

Rn. 41) – New Europe Consulting; vgl. auch EuG, Rs. T-54/99, Slg. 2002, II-313 (334, Rn. 49) – max.mobil Telekommunikation.

²⁶⁷ EuGH, Rs. C-255/90 P, Slg. 1992, I-2253 (2271, Rn. 7) – Burban.

²⁶⁸ *Kanska*, ELJ 2004, 296 (313).

²⁶⁹ Vgl. Art. 1d Nr. 2 VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 (Beamtenstatut) des Rates zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind, vom 29.2.1968, ABl. L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1, konsolidierte Fassung als Arbeitsdokument auf der Homepage der Kommission veröffentlicht (Stand: 31.5.2008) http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_de.pdf.

²⁷⁰ Vgl. §§ 20, 21 VwVfG.

²⁷¹ *Lais*, ZEuS 2002, 447 (462).

²⁷² *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 40; *Galetta*, EuR 2007, 57 (61).

Behandlung“.²⁷³ Mit dieser terminologischen Kongruenz ist aber noch keine inhaltliche Ausfüllung verbunden.

Das Gebot der Fairness findet sich auch im Titel über justizielle Rechte in Art. 47 Abs. 2 EGRC wieder. Darin wird das Recht auf ein faires gerichtliches Verfahren garantiert. Die Rechtsprechung hat als wesentliche Elemente dieser Gewährleistung den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und der Chancengleichheit benannt.²⁷⁴ Obwohl die justiziellen Rechte und die Garantien im Rahmen des Verwaltungsverfahrens selbstständig nebeneinander stehen, erscheint es doch möglich, Parallelen zu ziehen. Die gerechte Behandlung der Angelegenheiten beinhaltet danach die Verpflichtung, rechtliches Gehör zu gewährleisten und keine willkürliche Bevorzugung bzw. Benachteiligung vorzunehmen. Genau diese Anforderungen sind aber auch in der Verpflichtung der unparteiischen Behandlung nach Art. 41 Abs. 1 EGRC sowie im Rahmen des Art. 41 Abs. 2 lit. a) EGRC enthalten, der ausdrücklich das Recht auf rechtliches Gehör festschreibt. Insoweit hat die Gewährleistung einer gerechten Behandlung keinen eigenständigen materiellen Gehalt,²⁷⁵ sondern ist als Verbindung der anderen Gewährleistungen des Art. 41 Abs. 1 EGRC zu sehen.²⁷⁶ 4550

VI. Behandlung innerhalb angemessener Frist

1. Gewährleistungsinhalt

Bei dieser Anforderung handelt es sich um einen Grundsatz des Verwaltungsverfahrens, der ebenfalls als ungeschriebener Rechtsgrundsatz in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte anerkannt war, bevor er in der Charta schriftlich niedergelegt wurde.²⁷⁷ *GA Jacobs* hat bei der Prüfung dieses Grundsatzes einleitend festgestellt, „dass eine langsame Verwaltung eine schlechte Verwaltung ist“.²⁷⁸ 4551

Es lässt sich differenzieren zwischen der Dauer eines gesamten Verwaltungsverfahrens und der Dauer der einzelnen Verfahrensschritte. Das Gebot, in angemessener Frist zu agieren, bezieht sich auf beide Elemente. Bereits der Begriff der Angemessenheit macht deutlich, dass hier keine feste zeitliche Vorgabe gemacht werden kann. Vielmehr ist die zulässige Verfahrensdauer abhängig vom jeweili- 4552

²⁷³ *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 42 unter Hinweis auf die englische Fassung des Art. 11, die „fairly and reasonably“ lautet.

²⁷⁴ Ausführlich dazu u. Rn. 5036 ff.

²⁷⁵ *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 57 Rn. 116, der allerdings keine konkreten Gehalte ausformuliert.

²⁷⁶ *Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 113 ff.; s. aber *Kanska*, ELJ 2004, 296 (312).

²⁷⁷ EuGH, Rs. C-282/95 P, Slg. 1997, I-1503 (1543, Rn. 37 f.) – Guérin Automobiles; EuG, Rs. T-213/95 u. 18/96, Slg. 1997, II-1739 (1764, Rn. 55 f.) – SCK u. FNK; Rs. T-228/97, Slg. 1999, II-2969 (3075, Rn. 276) – Irish Sugar; Rs. T-67/01, Slg. 2004, II-49 (71, Rn. 36) – JCB Service.

²⁷⁸ *GA Jacobs*, EuGH, Rs. C-270/99, Slg. 2001, I-9197 (9207, Rn. 40) – Z.

gen Einzelfall.²⁷⁹ Beeinflussende Faktoren können etwa die Komplexität des Verfahrens, das Verhalten der Beteiligten im Laufe des Verfahrens sowie seine Bedeutung für die Beteiligten sein.²⁸⁰

4553 In Art. 17 des Kodexes für gute Verwaltung ist eine Frist von zwei Monaten enthalten.²⁸¹ Im Primärrecht enthält Art. 232 Abs. 2 EG für die Untätigkeitsklage als Zulässigkeitsvoraussetzung eine Untätigkeit des zu verklagenden Organs von zwei Monaten. Es erscheint jedoch zu weitgehend, daraus einen generellen Maßstab für das Merkmal der Angemessenheit abzuleiten.²⁸² Art. 17 des Kodex bezieht sich auf das Handeln der einzelnen Beamten und hat nicht die Verwaltungsverfahren im Blick. Auch Art. 232 Abs. 2 EG/265 Abs. 2 AEUV verfolgt eine andere Stoßrichtung. Das Statuieren einer starren Frist, innerhalb derer die Sachbehandlung noch angemessen und nicht verspätet erscheint, widerspricht der einzelfallbezogenen Betrachtungsweise, die dieser Grundsatz erfordert. Denn auch eine Verfahrensdauer von weniger als zwei Monaten kann im Einzelfall etwa bei einfach gelagerten Sachverhalten unangemessen sein.

4554 Praktisch relevant wird der Grundsatz der Behandlung in angemessener Frist insbesondere, wenn von der das Verfahren abschließenden Entscheidung weitere Dispositionen wie etwa Investitionsbeschlüsse oder die wirtschaftliche Kalkulation der Betroffenen abhängen.²⁸³ Ein weiteres Anwendungsgebiet ist das Beamtenrecht. Hier hat das EuG festgestellt, dass das verspätete Erstellen von dienstlichen Beurteilungen einen Verstoß gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung darstellt.²⁸⁴ Schließlich greift das Gebot der Zügigkeit auch im Zusammenhang mit dem Erlass bzw. der Aufhebung belastender Maßnahmen.²⁸⁵ Auch hier haben die Betroffenen ein schützenswertes Interesse daran, schnell zu erfahren, ob eine belastende Maßnahme erlassen wird bzw. Bestand haben wird oder nicht.

2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung

4555 Ist im Einzelfall die angemessene Frist überschritten, so ist zu prüfen, inwieweit diese Verzögerung gerechtfertigt werden kann. Die Rechtsprechung erkennt das Bestehen von Rechtfertigungsgründen grundsätzlich an, ohne dies aber näher zu erläutern.²⁸⁶ Dies liegt möglicherweise daran, dass potenzielle Rechtfertigungs-

²⁷⁹ EuG, Rs. T-213/95 u. 18/96, Slg. 1997 II-1739 (1765, Rn. 58) – SCK u. FNK; Rs. T-73/95, Slg. 1997, II-381 (399, Rn. 45) – Oliveira; *Kanska*, ELJ 2004, 296 (313); *Lais*, ZEuS 2002, 447 (463 f.).

²⁸⁰ EuG, Rs. T-213/95 u. 18/96, Slg. 1997, II-1739 (1765, Rn. 57) – SCK u. FNK.

²⁸¹ „Der Beamte stellt sicher, dass über jedes Ersuchen bzw. jede Beschwerde an das Organ innerhalb einer angemessenen Frist, ... auf keinen Fall später als zwei Monate nach dem Datum des Eingangs entschieden wird.“

²⁸² So aber *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 37.

²⁸³ *Bauer*, Das Recht auf gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 35; EuGH, Rs. 1 u. 14/57, Slg. 1957, 213 (233 f.) – Société des usines à tubes de la Sarre.

²⁸⁴ EuGH, Rs. 173/82 u.a., Slg. 1986, 497 (526, Rn. 34) – Castille; EuG, Rs. T-73/89, Slg. 1990, II-619 (629, Rn. 34 f.) – Barbi.

²⁸⁵ EuG, Rs. T-83/91, Slg. 1994, II-755 (859, Rn. 245) – Tetra Pak.

²⁸⁶ EuGH, Rs. 223/85, Slg. 1987, 4617 (4659, Rn. 14) – RSV.

gründe wie die Komplexität des Verfahrens oder mangelnde Kooperationsbereitschaft der Verfahrensbeteiligten bereits auf der Ebene der Angemessenheitsprüfung berücksichtigt werden. Insoweit erscheint fraglich, ob neben den Aspekten der Angemessenheit überhaupt eigenständige Rechtfertigungsgründe existieren. Darüber hinaus ist eine verspätete Entscheidung nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte nur rechtswidrig, wenn die Verzögerung die Verteidigungsmöglichkeiten der Betroffenen beeinträchtigt hat. Nur dann kann sie sich nach dieser Rechtsprechung auf die Entscheidung ausgewirkt haben,²⁸⁷ was aber i.d.R. nicht der Fall sein dürfte. Insoweit schwächt diese Verknüpfung des Grundrechts auf angemessene Verfahrensdauer mit den Verteidigungsrechten die Effektivität dieser Gewährleistung und erkennt auch deren eigenständigen Charakter.²⁸⁸

VII. Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 EGRC als einheitliches Grundrecht

Insgesamt lassen sich die verwaltungsverfahrensrechtlichen Ausformung des 4556
Rechts auf eine gute Verwaltung im Rahmen der Gewährleistungen des Art. 41 Abs. 1 und 2 EGRC nicht strikt voneinander trennen, sondern sie überlappen und ergänzen sich teilweise. Dabei legt Art. 41 Abs. 1 EGRC den Anwendungsbereich fest und fasst zusammen, was unter ordnungsgemäßer Verwaltung zu verstehen ist, während Art. 41 Abs. 2 EGRC konkrete Einzelgehalte formuliert. Insoweit sind Art. 41 Abs. 1 und 2 EGRC nicht als getrennte Gewährleistungen zu lesen, sondern als einheitliches Grundrecht.²⁸⁹

C. Einzelne Rechte auf eine gute Verwaltung

I. Rechtliches Gehör (Art. 41 Abs. 2 lit. a) EGRC)

1. Gewährleistungsinhalt

a) Kodifizierung eines allgemeinen Grundsatzes

Art. 41 Abs. 2 lit. a) EGRC gewährt jeder Person das Recht gehört zu werden, bevor 4557
ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird. Dieser Anspruch auf rechtliches Gehör ist für das Kartellverfahrensrecht sekundärrechtlich ausdrücklich geregelt.²⁹⁰ Als allgemeiner Grundsatz des gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahrens war er bislang noch nicht normiert. Allerdings

²⁸⁷ EuG, Rs. T-67/01, Slg. 2004, II-49 (72 f., Rn. 40, 44) – JCB Service.

²⁸⁸ Vgl. *Nehl*, Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002, S. 381 f.; abl. auch *Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 134 ff.

²⁸⁹ So die Terminologie bei *Jarass*, § 36 Rn. 2.

²⁹⁰ Vgl. Art. 27 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 (ABl. 2003 L 1, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1419/2006, ABl. 2006 L 1, S. 1), Art. 10 ff. VO (EG) Nr. 773/2004 (ABl. 2004 L 123, S. 18).

erkennt der EuGH den Grundsatz des rechtlichen Gehörs schon seit langem als ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts an.²⁹¹

b) Ausprägungen

4558 Das Recht auf rechtliches Gehör greift für das gesamte Verwaltungsverfahren und lässt sich je nach Stand des Verfahrens in bestimmte Teilgewährleistungen aufgliedern. So beinhaltet es zunächst das Recht, über die Verfahrenseröffnung informiert zu werden.²⁹² Neben dieser Tatsache muss die Behörde alle tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte offen legen, die zu dem Verfahren geführt haben, und auch darlegen, zu welcher nachteiligen Verwaltungsentscheidung dies führen könnte.²⁹³ Weiter ist der Betroffene berechtigt, zu allen von der Verwaltungsbehörde angeführten Tatsachen und rechtlichen Schlussfolgerungen Stellung zu nehmen.²⁹⁴ Schließlich hat der Betroffene ein Recht auf Berücksichtigung seiner Stellungnahme bei der von der Verwaltungsbehörde zu treffenden Entscheidung.²⁹⁵

c) Bei nachteiligen Maßnahmen

4559 Diese Verfahrensrechte kann nur der von einer nachteiligen individuellen Maßnahme Betroffene für sich beanspruchen. Als solche kommt jede Entscheidung mit Regelungscharakter, aber auch ein Realakt in Betracht. Nachteilig ist eine Maßnahme dann, wenn sie die finanziellen oder sonstigen Interessen des Betroffenen nachteilig berührt.²⁹⁶ Bei Maßnahmen mit Doppelcharakter ist der Schwerpunkt der Regelung zu ermitteln.²⁹⁷

4560 Im Zentrum der Rechtsprechung des EuGH standen zunächst nur Verfahren, die zu finanziellen Sanktionen wie Geldbußen oder Zwangsgeldern führen konnten.²⁹⁸ Dann aber hat er die Geltung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs in allen Verfahren anerkannt, die zu einer für den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, und zwar auch dann, wenn eine ausdrückliche Regelung fehlt.²⁹⁹ Betroffener und somit Grundrechtsinhaber ist der Adressat der späteren

²⁹¹ EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 (511, Rn. 9) – Hoffmann-La Roche; Rs. C-48 u. 66/90, Slg. 1992, I-565 (638 f., Rn. 44) – Niederlande u.a./Kommission; Rs. C-135/92, Slg. 1994, I-2885 (2909, Rn. 39) – Fiskano; Rs. C-32/95 P, Slg. 1996, I-5373 (5396, Rn. 21) – Lisrestal.

²⁹² Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 1285 f.

²⁹³ EuGH, Rs. C-49/88, Slg. 1991, I-3187 (3241, Rn. 15 ff.) – Al Jubail Fertilizer.

²⁹⁴ EuGH, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 (3498, Rn. 7) – Michelin; Rs. C-135/92, Slg. 1994, I-2885 (2909, Rn. 40) – Fiskano; EuG, Rs. T-613/97, Slg. 2000, II-4055 (4083, Rn. 85) – Ufex u.a.

²⁹⁵ EuGH, Rs. C-315/99 P, Slg. 2001, I-5281 (5324, Rn. 31 f.) – Ismeri Europa.

²⁹⁶ Kanska, ELJ 2004, 296 (316).

²⁹⁷ Jarass, § 36 Rn. 17.

²⁹⁸ EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 (511, Rn. 9) – Hoffmann-La Roche.

²⁹⁹ EuGH, Rs. C-48 u. 66/90, Slg. 1992, I-565 (638 f., Rn. 44) – Niederlande u.a./Kommission; Rs. C-32/95 P, Slg. 1996, I-5373 (5396, Rn. 21) – Lisrestal.

Verwaltungsentscheidung, einzelne Vorschriften räumen aber ausdrücklich Dritten Anhörungsrechte ein.³⁰⁰

Auch der Kodex für gute Verwaltungspraxis enthält in Art. 16 ein Recht auf Anhörung und Abgabe von Erklärungen. **4561**

2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung

Das Recht auf rechtliches Gehör ist nicht schrankenlos gewährleistet. Zwar sieht der Wortlaut von Art. 41 Abs. 2 EGRC keine ausdrückliche Schrankenregelung vor, doch ist anerkannt, dass dieses Recht nicht in allen Fällen gleich gewährleistet sein muss und dass es unter bestimmten Umständen auch ganz entfallen kann. Insoweit lässt sich differenzieren zwischen den Fällen, in denen eine Anhörungspflicht entfällt, und dem Vorliegen ungeschriebener Rechtfertigungsgründe. **4562**

Eine Anhörungspflicht entfällt wegen Unmöglichkeit, wenn der Betroffene nicht erreicht werden kann oder wenn er selbst den Zugang von Mitteilungen unmöglich macht.³⁰¹ Auch gibt es Verwaltungsmaßnahmen, deren Eingriffscharakter so unwesentlich ist, dass eine Anhörung entbehrlich erscheint.³⁰² **4563**

In bestimmten Fällen kann es zulässig sein, von der Gewährung rechtlichen Gehörs abzusehen. Dazu gehört etwa, wenn der Verwaltungsakt unaufschiebbar ist³⁰³ oder durch die Anhörung der Entscheidungszweck vereitelt würde.³⁰⁴ Auch wenn die Vernichtung von Beweismitteln droht, kann von der Information und Äußerungsmöglichkeit des Betroffenen abgesehen werden.³⁰⁵ Diese Ausnahmefälle lassen sich als Fälle eines entgegenstehenden zwingenden öffentlichen Interesses zusammenfassen.³⁰⁶ **4564**

Wurde von einer Anhörung abgesehen, obwohl kein rechtfertigender Grund vorliegt, so ist die betreffende Maßnahme grundsätzlich rechtswidrig und aufzuheben. Eine Heilung dieses Verfahrensfehlers bis zum Abschluss dessverfahrens ist aber möglich.³⁰⁷ Eine Heilung im Gerichtsverfahren ist dagegen abzulehnen.³⁰⁸ Eine Aufhebung der Entscheidung wegen unterbliebener Anhörung kann **4565**

³⁰⁰ Art. 27 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 (ABl. 2003 L 1, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1419/2006, ABl. 2006 L 1, S. 1), Art. 18 Abs. 4 FKVO (EG) Nr. 139/2004 (ABl. 2004 L 24, S. 1); s. dazu bereits o. Rn. 4557.

³⁰¹ Vgl. dazu *Lais*, ZEuS 2002, 447 (465); *Mader*, Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsverwaltungsverfahren, 2006, S. 282

³⁰² EuGH, Rs. 33 u. 75/79, Slg. 1980, 1677 (1698, Rn. 25) – Kuhnert.

³⁰³ Das sind Fälle der Eilbedürftigkeit bzw. des Vorliegens von „Gefahr im Verzug“. *Mader*, Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsverwaltungsverfahren, 2006, S. 281 macht hier die Einschränkung, dass die Eilbedürftigkeit nicht durch die Behörde selbst verursacht sein darf.

³⁰⁴ *GA Warner*, EuGH, Rs. 136/79, Slg. 1980, 2033 (2068 f.) – National Panasonic.

³⁰⁵ *GA Warner*, EuGH, Rs. 136/79, Slg. 1980, 2033 (2068) – National Panasonic.

³⁰⁶ Insoweit besteht eine Parallele zu § 28 Abs. 3 VwVfG, wonach eine Anhörung unterbleibt, wenn ihr ein zwingendes öffentliches Interesse entgegensteht.

³⁰⁷ EuGH, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 (3193, Rn. 29) – AEG.

³⁰⁸ EuGH, Rs. C-204 u.a./00 P, Slg. 2004, I-123 (453, Rn. 104) – Aalborg Portland; *Mader*, Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsverwaltungsverfahren, 2006, S. 368 f.

allerdings nur unter der weiteren Voraussetzung beansprucht werden, dass das Verfahren ohne diesen Verfahrensfehler zu einem anderen Ergebnis hätte führen können.³⁰⁹

II. Recht auf Akteneinsicht (Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC)

1. Gewährleistungsinhalt

a) *Personenbezogene Akten*

4566 Das in Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC gewährte Recht einer jeden Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten ist von dem allgemeinen Recht auf Dokumentenzugang aus Art. 42 EGRC zu unterscheiden.³¹⁰ Das Akteneinsichtsrecht nach Art. 41 Abs. 2 EGRC ist beschränkt auf die eine Person betreffenden Akten und verlangt insoweit eine spezifische Beziehung der Person zu dem jeweiligen Dokument.

b) *Potenziell zu verwendende Akten*

4567 Nach der Rechtsprechung des EuGH soll das Akteneinsichtsrecht verhindern, dass die Behörde ihre Entscheidung auf Unterlagen und Beweise stützt, in die der Betroffene nicht Einsicht nehmen konnte.³¹¹ Damit dient dieser Grundsatz der Waffengleichheit zwischen der Verwaltung und dem Betroffenen. Problematisch ist allerdings, dass die Verwaltung die Möglichkeit hat, den Umfang des Rechts auf Akteneinsicht zu steuern. Denn hinsichtlich der Unterlagen, auf die sie ihre Entscheidung nicht stützen will, braucht sie nach dem oben genannten Grundsatz keine Einsicht zu gewähren. Doch ist nicht auszuschließen, dass eben diese Unterlagen ihre Entscheidung zuungunsten des Betroffenen beeinflussen.³¹² Gegen diese Konsequenz wendet sich das EuG und fordert insoweit einen Zugang zu allen Akten, die potenziell verwendet werden können. Insoweit ist eine Gleichheit des Informationsstandes zu fordern.³¹³

c) *Adressaten und Dritte*

4568 Problematisch ist auch, inwieweit das Akteneinsichtsrecht nur von Adressaten einer Verwaltungsmaßnahme beansprucht werden kann oder ob dieses auch Nicht-Adressaten zusteht. Bislang hat der EuGH das Akteneinsichtsrecht als ein solches Adressatenrecht verstanden.³¹⁴ Demgegenüber vertritt das EuG eine sehr viel wei-

³⁰⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-307 (360, Rn. 36) – Frankreich/Kommission; Rs. C-315/99 P, Slg. 2001, I-5281 (5325, Rn. 34) – Ismeri Europa.

³¹⁰ Dazu näher u. Rn. 4618 ff.

³¹¹ EuGH, Rs. 322/81, Slg. 1983, I-3461 (3498 f., Rn. 7 f.) – Michelin; Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 (512 f., Rn. 14) – Hoffmann-La Roche.

³¹² Vgl. *Lais*, ZEuS 2002, 447 (467).

³¹³ EuG, Rs. T-30/91, Slg. 1995, II-1775 (1812, Rn. 83) – Solvay.

³¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 (3498, Rn. 7) – Michelin; Rs. C-310/93 P, Slg. 1995, I-865 (907, Rn. 21) – BPB Industries.

tere Auslegung. So hat das Gericht es als einen Verstoß gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung bezeichnet, dass die Kommission in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge Personen, die nicht Adressat der Maßnahme waren, den Zugang zu Dokumenten verweigert hat.³¹⁵ Versteht man Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 EGRC als einheitliches Grundrecht, so muss der Kreis der Berechtigten grundsätzlich parallel liegen. Soweit man also den Begriff der eigenen Angelegenheiten wie hier weit versteht und auch die Angelegenheiten von Nicht-Adressaten miteinbezieht, müssen diese auch zum Berechtigtenkreis der Einzelgewährleistung des Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC gehören.

2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung

a) *Geschriebene Schranken*

Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC gewährt das Recht auf Akteneinsicht nicht unbeschränkt, sondern nur „unter Wahrung des berechtigten Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses“. Diese Schrankenregelung wird allerdings nicht näher erläutert. 4569

Vom allgemeinen Wortgebrauch ausgehend sind vertrauliche Informationen solche, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind und die vom Empfänger nicht an Dritte weitergegeben werden sollen. Allerdings kann es nicht ausreichen, wenn die Information etwa von einem Dritten, der sie an die Verwaltung weitergeleitet hat, als „vertraulich“ bezeichnet wird. Nach dem Wortlaut des Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC ist nämlich ein legitimes Interesse der Vertraulichkeit erforderlich. Danach muss es sich auch inhaltlich um eine Information handeln, bei der ein schützenswertes Interesse daran besteht, dass sie nicht weitergegeben wird. Dies kann etwa bei personenbezogenen Daten Dritter oder aber bei Berufs- oder Geschäftsgeheimnissen der Fall sein.³¹⁶ 4570

Im Primärrecht ist in Art. 287 EG/339 AEUV eine Pflicht zur Geheimhaltung verankert. Danach sind die Mitglieder der Organe, die Mitglieder der Ausschüsse sowie die Bediensteten der Gemeinschaft/Union verpflichtet, Auskünfte, die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen, nicht preiszugeben. Unter das Berufsgeheimnis fallen Informationen gemäß dieser Vorschrift dann, wenn sie nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind, sie dem Verpflichteten in amtlicher oder beruflicher Eigenschaft bekannt geworden sind und auch unter Berücksichtigung der Interessen an einer Weitergabe die Geheimhaltung objektiv geboten ist.³¹⁷ Dazu hat das EuG auch die Information über die Höhe einer Geldbuße gerechnet, zumindest solange diese noch nicht verhängt wurde.³¹⁸ 4571

Die Auslegung des Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC kann sich an Art. 287 EG/339 AEUV orientieren. In der EGRC wird neben dem Berufs- auch das Geschäftsgeheimnis 4572

³¹⁵ EuG, Rs. T-40/01, Slg. 2002, II-5043 (5053 ff., Rn. 22 ff.) – Scan Office Design.

³¹⁶ Vgl. dazu die parallelen Schrankenregelungen für das Recht auf Zugang zu Dokumenten nach der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 (ABl. 2001 L 145, S. 43) u. Rn. 4686 ff.

³¹⁷ Kingreen/Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 287 EGV Rn. 2.

³¹⁸ EuG, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 (2818 f., Rn. 281) – Volkswagen.

heimnis genannt. Letzteres kann in Anlehnung an die Definition des Berufsgeheimnisses als im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende Tatsache umschrieben werden, an deren Geheimhaltung der Geschäftsinhaber ein berechtigtes Interesse hat.³¹⁹

- 4573** Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass die im Wortlaut des Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC angelegte Trennung zwischen den Schutzgütern der Vertraulichkeit, des Berufs- und des Geschäftsgeheimnisses nicht möglich ist. Diese Tatbestandselemente sind miteinander verwoben, so dass dem Merkmal der Vertraulichkeit kaum eigenständige Bedeutung zukommt. Vielmehr ist das vertraulich, was unter den Begriff des Berufs- oder Geschäftsgeheimnis gefasst werden kann. Weiterhin können sich auch die Begriffe des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses überlappen.
- 4574** In jedem Fall ist das Geheimhaltungsinteresse mit dem Interesse an der Akteneinsicht abzuwägen.³²⁰ Weiterhin darf der Schutz der Geheimhaltungsinteressen nicht so weit gehen, dass dem Recht auf Aktenzugang sein wesentlicher Inhalt genommen wird.³²¹

b) Ungeschriebene Schranken

- 4575** Teilweise wird auf das Effizienzprinzip als ungeschriebene Schranke des Rechts auf Aktenzugang zurückgegriffen.³²² Sie schafft indes weit reichende Einschränkungsmöglichkeiten und darf deshalb nur mit äußerster Zurückhaltung angewendet werden. Das EuG hat deshalb betont, dass eine leistungsfähige Verwaltung praktische und rechtliche Schwierigkeiten der Akteneinsicht grundsätzlich überwinden muss.³²³ Eine Grenze wird allerdings gesehen, wenn die Ermittlungen durch die Gewährung der Akteneinsicht gefährdet würden.³²⁴
- 4576** Auch eine zu Unrecht verweigerte Akteneinsicht kann nur dann zur Rechtswidrigkeit der getroffenen Maßnahme führen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser Verfahrensfehler sich auf die Entscheidung ausgewirkt hat, etwa weil bestimmte Unterlagen nicht zur Verteidigung herangezogen werden konnten.³²⁵

III. Pflicht zur Begründung (Art. 41 Abs. 2 lit. c) EGRC)

1. Gewährleistungsinhalt

- 4577** Als weiteres Element des Rechts auf eine gute Verwaltung verpflichtet Art. 41 Abs. 2 lit. c) EGRC die Verwaltung dazu, ihre Entscheidungen zu begründen.

³¹⁹ Vgl. dazu u. Rn. 4688 f.

³²⁰ EuG, Rs. T-30/91, Slg. 1995, II-1775 (1814, Rn. 88) – Solvay.

³²¹ EuGH, Rs. 264/82, Slg. 1985, 849 (870, Rn. 29) – Timex.

³²² Vgl. Gornig/Trüe, JZ 2000, 395 (406).

³²³ EuG, Rs. T-30/91, Slg. 1995, II-1775 (1819, Rn. 102) – Solvay.

³²⁴ Gornig/Trüe, JZ 2000, 446 (448); Lais, ZEuS 2002, 447 (468).

³²⁵ EuG, Rs. T-30/91, Slg. 1995, II-1775 (1819, Rn. 103) – Solvay; Rs. T-36/91, Slg. 1995, II-1847 (1884, Rn. 78) – ICI.

Auch hierzu findet sich zwar mit Art. 253 EG/296 Abs. 2 AEUV im Primärrecht eine Regelung, wonach Richtlinien, Verordnungen und Entscheidungen bzw. Rechtsakte³²⁶ mit Gründen zu versehen sind. Diese primärrechtliche Verpflichtung betrifft aber nicht alle Akte der Verwaltung und enthält auch keine näheren Angaben zu Inhalt und Umfang der Begründungspflicht. Doch kann auf die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zurückgegriffen werden, in der die Pflicht zur Begründung näher ausgeformt wurde.

Der EuGH hat die Anforderungen an die Begründungspflicht auf der Grundlage von Sinn und Zweck dieses Grundsatzes entwickelt. Die Begründung muss deshalb so ausgestaltet sein, dass eine richterliche Nachprüfung des erlassenen Rechtsakts möglich ist. Weiterhin muss für den Betroffenen erkennbar sein, ob die Entscheidung rechtmäßig oder aber mit einem Fehler behaftet ist, der die Anfechtung ermöglicht.³²⁷ Insoweit muss die Verwaltung die tragenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen für ihre Entscheidung darlegen. Nicht erforderlich ist es dagegen, alle potenziell einschlägigen Gesichtspunkte zu nennen.³²⁸ 4578

Den Umfang der Begründung hat der EuGH von der Rechtsnatur des jeweiligen Rechtsaktes und dem Interesse des Betroffenen an der Begründung abhängig gemacht.³²⁹ So hat er an die Begründung individueller Rechtsakte höhere Anforderungen gestellt als an die Begründung normativer Rechtsakte wie Richtlinien oder Verordnungen. Weiterhin steigen die Anforderungen mit der Intensität der Auswirkungen des konkreten Rechtsakts für den Einzelnen.³³⁰ Allerdings müssen Erwägungen, die dem Einzelnen im Laufe des Verwaltungsverfahrens bekannt geworden sind, nicht nochmals in der Begründung der das Verfahren abschließenden Entscheidung bekannt gegeben werden.³³¹ 4579

2. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung

a) Begrenzte Anerkennung

Gegen das Gebot zur Begründung wird verstoßen, wenn diese entweder ganz fehlt oder aber inhaltliche Mängel aufweist.³³² Wann ein solcher Mangel vorliegt, kann nicht auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 2 lit. c) EGRC entschieden werden. Diese Vorschrift enthält keine inhaltlichen Vorgaben für eine Begründung. Aus der 4580

³²⁶ So die Formulierung in Art. 296 Abs. 2 AEUV. Zu den neuen Begrifflichkeiten *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 79 ff.

³²⁷ EuGH, Rs. 203/85, Slg. 1986, 2049 (2058 f., Rn. 10) – Nicolet; EuG, Rs. T-44/90, Slg. 1992, II-1 (17, Rn. 42) – La Cinq; Rs. T-46/92, Slg. 1994, II-1039 (1053, Rn. 19) – Scottish Football; s. auch EuG, Rs. T-54/99, Slg. 2002, II-313 (344, Rn. 78) – max.mobil Telekommunikation.

³²⁸ EuGH, Rs. 203/85, Slg. 1986, 2049 (2058 f., Rn. 10) – Nicolet.

³²⁹ EuGH, Rs. 33 u. 75/79, Slg. 1980, 1677 (1695, Rn. 14) – Kuhner; Rs. C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719 (1770, Rn. 63) – Sytraval; s. auch EuG, Rs. T-613/97, Slg. 2006, II-1531 (1559, Rn. 66) – Ufex u.a.

³³⁰ EuGH, Rs. C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719 (1770, Rn. 63) – Sytraval.

³³¹ EuG, Rs. T-46/92, Slg. 1994, II-1039 (1053, Rn. 20) – Scottish Football; Rs. T-54/99, Slg. 2002, II-313 (344, Rn. 79) – max.mobil Telekommunikation.

³³² EuGH, Rs. 18/57, Slg. 1959, 89 (115) – I. Nold KG.

oben dargelegten Rechtsprechung ergibt sich, dass die Anforderungen an eine Begründung im Einzelfall differieren können. Bei der Prüfung eines Begründungsmangels sind deshalb die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

- 4581** Art. 41 Abs. 2 lit. c) EGRC enthält auch keine Regelung, wonach eine Begründung entbehrlich sein kann. Jedoch ist anerkannt, dass die Begründungspflicht durch Geheimhaltungsinteressen Dritter eingeschränkt werden kann.³³³ Die Grenze ist aber dort zu ziehen, wo sie ausgehöhlt würde.³³⁴ Weiterhin hat die Rechtsprechung Ausnahmen von der Begründungspflicht zugelassen, soweit außergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Fehlen einer Begründung im Einzelfall nicht als Verstoß erscheinen lassen, der eine Aufhebung des Rechtsakts rechtfertigt.³³⁵ An das Vorliegen solcher Umstände wurden keine besonders strengen Anforderungen gestellt. So hat das EuG einen solchen Ausnahmefall angenommen, wenn noch keine einschlägige Rechtsprechung ergangen war, die den festgestellten Fehler als Begründungsverstoß bewertet hat.³³⁶ Indes besteht die Begründungspflicht unabhängig von einer Anerkennung durch die Rechtsprechung. Ansonsten liefe sie bei mangelnder Anfechtung durch vorherige Betroffene leer.

b) Nachschieben von Gründen

- 4582** Nicht einheitlich ist die Rechtsprechung in der Frage, ob ein Begründungsfehler durch ein Nachschieben von Gründen im Gerichtsverfahren noch geheilt werden kann. Der EuGH hat in einer älteren Entscheidung eine Heilung für zulässig erklärt.³³⁷ In jüngerer Zeit haben die europäischen Gerichte ein Nachschieben von Gründen grundsätzlich abgelehnt.³³⁸ Die Begründungspflicht soll dem Betroffenen schon zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung eine rechtliche Überprüfung ermöglichen. Dies dient in erster Linie dem Schutz der Interessen des Betroffenen, kann sich aber auch zugunsten der Verwaltung auswirken, indem sie Akzeptanz für Entscheidungen schafft und eine gerichtliche Überprüfung gerade überflüssig macht. Insoweit widerspricht ein Nachschieben von Gründen dem Zweck der Begründungspflicht. Unproblematisch sind dagegen orthographische oder grammatikalische Berichtigungen. Diese sind ohne weiteres auch noch nach Erlass des Rechtsakts zulässig.³³⁹

³³³ EuGH, Rs. C-254/95 P, Slg. 1996, I-3423 (3450, Rn. 24) – Innamorati.

³³⁴ EuGH, Rs. 296 u. 318/82, Slg. 1985, 809 (825, Rn. 27) – Niederlande u.a./Kommission.

³³⁵ EuG, Rs. T-295/94, Slg. 1998, II-813 (865 f., Rn. 172 ff.) – Buchmann; Rs. T-11/91, Slg. 1992, II-203 (230, Rn. 85 f.) – Schloh.

³³⁶ EuG, Rs. T-295/94, Slg. 1998, II-813 (865, Rn. 172) – Buchmann.

³³⁷ EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 (512 f., Rn. 14 f.) – Hoffmann-La Roche.

³³⁸ EuGH, Rs. C-353/01 P, Slg. 2004, I-1073 (1121, Rn. 32) – Mattila; Rs. C-189 u.a./02 P, Slg. 2005, I-5425 (5633, Rn. 463) – Dansk Rørindustri u.a.; EuG, Rs. T-613/97, Slg. 2006, II-1531 (1559 f., 67 f.) – Ufex u.a.; früher schon in EuGH, Rs. 195/80, Slg. 1981, 2861 (2876 f., Rn. 22) – Michel. So auch *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf, Art. 253 EGV Rn. 45; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 253 EGV Rn. 11.

³³⁹ Vgl. EuGH, Rs. 131/86, Slg. 1988, 905 (935, Rn. 37 f.) – Vereinigtes Königreich/Rat.

c) Fehlerfolgen

Hinsichtlich der Rechtsfolgen von Begründungsfehlern ist die Rechtsprechung des EuGH nicht einheitlich. Zum einen hat er entschieden, dass Begründungsfehler zur Rechtswidrigkeit und Aufhebung der Entscheidung führen.³⁴⁰ In einer anderen Entscheidung hat er die Aufhebung an die Bedingung geknüpft, dass sich der Begründungsfehler auf die Entscheidung ausgewirkt hat. Ist die Entscheidung materiell richtig und wäre die neu zu treffende Entscheidung mangels Ermessensspielraum mit der aufgehobenen identisch, soll die Entscheidung nicht aufzuheben sein.³⁴¹ In der Lit. wird aus rechtsstaatlichen Gründen und zur Sanktionierung von Verstößen gegen die Begründungspflicht eine Aufhebung befürwortet.³⁴² Dagegen sprechen allerdings Effizienzerwägungen sowie das Fehlen eines schützenswerten Interesses des Betroffenen.³⁴³ Wäre dieselbe Entscheidung nochmals zu erlassen, stellt deshalb ein Begründungsmangel keinen Aufhebungsgrund dar.

Auch der Kodex für eine gute Verwaltungspraxis enthält in Art. 18 Abs. 1 eine Verpflichtung zur Begründung von Entscheidungen, die sich nachteilig auf Einzelne auswirken kann.

IV. Weitere Gehalte eines Rechts auf eine gute Verwaltung

1. Angelegte Weiterung und ihre Probleme

Die Gewährleistung eines Rechts auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 Abs. 1 und 2 EGRC ist auf eine weitere inhaltliche Ausformung angelegt.³⁴⁴ Dies ist bedingt durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie den Wortlaut des Art. 41 Abs. 2 EGRC („insbesondere“), der deutlich macht, dass die Aufzählung der einzelnen Gehalte nicht abschließend ist. Insoweit hat die Ausformung, die bislang durch die europäischen Gerichte stattgefunden hat, keinen abschließenden Charakter, sondern ist entwicklungs offen.

Indes darf dieser Umstand nicht als Freibrief missverstanden werden, Art. 41 EGRC unbegrenzt mit weiteren Gehalten aufzuladen. Dieses Grundrecht würde dann konturenlos und wäre nicht mehr zu handhaben.³⁴⁵ Hinzu kommt, dass sich damit das Problem der Abgrenzung zu anderen Gewährleistungen³⁴⁶ verschärft, was der Effektivität eines Grundrechts eher schadet als nützt. Insoweit sind die weiteren Gehalte, die bislang in der Lit. aus dem Recht auf eine gute Verwaltung abgeleitet werden, daraufhin zu untersuchen, ob sie nicht einer spezielleren Ge-

³⁴⁰ EuGH, Rs. 158/80, Slg. 1981, 1805 (1834, Rn. 27) – Rewe; Rs. C-137/92 P, Slg. 1994, I-2555 (2646, Rn. 48) – BASF u.a.

³⁴¹ EuGH, Rs. 117/81, Slg. 1983, 2191 (2207, Rn. 7) – Geist.

³⁴² Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 253 EGV Rn. 26.

³⁴³ Krajewski/Rösslein, in: Grabitz/Hilf, Art. 253 EGV Rn. 43.

³⁴⁴ Kanska, ELJ 2004, 296 (322).

³⁴⁵ Jarass, § 36 Rn. 27 warnt insoweit vor einer Mutation des Art. 41 EGRC zum „Supergrundrecht“.

³⁴⁶ Dazu u. Rn. 4611 ff.

währleistung zuzuordnen sind oder aber bereits von den in Art. 41 Abs. 1 und 2 EGRC ausdrücklich formulierten Gehalten erfasst werden.

2. Recht auf anwaltliche Beratung

4587 Auch wenn es im Wortlaut nicht ausdrücklich angesprochen ist, wird das Recht, sich durch einen Anwalt beraten und unterstützen zu lassen, auch als durch Art. 41 EGRC garantiert angesehen.³⁴⁷ Jedoch ist zu fragen, ob dieses Recht nicht ausschließlich der spezielleren Gewährleistung des Art. 47 Abs. 2 S. 3 EGRC zuzuordnen ist. Dort ist ausdrücklich das Recht verankert, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen. Dieses Recht gilt für alle gerichtlichen Verfahren, also nicht nur für das Strafverfahren,³⁴⁸ sondern auch im zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren.³⁴⁹ Für das Verwaltungsverfahren greift diese Regelung freilich nicht.

4588 Zwar könnte diese Garantie auch auf das dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorangehende Verwaltungsverfahren auszudehnen sein. Indes mündet nicht jedes Verwaltungsverfahren in ein gerichtliches Verfahren. Aber auch ein Verwaltungsverfahren kann rechtlich oder tatsächlich so schwierig sein, dass der Betroffene ein Bedürfnis nach anwaltlichem Beistand hat, unabhängig davon, ob sich ein gerichtliches Verfahren anschließt oder nicht. Insoweit ist es sachlich gerechtfertigt und verstößt nicht gegen den Spezialitätsgrundsatz, aus Art. 41 EGRC ein eigenes Recht auf anwaltliche Beratung herzuleiten.³⁵⁰

3. „Nemo tenetur“-Grundsatz

4589 Weiter wird aus Art. 41 EGRC das Recht abgeleitet, sich nicht selbst belasten zu müssen.³⁵¹ Der „nemo tenetur“-Grundsatz ist ein originär strafprozessualer Grundsatz, der zwar in den Art. 47 und 48 EGRC auch nicht ausdrücklich gewährleistet wird, aber als Voraussetzung für ein faires Verfahren aus dem Zusammenspiel von Art. 47 Abs. 2 EGRC i.V.m. Art. 48 Abs. 1 EGRC hergeleitet wird.³⁵² Das EuG hat ihn für kartellrechtliche Verfahren angewandt, in denen strafähnliche Sanktionen in Form von Bußgeldern drohen. Zwar lehnte das Gericht die Anerkennung eines umfassenden Aussageverweigerungsrechts ab. Gleichzeitig stellte es aber klar, dass die Kommission ein Unternehmen nicht zur Erteilung von Antworten verpflichten darf, durch die es Zuwiderhandlungen eingestehen müsste, für die die Kommission beweispflichtig ist.³⁵³ Auch in der Lit. wird mit ähnlicher Begründung eine Anwendung der strafprozessualen Garantien auch auf das Verwaltungs-

³⁴⁷ Jarass, § 36 Rn. 30; Kanska, ELJ 2004, 296 (316).

³⁴⁸ Dafür enthält Art. 48 Abs. 2 EGRC eine spezielle Regelung.

³⁴⁹ Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 71.

³⁵⁰ Ein solches Recht ist auch im deutschen Verwaltungsverfahren ausdrücklich verankert, vgl. § 14 VwVfG.

³⁵¹ Kanska, ELJ 2004, 296 (316); im Ergebnis auch Jarass, § 36 Rn. 32.

³⁵² Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 10a; vgl. dazu u. Rn. 5098 ff.

³⁵³ S. EuG, Rs. T-305/94 u.a., Slg. 1999, II-931 (1062 f., Rn. 445 ff.) – Limburgse Vinyl Maatschappij u.a.

verfahren befürwortet.³⁵⁴ Soweit in dem jeweiligen Verwaltungsverfahren strafähnliche Sanktionen drohen, kann eine Anwendung des „nemo tenetur“-Grundsatzes auch im Verwaltungsverfahren gerechtfertigt sein. Insoweit bietet Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 EGRC aber die speziellere Rechtsgrundlage. Eine Verankerung in Art. 41 EGRC ist deshalb nicht erforderlich³⁵⁵ und dogmatisch im Hinblick auf den Spezialitätsgrundsatz abzulehnen.

4. Unschuldsvermutung

Auch der Grundsatz, bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis der Schuld als unschuldig zu gelten, wird teilweise als Ausprägung des Rechts auf gute Verwaltung unter Art. 41 EGRC gefasst.³⁵⁶ Doch auch diese Weiterung ist im Hinblick auf die speziellere Gewährleistung des Art. 48 Abs. 1 EGRC, die auch für Verwaltungs-sanktionen eingreift,³⁵⁷ abzulehnen. Das EuG hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Unschuldsvermutung im Kartellverfahren angewandt und die Geltung dieses Grundsatzes für das Kartellverfahren nicht aus dem Recht auf gute Verwaltung, sondern ausdrücklich aus Art. 47 EGRC³⁵⁸ abgeleitet. Im Hinblick auf die Art und Schwere der im Kartellverfahren verhängten Sanktionen gelte der Grundsatz der Unschuldsvermutung auch in Verfahren wegen der Verletzung von Wettbewerbsregeln, in denen Geldbußen oder Zwangsgelder verhängt werden können.³⁵⁹ **4590**

5. Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung

Schließlich wird aus Art. 41 EGRC auch die Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung abgeleitet.³⁶⁰ Dabei wird auf die Rechtsprechung des EuG verwiesen, das eine solche Pflicht bereits als grundlegenden Bestandteil einer guten Verwaltung anerkannt habe.³⁶¹ Aus den genannten Entscheidungen lässt sich aber nicht ableiten, dass eine Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung von dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung als separate Gewährleistung umfasst wird. In den genannten Entscheidungen wird eine Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung überhaupt nicht for- **4591**

³⁵⁴ So für die Unschuldsvermutung *Schwarze*, EuZW 2003, 261 (264 ff.); *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 4, 23; *Eser*, in: Meyer, Art. 48 Rn. 11. Dazu nachfolgend Rn. 4590.

³⁵⁵ A.A. *Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 191 f. Dabei übersieht sie die Möglichkeit der Anwendung der Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 EGRC auf das Verwaltungsverfahren.

³⁵⁶ *Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 195.

³⁵⁷ Näher dazu Rn. 5075 ff.

³⁵⁸ Bei diesem Zitat handelt es sich wohl um ein Versehen, denn die Unschuldsvermutung ist in Art. 48 Abs. 1 EGRC enthalten.

³⁵⁹ EuG, Rs. T-67 u.a./00, Slg. 2004, II-2501 (2582 f., Rn. 178) – JFE Engineering u.a.

³⁶⁰ *Jarass*, § 36 Rn. 31; *Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 177 ff. (Recht auf sorgfältige und unparteiische Untersuchung).

³⁶¹ *Kanska*, ELJ 2004, 296 (322) unter Hinweis auf EuG, Rs. T-73/95, Slg. 1997, II-381 (394, Rn. 32) – *Oliveira*; Rs. T-231/97, Slg. 1999, II-2403 (2417 f., Rn. 39, 41) – New Europe Consulting.

muliert. Soweit sie genannt wird, steht sie im Zusammenhang mit dem Recht auf rechtliches Gehör³⁶² oder aber mit der Pflicht zur unparteiischen Behandlung.³⁶³ Insoweit ist eine Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung als eigenständiger Bestandteil des Rechts auf gute Verwaltung abzulehnen. Vielmehr ergibt sich die Pflicht zur sorgfältigen Ermittlung aller entscheidungsrelevanten Tatsachen aus der Pflicht zur unparteiischen Behandlung sowie aus dem Recht auf rechtliches Gehör.³⁶⁴

D. Haftungsregelung

I. Parallelität mit Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV

4592 Art. 41 Abs. 3 EGRC nimmt die Regelung des Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV auf. Danach haftet die Gemeinschaft/Union für den durch die Organe und Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Die Chartanorm formuliert ausdrücklich einen entsprechenden Anspruch, der jedermann zusteht. Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV enthält dagegen keinen Hinweis auf den Kreis der Anspruchsberechtigten.³⁶⁵ Mit der Inkorporierung der Haftungsregelung in Art. 41 EGRC wollte der Konvent deutlich machen, dass ein Verstoß gegen die darin verankerten Garantien auch mit Schadensersatzpflichten sanktioniert wird.³⁶⁶ Diese Stellung steht auch in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, der die Wiedergutmachung von Fehlern und Versäumnissen der Verwaltung als einen allgemeinen Grundsatz guter Verwaltungsführung bewertet hat.³⁶⁷

4593 Art. 41 Abs. 3 EGRC und Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV regeln die Haftung nur unvollständig. Im Wortlaut werden lediglich die Voraussetzungen Handeln eines Organs oder eines Bediensteten, Handeln im Rahmen einer Amtstätigkeit und Verursachung eines Schadens aufgeführt. Im Übrigen verweist die Grundrechtsvorschrift ebenso wie das primärrechtliche Vorbild auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten. Insoweit wird nicht das Haftungsrecht der Mitgliedstaaten rezipiert. Vielmehr enthält diese Formulierung einen Auftrag an den Gerichtshof, im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung den Haftungstatbestand zu entwickeln.³⁶⁸ Diesem Auftrag entsprechend hat der EuGH auf der Grundlage des Art. 288 Abs. 2 EG die außervertragliche Haftung ausgeformt. Auf

³⁶² EuG, Rs. T-231/97, Slg. 1999, II-2403 (2417 f., Rn. 39, 41) – New Europe Consulting.

³⁶³ Vgl. EuGH, Rs. C-269/90, Slg. 1991, I-5469 (5499, Rn. 14) – TU München; EuG, Rs. T-167/94, Slg. 1995, II-2589 (2618, Rn. 73) – Nölle.

³⁶⁴ S.o. Rn. 4544 sowie 4558.

³⁶⁵ Dazu näher u. Rn. 4594 f.

³⁶⁶ Bernsdorff/Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 316, vgl. auch Magiera, in: Meyer, Art. 41 Rn. 18.

³⁶⁷ EuGH, Rs. 55/70, Slg. 1971, 379 (386 f., Rn. 18 f.) – Reinarz.

³⁶⁸ S. V. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 29; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 EGV Rn. 5; Lais, ZEuS 2002, 447 (471).

diese Grundsätze kann zur Auslegung des Art. 41 Abs. 3 EGRC zurückgegriffen werden.

II. Anspruchsberechtigte

Nach Art. 41 Abs. 3 EGRC ist ausdrücklich jede Person berechtigt, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV enthält dagegen keine Anhaltspunkte zum Kreis der Berechtigten. Doch auch im Rahmen dieser Norm ist anerkannt, dass alle natürlichen und juristischen Personen anspruchsberechtigt sein können. Es ist nicht erforderlich, dass die jeweilige Person Angehörige eines Mitgliedstaates oder darin ansässig ist. Insoweit können auch Angehörige von Drittstaaten bzw. in Drittstaaten ansässige Unternehmen Inhaber des Anspruchs sein.³⁶⁹ **4594**

Ob eine Personenvereinigung als juristische Person berechtigt ist, bestimmt sich allein nach dem Recht des Sitzstaates.³⁷⁰ Die Rechtsprechung hat noch nicht entschieden, ob die Mitgliedstaaten selbst anspruchsberechtigt sein können. Dafür spricht, dass der EG/AEUV auf eine Ausschöpfung des eigenen Rechtsschutzsystems angelegt ist.³⁷¹ **4595**

III. Anspruchsverpflichtete

Passivlegitimiert ist nach dem Wortlaut des Art. 41 Abs. 3 EGRC die Union. Mit Inkrafttreten des Lissabonner Reformvertrags soll die Rechtspersönlichkeit „EU“ gem. Art. 1 Abs. 3, Art. 47 EUV, Art. 335 AEUV an die Stelle der Gemeinschaft treten.³⁷² Vor dieser Verschmelzung hatte der EuGH auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 Satzung des EuGH eine verfahrensrechtliche Lösung gewählt. Er hat nicht die Gemeinschaft bzw. die Union, sondern das jeweils handelnde Organ als Partei des Rechtsstreits behandelt.³⁷³ **4596**

IV. Handeln eines Bediensteten oder eines Organs

Die außervertragliche Haftung setzt zunächst voraus, dass Bedienstete oder Organe in Ausübung ihrer Amtstätigkeit eine Norm des Europarechts verletzen. Die Handelnden müssen also Bedienstete oder Organe der Gemeinschaft/Union sein. **4597**

³⁶⁹ Vgl. EuGH, Rs. 145/83, Slg. 1985, 3539 – Adams; Rs. C-182/91, Slg. 1993, I-2161 – Forafrique. Auf die Anspruchsberechtigung wurde hier allerdings nicht ausdrücklich eingegangen.

³⁷⁰ Vgl. EuG, Rs. T-390/94, Slg. 1997, II-501 (514, Rn. 34) – Schröder u.a.

³⁷¹ V. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 36 unter Verweis auf Art. 292 EGV.

³⁷² Vgl. dazu Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 40 f.

³⁷³ EuGH, Rs. C-104/89 u. 37/90, Slg. 1992, I-3061 (3130 f., Rn. 8 f.) – Mulder; Rs. C-146/91, Slg. 1994, I-4199 (4224 f., Rn. 1) – KYDEP.

Der Begriff der Organe ist allerdings nicht mit dem in Art. 7 EG/13 EUV identisch,³⁷⁴ sondern wird weiter gefasst. Darunter fallen auch alle durch den Vertrag geschaffenen Einrichtungen, die berechtigt sind, „im Namen und für Rechnung“ der Gemeinschaft/Union zu handeln.³⁷⁵

- 4598** Bei den Bediensteten muss es sich nicht notwendig um Beamte handeln. Von diesem Begriff sind vielmehr alle umfasst, die in einem Beschäftigungsverhältnis zur Gemeinschaft bzw. Union stehen oder derer sich die Gemeinschaft bzw. Union zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedient.³⁷⁶

V. Handeln in Ausübung einer Amtstätigkeit

- 4599** Es muss ein Handeln in Ausübung einer Amtstätigkeit vorliegen.³⁷⁷ Der Gerichtshof fasst unter diese Tatbestandsvoraussetzung jedes Handeln, das sich aufgrund einer unmittelbaren inneren Beziehung notwendig aus den Aufgaben der Organe ergibt.³⁷⁸ Dieses Handeln ist in einem umfassenden Sinne zu verstehen. Es erfasst Realakte ebenso wie Rechtsakte,³⁷⁹ kann in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen. Letzteres wird allerdings nur dann relevant, wenn eine Pflicht zum Tätigwerden bestand.³⁸⁰

VI. Rechtsverletzung

1. Handlungsunrecht

- 4600** Das Handeln kann in Form eines Einzelakts, eines Realakts oder eines sonstigen faktischen Verhaltens vorliegen. Dieses Handeln muss rechtswidrig sein. Ein bloßer Verstoß gegen (höherrangiges) Europarecht reicht jedoch nicht aus. Vielmehr muss es sich bei der verletzten Norm um eine Schutznorm handeln. Das setzt voraus, dass sie nicht nur im Interesse der Allgemeinheit besteht, sondern mindestens auch individualschützenden Charakter hat.³⁸¹ Indes reichen hier anders als nach deutschem Verständnis³⁸² bloße Rechtsreflexe aus.³⁸³ Als solche Schutznor-

³⁷⁴ EuGH, Rs. C-370/89, Slg. 1992, I-6211 (6248 f., Rn. 15 f.) – SGEEM u. Etroy.

³⁷⁵ *Lais*, ZEuS 2002, 447 (473). Ausführlich zur Organqualität anhand von Beispielen v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 62 f.

³⁷⁶ *V. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 63; *Detterbeck*, AöR 125 (2000), 202 (209); *Lais*, ZEuS 2002, 447 (473).

³⁷⁷ Teilweise wird vertreten, dass sich diese Voraussetzung nur auf die Bediensteten bezieht, v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 64.

³⁷⁸ EuGH, Rs. 9/69, Slg. 1969, 329 (336, Rn. 5/11) – Sayag: ohne ausdrückliche Erwähnung einer Pflicht zum Handeln.

³⁷⁹ Zu der Haftung für Rechtsakte s. sogleich Rn. 4601 f.

³⁸⁰ EuGH, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065 (6099 f., Rn. 38 ff.) – T.Port.

³⁸¹ EuGH, Rs. 5/66 u.a., Slg. 1967, 331 (354 f.) – Kampffmeyer u.a.; Rs. 5/71, Slg. 1971, 975 (984 f., Rn. 11) – Schöppenstedt; Rs. C-104/89 u. 37/90, Slg. 1992, I-3061 (3131, Rn. 12) – Mulder.

³⁸² Vgl. *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 45.

men haben der EuGH und das EuG etwa gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen zur Arbeitssicherheit,³⁸⁴ das Eigentum,³⁸⁵ den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit³⁸⁶ sowie die Grundsätze ordentlicher Verwaltung³⁸⁷ anerkannt. Diese Schutznormen können dem ungeschriebenen Recht angehören oder als geschriebene Normen sowohl im Primärrecht als auch im Sekundärrecht verankert sein.

2. Normatives Unrecht

Bei den Anforderungen an die Rechtswidrigkeit differenziert die Rechtsprechung 4601 zwischen administrativem Handeln und normativem Handeln, das zu der Schutznormverletzung führt. Bei administrativem Handeln reicht die Normverletzung aus, ohne dass es auf den Rang der verletzten Norm ankommt. Bei normativem Unrecht hat der EuGH im Zusammenhang mit Normen, die wirtschaftspolitische Entscheidungen enthalten, eine „hinreichend qualifizierte Verletzung einer dem Schutz des Einzelnen dienenden höherrangigen Schutznorm“³⁸⁸ gefordert.

Hintergrund dieser zusätzlichen Haftungsbegrenzung bei normativem Handeln 4602 ist, dass der Gerichtshof den Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Unionsorgane durch drohende Schadensersatzansprüche nicht übermäßig einschränken wollte.³⁸⁹ Daher ist diese Rechtsprechung zu verallgemeinern und nicht auf Normen mit wirtschaftspolitischen Entscheidungen begrenzt. Eine hinreichend qualifizierte Verletzung liegt dann vor, wenn der Handelnde die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten hat.³⁹⁰ Dies ist dann der Fall, wenn eine klar abgrenzbare Gruppe von Personen betroffen ist und der Schaden über das hinausgeht, was bei einer Tätigkeit in dem betroffenen Wirtschaftszweig zu erwarten ist.³⁹¹

³⁸³ EuGH, Rs. 5/66 u.a., Slg. 1967, 331 (354 f.) – Kampffmeyer u.a.

³⁸⁴ EuGH, Rs. C-308/87, Slg. 1990, I-1203 (1225, Rn. 8) – Grifoni.

³⁸⁵ EuGH, Rs. 281/84, Slg. 1987, 49 (91 f., Rn. 25 ff.) – Zuckerfabrik Bedburg.

³⁸⁶ EuGH, Rs. 281/84, Slg. 1987, 49 (94, Rn. 35 ff.) – Zuckerfabrik Bedburg.

³⁸⁷ EuG, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-1 (35 f., Rn. 85 ff.) – Koelman; Rs. T-231/97, Slg. 1999, II-2403 (2417 f., Rn. 38 ff.) – New Europe Consulting.

³⁸⁸ St. Rspr. seit EuGH, Rs. 5/71, Slg. 1971, 975 (984 f., Rn. 11) – Schöppenstedt; vgl. die Nachweise bei v. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 83.

³⁸⁹ Detterbeck, AöR 125 (2000), 202 (214) unter Verweis auf EuGH, Rs. 9 u. 11/71, Slg. 1972, 391 (407 f., Rn. 28/34) – Cie d’approvisionnement; Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 (547, Rn. 19/23) – Comptoir National Technique Agricole (CNTA); s. auch Rs. 83/76 u.a., Slg. 1978, 1209 (1224 f., Rn. 6) – HNL.

³⁹⁰ EuGH, Rs. 83/76 u.a., Slg. 1978, 1209 (1224 f., Rn. 6) – HNL.

³⁹¹ EuGH, Rs. 238/78, Slg. 1979, 2955 (2973, Rn. 11) – Ireks-Arkady; Rs. 261 u. 262/78, Slg. 1979, 3045 (3064 f., Rn. 14) – Interquell Stärke-Chemie; Rs. C-104/89 u. 37/90, Slg. 1992, I-3061 (3132 f., Rn. 16 f.) – Mulder.

3. Haftung ohne Handlungsunrecht

a) Haftung für rechtmäßiges Handeln

4603 Der EuGH hat bislang noch nicht entschieden, ob ein Schadensersatzanspruch auch für rechtmäßiges Handeln der Organe bestehen kann. Doch hat das EuG dargelegt, welche Voraussetzungen ein solcher Anspruch haben könnte.³⁹² Dazu gehört als zentrales Kriterium das Vorliegen eines Sonderopfers, d.h. eines besonderen und außergewöhnlichen Schadens.³⁹³ Als weitere Haftungsvoraussetzung hat das Gericht das Fehlen eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses genannt.³⁹⁴ Es bleibt abzuwarten, ob und wie dieser Haftungsanspruch in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte weiter ausgeformt wird.

b) Gefährdungshaftung

4604 Auch zum Bestehen einer Gefährdungshaftung auf der Grundlage von Art. 288 Abs. 2 EG/340 Abs. 2 AEUV hat der EuGH bislang noch keine Aussage gemacht.³⁹⁵ In der Lit. wird nicht ausgeschlossen, dass unter Rückgriff auf die Regelung des Art. 28 EAG³⁹⁶ das Bestehen eines entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes anerkannt werden könnte.³⁹⁷

VII. Schaden

4605 Die Rechtsverletzung muss einen Schaden verursachen. Schaden ist grundsätzlich jeder Nachteil, den der Betroffene an seinem Vermögen oder seinen sonstigen rechtlich geschützten Gütern erleidet.³⁹⁸ Dazu gehören auch immaterielle Schäden³⁹⁹ und entgangener Gewinn, soweit dieser bereits hinreichend konkret war und

³⁹² EuG, Rs. T-184/95, Slg. 1998, II-667 (688 ff., Rn. 59 ff.) – Dorsch Consult. Das Gericht hat die Voraussetzungen eines Schadensersatzes nur hypothetisch geprüft. Dies wird aber als Hinweis auf eine grds. Anerkennung dieser Haftung verstanden, vgl. v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 94a.

³⁹³ EuG, Rs. T-184/95, Slg. 1998, II-667 (688 f., Rn. 59; 695, Rn. 76) – Dorsch Consult. Zu diesem Merkmal im Rahmen des enteignenden Eingriffs des deutschen Staatshaftungsrechts, vgl. *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 985.

³⁹⁴ EuG, Rs. T-184/95, Slg. 1998, II-667 (696, Rn. 80) – Dorsch Consult.

³⁹⁵ Vgl. EuGH, Rs. 326/86 u. 66/88, Slg. 1989, 2087 (2110 ff., Rn. 9 ff.) – Francesconi u.a.

³⁹⁶ Darin ist eine Gefährdungshaftung vorgesehen für Schäden, die aus der unbefugten Verwendung von unveröffentlichten oder geheimgehaltenen Patenten etc. entstehen, wenn dies im Zusammenhang mit der Erfüllung von Mitteilungspflichten an die Kommission geschieht.

³⁹⁷ So v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 99; offengelassen bei *Detterbeck*, AöR 125 (2000), 202 (223).

³⁹⁸ EuGH, Rs. 40/75, Slg. 1976, 1 (8 f., Rn. 4 ff.) – *Produits Bertrand*; v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 100; *Detterbeck*, AöR 125 (2000), 202 (216).

³⁹⁹ EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 (134 f.) – *Algera*; Rs. 169/83 u. 136/84, Slg. 1986, 2801 (2827, Rn. 18) – *Leussink-Brummelhuis*.

nicht eine bloße Gewinnchance darstellte.⁴⁰⁰ Inwieweit der Schadensersatz neben Geldersatz auch Naturalrestitution oder Folgenbeseitigung umfassen kann, ist von der Rechtsprechung soweit ersichtlich bislang nicht entschieden worden. In der Lit. ist dies umstritten.⁴⁰¹ Für die größere Reichweite spricht, dass Schadensersatz die eingetretenen Nachteile möglichst weitgehend neutralisieren soll.⁴⁰² Dieses Anliegen müsste vor allem die nunmehrige grundrechtliche Gewährleistung haben.

VIII. Kausalität

Schließlich muss das rechtswidrige Handeln für den Schadenseintritt kausal gewesen sein. Insoweit ist ein ursächlicher Zusammenhang erforderlich.⁴⁰³ Entscheidend dafür ist die objektive Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts.⁴⁰⁴ Der Kausalzusammenhang kann allerdings durch das Verhalten des Geschädigten selbst oder eines Dritten unterbrochen werden, so dass die ursprünglich in Gang gesetzte Kausalkette nicht mehr in dem eingetretenen Schaden wirksam wird.⁴⁰⁵ Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Geschädigte bewusst ein Risiko in Kauf genommen hat, das sich in dem konkret eingetretenen Schaden realisiert hat. Ein Kausalzusammenhang wird auch dann abgelehnt, wenn der Schaden in gleicher Weise ohne das Handeln der europäischen Organe eingetreten wäre.⁴⁰⁶ **4606**

IX. Kein Verschuldenserfordernis

Ein Verschulden eines Bediensteten oder ein Organverschulden ist keine notwendige Haftungsvoraussetzung.⁴⁰⁷ Vielmehr reicht eine Rechtsverletzung aus, die den genannten Kriterien entspricht. Jedoch kann ein Mitverschulden des Geschä- **4607**

⁴⁰⁰ EuGH, Rs. 5/66 u.a., Slg. 1967, 331 (359) – Kampffmeyer u.a.

⁴⁰¹ Dafür v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 112; *Detterbeck*, AöR 125 (2000), 202 (217); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 613; dagegen *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Rechtsschutz in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 52.

⁴⁰² Vgl. *Frenz*, Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, 1992, S. 87 ff. auch m.w.N. zur herrschenden Gegenansicht bei der Staatshaftung nach Art. 34 GG, § 839 BGB.

⁴⁰³ EuGH, Rs. C-55/90, Slg. 1992, I-2533 (2570 f., Rn. 18) – Cato. Z.T. wird enger auch ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang gefordert, vgl. EuGH, Rs. 64/76 u.a., Slg. 1979, 3091 (3117, Rn. 21) – Dumortier frères.

⁴⁰⁴ *Detterbeck*, AöR 125 (2000), 202 (216) unter Hinweis auf *GA Roemer*, EuGH, Rs. 63-69/72, Slg. 1973, 1229 (1271) – Werhahn, der ausdrücklich auf die Adäquanztheorie abstellt.

⁴⁰⁵ EuGH, Rs. C-182/91, Slg. 1993, I-2161 (2189 f., Rn. 21 f.) – Forafrique; v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 106.

⁴⁰⁶ EuG, Rs. T-572/93, Slg. 1995, II-2025 (2050, Rn. 65) – Odigitria.

⁴⁰⁷ V. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 118; *Detterbeck*, AöR 125 (2000), 202 (219); a.A. *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 499 f., der für eine verschuldensabhängige Haftung eintritt, bei der aber die Rechtswidrigkeit die Schuld inziert.

digten den Ersatzanspruch mindern oder sogar ganz ausschließen.⁴⁰⁸ Dieses kann etwa darin bestehen, dass der Geschädigte es unterlässt, zumutbare Rechtsbehelfe des europäischen oder des nationalen Rechts einzulegen.⁴⁰⁹

E. Sprachengarantie

4608 Nach der Sprachengarantie⁴¹⁰ des Art. 41 Abs. 4 EGRC kann jede Person sich in einer der Sprachen der Verträge an die Organe der Union wenden und muss eine Antwort in derselben Sprache erhalten. Diese Vorschrift ist fast wortgleich mit der des Art. 21 Abs. 3 EG/24 Abs. 4 AEUV, der sich wiederum aus einer sekundärrechtlichen Vorschrift entwickelt hat. Bereits Art. 2 VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage⁴¹¹ räumte das Recht ein, Schriftstücke an die Organe der Gemeinschaft in einer der damals noch vier Amtssprachen⁴¹² abzufassen. Die Organe wurden darin verpflichtet, in derselben Sprache zu antworten. Ein Unterschied ergibt sich allerdings im Hinblick auf den Kreis der Berechtigten. Während Art. 41 Abs. 4 EGRC dieses Recht allen Personen einräumt, beschränkt die primärrechtliche Vorschrift des Art. 21 Abs. 3 EG/24 Abs. 4 AEUV es auf die Unionsbürger. Die VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage wiederum ist weiter gefasst und berechtigt alle der Hoheitsgewalt eines der Mitgliedstaaten unterliegende Personen. Gem. Art. 52 Abs. 2 EGRC sind für den Gehalt der Grundrechte die für parallele primärrechtliche Gewährleistungen geltenden Bedingungen und Grenzen maßgeblich. Insoweit wird der Kreis der Berechtigten durch Art. 21 Abs. 3 EG/24 Abs. 4 AEUV auf die Unionsbürger eingeschränkt.⁴¹³ Allerdings führt die weiter reichende Regelung in Art. 2 VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage dazu, dass diese Einschränkung in der Praxis kaum von Bedeutung ist.⁴¹⁴

4609 Die Mitgliedstaaten sind schon nach dem Wortlaut aus dieser Gewährleistung nicht verpflichtet. Allerdings gibt es sekundärrechtlich davon abweichende Rege-

⁴⁰⁸ EuGH, Rs. 145/83, Slg. 1985, 3539 (3592, Rn. 53 ff.) – Adams.

⁴⁰⁹ V. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 288 EGV Rn. 118.

⁴¹⁰ Zu weiteren für das Recht aus Art. 41 Abs. 4 EGRC verwendeten Bezeichnungen vgl. Pfeffer, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 212.

⁴¹¹ VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 1958 Nr. 17, S. 385; geändert durch VO (EG) Nr. 920/2005, ABl. 2005 L 156, S. 3.

⁴¹² In 2007 war diese Zahl auf 23 Amtssprachen angewachsen. Zu den damit verbundenen Problemen s. die Beiträge bei R. Fischer, Herausforderungen der Sprachenvielfalt der Europäischen Union, 2007, S. 44 ff.

⁴¹³ Jarass, § 36 Rn. 41; a.A. Magiera, in: Meyer, Art. 41 Rn. 23 f.; Streinz, in: ders., Art. 41 GR-Charta Rn. 16 – beide unter Rückgriff auf die VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage (ABl. 1958 Nr. 17, S. 385; geändert durch VO (EG) Nr. 920/2005, ABl. 2005 L 156, S. 3). Diese kann zur Auslegung des Art. 41 Abs. 4 EGRC aber nicht herangezogen werden, da Art. 52 Abs. 2 EGRC insoweit nur die Regelungen paralleler Rechte in den Verträgen in Bezug nimmt. Dazu gehört die VO Nr. 1 nicht, da sie auf der Grundlage der organrechtlichen Regelung des Art. 290 EG/342 AEUV ergangen ist.

⁴¹⁴ So auch Jarass, § 36 Rn. 41.

lungen, wie z.B. Art. 84 Abs. 4 S. 1 WanderarbeitnehmerVO Nr. 1408/71⁴¹⁵, wonach die Behörden, Träger und Gerichte eines Mitgliedstaates die bei ihnen eingereichten Anträge und sonstigen Schriften nicht deshalb zurückweisen dürfen, weil sie in der Amtssprache eines anderen Mitgliedstaates abgefasst sind.

Wie sich aus der weiten Formulierung ergibt, greift die Garantie des Art. 41 Abs. 4 EGRC inhaltlich nicht nur im Rahmen von Auskunftsbegehren,⁴¹⁶ sondern bei jedwedem „Sich-Wenden“ an ein Organ der Gemeinschaft.⁴¹⁷ Erfasst werden insoweit etwa Anfragen, Anträge, Begehren, Stellungnahmen oder Beschwerden.⁴¹⁸ Gleichzeitig macht Art. 41 Abs. 4 EGRC aber keinerlei Vorgaben, wie die Antwort inhaltlich ausgestaltet sein muss.⁴¹⁹ Maßstäbe finden sich etwa in den Vorschriften zum Dokumentenzugang.⁴²⁰ Insoweit gewährt Art. 41 Abs. 4 EGRC keinen Anspruch auf inhaltliche Befassung mit dem Begehren.⁴²¹ **4610**

F. Abgrenzung zu anderen Grundrechten

I. Allgemeines Recht auf Dokumentenzugang (Art. 42 EGRC)

Das in Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC verankerte Recht einer jeden Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten ist nicht deckungsgleich mit dem Recht auf Dokumentenzugang in Art. 42 EGRC. Während das Recht aus Art. 41 Abs. 2 EGRC nur Einsicht in die eine bestimmte Person betreffenden Akten gewährt und insoweit eine spezifische Beziehung der Person zu den Akten voraussetzt, ist das allgemeine Dokumentenzugangsrecht nicht an den Nachweis eines spezifischen Interesses geknüpft.⁴²² Das Zugangsrecht des Art. 42 EGRC wird teilweise als besondere Ausprägung des enger ausgestalteten Rechts auf gute Verwaltung in Art. 41 EGRC betrachtet.⁴²³ Andere sehen in Art. 42 EGRC eine subsidiäre Gewährleistung, der die bereichsspezifischen Regelungen und so auch Art. 41 EGRC als *leges speciales* vorgehen.⁴²⁴ Jedoch ist angesichts der spezifischen Zwecke des allgemeinen Dokumentenzugangsrechts und der fehlenden Möglichkeit, Beschrän-

⁴¹⁵ Des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (WanderarbeitnehmerVO), ABl. L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 392, S. 1.

⁴¹⁶ So aber *Kaufmann-Bühler*, in: Lenz/Borchardt, Art. 21 EGV Rn. 2.

⁴¹⁷ *Lais*, ZEuS 2002, 447 (475); *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 73.

⁴¹⁸ *Jarass*, § 36 Rn. 40; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 21 EGV Rn. 4; *Lais*, ZEuS 2002, 447 (475).

⁴¹⁹ *Hatje*, in: Schwarze, Art. 21 EGV Rn. 4; *Lais*, ZEuS 2002, 447 (475); *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 73.

⁴²⁰ S. dazu ausführlich u. Rn. 4618 ff.

⁴²¹ *Jarass*, § 36 Rn. 42; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 21 EGV Rn. 4; weiter gehend *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 21 EG Rn. 6 (Anspruch auf prüfende Kenntnisnahme). Vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 149/2001 (ABl. 2001 L 145, S. 43).

⁴²³ *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 12; *Calliess*, EuZW 2001, 261 (264) sieht demgegenüber zwischen Art. 41 EGRC und Art. 42 EGRC einen Widerspruch.

⁴²⁴ *Jarass*, § 37 Rn. 4.

kungen des einen Rechts durch Geltendmachen des anderen zu unterlaufen, mit dem EuG von einer grundsätzlichen Parallelität der beiden Gewährleistungen auszugehen.⁴²⁵

II. Justizielle Grundrechte (Art. 47 Abs. 2 EGRC)

- 4612** Es bestehen einige Parallelen zwischen den Gewährleistungen im Rahmen des Rechts auf eine gute Verwaltung in Art. 41 EGRC und den justiziellen Garantien aus Art. 47 Abs. 2 EGRC. Darin ist jeder Person das Recht garantiert, dass ihre Sache vor einem unabhängigen, unparteiischen Gericht in einem fairen Verfahren in angemessener Zeit verhandelt wird. Dies entspricht dem Wortlaut des Art. 41 Abs. 1 EGRC, der eine unparteiische und innerhalb angemessener Zeit erfolgende Behandlung vorschreibt. Die Elemente des fairen Verfahrens wie Gewährung rechtlichen Gehörs, Akteneinsicht und die Begründungspflicht finden sich in Art. 41 Abs. 2 EGRC.
- 4613** Aus dieser Kongruenz könnte der Schluss gezogen werden, dass Art. 41 Abs. 1 und 2 EGRC eigentlich überflüssige Ausformungen des Art. 47 EGRC für das Verwaltungsverfahren darstellen. Dies um so mehr, als den justiziellen Garantien Vorwirkungen für das einem Gerichtsverfahren vorausgehende Verwaltungsverfahren beigemessen werden.⁴²⁶ Ein solches Verständnis würde die Bedeutung des Rechts auf eine gute Verwaltung auf ein Recht auf ein gerichtsähnliches Verwaltungsverfahren reduzieren. Dies würde der weitergehenden Intention der Vorschrift, wie sie in der Überschrift zum Ausdruck kommt, nämlich eine materiell gute, effektive Verwaltung zu gewährleisten,⁴²⁷ nicht gerecht. Insoweit sind die beiden Gewährleistungen grundsätzlich getrennt voneinander zu sehen.⁴²⁸ Eine Konkurrenz im Sinne einer gleichzeitigen Anwendbarkeit ergibt sich im Hinblick auf die unterschiedlichen Anwendungsbereiche Verwaltungsverfahren bzw. Gerichtsverfahren grundsätzlich nicht.
- 4614** Nur soweit die Garantie des wirksamen Rechtsbehelfs in Art. 47 Abs. 1 EGRC Vorwirkungen für ein vorangeschaltetes Verwaltungsverfahren entfaltet, kann es überhaupt zu dieser Anwendungskonkurrenz kommen. Der EuGH hat aus der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes solche Vorwirkungen angenommen. Der Betroffene eines Rechtsakts habe vor Erhebung der Klage das Recht, von der Verwaltung die Begründung der Entscheidung zu erfahren.⁴²⁹ Kommt es also im Anschluss an ein Verwaltungsverfahren zu einem Gerichtsverfahren, so kann der Betroffene sich im Hinblick auf einen Begründungsmangel sowohl auf Art. 41

⁴²⁵ EuG, Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521 (3542 f., Rn. 44 f.) – Interporc II; a.A. wohl *Nehl*, Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002, S. 264 ff., der deshalb de lege ferenda einen einheitlichen Informationsanspruch gegenüber der Gemeinschaftsgewalt fordert. Näher zu dem Konkurrenzproblem u. Rn. 4630 ff.

⁴²⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-249/88, Slg. 1991, I-1275 (1314, Rn. 25) – Kommission/Belgien.

⁴²⁷ *Bullinger*, in: FS für Brohm, 2002, S. 25 (29 f.).

⁴²⁸ *Galetta/Grzeszick*, in: Tettinger/Stern, Art. 41 Rn. 31.

⁴²⁹ EuGH, Rs. C-249/88, Slg. 1991, I-1275 (1314, Rn. 25) – Kommission/Belgien.

Abs. 2 als auch auf Art. 47 Abs. 1 EGRC berufen. Diese Gewährleistungen sind nebeneinander anwendbar.

G. Prüfungsschemata zu Art. 41 EGRC

I. Prüfungsschema zu Art. 41 Abs. 1, Abs. 2 EGRC

1. Schutzbereich

4615

- a) einheitliches Grundrecht: Zusammenfassung ordnungsgemäßer Verwaltung (Art. 41 Abs. 1 EGRC)
- b) konkrete Einzelgehalte (Art. 41 Abs. 2 EGRC)
- c) Grundrechtsträger: Menschenrecht; auch juristische Personen
Beschränkung auf „eigene Angelegenheiten“
(Adressaten, betroffene Dritte)
- d) Verpflichtete: Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union,
nicht: Mitgliedstaaten
- e) Beschränkung auf „Verwaltungstätigkeit“, weit auszulegen, nationales
Drei-Gewalten-Schema nicht anwendbar
- f) Gewährleistungsinhalt:
 - aa) Behandlung von Verwaltungsangelegenheiten
 - unparteiisch: umfassende Ermittlung aller entscheidungsrelevanten Tatsachen
 - gerecht: ohne eigenständigen materiellen Gehalt
 - innerhalb angemessener Frist
 - Einzelfallbetrachtung: Komplexität, Verhalten der Beteiligten, Bedeutung
 - bb) Anforderung an Entscheidung/Entscheidungsfindung
 - unter Gewährung rechtlichen Gehörs (nur bei nachteiliger Entscheidung: Offenlegen rechtlicher Gesichtspunkte, Möglichkeit der Stellungnahme)
 - Recht auf Akteneinsicht nicht kongruent mit Recht auf Dokumentenzugang: spezifische Beziehung zum Dokument erforderlich; auch Nicht-Adressaten (str.)
 - mit Begründung: muss richterliche Überprüfung ermöglichen; Umfang einzelfallabhängig (Adressatenkreis, Auswirkungen)
 - cc) weitere Gehalte
 - Recht auf anwaltliche Beratung
 - nicht: „Nemo tenetur“-Grundsatz, weil Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 EGRC *lex specialis*
 - nicht: Unschuldsvermutung, weil Art. 48 Abs. 1 *lex specialis*
 - nicht: Pflicht zu sorgfältiger Behandlung, bereits in unparteiischer Behandlung bzw. im Recht auf rechtliches Gehör enthalten

2. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

- a) **Recht auf unparteiische Behandlung**
Rechtfertigung: ausdrücklich verankerte Bevorzugung
(Frauen, Behinderte)
- b) **verspätete Entscheidung**
 - aa) nur relevant, wenn Verteidigung beeinträchtigt
 - bb) wohl keine eigene Rechtfertigung, bereits in Merkmal der Angemessenheit enthalten
- c) **rechtliches Gehör**
 - aa) entfällt bei Unmöglichkeit; Zugangsvereitelung
 - bb) ungeschriebener Rechtfertigungsgrund: entgegenstehendes öffentliches Interesse
- d) **Akteneinsicht**
 - aa) geschriebener Rechtfertigungsgrund: Vertraulichkeit schützt Berufs- und Geschäftsgeheimnis
 - bb) aber Abwägung: keine Beeinträchtigung Wesensgehalt
 - cc) ungeschriebener Rechtfertigungsgrund: Effizienzprinzip (eng auszulegen)
- e) **Begründungspflicht**
 - aa) Heilung? Nachschieben von Gründen (str.)
 - bb) ungeschriebener Rechtfertigungsgrund: Geheimhaltungsinteresse Dritter, außergewöhnliche Gründe

3. Folgen eines Verstoßes

Aufheben der Entscheidung

Einschränkung: nur, wenn Fehler sich auf Entscheidung ausgewirkt hat

II. Prüfungsschema zu Art. 41 Abs. 3 EGRC

1. Schutzbereich

4616

- a) Grundrechtsträger: jede natürliche und juristische Person
- b) Verpflichteter: Union
- c) Gewährleistungsgehalt: Anspruch auf Schadensersatz gemäß den richterrechtlichen Grundsätzen des EuGH
Tatbestandsvoraussetzungen:
 - aa) Handeln eines Bediensteten/Organs
 - bb) „in Ausübung einer Amtstätigkeit“ umfasst jedes Handeln im Rahmen der Aufgaben der Organe
 - cc) Rechtsverletzung
 - Handlungsunrecht: Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Schutznorm
 - normatives Unrecht: qualifizierte Verletzung höherrangiger Schutznorm
 - Haftung für rechtmäßiges Handeln: in Rechtsprechung nur angedeutet
 - Gefährdungshaftung: in Rechtsprechung bislang nicht anerkannt
 - dd) Schaden: jeder Nachteil an Vermögen oder rechtlich geschützten Gütern
 - ee) Kausalität
nicht: bei Unterbrechung Kausalzusammenhang; wenn Schaden ohnehin eingetreten wäre
 - ff) kein Verschuldenserfordernis
 - gg) Minderung des Schadensersatzanspruchs durch mitwirkendes Verschulden

2. Beeinträchtigung

Behinderung der Geltendmachung Schadensersatzanspruch

3. Rechtfertigung

kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich

III. Prüfungsschema zu Art. 41 Abs. 4 EGRC

4617 1. Schutzbereich

- a) Grundrechtsträger: Unionsbürger
(Einschränkung durch Art. 21 Abs. 3 EG/24 Abs. 4 AEUV)
- b) Verpflichteter: Organe der Union, nicht: Mitgliedstaaten
- c) Gewährleistungsgehalt:
 - aa) weit auszulegen, alle Anfragen, Stellungnahmen, Anträge etc.
 - bb) in einer Sprache gem. Art. 314 EG/55 EUV
 - cc) Antwort in derselben Sprache
 - dd) kein Anspruch auf inhaltliche Befassung

2. Beeinträchtigung

- a) Nichtannahme des Begehrens, obwohl in Vertragssprache verfasst
- b) keine Beantwortung
- c) Antwort nicht in gewählter Sprache

3. Rechtfertigung

Einschränkung durch Gesetz (Art. 52 Abs. 1 EGRC)

4. Schranken

Verhältnismäßigkeit

§ 3 Zugang zu Dokumenten

A. Rechtliche Rahmenbedingungen

I. Zugang zu Dokumenten nach dem EGRC und dem EG/AEUV

1. Dokumentenzugang nach dem Reformvertrag von Lissabon

4618 Durch den Reformvertrag hat das Recht auf Zugang zu Dokumenten einen anderen Platz im Nachfolgevertrag des EG, dem AEUV, bekommen. Es ist jetzt bei den allgemeinen Bestimmungen im Rahmen des Titel II in Art. 15 Abs. 3 AEUV verankert. Das Zugangsrecht selbst ist im Kern unverändert. Änderungen erfolgten aber zum einen in Anlehnung an den Wortlaut des parallelen Grundrechts aus Art. 42 EGRC. So wird der Kreis der Verpflichteten auf „die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ ausgedehnt. Weiterhin wird klargestellt, dass der Zugang unabhängig ist von der für die Dokumente verwendeten Träger. Eine weitere Änderung zeigt sich im Rahmen der Verordnungsermächtigung. Diese gilt abweichend von Art. 255 Abs. 2 EG nicht mehr allein für den Rat, vielmehr müssen nach Art. 15 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV Rat und Parlament gemeinsam Grundsätze und Einschränkungen des Zugangsrechts im ordentlichen Gesetzge-

bungsverfahren festlegen. Art. 15 Abs. 3 UAbs. 4 AEUV beschränkt die Verpflichtung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der Europäischen Zentralbank und der Europäischen Investitionsbank auf die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben. Damit werden die Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs sowie die währungs- und investitionspolitische Tätigkeit der Europäischen Banken vom Zugangsrecht zur Wahrung der Unabhängigkeit dieser Organe ausgenommen.

Neu ist die Verankerung eines allgemeinen Transparenzgrundsatzes in Art. 15 Abs. 1 AEUV. Ebenfalls neu ist die primärrechtliche Verankerung des Öffentlichkeitsgrundsatzes für die Sitzungen des Europäischen Parlaments⁴³⁰ und der Beratungen bzw. Abstimmungen des Rates über Gesetzgebungsakte.⁴³¹ Beide Bestimmungen wurden wörtlich aus Art. I-50 Abs. 1 und 2 VE übernommen. **4619**

2. Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV als Maßstab

Nach Art. 42 EGRC haben alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat das Recht auf Zugang zu den Dokumenten der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union. Nach Art. 255 Abs. 1 EG richtet sich dieses Recht nur auf Dokumente des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission. Die durch den Reformvertrag von Lissabon geänderte Nachfolgevorschrift des Art. 15 Abs. 3 AEUV gleicht den Kreis der Verpflichteten der Grundrechtsgewährleistung an.⁴³² Im Grundrechtekonvent wurde noch diskutiert, ob der Kreis der Zugangsberechtigten sowie der Verpflichteten über die Gewährleistung des Art. 255 EG hinaus erweitert werden sollte. Die überwiegende Auffassung lehnte eine Ausdehnung unter Hinweis auf den begrenzten Auftrag des Konvents jedoch ab.⁴³³ **4620**

Das Recht auf Zugang zu Dokumenten wird gem. Art. 255 Abs. 2 und 3 EG/15 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 AEUV nur vorbehaltlich der Grundsätze und Bedingungen gewährt, die im Sekundärrecht bzw. in den Geschäftsordnungen der Organe festgelegt sind. Damit enthält die primärrechtliche Gewährleistung einen Ausgestaltungs- und Beschränkungsvorbehalt. Diese Grundsätze und Bedingungen, die für das primärrechtliche Zugangsrecht zu Dokumenten gelten, wurden mit der Trans- **4621**

⁴³⁰ Zuvor war bereits in Art. 96 Abs. 2 der GeschOEP die Öffentlichkeit der parlamentarischen Aussprachen festgelegt.

⁴³¹ Der Rat hat in Art. 8, 9 seiner GeschO (Beschl. des Rates vom 15.9.2006 zur Festlegung seiner Geschäftsordnung, 2006/683/EG, ABl. L 285 S. 47) Regelungen zur Öffentlichkeit getroffen. Nach Art. 9 sind die Abstimmungen über Gesetzgebungsakte nur öffentlich zugänglich zu machen. Ob dies dem Öffentlichkeitsprinzip des Art. 15 Abs. 2 AEUV genügt, erscheint zweifelhaft. Denn der Grundsatz der Öffentlichkeit ist gleichbedeutend mit öffentlicher Zugänglichkeit, wie dies auch für die Beratungen gem. Art. 8 GeschORat vorgesehen ist.

⁴³² Auch auf Seiten der Berechtigten erfolgt eine Anpassung an den Wortlaut des Art. 42 EGRC. In Bezug auf die Berechtigung juristischer Personen wird nunmehr auf deren „satzungsmäßigen“ Sitz in einem Mitgliedstaat abgestellt.

⁴³³ *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 139 f.; *Magiera*, in: Meyer, Art. 42 Rn. 4 f.

parenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁴³⁴ konkretisiert. Danach wird der Zugang nur auf Antrag gewährt⁴³⁵ und erst nach Abwägung mit möglicherweise entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen.⁴³⁶

3. Subjektiv-rechtlicher Gehalt des Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV

a) Art. 255 Abs. 1 EG

4622 Nach Auffassung des EuG fehlt es Art. 255 EG an der erforderlichen Unbedingtheit, die nach der Rechtsprechung des EuGH Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit einer Norm des EG ist.⁴³⁷ Im Hinblick auf Art. 255 Abs. 2 und 3 EG hänge die Durchführung des Dokumentenzugangs vom Erlass weiterer Maßnahmen ab, so dass Art. 255 EG insoweit nicht unbedingt sei. Vielmehr sei die Festlegung der allgemeinen Grundsätze und der Einschränkungen dem Rat im Rahmen seines gesetzgeberischen Ermessens anvertraut.⁴³⁸ Dem folgend wird auf den Wortlaut des Art. 255 Abs. 2 EG verwiesen, wonach nicht nur Bedingungen und Beschränkungen, sondern gerade die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgewährung vom Rat festgelegt werden müssen.⁴³⁹ Die Gegenansicht verweist auf den Wortlaut des Art. 255 Abs. 1 EG, der ausdrücklich ein Recht auf Zugang zu Dokumenten einräume.⁴⁴⁰

4623 Nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁴¹ setzt die unmittelbare Anwendbarkeit und die Ableitung subjektiver Rechte aus einer Vertragsvorschrift voraus, dass eine Norm eine klare und unbedingte, nicht von weiteren Ausführungsmaßnahmen abhängige Verpflichtung begründet. Dies ist bei Art. 255 EG der Fall. Der Vorbehalt in Art. 255 Abs. 2 EG, wonach die allgemeinen Grundsätze und Einschränkungen einem Sekundärrechtsakt vorbehalten sind, stehen dem nicht entgegen.⁴⁴²

⁴³⁴ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO), ABl. L 145, S. 43. Es existiert keine einheitliche Terminologie, teilweise wird auch die Bezeichnung InformationszugangsVO verwendet, vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 5.

⁴³⁵ Art. 6 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001.

⁴³⁶ Vgl. Art. 4 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001.

⁴³⁷ EuG, Rs. T-191/99, Slg. 2001, II-3677 (3697, Rn. 34 f.) – Petrie u.a. unter Verweis auf EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (25) – Van Gend & Loos.

⁴³⁸ Durch diese Konkretisierung wurde Art. 255 EG überhaupt erst anwendbar, vgl. EuG, Rs. T-191/99, Slg. 2001, II-3677 (3697, Rn. 35) – Petrie u.a.

⁴³⁹ So *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 5; *Gellermann*, in: Streinz, Art. 255 EGV Rn. 4.

⁴⁴⁰ *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S. 340; ausführlich *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 104 ff., 114; den subjektiv-rechtlichen Charakter ohne nähere Begründung ebenfalls bejahend *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt, Art. 255 EGV Rn. 4; *Wölker*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 255 EG Rn. 1 f.; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf, Art. 255 EGV Rn. 1, 3; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 1.

⁴⁴¹ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (25) – Van Gend & Loos; Rs. 57/65, Slg. 1966, 257 (266) – Lütticke.

⁴⁴² *Heselhaus*, in: ders./Nowak, § 56 Rn. 46.

Die Vorschrift verfügt als solche über einen klaren Anspruchsinhalt und benennt Anspruchsinhaber und -verpflichtete.⁴⁴³ Angesichts der Einräumung des sekundärrechtlichen Anspruchs in Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁴⁴⁴ ist diese Diskussion ohnehin nur noch von theoretischer Bedeutung.⁴⁴⁵ Dies gilt gleichermaßen für die neue Vorschrift des Art. 15 Abs. 3 AEUV.

b) Das Recht auf Dokumentenzugang als ungeschriebener Rechtsgrundsatz

Zum Teil wurde unabhängig von einer positivrechtlichen Normierung ein allgemein anerkannter Grundsatz im Gemeinschaftsrecht angenommen, wonach jeder den Anspruch auf Zugang zu Dokumenten hat.⁴⁴⁶ Daraus wurden auch Rückschlüsse auf die Qualität des Art. 255 EG als Grundrecht⁴⁴⁷ bzw. subjektives Recht⁴⁴⁸ gezogen. Der EuGH hat diese auch von Seiten der GAe⁴⁴⁹ vertretene Auffassung bislang nicht aufgenommen.⁴⁵⁰ Diese Diskussion erscheint allerdings nach der Verankerung eines primärrechtlichen Zugangsanspruchs in Art. 42 EGRC ohne praktische Relevanz.⁴⁵¹ 4624

4. Kongruenz

Die Gewährleistung des Art. 42 EGRC ist mit Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV auch als Recht im Vertrag verankert. Damit greift die Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 2 EGRC, wonach die Gewährleistung des Art. 42 EGRC in dem Umfang des parallelen Rechts des Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV ausgeübt wird. Der Ausgestaltungsvorbehalt des Art. 255 Abs. 2 und 3 EG/15 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 AEUV gilt insoweit auch für das Recht aus Art. 42 EGRC, so dass für dessen Inhalt und 4625

⁴⁴³ Vgl. die Auslegung der Norm bei *Rieman*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 104 ff.

⁴⁴⁴ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁴⁴⁵ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 6 mit Fn. 29.

⁴⁴⁶ Zum Diskussionsstand *Meltzian*, Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane, 2004, S. 313 ff.

⁴⁴⁷ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 1 („verfassungsrechtlich verbürgtes Freiheitsrecht“); *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt, Art. 255 EGV Rn. 4 („Rechtsanspruch mit grundrechtsähnlichem Charakter“); *Castenholz*, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 136 f.

⁴⁴⁸ *Castenholz*, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 136 f. (aus dem Charakter als Grundrecht folgt subjektive Rechtsverbürgung).

⁴⁴⁹ *GA Léger*, EuGH, Rs. C-353/99 P, Slg. 2001, I-9565 (9580 f., Rn. 55, 59) – Hautala unter Verweis auf *GA Tesau*, EuGH, Rs. C-58/94, Slg. 1996, I-2169 (2182, Rn. 19) – Niederlande/Rat.

⁴⁵⁰ EuGH, Rs. C-58/94, Slg. 1996, I-2169 (2198, Rn. 37) – Niederlande/Rat; *GA Léger*, EuGH, Rs. C-41/00 P, Slg. 2003, I-2125 (2150, Rn. 80) – Interporc.

⁴⁵¹ *Rieman*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 123, der allerdings aus Art. 42 EGRC ableitet, dass Art. 255 EG der Rang einer grundrechtlichen Gewährleistung zukommt, a.a.O., S. 129.

Reichweite die sekundärrechtliche Ausformung maßgeblich ist.⁴⁵² Deshalb muss sich eine Darstellung des Art. 42 EGRC maßgeblich an dem Gehalt des Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV und insbesondere dessen sekundärrechtlicher Konkretisierung orientieren.⁴⁵³

5. Abgrenzung zu anderen Zugangsrechten

a) Grundrechtsgewährleistungen

4626 Auch das Recht auf eine gute Verwaltung enthält in Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC ein Recht auf Aktenzugang.⁴⁵⁴ Dieses Recht besteht aber nur im Hinblick auf die den Antragsteller betreffenden Akten und ist somit abweichend von der Gewährleistung des Art. 42 EGRC thematisch begrenzt. Es umfasst nicht einen Gesamtbestand an Akten, sondern erfordert einen personalen Bezug. Das bedeutet zwar nicht, dass die Akte den Antragsteller primär betreffen muss, es kann sich auch um eine Akte mit primärem Bezug zu einem Dritten handeln. Es muss sich aber überhaupt ein Bezug zu dem Antragsteller herstellen lassen.⁴⁵⁵

4627 Ein Recht auf Akteneinsicht besteht auch im Zusammenhang mit der Gewährleistung des Art. 47 Abs. 1 EGRC, der jeder Person garantiert, gegen Rechtsverletzungen einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf einlegen zu können.⁴⁵⁶ Diese Garantie impliziert auch das Recht, vor Erhebung einer Klage die Begründung der Entscheidung erfahren zu können.⁴⁵⁷

4628 Weiterhin wird ein Akteneinsichtsrecht auch im Zusammenhang mit dem Recht auf rechtliches Gehör als Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren gem. Art. 47 Abs. 2 EGRC gesehen.⁴⁵⁸

b) Sekundärrecht

4629 Neben der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁴⁵⁹, die ein allgemeines Akteneinsichtsrecht regelt, bestehen auf sekundärrechtlicher Ebene im Rahmen des Kartellverfahrensrechts bereichsspezifische Akteneinsichtsrechte. Diese sind Bestandteil des Rechts auf rechtliches Gehör und dienen der „Waffengleichheit“ zwischen der Kommission und den Beteiligten des europarechtlichen Verwaltungsverfahrens.⁴⁶⁰ So gewähren etwa Art. 27 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003⁴⁶¹ sowie Art. 15 VO

⁴⁵² Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 11; Bartelt/Zeitler, EuR 2003, 487 (501); Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 125 f.; Wewers, Das Zugangsrecht zu Dokumenten in der europäischen Rechtsordnung, 2003, S. 225.

⁴⁵³ Ausführlich dazu Rn. 4636 ff.

⁴⁵⁴ Dazu bereits o. Rn. 4566 ff.

⁴⁵⁵ Jarass, § 36 Rn. 20.

⁴⁵⁶ Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 38.

⁴⁵⁷ EuGH, Rs. C-249/88, Slg. 1991, I-1275 (1314, Rn. 25) – Kommission/Belgien; Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 38.

⁴⁵⁸ Dazu u. Rn. 5037.

⁴⁵⁹ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁴⁶⁰ Frenz, Europarecht 2, Rn. 1510; Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 12.

(EG) Nr. 773/2004⁴⁶² den Beteiligten eines Kartellverfahrens das Recht auf Akteneinsicht.⁴⁶³ Interne Unterlagen der Kommission sind von diesem Recht anders als in der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 jedoch grundsätzlich ausgenommen. Damit reicht das allgemeine Akteneinsichtsrecht der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 *prima facie* weiter als das bereichsspezifische Akteneinsichtsrecht im Kartellverfahren.

c) *Konkurrenzen*

Das Verhältnis der unterschiedlichen sich teilweise überschneidenden Gewährleistungen zueinander ist nicht geregelt.⁴⁶⁴ Das allgemeine Akteneinsichtsrecht des Art. 42 EGRC beinhaltet keine grundsätzliche Einschränkung, weder im Hinblick auf den berechtigten Personenkreis noch auf den Inhalt der Dokumente. Dennoch wird das Zugangsrecht des Art. 42 EGRC teilweise als besondere Ausprägung des enger ausgestalteten Rechts auf gute Verwaltung in Art. 41 EGRC betrachtet.⁴⁶⁵ Nach anderer Auffassung stellt Art. 42 EGRC eine subsidiäre Gewährleistung dar, der die bereichsspezifischen Regelungen als *leges speciales* vorgehen.⁴⁶⁶ Das EuG geht demgegenüber von einem Nebeneinander der verschiedenen Zugangsgewährleistungen aus.⁴⁶⁷

Weder die EGRC noch Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV bzw. die sekundärrechtliche Ausgestaltung durch die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁴⁶⁸ treffen eine Konkurrenzregelung für das Verhältnis der verschiedenen Dokumentenzugangsrechte. Insoweit könnte ein Rangverhältnis sich nur aus den allgemeinen Grundsätzen wie der *lex specialis*-Regel ergeben. Doch auch daraus lässt sich vorliegend keine Subsidiarität des allgemeinen Zugangsrechts gem. Art. 42 EGRC herleiten. Denn das allgemeine Dokumentenzugangsrecht verfolgt spezifische Zwecke,⁴⁶⁹ die nicht deckungsgleich mit denen besonderer Zugangsrechte sind. Ein Unterlaufen spezieller Zugangsregelungen durch Geltendmachen des allgemeinen Zugangsrechts erscheint angesichts der differenzierten Ausnahmeregelungen in der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 ausgeschlossen. Insoweit ist davon auszugehen,

⁴⁶¹ Des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in Artikel 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1419/2006, ABl. 2006 L 1, S. 1.

⁴⁶² Der Kommission vom 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf Grundlage der Art. 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 123, S. 18.

⁴⁶³ Näher dazu *Frenz*, *Europarecht* 2, Rn. 1519 ff.

⁴⁶⁴ Vgl. Grünbuch „Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten im Besitz der Organe der Europäischen Gemeinschaft. Ein Überblick“, KOM (2007) 185 endg., Ziff. 1.4.: „Das Verhältnis zwischen öffentlichem und bevorzugtem Zugang muss geklärt werden, um ein einheitliches Vorgehen zu gewährleisten.“

⁴⁶⁵ *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 12. *Calliess*, *EuZW* 2001, 261 (264) sieht demgegenüber zwischen Art. 41 EGRC und Art. 42 EGRC einen Widerspruch.

⁴⁶⁶ *Jarass*, § 37 Rn. 4.

⁴⁶⁷ EuG, Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521 (3542 f., Rn. 44 f.) – *Interporc II*.

⁴⁶⁸ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁴⁶⁹ Ausführlich dazu *Riemann*, *Die Transparenz der Europäischen Union*, 2004, S. 40 ff.

dass die unterschiedlichen Regelungen grundsätzlich nebeneinander anwendbar sind.⁴⁷⁰

II. Zugang zu Dokumenten nach nationalem Recht

4632 Dieses allgemeine Recht auf Zugang zu Dokumenten war dem deutschen Recht lange Zeit fremd. Daraus ergibt sich eine geteilte Rechtsordnung für die europäische und die hiesige nationale Ebene. Diese Unterschiede schlagen auf die europäische Ebene durch, wenn es um die Weigerung Deutschlands geht, von ihm stammende Dokumente von Unionsorganen herausgeben zu lassen. Dabei zählen nämlich die nationalen Zugangsregelungen.⁴⁷¹

4633 Im Grundgesetz ist kein Recht auf Zugang zu Verwaltungsdokumenten enthalten. Das in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verankerte Recht auf Informationsfreiheit gewährt jedem „das Recht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten“. Allgemein zugänglich ist eine Informationsquelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit Informationen zu beschaffen.⁴⁷² Zu diesen allgemein zugänglichen Quellen gehören nach herrschender Auffassung nicht von staatlichen Behörden verwaltete Informationen wie etwa Behördenakten.⁴⁷³ Die Rechtsprechung hat unmittelbar aus der Verfassung nur in besonderen Einzelfällen Akteneinsichtsrechte hergeleitet, so etwa aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG im Zusammenhang mit der Erteilung einer Genehmigung nach dem PBefG.⁴⁷⁴

4634 Auf einfachgesetzlicher Ebene wurde in Umsetzung der Umweltinformations-RL 90/313/EWG⁴⁷⁵ durch das Umweltinformationsgesetz (UIG) 1994⁴⁷⁶ zunächst nur ein bereichsspezifischer Informationsanspruch geschaffen. Danach hat jeder Anspruch auf freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, die bei einer Behörde vorhanden sind.⁴⁷⁷ Nach dem Erlass der zweiten UmweltinformationsRL 2003/4/EG⁴⁷⁸ musste auch das UIG angepasst werden,⁴⁷⁹ das bereits zuvor mehr-

⁴⁷⁰ So auch *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 270 f.

⁴⁷¹ S. sogleich Rn. 4634 f.

⁴⁷² BVerfGE 21, 1 (83 f.); 90, 27 (32); 103, 44 (60).

⁴⁷³ BVerfG, NJW 1986, 1243; BVerwGE 47, 247 (252); 61, 15 (22); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GgK I, Art. 5 Rn. 25; *Schoch*, Die Verwaltung 2002, 149 (152 f.); a.A. *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 378 ff.

⁴⁷⁴ BVerwG, NVwZ 2003, 1114 (1115).

⁴⁷⁵ Des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt (UmweltinformationsRL), ABl. L 158, S. 56.

⁴⁷⁶ Gesetz zur Umsetzung der RL 90/313/EWG des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt vom 8.7.1994, BGBl. I 1994 S. 1490.

⁴⁷⁷ Vgl. § 4 Abs. 1 UIG (1994).

⁴⁷⁸ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der RL 90/313/EWG des Rates (UmweltinformationsRL), ABl. L 41, S. 26.

⁴⁷⁹ Art. 1 Gesetz zur Neugestaltung des Umweltinformationsgesetzes und zur Änderung der Rechtsgrundlagen zum Emissionshandel vom 22.12.2004, BGBl. I S. 3704.

fach novelliert worden war.⁴⁸⁰ Der Informationsanspruch selbst ist unverändert geblieben. Allerdings richtet er sich im Gegensatz zu der Vorgängerregelung nur noch gegen informationspflichtige Stellen des Bundes.⁴⁸¹

Auf einfachgesetzlicher Ebene existierte ein allgemeines Akteneinsichtsrecht 4635 lange Zeit nur nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder.⁴⁸² Dieses ist allerdings auf die an einem Verwaltungsverfahren Beteiligten und auf die Unterlagen beschränkt, deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung der rechtlichen Interessen erforderlich ist.⁴⁸³ Nunmehr gewähren die Informationsfreiheitsgesetze einzelner Bundesländer⁴⁸⁴ sowie das zum 1.1.2006 in Kraft getretene Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG)⁴⁸⁵ einen allgemeinen, d.h. unabhängig von besonderen Voraussetzungen bestehenden Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen.⁴⁸⁶ Bis zum Inkrafttreten des IFG war Deutschland von den 25 Staaten der Europäischen Union fast der einzige Mitgliedstaat – abgesehen von Österreich und Luxemburg –, der kein allgemeines Zugangsrecht der Bürger zu Unterlagen der Verwaltung kannte.⁴⁸⁷ Dieses Recht kann aber zum Schutz gegenläufiger Interessen, wie etwa Geheimhaltungs- oder Datenschutzinteressen eingeschränkt bzw. ganz ausgeschlossen werden.⁴⁸⁸

⁴⁸⁰ Dazu näher *Griebel*, Die verfahrensrechtliche Absicherung von Informationsfreiheitsrechten in rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 56 ff.

⁴⁸¹ Hintergrund war, dass die Regierung im Anschluss an das Urteil des BVerfG, NJW 2003, 41 die Auffassung vertrat, dass für eine weiter gehende Regelung die erforderliche Gesetzgebungskompetenz fehlte, vgl. dazu *Griebel*, Die verfahrensrechtliche Absicherung von Informationsfreiheitsrechten in rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 59 f.

⁴⁸² *Schoch*, Die Verwaltung 2002, 149 ff. bescheinigte der deutschen Rechtsordnung insoweit im internationalen Vergleich den Status eines „Entwicklungslandes“.

⁴⁸³ Vgl. nur § 29 VwVfG. Gem. § 1 Abs. 3 IFG tritt das IFG nicht hinter die Regelungen des VwVfG zurück, vielmehr gelten beide Regelungen nebeneinander.

⁴⁸⁴ Vgl. nur Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen) vom 27.11.2001, GV NRW S. 806. Weiterhin bestehen z.Zt. in sieben weiteren Bundesländern vergleichbare Regelungen, zuletzt wurde im Juli 2006 im Saarland ein Informationsfreiheitsgesetz verabschiedet (SaarLABl. 2006, S. 1624).

⁴⁸⁵ Krit. dazu *Kloepfer/v. Lewinski*, DVBl. 2005, 1277 ff.

⁴⁸⁶ Dieses allgemeine Zugangsrecht wird durch bereichsspezifische Regelungen wie durch das am 1.5.2008 in Kraft getretene Verbraucherinformationsgesetz (VIG) ausdifferenziert (Gesetz zur Verbesserung der Verbraucherinformation vom 5.11.2007, BGBl. I, S. 2558); krit. dazu aus gesetzessystematischen Erwägungen *Sydow*, NVwZ 2008, 481 (483).

⁴⁸⁷ Vgl. die Nachweise bei *Masing*, VVDStRL 63 (2004), 377 (381, Fn. 3).

⁴⁸⁸ Vgl. §§ 3-6 IFG.

III. Europäisches Sekundärrecht – die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001

1. Entwicklungsgeschichte

- 4636** Am Anfang der Entwicklung hin zu einem umfassenden Aktenzugangsrecht auf der Ebene der Gemeinschaft stand die bereichsspezifische UmweltinformationsRL 90/313/EWG⁴⁸⁹. Diese gewährte allerdings nur ein Zugangsrecht zu den bei mitgliedstaatlichen Behörden auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene vorhandenen Umweltdaten.⁴⁹⁰ In der Schlussakte des Maastrichter Vertrages vom 7.2.1992 findet sich die Empfehlung, einen Bericht über Maßnahmen vorzulegen, um die den Organen vorliegenden Informationen der Öffentlichkeit besser zugänglich zu machen.⁴⁹¹ Diese Forderung mündete 1993 in den zwischen Rat und Kommission vereinbarten „Verhaltenskodex 93/730/EG für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten“.⁴⁹² Auf dieser Grundlage erließen die beiden Organe Ausführungsbeschlüsse,⁴⁹³ in denen sie der Öffentlichkeit einen grundsätzlich freien, nur durch bestimmte Ausnahmeregelungen beschränkten Zugang zu den Dokumenten des jeweiligen Organs gewährten.⁴⁹⁴ Diesem Beispiel ist dann auch das Parlament gefolgt.⁴⁹⁵
- 4637** Durch den Amsterdamer Vertrag wurde mit Art. 255 EG das Recht auf Zugang zu den Dokumenten der Gemeinschaftsorgane auf der Ebene des Primärrechts verankert.⁴⁹⁶ In Umsetzung des Rechtsetzungsauftrags des Art. 255 Abs. 2 EG wurde schließlich die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁴⁹⁷ erlassen.
- 4638** Mit dem Grünbuch „Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten im Besitz der Organe der Europäischen Organe – Ein Überblick“ vom 18.4.2007 hat

⁴⁸⁹ Des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABl. L 158, S. 56; aufgehoben durch UmweltinformationsRL 2003/4/EG, ABl. 2003 L 41, S. 26.

⁴⁹⁰ Vgl. Art. 1, 2 lit. a) und b) RL 90/313/EWG.

⁴⁹¹ Erklärung zum Recht auf Zugang zu Informationen zum Vertrag von Maastricht.

⁴⁹² ABl. L 340, S. 41. Zur detaillierten Vorgeschichte dieses Kodexes vgl. EuGH, Rs. C-58/94, Slg. 1996, I-2169 (2189, Rn. 2 ff.) – Niederlande/Rat.

⁴⁹³ Beschl. 93/731/EG des Rates vom 20.12.1993 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Ratsdokumenten, ABl. L 340, S. 43; Beschl. 94/90/EGKS, EG, Euratom der Kommission vom 8.2.1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, ABl. L 46, S. 58.

⁴⁹⁴ Die mit formalen Fehlern bzw. dem Fehlen einer Rechtsgrundlage begründete Nichtigkeitsklage der niederländischen Regierung gegen den Kodex und den Beschl. des Rates hat der EuGH zurückgewiesen, Rs. C-58/94, Slg. 1996, I-2169 (2196, Rn. 27; 2198, Rn. 37 ff.) – Niederlande/Rat.

⁴⁹⁵ Beschl. 97/632/EGKS, EG, Euratom des Europäischen Parlaments vom 10.7.1997 über den Zugang zur Öffentlichkeit zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, ABl. L 263 S. 1.

⁴⁹⁶ Zur Entwicklungsgeschichte dieser primärrechtlichen Gewährleistung vgl. *Partsch*, NJW 2001, 3154 (3155); *Bartelt/Zeitler*, EuR 2003, 487 ff.

⁴⁹⁷ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO), ABl. L 145, S. 43.

die Kommission eine öffentliche Konsultation mit dem Ziel initiiert, Änderungsvorschläge zur TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 zu erarbeiten. Diese sollen eine weiter verbesserte Transparenz ermöglichen, bisher ergangene Rechtsprechung aufnehmen und auch die Anwendung des Abkommens von Århus⁴⁹⁸ auf die Organe und Einrichtungen der Europäischen Gemeinschaft regeln.⁴⁹⁹ Am 30.4.2008 hat die Kommission den Entwurf für eine neue Transparenzverordnung (TransparenzVO-E) vorgelegt.⁵⁰⁰ In diesem Entwurf sind u.a. zwei wichtige Entscheidungen des EuGH⁵⁰¹ bzw. des EuG⁵⁰² zu Fragen des Dokumentenzugangs verarbeitet.⁵⁰³

2. Die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 als Ausgestaltungsnorm

Die Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 2 EGRC verweist zwar in erster Linie auf die im EG „festgelegten Bedingungen und Grenzen“. Wird in der maßgeblichen Bezugsvorschrift wie hier dem Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV weiter auf sekundärrechtliche Ausgestaltungsnormen verwiesen, so sind diese entscheidender Maßstab für den Inhalt der grundrechtlichen Gewährleistung. Damit wird die grundrechtliche Gewährleistung allerdings nicht zur Disposition des sekundärrechtlichen Normgebers gestellt, da die Vorschriften der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 ihrerseits mit der ranghöheren Norm des Art. 255 EG/15 AEUV vereinbar sein müssen.⁵⁰⁴ 4639

⁴⁹⁸ Übereinkommen vom 25.6.1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten („Århus-Übereinkommen“), (deutsche Fassung des Übereinkommens im gleichnamigen Gesetz, BGBl. II 2006 S. 1251). Hier war das Verhältnis zur neuen VO (EG) Nr. 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.9.2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft (in Kraft seit 28.6.2007), ABl. L 264, S. 13, zu klären.

⁴⁹⁹ S. Grünbuch „Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten im Besitz der Organe der Europäischen Gemeinschaft – Ein Überblick“, KOM (2007) 185 endg., Einführung, Ziff. 2, Ziff. 6.

⁵⁰⁰ Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO-E), KOM (2008) 229 endg. Einen Vergleich der bisherigen Vorschriften mit den geplanten Änderungen ermöglicht der im Register der Kommissionsdokumente enthaltene Entwurf, bei dem die Änderungen in die bisherige Fassung eingearbeitet sind. Im Internet unter folgendem Link zu finden (Stand: 31.5.2008) <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/recherche.cfm?CL=de>.

⁵⁰¹ EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 – IFAW Internationaler Tierschutzfonds, s. dazu näher Rn. 4654.

⁵⁰² EuG, Rs. T-194/04, EuR 2007, 776 – Bavarian Lager; s. dazu näher Rn. 4683 f.

⁵⁰³ Auf weitere wesentliche Änderungsvorschläge wird nachfolgend hingewiesen.

⁵⁰⁴ Vgl. zum Verhältnis der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Ausführungsverordnungen EuGH, Rs. 24/75, Slg. 1975, 1149 (1160, Rn. 11/13) – Petroni; Rs. 93/81, Slg. 1982, 951 (961 f., Rn. 9) – Knoeller; Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 6; Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 104.

B. Schutzbereich

I. Zugangsberechtigte

- 4640** Art. 42 EGRC gewährt allen Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern sowie jeder natürlichen oder juristischen Person mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat das Zugangsrecht. Art. 255 Abs. 1 EG/15 Abs. 3 AEUV und Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁵⁰⁵ wiederholen diesen Kreis der Berechtigten fast wortgleich. Damit ist das Zugangsrecht einerseits nicht auf Unionsbürger beschränkt, da dieses Recht auch innerhalb der Gemeinschaft ansässigen Drittstaatsangehörigen zukommt. Andererseits ist nicht erforderlich, dass der Unionsbürger in einem Mitgliedstaat ansässig ist. Damit wird der Zugang faktisch einer nicht näher eingegrenzten Öffentlichkeit eröffnet, da jeder, der diese ohnehin schon weiten Voraussetzungen nicht erfüllt, einen Berechtigten einschalten kann.⁵⁰⁶ Darüber hinaus steht es nach Art. 2 Abs. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 im Ermessen der Organe, auch nicht nach Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 Berechtigten Zugang zu gewähren. Diese Ermessensregelung ist in dem TransparenzVO-E⁵⁰⁷ gestrichen, gleichzeitig ist der Kreis der Berechtigten auf Personen mit (Wohn-)Sitz in einem Mitgliedstaat beschränkt.
- 4641** Berechtigt sind auch juristische Personen. Bei der Auslegung des Begriffes der juristischen Person darf kein mitgliedstaatliches Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden. Vielmehr ist er als eigenständiger europarechtlicher Begriff zu verstehen. Entsprechend dem Ziel, einer möglichst breiten Öffentlichkeit einen Dokumentenzugang zu verschaffen,⁵⁰⁸ reicht ein gewisser Organisationsgrad aus, damit eine Personengesellschaft oder sonstige Vereinigung sich auf Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1049/2001 berufen kann.⁵⁰⁹
- 4642** Für die Organe untereinander greift das Dokumentenzugangsrecht aus Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 nicht. Doch bestehen hier spezielle Regelungen über Auskunftspflichten wie etwa Art. 197 Abs. 3 EG/230 Abs. 2 AEUV, wonach die Kommission mündlich oder schriftlich auf die ihr vom Europäischen Parlament oder von dessen Mitgliedern gestellten Fragen antworten muss.
- 4643** Die Mitgliedstaaten sind nicht aus Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 berechtigt. Für sie ergibt sich ein Informationsanspruch aus Art. 10 EG/4 Abs. 3 EUV. Der darin verankerte Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

⁵⁰⁵ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁵⁰⁶ Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 153 f. weist darauf hin, dass in der Praxis eine Kontrolle der Zugangsberechtigung nicht stattfindet.

⁵⁰⁷ Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO-E), KOM (2008) 229 endg.

⁵⁰⁸ S. 4. Begründungserwägung der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001.

⁵⁰⁹ Eine Berechtigung öffentlich-rechtlicher Körperschaften grds. abl. Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 20.

wirkt entgegen dem Wortlaut nicht nur im Verhältnis der Organe zu den Mitgliedstaaten, sondern auch im umgekehrten Verhältnis.⁵¹⁰

II. Zugangsverpflichtete

Das Zugangsrecht richtet sich gem. Art. 255 Abs. 1 EG an das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission. Der Wortlaut der Nachfolgevorschrift des Art. 15 Abs. 3 AEUV sowie des Art. 42 EGRC gehen darüber hinaus. Hier werden alle Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union verpflichtet. Dies entspricht der Regelung des Art. II-102 VE, der bereits einen solchen weiten Kreis von Verpflichteten vorsah. **4644**

Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁵¹¹ spricht demgegenüber lediglich von den Organen als Verpflichtete. Doch bereits in den Begründungserwägungen wird eine Anwendung der Grundsätze auch durch die Einrichtungen empfohlen.⁵¹² Das Parlament, der Rat und die Kommission haben die Geltung der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 schon länger auf die ihnen nachgeordneten Einrichtungen wie z.B. die Agentur für Flugsicherheit ausgedehnt.⁵¹³ Der Ausschuss der Regionen und der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss sind diesem Beispiel gefolgt.⁵¹⁴ Insoweit entspricht der Anwendungsbereich der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 praktisch fast schon den Anforderungen des Art. 42 EGRC und Art. 15 Abs. 3 AEUV. Unabhängig davon ist die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 mit Inkrafttreten des Reformvertrags entsprechend dem Vorrang des Primärrechts sowie der Charta erweiternd auszulegen, so dass neben den Organen dann auch die Einrichtungen und sonstigen Stellen verpflichtet sind. **4645**

Der TransparenzVO-E der Kommission vom 30.4.2008⁵¹⁵ konnte dieser durch Art. 42 EGRC, Art. 15 Abs. 3 AEUV künftig geänderten Rechtslage noch nicht Rechnung tragen. Nach seinem Art. 1 lit. a) ist das Zugangsrecht noch auf das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission beschränkt. Es bestand für die Kommission auch keine dahin gehende rechtliche Verpflichtung, da der Reformvertrag noch nicht in Kraft getreten ist und damit weder Art. 15 Abs. 3 AEUV noch Art. 42 EGRC rechtlich verbindlich sind. Jedoch hat die Kommission bereits **4646**

⁵¹⁰ EuGH, Rs. C-36 u. 37/97, Slg. 1998, I-6337 (6361 f., Rn. 30) – Kellinghusen u. Ketelsen; Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 (9054, Rn. 31) – Roquettes Frères III; Rs. C-339/00, Slg. 2003, I-11757 (11805, Rn. 72) – Irland/Kommission; *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 EGV Rn. 70.

⁵¹¹ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁵¹² Vgl. 8. Begründungserwägung: „Um die vollständige Anwendung dieser Verordnung auf alle Tätigkeiten der Union zu gewährleisten, sollten alle von den Organen geschaffenen Einrichtungen die ... Grundsätze anwenden.“ Diese Überlegung haben sich das Parlament, der Rat und die Kommission in einer Gemeinsamen Erklärung zur TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 zu eigen gemacht, ABl. L 173, S. 5.

⁵¹³ S. VOen (EG) Nr. 1641-1655/2003, ABl. 2003 L 245, S. 1 ff.

⁵¹⁴ Beschl. Nr. 64/2003, ABl. 2003 L 160, S. 96; Beschl. Nr. 603/2003, ABl. 2003 L 205, S. 19.

⁵¹⁵ KOM (2008) 229 endg.

angekündigt, dass sie eine entsprechende Ausweitung vornehmen wird, wenn der AEUV in Kraft tritt.⁵¹⁶

III. Gegenstand des Zugangsrechts

1. Dokumente der Organe

- 4647** Nach Art. 255 EG richtet sich der Zugangsanspruch auf die Dokumente der Organe.⁵¹⁷ Art. 3 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁵¹⁸ definiert diese als „Inhalte unabhängig von der Form des Datenträgers (auf Papier oder in elektronischer Form, Ton-, Bild- oder audiovisuelles Material), die einen Sachverhalt im Zusammenhang mit den Politiken, Maßnahmen oder Entscheidungen aus dem Zuständigkeitsbereich des Organs betreffen“. Der Dokumentenbegriff der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 passt sich damit der technischen Entwicklung an und stellt die auf irgendeinem Datenträger erfasste Information in den Vordergrund. Damit richtet sich der Anspruch letztlich auf die in irgendeiner Form dokumentierte Information.⁵¹⁹ Art. 42 EGRC und Art. 15 Abs. 3 AEUV nehmen diese Klarstellung in ihren Wortlaut auf und gewähren einen Zugang zu „Dokumenten ...“, unabhängig von der Form der für diese Dokumente verwendeten Träger“.
- 4648** Das bedeutet gleichzeitig, dass der Zugangsanspruch auf die in Dokumenten enthaltenen Informationen beschränkt ist, die zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits vorhanden sind. Es besteht deshalb keine Pflicht der Organe, Informationen erst zu beschaffen.⁵²⁰ Auch kann aus dem Dokumentenzugangsrecht kein Anspruch auf die Erteilung von Auskünften abgeleitet werden.⁵²¹
- 4649** Soweit die Legaldefinition des Art. 3 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 voraussetzt, dass es sich bei den Inhalten der Dokumente um solche aus dem Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Organs handeln muss, bedeutet dies nicht, dass Dokumente außerhalb des jeweiligen Zuständigkeitsbereichs nicht dem Zugangsanspruch unterliegen. Gerade im Hinblick auf solche Dokumente kann das Zugangsrecht eine Kontrollfunktion entfalten.⁵²² Gegen eine restriktive Auslegung

⁵¹⁶ Vgl. KOM (2008) 229 endg., Ziff. 2.2.8.

⁵¹⁷ Zu ergänzen sind nach Art. 42 EGRC und Art. 15 Abs. 3 AEUV die Dokumente der Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union; zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs mit dem Inkrafttreten des Reformvertrags o. Rn. 4646.

⁵¹⁸ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁵¹⁹ EuGH, Rs. C-353/99 P, Slg. 2001, I-9565 (9615, Rn. 26) – Hautala; im Anschluss an EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 (2515, Rn. 87) – Hautala; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 11; *Castenholz*, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 151; *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 138; abw. wohl *Bartelt/Zeitler*, EuR 2003, 487 (491 f.), die den Anspruch auf das Dokument als solches beschränkt sehen.

⁵²⁰ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 11; *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 137; *Bartelt/Zeitler*, EuR 2003, 487 (492).

⁵²¹ EuG, Rs. T-106/99, Slg. 1999, II-3273 (3284 f., Rn. 33, 35) – Meyer.

⁵²² *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 136 unter Hinweis auf EuG, Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521 (3541 f., Rn. 39, 43) – Interporc.

spricht auch der Wortlaut des Art. 2 Abs. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001, nach dem Dokumente aus allen Tätigkeitsbereichen der Union dem Zugangsrecht unterliegen.⁵²³ Durch dieses Kriterium werden lediglich rein private Dokumente vom Zugangsrecht ausgenommen.⁵²⁴

2. Dokumente Dritter

Art. 42 EGRC und Art. 255 EG/15 Abs. 3 AEUV differenzieren nicht nach dem Urheber der Dokumente und sind daher offen. Art. 2 Abs. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 erstreckt dagegen den Zugangsanspruch ausdrücklich auch auf Dokumente, die bei einem Organ „eingegangen“ sind, also auf Dokumente Dritter. Nach der Definition des Art. 3 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 sind „Dritte“ alle natürlichen und juristischen Personen und Einrichtungen außerhalb des betreffenden Organs, einschließlich der Mitgliedstaaten, der anderen Gemeinschafts- oder Nicht-Gemeinschaftsorgane und -einrichtungen und der Drittländer. Dies stellt eine wesentliche Neuerung im Vergleich zu der vor Erlass der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 bestehenden Rechtslage dar. Nach den Vorgängervorschriften musste ein Antragsteller, der Zugang zu Dokumenten begehrte, die von Dritten stammten, direkt bei diesem Zugang beantragen.⁵²⁵ **4650**

Auch wenn die vormalige Urheberregel durch die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 aufgehoben wurde,⁵²⁶ sind Dritte im Hinblick auf ihre Dokumente nicht völlig rechtlos gestellt. Ihre Interessen werden berücksichtigt, wobei die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 zwischen den Mitgliedstaaten und sonstigen Dritten unterscheidet. **4651**

a) Mitgliedstaaten als Urheber

Nach Art. 4 Abs. 5 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 kann ein Mitgliedstaat das jeweilige europäische Organ ersuchen, ein aus diesem Mitgliedstaat stammendes Dokument nicht ohne seine vorherige Zustimmung zu verbreiten. Nach diesem Wortlaut könnte den Mitgliedstaaten ein das Organ bindendes Einspruchsrecht zustehen. Zwar spricht die Formulierung des „Ersuchens“ zunächst eher für **4652**

⁵²³ Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 11 unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001: „Diese Verordnung gilt für alle Dokumente eines Organs, das heißt Dokumente aus allen Tätigkeitsbereichen der Union, die von dem Organ erstellt wurden oder bei ihm eingegangen sind und sich in seinem Besitz befinden.“

⁵²⁴ Riemann, Die Transparenz in der Europäischen Union, 2004, S. 136.

⁵²⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Beschl. 93/731/EG des Rates vom 20.12.1993 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Ratsdokumenten, ABl. L 340, S. 43; Art. 1 i.V.m. dem Anhang des Beschl. 94/90/EGKS, EG, Euratom der Kommission vom 8.2.1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, ABl. L 46, S. 58; Art. 2 Abs. 3 des Beschl. 97/632/EGKS, EG, Euratom des Europäischen Parlaments vom 10.7.1997 über den Zugang zur Öffentlichkeit zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, ABl. L 263, S. 1.

⁵²⁶ Zur Diskussion um die Rechtmäßigkeit dieser Änderung vgl. Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 142 ff.

eine Auslegung als rein verfahrensmäßige Garantie, die den Mitgliedstaaten erlaubt, um eine Nichtweiterleitung zu bitten. Dem steht die Wendung „nicht ohne seine vorherige Zustimmung“ gegenüber, die für das Verständnis als echtes Vetorecht spricht, das Rückwirkungen auf die Auslegung des „Ersuchens“ im Sinne einer an das Organ gerichteten Erklärung hat.⁵²⁷

4653 Nach dieser Auslegung wäre die Weigerung des Mitgliedstaates, das von ihm stammende Dokument zu verbreiten, demnach für das Organ gem. Art. 4 Abs. 5 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 verbindlich.⁵²⁸ Das entspricht auch der Rechtsprechung des EuG, wonach die Regelung des Art. 4 Abs. 5 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 den Zweck hat, den nationalen Zugangsregelungen Geltung zu verschaffen. Danach dürfen die Mitgliedstaaten anhand der nationalen Regelungen entscheiden, ob ein von ihnen stammendes Dokument verbreitet werden darf.⁵²⁹ Dabei sind sie nicht verpflichtet, ihre Ablehnung gegenüber dem Organ zu begründen. In der Folge besteht umgekehrt auch keine Pflicht des Organs, die Berechtigung der Weigerung wegen eines entgegenstehenden öffentlichen Interesses zu prüfen.⁵³⁰ Dies ist allein Aufgabe der nationalen Verwaltungsbehörden und -gerichte.⁵³¹

4654 Doch hat der EuGH sich dieser Rechtsprechung und der zugrundeliegenden Auslegung des Art. 4 Abs. 5 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 jüngst ausdrücklich entgegengestellt. In der Rechtssache *IFAW Internationaler Tierschutzfonds* hat der Gerichtshof die Entscheidung des EuG für nichtig erklärt.⁵³² Zwar sei aufgrund des Art. 4 Abs. 5 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 für die Verbreitung von Dokumenten, die aus einem Mitgliedstaat stammen, die vorherige Zustimmung des jeweiligen Mitgliedstaates erforderlich.⁵³³ Doch könne dieses Zustimmungserfordernis nicht als allgemeines und unbedingtes Vetorecht ausgelegt werden, das im Belieben des Mitgliedstaates stehe und auch keiner Begründung bedürfe. Ein solches Verständnis des Zustimmungserfordernisses sei mit den Zielen der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 nicht vereinbar.⁵³⁴ Die praktische Wirk-

⁵²⁷ Demgegenüber hält *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 148 f. den Wortlaut im Hinblick auf die scheinbar sich widersprechenden Formulierungen nicht für ergiebig; ähnlich *Castenholz*, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 181.

⁵²⁸ *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 15; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 13; *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 149.

⁵²⁹ EuG, Rs. T-76/02, Slg. 2003, II-3203 (3218 f., Rn. 41) – Messina; Rs. T-168/02, Slg. 2004, II-4135 (4158 f., Rn. 58) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds; Rs. T-187/03, Slg. 2005, II-1029 (1048 f., Rn. 34) – Sippacercola.

⁵³⁰ EuG, Rs. T-168/02, Slg. 2004, II-4135 (4159, Rn. 59) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds/Kommission.

⁵³¹ EuG, Rs. T-168/02, Slg. 2004, II-4135 (4159 f., Rn. 61) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds/Kommission.

⁵³² EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 (224, Rn. 100) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds.

⁵³³ EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 (220, Rn. 43 ff.) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds.

⁵³⁴ EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 (221, Rn. 58) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds.

samkeit des Zugangsrechts würde erheblich geschmälert, wenn seine Verwirklichung von der Herkunft des Dokuments und der jeweiligen mitgliedstaatlichen Politik bzw. den einschlägigen nationalen Regelungen abhängig wäre.⁵³⁵ Außerdem würde damit zumindest teilweise die Urheberregel wieder eingeführt, die der Gemeinschaftsgesetzgeber gerade abgeschafft habe.⁵³⁶ Der EuGH fordert im Rahmen des Art. 4 Abs. 5 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 von Seiten des Mitgliedstaates eine auf die Ausnahmeregelungen der Art. 4 Abs. 1-3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 gestützte Begründung für den Widerspruch gegen die Verbreitung eines von ihm stammenden Dokuments. In diesem Fall ist das Gemeinschaftsorgan verpflichtet, einen entsprechenden Antrag zurückzuweisen,⁵³⁷ soweit die Ablehnung zu Recht erfolgt ist.⁵³⁸ Trotz eines Widerspruchs muss es dagegen Zugang gewähren, wenn der Mitgliedstaat diesen trotz einer ausdrücklichen Aufforderung nicht noch nachträglich begründet und auch das Organ selbst der Auffassung ist, dass keine Ausnahmeregelung eingreift.⁵³⁹

Diese Rechtsprechung des EuGH hat die Kommission in ihrem Transparenz-VO-E⁵⁴⁰ aufgenommen. In einem neuen Art. 5 Abs. 2 soll das Zusammenspiel zwischen Mitgliedstaat und Unionsorgan dahin gehend geregelt werden, dass das Unionsorgan das Dokument frei gibt, wenn der Mitgliedstaat keine Begründung für einen Widerspruch gibt oder diese sich nicht auf den Katalog der Ausnahmegründen stützen lässt.

4655

b) Sonstige Dritte als Urheber

Handelt es sich bei dem Urheber eines Dokuments nicht um einen Mitgliedstaat, so ist er gem. Art. 4 Abs. 4 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 nur dann zu konsultieren, wenn das ersuchte Organ weitere Auskünfte braucht, um beurteilen zu können, ob das Dokument verbreitet werden muss oder ob eine der Ausnahmeregelungen des Art. 4 Abs. 1 oder Abs. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁵⁴¹ vorliegt. Diese Vorschrift macht die Privilegierung der Mitgliedstaaten gegenüber den sonstigen Dritten besonders deutlich. Zum einen müssen diese Dritten von dem Organ lediglich konsultiert werden, zum anderen dient diese Konsultation le-

4656

⁵³⁵ EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 (221 f., Rn. 60 ff.) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds.

⁵³⁶ EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 (221, Rn. 56, 59) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds.

⁵³⁷ EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 (223, Rn. 90) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds.

⁵³⁸ Dem Gemeinschaftsorgan steht hier eine eigene Prüfungskompetenz auf Begründetheit des Widerspruchs zu. Dies ergibt sich aus der Formulierung des EuGH, dass sowohl das Gemeinschaftsorgan als auch der Mitgliedstaat an dem Entscheidungsprozess beteiligt sind, vgl. EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 (223, Rn. 93) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds.

⁵³⁹ EuGH, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 (223, Rn. 88) – IFAW Internationaler Tierschutzfonds.

⁵⁴⁰ KOM (2008) 229 endg.

⁵⁴¹ S. dazu ausführlich u. Rn. 4664 ff.

diglich der Information und nicht der Ermittlung der Haltung zur Freigabe der Dokumente.

C. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

I. System

4657 Durch die Gewährung von Zugang zu Dokumenten werden häufig rechtlich geschützte Interessen privater Dritter, aber auch der Allgemeinheit berührt. Insoweit sind Normen erforderlich, die die konfligierenden Interessen zum Ausgleich bringen. Fällt die Abwägung zugunsten der entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen aus, muss das Zugangsrecht zurücktreten und wird insoweit eingeschränkt.

4658 Die Beschränkungen des Zugangsrechts sind vollständig auf der Ebene des Sekundärrechts geregelt. Während Art. 42 EGRC hierzu überhaupt keine Aussage trifft, enthält Art. 255 Abs. 2 EG den Auftrag an den Rat, „die allgemeinen Grundsätze und die aufgrund öffentlicher oder privater Interessen geltenden Einschränkungen“ zu regeln. Nach Art. 15 Abs. 3 AEUV haben Parlament und Rat gemeinsam diese Ausgestaltungsregelungen durch Verordnungen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festzulegen. Wegen der Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 2 EGRC statuieren trotz fehlender Schrankenregelung in Art. 42 EGRC die sekundärrechtlichen Vorschriften auch für dieses Grundrecht die maßgeblichen Rechtfertigungstatbestände.⁵⁴²

4659 Die wesentlichen Schrankenregelungen sind in Art. 4 Abs. 1-3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁵⁴³ zusammengefasst. Dabei lässt sich zunächst unterscheiden zwischen Art. 4 Abs. 1 und 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001. Art. 4 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 schützt in lit. a) ausgewählte öffentliche Interessen und in lit. b) die Privatsphäre sowie die Integrität des Einzelnen, ohne dass eine Abwägung mit anderen Interessen vorgenommen wird. Es handelt sich daher um absolute Verweigerungsgründe.⁵⁴⁴ Dagegen berücksichtigt Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 umfassend sowohl öffentliche als auch private Interessen und sieht eine Abwägung mit entgegenstehenden öffentlichen Interessen vor. Überwiegen diese, so sind die betroffenen Dokumente zu veröffentlichen, auch wenn die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung im Übrigen erfüllt sind.

4660 Art. 4 Abs. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 behandelt „interne“ Dokumente, die jedoch auch zu veröffentlichen sind, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse daran besteht. Wie die nach Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 bilden sie daher relative Verweigerungsgründe.⁵⁴⁵

⁵⁴² Vgl. o. Rn. 461 sowie u. 4819 f.

⁵⁴³ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁵⁴⁴ So *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 17.

⁵⁴⁵ *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 42 Rn. 17.

Außerhalb der eigentlichen Ausnahmegvorschrift des Art. 4 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 regelt schließlich Art. 9 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 die Behandlung von „sensiblen“ Dokumenten. **4661**

II. Konkreter Prüfungsmaßstab

Die Prüfung des Zugangsanspruchs und der dem Zugang entgegenstehenden Ausnahmeregelungen muss konkret erfolgen. Insoweit ist es nicht ausreichend, dass das Dokument, zu dem Zugang begehrt wird, ein durch eine Ausnahmeregelung geschütztes Interesse berührt. Vielmehr muss dieses durch die Zugangsentscheidung konkret beeinträchtigt sein, eine bloß hypothetische Beeinträchtigung reicht nicht aus. Dies muss auch aus der Begründung der Entscheidung über das Zugangsbegehren hervorgehen.⁵⁴⁶ Eine solche konkrete und individuelle Prüfung kann aber entbehrlich sein, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls offenkundig ist, dass die begehrten Dokumente von einer Ausnahmeregelung erfasst sind oder aber offensichtlich Zugang zu gewähren ist.⁵⁴⁷ Eine solche konkrete und individuelle Prüfung kann aber dann entbehrlich sein, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls offenkundig ist, dass die fraglichen Dokumente von einer Ausnahmeregelung erfasst sind oder aber offensichtlich Zugang zu gewähren ist.⁵⁴⁸ **4662**

III. Teilweiser Zugang

Nach Art. 4 Abs. 6 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 ist ein teilweiser Zugang zu einem Dokument zu gewähren, wenn nur bestimmte Teile eines Dokuments einer Ausnahmeregelung unterliegen. Diese Regelung nimmt die Rechtsprechung des EuG⁵⁴⁹ und des EuGH⁵⁵⁰ auf, die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen Anspruch auf einen teilweisen Zugang abgeleitet haben. Insoweit kann das jeweilige Organ verpflichtet sein, die durch eine Ausnahmeregelung geschützten Teile eines Dokuments unkenntlich zu machen und dann Zugang zu gewähren. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt aber gleichzeitig auch den Aufwand, den das jeweilige Organ zur Gewährung des teilweisen Zugangs betreiben muss.⁵⁵¹ **4663**

⁵⁴⁶ EuG, Rs. T-188/98, Slg. 2000, II-1959 (1976, Rn. 37 f.) – Kuijer; Rs. T-2/03, Slg. 2005, II-1121 (1146 f., Rn. 69, 72) – Verein für Konsumenteninformation, Rs. T-391/03 u. 70/04, Slg. 2006, II-2023 (2065, Rn. 115) – Franchet u. Byk.

⁵⁴⁷ EuG, Rs. T-36/04 (Rn. 58) – Association de la Presse Internationale.

⁵⁴⁸ EuG, Rs. T-36/04 (Rn. 58) – Association de la Presse Internationale.

⁵⁴⁹ S. EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 (2515, Rn. 85 ff.) – Hautala; Rs. T-188/98, Slg. 2000, II-1959 (1980, Rn. 54 f.) – Kuijer; Rs. T-123/99, Slg. 2000, II-3269 (3290, Rn. 44) – JT's Corporation.

⁵⁵⁰ EuGH, Rs. C-353/99 P, Slg. 2001, I-9565 (9615 f., Rn. 27 ff.) – Hautala.

⁵⁵¹ Vgl. EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 (2515, Rn. 85 ff.) – Hautala; EuGH, Rs. C-353/99 P, Slg. 2001, I-9565 (9615 f., Rn. 30) – Hautala.

IV. Öffentliches Interesse

4664 Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁵⁵² verweigern die Organe den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung der Schutz des öffentlichen Interesses beeinträchtigt würde. Nachfolgend werden dann einzelne konkrete Schutzgüter im Rahmen dieses öffentlichen Interesses aufgezählt.

1. Ermessensspielraum

4665 Die in Art. 4 Abs. 1 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 geschützten öffentlichen Interessen sind besonders sensibler Natur und von einiger Tragweite. Deshalb ist die Entscheidung über den Zugang zu solchen Dokumenten komplex und im Einzelnen schwierig zu treffen. Bei der Feststellung, ob die Freigabe eines Dokuments öffentliche Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 berührt, bedarf das jeweilige Organ insoweit eines weiten Ermessensspielraums.⁵⁵³ Die gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt sich darauf, ob die Verfahrensvorschriften und das Begründungserfordernis eingehalten worden sind, der zutreffende Sachverhalt zugrunde gelegt wurde, die Tatsachenwürdigung nicht unter einem offensichtlichen Fehler leidet und kein Ermessensmissbrauch vorliegt.⁵⁵⁴

2. Die öffentliche Sicherheit

4666 Der Begriff der öffentlichen Sicherheit wird in Art. 4 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 nicht definiert. Da es sich um einen Begriff des Gemeinschaftsrechts handelt, muss er selbstständig ausgelegt werden. Ein Rückgriff auf die Definition nach deutschem Polizei- und Ordnungsrecht ist insoweit nicht zulässig.⁵⁵⁵

4667 Der EuGH hat den Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ als Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung der Grundfreiheiten näher ausgeformt. Danach ist dieses Schutzgut berührt, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁵⁵⁶ Als ein solches Grundinteresse hat der EuGH die Grundversorgung mit Dienstleistungen von strategischer Bedeutung oder allgemeinem Interesse wie etwa mit Erdölprodukten,

⁵⁵² ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁵⁵³ EuGH, Rs. C-266/05 P, Slg. 2007, I-1233 (1294, Rn. 34 f.) – Sison; zuvor schon EuG, Rs. T-110/03 u.a., Slg. 2005, II-1429 (1447, Rn. 46) – Sison.

⁵⁵⁴ EuGH, Rs. C-266/05 P, Slg. 2007, I-1233 (1294, Rn. 34) – Sison; zuvor schon EuG, Rs. T-110/03 u.a., Slg. 2005, II-1429 (1447 f., Rn. 47) – Sison.

⁵⁵⁵ Frenz, Europarecht 1, Rn. 943 u. 2833; Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 7 Rn. 85.

⁵⁵⁶ EuGH, Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219 (1231, Rn. 26/28) – Rutili; Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335 (1361, Rn. 17) – Eglise de Scientologie; Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 (4634, Rn. 72) – Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien).

Elektrizität oder Telekommunikationsdienstleistungen anerkannt.⁵⁵⁷ Darüber hinaus hat der Gerichtshof zwischen der inneren und der äußeren Sicherheit differenziert.⁵⁵⁸ Die innere Sicherheit umfasst die Existenz des Staates und seiner Einrichtungen sowie die Notwendigkeiten für das Überleben der Bevölkerung.⁵⁵⁹ Demgegenüber bezieht sich die äußere Sicherheit auf äußere militärische Bedrohungen oder Störungen der auswärtigen Beziehungen sowie des friedlichen Zusammenlebens der Völker.⁵⁶⁰ Das EuG hat diese vom EuGH entwickelten Grundsätze auf die Einschränkung des Dokumentenzugangsrechts übertragen.⁵⁶¹ Gleichzeitig hat es einen weiteren Aspekt der inneren Sicherheit hinzugefügt. Danach kann der Zugang zu einem Dokument auch verweigert werden, wenn dadurch unmittelbar die Bemühungen von Behörden behindert würden, Straftaten zu vereiteln.⁵⁶²

Auch wenn die äußere Sicherheit nach der Rechtsprechung des EuGH von dem Begriff der öffentlichen Sicherheit mit umfasst wird, so wird sie in Art. 4 Abs. 1 lit. a) 2. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 in der spezielleren Untergruppe „Verteidigung und militärische Belange“ erfasst. **4668**

Der TransparenzVO-E⁵⁶³ fasst unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit auch die Sicherheit natürlicher und juristischer Personen. **4669**

3. Verteidigung und militärische Belange

Die Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 1 lit. a) 2. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 steht vor dem Hintergrund eines noch jungen Tätigkeitsbereichs der Europäischen Union, der Europäischen Verteidigungs- und Sicherheitspolitik. In Art. 11 Abs. 1 EU/24 EUV ist die Zielsetzung der Europäischen Union verankert, eine gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik zu erarbeiten und zu verwirklichen. Nach Art. 17 Abs. 1 EU/42 EUV gehört dazu auch die schrittweise Erarbeitung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, die, einen entsprechenden Beschluss des Europäischen Rates vorausgesetzt, auch zu einer gemeinsamen Verteidigung führen könnte. Diese Regelungen waren Grundlage für die Einrichtung einer „Schnellen Europäischen Eingreiftruppe“, die zwischenzeitlich drei Militäroperationen durchgeführt hat.⁵⁶⁴ **4670**

⁵⁵⁷ EuGH, Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781 (4804, Rn. 47) – Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich); Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809 (4832 f., Rn. 46) – Goldene Aktien III (Kommission/Belgien). Zu dieser „Goldene Aktien“-Rspr. näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2806 ff.

⁵⁵⁸ EuGH, Rs. C-367/89, Slg. 1991, I-4621 (4652, Rn. 22) – Richardt.

⁵⁵⁹ EuGH, Rs. C-367/89, Slg. 1991, I-4621 (4652, Rn. 22) – Richardt; Rs. C-70/94, Slg. 1995, I-3189 (3226, Rn. 25) – Werner Industrieausrüstungen.

⁵⁶⁰ EuGH, Rs. C-70/94, Slg. 1995, I-3189 (3226, Rn. 26 f.) – Werner Industrieausrüstungen.

⁵⁶¹ EuG, Rs. T-174/95, Slg. 1998, II-2289 (2326, Rn. 121) – Svenska Journalistförbundet.

⁵⁶² EuG, Rs. T-174/95, Slg. 1998, II-2289 (2326, Rn. 121) – Svenska Journalistförbundet.

⁵⁶³ Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO-E), KOM (2008) 229 endg.

⁵⁶⁴ Näher dazu *Kielmansegg*, EuR 2006, 182 (184).

4671 Da die Ausnahmeregelung zugunsten der Verteidigung und der militärischen Belange ein speziell geregelter Unterfall der Ausnahme zugunsten der öffentlichen Sicherheit darstellt, ist auch für diese zu fordern, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Beeinträchtigung des Schutzguts droht. Insoweit kann der Dokumentenzugang unter Rückgriff auf diese Fallgruppe nur dann verweigert werden, wenn operative Informationen über Ausrüstung und Stationierung von Truppen oder verteidigungspolitische Strategien enthalten sind. Politische Standpunkte und verwaltungstechnische Entscheidungen sind dagegen als nicht geheimhaltungsbedürftig einzustufen.⁵⁶⁵

4. Internationale Beziehungen

4672 Zu den internationalen Beziehungen i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. a) 3. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 gehören der außenpolitische Teil der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Union sowie die internationalen Beziehungen der Gemeinschaft bzw. Union als Völkerrechtssubjekt. Insoweit werden jedoch nur die Beziehungen zu Drittstaaten und die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen erfasst, nicht dagegen die Binnenbeziehungen zu den Mitgliedstaaten.⁵⁶⁶

4673 Dem Rat kommt bei der Beurteilung der Frage, ob die Veröffentlichung eines Dokuments die internationalen Beziehungen der Europäischen Union beeinträchtigen würde, ein Ermessensspielraum zu.⁵⁶⁷ Diese Beurteilung wird deshalb nur eingeschränkt auf das Vorliegen von Ermessensfehlern überprüft.⁵⁶⁸ So genügte dem EuG eine Befürchtung des Rates, Formulierungen in einem Bericht über die Menschenrechtslage in einem Drittstaat könnten zu Spannungen mit einigen Staaten führen.⁵⁶⁹

4674 Allerdings reicht hier die theoretische Möglichkeit nicht aus. Vielmehr muss das Organ nach Analyse des konkreten Dokuments zu dem Schluss kommen, dass die Beziehungen zu einem anderen Staat gefährdet werden könnten.⁵⁷⁰ Aber auch eine solche Beurteilung schließt eine Veröffentlichung der Dokumente nicht aus, wenn kritische Bewertungen bereits in anderen offiziellen Dokumenten der Union enthalten waren⁵⁷¹ oder die Beziehungen zu dem betreffenden Staat wegen der in dem Dokument angesprochenen Probleme bereits belastet sind.⁵⁷²

⁵⁶⁵ Vgl. diese Differenzierung bei *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 170 f.

⁵⁶⁶ *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 171.

⁵⁶⁷ EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 (2511, Rn. 71) – Hautala; Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 (507, Rn. 53) – Kuijter II.

⁵⁶⁸ EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 (2512, Rn. 72) – Hautala; Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 (507, Rn. 53) – Kuijter II.

⁵⁶⁹ EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 (2512, Rn. 73) – Hautala.

⁵⁷⁰ EuG, Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 (509 f., Rn. 60 f.) – Kuijter II.

⁵⁷¹ EuG, Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 (511, Rn. 66) – Kuijter II.

⁵⁷² EuG, Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 (511, Rn. 66) – Kuijter II.

5. Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik

Die Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 1 lit. a) 4. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 greift thematisch sehr weit, beinhaltet sie doch wesentliche Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft. Da die Ausnahmeregelungen für den Zugang zu Dokumenten grundsätzlich eng auszulegen sind,⁵⁷³ können davon nicht alle Dokumente mit irgendeinem Bezug zu diesen Gebieten erfasst sein.⁵⁷⁴ Die Wirtschafts- und Währungspolitik ist Gegenstand von Titel VII des EG/Titel VIII des AEUV. Nach Art. 105 ff. EG/127 ff. AEUV ist es ein wesentliches Ziel der durch die EZB und die nationalen Zentralbanken getragenen Währungspolitik, Preisstabilität zu gewährleisten. Deshalb werden im Wesentlichen Dokumente der Zentralbank geschützt, so weit sie Gegenstand von Spekulationen sein können.⁵⁷⁵ **4675**

Der Begriff der Finanzpolitik ist im Rahmen der Politiken der Gemeinschaft in keinem eigenen Titel aufgeführt. Im Verhaltenskodex 1993 war eine Ausnahme zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft enthalten.⁵⁷⁶ In Art. 280 EG/325 AEUV ist die Bekämpfung von Betrugereien und sonstigen rechtswidrigen Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der Gemeinschaft/Union geregelt. Zur Finanzpolitik gehören demnach alle Tätigkeiten, die dem Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft/Union dienen. Insoweit darf die Herausgabe von Dokumenten auf der Grundlage dieser Ausnahme verweigert werden, wenn die darin enthaltenen Informationen zu finanziellen Nachteilen für die Gemeinschaft/Union etwa durch Einnahmeverluste oder betrügerische Handlungen führen könnten.⁵⁷⁷ **4676**

Neben der europäischen Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik sind auch die entsprechenden Tätigkeiten der Mitgliedstaaten auf diesen Gebieten von der Ausnahmeregelung erfasst. Allerdings war die praktische Bedeutung der Vorschrift bislang gering, da die Rechtsprechung den Mitgliedstaaten bis zur Entscheidung *IFAW Internationaler Tierschutzfonds* ein nicht näher zu begründendes Vetorecht⁵⁷⁸ eingeräumt hat.⁵⁷⁹ **4677**

⁵⁷³ EuGH, Rs. C-174 u. 189/98 P, Slg. 2000, I-1 (64, Rn. 27) – Niederlande u. van der Wal/Kommission; EuG, Rs. T-105/95, Slg. 1997, II-313 (343, Rn. 56) – WWF UK; Rs. T-124/96, Slg. 1998, II-231 (247, Rn. 49) – Interporc I; Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521 (3540 f., Rn. 38) – Interporc II; Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 (508, Rn. 55) – Kuijer II; Rs. T-391/03 u. 70/04, Slg. 2006, II-2023 (2058, Rn. 84) – Franchet u. Byk; Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 255 EGV Rn. 18; Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 162 f.

⁵⁷⁴ Castenholz, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 160 f.

⁵⁷⁵ Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 174.

⁵⁷⁶ Vgl. Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten, ABl. 1993 L 340, S. 41. Darin waren diese allerdings unzutreffend nicht den öffentlichen Interessen zugeordnet, sondern wurden gleichrangig neben privaten Interessen aufgeführt.

⁵⁷⁷ Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 175.

⁵⁷⁸ S. Rn. 4652 ff.

⁵⁷⁹ S. diese Einschätzung bei Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 175 f.

- 4678** Der TransparenzVO-E fügt im Anschluss an diese Interessen neu den Schutz der Umwelt hinzu und führt als Beispiel den Schutz seltener Tierarten an. Damit soll die Transparenzverordnung an das Århus-Abkommen⁵⁸⁰ angepasst werden.⁵⁸¹

V. Privatsphäre und Integrität des Einzelnen

- 4679** Neben den öffentlichen Interessen kann der Dokumentenzugang auch unter Hinweis auf bestimmte private Interessen verweigert werden. Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁵⁸² nennt hier den Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen. Der Schutz der Privatsphäre ist auch in Art. 8 EMRK verankert. Unter diesem Oberbegriff werden die Einzelrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz zusammengefasst. Die EGRC enthält in Art. 7 eine fast gleich lautende Gewährleistung.⁵⁸³
- 4680** Das zweite Schutzgut der Integrität hat kein Vorbild in der EMRK oder im EG/AEUUV. Einzig die VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 (Beamtenstatut)⁵⁸⁴ verwendet in Art. 27 im Rahmen der Anforderungen an die Beamten diesen Begriff.⁵⁸⁵ Nach der allgemeinen Wortbedeutung meint Integrität Makellosigkeit, Unbescholtenheit oder Unverletzlichkeit.⁵⁸⁶
- 4681** Die Bedeutung dieses Schutzguts erschließt sich besser, wenn man den weiteren Wortlaut der Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 mit einbezieht. Danach wird der Schutz der Privatsphäre und der Integrität insbesondere gemäß den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft über den Schutz personenbezogener Daten verwirklicht. Insoweit wird im Zusammenhang mit dem Schutzgut der Integrität das Interesse des Einzelnen geschützt, mit bestimmten Daten nicht in Zusammenhang gebracht zu werden. Ein Anwendungsfall wäre etwa der Informantenschutz, d.h. das Interesse, nicht als Quelle einer be-

⁵⁸⁰ Übereinkommen vom 25.6.1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten („Århus-Übereinkommen“) (deutsche Fassung des Übereinkommens im gleichnamigen Gesetz, BGBl. II 2006 S. 1251).

⁵⁸¹ KOM (2008) 229 endg., Ziff. 3.3.

⁵⁸² ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁵⁸³ S. dazu o. Rn. 1168 ff. Darin ist das Recht auf Achtung der Korrespondenz zu einem Recht auf Achtung der Kommunikation umformuliert, ohne dass dadurch eine Änderung des Schutzbereichs eingetreten ist, vgl. *Marauhn/Meljnik*, in: Grote/Marauhn, Kap. 16 Rn. 9.

⁵⁸⁴ Des Rates zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind, vom 29.2.1968, ABl. L 56, S. 1; zuletzt geändert durch die VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1. Eine konsolidierte Fassung, die die zahlreichen Änderungen aufnimmt, ist als Arbeitsdokument auf der Homepage der Kommission veröffentlicht (Stand: 31.5.2008) http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_de.pdf.

⁵⁸⁵ Danach ist bei der Einstellung darauf zu achten, dass die Beamten in Bezug auf Befähigung, Leistung und Integrität höchsten Ansprüchen genügen.

⁵⁸⁶ Vgl. Duden, Das Fremdwörterbuch, 9. Aufl. 2006.

stimmten Information bekannt zu werden, weil dem Informanten sonst Schaden droht.⁵⁸⁷ Dazu könnte aber auch das Interesse gehören, nicht als Inhaber eines bestimmten Amtes oder einer Position bekannt zu sein. Bei dem Schutzgut der Integrität steht somit nicht die Qualität der Daten im Vordergrund, sondern die Beziehung einer Person zu bestimmten Daten.

Für die Verwirklichung dieses Schutzes verweist Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 auf die gemeinschaftsrechtlichen Datenschutzvorschriften. Insoweit sind im Wesentlichen⁵⁸⁸ die DatenschutzRL 95/46/EG⁵⁸⁹ und die DatenschutzVO (EG) Nr. 45/2001⁵⁹⁰ die maßgebliche Grundlage für die Beurteilung, ob der Zugang zu einem Dokument wegen des Schutzes der Privatsphäre oder der Integrität eines Einzelnen verweigert werden darf.⁵⁹¹ Allerdings lässt die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 offen, wie das Zusammenspiel mit den europarechtlichen Datenschutznormen im Einzelnen aussieht. Diesem datenschutzrechtlichen Anhaltspunkt ist eine Abwägung bereits inhärent. Im Ergebnis muss deshalb eine Abwägung vorgenommen werden zwischen dem Recht der Allgemeinheit auf Zugang zu Dokumenten und den Rechtsgütern, die durch die europarechtlichen Datenschutzregelungen geschützt werden. Da es sich hierbei um gleichrangige Rechtsgüter handelt, muss ein Maßstab gefunden werden, der eine Gewichtung dieser Interessen erlaubt. Ein Vorschlag geht dahin, die Schutzbedürftigkeit vom Sozialbezug der Information abhängig zu machen. Je höher der Sozialbezug ist, desto weniger Gewicht kommt danach dem Geheimhaltungsinteresse im Rahmen der Abwägung zu.⁵⁹²

Das EuG hat jüngst in der Rechtssache *Bavarian Lager* das Verhältnis der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 zu den Datenschutzvorschriften der DatenschutzVO (EG) Nr. 45/2001 näher beleuchtet. Es hat dabei keine abstrakte Abwägung der durch die jeweiligen Vorschriften geschützten Rechtsgüter vorgenommen, sondern die Regelungen unmittelbar miteinander verknüpft. So hat das EuG die in Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 enthaltene Ausnahmeregelung in die DatenschutzVO (EG) Nr. 45/2001 hineingelesen und in Bezug gesetzt zu dem dort in Art. 18 verankerten Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung von Daten und den insoweit bestehenden Ausnahmen. Hierzu hat das Gericht festgestellt, dass auch ein Widerspruchsrecht nicht besteht, wenn die Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 nicht eingreift. Beeinträchtigt die Weitergabe von Daten die Privatsphäre und Integrität

4682

4683

⁵⁸⁷ Diesen Aspekt bei *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 177 f.
⁵⁸⁸ Zu weiteren einschlägigen Rechtsakten vgl. Rn. 1357 ff.

⁵⁸⁹ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DatenschutzRL), ABl. L 281, S. 31.

⁵⁹⁰ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. 2001 L 8, S. 1.

⁵⁹¹ Ausführlich zum europarechtlichen Datenschutz o. Rn. 1357 ff.

⁵⁹² *Riemann*, Transparenz in der Europäischen Union, 2004, S. 186 unter Hinweis auf BVerfGE 65, 1 (43 ff.).

des Einzelnen nicht, so steht diesem auch kein Widerspruchsrecht nach der DatenschutzVO (EG) Nr. 45/2001 zu.⁵⁹³

4684 Die Privatsphäre und die Integrität des Einzelnen werden nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 „insbesondere“ nach den datenschutzrechtlichen Vorschriften geschützt. D.h. der Schutz wird nicht nur durch das Datenschutzrecht gewährleistet. Dies kann vor allem in Bereichen relevant werden, in denen das Europarecht und damit auch die datenschutzrechtlichen Regelungen nicht anwendbar sind. Insoweit kommt etwa eine Bindung an die innerhalb der Union anerkannten Grundrechte in Betracht.⁵⁹⁴ Auch dazu hat das EuG in der Rechtssache *Bavarian Lager* Ausführungen gemacht. Insoweit hat es unter Rückgriff auf die Klausel des Art. 6 Abs. 2 EU auf den Schutz des Privatlebens in Art. 8 EMRK Bezug genommen. Hierbei hat das Gericht zunächst darauf hingewiesen, dass der Begriff des „Privatlebens“ ein weit gefasster offener Begriff ist, der nicht erschöpfend definiert werden kann.⁵⁹⁵ Ein Verstoß setzt voraus, dass ein Eingriff in das Privatleben vorliegt, der nicht gerechtfertigt ist. Ein möglicher Rechtfertigungsgrund ist in Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) 1049/2001 formuliert.⁵⁹⁶ In dem zu entscheidenden Fall hat das EuG aber bereits einen Eingriff in die Privatsphäre abgelehnt. Der Kläger hatte die Bekanntgabe der Namen von Teilnehmern eines Treffens mit Kommissionsvertretern im Zusammenhang mit einem Vertragsverletzungsverfahren gegen zwei Mitgliedstaaten begehrt. Das EuG betonte zunächst, dass nicht alle personenbezogenen Daten ihrer Art nach geeignet sind, die Privatsphäre des Betroffenen zu beeinträchtigen.⁵⁹⁷ So sei auch die Privatsphäre der bei der Besprechung anwesenden Personen gar nicht berührt gewesen. Denn sie hätten nur als Vertreter bestimmter Organisationen und nicht im eigenen Namen teilgenommen und auch die auf dem Treffen gefassten Beschlüsse hätten nur Wirkungen für die vertretenen Körperschaften und nicht für die Teilnehmer persönlich entfaltet.⁵⁹⁸ Deshalb kam das EuG zu dem Ergebnis, dass die Kommission die Bekanntgabe der Namen der Teilnehmer nicht unter Hinweis auf deren Privatsphäre verweigern durfte.

4685 Auch diese Entscheidung hat die Kommission in ihrem TransparenzVO-E⁵⁹⁹ verarbeitet. Die Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 soll gestrichen und durch einen neuen Art. 4 Abs. 5 ersetzt werden. Danach sollen die Namen, Titel und Funktionen von Inhabern öffentlicher Ämter, von Beamten und Interessenvertretern im Zusammenhang mit ihrer Berufstätigkeit grundsätzlich offengelegt werden, wenn im konkreten Fall keine Schädigung der Person zu befürchten ist. Andere personenbezogenen Daten sollen nach den datenschutzrechtlichen Vorschriften offenzulegen sein. Damit soll das unklare Verhältnis zwischen der Transparenzverordnung und den datenschutzrechtlichen Vor-

⁵⁹³ EuG, Rs. T-194/04, EuR 2007, 776 (784, Rn. 109 f.) – *Bavarian Lager*.

⁵⁹⁴ *Riemann*, Transparenz in der Europäischen Union, 2004, S. 187 unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 2 EU.

⁵⁹⁵ EuG, Rs. T-194/04, EuR 2007, 776 (785, Rn. 114) – *Bavarian Lager*.

⁵⁹⁶ EuG, Rs. T-194/04, EuR 2007, 776 (785, Rn. 115) – *Bavarian Lager*.

⁵⁹⁷ EuG, Rs. T-194/04, EuR 2007, 776 (786, Rn. 118 f.) – *Bavarian Lager*.

⁵⁹⁸ EuG, Rs. T-194/04, EuR 2007, 776 (787, Rn. 125 f.) – *Bavarian Lager*.

⁵⁹⁹ KOM (2008) 229 endg.

schriften durch eine Verweisungsnorm abgelöst werden. Damit würden schwierige Abgrenzungsfragen obsolet, deshalb wäre eine solche Regelung zu begrüßen.

VI. Geschäftliche Interessen und geistiges Eigentum

Während die in Art. 4 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁶⁰⁰ aufgeführten **4686** Ausnahmeregelungen keine Interessenabwägung vorsehen, kann unter Rückgriff auf die Ausnahmen des Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 der Dokumentenzugang nur verweigert werden, wenn nicht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung besteht. Zu diesen Ausnahmen gehört gem. Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person einschließlich des geistigen Eigentums.

1. Geschäftliche Interessen

Der Wortlaut dieser Regelung ist im Vergleich zu der vorherigen Formulierung **4687** „Schutz des Geschäfts- und Industriegeheimnisses“ weiter gefasst.⁶⁰¹ Doch muss damit nicht notwendig eine weitere Beschränkung des Zugangsrechts einhergehen,⁶⁰² da nach wie vor Geschäftsgeheimnisse den wesentlichen Anwendungsfall bilden werden.⁶⁰³ Dies hat auch Rückwirkungen auf die Anerkennung sonstiger geschäftlicher Interessen als schützenswerte Belange.

Zwar ist auch im Primärrecht der Schutz von Geschäftsgeheimnissen insbesondere in Art. 287 EG/339 AEUV verankert, doch gibt es keinen spezifisch europarechtlichen Begriff des Geschäftsgeheimnisses.⁶⁰⁴ Deshalb erscheint eine Orientierung an der Auslegung dieses Begriffes im deutschen Wettbewerbsrecht zulässig, zumal der Zusammenhang, in dem dieser Begriff verwendet wird, auf europäischer und auf nationaler Ebene derselbe sein dürfte.⁶⁰⁵ In der deutschen Rechtsprechung und Lit. wurden Kriterien ausgebildet, die als maßgeblich für die Einordnung einer Information als Geschäftsgeheimnis anerkannt sind. Es muss sich insoweit um eine in Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende, nicht offenkundige Tatsache handeln, an deren Geheimhaltung der Betriebsinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die nach seinem bekundeten oder **4688**

⁶⁰⁰ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁶⁰¹ Vgl. die Formulierung im Verhaltenskodex 93/730/EG für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten, ABl. 1993 L 340, S. 41

⁶⁰² So aber die Befürchtung von *Wägenbaur*, EuZW 2001, 680 (683).

⁶⁰³ *Riemann*, Die Transparenz in der Europäischen Union, 2004, S. 188; im Ergebnis auch *Castenholz*, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 164.

⁶⁰⁴ Etwas anderes gilt etwa für den Begriff der „öffentlichen Sicherheit“, auf den das Europarecht zum einen ausdrücklich Bezug nimmt und den der EuGH in seiner Rspr. zum anderen als spezifisch europarechtlichen Begriff ausgeformt hat, s. dazu o. Rn. 4667.

⁶⁰⁵ So *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 188.

erkennbaren Willen auch geheim bleiben soll.⁶⁰⁶ Typische Beispielsfälle sind danach etwa Herstellungskosten, Marktanteile, Kundendateien oder die interne Organisation eines Unternehmens.⁶⁰⁷ Der praktisch wichtigste Anwendungsbereich dieser Ausnahmenvorschrift dürfte im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht bestehen, da die Kommission in ihrer Funktion als Kontrollorgan über zahlreiche unternehmensbezogene Informationen verfügt.⁶⁰⁸

4689 Neben der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sind entsprechend dem weiten Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 auch andere geschäftliche Interessen denkbar, die das Zugangsrecht einschränken. Entsprechend dem Charakter als Ausnahmeregelung ist bei der Auslegung dieses Begriffs ein enger Maßstab anzulegen. Auch hier muss das private Geheimhaltungsinteresse das allgemeine Zugangsinteresse überwiegen, so dass nicht jeder irgendwie geartete geschäftliche Nachteil ausreicht. Vielmehr muss das Interesse ähnlich gewichtig wie ein Geschäftsgeheimnis sein.⁶⁰⁹

4690 Bei Vorliegen eines schützenswerten geschäftlichen Interesses ist zu prüfen, ob nicht ein öffentliches Interesse an der Gewährung des Zugangs besteht, dem Vorrang vor dem privaten Interesse einzuräumen ist. Ein solches überwiegendes öffentliches Interesse könnte etwa die Volksgesundheit, der Umweltschutz oder die Versorgungssicherheit sein.⁶¹⁰

2. Geistiges Eigentum

4691 Mit der Erwähnung des geistigen Eigentums wurde ein neues Schutzgut in den Ausnahmetatbestand des Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 aufgenommen. Grund dafür könnte sein, dass die Urheberregel⁶¹¹ aufgegeben wurde und das Zugangsrecht sich auch auf Dokumente Dritter bezieht, für die potenziell Urheberrechte beansprucht werden können. Das geistige Eigentum umfasst neben dem literarischen und dem künstlerischen Eigentum das Patent- und Markenrecht sowie die verwandten Schutzrechte.⁶¹²

4692 Relevant werden diese Schutzrechte dann, wenn sie durch die Weitergabe von Dokumenten verletzt werden können. Dies ist bei Patent- und Markenrechten

⁶⁰⁶ So die Definition bei Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rn. 4; s. auch BGH, GRUR 1955, 424 (425); GRUR 2003, 356 (358).

⁶⁰⁷ Weitere Beispiele bei Riemann, Die Transparenz in der Europäischen Union, 2004, S. 189.

⁶⁰⁸ Zu den Befugnissen der Kommission im Kartellverfahren s. Frenz, Europarecht 2, Rn. 1470 ff.

⁶⁰⁹ Riemann, Transparenz in der Europäischen Union, 2004, S. 191 nennt als Anwendungsfall die Geheimhaltung von Beschwerden kleinerer Unternehmen über größere marktbeherrschende, soweit bei Bekanntwerden Vergeltungsmaßnahmen zu befürchten wären (unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Art. 85 und 86 EG, der Art. 65 und 66 EGKS und der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, ABl. 1997 C 23, S. 3, Abschnitt II.D.2).

⁶¹⁰ Vgl. Riemann, Transparenz in der Europäischen Union, 2004, S. 192.

⁶¹¹ S. dazu o. Rn. 4650 f.

⁶¹² Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

nicht der Fall.⁶¹³ Auch im Hinblick auf Urheberrechte ist nicht erkennbar, inwieweit diese verletzt werden könnten. Zum einen dürften die den Organen vorliegenden Dokumente regelmäßig schon nicht dem Urheberrechtsschutz unterliegen.⁶¹⁴ Zum anderen ist die behördliche Weitergabe von einzelnen Kopien urheberrechtlich geschützter Werke erlaubt.⁶¹⁵ Für die Vervielfältigung freigegebener Dokumente durch Dritte schließlich trifft Art. 16 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 eine eigene Regelung, wonach entgegenstehende urheberrechtliche Bestimmungen unberührt bleiben. Insoweit erscheint der Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung einstweilen noch offen.⁶¹⁶

VII. Gerichtsverfahren und Rechtsberatung

In der Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 2 2. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁶¹⁷ werden die Bereiche des Gerichtsverfahrens und der Rechtsberatung zusammengefasst. Sie hat den im Verhaltenskodex 93/730/EG⁶¹⁸ vorgesehenen Ausnahmegrund der „Rechtspflege“ abgelöst. **4693**

1. Gerichtsverfahren

Die Ausnahme zum Schutz des Gerichtsverfahrens soll das Recht der Parteien schützen, ihre Interessen unabhängig von jeder äußeren Beeinflussung insbesondere durch die Öffentlichkeit zu vertreten.⁶¹⁹ Sie kann zum einen in Verfahren vor nationalen Gerichten, zum anderen in Verfahren vor den europäischen Gerichten relevant werden. **4694**

Für das Verfahren vor den nationalen Gerichten ist das jeweilige Organ zuständiger Entscheidungsträger über den Zugang zu Dokumenten, die Gegenstand dieses gerichtlichen Verfahrens sind. Allerdings ist materielle Entscheidungsgrundlage das jeweilige nationale Prozessrecht, über dessen Inhalt sich das jeweilige Organ bei dem zuständigen Gericht im Zweifelsfall erkundigen muss.⁶²⁰ Insoweit differenziert der Gerichtshof zwischen der verfahrensrechtlichen Frage der Entschei- **4695**

⁶¹³ Denn eingetragene Patente und Marken sowie die dazugehörigen Akten sind für die Öffentlichkeit ohnehin zugänglich, vgl. § 31 Abs. 1 PatentG; § 62 Abs. 2, 3 MarkenG.

⁶¹⁴ Gem. § 2 Abs. 2 UrhG werden nur „persönliche geistige Schöpfungen“ als urheberrechtliche Werke geschützt.

⁶¹⁵ Vgl. §§ 45 Abs. 1, 53 Abs. 1 UrhG.

⁶¹⁶ Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 194 f. Dies mag der Grund sein, warum dieses Schutzgut in der Lit. vielfach nicht näher behandelt wird, vgl. Wägenbaur, EuZW 2001, 680 (683); Castenholz, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 164 f.

⁶¹⁷ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁶¹⁸ ABl. 1993 L 340, S. 41.

⁶¹⁹ EuG, Rs. T-174/95, Slg. 1998, II-2289 (2331, Rn. 136) – Svenska Journalistförbundet.

⁶²⁰ EuGH, Rs. C-174 u. 189/98 P, Slg. 2000, I-1 (61 ff., Rn. 17 ff.; 64, Rn. 28) – Niederlande u. van der Wal/Kommission.

dungszuständigkeit und der materiellen Rechtsgrundlage für diese Entscheidung.⁶²¹ Letztere sieht er in dem anwendbaren nationalen Prozessrecht, das durch das europarechtliche Dokumentenzugangsrecht nicht verändert wird.

- 4696** Indes sind nicht alle Dokumente, die im Zusammenhang mit einem Gerichtsverfahren bei einem europäischen Gericht erstellt wurden, vom Zugangsrecht ausgenommen. Vielmehr kann die Ausnahmeregelung nur für solche Dokumente beansprucht werden, die das Organ speziell für das Gerichtsverfahren erstellt hat, nicht aber für solche, die im vorangegangenen Verwaltungsverfahren entstanden sind.⁶²² Insoweit gehören zu den grundsätzlich geschützten Dokumenten Schriftsätze, interne Schriftstücke, die auf die Bearbeitung des anhängigen Verfahrens bezogen sind, sowie verfahrensbezogene Korrespondenz mit Rechtsbeiständen.⁶²³
- 4697** Nach dem TransparenzVO-E soll diese Ausnahmeregelung um Schiedsgerichts- und Streitbeilegungsverfahren erweitert werden.⁶²⁴

2. Rechtsberatung

- 4698** Neben dem Gerichtsverfahren ist die Rechtsberatung ein selbstständiger Schutzgegenstand, der durch die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 neu eingefügt wurde. Hintergrund war eine Rechtsprechung, die ein besonderes Schutzbedürfnis zugunsten einer unabhängigen Rechtsberatung anerkannt hat.⁶²⁵ Erfolgt die Rechtsberatung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens, können sich Überschneidungen zwischen den Schutzgegenständen ergeben.⁶²⁶
- 4699** Vom Ausnahmetatbestand zum Schutz der Rechtsberatung sind alle Dokumente erfasst, die das Verhältnis des Anwalts zu seinem Mandanten betreffen.⁶²⁷ Aber auch die Rechtsberatung der Organe durch interne juristische Dienste fällt in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift.⁶²⁸ Denn würde der Inhalt der Rechtsberatung öffentlich, könnten Zweifel an der Rechtmäßigkeit etwa eines Rechtsakts entstehen, die dessen allgemeine Akzeptanz schwächen würden.⁶²⁹ Auch könnten die juristischen Dienste bei Bekanntwerden ihrer rechtlichen Stellungnahmen durch äußere Einflussnahme in ihrer Unabhängigkeit beeinträchtigt werden.⁶³⁰

⁶²¹ Der EuG hatte im Ausgangsverfahren für die Dauer des Gerichtsverfahrens eine Entscheidungskompetenz der nationalen Gerichte angenommen und somit ein Zusammenfallen von Entscheidungskompetenz und Rechtsgrundlage auf der nationalen Ebene vertreten, vgl. EuG, Rs. T-83/96, Slg. 1998, II-545 (565 f., Rn. 51 f.) – van der Wal.

⁶²² EuG, Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521 (3542, Rn. 42) – Interporc II; Rs. T-391/03 u. 70/04, Slg. 2006, II-2023 (2059 f., Rn. 91) – Franchet u. Byk.

⁶²³ EuG, Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521 (3541, Rn. 41) – Interporc II.

⁶²⁴ KOM (2008) 229 endg., Ziff. 3.3.

⁶²⁵ EuG, T-610/97 R, Slg. 1998, II-485 (503, Rn. 46) – Carlsen.

⁶²⁶ Vgl. EuG, Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521 (3541, Rn. 41) – Interporc II.

⁶²⁷ EuGH, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 (1610 f., Rn. 18 ff.) – AM&S.

⁶²⁸ EuG, Rs. T-84/03, Slg. 2004, II-4061 (4087, Rn. 61 f.) – Turco.

⁶²⁹ S. EuG, Rs. T-610/97 R, Slg. 1998, II-485 (503, Rn. 45 ff.) – Carlsen; Rs. T-44/97, Slg. ÖD 2000, II-1023 (Rn. 47 f.) – Ghignone; Rs. T-84/03, Slg. 2004, II-4061 (4090, Rn. 77 f.) – Turco.

⁶³⁰ EuG, Rs. T-84/03, Slg. 2004, II-4061 (4090, Rn. 79) – Turco.

3. Dauer des Schutzes

Der Schutz des Gerichtsverfahrens ist allerdings auf seine Dauer begrenzt. Ist das Verfahren durch eine rechtskräftige Entscheidung abgeschlossen worden, gibt es keinen Grund mehr, die Einsicht in die für das Verfahren erstellten Dokumente zu verweigern.⁶³¹ Das EuG hat darüber hinaus innerhalb des noch anhängigen Gerichtsverfahrens differenziert. Bis zum Abschluss der mündlichen Verhandlung unterliegen danach Schriftsätze umfassend dem Weigerungsrecht, erst nach diesem Zeitpunkt muss das Organ prüfen, ob das angeforderte Dokument freigegeben werden kann oder ob seine Freigabe das Gerichtsverfahren beeinträchtigen würde.⁶³² **4700**

Diese zeitliche Begrenzung greift nicht für die Rechtsberatung durch die juristischen Dienste, jedenfalls soweit sie Rechtsakte mit allgemeiner Geltung betrifft. Die Veröffentlichung eines internen Meinungsaustauschs über die Rechtmäßigkeit eines europäischen Rechtsaktes würde die Akzeptanz der jeweiligen Rechtsakte und damit die Stabilität der europäischen Rechtsordnung insgesamt beeinträchtigen.⁶³³ **4701**

VIII. Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten

Die Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 betrifft im Wesentlichen die Arbeit der Kommission etwa im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren, der Fusionskontrolle, im Beihilferecht oder bei Untersuchungen des Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF).⁶³⁴ **4702**

Unstreitig greift diese Ausnahmeregelung ein, solange die jeweilige Untersuchungstätigkeit andauert und der Zugang zu diesen Dokumenten den Abschluss der Untersuchung gefährden könnte.⁶³⁵ Fraglich ist, ob auch nach Abschluss der Untersuchung eine Berufung auf die Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 möglich ist. Der Zweck von Untersuchungstätigkeiten kann es durchaus erfordern, die Einsichtnahme in darüber angefertigte Dokumente zu verweigern. So könnten daraus Rückschlüsse für künftige Untersuchungen gezogen werden, mit der Folge, dass etwa betroffene Unternehmen sich entsprechend präparieren und dadurch den Zweck der künftigen Untersuchung vereiteln.⁶³⁶ Vor diesem Hintergrund ist der Anwendungszeitraum des **4703**

⁶³¹ Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 203.

⁶³² EuG, Rs. T-36/04 (Rn. 77 ff., Rn. 82) – Association de la Presse Internationale.

⁶³³ Dies kann es rechtfertigen, auch den Zugang zu einem bereits 20 Jahre alten Gutachten zu verweigern, vgl. EuG, Rs. T-610/97 R, Slg. 1998, II-485 (504, Rn. 50) – Carlsen.

⁶³⁴ Vgl. Grünbuch „Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten im Besitz der Organe der Europäischen Gemeinschaft. Ein Überblick“, KOM (2007) 185 endg., Ziff. 1.2.; Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der VO (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, KOM (2004) 45 endg., Ziff. 3.4.3.

⁶³⁵ Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 204.

⁶³⁶ Vgl. Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 204.

Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 auch über den Abschluss der jeweiligen Untersuchung hinaus auszudehnen.

4704 Inwieweit der Abschluss der eigentlichen Untersuchungstätigkeit eine Zäsur darstellt, die ein darüber hinausgehendes Eingreifen der Ausnahmeregelung von besonderen Voraussetzungen abhängig macht, hat die Rechtsprechung für die einem Vertragsverletzungsverfahren vorangehenden Untersuchungstätigkeiten der Kommission näher dargelegt. Danach kann es gerechtfertigt sein, auch nach Abschluss des Vorverfahrens⁶³⁷ den Zugang zu solchen Dokumenten zu verweigern, die zu einem Vertragsverletzungsverfahren führen könnten. Begründet hat das EuG dies mit der Vertraulichkeit, die die Mitgliedstaaten von der Kommission erwarten dürften. Denn die Untersuchungen im Bereich von Vertragsverletzungen setzten zwischen den Beteiligten ein Klima des Vertrauens voraus, das es ermöglicht, auch zu einer einvernehmlichen Lösung zu kommen.⁶³⁸ Dieser Schutz endet nicht mit dem Abschluss der Untersuchungen, sondern besteht auch dann noch, wenn seither einige Zeit verstrichen ist.⁶³⁹

4705 Diesen Schutzzeitraum hat das Gericht zeitlich noch weiter ausgedehnt. Danach kann die Kommission sich auch noch nach Eröffnung des Vertragsverletzungsverfahrens auf die Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 berufen, denn auch zu diesem Zeitpunkt ist eine gütliche Einigung noch möglich, die aber Vertraulichkeit voraussetzt.⁶⁴⁰ Die Kommission hat in Reaktion auf diese Rechtsprechung interne Leitlinien für die Behandlung von Zugangsansträgen zu Dokumenten verfasst, die im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens erstellt wurden.⁶⁴¹

4706 Das EuG hat der zeitlichen Ausdehnung der Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 allerdings auch Grenzen gesetzt. Der Schutz darf nicht pauschal so lange eingreifen, wie die im Anschluss an das Untersuchungsverfahren zu ergreifenden Folgemaßnahmen noch nicht bestimmt sind. Sonst wird der Dokumentenzugang von der Schnelligkeit und Sorgfalt der befassen Verwaltungsstellen abhängig.⁶⁴² Deshalb hat das EuG die Schutzdauer nach Abschluss der Untersuchungen auf eine angemessene Frist begrenzt, innerhalb derer die zuständigen Verwaltungsstellen über die Folgemaßnahmen entscheiden müssen. Doch hat es noch keine konkreten Maßstäbe zur Bestimmung der Angemessenheit entwickelt.⁶⁴³ Die konkrete Anwendung dieser Grundsätze hält die Kommission deshalb auch im Rahmen einer Novellierung der

⁶³⁷ Zum verfahrensrechtlichen Ablauf des Vertragsverletzungsverfahrens näher *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 226 EGV Rn. 6 ff.

⁶³⁸ EuG, Rs. T-105/95, Slg. 1997, II-313 (345, Rn. 63) – WWF UK.

⁶³⁹ EuG, Rs. T-105/95, Slg. 1997, II-313 (345, Rn. 63) – WWF UK.

⁶⁴⁰ EuG, Rs. T-191/99, Slg. 2001, II-3677 (3706 f., Rn. 68) – Petrie u.a.

⁶⁴¹ Internes Arbeitsdokument der Kommission „Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten in Bezug auf Vertragsverletzungsverfahren“ vom 28.2.2003, SEK (2003) 260, S. 3.

⁶⁴² EuG, Rs. T-391/03 u. 70/04, Slg. 2006, II-2023 (2064, Rn. 111) – Franchet u. Byk.

⁶⁴³ EuG, Rs. T-391/03 u. 70/04, Slg. 2006, II-2023 (2067, Rn. 123) – Franchet u. Byk.

TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 für klärungsbedürftig.⁶⁴⁴ Der jüngst von ihr vorgelegte TransparenzVO-E⁶⁴⁵ (vom 30.4.2008) enthält hierzu keine Regelung. Insoweit will die Kommission die Begrenzung der Schutzdauer wohl durch die Rechtsprechung ausformen lassen. Nach dem TransparenzVO-E soll in den Katalog der Ausnahmegründe gem. Art. 4 Abs. 2 eine Regelung zum Schutz der Objektivität und Neutralität von Auswahlverfahren neu aufgenommen werden.

IX. Überwiegendes öffentliches Interesse

Eine Gemeinsamkeit der Ausnahmeregelungen des Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁶⁴⁶ ist, dass ein Dokumentenzugang trotz Eingreifens einer Ausnahmeregelung zu gewähren ist, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung besteht. **4707**

Dieses Kriterium begründet systematisch betrachtet eine Ausnahme von der Ausnahme.⁶⁴⁷ Daraus ergibt sich auch, dass dieses überwiegende öffentliche Interesse keines sein kann, das bereits im Rahmen der Ausnahmeregelung berücksichtigt wurde. Insoweit genügt das allgemeine öffentliche Interesse an Transparenz gerade nicht, denn dieses war bereits Bestandteil der Abwägung.⁶⁴⁸ Vielmehr muss es sich um ein spezifisches öffentliches Interesse handeln, welches das durch die Ausnahmenvorschrift geschützte Interesse überwiegt. Auf dieser Grundlage hat das EuG zwischen allgemeinen und privaten Interessen differenziert. Handelt es sich bei dem geltend gemachten Interesse um ein solches, das den Antragsteller persönlich betrifft, so ist es als privates Interesse nicht zu berücksichtigen.⁶⁴⁹ Dies entspricht der Auffassung der Kommission, nach der das Interesse einer Einzelperson in keinem Fall eine Ausnahmeregelung überwinden kann.⁶⁵⁰ **4708**

⁶⁴⁴ Vgl. Grünbuch „Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten im Besitz der Organe der Europäischen Gemeinschaft – Ein Überblick“, KOM (2007) 185 endg., Ziff. 2.3.2.

⁶⁴⁵ Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO-E), KOM (2008) 229 endg.

⁶⁴⁶ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁶⁴⁷ Vgl. diese Formulierung im Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der VO (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, KOM (2004) 45 endg., Ziff. 3.4.5.

⁶⁴⁸ Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 159.

⁶⁴⁹ EuG, Rs. T-391/03 u. 70/04, Slg. 2006, II-2023 (2070, Rn. 137 f.) – Franchet u. Byk. Gegenstand des Verfahrens war die Klage zweier ehemaliger Mitglieder von Eurostat, die Zugang zu Untersuchungsberichten von OLAF über Eurostat begehrten. Diese Berichte hatten zu einem Disziplinarverfahren gegen die Kläger geführt.

⁶⁵⁰ Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der VO (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, KOM (2004) 45 endg., Ziff. 3.4.5.

X. Interne Dokumente

- 4709** Nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁶⁵¹ kann der Zugang zu einem Dokument verweigert werden, wenn es von einem Organ für den internen Gebrauch erstellt wurde oder bei ihm eingegangen ist und sich auf eine Angelegenheit bezieht, zu der noch kein Beschluss gefasst wurde. Damit dient diese Ausnahme dem Schutz der Entscheidungsfreiheit der Organe, die durch den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten zum internen Gebrauch beeinträchtigt werden könnte. Ein Dokument hat dann internen Charakter, wenn es nur für den Gebrauch innerhalb des Organs zur Vorbereitung von Entscheidungen erstellt wurde.⁶⁵² Dazu gehören etwa Stellungnahmen, Aktennotizen oder Diskussionspapiere. Hat aber ein Organ einem anderen seinen Vorschlag übermittelt, ist der Entscheidungsprozess dieses Organs abgeschlossen und das Dokument kein internes mehr. Insoweit schützt diese Regelung nur organinterne Entscheidungsprozesse, nicht europainterne.⁶⁵³ Dies widerspricht dem interinstitutionellen Charakter von Entscheidungen auf europäischer Ebene.⁶⁵⁴
- 4710** In Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 werden auch Dokumente geschützt, die sich auf eine Entscheidung beziehen, die bereits getroffen wurde. Der Gehalt dieser Norm erschließt sich nicht ohne weiteres, da Schutzgut nach dem klaren Wortlaut auch hier der Entscheidungsprozess des jeweiligen Organs ist, der aber schon abgeschlossen ist. Insoweit bleibt als Schutzgut nur die Entscheidungsfreiheit in Bezug auf künftige Entscheidungen,⁶⁵⁵ was aber den Anwendungsbereich sehr unscharf werden lässt.
- 4711** Abweichend von den übrigen Ausnahmeregelungen setzt die Zugangsverweigerung innerhalb des Art. 4 Abs. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 eine ernstliche Beeinträchtigung des Schutzguts voraus. Allerdings erscheint es schwierig, Kriterien zu entwickeln, nach denen dieser unterschiedliche Grad der Beeinträchtigung festgestellt werden kann.⁶⁵⁶
- 4712** Als Korrektiv fungiert auch hier das überwiegende öffentliche Interesse, das ein Zugangsrecht trotz Vorliegens des Ausnahmetatbestands begründen kann.⁶⁵⁷

⁶⁵¹ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁶⁵² Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 213.

⁶⁵³ Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 213.

⁶⁵⁴ Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der VO (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, KOM (2004) 45 endg., Ziff. 3.4.4.

⁶⁵⁵ Castenholz, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 176; Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 215; Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S. 352; abl. Bock, DÖV 2002, 556 (559).

⁶⁵⁶ Die Kommission hat dies zutreffend als „allzu abstrakte Übung“ bezeichnet, vgl. den Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der VO (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, KOM (2004) 45 endg., Ziff. 3.4.4.

⁶⁵⁷ Näher o. Rn. 4707 f.

XI. Zeitlich begrenzte Anwendbarkeit der Ausnahmen

Gem. Art. 4 Abs. 7 S. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 gelten die Ausnahmeregelungen der Art. 4 Abs. 1-3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 maximal für einen Zeitraum von 30 Jahren. Diese Schutzdauer gilt jedoch nicht absolut, sondern kann für einzelne Ausnahmegründe auch durchbrochen werden. **4713**

XII. Sensible Dokumente

Eine Sonderregelung gilt nach Art. 9 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁶⁵⁸ für sensible Dokumente. Dabei handelt es sich nicht um eine Ausnahme vom Zugangsrecht, wie auch bereits an der Stellung außerhalb des Art. 4 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 deutlich wird. Vielmehr gestattet sie den Zugang zu sensiblen Dokumenten gem. Art. 9 Abs. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 nur mit Zustimmung des Urhebers. **4714**

Sensible Dokumente sind nach der Begriffsbestimmung des Art. 9 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 solche, die gemäß den Bestimmungen der betreffenden Organe zum Schutz grundlegender Interessen der Europäischen Union oder eines oder mehrerer Mitgliedstaaten in den in Art. 4 Abs. 1 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 genannten Bereichen, insbesondere öffentliche Sicherheit, Verteidigung und militärische Belange als „très secret/top secret“, „secret“ oder „confidentiel/confidential“ eingestuft sind.⁶⁵⁹ Als mögliche Urheber solcher Dokumente werden die Organe, die von diesen geschaffenen Einrichtungen, die Mitgliedstaaten, Drittländer und internationale Organisationen genannt. **4715**

Doch reicht die Einstufung als sensibles Dokument noch nicht aus, den Zugang zu verweigern. Vielmehr sorgt die Anknüpfung an die Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 1 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 für einen Gleichlauf mit den darin geregelten Ausnahmetatbeständen. Denn das Organ, an das der Zugangsantrag gerichtet wird, prüft, inwieweit die Klassifizierung für den Schutz der in Art. 4 Abs. 1 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 genannten Interessen erforderlich ist.⁶⁶⁰ Daher ist der Schutz von Geheimhaltungsinteressen in Artikel 9 angesichts der Regelungen in Art. 4 Abs. 1 eigentlich überflüssig. Ihre Existenz lässt sich aber mit ihrer Entstehungsgeschichte als Reaktion auf das Geheimhaltungsbedürfnis der NATO für die im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen NATO und Europäischer Union übermittelten Dokumente erklären.⁶⁶¹ **4716**

⁶⁵⁸ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁶⁵⁹ Vgl. zu den Anforderungen an die Vergabe dieser Geheimhaltungsstufen den Beschl. 2001/264/EG des Rates vom 19.3.2001 über die Annahme der Sicherheitsvorschriften des Rates, ABl. L 101, S. 1, Anhang Teil II, Abschnitt II.

⁶⁶⁰ Castenholz, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 183; Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 227; a.A. Partsch, NJW 2001, 3154 (3157), der den Verweis auf Art. 4 Abs. 1 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 rein formal versteht.

⁶⁶¹ Vor der Aufnahme in die TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 existierte lediglich der sog. Solana-Beschl. (Beschl. des Generalsekretärs des Rates/Hohen Vertreters für die

XIII. Ungeschriebene Ausnahmen?

1. Effizienz der Verwaltung

4717 Die Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit dem Recht auf teilweisen Zugang festgestellt, dass das Organ den Zugang zu Dokumenten verweigern kann, wenn die Herstellung einer geschwärzten Fassung mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre.⁶⁶² Doch kann aus dieser Rechtsprechung kein allgemeiner Grundsatz abgeleitet werden, dass das Dokumentenzugangsrecht durch eine Art Effizienzprinzip der Verwaltung begrenzt wird. Zum einen ist diese Rechtsprechung auf den Fall der teilweisen Zugangsgewährung beschränkt. Zum anderen ergibt sich dies auch aus Art. 6 Abs. 3, Art. 7 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁶⁶³. Darin sind Regelungen enthalten für Anträge auf Zugang zu besonders umfangreichen Dokumenten bzw. zu einer sehr großen Anzahl von Dokumenten. Für diese Fälle ist vorgesehen, dass der Antragsteller und das jeweilige Organ gemeinsam nach einer angemessenen Lösung suchen bzw. es werden verlängerte Bearbeitungsfristen eingeräumt. Ein Recht auf Zugangsverweigerung wegen Unverhältnismäßigkeit des Arbeitsaufwands wird gerade nicht eingeräumt. Insoweit besteht keine ungeschriebene Schranke des Dokumentenzugangsrechts aus Effizienzgesichtspunkten.⁶⁶⁴

2. Rechtsmissbrauch

4718 Weiterhin könnte das Zugangsrecht unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs eingeschränkt werden.⁶⁶⁵ Dazu könnte etwa der Fall zu zählen sein, wenn der Antragsteller über die in dem begehrten Dokument enthaltenen Informationen bereits verfügt. Doch hat das EuG klargestellt, dass auf Seiten des Antragstellers im Rahmen des allgemeinen Dokumentenzugangsrechts kein schutzwürdiges Interesse am Zugang vorliegen muss. Die Motive des Antragstellers sind deshalb im Rahmen der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 ohne Belang und können insoweit auch nicht zur Begründung eines Rechtsmissbrauchs herangezogen werden.⁶⁶⁶ Auch wenn man im Rahmen des Rechtsmissbrauchs auf das Vorliegen eines subjektiven Elements verzichtet,⁶⁶⁷ kann dieser Grundsatz nicht zu einer Ein-

Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik vom 27.7.2000 über die im Generalsekretariat des Rates anzuwendenden Maßnahmen zum Schutz der als Verschlusssachen einzustufenden Informationen, ABl. 2000 C 239, S. 1); vgl. näher dazu *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 221 f.

⁶⁶² EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 (2515, Rn. 89) – Hautala; EuGH, Rs. 353/99 P, Slg. 2001, I-9565 (9615 f., Rn. 30) – Hautala. S. dazu bereits o. Rn. 4663.

⁶⁶³ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁶⁶⁴ *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 230 f.

⁶⁶⁵ Vgl. dazu auch *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 231 f.

⁶⁶⁶ Deshalb muss der Antragsteller seinen Antrag weder begründen noch muss er ein berechtigtes Interesse nachweisen, vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001.

⁶⁶⁷ Vgl. dazu *Ottersbach*, Rechtsmissbrauch bei den Grundfreiheiten des Europäischen Binnenmarktes, 2001, S. 35 ff.

schränkung des Dokumentenzugangsrechts herangezogen werden. Denn das allgemeine Recht auf Dokumentenzugang soll durch Transparenz für eine größere Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Bürger sorgen und verfolgt insoweit primär überindividuelle Zwecke.⁶⁶⁸ Deshalb ist kein Raum für die Überlegung, ob die Geltendmachung des Rechts bezogen auf den einzelnen Bürger sich als unangemessen und deshalb rechtsmissbräuchlich darstellt.

XIV. Verfahren

Gem. Art. 2 Abs. 4 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001⁶⁶⁹ wird der Zugangsanspruch entweder auf schriftlichen Antrag oder direkt in elektronischer Form oder über ein Register verwirklicht. Die direkten Zugangsmöglichkeiten ersparen das Durchführen eines Verwaltungsverfahrens und ermöglichen damit dem Einzelnen einen schnellen Zugriff. **4719**

Zugangsanträge sind gem. Art. 6 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 in schriftlicher Form in einer der in Art. 314 EG/55 EUV aufgeführten Sprachen zu stellen. Der Antragsteller muss seinen Antrag nicht begründen oder ein berechtigtes Interesse nachweisen (Art. 6 Abs. 1 S. 2 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001). Obwohl damit die Schwelle zur Antragstellung im Sinne einer verbesserten Transparenz sehr niedrig ist, wird das Zugangsrecht nach wie vor in erster Linie von Insidern geltend gemacht.⁶⁷⁰ **4720**

Binnen 15 Arbeitstagen muss das Organ dem Antragsteller entweder Zugang zu dem begehrten Dokument gewähren oder ihn schriftlich über die Gründe für die Verweigerung des Zugangs informieren (Art. 7 Abs. 1 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001). Binnen 15 Tagen nach Eingang des Ablehnungsschreibens kann der Antragsteller einen Zweitantrag stellen und um Überprüfung der Ablehnung bitten. Dieser Zweitantrag erinnert zwar an das Widerspruchsverfahren im deutschen Verwaltungsverfahren, doch steht nach dem EuG der Charakter als Rechtsbehelf nicht im Vordergrund. Vielmehr soll das Organ zu einer erneuten Prüfung veranlasst werden.⁶⁷¹ **4721**

Wird die Frist zur Stellung des Zweitantrags versäumt, so führt dies nicht zur Bestandskraft der Ablehnung mit der Folge, dass eine erneute Antragstellung ausgeschlossen ist. Vielmehr kann der Antragsteller einen erneuten Erstantrag stellen.⁶⁷² Wenn das Organ auf den Erstantrag nicht innerhalb der Frist reagiert, kann der Antragsteller einen Zweitantrag stellen (Art. 7 Abs. 4 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001). **4722**

⁶⁶⁸ Vgl. Erwägungsgrund der TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001.

⁶⁶⁹ ABl. 2001 L 145, S. 43.

⁶⁷⁰ Im Grünbuch der Kommission „Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten im Besitz der Organe der Europäischen Gemeinschaft. Ein Überblick“, KOM (2007) 185 endg., Ziff. 1.1. werden Wirtschaftsakteure, Anwaltskanzleien, Vertreter von Nichtregierungsorganisationen und Wissenschaftler als Hauptantragsteller genannt.

⁶⁷¹ EuG, Rs. T-83/96, Slg. 1998, II-545 (569, Rn. 64) – van der Wal.

⁶⁷² Riemann, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 235.

- 4723** Wird der Zweitantrag abschlägig beschieden, kann der Antragsteller Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 EG/263 AEUV und/oder gem. Art. 195 EG/228 AEUV Beschwerde beim Europäischen Bürgerbeauftragten erheben.⁶⁷³ Auf diese Möglichkeit ist der Antragsteller auch hinzuweisen (Art. 8 Abs. 1 S. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001).⁶⁷⁴ Das gleiche Recht hat er, wenn das Organ innerhalb der Frist nicht reagiert (Art. 8 Abs. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001).

⁶⁷³ Ausführlich zu beiden Rechtsbehelfen *Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004, S. 252 ff.

⁶⁷⁴ Ein Versäumen dieser Belehrung hat aber keine Rechtsfolgen, insbes. hat sie keine Auswirkungen auf die Klagefrist im Rahmen der Nichtigkeitsklage, vgl. EuGH, Rs. C-153/98 P, Slg. 1999, I-1441 (1445, Rn. 3 ff.) – Guérin Automobiles.

D. Prüfungsschema zu Art. 42 EGRC

1. Schutzbereich

4724

- a) maßgeblich ist sekundärrechtliche Ausgestaltung durch Transparenz-VO (EG) Nr. 1049/2001 (Art. 52 Abs. 2 EGRC)
- b) Grundrechtsträger: Unionsbürger, alle natürlichen und juristischen Personen mit (Wohn-)Sitz in Mitgliedstaat
- c) Verpflichtete: gem. Art. 255 EG Parlament, Rat, Kommission
ab Inkrafttreten Reformvertrag gem. Art. 42 EGRC/15 Abs. 2 AEUV
Organe, Einrichtungen sonstige Stellen
- d) Gewährleistungsinhalt
 - aa) Zugang zu Dokumenten, d.h. jeder auf Datenträger erfassten Information
 - bb) auch Dokumente Dritter; Mitgliedstaaten privilegiert: Zugangsverweigerung nur zulässig, wenn Ausnahmegrund vorliegt

2. Beeinträchtigung

Verweigerung des Zugangs

3. Rechtfertigung

- a) öffentliches Interesse
(Art. 4 Abs. 1 lit. a) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001):
 - aa) öffentliche Sicherheit
 - bb) Verteidigung, militärische Belange
 - cc) internationale Beziehungen
 - dd) Finanz-, Wirtschafts- und Währungspolitik
- b) private Interessen
(Art. 4 Abs. 1 lit. b) TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001)
Schutz der Privatsphäre, Integrität des Einzelnen
- c) Abwägung öffentliche/private Schutzinteressen –
überwiegendes öffentliches Interesse (Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO
(EG) Nr. 1049/2001): Zugang zu gewähren, wenn öffentliches Interesse
Schutzinteresse überwiegt
 - aa) geschäftliche Interessen
 - bb) geistiges Eigentum
 - cc) Gerichtsverfahren und Rechtsberatung
 - dd) Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten
- d) interne Dokumente (Art. 4 Abs. 3 TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001):
Schutz von Entscheidungsprozessen; Zugang zu gewähren, wenn
überwiegendes öffentliches Interesse
- e) sensible Dokumente: nur mit Zustimmung des Urhebers (aber nicht
bindend, Prüfung am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 lit. a) TransparenzVO
(EG) Nr. 1049/2001)
- f) ungeschriebene Rechtfertigungsgründe?
 - aa) nicht: Effizienz der Verwaltung
 - bb) nicht: Rechtsmissbrauch

§ 4 Der Bürgerbeauftragte

A. Grundlagen

I. Entwicklungsgeschichte

4725 Art. 43 EGRC gewährt das Recht, den Europäischen Bürgerbeauftragten mit Missständen zu befassen, die bei Unionsorganen außerhalb der Rechtsprechung auftreten. Eine Vorreiterfunktion für die Institution des Ombudsmanns kommt den skandinavischen Ländern zu, die für dieses Amt schon eine längere Tradition aufweisen. Denn Schweden hatte bereits 1809 einen Justizombudsmann eingeführt, später errichteten Finnland (1919), Norwegen (1952) und Dänemark (1953) vergleichbare Einrichtungen.⁶⁷⁵ Diesem Beispiel folgend wurde seit Beginn der 1970er Jahre in vielen Mitgliedstaaten der Union das Amt des Ombudsmanns geschaffen.⁶⁷⁶

4726 Auf diesen Einrichtungen der Mitgliedstaaten basierte die Idee der Einführung eines Ombudsmanns auf europäischer Ebene.⁶⁷⁷ Auf Initiative Spaniens und Dänemarks⁶⁷⁸ wurde die Institution des Europäischen Bürgerbeauftragten durch den Vertrag von Maastricht eingeführt und ist seither in Art. 195 EG/228 AEUV⁶⁷⁹ verankert. Während das Europäische Parlament sich gegen die Einführung eines Bürgerbeauftragten ausgesprochen hatte,⁶⁸⁰ war seine Verankerung in der EGRC im Konvent nicht umstritten.⁶⁸¹ Abweichend vom Präsidiumsvorschlag, der ein Jedermann-Recht vorsah, wurde aber der Kreis der Berechtigten parallel zur Formulierung in Art. 195 Abs. 1 EG/228 Abs. 1 AEUV ausgestaltet.

II. Zweck und Bedeutung

1. Verschiedene Funktionen

4727 Die Institution des Bürgerbeauftragten soll zunächst Transparenz und Bürgernähe der europäischen Organe fördern.⁶⁸² Gleichzeitig soll er eine Kontrollfunktion für

⁶⁷⁵ *Strempel*, DÖV 1996, 241 (242); ausführlich zur Entwicklungsgeschichte *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 123 ff.

⁶⁷⁶ *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (834).

⁶⁷⁷ Ausführlich hierzu *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 141 ff.

⁶⁷⁸ *Feik*, Zugang zu EU-Dokumenten, 2002, S. 203 f.

⁶⁷⁹ Darüber hinaus wurde es auch in die Verweisungsnorm des Art. 21 Abs. 2 EG/24 Abs. 3 AEUV aufgenommen.

⁶⁸⁰ Es befürchtete eine Beeinträchtigung der Stellung des parlamentarischen Petitionsausschusses, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Beratungen des Petitionsausschusses (Ziff. 11), ABl. 1991 C 183, S. 448.

⁶⁸¹ *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 140.

⁶⁸² *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Art. 195 EGV Rn. 1.

das Parlament⁶⁸³ ausüben und dem Bürger eine Alternative zu einer Klage bei einem europäischen Gericht eröffnen.⁶⁸⁴ Insoweit dient er auch dem subjektiven Rechtsschutz.⁶⁸⁵ Schließlich wird ihm auch eine Reformfunktion beigemessen: Er kann mit seinen Erkenntnissen, die er im Rahmen seiner Untersuchungen gewonnen hat, auf bestehende Mängel der Gesetzeslage oder Rechtsanwendung aufmerksam machen.⁶⁸⁶

2. Unterschiedliche Bewertung

Die Bedeutung des Bürgerbeauftragten wird unterschiedlich bewertet. Einerseits wird angesichts niedriger Fallzahlen und der wenigen Konstellationen, in denen tatsächlich Untersuchungen eingeleitet wurden,⁶⁸⁷ seine praktische Bedeutung als gering eingeschätzt.⁶⁸⁸ Unter Hinweis auf die Möglichkeiten des gerichtlichen Rechtsschutzes und des Petitionsrechts wird sogar seine Daseinsberechtigung in Frage gestellt.⁶⁸⁹ **4728**

Andererseits wird die Bedeutung des damaligen Bürgerechtsbeauftragten für die Aufnahme eines Rechts auf eine gute Verwaltung in die Grundrechtecharta hervorgehoben.⁶⁹⁰ Weiter soll die Beschwerde beim Bürgerrechtsbeauftragten eine sinnvolle Ergänzung zum gerichtlichen Rechtsschutz darstellen, weil sie zum einen flexiblere Problemlösungen bietet und zum anderen ein Tätigwerden auch in den Fällen ermöglicht, für die kein gerichtlicher Rechtsschutz vorgesehen ist.⁶⁹¹ Schließlich stelle der Bürgerbeauftragte eine wichtige Institution für eine Annäherung zwischen Bürgern und der Gemeinschaft dar.⁶⁹² Um die Stellung des Bürgerbeauftragten zu stärken, wird teilweise eine Ausdehnung seiner Zuständigkeit auf den Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten vorgeschlagen. Damit könnte dem Rechtsschutzbedürfnis der Bürger entsprochen werden.⁶⁹³ **4729**

⁶⁸³ *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 195 EGV Rn. 4; *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 50 Rn. 9, 11.

⁶⁸⁴ EuG, Rs. T-209/00, Slg. 2002, II-2203 (2228, Rn. 65) – Lamberts/Bürgerbeauftragter; Rs. T-193/04, Slg. 2006, II-3995 (4034, Rn. 128) – Tillack.

⁶⁸⁵ *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 50 Rn. 10 – s. dort auch zu weiteren Funktionen; *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (834).

⁶⁸⁶ *Hamers*, Der Petitionsausschuß des Europäischen Parlaments und der Europäische Bürgerbeauftragte, 1999, S. 119.

⁶⁸⁷ Zur Statistik vgl. die Zahlen der Jahre 2003-2005 bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 195 EGV Rn. 20.

⁶⁸⁸ *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 195 EGV Rn. 20.

⁶⁸⁹ *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 195 EGV Rn. 20.

⁶⁹⁰ *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (835).

⁶⁹¹ *Stempel*, DÖV 1996, 241 (245 f.).

⁶⁹² *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 50 Rn. 13; *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (838).

⁶⁹³ *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 50 Rn. 46; *Feik*, Zugang zu EU-Dokumenten, 2002, S. 268.

III. Ausgestaltung in Art. 43 EGRC

- 4730** Art. 43 EGRC gewährt den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern sowie jeder natürlichen oder juristischen Person mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat das Recht, den Bürgerbeauftragten im Fall von Missständen bei der Tätigkeit der Organe und Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zu befassen. Dies gilt allerdings nicht für die Rechtsprechungstätigkeit des EuGH.⁶⁹⁴
- 4731** Das Recht zur Anrufung des Bürgerbeauftragten wird damit nicht auf den Kreis der Unionsbürger beschränkt, gleichzeitig bleiben aber Drittstaatsangehörige, die keinen Wohnsitz in der Gemeinschaft haben, außen vor. Ausdrücklich ausgenommen vom Zuständigkeitsbereich ist zwar nur die Rechtsprechungstätigkeit des EuGH, doch gilt dies ebenso für den Bereich der Gesetzgebung und der politischen Maßnahmen.⁶⁹⁵ Insoweit beschränkt sich der Aufgabenbereich des Bürgerbeauftragten auf die verwaltende Tätigkeit der europäischen Organe und Einrichtungen.⁶⁹⁶

IV. Weitere Vorschriften auf anderen Normebenen

1. VE

- 4732** Art. II-103 VE enthielt eine fast inhaltsgleiche Gewährleistung wie Art. 43 EGRC. Art. III-335 VE beschrieb den Aufgabenbereich des Bürgerbeauftragten und traf auch Regelungen zu Verfahren und Wahl. Darüber hinaus enthielt Art. I-49 VE eine Regelung über den Bürgerbeauftragten, worin wie schon in Art. III-335 Abs. 3 VE festgelegt war, dass dieser sein Amt in völliger Unabhängigkeit ausübt.

2. Primärrecht

- 4733** Auf der Ebene des Vertrags ist das Amt des Bürgerbeauftragten in Art. 21 Abs. 2 EG/24 Abs. 3 AEUV und in Art. 195 EG/228 AEUV angesprochen. Dabei stellt Art. 21 EG/24 AEUV lediglich eine Verweisungsnorm dar, die auf die Inhaltsnorm des Art. 195 EG/228 AEUV Bezug nimmt. Art. 195 Abs. 4 EG enthält auch eine Ermächtigung für das Europäische Parlament, Regelungen und allgemeine Bedingungen für die Ausübung der Aufgaben des Bürgerbeauftragten festzulegen. Davon hat das Parlament Gebrauch gemacht und das Statut des Bürgerbeauftragten erlassen. Art. 228 Abs. 4 AEUV sieht insoweit eine Verordnungsermächtigung des Parlaments mit Zustimmung des Rates vor.

⁶⁹⁴ Zur Reichweite dieser Bereichsausnahme *Magiera*, in: Meyer, Art. 43 Rn. 9 sowie näher u. Rn. 4752 f.

⁶⁹⁵ *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (835); dazu u. Rn. 4756.

⁶⁹⁶ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Art. 195 EGV Rn. 6; *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (835).

3. Geschäftsordnung des Parlaments

In der Geschäftsordnung des Parlaments (GeschOEP) sind in den Art. 194 ff. Regelungen zum Bürgerbeauftragten enthalten. Als Regelungen aufgrund des Selbstorganisationsrechts ohne vertragliche Grundlage können sie das Beschwerderecht nicht inhaltlich ausgestalten oder beschränken (Art. 52 Abs. 2 EGRC). **4734**

4. Statut des Bürgerbeauftragten

Das Statut des Bürgerbeauftragten ist ein Synonym für die „Regelungen und allgemeinen Bedingungen für die Ausübung der Aufgaben des Bürgerbeauftragten“.⁶⁹⁷ Es enthält Regelungen zum Verfahren und zur Stellung des Bürgerbeauftragten. Es beruht auf der Ermächtigung in Art. 195 Abs. 4 EG, wonach das Europäische Parlament allgemeine Regelungen und Bedingungen für die Ausübung des Amtes erlässt.⁶⁹⁸ **4735**

B. Das Amt des Bürgerbeauftragten

I. Wahl und Amtsenthebung

Gem. Art. 195 Abs. 2 EG wird der Bürgerbeauftragte nach jeder Wahl des Europäischen Parlaments für die Dauer einer Wahlperiode ernannt. Voraus geht nach Art. 194 GeschOEP eine Wahl in geheimer Abstimmung. Damit ist vorgesehen, den Wortlaut der Vorschrift der Praxis anzupassen. Eine Wiederernennung ist gem. Art. 195 Abs. 2 S. 2 EG/228 Abs. 2 S. 2 AEUV zulässig. Erfüllt er die Voraussetzungen für die Ausübung seines Amtes nicht mehr oder hat er eine schwere Verfehlung begangen, kann der Bürgerbeauftragte auf Antrag des Europäischen Parlaments durch den EuGH seines Amtes enthoben werden (Art. 195 Abs. 2 UAbs. 2 EG i.V.m. Art. 196 GeschOEP/228 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV). Nach Art. 228 Abs. 2 AEUV wird der Bürgerbeauftragte „gewählt“. **4736**

II. Stellung

Der Bürgerbeauftragte übt gem. Art. 195 Abs. 3 EG/228 Abs. 3 AEUV sein Amt in völliger Unabhängigkeit aus. Er darf bei der Erfüllung seiner Pflichten von keiner Stelle Anweisungen anfordern oder entgegennehmen.⁶⁹⁹ Weiterhin darf er wäh- **4737**

⁶⁹⁷ Beschl. 94/262/EGKS, EG, Euratom des Parlaments vom 9.3.1994, ABl. L 113, S. 15; zuletzt geändert durch Beschl. vom 14.3.2002, ABl. L 92, S. 13.

⁶⁹⁸ S. vorstehend Rn. 4733.

⁶⁹⁹ In Art. 228 Abs. 3 AEUV soll dies konkretisiert werden: „Er darf ... von keiner Regierung, keinem Organ, keiner Einrichtung und keiner sonstigen Stelle Weisungen einholen oder entgegennehmen.“

rend seiner Amtszeit keine andere entgeltliche oder unentgeltliche Berufstätigkeit ausüben.

- 4738** Auch wenn der Bürgerbeauftragte vom Parlament gewählt wird, so ist er doch von diesem unabhängig. Weil er nur organisatorisch mit dem Parlament verbunden ist, können Fehler der Bürgerbeauftragten bei der Ausübung seiner Aufgaben diesem nicht zugerechnet werden.⁷⁰⁰

III. Verfahren

1. Ablauf

- 4739** Nach Art. 195 Abs. 1 EG/228 Abs. 1 AEUV wird der Bürgerbeauftragte entweder von sich aus tätig oder aufgrund von Beschwerden, die ihm unmittelbar oder über ein Mitglied des Parlaments zugehen. Es liegt dann in seinem Ermessen, welche Untersuchungen er durchführt.⁷⁰¹ Eine Ausnahme gilt nur für Sachverhalte, die Gegenstand eines Gerichtsverfahrens sind oder waren (Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 EG/228 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV). Hier sind ihm eigene Untersuchungen verwehrt.
- 4740** Führt der Bürgerbeauftragte Untersuchungen durch, so sind andere europäische Stellen sowie die Mitgliedstaaten zur Kooperation verpflichtet.⁷⁰² Diese beinhaltet die Erteilung von Auskünften, den Zugang zu Unterlagen oder die Erteilung von Aussagegenehmigungen von Bediensteten. Im Streitfall kann der Bürgerbeauftragte nur das Parlament um eine Klageerhebung ersuchen, ein eigenes Klagerecht besitzt er nicht.⁷⁰³
- 4741** Stellt der Bürgerbeauftragte einen Missstand fest, so teilt er dies der jeweiligen Institution mit. Diese ist dann verpflichtet, innerhalb von drei Monaten eine Stellungnahme zu übermitteln (Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 EG/228 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV). Darüber hinaus muss sie den gerügten Zustand abstellen. Anschließend legt der Bürgerbeauftragte dem Parlament und der gerügten Stelle einen Bericht vor. Der Beschwerdeführer wird über das Ergebnis der Untersuchung unterrichtet. Der Bürgerbeauftragte legt dem Parlament gem. Art. 195 Abs. 1 UAbs. 3 EG/228 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV jährlich einen Bericht über die Ergebnisse seiner Untersuchungen vor.

⁷⁰⁰ EuG, Rs. T-209/00, Slg. 2001, II-765 (775, Rn. 17 f.) – Lamberts/Bürgerbeauftragter.

⁷⁰¹ EuGH, Rs. C-234/02 P, Slg. 2004, I-2803 (2855, Rn. 50) – Bürgerbeauftragter/Lamberts.

⁷⁰² Dies ergibt sich bereits aus Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 EG/228 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV, Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 195 EGV Rn. 11.

⁷⁰³ Hamers, Der Petitionsausschuß des Europäischen Parlaments und der Europäische Bürgerbeauftragte, 1999, S. 215 ff. Dieser weist zu Recht darauf hin, dass die Klagemöglichkeiten beschränkt sind. In Betracht kommt lediglich eine Untätigkeitsklage gem. Art. 232 EG/265 AEUV, allerdings nur, solange keine ausdrückliche Ablehnung vorliegt.

2. Form und Frist

Weder Art. 43 EGRC noch Art. 195 EG/228 AEUV enthalten besondere Form- oder Fristvorschriften für die Einlegung der Beschwerde beim Bürgerbeauftragten. Regelungen hierzu finden sich in Art. 2 des Statuts des Europäischen Bürgerbeauftragten. So bestimmt Art. 2 Abs. 4 des Statuts, dass eine Beschwerde innerhalb von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt eingelegt werden muss, zu dem der Beschwerdeführer Kenntnis von dem der Beschwerde zugrundeliegenden Sachverhalt erhalten hat. Diese Frist gilt allerdings nicht für Untersuchungen, die der Bürgerbeauftragte aus eigener Initiative eingeleitet hat. Auch ist diese Frist nicht bindend. Es liegt im Ermessen des Bürgerbeauftragten, ob er eine verfristete Beschwerde annimmt oder unter Hinweis auf die Verfristung ablehnt.⁷⁰⁴ 4742

Eine besondere Form ist nicht einzuhalten. Die Beschwerde kann entweder unmittelbar beim Bürgerbeauftragten oder bei einem Mitglied des Parlaments eingelegt werden. Nach Art. 2 Abs. 3 des Statuts ist lediglich erforderlich, dass der Gegenstand der Beschwerde und die Person des Beschwerdeführers aus der Beschwerde erkennbar sind. Auch wenn diese Möglichkeit weder im Statut noch in Art. 195 EG/228 AEUV ausdrücklich erwähnt ist, so ist anerkannt, dass auch Sammelbeschwerden eingelegt werden dürfen.⁷⁰⁵ 4743

3. Vorherige administrative Schritte

Art. 2 Abs. 4 des Statuts des Bürgerbeauftragten fordert, dass der Beschwerde geeignete administrative Schritte bei den betroffenen Einrichtungen vorausgegangen sind. Hierbei muss keine besondere Form eingehalten werden. Es reicht irgendeine Form der Kontaktaufnahme aus, die es der betroffenen Stelle ermöglicht, sich vorab mit dem Sachverhalt, der die Beschwerde veranlasst hat, zu befassen.⁷⁰⁶ 4744

IV. Rechtsschutz

Es gibt es keine Möglichkeit, die Tätigkeit des Bürgerbeauftragten oder seine Entscheidungen unmittelbar gerichtlich überprüfen zu lassen. Die Zulässigkeit von Klagen scheitert bereits daran, dass er nicht zu den in Art. 230 EG/263 AEUV bzw. Art. 232 EG/265 AEUV aufgezählten Organen gehört. Eine gerichtliche Prüfung kann lediglich inzident im Rahmen einer Schadensersatzklage erfolgen. Dies hat der EuGH in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich festgestellt. Die Tatsache, dass der Bürgerbeauftragte dem Parlament gegenüber berichtspflichtig ist und das Parlament Amtsverfehlungen durch ein Amtsenthebungsverfahren sanktionieren kann, steht danach einer gerichtlichen Überprüfung seines Handelns im Rah- 4745

⁷⁰⁴ *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 50 Rn. 25.

⁷⁰⁵ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 195 EG Rn. 40; *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 195 EGV Rn. 14.

⁷⁰⁶ *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 216 f.

men einer Schadensersatzklage nicht entgegen.⁷⁰⁷ Zwar ist die gerichtliche Kontrolle im Hinblick auf das weite Ermessen des Bürgerbeauftragten beschränkt, doch kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Bürger unter ganz ungewöhnlichen Umständen nachzuweisen vermag, dass der Bürgerbeauftragte einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Europarecht begangen hat, der einen Schaden verursacht hat.⁷⁰⁸

C. Befassungsanspruch

I. Grundrechtsträger

4746 Gegen den Europäischen Bürgerbeauftragten besteht ein Anspruch, sich mit Missständen zu befassen. Die Geltendmachung des Art. 43 EGRC ist nicht auf Unionsbürger beschränkt. Auch natürliche und juristische Personen mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat können den Bürgerbeauftragten anrufen. Für den Wohnort kommt es auf die tatsächlichen Verhältnisse, nicht auf seine juristische Begründung entsprechend den Meldevorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates an.⁷⁰⁹ Erforderlich ist aber, dass die Person sich nicht nur vorübergehend, also nicht etwa nur zu touristischen Zwecken in einem Mitgliedstaat aufhält.⁷¹⁰

4747 Eine Altersbeschränkung für natürliche Personen besteht nicht. Deshalb sind auch Minderjährige berechtigt, eine Beschwerde einzulegen. Der Einzelne muss lediglich in der Lage sein, sein Anliegen in verständlicher und den Zulässigkeitsvoraussetzungen entsprechender Weise vorzubringen.⁷¹¹ Eine persönliche Betroffenheit des Beschwerdeführers ist nicht erforderlich; auch so genannte Popularbeschwerden sind deshalb vom Schutzbereich des Art. 43 EGRC erfasst.⁷¹²

4748 Da der Wortlaut nicht zwischen juristischen Personen des Privatrechts und solchen des öffentlichen Rechts differenziert, sind grundsätzlich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts aus Art. 43 EGRC berechtigt. Dazu gehören auch Gemeinden.⁷¹³ Die Mitgliedstaaten scheiden dagegen bereits vom Wortlaut aus dem Kreis der Berechtigten aus, der bei den juristischen Personen einen Sitz „in

⁷⁰⁷ EuGH, Rs. C-234/02 P, Slg. 2004, I-2803 (2853 f., Rn. 44 ff.) – Bürgerbeauftragter/Lamberts.

⁷⁰⁸ EuGH, Rs. C-234/02 P, Slg. 2004, I-2803 (2855, Rn. 52) – Bürgerbeauftragter/Lamberts.

⁷⁰⁹ Nur das Abstellen auf die tatsächlichen Verhältnisse sichert insoweit eine einheitliche Betrachtungsweise, vgl. *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 13.

⁷¹⁰ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 13.

⁷¹¹ *Krings*, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 12.

⁷¹² *Krings*, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 12; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Art. 195 EGV Rn. 9. Allerdings sind gem. Art. 2 Abs. 2 des Statuts des Europäischen Bürgerbeauftragten vor Einlegen der Beschwerde geeignete administrative Schritte bei der jeweiligen Stelle vorzunehmen.

⁷¹³ Zwar passt die Formulierung des „satzungsmäßigen Sitzes“ für Gemeinden nicht, doch rechtfertigt der Zweck, Lücken im gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutz zu schließen, eine erweiternde Auslegung, s. *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (832, 835).

einem Mitgliedstaat“ voraussetzt.⁷¹⁴ Gleiches gilt für die Bundesländer, da ihnen Staatsqualität zukommt, weshalb sie analog den Mitgliedstaaten zu behandeln sind.⁷¹⁵ Schließlich sind Beschwerden von nicht in einem Mitgliedstaat ansässigen Drittstaatsangehörigen unzulässig. Jedoch kann der Bürgerbeauftragte Beschwerden von solchen Personen aus eigener Initiative nachgehen.⁷¹⁶

II. Verpflichtete

Hier ist zwischen zwei unterschiedlichen Gehalten zu differenzieren. Zum einen wird aus Art. 43 EGRC unmittelbar der Bürgerbeauftragte in einem leistungsrechtlichen Sinne verpflichtet: Er muss die Beschwerden entgegennehmen und sich mit zulässigen Beschwerden auch inhaltlich befassen.⁷¹⁷ Die Entscheidung über die Einleitung einer Untersuchung ist von dem Leistungsrecht allerdings nicht erfasst. Ob und in welchem Umfang eine Untersuchung durchgeführt wird, steht im Ermessen des Bürgerbeauftragten.⁷¹⁸ Zum anderen sind die Organe und Einrichtungen verpflichtet, eine Stellungnahme an den Bürgerbeauftragten zu übermitteln und festgestellte Missstände abzustellen. 4749

In einem abwehrrechtlichen Sinne werden die Organe und Einrichtungen sowie die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Einreichung einer Eingabe nicht zu erschweren oder zu behindern bzw. Nachteile daran zu knüpfen.⁷¹⁹ 4750

III. Betroffene Tätigkeiten

1. Tun und Unterlassen

Die Beschwerde muss sich gem. Art. 43 EGRC auf Missstände bei der Tätigkeit der Organe und Einrichtungen der Union beziehen. Eine „Tätigkeit“ setzt dabei nicht notwendig ein aktives Tun voraus, es reicht auch ein Unterlassen.⁷²⁰ Dieses bildet das Gegenstück. Zudem sollen die Organe und Einrichtungen nicht dafür belohnt werden, dass sie nichts tun. Erfasst wird die Tätigkeit aller Organe, die gem. Art. 7 EG Aufgaben der Union wahrnehmen. Dazu gehören gem. Art. 7 EG das Parlament, der Rat, die Kommission, der Gerichtshof und der Rechnungshof. Nach Art. 13 EUV soll der Kreis der Organe der Union um den Europäischen Rat, die Europäische Zentralbank und die neben dem Gerichtshof bestehenden europäischen Gerichte erweitert werden. 4751

⁷¹⁴ Guckelberger, DÖV 2003, 829 (832, 835).

⁷¹⁵ Krings, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 12.

⁷¹⁶ Vgl. Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 1. Alt. EG/228 Abs. 1 UAbs. 2 1. Alt. AEUV; Guckelberger, DÖV 2003, 829 (835); Meese, Das Petitionsrecht, 2000, S. 178.

⁷¹⁷ Krings, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 15, 20; Guckelberger, DÖV 2003, 829 (835).

⁷¹⁸ Krings, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 20; Guckelberger, DÖV 2003, 829 (835).

⁷¹⁹ Krings, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 19; Guckelberger, DÖV 2003, 829 (835).

⁷²⁰ Magiera, in: Meyer, Art. 43 Rn. 9; Krings, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 17.

2. Ausnahme für die Rechtsprechung

- 4752** Soweit die Rechtsprechungstätigkeit des „Gerichtshofs der Europäischen Union“ als zulässiger Beschwerdegegenstand ausgeschlossen wird, erfasst diese Bereichsausnahme nicht nur den EuGH selbst. Dies ergibt sich aus der Reichweite des Begriffes, explizit definiert in Art. I-29 Abs. 1 VE/19 Abs. 1 EUV, die bei der Auslegung von Art. 43 EGRC mitberücksichtigt werden muss.⁷²¹ Danach umfasst der „Gerichtshof der Europäischen Union“ den EuGH, das EuG und die Fachgerichte.⁷²²
- 4753** Nicht von der Ausnahme erfasst ist dagegen die Gerichtsverwaltung. Deren Tätigkeit unterliegt deshalb einer Überprüfung durch den Bürgerrechtsbeauftragten.⁷²³

3. Umfassende Einbeziehung der Verwaltung auf Unionsebene

- 4754** Durch die Begrenzung auf die Tätigkeit der Organe der Union wird auch das Handeln der Mitgliedstaaten und von deren Organen nicht vom Zuständigkeitsbereich des Bürgerbeauftragten erfasst.⁷²⁴ Eine weitere Ausnahme enthält Art. 195 EG/228 AEUV hinsichtlich von Sachverhalten, die Gegenstand eines Gerichtsverfahrens sind oder waren.
- 4755** Zu den ebenfalls explizit von Art. 43 EGRC erfassten Einrichtungen der Union gehören alle Stellen auf Unionsebene, unabhängig davon, ob sie im Vertragsrecht oder im Sekundärrecht verankert sind, wie etwa der Wirtschafts- und Sozialausschuss oder die Europäische Zentralbank.
- 4756** Nach dem Wortlaut des Art. 43 EGRC beschäftigt sich der Bürgerbeauftragte mit Missständen auf Unionsebene. In anderen Textfassungen wird an dieser Stelle deutlicher von „maladministration“ oder „mauvaise administration“ gesprochen.⁷²⁵ Daraus wird deutlich, dass sein Aufgabenbereich auf die verwaltende Tätigkeit der europäischen Organe und Einrichtungen beschränkt ist. Neben der Rechtsprechung, die ausdrücklich ausgenommen ist, fallen damit auch die Gesetzgebung und politische Maßnahmen aus dem Kontrollbereich heraus.⁷²⁶

4. Missstände

- 4757** Bislang hat sich noch keine Definition herausgebildet, was unter einem Missstand zu verstehen ist. Nach einer auch in der Lit. anerkannten Umschreibung des Bür-

⁷²¹ Jarass, § 37 Rn. 19.

⁷²² Vgl. Art. 220 Abs. 2, 225a EG/19 Abs. 1 EUV. Als Fachgericht besteht z.Zt. nur das Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union (auf der Grundlage des Ratsbeschl. vom 2.11.2004, Pressemitteilung des Rates Nr. 88/04).

⁷²³ Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 195 EGV Rn. 6; Jarass, § 37 Rn. 19; Krings, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 16.

⁷²⁴ Meese, Das Petitionsrecht, 2000, S. 196.

⁷²⁵ Guckelberger, DÖV 2003, 829 (835).

⁷²⁶ Magiera, in: Meyer, Art. 43 Rn. 11; Krings, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 18; Guckelberger, DÖV 2003, 829 (835).

gerbeauftragten liegt ein solcher vor, wenn eine Stelle gegen die für sie geltenden verbindlichen Regeln und Grundsätze handelt.⁷²⁷ Zusätzlich verweist der Bürgerbeauftragte auch auf den Kodex für eine gute Verwaltungspraxis als Prüfungsmaßstab.⁷²⁸ Damit ist der Begriff des Missstands weit zu verstehen und erfasst neben rechtswidrigem Verhalten auch Verstöße gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung.⁷²⁹

D. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung

Das Recht aus Art. 43 EGRC kann zum einen beeinträchtigt werden, wenn der Bürgerbeauftragte eine Beschwerde nicht prüft.⁷³⁰ Zum anderen kann das Recht durch die Organe oder Einrichtungen beeinträchtigt werden, wenn sie die Einreichung einer Beschwerde behindern oder Nachteile daran knüpfen.⁷³¹ **4758**

Wegen Art. 52 Abs. 2 EGRC wird das Beschwerderecht durch die Bedingungen und Grenzen eingeschränkt, die im Primärrecht selbst und in Regelungen auf der Grundlage primärrechtlicher Ermächtigungen verankert sind. Das entsprechend der Ermächtigung des Art. 195 Abs. 4 EG erlassene Statut des Bürgerbeauftragten sieht solche Begrenzungen vor, wie etwa die Zweijahresfrist oder das Erfordernis vorheriger administrativer Schritte bei den jeweiligen Stellen.⁷³² Nach Art. 228 Abs. 4 AEUV sollen diese Regelungen künftig durch Verordnungen festgelegt werden. **4759**

⁷²⁷ Jahresbericht des Bürgerbeauftragten 1998, ABl. 1999 C 300, S. 1 (12); *Krings*, in: Tettinger/Stern, Art. 43 Rn. 18; *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (835).

⁷²⁸ Zuletzt Jahresbericht des Bürgerbeauftragten 2006, S. 41 (zu finden auf dessen Website, <http://www.ombudsman.europa.eu/report/de/default.htm>; Stand: 31.05.2008).

⁷²⁹ *Magiera*, in: Meyer, Art. 43 Rn. 11; *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (835 f.); s.a. EuG, Rs. T-193/04, Slg. 2006, II-3995 (4034, Rn. 128) – Tillack, das darauf hinweist, dass aus der Feststellung eines Missstands nicht notwendig das Vorliegen eines Rechtsverstoßes abgeleitet werden kann.

⁷³⁰ *Jarass*, § 37 Rn. 22.

⁷³¹ *Jarass*, § 37 Rn. 23.

⁷³² S. dazu bereits o. Rn. 4744.

E. Prüfungsschema zu Art. 43 EGRC

4760 1. Schutzbereich

- a) Grundrechtsträger:
 - Unionsbürger
 - natürliche und juristische Personen mit (Wohn-)Sitz in Mitgliedstaat
 - nicht: Mitgliedstaaten und Bundesländer
- b) Verpflichtete:
 - aa) Bürgerbeauftragter (leistungsrechtliche Dimension)
 - bb) Organe, Einrichtungen; Mitgliedstaaten (abwehrrechtliche Dimension)
- c) Gewährleistungsgehalt: Beschwerde über
 - aa) „Missstände“ bei Organen/Einrichtungen = rechtswidriges Verhalten; Verstöße gegen Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung
 - bb) durch verwaltende Tätigkeit
 - cc) ausgenommen Rechtsprechung; Gesetzgebung; politische Maßnahmen

2. Beeinträchtigung

- a) durch Bürgerbeauftragten: Nichtprüfung Beschwerde
- b) durch Organe/Einrichtungen: Behindern einer Beschwerde, Benachteiligung des Beschwerdeführers

3. Rechtfertigung

- a) über Art. 52 Abs. 2 EGRC Geltung der Bedingungen/Grenzen des Primärrechts
- b) Beschränkungen aus Statut des Bürgerbeauftragten (Zweijahresfrist, vorherige administrative Schritte)

§ 5 Petitionsrecht

A. Grundlagen

I. Entwicklungsgeschichte

4761 Die Ursprünge des Petitionsrechts reichen bis in die Anfangszeit der Gemeinschaft zurück.⁷³³ Es wurde aber erst durch den Vertrag von Maastricht in den EG eingefügt,⁷³⁴ nachdem es zuvor nur in der Geschäftsordnung des Europäischen Parla-

⁷³³ Bereits in der Geschäftsordnung der Gemeinsamen Versammlung der EGKS war die Behandlung von Petitionen vorgesehen, vgl. dazu ausführlich Meese, Das Petitionsrecht, 2000, S. 32 ff.

⁷³⁴ Und zwar in Art. 194 EG und in der Verweisungsnorm des Art. 21 Abs. 1 EG.

ments verankert war. Im Kern war das Petitionsrecht im Konvent zur Ausarbeitung der EGRC nicht umstritten.⁷³⁵ Diskutiert wurde lediglich die Petitionsbefugnis juristischer Personen.⁷³⁶

II. Zweck und Bedeutung

Dem Petitionsrecht werden drei verschiedene Funktionen beigemessen. Zunächst dient es dem außergerichtlichen Rechtsschutz.⁷³⁷ Weiterhin ist es als parlamentarisches Kontrollinstrument zu sehen.⁷³⁸ Schließlich stärkt es die demokratische Funktion des Parlaments als Bindeglied zwischen dem einzelnen Unionsbürger und der europäischen Ebene.⁷³⁹ **4762**

Zu diesen durchaus wichtigen Funktionen steht die praktische Bedeutung des Petitionsrechts in einem gewissen Widerspruch. Zwar ist die Anzahl der Petitionen an das Europäische Parlament in der Vergangenheit stetig gestiegen.⁷⁴⁰ Vergleicht man aber die Eingangszahlen des Europäischen Parlaments mit denen des Deutschen Bundestages, ist die Bedeutung der Petitionen beim Europäischen Parlament – vor allem gemessen an der hohen Zahl von potenziell Petitionsberechtigten – noch immer als gering einzustufen. Während die durchschnittliche Anzahl der Petitionen pro Jahr auf Gemeinschaftsebene bei unter 1.000 liegt, sind die Eingangszahlen beim Deutschen Bundestag mehr als zehnmal so hoch.⁷⁴¹ **4763**

III. Ausgestaltung in Art. 44 EGRC

Nach Art. 44 EGRC haben die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat das Recht, eine Petition an das Europäische Parlament zu richten.⁷⁴² Bis auf den berechtigten Personenkreis und der Nennung des Rechtes selbst enthält diese Vorschrift damit keine weiteren Aussagen zum Petitionsrecht. Wegen **4764**

⁷³⁵ *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 141; *Hölscheidt*, EuR 2002, 440 (444).

⁷³⁶ Ausführlich zur Genese *Hölscheidt*, EuR 2002, 440 (443 f.).

⁷³⁷ *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 7; *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 6.

⁷³⁸ *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 8 spricht hier von einer „demokratischen Funktion“; *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 6; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 51 ff.; *Barth*, Bürgerbeauftragter und Petitionsrecht im Prozess der europäischen Verfassungsgebung, 2004, S. 195 f.; a.A. *Vitzthum*, Petitionsrecht und Volksvertretung, 1985, S. 52 ff.: nur „funktionelle Nähe zur Kontrollaufgabe“.

⁷³⁹ *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 8; *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 6; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 55 ff.; *Barth*, Bürgerbeauftragter und Petitionsrecht im Prozess der europäischen Verfassungsgebung, 2004, S. 192 ff. Zur Entwicklung s. *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 5.

⁷⁴¹ Die Vergleichszahlen für die Jahre 2002-2005 bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf, Art. 194 EGV Rn. 11.

⁷⁴² In Art. II-104 VE ist das Petitionsrecht wortgleich formuliert.

Art. 52 Abs. 2 EGRC ist aber die Ausgestaltung im EG/AEUV und im sonstigen Europarecht unterhalb der Primärrechtsbene⁷⁴³ zu beachten.⁷⁴⁴

- 4765** Das Petitionsrecht in der EGRC ist anders als etwa das Recht nach Art. 17 GG nicht als Jedermann-Recht ausgestaltet. Vielmehr ist es auf Unionsbürger und Personen mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat beschränkt. Drittstaatsangehörige, die keinen Wohnsitz in der Gemeinschaft haben, sind damit ausgeschlossen. Das ausdrücklich auch juristischen Personen eingeräumte Petitionsrecht ist in der Praxis bedeutungslos, da die Anzahl von Petitionen aus diesem Berechtigtenkreis ohnehin gering ist und sich Unternehmen bevorzugt an die Kommission wenden.⁷⁴⁵

IV. Weitere Vorschriften auf anderen Normebenen

1. Primärrecht

- 4766** Nach Art. 194 EG/227 AEUV kann jeder Bürger der Union sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnort oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat allein oder zusammen mit anderen Bürgern oder Personen in Angelegenheiten, die in die Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft/Union fallen und die ihn oder sie unmittelbar betreffen, eine Petition an das Europäische Parlament richten. Weitere Erwähnung findet das Petitionsrecht in der Verweisungsnorm des Art. 21 Abs. 1 EG/24 Abs. 2 AEUV.
- 4767** Der Berechtigtenkreis ist hier identisch mit dem in Art. 44 EGRC. Abweichungen bestehen aber hinsichtlich der Einschränkungen, dass der Gegenstand der Petition den Petenten unmittelbar betreffen und in den Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft/Union fallen muss. Im Hinblick auf die Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 2 EGRC sind diese Anforderungen bei der Auslegung des Art. 44 EGRC zu beachten.

2. Geschäftsordnung des Parlaments

- 4768** Die Behandlung von Petitionen ist eine auch in vielen Mitgliedstaaten dem Parlament zugewiesene Aufgabe. Daraus erklärt sich, dass die wesentlichen Ausgestaltungsregelungen in Art. 191-193 GeschOEP enthalten sind. Hierin sind die Voraussetzungen einer Petition und die Einzelheiten ihrer Behandlung durch den Petitionsausschuss geregelt. Die Vorschriften der GeschOEP stellen allerdings keine aufgrund von Art. 52 Abs. 2 EGRC relevanten Ausübungsregelungen⁷⁴⁶ des Art. 44 EGRC dar, weil sie keine Grundlage im Primärrecht haben. Eine Erweiterung der in Art. 44 EGRC bzw. in Art. 194 EG/227 AEUV garantierten Rechte ist aber zulässig.⁷⁴⁷

⁷⁴³ S. m.w.N. näher u. Rn. 4819 f.

⁷⁴⁴ Zur Ausgestaltung in der GeschOEP s. sogleich Rn. 4768.

⁷⁴⁵ Hölscheidt, EuR 2002, 440 (441).

⁷⁴⁶ Näher u. Rn. 4819 f.

⁷⁴⁷ S. dazu auch u. Rn. 4777.

V. Verfahren

Das Petitionsverfahren ist weder in Art. 44 EGRC noch in Art. 194 EG/227 AEUV geregelt. Auch enthält das Primärrecht anders als in Art. 195 Abs. 4 EG/228 Abs. 4 AEUV für den Bürgerrechtsbeauftragten keine Ermächtigung für den Erlass von Durchführungsregeln. Eine rechtliche Grundlage ist aber auch nicht erforderlich, da dem Parlament insoweit eine originäre Regelungskompetenz aus seinem Selbstorganisationsrecht zukommt.⁷⁴⁸ **4769**

1. Verfahrensgliederung

Nach Art. 191 ff. GeschOEP ist das Verfahren in drei Teile gegliedert. Zunächst wird die Zulässigkeit der Petition geprüft, und zwar durch ein spezielles Gremium, den Petitionsausschuss (Art. 191 Abs. 5 GeschOEP).⁷⁴⁹ Wird die Petition für zulässig erachtet, schließt sich die inhaltliche Bearbeitung an. Zu diesem Zweck kann der Ausschuss etwa den Petenten anhören oder allgemeine Anhörungen ansetzen oder Ausschussmitglieder zu Tatsachenfeststellungen an Ort und Stelle entsenden (Art. 192 Abs. 3 GeschOEP). Häufig ist auch die Kooperation von Unionsorganen wie etwa der Kommission erforderlich, die das Parlament um Auskünfte oder die Vorlage von Akten ersuchen kann (Art. 192 Abs. 4 GeschOEP). Besondere Befugnisse wie etwa ein Akteneinsichtsrecht stehen dem Parlament nicht zu. Jedoch kann sich eine Mitwirkungspflicht aus der Kooperationspflicht oder dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue ergeben.⁷⁵⁰ **4770**

Nach Abschluss der Prüfung wird der Petent durch den Parlamentspräsidenten über das Ergebnis und die Gründe unterrichtet (Art. 192 Abs. 7 GeschOEP). Nach Art. 192 Abs. 6 GeschOEP unterrichtet der Ausschuss das Parlament halbjährlich über das Ergebnis seiner Beratungen.⁷⁵¹ **4771**

2. Form und Frist

Weder Art. 44 EGRC noch Art. 194 EG/227 AEUV statuieren Anforderungen an die Form einer Petition. Doch ist es zur praktischen Durchführung des Petitions- **4772**

⁷⁴⁸ *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 49 Rn. 4; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 47.

⁷⁴⁹ Vgl. die Regelungen in Art. 174, 177-179 GeschOEP. Näher dazu *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 90 ff.

⁷⁵⁰ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 195 EG Rn. 18. Abzulehnen ist das von *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 102 f. auf der Grundlage der „implied-powers-Lehre“ (jedem Organ kommen die Kompetenzen zu, die es zur Erfüllung der ihm übertragenen Kompetenzen braucht) abgeleitete Petitionsinformationsrecht des Parlaments. Es ist mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nicht vereinbar. Zudem dürfte dieses Recht dem Parlament nicht mehr verschaffen, als es bereits auf Basis der Kooperationspflicht einfordern kann.

⁷⁵¹ Das Parlament bewertet die Arbeit des Petitionsausschusses allerdings nur auf der Grundlage der Jahresberichte, vgl. *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 19.

verfahrens erforderlich, dass das Begehren schriftlich⁷⁵² in einer der Amtssprachen formuliert wird.⁷⁵³ Darüber hinaus muss der Urheber der Petition erkennbar sein, damit seine Petitionsberechtigung geprüft werden kann.⁷⁵⁴ Insoweit müssen der Name, die Staatsangehörigkeit und der Wohnsitz angegeben werden.⁷⁵⁵ Fristerfordernisse bestehen nicht.

VI. Rechtsschutz

- 4773** Aus dem Petitionsrecht kommt dem Petenten auch ein Anspruch auf Bescheidung seiner Petition zu.⁷⁵⁶ Lehnt der Petitionsausschuss eine Petition als unzulässig ab, so kann der Petent dagegen eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 EG/263 AEUV erheben. Bleibt das Parlament nach Einlegen einer Petition untätig, so steht dem Petenten die Untätigkeitsklage gem. Art. 232 EG/265 AEUV offen.

B. Schutzbereich

I. Petitionsberechtigte

- 4774** Parallel zum Beschwerderecht aus Art. 43 EGRC ist das Petitionsrecht nach Art. 44 EGRC nicht auf Unionsbürger beschränkt. Vielmehr reicht ein Wohnsitz⁷⁵⁷ bzw. satzungsmäßiger Sitz in einem Mitgliedstaat aus. Insoweit steht das Petitionsrecht auch Drittstaatsangehörigen offen. Für diese fordert das Europäische Parlament als ungeschriebene Voraussetzung das Kriterium des rechtmäßigen Aufenthalts.⁷⁵⁸ Die Anwendung dieses Kriteriums im Rahmen des Art. 44 EGRC erscheint im Hinblick auf Art. 52 Abs. 2 EGRC problematisch, da insoweit mindestens eine Festlegung aufgrund des EG/AEUV erforderlich erscheint. Indes lässt sich die Anwendung dieses Erfordernisses damit begründen, dass ein rechtswidriger Aufenthalt, der jederzeit durch die Behörden des Mitgliedstaates beendet werden kann, nicht ausreicht, um die durch die Tatbestandsvoraussetzung des Wohnsitzes zum Ausdruck kommende grundsätzlich notwendige Beziehung zwischen dem Peten-

⁷⁵² Diesem Erfordernis genügt auch eine Petition per Fax oder E-Mail, s. *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 49 Rn. 25; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 89.

⁷⁵³ Das Schriftformerfordernis wird darüber hinaus auch aus dem in den Mitgliedstaaten geltenden Grundsatz der Schriftlichkeit der Petition hergeleitet, vgl. *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 88.

⁷⁵⁴ *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 49 Rn. 24; *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 16; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 88.

⁷⁵⁵ Dies entspricht den Anforderungen in Art. 191 Abs. 2 GeschOEP.

⁷⁵⁶ S. dazu Rn. 4779.

⁷⁵⁷ Hier sind die tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich, s. dazu schon im Zusammenhang mit Art. 43 EGRC Rn. 4746.

⁷⁵⁸ Entschließung vom 12.7.1995, ABl. 1995 C 249, S. 71 lit. B).

ten und der Gemeinschaft/Union zu begründen.⁷⁵⁹ Damit handelt es sich insoweit um keinen wirklichen Wohnsitz.

Auch für Petitionen besteht kein Mindestalter. Der Petent muss lediglich in der Lage sein, sein Anliegen verständlich zu formulieren.⁷⁶⁰ Abweichend von Art. 195 EG/228 AEUV setzt Art. 194 EG/227 AEUV für die Petition eine unmittelbare Betroffenheit des Petenten voraus. Diese ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Erfordernis eines rechtlichen Interesses. Vielmehr wird es als ausreichend erachtet, wenn die Angelegenheit für den Petenten in objektiver und nachvollziehbarer Weise von nicht ganz unerheblicher Bedeutung ist.⁷⁶¹ Für eine solche weite Auslegung spricht, dass zum einen der Ausschluss einer Populärpetition die Beschränkung auf eine individuelle Betroffenheit gefordert hätte und zum anderen eine Petitionsausübung zusammen mit anderen Bürgern, wie sie Art. 194 EG/227 AEUV ausdrücklich erlaubt, dann nur noch in engen Ausnahmefällen zulässig wäre.⁷⁶² Dieses Verständnis entspricht auch der Praxis des Europäischen Parlaments.⁷⁶³ Der Wortlaut des Art. 44 EGRC fordert zwar kein Petitionsinteresse, doch sind die Anforderungen des Art. 194 EG/227 AEUV gem. Art. 52 Abs. 2 EGRC auch für die Grundrechtsgewährleistung zu beachten.

Juristische Personen mit satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat sind nach Art. 44 EGRC ohne Einschränkungen petitionsberechtigt. Von diesem weiten Wortlaut sind auch juristische Personen des öffentlichen Rechts erfasst.⁷⁶⁴ Für eine Petitionsberechtigung spricht auch, dass diese der Gemeinschaft/Union nicht als Hoheitsträger gegenüberstehen, sondern als Ausführende bzw. Betroffene des Unionsrechts. Damit sind sie in einer den Bürgern vergleichbaren Position.⁷⁶⁵

Auch wenn eine Petitionsberechtigung fehlt, kann das Europäische Parlament sich der Petition im Rahmen seines Selbstorganisationsrechts annehmen. Allerdings besteht in diesem Fall weder ein Anspruch des Petenten auf Prüfung noch eine Verpflichtung der anderen Einrichtungen bzw. der Mitgliedstaaten zur Mitwirkung.⁷⁶⁶

⁷⁵⁹ Für den Wegfall dieses Kriteriums zur Verbesserung des Rechtsschutzes gerade für Flüchtlinge und Asylbewerber *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 74 f.

⁷⁶⁰ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 9; *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 12.

⁷⁶¹ So *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 14; zust. *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 22.

⁷⁶² *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 87.

⁷⁶³ Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Beratungen des Petitionsausschusses 1994-95, ABl. 1995 C 249, S. 71: „ernstzunehmende tatsächliche Besorgnis des Petenten hinsichtlich des Petitionsgegenstandes“.

⁷⁶⁴ Eine dem Art. 19 Abs. 3 GG vergleichbare Beschränkung auf Grundrechte, die wesensmäßig auf die juristische Person anwendbar sind, existiert in der EGRC nicht.

⁷⁶⁵ S. *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 15; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 75 f.

⁷⁶⁶ Vgl. *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 15; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 77 f.

II. Petitionsadressaten und ihre Pflichten

- 4778** Alleiniger Petitionsadressat nach Art. 44 EGRC ist das Europäische Parlament. Beschwerden, die nicht an das Parlament in seiner Gesamtheit, sondern an einzelne Abgeordnete, Ausschüsse oder Fraktionen gerichtet werden, sind darauf zu prüfen, ob sie als Petitionen ausgelegt werden können.⁷⁶⁷
- 4779** Der Petent hat gegen das Europäische Parlament einen Anspruch auf Entgegennahme, inhaltliche Prüfung und Bescheidung der Petition.⁷⁶⁸ Dieses Recht und die damit korrespondierende Pflicht des Europäischen Parlaments sind zwar nicht ausdrücklich in Art. 44 EGRC verankert, doch ergibt sie sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Das Petitionsrecht wäre sonst praktisch funktionslos und lediglich eine spezielle Ausprägung des Meinungsäußerungsrechts.⁷⁶⁹ Einen Anspruch auf Abhilfe beinhaltet das Petitionsrecht auch bei einer begründeten Beschwerde indes nicht.⁷⁷⁰
- 4780** Abwehrrechtlich schützt das Petitionsrecht die Vorbereitung und das Einlegen einer Beschwerde. Insoweit schützt es sowohl vor unmittelbaren Behinderungen durch die europäischen Einrichtungen und die Mitgliedstaaten als auch vor Benachteiligung wegen der Ausübung des Petitionsrechts.⁷⁷¹
- 4781** Schließlich obliegt den anderen europäischen Organen und den Mitgliedstaaten aus dem Petitionsrecht i.V.m. dem Grundsatz der Organtreue (Art. 7 EG/13 Abs. 1 EUV) bzw. der Gemeinschafts-/Unionstreue (Art. 10 EG/4 Abs. 3 EUV) eine Pflicht zur Unterstützung des Petitionsausschusses, soweit dieser auf Mithilfe angewiesen ist.⁷⁷²

III. Reichweite

1. Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft/Union

- 4782** Der Petition muss ein zulässiger Petitionsgegenstand zugrundeliegen. Hierzu trifft Art. 44 EGRC keine Aussage. Art. 194 EG nimmt dagegen eine Einschränkung auf Angelegenheiten vor, die in die Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft fallen. Nach diesem Wortlaut kommen die Bereiche der Gemeinsamen Sicherheits- und Außenpolitik (Art. 11 ff. EU) und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 29 ff. EU) nicht als Petitionsgegenstand in Betracht. In Art. 227 AEUV ist vorgesehen, den Petitionsgegenstand auf die Tätigkeitsberei-

⁷⁶⁷ *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 49 Rn. 17; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 79.

⁷⁶⁸ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 8; *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (831); *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 68 f.

⁷⁶⁹ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 8; mit weiteren Argumenten *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 68 f.

⁷⁷⁰ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 8; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 69.

⁷⁷¹ *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 194 EG Rn. 7; *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (831); *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 68.

⁷⁷² *Gaitanides*, in: Heselerhaus/Nowak, § 49 Rn. 19; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 69.

che der Union i.S.v. Art. 1 EUV auszuweiten. Damit würden auch die zur Integration in die einheitliche Union vorgesehenen Bereiche der GASP und der PJZS⁷⁷³ zum tauglichen Petitionsgegenstand.

Entgegen dieser Beschränkung weitet Art. 191 Abs. 1 GeschOEP das Petitionsrecht auf den gesamten Tätigkeitsbereich der Europäischen Union aus. Diese Ausweitung des Rechts aus Art. 194 EG/227 AEUV ist im Hinblick auf das Befassungs- und Selbstorganisationsrecht des Parlaments zulässig. Art. 194 EG/227 AEUV gewährt ein subjektiv-öffentliches Recht gegenüber dem Parlament. Dieses hindert das Europäische Parlament aber nicht daran, über diese Gewährleistung hinauszugehen und sich auch solcher Eingaben anzunehmen, auf deren Prüfung kein Anspruch besteht. Für die Reichweite des Art. 44 EGRC ist entsprechend der Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 2 EGRC hier nur die primärrechtliche Regelung maßgeblich.⁷⁷⁴ **4783**

Anders als das Beschwerderecht zum Bürgerbeauftragten ist das Petitionsrecht nicht auf Missstände in der Verwaltung durch Organe und Einrichtungen beschränkt. Es kann sich auch auf die Ebene der Mitgliedstaaten erstrecken, sofern deren Handeln innerhalb eines Tätigkeitsbereichs der Union stattfindet.⁷⁷⁵ Im Hinblick auf die fehlende thematische Begrenzung können Petitionen sich auch auf die Bereiche Gesetzgebung und Politik beziehen.⁷⁷⁶ **4784**

2. Einschränkung zugunsten der Judikative

Eine Einschränkung ist allerdings für den Bereich der Rechtsprechung zu machen. Die in Art. 195 Abs. 1 und 2 EG/228 Abs. 1 und 2 AEUV ausdrücklich geregelte Bereichsausnahme ist auf das Petitionsrecht übertragbar. Denn auch für das Petitionsrecht gilt, dass es die Unabhängigkeit der Justiz, die sowohl auf Unionsebene als auch auf der Ebene der Mitgliedstaaten als rechtsstaatlicher Grundsatz anerkannt ist,⁷⁷⁷ nicht beeinträchtigen darf.⁷⁷⁸ Insoweit ist eine Petition unzulässig, mit der die Beeinflussung, Änderung oder Aufhebung der richterlichen Entscheidung eines europäischen oder eines mitgliedstaatlichen Gerichts begehrt wird.⁷⁷⁹ Ist konkret eine Beeinträchtigung der Rechtsprechungsbefugnisse nicht zu **4785**

⁷⁷³ Die dann „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ heißen soll, vgl. *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 39 f.

⁷⁷⁴ Zudem entfaltet die GeschOEP als Innenrecht des Parlaments ohnehin keine Außenwirkung, vgl. *Barth*, Bürgerbeauftragter und Petitionsrecht im Prozess der europäischen Verfassungsgebung, 2004, S. 146.

⁷⁷⁵ *Gaitanides*, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 21; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 83; *Guckelberger*, DÖV 2003, 829 (832).

⁷⁷⁶ *Magiera*, in: Meyer, Art. 44 Rn. 10; *Hamers*, Der Petitionsausschuß des Europäischen Parlaments und der Europäische Bürgerbeauftragte, 1999, S. 92.

⁷⁷⁷ Vgl. dazu im Zusammenhang mit Art. 47 Abs. 2 EGRC u. Rn. 5020 ff.

⁷⁷⁸ *Barth*, Bürgerbeauftragter und Petitionsrecht im Prozess der europäischen Verfassungsgebung, 2004, S. 147.

⁷⁷⁹ *Magiera*, in: Meyer, Art. 44 Rn. 10; *Hamers*, Der Petitionsausschuß des Europäischen Parlaments und der Europäische Bürgerbeauftragte, 1999, S. 92 f.; *Meese*, Das Petitionsrecht, 2000, S. 84 f.

befürchten, wie etwa im Bereich der Justizverwaltung, greift die Bereichsausnahme nicht.⁷⁸⁰

C. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung

4786 Das Petitionsrecht kann in unterschiedlicher Hinsicht beeinträchtigt werden: Zunächst dadurch, dass das Europäische Parlament die Petition nicht entgegennimmt, nicht inhaltlich prüft oder nicht bescheidet.⁷⁸¹ Weiterhin dadurch, dass die anderen Organe und Einrichtungen sowie die Mitgliedstaaten ihren Mitwirkungspflichten gegenüber dem Petitionsausschuss nicht nachkommen.⁷⁸² Schließlich sind auch Behinderungen oder Benachteiligungen des Petenten denkbar.⁷⁸³

4787 Einschränkungsmöglichkeiten sind weder in Art. 44 EGRC noch in Art. 194 EG/227 AEUV vorgesehen. Insoweit kommt analog zu den Grundfreiheiten eine Einschränkung durch den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund „zwingender objektiver Gründe des Allgemeinwohls“ in Betracht. Da das Petitionsrecht bereits im Art. 194 EG/227 AEUV verankert ist, greift Art. 52 Abs. 2 EG ein. Art. 52 Abs. 1 EGRC wirkt nach hier vertretener Position insoweit nicht beschränkend.⁷⁸⁴

D. Abgrenzung zur Beschwerde beim Bürgerbeauftragten

I. Kein Vorrangverhältnis

4788 Ein Vergleich zwischen den Voraussetzungen einer Petition an das Europäische Parlament und einer Beschwerde beim Bürgerbeauftragten zeigt einen wesentlichen Unterschied.⁷⁸⁵ Während Petitionen sämtliche europäischen Angelegenheiten und auch das Handeln der Mitgliedstaaten mit Unionsbezug zum Gegenstand haben können, ist der Zuständigkeitsbereich des Bürgerbeauftragten enger. Er ist darauf beschränkt, Missstände im Rahmen der Verwaltungstätigkeit der Organe und Einrichtungen der Union zu untersuchen. Es bleibt aber ein weiterer Bereich, der Gegenstand sowohl einer Petition als auch einer Beschwerde beim Bürgerbeauftragten sein kann. Da weder in der EGRC noch im EG/AEUV eine Vorschrift enthalten ist, nach der einer der beiden Möglichkeiten ein Vorrang zukommt, hat der

⁷⁸⁰ Meese, Das Petitionsrecht, 2000, S. 85; Hamers, Der Petitionsausschuß des Europäischen Parlaments und der Europäische Bürgerbeauftragte, 1999, S. 93.

⁷⁸¹ Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 39; Jarass, § 37 Rn. 34.

⁷⁸² Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 39; Jarass, § 37 Rn. 34.

⁷⁸³ Gaitanides, in: Heselhaus/Nowak, § 49 Rn. 39; Jarass, § 37 Rn. 34; s. bereits o. Rn. 4780.

⁷⁸⁴ S.o. Rn. 539, 542 ff.

⁷⁸⁵ Zu weiteren Unterschieden s. Meese, Das Petitionsrecht, 2000, S. 307 ff.; Hamers, Der Petitionsausschuß des Europäischen Parlaments und der Europäische Bürgerbeauftragte, 1999, S. 255 ff.

Einzelne die Wahl, an wen er sich wendet. Beide Rechtsschutzmöglichkeiten sind also nebeneinander anwendbar.⁷⁸⁶

II. Praktische Kooperation

In der Praxis kooperieren beide Institutionen miteinander, um sicherzustellen, dass die jeweils geeignetere Stelle sich mit der Eingabe befasst. Grundlage dafür ist eine Übereinkunft zwischen dem Petitionsausschuss und dem Bürgerbeauftragten über die gegenseitige Überweisung von Petitionen und Beschwerden.⁷⁸⁷ **4789**

E. Prüfungsschema zu Art. 44 EGRC

1. Schutzbereich

4790

- a) **Grundrechtsträger: Unionsbürger; natürliche und juristische Personen mit (Wohn-)Sitz in Mitgliedstaat**
- b) **Verpflichtete: Europäisches Parlament**
- c) **Gewährleistungsgehalt:**
 - aa) **zulässiger Petitionsgegenstand: alle Angelegenheiten im Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft/Union; ausgenommen Rechtsprechung analog Art. 195 EG/228 AEUV**
 - bb) **Recht auf Entgegennahme; inhaltliche Prüfung und Bescheidung (leistungsrechtliche Dimension)**
 - cc) **Vorbereitung und Einlegen der Petition geschützt (abwehrrechtliche Dimension)**

2. Eingriff

- a) **Nichtannahme, Nichtprüfung, Nichtbescheidung durch das Europäische Parlament**
- b) **Verletzung von Mitwirkungspflichten durch Organe/Mitgliedstaaten**
- c) **Behinderung/Benachteiligung des Petenten**

3. Rechtfertigung

- a) **keine geschriebenen Rechtfertigungsgründe**
- b) **ungeschriebener Rechtfertigungsgrund: zwingende Gründe des Allgemeinwohls**

⁷⁸⁶ Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 195 EGV Rn. 5; Gaitanides, in: Heselerhaus/Nowak, § 49 Rn. 42; wohl auch Jarass, § 37 Rn. 29; Guckelberger, DÖV 2003, 829 (837 f.); Meese, Das Petitionsrecht, 2000, S. 305; Hamers, Der Petitionsausschuss des Europäischen Parlaments und der Europäische Bürgerbeauftragte, 1999, S. 234.

⁷⁸⁷ Erstmals erwähnt im Jahresbericht des Europäischen Bürgerbeauftragten 1995, S. 28 f. (Ziff. 2.2.1.). Näher dazu Meese, Das Petitionsrecht, 2000, S. 321 f.

§ 6 Freizügigkeit und Aufenthaltsrecht

A. Rechtliche Rahmenbedingungen

I. Die Freizügigkeitsregelung nach dem Reformvertrag von Lissabon

4791 Im geplanten Art. 21 AEUV wird im Wesentlichen die Regelung des Art. 18 EG aufgenommen. Eine Abweichung ist lediglich im Rahmen des Art. 21 Abs. 3 AEUV vorgesehen. Danach hat der Rat im Zusammenhang mit der Freizügigkeit auch im Bereich der sozialen Sicherheit oder des sozialen Schutzes eine Gesetzgebungskompetenz, vorausgesetzt an anderer Stelle sind keine Befugnisse vorgesehen. Eine solche Annexkompetenz ist nach Art. 18 Abs. 3 EG ausdrücklich ausgeschlossen.

II. Die Freizügigkeit nach der EGRC und dem EG/AEUV

4792 Nach Art. 45 Abs. 1 EGRC haben alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Diese Gewährleistung findet sich wortgleich in Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV, der dieses Recht allerdings nur vorbehaltlich der im EG/AEUV und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen gewährt. Teilweise wird unter Hinweis auf diesen Vorbehalt ein subjektiv-rechtlicher Charakter des Art. 18 EG/21 AEUV abgelehnt.⁷⁸⁸ Doch zeigt sich an Art. 18 Abs. 2 EG/21 Abs. 2 AEUV, der den Erlass weiterer Vorschriften lediglich zur Erleichterung der Ausübung des Freizügigkeitsrechts zulässt, dass insoweit das Bestehen eines unmittelbar geltenden Rechts vorausgesetzt wird.⁷⁸⁹ Auch nach dem EuGH steht dieser Regelungsvorbehalt der unmittelbaren Wirkung nicht entgegen, da er der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.⁷⁹⁰

III. Kongruenzregel

4793 Während also das Recht auf Freizügigkeit und freien Aufenthalt in Art. 45 EGRC vorbehaltlos gewährleistet ist, enthält Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV einen Regelungsvorbehalt. Daraus resultiert jedoch kein unterschiedlicher Gewährleistungsumfang der beiden Freizügigkeitsregelungen. Dies ergibt sich aus der Kongruenzregel des Art. 52 Abs. 2 EGRC, nach der die Chartarechte, die parallel auch

⁷⁸⁸ *Pechstein/Bunk*, EuGRZ 1997, 547 (547); *Degen*, DÖV 1993, 749 (752).

⁷⁸⁹ *GA Cosmas*, EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6207 (6240 ff., Rn. 88 ff.) – *Wijzenbeek*; *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 18 EGV Rn. 15; *Hilf*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 18 EGV Rn. 1; *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 2964.

⁷⁹⁰ S. EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091 (7166, Rn. 84 ff.) – *Baumbast u. R.*; Rs. C-408/03, Slg. 2006, I-2647 (2678, Rn. 34) – *Kommission/Belgien*.

im EG/AEUV begründet sind, im selben Umfang gewährt werden, d.h. innerhalb der dort genannten Bedingungen und Grenzen. Insoweit ist das in Art. 45 Abs. 1 EGRC gewährleistete Recht deckungsgleich mit demjenigen, welches in Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV festgelegt ist.⁷⁹¹ Deshalb ist nachfolgend maßgeblich auf die neuere Rechtsprechung und Lit. zu Umfang und Reichweite des Art. 18 EG⁷⁹²/21 AEUV und die Ausformungen im Sekundärrecht⁷⁹³ abzustellen.

B. Schutzbereich

I. Beschränkung auf Unionsbürger

1. Natürliche Personen

Gem. Art. 45 Abs. 1 EGRC steht das Recht auf freie Bewegung und Aufenthalt allen Unionsbürgern zu. Nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EG/20 Abs. 1 S. 2 AEUV ist Unionsbürger, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt. Diese Anknüpfung an die Statusvorschrift des Art. 17 EG/20 AEUV macht deutlich, dass der persönliche Schutzbereich auf natürliche Personen beschränkt ist.⁷⁹⁴ Dass auch juristische Personen und Personengesellschaften vom Schutzbereich umfasst werden,⁷⁹⁵ ist mit dem Wortlaut des Art. 45 Abs. 1 EGRC nicht vereinbar. Darüber hinaus besteht für eine solche weite Auslegung auch kein Bedürfnis.⁷⁹⁶ Für juristische Personen und Personengesellschaften sind Freizügigkeitsrechte regelmäßig nur im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Betätigung von Interesse. Dann aber greifen die besonderen Freizügigkeitsgewährleistungen als Annex der Personenverkehrsfreiheiten der Art. 43 ff. EG/49 ff. AEUV und Art. 49 ff. EG/56 ff. AEUV ein. **4794**

Auch minderjährige Kinder können sich auf Art. 18 EG/21 AEUV berufen, selbst wenn sie noch nicht in der Lage sind, selbstständig von diesem Recht Gebrauch zu machen. Weder nach seinem Wortlaut noch aus seinen Zielen kann Art. 18 EG/21 AEUV erst ab einem bestimmten Mindestalter geltend gemacht werden.⁷⁹⁷ **4795**

⁷⁹¹ Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 1.

⁷⁹² Dazu bereits Frenz, Europarecht 1, Rn. 2954 ff. Hier erfolgt daher eine Beschränkung auf die jüngsten Rechtsprechungslinien, deren Anknüpfungspunkte allerdings ggf. erneut dargestellt werden.

⁷⁹³ Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 277 f.; Dorf, JZ 2005, 126 (128) – am Beispiel des Unionsbürgerwahlrechts; a.A. Jarass, § 38 Rn. 1 Fn. 1, der sekundärrechtliche Regelungen von der Verweisung des Art. 52 Abs. 2 EGRC ausnimmt. Zu der Ausgestaltung durch die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ausführlich u. Rn. 4822 ff.

⁷⁹⁴ Magiera, in: Meyer, Art. 45 Rn. 7; Kubicki, EuR 2006, 489 (490).

⁷⁹⁵ Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 20; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, S. 148.

⁷⁹⁶ In diese Richtung auch Hatje, in: Schwarze, Art. 18 EGV Rn. 9.

⁷⁹⁷ EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9925 (9963, Rn. 20) – Zhu u. Chen; Rs. C-76/05, EuZW 2007, 601 (606 f., Rn. 90) – Schwarz u. Gootjes-Schwarz. Diese Frage wird in

2. Drittstaatsangehörige

- 4796** Besitzt der Unionsbürger neben der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates auch die eines Drittstaats, so ist dies im Rahmen des Art. 45 Abs. 1 EGRC unschädlich. Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, kann gem. Art. 45 Abs. 2 EGRC auf der Grundlage des EG/AEUV Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit gewährt werden.
- 4797** Im Grundrechtekonvent wurde ursprünglich über eine Erstreckung der Gewährleistung auch auf Drittstaatsangehörige diskutiert, doch entschied man sich für eine parallele Ausgestaltung zu Art. 18 EG/21 AEUV. Insoweit ist Art. 45 Abs. 2 EGRC ein überflüssiger Hinweis auf die sekundärrechtlichen Regelungen im Rahmen des EG. Doch wird der Erwähnung der Drittstaatsangehörigen politische Signalwirkung beigemessen.⁷⁹⁸
- 4798** Regelungen über die Freizügigkeit und die Aufenthaltsfreiheit von Drittstaatsangehörigen sind zum einen auf der Grundlage der Art. 62 EG/77 AEUV und 63 EG/78 AEUV erlassen worden.⁷⁹⁹ Zum anderen existieren auf der Grundlage von Art. 18 EG/21 AEUV besondere Aufenthalts- und Freizügigkeitsregelungen für die Familienangehörigen von Unionsbürgern.⁸⁰⁰

II. Freie Bewegung und freier Aufenthalt

1. Einheitliches Grundrecht der Freizügigkeit

- 4799** Nach dem Wortlaut des Art. 45 Abs. 1 EGRC haben alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Der Begriff „Hoheitsgebiet“ verweist auf den Geltungsbereich des Vertrags gem. Art. 299 Abs. 1 EG⁸⁰¹/52 Abs. 1 EUV und nicht auf den völkerrechtlichen Begriff.⁸⁰² Dies ergibt sich mittelbar aus Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC, wonach die EGRC ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gilt.
- 4800** Art. 45 Abs. 2 EGRC unterscheidet, wie schon die Artikelüberschrift, zwischen Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit und verwendet den Begriff der Freizügigkeit damit enger, als dies etwa in Art. 11 GG der Fall ist.⁸⁰³ In dem deutschen Grund-

der deutschen Grundrechtsdogmatik unter dem Stichwort der „Grundrechtsmündigkeit“ diskutiert. Nach herrschender Auffassung ist nach dem Inhalt des jeweiligen Grundrechts zu differenzieren, vgl. dazu v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GGK I, Vorb. zu Art. 1-19 Rn. 11 ff.

⁷⁹⁸ Barriga, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 142.

⁷⁹⁹ Zum Grundrecht auf Asyl näher Rn. 1113 ff.

⁸⁰⁰ Vgl. etwa Art. 6 Abs. 2 RL 2004/38/EG, ABl. 2004 I 158, S. 77 (Recht auf Aufenthalt bis zu drei Monaten für Familienangehörige eines Unionsbürgers); näher dazu u. Rn. 4825 ff.

⁸⁰¹ Jarass, § 38 Rn. 7; Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 16.

⁸⁰² A.A. (für den Anwendungsbereich des Art. 18 EG) Hilf, in: Grabitz/Hilf, Art. 18 EGV Rn. 8.

⁸⁰³ S. dazu auch Scheuing, EuR 2003, 744 (745).

recht bildet die Freizügigkeit den Oberbegriff für die Teilgewährleistungen der Bewegungs- und der Aufenthaltsfreiheit.⁸⁰⁴ In Art. 45 Abs. 2 EGRC steht die Freizügigkeit dagegen nur für die Bewegungsfreiheit. Da diese aber mit dem Aufenthaltsrecht enge Berührungspunkte hat und oft beide Freiheiten ineinander übergehen, handelt es sich letztlich um ein einheitliches Grundrecht der Freizügigkeit.⁸⁰⁵

2. Geschützte Bestandteile

Geschützt sind zum einen die Einreise in einen anderen Mitgliedstaat und gleichzeitig auch die damit verbundene Ausreise aus dem Heimatstaat.⁸⁰⁶ Zum anderen sind Bewegung und Aufenthalt innerhalb des Zielstaates vom Schutzbereich erfasst.⁸⁰⁷ Dazu gehört die vorübergehende oder auch dauerhafte Verlegung des Wohnsitzes in einen anderen Mitgliedstaat ebenso wie das begrenzte Verweilen etwa für Ausbildungszwecke.⁸⁰⁸ **4801**

3. Bewegungsfreiheit

Durch die Teilgewährleistung der Bewegungsfreiheit wird nicht jeder Fortbewegungsvorgang geschützt. Vielmehr muss der Fortbewegung eine gewisse Bedeutung zukommen, sie muss etwa einen Ortswechsel beinhalten.⁸⁰⁹ Zur Geltendmachung des Aufenthaltsrechts ist nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings ein tatsächlicher Grenzübertritt nicht erforderlich. So hat der Gerichtshof den Erwerb der irischen Staatsbürgerschaft eines Kindes chinesischer Eltern in der Rechtssache *Zhu und Chen* ausreichen lassen, um für das Kind den Schutzbereich des Art. 18 EG/21 AEUV zu eröffnen. Das Geltendmachen des Rechts aus Art. 18 EG/21 AEUV setzt danach nicht voraus, dass der Unionsbürger tatsächlich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat gereist ist.⁸¹⁰ Die für die Anwendbarkeit der Personenverkehrsfreiheiten erforderliche Grenzüberschreitung hat der EuGH im Fall des Art. 18 EG/21 AEUV durch die bloße Tatsache einer mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit ersetzt.⁸¹¹ **4802**

Ähnlich hat der EuGH im Fall eines in Belgien ansässigen Ehepaares entschieden, das den Nachnamen seiner Kinder wie in Spanien, dem Herkunftsstaat der Ehefrau üblich, aus den Nachnamen beider Elternteile zusammensetzen wollte. Für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 18 EG/21 AEUV hat es der Ge- **4803**

⁸⁰⁴ Vgl. nur *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GGK I, Art. 11 Rn. 11.

⁸⁰⁵ *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 9.

⁸⁰⁶ *Jarass*, § 38 Rn. 6.

⁸⁰⁷ *Jarass*, § 38 Rn. 6.

⁸⁰⁸ *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 17; *Jarass*, § 38 Rn. 7.

⁸⁰⁹ *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 214; zur Diskussion um die Eingrenzung des Schutzbereichs des deutschen Grundrechts aus Art. 11 GG vgl. *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GGK I, Art. 11 Rn. 13.

⁸¹⁰ EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9925 (9962 f., Rn. 18 f.) – *Zhu u. Chen*.

⁸¹¹ *Kubicki*, EuR 2006, 489 (493) sieht darin ein Hervorheben der eigenständigen Bedeutung des Art. 18 EG.

richtshof ausreichen lassen, dass die Kinder die Staatsbürgerschaft eines anderen Mitgliedstaates besaßen.⁸¹²

4. Wahrnehmung in der EU

4804 Der Wortlaut des Art. 45 EGRC beschränkt die Rechte auf eine Wahrnehmung im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten. Demnach ist die Ausreise aus dem Unionsgebiet nicht geschützt.⁸¹³ Hingegen ist die Einreise aus einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat vom Schutzbereich erfasst. Denn sie ist nach einem Aufenthalt in einem Drittstaat etwa im Rahmen einer Urlaubsreise notwendige Voraussetzung für die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts innerhalb des Gebietes der EU.⁸¹⁴

III. Zusammenwirken mit Art. 12 EG/18 AEUV

1. Entwicklung der Rechtsprechung

4805 Der EuGH hat den Anwendungsbereich des Art. 18 EG/21 AEUV durch eine Verknüpfung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV ausgedehnt. Am Anfang dieser Ausweitung standen die Entscheidungen *Martínéz Sala* und *Grzelczyk*. Hierin hat der Gerichtshof Unionsbürgern ein Teilhaberecht an den Sozialleistungen anderer Mitgliedstaaten zugesprochen, allerdings nicht im Sinne eines generellen Anspruchs auf Sozialleistungen. In der Rechtssache *Martínéz Sala* hat der EuGH es als Verstoß gegen Art. 12 EG/18 AEUV gewertet, dass Ausländer für den Bezug von Leistungen nach dem BzRG andere Voraussetzungen erfüllen müssen als Inländer.⁸¹⁵ „Türöffner“ für eine Anwendung des Art. 12 EG/18 AEUV, der eine Fallkonstellation mit Bezug zum Anwendungsbereich des Vertrages voraussetzt, waren die WanderarbeitnehmerVO (EWG) Nr. 1408/71⁸¹⁶ und die Unionsbürgerschaft. Das Freizügigkeitsrecht wurde (noch) nicht herangezogen.

4806 In der Rechtssache *Grzelczyk* griff der Gerichtshof ausdrücklich auf Art. 18 EG/21 AEUV zurück, um den Anwendungsbereich des Art. 12 EG/18 AEUV zu öffnen. Er wertete jede Ausübung der Grundfreiheiten einschließlich des Rechts aus Art. 18 EG/21 AEUV als Situation, die in den sachlichen Anwendungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots fällt. Deshalb muss ein Student, der sich zum Studium in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig aufhält, dort unter denselben Bedingungen Sozialhilfe erhalten wie die Studenten des Aufnahmestaats.⁸¹⁷

⁸¹² EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 (11645, Rn. 27) – Garcia Avello.

⁸¹³ *Jarass*, § 38 Rn. 6.

⁸¹⁴ So auch *Jarass*, § 38 Rn. 6.

⁸¹⁵ EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 (2726, Rn. 63 ff.) – *Martínéz Sala*.

⁸¹⁶ Des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (WanderarbeitnehmerVO), ABl. L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 392, S. 1.

⁸¹⁷ EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 (6246, Rn. 46) – *Grzelczyk*.

Gleichzeitig ist es nach dem EuGH jedoch zulässig, wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfe den Aufenthalt des Studenten zu beenden. Dies bedarf jedoch einer Einzelfallprüfung und kann nicht automatische Folge des Sozialhilfebezugs sein.⁸¹⁸

An diese Entscheidungen knüpft der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung an. So hat er in der Rechtssache *Trojani* entschieden, dass einem Unionsbürger, der sich aufgrund einer Aufenthaltserlaubnis rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhält, wegen Art. 12 EG/18 AEUV ein Anspruch auf Sozialhilfe unter denselben Bedingungen zustehen muss wie den Angehörigen des Aufnahmestaats. Aufgrund der vorliegenden Aufenthaltserlaubnis hat der Gerichtshof zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 12 EG/18 AEUV nicht auf das Recht aus Art. 18 EG/21 AEUV zurückgegriffen. Vielmehr hat er ein Aufenthaltsrecht aus Art. 18 EG/21 AEUV sogar ausgeschlossen, da der Kläger des Ausgangsverfahrens nicht über ausreichende Existenzmittel verfügte. Damit erhebt der EuGH die sekundärrechtlich verankerte Voraussetzung ausreichender Existenzmittel zur Voraussetzung für das Bestehen des Rechts aus Art. 18 EG/21 AEUV. Doch stellen ausreichende finanzielle Mittel keine Tatbestandsvoraussetzung dar, sondern bilden vielmehr einen Anknüpfungspunkt für die Beendigung des allein an die Unionsbürgerschaft anknüpfenden Rechts aus Art. 18 EG/21 AEUV.⁸¹⁹

Die Rechtssache *Bidar* betraf wieder den Anspruch eines Studenten auf Unterhaltsleistungen im Aufnahmestaat.⁸²⁰ Hier hat der EuGH zwar zunächst festgestellt, dass die Ausübung des Freizügigkeitsrechts aus Art. 18 EG/21 AEUV den Anwendungsbereich des Art. 12 EG/18 AEUV eröffnet.⁸²¹ In der späteren Argumentation hat er das Freizügigkeitsrecht jedoch nicht mehr herangezogen. Vielmehr hat er aus der Regelung des Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁸²² hergeleitet, dass Studienbeihilfen im Anwendungsbereich des Vertrages i.S.v. Art. 12 EG/18 AEUV liegen.⁸²³

Aus diesen Entscheidungen ist teilweise ein Recht der Unionsbürger auf vollständige Gleichstellung mit den Staatsangehörigen des jeweiligen Aufnahmestaats abgeleitet worden.⁸²⁴ Andere haben die Rechtsprechung des EuGH kritisiert. Im Blickfeld stand hier vor allem die Begründung für die Anwendung des Art. 12

⁸¹⁸ EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 (6245, Rn. 42 f.) – Grzelczyk.

⁸¹⁹ Krit. insoweit auch *Wollenschläger*, EuZW 2005, 309 (311). Zu der sekundärrechtlichen Ausgestaltung ausführlich Rn. 4822 ff.

⁸²⁰ EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 (2160 ff., Rn. 20 ff.) – *Bidar*.

⁸²¹ EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 (2164, Rn. 32 f.) – *Bidar*.

⁸²² Danach besteht aber gerade keine Pflicht der Mitgliedstaaten, unionsangehörigen Studenten vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen zu gewähren. Insoweit stellt der EuGH die Intention des Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG auf den Kopf, vgl. die Kritik dazu bei *Bode*, EuZW 2005, 279 (280). Ausführlich zur FreizügigkeitsRL 2004/38/EG s.u. Rn. 4822 ff.

⁸²³ EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 (2167, Rn. 43) – *Bidar*.

⁸²⁴ *Hilf*, in: Grabitz/Hilf, Art. 18 EGV Rn. 7; *Pechstein/Bunk*, EuGRZ 1997, 547 (553); *Borchardt*, NJW 2000, 2057 (2060); *Scheuing*, EuR 2003, 744 (785 f.); *Staeglich*, ZEuS 2003, 485 (515 f.).

EG⁸²⁵/18 AEUV sowie das Außerachtlassen sekundärrechtlicher Regelungen.⁸²⁶ Umgekehrt wird die weite Anwendung des Art. 12 EG/18 AEUV als notwendige Folge der fehlenden Zweckgebundenheit des Freizügigkeitsrechts betrachtet.⁸²⁷ Ein vermittelnder Ansatz geht dahin, den Anwendungsbereich des Art. 12 EG/18 AEUV i.V.m. Art. 18 EG/21 AEUV durch das Erfordernis einer spezifischen Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts zu beschränken. So soll der Anwendungsbereich des Art. 12 EG/18 AEUV nur eröffnet sein, wenn die Beeinträchtigung eines grundrechtlich geschützten Interesses im Aufnahmestaat vorliegt, die geeignet ist, den Unionsbürger von der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts abzuhalten.⁸²⁸

2. Spezifischer Gewährleistungsgehalt und Vorrang des Art. 18 EG/21 AEUV

- 4810** Der Schutzbereich des Art. 18 EG/21 AEUV ist im Vergleich zu den Personenverkehrsfreiheiten offen und von wirtschaftlicher Betätigung losgelöst. Diese Offenheit bedeutet aber nicht, dass sämtliche Vorgänge, die in irgendeinem Zusammenhang mit der Ausübung des Freizügigkeitsrechts stehen, von Art. 18 EG/21 AEUV umfasst werden. Auch eine Verknüpfung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EG/18 AEUV kann diese thematische Begrenzung sowie den Unterschied zu den wirtschaftsbezogenen Grundfreiheiten nicht überspielen. Ein genereller Anspruch auf vollständige Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates kann deshalb aus Art. 18 EG/21 AEUV nicht abgeleitet werden.⁸²⁹
- 4811** Vielmehr ist zu differenzieren. Der Herkunftsstaat darf an die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts keine negativen Folgen knüpfen. Im Verhältnis zum Aufnahmestaat verbietet das Art. 18 EG/21 AEUV innewohnende spezielle Diskriminierungsverbot eine Schlechterstellung gegenüber den eigenen Staatsangehörigen, soweit der spezifische Gewährleistungsgehalt des Freizügigkeitsrechts betroffen ist. Die Gewährung von Sozialleistungen ist davon nicht erfasst. Für die wirtschaftlichen Grundlagen der Ausübung des Freizügigkeitsrechts muss der jeweilige Unionsbürger grundsätzlich selbst sorgen.⁸³⁰
- 4812** Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV ist gegenüber speziellen Diskriminierungsverboten, wie sie etwa in den Grundfreiheiten ent-

⁸²⁵ Bode, EuZW 2003, 552 (556 f.); dies., EuZW 2005, 279 (280); Sander, DVBl. 2005, 1014 (1018).

⁸²⁶ Bode, EuZW 2005, 279 (281); Hailbronner, NJW 2004, 2185 (2186 f.).

⁸²⁷ So Kubicki, EuR 2006, 489 (501 f.).

⁸²⁸ Vgl. v. Papp, Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 160 ff., 192 ff.

⁸²⁹ So schon Frenz, Europarecht 1, Rn. 2991; Bode, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 255 f.

⁸³⁰ Dies schließt eine darüber hinausgehende Regelung im Sekundärrecht allerdings nicht aus. So gewährt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG in Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 einen Anspruch auf Sozialleistungen für die Unionsbürger mit Daueraufenthaltsrecht, näher dazu u. Rn. 4886 ff.

halten sind, subsidiär.⁸³¹ Dies gilt auch im Hinblick auf das Freizügigkeitsrecht aus Art. 18 EG/21 AEUV. Da dieses Recht selbst und unmittelbar gegen Diskriminierungen bei Ausübung der Freizügigkeit schützt,⁸³² ist es gegenüber dem allgemeinen Diskriminierungsverbot *lex specialis*.⁸³³ Deshalb ist ein Rückgriff auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV schon aus Subsidiaritätsgründen gesperrt.⁸³⁴

IV. Anwendung auch auf Inlandssachverhalte

1. Kongruenz mit den Grundfreiheiten?

Ob die Gewährleistung des Art. 45 EGRC auch bei Maßnahmen eines Mitgliedstaates gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen eingreift, ist umstritten. Art. 45 EGRC solle kein von den mitgliedstaatlichen Bürgerrechten unabhängiges Recht auf Bewegung und Aufenthalt begründen.⁸³⁵ Weiterhin wird eine Parallele zu den Grundfreiheiten gezogen, die einen grenzüberschreitenden Bezug erforderten, welcher in den Inlandsfällen fehle.⁸³⁶ Diese Argumentation setzt eine Kongruenz von Art. 45 EGRC und den Grundfreiheiten voraus, ohne geklärt zu haben, inwieweit diese überhaupt gegeben ist. Aus Art. 52 Abs. 2 EGRC folgt nur, dass der Inhalt des Rechts aus Art. 45 EGRC sich am Gehalt des Bürgerrechts aus Art. 18 EG/21 AEUV orientiert. **4813**

Anders als bei den Personenverkehrsfreiheiten ist dem Wortlaut von Art. 45 EGRC das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs nicht zu entnehmen.⁸³⁷ Vielmehr sind die Unionsbürger ohne weitere Einschränkung als Berechtigte genannt, deren freie Bewegung und freier Aufenthalt im Hoheitsgebiet aller Mitgliedsstaaten und nicht nur im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates geschützt ist. Dass das allgemeine Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EG/21 AEUV im Verhältnis zu den speziellen Personenverkehrsfreiheiten subsidiär ist und nur dann **4814**

⁸³¹ Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 2909.

⁸³² Vgl. EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 (6223, Rn. 30) – D’Hoop; Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 2978. Gegen den Rückgriff auf die grundfreiheitlichen Kategorien des Diskriminierungs- und des Beschränkungsverbots *Kubicki*, EuR 2006, 489 (494 f.).

⁸³³ A.A. Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 EGV Rn. 6, der das allgemeine Diskriminierungsverbot für anwendbar hält, weil Art. 18 EG/21 AEUV selbst die Inländergleichbehandlung nicht ausdrücklich anordnet.

⁸³⁴ A.A. Wollenschläger, *Grundfreiheit ohne Markt*, 2007, S. 231 ff.; Kokott, in: FS für Tomuschat, 2006, S. 207 (217 ff.).

⁸³⁵ Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 15.

⁸³⁶ Kadelbach, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 20 Rn. 40.

⁸³⁷ Vgl. Art. 43 Abs. 1 EG/49 Abs. 1 AEUV: „Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten“; Art. 49 Abs. 1 EG/56 Abs. 1 AEUV: „Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat als dem des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.“

eingreift, wenn eine spezielle wirtschaftliche Zwecksetzung fehlt, spricht nicht notwendig gegen eine Anwendung des Art. 45 EGRC auch auf Inlandssachverhalte. Ein Wertungswiderspruch liegt hierin nicht.⁸³⁸ Subsidiäre Gewährleistungen sind typischerweise weitergehend als die speziellen Ausformungen; das bedingt ihr Auffangcharakter.⁸³⁹

2. Beschränkung von Art. 18 EG/21 AEUV auf grenzüberschreitende Sachverhalte nach dem EuGH

4815 Der EuGH beschränkt den Schutzbereich des Freizügigkeitsrechts aus Art. 18 EG/21 AEUV allerdings auf grenzüberschreitende Sachverhalte, d.h. auf Bewegung und Aufenthalt in einem anderen als dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit der jeweilige Unionsbürger besitzt. Im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft hat der Gerichtshof festgestellt, dass diese nicht bezweckt, den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auf interne Sachverhalte auszudehnen, die keinerlei Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen.⁸⁴⁰ Bei der Bejahung dieses Gemeinschaftsrechtsbezuges verfährt der EuGH allerdings eher großzügig. So hat er einen solchen allein aufgrund eines Wohnsitzes in einem anderen Mitgliedstaat angenommen, obwohl die Gemeinschaft für das einschlägige Rechtsgebiet keine Zuständigkeit besaß.⁸⁴¹

4816 Die Einschränkung auf grenzüberschreitende Sachverhalte hat der EuGH mithin von den Grundfreiheiten auf die Unionsbürgerrechte übertragen. In der Konsequenz hat er Bewegung und Aufenthalt in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der jeweilige Unionsbürger besitzt, ausdrücklich aus dem Schutzbereich des Art. 18 EG/21 AEUV ausgenommen. Hintergrund war die Klage eines deutschen Staatsangehörigen gegen die steuerliche Nichtberücksichtigung von Unterhaltsleistungen, die er an seine in Österreich lebende geschiedene Ehefrau zahlte.⁸⁴² Der Kläger wollte diese als Sonderausgaben von seinem steuerpflichtigen Einkommen absetzen. Nach deutschem Steuerrecht war die Geltendmachung dieser Zahlungen als Sonderausgaben an eine Bescheinigung der Steuerbehörden des Wohnsitzstaates des Unterhaltsempfängers geknüpft. Nach österreichischem Recht waren Unterhaltsleistungen jedoch nicht steuerpflichtig und auch nicht abzugsfähig, so dass der Kläger die erforderliche Bescheinigung nicht vorlegen konnte. Zwar hat der EuGH den Umzug der geschiedenen Ehefrau nach Österreich im Rahmen der Prüfung des Art. 12 EG/18 AEUV als ausreichenden Gemeinschaftsrechtsbezug gewertet und insoweit das Vorliegen eines rein internen Sachverhalts

⁸³⁸ So aber *Kadelbach*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 20 Rn. 40.

⁸³⁹ Vgl. dazu das Konkurrenzverhältnis der deutschen Grundrechte aus Art. 12 GG und Art. 11 GG. So werden beruflich bedingte Residenzpflichten dem Art. 12 als Spezialregelung zugeordnet, *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 12 Rn. 9; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 200.

⁸⁴⁰ EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 (11645, Rn. 26) – Garcia Avello; Rs. C-64 u. 65/96, Slg. 1997, I-3171 (3190, Rn. 23) – Uecker u. Jacquet.

⁸⁴¹ EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 (11645, Rn. 25, 27) – Garcia Avello.

⁸⁴² EuGH, Rs. C-403/03, Slg. 2005, I-6421 – Schempp.

verneint.⁸⁴³ Jedoch hat der Gerichtshof klargestellt, dass der Kläger sich auf Art. 18 EG/21 AEUV nicht berufen könne, da sein Recht, sich in anderen Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, durch die einschlägige steuerliche Regelung nicht beeinträchtigt werde.⁸⁴⁴

Allerdings hat der EuGH diese Einschränkung des Schutzbereichs des Art. 18 EG/21 AEUV bislang nicht näher begründet. Doch sprechen sowohl der Wortlaut des Art. 18 EG/21 AEUV als auch die Anknüpfung des Freizügigkeitsrechts an die Unionsbürgerschaft gegen eine Beschränkung des Schutzbereichs auf grenzüberschreitende Sachverhalte.⁸⁴⁵ Aus diesen Gründen ist gegen den EuGH davon auszugehen, dass Art. 45 EGRC auch bei Inlandssachverhalten eingreift, d.h. im Verhältnis eines Mitgliedstaates zu seinen eigenen Staatsangehörigen.⁸⁴⁶ **4817**

V. Einbeziehung sekundärrechtlicher Ausgestaltungen

Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV gewährt das Recht auf freie Bewegung und Aufenthalt vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Damit sind die Vorschriften des Sekundärrechts angesprochen. Soweit hierin Bedingungen für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts festgelegt sind, wie etwa das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutzes,⁸⁴⁷ stellt sich die Frage, inwieweit diese Bedingungen auch im Rahmen des Art. 45 Abs. 1 EGRC relevant sind. **4818**

Nach der Kongruenzregel des Art. 52 Abs. 2 EGRC erfolgt die Ausübung der durch die Charta anerkannten Rechte, die im EG/AEUV begründet sind, im Rahmen der darin, also in der jeweiligen Entsprechungsnorm des EG/AEUV, festgelegten Bedingungen und Grenzen. Nicht eindeutig ist, wie dieser Verweis im Hinblick auf Ausgestaltungsvorschriften des Sekundärrechts auszulegen ist. Geht man von einer engen Auslegung aus, verweist der Wortlaut nur auf die im Vertrag selbst, also primärrechtlich, begründeten Regelungen. Ausgestaltungen durch Richtlinien oder Verordnungen würden durch diesen Verweis nicht miterfasst und wären für die Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 45 Abs. 1 EGRC nicht von Bedeutung.⁸⁴⁸ **4819**

⁸⁴³ EuGH, Rs. C-403/03, Slg. 2005, I-6421 (6442 f., Rn. 22 ff.) – Schempp.

⁸⁴⁴ EuGH, Rs. C-403/03, Slg. 2005, I-6421 (6448, Rn. 43) – Schempp.

⁸⁴⁵ Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 2969.

⁸⁴⁶ So auch Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 EGV Rn. 14; Hatje, in: Schwarze, Art. 18 EGV Rn. 6; wohl auch Hilf, in: Grabitz/Hilf, Art. 17 EGV Rn. 50; Schulz, *Freizügigkeit für Unionsbürger*, 1997, S. 82 ff.; Borchardt, NJW 2000, 2057 (2059); Scheuing, EuR 2003, 744 (768); Ziekow, in: Dörr (Hrsg.), *Ein Rechtslehrer in Berlin*, 2004, S. 101 (112).

⁸⁴⁷ Art. 7 Abs. 1 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

⁸⁴⁸ Blanke, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 52; Jarass, § 38 Rn. 1 Fn. 1 (im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen sollen Richtlinien jedoch herangezogen werden können, a.a.O. Rn. 15).

- 4820** Versteht man den Verweis in einem umfassenden Sinne, dann ist er nicht auf die primärrechtlichen Regelungen beschränkt, sondern erfasst die Verweisungsnorm als Ganzes. Dann sind aber die Ausgestaltungen durch das Sekundärrecht mit einzubeziehen.⁸⁴⁹
- 4821** Das Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EG/21 AEUV wird maßgeblich durch Sekundärrecht ausgestaltet. D.h. inwieweit Unionsbürger und ihre Familienangehörigen zu Einreise und Aufenthalt in anderen Mitgliedstaaten berechtigt sind, ergibt sich nicht bereits aus dem Primärrecht, sondern aus sekundärrechtlichen Vorschriften wie der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.⁸⁵⁰ Bestimmt sich der Gehalt eines Rechts aber erst aus der Zusammenschau seiner rechtlichen Ausgestaltung,⁸⁵¹ so muss eine Kongruenzregelung wie die des Art. 52 Abs. 2 EGRC diese Ausgestaltung mit einbeziehen.⁸⁵² Demnach ist bei der Bestimmung der Reichweite des Art. 45 EGRC auch das auf der Grundlage des Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV erlassene Sekundärrecht zu berücksichtigen.

C. Sekundärrechtliche Konkretisierung durch die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG

I. Systematik

- 4822** Die RL 2004/38/EG⁸⁵³ über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, hat das zuvor bestehende bereichsspezifische Sekundärrecht⁸⁵⁴ abgelöst und regelt die Freizügigkeit der Unionsbürger in einem einheitlichen Rechtsakt.⁸⁵⁵

⁸⁴⁹ Rengeling/Szczekalla, Rn. 1136; Streinz, in: ders., Art. 45 GR-Charta Rn. 1; Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 EGV Rn. 3; Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 37 ff.

⁸⁵⁰ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35. Ausführlich hierzu sogleich Rn. 4822 ff.

⁸⁵¹ Hier lässt sich eine Parallele zu Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ziehen, der ebenfalls einen Ausgestaltungsvorbehalt durch rangniedrigeres einfaches Gesetzesrecht enthält, vgl. dazu Bryde, in: v. Münch/Kunig, GGK I, Art. 14 Rn. 50 ff. Im Unterschied zur Gewährleistung des Art. 18 EG/21 AEUV ist Art. 14 GG allerdings auf eine Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber angewiesen.

⁸⁵² V. Danwitz, in: Tettinger/Stern, Art. 52 Rn. 50.

⁸⁵³ Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO Nr. 1612/68 (EWG) und zur Aufhebung der RL 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (FreizügigkeitsRL), ABl. L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁸⁵⁴ Näher Frenz, Europarecht 1, Rn. 1480 ff., 2223 ff., 2566 ff.

⁸⁵⁵ Vgl. 4. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. Die FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68, ABl. L 257, S. 2, zuletzt geändert durch VO (EWG) Nr. 2434/92, ABl. 1992 L 245, S. 1 gilt weiter. Sie wurde durch die FreizügigkeitsRL lediglich in Teilen geändert.

Damit sorgt sie für Transparenz innerhalb des Sekundärrechts,⁸⁵⁶ das zuvor von Unübersichtlichkeit geprägt war. Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG unterscheidet jedoch weiterhin zwischen erwerbstätigen und nichterwerbstätigen Unionsbürgern. Ein einheitlicher Unionsbürgerstatus besteht somit auch auf der Grundlage der Neuregelung nicht.⁸⁵⁷

Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG teilt den aufenthaltsrechtlichen Status in drei Stufen ein. Jeder Unionsbürger im Besitz eines Personalausweises oder Reisepasses darf sich in jedem Mitgliedstaat drei Monate lang aufhalten, ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen. Ein Aufenthalt über diese drei Monate hinaus setzt das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel und einer umfassenden Krankenversicherung voraus. **4823**

Auf der dritten Stufe führt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ein bislang nicht bestehendes Daueraufenthaltsrecht ein, das jedem Unionsbürger nach fünf Jahren ununterbrochenem rechtmäßigem Aufenthalt im Aufnahmestaat zusteht. Mit diesem abgesicherten Aufenthaltsstatus will die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG die Integration der Unionsbürger stärken, die sich entschlossen haben, dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat zu leben.⁸⁵⁸ Dies wird zusätzlich unterstützt durch ein Gleichbehandlungsrecht, das die daueraufenthaltsberechtigten Unionsbürger mit den Angehörigen des Aufnahmestaates weitgehend gleichstellt. **4824**

II. Berechtigte

Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁸⁵⁹ richtet sich an Unionsbürger und deren Familienangehörige. Unionsbürger ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG jede Person mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates. **4825**

1. Erweiterung auf Lebenspartner

a) Grundsätzliche Erstreckung

Zu den Familienangehörigen zählen neben den Ehegatten eines Unionsbürgers (Art. 2 Nr. 2 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG) auch der Lebenspartner (Art. 2 Nr. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Dies gilt aber nur unter der einschränkenden Voraussetzung, dass nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates eine eingetragene Partnerschaft besteht, die rechtlich der Ehe gleichgestellt ist, und etwaige rechtliche Bedingungen des Aufnahmemitgliedstaates erfüllt sind (Art. 2 Nr. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Diese Erweiterung des Kreises der **4826**

⁸⁵⁶ Groß, ZAR 2006, 61 ff.

⁸⁵⁷ Groß, ZAR 2006, 61 ff.; Hailbronner, ZAR 2004, 259 ff.

⁸⁵⁸ 17. und 18. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁸⁵⁹ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

Familienangehörigen auch auf nichteheliche Lebenspartner entspricht einer Forderung der Kommission.⁸⁶⁰

b) Nichteeliche Lebensgemeinschaften

4827 Nach deutschem Recht besteht keine Möglichkeit, eine nichteheliche Lebensgemeinschaft von Mann und Frau einzutragen, auch ist sie einer Ehe rechtlich nicht gleichgestellt.⁸⁶¹ Bei der Umsetzung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG in deutsches Recht mussten nichteheliche Lebenspartner deshalb nicht in den Kreis der Familienangehörigen einbezogen werden.⁸⁶²

c) Gleichgeschlechtliche Lebenspartner

4828 Fraglich ist, ob gleichgeschlechtliche Lebenspartner gem. Art. 2 Nr. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG als Familienangehörige eingestuft werden müssen. Dem Wortlaut der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ist nicht zu entnehmen, ob diese Vorschrift sich nur auf nichteheliche Lebensgemeinschaften von Partnern verschiedenen Geschlechts oder auch auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften bezieht. Der Kommissionsvorschlag, der Grundlage für die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG war, hatte schon nach seinem Wortlaut nur Lebenspartnerschaften von Männern und Frauen im Blick.⁸⁶³ Dies wird bestätigt durch die Erläuterungen des Richtlinien-vorschlags, in denen die Kommission auf den gesellschaftlichen Wandel und die steigende Anzahl nicht verheirateter Paare („de-facto-Paare“) hinweist.⁸⁶⁴ Dieses Verständnis ist auch der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG zugrunde zu legen.

4829 Unabhängig davon besteht nach dem deutschen LPartG zwar die Möglichkeit der Eintragung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften, doch sind diese nicht umfassend der Ehe gleichgestellt.⁸⁶⁵ Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat deshalb zulässigerweise eingetragene gleichgeschlechtliche Lebenspartner in

⁸⁶⁰ Vgl. Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, KOM (2001) 257 endg., Erläuterung Ziff. 2 zu Art. 2.

⁸⁶¹ Sie wird lediglich in einzelnen gesetzlichen Regelungen der Ehe gleichgestellt, vgl. etwa § 563 Abs. 1 S. 2 BGB – Gesetzliches Eintrittsrecht des Lebenspartners in Mietverhältnis. Zu der zivilrechtlichen Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft näher *Brudermüller*, in: Palandt, BGB, Einl. vor § 1297 BGB Rn. 10 ff.

⁸⁶² *Hailbronner*, ZAR 2004, 259 (264).

⁸⁶³ Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. b) Vorschlag zu einer FreizügigkeitsRL, KOM (2001) 257 endg., wonach zu den „Familienangehörigen“ auch die ledigen Lebenspartner gehören, sofern die Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates die Gleichstellung unverheirateter und verheirateter Paare vorsehen und die darin vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind.

⁸⁶⁴ Ziff. 2 der Erläuterungen zu Art. 2 des RL-Vorschlags, KOM (2001) 257 endg.

⁸⁶⁵ Vgl. etwa §§ 2, 5, 6, 10 LPartG sowie BVerfGE 105, 313 – Lebenspartnerschaftsgesetz. Die Frage einer zu weitgehenden Gleichstellung ergab sich im Hinblick auf die Wahrung eines aus Art. 6 Abs. 1 GG abgeleiteten, vom BVerfG freilich so nicht anerkannten Abstandsgebotes, s. Sondervoten *Papier* und *Haas*, BVerfGE 105, 313 (357 ff. bzw. 361); *Frenz*, Öffentliches Recht, Rn. 200.

Art. 3 Abs. 2 FreizügG/EU⁸⁶⁶ nicht in den Kreis der Familienangehörigen mit aufgenommen.

d) Lebenspartner außerhalb der Ehe gleichgestellter Gemeinschaften

Für die (verschiedengeschlechtlichen) Lebenspartnerschaften, die die strengen Voraussetzungen des Art. 2 Nr. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nicht erfüllen, statuiert Art. 3 Abs. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ein Erleichterungsgebot. Danach sollen die Aufnahmemitgliedstaaten nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften Einreise und Aufenthalt von Lebenspartnern erleichtern. **4830**

Allerdings beschränkt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG dieses Gebot auf die Lebenspartner, „mit denen der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist“. Dies setzt voraus, dass in dem jeweiligen Mitgliedstaat ein entsprechendes Verfahren geschaffen wurde. Soweit die Rechtsfigur einer eingetragenen nichtehelichen Lebenspartnerschaft existiert, umfasst diese auch die Lebenspartnerschaft i.S.d. Art. 3 Abs. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. **4831**

e) Gesetzgebungsauftrag?

Fraglich ist, ob für Mitgliedstaaten, die außer der Ehe keine andere staatlich anerkannte Partnerschaft zwischen Männern und Frauen kennen, wie etwa Deutschland, aus Art. 3 Abs. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ein Gesetzgebungsauftrag zur Einführung einer staatlichen Anerkennung nichtehelicher Partnerschaften abzuleiten ist.⁸⁶⁷ Zwar hat die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG es sich zum Ziel gesetzt, die Einheit der Familie im weiteren Sinne zu schützen und deshalb auch für Personen, die zwar keine Familienangehörigen des Unionsbürgers sind, aber dennoch in einer Nähebeziehung zu ihm stehen, die Einreise in andere Mitgliedstaaten und den Aufenthalt dort zu erleichtern.⁸⁶⁸ Doch geht es zu weit, daraus einen Gesetzgebungsauftrag abzuleiten. Wäre eine entsprechende Rechtsänderung in den Mitgliedstaaten gewollt, hätte die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG dies ausdrücklich formulieren können. **4832**

2. Weitere Familienangehörige

Weiterhin gehören zu den Familienangehörigen Kinder des Unionsbürgers und seines Ehegatten bzw. seines Lebenspartners, wenn sie unter 21 Jahre alt sind. Jenseits dieser Altersgrenze zählen Kinder zu den Familienangehörigen, wenn ihnen von dem Unionsbürger oder dessen Lebenspartner Unterhalt gewährt wird (Art. 2 Nr. 2 lit. c) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). **4833**

⁸⁶⁶ Näher dazu u. Rn. 4898 ff.

⁸⁶⁷ So *Hailbronner*, ZAR 2004, 259 (263).

⁸⁶⁸ 6. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

- 4834** Schließlich sind auch die Eltern des Unionsbürgers bzw. seines Ehegatten oder Lebenspartners „Familienangehörige“ i.S.d. FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, wenn ihnen Unterhalt gewährt wird (Art. 2 Nr. 2 lit. d)).
- 4835** Einreise und Aufenthalt anderer Familienangehöriger müssen durch die Mitgliedstaaten lediglich erleichtert werden. Und dies nur dann, wenn der Unionsbürger diesen im Herkunftsland Unterhalt gewährt hat oder mit ihnen in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. Dies gilt auch Familienangehörigen gegenüber, die aus schwerwiegenden gesundheitlichen Gründen die Pflege des Unionsbürgers zwingend brauchen (Art. 3 Abs. 2 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

3. Folgen von Tod oder Wegzug des Unionsbürgers

- 4836** Bei Tod oder Wegzug des Unionsbürgers differenziert die Richtlinie zwischen solchen Familienangehörigen, die selbst Unionsbürger sind, und solchen, die die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzen. Für das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates sind Tod oder Wegzug des Unionsbürgers aufenthaltsrechtlich ohne Bedeutung, da sie ein selbstständiges Aufenthaltsrecht besitzen, das nicht an den Status des Unionsbürgers anknüpft (Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).
- 4837** Für Familienangehörige mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats führt der Tod des Unionsbürgers dann nicht zum Verlust des abgeleiteten Aufenthaltsrechts, wenn sie sich vor dem Tod mindestens ein Jahr lang im Aufnahmemitgliedstaat als Familienangehörige aufgehalten haben (Art. 12 Abs. 2 UAbs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Daraus resultiert jedoch kein Recht auf Daueraufenthalt; dieser ist vielmehr an eigenständige Voraussetzungen gebunden.⁸⁶⁹
- 4838** Eine Ausnahme macht die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG in Art. 12 Abs. 3 im Hinblick auf die Kinder eines verstorbenen oder weggezogenen Unionsbürgers und dem zurückgebliebenen, das elterliche Sorgerecht wahrnehmenden Elternteil. Unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit dürfen die Kinder und der verbliebene Elternteil im Aufnahmemitgliedstaat bleiben, wenn die Kinder sich dort aufhalten und in einer Bildungseinrichtung zu Ausbildungszwecken eingeschrieben sind. Dieses Aufenthaltsrecht ist nicht konkret zeitlich begrenzt, gilt aber nur bis zum Abschluss der Ausbildung.

4. Scheidung/Aufhebung der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft

- 4839** Parallel zur Regelung bei Tod oder Wegzug des Unionsbürgers wirkt sich auch die Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder die Beendigung der eingetragenen Partnerschaft mit einem Unionsbürger auf das Aufenthaltsrecht seiner Familienangehörigen nicht aus, wenn diese selbst auch Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind.
- 4840** Sind die Familienangehörigen Angehörige eines Drittstaats, so führt die Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder die Beendigung der eingetragenen Partner-

⁸⁶⁹ S. näher dazu u. Rn. 4858 ff.

schaft nur unter bestimmten Voraussetzungen nicht zum Verlust des Aufenthaltsrechts. Dabei ist es ausreichend, wenn eine der vier Alternativen vorliegt, die in der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG genannt sind. Gem. Art. 13 Abs. 2 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ist insoweit erforderlich, dass die Ehe oder eingetragene Partnerschaft bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens oder bis zur Beendigung der eingetragenen Partnerschaft mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Aufenthaltsstaat. Durch diese Vorschrift zur Mindestdauer der Ehe oder Partnerschaft soll der Anreiz, aus aufenthaltsrechtlichen Gründen eine Scheinehe einzugehen, gesenkt werden.⁸⁷⁰

Nach der weiteren Alternative des Art. 13 Abs. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG wird das Aufenthaltsrecht auch nicht beendet, wenn dem Ehegatten oder Lebenspartner mit Drittstaatsangehörigkeit aufgrund einer Vereinbarung der Ehegatten oder Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Sorgerecht für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wird. In einer weiteren Untergruppe sind die Fälle erfasst, in denen die Fortdauer des Aufenthalts aufgrund besonderer Umstände erforderlich ist. In Art. 13 Abs. 2 lit. c) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG werden als Anwendungsbeispiel die Opfer häuslicher Gewalt während der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft genannt.

Schließlich darf auch dann die Beendigung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft nicht zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen, wenn dem Ehegatten oder Lebenspartner mit Drittstaatsangehörigkeit aufgrund der Vereinbarung der Ehegatten oder Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind zugesprochen wird, sofern das Gericht zu der Auffassung gelangt ist, dass der Umgang – solange er für nötig erachtet wird – ausschließlich im Aufnahmemitgliedstaat erfolgen darf (Art. 13 Abs. 2 lit. d) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

Durch diese Regelungen, die dem Familienangehörigen ein von dem Unionsbürger unabhängiges Aufenthaltsrecht vermitteln, soll der Schutz des Familienlebens sichergestellt werden und auch der Familienangehörige selbst einen gewissen rechtlich geschützten Status erhalten, wenn er sich schon im Aufnahmestaat aufhält.⁸⁷¹ Wäre der Aufenthaltsstatus allein an das Verbleiben des Unionsbürgers im Aufnahmestaat geknüpft, würde dies eine enorme Unsicherheit für die Familienangehörigen bedeuten mit entsprechenden Rückwirkungen auf das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger und den Anreiz, davon Gebrauch zu machen.

III. Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten Dauer

Gem. Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁸⁷² müssen alle Mitgliedstaaten den Unionsbürgern, die einen gültigen Personalausweis oder Reisepass mit sich führen, und deren Familienangehörigen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen und einen gültigen Reisepass mit sich füh-

⁸⁷⁰ Vgl. 28. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁸⁷¹ Vgl. 15. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁸⁷² ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

ren, die Einreise gestatten. Es darf weder ein Visum noch eine gleichartige Formalität verlangt werden (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

- 4845** Nach der Einreise hat jeder Unionsbürger in jedem anderen Mitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten Dauer. Dazu muss er keine weiteren Bedingungen oder Formalitäten erfüllen, außer dem Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses (Art. 6 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Dieses Aufenthaltsrecht gilt auch für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen, und den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen. Sie müssen lediglich im Besitz eines gültigen Reisepasses sein (Art. 6 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Im Hinblick auf dieses zeitlich begrenzte Aufenthaltsrecht haben die Familienangehörigen eine von dem Unionsbürger abgeleitete Rechtsposition, die von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig ist, und inhaltlich dem Recht des Unionsbürgers voll entspricht.

IV. Aufenthaltsrecht von über drei Monaten Dauer

- 4846** Nach Art. 7 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁸⁷³ besteht für Unionsbürger unter bestimmten Voraussetzungen auch ein Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate. Der längere Zeitraum wird nicht weiter zeitlich begrenzt, stellt aber noch kein Recht auf Daueraufenthalt dar. Dieses ist vielmehr in Art. 16 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG im Rahmen eines eigenen Kapitels geregelt. Hinsichtlich der Voraussetzungen differenziert Art. 7 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG zwischen vier Alternativen. Diese Regelungen sollen sicherstellen, dass der Unionsbürger sich selbst und seine Familienangehörigen versorgen kann und nicht auf die Sozialsysteme des Aufnahmestaats zurückgreifen muss.⁸⁷⁴
- 4847** Das Aufenthaltsrecht von über drei Monaten steht einem Unionsbürger zu, wenn er Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist (Art. 7 Abs. 1 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).⁸⁷⁵ Weiterhin besteht es unabhängig von einer Erwerbstätigkeit dann, wenn er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen. Darüber hinaus muss er für sich und seine Familie über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz im aufnehmenden Mitgliedstaat verfügen (Art. 7 Abs. 1 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).
- 4848** Auch wenn ein Unionsbürger sich zu Ausbildungszwecken⁸⁷⁶ im Aufnahmemitgliedstaat aufhält, steht ihm ein solches Aufenthaltsrecht zu, wenn er über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt und

⁸⁷³ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁸⁷⁴ Vgl. 10. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁸⁷⁵ Die Erwerbstätigeneigenschaft wird in bestimmten Fällen auch dann als fortbestehend betrachtet, wenn der Unionsbürger nicht mehr als Arbeitnehmer oder Selbstständiger tätig ist, wie z.B. bei Krankheit oder Arbeitslosigkeit (Art. 7 Abs. 3 lit. a)-d) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

⁸⁷⁶ Dabei muss die Ausbildung den Hauptzweck des Aufenthalts darstellen (Art. 7 Abs. 1 lit. c) 1. Spiegelstrich FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

der zuständigen Behörde durch Erklärung oder ein vergleichbares Mittel glaubhaft macht, dass er sich und seine Familienangehörigen unterhalten kann (Art. 7 Abs. 1 lit. c) 1. und 2. Spiegelstrich FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Diese Vorschrift ist den Regelungen der RL 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht der Studenten⁸⁷⁷ nachgebildet, die durch die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG abgelöst wurde. Allerdings beschränkte die RL 93/96/EWG das Aufenthaltsrecht ausdrücklich auf Studenten,⁸⁷⁸ während die Formulierung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG weiter gefasst ist und alle Unionsbürger umfasst, die eine Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung in einem anderen Mitgliedstaat absolvieren.

Schließlich steht das Aufenthaltsrecht als abgeleitete Rechtsposition auch den 4849 begleitenden oder nachziehenden Familienangehörigen eines Unionsbürgers zu, der eine der genannten Alternativen erfüllt (Art. 7 Abs. 1 lit. d) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Dies gilt auch für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen (Art. 7 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Hält der Unionsbürger sich jedoch zur Ausbildung im Aufnahmestaat auf, so gelten hinsichtlich der Familienangehörigen verschärfte Bedingungen. Ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige steht in diesem Fall nur dem Ehegatten, dem eingetragenen Lebenspartner und den Kindern zu, denen Unterhalt gewährt wird. Hinsichtlich der Verwandten des Unionsbürgers und seines Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartners in gerader aufsteigender Linie, denen der Unionsbürger Unterhalt gewährt, trifft die Mitgliedstaaten lediglich eine Pflicht, die Einreise und den Aufenthalt zu erleichtern (Art. 7 Abs. 4 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

Familienangehörigen, denen ein Aufenthaltsrecht zusteht, haben auch als Dritt- 4850 staatsangehörige das Recht, im Aufnahmestaat eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger aufzunehmen (Art. 23 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

V. Beendigung des Aufenthalts

1. System

Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁸⁷⁹ enthält keinen Katalog von Beendigungs- 4851 gründen, Art. 14 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG formuliert vielmehr umgekehrt notwendige Bedingungen zur Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts. Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG differenziert insoweit zwischen dem Aufenthaltsrecht bis zu einer Dauer von drei Monaten nach Art. 6 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG und dem Aufenthaltsrecht mit einer Dauer von mehr als drei Monaten nach Art. 7, 12 und 13 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. Eine Sonderregelung trifft die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG für Arbeitnehmer und Selbstständige sowie Arbeitssuchende. Gem. Art. 14 Abs. 4 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG darf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen diesen privilegierten Unionsbürgern gegenüber nicht als Begründung für aufenthaltsbeendende Maßnahmen herangezogen werden.

⁸⁷⁷ Des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. L 317 S. 59.

⁸⁷⁸ Vgl. Art. 1 RL 93/96/EWG.

⁸⁷⁹ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

Diese Personen dürfen außer aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit vom Aufnahmestaat grundsätzlich nicht ausgewiesen werden.

2. Aufenthalt bis zu drei Monaten

4852 Nach Art. 14 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG steht den Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen das Aufenthaltsrecht nach Art. 6 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG zu, solange sie die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates nicht unangemessen in Anspruch nehmen.

4853 Diese Regelung, insbesondere der unbestimmte Rechtsbegriff der unangemessenen Inanspruchnahme, lässt den Mitgliedstaaten einigen Spielraum zum Erlass von Ausführungsvorschriften. Dieser Spielraum wird durch Art. 14 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG jedoch dahin gehend eingeschränkt, dass die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nicht automatisch, d.h. ohne nähere Einzelfallprüfung zur Ausweisung eines Unionsbürgers führen darf. Damit nimmt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG die Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Grzelczyk*⁸⁸⁰ auf. Gegenstand dieses Verfahrens war die Frage, ob es mit Art. 18 EG/21 AEUV vereinbar ist, den Anspruch auf Sozialhilfeleistungen auf diejenigen Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zu beschränken, die dem Arbeitnehmerbegriff der FreizügigkeitsVO (EWG) Nr. 1612/68⁸⁸¹ unterfallen, während diese Einschränkung für die eigenen Staatsangehörigen nicht gilt. Von dieser Regelung betroffen war ein französischer Student, der in Belgien studierte. Eine zunächst bewilligte Sozialhilfeleistung zur Sicherung des Existenzminimums wurde ihm wieder entzogen mit der Begründung, dass er nicht Angehöriger des Aufnahmestaats sei. Nach dem maßgeblichen nationalen Recht wurde belgischen Studenten diese Leistung gewährt.

4854 Der EuGH hat unter Rückgriff auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG/18 AEUV entschieden, dass ein Mitgliedstaat die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung an die Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates nicht von strengeren Voraussetzungen abhängig machen darf, als dies bei den eigenen Staatsangehörigen der Fall ist.⁸⁸² Gleichzeitig hat er festgestellt, dass die Inanspruchnahme von Sozialleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zwar Anknüpfungspunkt sein kann, das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers zu beenden. Dies dürfe jedoch keine automatische Folge sein.⁸⁸³

4855 Unabhängig von der Regelung des Art. 14 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ist es bereits mit dem Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG

⁸⁸⁰ Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 ff.

⁸⁸¹ Des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (FreizügigkeitsVO), ABl. L 295, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

⁸⁸² EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 (6242, Rn. 29 f.; 6246, Rn. 46) – *Grzelczyk*.

⁸⁸³ EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 (6245, Rn. 42 f.) – *Grzelczyk*. So auch EuGH, Rs. C-408/03, Slg. 2006, I-2647 (2685 f., Rn. 67 ff.) – Kommission/Belgien: Ausweisung ohne weitere Prüfung tastet Aufenthaltsrecht aus Art. 18 EG/21 AEUV in seinem Wesensgehalt an. Daraus folgt aber kein Anspruch auf Sozialleistungen aus Art. 18 EG/21 AEUV selbst, *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 2987 ff.; *ders.*, JA 2007, 4 (8 ff.).

unvereinbar, die Inanspruchnahme von Sozialleistungen als solches als Ausweisungsgrund heranzuziehen. Erst die unangemessene Inanspruchnahme von Sozialleistungen kann danach den Verlust des Aufenthaltsrechts nach sich ziehen. Der Begriff der Unangemessenheit impliziert jedoch eine nähere Prüfung der konkreten Umstände und schließt deshalb einen Automatismus aus. In den Begründungserwägungen nennt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG als relevante Gesichtspunkte die voraussichtliche Dauer des Sozialleistungsbezugs, die Dauer des bisherigen Aufenthalts im Aufnahmestaat, die persönlichen Umstände und die Höhe der gewährten Sozialleistung.⁸⁸⁴

Im Übrigen überlässt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG es jedoch den Mitgliedstaaten festzulegen, unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen beendet werden kann. Der Zielsetzung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, das Aufenthalts- und Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger zu vereinheitlichen und zu verstärken,⁸⁸⁵ hätte es allerdings mehr entsprochen, die Beendigungsgründe auf der Ebene des Sekundärrechts zu regeln.⁸⁸⁶

4856

3. Aufenthalt von mehr als drei Monaten Dauer

Nach Art. 14 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG besteht das Aufenthaltsrecht nach Art. 7, 12 und 13 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, solange die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen die dort genannten Voraussetzungen erfüllen, d.h. solange sie über ausreichende Existenzmittel und umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen.⁸⁸⁷ Auch hier fehlt eine Regelung, unter welchen konkreten Voraussetzungen dieser Aufenthalt von den Mitgliedstaaten beendet werden kann.

4857

VI. Recht auf Daueraufenthalt

1. Neuerung

Neu und ohne Vorbild in einer der bereichsspezifischen Vorgängerregelungen ist das Recht auf Daueraufenthalt gem. Art. 16 ff. FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁸⁸⁸. Motiv dieser Regelung ist, den Unionsbürgern, die beschlossen haben, sich dauer-

4858

⁸⁸⁴ 16. Begründungserwägung. Auch hier liegt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG parallel zur Argumentation des EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 (6245, Rn. 44) – Grzelczyk. Der Gerichtshof leitet aus der früheren RL 93/96 (ABl. 1993 L 317, S. 59; aufgehoben durch die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77) eine finanzielle Solidarität des Aufnahmestaates mit den Unionsbürgern ab, deren finanzielle Schwierigkeiten nur vorübergehender Natur sind.

⁸⁸⁵ 3. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁸⁸⁶ Vgl. die Kritik bei *Hailbronner*, ZAR 2004, 259 (265); *ders.*, JZ 2005, 1138 (1142).

⁸⁸⁷ Dies gilt nicht für Unionsbürger mit Arbeitnehmer- oder Selbstständigeneigenschaft, die als solche ein primärrechtlich verankertes Aufenthaltsrecht haben (Art. 39 Abs. 1, 43, 49 f. EG), vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁸⁸⁸ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

haft in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, eine bessere Integration in den Aufnahmestaat zu ermöglichen und dadurch mittelbar auch die Unionsbürgerschaft als solches und den sozialen Zusammenhalt in der Union zu stärken.⁸⁸⁹

2. Grundsatz: Fünf Jahre ununterbrochener Aufenthalt

4859 Das Recht auf Daueraufenthalt steht gem. Art. 16 Abs. 1 UAbs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG jedem Unionsbürger zu, der sich fünf Jahre lang ununterbrochen rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat. Diese Mindestaufenthaltszeit wird nicht durch jede Abwesenheit unterbrochen. In Art. 16 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG wird näher erläutert, in welchem Umfang Aufenthalte in anderen Staaten unschädlich sind und sie deshalb auf die Aufenthaltsdauer im Aufnahmestaat nicht angerechnet werden. Grundsätzlich sind unabhängig von ihrem Grund vorübergehende Abwesenheiten von insgesamt bis zu sechs Monaten im Jahr unschädlich. Darüber hinausgehende längere Abwesenheiten sind zulässig, wenn sie zur Erfüllung militärischer Pflichten dienen. Hier lässt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG allerdings offen, bis zu welcher Höchstgrenze in diesem Fall eine Abwesenheit unschädlich ist. Die Mitgliedstaaten haben insoweit einen Gestaltungsspielraum.

4860 Ununterbrochen darf ein Unionsbürger ohne Anrechnung auf die Mindestaufenthaltsdauer nur höchstens zwölf Monate vom Aufnahmestaat abwesend sein, und dies auch nur aus bestimmten privilegierten Gründen. Dazu gehören Schwangerschaft und Geburt, schwere Krankheit, Studium oder Berufsausbildung oder die berufliche Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat oder einen Drittstaat. Ist das Recht auf Daueraufenthalt einmal erworben, führt nur eine Abwesenheit von mehr als zwei aufeinanderfolgenden Jahren zu seinem Verlust (Art. 16 Abs. 4 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).⁸⁹⁰ Allerdings unterbricht jede rechtmäßig vollstreckte Ausweisungsverfügung gem. Art. 21 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG den Aufenthalt.

4861 Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG erläutert das Tatbestandsmerkmal der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts in Art. 16 Abs. 1 nicht näher. Eine Auslegungsmöglichkeit wäre, die Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Aufenthaltsregelungen heranzuziehen und die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts an deren Vorliegen zu knüpfen. Dies stünde jedoch in Widerspruch zur Regelungssystematik der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. Danach ist das Bestehen des Aufenthaltsrechts unterhalb des Rechts auf Daueraufenthalt zwar an das Vorliegen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft. Deren Fehlen führt jedoch nicht notwendig zur Ausweisung des Unionsbürgers. So schließt Art. 15 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG aus, eine Ausweisungsverfügung auf das Ungültigwerden des Personalausweises oder Reisepasses zu stützen. Demgegenüber kann das Fehlen ausreichender Existenzmittel im Rahmen des Art. 7 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG zwar zur Grundlage einer Ausweisung gemacht werden, einen Automatismus lässt aber Art. 14

⁸⁸⁹ 17. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁸⁹⁰ Auch das Recht auf Daueraufenthalt kann unter engen Voraussetzungen durch Ausweisung beendet werden (Art. 27 ff. FreizügigkeitsRL 2004/38/EG), s.u. Rn. 4871 ff.

Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nicht zu. Eine Anknüpfung des Rechtmäßigkeitsmerkmals an die Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Aufenthaltsregelungen scheidet insoweit aus.⁸⁹¹

Daher bleibt nur eine Anknüpfung an das Vorliegen einer Ausweisungsverfügung. Der Aufenthalt eines Unionsbürgers ist dann rechtmäßig, solange keine bestandskräftige Ausweisungsverfügung gegen ihn ergangen und die darin festgelegte Ausreisefrist nicht abgelaufen ist.⁸⁹² Dies bestätigt auch der 17. Erwägungsgrund der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, der das Recht auf Daueraufenthalt an einen fünfjährigen Aufenthalt im Aufnahmestaat und das Fehlen einer Ausweisungsmaßnahme knüpft. **4862**

3. Privilegierungen zugunsten von Arbeitnehmern und Selbstständigen

Arbeitnehmer oder Selbstständige, die im Aufnahmestaat aus dem Erwerbsleben ausgeschieden sind, können das Recht auf Daueraufenthalt auch schon vor Ablauf der Fünfjahresfrist erwerben. Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nennt hier drei Ausnahmetatbestände. **4863**

Gem. Art. 17 Abs. 1 S. 1 lit. a) UAbs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG sind zum einen Arbeitnehmer oder Selbstständige privilegiert, die zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Erwerbsleben das gesetzlich festgelegte Alter erreicht haben, um im Aufnahmemitgliedstaat einen Rentenanspruch geltend zu machen. Selbstständige, die nach den Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaates keinen Anspruch auf Altersrente haben, erwerben das Recht auf Daueraufenthalt, wenn sie das 60. Lebensjahr vollendet haben (Art. 17 Abs. 1 S. 1 lit. a) UAbs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Daneben erfasst die Privilegierung des Art. 17 Abs. 1 S. 1 lit. a) UAbs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG auch Arbeitnehmer, die in den Vorruhestand treten, die vorherige Erwerbstätigkeit in dem Aufnahmemitgliedstaat mindestens die letzten 12 Monate ausgeübt haben und sich dort seit mindestens drei Jahren ununterbrochen aufhalten. Unabhängig von der Dauer der Erwerbstätigkeit und des bisherigen Aufenthalts im Aufnahmestaat erwerben diejenigen Arbeitnehmer und Selbstständigen ein Recht auf Daueraufenthalt, deren Ehegatte oder Lebenspartner die Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaats besitzt bzw. besaß und diese durch die Eheschließung mit dem Unionsbürger verloren hat (Art. 17 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). **4864**

Eine weitere Gruppe bilden gem. Art. 17 Abs. 1 S. 1 lit. b) UAbs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG diejenigen Arbeitnehmer oder Selbstständigen, die sich seit mindestens zwei Jahren ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten und ihre Erwerbstätigkeit wegen einer dauernden Arbeitsunfähigkeit aufgegeben haben. Die Anforderung der Mindestaufenthaltsdauer entfällt allerdings dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf eine Art und Weise (Arbeitsunfall oder Berufs- **4865**

⁸⁹¹ In diese Richtung auch Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 378 (gegen die Anknüpfung an fehlende Existenzmittel als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung).

⁸⁹² Ähnlich Hailbronner, ZAR 2004, 299 (304), der an „rechtmäßig aufenthaltsbeendende Maßnahmen“ anknüpft.

krankheit) eingetreten ist, die einen Rentenanspruch begründet, der mindestens teilweise zulasten eines Versicherungsträgers im Aufnahmemitgliedstaat geht (Art. 17 Abs. 1 S. 1 lit. b) UAbs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Auf die Zeit der Erwerbstätigkeit werden Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit, die vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäß festgestellt wurden, vom Willen des Betroffenen unabhängige Arbeitsunterbrechungen sowie krankheits- oder unfallbedingte Fehlzeiten oder Unterbrechungen angerechnet (Art. 17 Abs. 1 S. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Auch im Rahmen dieses Privilegierungstatbestands entfallen die Erwerbsvoraussetzungen der Dauer der Erwerbstätigkeit und der Mindestaufenthaltssdauer, wenn der Ehegatte oder Lebenspartner des Unionsbürgers die Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaats besitzt bzw. durch die Eheschließung verloren hat (Art. 17 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

- 4866** Die dritte Gruppe umfasst Arbeitnehmer und Selbstständige, die nach drei Jahren ununterbrochener Erwerbstätigkeit und ununterbrochenem Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben, ihren Wohnsitz im Aufnahmemitgliedstaat jedoch beibehalten und i.d.R. jeden Tag, mindestens aber einmal in der Woche dorthin zurückkehren (Art. 17 Abs. 1 S. 1 lit. c) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

4. Daueraufenthaltsrecht von Familienangehörigen

- 4867** Grundsätzlich haben auch Familienangehörige, die Drittstaatsangehörige sind, ein von dem Status des Unionsbürgers abgeleitetes Daueraufenthaltsrecht im Aufnahmestaat, wenn sie sich fünf Jahre lang ununterbrochen mit dem Unionsbürger dort aufgehalten haben (Art. 16 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Die Privilegierung zugunsten von Arbeitnehmern und Selbstständigen greift auch für deren Familienangehörige, so dass diese unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit ein abgeleitetes Daueraufenthaltsrecht erwerben, wenn die Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 EG erfüllt sind (Art. 17 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

- 4868** Stirbt der Arbeitnehmer oder Selbstständige, bevor er gem. Art. 17 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG das Recht auf Daueraufenthalt erworben hat, so verlieren die Familienangehörigen nicht automatisch auch die Chance auf einen dauerhaften Aufenthaltsstatus.⁸⁹³ Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG verleiht ihnen vielmehr unter drei alternativen Voraussetzungen das Recht auf Daueraufenthalt sogar vor Ablauf der Fünfjahresfrist. Dies setzt gem. Art. 17 Abs. 4 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG entweder voraus, dass der Arbeitnehmer oder Selbstständige sich zum Zeitpunkt seines Todes seit zwei Jahren im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates ununterbrochen aufgehalten hat. Weiterhin erwerben Familienangehörige ein Recht auf Daueraufenthalt, wenn der Tod infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit eingetreten ist (Art. 17 Abs. 4 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Schließlich steht dem überlebenden Ehegatten ein Daueraufenthaltsrecht zu, wenn er die Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaates durch die Ehe-

⁸⁹³ Der 15. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG begründet dies mit dem Schutz des Familienlebens und der Menschenwürde.

schließung mit dem verstorbenen Arbeitnehmer oder Selbstständigen verloren hat (Art. 17 Abs. 4 lit. c) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

Auch Familienangehörige von Unionsbürgern aus Drittstaaten, die nicht nach Art. 17 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG privilegiert sind, können trotz Tod des Unionsbürgers oder Scheidung der Ehe bzw. Aufhebung der Partnerschaft ein Recht auf Daueraufenthalt erwerben. Gem. Art. 18 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG setzt dies voraus, dass sie sich rechtmäßig fünf Jahre lang mit dem Unionsbürger ununterbrochen im Aufnahmestaat aufgehalten haben. **4869**

5. Verlust des Daueraufenthaltsrechts

Das Daueraufenthaltsrecht besteht grundsätzlich zeitlich unbegrenzt. Allerdings ist sein Fortbestehen gem. Art. 16 Abs. 4 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG an die negative Bedingung geknüpft, dass der Berechtigte nicht länger als zwei aufeinanderfolgende Jahre vom Aufnahmestaat abwesend ist. Auch im Rahmen dieser Regelung sind Abwesenheiten aus den in Art. 16 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG genannten Gründen und im danach zulässigen Umfang unschädlich. **4870**

VII. Beschränkungen des Aufenthaltsrechts und Ausweisung

1. Allgemeine Grundsätze

Art. 27 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁸⁹⁴ legt allgemeine Grundsätze fest, die bei Beschränkungen der Freizügigkeit und des Aufenthalts von Unionsbürgern zu beachten sind. Nach Art. 27 Abs. 1 S. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG dürfen die Mitgliedstaaten die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränken. Diese Schrankentrias ist für die Personenverkehrsfreiheiten auf der Ebene des Primärrechts als geschriebener Rechtfertigungsgrund verankert.⁸⁹⁵ Insoweit können die Mitgliedstaaten bei Ausfüllung dieses Vorbehalts auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgreifen.⁸⁹⁶ Art. 27 Abs. 1 S. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG enthält eine Art Missbrauchsverbot hinsichtlich dieser Einschränkungen und legt fest, dass eine Beschränkung der Freizügigkeit aus wirtschaftlichen Interessen nicht zulässig ist. Den Mitgliedstaaten ist es daher verwehrt, unter Hinweis auf die Funktionsfähigkeit ihrer Sozialsysteme mittellose Unionsbürger auszuweisen mit der Begründung, es liege eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung vor. **4871**

In Art. 27 Abs. 2 S. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG wird weiterhin festgelegt, dass die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschließlich an das persönliche Verhalten des Betroffenen geknüpft werden **4872**

⁸⁹⁴ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁸⁹⁵ Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 39 Abs. 3 EG/45 Abs. 3 AEUV; für die Niederlassungsfreiheit in Art. 46 Abs. 1 EG/52 Abs. 1 AEUV; für die Dienstleistungsfreiheit in Art. 55 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 EG/62 i.V.m. Art. 52 AEUV.

⁸⁹⁶ Dazu ausführlich *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1642 f., 2235 ff., 2649 ff.

darf. In Art. 27 Abs. 2 S. 1, 2 und 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG wird diese Einschränkung dahin gehend konkretisiert, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellen muss. Auch dies entspricht der fest etablierten Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten.⁸⁹⁷

- 4873** Generalpräventive und vom Einzelfall losgelöste Überlegungen dürfen deshalb bei der Freizügigkeit von Unionsbürgern einschränkenden Maßnahmen nicht zugrunde gelegt werden.⁸⁹⁸ Danach dürfte eine Ausweisung nicht allein auf die Mitgliedschaft in einer als extremistisch eingestuften Vereinigung gestützt werden, wenn der Aufnahmestaat keine konkreten Anhaltspunkte etwa dafür hat, dass der Betroffene zur Durchsetzung seiner politischen Ziele auch Gewalt anwenden wird.⁸⁹⁹ Deshalb reicht auch eine strafrechtliche Verurteilung als solche zur Begründung einer gegenwärtigen Gefahr nicht aus (Art. 27 Abs. 2 S. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).⁹⁰⁰

2. Differenzierter Ausweisungsschutz

a) System

- 4874** In Art. 28 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG wird konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen die Ausweisung von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen zulässig ist. Dabei lassen sich drei verschiedene Schutzstufen unterscheiden, die steigende Anforderungen an den jeweiligen Ausweisungsgrund stellen. Als Ausweisungsgründe kommen aus der Schrankentrias nur Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in Betracht.

b) Schutz der Gesundheit

- 4875** Aus Gründen des Schutzes der Gesundheit dürfen lediglich aufenthalts- und freizügigkeitsbeschränkende Maßnahmen wie etwa eine Quarantäne angeordnet werden.⁹⁰¹ In Art. 29 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG wird näher konkretisiert, welche Krankheiten solche beschränkenden Maßnahmen rechtfertigen können. Erforder-

⁸⁹⁷ EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999 (2013, Rn. 33/35) – Bouchereau; näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1647 ff. m.w.N.

⁸⁹⁸ EuGH, Rs. 67/74, Slg. 1975, 297 (307, Rn. 6 f.) – Bonsignore.

⁸⁹⁹ Vgl. EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1350, Rn. 17) – Van Duyn.

⁹⁰⁰ Bereits EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999 (2012, Rn. 27/28) – Bouchereau. Insoweit sind Unionsbürger und ihre Familienangehörigen im Vergleich zu Nicht-Unionsbürgern allerdings nicht so privilegiert, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Auch gegenüber Nicht-Unionsbürgern stellt nicht jede strafrechtliche Verurteilung einen Ausweisungsgrund dar. Nach § 54 Nr. 1 AufenthG kann erst eine strafrechtliche Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe, die nicht zur Bewährung ausgesetzt ist, zu einer Ausweisung führen (Regelausweisung). Dazu auch sogleich bei Rn. 4878 f.

⁹⁰¹ Vgl. § 30 InfektionsschutzG, der bei bestimmten ansteckenden Krankheiten eine Absonderung der Erkrankten in Krankenhäusern oder anderen geeigneten Einrichtungen vorschreibt.

lich ist insoweit ein epidemisches Potenzial i.S.d. WHO. Im Übrigen gehören dazu sonstige durch Infektionserreger oder Parasiten übertragbare Krankheiten, soweit der Aufnahmestaat dagegen Schutzmaßnahmen zugunsten seiner Staatsangehörigen trifft. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Nur Krankheiten, die eine Beschränkung der Freizügigkeit der eigenen Staatsangehörigen rechtfertigen, dürfen als Grundlage für einschränkende Maßnahmen gegen Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten herangezogen werden.

Weiterhin verbietet es Art. 29 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, Krankheiten, die erst nach Ablauf von drei Monaten nach Einreise auftreten, als Ausweisungsgrund heranzuziehen. Diese Regelung erscheint überflüssig, da nach der Systematik des Art. 28 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG Gründe des Gesundheitsschutzes eine Ausweisung generell nicht tragen können. Dies ergibt sich auch aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Denn eine Ausweisung ist zum Schutz vor Ausbreitung einer Krankheit nicht das erforderliche Mittel, die Verhängung einer Quarantäne ist hier ein milderes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks. **4876**

c) Öffentliche Sicherheit und Ordnung

aa) Unionsbürger ohne Daueraufenthaltsrecht

Auf der untersten Schutzstufe stehen die Unionsbürger ohne Daueraufenthaltsrecht. Hier kann gem. Art. 28 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zulässig sein. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind solche des Gemeinschaftsrechts und deshalb autonom auszulegen. Ein Rückgriff auf die Auslegung dieser Begriffe im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht ist unzulässig.⁹⁰² Der EuGH hat im Zusammenhang mit den Personenverkehrsfreiheiten diese Begriffe näher ausgeformt. Danach umfasst die öffentliche Ordnung Interessen von fundamentaler Bedeutung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühren.⁹⁰³ Welche dies konkret sind, kann aber von Land zu Land differieren. Insoweit gesteht der EuGH den Mitgliedstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum zu. Allerdings dürfen an die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten insoweit keine strengeren Anforderungen gestellt werden als an die eigenen.⁹⁰⁴ **4877**

Im Anwendungsbereich der Freizügigkeit gehört zu diesen im Rahmen des Schutzguts der öffentlichen Ordnung geschützten Grundinteressen sicherlich die Verhütung von Straftaten. Da gem. Art. 27 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG generalpräventive Überlegungen als Begründung ausscheiden, kann nur eine im persönlichen Verhalten des Unionsbürgers liegende Gefährdung der Rechtsordnung als Ausweisungsgrund herangezogen werden. Gleichzeitig muss es sich um Straftaten von einigem Gewicht handeln. Insoweit dürfen Unionsbürger vom nati- **4878**

⁹⁰² Frenz, Europarecht 1, Rn. 943 u. 2833; Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 7 Rn. 85.

⁹⁰³ EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999 (2013, Rn. 33/35) – Bouchereau; Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335 (1361, Rn. 17) – Eglise de Scientologie; Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (9651 f., Rn. 30) – Omega.

⁹⁰⁴ Frenz, Europarecht 1, Rn. 2834.

onalen Recht nicht schlechter behandelt werden als Angehörige von Drittstaaten. Dies würde der Zielsetzung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG widersprechen, Unionsbürger aufenthaltsrechtlich gegenüber Drittstaatsangehörigen zu privilegieren.⁹⁰⁵

4879 Das deutsche Recht fordert in § 54 Nr. 1 AufenthG für die Regelausweisung von (nicht der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG unterfallenden) Drittstaatsangehörigen, dass eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ohne Aussetzung zur Bewährung vorliegen muss. An dieser Regelung muss sich eine deutsche Umsetzung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG als Untergrenze orientieren.⁹⁰⁶

4880 Die öffentliche Sicherheit schützt als ein Teilbereich der öffentlichen Ordnung die äußere und innere Sicherheit eines Staates. Diese ist etwa beeinträchtigt, wenn wichtige öffentliche Einrichtungen und Dienste gefährdet sind.⁹⁰⁷

4881 Art. 28 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG fordert im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausdrücklich eine Abwägung der Interessen des Aufenthaltsstaats mit den Interessen des jeweiligen Unionsbürgers an der Fortdauer des Aufenthaltsrechts. Als berücksichtigungsfähig auf Seiten des Betroffenen nennt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG die bisherige Dauer des Aufenthalts im Aufnahmestaat, das Alter des Betroffenen, den Gesundheitszustand, die familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmaß der Bindungen zum Heimatstaat.

bb) Unionsbürger mit Daueraufenthaltsrecht

4882 Einen stärkeren Ausweisungsschutz genießen die Unionsbürger mit Daueraufenthaltsrecht. Sie dürfen gem. Art. 28 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden. Grundsätzlich kann die besondere Schwere der Beeinträchtigung sowohl mit dem Ausmaß der Beeinträchtigung als auch auf der Schutzgutseite mit dessen besonderer Bedeutung begründet werden. Doch wird gem. Art. 27 Abs. 2 S. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG generell – also auch schon auf der ersten Schutzstufe des Art. 28 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG – eine erhebliche Gefährdung eines der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für eine Ausweisung vorausgesetzt. Insoweit kann sich der besondere Ausweisungsschutz im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nur aus der Beeinträchtigung eines höherwertigen und deshalb mit einer höheren Strafandrohung bewehrten Schutzgutes ergeben.

cc) Stärkste Schutzstufe

4883 Auf der dritten und stärksten Schutzstufe stehen Unionsbürger, die in den letzten zehn Jahren ihren Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat gehabt haben (Art. 28 Abs. 3 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG) oder die minderjährig sind, es sei

⁹⁰⁵ Vgl. 1. und 2. Erwägungsgrund FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

⁹⁰⁶ Zur Umsetzung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG in deutsches Recht s.u. Rn. 4898 ff.

⁹⁰⁷ EuGH, Rs. 72/83, Slg. 1984, 2727 (2751, Rn. 34) – Campus Oil; Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 (4634, Rn. 71 f.) – Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien).

denn, die Ausweisung ist nach dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes⁹⁰⁸ zum Wohle des Kindes notwendig (Art. 28 Abs. 3 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Eine Ausweisung ist diesen Unionsbürgern gegenüber gem. Art. 28 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nur zulässig, wenn zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit vorliegen, die von den Mitgliedstaaten in den jeweiligen Umsetzungsgesetzen festgelegt wurden. Angesichts der hohen Anforderungen auf den ersten beiden Schutzstufen verengt sich der Anwendungsbereich für diese Stufe auf Fälle schwerster Kriminalität. Insofern müssen besonders hohe Strafen drohen oder aber besonders sensible Deliktgruppen wie terroristische Straftaten oder Staatsschutzdelikte vorliegen.⁹⁰⁹

3. Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz

Art. 30 und 31 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG enthalten Regelungen zu **4884**
Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Rechtsschutz bei aufenthalts- und freizügigkeitsbeschränkenden Maßnahmen. In Art. 30 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ist festgelegt, dass Entscheidungen schriftlich und in einer nachvollziehbaren Weise mitgeteilt werden müssen. Die eine beschränkende Maßnahme tragenden Gründe sind regelmäßig genau und umfassend mitzuteilen. Der Bescheid muss auch Informationen über einen eventuell einzulegenden Rechtsbehelf enthalten. Die Ausreisefrist muss außer in dringenden Fällen mindestens einen Monat ab dem Erhalt des Bescheides betragen (Art. 30 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Weiterhin müssen die Betroffenen einen gerichtlichen Rechtsbehelf einlegen können aufgrund dessen die Rechtmäßigkeit der Entscheidung einschließlich der zugrunde liegenden Tatsachen überprüft wird (Art. 31 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

Diese Garantien gelten auch hinsichtlich von Maßnahmen, die von den **4885**
Mitgliedstaaten im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug verhängt werden (Art. 35 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).⁹¹⁰

VIII. Gleichbehandlung

In Art. 24 Abs. 1 wiederholt die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁹¹¹ ausdrücklich, **4886**
was bereits auf der Grundlage des allgemeinen Diskriminierungsverbots nach Art. 12 EG/18 AEUV gilt. Danach haben die Unionsbürger, die sich aufgrund der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG in einem Aufnahmemitgliedstaat aufhalten, im Anwendungsbereich des Vertrages den Anspruch auf die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates.

⁹⁰⁸ UN-Kinderrechtskonvention, UN-Dokument mit der Nr. A/RES/44/25; s. dazu ausführlich o. Rn. 3419 ff.

⁹⁰⁹ So auch *Groß*, ZAR 2006, 61 (64).

⁹¹⁰ Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nennt hier Verweigerung der Einreise, Aufhebung oder Widerruf von Aufenthaltsrechten.

⁹¹¹ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

4887 In Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG wird dieser Anspruch allerdings eingeschränkt und klargestellt, dass daraus keine Verpflichtung des Aufnahmestaats erwächst, Unionsbürgern während der ersten drei Monate des Aufenthalts einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studien- oder Berufsausbildungsbeihilfen zu gewähren.⁹¹² Ausgenommen sind hier nur Arbeitnehmer, Selbstständige, diesen gleichgestellte Personen und deren Familienangehörige. Diesen gegenüber besteht schon in den ersten drei Aufenthaltsmonaten und gem. Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 lit. b) Freizügigkeits-RL 2004/38/EG auch darüber hinaus⁹¹³ die Verpflichtung zur Gewährung von Sozialleistungen.

4888 Diese Regelung erscheint widersprüchlich im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, der für das Bestehen eines Aufenthaltsrechts über die ersten drei Monate hinaus das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel verlangt. Damit soll sichergestellt werden, dass die jeweiligen Unionsbürger im Aufnahmestaat gerade keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen. Insoweit knüpft die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger einerseits an ausreichende finanzielle Mittel, um eine Belastung der Haushalte der Aufnahmestaaten auszuschließen. Andererseits gewährt sie auf der Basis der Inländergleichbehandlung einen Anspruch auf Sozialhilfe gegen den Aufnahmestaat und befördert damit eine Belastung der Haushalte durch Sozialhilfearaufwendungen.⁹¹⁴

4889 Zwar kann der Aufnahmestaat gegen einen Unionsbürger, der die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nicht mehr erfüllt, aufenthaltsbeendende Maßnahmen ergreifen und insoweit den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts eines langfristig sozialhilfebedürftigen Unionsbürgers verhindern. Der Vorrang von Art. 7 RL 2004/38/EG lässt sich auch dogmatisch herstellen, weil Art. 24 RL 2004/38/EG unter dem Vorbehalt spezifischer sekundärrechtlicher Be-

⁹¹² A.A. *Hailbronner*, ZAR 2004, 259 (261), der Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG so auslegt, dass die Mitgliedstaaten überhaupt nicht verpflichtet sind, anderen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Diese Auslegung widerspricht jedoch dem klaren Wortlaut der Regelung, die den Gleichbehandlungsanspruch des Art. 24 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG insoweit nur für die ersten drei Monate des Aufenthalts aussetzt, ebenso *Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 370 mit Fn. 244; *Egger*, in: FS für Hablitzel, 2005, S. 95 (113).

⁹¹³ Diese Vorschrift privilegiert Unionsbürger, die zum Zwecke der Arbeitssuche eingereist sind und insoweit die Arbeitnehmereigenschaft noch nicht besitzen. Besteht eine begründete Aussicht, eingestellt zu werden, haben diese Unionsbürger für den gesamten Zeitraum der Arbeitssuche einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung, d.h. etwa auf Sozialhilfe, auch über die ersten drei Monate des Aufenthalts hinaus. Offen bleibt allerdings, auf welche Tatsachen der Unionsbürger die begründete Aussicht auf Einstellung stützen kann.

⁹¹⁴ Vgl. dazu auch *Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 374 f., der den Widerspruch durch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, das Aufenthaltsrecht bei Inanspruchnahme von Sozialhilfe zu beenden, ausgeräumt sieht; in diese Richtung auch *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 368. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, S. 277 sieht keinen Widerspruch, weil die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG Aufenthaltsrecht und Sozialhilfeberechtigung eben nicht synchronisiert habe.

stimmungen steht,⁹¹⁵ zu denen auch Art. 7 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG gehört. Dennoch bleibt der Eindruck, dass die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG insoweit mit der einen Hand wieder nimmt, was sie zuvor mit der anderen gegeben hat. Gesetzgebungstechnisch wäre insoweit eine Regelung vorzugswürdig gewesen, die einen Sozialhilfeanspruch des Unionsbürgers vor Erwerb des Daueraufenthaltsrechts ganz ausschließt.⁹¹⁶

IX. Verwaltungsformalitäten

1. Meldepflicht

Gem. Art. 6 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁹¹⁷ muss ein Unionsbürger für **4890** einen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat von bis zu drei Monaten keine weiteren Bedingungen oder Formalitäten erfüllen. Allerdings kann der Aufnahmestaat gem. Art. 5 Abs. 5 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG eine Meldepflicht statuieren. Diese Meldepflicht kann auch sanktionsbewehrt sein.

2. Anmeldebescheinigung

Für einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten können die Mitgliedstaaten **4891** verlangen, dass der Unionsbürger sich bei den zuständigen Behörden anmeldet und eine Anmeldebescheinigung ausstellen lässt. Dabei sind die Angaben, die von Seiten der Mitgliedstaaten für die Anmeldebescheinigung gefordert werden dürfen, unterschiedlich, je nach Status des Unionsbürgers. Handelt es sich um Arbeitnehmer oder Selbstständige, darf gem. Art. 8 Abs. 3 1. Spiegelstrich i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG nur ein Ausweisdokument und ein Nachweis über die Berufstätigkeit verlangt werden. Eine spezielle Aufenthaltserlaubnis wird dagegen nicht mehr benötigt.⁹¹⁸

Von nicht erwerbstätigen Unionsbürgern darf ein gültiges Ausweisdokument **4892** und der Nachweis ausreichender Existenzmittel sowie eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes gefordert werden (Art. 8 Abs. 3 2. Spiegelstrich i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Dabei dürfen die Mitgliedstaaten keinen für alle Unionsbürger gleichen Mindestbetrag für die Existenzmittel festlegen. Vielmehr muss dieser an der persönlichen Situation des Betroffenen ausgerichtet sein. Gem. Art. 8 Abs. 4 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG darf dieser Betrag jedoch nicht höher angesetzt sein als der Schwellenbetrag, ab dem der Auf-

⁹¹⁵ Frenz, JA 2007, 4 (8).

⁹¹⁶ So lautete auch der ursprüngliche Kommissionsvorschlag für Art. 21 Abs. 2 FreizügigkeitsRL, vgl. KOM (2001) 257 endg.: „In Abweichung von Abs. 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht gehalten anderen Personen ... das Recht auf gesetzliche Sozialhilfe ... zu gewähren, bevor sie das Recht auf Daueraufenthalt erworben haben.“

⁹¹⁷ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁹¹⁸ So aber z.B. noch nach Art. 2 Abs. 1 RL 93/96/EWG (Aufenthaltsrecht für Studenten, ABl. 1993 L 317 S. 59; aufgehoben durch die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77).

nahmestaat seinen Staatsangehörigen Sozialhilfe gewährt bzw. er darf nicht über der Mindestrente der Sozialversicherung des Aufnahmestaats liegen.

4893 Von Unionsbürgern, die sich zu Ausbildungszwecken in dem Aufnahmestaat aufhalten, darf die Ausstellung der Anmeldebescheinigung von der Vorlage eines Ausweisdokuments, einer Bescheinigung über die Einschreibung bei der Ausbildungseinrichtung und eines Nachweises über die Krankenversicherung abhängig gemacht werden. Ausreichende Existenzmittel können diese Unionsbürger durch eine persönliche Erklärung oder ein gleichwertiges Mittel nachweisen. Die Mitgliedstaaten dürfen insoweit keinen bestimmten Existenzmittelbetrag festlegen (Art. 8 Abs. 3 3. Spiegelstrich FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

4894 Bei den Familienangehörigen differenziert die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG zwischen denen, die selbst auch Unionsbürger sind, und denjenigen, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind. Familienangehörige, die selbst auch die Unionsbürgerschaft besitzen, müssen nur ein Ausweisdokument sowie den Nachweis über ihren Status als Familienangehörige vorlegen (Art. 8 Abs. 5 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

3. Aufenthaltskarte

4895 Familienangehörige, die Staatsangehörige eines Drittstaats sind, müssen eine Aufenthaltskarte beantragen, wenn sie sich länger als drei Monate in einem Mitgliedstaat aufhalten wollen (Art. 9 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Die Ausstellung dieser Aufenthaltskarte wird von den Mitgliedstaaten an die Vorlage bestimmter Dokumente geknüpft. Der Drittstaatsangehörige muss einen Reisepass vorlegen (Art. 10 Abs. 2 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Weiterhin sind eine Bescheinigung über das Bestehen einer familiären bzw. verwandtschaftlichen Beziehung oder einer eingetragenen Partnerschaft sowie die Anmeldebescheinigung des Unionsbürgers, den sie begleiten oder dem sie nachziehen, erforderlich (Art. 10 Abs. 2 lit. b)-d) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Soweit die Betroffenen keine Familienangehörigen sind, der Unionsbürger ihnen aber nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 2 lit. a) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG Unterhalt gewährt, so muss dies durch ein behördliches Dokument des Herkunftsstaates nachgewiesen werden. Eine solche Nachweispflicht besteht auch hinsichtlich des Bestehens einer dauerhaften Partnerschaft i.S.d. Art. 3 Abs. 2 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.

4896 Die Aufenthaltskarte gilt gem. Art. 11 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG maximal fünf Jahre ab Ausstellungsdatum. Ihre Gültigkeit ist grundsätzlich an den Aufenthalt im Aufnahmestaat geknüpft. Vorübergehende Abwesenheiten lassen die Gültigkeit jedoch unberührt. Art. 11 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG legt hier analog zu Art. 16 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG (Kontinuität des Aufenthalts vor Erwerb des Daueraufenthaltsrechts) Fristen und Gründe fest, bei deren Vorliegen eine Abwesenheit unschädlich ist.

4. Bescheinigung des Daueraufenthalts

Die Aufnahmestaaten stellen den Unionsbürgern mit Daueraufenthaltsrecht auf Antrag ein Dokument aus, das dieses Recht bescheinigt (Art. 19 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). Für drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Unionsbürgern besteht die Pflicht, vor Ablauf der Aufenthaltskarte eine Daueraufenthaltskarte zu beantragen, die ihr Daueraufenthaltsrecht bescheinigt (Art. 20 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG). **4897**

X. Umsetzung in deutsches Recht

1. Ergangene Regelungen

Gem. Art. 40 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁹¹⁹ ist die Umsetzungsfrist am 30.4.2006 abgelaufen. In Deutschland gilt für die Einreise und den Aufenthalt von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen seit dem 1.1.2005 das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU)⁹²⁰, welches zuletzt durch Gesetz vom 19.8.2007⁹²¹ geändert wurde. Die Einreise und der Aufenthalt von nicht privilegierten Drittstaatsangehörigen werden durch das ebenfalls am 1.1.2005 in Kraft getretene Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG)⁹²² geregelt. **4898**

Das FreizügG/EU war keine Umsetzung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG im eigentlichen Sinne, da das FreizügG/EU sich bereits im Gesetzgebungsverfahren befand, als die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG erlassen wurde. Dies erklärt, warum das Gesetz so kurz nach seinem Inkrafttreten wieder geändert wurde. Es bestanden noch Umsetzungslücken, die nachgebessert werden mussten.⁹²³ **4899**

2. Die ersten drei Monate des Aufenthalts

Das FreizügG/EU weist immer noch keine der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG vergleichbare Abstufung des Aufenthaltsstatus von den ersten drei Monaten bis hin zu einem Daueraufenthaltsrecht auf. Es sieht keine eigene Vorschrift mit herabgesetzten Anforderungen für die ersten drei Monate des Aufenthalts vor. Zwar kennt auch das FreizügG/EU ein voraussetzungslos gewährtes Aufenthaltsrecht, doch gilt dies nur für erwerbstätige Unionsbürger (§ 2 Abs. 2 Nr. 1-3 FreizügG/EU), **4900**

⁹¹⁹ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁹²⁰ Vom Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen als Art. 2 des ZuwanderungsG vom 30.7.2004, BGBl. I S. 1950.

⁹²¹ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, BGBl. I S. 1970.

⁹²² Vom Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen als Artikel 1 des ZuwanderungsG vom 30.7.2004, BGBl. I S. 1950; zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.3.2008, BGBl. I S. 313.

⁹²³ Ausführlich dazu *Frenz/Kühl*, ZESAR 2007, 315 ff.

Dienstleistungsempfänger (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU) und deren Familienangehörige (§ 3 Abs. 1-2 FreizügG/EU).

4901 Eine Sonderregelung gilt für nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen (§ 4 FreizügG/EU). Diese werden aufenthaltsrechtlich schlechter gestellt. Sie müssen vom ersten Tag ihres Aufenthalts an über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Ist der nicht erwerbstätige Unionsbürger Student, wird zusätzlich der Kreis der Familienangehörigen, denen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zusteht, eingeschränkt. Zu den Familienangehörigen zählen dann nur noch der Ehegatte, der Lebenspartner und die unterhaltsberechtigten Kinder (§ 4 S. 2 FreizügG/EU).

4902 Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG sieht eine solche Schlechterstellung nicht erwerbstätiger Unionsbürger in den ersten drei Monaten des Aufenthalts nicht vor.⁹²⁴ Damit entspricht diese Regelung des FreizügG/EU nicht den Vorgaben der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG und muss entsprechend geändert werden.⁹²⁵

3. Daueraufenthaltsrecht

a) Unionsbürger, Familienangehörige und Lebenspartner

4903 Das FreizügG/EU sieht in § 4a Abs. 1 für Unionsbürger, ihre Familienangehörigen und Lebenspartner nach fünf Jahren rechtmäßigen Aufenthalts in Deutschland ein Recht auf Daueraufenthalt vor. Hier hatte das FreizügG/EU die Regelung des Art. 16 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG bereits vorweggenommen. Zielsetzung war es, Unionsbürgern entsprechend ihrer zunehmenden Integration in Deutschland und der parallel dazu schwächer werdenden Anbindung an den Herkunftsstaat einen gesteigerten Schutz vor Aufenthaltsbeendigung zu gewähren.⁹²⁶ Dies entspricht der Intention der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.⁹²⁷

4904 Allerdings beschränkte das FreizügG/EU dieses Daueraufenthaltsrecht auf den Unionsbürger, seinen Ehegatten, Lebenspartner und die unterhaltsberechtigten Kindern. Demgegenüber fasst die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG den Kreis der begünstigten Familienangehörigen weiter und gewährt es allen Familienangehörigen i.S.d. Legaldefinition in Art. 2 Nr. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG.⁹²⁸ Den insofern bestehenden Änderungsbedarf hat die Neufassung aufgenommen und der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG angepasst.

⁹²⁴ Die Einschränkung des Kreises der aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen bei Studenten und Absolventen einer sonstigen Ausbildung statuiert die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG erst für den Aufenthalt über drei Monate hinaus (vgl. Art. 7 Abs. 4).

⁹²⁵ So auch *Groß*, ZAR 2006, 61 (63), die gleichzeitig auf eine großzügige Verwaltungspraxis der Ausländerbehörden hinweist, die i.d.R. erst nach Ablauf von drei Monaten tätig werden. Zu den Aufenthaltsrechten von Unionsbürgern unabhängig von einer Änderung des FreizügG/EU unmittelbar aus der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG s. näher u. Rn. 4913 ff.

⁹²⁶ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs in BT-Drucks. 15/420 S. 103.

⁹²⁷ So die 24. Begründungserwägung FreizügigkeitsRL 2004/38/EG: „Daher sollte der Schutz vor Ausweisung in dem Maße zunehmen, wie die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen in den Aufnahmestaat stärker integriert sind.“

⁹²⁸ S. dazu o. Rn. 4826 ff.

b) Nach Beendigung der Erwerbstätigkeit bzw. bei voller Erwerbsminderung

Das Recht zum Daueraufenthalt steht Erwerbstätigen abweichend von der Fünf-Jahres-Regel gem. § 4a Abs. 2 FreizügG/EU auch nach dem altersbedingten Ausscheiden aus dem Erwerbsleben bzw. bei voller Erwerbsunfähigkeit zu. Hier hat das FreizügG/EU die Regelung des Art. 17 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG übernommen. **4905**

4. Ausweisungsschutz

Das FreizügG/EU differenziert zwischen dem Verlust des Aufenthaltsrechts und der daraus resultierenden Ausreisepflicht. Gem. § 6 Abs. 1 FreizügG/EU kann dieser Rechtsverlust nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit festgestellt werden.⁹²⁹ In § 6 Abs. 2 FreizügG/EU wird näher dargestellt, wann eine strafrechtliche Verurteilung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen kann. Danach genügt eine Verurteilung als solche nicht. Vielmehr muss das zugrunde liegende Verhalten eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses darstellen. Diese Formulierung ist fast wortgleich mit Art. 27 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. **4906**

Auch im Hinblick auf den erhöhten Ausweisungsschutz Daueraufenthaltsberechtigter entspricht das FreizügG/EU den Anforderungen der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. Gem. § 6 Abs. 4 des Gesetzes kann der Verlust des Daueraufenthaltsrechts nur aus schwerwiegenden Gründen festgestellt werden. Dies entspricht der Regelung des Art. 28 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. **4907**

Die dritte Stufe des in der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG vorgesehenen Ausweisungsschutzes fehlte ursprünglich in § 6 FreizügG/EU.⁹³⁰ In der seit August 2007 gültigen Fassung des FreizügG/EU ist in § 6 Abs. 5 ein dem Art. 28 Abs. 3 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG entsprechender Ausweisungsschutz nach einem Aufenthalt von mehr als zehn Jahren bzw. bei Minderjährigkeit vorgesehen. Auf dieser Schutzstufe erlischt das Aufenthaltsrecht nur bei Vorliegen zwingender Gründe der öffentlichen Sicherheit. Solche können gem. § 6 Abs. 5 S. 2 FreizügG/EU nur eingreifen, wenn der Betroffene wegen einer oder mehreren vorsätzlichen Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt oder bei der letzten rechtskräftigen Verurteilung Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, wenn die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betroffen ist oder wenn vom Betroffenen eine terroristische Gefahr ausgeht. **4908**

5. Aufenthaltsrecht Familienangehöriger

Gem. § 3 Abs. 1 FreizügG/EU haben die Familienangehörigen, soweit ihnen nicht als Unionsbürger ein eigenes Aufenthaltsrecht aus § 2 FreizügG/EU zukommt, ein **4909**

⁹²⁹ Der Gesetzeswortlaut verweist hier ausdrücklich auf die Schrankentrias der Art. 39 Abs. 3/45 Abs. 3 AEUV, 46 Abs. 1 EG/52 Abs. 1 AEUV.

⁹³⁰ Vgl. *Frenz/Kühl*, ZESAR 2007, 315 (324).

abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Dieses erlischt gem. § 3 Abs. 3 FreizügG/EU für Familienangehörige auch nicht mit dem Tod des Unionsbürgers. Voraussetzung ist insoweit, dass sich der Familienangehörige zum Zeitpunkt des Todes des Unionsbürgers seit mindestens einem Jahr ständig in Deutschland aufgehalten hat (§ 3 Abs. 3 lit. a) FreizügG/EU). Ist der Familienangehörige nicht erwerbstätig, muss er über ausreichende Existenzmittel und über ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen (§ 3 Abs. 3 lit. a) i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5, § 4 FreizügG/EU). Die Beendigung seines Aufenthaltsrechts richtet sich nicht nach dem FreizügG/EU, sondern nach den Regeln des AufenthG (§ 3 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU).

4910 Auch insoweit wurde das FreizügG/EU nachgebessert und an die Anforderungen des Art. 12 Abs. 2 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG angepasst. Gleiches gilt im Hinblick auf § 3 Abs. 4 FreizügG/EU, wonach seit 2007 einem Elternteil, das die elterliche Sorge für ein Kind wahrnimmt, bis zum Abschluss einer bereits begonnen Ausbildung ein Aufenthaltsrecht zusteht.

4911 Ebenfalls noch in das FreizügG/EU eingearbeitet werden musste die Regelung des § 3 Abs. 5 nach Maßgabe des Art. 13 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, wonach auch Drittstaatsangehörigen nach Scheidung oder Aufhebung einer Ehe unter bestimmten Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht zukommen kann.⁹³¹

6. Verfahrensrecht

4912 Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das FreizügG/EU an die Vorgaben der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG angepasst worden. Seit der Änderung im August 2007 sind in § 5 Abs. 6 FreizügG/EU auch Bescheinigungen über den Daueraufenthalt vorgesehen (vgl. Art. 19, 20 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG).

XI. Unmittelbare Wirkung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG

4913 Der Vergleich von FreizügG/EU mit der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁹³² zeigt, dass das FreizügG/EU nunmehr im Wesentlichen den Vorgaben durch die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG entspricht. Lediglich im Hinblick auf die Aufenthaltsberechtigung nichterwerbstätiger Unionsbürger während der ersten drei Monate besteht noch Umsetzungsbedarf. Die in Art. 40 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG den Mitgliedstaaten gewährte Umsetzungsfrist ist am 30.4.2006 abgelaufen. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit die nicht umgesetzte Regelung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG unabhängig von einer Umsetzung unmittelbar gilt. Dann könnten sich die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen bereits jetzt darauf berufen.

4914 Der EuGH hat im Wege der Rechtsfortbildung abweichend vom Wortlaut des Art. 249 Abs. 2 EG eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien anerkannt.⁹³³ Die

⁹³¹ Zu den Voraussetzungen s. näher o. Rn. 4839 ff.

⁹³² ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁹³³ EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1348, Rn. 12) – Van Duyn; Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 (1642, Rn. 20 f.) – Ratti; Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 (70 f., Rn. 21 ff.) – Becker; Rs.

unmittelbare Wirkung hat der Gerichtshof an das Vorliegen von vier kumulativen Voraussetzungen geknüpft. Zunächst muss die Umsetzungsfrist abgelaufen sein.⁹³⁴ Das ist bei der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG der Fall. Weiterhin darf die Richtlinie entweder gar nicht oder nur fehlerhaft umgesetzt worden sein.⁹³⁵ Wie oben festgestellt, hat das FreizügG/EU eine Regelung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG noch nicht umgesetzt. Zudem muss die fragliche Bestimmung wie die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG unmittelbar staatliche Stellen verpflichten und nicht private.⁹³⁶

Schließlich muss die jeweilige Bestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sein.⁹³⁷ Inhaltlich unbedingt ist eine Regelung, wenn sie vorbehaltlos und ohne Bedingung anwendbar ist und keiner weiteren Maßnahme der Organe der Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft bedarf.⁹³⁸ Hinreichend genau ist eine Bestimmung, wenn sie unzweideutig eine Verpflichtung begründet,⁹³⁹ also rechtlich in sich abgeschlossen ist und von jedem Gericht angewandt werden kann.⁹⁴⁰ Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG gilt vorbehaltlos und erfordert keine weiteren Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Auch ist sie in weiten Teilen keine bloße Zielvorgabe, sondern regelt detailliert die Voraussetzungen etwa für das Bestehen von Aufenthaltsrechten und definiert einzelne Begriffe. Den Mitgliedstaaten verbleibt kein Umsetzungsspielraum. Deshalb ist für die Regelung, bei der ein Umsetzungsbedarf festgestellt wurde, eine unmittelbare Wirkung zu bejahen. Insoweit können die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen seit dem 1.5.2006 diese Rechte unmittelbar aus der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ableiten.⁹⁴¹ **4915**

D. Abgrenzung zu anderen Vorschriften

I. Die besonderen Personenverkehrsfreiheiten des EG

Das Recht, sich im Rahmen der Arbeitssuche in einem anderen Mitgliedstaat frei zu bewegen, dort aufzuhalten und auch nach Beendigung der Beschäftigung dort zu bleiben, ist nach Maßgabe des Art. 39 Abs. 3 lit. b)-d) EG/45 Abs. 3 lit. b)-d) AEUV von der Arbeitnehmerfreizügigkeit mit umfasst.⁹⁴² Vergleichbare Freizü- **4916**

286/85, Slg. 1987, 1453 (1466 f., Rn. 11 ff.) – McDermott u. Cotter. Dies ist auch in der Lit. allgemein anerkannt, vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249 EGV Rn. 73 ff.

⁹³⁴ EuGH, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 (1645, Rn. 43 f.) – Ratti.

⁹³⁵ EuGH, Rs. 126/82, Slg. 1983, 73 (88, Rn. 10) – Smit; Rs. C-208/90, Slg. 1991, I-4269 (4299, Rn. 20) – Emmott.

⁹³⁶ S. näher o. Rn. 584 ff.

⁹³⁷ EuGH, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 (1642, Rn. 23) – Ratti; Rs. C-258/97 Slg. 1999, I-1405 (1436, Rn. 34) – HI.

⁹³⁸ EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1349, Rn. 13/14) – Van Duyn; Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635 (4662 f., Rn. 43) – Beentjes.

⁹³⁹ EuGH, Rs. 271/82, Slg. 1983, 2727 (2744, Rn. 16) – Auer; Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 (749 f., Rn. 52) – Marshall I.

⁹⁴⁰ EuGH, Rs. 50/88, Slg. 1989, 1925 (1956, Rn. 26) – Kühne/Finanzamt München III.

⁹⁴¹ So auch *Groß*, ZAR 2006, 61 (64).

⁹⁴² Näher dazu *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1475 ff.

gigkeitsrechte bestehen im Zusammenhang mit der Ausübung der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit.⁹⁴³ Damit bestehen auf der Ebene der Personenverkehrsfreiheiten eng mit der jeweiligen wirtschaftlichen Betätigung verknüpfte Freizügigkeitsrechte, die zu der allgemeinen Gewährleistung des Art. 18 EG/21 AEUV in einem Spezialitätsverhältnis stehen.⁹⁴⁴ Dem Recht aus Art. 18 EG/21 AEUV kommt lediglich Auffangcharakter zu, die speziellen Gewährleistungen gehen vor.⁹⁴⁵ Art. 18 EG/21 AEUV auch im Anwendungsbereich der besonderen Personenverkehrsfreiheiten als selbstständige Grundfreiheit zu sehen,⁹⁴⁶ widerspricht dem klaren Wortlaut des Art. 39 Abs. 3 lit. b)-d) EG/45 Abs. 3 lit. b)-d) AEUV. Das Spezialitätsverhältnis ist insoweit primärrechtlich festgelegt und kann nicht unter Hinweis auf die besondere Bedeutung der Unionsbürgerschaft überspielt werden.

4917 Dieser systematischen Beziehung zum Trotz hat der EuGH vereinzelt auf eine nähere Prüfung der speziellen Grundfreiheiten verzichtet und stattdessen bzw. parallel auf das jedenfalls einschlägige allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art. 18 EG/21 AEUV abgestellt.⁹⁴⁷ Dieses Vorgehen erspart die häufig schwierige Abgrenzung, welche der Personenverkehrsfreiheiten überhaupt betroffen ist. Im Hinblick darauf wurde für Art. 18 EG/21 AEUV eine Entwicklung zum Hauptfreizügigkeitsrecht vermutet.⁹⁴⁸ In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der Gerichtshof allerdings das Spezialitätsverhältnis betont und eine Prüfung der allgemeinen Freizügigkeitsgewährleistung aus Art. 18 EG/21 AEUV deshalb abgelehnt.⁹⁴⁹ Die genannten Entscheidungen dürften daher eher als Einzelfallrechtsprechung zu werten sein, aus der noch keine generelle Tendenz gegen die subsidiäre Bedeutung des Art. 18 EG/21 AEUV abgeleitet werden kann.

⁹⁴³ Vgl. dazu nunmehr die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtet durch ABl. 2004 L 229, S. 35. Zur alten Rechtslage s. *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2566 ff. (zur Dienstleistungsfreiheit) sowie Rn. 2223 ff. (zur Niederlassungsfreiheit).

⁹⁴⁴ Vgl. zum Verhältnis des Art. 18 EG/21 AEUV zur Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-100/01, Slg. 2002, I-10981 (11011, Rn. 26) – Olazabal; Rs. C-520/04, Slg. 2006, I-10685 (10709, Rn. 13) – Turpeinen; Art. 18 EG/21 AEUV und die Dienstleistungsfreiheit: Rs. C-92/01, Slg. 2003, I-1291 (1311, Rn. 18) – Stylianakis; Rs. C-76/05, EuZW 2007, 601 (603, Rn. 34) – Schwarz u. Gootjes-Schwarz; Art. 18 EG/21 AEUV und die Niederlassungsfreiheit: Rs. C-193/94, Slg. 1996, I-929 (951, Rn. 22) – Skanavi u. Chrysanthakopoulos.

⁹⁴⁵ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 EGV Rn. 16; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 18 EGV Rn. 7; *Hilf*, in: Grabitz/Hilf, Art. 18 EGV Rn. 5; *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2959; *Scheuing*, EuR 2003, 744 (763 f.); *Dörr*, in: FS für Rengeling, 2008, S. 205 (210).

⁹⁴⁶ So *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 19 unter Hinweis auf die Schlussanträge des GA *La Pergola*, EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 (2703, Rn. 18) – Martínéz Sala; GA *Cosmas*, EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6207 (6239 f., Rn. 84 f.) – Wijsenbeek.

⁹⁴⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637 (7655 f., Rn. 15 ff.) – Bickel u. Franz; Rs. C-135/99, Slg. 2000, I-10409 (10435 f., Rn. 33 ff.) – Elsen.

⁹⁴⁸ So *Scheuing*, EuR 2003, 744 (764 ff.).

⁹⁴⁹ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6320, Rn. 39) – Carpenter; nur auf das Spezialitätsverhältnis hinweisend Rs. C-293/03, Slg. 2004, I-12013 (12048, Rn. 33) – Gregorio My/ONP; Rs. C-520/04, Slg. 2006, I-10685 (10709, Rn. 13) – Turpeinen.

Entsprechendes hat dann auch für Art. 45 EGRC zu gelten. Ansonsten würde über dieses nahezu gleichlautende Grundrecht die begrenzte Bedeutung von Art. 18 EG/21 AEUV im Verhältnis zu den Grundfreiheiten umgangen. Allerdings sind die Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte auf der Basis der Grundfreiheiten ohnehin stärker, so dass es für die davon Begünstigten des Rückgriffs auf Art. 18 EG/21 AEUV oder Art. 45 EGRC gar nicht bedarf. Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁹⁵⁰ führt beide Ausprägungen zu einer einheitlichen Freizügigkeitsregelung zusammen und trägt dabei den unterschiedlichen Intensitäten für Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige einerseits und sonstige Unionsbürger andererseits Rechnung. **4918**

Soweit also bestimmte Handlungen thematisch sowohl unter das Freizügigkeitsrecht als auch unter eine bestimmte Personenverkehrsfreiheit fallen können, sind schon auf der Ebene des Schutzbereichs die Handlungen aus dem Anwendungsbereich von Art. 18 EG/21 AEUV und Art. 45 EGRC auszunehmen, die durch eine Personenverkehrsfreiheit geschützt sind.⁹⁵¹ **4919**

II. Art. 15 Abs. 2 EGRC

Art. 15 Abs. 2 EGRC gewährt allen Unionsbürgern die Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Der Gewährleistungsgehalt ist somit deckungsgleich mit den in Art. 39 EG/45 AEUV, Art. 43 EG/49 AEUV und Art. 49 ff. EG/56 ff. AEUV geregelten Grundfreiheiten. Auch hier könnte sich die Frage nach dem Verhältnis zur allgemeinen Freizügigkeitsgewährleistung des Art. 45 EGRC bzw. Art. 18 EG/21 AEUV stellen. Art. 52 Abs. 2 EGRC verweist für die Auslegung dieser Vorschrift auf die Personenverkehrsfreiheiten des EG/AEUV. Insoweit fehlt es dieser Vorschrift an einem eigenständigen, von dem EG/AEUV abweichenden Regelungsgehalt.⁹⁵² Die Kongruenz gilt deshalb auch für das Verhältnis zu Art. 45 EG bzw. Art. 18 EG/21 AEUV. Einer gesonderten Abgrenzung zur allgemeinen Freizügigkeitsgewährleistung bedarf es somit nicht. **4920**

⁹⁵⁰ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtet durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁹⁵¹ Zum Schutzbereich der Personenverkehrsfreiheiten ausführlich *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1112 ff. (Arbeitnehmerfreizügigkeit), 1848 ff. (Niederlassungsfreiheit), 2407 ff. (Dienstleistungsfreiheit).

⁹⁵² *Blanke*, in: Tettinger/Stern, Art. 15 Rn. 50 f.; *Streinz*, in: ders. Art. 16 GR-Charta Rn. 14; *Jarass*, § 20 Rn. 20 unter Verweis auf die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (23).

E. Beeinträchtigungen

I. Bandbreite

4921 Beeinträchtigungen des Rechts aus Art. 45 EGRC bzw. Art. 18 EG⁹⁵³/21 AEUV sind in vielfältiger Weise und mit unterschiedlicher Intensität denkbar. Die Spannweite reicht von der Verweigerung der Einreise in einen Mitgliedstaat, Beschränkungen der Bewegungsfreiheit im Aufenthaltsstaat bis hin zu Regelungen, die zwar die Freizügigkeit nicht unmittelbar behindern, aber den Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat mit bestimmten Rechtsfolgen verknüpfen, die den Unionsbürger von der Ausübung seines Rechts abhalten können. Entsprechend dem durch den EuGH statuierten Grundsatz, den Schutzbereich des Art. 18 EG/21 AEUV weit auszulegen, Abweichungen dagegen eng,⁹⁵⁴ stellen alle staatlichen Maßnahmen, die das Recht auf Aufenthalt und Bewegung einschränken oder aufheben, einen Eingriff dar. Dazu gehören grundsätzlich auch Regelungen, die lediglich die Ausübung des Freizügigkeitsrechts betreffen.⁹⁵⁵

II. Grenzkontrollen

4922 Innerstaatliche oder auch sekundärrechtliche Regelungen statuieren eine Obliegenheit zum Besitzen und eventuell auch Vorzeigen von Ausweispapieren. So setzt etwa die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG für das Recht auf Einreise in Art. 5 Abs. 1 und in Art. 6 Abs. 1 auch für den weiteren Aufenthalt voraus, dass der Unionsbürger einen gültigen Personalausweis oder Reisepass mit sich führt. Gem. § 8 S. 1 Nr. 1 FreizügG/EU sind Unionsbürger und ihre Familienangehörigen verpflichtet, bei der Einreise nach Deutschland einen Pass oder Passersatz mit sich zu führen und einem zuständigen Beamten auf Verlangen zur Prüfung auszuhändigen. Diese Verpflichtung soll keinen Eingriff in Art. 18 EG/21 AEUV darstellen, weil es regelmäßig an einer Ungleichbehandlung fehle, wenn die eigenen Staatsangehörigen vergleichbaren Verpflichtungen unterliegen.⁹⁵⁶

4923 Diese Argumentation vermengt den Schutzbereich des Art. 18 EG/21 AEUV mit Elementen des Art. 12 EG/18 AEUV und reduziert dadurch Art. 18 EG/21 AEUV auf ein Diskriminierungsverbot. Dabei kann sie sich auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Wijsenbeek* stützen. Der Gerichtshof machte darin die Verletzung des Art. 18 EG/21 AEUV durch eine nationale Ausweispflicht davon abhängig, ob die an einen Verstoß geknüpften Sanktionen mit denen für innerstaatliche Vergehen vergleichbar sind und ob sie dem Verhältnismäßigkeits-

⁹⁵³ Da sich die bisherige Rspr. auf Art. 18 EG/21 AEUV bezog, wird im Folgenden nur dieses Recht angeführt. Die Ausführungen beziehen sich aber auch auf den nahezu inhaltsgleichen Art. 45 EGRC.

⁹⁵⁴ EuGH, Rs. C-357/98, Slg. 2000, I-9265 (9297, Rn. 24) – Yiadom; Rs. C-482 u. 493/01, Slg. 2004, I-5257 (5317, Rn. 65) – Orfanopoulos u. Oliveri.

⁹⁵⁵ So auch *Kubicki*, EuR 2006, 489 (492), der dies auf den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) stützt.

⁹⁵⁶ *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 24.

grundsatz genügen.⁹⁵⁷ Dem Vorlagebeschluss lag der Fall eines niederländischen Staatsangehörigen zugrunde, der sich bei der Einreise in die Niederlande weigerte, den nationalen Vorschriften entsprechend zur Prüfung seiner Staatsangehörigkeit einen Personalausweis oder einen Reisepass vorzulegen.⁹⁵⁸

Im selben Urteil verlangt der EuGH aber auch für die Ausübung des Rechts aus Art. 18 EG/21 AEUV den Beleg des jeweiligen Unionsbürgers, dass er die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt und deshalb überhaupt Berechtigter ist.⁹⁵⁹ Diese Überlegung stellt das Vorliegen eines Eingriffs eher in Frage, da sie nahe legt, zwischen der Prüfung der Ausübungsvoraussetzungen und einem Eingriff zu differenzieren.⁹⁶⁰ **4924**

Grenzkontrollen wirken sich nicht nachteilig auf die Ausübung des Freizügigkeitsrechts aus Art. 18 EG/21 AEUV aus.⁹⁶¹ Die dadurch verursachte vorübergehende Verzögerung der Fortbewegung stellt keine relevante Beeinträchtigung dar.⁹⁶² Grenzkontrollen und die Pflicht zur Vorlage eines Ausweises bewirken als solche daher keinen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 18 EG/21 AEUV.⁹⁶³ Bei den an die fehlende Vorlage eines Ausweises anknüpfenden Sanktionen haben die Mitgliedstaaten allerdings das Recht aus Art. 18 EG/21 AEUV und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, da solche Sanktionen relevante Beeinträchtigungen bilden und nicht nur den Status als berechtigter Unionsbürger prüfen. So verstößt es gegen das Freizügigkeitsrecht und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, einen Unionsbürger, der seine Unionsbürgerschaft nicht durch ein Ausweisdokument nachweisen kann, in Abschiebehaft zu nehmen.⁹⁶⁴ **4925**

III. Aufenthaltsbeschränkungen

Aufenthaltsbeschränkungen können aus Gründen des Gesundheitsschutzes angeordnet werden. So sieht etwa § 30 InfektionsschutzG bei bestimmten ansteckenden Krankheiten eine Absonderung der Erkrankten in Krankenhäusern vor. Diese Maßnahmen könnten auch gegen Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten angeordnet werden und dadurch ihr Recht auf freie Bewegung und Aufenthalt einschränken.⁹⁶⁵ **4926**

⁹⁵⁷ EuGH, Rs. C-387/97, Slg. 1999, I-6207 (6265 f., Rn. 45) – Wijsenbeek.

⁹⁵⁸ EuGH, Rs. C-387/97, Slg. 1999, I-6207 (6210) – Wijsenbeek.

⁹⁵⁹ EuGH, Rs. C-387/97, Slg. 1999, I-6207 (6264, Rn. 42) – Wijsenbeek; Rs. C-215/03, Slg. 2005, I-1215 (1263 f., Rn. 49, 54) – Salah Oulane (für Aufenthaltsrecht aus Art. 49 EG/56 AEUV).

⁹⁶⁰ Demgegenüber stellte *GA Cosmas* ausdrücklich das Vorliegen eines Eingriffs fest, vgl. Schlussanträge EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6207 (6245, Rn. 102) – Wijsenbeek.

⁹⁶¹ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 EGV Rn. 5.

⁹⁶² *Pechstein/Bunk*, EuGRZ 1997, 547 (552).

⁹⁶³ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 2973; a.A. *GA Cosmas*, EuGH, Rs. C-387/97, Slg. 1999, I-6209 (6244 f., Rn. 99 ff.) – Wijsenbeek; s. *Jarass*, § 38 Rn. 9 (zu Art. 45 EGRC); *Scheuing*, EuR 2003, 744 (779).

⁹⁶⁴ EuGH, Rs. C-215/03, Slg. 2005, I-1215 (1261, Rn. 40) – Salah Oulane.

⁹⁶⁵ Vgl. Art. 29 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. Dazu bereits o. Rn. 4875 f.

IV. Nachteilige Auswirkungen der Ausübung des Freizügigkeitsrechts

- 4927** Nach dem EuGH schützt das Freizügigkeitsrecht auch davor, an einen Auslandsaufenthalt negative Folgen zu knüpfen.⁹⁶⁶ Insoweit ist zwar nicht die Freizügigkeit als solche beeinträchtigt, doch sind die damit verbundenen Belastungen geeignet, den Einzelnen von der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts abzuhalten. Dies ist in zwei Konstellationen denkbar. Zum einen dergestalt, dass ein Mitgliedstaat Angehörige anderer Mitgliedstaaten im Vergleich zu eigenen Staatsangehörigen schlechter behandelt. Zum anderen gibt es Fälle, in denen Mitgliedstaaten eigene Staatsangehörige, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, schlechter behandeln als diejenigen, die im Heimatstaat bleiben.
- 4928** Die erste Fallgruppe behandelt der EuGH regelmäßig als Fälle unzulässiger Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, wobei Art. 18 EG/21 AEUV dogmatisch als Türöffner fungiert, um Art. 12 EG/18 AEUV als Prüfungsmaßstab heranziehen zu können.⁹⁶⁷ Zu der zweiten Gruppe gehören die Fälle, in denen Unionsbürger Nachteile erleiden, weil sie von ihrem Recht aus Art. 18 EG/12 AEUV Gebrauch gemacht haben.
- 4929** In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof es für unzulässig erklärt, die Berechnung der Pfändungsfreigrenze vom Wohnsitz des Schuldners abhängig zu machen mit der Folge, dass der in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Schuldner einen geringeren Freibetrag geltend machen kann.⁹⁶⁸ Betroffen war ein finnischer Staatsangehöriger, der nach Spanien ausgewandert war. Seine Rente war wegen einer in seinem Heimatstaat bestehenden Verbindlichkeit gepfändet worden. Nach finnischem Recht wurden Steuern, die nicht in Finnland abgeführt wurden, bei der Berechnung der Pfändungsfreigrenze nicht berücksichtigt. Dies hatte zur Folge, dass ein höherer Betrag gepfändet werden durfte. Der betroffene Unionsbürger wurde damit von seinem Heimatstaat wegen seines Wohnsitzes in einem anderen Mitgliedstaat schlechter behandelt, als wenn er von seinem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht hätte.⁹⁶⁹ Dies hat der EuGH als Eingriff in Art. 18 EG/21 AEUV gewertet. Denn das Freizügigkeitsrecht könne seine volle Wirkung nicht entfalten, wenn Staatsangehörige eines Mitgliedstaates von der Wahrnehmung dieses Rechts durch nachteilige Regelungen im Heimatstaat abgehalten werden könnten.⁹⁷⁰
- 4930** Gleiches gilt für die Schlechterstellung von Absolventen einer Schule eines anderen Mitgliedstaates. Es bildet daher einen unzulässigen Eingriff in Art. 18 EG/21 AEUV, wenn die Gewährung bestimmter Hilfen an Hochschulabsolventen daran geknüpft wird, dass der Schulabschluss im gewährenden Mitgliedstaat erlangt wurde. Zu überprüfen war eine belgische Regelung, wonach Überbrückungsgeld

⁹⁶⁶ EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 (6223, Rn. 30) – D’Hoop.

⁹⁶⁷ S. dazu ausführlich o. Rn. 4805 ff.

⁹⁶⁸ EuGH, Rs. C-224/02, Slg. 2004, I-5763 – Pusa.

⁹⁶⁹ EuGH, Rs. C-224/02, Slg. 2004, I-5763 (5781, Rn. 18) – Pusa.

⁹⁷⁰ EuGH, Rs. C-224/02, Slg. 2004, I-5763 (5781, Rn. 19) – Pusa.

nach Abschluss des Studiums nur gewährt wurde, wenn der Betroffene seinen Schulabschluss an einer belgischen Schule gemacht hat.⁹⁷¹

Auch bei der Regelung der staatlichen Förderung einer Ausbildung im Ausland haben die Mitgliedstaaten die Garantie des Art. 18 EG/21 AEUV zu beachten. So hat der EuGH entschieden, dass die Fördervoraussetzungen für eine Ausbildung im Ausland nach dem deutschen BaFöG einen Eingriff in Art. 18 EG/21 AEUV darstellen.⁹⁷² Die angegriffenen Regelungen knüpften die Förderung an ein vorangegangenes Studium im Inland von mindestens einem Jahr Dauer. Beim Pendeln zur Ausbildung an eine ausländische Ausbildungsstätte machten sie die Förderung davon abhängig, dass der Auszubildende im Inland einen dauerhaften Wohnsitz hat, der nicht nur zu Ausbildungszwecken begründet wurde. Diese Fördervoraussetzungen hat der Gerichtshof als Einschränkung des Rechts aus Art. 18 EG/21 AEUV bewertet, weil sie geeignet sind, die Unionsbürger davon abzuhalten, einer Ausbildung in einem anderen Mitgliedstaat nachzugehen.⁹⁷³ **4931**

Weiter gehend ist der Schutzbereich des Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV nach der Rechtsprechung des EuGH auch eröffnet, wenn von diesem Recht aktuell gar kein Gebrauch gemacht wurde, d.h. der Unionsbürger nicht tatsächlich in einen anderen Mitgliedstaat gereist ist.⁹⁷⁴ Allerdings reicht nicht jeder irgendwie vermittelte Nachteil aus. So hat der Gerichtshof eine Beeinträchtigung abgelehnt, wenn ein Familienmitglied von dem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat und dies negative Auswirkungen auf einen Unionsbürger hatte.⁹⁷⁵ Hintergrund dieser Entscheidung war der Fall eines deutschen Staatsangehörigen, dessen geschiedene Ehefrau in Österreich lebte. Der Ehemann konnte die geleisteten Unterhaltszahlungen nicht als Sonderausgaben steuerlich geltend machen, weil in Österreich Unterhaltsleistungen nicht der Steuerpflicht unterlagen, an die das deutsche Steuerrecht die Abzugsfähigkeit knüpfte. Diese steuerliche Regelung des anderen Mitgliedstaates hindert den unterhaltspflichtigen Ehemann indes nicht, von seinem Recht aus Art. 18 EG/21 AEUV Gebrauch zu machen.⁹⁷⁶ **4932**

Auch wenn der Betroffene selbst seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlagert hätte und damit steuerliche Nachteile verbunden wären, soll dies keine Beeinträchtigung des Art. 18 EG/21 AEUV darstellen. Denn der EG/AEUV garantiere den Unionsbürgern nicht, dass die Verlagerung ihrer Tätigkeiten in einen anderen Mitgliedstaat steuerlich neutral bleibt.⁹⁷⁷ Dem ist zuzustimmen, soweit damit die Existenz unterschiedlicher Steuersätze innerhalb der Union angesprochen wird; davor bietet Art. 18 EG/21 AEUV keinen Schutz. Jedoch können steuerliche Verschlechterungen, die der Heimatstaat an den Wohnsitzwechsel knüpft, in erheblichem Maße von einem Umzug in ein anderes Land abhalten, **4933**

⁹⁷¹ EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 (6223, Rn. 30 ff.) – D’Hoop.

⁹⁷² EuGH, Rs. C-11 u. 12/06, EuZW 2007, 767 (768, Rn. 25 ff.) – Morgan u. Bucher.

⁹⁷³ EuGH, Rs. C-11 u. 12/06, EuZW 2007, 767 (769, Rn. 30) – Morgan u. Bucher.

⁹⁷⁴ EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9925 (9962 f., Rn. 18 f.) – Zhu u. Chen unter Verweis auf Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 (11644, Rn. 21) – Garcia Avello: zu Art. 17 EG.

⁹⁷⁵ EuGH, Rs. C-403/03, Slg. 2005, I-6421 – Schempp.

⁹⁷⁶ EuGH, Rs. C-403/03, Slg. 2005, I-6421 (6448, Rn. 43) – Schempp.

⁹⁷⁷ EuGH, Rs. C-403/03, Slg. 2005, I-6421 (6448 f., Rn. 45) – Schempp.

zumal im Alter, wenn die dafür getroffene Vorsorge anders besteuert wird. Deshalb sind Ruhegehaltsempfänger, die ihren Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem auszahlenden begründet haben, wie die Ruhegehaltsempfänger, die in dem auszahlenden Mitgliedstaat wohnen, zu behandeln. Eine unterschiedliche Besteuerung abhängig vom Wohnsitz des Ruhegehaltsempfängers ist mit Art. 18 EG/21 AEUV nicht vereinbar.⁹⁷⁸

V. Ausweisung

4934 Durch die Ausweisung wird die Beendigung des Aufenthalts vorbereitet. Damit wird massiv in das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern eingegriffen. Eine strafrechtliche Verurteilung allein bildet allerdings keine ausreichende Grundlage für eine Ausweisung.⁹⁷⁹ Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁹⁸⁰ hat die entsprechende Rechtsprechung aufgenommen und die Voraussetzungen und Schranken einer Ausweisung in Art. 27 ff. im Einzelnen geregelt.⁹⁸¹

VI. Verbot der Ein- oder Ausreise

4935 Ein Ein- oder Ausreiseverbot stellt die stärkste Beschränkung des Rechts aus Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV dar.⁹⁸² Damit wird die Ausübung des Rechts bereits im Ansatz unmöglich gemacht. Insoweit sind an die Rechtfertigung solcher Eingriffe besonders hohe Anforderungen zu stellen.

F. Schranken

4936 Das Recht auf freie Bewegung und freien Aufenthalt wird in Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen gewährleistet. Der Wortlaut legt es nahe, den Verweis auf mögliche Beschränkungen als Schrankenvorbehalt und die Bedingungen als Ausgestaltungsvorbehalt zu verstehen. Diese Differenzierung wird vielfach nicht vorgenommen; vielmehr wird von einem allgemeinen Schrankenvorbehalt ausgegangen.⁹⁸³ In der Rechtsprechung des EuGH

⁹⁷⁸ EuGH, Rs. C-520/04, Slg. 2006, I-10685 (10713, Rn. 32 ff.) – Turpeinen mit der Einschränkung, dass das Ruhegehalt die gesamten oder nahezu die gesamten Einkünfte ausmacht.

⁹⁷⁹ EuGH, Rs. C-482 u. 493/01, Slg. 2004, I-5257 (5326, Rn. 92 ff.) – Orfanopoulos u. Oliveri. Vgl. zu den Grundfreiheiten näher *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 1657 f. m.w.N.

⁹⁸⁰ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁹⁸¹ S. dazu ausführlich o. Rn. 4871 ff.

⁹⁸² Vgl. EuGH, Rs. C-357/98, Slg. 2000, I-9265 – Yiadom. In diesem Fall wurde das Einreiseverbot allerdings erst nach erfolgter Einreise ausgesprochen.

⁹⁸³ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 EGV Rn. 18.

spielt diese Unterscheidung ebenfalls keine Rolle.⁹⁸⁴ Jedoch lassen gerade die Regelungen der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG⁹⁸⁵, aber auch die Judikatur des EuGH durchaus eine Differenzierung entsprechend dem Wortlaut des Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV und damit auch des praktisch identischen Art. 45 Abs. 1 EGRC zu.

I. Ausübungsbedingungen

Auf der Ebene des Sekundärrechts knüpft Art. 7 Abs. 1 lit. b) FreizügigkeitsRL 2004/38/EG das Recht auf Aufenthalt über drei Monate an die Bedingung, dass der Unionsbürger über ausreichende Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügt.⁹⁸⁶ Diese Regelung ist keine Voraussetzung für das Bestehen des Aufenthaltsrechts, das allein an die Unionsbürgerschaft geknüpft ist, sondern stellt eine Ausübungsregelung dar. Liegt diese Voraussetzung in der Person eines Unionsbürgers nicht (mehr) vor, kann der jeweilige Mitgliedstaat sein Aufenthaltsrecht durch Ausweisung beenden. Die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG spricht insoweit auch von Bedingungen, die zu erfüllen sind.⁹⁸⁷ **4937**

II. Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit

Neben Ausübungsregeln enthält die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG in Art. 27 ff. auch Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit,⁹⁸⁸ die eine Ausweisung rechtfertigen können. Somit enthält das Sekundärrecht neben Ausübungsregelungen auch Beschränkungen des Rechts aus Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV und gestaltet damit einen ordre-public-Vorbehalt aus. Zwar ist diese Schranke in Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV anders als in den Grundfreiheiten nicht ausdrücklich enthalten. Doch ist der ordre-public-Vorbehalt als **4938**

⁹⁸⁴ EuGH, Rs. C-356/98, Slg. 2000, I-2623 (2676 f., Rn. 30) – Kaba; Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 (7608, Rn. 32 f.) – Trojani.

⁹⁸⁵ ABl. 2004 L 158, S. 77; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35.

⁹⁸⁶ Die Vorschrift erlaubt keine Differenzierung nach der Herkunft der finanziellen Mittel. Deshalb darf ein Aufenthaltsstaat nicht fordern, dass der Unionsbürger selbst über die Mittel verfügt, so EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9925 (9965 f., Rn. 30, 33) – Zhu u. Chen. Bei einer Finanzierung durch Dritte darf eine Anerkennung nicht an das Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung geknüpft werden, vgl. EuGH, Rs. C-408/03, Slg. 2006, I-2647 (2681 f., Rn. 46 ff.) – Kommission/Belgien – beide Entscheidungen noch zur Vorgängervorschrift RL 90/364/EWG, ABl. 1990 L 180, S. 26.

⁹⁸⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 1 FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, wonach ein Unionsbürger für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten „lediglich im Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses sein muss und ansonsten keine weiteren Bedingungen zu erfüllen oder Formalitäten zu erledigen braucht“.

⁹⁸⁸ Vgl. die gleichlautende Überschrift des Kap. VI der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG. Ausführlich dazu o. Rn. 4871 ff.

ungeschriebene Schranke anerkannt, die auch Beschränkungen des Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV rechtfertigen kann.⁹⁸⁹

III. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

4939 Neben den in der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG ausdrücklich geregelten Beschränkungen sind in der Rechtsprechung des EuGH für das Recht aus Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt. Im Zusammenhang mit der Einschränkung der Grundfreiheiten hat der EuGH den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls entwickelt.⁹⁹⁰ In seiner Rechtsprechung zu Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV hat er bislang darauf nicht unmittelbar Bezug genommen. Auch beschränkt er eine Rechtfertigung nicht durchgehend auf Gründe des Allgemeinwohls. Teilweise lässt er allgemein objektive Gründe ausreichen. So hat er im Falle von Unionsbürgern, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatten und die deshalb im Heimatstaat Nachteile hinnehmen mussten, diesen Rechtfertigungsgrund herangezogen. Für Regelungen zur Berechnung der Pfändungsfreigrenze einer in einem anderen Mitgliedstaat versteuerten Rente hat der EuGH als Rechtfertigungsvoraussetzung festgelegt, dass sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit des Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhen und in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen nach nationalem Recht verfolgten Zweck stehen.⁹⁹¹ Auch im Fall der Leistung von Überbrückungsgeld nach Abschluss des Studiums hat der Gerichtshof eine Rechtfertigung von Eingriffen in das Freizügigkeitsrecht bei Vorliegen objektiver Gründe und bei Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips grundsätzlich bejaht.⁹⁹²

4940 In anderen Fällen hat der EuGH enger formuliert und das Vorliegen berechtigter Interessen der Mitgliedstaaten gefordert. So hat er die in der früheren RL 90/364/EWG⁹⁹³ festgelegten Aufenthaltsbedingungen als Umsetzung des Grundsatzes verstanden, dass die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger von den berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten abhängig gemacht werden kann.⁹⁹⁴ Zur Rechtfertigung der Fördervoraussetzungen einer Ausbildung im Ausland nach dem deutschen BaFöG hat der Gerichtshof das Vorliegen objektiver

⁹⁸⁹ Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 3007; Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 34; Scheuing, *EuR* 2003, 744 (768 f.); zurückhaltend Kokott, in: FS für Tomuschat, 2006, S. 207 (221).

⁹⁹⁰ Frenz, *Europarecht* 1, Rn. 478 ff., 498 ff.

⁹⁹¹ EuGH, Rs. C-224/02, Slg. 2004, I-5763 (5781, Rn. 20) – Pusa; Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 (2169, Rn. 54) – Bidar; Rs. C-520/04, Slg. 2006, I-10685 (10713, Rn. 32) – Turpeinen – zur ungleichen Besteuerung des Ruhegehalts abhängig vom Wohnsitz.

⁹⁹² EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 (6224, Rn. 36) – D’Hoop.

⁹⁹³ Des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. L 180, S. 26; aufgehoben durch die FreizügigkeitsRL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

⁹⁹⁴ EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091 (7167 f., Rn. 90) – Baumbast u. R.; Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9925 (9962 f., Rn. 18 f.) – Zhu u. Chen.

Erwägungen des Allgemeininteresses gefordert.⁹⁹⁵ Als ein solches Allgemeininteresse, das Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts rechtfertigen kann, hat der EuGH grundsätzlich übermäßige Belastungen anerkannt, die das gesamte Fördersystem in Frage stellen.⁹⁹⁶ Dies könne es rechtfertigen, die Förderung auf Auszubildende zu beschränken, die sich in dem gewährenden Staat ausreichend integriert haben.⁹⁹⁷ Auch im Zusammenhang mit einer Regelung der niederländischen Kriegsoferentschädigung hat der Gerichtshof eine Rechtfertigung am Maßstab objektiver Erwägungen des Allgemeininteresses geprüft.⁹⁹⁸

Angesichts der uneinheitlichen Terminologie und der fehlenden Bezugnahme auf die Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten wird teilweise in Frage gestellt, inwieweit es sich hierbei um den für die Grundfreiheiten anerkannten ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der (zwingenden) Gründe des Allgemeininteresses handelt oder ob der EuGH vielmehr einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund entwickeln will.⁹⁹⁹ Zwar hat der EuGH bislang keine ausdrückliche Parallele zu seiner im Rahmen der Grundfreiheiten entwickelten Rechtsprechung gezogen. Doch zeigen seine Formulierungen, dass er Art. 18 EG/21 AEUV als Grundfreiheit einordnet.¹⁰⁰⁰ In der Rechtssache *Yiadom* hat der dieses Recht sogar ausdrücklich als Grundfreiheit bezeichnet.¹⁰⁰¹ Diese vom Gerichtshof selbst konstatierte Nähe zu den Grundfreiheiten rechtfertigt es, den für diese entwickelten ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund auch für das Recht aus Art. 18 EG/21 AEUV heranzuziehen.¹⁰⁰²

⁹⁹⁵ EuGH, Rs. C-11 u. 12/06, EuZW 2007, 767 (769, Rn. 33) – Morgan u. Bucher.

⁹⁹⁶ EuGH, Rs. C-11 u. 12/06, EuZW 2007, 767 (770, Rn. 43 ff.) – Morgan u. Bucher, unter Verweis auf Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 (2170, Rn. 56 f.) – Bidar. Auf diesen Rechtfertigungsgrund verweist der EuGH ebenfalls in Rs. C-76/05, EuZW 2007, 601 (607, Rn. 96) – Schwarz u. Gootjes-Schwarz.

⁹⁹⁷ EuGH, Rs. C-11 u. 12/06, EuZW 2007, 767 (770, Rn. 44 ff.) – Morgan u. Bucher. Diese in der Rs. *Bidar* angestellte Überlegung passt nicht auf diesen Sachverhalt. Sie wurde in der Rs. *Bidar* entwickelt vor dem Hintergrund der Gewährung von Ausbildungsbeihilfen an ausländische Studierende. In der Rs. *Morgan u. Bucher* waren die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens jedoch beide deutsche Staatsangehörige.

⁹⁹⁸ EuGH, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10451 (10482 f., Rn. 33 ff.) – Tas Hagen u. Tas.

⁹⁹⁹ *Kubicki*, EuR 2006, 489 (497).

¹⁰⁰⁰ „In den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen u.a. Situationen, in denen es um die Ausübung der im EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten geht, namentlich der in Art. 18 EG verliehenen Freiheit, ...“, vgl. EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 (6223, Rn. 29) – D’Hoop; Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 (11644 f., Rn. 24) – Garcia Avello; Rs. C-224/02, Slg. 2004, I-5763 (5781, Rn. 17) – Pusa; Rs. C-520/04, Slg. 2006, I-10685 (10710, Rn. 19) – Turpeinen.

¹⁰⁰¹ EuGH, Rs. C-357/98, Slg. 2000, 9265 (9297, Rn. 25) – Yiadom.

¹⁰⁰² Vgl. *Scheuing*, EuR 2003, 744 (778 ff.); *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 227 f.; *Obwexer*, EuZW 2002, 56 (58); *Schöbener*, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 35 f.

IV. Beschränkungen durch neues Sekundärrecht

- 4942** Nach Art. 18 Abs. 2 EG/21 Abs. 2 AEUV kann der Rat Vorschriften erlassen, die die Ausübung des allgemeinen Aufenthalts- und Freizügigkeitsrechts erleichtern. Dies schließt zum einen Art. 18 Abs. 2 EG/21 Abs. 2 AEUV als Grundlage einschränkender Vorschriften aus. Weiterhin wird damit der sekundärrechtlich erreichte Stand des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts festgeschrieben.¹⁰⁰³
- 4943** Das bedeutet allerdings nicht, dass damit der Kreis der ausgestaltenden bzw. beschränkenden Regelungen auf den Stand bei Einfügen dieses Rechts in den Vertrag eingefroren wird.¹⁰⁰⁴ Art. 18 Abs. 1 EG/21 Abs. 1 AEUV kann aber schon deshalb nicht als Rechtsgrundlage für neue Beschränkungen dienen, weil er keine konkrete Befugnis enthält.¹⁰⁰⁵ Darüber hinaus stünde dies in Widerspruch zum Regelungsgehalt des Art. 18 Abs. 2 EG/21 Abs. 2 AEUV.¹⁰⁰⁶ Der Erlass neuer einzelner Beschränkungen auf einer anderen vertraglichen Rechtsgrundlage ist dagegen zulässig, soweit dadurch der erreichte Standard der Freizügigkeitsrechte insgesamt nicht beeinträchtigt wird.¹⁰⁰⁷

G. Rechtfertigungsschranken

I. Verhältnismäßigkeit

- 4944** Die wohl wichtigste Schranke für Eingriffe ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dies zeigt sich auch an der Rechtsprechung des EuGH zum Recht aus Art. 18 EG/21 AEUV. Es lassen sich vier Prüfungsstufen unterscheiden: Die nationale Regelung muss einen legitimen Zweck verfolgen. Zur Erreichung dieses Zwecks muss sie geeignet und erforderlich sein. Schließlich muss die gewählte Regelung auch ein angemessenes Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles sein.¹⁰⁰⁸
- 4945** In den Rechtssachen *Pusa*¹⁰⁰⁹ und *D'Hoop*¹⁰¹⁰ hat der Gerichtshof die streitigen mitgliedstaatlichen Regelungen auf verschiedenen Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung scheitern lassen. Im Urteil *Pusa* hat er die streitige nationale Regelung zur Ermittlung der Pfändungsfreigrenze als unverhältnismäßigen, weil zur Erreichung des angestrebten Zwecks nicht geeigneten Eingriff in das Recht aus Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV gewertet. Die konkrete vollstreckungsrechtliche Vor-

¹⁰⁰³ Frenz, Europarecht 1, Rn. 3011; Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchardt, Art. 18 EGV Rn. 2; Hatje, in: Schwarze, Art. 18 EGV Rn. 13.

¹⁰⁰⁴ Hilf, in: Grabitz/Hilf, Art. 18 EGV Rn. 14.

¹⁰⁰⁵ A.A. Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 EGV Rn. 20.

¹⁰⁰⁶ Schöbener, in: Tettinger/Stern, Art. 45 Rn. 31.

¹⁰⁰⁷ Hilf, in: Grabitz/Hilf, Art. 18 EGV Rn. 15; Frenz, Europarecht 1, Rn. 3011 mit Fn. 140; Bode, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 229.

¹⁰⁰⁸ Frenz, Europarecht 1, Rn. 523 ff.

¹⁰⁰⁹ EuGH, Rs. C-224/02, Slg. 2004, I-5763 – Pusa.

¹⁰¹⁰ EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 – D'Hoop.

schrift berücksichtigte nur die Besteuerung von zu pfändenden Einkünften im Heimatstaat, ließ aber die Besteuerung in einem anderen Mitgliedstaat unberücksichtigt. Dies führte im konkreten Fall dazu, dass der Pfändungsfreibetrag des Schuldners mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat niedriger ausfiel, als wenn er in seinem Heimatstaat wohnen geblieben wäre und nicht von seinem Recht aus Art. 18 Abs. 1 EG/21 AEUV Gebrauch gemacht hätte. Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs in Art. 18 Abs. 1/21 AEUV EG lehnte der Gerichtshof ab. Die Nichtberücksichtigung einer in einem anderen Mitgliedstaat erhobenen Steuer widerspricht schon dem Zweck der Gewährung eines Pfändungsfreibetrags, nämlich der Sicherung des Existenzminimums.¹⁰¹¹ Der EuGH bewertete es deshalb als Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass die angegriffene Regelung den angestrebten Zweck der Sicherung des Existenzminimums bei in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen und deshalb dort steuerpflichtigen Schuldnern nicht erreichen konnte und insoweit zur Erreichung dieses Zwecks ungeeignet war. Auch die Regelung des BaFöG, wonach die Förderung eines Studiums im Ausland von einem vorherigen einjährigen Studium im Inland abhängig ist, hat der Gerichtshof als ungeeignetes Mittel abgelehnt. Diese Voraussetzung ist nicht geeignet, ein bestimmtes Maß an Integration in die Gesellschaft des fördernden Mitgliedstaates sicherzustellen.¹⁰¹²

In der Rechtssache *D'Hoop* lehnte der Gerichtshof es als unverhältnismäßig ab, 4946 die Gewährung von Überbrückungsgeld an Schulabgänger davon abhängig zu machen, dass der Schulabschluss in dem die Leistung gewährenden Mitgliedstaat erlangt wurde. Denn zur Erreichung des mit dieser Regelung beabsichtigten Zwecks, einen Zusammenhang zwischen dem Schulabgänger und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt sicherzustellen, ist dies nicht erforderlich. Der Ort des Schulabschlusses ist nicht notwendig der Beweis für eine Verbundenheit zu dem jeweiligen örtlichen Arbeitsmarkt. Außerdem werden damit andere Aspekte als Nachweis ausgeschlossen. Damit geht diese Regelung über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinaus.¹⁰¹³ Hier scheiterte eine Rechtfertigung somit auf der dritten Prüfungsstufe am Erforderlichkeitsmerkmal.

In einem von der Kommission gegen Belgien angestrengten Vertragsverletzungsverfahren hatte der Gerichtshof eine belgische Regelung zu überprüfen, wonach die nicht fristgerechte Vorlage der erforderlichen Nachweise für die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung automatisch den Erlass einer Ausweisungsverfügung zur Folge hatte. Hierin sah der EuGH einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht aus Art. 18 EG/21 AEUV. Konkret bewertete er es als unverhältnismäßig im engeren Sinne, an ein bloßes Fristversäumnis eine solch schwere Sanktion zu knüpfen.¹⁰¹⁴ Diese Grundsätze sind nach Art. 52 Abs. 2 EGRC auf das Grundrecht des Art. 45 Abs. 1 EGRC zu übertragen. Art. 52 Abs. 1 S. 2 EGRC 4947

¹⁰¹¹ EuGH, Rs. C-224/02, Slg. 2004, I-5763 (5785, Rn. 34) – Pusa.

¹⁰¹² EuGH, Rs. 11 u. 12/06, EuZW 2007, 767 (770, Rn. 46) – Morgan u. Bucher.

¹⁰¹³ EuGH, Rs. 224/98, Slg. 2002, I-6191 (6225, Rn. 39) – D'Hoop.

¹⁰¹⁴ EuGH, Rs. C-408/03, Slg. 2006, I-2647 (2686, Rn. 70) – Kommission/Belgien.

ordnet jedenfalls die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Grenze für Einschränkungen ausdrücklich an.¹⁰¹⁵

II. Wesensgehalt

4948 Auch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes darf eine Regelung nicht dazu führen, dass das Recht auf Aufenthalt und freie Bewegung ausgehöhlt wird. Der Wesensgehalt des Rechts aus Art. 18 EG/21 AEUV darf nicht angetastet werden.¹⁰¹⁶ Diesen Wesensgehalt sah der Gerichtshof etwa durch eine belgische Regelung berührt, die an ein Fristversäumnis bei der Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis den Erlass einer Ausweisungsverfügung knüpfte.¹⁰¹⁷ Dieser Ansatz ist als Grenze nach Art. 52 Abs. 2 EGRC zu übertragen. Jedenfalls muss nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 EGRC jede Einschränkung der in der Charta anerkannten Rechte deren wesentlichen Gehalt achten.¹⁰¹⁸ Damit wird der Wesensgehalt des Art. 45 EGRC ausdrücklich geschützt.

III. Grundrechte

4949 Für die Grundfreiheiten ist anerkannt, dass sie nur dann wirksam eingeschränkt werden können, wenn die konkreten Regelungen mit dem europäischen Primärrecht vereinbar sind. Insoweit stellen auch die Grundrechte eine Rechtfertigungsschranke dar.¹⁰¹⁹

4950 Inwieweit diese Schranke auch für das Recht aus Art. 18 EG/21 AEUV gilt, hat der EuGH bislang noch nicht entschieden. Zwar hat der Gerichtshof in der Rechtsache *Carpenter* das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens als Rechtfertigungsschranke für Eingriffe in die Freizügigkeit eines Unionsbürgers anerkannt.¹⁰²⁰ Doch war Grundlage dieses Freizügigkeitsrechts nicht Art. 18 EG/21 AEUV, sondern die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EG.¹⁰²¹ Die Parallelen zwischen Art. 18 EG/21 AEUV und den Grundfreiheiten, die auch der Gerichtshof anerkannt hat, sprechen allerdings für eine Übertragung dieser Schranke auch auf das Freizügig-

¹⁰¹⁵ S.o. Rn. 539, 541 ff.

¹⁰¹⁶ *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 505 ff.; *Magiera*, in: Streinz, Art. 18 EGV Rn. 21.

¹⁰¹⁷ EuGH, Rs. C-408/03, Slg. 2006, I-2647 (2686, Rn. 68) – Kommission/Belgien. S. dazu bereits o. im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rn. 4947.

¹⁰¹⁸ S.o. Rn. 669, 673.

¹⁰¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 (2964, Rn. 43 f.) – ERT; Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3717, Rn. 24) – Familiapress; Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6321, Rn. 40) – Carpenter; *Frenz*, Europarecht 1, Rn. 505 ff.; *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 7 Rn. 94.

¹⁰²⁰ Allgemein zu Grundrechten als Schranken Rn. 400 ff.

¹⁰²¹ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (6321, Rn. 40 ff.) – Carpenter. Gegenstand der Vorlage war die Rechtmäßigkeit der Ausweisung einer drittstaatsangehörigen Ehefrau, die der Gerichtshof am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit des Ehemanns prüfte. Er sah die Freizügigkeit des Ehemanns durch die Ausweisung als beeinträchtigt an, weil seine beiden Kinder dann nicht mehr durch seine Ehefrau versorgt werden könnten.

keitsrecht.¹⁰²² Übertragen auf das Grundrecht aus Art. 45 EGRC müssen Einschränkungen dieses Grundrechts mit den anderen durch die Charta gewährleisteten Grundrechten vereinbar sein.

H. Prüfungsschema zu Art. 45 EGRC

1. Schutzbereich

4951

- a) Grundrechtsträger: Unionsbürger; nicht: juristische Personen
- b) Gewährleistungsgehalt
 - aa) freie Bewegung und freier Aufenthalt in allen Mitgliedstaaten, einschließlich Einreise, Ausreise
 - bb) EuGH: i.V.m. Art. 12 EG/18 AEUV
Recht auf Gleichbehandlung mit Angehörigen des Aufnahmestaates (str.)
 - cc) auch gegenüber eigenen Staatsangehörigen?
ablehnend EuGH: nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten
 - dd) Einbeziehung sekundärrechtlicher Ausübungsbedingungen (Art. 52 Abs. 2 EGRC); wesentlich: FreizügigkeitsRL 2004/38/EG

2. Eingriff

alle staatlichen Maßnahmen, die die Ausübung des Freizügigkeitsrechts unmittelbar oder mittelbar erschweren, einschränken oder aufheben

3. Rechtfertigung

- a) geschriebene Rechtfertigungsgründe: FreizügigkeitsRL 2004/38/EG
- b) ungeschriebene Rechtfertigungsgründe: analog zu den Grundfreiheiten „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“

4. Schranken

- a) Verhältnismäßigkeit
- b) Wesensgehalt
- c) Grundrechte

§ 7 Diplomatischer und konsularischer Schutz

A. Dreifacher Bezug

Nach Art. 46 EGRC genießen die Unionsbürger im Hoheitsgebiet eines Drittlandes, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, nicht vertreten ist, den Schutz der diplomatischen und konsularischen Stellen eines jeden 4952

¹⁰²² So auch *Kubicki*, EuR 2006, 489 (497 f.).

Mitgliedstaates unter denselben Bedingungen wie Staatsangehörige dieses Staates. Bereits der Wortlaut macht deutlich, dass diese Regelung sich im Spannungsfeld von Europa-, Völker- und nationalem Recht befindet.

- 4953** Zunächst wird die Rechtsstellung des Einzelnen durch das nationale Recht des Staates geprägt, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Sind die Betroffenen Unionsbürger, erwächst ihnen daraus ein besonderer europarechtlich ausgeformter Status, der die nationale Ebene überlagert. Begibt der Unionsbürger sich in einen Drittstaat, kommt eine weitere Regelungsebene hinzu, nämlich die des Völkerrechts. Denn die Ausformung der Rechte und des Schutzes von Individuen im Ausland gehört zur originären Regelungsmaterie des Völkerrechts. Bei einem solchen Aufeinandertreffen verschiedener Normebenen können Konflikte auftreten, die im Rahmen der Auslegung zu lösen sind.

B. Genese

- 4954** Die Idee, eine gemeinsame Verantwortung aller Mitgliedstaaten für alle Unionsbürger im Sinne einer Solidargemeinschaft zu statuieren, spiegelt sich bereits in Entschlüssen der 1980er Jahre über die Einführung eines gemeinsamen Passes wider.¹⁰²³ Die Aufnahme einer Regelung zum diplomatischen und konsularischen Schutz der Unionsbürger erfolgte aber erst durch den Vertrag von Maastricht.¹⁰²⁴ Diese findet sich inhaltsgleich nach der Änderung durch den Vertrag von Amsterdam in Art. 20 EG/23 AEUV. Die Regelung wurde vom Konvent ohne inhaltliche Diskussion in Art. 46 EGRC aufgenommen.¹⁰²⁵

C. Regelungen auf anderen Normebenen

I. Reformvertrag von Lissabon

- 4955** Im Reformvertrag wurde die Regelung des Art. 20 EG im Wesentlichen unverändert in Art. 23 AEUV und auch in Art. 20 Abs. 2 lit. b) AEUV übernommen. Allerdings ist in Art. 23 Abs. 1 AEUV nicht mehr von der Vereinbarung „notwendiger Regeln“ die Rede, sondern danach treffen die Mitgliedstaaten die „notwendigen Vorkehrungen“, um den Schutz der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten gewährleisten zu können. Insoweit werden in Art. 23 Abs. 1 AEUV mehr die praktischen Voraussetzungen angesprochen. Neu ist die in Art. 23 Abs. 2 AEUV verankerte Kompetenz des Rates, nach Anhörung des Europäischen Parlaments Richtlinien zwecks Koordinierung und Kooperation der Mitgliedstaaten zu erlassen. Durch die Verankerung dieser Gesetzgebungskompetenz wird der Rat das von der

¹⁰²³ Entschließung des Rates vom 23.6.1981 zur Einführung eines nach einheitlichem Muster gestalteten Passes (ABl. C 241 S. 1); ergänzt durch Entschlüssen vom 30.6.1982 (ABl. C 179, S. 1) und vom 14.7.1986 (ABl. C 185, S. 1).

¹⁰²⁴ Vgl. den damaligen Art. 8 c EG.

¹⁰²⁵ *Magiera*, in: Meyer, Art. 46 Rn. 2.

Kommission festgestellte Regelungsdefizit im Bereich des diplomatischen und konsularischen Schutzes beheben können.¹⁰²⁶

II. EG

Schon nach Art. 20 S. 1 EG genießt jeder Unionsbürger im Hoheitsgebiet eines dritten Landes, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, nicht vertreten ist, den diplomatischen und konsularischen Schutz eines jeden Mitgliedstaates unter denselben Bedingungen wie Staatsangehörige dieses Staates. Auch wenn der Wortlaut dem des Art. 46 EGRC sehr ähnlich ist, weichen die Formulierungen der deutschen Fassung in einem Punkt voneinander ab. So gewährt Art. 20 EG wie auch Art. 23 AEUV den Unionsbürgern den diplomatischen und konsularischen Schutz eines jeden Mitgliedstaates, während Art. 46 EGRC den Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Stellen vorsieht. Die weite Formulierung der primärrechtlichen Regelung wird teilweise zur Grundlage einer sehr weiten Auslegung auch des Art. 46 EGRC genommen.¹⁰²⁷ In jedem Fall muss die Regelung des Art. 20 S. 1 EG/23 Abs. 1 S. 1 AEUV wegen der Kongruenzregel des Art. 52 Abs. 2 EGRC bei der Auslegung des Art. 46 EGRC berücksichtigt werden. **4956**

III. Vereinbarungen der Mitgliedstaaten

Nach Art. 20 S. 2 EG/23 Abs. 1 S. 2 AEUV vereinbaren die Mitgliedstaaten die notwendigen Regeln und leiten die für diesen Schutz erforderlichen internationalen Verhandlungen ein. Die vereinbarten Durchführungsbestimmungen konkretisieren die Handlungspflichten und sorgen für ein abgestimmtes Vorgehen der Mitgliedstaaten in Drittländern. Dazu gehören etwa die Leitlinien der Mitgliedstaaten für das gemeinsame Vorgehen bei Notfällen ihrer Staatsangehörigen in Drittstaaten vom 1.7.1993.¹⁰²⁸ Darin wurde festgelegt, dass sich die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, der in einem Drittland nicht vertreten ist, in Notfällen wie Tod, Unfall, Krankheit oder Festnahme an die Vertretung eines anderen Mitgliedstaates wenden können. **4957**

Diese Leitlinien wurden in drei Beschlüssen konkretisiert. Dabei handelt es sich um den Beschluss über den Schutz der Unionsbürger durch die diplomatischen und konsularischen Vertretungen,¹⁰²⁹ den Beschluss über die von Konsulatsbeam- **4958**

¹⁰²⁶ Vgl. dazu die Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Der Beitrag der Europäischen Union zur Gewährleistung eines wirksamen konsularischen Schutzes in Drittländern, Aktionsplan 2007-2009, KOM (2007) 767 endg., Ziff. 2.

¹⁰²⁷ Näher dazu u. Rn. 4977.

¹⁰²⁸ Zitiert in KOM (93) 702 endg., S. 7.

¹⁰²⁹ Beschl. 95/553/EG der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 19.12.1995 über den Schutz der Bürger der europäischen Union durch die diplomatischen und konsularischen Vertretungen (sog. „Schutz-Beschl.“), ABl. L 315,

ten zu ergreifenden praktischen Maßnahmen¹⁰³⁰ sowie die Regeln für die Ausstellung eines Rückkehrausweises.¹⁰³¹ Der Beschluss 95/553 beschränkt die Hilfeverpflichtung im Wesentlichen auf Hilfeleistungen in Notfällen wie etwa Todesfälle, schwere Erkrankungen bzw. Unfälle, Festnahme und Haft, Gewaltverbrechen sowie allgemeine Notlagen.¹⁰³² Diese Beschlüsse stellen völkerrechtliche Vereinbarungen dar, die zwar vom primären Gemeinschaftsrecht vorgeschrieben werden, aber dennoch nicht dem sekundären Gemeinschaftsrecht zugeordnet werden können, da sie keine Handlungen der Gemeinschaftsorgane darstellen.¹⁰³³

IV. Initiativen zur Verbesserung des Schutzes

4959 In jüngerer Zeit hat die Arbeitsgruppe des Rates „konsularische Angelegenheiten“ („COCON“) Leitlinien für den konsularischen Schutz von EU-Bürgern in Drittländern erarbeitet. Diese Leitlinien sind nicht bindend und zielen vor allem auf einen verbesserten Informationsaustausch sowie eine bessere Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten ab.¹⁰³⁴ Darüber hinaus hat die Kommission im Februar 2007 auch im Hinblick auf Art. 46 EGRC ein Grünbuch „Der diplomatische und konsularische Schutz des Unionsbürgers in Drittländern“ veröffentlicht.¹⁰³⁵ Darin macht sie Vorschläge, wie das Wissen der Bürger über den konsularischen Schutz verbessert werden kann¹⁰³⁶ und fordert die Vereinheitlichung der bislang unterschiedlichen Schutzniveaus.¹⁰³⁷ Zuletzt hat die Kommission im Dezember 2007 einen Aktionsplan 2007-2009 beschlossen, in dem sie konkrete Maßnahmen und Vorschläge zur Verbesserung und Vereinheitlichung des konsularischen Schutzes niedergelegt hat.¹⁰³⁸

S. 73. Dieser ist nach Abschluss der Gesetzgebungsverfahren in den Mitgliedstaaten im Mai 2002 in Kraft getreten (so die Kommission im vierten Bericht über die Unionsbürgerschaft KOM (2004) 695 endg., Ziff. 3.4.).

¹⁰³⁰ Nicht im ABl. veröffentlicht, Hinweis darauf in KOM (2001), 560 endg. S. 19.

¹⁰³¹ Beschl. 96/409/GASP der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25.6.1996 zur Ausarbeitung eines Rückkehrausweises, ABl. L 168, S. 4. Vgl. Art. 5 Abs. 1.

¹⁰³² *Obwexer*, *ecolx* 1996, 323 (325); *Szczekalla*, *EuR* 1999, 325 (326 f.).

¹⁰³³ Dokument mit der Nr. 10109/06 des Rates vom 2.6.2006. Darin wird den Mitgliedstaaten u. a. empfohlen, einen Krisenplan zu erarbeiten und diesen den anderen Mitgliedstaaten zur Kenntnis zu bringen.

¹⁰³⁴ KOM (2006) 712 endg. (auch ABl. 2007 C 30, S. 8).

¹⁰³⁵ Grünbuch „Der diplomatische und konsularische Schutz des Unionsbürgers in Drittländern“, KOM (2006) 712 endg., Ziff. 2 (auch ABl. 2007 C 30, S. 8).

¹⁰³⁶ Grünbuch „Der diplomatische und konsularische Schutz des Unionsbürgers in Drittländern“, KOM (2006) 712 endg., Ziff. 3 (auch ABl. 2007 C 30, S. 8).

¹⁰³⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Der Beitrag der Europäischen Union zur Gewährleistung eines wirksamen konsularischen Schutzes in Drittländern, Aktionsplan 2007-2009, KOM (2007) 767 endg. Zu den Vorschlägen gehören u.a. eine verbesserte Information der Bürger (Ziff. 5.1.) oder Einrichtung eines EU-Büros in einem ausgewählten Drittland als Pilotprojekt (Ziff. 5.3.).

V. EMRK

In der EMRK ist an keiner Stelle ein ausdrückliches Recht der Angehörigen der Vertragsstaaten auf diplomatischen Schutz durch ihren Heimatstaat gegenüber einem Drittstaat verankert. Ein solcher Anspruch könnte sich aber aus der Schutzpflichtdimension der einzelnen Konventionsrechte ergeben.¹⁰³⁹ Allerdings hat die Rechtsprechung des EKMR bzw. des EGMR gefordert, dass zwischen der Verletzung im Drittstaat und dem Handeln des Konventionsstaats ein Zurechnungszusammenhang bestehen muss.¹⁰⁴⁰ Eine generelle Verpflichtung der Konventionsstaaten, die EMRK-Rechte gegenüber Drittstaaten durchzusetzen, wurde nicht anerkannt.¹⁰⁴¹ Insoweit besteht kein Anspruch auf diplomatischen Schutz auf der Ebene der EMRK.¹⁰⁴² 4960

Auch aus der Entscheidung des EGMR im Fall *Ilascu* kann ein solcher Anspruch nicht abgeleitet werden. Zwar hat der EGMR hier festgestellt, dass ein Konventionsstaat die Konventionsrechte seiner Bürger gegen einen schädigenden Staat durch geeignete Maßnahmen schützen muss.¹⁰⁴³ Als Beispiele hat er juristische, wirtschaftliche und auch diplomatische Maßnahmen genannt. Gleichzeitig hat der EGMR aber betont, dass den Staaten ein Ermessensspielraum zusteht, über die konkret am besten geeignete Maßnahme zu entscheiden.¹⁰⁴⁴ Daher kann aus dieser Entscheidung nicht abgeleitet werden, dass der EGMR nunmehr einen Anspruch auf diplomatischen Schutz auf der Grundlage der EMRK bejaht.¹⁰⁴⁵ 4961

D. Praktische Relevanz

Die praktische Bedeutung der Gewährleistung in Art. 46 EGRC ist erheblich. Dies ist bedingt durch die weiter zunehmenden Reiseaktivitäten der Unionsbürger in Drittstaaten und die steigende Anzahl von Bürgern, die ihren Wohnsitz in Drittländer verlegen.¹⁰⁴⁶ Die Anzahl der Vertretungen der Mitgliedstaaten in Drittländern hält mit dieser Entwicklung nicht Schritt. Zurzeit gibt es nur drei Staaten, in 4962

¹⁰³⁹ Giegerich, in: Grote/Marauhn, Kap. 26 Rn. 50; Storost, Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, 2005, S. 223 f.

¹⁰⁴⁰ EKMR, Entsch. vom 12.4.1996, Nr. 25045/94 – Dobberstein/Deutschland; EGMR, Urt. vom 21.11.2001, Nr. 35763/97 (Rn. 35 ff.), EuGRZ 2002, 403 (404 f.) – Al-Ad sani/Vereinigtes Königreich.

¹⁰⁴¹ Zusammenfassend Storost, Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, 2005, S. 222 ff.

¹⁰⁴² Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 16 Abs. 1 Rn. 37; Storost, Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, 2005, S. 226.

¹⁰⁴³ EGMR, Urt. vom 8.7.2004, Nr. 48787/99 (Rn. 331), NJW 2005, 1849 (1851) – Ilaşcu u.a./Moldawien u. Russland.

¹⁰⁴⁴ EGMR, Urt. vom 8.7.2004, Nr. 48787/99 (Rn. 334), NJW 2005, 1849 (1852) – Ilaşcu u.a./Moldawien u. Russland.

¹⁰⁴⁵ A.A. wohl Krieger, in: Grote/Marauhn, Kap. 6 Rn. 55.

¹⁰⁴⁶ Hobe, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 8; Grünbuch „Der diplomatische und konsularische Schutz des Unionsbürgers in Drittländern“, KOM (2006) 712 endg., Ziff. 1.5. (auch ABl. 2007 C 30, S. 8).

denen alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union vertreten sind, und zwar die USA, Russland und die Volksrepublik China.¹⁰⁴⁷

E. Personelle Reichweite

I. Berechtigte

1. Natürliche Personen

4963 Aus Art. 46 EGRC sind zunächst alle Unionsbürger, also natürliche Personen mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates berechtigt.

4964 Die Anknüpfung an das grundsätzlich eine klare Zuordnung ermöglichende Merkmal der Staatsangehörigkeit kann problematisch werden, wenn der Einzelne über mehr als eine Staatsangehörigkeit verfügt. Bei Mehrstaatern kann sich im Rahmen des Art. 46 EGRC das Problem stellen, dass diplomatischer Schutz gegen einen Drittstaat begehrt wird, mit dem der Unionsbürger ebenfalls durch das Band der Staatsangehörigkeit verbunden ist. In der völkerrechtlichen Diskussion wurden zwei Lösungsmöglichkeiten entwickelt. Art. 4 der Haager Konvention¹⁰⁴⁸ sieht für diesen Fall einen Ausschluss des diplomatischen Schutzes vor. Diese Regelung wurde als Ausdruck völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts gewertet und deshalb auch auf Fälle angewendet, in denen die beteiligten Staaten nicht zu den Unterzeichnerstaaten der Konvention gehören.¹⁰⁴⁹ Gegen diesen Ausschluss wird ein Wandel des Völkerrechts geltend gemacht, auf die effektive bzw. dominante Staatsangehörigkeit abzustellen. Danach ist die Gewährung diplomatischen Schutzes auch gegen einen Heimatstaat eines Mehrstaaters zulässig, wenn zu dem schutzausübenden Staat die engeren Beziehungen bestehen, etwa weil der Betroffene dort seinen ständigen Wohnsitz hat.¹⁰⁵⁰

4965 Im Falle eines Unionsbürgers, der auch über die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates verfügt, kann die Berechtigung aus Art. 46 EGRC deshalb völkerrechtlich eingeschränkt sein. Allerdings berechtigt diese Vorschrift alle Unionsbürger, ohne Mehrstaater auszunehmen. Deshalb sind grundsätzlich auch alle von der Schutzwirkung umfasst. Insoweit zählt jedenfalls in diesem Rahmen die effektive Staatsangehörigkeit, ohne dass daran überhöhte Anforderungen gestellt werden können, um möglichst niemanden schutzlos zu stellen.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁷ Vgl. Grünbuch „Der diplomatische und konsularische Schutz des Unionsbürgers in Drittländern“, KOM (2006) 712 endg., Ziff. 1.5. (auch ABl. 2007 C 30, S. 8).

¹⁰⁴⁸ Vom 12.4.1930.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Hailbronner, in: Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996, S. 27 (30 ff.). Hintergrund ist die Vorstellung, dass alle Staaten gleichermaßen souverän sind und dass in diese Souveränität durch eine Schutzgewährung gegenüber einem eigenen Staatsangehörigen nicht eingegriffen werden darf, vgl. ders., a.a.O., S. 35.

¹⁰⁵⁰ Hailbronner, in: Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996, S. 27 (31 f.; 34 f.).

¹⁰⁵¹ Vgl. Bungenberg, in: Heselhaus/Nowak, § 48 Rn. 14.

2. Juristische Personen

Es ist umstritten, ob über den Wortlaut hinaus sich auch juristische Personen auf dieses Grundrecht berufen können. Dagegen wird eingewandt, dass die ausdrückliche Berechtigung juristischer Personen in anderen Grundrechten im Umkehrschluss gegen eine Berechtigung juristischer Personen aus Art. 46 EGRC spreche.¹⁰⁵² Dieses systematische Argument ist nicht ohne weiteres zu widerlegen. Hinzu kommt, dass nach der Definition des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EG/20 Abs. 1 S. 2 AEUV der Begriff des Unionsbürgers auf natürliche Personen beschränkt ist und eine Ausdehnung des Berechtigtenkreises sich damit auch über diese Regelung hinwegsetzen muss. **4966**

Dennoch ist ein Ausschluss juristischer Personen aus dem Kreis der Berechtigten nicht zwingend. Der systematischen Argumentation kann nämlich eine teleologische entgegengestellt werden, die für eine Einbeziehung juristischer Personen spricht. Die Regelung des Art. 46 EGRC knüpft mit den Begriffen des diplomatischen und konsularischen Schutzes an völkerrechtliche Kategorien an, die deshalb auch bei seiner Auslegung zu berücksichtigen sind.¹⁰⁵³ Nach allgemeiner Auffassung im Völkerrecht können aber auch juristische Personen diplomatischen und konsularischen Schutz in Anspruch nehmen.¹⁰⁵⁴ Da das Gefährdungspotenzial für diese mindestens ebenso groß ist wie für natürliche Personen, spricht eine an Sinn und Zweck des Art. 46 EGRC orientierte Auslegung für eine Einbeziehung juristischer Personen in den Kreis der Berechtigten.¹⁰⁵⁵ **4967**

II. Verpflichtete

Adressaten des Grundrechts sind die Mitgliedstaaten und ihre diplomatischen und konsularischen Stellen. Teilweise wird darüber hinaus auch die Union als Verpflichtete angesehen.¹⁰⁵⁶ Indes wurde trotz eines entsprechenden Vorschlags der Kommission die Union nicht in Art. 20 EG/23 AEUV als Verpflichtete aufgenommen.¹⁰⁵⁷ Auch verfügt sie nicht über die erforderlichen Auslandsvertretungen, um vor Ort unmittelbar Unterstützung zu leisten, so wie das von Art. 46 EGRC intendiert ist.¹⁰⁵⁸ **4968**

¹⁰⁵² *Magiera*, in: Meyer, Art. 46 Rn. 9; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 20 EGV Rn. 3 f.

¹⁰⁵³ Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1145.

¹⁰⁵⁴ Vgl. den Wortlaut des Art. 5 Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963 (WÜK), BGBl. II 1969 S. 1587. Danach gehört es u.a. zu den konsularischen Aufgaben den Angehörigen des Entsendestaates, und zwar sowohl natürlichen als auch juristischen Personen, Hilfe und Beistand zu leisten (Art. 5 lit. e) WÜK).

¹⁰⁵⁵ *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1145; *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 30; *Obwexer*, *ecolx* 1996, 323 (326); *Szczekalla*, *EuR* 1999, 325 ff.

¹⁰⁵⁶ *Jarass*, § 39 Rn. 3.

¹⁰⁵⁷ *Magiera*, in: Meyer, Art. 46 Rn. 12; *Storost*, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?*, 2005, S. 45 ff.

¹⁰⁵⁸ *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 32; *Kadelbach*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 21 Rn. 74.

4969 Gegen die Ableitung einer Schutzverpflichtung der Union aus Art. 20 EG/23 AEUV spricht auch Art. 22 EG/25 AEUV. Das hier geregelte spezifische Verfahren für die Fortentwicklung der Unionsbürgerschaft liefe leer, wenn bereits aus Art. 20 EG/23 AEUV eine solche Kompetenz abgeleitet werden könnte.¹⁰⁵⁹ Die Frage nach der Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, nach dem eine Schutzpflicht der Union besteht,¹⁰⁶⁰ ist unabhängig von der Vorschrift des Art. 46 EGRC zu beantworten und kann deshalb auch nichts zu dessen Auslegung beitragen.

F. Gewährleistungsinhalt

I. Inländergleichbehandlung

4970 Art. 46 EGRC setzt zunächst voraus, dass der Unionsbürger sich in einem Drittstaat aufhält, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, nicht vertreten ist. Dann besteht ein Schutzanspruch durch die diplomatischen und konsularischen Stellen eines in dem Drittstaat vertretenen Mitgliedstaates unter denselben Bedingungen, wie er Staatsangehörigen dieses anderen Mitgliedstaates gewährt wird. Damit statuiert Art. 46 EGRC ein Gebot der Inländergleichbehandlung.¹⁰⁶¹ Dies bedeutet, dass es keinen durch das Grundrecht festgelegten Schutzstandard gibt, sondern es besteht nur die Pflicht, den Schutz zu gewähren, der in dem jeweiligen Mitgliedstaat festgelegt ist.

4971 Die Garantie des Art. 46 EGRC ist damit an das jeweilige innerstaatliche Recht gekoppelt, das nicht einheitlich ist. Soweit hier eine Schutzpflicht anerkannt wird, schlägt dies auf das Recht aus Art. 46 EGRC durch. Für das deutsche Recht hat das BVerfG aus der Schutzpflichtdimension der Grundrechte ein subjektives Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz zugunsten deutscher Staatsangehöriger hergeleitet.¹⁰⁶² Allerdings ist dieses Recht nicht auf ein konkretes Handeln gerichtet, vielmehr kommt den staatlichen Stellen im außenpolitischen Bereich ein weites Ermessen darüber zu, ob und wie sie tätig werden wollen.¹⁰⁶³ Gibt es in dem jeweiligen Mitgliedstaat keine rechtlichen Regeln über den konsularischen oder diplomatischen Schutz, so ist die tatsächliche Praxis entscheidend.¹⁰⁶⁴

4972 Auch soweit ein Mitgliedstaat Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates besonderen Schutz gewährt, der über das hinausgeht, was den eigenen Staatsangehö-

¹⁰⁵⁹ Storost, Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, 2005, S. 46 f.

¹⁰⁶⁰ Ausführlich dazu *Sczcekalla*, EuR 1999, 325 (333 ff.); *Storost*, Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, 2005, S. 227 ff.

¹⁰⁶¹ *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 12; *Rengeling/Sczcekalla*, Rn. 1152; *Storost*, Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, 2005, S. 221 f.; *Ruffert*, AVR 35 (1997), 460 (472) – zu Art. 8c EGV.

¹⁰⁶² BVerfGE 55, 349 (364 f.).

¹⁰⁶³ BVerfGE 55, 349 (364 f.).

¹⁰⁶⁴ *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 16.

rigen gewährt wird, können sich die Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten nicht darauf berufen. Es gibt kein Prinzip der Meistbegünstigung.¹⁰⁶⁵

II. Art des Schutzes

1. Völkerrechtliche Begriffe

Nach dem Wortlaut des Art. 46 EGRC genießen die Unionsbürger den Schutz der diplomatischen und konsularischen Stellen der anderen Mitgliedstaaten. Die genaue Bestimmung des Anspruchsinhalts setzt zunächst eine Klärung voraus, welchen Schutz konsularische und diplomatische Stellen gewähren können. Diese Frage berührt das Verhältnis der Staaten untereinander, weshalb das Völkerrecht als Maßstab heranzuziehen ist. **4973**

Die Reichweite und der Inhalt konsularischen Schutzes ist in Art. 5 Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen (WÜK) vom 24.3.1963¹⁰⁶⁶ beschrieben. Dazu gehören etwa das Ausstellen von Ausweisen, die Leistung von Hilfe in Notsituationen, die Unterstützung in familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten oder die Vertretung vor Gericht. Diese Aufgaben kann ein Staat auch stellvertretend für einen anderen Staat wahrnehmen, wenn der Empfangsstaat keinen Einspruch erhebt.¹⁰⁶⁷ **4974**

Diplomatischer Schutz umfasst zum einen die Hilfe zugunsten der eigenen Staatsangehörigen durch diplomatische und konsularische Organe.¹⁰⁶⁸ Zum anderen beinhaltet er nach völkerrechtlicher Praxis das Recht eines Staates, gegenüber dritten Staaten Ansprüche aus der Verletzung völkerrechtlicher Regeln zulasten seiner Staatsangehörigen geltend zu machen.¹⁰⁶⁹ Der Schwerpunkt liegt dabei in der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen der Unterschreitung des gewohnheitsrechtlich anerkannten Mindeststandards beim Schutz einer Person und ihres Eigentums.¹⁰⁷⁰ Die Geltendmachung eines solchen Anspruchs durch einen dritten Staat – wie im Fall des Art. 46 EGRC – setzt allerdings das Einverständnis des Schädigerstaates voraus. **4975**

2. Rückwirkungen auf den Schutzgehalt von Art. 46 EGRC

Weil Art. 46 EGRC von dem Schutz „der diplomatischen und konsularischen Stellen“ spricht und diplomatischer Schutz durch einen Drittstaat das Einverständnis **4976**

¹⁰⁶⁵ Hobe, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 15.

¹⁰⁶⁶ BGBl. II 1969 S. 1587 ff.

¹⁰⁶⁷ Art. 8 WÜK.

¹⁰⁶⁸ Art. 3 Abs. 1 lit. b) Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD) vom 18.4.1961, BGBl. II 1964 S. 959 ff.

¹⁰⁶⁹ IGH, Urt. vom 6.4.1955 (Nottebohm), ICJ Rep. 1955, 4 (24); Hailbronner, in: Vitzthum, Völkerrecht, 3. Abschnitt Rn. 110; Kadelbach, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 539 (560).

¹⁰⁷⁰ Kadelbach, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 539 (560).

des Schädigerstaates voraussetzt, bezieht sich sein Gehalt nur auf die Schutzmaßnahmen, die ohne weiteres durch die Vertretung im jeweiligen Land gewährt werden können.¹⁰⁷¹ Denn es ist davon auszugehen, dass Art. 46 EGRC nur einen Anspruch formulieren wollte, der durch die Mitgliedstaaten auch grundsätzlich erfüllbar ist. Damit erfasst Art. 46 EGRC nur solche Schutzmaßnahmen, die durch diplomatische oder konsularische Vertretungen zugunsten der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten gewährt werden können. Die Geltendmachung von Ansprüchen wegen der Verletzung von Völkerrecht ist deshalb nicht erfasst.¹⁰⁷²

3. Erweiterung durch Art. 20 S. 1 EG/23 S. 1 AEUV?

4977 Der Wortlaut des Art. 20 S. 1 EG/23 S. 1 AEUV ist im Hinblick auf den Schutzzumfang weiter als der des Art. 46 EGRC. Danach kommt jedem Unionsbürger der diplomatische und konsularische Schutz eines jeden Mitgliedstaates zu. Das spricht für einen weiten Schutzzumfang, der neben unmittelbaren Hilfen zugunsten des jeweiligen Staatsbürgers auch Maßnahmen gegenüber dem Aufenthaltsstaat umfasst. Dieser Schutzzumfang könnte über die Kongruenzklausel des Art. 52 Abs. 2 EGRC auch für Art. 46 EGRC relevant werden.¹⁰⁷³

4978 Jedoch ist gerade umstritten, ob Art. 20 S. 1 EG/23 S. 1 AEUV in einem solchen weiten Sinne oder in einem institutionellen Sinne zu verstehen ist. Die Bedeutung des weiten deutschen Wortlauts relativiert sich beim Blick auf die anderen sprachlichen Fassungen des EG/AEUV.¹⁰⁷⁴ So ist in der englischen Fassung von „protection by the diplomatic or consular authorities“ die Rede. Sie bezieht sich damit ausdrücklich auf die Institutionen. Auch der französischen Fassung liegt ein institutionelles Verständnis zugrunde. Sie spricht von „protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires“.

4979 Von den Befürwortern einer weiten Auslegung wird deshalb maßgeblich Art. 20 S. 2 EG/23 Abs. 1 S. 2 AEUV angeführt, wonach die Mitgliedstaaten die notwendigen Regeln vereinbaren und die für den Schutz erforderlichen internationalen Verhandlungen einleiten. Solche Verhandlungen seien bei einem engen Verständnis, das nur unmittelbaren Schutz im Drittstaat umfasse, nicht erforderlich.¹⁰⁷⁵ Indes ist dieses Argument nicht zwingend. Denn auch Hilfestellungen zugunsten anderer Staatsbürger kann widersprochen werden;¹⁰⁷⁶ dieser Widerspruch kann durch Verhandlungen vermieden werden.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷¹ Sog. institutionelle Deutung, vgl. diesen Begriff bei *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 EGV Rn. 7; s. aber *Ruffert*, AVR 35 (1997), 459 (465), der auch diplomatischen Schutz im engeren Sinne darunter fasst, da auch diese Maßnahmen einen „institutionellen Bezug“ zu einer Auslandsvertretung haben.

¹⁰⁷² A.A. *Magiera*, in: Meyer, Art. 46 Rn. 7.

¹⁰⁷³ So auch *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1147.

¹⁰⁷⁴ *Kadelbach*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 539 (561).

¹⁰⁷⁵ *Stein*, in: ders. (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996, S. 97 (99); *Magiera*, in: Meyer, Art. 46 Rn. 7.

¹⁰⁷⁶ Vgl. Art. 8 WÜK.

¹⁰⁷⁷ *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 21.

III. Unmittelbare Anwendbarkeit

Der Wortlaut des Art. 46 EGRC spricht zwar nicht ausdrücklich von einem Recht. **4980**
Jedoch ergibt sich aus der systematischen Stellung der Gewährleistung im Titel über die Bürgerrechte, dass den Unionsbürgern ein Anspruch auf diplomatischen und konsularischen Schutz zukommen soll.¹⁰⁷⁸

Gegen den Anspruchscharakter kann auch nicht eingewandt werden, dass es an **4981**
der erforderlichen unmittelbaren Anwendbarkeit der Norm fehle.¹⁰⁷⁹ Denn Art. 46 EGRC erfüllt die Voraussetzungen, die der EuGH insoweit aufgestellt hat.¹⁰⁸⁰ Das Grundrecht besitzt einen rechtlich klaren Gehalt, der zwar nicht unumstritten ist, sich aber durch Auslegung ermitteln lässt.¹⁰⁸¹ Auch ist seine Anwendbarkeit nicht von dem Erlass weiterer Vorschriften abhängig. Die Regeln und Verhandlungen i.S.d. Art. 20 S. 2 EG/23 Abs. 1 S. 2 AEUV schaffen nicht erst die Voraussetzungen, um Art. 46 EGRC zur Anwendung zu bringen, sondern sie dienen der verfahrensmäßigen Ausgestaltung und Abstimmung mit Drittstaaten.¹⁰⁸²

G. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

I. Beeinträchtigung

Art. 46 EGRC vermittelt kein Recht auf einen bestimmten Schutz, sondern ledig- **4982**
lich ein Recht auf Inländergleichbehandlung.¹⁰⁸³ Deshalb wird das Grundrecht nicht durch die Verweigerung diplomatischen und konsularischen Schutzes allein beeinträchtigt. Entscheidend ist, ob der Unionsbürger in der konkreten Situation schlechter gestellt wird als die Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates. Nur im Falle einer Schlechterstellung liegt eine Beeinträchtigung des Grundrechts vor.¹⁰⁸⁴ Dies wäre etwa der Fall, wenn ein Mitgliedstaat einem Unionsbürger für die Ausstellung eines Rückkehrausweises Gebühren berechnen würde, die er von seinen eigenen Staatsangehörigen nicht verlangt.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁷⁸ *Szczekalla*, EuR 1999, 325 (328); a.A. *Obwexer*, *ecolex* 1996, 323 (327 f.).

¹⁰⁷⁹ So aber *Kadelbach*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 539 (561 f.).

¹⁰⁸⁰ Vgl. nur EuGH, Rs. 57/65, Slg. 1966, 257 (266) – Lütticke; näher dazu *Frenz*, *Europarecht* 1, Rn. 83 ff.

¹⁰⁸¹ *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 26; *Szczekalla*, EuR 1999, 325 (327).

¹⁰⁸² *Hobe*, in: Tettinger/Stern, Art. 46 Rn. 26; *Magiera*, in: Meyer, Art. 46 Rn. 11; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 20 EGV Rn. 11.

¹⁰⁸³ S.o. Rn. 4970 ff.

¹⁰⁸⁴ *Jarass*, § 39 Rn. 8.

¹⁰⁸⁵ Nach dem Beschl. 96/409/GASP der im Rat Vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25.6.1996 zur Ausarbeitung eines Rückkehrausweises, ABl. L 168, S. 4, Anhang II Nr. 3 soll auch hier eine Gleichbehandlung erfolgen: „Die ausstellende Vertretung berechnet dem Antragsteller die Kosten und Gebühren, die sie üblicherweise für die Ausstellung eines Reiseausweises als Passersatz berechnen würde.“

II. Rechtfertigung

4983 Da Art. 46 EGRC seinem Charakter nach ein Gleichbehandlungsrecht ist, kommt grundsätzlich eine Rechtfertigung bei Vorliegen objektiver Gründe in Betracht.¹⁰⁸⁶ Allerdings unterliegen diese einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.

4984 Die Gebührenpflichtigkeit von Rückkehrausweisen nur für Angehörige anderer Mitgliedstaaten dürfte deshalb unzulässig sein, da schon kein objektiver Grund für die Ungleichbehandlung ersichtlich ist. Die Refinanzierung des Verwaltungsaufwands durch Steuermittel ist auch bei den eigenen Staatsangehörigen nicht gesichert, denn zumindest nach deutschem Recht ist regelmäßig entscheidender Anknüpfungspunkt für die Steuerpflichtigkeit im Inland der Wohnsitz bzw. der dauernde Aufenthalt und nicht die Staatsangehörigkeit.¹⁰⁸⁷

H. Prüfungsschema zu Art. 46 EGRC

4985 1. Schutzbereich

- a) Grundrechtsträger: Unionsbürger; bei Mehrstaaten Anknüpfen an effektive Staatsangehörigkeit; juristische Personen (str.)
- b) Verpflichtete: Mitgliedstaaten, nicht: Union
- c) Gewährleistungsinhalt:
 - aa) Gleichbehandlungsanspruch auf Schutz nach im jeweiligen Mitgliedstaat üblichen Umfang; Maßstab: rechtliche Regeln; subsidiär tatsächliche Praxis
 - bb) Art des Schutzes: Schutzmaßnahmen im Drittstaat; keine Maßnahmen gegen andere Staaten wg. Verletzung Völkerrecht

2. Beeinträchtigung

nur bei Ungleichbehandlung mit Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates

3. Rechtfertigung

objektive Gründe für Ungleichbehandlung

4. Schranken

Verhältnismäßigkeit

¹⁰⁸⁶ Vgl. zur Rechtfertigung von Eingriffen in das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 2 EGRC Rn. 3286.

¹⁰⁸⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 EStG.

Kapitel 13

Justizielle Grundrechte

§ 1 Bedeutung mit und ohne Lissabonner Vertrag

Der Bereich der Justiz ist eine der traditionellen nationalen Domänen. Indes schreitet die Einbeziehung auch der mitgliedstaatlichen Gerichte und Justizbehörden immer weiter voran. Erstere bilden schon seit langem europäische Gerichte im funktionellen Sinn, wenn es um die Geltendmachung subjektiver Rechte aus dem Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht geht.¹ Bereits bislang sieht Art. 65 EG die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen als Gemeinschaftspolitik mit Möglichkeiten der Beschlussfassung nach Art. 67 EG vor. Art. 81 AEUV baut diese Regelung weiter aus und bezieht auch explizit einen effektiven Zugang zum Recht (Abs. 2 lit. e) ein. Für Maßnahmen im Kontext des Familienrechts mit grenzüberschreitendem Bezug müssen nach Art. 81 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV alle nationalen Parlamente zustimmen; diese haben also ein absolutes Vetorecht.² Gleichwohl handelt es sich um eine unionsrechtliche Maßnahme, so dass materiell insbesondere die justiziellen Grundrechte zu wahren sind. Sie prägen auch die Auslegung beschlossener Rechtsakte sowie deren Ausführung. 4986

Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen ist bislang in Art. 31 EU als Bereich gemeinsamen Vorgehens vorgesehen. Art. 82 f. AEUV sehen nun Gesetzgebungsmaßnahmen der Union selbst vor, insbesondere um die Kooperation zwischen nationalen Behörden zu stärken und Mindeststandards festzulegen,³ ohne damit nationale Unterschiede einzuebnen: Die Mitgliedstaaten können weiterhin ein höheres Schutzniveau für den Einzelnen beibehalten oder einführen (Art. 82 Abs. 2 Uabs. 3 AEUV). Insoweit gelten dann die nationalen Grundrechte, für die unionsrechtlichen Vorgaben indes die europäischen. 4987

¹ S.o. Rn. 724 ff.

² K.H. Fischer, Der Vertrag von Lissabon, 2008, S. 235.

³ Näher u. Rn. 5067 ff.

§ 2 Effektiver Rechtsschutz

A. Grundkonzeption

I. Gewährleistungsinhalt

4988 Art. 47 EGRC enthält das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Es handelt sich dabei um ein Recht akzessorischer Art, das an eine Verletzung anderer Rechte anknüpft.⁴ Das Recht auf effektiven Rechtsschutz kann also niemals weiter gehen als die zu überprüfende Verletzung subjektiver Rechte. Allerdings hat es durchaus eine gleichwertige Bedeutung, laufen doch die anderen Grundrechte weitgehend leer, wenn sie nicht wirksam gerichtlich durchgesetzt werden können. Daher handelt es sich um kein bloßes „Annexgrundrecht“.

4989 In verschiedenen Ausprägungen wird gewährleistet, dass tatsächliche oder potenzielle Verletzungen subjektiver Unionsrechte gerichtlicher Kontrolle unterliegen. Unter dem Begriff des effektiven Rechtsschutzes befinden sich dabei nicht nur die Kernaussagen der Absätze von Art. 47 EGRC. Vielmehr sind auch die rechtsstaatlichen Ausprägungen des Grundsatzes des fairen Verfahrens erfasst.⁵

II. Anlehnung an die EMRK

4990 Art. 47 Abs. 1 EGRC basiert auf Art. 13 EMRK, geht freilich weiter; Art. 47 Abs. 2 EGRC liegt Art. 6 EMRK zugrunde. Zwar wurden EMRK-Vorschriften vom Konvent wörtlich als Grundlage angeführt,⁶ jedoch in der Charta modifiziert aufgenommen.⁷ Art. 47 Abs. 3 EGRC fußt im Wesentlichen auf der Rechtsprechung des EGMR. Als zentrale Entscheidungen sind *Golder*⁸ und insbesondere *Airey*⁹ zu nennen.

III. Systematik von Art. 47 EGRC

4991 Ob Art. 47 Abs. 1 und 2 EGRC als einheitliches Grundrecht zu verstehen sind,¹⁰ ist nicht nur rein dogmatischer Natur, sondern betrifft im Kern die Frage, ob Art. 47 Abs. 2 EGRC unabhängig von Absatz 1 zu betrachten ist. Dann gilt das Recht auf ein unparteiisches Gericht sowie ein faires Verfahren im Anwendungs-

⁴ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 51 Rn. 9, 32.

⁵ S.u. Rn. 5033 ff.

⁶ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (29, 30, 34).

⁷ S. nur Rn. 4994 f.

⁸ EGMR, Urt. vom 21.2.1975, Nr. 4451/70 (Rn. 34), EuGRZ 1975, 91 (95 f.) – *Golder/Vereinigtes Königreich*.

⁹ EGMR, Urt. vom 9.10.1979, Nr. 6289/73 (Rn. 26), EuGRZ 1979, 626 (628 f.) – *Airey/Irland*.

¹⁰ So *Alber*, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 53; a.A. *Jarass*, § 40 Rn. 2; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 2.

bereich des gesamten Unionsrechts, andernfalls nur in Bezug auf die Verletzung von subjektivem Unionsrecht.

Für das einheitliche Verständnis der Absätze 1 und 2 wird angeführt, die Natur als „Grundrecht“ gebiete, Art. 47 Abs. 2 EGRC auf die Verletzung von subjektiven Rechten des Unionsrechts zu beschränken.¹¹ Indes handelt es sich um kein einheitliches Grundrecht. Die verschiedenen Ansätze sind vielmehr auf unterschiedliche Gewährleistungen in der EMRK zurückzuführen.¹² Auch die Überschrift des Artikels deutet eher auf die Unabhängigkeit der Absätze hin.¹³ Zwar fehlt der Union eine ausdrückliche Kompetenz zur Angleichung der mitgliedstaatlichen Prozessordnungen. Jedoch entspricht Art. 47 Abs. 2 EGRC den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie sie sich aus den Prozessrechten der Mitgliedstaaten ableiten lassen.¹⁴ **4992**

Vor allem kann es nicht bezweckt gewesen sein, dass im Einzelfall für denjenigen, der nationale Rechte einklagen möchte, ungünstigere Verfahrensregeln Anwendung finden als auf denjenigen, der vergleichbare europarechtliche Ansprüche geltend macht.¹⁵ Somit sind die ersten beiden Absätze des Art. 47 EGRC unabhängig voneinander zu verstehen. Aus Gründen der Klarheit wäre es freilich wünschenswert gewesen, dies auch durch getrennte Artikel kenntlich zu machen. **4993**

B. Der gerichtliche Rechtsschutz nach Art. 47 Abs. 1 EGRC

I. Vergleich zu Art. 13 EMRK

Art. 13 EMRK gewährleistet das Recht auf eine wirksame Beschwerde vor einer innerstaatlichen Instanz. Demgegenüber fasst Art. 47 Abs. 1 EGRC seine Garantie weiter. Zunächst gibt er über das bloße Beschwerderecht hinaus einen Anspruch auf einen Rechtsbehelf. Dieser ist nicht auf eine auch ggf. nur vorgerichtliche Stelle zu verweisen, sondern muss bei einem Gericht eingelegt werden können. Die EGRC verzichtet dabei auf das Attribut der „Innerstaatlichkeit“. Damit werden auch die europäischen Gerichte von Art. 47 Abs. 1 EGRC erfasst. **4994**

Eine weitere, markante Differenz ist der Bezug auf die verletzten Rechte. Während Art. 13 EMRK den effektiven Rechtsschutz bei der Verletzung von konventionsrechtlichen Garantien vorsieht, schützt die Grundrechtecharta durch das Unionsrecht garantierte Rechte oder Freiheiten. **4995**

¹¹ Jarass, § 40 Rn. 2.

¹² S.o. Rn. 4990.

¹³ Vgl. Jarass, § 40 Rn. 2.

¹⁴ Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 53.

¹⁵ Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 53.

II. Persönlicher Geltungsbereich

- 4996** Den Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf hat „jede Person“. Damit wird er nicht nur Unionsbürgern gewährleistet.¹⁶ Außerdem ist die Garantie nicht natürlichen Personen vorbehalten. Auch juristische Personen, selbst solche des öffentlichen Rechts, können sich grundsätzlich darauf berufen.¹⁷
- 4997** Dabei ist jedoch die Einschränkung aufgrund der akzessorischen Natur des Rechts auf einen effektiven Rechtsschutz zu beachten. Gerügt werden kann nur die Verletzung von Rechten und Freiheiten, die das Unionsrecht gewährt. Der effektive Rechtsschutz für juristische Personen und Drittstaatsangehörige reicht daher nur so weit, wie das Unionsrecht für sie subjektive Rechte vorsieht.

III. Verletzung von Rechten und Freiheiten

1. Qualität der Rechte

a) Durch das Unionsrecht garantierte Rechte und Freiheiten

- 4998** Zentrale Voraussetzung von Art. 47 Abs. 1 EGRC ist die Verletzung von Rechten oder Freiheiten. Die Norm bezieht sich nicht auf unbestimmte Kategorien an Rechten und spezifiziert nur insoweit, als es sich um Rechte und Freiheiten handeln muss, die durch das Unionsrecht selbst garantiert sind. Freiheiten sind von ihrer Substanz her Rechte und bilden somit deren Unterfall.¹⁸
- 4999** Rechten muss Rechtsqualität im engeren Sinne zukommen; sie müssen also verbindlich sein. Allgemein wird dies bei bloßen Grundsätzen verneint.¹⁹ Daraus ergibt sich die hohe praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen konkreten, individuell einforderbaren Grundrechten und bloßen Grundsätzen, wie sie vor allem im Bereich der solidarischen bzw. sozialen Grundrechte auftauchen.
- 5000** Die Gewährleistungen der EGRC werden bei Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags nach Art. 6 Abs. 2 EUV formal den vertraglichen Gewährleistungen gleichgestellt und damit voll rechtsverbindlich. Dann stellt sich a priori nicht mehr das generelle Problem einer bloßen Grundsatzqualität der Grundrechte. Sie sind daher, soweit sie nach der EGRC über bloße Grundsätze hinausreichen, nach Art. 47 Abs. 1 EGRC individuell gerichtlich einforderbar. Das gilt aber unabhängig von einer solchen Festschreibung und damit auch von einem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages,²⁰ da die Grundrechte schon jetzt als einklagbare Rechte geprüft und durch die EGRC nur konkretisiert werden.²¹

¹⁶ EuGH, Rs. 98/79, Slg. 1980, 691 (708, Rn. 2) – Pecastaing.

¹⁷ *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 5.

¹⁸ *Jarass*, § 40 Rn. 6; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 6.

¹⁹ *Alber*, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 17; *Jarass*, § 40 Rn. 6; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 6.

²⁰ Ebenso für die Rechtslage vor dem EUV *Jarass*, § 40 Rn. 6; *Eser*, in: Meyer, Art. 47 Rn. 16; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 6.

²¹ S.o. Rn. 9, 14.

Überdies gilt die Garantie des Art. 47 Abs. 1 EGRC für die Verletzung aller sonstigen „durch das Unionsrecht garantierten Rechte“. Hinter dieser Formulierung verbergen sich zunächst das Primär- und Sekundärrecht sowie die Union bindende völkerrechtliche Verträge.²² Doch auch solches mitgliedstaatliches Recht, das seinerseits Unionsrecht umsetzt, wird in Bezug genommen. Wichtig ist dies insbesondere für die nationalstaatliche Umsetzung von Richtlinien nach Art. 249 Abs. 3 EG/288 Abs. 3 AEUV. **5001**

b) Subjektive Rechte

Nur solche Rechte können vom Einzelnen nach Art. 47 Abs. 1 EGRC vor Gericht eingefordert werden, die als „subjektive Rechte“ zu verstehen sind. Inwieweit eine Norm subjektive Rechte gewährt, richtet sich danach, wessen Schutz sie zu dienen bezweckt.²³ Damit können zunächst die Erwägungen zur Schutznormlehre²⁴ herangezogen werden. Da es sich um eine europarechtliche Norm handelt, zählen die Maßstäbe auf EU-Ebene. Dabei geht es nicht so sehr um die Eingrenzung eines bestimmten Personenkreises und die spezifische Ausrichtung auf den Individualschutz. Vielmehr steht außerhalb der Grundrechte oft der Schutz eines bestimmten Gutes im Vordergrund, woraus gleichwohl – wenn auch nur indirekt – der Einzelne profitiert. Auf Umweltrichtlinien trifft das des öfteren zu; es genügt etwa der bezweckte Schutz der Volksgesundheit.²⁵ Ist eine Bestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau, aber im nationalen Recht nicht (adäquat) umgesetzt, muss sie individuell eingefordert werden können. Damit sind die Anforderungen an subjektive Rechte i.S.v. Art. 47 Abs. 1 EGRC weniger streng, nämlich hinsichtlich eines abgrenzbaren Personenkreises, aber auch der Intensität des Schutzzwecks.²⁶ **5002**

2. Verletzung

a) Verursachung

Art. 47 Abs. 1 EGRC setzt voraus, dass ein durch das Unionsrecht garantiertes subjektives Recht verletzt worden ist. Verursacher der Verletzung können zunächst die Organe und die Einrichtungen der Union sowie deren Bedienstete bei der Aus- **5003**

²² Jarass, § 40 Rn. 6.

²³ S. dazu EuGH, Rs. C-178 u.a./94, Slg. 1996, I-4845 (4882, Rn. 35 f.) – Dillenkofer; Rs. C-222/02, Slg. 2004, I-9425 (9478 f., Rn. 40, 43, 46) – Paul.

²⁴ Dazu Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorbem. zu § 42 Abs. 2 Rn. 94 ff.

²⁵ EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (5023, Rn. 14) – Kommission/Deutschland für die RL 75/440/EWG des Rates vom 16.6.1975 über die Qualitätsanforderungen an Oberflächenwasser für die Trinkwassergewinnung in den Mitgliedstaaten, ABl. L 328, S. 34 und die RL 79/869/EWG des Rates vom 9.10.1979 über die Meßmethoden sowie über die Häufigkeit der Probenahmen und der Analysen des Oberflächenwassers für die Trinkwassergewinnung in den Mitgliedstaaten, ABl. L 271, S. 44, beide aufgehoben durch RL 2000/60/EG, ABl. 2000 L 327, S. 1.

²⁶ Jarass, § 40 Rn. 8.

übung ihres Amtes sein. Soweit sie Unionsrecht ausüben, kommen auch die Mitgliedstaaten und ihre Stellen in Betracht.

- 5004** Entsprechend dem offenen Wortlaut von Art. 47 EGRC sind nicht nur Verletzungen durch die öffentliche Gewalt, sondern auch durch Privatpersonen relevant, soweit diese der Bindung an das Unionsrecht unterliegen. Damit unterscheidet sich die Gewährleistung signifikant von den Vorgaben in Art. 19 Abs. 4 GG, der sich auf die öffentliche Gewalt bezieht.²⁷
- 5005** Die Form der Verletzungshandlung ist grundsätzlich unbeachtlich. Es kommen also auch rein tatsächliche Handlungen in Betracht. Insbesondere kann eine anfechtbare Verletzung nicht einfach dadurch ausgeschlossen werden, dass eine Handlung wie die Verhängung von Einzelhaft zulasten eines Gefangenen zur internen Verwaltungsmaßnahme deklariert wird.²⁸
- 5006** Im nationalen Recht sind allerdings individuelle gerichtliche Schutzansprüche gegen die Legislative und Judikative nicht unproblematisch. Bei Legislativakten wird auf die Normenkontrolle verwiesen. Der Schutz gegen richterliche Akte wird weitgehend unter dem griffigen Merksatz „Rechtsschutz durch den Richter, nicht gegen den Richter“²⁹ abgelehnt.³⁰ Auch wenn hiergegen vermehrt Stimmen laut werden,³¹ kann dieser Streit für die europäische Ebene außer Betracht bleiben. Jedenfalls für den Sekundärrechtsschutz hat der EuGH unzweideutig zum Ausdruck gebracht, dass judikatives Unrecht unter dem Aspekt des effektiven Rechtsschutzes zu außervertraglicher Haftung führt. In dem Urteil *Köbler* führt der EuGH aus: „In Anbetracht der entscheidenden Rolle, die die Judikative beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen zustehenden Rechte spielt, wäre die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt, wenn der Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen dann keine Entschädigung erlangen könnte, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats zuzurechnen ist.“³²
- 5007** Sind die Hürden für diesen Schadensersatzanspruch auch groß,³³ so ist die durch den EuGH aufgezeigte grundsätzliche Möglichkeit des Sekundärrechtsschutzes gegen Judikativakte zu bejahen. Sie entspricht dem völkerrechtlichen Prinzip, den Staat und seine ihm zurechenbaren Gewalten als Einheit zu sehen. Überdies können auch aus Erwägungen der Rechtskraft von Urteilen keine wider-

²⁷ Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 23; Jarass, § 40 Rn. 10.

²⁸ EGMR, Urt. vom 4.7.2006, Nr. 59450/00 (Rn. 161, 165 f.), EuGRZ 2007, 141 (147) – Ramirez Sanchez (Carlos)/Frankreich.

²⁹ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 96 mit Verweis auf die Formulierung in der Erstbearbeitung von Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 17.

³⁰ BVerfGE 22, 106 (110); 49, 329 (340); 65, 76 (90); 107, 395 (403 f.).

³¹ Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 437 ff.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 19 IV Rn. 49; Krebs, in: v. Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 Rn. 57; grundlegend Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 176 ff.

³² EuGH, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 (10306, Rn. 33) – Köbler.

³³ Der Nachweis des hinreichend qualifizierten Verstoßes, aber auch des unmittelbar kausalen Schadens misslingt häufig.

sprechenden Argumente hergeleitet werden, stellt der Zuspruch eines Schadenersatzanspruches die Rechtskraft des Urteils doch nicht in Frage.³⁴

Art. 47 EGRC bezieht sich damit auf sämtliche öffentliche Gewalten. Jedoch besteht nur bei Exekutivakten durchgehend ein unmittelbarer Rechtsschutz, während sonst regelmäßig eine inzidente oder eben sekundärrechtliche Überprüfung der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes genügt. Gegen Legislativakte unmittelbar bestehen individuelle Rechtsbehelfe nur bei unmittelbarer rechtlicher Betroffenheit (s. Art. 230 Abs. 4 EG und erweitert 263 Abs. 4 AEUV).³⁵ **5008**

b) Behauptung

Art. 47 Abs. 1 EGRC setzt nach seinem Wortlaut voraus, dass Rechte „verletzt worden sind“. Diese Verletzung soll allerdings durch einen Rechtsbehelf erst festgestellt werden. Sie möchte der Einzelne geklärt wissen. Es reicht daher aus, dass er sich in seinen Rechten verletzt sieht. Eine Scheinbehauptung erfüllt diese Vorgabe aber nicht; sie muss hinreichend substantiiert werden. Deshalb genügt die Behauptung einer Rechtsverletzung, soweit diese wenigstens möglich erscheint, d.h. die Verletzung in schlüssiger Weise vorgetragen wird.³⁶ **5009**

IV. Gerichtliche Kontrolle

1. Gerichtseigenschaft

Während Art. 13 EMRK nur eine innerstaatliche Beschwerdeinstanz verlangt, die lediglich bei zivil- und strafrechtlichen Verfahren ein Gericht sein muss, sieht Art. 47 Abs. 1 EGRC einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht vor.³⁷ **5010**

Gerichte i.S.d. Art. 47 Abs. 1 EGRC bilden alle ständigen Einrichtungen, die obligatorisch über Rechtsfragen in einem streitigen Verfahren zu entscheiden haben, durch Gesetz errichtet und unabhängig sind.³⁸ Die Charta beschränkt den gerichtlichen Rechtsschutz nicht auf diese Verfahrensarten und erfasst überdies auch inter- und supranationale, hier vornehmlich europäische Gerichte. **5011**

³⁴ EuGH, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 (10307, Rn. 38) – Köbler.

³⁵ EuG, Rs. T-598/97, Slg. 2002, II-1155 (1172 f., Rn. 44 ff.) – BSC Footwear Supplies; näher *Frenz*, Europarecht 3, Rn. 1589 ff. und o. Rn. 761 ff.

³⁶ *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 6; *Alber*, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 25.

³⁷ S.o. Rn. 4994.

³⁸ Dazu *GA Alber*, EuGH, Rs. C-63/01, Slg. 2003, I-14447 (14475, Rn. 89) – Evans; Rs. C-17/00, Slg. 2001, I-9445 (9495 ff., Rn. 9 ff.) – De Coster; *Jarass*, § 40 Rn. 25; näher u. Rn. 5020 ff.

2. Rechtsbehelf

a) *Rechtsbehelfseigenschaft*

5012 Die in Art. 47 Abs. 1 EGRC verlangten Rechtsbehelfe werden nicht näher vorgegeben. Die Charta überlässt also die Ausgestaltung den Mitgliedstaaten bzw. der EU. Primärrechtsschutz ist gegenüber bloßen kompensatorischen Rechtsbehelfen vorzugswürdig, aber nicht zwingend.³⁹ Bei der Entschädigung ist freilich auf eine angemessene Höhe zu achten.⁴⁰ Auch eine Kombination mehrerer Rechtsbehelfe ist denkbar.⁴¹ Das System muss allerdings derart konzipiert sein, dass eine effektive Durchsetzung der gewährleisteten Rechte möglich ist.

b) *Wirksamkeit*

5013 Gem. Art. 47 Abs. 1 EGRC ist die „Wirksamkeit“ des Rechtsbehelfs erforderlich. Damit ist nicht etwa gemeint, man könne den Rechtsbehelf nur im Falle seines Erfolges einlegen.⁴² Es soll auch keine „Erfolgsgarantie“ gegeben werden.⁴³ Die Wirksamkeit bezieht sich auf die mögliche Durchsetzung der geschützten Rechte; diese müssen tatsächlich verfolgt werden können. Die behauptete Rechtsverletzung oder deren Fortdauer muss verhindert, einer bereits geschehenen Rechtsverletzung angemessen abgeholfen werden.⁴⁴ Damit ist nicht notwendig ein eigenständiger Rechtsbehelf gefordert, so wenn in anderen, nicht weniger günstig ausgestalteten Rechtsbehelfen eine Prüfung als Vorfrage vorgesehen ist.⁴⁵

5014 Die Rechtsbehelfsgarantie bildet gleichsam den Schlussstein. Der Rechtsbehelf muss daher zunächst bei möglichen Rechtsverletzungen zugänglich sein.⁴⁶ Weitergehend muss er bei Zulässigkeit und Begründetheit Erfolg haben, mithin die geltend gemachte Rechtsverletzung beheben.

5015 Besondere Bedeutung haben die klagebezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen und insbesondere die Ausgestaltung der Klagebefugnis. In dem Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis des Einzelnen nach Rechtsschutz und der Vermeidung von Popularklagen müssen Kriterien gefunden werden, die einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen bilden und die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs nicht zu weitgreifend ausschließen.

³⁹ EGMR, Urt. vom 8.6.2006, Nr. 75529/01 (Rn. 98 ff.), NJW 2006, 2389 (2390) – Sürmeli/Deutschland auch zum Folgenden.

⁴⁰ EGMR, Urt. vom 8.6.2006, Nr. 75529/01 (Rn. 113 f.), NJW 2006, 2389 (2392) – Sürmeli/Deutschland; Urt. vom 11.1.2007, Nr. 20027/02 (Rn. 67 ff.), NVwZ 2008, 289 (290 f.) – Herbst/Deutschland.

⁴¹ Urt. vom 4.7.2006, Nr. 59450/00 (Rn. 159), EuGRZ 2007, 141 (147) – Ramirez Sanchez (Carlos)/Frankreich.

⁴² Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 37.

⁴³ Vgl. Eser, in: Meyer, Art. 47 Rn. 19.

⁴⁴ EGMR, Urt. vom 8.6.2006, Nr. 75529/01 (Rn. 98 f.), NJW 2006, 2389 (2390) – Sürmeli/Deutschland.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 (2319, Rn. 47) – Unibet.

⁴⁶ S. auch u. Rn. 5030 ff.

c) Einstweiliger Rechtsschutz

Dem Erfordernis der Wirksamkeit eines gerichtlichen Rechtsbehelfs wird nur dann genügt, wenn dieser im Bedarfsfall auch als einstweiliger Rechtsschutz gewährt wird. Nur wenn es dem Grundrechtsträger möglich ist, bei drohendem Zeitablauf vorläufig Schutz durch die Gerichte zu erlangen, ist dieser Rechtsschutz auch als effektiv und wirksam zu erachten.⁴⁷ Bestehender einstweiliger Rechtsschutz muss daher ggf. modifiziert oder, soweit nicht vorhanden, überhaupt geschaffen werden.⁴⁸ **5016**

C. Recht auf ein gerichtliches und faires Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 EGRC

Art. 47 Abs. 2 EGRC stellt umfassend Vorgaben für die Gerichtseigenschaft und das Verfahren auf und gibt in S. 2 das Recht, sich effektiv verteidigen zu können. **5017**

I. Verfahrensgegenstand

Liest man Art. 47 Abs. 2 EGRC unabhängig vom ersten Absatz,⁴⁹ erfasst er mit seiner Formulierung „ihre Sache“ alle Verfahrensgegenstände und nicht nur solche, die einen Rechtsbehelf nach Art. 47 Abs. 1 EGRC vorsehen. **5018**

II. Das Gericht

Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGRC verlangt, dass der Verfahrensgegenstand vor ein unabhängiges, unparteiisches und zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht gelangt. **5019**

1. Unabhängigkeit

Die Voraussetzung der Unabhängigkeit des Gerichts bedeutet primär, dass das Gericht nicht weisungsgebunden gegenüber sonstigen staatlichen und europäischen Stellen ist.⁵⁰ Damit verbunden ist die grundsätzliche Unabsetzbarkeit, die zwar kein Amt auf Lebenszeit erfordert, wohl aber eine gewisse Dauer, die Instabilität und versteckte Abhängigkeiten vermeidet.⁵¹ **5020**

Letztlich jedoch betrifft die Unabhängigkeit nicht nur den eigentlichen Bestand des Gerichts, sondern setzt schon früher, bei der Ernennung ein. Soll auch sonst **5021**

⁴⁷ Näher EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 (2325 f., Rn. 72 f.) – Unibet.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-208/90, Slg. 1991, I-4269 (4299, Rn. 23) – Emmott; Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433 (2473 f., Rn. 20 f.) – Factortame u.a.

⁴⁹ O. Rn. 4991 ff.

⁵⁰ Blanke, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 11.

⁵¹ EGMR, Urt. vom 28.6.1984, Nr. 7819 u. 7878/77 (Rn. 80), EuGRZ 1985, 534 (540) – Campbell u. Fell/Vereinigtes Königreich; Grabenwarter, § 24 Rn. 34.

ausgeschlossen werden, dass Weisungen insbesondere durch die Exekutive möglich sind, so ist eine Ernennung durch diese unproblematisch.⁵² Die Gewaltenteilung ist erst dann verletzt, wenn die Willensbildung und der Status des Richters durch organisatorische Regelungen beeinflusst werden können, wobei bereits das äußere Erscheinungsbild relevant ist.⁵³

5022 Auch gegenüber der Legislative ist die Unabhängigkeit der Gerichte zu wahren. So darf auch das Parlament nicht durch eine Einzelfallentscheidung in ein anhängiges Verfahren eingreifen.⁵⁴

5023 Schließlich muss die Unabhängigkeit auch gegenüber den Prozessparteien bestehen. Die Möglichkeit des Ausschlusses und der Ablehnung von Richtern aufgrund mangelnder Neutralität trägt diesem Umstand Rechnung.⁵⁵ Gerade in dieser Relation gestaltet sich die Abgrenzung zur Parteilichkeit schwierig.

2. Unparteilichkeit

5024 Das Gericht muss überdies unparteiisch sein. Diese Vorgabe der Unvoreingenommenheit des Gerichts steht im engen Zusammenhang mit seiner Unabhängigkeit; diese ist eine denklogische Voraussetzung für die Unparteilichkeit.⁵⁶ Auch hierin spiegelt sich das Recht des Betroffenen wider, darauf vertrauen zu können, dass das Gericht unbeeinflusst über den Rechtsstreit entscheidet.

5025 Das Erfordernis der Unparteilichkeit gilt nicht nur für das Gericht insgesamt, sondern auch für jeden einzelnen Richter eines Spruchkörpers. Demgemäß besteht die Besorgnis der Befangenheit schon dann, wenn ein einziger Richter des Kollegialorgans befangen ist. Dieser darf nicht nach der persönlichen Überzeugung und seinem Verhalten parteilich sein (subjektive Prüfung). Zudem muss er ausreichende Garantien bieten, um jeden berechtigten Zweifel an seiner Unparteilichkeit auszuschließen (objektive Prüfung).⁵⁷

5026 Bis zum Beweis des Gegenteils ist die persönliche Unvoreingenommenheit zu vermuten.⁵⁸ Dieser Vermutungsregel liegt der Gedanke zugrunde, dass Urteilen eine endgültige Bindungskraft zukommt, sofern sie nicht durch ein höheres Gericht aufgehoben werden.⁵⁹ Ist die subjektive Befangenheit in der Person des Rich-

⁵² Eser, in: Meyer, Art. 47 Rn. 32.

⁵³ Schorkopf, in: Heselerhaus/Nowak, § 53 Rn. 2; Jarass, § 40 Rn. 28.

⁵⁴ S. EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Nr. 13427/87 (Rn. 49), ÖJZ 1995, 432 (433) – Stran Greek Refineries/Griechenland.

⁵⁵ EGMR, Urt. vom 30.11.1987, Nr. 8950/80 (Rn. 53), ÖJZ 1988, 220 (220) – H./Belgien; Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Marauhn, Kap. 14 Rn. 66.

⁵⁶ Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Marauhn, Kap. 14 Rn. 52.

⁵⁷ Dazu EGMR, Urt. vom 10.8.2006, Nr. 75737/01 (Rn. 38), NJW 2007, 3553 (3554) – Schwarzenberger/Deutschland.

⁵⁸ S. EGMR, Urt. vom 24.5.1989, Nr. 10486/83 (Rn. 47), EuGRZ 1993, 122 (127) – Hauschildt/Dänemark; auch Urt. vom 1.10.1982, Nr. 8692/79 (Rn. 30), EuGRZ 1985, 301 (303) – Piersack/Belgien; Grabenwarter, § 24 Rn. 43.

⁵⁹ Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Marauhn, Kap. 14 Rn. 56.

ters näher zu untersuchen, muss das Verhalten in seiner Gesamtheit beurteilt werden, um eine Befangenheit zu begründen.⁶⁰

Eine objektive Parteilichkeit, die sich auf die interne Organisation eines Gerichts oder aber auf ihre sonstige Aufgabenverteilung rückbezieht, mag noch durch Abweichung vom üblichen Verfahrensablauf verhältnismäßig leicht darzulegen sein.⁶¹ **5027**

Vom Ansatz her stellt sich jeweils die Frage, ob für einen vernünftig Denkenden dem äußeren Anschein nach Zweifel an der Objektivität des Gerichts aufkommen.⁶² Objektiv begründete und damit berechnete Zweifel können z.B. entstehen, wenn Richter in den Medien über den Fall berichten und die Erfolgsaussichten kommentieren.⁶³ Oder sie stehen in einer besonderen Beziehung persönlicher oder professioneller Art zu einer Partei, mag diese positiv oder negativ sein,⁶⁴ oder sie machen in einem strafrechtlichen Verfahren gegen einen Ausländer rassistische Witze oder Anmerkungen.⁶⁵ Es genügt hingegen nicht allein, wenn ein Richter in einem früheren Urteil gegen einen Mittäter des nun zu Verurteilenden schon zu Letzterem Feststellungen über dessen Verhalten – nicht aber zu dessen Schuld – getroffen hat.⁶⁶ **5028**

3. Durch Gesetz errichtet

Das Gericht muss nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGRC zuvor durch Gesetz errichtet sein. A priori ausgeschlossen sind damit ad-hoc-Gerichte oder sonstige Ausnahmegerichte.⁶⁷ Die Regelung erschöpft sich jedoch nicht in dem Recht auf den gesetzlichen Richter, sondern enthält auch den Hinweis, dass die Ausgestaltung dem Gesetzgeber überlassen ist.⁶⁸ Dieser muss die Errichtung, die Zuständigkeiten sowie den organisatorischen Rahmen festlegen. Dass dies „zuvor“ geschehen muss, ist wohl als generelle Vorgabe zu verstehen, die sich nicht auf die konkrete Rechtssache bezieht; gemeint ist ein bereits errichtetes Gericht.⁶⁹ **5029**

⁶⁰ EKMR, Entsch. vom 21.3.1975, Nr. 5574/72, DR 3, 10 (11 ff., 17) – X./Vereinigtes Königreich.

⁶¹ Vgl. *Grabenwarter*, § 24 Rn. 45.

⁶² EGMR, Ur. vom 6.6.2000, Nr. 34130/96 (Rn. 42), RJD 2000-VI – Morel/Frankreich; *Jarass*, § 40 Rn. 30.

⁶³ EGMR, Ur. vom 28.11.2002, Nr. 58442/00 (Rn. 47) – Lavents/Lettland.

⁶⁴ EGMR, Ur. vom 17.6.2003, Nr. 62435/00 (Rn. 21 ff.), RJD 2003-VII – Pescador Valero/Spanien.

⁶⁵ EGMR, Ur. vom 9.5.2000, Nr. 34129/96 (Rn. 34), RJD 2000-V – Sander/Vereinigtes Königreich; vgl. mit weiteren Beispielen und Nachweisen *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 6 Rn. 32.

⁶⁶ S. EGMR, Ur. vom 10.8.2006, Nr. 75737/01 (Rn. 41 ff.), NJW 2007, 3553 (3554) – Schwarzenberger/Deutschland.

⁶⁷ Zu den höchst restriktiv zu handhabenden Ausnahmen EGMR, Ur. vom 8.7.1986, Nr. 9006/80 u.a. (Rn. 194-203), Ser. A 102 – Lithgow u.a./Vereinigtes Königreich.

⁶⁸ *Eser*, in: Meyer, Art. 47 Rn. 12.

⁶⁹ *Alber*, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 56.

III. Zugang

- 5030** Zum Teil in Überschneidung oder aber auch aufgrund begrifflicher Unschärfe als Synonym zum Anspruch auf rechtliches Gehör verwendet, steht das Recht auf Zugang zu dem Gericht in der oben dargelegten Ausgestaltung.
- 5031** Dieses Recht untersteht dem Vorbehalt verhältnismäßiger Einschränkung, wird mithin nicht absolut gewährt.⁷⁰ Beschränkungen finden sich insbesondere in Zulässigkeitsvoraussetzungen. Diese sind auf ihre Zwecksetzung hin zu untersuchen. Verhältnismäßige Beschränkungen z.B. auf der Ebene der Klagebefugnis oder des Rechtsschutzbedürfnisses sind Ausschlusskriterien für rechtsmissbräuchliche oder gar querulatorische Klagen. Der Anwaltszwang dient der Sicherung eines gewissen Verfahrensstandards zum Schutz öffentlicher Interessen, aber auch der Prozessparteien selbst⁷¹ und kann daher ebenfalls eine zulässige Vorgabe sein.
- 5032** Zu kurze Fristen, auch Rechtsmittelfristen, beschränken das Recht auf Zugang zu einem Gericht indes unzulässig. Immunitäten sind differenziert auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Die „klassischen“ Immunitäten sind i.d.R. als angemessen zu erachten.⁷²

IV. Faires Verfahren

1. Grundlage und Reichweite

- 5033** Das von Art. 47 Abs. 2 EGRC ausdrücklich geforderte faire Verfahren („fair hearing“/“entendue équitablement“) ist in einem umfassenden Sinne zu verstehen. Den Normzweck bildet der Schutz vor Willkür. Jedoch wird diese Garantie nicht durch die EGRC selbst konkretisiert. Vielmehr hat die Rechtsprechung den Grundsatz des fairen Verfahrens ausgestaltet und so die verschiedenen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips im Rahmen des Gerichtsverfahrens dargelegt.
- 5034** Auf das Rechtsstaatsprinzip rückführbar, müssen die Ausprägungen des fairen Verfahrens auch schon im Stadium der Voruntersuchungen berücksichtigt werden. Sie sind mithin dem gesamten Verfahrensgang im weiteren Sinne als einzuhalten- de Prinzipien zugrunde zu legen.⁷³ Allerdings gelten sie jedenfalls in vollem Umfang nur im gerichtlichen Verfahren zur eigentlichen Hauptsache, nicht etwa im Rahmen vorgelagerter einstweiliger Anordnungen oder vorläufige Maßnahmen oder bloßer sichernder Arrestbefehle, ohne dass über bestimmte Ansprüche oder

⁷⁰ S. EGMR, Urt. vom 28.10.1998, Nr. 23452/94 (Rn. 147), Rep. 1998-VIII – Osman/ Vereinigtes Königreich; Urt. vom 21.9.1994, Nr. 17101/90 (Rn. 65), ÖJZ 1995, 436 (438 f.) – Fayed/Vereinigtes Königreich; Grabenwarter, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, § 6 Rn. 39.

⁷¹ Weth, in: Musielak, ZPO, § 78 Rn. 1.

⁷² Zu den völkerrechtlichen Immunitäten s. EGMR, Urt. vom 18.2.1999, Nr. 26083/94 (Rn. 59 ff.), NJW 1999, 1173 (1174) – Waite u. Kennedy/Deutschland. Vgl. zum Ganzen ausführlich Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Marauhn, Kap. 14 Rn. 73 ff.

⁷³ Kokott, AöR 121 (1996), 599 (619).

Verpflichtungen oder Strafen und damit auch die infrage stehende „Sache“ i.S.v. Art. 47 Abs. 2 EGRC abschließend entschieden wird.⁷⁴

Die Zulässigkeit von Beweismitteln selbst wird zwar nicht erfasst, wohl aber, ob ihre Erlangung und Verwendung das Verfahren insgesamt unfair macht.⁷⁵ Das gilt insbesondere dann, wenn ihre Gewinnung gegen das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung als elementaren Grundsatz verstößt, wie dies der EGMR bei einem Einsatz von Brechmitteln bejaht hat.⁷⁶ Erfolgt allerdings nach einer solchen Behandlung ein freiwilliges Geständnis mit demselben Inhalt, ist dieses verwertbar. Das gilt sogar, wenn zuvor ein Geständnis durch Androhung vorsätzlicher Zufügung von Schmerzen erlangt wurde, worin ebenfalls eine unmenschliche Behandlung und bei Realisierung sogar eine Folter liegt,⁷⁷ und die auf dieser Basis gefundenen Beweismittel verwendet wurden – allerdings nur unterstützend, um die Glaubwürdigkeit des zweiten, freiwilligen Geständnisses zu überprüfen.⁷⁸ Ansonsten begründet die Verwertung von Beweismitteln, die durch Zwang erlangt wurden, eine starke Vermutung dafür, dass das Verfahren als Ganzes unfair gewesen sein kann.⁷⁹ 5035

2. Anspruch auf rechtliches Gehör

Besondere Bedeutung als Ausprägung eines fairen Verfahrens hat der Anspruch auf rechtliches Gehör erlangt,⁸⁰ der sich in mehrere Unterpunkte gliedert, die ihm erst Inhalt geben. 5036

a) Information

Zunächst muss der Betroffene Kenntnis von gegen ihn gerichteten Verfahren erlangen.⁸¹ Dazu gehört auch, dass vor der mündlichen Verhandlung über Beweismittel informiert und ggf. ein Akteneinsichtsrechts gewährt wird.⁸² 5037

⁷⁴ S. EGMR, Urt. vom 18.9.2006, Nr. 26315/03, EuGRZ 2007, 170 (172 f.) – Dogmoch/Deutschland.

⁷⁵ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 54810/00 (Rn. 94 f.), NJW 2006, 3117 (3122) – Jalloh/Deutschland.

⁷⁶ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 54810/00 (Rn. 98 ff.), NJW 2006, 3117 (3122 f.) – Jalloh/Deutschland; s. auch u. Rn. 5101 f. zum „nemo tenetur“-Grundsatz.

⁷⁷ S.o. Rn. 1008.

⁷⁸ EGMR, Urt. vom 30.6.2008, Nr. 22978/05 – Gäfgen/Deutschland; s. auch u. Rn. 5057.

⁷⁹ EGMR, Urt. vom 30.6.2008, Nr. 22978/05 – Gäfgen/Deutschland.

⁸⁰ EuGH, Rs. C-174 u. 189/98 P, Slg. 2000, I-1 (61, Rn. 14) – Niederlande und van der Wal/Kommission; Rs. C-338/00 P, Slg. 2003, I-9189 (9269 f., Rn. 106 ff.) – Volkswagen/Kommission; EGMR, Urt. vom 27.10.1993, Nr. 14448/88 (Rn. 33), NJW 1995, 1413 (1413 f.) – Dombo Beheer B.V./Niederlande.

⁸¹ EGMR, Urt. vom 22.7.2003, Nr. 39647 u. 40461/98 (Rn. 49 ff.) – Edwards u. Lewis/Vereinigtes Königreich; s. auch EGMR (GK), Urt. vom 27.10.2004, Nr. 39647 u. 40461/98 (Rn. 47 f.), RJD 2004-X – Edwards u. Lewis/Vereinigtes Königreich.

⁸² EGMR, Urt. vom 18.5.2004, Nr. 67972/01 (Rn. 61 ff.), RJD 2004-IV – Somogyi/Italien.

b) Recht auf Stellungnahme

- 5038** Dem Betroffenen muss ein Recht gegeben sein, sich zu den Beweismitteln, Schriftsätzen und sonstigen Anträgen zu äußern.⁸³ Demgemäß muss er sich sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht äußern und Beweise für seine Darlegung anbringen dürfen. So muss er die Echtheit eines Beweismittels ebenso wie seine rechtmäßige Gewinnung in Zweifel ziehen und einer entsprechenden Verwertung widersprechen können.⁸⁴
- 5039** Problematisch wird dieser Gesichtspunkt, wenn GAen das Recht des Schlussantrags zusteht, woraufhin sich der Betroffene nicht mehr äußern darf. Der EGMR sah im Fall *Vermeulen/Belgien*⁸⁵ einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK darin, dass der Staatsanwaltschaft am belgischen Kassationsgerichtshof nicht nur die letzte Stellungnahme ohne Erwidlungsmöglichkeit seitens des Betroffenen zukommt, sondern auch Vertreter der Staatsanwaltschaft bei den Beratungen des Gerichts teilnehmen.
- 5040** In dem Fall *Emesa Sugar*⁸⁶ vor dem EuGH nahmen die Beschwerdeführer auf diese Rechtsprechung Bezug und trugen vor, dass auch vor dem EuGH eine Erwidderung der Parteien auf die Schlussanträge des GA nicht möglich ist. Indes untersteht der GA – konzeptionell im Unterschied zu vielen mitgliedstaatlichen Gerichtsverfassungen – nicht einer Staatsanwaltschaft. Seine Position ist von Unparteilichkeit geprägt. Die Schlussanträge sind demgemäß nicht als Stellungnahme, sondern als Ende der Verhandlung und Beginn der gerichtlichen Beratungsphase zu werten.⁸⁷ Daher verneinte der EuGH zu Recht einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs.

c) Berücksichtigung

- 5041** Das Gericht muss die Stellungnahmen der Beteiligten berücksichtigen, d.h. zur Kenntnis nehmen und bei der Entscheidung in Erwägung ziehen, was jedoch selbstredend keine Bindung an die Stellungnahmen impliziert.⁸⁸
- 5042** Der Anspruch auf rechtliches Gehör bezieht sich allerdings nicht auf alles, was die Parteien vortragen; vielmehr muss nur das berücksichtigt werden, was sich als urteilsrelevant erweisen mag.⁸⁹ Besonders prägnant formuliert dies der EuGH in der Entscheidung *Schröder u.a./Kommission*: „Der Anspruch auf rechtliches Gehör in einem gerichtlichen Verfahren bedeutet nicht, dass der Richter auf das gesamte Vorbringen sämtlicher Parteien eingehen muss. Der Richter hat nach der

⁸³ EuGH, Rs. C-276/01, Slg. 2003, I-3735 (3779, Rn. 77) – Steffensen. Gerade hinsichtlich dieses Aspekts können sich Überschneidungen zur Chancen- und Waffengleichheit ergeben, vgl. *Pache*, EuGRZ 2000, 601 (603 f.).

⁸⁴ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 54810/00 (Rn. 96), NJW 2006, 3117 (3122) – Jalloh/Deutschland.

⁸⁵ EGMR, Urt. vom 20.2.1996, Nr. 19075/91 (Rn. 33), ÖJZ 1996, 673 (674) – Vermeulen/Belgien.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-17/98, Slg. 2000, I-665 – Emesa Sugar.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-17/98, Slg. 2000, I-665 (671, Rn. 11 ff.) – Emesa Sugar.

⁸⁸ Jarass, § 40 Rn. 35.

⁸⁹ Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 59 f.

Anhörung der Parteien und der Würdigung der Beweismittel über den Klageantrag zu entscheiden und seine Entscheidung zu begründen.“⁹⁰ Hieraus wird deutlich, dass Ausführungen, die erkennbar nicht zur Entscheidungsfindung beitragen, auch nicht berücksichtigt werden müssen.

d) Einschränkungen

Unter gewissen Umständen kann der Anspruch auf rechtliches Gehör eingeschränkt werden. Es muss sich dabei um bedeutende Güter handeln, namentlich das Interesse der nationalen Sicherheit sowie den Schutz von Personen.⁹¹ Aufgrund dieser Schutzgüter kann auch insbesondere im einstweiligen Rechtsschutz eine Verkürzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör stattfinden. **5043**

3. Waffen- und Chancengleichheit

Weiteres Herzstück der Ausprägungen des rechtlichen Gehörs stellt die Waffen- und Chancengleichheit dar.⁹² Die Prozessparteien sind prinzipiell gleichgestellt und müssen demnach gleich behandelt werden. Ihnen muss gleichermaßen die Möglichkeit der Kenntnisnahme und der Darlegung gegeben werden, d.h. es dürfen nicht einer Partei zum Nachteil der anderen Rechte gewährt werden, die Letzterer vorenthalten werden. In diesem Zusammenhang besteht eine Fürsorgepflicht des Gerichts, Hinweise und Belehrungen zu erteilen, insbesondere wenn Beteiligte nicht imstande sind, ihre Rechte hinreichend wahrzunehmen.⁹³ **5044**

Ausnahmen dieses Grundsatzes können sich z.B. aufgrund von öffentlichen Interessen ergeben. Insgesamt sind diese jedoch mit großer Vorsicht anzunehmen. **5045**

V. Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlungen

Die Verfahren sollen grundsätzlich öffentlich in mündlicher Verhandlung stattfinden. Auch das Kriterium der Öffentlichkeit dient der Transparenz der zu findenden Entscheidungen. Wird auf die Mündlichkeit der Verhandlung verzichtet, so impliziert dies gerade auch, dass die Verhandlung nicht jedermann zugänglich und damit nicht öffentlich ist. Möglich ist dies jedoch, sofern auf die mündliche Verhandlung ordnungsgemäß verzichtet wurde. **5046**

Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGRC verlangt expressis verbis die Voraussetzung der Öffentlichkeit nur in Bezug auf die Verhandlung und unterscheidet sich somit vordergründig von Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK, der die öffentliche Verkündung des Urteils vorsieht. Jedoch wird nach dem auf Transparenz gerichteten Sinn und Zweck der Norm kein Ausschluss der Öffentlichkeit von der Entscheidungsverkündung **5047**

⁹⁰ EuGH, Rs. C-221/97 P, Slg. 1998, I-8255 (8285 f., Rn. 24) – Schröder u.a.

⁹¹ Jarass, § 40 Rn. 36.

⁹² EuGH, Rs. C-13/99 P, Slg. 2000, I-4671 (4695, Rn. 32 ff.) – TEAM; EGMR, Urt. vom 22.2.1996, Nr. 17358/90 (Rn. 47), ÖJZ 1996, 430 (431) – Bulut/Österreich.

⁹³ Jarass, § 40 Rn. 37; Eser, in: Meyer, Art. 47 Rn. 34.

gewollt gewesen sein. Vielmehr fordert auch Art. 47 Abs. 2 EGRC, wenngleich in verkürzter Formulierung, eine öffentliche Urteilsverkündung.⁹⁴

- 5048** Einschränkungen der Öffentlichkeit können jedoch für das Verfahren durchaus notwendig werden. Auch die Verfahrensordnungen von EuGH und EuG gehen grundsätzlich von dieser Möglichkeit aus (Art. 57 § 2 VerfO-EuGH⁹⁵, Art. 57 VerfO-EuG⁹⁶). Die Gründe für die Einschränkung sind aus dem nationalen Recht bekannt und müssen auch auf europarechtlicher Ebene zu rechtfertigen sein. Anerkannte Interessen sind z.B. solche der Rechtspflege, aber auch des Jugendschutzes oder der Wahrung von Privatsphäre.⁹⁷

VI. Angemessene Frist

- 5049** Das Verfahren muss gem. Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGRC in einer „angemessenen Frist“ durchgeführt werden. Dahinter verbirgt sich die Vorgabe, dass nur eine zügige auch eine effiziente Durchführung des Verfahrens ist, ein Grundgedanke, der in anderen Rechtskreisen mit dem prägnanten Ausdruck „Justice delayed is justice denied“ erfasst wird.
- 5050** Wann aber ein Verfahren als unangemessen lang zu erachten ist, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Vielmehr muss fallbezogen gewertet werden, wobei die Natur,⁹⁸ Bedeutung⁹⁹ und Komplexität¹⁰⁰ des Rechtsstreits, insbesondere etwaige Beweisaufnahmen, und das Parteiverhalten als Parameter einzubeziehen sind.¹⁰¹ Richter haben aber auch dann für eine Verfahrensbeschleunigung zu sorgen, wenn das betroffene Verfahren wie im deutschen Zivilprozess durch die Parteien be-

⁹⁴ Eser, in: Meyer, Art. 47 Rn. 35.

⁹⁵ Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 19.6.1991, ABl. 1991 L 176, S. 7, zuletzt geändert am 18.10.2005, ABl. 2005 L 288, S. 51.

⁹⁶ Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 2.5.1991, ABl. 1991 L 136, S. 1, zuletzt geändert am 12.10.2005, ABl. 2005 L 298, S. 1 (Berichtigung ABl. 2006 L 250, S. 35).

⁹⁷ Ausführlich dazu Grabenwarter, § 24 Rn. 72 ff.

⁹⁸ Bes. zügig ist über das Sorgerecht für Kinder, Personenstands- und Vaterschaftsfeststellung sowie Arbeitskonflikte zu entscheiden, EGMR, Urt. vom 8.6.2006, Nr. 75529/01 (Rn. 133), NJW 2006, 2389 (2393) – Sürmeli/Deutschland; Urt. vom 11.1.2007, Nr. 20027/02 (Rn. 80), NVwZ 2008, 289 (291) – Herbst/Deutschland jeweils m.w.N.

⁹⁹ EGMR, Urt. vom 16.9.1996, Nr. 20024/92 (Rn. 61), EuGRZ 1996, 514 (520) – Süßmann/Deutschland; Urt. vom 27.7.2000, Nr. 33379/96 (Rn. 46), NJW 2001, 213 (214) – Klein/Deutschland; Urt. vom 14.6.2004, Nr. 53084/99 (Rn. 56) – Kormacheva/Russland.

¹⁰⁰ EGMR, Urt. vom 31.5.2001, Nr. 37591/97 (Rn. 40), NJW 2002, 2856 (2857) – Metzger/Deutschland.

¹⁰¹ EGMR, Urt. vom 5.10.2006, Nr. 66491/01 (Rn. 56), EuGRZ 2007, 268 (271) – Gräßer/Deutschland; Urt. vom 11.1.2007, Nr. 20027/02 (Rn. 75), NVwZ 2008, 289 (291) – Herbst/Deutschland. Zum Ganzen ausführlich Grabenwarter, § 24 Rn. 69.

stimmt wird oder sich ein oder mehrere Sachverständige als notwendig erweisen¹⁰² oder der Ausgang anderer Verfahren abgewartet wird.¹⁰³

So erachtete der EGMR eine Verfassungsbeschwerde von fast sieben Jahren **5051** sowie ein Strafverfahren von neun Jahren als zu lang,¹⁰⁴ ebenso über 16,¹⁰⁵ 18¹⁰⁶ oder gar über 28 Jahre¹⁰⁷ dauernde Zivilgerichtsverfahren. Auch der EuGH schloss sich dieser Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien an.¹⁰⁸

VII. Begründungserfordernis

Belastende Entscheidungen sind zu begründen.¹⁰⁹ Dem Betroffenen muss deutlich **5052** werden, welche Erwägungen das Gericht dem Urteil zugrundelegt. Es handelt sich bei der Begründungspflicht um ein Formerfordernis, das zwar von den Aspekten materieller Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, insbesondere der sachlichen Richtigkeit und inneren Stimmigkeit, zu unterscheiden ist. Die Interpendenz ist dennoch nicht zu unterschätzen. Nur eine begründete Entscheidung bietet dem Betroffenen die Transparenz, die er zur Überprüfung etwaiger Rechtmäßigkeitsdefizite im Übrigen benötigt. Demgemäß erscheint es auch logisch, dass dem Begründungserfordernis mehr und mehr individualschützende Bedeutung zugemessen wird.¹¹⁰

Damit einhergehend verschärfen sich zunehmend die Vorgaben für eine rechtmäßige Begründung. Gerade im Bereich verfahrensbeendender Kommissionsentscheidungen, z.B. in Wettbewerbssachen, zeigt sich dies.¹¹¹ Der konkrete Umfang der Begründungspflicht richtet sich jedoch nach dem Einzelfall. Im Rahmen von Kommissionsentscheidungen wird stets gefordert, die Tatsachen und rechtlichen Erwägungen darzulegen. Intensität und Umfang bestimmen sich aber durch weitere Parameter, so z.B. ob eine ständige Entscheidungspraxis der Kommission fort-

¹⁰² EGMR, Urt. vom 8.6.2006, Nr. 75529/01 (Rn. 129 ff.), NJW 2006, 2389 (2393) – Sürmeli/Deutschland.

¹⁰³ EGMR, Urt. vom 11.1.2007, Nr. 20027/02 (Rn. 78), NVwZ 2008, 289 (291) – Herbst/Deutschland.

¹⁰⁴ EGMR, Urt. vom 8.1.2004, Nr. 47169/99 (Rn. 52), NJW 2005, 41 (43) – Voggenreiter/Deutschland; zum Ganzen *Jarass*, § 40 Rn. 44; allgemein auch *Ottaviano*, Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, 2008.

¹⁰⁵ EGMR, Urt. vom 8.6.2006, Nr. 75529/01, NJW 2006, 2389 – Sürmeli/Deutschland.

¹⁰⁶ EGMR, Urt. vom 11.1.2007, Nr. 20027/02, NVwZ 2008, 289 – Herbst/Deutschland.

¹⁰⁷ EGMR, Urt. vom 5.10.2006, Nr. 66491/01, EuGRZ 2007, 268 – Gräßer/Deutschland.

¹⁰⁸ Erstmals EuGH, Rs. C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417 (8496 f., Rn. 20 ff.) – Baustahlgewebe/Kommission.

¹⁰⁹ S. EGMR, Urt. vom 19.12.2006, Nr. 14385/04 (Rn. 109), NJW 2007, 3409 (3410) – Oferta Plus/Moldau.

¹¹⁰ *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, § 51 Rn. 48.

¹¹¹ S. EuGH, Rs. C-15/98 u. 105/99, Slg. 2000, I-8855 (8915 f., Rn. 65 ff.) – Italien u. Sardegna Lines/Kommission; Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 (2929 f., Rn. 41) – Hoechst; EuG, Rs. T-228 u. 233/99, Slg. 2003, II-435 (529 f., Rn. 286 ff.) – Westdeutsche Landesbank Girozentrale u.a.

gesetzt wird¹¹² oder auch im Kontext der gerichtlichen Entscheidung umfangreiche Kenntnis auf Seiten des Adressaten besteht.¹¹³

VIII. Gerichtliche Kontrolldichte

- 5054** Ein effektiver Rechtsschutz kann nur dann gewährleistet werden, wenn der Rechtsstreit Gegenstand einer angemessenen gerichtlichen Überprüfung wird. Weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht dürfen Aspekte, die in Relation zu europarechtlichen Rechten und Rechtspositionen stehen, einer gerichtlichen Prüfung entzogen sein.¹¹⁴ Die gerichtliche Kontrollbefugnis, aber auch -pflicht erschöpft sich nicht in einer bloßen Willkürkontrolle.¹¹⁵
- 5055** Auf europäischer Ebene wird hier zum Teil die bloße Evidenzkontrolle moniert.¹¹⁶ Im deutschen Recht mag man die eingeschränkte Kontrolldichte bei bestimmten verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen¹¹⁷ anführen;¹¹⁸ sie beruht aber regelmäßig auf sachlich begründeten Kriterien, insbesondere beschränkten Beurteilungsmöglichkeiten der Gerichte. Das gilt auch in grundrechtlich relevanten Feldern. Bei ihnen muss ein gegenläufiges Verfassungsgut bestehen, um die richterliche Kontrolldichte zu beschränken.¹¹⁹

IX. Verteidigung und Vertretung

- 5056** In Satz 2 sieht Art. 47 Abs. 2 EGRC vor, dass sich jede Person beraten, verteidigen und vertreten lassen kann. Obwohl als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt, findet sich zu dieser Gewährleistung keine Entsprechung in der EMRK.¹²⁰ In deren Rahmen wird es allerdings aus Art. 6 abgeleitet.¹²¹ Die EGRC hat demgegenüber sogar eine teilweise Doppelung der Garantie in Art. 48 Abs. 2 EGRC.¹²²
- 5057** Das Recht auf Verteidigung und Vertretung muss nicht zwingend anwaltlich wahrgenommen werden, jedoch können die nationalen Gesetzgeber insoweit Einschränkungen festlegen.¹²³ Jedenfalls besteht das Recht auf einen Anwalt sowohl

¹¹² EuGH, Rs. C-156/98, Slg. 2000, I-6857 (6912, Rn. 105) – Deutschland/Kommission.

¹¹³ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 51 Rn. 47.

¹¹⁴ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 51 Rn. 45.

¹¹⁵ S. EuGH, Rs. C-92/00, Slg. 2002, I-5553 (5598, Rn. 63) – HI; Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 – Roquette Frères III.

¹¹⁶ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 51 Rn. 45, § 30 Rn. 56 f.

¹¹⁷ Als Fallgruppen seien beispielhaft Prüfungsentscheidungen oder beamtenrechtliche Beurteilungen genannt.

¹¹⁸ Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 51 Rn. 45.

¹¹⁹ S. BVerfGE 84, 34 (49 ff.); 88, 40 (56); BVerwGE 91, 211 (217); 91, 262 (265 ff.); näher m.w.N. Frenz, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 87 ff.

¹²⁰ Eser, in: Meyer, Art. 47 Rn. 37.

¹²¹ S. EGMR, Ur. vom 19.12.2006, Nr. 14385/04 (Rn. 145), NJW 2007, 3409 (3411) – Oferta Plus/Moldau.

¹²² S.u. Rn. 5103 ff.

¹²³ Jarass, § 40 Rn. 45.

in Zivil- als auch in Strafsachen.¹²⁴ Dabei müssen die Verteidigungsrechte wirksam wahrgenommen werden. Durch sie muss auf das Verfahren eingewirkt werden können. Die Unabhängigkeit des Anwalts ist dabei zu wahren. Das schließt im Allgemeinen den Zwang zu einer Zusammenarbeit mit und eine Informationsübermittlung an Behörden aus. Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn diese Kooperation nicht durch das Gerichtsverfahren ausgelöst wird und damit außerhalb des Rechts auf ein faires Verfahren anzusiedeln ist, sondern in einem sachlichen Kontext steht, der durch die Materie bedingt ist, so bei finanziellen Transaktionen, um eine Geldwäsche zu verhindern; daraus ergibt sich zugleich eine Rechtfertigung.¹²⁵ Insbesondere dürfen Verteidigungsrechte nicht ausgeschlossen werden, etwa durch die Anwendung oder Androhung von Zwang. Indes können die Verteidigungsrechte noch wahrgenommen werden, wenn später ein freiwilliges Geständnis erfolgt und nur zu dessen Flankierung die durch Zwang erlangten Beweismittel eingesetzt werden.¹²⁶ Unmöglich ist hingegen eine wirksame Verteidigung im Falle einer Trennscheibe ohne Öffnung, so dass keine Schriftstücke zwischen Verteidiger und Mandant ausgetauscht werden können.¹²⁷ Darüber hinaus müssen Gespräche zwischen beiden vertraulich sein. Hier liegt ein Kernstück der wirksamen Interessenvertretung. Daran fehlt es schon dann, wenn eine auf vernünftige Gründe gestützte Überzeugung entstehen kann, dass ein Gespräch abgehört wird. Ein freies Gespräch wird nämlich schon dann unvermeidlich verhindert und nicht nur, wenn es tatsächlich abgehört oder belauscht wird.¹²⁸

X. Folgen der Verletzung von Verfahrensvorschriften

Welche Konsequenzen die verfahrensrechtlichen Verletzungen nach sich ziehen, ist in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht abstrakt festgelegt worden.¹²⁹ Abzulesen ist den Urteilen des EuGH jedoch, dass im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung Rechtsfolgen gefunden werden, die einzelfallabhängig auf den Verstoß reagieren.¹³⁰ So kann beispielsweise das Obsiegen der in ihren Verfahrensrechten verletzten Partei fingiert werden, oder es können gar Entschädigungsansprüche entstehen.¹³¹

¹²⁴ EuGH, Rs. C-305/05, NJW 2007, 2387 (2388, Rn. 31) – *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.w.N.* aus der EGMR-Rspr.

¹²⁵ EuGH, Rs. C-305/05, NJW 2007, 2387 (2389, Rn. 32 ff.) – *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.w.N.* aus der EGMR-Rspr.

¹²⁶ S. dazu EGMR, Urt. vom 30.6.2008, Nr. 22978/05 – *Gäfigen/Deutschland*; bereits o. Rn. 5035.

¹²⁷ EGMR, Urt. vom 19.12.2006, Nr. 14385/04 (Rn. 152 f.), NJW 2007, 3409 (3411) – *Oferta Plus/Moldau*.

¹²⁸ S. EGMR, Urt. vom 19.12.2006, Nr. 14385/04 (Rn. 147), NJW 2007, 3409 (3411) – *Oferta Plus/Moldau*.

¹²⁹ *Pache*, EuGRZ 2000, 601 (606).

¹³⁰ EuGH, Rs. C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417 – *Baustahlgewebe/Kommission*; *GA Léger*, Rs. C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417 (8437 ff., Rn. 63 ff.) – *Baustahlgewebe/Kommission*.

¹³¹ *Schlette*, EuGRZ 1999, 369 (371 f.); *Pache*, EuGRZ 2000, 601 (606).

D. Recht auf Prozesskostenhilfe

I. Überblick und Herleitung

- 5059** In einem direkten Zusammenhang zu dem Ziel der Waffengleichheit als Ausprägung des wirksamen Rechtsschutzes steht der Anspruch auf Prozesskostenhilfe nach Art. 47 Abs. 3 EGRC. Auf der Ebene der EMRK ist dieser Anspruch nicht normiert, wird jedoch nach der Rechtsprechung des EGMR ebenso als gewährleistet angenommen, auch wenn eine explizite Ableitung aus dem Recht auf effektiven Rechtsschutz soweit ersichtlich noch aussteht.¹³² Trotz dieses Verhältnisses der Prozesskostenhilfe als ggf. wohl unabdingbare Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz gibt es in den Mitgliedstaaten keine einheitlichen Regelungen.
- 5060** Die relevante Rechtsprechung des EGMR wird durch die Fälle *Golder*¹³³ und insbesondere *Airey*¹³⁴ begründet. In dem zweiten Fall machte die irische Beschwerdeführerin geltend, sie habe mangels Prozesskostenhilfe keinen Anwalt finden können, der sie vor dem High Court vertrat. Obwohl für die Klage auf gerichtliche Trennung kein Anwaltszwang bestand, entschied das Gericht, dass weder rechtliche Alternativen, z.B. ein beurkundungsbedürftiger Vertrag über die Trennung „von Tisch und Bett“, noch ein Vertreten ihrer Sache in eigener Person für Frau Airey dem Recht auf Zugang zu einem Gericht Genüge leisten. Zwar betonte der EGMR die mangelnde Verallgemeinerungsfähigkeit, hob jedoch hervor, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen die fehlende Finanzierung eines Prozessvertreters mit den daraus resultierenden Konsequenzen Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt.¹³⁵

II. Inhalt der Gewährleistung

- 5061** Die in Art. 47 Abs. 3 EGRC erfasste Prozesskostenhilfe („legal aid“/„aide juridictionnelle“) erfasst unter Zugrundelegung eines extensiven Verständnisses nicht nur die Kostenübernahme, sondern auch die Bereitstellung eines (Pflicht-)Verteidigers, also insgesamt die Kosten, die für eine sachgemäße Rechtsverfolgung erforderlich sind.
- 5062** Die Gewährung ist in allen Verfahrensarten möglich, nicht nur in Strafverfahren.¹³⁶ Der Wortlaut von Art. 47 Abs. 3 EGRC spezifiziert bzw. beschränkt insoweit nicht. Die einzelnen Voraussetzungen werden der mitgliedstaatlichen Ausgestaltung überlassen. Die Mitgliedstaaten müssen dabei unter anderem die EG-

¹³² Nowak, in: Heselhaus/Nowak, § 51 Rn. 38.

¹³³ EGMR, Urt. vom 21.2.1975, Nr. 4451/70 (Rn. 34), EuGRZ 1975, 91 (95 f.) – Golder/Vereinigtes Königreich.

¹³⁴ EGMR, Urt. vom 9.10.1979, Nr. 6289/73 (Rn. 26), EuGRZ 1979, 626 (628 f.) – Airey/Irland.

¹³⁵ EGMR, Urt. vom 9.10.1979, Nr. 6289/73 (Rn. 26), EuGRZ 1979, 626 (628 f.) – Airey/Irland.

¹³⁶ Alber, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 75.

Richtlinie für grenzüberschreitende Prozesskostenhilfe RL 2003/8/EG¹³⁷ berücksichtigen, die in wesentlichen Teilen bis zum 30.11.2004 in nationales Recht umzusetzen war.

Zu gewähren ist die Prozesskostenhilfe, wenn die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung nicht offensichtlich negativ ausfallen.¹³⁸ Weitere Voraussetzung ist gem. Art. 47 Abs. 3 EGRC, dass die Person „nicht über ausreichende Mittel“ verfügt. Eine dem üblicherweise gleichgesetzte „Bedürftigkeit“ ist allerdings in Relation zu den Kosten des gesamten Verfahrens zu sehen, d.h. es wird nicht statisch der Zugang des Gerichts betrachtet, sondern darüber hinaus die Prozessdauer in die Bewertung miteinbezogen.¹³⁹ **5063**

Zumeist ist die Feststellung, dass Prozesskostenhilfe gewährt wurde, als „Anhängsel“ der Entscheidung zu sehen.¹⁴⁰ Selten nur sind die Ausführungen dazu an prominenter Stelle. Ein solcher Fall aktuellerer Natur stellte *Steel und Morris/Großbritannien*¹⁴¹ vor dem EGMR dar. Die Beschwerdeführer waren in England wegen der Verbreitung von Flugblättern, die sich gegen eine Fast Food Kette richteten, von dieser mit einem neun Jahre dauernden Schadensersatzprozess überzogen worden. Während ihnen keine Prozesskostenhilfe gewährt worden war, hatte die Fast Food Kette zur gerichtlichen Verfolgung ihrer Ansprüche etwa 15 Mio. Euro zur Verfügung.¹⁴² Der EGMR sah hierin eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁴³ **5064**

Auch wenn die Prozesskostenhilfe nicht als „sozialrechtliche Wohltat“¹⁴⁴ verstanden werden darf, wohnt ihr dennoch ein sozialer Charakter inne. Aufgrund der starken inhaltlichen Bindung zu der gerichtlichen Verwirklichung der sonstigen Freiheiten und Rechte erscheint die Verortung unter den justiziellen Garantien gleichwohl sachgemäß. **5065**

¹³⁷ Des Rates vom 27.1.2003 zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen, ABl. L 26, S. 41.

¹³⁸ *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 19.

¹³⁹ *Alber*, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 76.

¹⁴⁰ Vgl. EGMR, Urt. vom 26.2.2004, Nr. 74969/01 (Rn. 69), NJW 2004, 3397 (3401) – Görgülü/Deutschland.

¹⁴¹ EGMR, Urt. vom 15.2.2005, Nr. 68416/01 (Rn. 48 ff.), NJW 2006, 1255 (1255 f.) – *Steel u. Morris/Vereinigtes Königreich*.

¹⁴² *Alber*, in: Tettinger/Stern, Art. 47 Rn. 77.

¹⁴³ EGMR, Urt. vom 15.2.2005, Nr. 68416/01 (Rn. 60), NJW 2006, 1255 (1256) – *Steel u. Morris/Vereinigtes Königreich*.

¹⁴⁴ Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, Rn. 1185.

E. Prüfungsschema zu Art. 47 EGRC

5066 1. Schutzbereich

- a) kein einheitliches Grundrecht, sondern selbstständige Gewährleistungen
- b) Abs. 1: gerichtlicher Rechtsschutz durch wirksamen Rechtsbehelf für subjektive Rechte, deren Verletzung schlüssig behauptet
- c) Abs. 2: gerichtliches und faires Verfahren, öffentlich in angemessener Frist (Anspruch auf rechtliches Gehör; Waffen- und Chancengleichheit; Verteidigung und Vertretung)
- d) Abs. 3: Prozesskostenhilfe, wenn nicht offensichtlich negative Erfolgsaussichten und Bedarf entsprechend Verfahrenskosten

2. Beeinträchtigung

unfares Verfahren z.B. bei Gewinnung von Beweismitteln durch unmenschliche Behandlung (Breachmittel, Androhung von Zwang) und Verwertung, außer nur untergeordnete Bedeutung bei späterem freiwilligem Geständnis

3. Rechtfertigung

Nur ausnahmsweise: z.B. im Interesse der nationalen Sicherheit, zum Schutz von Personen bzw. Privatsphäre

§ 3 Strafverfolgung

A. Relevanz

5067 Zwar obliegen die Strafverfolgung sowie Art und Ausmaß strafrechtlicher Sanktionen¹⁴⁵ weitestgehend den Mitgliedstaaten, und zwar auf der Basis ihres nationalen Rechts. Indes sind darin wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen vorzusehen, soweit nur so europarechtliche Vorschriften in vollem Umfang wirksam gewährleistet werden können.¹⁴⁶ Der Ansatz dafür ist aber materiell-rechtlich, etwa im Umweltschutz mit seinem besonderen Querschnittscharakter nach Art. 6 EG/11 AEUV,¹⁴⁷ nicht aber eine genuin strafrechtliche Regelungsbezugnis.¹⁴⁸ Weiter gehend ist eine justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen etabliert, und zwar nach dem Lissabonner Reformvertrag vollständig innerhalb der internen Politiken und Maßnahmen der Union und nicht mehr im Rahmen eines bloßen gemeinsamen Vorgehens nach dem EU wie bislang.¹⁴⁹ Art. 82 Abs. 1 lit. d)

¹⁴⁵ Jüngst EuGH, Rs. C-440/05, EuGRZ 2007, 696 (701, Rn. 66) – Kommission/Rat.

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-440/05, EuGRZ 2007, 696 (701, Rn. 70) – Kommission/Rat.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. C-440/05, EuGRZ 2007, 696 (701, Rn. 59) – Kommission/Rat.

¹⁴⁸ V. Danwitz, DVBl. 2008, 537 (542).

¹⁴⁹ S. Art. 31 EU.

AEUV sieht Maßnahmen für die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Stellen der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen vor, Art. 82 Abs. 2 S. 1 AEUV Mindestvorschriften für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension. Insoweit ist etwa die Unschuldsvermutung nach Art. 48 Abs. 1 EGRC elementar.

Weiter sind Mindeststandards bei Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität wie Terrorismus, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung vorgesehen (Art. 83 AEUV; teilweise auch schon in Art. 31 lit. d) EU). Hierbei ist dann auf die Gesetzmäßigkeit und die Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen nach Art. 49 EGRC zu achten. **5068**

Zudem geht es nach Art. 82 AEUV um die gegenseitige Anerkennung von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen. Gerade dabei ist elementar, dass sie Mindeststandards genügen. Diese ergeben sich maßgeblich aus der EGRC. Darüber hinaus ermöglicht Art. 82 Abs. 2 AEUV Mindestvorschriften durch Richtlinien, u.a. für die Zulässigkeit von Beweismitteln, die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren und spezifische Aspekte des Strafverfahrens, um die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension zu erleichtern. Auch wenn solche nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages möglichen Richtlinien über die Basisrechte nach der EGRC hinausgehen, müssen sie diese wahren und sich daher an den Grundrechten messen lassen. **5069**

B. Unschuldsvermutung

I. Herleitung

Während im deutschen Recht die Unschuldsvermutung – trotz unstrittiger Anerkennung – nicht niedergeschrieben ist, findet sie sich in der EGRC in Art. 48 Abs. 1 EGRC ausdrücklich. Damit geht die Charta nicht nur mit der EMRK (Art. 6 Abs. 2 EMRK),¹⁵⁰ sondern auch mit diversen Verfassungen der Mitgliedstaaten konform. Ebenso ist die Unschuldsvermutung auf völkerrechtlicher Ebene in Verträgen (z.B. Art. 14 Abs. 2 IPbPR¹⁵¹) und Proklamationen (z.B. Art. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte¹⁵²) explizit aufgenommen. **5070**

Die Herleitung ist trotz der Verbürgung in Art. 48 Abs. 1 EGRC nicht abschließend geklärt. Wie schon bezüglich Art. 6 Abs. 2 EMRK und auf nationaler Ebene mangels schriftlicher Fixierung kommt eine formelle Verankerung unmittelbar im Rechtsstaatsprinzip¹⁵³ oder eine Ableitung mit materieller Schwerpunktsetzung in **5071**

¹⁵⁰ Dazu *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, S. 415 ff.

¹⁵¹ BGBl. II 1973 S. 1534.

¹⁵² Am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung genehmigt und verkündet (Resolution 217 (A) III, im Internet z.B. abrufbar über www.unric.org oder www.un.org), heute als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.

¹⁵³ BVerfGE 19, 342 (347); 74, 358 (370 f.); 82, 106 (114).

der Menschenwürde¹⁵⁴ in Betracht. Ferner wurden der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht¹⁵⁵ sowie das Schuldprinzip,¹⁵⁶ also ihrerseits abgeleitete Prinzipien, als Anknüpfungspunkte für die Unschuldsvermutung genannt.¹⁵⁷

- 5072** Ungeachtet dessen stand oder steht die Geltung der Unschuldsvermutung als solche außer Frage. Auch die europäischen Gerichte sehen sie als allgemeinen Rechtsgrundsatz und verleihen ihr damit primärrechtliche Rangstellung. Sind die Herleitungsansätze auch wegen Art. 48 Abs. 1 EGRC zur Erklärung der Gewährleistung als solcher nicht zwingend notwendig, so kommt ihnen dann eine nicht unbedeutende Stellung zu, wenn es um eine extensive Auslegung und somit über den Wortlaut hinausgehende Funktionen geht.¹⁵⁸ Insoweit bestärkt aber die systematische Stellung von Art. 48 EGRC unter den Justizgrundrechten die Rückführung der Unschuldsvermutung in erster Linie auf das Rechtsstaatsprinzip.

II. Gewährleistung

- 5073** Gem. Art. 48 Abs. 1 EGRC gilt jeder Angeklagte bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis seiner Schuld als unschuldig. In der ursprünglichen EGRC hieß es „angeklagte Person“. Die Unschuldsvermutung wurde dadurch inhaltlich nicht geändert.

1. Strafrechtliches Verfahren

- 5074** Zwar rekurren Art. 48 Abs. 1 und 2 EGRC schon aufgrund ihres Bezugs auf Angeklagte beide auf Strafverfahren, jedoch gilt die Unschuldsvermutung nicht nur bei strafprozessualen Verfahren, d.h. bei solchen, die auf die Verhängung einer Kriminalstrafe hinauslaufen können. Über den Wortlaut hinaus ist die Geltung auf diejenigen Verfahren zu erstrecken, die einen strafähnlichen Charakter haben, also vor allem das Ordnungswidrigkeitenrecht.¹⁵⁹ Auch hier können Geldbußen und Zwangsgelder als strafähnliche Sanktionen für die Unschuldsvermutung relevant werden, nicht zuletzt, um eine Umgehung zu vermeiden.¹⁶⁰
- 5075** Problematischer sind dagegen Verwaltungssanktionen. Die europäischen Organe differenzieren hier. So wird bei der Abwicklung von Subventionen der straf-

¹⁵⁴ S. Meyer, in: FS für Tröndle, 1989, S. 61 (62); Vogler, in: FS für Kleinknecht, 1985, S. 429 (436).

¹⁵⁵ Kühl, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983, S. 20; Stürner, JZ 1980, 1 (3).

¹⁵⁶ Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 84, 89 ff., ders., Jura 1988, 360.

¹⁵⁷ Zum Ganzen Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 4.

¹⁵⁸ Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 2.

¹⁵⁹ EGMR, Urt. vom 21.2.1984, Nr. 8544/79 (Rn. 53), NJW 1985, 1273 (1274) – Öztürk/Deutschland; Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 11.

¹⁶⁰ Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 4.

rechtsähnliche Sanktionscharakter verneint,¹⁶¹ da im Vordergrund der Gedanke der Restitution steht¹⁶² und auch weitere Sanktionen wie der Verfall einer Kaution oder der Ausschluss von Beihilfen letztlich der Einhaltung des Beihilferechts dienen.¹⁶³ Bei wettbewerbs- und kartellrechtlichen Fällen kann indes eine die Unschuldsvormutung auf den Plan rufende Sanktion auch nach Ansicht von Kommission und EuGH bzw. EuG vorliegen.¹⁶⁴ Dies lässt sich durch eine Analyse der Art und Schwere der Zuwiderhandlungen einerseits und der Sanktionen andererseits erklären.¹⁶⁵

Demgegenüber wird im Schrifttum ausgehend von dem strafähnlichen Charakter der mitunter drakonischen Bußgelder befürwortet, die Unschuldsvormutung umfassender gelten zu lassen.¹⁶⁶ Der Verweis der europäischen Gerichte auf andere Rechtsgrundsätze, so z.B. „*nemo tenetur*“¹⁶⁷ oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip, mag zwar mitunter nicht immer ein gleichwertiges Schutzniveau bieten. Schutzlos ist der Betroffene indes nicht gestellt. Überdies beinhalten die beihilferechtlichen Fallgestaltungen regelmäßig die Rückabwicklung von Subventionen und damit ein Verfahren, auf das sich der Betroffene durch die Annahme eingelassen hat und das dem Ziel dient, einen europarechtswidrigen Zustand aufzuheben.¹⁶⁸

Demgemäß ist es durchaus sachgerecht, Verwaltungssanktionen auf ihre Zielsetzung hin zu untersuchen und bei restitutiven oder gar präventiven Zwecken den strafähnlichen Charakter zu verneinen. Die Bußgelder im Kartellverfahren bilden nach Art. 23 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1/2003¹⁶⁹ explizit nur verwaltungsrechtliche Sanktionen ohne strafrechtlichen Charakter,¹⁷⁰ welche wie die Rückabwicklung von Beihilfen der Neutralisierung einer Wettbewerbsverfälschung dient.

2. Angeklagte Person

Jedoch nicht nur hinsichtlich des Verfahrens, sondern auch in subjektiver Hinsicht sind Erwägungen über den Wortlaut der Norm hinaus notwendig. Spricht Art. 48 Abs. 1 EGRC auch vom Angeklagten, hat diese Bezeichnung keine auf den Verfahrensabschnitt oder Status des Betroffenen festlegende Funktion, wie dies z.B. im deutschen Strafprozessrecht der Fall ist (vgl. § 157 StPO). Vielmehr gilt die

¹⁶¹ Jarass, § 41 Rn. 7.

¹⁶² Zur Berechnung näher Frenz, Europarecht 3, Rn. 1444 ff.

¹⁶³ S. EuGH, Rs. C-210/00, Slg. 2002, I-6453 (6496 f., Rn. 35 ff.) – Käserei Champignon Hofmeister.

¹⁶⁴ EuGH, Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287 (4383 f., Rn. 149 f.) – Hüls; EuG, Rs. T-67 u.a./00, Slg. 2004, II-2501 (2582 f., Rn. 178) – JFE Engineering u.a.; Rs. T-112/98, Slg. 2001, II-729 (758, Rn. 77) – Mannesmannröhren-Werke.

¹⁶⁵ EuGH, Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287 (4384, Rn. 150) – Hüls.

¹⁶⁶ Schwarze, EuZW 2003, 261 (264 ff.); Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 4, 23; Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 11.

¹⁶⁷ EuG, Rs. T-112/98, Slg. 2001, II-729 (758, Rn. 77) – Mannesmannröhren-Werke.

¹⁶⁸ So auch Jarass, § 41 Rn. 7.

¹⁶⁹ Des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1419/2006, ABl. 2006 L 1, S. 1.

¹⁷⁰ Näher Frenz, Europarecht 2, Rn. 1586 ff.

Unschuldsvermutung auch für Beschuldigte und setzt damit keine bereits erhobene Anklage im eigentlichen Sinne voraus.¹⁷¹

3. Geltung als „unschuldig“

5079 Bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis gilt der Betroffene als „unschuldig“. Dies bedeutet, dass sich antizipierte Schuldurteile, also Schuldvorwegnahmen und Verdachtsstrafen, verbieten. Vielmehr ist unter Beachtung der Beweislast die Schuld des Angeklagten zu ermitteln. Die Beweisführung obliegt dem Staat. In Zweifelsfällen muss ein Freispruch erfolgen („in dubio pro reo“). Hinter dieser vermeintlich einfachen Vermutungswirkung verbirgt sich jedoch eine Reihe von Problemen.

a) Sicherungsmaßnahmen

5080 Am schwierigsten erscheinen Sicherungsmaßnahmen im Hinblick auf die Unschuldsvermutung. Vielfach wird gerade hier ein innerer Widerspruch gesehen, wären doch Zwangsmaßnahmen gegenüber einem Unschuldigen gerade nicht gerechtfertigt.¹⁷² Dies betrifft zunächst Ermittlungsmaßnahmen wie z.B. Durchsuchungen und Beschlagnahmen, die bei entsprechendem Tatverdacht durchgeführt werden.

5081 Insbesondere bei der Untersuchungshaft, einem intensiven Eingriff in einen sehr sensiblen Schutzbereich, verschärft sich das Spannungsfeld der Problematik. Die etwaige Verletzung der Unschuldsvermutung ist auf einer ersten Ebene nach dem Grund der Anordnung der Untersuchungshaft zu bewerten. So fehlt es bei dem Haftgrund der Flucht- und Verdunkelungsgefahr regelmäßig an einem Schuldvorwurf, während dieser bei Wiederholungsgefahr oder gar besonderer Tatschwere unzweifelhaft mitschwingt.¹⁷³

5082 In diesen, aber auch in den bereits zu Anfang genannten Fallgruppen muss eine Abwägung stattfinden, die den sensiblen Schutzbereich der Unschuldsvermutung mit den kollidierenden Gütern ins Verhältnis setzt. So soll die Untersuchungshaft nur in äußerst restriktiv anzunehmenden Fällen allein auf den Haftgrund der Tatschwere oder der Wiederholungsgefahr abgestützt werden können. Demgegenüber lässt Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK eine solche alternative Abstützung für Einschränkungen des Rechts auf Freiheit zu.¹⁷⁴

5083 Darüber kann die ebenfalls in der EMRK verankerte Unschuldsvermutung schwerlich hinausgehen, enthält sie doch insoweit keine spezifische Regelung. Die rechtfertigenden Gründe für eine Untersuchungshaft werden daher im Rahmen des

¹⁷¹ Dazu EGMR, Urt. vom 21.12.2000, Nr. 34720/97 (Rn. 41), RJD 2000-XII – Heaney u. McGuinness/Irland.

¹⁷² Zu diesem „Grunddilemma“ Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 2, 4.

¹⁷³ Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, S. 108 ff., 563 f.; Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 7.

¹⁷⁴ Vgl. zu diesem o. Rn. 1083.

Rechts auf Freiheit benannt; sie gelten auch für die EGRC.¹⁷⁵ Die Unschuldsvermutung kann sie deshalb nicht gänzlich ausschließen; sie kann auch mit ihnen veröhnt werden: Die Untersuchungshaft als solche lässt die Unschuldsvermutung nicht entfallen. Vorgelagert wird höchstens die Anordnung der Untersuchungshaft und damit die in Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK vorgegebene Notwendigkeit durch die Unschuldsvermutung zusätzlich geprägt, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Daher sind auch andere Ermittlungsmaßnahmen und Zwangseingriffe zu dulden, so sie verhältnismäßig sind.

b) Auslagererstattung und Entschädigung nach Untersuchungshaft

Nicht selten stehen kostenrechtliche Fälle in Konflikt mit der Unschuldsvermutung. Führt das Verfahren zu einem Freispruch aus Mangel an Beweisen oder wird es aus Gründen der Verjährung eingestellt, so stellt sich die Frage nach der Erstattung von Auslagen und Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft. Virulent wird dies, wenn bei fehlender Verurteilung bleibende Verdachtsmomente in einer negativen Kostenentscheidung formuliert sind.¹⁷⁶ Der EGMR sieht eine Verletzung der Unschuldsvermutung jedoch erst dann als gegeben an, wenn die Formulierung eine Verdichtung der Verdachtsmomente hin zu einer Überzeugung der Schuld offen legt („conviction in disguise“).¹⁷⁷ **5084**

Anordnungen von Untersuchungshaft beruhen immer auf Verdachtsmomenten, die täuschen können. So wie die Untersuchungshaft als solche nicht der Unschuldsvermutung widerspricht, trifft dies nicht für die mit ihr einhergehenden Begleitumstände zu. Dazu gehören auch Begründungen für abschlägige Kostenentscheidungen, zumal diese rechtsstaatlich geboten sind. Diese Begründung kann nur in den vorliegenden Verdachtsmomenten bestehen, ohne dass damit ein Schuldvorwurf verbunden sein muss. Mag damit das Verfassen der Entscheidung zu einem Drahtseilakt der widerstreitenden Interessen werden, müssen nicht etwa zur Vermeidung des Dilemmas in allen Zweifelsfällen Auslagen erstattet und Haftentschädigungen gewährt werden.¹⁷⁸ **5085**

c) Auswirkungen zwischen Privaten

aa) Mittelbare Drittwirkung

Der Unschuldsvermutung kommt zunächst keine (direkte) Drittwirkung zu.¹⁷⁹ Mittelbar kann diese jedoch eingreifen, wenn der Staat unbewiesenen Schuldzuwei- **5086**

¹⁷⁵ Zu den Haftgründen der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr *Frowein/Peukert*, Art. 6 Rn. 170; *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 7, der die staatliche Schutzpflicht für das Opfer alleine nicht ausreichen lassen will; im Übrigen s.o. Rn. 1083.

¹⁷⁶ Vgl. *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 8.

¹⁷⁷ S. EGMR, Urt. vom 25.8.1987, Nr. 9912/82 (Rn. 58 ff.), EuGRZ 1987, 399 (402 f.) – Lutz/Deutschland; Urt. vom 25.8.1987, Nr. 10300/83 (Rn. 34 ff.), EuGRZ 1987, 410 (413 f.) – Nölkenbockhoff/Deutschland.

¹⁷⁸ So aber *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 8.

¹⁷⁹ *Alber*, in: Tettinger/Stern, Art. 48 Rn. 3.

sungen Vorschub leistet.¹⁸⁰ Da die Unschuldsvermutung nicht nur für den zuständigen Richter gilt,¹⁸¹ sondern für sämtliche öffentliche Stellen, müssen alle staatlichen und unionsrechtlichen Organe und Organwalter Zurückhaltung und Objektivität bei öffentlichen Aussagen wahren.

5087 Schwerlich beherrschbar sind jedoch reißerische Presseberichte, in denen Angeklagte bereits vorab als Täter gebrandmarkt werden.¹⁸² Aufgrund der zwar schwerlich zu beweisenden, aber jedenfalls nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht abwegigen Beeinflussungswirkung auf den Richter wird aus dem Prinzip der Unschuldsvermutung zum Teil eine Schutzpflicht des Staates hergeleitet, dafür Sorge zu tragen, dass sich die Berichterstattung über anhängige Verfahren innerhalb der gebotenen Sachlichkeit hält.¹⁸³

5088 Indes haben staatliche Organe kaum einen Einfluss. Sie können nur einen insoweit mäßigenden rechtlichen Rahmen schaffen. So müssen insbesondere durch einstweilige Verfügungen und Unterlassungs- sowie Schadensersatzklagen Privaten gerichtliche Möglichkeiten eingeräumt werden, sich gegen Beschuldigungen zu wehren.

bb) Zivilrechtliche Verantwortlichkeit

5089 In scheinbarem Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung steht auch die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht. Aufgrund der unterschiedlichen Beweisregeln hinsichtlich Beweismaß und Beweislastverteilung kann auch trotz eines strafrechtlichen Freispruchs ein zivilrechtlicher Anspruch des Opfers gegen den zuvor Angeklagten geltend gemacht und sogar zugesprochen werden.¹⁸⁴ Indes ist die zivilgerichtliche Entscheidung über die Schadensersatzpflicht von einer strafrechtlichen Ahndung getrennt zu bewerten und zu begründen.¹⁸⁵

cc) Arbeits- und sozialrechtliche Fälle

5090 Im Übrigen ist vielfach die arbeitsrechtliche Verdachtskündigung problematisch. Bei dem Verdacht einer Straftat steht dem Arbeitgeber unter gewissen Umständen das Recht auf eine Kündigung zu. Das BAG wendet hierbei die Unschuldsvermutung lediglich eingegrenzt an.¹⁸⁶ Dem Arbeitnehmer muss die Gelegenheit einer

¹⁸⁰ Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 18.

¹⁸¹ So aber noch EKMR, Ber. vom 30.3.1963, Nr. 788/60, YB 6 (1963), 742 (782 ff.) – Österreich/Italien.

¹⁸² Neueres Negativbeispiel stellt die mitunter fragwürdige Berichterstattung in der Mordserie im Herbst/Winter 2006 im Rotlichtbezirk der ostenglischen Küstenstadt Ipswich in der Grafschaft Suffolk dar („Suffolk-Strangler“, „Ipswich-Ripper“).

¹⁸³ S. Frowein/Peukert, Art. 6 Rn. 164; Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Maruhn, Kap. 14 Rn. 160.

¹⁸⁴ S. EGMR, Urt. vom 11.2.2003, Nr. 34964/97 (Rn. 36 ff.), RJD 2003-II – Ringvold/Norwegen; Urt. vom 11.2.2003, Nr. 56568/00 (Rn. 39 ff.), RJD 2003-II – Y./Norwegen; Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 18.

¹⁸⁵ Hinsichtlich eines dementsprechenden Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK EGMR, Urt. vom 11.2.2003, Nr. 56568/00 (Rn. 41), RJD 2003-II – Y./Norwegen.

¹⁸⁶ BAG, NJW 2006, 252 (253 f.); NZA 2004, 919.

Anhörung gegeben worden sein. Seine Schuld muss jedoch nicht mit letzter Sicherheit festgestellt werden, soweit hinreichende Verdachtsmomente die Kündigung rechtfertigen. Der Arbeitgeber stützt schließlich seine Kündigung auch nicht auf eine bestimmte Schuld, sondern auf ein Verhalten, das ihm schadet, vor allem wenn Wiederholung droht, und von dem er sich auch in der Öffentlichkeit distanzieren will, um seine Reputation zu wahren.

Auch im Sozialrecht können Ansprüche aufgrund von Tatvorwürfen verneint werden, denen strafprozessual mit der Unschuldsvermutung zu begegnen ist.¹⁸⁷ **5091**

d) Bewährungswiderruf

Während die Vollstreckung der Freiheitsstrafe nach der rechtskräftigen Verurteilung prinzipiell die Unschuldsvermutung nicht berührt,¹⁸⁸ beschäftigte sich die Rechtsprechung eingehend mit dem Problem, die Bewährung vor der rechtskräftigen Verurteilung der Anlasstat zu widerrufen.¹⁸⁹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG richtet sich die – grundsätzlich anerkannte – Zulässigkeit des Widerrufs danach, ob das Gericht von der Begehung der Tat überzeugt ist.¹⁹⁰ **5092**

Der EGMR erkennt ebenfalls grundsätzlich die Möglichkeit des Widerrufs an, macht sie jedoch, ähnlich wie bei den abschlägigen Entscheidungen zur Auslagen-erstattung und Haftentschädigung,¹⁹¹ von der Formulierung abhängig.¹⁹² **5093**

e) Erweiterter Verfall

Eine Sonderkonstellation stellt der erweiterte Verfall dar, § 73d StGB. Hierbei gehen Gegenstände mit der Rechtskraft der entsprechenden gerichtlichen Anordnung in das Eigentum des Staates über (Verfall), wenn Umstände die Annahme rechtfertigen, dass diese Gegenstände für rechtswidrige Taten verwendet oder aus ihnen erlangt worden sind. Das BVerfG hat die Norm für verfassungsgemäß erachtet.¹⁹³ Die Unschuldsvermutung wird nach ihm deswegen nicht berührt, weil es sich beim Verfall und erweitertem Verfall um präventiv-ordnende, nicht dagegen repressiv-vergeltende und strafähnliche Maßnahmen handelt. Auch hier zeigt sich, dass bei der Beurteilung die Zielsetzung auf ihre Pönalität hin genau untersucht werden muss. **5094**

¹⁸⁷ S. BVerwGE 118, 109 (110 f); LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. vom 10.10.2006 – Az.: L 19 B 54/06 AS.

¹⁸⁸ Zu Ausnahmen bei der Ablehnung von Hafterleichterung *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 13 f.

¹⁸⁹ *Geppert*, Jura 1993, 160 (162 ff.).

¹⁹⁰ BVerfG, NJW 2005, 817; StV 1996, 163 sowie im Rahmen der Strafgerichte KG Berlin, Beschl. vom 6.7.2006 – Az.: 1 AR 538/06 – 5 Ws 273/06, 1 AR 538/06 – 5 Ws 273/06; OLG Thüringen, Beschl. vom 19.6.2006 – Az.: 1 Ws 203/06 (Rn. 17).

¹⁹¹ S.o. Rn. 5084 f.

¹⁹² EGMR, Urt. vom 3.10.2002, Nr. 37568/97 (Rn. 53 ff., 65), NJW 2004, 43 (44 f.) – *Böhmer/Deutschland*; vgl. *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 13 f.

¹⁹³ BVerfGE 110, 1.

4. Rechtsförmlich erbrachter Beweis

- 5095** Nach Art. 48 Abs. 1 EGRC endet die Unschuldsvermutung mit dem rechtsförmlich erbrachten Beweis der Schuld. Diese Norm weicht damit von der Formulierung des Art. 6 Abs. 2 EMRK ab, der den „gesetzlichen Beweis“ als ausreichend vorgibt. Mag auch eine inhaltliche Divergenz nicht gewollt gewesen sein, so kann nach dem insoweit missverständlichen Wortlaut der konventionsrechtlichen Vorschrift die Widerlegung der Unschuldsvermutung durchaus früher eintreten, nämlich dann, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale objektiv und beweisbar vorliegen.
- 5096** Demgegenüber macht die „Rechtsförmlichkeit“ in Art. 48 Abs. 1 EGRC unzweifelhaft ein rechtsstaatliches Nachweisverfahren erforderlich und legt damit den Zeitpunkt auf den Eintritt der Rechtskraft des Schuldspruchs.¹⁹⁴ Für Bußgeldbescheide bzw. die strafähnlichen Verwaltungssanktionen ist die Vermutung mit Rechtskraft der Maßnahme widerlegt.¹⁹⁵
- 5097** Die klarere Formulierung des Art. 48 Abs. 1 EGRC hat demgemäß auch den weiteren Vorteil, dass sie den Schuldnachweis unstrittig nicht dem Strafrichter vorbehält,¹⁹⁶ sondern zweckmäßig der jeweils zuständigen Instanz zuweist.¹⁹⁷ Dies vermeidet systemwidrige und verfahrenstechnisch umständliche Inzidentprüfungen.

5. „Nemo tenetur“-Grundsatz

a) Inhalt

- 5098** Nicht zu unterschätzen ist der Zusammenhang zwischen der Unschuldsvermutung und dem „nemo tenetur“-Grundsatz. Dieser wird aus dem Zusammenspiel des fairen Verfahrens gem. Art. 47 Abs. 2 EGRC und der Unschuldsvermutung nach Art. 48 Abs. 1 EGRC hergeleitet.¹⁹⁸ Er gibt dem Betroffenen das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu beschuldigen. Die Behörden dürfen keinen Zwang oder Druck ausüben, der dazu führte, dass sich der Beschuldigte selbst belasten müsste.
- 5099** Hieraus erklärt sich auch die Herleitung des „nemo tenetur“-Grundsatzes: Ein vom Beschuldigten durch Zwang erlangtes Beweismittel widerspricht dem Recht auf ein faires Verfahren und soll daher nicht die Unschuldsvermutung widerlegen können.
- 5100** Die Garantie gegen Selbstinkriminierung gilt jedoch nicht absolut.¹⁹⁹ Unter bestimmten Umständen dürfen nachteilige Schlüsse aus dem Schweigen des Angeklagten gezogen werden, ohne dass darin eine Verletzung der Garantie gesehen

¹⁹⁴ Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 16.

¹⁹⁵ Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, § 52 Rn. 29.

¹⁹⁶ So für Art. 6 Abs. 2 EMRK Vogler, in: FS für Kleinknecht, 1989, S. 429 (438).

¹⁹⁷ Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 17.

¹⁹⁸ Eser, in: Meyer, Art. 48 Rn. 10a.

¹⁹⁹ Dazu EGMR, Urt. vom 21.12.2000, Nr. 34720/97 (Rn. 47), RJD 2000-XII – Heaney u. McGuinness/Irland.

werden muss.²⁰⁰ Dies gilt insbesondere für die Fallgruppe des so genannten Teil-schweigens, wenn ein Beschuldigter zu bestimmten Punkten innerhalb eines einheitlichen Geschehens schweigt. Dabei sind nachteilige Rückschlüsse dann berechtigt, wenn nach den Umständen Äußerungen zu diesem Punkt zu erwarten gewesen wären, andere mögliche Ursachen des Verschweigens ausgeschlossen werden können und die gemachten Angaben nicht ersichtlich fragmentarischer Natur sind.²⁰¹

b) Erweiterung des Anwendungsbereichs

Der EGMR hat jüngst den „nemo tenetur“-Grundsatz auch auf Fälle des absoluten 5101
Zwangs angewendet.²⁰² So sei die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln durch Einführung einer Nasensonde an diesem Grundsatz zu messen. Der Gerichtshof begründet sein Vorgehen, insbesondere in Abgrenzung zum Fall *Saunders/Vereinigtes Königreich*,²⁰³ damit, dass es sich nicht um Beweismittel handelt, die den normalen Körperfunktionen entsprechen, sondern die aufgrund einer künstlich bewirkten pathologischen Reaktion hervorgebracht werden.²⁰⁴

Mögen die Erwägungen zur besonders sensiblen Abwägung bei derart weitrei- 5102
chenden Eingriffen auch im Ergebnis in die richtige Richtung weisen, so erscheint demgegenüber der Bezug auf den „nemo tenetur“-Grundsatz verfehlt. Er verkennet, dass sich der Grundsatz auf das Verbot bezieht, jemanden durch vis compulsiva oder gewisse Täuschungen zu einer aktiven Überführung seiner eigenen Person zu zwingen. Das betrifft etwa die Androhung oder Zufügung von Schmerzen.²⁰⁵ Willensgesteuerte aktive Mitwirkungshandlungen sind jedoch nach der Verabreichung von Brechmitteln gerade nicht möglich.²⁰⁶ Strukturell greift der „nemo tenetur“-Grundsatz für den vorliegenden Fall damit gerade nicht.

C. Verteidigungsrechte

I. Grundkonzeption und Stellung

Gem. Art. 48 Abs. 2 EGRC sind die Verteidigungsrechte jedes Angeklagten zu 5103
achten. Die Grundrechtecharta unterscheidet sich in ihrer Gewährleistung von

²⁰⁰ EGMR, Urt. vom 8.2.1996, Nr. 18731/91 (Rn. 50 ff.), EuGRZ 1996, 587 (590) – John Murray/Vereinigtes Königreich; *Grabenwarter*, § 24 Rn. 119.

²⁰¹ BGH, NJW 2002, 2260.

²⁰² EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 54810/00 (Rn. 108), NJW 2006, 3117 (3123) – Jalloh/Deutschland.

²⁰³ EGMR, Urt. vom 17.12.1996, Nr. 19187/91, ÖJZ 1998, 32 (32 f.) – Saunders/Vereinigtes Königreich.

²⁰⁴ EGMR, Urt. vom 11.7.2006, Nr. 54810/00 (Rn. 109 ff.), NJW 2006, 3117 (3123 f.) – Jalloh/Deutschland. S. auch o. Rn. 5035 im Rahmen der Gewinnung und Verwendung von Beweismitteln und den Auswirkungen auf ein faires Verfahren.

²⁰⁵ S.o. Rn. 5035 zum Fall *Gäffen*.

²⁰⁶ So auch *Schuhr*, NJW 2006, 3538 (3541).

Art. 6 Abs. 3 EMRK insofern, als sie deutlich kürzer formuliert ist und auf die beispielhafte Aufzählung in Form von Mindestgarantien verzichtet. Mit Leben gefüllt wird die Chartavorschrift durch die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten, aber – und hier zeigt sich ein prägnanter Fall von Art. 52 Abs. 3 –, die in der EMRK dargelegten Ausprägungen sind als Mindeststandard ebenso dem Art. 48 Abs. 2 zugrunde zu legen.

- 5104** Als *lex specialis* für die Strafverfahren steht die Vorschrift damit im Verhältnis zu Art. 47 Abs. 2 S. 2 EGRC. Viele der zu dieser Garantie festgestellten Vorgaben sind auch auf Art. 48 Abs. 2 EGRC zu übertragen.²⁰⁷

II. Anklage wegen einer Straftat

- 5105** Dem Wortlaut nach impliziert die Norm, es bedürfe einer „Anklage“. Doch auch im Rahmen von Art. 48 Abs. 2 EGRC ist das weite Verständnis dieses Begriffes in zweierlei Hinsicht anzulegen.²⁰⁸

- 5106** Zum einen muss nicht förmlich Anklage erhoben worden sein. Vielmehr genügt schon der Status der Beschuldigung, wie ihn beispielsweise § 157 StPO enthält. Zum anderen muss sich die Anklage (im weiteren Sinne) nicht auf eine Kriminalstrafe beziehen. Nach dem materiellen Strafbegriff ist der Anwendungsbereich mithin auch auf die strafähnliche Sanktion zu erstrecken.²⁰⁹

III. Verletzung der Verteidigungsrechte

1. Mögliche Kausalität

- 5107** Ein Verstoß gegen die in Art. 48 Abs. 2 EGRC gewährleisteten Verteidigungsrechte ist bereits dann anzunehmen, wenn es möglich ist, dass die Nichtbeachtung zu einer (negativen) Beeinflussung der Entscheidung führen konnte.²¹⁰ Zugleich bedeutet diese Vorgabe jedoch auch, dass die Verteidigungsrechte nur dann einen relevanten Verstoß erfahren, wenn die Entscheidung des Gerichts im Wesentlichen auf einem solchen Umstand fußt oder eine bessere Verteidigungsmöglichkeit unter Beachtung der Verteidigungsrechte dargelegt werden kann.²¹¹

2. Ausprägungen der Verteidigungsrechte

- 5108** Bereits die Lektüre des Art. 6 Abs. 3 EMRK gibt einen guten Eindruck davon, welche Verteidigungsrechte auch Art. 48 Abs. 2 EGRC umfassen soll. Dem An-

²⁰⁷ S.o. Rn. 5056 ff.

²⁰⁸ Vgl. o. Rn. 5074 ff., 5078.

²⁰⁹ Jarass, § 41 Rn. 18.

²¹⁰ EuGH, Rs. C-204 u.a./00 P, Slg. 2004, I-123 (445, Rn. 74) – Aalborg Portland.

²¹¹ EuGH, Rs. C-204 u.a./00 P, Slg. 2004, I-123 (444, Rn. 71) – Aalborg Portland; Jarass, § 41 Rn. 22.

geklagten muss, ggf. mit Hilfe eines Dolmetschers, die Möglichkeit eingeräumt werden, in möglichst kurzer Zeit über die Beschuldigungen gegen ihn informiert zu werden. Ihm muss die Gelegenheit zur Vorbereitung auf seine Verteidigung gegeben werden, ggf. auch mit Hilfe eines Verteidigers seiner Wahl oder aber eines unentgeltlich zu stellenden Beistands.

Für die Verteidigung selbst gilt neben dem Recht auf Stellungnahme, dass dem Betroffenen Fragen an den Belastungszeugen erlaubt sein müssen und Entlastungszeugen unter äquivalenten Bedingungen wie Belastungszeugen zuzulassen sind. **5109**

3. Rechtfertigung

Gerechtfertigt können Verstöße nur in gesetzlich geregelten Fällen sein, die einen Ausgleich für den Betroffenen vorsehen. Die erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung orientiert sich dabei im Wesentlichen an zwei Parametern. Zum einen sind Einschränkungen im Ordnungswidrigkeiten- und Verwaltungsverfahrenrecht mit seinen strafähnlichen Sanktionen weitgehendster möglich als im sensiblen Bereich des Strafrechts. Zum anderen ist das Ausmaß der Beeinträchtigung mit dem kollidierenden Interesse ins Verhältnis zu setzen, wobei die Intensität der Belastung zu berücksichtigen ist.²¹² **5110**

D. Gesetzmäßigkeit (Art. 49 Abs. 1, 2 EGRC)

I. Charakter, Bestandteile und Vorläufer

Die Gesetzmäßigkeit wird in Art. 49 Abs. 1, 2 EGRC als wesentliche Voraussetzung zur Bestrafung normiert. Da der Schwerpunkt nicht in einer verfahrensrechtlichen Garantie liegt, handelt es sich weniger um ein Prozessgrundrecht im eigentlichen Sinne, sondern primär um ein subjektives Abwehrrecht. Es wird auf nationaler Ebene als ein „Mehr“ gegenüber der sonst üblichen Bezeichnung als bloß „grundrechtsgleiches Recht“ verstanden.²¹³ **5111**

Unter der „Gesetzmäßigkeit“ verbergen sich mehrere Gesichtspunkte, die allesamt der Berechenbarkeit der Strafgesetzgebung und -justiz dienen.²¹⁴ Im Wesentlichen unterfallen damit das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für verbotene Handlungen und ihre Strafe, das Bestimmtheitsgebot („nulla poena sine lege certa“), das Analogieverbot („nulla poena sine lege stricta“) und das Rückwirkungsverbot („nulla poena sine lege praevia“) den Vorgaben des Art. 49 Abs. 1, 2 EGRC. **5112**

²¹² S. EGMR, Urt. vom 20.12.2001, Nr. 33900/96 (Rn. 22 f.), NJW 2003, 2893 (2894) – P.S./Deutschland; auch Urt. vom 15.6.1992, Nr. 12433/86 (Rn. 49), NJW 1992, 3088 (3089) – Lüdi/Schweiz; Jarass, § 41 Rn. 31.

²¹³ Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 103 Rn. 103.

²¹⁴ Kadelbach, in: Grote/Marauhn, Kap. 15 Rn. 9.

- 5113** Das Erfordernis der Gesetzmäßigkeit wird von EuGH und EuG als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts angesehen, der in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten wurzelt.²¹⁵ Geschriebene Vorgaben finden sich z.T. in der EMRK, z.T. im IPbPR.²¹⁶ So entspricht Art. 49 Abs. 1 EGRC Art. 7 Abs. 1 EMRK sowie Art. 15 Abs. 1 IPbPR, wobei nur in Letzterem der Aspekt der mildernden Strafe aufgegriffen wurde. Art. 7 Abs. 2 EMRK und Art. 15 Abs. 2 IPbPR enthalten die Strafbarkeit nach internationalem Recht und stellen damit die Vorläufer der Ausnahmeklausel in Art. 49 Abs. 2 EGRC dar.

II. Gesetzmäßigkeit

1. Inhalt

- 5114** Die Vorgabe der Gesetzmäßigkeit als Grundsatz dient der Berechenbarkeit der Gesetzgebung und der Strafjustiz.²¹⁷ Im deutschen Recht ist der Grundgedanke der Gesetzmäßigkeit selbstverständlich enthalten, jedoch insoweit modifiziert und letztlich noch intensiviert, als Art. 103 Abs. 2 GG eine Gesetzlichkeit, d.h. eine gesetzliche Bestimmung zur Tatzeit, fordert.²¹⁸ Wesentlicher Unterschied ist damit, dass es nach dem Grundgesetz fernab der in den Regelungsbereich des Art. 25 GG fallenden völkerrechtlichen Vorschriften einer geschriebenen Rechtsgrundlage für die Bestrafung bedarf,²¹⁹ während die EGRC mit materieller Schwerpunktsetzung auf das „Recht“ abstellt.
- 5115** Dieser Unterschied erklärt sich zunächst aus dem Geltungsbereich der Charta. Das common law sieht im Wesentlichen keine geschriebenen Rechtsnormen vor. Doch auch hier lassen sich durch die Kontinuität des Case Law Straftatbestände und die entsprechenden Rechtsfolgen eruieren, die dem Gesetzmäßigkeitserfordernis genügen.²²⁰

2. Ausnahmeklausel des Art. 49 Abs. 2 EGRC

- 5116** Art. 49 Abs. 2 EGRC stellt klar, dass nicht ausgeschlossen sein soll, eine Person zu verurteilen und zu bestrafen, wenn das in Frage stehende Verhalten zur Tatzeit „nach allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar“ war.

²¹⁵ EuGH, Rs. C-303/05, DVBl. 2007, 897 (900, Rn. 49) – Europäischer Haftbefehl; EuG, Rs. T-279/02, Slg. 2006, II-897 (934 f., Rn. 66 f.) – Degussa AG; Rs. T-15/99, Slg. 2002, II-1613 (Rn. 108 nicht abgedruckt) – Brugg Rohrsysteme.

²¹⁶ BGBl. II 1973 S. 1534.

²¹⁷ Kadelbach, in: Grote/Marauhn, Kap. 15 Rn. 9.

²¹⁸ Vgl. § 1 StGB.

²¹⁹ Für Freiheitsstrafen ist überdies der Parlamentsvorbehalt in Art. 104 Abs. 1 GG zu beachten.

²²⁰ EGMR, Urt. vom 26.4.1979, Nr. 6538/74 (Rn. 47), EuGRZ 1979, 386 (387) – Sunday Times/Vereinigtes Königreich (Nr. 1).

Wie eingangs skizziert, stützt sich die Regelung auf Art. 7 Abs. 2 EMRK und Art. 15 Abs. 2 IPbpr.²²¹ Den Unterschieden im Wortlaut der Vorschriften²²² kommt indes keine praktische Bedeutung zu.²²³ **5117**

Die Vorschrift des Art. 7 Abs. 2 EMRK war noch unter dem Eindruck der Nürnberger Prozesse entstanden, sah man sich doch im Rechtfertigungszwang gegenüber behaupteter rückwirkender Strafbarerklärung.²²⁴ **5118**

Auch in jüngerer Zeit rückte die Problematik wieder in den Fokus der Rechtsprechung. Für Deutschland stellte sich die Problematik im Rahmen der Strafverfahren gegen die so genannten Mauerschützen, die unter Bezug auf positivierte Rechtfertigungsgründe des DDR-Rechts auf Flüchtlinge schossen. Dabei wurden sowohl die Taten der ausführenden Mauerschützen als auch der Befehlsgeber im Hintergrund juristisch aufgearbeitet. In der dazu angestregten Verfassungsbeschwerde führte das BVerfG aus: „Das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG findet seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden. An einer solchen besonderen Vertrauensgrundlage fehlt es, wenn der Träger der Staatsmacht für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts die Strafbarkeit durch Rechtfertigungsgründe ausschließt, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht auffordert, es begünstigt und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet.“²²⁵ **5119**

Der EGMR schloss sich im Wesentlichen dieser Sichtweise auf der Grundlage von Art. 7 EMRK an.²²⁶ In dem Erschießen von ergriffenen oder verwundeten Fluchtwilligen liegt danach auch ein Verstoß gegen die allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätze i.S.d. Art. 49 Abs. 2 EGRC. **5120**

III. Bestimmtheitsgebot

Das Bestimmtheitsgebot sieht das Erfordernis vor, die unter Strafe gestellte Tat sowie das Ausmaß des Strafmaßes hinreichend konkret zu umschreiben, so dass es dem Einzelnen möglich ist, sich über die Folgen seines Tuns einen vorhersehbaren Eindruck zu verschaffen.²²⁷ Überdies wird so die Einheitlichkeit der Rechtsan- **5121**

²²¹ BGBl. II 1973 S. 1534.

²²² Strafbarkeit „nach den von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen“, Art. 7 Abs. 2 EMRK, bzw. „nach den von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen“, Art. 15 Abs. 2 IPbpr.

²²³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (31); Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 18.

²²⁴ Frowein/Peukert, Art. 7 Rn. 8.

²²⁵ BVerfGE 95, 96 (96, 130 ff.).

²²⁶ S. EGMR, Urt. vom 22.3.2001, Nr. 34044/96 u.a. (Rn. 87), NJW 2001, 3035 (3040) – Streletz, Keßler u. Krenz/Deutschland.

²²⁷ EuGH, Rs. C-172/89, Slg. 1990, I-4677 (4693, Rn. 9) – Vandemoortele NV.

wendung gewährleistet.²²⁸ Allerdings kann innerhalb verschiedener Straftaten durchaus differenziert werden, ohne dass ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung vorliegt. Dies hat der EuGH im Hinblick darauf entschieden, dass eine Übergabe an andere Staaten ohne Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit, ob also die Tat nicht nur nach dem Recht des Ausstellungsmitgliedstaates, sondern auch nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaates eine Straftat darstellt, nach dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl²²⁹ nur für 32 Straftaten vorgesehen war.²³⁰

1. Tatbestand

5122 Bereits für den Gesetzgeber besteht die Maßgabe, die Gesetze so zu fassen, dass aus ihnen erkennbar ist, welches Verhalten unter Strafe gestellt wird. Für den Tatbestand bedeutet dies, dass die Verhaltenserwartung klar formuliert sein muss. Dass diese Voraussetzung jedoch nur mit geschriebenem Recht erfüllt werden kann, ist nicht zwingend. Im common law findet eine Verlagerung auf die Judikative statt. Dort gilt das Bestimmtheitsgebot bezüglich der strafrechtsbewährten Verhaltensweisen und ihrer Konsequenzen vornehmlich für das so genannte case law, d.h. Tatbestände und Rechtsfolgen müssen sich aufgrund der Rechtsprechung klar ermitteln lassen.²³¹

5123 Problematisch sind vielmehr Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe,²³² normative Tatbestandsmerkmale sowie gesetzliche Vermutungen.²³³ Sie gehören jedoch zur gängigen und aus Verallgemeinerungsgründen auch unabdingbaren Gesetzestechnik. Es liegt daher kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot vor, soweit – ggf. unter Heranziehung des Regelungskontextes und der Rechtsprechung – ein überwiegend einheitliches Normverständnis mit der sprachlichen Fassung gegeben ist.²³⁴ Dabei kann sogar die Einholung von Beratung durch kundige Stellen noch innerhalb der Grenzen des Zumutbaren liegen.²³⁵ Die etwaigen Grau-

²²⁸ Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 20.

²²⁹ Rahmenbeschl. 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 L 190, S. 1.

²³⁰ EuGH, Rs. C-303/05, DVBl. 2007, 897 (901, Rn. 57 f.) – Europäischer Haftbefehl. S. auch sogleich Rn. 5124.

²³¹ EGMR, Urt. vom 22.11.1995, Nr. 20166/92 (Rn. 41 ff.), ÖJZ 1996, 356 (357) – S.W./Vereinigtes Königreich; auch Urt. vom 22.11.1995, Nr. 20190/92 (Rn. 39 ff.), Ser. A 335-C – C.R./Vereinigtes Königreich; Frowein/Peukert, Art. 7 Rn. 4.

²³² S. dazu EGMR, Urt. vom 24.5.1988, Nr. 10737/84 (Rn. 29), NJW 1989, 379 (379) – Müller u.a./Schweiz; Urt. vom 25.5.1993, Nr. 14307/88 (Rn. 40, 52), ÖJZ 1994, 59 (61) – Kokkinakis/Griechenland.

²³³ EKMR, Entsch. vom 9.4.1996, Nr. 25399/94 – H. M.A./Spanien.

²³⁴ EGMR, Urt. vom 15.11.1996, Nr. 17862/91 (Rn. 32 ff.), EuGRZ 1999, 193 (197 f.) – Cantoni/Frankreich; auch Urt. vom 25.3.1985, Nr. 8734/79 (Rn. 47), NJW 1985, 2885 (2886) – Barthold/Deutschland; Kadelbach, in: Grote/Marauhn, Kap. 15 Rn. 24.

²³⁵ EGMR, Urt. vom 8.7.1999, Nr. 23536 u. 24408/94 (Rn. 37), NJW 2001, 1995 (1996) – Başkaya u. Okçuoglu/Türkei.

zonen („grey areas at the fringes of the definition“)²³⁶ bleiben dennoch ein nicht unproblematisches Spannungsfeld zwischen der Praktikabilität und Anwendbarkeit von Normen und der Vorhersehbarkeit der Strafe.

2. Rechtsfolgen

Auch die Strafraumzumessung unterliegt dem Bestimmtheitsgebot,²³⁷ wobei die 5124
Vorgaben weniger streng sind als bei der Fassung des Tatbestandes. Regelmäßig entsteht hier auch ein geringeres Konfliktpotenzial. Auf nationaler Ebene stellte das BVerfG jedoch fest, § 43a StGB a.F., der dem Gericht bei bestimmten Straftatbeständen die Möglichkeit einräumte, neben einer mindestens zweijährigen Freiheitsstrafe auf Zahlung eines nur durch den Wert des Tätervermögens begrenzten Geldbetrags zu erkennen, entspreche nicht dem Bestimmtheitsgebot gem. Art. 103 Abs. 2 GG.²³⁸ Durch den Europäischen Haftbefehl wird die Strafbarkeit in anderen Mitgliedstaaten erleichtert, weil diesen Straftäter leichter übergeben werden können. Für 32 aufgelistete Straftaten ist nicht mehr eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit im Ausstellungs- und im Vollstreckungsmitgliedstaat zwingend.²³⁹ Da damit eine Sicherung gegen eine strafrechtliche Verurteilung in einem anderen Staat verloren geht, müssen auch die davon betroffenen Straftaten hinreichend bestimmt sein. Die Auflistung trifft keine abschließende Bestimmung, sondern Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl²⁴⁰ verlangt, dass sie im Ausstellungsmitgliedstaat mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht sind. Indes ergibt sich daraus eindeutig, welche Straftaten jeweils betroffen sind. Damit genügt die Bestimmbarkeit nach dem Recht des Ausstellungsmitgliedstaates, war doch auch keine Rechtsangleichung angestrebt.²⁴¹

IV. Analogieverbot

Unter Analogie versteht man die Übertragung einer (für einen oder mehrere unter- 5125
einander ähnliche Tatbestände bestehenden) gesetzlichen Vorschrift auf einen gesetzlich nicht geregelten Einzelfall, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zur Auffindung und Ausfüllung von (planwidrigen und nicht schon durch Auslegung schließbaren) Regelungslücken vorgenommen wird.²⁴² Das Analogieverbot richtet sich damit im Wesentlichen an den Rechtsanwender. Es untersagt, dass

²³⁶ EGMR, Urt. vom 15.11.1996, Nr. 17862/91 (Rn. 32), EuGRZ 1999, 193 (197) – Cantoni/Frankreich.

²³⁷ EuGH, Rs. C-303/05, DVBl. 2007, 897 (900, Rn. 50) – Europäischer Haftbefehl.

²³⁸ BVerfGE 105, 135 (152).

²³⁹ S. bereits vorstehend Rn. 5121 a.E.

²⁴⁰ Rahmenbeschl. 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 L 190, S. 1.

²⁴¹ EuGH, Rs. C-303/05, DVBl. 2007, 897 (901, Rn. 51 ff.) – Europäischer Haftbefehl; abl. Schmahl, DVBl. 2007, 1463 (1468).

²⁴² Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 1 Rn. 24.

strafbegründend oder -erweiternd ein Verhalten für strafbar erklärt wird, das nicht unter einen Tatbestand subsumiert werden kann, sei er nun geschrieben oder durch das Case Law zu ermitteln.²⁴³ Auch für Rechtsfolgen scheiden Analogiebildungen aus, d.h. das im Strafraum vorgesehene Höchstmaß darf nicht überschritten werden.

5126 Dem Verbot unterfällt bereits die extensive Auslegung von Strafnormen. Mit der schon im Rahmen von Art. 7 EMRK vorgenommenen Wertung werden so weitere Graubereiche, hier in der Abgrenzung zwischen Auslegung und Analogie, verringert.

5127 Nicht vom Analogieverbot erfasst sind indes Analogien zugunsten des Täters. So ist es zulässig, Strafmilderungs- oder -aufhebungsgründe analog zu erweitern oder auch zu begründen, so dass es zu einer Einschränkung oder Milderung der Strafbarkeit bzw. Strafe kommt.²⁴⁴

V. Rückwirkungsverbot

1. Einordnung

5128 Das Rückwirkungsverbot ist Ausdruck der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Mit ihm soll zunächst das Vertrauen des Einzelnen davor geschützt werden, strafrechtlich wegen einer Tat belangt zu werden, die zum Begehungszeitpunkt nicht oder nicht unter der speziellen Androhung strafbar war.

5129 Schon früh hat der EuGH die Geltung des Rückwirkungsgebots anerkannt.²⁴⁵ Jedoch blieb die dogmatische Einordnung insoweit problematisch, als diesem Verbot Eigenständigkeit teilweise nicht zuerkannt und stattdessen vielmehr auf die Konkretisierungsfunktion der ihm zugrunde liegenden Prinzipien abgestellt wurde.²⁴⁶ Allerdings wird regelmäßig auf das Bestehen eines solchen allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Gemeinschaftsrechts verwiesen.²⁴⁷

2. Nulla poena sine lege

a) Anwendungsbereich und Inhalt

5130 Kern des Rückwirkungsverbots im Strafrecht ist der Grundsatz nulla poena sine lege – keine Strafe ohne Gesetz. Anknüpfungspunkt sind dabei zunächst Kriminalstrafen. Ein Verhalten darf nicht nachträglich als strafbar normiert werden,

²⁴³ Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 23.

²⁴⁴ Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 26.

²⁴⁵ EuGH, Rs. 98/78, Slg. 1979, 69 (86 f., Rn. 20) – Racke.

²⁴⁶ S. EuGH, Rs. 98/78, Slg. 1979, 69 (86 f., Rn. 20) – Racke; Rs. 99/78, Slg. 1979, 101 (111 f., Rn. 8) – Decker.

²⁴⁷ Dazu EuGH, Rs. 63/83, Slg. 1984, 2689 (2718, Rn. 22) – Regina; EuG, Rs. T-15/99, Slg. 2002, II-1613 (Rn. 108 nicht abgedruckt) – Brugg Rohrsysteme GmbH/Kommission; jüngst EuGH, Rs. C-3/06 P, Slg. 2007, I-1331 (1384, Rn. 87) – Groupe Danone. Ausführlich mit grundrechtlicher Herleitung o. Rn. 3004 ff.

auch nicht in Erweiterung bereits bestehender Straftatbestände. Zudem muss die Sanktionierung derjenigen entsprechen, die zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung gesetzlich vorgesehen war.²⁴⁸ Grundlage der Sanktionierung sind die allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen. Sie werden daher notwendig ebenfalls von der „nulla poena“-Vorgabe erfasst. Daher wäre auch beispielsweise eine nachträgliche Beschränkung von Rechtfertigungsgründen unzulässig.²⁴⁹

Jedoch ist der „nulla poena“-Grundsatz nicht nur auf Kriminalstrafen im engeren Sinne zu beziehen. Der im Strafrecht gebotene Schutz gilt auch für Vorschriften, die nachteilig auf das Vermögen eines Rechtssubjekts einwirken.²⁵⁰ Dies bedeutet, dass auch Disziplinarstrafen und Geldbußen im Ordnungswidrigkeitenrecht dieser Vorgabe unterfallen.²⁵¹ **5131**

Vom Rückwirkungsverbot nicht erfasst ist das Strafverfahrensrecht, d.h. das Gerichtsverfassungs- und Strafprozessrecht.²⁵² Auch auf den Strafvollzug bezieht sich das Rückwirkungsverbot nicht, so dass grundsätzlich ebenso nach der Verurteilung eintretende Rechtsänderungen berücksichtigt werden können.²⁵³ **5132**

Überraschen mag indes, dass die Regelung der Verjährung ebenso dem Verfahrensrecht zugeordnet wird, so dass auch hier das Rückwirkungsverbot nicht als einschlägig erachtet wird.²⁵⁴ Dies erklärt sich daraus, dass die Verjährung die Verfolgbarkeit einer Tat, nicht indes die eigentliche Strafbarkeit betrifft. **5133**

b) Adressat

Der Grundsatz bindet zunächst den Gesetzgeber. Er darf nicht ein Verhalten nachträglich unter Strafe stellen. Mehr aber noch als das Gesetzmäßigkeits- und Bestimmtheitserfordernis richtet sich das Rückwirkungsgebot auch an den Rechtsanwender, vornehmlich den Richter. Problematisch war in diesem Zusammenhang früher, ob Richterrecht ebenfalls den „nulla poena“-Grundsatz zu beachten hat. **5134**

Per definitionem beschäftigt sich die Rechtsprechung regelmäßig mit in der Vergangenheit liegenden Sachverhalten. Die Problematik ist vielmehr in der Frage verortet, inwieweit rückwirkend die Rechtsprechung verändert werden kann. In der Entscheidung *Dansk Rørindustri u.a.*²⁵⁵ hat der EuGH diesbezüglich jedoch klar Stellung bezogen. Danach darf das Gebot selbstverständlich nicht soweit einschränken, dass eine „schrittweise Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit untersagt“ ist. Maßstab für die richterliche Auslegung ist vielmehr das Kriterium der „Vorhersehbarkeit“. D.h. für den Einzelnen muss das Ergebnis der Auslegung, wie es zum Zeitpunkt der Begehung der Tat in der **5135**

²⁴⁸ EuG, T-329/01, Slg. 2006, II-3255 (3281, Rn. 38) – Archer Daniels Midland.

²⁴⁹ Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 29.

²⁵⁰ Anders aber noch *GA Ruiz-Jarabo*, EuGH, Rs. C-387/97, Slg. 2000, I-5047 (5078 f., Rn. 84) – Kommission/Griechenland.

²⁵¹ Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 28.

²⁵² EKMR, Entsch. vom 14.4.1989, Nr. 14099/88 – Gillies/Vereinigtes Königreich; *Kadelbach*, in: Grote/Marauhn, Kap. 15 Rn. 35.

²⁵³ *Kadelbach*, in: Grote/Marauhn, Kap. 15 Rn. 37.

²⁵⁴ *Kadelbach*, in: Grote/Marauhn, Kap. 15 Rn. 36.

²⁵⁵ Dazu EuGH, Rs. C-189 u.a./02 P, Slg. 2005, I-5425 (5568, Rn. 217 ff.) – Dansk Rørindustri u.a.

Rechtsprechung zu der in Frage stehenden Norm vertreten wurde, hinreichend vorhersehbar gewesen sein.²⁵⁶ Oftmals ergibt sich das Verhaltensgebot – auch unter Einhaltung des Bestimmtheitsgebots – erst aus der Einheit zwischen der geschriebenen Norm und ihrer Anwendung nach der richterlichen Auslegungspraxis. Demgemäß ist die Entscheidung des EuGH nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes zu begrüßen.²⁵⁷

c) *Beschränkungen*

- 5136** Der „nulla poena“-Grundsatz gilt absolut. Nur auf diese Weise kann der Einzelne sein Verhalten so ausrichten, dass er nicht mit den sensibel in seine Rechte eingreifenden Instrumentarien des Strafrechts in Berührung kommt.
- 5137** Eine Einschränkung muss indes gemacht werden. Ausnahmsweise kann nämlich sogar ein Rückwirkungsgebot bestehen. Art. 49 Abs. 1 S. 3 EGRC normiert dieses selbst.²⁵⁸ Mildere Strafen, die erst nach der Begehung einer Straftat verhängt werden, sind rückwirkend zu anzuwenden. Hierin liegt auch kein systemimmanenter Verstoß gegen das Analogieverbot. Wollte man ein analoges Vorgehen annehmen, so läge hierin dennoch keine Verletzung des Analogieverbots; Analogien zugunsten des Angeklagten sind zulässig.

3. *Echte und unechte Rückwirkung*

- 5138** Art. 49 Abs. 1, 2 EGRC lässt sich dem Wortlaut und seiner systematischen Stellung nach ein Rückwirkungsverbot nur für strafrechtliche Normen entnehmen. Aus den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sowie den Grundrechten lässt sich jedoch eine weitere Ausprägung des Rückwirkungsverbots jenseits der strafrechtlichen Materie herleiten. Während die Rückwirkung für Strafgesetze unzulässig ist, gibt es hier Fälle, in denen eine Zulässigkeit grundsätzlich oder ausnahmsweise zu bejahen sein kann. Dabei wird die Zulässigkeit im Wesentlichen an der Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung orientiert.²⁵⁹ Das BVerfG hat in seinen Entscheidungen insbesondere zur Steuer-gesetzgebung an diese Differenzierung unterschiedliche Folgen geknüpft, wie der Vertrauensschutz zu berücksichtigen ist.²⁶⁰ Von diesen Grundsätzen können auch auf der Ebene des Europarechts Anleihen genommen werden.²⁶¹ Letztlich stimmt die Bewertung des EuGH mit ihnen überein.²⁶²

²⁵⁶ EuGH, Rs. C-189 u.a./02 P, Slg. 2005, I-5425 (5568, Rn. 218) – Dansk Rørindustri u.a.; Rs. C-3/06 P, Slg. 2007, I-1331 (1384, Rn. 89) – Groupe Danone.

²⁵⁷ Vgl. Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 30.

²⁵⁸ Ausführlich dazu s.u. Rn. 5140 ff.

²⁵⁹ In anderer Terminologie, aber weitgehender unter Zugrundelegung gleicher Fallgruppen spricht man auch von tatbestandlicher Rückanknüpfung und Rückwirkung von Rechtsfolgen.

²⁶⁰ Insbes. BVerfGE 72, 200 (244 ff.).

²⁶¹ Vgl. EuGH, Rs. C-487/01 u. 7/02, Slg. 2004, I-5337 (5392 f., Rn. 58 ff.) – Gemeente Leusden u. Holin Groep BV.

²⁶² Ausführlich o. Rn. 3004 ff.

4. Wettbewerbspolitik der Kommission

Auch dieses allgemeine Rückwirkungsverbot erfasst nicht nur den Erlass von Rechtsakten im eigentlichen Sinne, sondern ebenso das Verwaltungshandeln. Häufig Gegenstand europäischer Entscheidungen wurde daher der Erlass von Leitlinien der Kommission im Rahmen der Wettbewerbspolitik. Aus sich heraus fehlt es den Leitlinien an Normcharakter, doch Rechtswirkungen ergeben sich durch Erlass und Veröffentlichung in Form einer Selbstbindung der Kommission.²⁶³ Die europäischen Organe müssen damit hinsichtlich ihrer Geldbußenpraxis das Rückwirkungsgebot beachten, binden Erlass, Veröffentlichung und Anwendung von Verhaltensnormen doch das Ermessen, so dass von „Recht“ i.S.d. das Rückwirkungsverbot statuierenden Normen zu sprechen ist. Daher ist es letztlich gleichgültig, ob man den Geldbußen strafähnlichen Charakter zumisst und sie deshalb dem auf Strafen bezogenen Grundsatz „nulla poena sine lege“ unterstellt²⁶⁴ oder wegen ihrer ausschließlich verwaltungs- und wettbewerbsrechtlichen Ausrichtung²⁶⁵ lediglich an den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen misst.²⁶⁶ Da eine tatbestandliche Rückanknüpfung und damit eine echte Rückwirkung grundsätzlich – wenn auch nicht durchgehend – ausgeschlossen ist, sind die Ergebnisse regelmäßig identisch.

VI. Grundsatz des mildernden Gesetzes (Art. 49 Abs. 1 S. 3 EGRC)

Art. 49 Abs. 1 S. 3 EGRC bestimmt, dass eine mildere Strafe zu verhängen ist, wenn diese nach der Begehung der Tat durch Gesetz eingeführt wurde. Einen Vorläufer findet diese Regelung in Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR.²⁶⁷ Auch das deutsche Recht kennt eine ähnliche Vorschrift in § 2 Abs. 3 StGB. Jedoch sieht diese Norm ihrem Wortlaut nach vor, das mildeste „Gesetz“ anzuwenden, also nicht nur, die mildeste „Strafe“ zu verhängen. Allerdings ist auch Art. 49 Abs. 1 S. 3 EGRC so zu verstehen, dass jegliche täterbegünstigende Gesetzesänderung nach Begehung der Tat und vor der letztinstanzlichen Entscheidung zu berücksichtigen ist.²⁶⁸ Nur so wird der Grundsatz des mildernden Gesetzes umfassend verwirklicht.

Die Bewertung, inwieweit ein Gesetz milder ist, erfolgt durch eine konkrete Einzelfallbetrachtung anhand des gesamten Rechtszustandes.²⁶⁹ Dabei werden

²⁶³ EuG, Rs. T-329/01, Slg. 2006, II-3255 (3281 f., Rn. 39 ff.) – Archer Daniels Midland.

²⁶⁴ Dahin *Jarass*, § 42 Rn. 6 unter Bezug auf EuG, Rs. T-17/99, Slg. 2002, II-1647 (Rn. 110 f. nicht abgedruckt) – Ke Kelit; Rs. T-23/99, Slg. 2002, II-1705 (1786 f., Rn. 219 f.) – LR AF 1998; zum zweiten Urteil aber übernächste Fn.

²⁶⁵ Näher *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 1444 ff.

²⁶⁶ S. EuG, Rs. T-23/99, Slg. 2002, II-1705 (1787, Rn. 220) – LR AF 1998, zwar unter Hinweis auf den Sanktionscharakter, aber in ausdrücklicher Analogie zum Urteil *Michelin* (EuGH, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 (3498, Rn. 7)), das die im Verwaltungsverfahren zu beachtenden Grundsätze für die Verhängung einer Geldbuße wegen eines Wettbewerbsverstoßes heranzieht.

²⁶⁷ BGBl. II 1973 S. 1534.

²⁶⁸ *Eser*, in: Meyer, Art. 49 Rn. 34.

²⁶⁹ *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 2 Rn. 30.

nicht nur die einschlägigen Normen alter und neuer Fassung im Ganzen verglichen. Vielmehr sind die für den speziellen Fall die Strafandrohung betreffenden Voraussetzungen umfassend zu berücksichtigen. Dabei können auch nur zwischenzeitlich in Geltung befindliche Gesetze Anwendung finden.²⁷⁰

5142 Auch wenn die EMRK keine vergleichbare Regelung enthält, war ein entsprechender Weg der mildesten Strafe bzw. des mildesten Gesetzes auch hier nie versperrt. Analogien zugunsten des Täters sind vom Analogieverbot nicht erfasst.

5143 Auf sekundärrechtlicher Ebene, dann allerdings mit Hinblick auf verwaltungsrechtliche Sanktionen, ist der Gedanke bereits aufgegriffen und explizit normiert worden.²⁷¹

E. Verhältnismäßigkeit (Art. 49 Abs. 3 EGRC)

I. Überblick

1. Quellen

5144 Gem. Art. 49 Abs. 3 EGRC darf das Strafmaß gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit des Strafmaßes hat keinen geschriebenen Vorläufer. Jedoch ist es in der Judikatur der Gemeinschaftsgerichte, aber auch aller Mitgliedstaaten anerkannt.²⁷² Hergeleitet wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Strafrecht regelmäßig aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundrecht der persönlichen Freiheit.²⁷³

5145 Art. 49 Abs. 3 EGRC normiert hierbei einen Spezialfall des allgemeinen Prinzips, das bei jeder Einschränkung von Grundrechten zu beachten und zu wahren ist.²⁷⁴ Gerade bei der Sanktionierung von Verhalten wird jedoch in besonders sensible Schutzbereiche eingegriffen, so dass die besondere Aufnahme in den Kanon der justiziellen Grundrechte passt. In deren Rahmen hat es freilich teilweise einen besonderen Gehalt.

2. Inhalt und Anwendungsbereich

5146 Die Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips aus Art. 49 Abs. 3 EGRC ist ähnlich wie bei dem allgemein gültigen Rechtsgrundsatz. Die Maßnahme ist auf

²⁷⁰ Zum Ganzen im deutschen Recht *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 2 Rn. 16 ff.

²⁷¹ Art. 2 Abs. 2 S. 2 VO (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18.12.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 312, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1233/2007, ABl. 2007 L 279, S. 10. Vgl. dazu auch EuGH, Rs. C-295/02, Slg. 2004, I-6369 (6400 f., Rn. 53 ff.) – Gerken.

²⁷² *Eser*, in: Meyer, Art. 49 Rn. 5, 36; vgl. zum allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, § 7 Rn. 41 ff.

²⁷³ BVerfGE 19, 342 (349 f.).

²⁷⁴ *Jarass*, § 42 Rn. 17.

ihre legitime Zwecksetzung zu prüfen und muss demgemäß erforderlich, geeignet und angemessen sein.²⁷⁵

Diese Vorgaben folgen aus Art. 49 Abs. 3 EGRC, wenn es um repressive Strafen geht. Liegt der Schwerpunkt dagegen in der Prävention, so insbesondere bei schuldunabhängigen Maßnahmen zur Sicherung und Besserung, ist die Norm nicht einschlägig.²⁷⁶ Strafmäßige Maßnahmen dürften demgegenüber mit Hinblick auf ihre Auswirkungen bei entsprechender Eingriffsintensität erfasst sein. Jedoch wird die Problematik in Randbereichen dadurch entschärft, dass stets jedenfalls das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip Anwendung findet. **5147**

II. Ebene der Gesetzgebung

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erlegt dem Gesetzgeber auf, ein Verhalten hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ nur insoweit zu sanktionieren, als dies zum Schutz des betroffenen Rechtsguts erforderlich, geeignet und angemessen ist.²⁷⁷ **5148**

Vielfach wird auf das „Gebot sinn- und maßvollen Strafens“ verwiesen.²⁷⁸ Zentral ist dabei die Idee, dass die gesetzlich vorgesehene Sanktionierung auf der einen Seite mit den Verfassungsprinzipien in Einklang steht und auf der anderen Seite der zuständigen Instanz Strafraum an die Hand gibt, die dem individuellen Unrechts- und Schuldgehalt gerecht werden. **5149**

In der deutschen Verfassungsrechtsprechung ist in diesem Zusammenhang an prominenter Stelle insbesondere die Entscheidung zur absoluten Strafandrohung zu nennen.²⁷⁹ In ihr stellt das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe fest. Vor allem für die Mordmerkmale der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht fehlt es an einem Verstoß gegen die Verfassung, wenn Auslegung und Anwendung restriktiv nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips vorgenommen werden. **5150**

III. Ebene der Gesetzesanwendung

Bei der Gesetzesanwendung, also im konkreten Einzelfall, ist zu prüfen, ob die Strafe der gesetzlichen Zielsetzung zufolge erforderlich, geeignet und im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Abzuwägen sind die zu schützenden Rechtsgüter mit der Intensität und Schwere der Beschränkung der Rechte des Betroffenen. **5151**

²⁷⁵ Vgl. s.o. Rn. 601 ff.

²⁷⁶ Jarass, § 42 Rn. 18.

²⁷⁷ Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 37.

²⁷⁸ Vgl. Eser, in: Meyer, Art. 49 Rn. 37.

²⁷⁹ BVerfGE 45, 187.

F. Verbot der Doppelbestrafung – „ne bis in idem“ (Art. 50 EGRC)

I. Überblick und Quellen

- 5152** Das Verbot der Doppelbestrafung, auch Prinzip „ne bis in idem“ genannt, greift in das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit und zieht nach Erledigung des staatlichen Strafanspruchs die formale Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit vor.²⁸⁰
- 5153** Das Doppelbestrafungsverbot wurde mit der EGRC nicht völlig neu geschaffen. Unstreitig wird „ne bis in idem“ als allgemeine Regel des Völkerrechts angesehen²⁸¹ und auch auf europäischer Ebene ist das Prinzip als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts zu werten und bereits früh in Urteilen des EuGH explizit anerkannt worden.²⁸² Diese bezogen sich denn auch auf wettbewerbliche Bußgelder. Für sie ist daher dieser Grundsatz fest anerkannt.²⁸³ Er gilt damit unabhängig von einer Erweiterung von Art. 50 EGRC über Straftaten hinaus auch für Sanktionen im Verwaltungsverfahren ohne strafrechtlichen Charakter.²⁸⁴
- 5154** Vertraglich aufgenommen wurde der Grundsatz „ne bis in idem“ in Art. 14 Abs. 7 IPbPr²⁸⁵ und in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK. Diese Rechtsquellen haben jedoch gemein, nur ein innerstaatliches Doppelbestrafungsverbot zu enthalten; die Einmaligkeit der Bestrafung hat ihren Bezugspunkt nur in einer erfolgten Aburteilung derselben Tat im Inland.²⁸⁶ Diese vom BVerfG explizit aufgestellte Aussage entspricht auch dem Verständnis, das Art. 103 Abs. 3 GG zugrunde gelegt wird: Das Doppelbestrafungsverbot ist hiernach ebenfalls nur auf eine innerstaatliche Aburteilung zu beziehen.²⁸⁷
- 5155** Art. 50 EGRC erweitert demgegenüber seinen Anwendungsbereich grenzüberschreitend, so dass ein transnationales Doppelbestrafungsverbot vorliegt.²⁸⁸ Mag dieses rechtsordnungsexterne Mehrfachbestrafungsverbot auch völkerrechtlich nicht abgesichert sein, so ist die staatenübergreifende Idee dennoch kein absolutes Novum. Schon Art. 54 SDÜ²⁸⁹ geht von einem Doppelbestrafungsverbot mit transnationalem Bezug aus.²⁹⁰

²⁸⁰ Kadelbach, in: Grote/Marauhn, Kap. 29 Rn. 4.

²⁸¹ BVerfGE 75, 1 (23).

²⁸² S. EuGH, Rs. 18 u. 35/65, Slg. 1966, 178 – Gutmann; Rs. 14/68, Slg. 1969, 1 – Walt Wilhelm; Rs. C-289/04 P, Slg. 2006, I-5859 (5907, Rn. 50) – Showa Denko KK; Rs. C-238/99 u.a. P, Slg. 2002, I-8375 (8652, Rn. 59) – Limburgse Vinyl Maatschappij.

²⁸³ Frenz, Europarecht 2, Rn. 1593.

²⁸⁴ Vgl. o. Rn. 5074 ff., 5106.

²⁸⁵ BGBl. II 1973 S. 1534.

²⁸⁶ BVerfGE 75, 1 (18 ff.); Jung, in: FS für Schüler-Springorum, 1993, S. 493 (497 f.); Hecker, StV 2001, 306 ff.

²⁸⁷ BVerfGE 12, 62 (66); 75, 1 (15).

²⁸⁸ S. auch u. Rn. 5173 ff.

²⁸⁹ Schengener Durchführungsübereinkommen – SDÜ – Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den ge-

II. Gewährleistungsinhalt

1. Straftat

Das Doppelbestrafungsverbot knüpft an „dieselbe Straftat“ an. Da es allerdings an einer Definition des Tatbegriffs in der Charta selbst fehlt, ist diese nicht unproblematisch. 5156

Im deutschen Strafrecht herrscht der prozessuale Tatbegriff vor, dem zufolge die Tat einen nach allgemeiner Lebensanschauung einheitlichen historischen Vorgang bildet.²⁹¹ Abgestellt wird damit nicht nur auf das verwirklichte Delikt, sondern das gesamte Täterverhalten. Nicht alle Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verfolgen diesen Ansatz, sondern werten in einem normativen Sinne bereits den abgeurteilten Deliktstatbestand als „Tat“. ²⁹² 5157

Kollisionsfälle treten dann auf, wenn verschiedene Ansätze von Mitgliedstaaten aufeinander treffen. Dem könnte man mit einem einheitlichen „europäischen Tatbegriff“ begegnen. Die Rechtsprechung von EGMR und EuGH ist z.T. jedoch un einheitlich. 5158

Der EGMR hat bis dato keine klare Linie erkennen lassen.²⁹³ Wurde die strafrechtliche Beurteilung zunächst außen vor gelassen,²⁹⁴ so definierte der EGMR im Folgenden die „strafbare Handlung“ durch Gegenüberstellung zur Idealkonkurrenz.²⁹⁵ Seit der Entscheidung *Fischer*²⁹⁶ scheint sich jedoch die Tendenz ableiten zu lassen, einen von diesen konträren Punkten losgelösten Weg gehen zu wollen. Das Doppelbestrafungsverbot ist demnach berührt, wenn die Straftatbestände im Wesentlichen identische Bestandteile haben („offences containing the same essential elements“).²⁹⁷ 5159

Nach der Lit. knüpft die EMRK an das prozessuale Verständnis an, so dass nicht nur der Urteilstenor, sondern der Zusammenhang der gesamten Entschei- 5160

meinsamen Grenzen vom 19.6.1990, BGBl. II 1993 S. 1013; zum SDÜ sowie aus rechtsvergleichender und -politischer Perspektive *Jagla*, Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen ne bis in idem im Rahmen der Europäischen Union, 2007.

²⁹⁰ EuGH, Rs. C-187 u. 385/01, Slg. 2003, I-1345 – Gözütok u. Brügge. Dazu ausführlich *Hecker*, StV 2001, 306 ff.

²⁹¹ *Engelhardt*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, § 264 Rn. 3 ff.

²⁹² *Eser*, in: *Meyer*, Art. 50 Rn. 9.

²⁹³ Zu der Rechtsprechungsentwicklung insgesamt *Nehl*, in: *Heselhaus/Nowak*, § 58 Rn. 6.

²⁹⁴ EGMR, Ur t. vom 23.10.1995, Nr. 15963/90 (Rn. 55), ÖJZ 1995, 954 (955) – *Grading/Österreich*.

²⁹⁵ EGMR, Ur t. vom 30.7.1998, Nr. 25711/94 (Rn. 26), ÖJZ 1999, 77 (78) – *Oliveira/Schweiz*.

²⁹⁶ EGMR, Ur t. vom 29.5.2001, Nr. 37950/97 (Rn. 20 ff.), ÖJZ 2001, 657 (658) – *Franz Fischer/Österreich*; vgl. EGMR, Ur t. vom 6.6.2002, Nr. 38237/97 (Rn. 24 ff.) – *Sailer/Österreich*; Ur t. vom 30.5.2002, Nr. 38275/97 (Rn. 24 ff.), ÖJZ 2003, 476 (476 f.) – *W.F./Österreich*.

²⁹⁷ EGMR, Ur t. vom 29.5.2001, Nr. 37950/97 (Rn. 31), ÖJZ 2001, 657 (659) – *Franz Fischer/Österreich*.

derung zu berücksichtigen ist, um festzustellen, welcher Lebenssachverhalt dem früheren Verfahren zugrunde gelegt wurde.²⁹⁸

5161 Unter Rückgriff auf die EGRC weist die Judikatur des EuGH, soweit ersichtlich, nur wenige Äußerungen auf. Im Urteil *Aalborg Portland* wurde auf die Identität des Sachverhalts abgestellt, aufgegliedert in die Aspekte des Zuwiderhandelns und des Rechtsguts.²⁹⁹

5162 Der Gerichtshof hat in neueren Urteilen zu Art. 54 SDÜ³⁰⁰ entschieden, dass der Tatbegriff materiell, d.h. sachverhaltsbezogen und nicht nach einer rechtlichen Qualifizierung zu ermitteln sei.³⁰¹ Die materiellen Taten müssen danach einen Komplex von Tatsachen darstellen, die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind. Ein bloßer einheitlicher Vorsatz genügt nicht, sondern es ist eine untrennbare objektive Verbindung erforderlich.³⁰² Die Einzelprüfung obliegt den nationalen Gerichten. Dabei hebt der EuGH jedoch hervor, dass diese Auslegung gerade auf dem gegenüber Art. 50 EGRC divergierenden Wortlaut basiert.³⁰³ Während Art. 54 SDÜ³⁰⁴ von „derselben Tat“ spricht, verwendet die EGRC in Art. 50 den Begriff „derselben Straftat“. Der Formulierung des Art. 50 EGRC ist also gemäß der Rechtsprechung des EuGH und z.T. im Umkehrschluss zu den Aussagen bezüglich Art. 54 SDÜ³⁰⁵ zu entnehmen, dass die rechtliche Qualifizierung in die Feststellung über das Vorliegen derselben Tat, genauer, derselben Straftat mit einzubeziehen ist.

5163 Damit ist eine Vermeidung der angelegten Kollisionen dennoch nicht erreicht. Allerdings wird man mit den weiterführenden Überlegungen zu Art. 54 SDÜ³⁰⁶ auch hier zu letztlich sachgerechten Ergebnissen kommen. Der EuGH spricht von einem gegenseitigen Vertrauen der Vertragsstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme und der Akzeptanz des in den anderen Vertragsstaaten geltenden Strafrechts, auch wenn die Durchführung seines eigenen nationalen Rechts zu einer anderen Lösung führen würde.³⁰⁷ Die Lit. konkretisiert dies insoweit, als sie hierin eine Definitionsmacht über den Verfahrensgegenstand und den Umfang der Erledigungswirkung des Erstverfolgerstaates sieht.³⁰⁸ Auch für Art. 50 EGRC dürfte keine andere Wertung geboten sein.

²⁹⁸ *Frowein/Peukert*, Art. 4 des 7. ZP, Rn. 2.

²⁹⁹ EuGH, Rs. C-204 u.a./00 P, Slg. 2004, I-123 (524, Rn. 338 ff.) – *Aalborg Portland*.

³⁰⁰ BGBl. II 1993 S. 1013.

³⁰¹ EuGH, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333 (2362, Rn. 27) – Van Esbroeck; ebenso Rs. C-467/04, Slg. 2006, I-9199 (9263, Rn. 54) – Gasparini u.a.; Rs. C-150/05, Slg. 2006, I-9327 (9368, Rn. 48) – Van Straaten; Rs. C-367/05 (Rn. 26) – Kraaijenbrink.

³⁰² EuGH, Rs. C-367/05 (Rn. 27 ff.) – Kraaijenbrink.

³⁰³ EuGH, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333 (2362, Rn. 28) – Van Esbroeck.

³⁰⁴ BGBl. II 1993 S. 1013.

³⁰⁵ BGBl. II 1993 S. 1013.

³⁰⁶ BGBl. II 1993 S. 1013.

³⁰⁷ EuGH, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333 (2365, Rn. 39) – Van Esbroeck; Rs. C-187 u. 385/01, Slg. 2003, I-1345 (1391, Rn. 33) – Gözütok u. Brügge.

³⁰⁸ *Hecker*, StV 2001, 306 (309).

2. Aburteilung

a) Strafrechtliche Aburteilung

Art. 50 EGRC setzt zunächst voraus, dass der Betroffene rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen wurde. Das verlangt unter Rückbezug auf Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK³⁰⁹ eine abschließende Entscheidung in einem strafrechtlichen Verfahren.³¹⁰ **5164**

Im Rahmen der entsprechenden Gewährleistung im Protokoll Nr. 7 zur EMRK wird auch der strafrechtlichen Sanktionierung ein weites Begriffsverständnis zugrunde gelegt.³¹¹ Wenn auch die Erläuterungen des Konvents eher eine restriktivere Auslegung nahe legen,³¹² so ist doch durch die EuGH-Entscheidungen zu den Verfahrensgarantien ein extensives Verständnis zu befürworten.³¹³ **5165**

Neben einer Aburteilung in einem strafrechtlichen Verfahren kommen daher auch solche in beamtenrechtlichen Disziplinarverfahren,³¹⁴ in Ordnungswidrigkeiten³¹⁵ und in kartellrechtlichen Geldbußenverfahren³¹⁶ in Betracht. Gerade für das Ordnungswidrigkeitenrecht wird jedoch in besonderer Deutlichkeit hervorgehoben, dass eine Verurteilung nur relevant ist, wenn die verhängte Sanktion angesichts ihrer Schwere als strafrechtlich zu werten ist.³¹⁷ **5166**

b) Rechtskraft

Wie einleitend dargestellt, geht Art. 50 EGRC von einer rechtskräftigen Aburteilung aus. Im Zusammenhang mit der Rechtskraft ergeben sich jedoch Probleme. **5167**

aa) Urteile

Hinsichtlich von Urteilen lässt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, dass es eines Sachurteils, d.h. einer materiellen Entscheidung im eigentlichen Sinne bedarf, um den Grundsatz „ne bis in idem“ anwendbar zu machen. Erfolgt die Nichtigerklärung aus rein formellen Gründen, so stellt sie keinen Freispruch im **5168**

³⁰⁹ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22.11.1984, von Deutschland gegenwärtig noch nicht ratifiziert.

³¹⁰ EGMR, Urt. vom 29.5.2001, Nr. 37950/97 (Rn. 22), ÖJZ 2001, 657 (658) – Franz Fischer/Österreich; Urt. vom 23.10.1995, Nr. 15963/90 (Rn. 53), ÖJZ 1995, 954 (955) – Gradinger/Österreich.

³¹¹ *Nehl*, in: Heselhaus/Nowak, § 58 Rn. 11.

³¹² Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 45 („durch ein Strafgericht verhängte Strafen“).

³¹³ *Nehl*, in: Heselhaus/Nowak, § 58 Rn. 11.

³¹⁴ EuG, Rs. T-333/99, Slg. 2001, II-3021 (3081 f., Rn. 149 ff.) – X/EZB.

³¹⁵ EGMR, Urt. vom 21.2.1984, Nr. 8544/79 (Rn. 50 ff.), NJW, 1985, 1273 (1273 f.) – Öztürk/Deutschland.

³¹⁶ EuGH, Rs. C-238/99 u.a. P, Slg. 2002, I-8375 (8652 f., Rn. 59 ff.) – Limburgse Vinyl Maatschappij.

³¹⁷ *Frowein/Peukert*, Art. 4 des 7. ZP Rn. 2.

strafrechtlichen Sinne dar.³¹⁸ Nur eine neue sachliche Würdigung und denklogisch eine vorhergehende materielle Auseinandersetzung lösen das Doppelbestrafungsverbot aus. Dagegen reicht ein bloßes Prozessurteil nicht aus.

bb) Einstellung

5169 Problematisch sind überdies die Fälle der Einstellung des Verfahrens durch eine Strafverfolgungsbehörde. Zum Teil wird den staatsanwaltlichen Einstellungsverfügungen die abschließende Wirkung der Entscheidung abgesprochen und lediglich bei gerichtlichen Einstellungen eine Sperrwirkung anerkannt.³¹⁹ Im Zusammenhang mit dem Doppelbestrafungsverbot nach Art. 54 SDÜ³²⁰ hat der EuGH jedoch mittlerweile festgestellt, dass ein Strafklageverbrauch dann anzunehmen ist, wenn die Staatsanwalt ohne gerichtliches Tätigwerden die Einstellung des Verfahrens verfügt, nachdem der Beschuldigte festgelegte Auflagen erfüllt hat, deren Nichterfüllung Ahndung erfahren hätte.³²¹ Eine „rechtskräftige Aburteilung“ kann daher auch in einer Einstellung durch Behörden der Strafrechtspflege erwirkt werden, so eine sachliche Prüfung stattfindet.

cc) Sonderfälle mit Bezug zur deutschen Rechtsprechung

5170 In Belgien besteht die Besonderheit, einem Steuerstrafverfahren zu entgehen, wenn man sich einem finanzbehördlichen Vergleich, einer so genannten *transactie*, unterwirft, die im Regelfall zur Nachzahlung des hinterzogenen Betrages sowie eines weiteren Aufschlags verpflichtet.³²² Diese im nationalen Recht zum Strafklageverbrauch führende „*transactie*“ stellte nach Ansicht des LG Hamburg³²³ in Deutschland ein Verfolgungshindernis dar, während das OLG Hamburg³²⁴ zu einer gegenteiligen Ansicht gelangte. Die zu Art. 54 SDÜ³²⁵ von den Gerichten vorgenommenen Erwägungen lassen sich auch heute auf die Frage der Einschlägigkeit von Art. 50 EGRC übertragen.³²⁶ Angesichts der weiten Auslegung schon des Rechtskraftbegriffs können nach einer „*transactie*“ keine weiteren Steuerstrafverfahren hinsichtlich derselben Hinterziehung erfolgen. Dieses Ergebnis erscheint umso folgerichtiger, als es mit der zusätzlichen Geldzahlung im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Vergleichs eine Entsprechung zu den Erwägungen der auflagenbewährten Einstellung mit Sachentscheidung findet.

5171 Eine weitere Fallkonstellation bilden die Diskrepanzen zwischen der österreichischen und deutschen Ahndung von Trunkenheitsfahrten. Während diese in Ös-

³¹⁸ EuGH, Rs. C-238/99 u.a. P, Slg. 2002, I-8375 (8652 f., Rn. 61 f.) – Limburgse Vinyl Maatschappij.

³¹⁹ Eser, in: Meyer, Art. 50 Rn. 7.

³²⁰ BGBl. II 1993 S. 1013.

³²¹ EuGH, Rs. C-187 u. 385/01, Slg. 2003, I-1345 (1390, Rn. 27 ff.) – Gözütok u. Brügge.

³²² Vgl. mit Erwägungen zu Art. 54 SDÜ (BGBl. II 1993 S. 1013) Hecker, StV 2001, 306 (308).

³²³ LG Hamburg, wistra 1995, 358 (358); wistra 1996, 359 (361).

³²⁴ OLG Hamburg, wistra 1996, 193 (194 f.).

³²⁵ BGBl. II 1993 S. 1013.

³²⁶ S.o. Rn. 5163.

terreich von einer weisungsfreien Verwaltungsbehörde, der Bezirkshauptmannschaft, mit einem Straferkenntnis als Verwaltungsübertretung geahndet werden, stellen sie in Deutschland Straftaten nach § 316 StGB dar.³²⁷ Aufgrund der abschließenden Verfahrenserledigung durch die Bezirkshauptmannschaft tritt auch hier ein Strafklageverbrauch ein.

dd) Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass das entscheidende Kriterium der Rechtskraft i.S.v. Art. 50 EGRC die vorangegangene sachliche Würdigung ist. Die Vorgabe ist daher nicht wie im deutschen Recht, sondern als abschließende materielle Beurteilung der zuständigen Instanz in der Strafrechtspflege zu verstehen. 5172

3. Räumlicher Anwendungsbereich

a) In dem Gebiet der Union

Art. 50 EGRC bezieht sich nicht nur auf die Aburteilung durch inländische Gerichte, sondern erweitert seinen Bezugspunkt grenzüberschreitend.³²⁸ Damit will er nicht ausschließlich transnationale Fälle erfassen. Vielmehr ergibt sich aus der Auslegung und dem Zusammenhang mit Art. 52 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK,³²⁹ dass auch die nationalen Fälle einer bereits erfolgten Aburteilung unter den Anwendungsbereich von Art. 50 EGRC fallen. 5173

Diese transnationale Erweiterung findet ihrerseits ihre Grenze in dem Gebiet der Union. Nur innerhalb der Union greift durch einen Freispruch oder eine Verurteilung das durch Art. 50 EGRC garantierte Verbot der Doppelbestrafung.³³⁰ Dies stellte das EuG explizit in den verbundenen Rechtssachen *Tokai Carbon Co. Ltd. u.a.* fest, bei denen die Klägerinnen vortrugen, die Kommission habe gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ verstoßen, indem sie Kartellverfahren von amerikanischen und kanadischen Kartellbehörden unberücksichtigt gelassen habe. Nach der Wiedergabe des Fehlens einer völkerrechtlichen Grundlage für das transnationale Doppelbestrafungsverbot stellt das EuG fest, dass für die Anwendung eines solchen jenseits der Grenzen der Union, d.h. im Verhältnis zu Drittstaaten, Abkommen vorliegen müssen wie z.B. das Durchführungsübereinkommen für den Schengener Raum (SDÜ³³¹).³³² Art. 50 EGRC gibt jedenfalls die Garantie des „ne bis in idem“ nicht für drittstaatliche Aburteilungen außerhalb des Gebiets der Union. 5174

³²⁷ Vgl. mit Erwägungen zu Art. 54 SDÜ (BGBl. II 1993 S. 1013) Hecker, StV 2001, 306 (308).

³²⁸ S.o. Rn. 5155.

³²⁹ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22.11.1984, von Deutschland gegenwärtig noch nicht ratifiziert.

³³⁰ EuG, Rs. T-236 u.a./01, Slg. 2004, II-1181 (1243, Rn. 137) – Tokai Carbon.

³³¹ BGBl. II 1993 S. 1013.

³³² Es erfolgt noch nicht einmal eine Anrechnung der verhängten Bußgelder aus Billigkeitsgründen, Frenz, Europarecht 2, Rn. 1594 ff. m.w.N.

b) Erstreckung

- 5175** Der transnationale Bezug führt zunächst zu einer horizontalen Erstreckung, d.h. er betrifft die mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten untereinander.³³³ Weiterhin findet eine vertikale Erstreckung statt, die das Verhältnis der nationalen Gerichte zu den Unionsgerichten erfasst.
- 5176** Das Doppelbestrafungsverbot in vertikaler Hinsicht wird insbesondere im europäischen Kartellrecht virulent. Bei Kartellverstößen, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen, liegt es in der Struktur der nationalen Behördenzuständigkeiten, dass eine gewisse Doppelschichtigkeit der Kartellverfahren besteht, die sich letztlich nicht völlig vermeiden lässt.³³⁴ Jedenfalls erfolgt eine Anrechnung bereits verhängter Bußgelder.³³⁵ Art. 3 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003³³⁶ ermöglicht explizit parallele Bußgeldverfahren und schließt sie nur aus, wenn sie nicht nur denselben Sachverhalt betreffen, sondern auch gleichen Zielen dienen.³³⁷

4. Beeinträchtigungen und Rechtfertigung**a) Absolutes Verfahrenshindernis**

- 5177** Das Doppelbestrafungsverbot stellt ein absolutes Verfahrenshindernis dar. Dabei setzt der Wortlaut des Art. 50 EGRC jedoch im Unterschied zu Art. 103 Abs. 3 GG nicht erst bei einer erneuten Bestrafung an. Vielmehr ist bereits eine erneute Strafverfolgung ausgeschlossen.
- 5178** Das Verbot ist i.S.d. Erledigungsprinzips, nicht lediglich des Anrechnungsprinzips zu verstehen. Folglich reicht es nicht aus, wenn eine Strafverfolgung und Aburteilung im Gebiet der Union bei der Sanktionierung i.S.v. § 51 Abs. 3 StGB angerechnet und damit im Strafraum berücksichtigt wird. Zwar wird man die Norm auch auf Verurteilungen in Drittstaaten weiterhin anwenden können, aber das Anrechnungsprinzip ist durch Art. 50 EGRC bei Aburteilungen im Gebiet der EU-Mitgliedstaaten ausgeschlossen.³³⁸ Eine erneute Strafverfolgung und Aburteilung ist nicht möglich.

b) Beeinträchtigungen

- 5179** Für Art. 50 EGRC relevante Beeinträchtigungen liegen vor, wenn innerhalb der Union wegen ein und derselben strafbewährten Handlung eine mehrfache strafrechtliche Verfolgung und Aburteilung stattfindet. Eine Rechtfertigung solcher Beeinträchtigungen kommt nur in restriktiv zu handhabenden Ausnahmefällen in Betracht.

³³³ *Nehl*, in: Heselerhaus/Nowak, § 58 Rn. 19.

³³⁴ Zum Ganzen *Nehl*, in: Heselerhaus/Nowak, § 58 Rn. 21 ff.

³³⁵ EuG, Rs. T-236 u.a./01, Slg. 2004, II-1181 (1242 f., Rn. 134 ff.) – Tokai Carbon.

³³⁶ Des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1419/2006, ABl. 2006 L 1, S. 1.

³³⁷ *Frenz*, Europarecht 2, Rn. 1594.

³³⁸ *Eser*, in: Meyer, Art. 50 Rn. 11.

Für die erneute Aburteilung in demselben Mitgliedstaat kann die Beschränkung des Art. 4 Abs. 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK³³⁹ herangezogen werden.³⁴⁰ Liegen neue oder neu bekannt gewordenen Tatsachen vor oder weist das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel auf, so ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates nicht ausgeschlossen. **5180**

Demgegenüber soll bei transnationalen Fällen innerhalb des Unionsgebiets eine Beschränkung des Grundsatzes „ne bis in idem“ dann möglich sein, wenn die Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 EGRC erfüllt sind.³⁴¹ Wesentliche Vorgaben für die Beschränkung sind die gesetzliche Verankerung und die Verhältnismäßigkeit, insbesondere ihre Erforderlichkeit und die gemeinwohldienende Zielsetzung. **5181**

G. Übersicht zu strafrechtlichen Garantien

1. Unschuldsvermutung, Art. 48 Abs. 1 EGRC **5182**
 - a) auch bei Ordnungswidrigkeiten, z.T. Verwaltungssanktionen (str.)
 - b) keine oder beschränkte Auswirkungen auf Zivil- und Arbeitsrecht (Verdachtskündigung) schon für Beschuldigten
2. Verteidigungsrechte, Art. 48 Abs. 2 EGRC
 - a) Verletzung nur bei möglichem negativem Einfluss auf Entscheidung
 - b) Rechtfertigung bei Verhältnismäßigkeit
3. Gesetzmäßigkeit, Art. 49 Abs. 1, 2 EGRC
 - a) Bestimmtheitsgebot
 - b) Analogieverbot
 - c) Rückwirkungsverbot, v.a. „nulla poena sine lege“
 - d) Grundsatz des mildernden Gesetzes
4. Verhältnismäßigkeit, Art. 49 Abs. 3 EGRC
5. „ne bis in idem“, Art. 50 EGRC

³³⁹ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22.11.1984, von Deutschland gegenwärtig noch nicht ratifiziert.

³⁴⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303 S. 17 (31); *Jarass*, § 42 Rn. 32.

³⁴¹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303 S. 17 (31); *Jarass*, § 42 Rn. 34.

Literaturverzeichnis

- Ader, Thorsten/Schoenthal, Max: Der Zugang zu Informationen über staatliches Handeln, insbesondere aus Sicht der Medien, IRIS plus 2005-02, S. 2 ff.
- Alber, Siegbert: Die Selbstbindung der europäischen Organe an die Charta der Grundrechte, EuGRZ 2001, S. 349 ff.
- Alber, Siegbert/Widmaier, Ulrich: Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung. Zu den Beziehungen zwischen EuGH und EGMR, EuGRZ 2000, S. 497 ff.
- Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.
- Allkemper, Ludwig: Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag: Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Baden-Baden 1995.
- Alston, Philip (Hrsg.): The EU and Human Rights, Oxford/New York 1999.
- Altermann, Kolia: Ermittlungspflichten der Staaten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2006.
- Altmeyer, Sabine: Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht. Analyse und Vergleich anhand der Rechtsprechung des EuGH und der deutschen Fachgerichte, Baden-Baden 2003.
- Appel, Ingo: Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge: Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht, Tübingen 2005.
- Arnauld, Andreas von: Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, EuR Beiheft 1, 2008, S. 41 ff.
- Arnim, Dorothee von: Der Standort der EU-Grundrechtecharta in der Grundrechtsarchitektur Europas, Frankfurt a.M. u.a. 2006.
- Ashiagbor, Diamond: Economic and Social Rights in the European Charter of Fundamental Rights, EHRLR 2004, S. 62 ff.
- Aubel, Tobias: Das Menschenwürde-Argument im Polizei- und Ordnungsrecht, Die Verwaltung 2004, S. 229 ff.
- Bader, Johann: Gleichbehandlung von Kopftuch und Nonnenhabit?, NVwZ 2006, S. 1333 ff.
- Badura, Peter: Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., München 2003; zit.: Badura, Staatsrecht.
- Baer, Susanne: Grundrechte ante portas, ZRP 2000, S. 361 ff.
- Bahlmann, Kai: Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft – Wege der Verwirklichung, EuR 1982, S. 1 ff.
- Balz, Manfred: Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen: Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption, Tübingen 1980.
- Barriga, Stefan: Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine Analyse der Arbeiten im Konvent und kompetenzrechtlicher Fragen, Baden-Baden 2003.

- Bartelt, Sandra/Zeitler, Helge E.: Zugang zu Dokumenten der EU, EuR 2003, S. 487 ff.
- Barth, Eckhard: Bürgerbeauftragter und Petitionsrecht im Prozess der europäischen Verfassungsgebung, Tübingen 2004.
- Bast, Jürgen: Grundbegriffe der Handlungsformen der EU. Entwickelt am Beschluss als praxisgenerierter Handlungsform des Unions- und Gemeinschaftsrechts, Berlin u.a. 2006.
- Bauer, Hartmut: Die Verwirkung von Nachbarrechten im öffentlichen Baurecht, Die Verwaltung 1990, S. 211 ff.
- Bauer, Hartmut/Kahl, Wolfgang: Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?, JZ 1995, S. 1077 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Göpfert, Burkard/Krieger, Steffen: AGG – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, München 2007; zit.: Bauer/Göpfert/Krieger, AGG.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen: Das Orakel von Luxemburg: Altersgrenzen für Arbeitsverhältnisse zulässig – oder doch nicht?, NJW 2007, S. 3672 ff.
- Bauer, Ralf: Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Frankfurt a.M. 2002.
- Baum, Marius: Der Schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts und des Human Right Act 1998, Baden-Baden 2004.
- Baur, Jürgen F./Pritzsche, Kai/Pooschke, Sebastian: „Ownership Unbundling“ von Energienetzen und der europäische Schutz des Eigentums, DVBl. 2008, S. 483 ff.
- Bausback, Winfried: Religions- und Weltanschauungsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht, EuR 2000, S. 261 ff.
- Beaucamp, Guido: Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht: Untersuchungen zur völkerrechtlichen, europarechtlichen, verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Relevanz eines neuen politischen Leitbildes, Tübingen 2002.
- Becker, Ulrich: Unionsbürgerschaft und soziale Rechte: Zur Anwendung des Diskriminierungsverbots zugunsten von Unionsbürgern in der neueren Rechtsprechung des EuGH, ZESAR 2002, S. 8 ff.
- Becker-Schwarze, Kathrin: Steuerungsmöglichkeiten des Kartellrechts bei umweltschützenden Unternehmenskooperationen: Das Beispiel der Verpackungsverordnung, Baden-Baden 1997.
- Becker-Schwarze, Kathrin/Köck, Wolfgang/Kupka, Thomas/Schwanenflügel, Matthias von (Hrsg.): Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, Stuttgart u.a. 1991; zit.: Bearbeiter, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka/v. Schwanenflügel (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, 1991.
- Behrens, Peter/Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft: Spannungsfelder zwischen nationalem Recht und europäischem Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1991; zit.: Bearbeiter, in: Behrens/Koch (Hrsg.), Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1991.
- Berg, Werner: Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU. Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789-91 in den Debatten der Nationalversammlung, Baden-Baden 1997.
- Berger, Kathrin: Das Werberecht der elektronischen Medien, IRIS plus 2005-06, S. 2 ff.
- Berka, Walter: Kommunikationsfreiheit in Österreich, Informationsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung und Zensurverbot im Überblick, EuGRZ 1982, S. 413 ff.

- Die Kommunikationsfreiheit sowie Informationsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung, Pressefreiheit und Zensurverbot, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg.), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd. II, 1992, S. 393 ff.
- Berninghausen, Birgit: Die Europäisierung des Vertrauensschutzes: Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel der Rückforderung rechtswidriger Leistungen nach § 48 VwVfG, Frankfurt a.M. 1998.
- Bernsdorff, Norbert: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Notwendigkeit, Prozess und Auswirkungen, NdsVBl. 2001, S. 177 ff.
- Soziale Grundrechte in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Diskussionsstand und Konzept, VSSR 2001, S. 1 ff.
- Bernsdorff, Norbert/Borowsky, Martin: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, Baden-Baden 2002.
- Berramdane, Abdelkhaleq: Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne, Revue du droit de l'Union européenne 2007, S. 433 ff.
- Besselink, Leonard F.M.: Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union, CMLR 1998, S. 629 ff.
- Bieback, Karl-Jürgen: Sozialstaatsprinzip und Grundrechte, EuGRZ 1985, S. 657 ff.
- Bieber, Roland: Solidarität als Verfassungsprinzip der Europäischen Union, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 41 ff.
- Bienert, Claus-Peter: Die Kontrolle mitgliedstaatlichen Handelns anhand der Gemeinschaftsgrundrechte, Göttingen 2001.
- Birk, Axel: Das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs und seine Bedeutung im europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2000.
- Die Konkurrentenklage im EG-Wettbewerbsrecht, EWS 2003, S. 159 ff.
- Birk, Rolf: Arbeitsrechtliche Neuerungen in der revidierten Europäischen Sozialcharta von 1996, in: FS für Söllner, München 2000, S. 137 ff.
- Soziale Sicherheit und Europäische Sozialcharta, in: FS für Baron von Maydell, Neuwied 2002, S. 27 ff.
- Arbeitskampf und Europarecht, in: Oetker/Preis/Rieble (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1165 ff.
- Blank, Michael (Hrsg.): Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, Frankfurt a.M. 2002; zit.: Bearbeiter, in: Blank (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, 2002.
- Bleckmann, Albert: Von der individuellen Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen: Ansätze zu einem „Europäischen Staatskirchenrecht“, Köln u.a. 1995.
- Europarecht. Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Köln u.a. 1997; zit.: Bleckmann, Europarecht.
- Blum, Nikolaus: Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1990.
- Bock, Wolfgang: Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, Tübingen 1996.
- Bock, Yves: Ein Sieg für die Transparenz? Die neue Verordnung über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten der EU, DÖV 2002, S. 556 ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1976.

- Grundrechte als Grundsatznormen zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1 ff.
- Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: FS für Lerche, München 1993, S. 1 ff.
- Böckenförde-Wunderlich, Barbara: Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem: Ärztliches Standesrecht, Embryonenschutzgesetz, Verfassung, Tübingen 2002.
- Bode, Stephanie: Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger?, EuZW 2003, S. 552 ff.
- Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, Baden-Baden 2005.
- Urteilsanmerkung zu EuGH, Rs. C-209/03, EuZW 2005, 276 ff. – Bidar, EuZW 2005, S. 279 ff.
- Bogdandy, Armin von (Hrsg.): Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union, JZ 2001, S. 157 ff.
- Europäisches Verfassungsrecht, Berlin 2003; zit.: Bearbeiter, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht.
- Bogdandy, Armin von/Kadelbach, Stefan (Hrsg.): Solidarität und Europäische Integration. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Manfred Zuleeg, Baden-Baden 2002; zit.: Bearbeiter, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002.
- Borchardt, Klaus-Dieter: Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, Kehl u.a. 1988.
- Vertrauensschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1988, S. 309 ff.
- Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2057 ff.
- Unionsbürgerschaft und soziale Ansprüche, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 9 ff.
- Borowski, Martin: Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl., Baden-Baden 2007.
- Borrmann, Alexandra: Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht: Eine rechtsvergleichende Studie, Berlin 2002.
- Brandt, Edmund: Altlastenrecht, Heidelberg 1993.
- Brandt, Edmund/Lange, Holger: Kostentragung bei der Altlastensanierung, UPR 1987, S. 11 ff.
- Breier, Siegfried: Die Bedeutung der umweltrechtlichen Querschnittsklausel des Art. 130r Abs. 2 S. 2 EWG-Vertrag für die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, NuR 1992, S. 174 ff.
- Breitenmoser, Stephan: Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK: Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, Basel 1986.
- Brenner, Michael: Staat und Religion, VVDStRL 59 (2000), S. 264 ff.
- Die Agenturen im Recht der Europäischen Union – Segen oder Fluch?, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 193 ff.
- Breuer, Rüdiger: Rechtsprobleme der Altlasten, NVwZ 1987, S. 751 ff.
- Brohm, Winfried: Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung. Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes, JZ 1994, S. 213 ff.
- Bröhmer, Jürgen (Hrsg.): Der Grundrechtsschutz in Europa, Baden-Baden 2002; zit.: Bearbeiter, in: Bröhmer (Hrsg.), Der Grundrechtsschutz in Europa, 2002.
- Transparenz als Verfassungsprinzip, Tübingen 2004.

-
- Zulässige Untersagung eines Tötungsspiels – Omega Spielhallen- und Automaten-aufstellungs GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, EuZW 2004, S. 755 ff.
 - Die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Der Schutz der Grund- und Menschenrechte in der EU und das Verhältnis zur EMRK, EuZW 2006, S. 71 ff.
- Brugger, Winfried: Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, S. 165 ff.
- Bruha, Thomas/Nowak, Carsten/Petzold, Hans A. (Hrsg.): Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 2004; zit.: Bearbeiter, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, 2004.
- Brunner, Georg: Die Problematik der sozialen Grundrechte, Tübingen 1971.
- Bücker, Andreas: Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen, NZA 2008, S. 212 ff.
- Bühler, Margit: Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2005.
- Bullinger, Martin: Das Recht auf eine gute Verwaltung nach der Grundrechtecharta der EU, in: FS für Brohm, München 2002, S. 25 ff.
- Bumke, Ulrike: Zur Problematik frauenspezifischer Fluchtgründe – dargestellt am Beispiel der Genitalverstümmelung, NVwZ 2002, S. 423 ff.
- Bungenberg, Marc: Das Sportwettenmonopol zwischen deutschem und europäischem Wirtschaftsverfassungsrecht, DVBl. 2007, S. 1405 ff.
- Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme: Eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts, Tübingen 2007.
- Burgi, Martin: Verwaltungsprozess und Europarecht: Eine systematische Darstellung, München 1996.
- Verwalten durch öffentliche Unternehmen im europäischen Institutionenwettbewerb, VerwArch. 2002, S. 255 ff.
 - Die Rechtsstellung der Unternehmen in Emissionshandelssystemen, NJW 2003, S. 2486 ff.
 - Vom Grundrecht auf Sicherheit zum Grundrecht auf Opferschutz, in: FS für Isensee, Heidelberg 2007, S. 655 ff.
- Burkholz, Bernhard: Teilnahme von Unionsbürgern an kommunalen Bürgerentscheiden?, DÖV 1995, S. 816 ff.
- Busse, Christian: Eine kritische Würdigung der Präambel der Europäischen Grundrechtecharta, EuGRZ 2002, S. 559 ff.
- Callewaert, Johan: Die EMRK und die EU-Grundrechtecharta. Bestandsaufnahme einer Harmonisierung auf halbem Weg, EuGRZ 2003, S. 198 ff.
- Calliess, Christian: Ansatzpunkte für eine umweltverträgliche Verkehrspolitik im europäischen Binnenmarkt – unter besonderer Berücksichtigung des Art. 130r Abs. 2 S. 3 EVG, ZAU 1994, S. 322 ff.
- Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität: Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art. 10 EMRK, EuGRZ 1996, S. 293 ff.
 - Die neue Querschnittsklausel des Art. 6 ex 3c EGV als Instrument zur Umsetzung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung, DVBl. 1998, S. 559 ff.

- Ansätze zur Subjektivierung von Gemeinwohlbelangen im Völkerrecht – das Beispiel des Umweltschutzes, ZUR 2000, S. 246 ff.
 - Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, S. 261 ff.
 - Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001.
 - Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht, JZ 2004, S. 1033 ff.
 - Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund: Eine Analyse mit Blick auf den Konventsentwurf für einen Europäischen Verfassungsvertrag, in: FS für Ress, Köln u.a. 2005, S. 399 ff.
 - Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929 ff.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 3. Aufl., München 2007; zit.: Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201 ff.
- Caspar, Johannes: Die EU-Charta der Grundrechte und das Bildungsrecht, RdJB 2001, S. 165 ff.
- Castenholz, Frank: Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2004.
- Chrysosogonos, Kostas: Der europäische Verfassungsvertrag: Renaissance der oktroyierten Verfassung?, in: FS für Schneider, Baden-Baden 2008, S. 449 ff.
- Chwolik-Lanfermann, Ellen: Grundrechtsschutz in der Europäischen Union: Bestand, Tendenzen und Entwicklungen, Frankfurt a.M. u.a. 1994.
- Braucht die Europäische Union einen Grundrechtskatalog?, ZRP 1995, S. 126 ff.
- Cirkel, Johannes: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, Baden-Baden 2000.
- Classen, Claus D.: Die Ableitung von Schutzpflichten des Gesetzgebers aus Freiheitsrechten – ein Vergleich von deutschem und französischem Verfassungsrecht sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention, JöR 36 (1987), S. 29 ff.
- Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 7.6.2000 zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, JZ 2000, S. 1155 ff.
- Classen, Kai-Dieter: Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union. Eine Untersuchung zu Herkunft, Entstehung und Bedeutung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2008.
- Commichau, Gerhard: Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 6. Aufl., Göttingen 1998.
- Cremer, Hans-Joachim: Der Schutz vor den Auslandsfolgen aufenthaltsbeendender Maßnahmen: Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Reichweite grundrechtlicher Verantwortung für die Folgewirkungen deutscher Hoheitsakte, Baden-Baden 1994.
- Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen: Anmerkung zum Görgülü-Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004 – EuGRZ 2004, 741, EuGRZ 2004, S. 683 ff.
- Cremer, Wolfram: Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung, NVwZ 2003, S. 1452 ff.
- Gemeinschaftsrecht und deutsches Verwaltungsprozessrecht – zum dezentralen Rechtsschutz gegenüber EG-Sekundärrecht, Die Verwaltung 2004, S. 165 ff.
- Crones, Christian: Selbstbindungen der Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Eine Analyse der Rechtsprechung von EuGH und EuG zur ermessensbeschränkenden

- Wirkung von Gleichheitssatz und Vertrauensschutzprinzip auf Gemeinschaftsebene vor rechtsvergleichendem Hintergrund, Baden-Baden 1997.
- Crones, Luisa: Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum persönlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und der Gemeinschaftsgrundrechte, Baden-Baden 2002.
- Danwitz, Thomas von: Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, Tübingen 1996.
- Eigentumsschutz in Europa und im Wirtschaftsvölkerrecht, in: v. Danwitz/Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 ff.
 - Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, S. 393 ff.
 - Richtungsentscheidungen des Verfassungsvertrags für die Europäische Union – Versuch einer ersten Bewertung, ZG 2005, S. 1 ff.
 - Aktuelle Fragen der Grundrechte, des Umwelt- und Rechtsschutzes in der Europäischen Union, DVBl. 2008, S. 537 ff.
 - Grundrechtliche Freiheit und Zeitalter des Terrorismus – eine europäische Perspektive, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 511 ff.
- Danwitz, Thomas von/Depenheuer, Otto/Engel, Christoph: Bericht zur Lage des Eigentums, Berlin u.a. 2002; zit.: Bearbeiter, in: v. Danwitz/Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums.
- Danwitz, Thomas von/Röder, Sonja: Vorüberlegungen zu einer Schutzbereichslehre der europäischen Charta-Grundrechte, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, 2005, S. 31 ff.
- Däubler, Wolfgang: Der Widerruf von Verwaltungsakten im Recht der europäischen Gemeinschaften, NJW 1965, S. 1646 ff.
- Neue Grundsätze im Arbeitskampf? Zur Entscheidung des Ministerkomitees des Europarats, AuR 1998, S. 144 ff.
 - Die Koalitionsfreiheit im EG-Recht, in: FS für Hanau, Köln 1999, S. 489 ff.
 - EU-Grundrechte-Charta und kollektives Arbeitsrecht, AuR 2001, S. 380 ff.
- Dauck, Kirsten/Nowak, Carsten: Das Recht auf unionsweite, bestmögliche medizinische Versorgung, EuR 2001, S. 741 ff.
- De Ruyt, Jean: L'Acte unique européen, 2. Aufl., Brüssel 1989.
- de Salvia, Michele/Villiger, Mark E. (Hrsg.): The Birth of the European Human Rights Law: Liber Amicorum Carl Aage Nørgaard, Baden-Baden 1998; zit.: Bearbeiter, in: de Salvia/Villiger (Hrsg.), The Birth of the European Human Rights Law, 1998.
- de Wall, Heinrich: Neue Entwicklungen im Europäischen Staatskirchenrecht, ZevKR 2002, S. 205 ff.
- Dederer, Hans-Georg: Menschenwürde des Embryo in vitro? Der Kristallisationspunkt der Bioethik-Debatte am Beispiel des therapeutischen Klonens, AöR 127 (2002), S. 1 ff.
- Degen, Manfred: Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag über die europäische Union unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, DÖV 1993, S. 749 ff.
- Deinert, Olaf: Partizipation europäischer Sozialpartner an der Gemeinschaftsrechtsetzung, RdA 2004, S. 211 ff.
- Demmke, Christoph/Haibach, Georg: Die Rolle der Komitologieausschüsse bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts und in der Rechtsprechung des EuGH, DÖV 1997, S. 710 ff.

- Denninger, Erhard: Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, Baden-Baden 2000.
- Depenheuer, Otto: Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? – Vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff, AöR 120 (1995), S. 417 ff.
- Determann, Lothar: Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, Baden-Baden 1999.
- Detterbeck, Steffen: Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, AöR 125 (2000), S. 202 ff.
- Deutscher Bundestag (Hrsg.): Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Berichte und Dokumentationen mit einer Einleitung von Jürgen Meyer und Markus Engels, Opladen 2001; zit.: Bearbeiter, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2001.
- Di Fabio, Udo: Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie. Europarechtliche und verfassungsrechtliche Vorgaben, Köln u.a. 1999.
- Eine europäische Charta. Auf dem Weg zur Unionsverfassung, JZ 2000, S. 737 ff.
- Dieball, Heike: Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben – neue Vorgaben des EG-Vertrages, EuR 2000, S. 274 ff.
- Diercks, Kerstin: Soziale Grundrechte der neuen Landesverfassungen – Ein Fortschritt in der deutschen Verfassungsentwicklung?, LKV 1996, S. 231 ff.
- Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992.
- Das Untermaßverbot. Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur, ZG 1995, S. 131 ff.
- Dijk, Pieter van/Hoof, Godefridus J. H. van: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl., Den Haag u.a. 1998.
- Dimmel, Nikolaus: Grundrechte und Grundsicherung, zur Bedeutung der sozialen Grundrechte in der Grundrechtecharta der Europäischen Union für die Entwicklung der sozialen Sicherheit in Österreich, in: Matscher (Hrsg.), Europäisches Grundrechtsverständnis, 2003, S. 219 ff.
- Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus/Graßhof, Karin (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2008, Bonn; zit.: Bearbeiter, in: Bonner Kommentar zum GG.
- Dorf, Yvonne: Zur Interpretation der Grundrechtecharta, JZ 2005, S. 126 ff.
- Dörfler, Reinhard: Die Vereinbarkeit sozialer Grundrechte mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Erlangen/Nürnberg 1978.
- Dorfmann, Julia: Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Magisterarbeit Universität des Saarlandes, 2002.
- Dörr, Oliver (Hrsg.): Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte: Art. 19 Abs. 4 GG unter dem Einfluß des europäischen Unionsrechts, Tübingen 2003.
- Ein Rechtslehrer in Berlin. Symposium für Albrecht Randelzhofer, Berlin/New York 2004; zit.: Bearbeiter, in: Dörr (Hrsg.), Ein Rechtslehrer in Berlin, 2004.
- Die Unionsbürgerschaft zwischen Auffanggrundfreiheit und demokratischer Legitimation, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 205 ff.
- Dörr, Oliver/Lenz, Christof: Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Baden-Baden 2006.
- Dreier, Horst (Hrsg.): Dimensionen der Grundrechte, Hannover 1993.
- Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2004 ff.; zit.: Bearbeiter, in: Dreier, GG-Kommentar.
- Dröge, Cordula: Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin u.a. 2003.

- Dujmovits, Elisabeth: Die EU-Grundrechtecharta und das Medizinrecht, RdM 2001, S. 72 ff.
- Dürig, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus GG Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 2, AöR 81 (1956), S. 117 ff.
- Dürig, Markus: Das neue Wahlrecht für Unionsbürger bei den Wahlen zum Europäischen Parlament, NVwZ 1994, S. 1180 ff.
- Duschanek, Alfred/Griller, Stefan (Hrsg.): Grundrechte für Europa. Die Europäische Union nach Nizza, Wien u.a. 2002; zit.: Bearbeiter, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002.
- Düwell, Franz J.: Das IAO Übereinkommen Nr. 182 zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, NZA 2000, S. 308 ff.
- Ebsen, Ingwer: Das EG-Wettbewerbsrecht und die deutsche Sozialversicherung, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 21 ff.
- Egger, Johann: Die neue Aufenthaltsrichtlinie der EU, in: FS für Hablitzel, Berlin 2005, S. 95 ff.
- Ehle, Dirk: Die Einbeziehung des Umweltschutzes in das europäische Kartellrecht: eine Untersuchung zu Art. 85 EGV unter besonderer Berücksichtigung kooperativer abfallrechtlicher Rücknahme- und Verwertungssysteme, Köln u.a. 1997.
- Ehlers, Dirk: Die Europäische Menschenrechtskonvention, Jura 2000, S. 372 ff.
- (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005; zit.: Bearbeiter, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005.
- Ehrmann, Markus/Greinacher, Dominik: Aktuelle Probleme des Emissionshandels, RdE 2006, S. 97 ff.
- Eichenhofer, Eberhard: Reform des Sozialstaats – von der Arbeitnehmersicherung zur Einwohnerversicherung?, RdA 2003, S. 264 ff.
- Eickmeier, Sylvia: Eine europäische Charta der Grundrechte. Bericht über das gemeinsame Forum des Bundesministeriums der Justiz und der Vertretung der Europäischen Kommission in Deutschland, DVBl. 1999, S. 1026 ff.
- Eisner, Carolin: Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union: Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?, Baden-Baden 2005.
- Eleftheriades, Pavlos Z.: The Future of Environmental Rights in the European Union, in: Alston (Hrsg.), The EU and Human Rights, 1999, S. 529 ff.
- Emmerich, Volker: Kartellrecht, 10. Aufl., München 2006.
- Emmerich-Fritsche, Angelika: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung, Berlin 2000.
- Enders, Christoph: Die Menschenwürde und ihr Schutz vor gentechnologischer Gefährdung, EuGRZ 1986, S. 241 ff.
- Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: Zur Dogmatik von Art. 1 GG, Tübingen 1997.
- Endres, Alfred/Rehbinder, Eckard/Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, Bonn 1994; zit.: Bearbeiter, in: Endres/Rehbinder/Schwarze (Hrsg.), Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, 2004.
- Engel, Christoph: Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 1993.

- Einwirkungen des europäischen Menschenrechtsschutzes auf Meinungsäußerungsfreiheit und Pressefreiheit – insbesondere auf die Einführung von innerer Pressefreiheit, AfP 1994, S. 1 ff.
- Engelken, Klaas: Einbeziehung der Unionsbürger in kommunale Abstimmungen (Bürgerentscheide, Bürgerbegehren)?, NVwZ 1995, S. 432 ff.
- Engels, Markus: Die sozialen Rechte in der Europäischen Grundrechtecharta, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 7 ff.
- Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtecharta, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Hrsg.), Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?, 2001, S. 77 ff.
- Engels, Stefan/Jürgens, Uwe: Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz, NJW 2007, S. 2517 ff.
- Ennulat, Mark: Datenschutzrechtliche Verpflichtungen der Gemeinschaftsorgane und -einrichtungen, Frankfurt a.M. u.a. 2008.
- Ennuschat, Jörg: Behördliche Nachschau in Geschäftsräumen und die Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 GG, AöR 127 (2002), S. 252 ff.
- Epiney, Astrid: Umweltrechtliche Querschnittsklausel und freier Warenverkehr: Die Einbeziehung umweltpolitischer Belange über die Beschränkung der Grundfreiheit, NuR 1995, S. 497 ff.
- Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien – zur Entscheidung des EuGH vom 11.8.1995 – Rs. C-431/92, DVBl. 1996, S. 409 ff.
- Umweltrecht in der Europäischen Union, 2. Aufl., Köln u.a. 2005.
- Epiney, Astrid/Freiermuth Abt, Marianne: Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, Baden-Baden 2003.
- Epping, Volker: Die Verfassung Europas?, JZ 2003, S. 821 ff.
- Erbguth, Wilfried/Stollmann, Frank: Die Bindung der Verwaltung an die FFH-Richtlinie, DVBl. 1997, S. 453 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe: Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, S. 85 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe/Buchwald, Andrea: Die Aufhebung von gemeinschaftsrechtserheblichen Einzelfallentscheidungen durch Organe der EG und deutsche Behörden, Jura 1995, S. 84 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe/Frenz, Walter: Examensklausur Öffentliches Recht: Bedarfszulassung von „Kassenärzten“, Jura 1995, S. 542 ff.
- Evans, Carolyn: Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights, Oxford 2001.
- Everling, Ulrich: Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS für Raiser, Tübingen 1974, S. 379 ff.
- Umweltschutz durch Gemeinschaftsrecht in der Rechtsprechung des EuGH, in: Behrens/Koch (Hrsg.), Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 29 ff.
- Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217 ff.
- Durch die Grundrechtecharta zurück zu Solange I?, EuZW 2003, S. 225 ff.
- Zur Europäischen Grundrechte-Charta und ihren sozialen Rechten, in: GS für Heinze, München 2005, S. 157 ff.
- Fahrenhorst, Irene: Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1988, S. 125 ff.
- Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention: Das Ehe- und Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland und seine Vereinbarkeit mit der Europäischen

- Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – dargestellt anhand von ausgewählten Beispielen, Paderborn 1994.
- Faßbender, Kurt: Der grundrechtliche Schutz der Werbefreiheit in Deutschland und in Europa, GRUR Int. 2006, S. 965 ff.
- Fastenrath, Ulrich: Inländerdiskriminierung. Zum Gleichbehandlungsgebot beim Zusammenwirken mehrerer (Teil)rechtsordnungen im vertikal gegliederten und international integrierten Staat, JZ 1987, S. 170 ff.
- Fawcett, James E.S.: The Application of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Oxford 1987.
- Feddersen, Christoph: Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 22.10.2002 – Rs. C-94/00 – (Mitwirkung nationaler Gerichte bei EG-kartellrechtlichen Durchsuchungen und Beschlagnahmen), EuZW 2003, S. 22 ff.
- Feik, Rudolf: Zugang zu EU-Dokumenten. Demokratie durch Transparenz, Wien/Graz 2002.
- Feise, Carolin: Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta. Regelungsgehalt und Auswirkungen der Vorschrift auf den Rundfunk, Baden-Baden 2005.
- Feldhaus, Gerhard/Schmitt, Otto A.: Kausalitätsprobleme im öffentlich-rechtlichen Umweltschutz – Luftreinhaltung, WiVerw 1984, S. 1 ff.
- Fezer, Karl-Heinz/Grosshardt, Holger R.: Die Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt. Zur gemeinschaftsrechtlichen Legitimierung der Preisbindung für Verlags-erzeugnisse, RIW 1991, S. 141 ff.
- Fiedler, Wilfried: Staat und Religion, VVDStRL 59 (2000), S. 199 ff.
- Fischbach, Marc: Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, RUDH 2000, S. 7 ff.
- Fischer, Klemens H.: Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag, Baden-Baden 2008.
- Fischer, Robert: Das Demokratiedefizit bei der Rechtsetzung durch die Europäische Gemeinschaft, Münster 2001.
- Fischer, Roswitha (Hrsg.): Herausforderungen der Sprachenvielfalt in der Europäischen Union, Baden-Baden 2007.
- Fleischer, Holger/Schoppe, Bastian: Squeeze out und Eigentumsgarantie der Europäischen Menschenrechtskonvention, Der Konzern 2006, S. 329 ff.
- Fluck, Jürgen: Die „Legalisierungswirkung“ von Genehmigungen als ein Zentralproblem öffentlich-rechtlicher Haftung für Altlasten, VerwArch. 1988, S. 406 ff.
- Fortunato, Sérgio Fernandes: Internationaler Schutz der Familie am Beispiel der Europäischen Sozialcharta, EuR 2008, S. 27 ff.
- Frahm, Katharina/Gebauer, Jochen: Patent auf Leben? – Der Luxemburger Gerichtshof und die Biopatent-Richtlinie, EuR 2002, S. 78 ff.
- Frank, Thomas/Jenichen, Anne/Rosemann, Nils (Hrsg.): Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte? Zur Unteilbarkeit der Menschenrechte – ein interdisziplinärer Überblick, Berlin 2001; zit.: Bearbeiter, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Hrsg.), Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?, 2001.
- Frenz, Walter: Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, Berlin 1992.
- Die Zugehörigkeit der demokratischen Teilhabe zur gesellschaftlichen Sphäre, Rechtstheorie 24 (1993), S. 513 ff.
 - Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung, ZG 1993, S. 248 ff.

- Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts bei grundrechtssichernder Tätigkeit, *VerwArch.* 1994, S. 22 ff.
- Die Verfassungsmäßigkeit von Zahlungspflichten bis ans Lebensende, *JR* 1994, S. 92 ff.
- Wahlrecht – Wahlpflicht?, *ZRP* 1994, S. 91 ff.
- Die Verfassungsbeschwerde als Verfahren zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich verliehener Rechte, *DÖV* 1995, S. 414 ff.
- Grundgesetzliche Rechtsschutzgarantie gegen europäische Rechtsakte?, *Der Staat* 34 (1995), S. 586 ff.
- Subjektiv-öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht vor deutschen Verwaltungsgerichten, *DVBt.* 1995, S. 408 ff.
- Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht. Zur Verteilung von individueller und staatlicher Verantwortung, Berlin 1997.
- Europäisches Umweltrecht, München 1997.
- Nationalstaatlicher Umweltschutz und EG-Wettbewerbsfreiheit. Beschränkungen und ihre Rechtfertigung durch den Umweltschutz als eigenständigen Rechtfertigungsgrund im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, Köln u.a. 1997.
- Nachhaltige Entwicklung nach dem Grundgesetz, in: Hender/Marburger/Reinhardt/Schröder (Hrsg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts* 1999, S. 37 ff.
- Sustainable Development durch Raumplanung, Berlin 2000.
- Außenkompetenzen der Europäischen Gemeinschaften und der Mitgliedstaaten im Umweltbereich, Berlin 2001.
- Bergrecht und Nachhaltige Entwicklung, Berlin 2001.
- Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, Tübingen 2001.
- Europarechtliche Perspektiven kommunaler Dienste – Am Beispiel der Abfallwirtschaft, *DÖV* 2002, S. 1028 ff.
- Grundfreiheiten und Grundrechte, *EuR* 2002, S. 603 ff.
- Freiwillige Unternehmensleistungen und spätere Inpflichtnahme. Gemeinschaftsrechtliche Grenzen eines Emissionshandels und nationale Umsetzungsspielräume, *VerwArch.* 2003, S. 345 ff.
- Handbuch Europarecht Bd. 1: Europäische Grundfreiheiten, Berlin u.a. 2004; zit.: Frenz, *Europarecht* 1.
- Freiheitsbeschränkungen durch Grundrechte. Europäische Grundrechte als Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Grundfreiheiten, *EWS* 2005, S. 15 ff.
- Menschenwürde und Dienstleistungsfreiheit, *NVwZ* 2005, S. 48 ff.
- Richtlinie bergbauliche Abfälle und EuGH-Rechtsprechung, in: Frenz/Schink (Hrsg.), *Die Abfallwirtschaft im normgeberischen Dauergriff*, 2005, S. 117 ff.
- Verpflichtungen Privater durch Richtlinien und Grundfreiheiten, *EWS* 2005, S. 104 ff.
- Die Verhältnismäßigkeit von Steuern, *GewArch.* 2006, S. 282 ff.
- Emissionshandel – Rückblick und Ausblick, *ZUR* 2006, S. 393 ff.
- Handbuch Europarecht Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, Berlin u.a. 2006; zit.: Frenz, *Europarecht* 2.
- Handwerkliche Qualifikation und EU-Recht: eine Untersuchung zu den Auswirkungen der Berufsankennungs- und der Dienstleistungsrichtlinie vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten, *Alfeld* 2006.
- Bestandsschutz im Emissionshandel, *RdE* 2007, S. 65 ff.
- Die Studierendenfreizügigkeit in Europa, *JA* 2007, S. 4 ff.
- Grenzen der Quersubventionierung durch Gemeinschaftsrecht, *EWS* 2007, S. 211 ff.

- Grundfragen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im neuen Gewande, GewArch. 2007, S. 98 ff.
 - Handbuch Europarecht Bd. 3: Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin u.a. 2007; zit.: Frenz, Europarecht 3.
 - Menschenwürde und Persönlichkeit versus Opferschutz und Fahndungserfolg, NVwZ 2007, S. 631 ff.
 - Öffentliches Recht. Eine nach Anspruchszielen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 3. Aufl., Köln/Berlin/München 2007.
 - Prägung des grundgesetzlichen Übermaßverbotes durch Europarecht? Nationale Relevanz der Inländerdiskriminierung?, JZ 2007, S. 343 ff.
 - Unterschwellenvergaben, VergabeR 2007, S. 1 ff.
 - Emissionshandelsrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2008.
 - Erweiterung der Berufsfreiheit – bei gleichzeitiger Aushöhlung? Am Beispiel der erhöhten Besteuerung von Biokraftstoffen, in: FS für Stober, Köln/München 2008, S. 243 ff.
- Frenz, Walter/Kühl, Andrea: Die Freizügigkeitsrichtlinie und ihre defizitäre Umsetzung ins deutsche Recht, ZESAR 2007, S. 315 ff.
- Frenz, Walter/Schink, Alexander (Hrsg.): Die Abfallwirtschaft im normgeberischen Dauergriff, Berlin 2005; zit.: Bearbeiter, in: Frenz/Schink (Hrsg.), Die Abfallwirtschaft im normgeberischen Dauergriff, 2005.
- Frenz, Walter/Unnerstall, Herwig: Nachhaltige Entwicklung im Europarecht, Baden-Baden 1999.
- Fries, Sybilla: Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nach dem Gemeinschaftsrecht, München 2002.
- Frister, Helmut: Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988.
- Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art 6 II MRK) und zum Problem „gerichtskundiger“ Tatsachen – BGH – Urt. vom 30.10.1986 – 4 StR 499/86, Jura 1988, S. 356 ff.
- Frowein, Jochen Abr.: Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht, 2001, S. 73 ff.
- Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang: Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl u.a. 1996; zit.: Frowein/Peukert.
- Frowein, Jochen Abr./Zimmermann, Andreas: Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz erstattet vom Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg/Köln 1993, BAnz. Nr. 45 (1993) Beilage Nr. 42a.
- Fuchs, Maximilian: Luxemburg locuta – causa finita – quaestio non soluta – Dienstleistungsfreiheit und Sozialversicherung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, NZS 2002, S. 337 ff.
- Koordinierung oder Harmonisierung des europäischen Sozialrechts, ZIAS 2003, S. 379 ff.
 - Das neue Recht der Auslandsrankenbehandlung, NSZ 2004, S. 225 ff.
 - (Hrsg.): Europäisches Sozialrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2005; zit.: Bearbeiter, in: Fuchs.
- Funk, Bernd-Christian: Die sozialen Grundrechte der Grundrechtscharta vor dem Hintergrund des EG-Rechtsbestandes und im Vergleich zur Europäischen Sozialcharta, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 39 ff.

- Funke-Kaiser, Michael: Europarecht im deutschen Verwaltungsprozess (20): Asyl- und Flüchtlingsrecht, Zweiter Teil, VBIBW. 2002, S. 457 ff.
- Fuß, Ernst-Werner: Der Schutz des Vertrauens auf Rechtskontinuität im deutschen Verfassungsrecht und europäischen Gemeinschaftsrecht, in: FS für Kutscher, Baden-Baden 1981, S. 201 ff.
- Galetta, Diana-Urania: Inhalt und Bedeutung des europäischen Rechts auf eine gute Verwaltung, EuR 2007, S. 57 ff.
- Gas, Tonio: Die Verfassungswidrigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes – gebotener Grundrechtsschutz oder euroskeptische Überfrachtung?, EuR 2006, S. 285 ff.
- Mangold und die Folgen, EuZW 2007, S. 713 ff.
- Gassner, Ulrich: Richtlinien mit Doppelwirkung, in: Liber amicorum Thomas Oppermann 2001, S. 503 ff.
- Gebauer, Katharina: Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa? Ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Straßburger Gerichtshofs mit dem Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und dem Luxemburger Gerichtshof, Berlin 2007.
- Gebauer, Peer: Zur Grundlage des absoluten Folterverbots, NVwZ 2004, S. 1405 ff.
- Geddert-Steinacher, Tatjana: Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Berlin 1990.
- Geerlings, Jörg: Der Europäische Verfassungsprozess nach den gescheiterten Referenden in Frankreich und den Niederlanden, DVBl. 2006, S. 129 ff.
- Gesmann, Rainer: Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Wirkdimensionen sozialer Grundrechte, Frankfurt a.M. 2005.
- Geiger, Willi: Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: FS für Faller, München 1984, S. 3 ff.
- Gelinsky, Katja: Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Eine Analyse der Rechtsprechung der Straßburger Organe, Berlin 1996.
- Gellermann, Martin: Auflösung von Normwidersprüchen zwischen europäischem und nationalem Recht. Zu den Folgen der Gemeinschaftswidrigkeit der Übergangsvorschrift des § 22 UVPG, DÖV 1996, S. 433 ff.
- Geppert, Klaus: Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Jura 1993, S. 160 ff.
- Gerards, Regine: Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, Frankfurt a.M. 2007.
- Gerkrath, Jörg: Die Bedingungen der Demokratie in der Europäischen Union. Ein französischer Standpunkt, EuGRZ 2006, S. 371 ff.
- Gersdorf, Hubertus: Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AöR 119 (1994), S. 400 ff.
- Geurtz, Petra: Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten im deutschen, französischen und europäischen Recht – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Recht, Bonn 1997.
- Giesberts, Ludger/Hilf, Juliane: Handel mit Emissionszertifikaten, Köln u.a. 2002.
- Gilsdorf, Peter: Vertrauensschutz, Bestandsschutz und Rückwirkungsbegrenzung im Gemeinschaftsrecht, RIW 1983, S. 22 ff.
- Gornig, Gilbert/Trübe, Christiane: Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht – Teil 1-3, JZ 2000, S. 395 ff., 446 ff., 501 ff.

- Götz, Volkmar: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), S. 7 ff.
- Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien – Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat, NJW 1992, S. 1849 ff.
- Grabenwarter, Christoph: Filmkunst im Spannungsfeld zwischen Freiheit der Meinungsäußerung und Religionsfreiheit. Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 20.9.1994 im Fall Otto-Preminger-Institut, ZaöRV 1995, S. 128 ff.
- (Hrsg.): Kontinuität und Wandel der EMRK. Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Kehl u.a. 1998; zit.: Bearbeiter, in: Grabenwarter (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der EMRK, 1998.
 - Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, S. 1 ff.
 - Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 290 ff.
 - Verfassung und Informationsgesellschaft, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Grundrechte in der Informationsgesellschaft, 2001, S. 48 ff.
 - Die Menschenrechtskonvention und Grundrechte-Charta in der europäischen Verfassungsentwicklung, in: FS für Steinberger, Berlin u.a. 2002, S. 1129 ff.
 - TV-Werbung für Printmedien und Art. 10 EMRK, ÖZW 2002, S. 1 ff.
 - Die korporative Religionsfreiheit nach der Menschenrechtskonvention, in: FS für Rüfner, Berlin 2003, S. 147 ff.
 - Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft?, EuGRZ 2004, S. 563 ff.
 - Medienfreiheit und Bildnisschutz nach der Menschenrechtskonvention, in: FS für Ress, Köln u.a. 2005, S. 979 ff.
 - Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., München/Wien 2008; zit.: Grabenwarter.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina: Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, 2005, S. 81 ff.
- Grabitz, Eberhard: Abfall im Gemeinschaftsrecht, in: FS für Sendler, München 1991, S. 443 ff.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, Stand: Oktober 2007, München; zit.: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf.
- Grabitz, Eberhard/Zacker, Christian: Die neuen Umweltkompetenzen der EWG, NVwZ 1989, S. 297 ff.
- Greaves, Rosa: The Nature and Binding Effect of Decisions under Art. 189 EC, ELRev 21 (1996), S. 3 ff.
- Griebel, Thomas: Die verfahrensrechtliche Absicherung von Informationsfreiheitsrechten in rechtsvergleichender Sicht. Eine Betrachtung der Rechtslage in Schweden, den USA, Deutschland und der Europäischen Union, Berlin 2007.
- Griller, Stefan: Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 131 ff.
- Grimm, Dieter: Soziale Grundrechte für Europa, in: Güntert/Kaufmann/Krolzik (Hrsg.), Freie Wohlfahrtspflege und europäische Integration, 2002, S. 13 ff.
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2003 ff.; zit.: Bearbeiter, in: von der Groeben/Schwarze.

- Groß, Helene: Das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern, ZAR 2005, S. 81 ff.
- Die Umsetzung der EU-Freizügigkeitsrichtlinie im deutschen Recht, ZAR 2006, S. 61 ff.
- Groß, Thomas: Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht, KJ 2001, S. 100 ff.
- Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.): Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, Berlin u.a. 2001; zit.: Bearbeiter, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht, 2001.
- (Hrsg.): EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006; zit.: Bearbeiter, in: Grote/ Marauhn.
- Grzeszick, Bernd: Die Kirchenerklärung zur Schlußakte des Vertrags von Amsterdam: Europäischer Text, völkerrechtliche Verbindlichkeit, staatskirchenrechtlicher Inhalt, ZevKR 48 (2003), S. 284 ff.
- Das Grundrecht auf eine gute Verwaltung – Strukturen und Perspektiven des Charta-Grundrechts auf eine gute Verwaltung, EuR 2006, S. 161 ff.
- Guckelberger, Annette: Das Petitionsrecht zum Europäischen Parlament sowie das Recht zur Anrufung des Europäischen Bürgerbeauftragten im Europa der Bürger, DÖV 2003, S. 829 ff.
- Gundel, Jörg: Nationale Programmquoten im Rundfunk: Vereinbar mit den Grundfreiheiten und der Rundfunkfreiheit des Gemeinschaftsrechts?, ZUM 1998, S. 1002 ff.
- Rechtsschutzlücken im Gemeinschaftsrecht? Der Fall des Sekundärrechts ohne nationale Vollzugsakte, VerwArch. 2001, S. 81 ff.
 - Das Verbot der ideellen Rundfunkwerbung auf dem Prüfstand der EMRK. Anmerkungen zu zwei neueren Entscheidungen des EGMR, ZUM 2005, S. 345 ff.
- Günter, Johannes: Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union: Eine rechtsvergleichende Studie, Heidelberg 1998.
- Güntert, Bernhard J./Kaufmann, Franz-Xaver/Krolzik, Udo (Hrsg.): Freie Wohlfahrtspflege und europäische Integration, Gütersloh 2002; zit.: Bearbeiter, in: Güntert/Kaufmann/Krolzik (Hrsg.), Freie Wohlfahrtspflege und europäische Integration, 2002.
- Gusy, Christoph: Der Schutz der Privatsphäre in Art. 8 EMRK, DVR 1984, S. 289 ff.
- Zur Bedeutung von Art. 3 EMRK im Ausländerrecht, ZAR 1993, S. 63 ff.
- Güttler, Dagmar: Umweltschutz und freier Warenverkehr, BayVBl. 2002, S. 225 ff.
- Häberle, Peter: Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, Rechtsatheorie 11 (1980), S. 389 ff.
- Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl., Berlin 2008.
- Häfner, Gerald/Strawe, Christoph/Zuegg, Robert: In der Auseinandersetzung um eine Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ZRP 2000, S. 365 ff.
- Hailbronner, Kay: Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatsangehörigkeit, in: Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996, S. 27 ff.
- Die sozialrechtliche Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen – ein menschenrechtliches Postulat?, JZ 1997, S. 397 ff.
 - Geschlechtsspezifische Fluchtgründe, die Genfer Flüchtlingskonvention und das deutsche Asylrecht, ZAR 1998, S. 152 ff.

- Art. 3 EMRK – ein neues europäisches Konzept der Schutzgewährung?, DÖV 1999, S. 617 ff.
 - Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union, Den Haag 2000.
 - Die Unionsbürgerrichtlinie und der ordre public, ZAR 2004, S. 299 ff.
 - Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185 ff.
 - Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, S. 259 ff.
 - Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen?, JZ 2005, S. 1138 ff.
- Hamers, Antonius: Der Petitionsausschuss des Europäischen Parlaments und der Europäische Bürgerbeauftragte, Pfaffenweiler 1999.
- Hammer-Straß, Eva: Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Hamburg 1999.
- Hanau, Peter/Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf: Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002; zit.: Bearbeiter, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002.
- Haratsch, Andreas: Zur Dogmatik von Rücknahme und Widerruf von Rechtsakten der europäischen Gemeinschaft, EuR 1998, S. 387 ff.
- Verweisungstechnik und gemeinschaftsgerichtete EG-Richtlinien. Anmerkungen zum neuen Datenschutzartikel des EG-Vertrages, EuR 2000, S. 42 ff.
- Harings, Lothar/Classen, Kai-Dieter: Europäische Informationsverwaltung durch behördliche Risikoanalyse. Regelungs- und Rechtsschutzdefizite beim internationalen Informationsaustausch am Beispiel des AEO-Informationssystems – zugleich Erwägungen zu einem unternehmensbezogenen Datenschutz, EuZW 2008, S. 295 ff.
- Haß, Solveig: Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Charakter, Bindungswirkung und Durchsetzung, Frankfurt a.M. 2006.
- Hasselbach, Kai: Europäisches Kommunalwahlrecht. Zur Umsetzung des EG-Richtlinie über das Kommunalwahlrecht der Unionsbürger in den EU-Mitgliedstaaten, ZG 1997, S. 49 ff.
- Haßmann, Holger: Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Berlin u.a. 2003.
- Hausmann, Ute/Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.): Unteilbarkeit auf Europäisch – Signal weltweit? Soziale Menschenrechte in der Europäischen Grundrechtecharta, Bonn 2001; zit.: Bearbeiter, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001.
- Hatje, Armin: Parteiverbote und Europarecht. Zu den rechtlichen Grenzen politischer Toleranz im europäischen Verfassungsverbund, DVBl. 2005, S. 261 ff.
- Rechtssicherheit im europäischen Verwaltungsbund, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 249 ff.
- Heck, Daniel: Rechtsschutz gegen durch EG-Richtlinien determiniertes Gesetzesrecht, NVwZ 2008, S. 523 ff.
- Hecker, Bernd: Das Prinzip „Ne bis idem“ im Schengener Rechtsraum, StV 2001, S. 306 ff.
- Hector, Pascal: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Bröhmer (Hrsg.), Der Grundrechtsschutz in Europa, 2002, S. 180 ff.
- Der europäische Verfassungsprozess – rechtliche Wege aus der Krise, ZEuS 2006, S. 465 ff.
- Heer-Reißmann, Christine: Straßburg oder Luxemburg? – Der EGMR zum Grundrechtsschutz bei Verordnungen der EG in der Rechtssache Bosphorus, NJW 2006, S. 192 ff.

- Die Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Europa. Eine Untersuchung zum Verhältnis von EGMR und EuGH in Menschenrechtsfragen unter Berücksichtigung des Verhältnisses des BVerfG zum EuGH, Frankfurt a.M. u.a. 2008.
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): Preisangabenverordnung (PangV), Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), UGP-Richtlinie Anhang I, 26. Aufl., München 2008; zit.: Bearbeiter, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008.
- Heidenhain, Martin: Der richtige Weg zur Rückforderung einer gemeinschaftswidrigen Beihilfe, EuZW 2005, S. 660 ff.
- Heinig, Hans M./Walter, Christian (Hrsg.): Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit, Tübingen 2007; zit.: Bearbeiter, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007.
- Heintzen, Markus: Die „Herrschaft“ über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?, AöR 119 (1994), S. 564 ff.
- Die Kirchen im Recht der Europäischen Union, in: FS für Listl, Berlin 1999, S. 29 ff.
- Die Legitimation des Europäischen Parlaments, ZEuS 2000, S. 377 ff.
- Hellermann, Johannes: Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, Berlin 1993.
- Hendler, Reinhard/Marburger, Peter/Reinhardt, Michael/Schröder, Meinhard (Hrsg.): Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1999, Berlin 1999; zit.: Bearbeiter, in: Hendler/Marburger/Reinhardt/Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1999.
- Henke, Jörg: EuGH und Umweltschutz: die Auswirkungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf das Umweltschutzrecht in Europa, München 1992.
- Herdegen, Matthias: Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, S. 773 ff.
- Völkerrecht, 6. Aufl., München 2007.
- Heringa, Aalt-Willem/Verhey, Luc: WEU-Charter: Text and Structure, MJ 2001, S. 11 ff.
- Hermes, Georg: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Heidelberg 1987.
- Die Wirkung behördlicher Genehmigungen: Privates Risiko oder staatliche (Mit-)Verantwortung bei veränderter Sachlage?, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka/v. Schwanenflügel (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, 1991, S. 187 ff.
- Hermes, Georg/Walther, Susanne: Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht. Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen, NJW 1993, S. 2337 ff.
- Herrmann, Nikolaus: Flächensanierung als Rechtsproblem, Baden-Baden 1989.
- Heselhaus, Sebastian: Die Straßburger Springprozession zum Schutz der Umwelt. Ökologische Menschenrechte nach den Hatton-Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, EuGRZ 2005, S. 549 ff.
- Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (Hrsg.): Handbuch der Europäischen Grundrechte, München u.a. 2006; zit.: Bearbeiter, in: Heselhaus/Nowak.
- Hesse, Konrad: Verfassungsrecht und Privatrecht, Heidelberg 1988.
- Heukels, Ton: Intertemporales Gemeinschaftsrecht: Rückwirkung, Sofortwirkung und Rechtsschutz in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1990.

- Hilf, Meinhard: Völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Elemente des Beschlusses vom 20.9.1976 im Lichte des Souveränitätsdenkens in der EG, in: Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, S. 21 ff.
- Europäische Union und nationale Identitäten der Mitgliedstaaten, in: GS für Grabitz, München 1995, S. 157 ff.
- Hilf, Meinhard/Classen, Claus-Dieter: Der Vorbehalt des Gesetzes im Recht der Europäischen Union. Erosionsprozesse des Verfassungsstaates, in: FS für Selmer, Berlin 2004, S. 71 ff.
- Hilf, Meinhard/Hörmann, Saskia: Der Grundrechtsschutz von Unternehmen im europäischen Verfassungsverbund, NJW 2003, S. 1 ff.
- Hilf, Meinhard/Willms, Benno: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Rechtsprechungsbericht, 2. Quartal 1987 (Nr. 67-136), EuGRZ 1989, S. 189 ff.
- Hillgruber, Christian: Staat und Religion, DVBl. 1999, S. 1155 ff.
- Hillgruber, Christian/Jestaedt, Matthias: Die Europäische Menschenrechtskonvention und der Schutz nationaler Minderheiten, Bonn 1993.
- Hilpold, Peter: Der Schutz sozialer Grundrechte in der Europäischen Union, in: FS für Pernthaler, Wien u.a. 2005, S. 167 ff.
- Hirsch, Günter: Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, in: Blank (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, 2002, S. 9 ff.
- Die Aufnahme der Grundrechtecharta in den Verfassungsvertrag, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf der Europäischen Union, 2004, S. 111 ff.
 - Erwartungen der gerichtlichen Praxis an einen Gemeinsamen Referenzrahmen für ein Europäisches Vertragsrecht, ZIP 2007, S. 937 ff.
- Hobe, Stephan: Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht. Auf dem Weg zum europäischen Bundesstaat?, Der Staat 32 (1993), S. 245 ff.
- Das Staatsvolk nach dem Grundgesetz, JZ 1994, S. 191 ff.
 - Menschenrecht auf Umweltschutz? Bestand und Begründungsmöglichkeiten, ZUR 1994, S. 15 ff.
 - Bedingungen, Verfahren und Chancen europäischer Verfassungsgebung: Zur Arbeit des Brüsseler Verfassungskonvents, EuR 2003, S. 1 ff.
- Hochbaum, Ingo: Der Begriff der Kultur im Maastrichter und Amsterdamer Vertrag, BayVBl. 1997, S. 680 ff.
- Hochhuth, Martin: Schatten über der Meinungsfreiheit. Der „Babycaust“-Beschluss des BVerfG bricht mit der „Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“. Anmerkung zu BVerfG, Ber. vom 24.05.2006 – 1 BvR 49/00 u.a, NJW 2007, S. 192 ff.
- Hoerster, Norbert: Ethik des Embryonenschutzes: Ein rechtsphilosophischer Essay, Stuttgart 2002.
- Hoffmann-Remy, Ulrich: Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach Art. 8-11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention: Dargestellt anhand von Beispielsfällen aus der Rechtsprechung der Konventionsorgane und nationaler Gerichte, Berlin 1976.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Kohärenz europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 2002, S. 473 ff.
- Hoffmeister, Frank: Art. 10 EMRK in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 1994-1999, EuGRZ 2000, S. 358 ff.
- Höfling, Wolfram: Die Unantastbarkeit der Menschenwürde. Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, JuS 1995, S. 857 ff.
- Reprogenetik und Verfassungsrecht, Köln 2001.

- Hofmann, Hasso: Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?, JZ 1986, S. 253 ff.
- Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), S. 353 ff.
- Hofmann, Herwig: Normenhierarchien im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 2000.
- Hofmann, Rainer: Die Freiheit des Informationsflusses zwischen Bürger und Staat, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Information, Medien und Demokratie, 1997, S. 3 ff.
- Zurück zu Solange II! Zum Bananenmarktordnungs-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: FS für Steinberger, Berlin u.a. 2002, S. 1207 ff.
- Hofmann, Rainer/Marko, Joseph/Merli, Franz/Wiederin, Ewald (Hrsg.): Informationen, Medien und Demokratie – Ein europäischer Rechtsvergleich, Wien 1997; zit.: Bearbeiter, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Informationen, Medien und Demokratie, 1997.
- Hofmann, Thomas: Buchpreisbindung auf dem Prüfstand des Europarechts. Bleibt in Deutschland alles beim Alten?, GRUR 2000, S. 555 ff.
- Holoubek, Michael: Grundrechtliche Gewährleistungspflichten: Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Wien u.a. 1997.
- Die liberalen Rechte der Grundrechtscharta im Vergleich zur europäischen Menschenrechtskonvention, in: Duschaneck/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 26 ff.
 - Medienfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AfP 2003, S. 193 ff.
- Hölscheidt, Sven: Die Ausgestaltung des Petitionsrechts in der EU-Grundrechtecharta, EuR 2002, S. 440 ff.
- Hölscheidt, Sven/Mund, Eva: Religionen und Kirchen im europäischen Verfassungsverbund, EuR 2003, S. 1083 ff.
- Holznagel, Bernd: Rundfunkrecht in Europa: auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen, Tübingen 1996.
- Hoppe, Werner: Von Schwierigkeiten der Europarechtsanpassung deutschen Verwaltungsrechts, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 263 ff.
- Hösch, Ulrich: Eigentum und Freiheit: ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Tübingen 2000.
- Hövelberndt, Andreas: Ehe, Familie und Erziehungsrecht als Thema internationaler Regelungen zum Schutze der Menschenrechte, der Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten und der deutschen Bundesländer, FPR 2004, S. 117 ff.
- Huber, Peter M.: Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen. Die Bananenmarktordnung und das Grundgesetz, EuZW 1997, S. 517 ff.
- Beihilfen (Art. 87, 88 EGV 1999) und Vertrauensschutz im Gemeinschaftsrecht und im nationalen Verwaltungsrecht, KritV 1999, S. 359 ff.
- Ibing, Stefan: Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht: Anwendbarkeit der Einschränkungsvoraussetzungen der EMRK und der Europäischen Grundrechte-Charta auf Gemeinschaftsrechtsakte, Baden-Baden 2006.
- Iliopoulos-Strangas, Julia: Die Freiheit der Medien in einer künftigen europäischen Verfassung, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer europäischen Verfassung, 2005, S. 27 ff.
- Ipsen, Hans P.: Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Irmischer, Tobias H.: Einzelhaft und Folterverbot – die Carlos-Entscheidung des EGMR, EuGRZ 2007, S. 135 ff.

Isensee, Josef: Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des Grundgesetzes, Der Staat 19 (1980), S. 367 ff.

- Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1983.
- Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte. Der Vorbehalt der Friedlichkeit als Kriterium des Grundrechtstatbestandes und der Schutzpflicht, in: FS für Sendler, München 1991, S. 39 ff.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1995 ff.; zit.: Bearbeiter, in: Isensee/Kirchhof, HStR.

Jagla, Susanne Fee: Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen ne bis in idem im Rahmen der Europäischen Union, Frankfurt a.M. u.a. 2007.

Jahns-Böhm, Jutta/Breier, Siegfried: Die umweltrechtliche Querschnittsklausel des Art. 130r II 2 EWGV. Eine Untersuchung am Beispiel der Güterkraftverkehrspolitik der Europäischen Gemeinschaft, EuZW 1992, S. 49 ff.

Jarass, Hans D.: Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 363 ff.

- EU-Grundrechte, München 2005; zit.: Jarass.
- Der grundrechtliche Eigentumsschutz im EU-Recht, NVwZ 2006, S. 1089 ff.

Jarass, Hans D./Beljin, Sasa: Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien, EuR 2004, S. 714 ff.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., München 2007; zit.: Bearbeiter, in: Jarass/Pieroth.

Jestaedt, Matthias: Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298 ff.

Jung, Heike: Zur „Internationalisierung“ des Grundsatzes „ne bis in idem“, in: FS für Schüler-Springorum, Köln 1993, S. 493 ff.

Jürgensen, Thomas/Schlünder, Irene: EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 200 ff.

Kadelbach, Stefan: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Tübingen 1999.

- Unionsbürgerschaft, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 539 ff.

Kadelbach, Stefan/Parhisi, Parinas (Hrsg.): Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, Baden-Baden 2007.

Kadelbach, Stefan/Petersen, Niels: Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten. Anmerkung zum EuGH-Urteil in der Rs. C-112/00, Schmidberger/Republik Österreich (Brennerblockade), EuGRZ 2003, S. 693 ff.

Kahl, Wolfgang: Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht: eine Untersuchung zur Rechtsidee des „bestmöglichen Umweltschutzes“ im EWG-Vertrag, Heidelberg 1993.

- Der Nachhaltigkeitsgrundsatz im System der Prinzipien des Umweltrechts, in: Geburtstagsschrift für R. Schmidt, Tübingen 2002, S. 111 ff.

Kämmerer, Jörn A.: Die Urteile „Kadi“ und „Yusuf“ des EuG und ihre Folgen, EuR 2008, Beiheft 1, S. 65 ff.

Kanitz, Ralf M./Wendel, Mattias: Gemeinschaftsrechtlich gebotene Grenzen der Bestandskraftdurchbrechung im europäischen Verwaltungsverfahren? Zur Frage prozessualer

- Vorbedingungen und zeitlicher Schranken der Überprüfungspflicht bestandkräftiger Verwaltungsakte, EuZW 2008, S. 231 ff.
- Kanska, Klara: Towards administrative human rights in the EU. Impact of the charter of fundamental rights, ELJ 2004, S. 296 ff.
- Karl, Wolfram (Hrsg.): Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., Köln u.a. 2004; zit.: Bearbeiter, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK.
- Kenntner, Markus: Die Schrankenbestimmungen der EU-Grundrechtecharta – Grundrechte ohne Schutzwirkung?, ZRP 2000, S. 423 ff.
- Kersten, Jens: Das Klonen von Menschen: Eine verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Kritik, Tübingen 2004.
- Keser, Marco: Verhältnismäßigkeitsprinzip und Binnenmarktrechtsetzung – zur Kosten-Nutzen-Analyse als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Binnenmarktrechtsetzung zum Gesundheitsschutz, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, 2004, S. 139 ff.
- Kielmansegg, Sebastian Graf: Die verteidigungspolitischen Kompetenzen der Europäischen Union, EuR 2006, S. 182 ff.
- Kingreen, Thorsten: Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570 ff.
- Kingreen, Thorsten/Störmer, Rainer: Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, S. 263 ff.
- Kischel, Uwe: Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union, EuGRZ 1997, S. 1 ff.
- Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, S. 380 ff.
- Klein, Eckart: Das Verhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz durch die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Europäischen Gemeinschaften, Überlegungen de lege ferenda, in: Mosler/Bernhardt/Hilf (Hrsg.), Grundrechtsschutz in Europa, 1977, S. 160 ff.
- Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633 ff.
 - Should the binding effect of the judgements of the European Court of Human Rights be extended?, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), Protecting Human Rights, 2000, S. 705 ff.
- Klein, Hans H.: Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 489 ff.
- Klein, Oliver: Parteiverbotsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, ZRP 2001, S. 397 ff.
- Kley-Struller, Andreas: Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995, S. 507 ff.
- Kloepfer, Michael: Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970.
- Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht – dargestellt am Problem der Deponiesanierung, NuR 1987, S. 7 ff.
 - Technikverbot durch gesetzgeberisches Unterlassen? Zur Entscheidung des VGH Kassel vom 6.11.1989, in: FS für Lerche, München 1993, S. 755 ff.
 - „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Artikels 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Berlin 1996.
- Kloepfer, Michael/Lewinski, Kai von: Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG), DVBl. 2005, S. 1277 ff.

- Klos, Christian: Deutschlands Verhältnis zur Genfer Flüchtlingskonvention und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZAR 2000, S. 202 ff.
- Klugmann, Marcel: Europäische Menschenrechtskonvention und antiterroristische Maßnahmen: Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte am Beispiel des Nordirland- und des Kurdenkonfliktes, Frankfurt a.M. u.a. 2002.
- Kment, Martin: Die europäische Gesundheitspolitik und ihre Funktion als Querschnittsaufgabe – Eine Untersuchung des Art. 152 Abs. 1 UAbs. 1 EGV, EuR 2007, S. 275 ff.
- Knecht, Matthias H.: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine Würdigung der Entstehung und rechtsvergleichende grundrechtsdogmatische Analyse, Stuttgart 2005.
- Knöll, Ralf: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Inhalte, Bewertung und Ausblick, NVwZ 2001, S. 392 ff.
- Koch, Hans-Joachim: Der Atomausstieg und der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, NJW 2000, S. 1529 ff.
- Koch, Thorsten: Die europäischen politischen Parteien und ihre Finanzierung, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 307 ff.
- Koenig, Christian: Die Europäische Sozialunion als Bewährungsprobe der supranationalen Gerichtsbarkeit, EuR 1994, S. 175 ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen: Der Streit um die neue Tabakprodukttrichtlinie – Ist der Gemeinschaftsgesetzgeber bei seinem Kampf gegen den Tabakkonsum einmal mehr im Konflikt mit Gemeinschaftsgrundrechten und Kompetenzbestimmungen?, EWS 2002, S. 12 ff.
- Kokott, Juliane: Die dogmatische Einordnung der Begriffe „Störer“ und „Anscheinsstörer“ in einer zunehmend technisierten Gesellschaft, DVBl. 1992, S. 749 ff.
- Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), S. 599 ff.
 - Die Freizügigkeit der Unionsbürger als neue Grundfreiheit, in: FS für Tomuschat, Kehl 2006, S. 207 ff.
- Kokott, Juliane/Dervisopoulos, Ioanna/Henze, Thomas: Aktuelle Fragen des Rechtsschutzes durch die Gemeinschaftsgerichte, EuGRZ 2008, S. 10 ff.
- Kokott, Juliane/Henze, Thomas/Sobotta, Christoph: Die Pflicht zur Vorlage an den europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung, JZ 2006, S. 633 ff.
- Kolonovits, Dieter: Meinungsfreiheit und Blasphemie in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR, in: Grabenwarter (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der EMRK, 1998, S. 169 ff.
- König, Doris: Das Problem der Inländerdiskriminierung – Abschied von Reinheitsgebot, Nachtbackverbot und Meisterprüfung?, AöR 118 (1993), S. 591 ff.
- Der Schutz der Religionsfreiheit im europäischen und deutschen Recht, in: Kadelbach/Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 2007, S. 123 ff.
- Kopp, Ferdinand: Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: FS für Obermayer, München 1986, S. 53 ff.
- Kotulla, Michael (Hrsg.): Bundes-Immissionsschutzgesetz. Kommentar und Vorschriften-sammlung, Stand: Dezember 2007, Stuttgart; zit.: Bearbeiter, in: Kotulla, BImSchG.
- Kotzur, Markus: Die Ziele der Union: Verfassungsidentität und Gemeinschaftsidee, DÖV 2005, S. 313 ff.

- Eine Bewährungsprobe für die Europäische Grundrechtsgemeinschaft – Zur Entscheidung des EuG in der Rs. Yusuf u.a. gegen Rat (EuGRZ 2005, S. 592 ff.), EuGRZ 2006, S. 19 ff.

Kraft, Dennis/Meister, Johannes: Rechtsprobleme virtueller Sit-ins, MMR 2003, S. 366 ff.

Krämer, Ludwig: Einheitliche Europäische Akte und Umweltschutz: Überlegungen zu einigen neuen Bestimmungen im Gemeinschaftsrecht, in: Rengeling (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, 1988, S. 137 ff.

- Die Integrierung umweltpolitischer Erfordernisse in die gemeinschaftliche Wettbewerbspolitik, in: Rengeling (Hrsg.), Umweltschutz und andere Politiken der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 47 ff.
- Das „hohe Schutzniveau“ für die Umwelt im EG-Vertrag. Industrielle Norm oder politische Vorgabe?, ZUR 1997, S. 303 ff.

Krüger, Hans-Christian/Polakiewicz, Jörg: Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechtscharta, EuGRZ 2001, S. 92 ff.

Kubicki, Philipp: Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489 ff.

Kübler, Johanna: Die Säulen der Europäischen Union: Einheitliche Grundrechte? Zur Grundrechtsdivergenz zwischen der ersten und dritten Säule am Beispiel des Datenschutzes, Baden-Baden 2002.

Kugelman, Dieter: Der Schutz privater Individualkommunikation nach der EMRK, EuGRZ 2003, S. 16 ff.

- Die streitbare Demokratie nach der EMRK. Politische Parteien und Gottesstaat: Das Urteil des EGMR zur Auflösung der Wohlfahrtspartei in der Türkei, EuGRZ 2003, S. 533 ff.

Kühl, Kristian: Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, Köln u.a. 1983.

Kühl, Martin: Rechtsbeziehungen bei privater Arbeitsvermittlung, NZS 2004, S. 568 ff.

Kühling, Jürgen: Grundrechtskontrolle durch den EuGH: Kommunikationsfreiheit und Pluralismussicherung im Gemeinschaftsrecht. Zugleich eine Besprechung des Familienpress-Urteils des EuGH, EuGRZ 1997, S. 296 ff.

- Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, Berlin 1999.
- Staatliche Handlungspflichten zur Sicherung der Grundfreiheiten, NJW 1999, S. 403 ff.

Kummer, Pierre M.: Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/78/EG), Frankfurt a.M. 2003.

Kutscheidt, Ernst: Die Neuregelung der Abfallvermeidungs- und -beseitigungspflicht bei industriellen Betrieben, NVwZ 1986, S. 622 ff.

Lackhoff, Klaus: Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, Berlin 2000.

Ladenburger, Clemens: Das Verhältnis der Grundrechtecharta zum mitgliedstaatlichen Recht: Einige Anmerkungen zum Anwendungsbereich, zur Tragweite und zur Auslegung der Rechte und Grundsätze der Charta, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, S. 83 ff.

Lais, Martina: Das Recht auf eine gute Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZEuS 2002, S. 447 ff.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995.

- Lecheler, Helmut: Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Berlin 1971.
- Leisner, Walter G.: Der Meistertitel im Handwerk – (weiter) ein Zwang? – Europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme. Bemerkungen zu einem neuen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BvR vom 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02), GewArch. 2006, S. 393 ff.
- Lemmens, Paul: The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects, MJ 2001, S. 49 ff.
- Lenz, Carl O.: Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, EuGRZ 1993, S. 585 ff.
- Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft?, NJW 1997, S. 3289 ff.
- Lenz, Christofer: Ein einheitliches Verfahren für die Wahl des Europäischen Parlaments, Baden-Baden 1995.
- Anmerkung zu: EGMR, Urt. vom 18.2.1999 – 24833/94 – (Wahlen zum Europäischen Parlament), EuZW 1999, S. 311 ff.
- Lenz, Sebastian/Staeglich, Simone: Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen? Europäische Rechtsschutzdefizite und ihr Ausgleich durch die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO, NVwZ 2004, S. 1421 ff.
- Lerche, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln u.a. 1961.
- Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie, in: Lukes/Scholz (Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986, S. 88 ff.
 - Verfassungsmäßige Ordnung (Art. 2 Abs. 1 GG) und Gemeinschaftsrecht. Ausgewählte Fragen, in: FS für Schmitt-Glaeser, Berlin 2003, S. 41 ff.
- Lindner, Josef F.: EU-Grundrechtscharta – Weniger Rechte für Bürger?, BayVBl. 2001, S. 523 ff.
- Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik, EuR 2007, S. 160 ff.
- Lörcher, Klaus: Soziale Grundrechte in der EU-Grundrechtecharta, AuR 2000, S. 241 ff.
- Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Europäischen Grundrechtecharta, in: Unteilbarkeit auf Europäisch, 2001, S. 37 ff.
 - Der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB) und seine Beteiligung am europäischen Arbeitsrecht, NZA 2003, S. 184 ff.
- Lorz, Ralph A.: Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, DVBl. 2006, S. 1061 ff.
- Losch, Bernhard/Radau, Wiltrud Chr.: Die soziale Verfassungsaufgabe der Europäischen Union, NVwZ 2003, S. 1440 ff.
- Luchterhandt, Otto: Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland: Geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz, Berlin 1988.
- Lücke, Jörg: Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, AöR 107 (1982), S. 15 ff.
- Lukes, Rudolf/Scholz, Rupert (Hrsg.): Rechtsfragen der Gentechnologie, Köln u.a. 1986; zit.: Bearbeiter, in: Lukes/Scholz (Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): SE-Kommentar: SE-VO, SEAG, SEBG, Steuerrecht, Köln 2008; zit.: Bearbeiter, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar.
- MacDonald, Ronald St./Matscher, Franz/Petzold, Herbert (Hrsg.): The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht u.a. 1993.

- Machacek, Rudolf/Pahr, Willibald/Stadler, Gerhard (Hrsg.): Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd. II, Kehl 1992; zit.: Bearbeiter, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg.), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd. II.
- Mader, Oliver: Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsverwaltungsverfahren, Baden-Baden 2006.
- Mager, Ute: Die Bedeutung der Grundrechte für das Binnenmarktziel – der zweite Verfassungsabschnitt auf dem Prüfstand des Binnenmarktkonzepts, EuR 2004, Beiheft 3, S. 41 ff.
- Magiera, Siegfried: Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, DÖV 2000, S. 1017 ff.
- Mahlmann, Maximilian: Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, ZEuS 2000, S. 419 ff.
- Mahoney, Paul/Matscher, Franz/Petzold, Herbert/Wildhaber, Luzius (Hrsg.): Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in Memory of Rolv Ryssdal, Köln u.a. 2000; zit.: Bearbeiter, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), Protecting Human Rights.
- Malzahn, Bettina M.: Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Frankfurt a.M. 2007.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz: GG, 5. Aufl., München 2005; zit.: Bearbeiter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG.
- Mann, Thomas/Ripke, Stefan: Überlegungen zur Existenz und Reichweite eines Gemeinschaftsgrundrechts der Versammlungsfreiheit, EuGRZ 2004, S. 125 ff.
- Marauhn, Thilo: Die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit zwischen menschenrechtlicher Gewährleistung und privatrechtlicher Ausgestaltung. Zur Bedeutung von Art. 11 EMRK für das kollektive Arbeitsrecht und das Gesellschaftsrecht, RabelsZ 1999, S. 538 ff.
- Das Grundrecht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit – Anmerkungen zur Normkategorie der sozialen Grundrechte, in: Matscher (Hrsg.), Erweitertes Grundrechtsverständnis, 2003, S. 247 ff.
- Martens, Wolfgang: Immissionsschutzrecht und Polizeirecht, DVBl. 1981, S. 597 ff.
- Martínez Soria, José: Die Kodizes für gute Verwaltungspraxis – ein Beitrag zur Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts der EG, EuR 2001, S. 682 ff.
- Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen, JZ 2002, S. 643 ff.
- Masing, Johannes: Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, VVDStRL 63 (2004), S. 377 ff.
- Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, S. 264 ff.
- Matscher, Franz (Hrsg.): Erweitertes Grundrechtsverständnis, internationale Rechtsprechung und nationale Entwicklungen – EGMR, EuGH, Österreich, Deutschland, Schweiz, Kehl u.a. 2003; zit.: Bearbeiter, in: Matscher (Hrsg.), Erweitertes Grundrechtsverständnis, 2003.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Grundgesetz. Kommentar, Stand: Dezember 2007, München; zit.: Bearbeiter, in: Maunz/Dürig, GG.
- Maus, Moritz: Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, Frankfurt a.M. 2007.
- Mayer, Franz C.: Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte durch das BVerfG: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, EuZW 2000, S. 685 ff.

- Mayer, Franz C./Wendel, Mattias/Lenski, Edgar: Der Vorrang des Europarechts in Frankreich. Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'Etat vom 8.2.2007 (Arcelor u.a.), EuR 2008, S. 63 ff.
- Medicus, Dieter: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35 ff.
- Meese, Jon M.: Das Petitionsrecht beim Europäischen Parlament und das Beschwerderecht beim Bürgerbeauftragten der Europäischen Union, Frankfurt a.M. 2000; zit.: Meese, Das Petitionsrecht, 2000.
- Mehrbrey, Kim L.: Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte: Untersuchung eines sogenannten marktwirtschaftlichen Umweltschutzzinstruments – dargestellt am Beispiel der Luftreinhaltung, Berlin 2003.
- Meltzian, Daniel: Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane, Berlin 2004.
- Merli, Franz: Medien und Demokratie, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Information, Medien und Demokratie, 1997, S. 31 ff.
- Merten, Detlef: Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, BayVBl. 1978, S. 554 ff.
- Merten, Jan O.: Folterverbot und Grundrechtsdogmatik – Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Menschenwürde, JR 2003, S. 404 ff.
- Meyer, Jürgen: Kultur- und Medienpolitik im Europäischen Grundrechte- und Verfassungskonvent, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer Europäischen Verfassung, 2005, S. 13 ff.
- (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden u.a. 2006; zit.: Bearbeiter, in: Meyer.
- Meyer, Jürgen/Engels, Markus: Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta?, ZRP 2000, S. 368 ff.
- Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine Einführung, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Opladen 2001, S. 7 ff.
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven: Die Europäische Verfassung des Europäischen Konvents, EuZW 2003, S. 613 ff.
- Meyer, Karlheinz: Grenzen der Unschuldvermutung, in: FS für Tröndle, Berlin 1989, S. 61 ff.
- Meyer-Ladewig, Jens: Right to Liberty and Security, in: De Salvia/Villiger (Hrsg.), The Birth of the European Human Rights Law, 1998, S. 127 ff.
- Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Baden-Baden 2006; zit.: Meyer-Ladewig, EMRK.
- Michels, Gabriele: Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, Frankfurt a.M. 1997.
- Middeke, Andreas: Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt: Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen umweltrelevanter Alleingänge im Verhältnis zum freien Warenverkehr, Köln u.a. 1994.
- Middendorff, Max T.: Amtshaftung und Gemeinschaftsrecht. Vertrauensschutz im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Staatshaftungsrecht, Köln u.a. 2001.
- Milczewski, Christine von: Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im europäischen Gemeinschaftsrecht, Frankfurt a.M. 1994.

- Mittelberger, Philipp: Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Straßburger Organe, Bern 2000.
- Die Rechtsprechung des ständigen Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Eigentumsschutz. Bilanz nach den ersten zwei Jahren (Nov. 1998 bis April 2001), EuGRZ 2001, S. 364 ff.
- Mohn, Astrid S.: Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht: Differenzierungen im europäischen Gemeinschaftsrecht und ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz, Kehl u.a. 1990.
- Möllers, Christoph: Durchführung des Gemeinschaftsrechts. Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen, EuR 2002, S. 483 ff.
- Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005.
- Molthagen, Julia: Das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Charta der Grundrechte der EU, Hamburg 2003.
- Moshnyagul, Natalya: Zum Eigentumsschutz im Sinne der EMRK im ukrainischen und russischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Modellen des Eigentumsschutzes, Frankfurt a.M. 2007.
- Mosler, Herrmann/Bernhardt, Rudolf/Hilf, Meinhard (Hrsg.): Grundrechtsschutz in Europa. Europäische Menschenrechts-Konvention und Europäische Gemeinschaften, Berlin u.a. 1977; zit.: Bearbeiter, in: Mosler/Bernhardt/Hilf (Hrsg.), Grundrechtsschutz in Europa, 1977.
- Mösl, Markus: Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Tübingen 2002.
- Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt. Kompetenzielle, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers, EuR 2002, S. 318 ff.
- Muckel, Stefan: Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung: Die verfassungsrechtlichen Garantien religiöser Freiheit unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen, Berlin 1997.
- Die Rechtsstellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, DÖV 2005, S. 191 ff.
- Mücl, Stefan: Religions- und Weltanschauungsfreiheit im Europarecht: Vorgetragen am 9.3.2001, Heidelberg 2002.
- Müggenborg, Hans-Jürgen/Duikers, Jan: Die Direktwirkung von Richtlinien der EU im Immissionsschutzrecht, NVwZ 2007, S. 623 ff.
- Müller-Michaels, Olaf: Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union. Das Eigentumsgrundrecht in der Rechtsordnung der EU, in der EMRK und in den Verfassungen Deutschlands, Italiens und Irlands, Berlin 1997.
- Müller-Terpitz, Ralf: Der Schutz des pränatalen Lebens: Eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter, Tübingen 2007.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip: Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., München 2000 ff.; zit.: Bearbeiter, in: v. Münch/Kunig, GGK.
- Murswiek, Dieter: Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht. Zu den überindividuellen Voraussetzungen der individuellen Freiheit, DVBl. 1994, S. 77 ff.
- Murswiek, Dietrich: Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin 1985.

- „Nachhaltigkeit“ – Probleme der rechtlichen Umsetzung eines umweltpolitischen Leitbildes, NuR 2002, S. 641 ff.

Musielak, Hans J. (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl., München 2008; zit.: Bearbeiter, in: Musielak, ZPO.

Nawiasky, Hans: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland: Systematische Darstellung und kritische Würdigung, Stuttgart/Köln 1950.

Nehl, Hanns P.: Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung: Eine Studie gemeinschaftsrechtlicher Verfahrensgrundsätze unter besonderer Berücksichtigung „mehrstufiger“ Verwaltungsverfahren, Berlin 2002.

Nettesheim, Martin: Grundrechtliche Prüflichte durch den EuGH, EuZW 1995, S. 106 ff.

- Das Kulturverfassungsrecht der Europäischen Union, JZ 2002, S. 157 ff.
- Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Eine verfassungstheoretische Kritik, Integration 25 (2002), S. 35 ff.
- Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen nach Art. 23 GG, NVwZ 2002, S. 932 ff.
- Effektive Rechtsschutzgewährleistung im arbeitsteiligen System europäischen Rechtsschutzes, JZ 2002, S. 928 ff.

Nicolai, Andrea: Neue Regeln für Massenentlassungen?, NZA 2005, S. 206 ff.

Nicolaysen, Gert: Der Streit zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, S. 495 ff.

- Europarecht I. Die europäische Integrationsverfassung, 2. Aufl., Baden-Baden 2002; zit.: Nicolaysen, Europarecht I.

Nolte, Georg: Werbefreiheit und Europäische Menschenrechtskonvention, RabelsZ 1999, S. 507 ff.

Notthoff, Martin: Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft – Herleitung, Gewährleistungsintensität und Einschränkungsmöglichkeiten europäischer Grundrechte am Beispiel der Berufsfreiheit, RIW 1995, S. 541 ff.

Nowak, Carsten: Konkurrentenschutz in der EG: Interdependenz des gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes von Konkurrenten, Baden-Baden 1997.

- Grundrechtlicher Drittschutz im EG-Beihilfenkontrollverfahren, DVBl. 2000, S. 20 ff.
- Zur grundfreiheitlichen Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt. Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 13.5.2003 – Rs. C-385/99, EuR 2003, S. 644 ff.

Nowak, Carsten/Schnitzler, Jörg: Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten – Genereller Rechtsprechungswechsel oder Sonderweg im Bereich der sozialen Sicherheit?, EuZW 2000, S. 627 ff.

Obwexer, Walter: Das Recht der Unionsbürger auf diplomatischen und konsularischen Schutz, ecolx 1996, S. 323 ff.

- EuGH: Sozialhilfe für Student aus anderem Mitgliedstaat, EuZW 2002, S. 56 ff.

Oetker, Hartmut/Maultzsch, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin u.a. 2007.

Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.): 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004.

Ohler, Christoph: Die Verhängung von smart sanctions durch den UN-Sicherheitsrat – eine Herausforderung für das Gemeinschaftsrecht, EuR 2006, S. 848 ff.

- Ohly, Ansgar: Harmonisierung des Persönlichkeitsrechts durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte? Rechtsvergleichende Anmerkung zum Urteil in der Sache von Hannover/Deutschland, GRUR Int. 2004, S. 902 ff.
- Oppermann, Thomas: Eine Verfassung für die Europäische Union. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents (2. Teil), DVBl. 2003, S. 1234 ff.
- Konzeption und Struktur des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – unter Berücksichtigung der Regierungskonferenz 2003, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 23 ff.
 - Die Berliner Erklärung vom 25.3.2007 – Instrument zur „Erneuerung der politischen Gestalt Europas“, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 609 ff.
 - Die Europäische Union von Lissabon, DVBl. 2008, S. 473 ff.
 - Europäische Verfassung – ein Unwort? Eine merkwürdige und aufschlussreiche Debatte, in: FS für Hirsch, München 2008, S. 149 ff.
- Orfanidis, Dimitrios: Eigentumsproblematik und Mitbestimmung hinsichtlich der Europäischen Verfassung, Frankfurt a.M. u.a. 2006.
- Orth, Erika E.: Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa? Eine rechtsdogmatische Einordnung des Art. 37 GRC, Frankfurt a.M. u.a. 2007.
- Ossenbühl, Fritz: Zur Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers für Altlasten, Baden-Baden 1995.
- Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998.
 - Verfassungsrechtliche Fragen eines Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), S. 1 ff.
- Ost, Emanuel: Europarecht vor dem Bundesverfassungsgericht. Verfahrensrechtliche Probleme der Befassung des Bundesverfassungsgerichts mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht, NVwZ 2001, S. 399 ff.
- Österreichische Juristenkommission (Hrsg.): Grundrechte in der Informationsgesellschaft, Wien 2001; zit.: Bearbeiter, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Grundrechte in der Informationsgesellschaft, 2001.
- Ottaviano, Marco: Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, Tübingen 2008.
- Ottersbach, Katrin: Rechtsmißbrauch bei den Grundfreiheiten des Europäischen Binnenmarktes, Baden-Baden 2001.
- Pabel, Katharina: Parteiverbote auf dem europäischen Prüfstand, ZaöRV 2003, S. 921 ff.
- Pache, Eckhard: Der Grundsatz des fairen gerichtlichen Verfahrens auf europäischer Ebene, EuGRZ 2000, S. 601 ff.
- Die Europäische Grundrechtscharta – ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?, EuR 2001, S. 475 ff.
- Pache, Eckhard/Rösch, Franziska: Der Vertrag von Lissabon, NVwZ 2008, S. 473 ff.
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 66. Aufl., München 2007; zit.: Bearbeiter, in: Palandt, BGB.
- Palme, Christoph E.: Nationale Umweltpolitik in der EG: Zur Rolle des Art. 100a IV im Rahmen einer Europäischen Umweltgemeinschaft, Berlin 1992.
- Palm-Risse, Martina: Völkerrechtlicher Schutz von Ehe und Familie, Baden-Baden 1990.
- Papier, Hans-Jürgen: Altlasten und polizeiliche Störerhaftung, DVBl. 1985, S. 873 ff.
- Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, Köln u.a. 1985.
 - Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, NVwZ 1986, S. 256 ff.

- Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte, EuGRZ 2006, S. 1 ff.
- Papp, Konstanze von: Die Integrationswirkung von Grundrechten in der Europäischen Gemeinschaft. Die Rolle der Gemeinschaftsgrundrechte bei der Verwirklichung der Grundfreiheiten und des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, Baden-Baden 2007.
- Partsch, Christoph J.: Die neue Transparenzverordnung (EG) Nr. 1049/2001, NJW 2001, S. 3154 ff.
- Pauly, Walter: Strukturfragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes. Zur konstitutionellen Bedeutung von Art. F Abs. 2 EUV, EuR 1998, S. 242 ff.
- Pechstein, Matthias: Das Kohärenzgebot als entscheidende Integrationsdimension der EU, EuR 1995, S. 247 ff.
- Pechstein, Matthias/Bunk, Artur: Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht, EuGRZ 1997, S. 547 ff.
- Peers, Steve (Hrsg.): Taking Rights away? Limitations and Derogations, in: Peers (Hrsg.), The European Union Charter of Fundamental Rights, 2004, S. 141 ff.
- The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford u.a. 2004; zit.: Bearbeiter, in: Peers (Hrsg.), The European Union Charter of Fundamental Rights, 2004.
- Peine, Franz-Joseph: Die Legalisierungswirkung, JZ 1990, S. 201 ff.
- Penski, Ulrich/Elsner, Bernd R.: Eigentumsgewährleistung und Berufsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrechte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, DÖV 2001, S. 265 ff.
- Pernice, Ingolf: Kompetenzordnung und Handlungsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umwelt- und Technikrechts, Die Verwaltung 1989, S. 1 ff.
- Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht – Gemeinschafts(verfassungs-)rechtliche Grundlagen, NVwZ 1990, S. 201 ff.
- Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, S. 2409 ff.
- Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, S. 847 ff.
- Peters, Anne: Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003.
- Pfeffer, Kristin: Das Recht auf eine gute Verwaltung. Art. II-101 der Grundrechtecharta des Vertrages über eine Verfassung für Europa, Baden-Baden 2006.
- Pfeiffer, Gerd (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl., München 2003; zit.: Bearbeiter, in: Karlsruher Kommentar, StPO.
- Philippi, Nina: Divergenzen im Grundrechtsschutz zwischen EuGH und EGMR, ZEuS 2000, S. 97 ff.
- Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Entstehung, Inhalt und Konsequenzen für den Grundrechtsschutz in Europa, Baden-Baden 2002.
- Pielow, Johann-Christian: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung: Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, Tübingen 2001.
- Pielow, Johann-Christian/Ehlers, Eckart: Rechtsfragen zum „Ownership Unbundling“, IR 2007, S. 259 ff.
- Pieroth, Bodo: Rückwirkung und Übergangsrecht: Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung, Berlin 1981.
- Pieroth, Bodo/Schmülling, Markus: Die Umsetzung der Richtlinie des Rates zum Kommunalwahlrecht der Unionsbürger in den deutschen Ländern, DVBl. 1998, S. 365 ff.

- Pießkalla, Michael: Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften, NZA 2007, S. 1144 ff.
- Die Kommissionsvorschläge zum „full ownership unbundling“ des Strom- und Gasversorgungssektors im Lichte der Eigentumsneutralität des EG-Vertrags (Art. 295 EG), EuZW 2008, S. 199 ff.
- Pietsch, Jörg: Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta: Dogmatik und Bewertung auf der Grundlage einer Prinzipientheorie der Rechte, Baden-Baden 2005.
- Pietzcker, Jost: Mitverantwortung des Staates, Verantwortung des Bürgers, JZ 1985, S. 209 ff.
- Die Schutznormlehre, Verständnisse und Missverständnisse, in: FS für Isensee, Heidelberg 2007, S. 577 ff.
- Pitschas, Rainer: Europäische Grundrechte-Charta und soziale Grundrechte, VSSR 2000, S. 207 ff.
- Portwood, Timothy G.: Competition Law and the Environment, London 1994.
- Poscher, Ralf: Die Würde des Menschen ist unantastbar, JZ 2004, S. 756 ff.
- Prepeluh, Urska: Die Entwicklung der Margin of Appreciation-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit, ZaöRV 2001, S. 771 ff.
- Preu, Peter: Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. Überlegungen aus Anlaß des Gentechnikanlagen-Beschlusses des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, JZ 1991, S. 265 ff.
- Prevedourou, Eugénie: Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im französischen Recht, eine unzutreffende Übertragung?, RED 1999, S. 1155 ff.
- Quaritsch, Helmut: Staatsangehörigkeit und Wahlrecht. Zum Problem des Ausländer-Wahlrechts, DÖV 1983, S. 1 ff.
- Quasdorf, Peter: Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, Frankfurt a.M. u.a. 2001.
- Rabe, Hans-Jürgen: Zur Metamorphose des Europäischen Verfassungsvertrags, NJW 2007, S. 3153 ff.
- Randelzhofer, Albrecht/Wilke, Dieter: Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns – dargestellt an einem Fall des Wasserrechts, Berlin 1981.
- Rau, Markus/Schorkopf, Frank: Der EuGH und die Menschenwürde, NJW 2002, S. 2448 ff.
- Rauschning, Dieter: Ein internationales Menschenrecht auf Schutz der Umwelt?, in: FS für Weber, Berlin 1974, S. 719 ff.
- Rebhahn, Robert: Das kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, NZA 2001, S. 763 ff.
- Abfindung statt Kündigungsschutz? – Rechtsvergleich und Regelungsmodelle, RdA 2002, S. 272 ff.
 - Überlegung zur Bedeutung der Charta der Grundrechte der EU für den Streik und für die kollektive Rechtsgestaltung, in: GS für Heinze, München 2005, S. 649 ff.
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz J./Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. ff., München 2000 ff.; zit.: Bearbeiter, in: Münchener Kommentar zum BGB.
- Rehbinder, Eckard: Übertragbare Emissionszertifikate aus juristischer Sicht, in: Endres/Rehbinder/Schwarze, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, 1994, S. 92 ff.
- Rehder, Stefan: Gott spielen: Im Supermarkt der Gentechnik, München 2007.

- Reich, Marilla: Ordnungsverfügungen im Rahmen der Bewältigung des Altlastenproblems, Münster 1990.
- Reichegger, Heidi: Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime, Frankfurt a.M. u.a. 2005.
- Reinhardt, Michael: Die Eingriffsbefugnisse der Wasserbehörden bei der Sanierung von Altlasten, Bonn 1989.
- Reininghaus, Eva: Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK: Eingriffe in das Recht auf Achtung des Eigentums und ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen, Berlin 2002.
- Rengeling, Hans-Werner: Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Rechtsschutz (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und deutscher Gerichte), in: GS für Sasse I, Baden-Baden 1981, S. 197 ff.
- Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und die Überprüfung der Gesetzgebung, DVBl. 1982, S. 140 ff.
 - (Hrsg.): Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik: Referate und Diskussionsberichte der Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. in Osnabrück vom 5.-7.2.1987, Köln u.a. 1988; zit.: Bearbeiter, in: Rengeling (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, 1988.
 - Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft: Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, München 1993.
 - (Hrsg.): Umweltschutz und andere Politiken der Europäischen Gemeinschaft. Erste Osnabrücker Gespräche zum deutschen und europäischen Umweltrecht, Köln u.a. 1993; zit.: Bearbeiter, in: Rengeling (Hrsg.), Umweltschutz und andere Politiken der Europäischen Gemeinschaft, 1993.
 - Brauchen wir die Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene? Zur Effektivierung des Individualrechtsschutzes gegen grundrechtsverletzende Gemeinschaftsnormen, in: FS für Everling, Baden-Baden 1995, S. 1187 ff.
 - (Hrsg.): Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht: Eine systematische Darstellung des europäischen Umweltrechts mit seinen Auswirkungen auf das deutsche Recht und mit rechtspolitischen Perspektiven, 2. Aufl., Köln u.a. 2003; zit.: Bearbeiter, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 2. Aufl. 2003.
 - Die wirtschaftsbezogenen Grundrechte in der Europäischen Sozialcharta, DVBl. 2004, S. 453 ff.
 - Die wirtschaftsbezogenen Grundrechte in der Grundrechtecharta, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 331 ff.
- Rengeling, Hans-Werner/Middeke, Andreas/Gellermann, Martin (Hrsg.): Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2003; zit.: Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003.
- Rengeling, Hans-Werner/Szczekalla, Peter: Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrecht und Allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln u.a. 2004; zit.: Rengeling/Szczekalla.
- Rennert, Klaus: Bestandskraft rechtswidriger Verwaltungsakte und Gemeinschaftsrecht, DVBl. 2007, S. 400 ff.

- Ress, Georg (Hrsg.): Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1980; zit.: Bearbeiter, in: Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980.
- Die Zulässigkeit von Kulturbeihilfen in der Europäischen Union, in: GS für Grabitz, München 1995, S. 595 ff.
 - Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, S. 350 ff.
 - Menschenrechte, europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht, in: FS für Winkler, Wien 1997, S. 897 ff.
 - Das Europäische Parlament als Gesetzgeber. Der Blickpunkt der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZEuS 1999, S. 219 ff.
- Ress, Georg/Ukrow, Jörg: Neue Aspekte des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft. Anmerkungen zum Hoechst-Urteil des EuGH, EuZW 1990, S. 499 ff.
- Rieckhoff, Henning: Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen 2007.
- Riegel, Reinhard: Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 222 EWGV, RIW 1979, S. 744 ff.
- Riemann, Frank: Die Transparenz der Europäischen Union. Das neue Recht auf Zugang zu Dokumenten von Parlament, Rat und Kommission, Berlin 2004.
- Riesenhuber, Karl: Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Berlin 2006.
- Rixen, Stephan: Lebensschutz am Lebensende: Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption, Berlin 1999.
- Robbers, Gerhard: Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden 1987.
- Religionsfreiheit in Europa, in: FS für Listl, Berlin 1999, S. 201 ff.
 - Staat und Religion, VVDStRL 59 (2000), S. 231 ff.
 - Religionsrechtliche Gehalte der Europäischen Grundrechtecharta, in: FS für Maurer, München 2001, S. 425 ff.
- Robert, Jacques/Duffar, Jean: Droits de l'homme et libertés fondamentales, 2. Aufl., Paris 1996.
- Röder, Sonja: Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, Baden-Baden 2007.
- Rossi, Matthias: Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 197 ff.
- Roßnagel, Alexander/Scheuer, Alexander: Das europäische Medienrecht, MMR 2005, S. 271 ff.
- Royla, Pascal/Lackhoff, Klaus: Die innerstaatliche Beachtlichkeit von EG-Richtlinien und das Gesetzmäßigkeitsprinzip, DVBl. 1998, S. 1116 ff.
- Ruffert, Matthias: Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte, EuGRZ 1995, S. 518 ff.
- Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Völker- und Europarecht. Bemerkungen zu Art. 8c EGV, AVR 35 (1997), S. 460 ff.
 - Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft – Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 2004, S. 165 ff.
- Rüfner, Wolfgang: Religion und Kirchen vor der Europäischen Verfassung, in: FS für Ress, Köln u.a. 2005, S. 757 ff.
- Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2007; zit.: Bearbeiter, in: Sachs, GG.

- Sacksofsky, Ute: Religion und Emanzipation – (k)ein Widerspruch?, in: Kadelbach/Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 2007, S. 111 ff.
- Sander, Florian: Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen?, DVBl. 2005, S. 1014 ff.
- Sasse, Christoph: Der Schutz der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften und seine Lücken, in: Mosler/Bernhardt/Hilf (Hrsg.), Grundrechtsschutz in Europa, 1977, S. 51 ff.
- Sattler, Andreas: Allgemeiner Gleichheitssatz und spezielle Gleichheitssätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: FS für Rauschning, Köln u.a. 2001, S. 251 ff.
- Schaller, Werner: Die EU-Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten der Gemeinschaftsgrundrechte, Baden-Baden 2003.
- Das Verhältnis von EMRK und deutscher Rechtsordnung vor und nach dem Beitritt der EU zur EMRK, EuR 2006, S. 656 ff.
- Schaller, Werner: Verkaufsmodalitäten und Gemeinschaftsgrundrechte. Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 25.3.2004 – Rs. C-71/02, JZ 2005, S. 193 ff.
- Scharnhoo, Hermann: Zur Revision des § 18 Atomgesetz. Eine Bestandsaufnahme zum Problem der nachträglichen Belastung begünstigender Verwaltungsakte im industriellen Sicherheitsrecht, DVBl. 1975, S. 157 ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger: Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG, NJW 2006, S. 736 ff.
- Scherzberg, Arno: „Objektiver“ Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht – Überlegungen zu Neukonzeption des grundrechtlichen Abwehrrechts, DVBl. 1989, S. 1128 ff.
- Die Öffentlichkeit der Verwaltung, Baden-Baden 2000.
- Scheuing, Dieter H.: Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, EuR 1989, S. 152 ff.
- Europäisierung des Verwaltungsrechts. Zum mitgliedstaatlichen Verwaltungsvollzug des EG-Rechts am Beispiel der Rückforderung gemeinschaftswidriger Beihilfen, Die Verwaltung 2001, S. 107 ff.
 - Regulierung und Marktfreiheit im Europäischen Umweltrecht, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 2002, S. 53 ff.
 - Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744 ff.
 - Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, S. 162 ff.
- Scheyli, Martin: Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Informationsgehalten als Bemessungsgrundlage der „margin of appreciation“ im Rahmen von Art. 10 EMRK. Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 5.11.2002 im Fall Demuth vs. Schweiz, EuGRZ 2003, S. 455 ff.
- Schickhardt, Bernhard: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789-91 in den Debatten der Nationalversammlung, Berlin 1931.
- Schildknecht, Urs: Grundrechtsschranken in der Europäischen Gemeinschaft: Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, Frankfurt a.M. u.a. 2000.
- Schilling, Theodor: Der EuGH, das Eigentum und das deutsche Recht. Anmerkungen zum materiellen Teil des Urteils des EuGH vom 21.2.1991 in den verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, EuZW 1991, S. 310 ff.
- Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, S. 8 ff.
 - Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 2000, S. 3 ff.

- Schindler, Dierk: Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten: Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre, Berlin 2001.
- Schink, Alexander: Grenzen der Störerhaftung bei der Sanierung von Altlasten, *VerwArch.* 1991, S. 357 ff.
- Schlette, Volker: Der Anspruch auf Rechtsschutz innerhalb angemessener Frist – Ein neues Prozeßgrundrecht auf EG-Ebene. Zum Urteil des EuGH vom 17.12.1998, *Baustahlge- webe GmbH/Kommission*, *EuGRZ* 1999, S. 369 ff.
- Schlink, Bernhard: Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grund- rechtsfunktion, *EuGRZ* 1984, S. 457 ff.
- Schlockermann, Michael: Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH, München 1984.
- Schmahl, Stefanie: Die Vergemeinschaftung der Asyl- und Flüchtlingspolitik, *ZAR* 2001, S. 3 ff.
- Effektiver Rechtsschutz gegen targeted sanctions des UN-Sicherheitsrats?, *EuR* 2006, S. 566 ff.
 - Der Europäische Haftbefehl vor dem EuGH: Des Rechtsstreits letzter Teil?, *DVBl.* 2007, S. 1463 ff.
 - Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht, *EuR* 2008, Beiheft 1, S. 7 ff.
- Schmalenbach, Kirsten: Normentheorie vs. Terrorismus: Der Vorrang des UN-Rechts vor EU-Recht, *JZ* 2006, S. 349 ff.
- Schmidt am Busch, Birgit: Die neuen Bestimmungen zur Gleichstellung von Frauen und Männern im EG-Vertrag, *BayVBl.* 2000, S. 737 ff.
- Schmidt, Karsten: *Handelsrecht*, 5. Aufl., Köln u.a. 1999.
- Schmidt, Laura V.: Der Schutz der Menschenwürde als „Fundament“ der EU-Grund- rechtscharta unter besonderer Berücksichtigung der Rechte auf Leben und Unversehr- heit, *ZEuS* 2002, S. 631 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *EuR* 1996, S. 270 ff.
- Schmidt-Preuß, Matthias: Atomausstieg und Eigentum, *NJW* 2000, S. 1524 ff.
- Der Wandel der Energiewirtschaft vor dem Hintergrund der europäischen Eigentums- ordnung, *EuR* 2006, S. 463 ff.
- Schmittmann, Georg J.: Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, Köln u.a. 2007.
- Schmittmann, Michael/Luedtke, Astrid: Die Medienfreiheit in der europäischen Grundrech- techarta, *AfP* 2000, S. 533 ff.
- Schmitz, Thomas: Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grund- rechtstheoretischer Sicht, *JZ* 2001, S. 833 ff.
- Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung der Europäischen Union, *EuR* 2004, S. 691 ff.
- Schneider, Hartmut: Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Ver- trag, Baden-Baden 1998.
- Schneider, Siegbert: Altlastensanierung zwischen Verursacher- und Gemeinlastprinzip, Köln 1989.
- Schöbener, Burkhard: Die unternehmerische Freiheit in der Europäischen Grundrechtechar- ta: Ein Wirtschaftsgrundrecht zwischen Formelkompromiss und Gewährleistungseffi- zienz, in: *GS für Tettinger*, Köln 2007, S. 159 ff.

- Schoch, Friedrich: Informationsfreiheitsgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Die Verwaltung 2002, S. 149 ff.
- Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer: Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar, Stand: September 2007, München; zit.: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO.
- Schohe, Gerrit: Das Urteil Bosphorus: Zum Unbehagen gegenüber dem Grundrechtsschutz durch die Gemeinschaft, EuZW 2006, S. 33 ff.
- Scholz, Rupert: Zur Europäischen Grundrechtecharta, in: FS für Maurer, München 2001, S. 993 ff.
- Schönberger, Christoph: Unionsbürger: Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, Tübingen 2005.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl., München 2006; zit.: Bearbeiter, in: Schönke/Schröder, StGB.
- Schrader, Christian: Altlastensanierung nach dem Verursacherprinzip? Rechtsfragen der Kostenübernahme vor dem Hintergrund der Legalisierungswirkung von Genehmigungen, Berlin 1988.
- Schrappner, Ludger: Die Richtlinie 94/80/EG zum aktiven und passiven Kommunalwahlrecht für Unionsbürger. Entstehung, Regelungsgehalt, Umsetzungsfragen, DVBl. 1995, S. 1167 ff.
- Schreiber, Wolfgang: Die Wahl zum Europäischen Parlament in der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 2004, S. 21 ff.
- Schröder, Meinhard: Die Berücksichtigung des Umweltschutzes in der gemeinsamen Agrarpolitik der Europäischen Union, NuR 1995, S. 117 ff.
- Wirkungen der Grundrechtecharta in der europäischen Rechtsordnung, JZ 2002, S. 849 ff.
 - Die Wirkkraft der Unionsgrundrechte bei Sachverhalten mit internationalem Bezug, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 619 ff.
- Schroeder, Werner: Die Sicherung eines hohen Schutzniveaus für Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz im europäischen Binnenmarkt, DVBl. 2002, S. 213 ff.
- Schubert, Inti: Europol und der virtuelle Verdacht. Die Suspendierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Frankfurt a.M. u.a. 2008.
- Schubert, Thure: Der gemeinsame Markt als Rechtsbegriff – Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrages, München 1999.
- Schuhr, Jan C.: Brechmitteleinsatz als unmenschliche und erniedrigende Behandlung, NJW 2006, S. 3538 ff.
- Schulte, Bernd: Nochmals: „Wird es einen europäischen Sozialstaat geben?“, ZIAS 2003, S. 391 ff.
- Schulz, Guido: Freizügigkeit für Unionsbürger, Frankfurt a.M. u.a. 1997.
- Schulz, Stephan: Ehe und Familie in Europa, ZRP 2001, S. 477 ff.
- Schulz, Wolfgang: Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZW 2008, S. 107 ff.
- Schunda, Regine: Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, Frankfurt a.M. u.a. 2003.
- Schwarz, Kyrill-Alexander: Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip: Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen, Baden-Baden 2002.
- Schwarze, Jürgen: Der Beitrag des Europarates zur Entwicklung von Rechtsschutz und Verfahrensgarantien im Verwaltungsrecht, EuGRZ 1993, S. 377 ff.

- Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, DVBl. 1999, S. 1677 ff.
 - (Hrsg.): EU-Kommentar, Baden-Baden 2000; zit.: Bearbeiter, in: Schwarze.
 - Medienfreiheit und Medienvielfalt im Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZUM 2000, S. 779 ff.
 - Medienfreiheit und Medienvielfalt im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Schwarze/Hesse (Hrsg.), Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter, 2000, S. 87 ff.
 - Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Union, EuZW 2001, S. 517 ff.
 - Die Medien in der europäischen Verfassungsreform, AfP 2003, S. 209 ff.
 - Ein pragmatischer Verfassungsentwurf – Analyse und Bewertung des vom Europäischen Verfassungskonvent vorgelegten Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa, EuR 2003, S. 535 ff.
 - Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungsanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, S. 261 ff.
 - (Hrsg.): Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents: Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, Baden-Baden 2004; zit.: Bearbeiter, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004.
 - Der Europäische Verfassungsvertrag, JZ 2005, S. 1130 ff.
 - Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 2005.
 - Europäisches Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2007.
 - Dimensionen des Rechtsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: FS für Rengeling, Köln u.a. 2008, S. 633 ff.
- Schwarze, Jürgen/Hesse, Albrecht (Hrsg.): Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter. Die Sicherung von Medienfreiheit und Medienvielfalt im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2000.
- Schwintowski, Hans-Peter: Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, JZ 2002, S. 205 ff.
- Seibert, Max-Jürgen: Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, Baden-Baden 1989.
- Altlasten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, DVBl. 1992, S. 664 ff.
- Seidel, Gerd: Handbuch der Grund- und Menschenrechte auf staatlicher, europäischer und universeller Ebene: Eine vergleichende Darstellung der Grund- und Menschenrechte des deutschen Grundgesetzes, der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte von 1966 sowie der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts und der zuständigen Vertragsorgane, Baden-Baden 1996.
- Seidel, Martin: Pro futuro: Kraft Gemeinschaftsrechts Vorrang des höheren einzelstaatlichen Grundrechtsschutzes?, EuZW 2003, S. 97 ff.
- Selmer, Peter: Der Begriff der Verursachung im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1992, S. 97 ff.
- Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH: Zum „Kooperationsverhältnis“ zwischen BVerfG und EuGH am Beispiel des Rechtsschutzes gegen die Bananenmarkt-Verordnung, Baden-Baden 1998.
 - Die Medien- und Informationsfreiheit in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, EuR 2002, Beiheft 3, S. 29 ff.

- Siemen, Birte: Grundrechtsschutz durch Richtlinien. Die Fälle Österreichischer Rundfunk u.a. und Lindqvist. Anmerkung zu: EuGH, Urt. vom 20.5.2003 – verb. Rs. C-465/00, 138/01, 139/01, EuR 2004, S. 306 ff.
- Sigeman, Tore: Die Rolle des Arbeitsrechts in der Europäischen Einigung, RdA 2003, S. 18 ff.
- Simson, Werner von/Schwarze, Jürgen: Europäische Integration und Grundgesetz. Maastricht und die Folgen für das deutsche Verfassungsrecht, Berlin/New York 1992.
- Skouris, Vassilios: Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, S. 89 ff.
- Sodan, Helge: EU-Osterweiterung und soziale Sicherungssysteme, JZ 2002, S. 53 ff.
- Stadler, Rupert: Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, München 1980.
- Staeglich, Simone: Rechte und Pflichten aus der Unionsbürgerschaft, ZEuS 2003, S. 485 ff.
- Stampe, Michèle: Das Verbot der indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts: Konzept, Tatbestand, verfassungsrechtliche Zuordnung unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen und europäischen Rechtsentwicklung, Zürich 2001.
- Starck, Christian: Ein Grundrechtskatalog für die Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1981, S. 545 ff.
- Ist die finanzielle Förderung der Forschung an embryonalen Stammzellen durch die Europäische Gemeinschaft rechtlich zulässig?, EuR 2006, S. 1 ff.
- Stein, Torsten (Hrsg.): Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, Baden-Baden 1996; zit.: Bearbeiter, in: Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996.
- Die Regelung des diplomatischen Schutzes im Vertrag über die Europäische Union, in: Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996, S. 97 ff.
 - Gut gemeint. Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: FS für Steinberger, Berlin u.a. 2002, S. 1425 ff.
 - Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 12.12.2006 – Rs. C-380/03 – (Gescheiterte Klage Deutschlands gegen Tabakwerberichtlinie), EuZW 2007, S. 54 ff.
- Steinbarth, Sebastian: Individualschutz gegen Maßnahmen der EG zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, ZEuS 2006, S. 269 ff.
- Steinberg, Rudolf: Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, S. 1985 ff.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz J./Sachs, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 6. Aufl., München 2001; zit.: Bearbeiter, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG.
- Stender-Vorwachs, Jutta/Theißen, Natalia: Die Revision der Fernsehrichtlinie. Ist die Revision eine Reform?, ZUM 2006, S. 362 ff.
- Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl. f., München 1980 ff.; zit.: Stern, Staatsrecht.
- Der allgemeine Privatsphärenschutz durch das Grundgesetz und seine Parallelen im internationalen und europäischen Recht, in: FS für Ress, Köln u.a. 2005, S. 1259 ff.
- Stern, Klaus/Prütting, Hanns (Hrsg.): Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer europäischen Verfassung, München 2005; zit.: Bearbeiter, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer europäischen Verfassung, 2005.
- Stern, Klaus/Tetinger, Peter J. (Hrsg.): Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, Berlin 2005; zit.: Bearbeiter, in: Stern/Tetinger (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, 2005.

- (Hrsg.): Europäische Verfassung im Werden, Berlin 2006; zit.: Bearbeiter, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006.
- Stieglitz, Edgar: Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH: Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte, Baden-Baden 2002.
- Stock, Martin: Medienfreiheit in der EU nur „geachtet“ (Art. 11 Grundrechtecharta). Ein Plädoyer für Nachbesserungen im Verfassungskonvent, EuR 2002, S. 566 ff.
- Stöcker, Hans A.: Der Binnen- und der Außenaspekt der Volkssouveränität, Der Staat 30 (1991), S. 259 ff.
- Storm, Peter-Christian: Nachhaltiges Deutschland: Wege zu einer dauerhaft nachhaltigen Entwicklung, 2. Aufl., Berlin 1998.
- Storost, Christian: Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, Berlin 2005.
- Storr, Stefan: Die Vorschläge der EU-Kommission zur Verschärfung der Unbundling-Vorschriften im Energiesektor, EuZW 2007, S. 232 ff.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.): Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht: Die Überprüfung grundrechtsbeschränkender deutscher Begründungs- und Vollzugsakte von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1989.
- EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003; zit.: Bearbeiter, in: Streinz.
- Anmerkung zum Urteil des EuGH, Rs. C-66/04 – Großbritannien und Nordirland/Parlament und Rat, JuS 2006, S. 446 ff.
- Europarecht, 3. Aufl., Heidelberg 2008.
- Streinz, Rudolf/Ohler, Christoph/Herrmann, Christoph: Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU. Einführung mit Synopse, 2. Aufl., München 2008.
- Strempel, Rüdiger: Ombudsmann für Europa – Zu Institution und Funktion des europäischen Bürgerbeauftragten, DÖV 1996, S. 241 ff.
- Striwe, Peter: Rechtsprobleme der Altlastenbeseitigung, ZfW 1986, S. 273 ff.
- Stroetmann, Clemens: Einführung: „Umweltschutz und andere Politiken der Europäischen Gemeinschaften“, in: Rengeling (Hrsg.), Umweltschutz und andere Politiken der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 1 ff.
- Strunz, Manuel: Strukturen des Grundrechtsschutzes der Europäischen Union in ihrer Entwicklung, Baden-Baden 2006.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich: Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin/New York 1997.
- Stürmer, Rolf: „Fair Trial“ und öffentliche Meinung. Zugleich eine Besprechung der Sunday-Times-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, JZ 1980, S. 1 ff.
- Suerbaum, Joachim: Die Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 2003, S. 390 ff.
- Suhr, Dieter: Entfaltung der Menschen durch die Menschen: Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Übungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin 1976.
- Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? Kritik der Freiheitsdogmatik am Beispiel des Passivraucherproblems, JZ 1980, S. 166 ff.
- Svare, Carl G.: Vorträge über Recht und Staat, Köln/Opladen 1960.
- Sydow, Gernot: Parlamentssuprematie und Rule of Law, Tübingen 2005.
- Informationsgesetzbuch häppchenweise, NVwZ 2008, S. 481 ff.

- Szczekalla, Peter: Grundfreiheitsliche Schutzpflichten – eine „neue“ Funktion der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts. Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 9.12.1997 – Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), DVBl. 1998, S. 219 ff.
- Die Pflicht der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zum diplomatischen und konsularischen Schutz, EuR 1999, S. 325 ff.
 - Grundrechte für Europa – Die Europäische Union nach Nizza, DVBl. 2001, S. 345 ff.
 - Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Berlin 2002.
 - Freiheit im Europäischen Verfassungsverbund – Allgemeine Rechtsgrundsätze zwischen Instrumentalisierung und Auflösung, DVBl. 2005, S. 286 ff.
- Tettinger, Peter J.: Zur Grundrechtsberechtigung von Energieversorgungsunternehmen, in: FS für Börner, Köln u.a. 1992, S. 625 ff.
- Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, S. 1010 ff.
- Tettinger, Peter J./Geerlings, Jörg: Der Schutz von Ehe und Familie in Europa nach der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, 2005, S. 125 ff.
- Ehe und Familie in der europäischen Grundrechtsordnung, EuR 2005, S. 419 ff.
- Tettinger, Peter J./Stern, Klaus (Hrsg.): Europäische Grundrechte-Charta, Kölner Gemeinschaftskommentar, München 2006; zit.: Bearbeiter, in: Tettinger/Stern.
- Thiel, Michael: Europa 1992 – Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht, JuS 1991, S. 274 ff.
- Thiele, Carmen: Einwanderung im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Familienzusammenführung und Daueraufenthalt von Drittstaatsangehörigen, EuR 2007, S. 419 ff.
- Tinnefeld, Marie-Theres: Medienfreiheit im Spannungsdreieck Datenschutz, Zensur, Manipulation, MMR 5 (2004), S. XXVII ff.
- Tödtmann, Ulrich: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses – Ein Überblick über die Rechtslage in Deutschland, anderen europäischen Ländern und den USA, NZA 2003, S. 1187 ff.
- Tomuschat, Christian: Freedom of Association, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, 1993, S. 493 ff.
- Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, EuGRZ 2007, S. 1 ff.
- Trechsel, Stefan: Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Straßburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, S. 514 ff.
- Triantafyllou, Dimitris: Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt: Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, Baden-Baden 1996.
- The European Charter of Fundamental Rights and the „Rule of Law“: Restricting Fundamental Rights by Reference, CMLR 2002, S. 53 ff.
- Tuengerthal, Hansjürgen: Zur Umsetzung von EG-Richtlinien und staatengerichteten EG-Entscheidungen in deutsches Recht und Überprüfung der Umsetzung der Fleischhygienegebührenrechtsakte der EG, Frankfurt a.M. u.a. 2003.
- Uerpmann-Witzack, Robert: Doppelter Grundrechtsschutz für die zukünftige Europäische Union, DÖV 2005, S. 152 ff.
- Unfried, Eva: Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK: Ein Vergleich mit der Strafprozessordnung im Hinblick auf die Auswirkungen der Konventionsrechte auf die deutsche Strafrechtsprechung, Berlin 2006.

- Unruh, Peter: Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996.
- Uwer, Dirk: Medienkonzentration und Pluralismussicherung im Lichte des europäischen Menschenrechts der Pressefreiheit, Baden-Baden 1998.
- Vedder, Christoph: Ein neuer gesetzlicher Richter? Zum Beschluß des BVerfG vom 22.10.1986, NJW 1987, S. 526 ff.
- Villiger, Mark E.: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK): Unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich 1999.
- Vitzthum, Wolfgang Graf: Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S. 201 ff.
- Petitionsrecht und Volksvertretung, Rheinbreitbach 1985.
 - Gentechnologie und Menschenwürdeargument, ZRP 1987, S. 33 ff.
 - (Hrsg.): Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 2004; zit.: Bearbeiter, in: Vitzthum, Völkerrecht.
- Vogel, Joachim: Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, S. 801 ff.
- Vögler, Michael: Rückforderung vertraglich gewährter Subventionen ohne Rechtsgrundlage? Zum Warnow-Werft-Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 7.11.2005, NVwZ 2007, S. 294 ff.
- Vogler, Theo: Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), in: FS für Klein-knecht, München 1985, S. 429 ff.
- Vogt, Matthias: Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2005.
- Völker, Stefan: Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 1990.
- Vöneky, Silja/Peters, Niels: Der rechtliche Status des menschlichen extrakorporalen Embryos: Das Recht der Europäischen Union, EuR 2006, S. 340 ff.
- Vorwerk, Axel: Die umweltpolitischen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten nach Inkrafttreten der EEA, München 1990.
- Voßkuhle, Andreas: Rechtsschutz gegen den Richter: Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993.
- Wachinger, Friedrich W.: Das Versammlungsrecht nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, Saarbrücken 1975.
- Wägenbaur, Bertrand: Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen, EuZW 2001, S. 680 ff.
- Wagner, Hellmut: Gibt es ein Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im europäischen Gemeinschaftsrecht?, DÖV 1999, S. 129 ff.
- Wahl, Rainer/Masing, Johannes: Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff.
- Waldhoff, Christian: Kirchliche Selbstbestimmung und Europarecht, JZ 2003, S. 978 ff.
- Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht – Einwirkungen des Völker- und Europarechts, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007, S. 251 ff.
- Walter, Christian: Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte internationaler Organisationen. Überlegungen zur Präzisierung und Fortentwicklung der Dogmatik des Maastricht-Urteils des Bundesverfassungsgerichts, AöR 129 (2004), S. 39 ff.

- Wasmeier, Martin: Umweltabgaben und Europarecht. Schranken des staatlichen Handlungsspielraumes bei der Erhebung öffentlicher Abgaben im Interesse des Umweltschutzes, München 1995.
- Wassermann, Rudolf: Ist die Justiz auf dem rechten Auge blind?, NJW 1994, S. 833 ff.
- Weber, Albrecht: Die Grundrechte im europäischen Beamtenrecht, ZBR 1978, S. 326 ff.
- Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik, Köln u.a. 1987.
 - Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, S. 537 ff.
 - Einheit und Vielfalt der europäischen Grundrechtsordnung(en) – Zur Inkorporation der Grundrechtscharta in einen europäischen Verfassungsentwurf, DVBl. 2003, S. 220 ff.
 - Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, S. 7 ff.
- Weber, Hermann: Die Religionsfreiheit im nationalen und internationalen Verständnis, ZevKR 2000, S. 109 ff.
- Die individuelle und kollektive Religionsfreiheit im europäischen Recht einschließlich ihres Rechtsschutzes, ZevKR 2002, S. 265 ff.
- Weber, Stefan: Anrechnung von mittelbaren Enteignungsvorteilen – Zur Entschädigungspflicht des Art. 1 Abs. 1 des 1. ZP EMRK, in: Bröhmer (Hrsg.), Der Grundrechtsschutz in Europa, 2002, S. 109 ff.
- Weber-Dürler, Beatrice: Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, Basel u.a. 1983.
- Weidemann, Clemens: Emissionserlaubnis zwischen Markt und Plan. Rechtsstaatsrelevante Probleme des Emissionshandels, DVBl. 2004, S. 727 ff.
- Solange II hoch 3? Inzidentkontrolle innerstaatlicher Normen, NVwZ 2006, S. 623 ff.
- Weiss, Manfred: Grundrechte-Charta der EU auf für Arbeitnehmer?, AuR 2001, S. 374 ff.
- Arbeitnehmermitwirkung in Europa, NZA 2003, S. 177 ff.
- Weiß, Regina: Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1996.
- Weiß, Wolfgang: Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, S. 165 ff.
- Wernsmann, Rainer: Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, S. 224 ff.
- Westphal, Dietrich: Die neue EG-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung – Privatsphäre und Unternehmerfreiheit unter Sicherheitsdruck, EuZW 2006, S. 555 ff.
- Wetter, Irmgard: Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes: Die Konkretisierung der gemeinschaftlichen Grundrechte durch die Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Frankfurt a.M. u.a. 1998.
- Wewers, Johannes: Das Zugangsrecht zu Dokumenten in der europäischen Rechtsordnung. Die Entwicklung eines Rechts auf Transparenz zugunsten des Unionsbürgers und seine Einordnung in die Strukturprinzipien des Gemeinschaftsrechts, Frankfurt a.M. 2003.
- Whittle, Richard: The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: an Analysis from a Disability Rights Perspective, ELR 2002, S. 303 ff.
- Wickel, Martin: Bestandsschutz im Umweltrecht. Entwicklung einer einheitlichen Bestandsschutzkonzeption für genehmigte Anlagen, Baden-Baden 1996.
- Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor: Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, S. 1234 ff.
- Wiederin, Ewald: Privatsphäre und Überwachungsstaat: Sicherheitspolizeiliche und nachrichtendienstliche Datenermittlungen im Lichte des Art. 8 EMRK und der Art. 9-10a StGG, Wien 2003.

- Wiegand, Bodo: Bestmöglicher Umweltschutz als Aufgabe der Europäischen Gemeinschaften. Zur Bedeutung des Gemeinschaftszieles Umweltschutz für die Europäische Integration, DVBl. 1993, S. 533 ff.
- Wiesner, Peter M.: Ist das Europäische Zivilgesetzbuch noch zu stoppen?, DB 2005, S. 871 ff.
- Wiethoff, Jan H.: Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR: Unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Verfassungsentwicklung der Europäischen Union, Baden-Baden 2008.
- Wildhaber, Luzius: Soziale Grundrechte, in: GS für Imboden, Berlin/New York 1972, S. 371 ff.
- Politische Parteien, Demokratie und Art. 11 EMRK, in: FS für Schefold, Baden-Baden 2001, S. 257 ff.
- Winkler, Roland: Die Grundrechte der Europäischen Union: System und allgemeine Grundrechtslehren, Wien/New York 2006.
- Winkler, Sebastian: Der EGMR zum innerstaatlich und gemeinschaftsrechtlich (RL 65/65/EWG) definierten Arzneimittelbegriff beim Apothekenmonopol. Ein Paradigmenwechsel in Straßburg. Anmerkung zum Urteil Cantoni gegen Frankreich, EuGRZ 1999, S. 181 ff.
- Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2000.
 - Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Europäische Parlament und der Schutz der Konventionsgrundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Anmerkung zum EGMR-Urteil im Fall Matthews/Vereinigtes Königreich, EuGRZ 2001, S. 18 ff.
- Wipfelder, Hans-Jürgen: Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte, ZRP 1986, S. 140 ff.
- Wittinger, Michaela: Anonyme Geburt, endlich Klarheit? – Anmerkung zu EGMR, Urt. vom 13.2.2003 – 42326/98, NJW 2003, S. 2138 ff.
- Wittreck, Fabian: Menschenwürde und Folterverbot. Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG, DÖV 2003, S. 873 ff.
- Wolf, Sebastian: Das Demokratiedefizit der Europäischen Union aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZEuS 2003, S. 379 ff.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfred: Verwaltungsrecht, Bd. 1, 12. Aufl., München 2007; zit.: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht 1.
- Wölker, Ulrich: Rechtsschutz Privater gegenüber dem europäischen Gesetzgeber, DÖV 2003, S. 570 ff.
- Wollenschläger, Ferdinand: Urteilsanmerkung zu EuGH, Rs. C-456/02 (EuZW 2005, 307 ff.) – Trojani, EuZW 2005, S. 309 ff.
- Grundfreiheit ohne Markt: Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, Tübingen 2007.
- World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Oxford u.a. 1987.
- Wuermeling, Joachim: Die Tragische: Zum weiteren Schicksal der EU-Verfassung, ZRP 2005, S. 149 ff.
- Wunderlich, Nina: Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Der Schutz der Wirtschaftsteilnehmer gegenüber Eingriffen der Gemeinschaft in ihre berufliche Freiheit, Baden-Baden 2000.

- Zachert, Ulrich: Auf dem Weg zu europäischen Arbeitnehmergrundrechten, NZA 2000, S. 621 ff.
- Die Arbeitnehmergrundrechte in einer Europäischen Grundrechtecharta, NZA 2001, S. 1041 ff.
- Ziehm, Hanno: Die Störerverantwortlichkeit für Boden- und Wasserverunreinigungen: Ein Beitrag zur Haftung für sogenannte Altlasten, Berlin 1992.
- Ziekow, Jan: Die Freizügigkeit des Unionsbürgers, in: Dörr (Hrsg.), Ein Rechtslehrer in Berlin, 2004, S. 101 ff.
- Zimmerling, Jürgen/Beplat, Heiko J.: Gehören soziale Grundrechte in die Grundrechtscharta der Europäischen Union?, DVP 2001, S. 3 ff.
- Zimmermann, Andreas: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zwischen Gemeinschaftsrecht, Grundgesetz und EMRK: Entstehung, normative Bedeutung und Wirkung der EU-Grundrechtscharta im gesamteuropäischen Verfassungsraum, Baden-Baden 2002.
- Zuleeg, Manfred: Vorbehaltene Kompetenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umweltschutzes, NVwZ 1987, S. 280 ff.
- Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen des Binnenmarktes Europa aus Gemeinschafts-sicht, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1990, S. 13 ff.
 - Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 1992, S. 329 ff.
 - Umweltschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1993, S. 31 ff.
 - Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte. Funktionen einer EU-Charta der Grundrechte, EuGRZ 2000, S. 511 ff.
 - Kommunalwahlrecht für Unionsbürger, in: FS für Schefold, Baden-Baden 2001, S. 117 ff.

Rechtsprechungsverzeichnis von EuGH und EuG

EuGH, Rs. 7/56 u.a., Slg. 1957, 87 – Algera

EuGH, Rs. 1 u. 14/57, Slg. 1957, 213 – Société des usines à tubes de la Sarre

EuGH, Rs. 8/57, Slg. 1958, 231 – Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges

EuGH, Rs. 1/58, Slg. 1959, 43 – Stork

EuGH, Rs. 18/57, Slg. 1959, 89 – I. Nold KG

EuGH, Rs. 36 u.a./59, Slg. 1960, 885 – Ruhrkohlenverkaufsgesellschaft

EuGH, Rs. 42 u. 49/59, Slg. 1961, 111 – SNUPAT

EuGH, Rs. 15/60, Slg. 1961, 241 – Simon

EuGH, Rs. 14/61, Slg. 1962, 511 – Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken

EuGH, Rs. 16/61, Slg. 1962, 581 – Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena

EuGH, Rs. 17 u. 20/61, Slg. 1962, 659 – Klöckner-Werke

EuGH, Rs. 19/61, Slg. 1962, 717 – Mannesmann

EuGH, Rs. 16 u. 17/62, Slg. 1962, 963 – Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes

EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 – Van Gend & Loos

EuGH, Rs. 25/62, Slg. 1963, 213 – Plaumann

EuGH, Rs. 100/63, Slg. 1964, 1213 – van der Veen

EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 – Costa/ENEL

EuGH, Rs. 40/64, Slg. 1965, 295 – Sgarlata u.a.

EuGH, Rs. 111/63, Slg. 1965, 893 – Lemmerz-Werke

EuGH, Rs. 18 u. 35/65, Slg. 1966, 178 – Gutmann

EuGH, Rs. 57/65, Slg. 1966, 257 – Lütticke

EuGH, Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 – Consten Grundig

EuGH, Rs. 54/65, Slg. 1966, 529 – Châtillon

EuGH, Rs. 4/66, Slg. 1966, 637 – Hagenbeek

EuGH, Rs. 5/66 u.a., Slg. 1967, 331 – Kampffmeyer u.a.

EuGH, Rs. 17/67, Slg. 1967, 591 – Firma Max Neumann

EuGH, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1 – Walt Wilhelm

EuGH, Rs. 9/69, Slg. 1969, 329 – Sayag

EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419 – Stauder

EuGH, Rs. 6 u. 11/69, Slg. 1969, 523 – Kommission/Frankreich

EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 – Internationale Handelsgesellschaft

EuGH, Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161 – Köster

EuGH, Rs. 48/70, Slg. 1971, 175 – Bernardi

EuGH, Rs. 55/70, Slg. 1971, 379 – Reinarz

EuGH, Rs. 5/71, Slg. 1971, 975 – Schöppenstedt

EuGH, Rs. 9 u. 11/71, Slg. 1972, 391 – Cie d’approvisionnement

EuGH, Rs. 1/72, Slg. 1972, 457 – Frilli

EuGH, Rs. 21-24/72, Slg. 1972, 1219 – International Fruit Company

EuGH, Rs. 39/72, Slg. 1973, 101 – Kommission/Italien

EuGH, Rs. 76/72, Slg. 1973, 457 – Michel S.

EuGH, Rs. 81/72, Slg. 1973, 575 – Kommission/Rat

EuGH, Rs. 35/72, Slg. 1973, 679 – Kley

EuGH, Rs. 1/73, Slg. 1973, 723 – Westzucker

EuGH, Rs. 43/72, Slg. 1973, 1055 – Merkur

EuGH, Rs. 63-69/72, Slg. 1973, 1229 – Werhan

EuGH, Rs. 131/73, Slg. 1973, 1555 – Grosoli

EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 – Nold

EuGH, Rs. 187/73, Slg. 1974, 553 – Callemeyn

EuGH, Rs. 53/72, Slg. 1974, 791 – Guillot

EuGH, Rs. 7/74, Slg. 1974, 837 – Dassonville

EuGH, Rs. 175/73, Slg. 1974, 917 – Gewerkschaftsbund, Massa u. Kortner

EuGH, Rs. 18/74, Slg. 1974, 933 – Allgemeine Gewerkschaft der Europäischen Beamten

EuGH, Rs. 15/74, Slg. 1974, 1147 – Sterling

EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 – Van Duyn

EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 – Walrave

EuGH, Rs. 169/73, Slg. 1975, 117 – Compagnie Continentale

EuGH, Rs. 67/74, Slg. 1975, 297 – Bonsignore

EuGH, Rs. 44 u.a./74, Slg. 1975, 383 – Acton

EuGH, Rs. 78/74, Slg. 1975, 421 – Deuka I

EuGH, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533 – Comptoir National Technique Agricole (CNTA)

EuGH, Rs. 2/75, Slg. 1975, 607 – Mackprang

EuGH, Rs. 5/75, Slg. 1975, 759 – Deuka II

EuGH, Rs. 32/75, Slg. 1975, 1085 – Cristini

EuGH, Rs. 24/75, Slg. 1975, 1149 – Petroni

EuGH, Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219 – Rutili

EuGH, Rs. 30/75, Slg. 1975, 1419 – UNIL-IT

EuGH, Rs. 95-98/74, Slg. 1975, 1615 – Union Nationale de Coopératives Agricoles des Céréales

- EuGH, Rs. 40/75, Slg. 1976, 1 – Produits Bertrand
EuGH, Rs. 59/75, Slg. 1976, 91 – Manghera
EuGH, Rs. 45/75, Slg. 1976, 181 – Rewe
EuGH, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 – Defrenne/Sabena
EuGH, Rs. 47/75, Slg. 1976, 569 – Deutschland/Kommission
EuGH, Rs. 118/75, Slg. 1976, 1185 – Watson u. Belmann
EuGH, Rs. 7/76, Slg. 1976, 1213 – IRCA
EuGH, Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333 – Donà/Mantero
EuGH, Rs. 130/75, Slg. 1976, 1589 – Prais
EuGH, Rs. 63/76, Slg. 1976, 2057 – Inzirillo
- EuGH, Rs. 51/76, Slg. 1977, 113 – Nederlandse Ondernemingen („Investitionsgüter“)
EuGH, Rs. 99 u. 100/76, Slg. 1977, 861 – „De beste Botter“ und Hoche
EuGH, Rs. 97/76, Slg. 1977, 1063 – Merkur
EuGH, Rs. 90/76, Slg. 1977, 1091 – van Ameyde
EuGH, Rs. 114/76, Slg. 1977, 1211 – Bela-Mühle/Grows-Farm
EuGH, Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753 – Ruckdeschel
EuGH, Rs. 124/76 u. 20/77, Slg. 1977, 1795 – Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson
EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999 – Bouchereau
EuGH, Rs. 126/76, Slg. 1977, 2431 – Dietz
- EuGH, Rs. 44-51/77, Slg. 1978, 57 – Union Malt
EuGH, Rs. 68/77, Slg. 1978, 353 – IFG
EuGH, Rs. 96/77, Slg. 1978, 383 – Bauche
EuGH, Rs. 92/77, Slg. 1978, 497 – An bord bainne co-operative ltd.
EuGH, Rs. 54/77, Slg. 1978, 585 – Herpels
EuGH, Rs. 90/77, Slg. 1978, 995 – Stimming
EuGH, Rs. 112/77, Slg. 1978, 1019 – Töpfer
EuGH, Rs. 83/76 u.a., Slg. 1978, 1209 – HNL
EuGH, Rs. 139/77, Slg. 1978, 1317 – Denkavit/Finanzamt Warendorf
EuGH, Rs. 149/77, Slg. 1978, 1365 – Defrenne/Sabena
EuGH, Rs. 8/78, Slg. 1978, 1721 – Milac/Hauptzollamt Freiburg
EuGH, Rs. 125/77, Slg. 1978, 1991 – Koninklijke Scholten-Honig
EuGH, Rs. 103 u. 145/77, Slg. 1978, 2037 – Royal Scholten-Honig
- EuGH, Rs. 151/78, Slg. 1979, 1 – Sukkerfabriken Nykøbing
EuGH, Rs. 98/78, Slg. 1979, 69 – Racke
EuGH, Rs. 99/78, Slg. 1979, 101 – Decker
EuGH, Rs. 115/78, Slg. 1979, 399 – Knoors
EuGH, Rs. 136/78, Slg. 1979, 437 – Auer
EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 – Hoffmann-La Roche
EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – Cassis
EuGH, Rs. 122/78, Slg. 1979, 677 – Buitoni
EuGH, Rs. 138/78, Slg. 1979, 713 – Stölting
EuGH, Rs. 92/78, Slg. 1979, 777 – Simmenthal
EuGH, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 – Ratti
EuGH, Rs. 84/78, Slg. 1979, 1801 – Tomadini
EuGH, Rs. 185-204/78, Slg. 1979, 2345 – van Dam

- EuGH, Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 – Eridania
EuGH, Rs. 238/78, Slg. 1979, 2955 – Ireks-Arkady
EuGH, Rs. 241 u.a./78, Slg. 1979, 3017 – DGV
EuGH, Rs. 261 u. 262/78, Slg. 1979, 3045 – Interquell Stärke-Chemie
EuGH, Rs. 64/76 u.a., Slg. 1979, 3091 – Dumortier Frères
EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 – Hauer
- EuGH, Rs. 98/79, Slg. 1980, 691 – Pecastaing
EuGH, Rs. 52/79, Slg. 1980, 833 – Debauve
EuGH, Rs. C-154/78, Slg. 1980, 907 – Valsabbia
EuGH, Rs. 61/79, Slg. 1980, 1205 – Denkavit
EuGH, Rs. 33 u. 75/79, Slg. 1980, 1677 – Kuhner
EuGH, Rs. 41 u.a./79, Slg. 1980, 1979 – Testa
EuGH, Rs. 136/79, Slg. 1980, 2033 – National Panasonic
EuGH, Rs. 826/79, Slg. 1980, 2559 – Amministrazione delle Finanze dello Stato/Mireco
EuGH, Rs. 147/79, Slg. 1980, 3005 – Hochstrass
EuGH, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333 – Roquette Frères I
EuGH, Rs. 139/79, Slg. 1980, 3393 – Maizena
EuGH, Rs. 22/80, Slg. 1980, 3427 – Boussac/Gerstenmeier
EuGH, Rs. 1252/79, Slg. 1980, 3753 – Lucchini
- EuGH, rs. 140/79, Slg. 1981, 1 – Chemical Farmanceutici
EuGH, Rs. 96/80, Slg. 1981, 911 – Jenkins/Kingsgate
EuGH, Rs. 112/80, Slg. 1981, 1095 – Dürbeck
EuGH, Rs. 158/80, Slg. 1981, 1805 – Rewe
EuGH, Rs. 268/80, Slg. 1981, 2295 – Guglielmi
EuGH, Rs. 246/80, Slg. 1981, 2311 – Broekmeulen
EuGH, Rs. 212-217/80, Slg. 1981, 2735 – Meridionale Industria Salumi
EuGH, Rs. 195/80, Slg. 1981, 2861 – Michel
- EuGH, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 – Becker
EuGH, Rs. 14/81, Slg. 1982, 749 – Alpha Steel
EuGH, Rs. 127/80, Slg. 1982, 869 – Grogan
EuGH, Rs. 93/81, Slg. 1982, 951 – Knoeller
EuGH, Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035 – Levin
EuGH, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 – AM&S
EuGH, Rs. 115 u. 116/81, Slg. 1982, 1665 – Adoui
EuGH, Rs. 84/81, Slg. 1982, 1763 – Staple Dairy Products
EuGH, Rs. 96/81, Slg. 1982, 1791 – Kommission/Niederlande
EuGH, Rs. 97/81, Slg. 1982, 1819 – Kommission/Niederlande
EuGH, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2015 – Nungesser
EuGH, Rs. 188-190/80, Slg. 1982, 2545 – Frankreich u.a./Kommission
EuGH, Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 – Edeka
EuGH, Rs. 144/81, Slg. 1982, 2853 – Keurkoop
EuGH, Rs. 106/81, Slg. 1982, 2885 – Kind/EWG
EuGH, Rs. 26/81, Slg. 1982, 3057 – Oleifici Mediterranei
EuGH, Rs. 108/81, Slg. 1982, 3107 – Amylum („Isoglucose“)
EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 – C.I.L.F.I.T.

EuGH, Rs. 35 u. 36/82, Slg. 1982, 3723 – Morson u. Jhanjan

EuGH, Rs. 52/81, Slg. 1982, 3745 – Faust

EuGH, Rs. 258/81, Slg. 1982, 4261 – Metallurgiki Halyps

EuGH, Rs. 126/82, Slg. 1983, 73 – Smit

EuGH, Rs. 303 u. 312/81, Slg. 1983, 1507 – Klöckner

EuGH, Rs. 289/81, Slg. 1983, 1731 – Vassilis Mavridis

EuGH, Rs. 117/81, Slg. 1983, 2191 – Geist

EuGH, Rs. 224/82, Slg. 1983, 2539 – Meiko-Konservenfabrik

EuGH, Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633 – Deutsche Milchkontor

EuGH, Rs. 159/82, Slg. 1983, 2711 – Verli-Wallace

EuGH, Rs. 271/82, Slg. 1983, 2727 – Auer

EuGH, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 – AEG

EuGH, Rs. 276/82, Slg. 1983, 3331 – De beste Boter

EuGH, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 – Michelin

EuGH, Rs. 188/82, Slg. 1983, 3721 – Thyssen

EuGH, Rs. 43 u. 63/82, Slg. 1984, 19 – VBVB u. VBVB

EuGH, Rs. 75 u. 117/82, Slg. 1984, 1509 – Razzouk u. Beydoun

EuGH, Rs. 177 u. 178/82, Slg. 1984, 1797 – van de Haar

EuGH, Rs. 281/82, Slg. 1984, 1969 – Unifrex

EuGH, Rs. 62/83, Slg. 1984, 2295 – Eximo Molkereierzeugnisse

EuGH, Rs. 180/83, Slg. 1984, 2539 – Moser

EuGH, Rs. 63/83, Slg. 1984, 2689 – Regina

EuGH, Rs. 72/83, Slg. 1984, 2727 – Campus Oil

EuGH, Rs. 222/83, Slg. 1984, 2889 – Differdange

EuGH, Rs. 184/83, Slg. 1984, 3047 – Hofmann

EuGH, Rs. 188/83, Slg. 1984, 3465 – Witte/Parlament

EuGH, Rs. 182/83, Slg. 1984, 3677 – Fearon

EuGH, Rs. 283/83, Slg. 1984, 3791 – Racke

EuGH, Rs. 59/83, Slg. 1984, 4057 – Biovilac

EuGH, Rs. 106/83, Slg. 1984, 4209 – Sermide/Cassa Conguaglio Zuccherio

EuGH, Rs. 250/83, Slg. 1985, 131 – Finsider

EuGH, Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 – ADBHU

EuGH, Rs. 267/83, Slg. 1985, 567 – Aissatou Diatta

EuGH, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593 – Gravier

EuGH, Rs. 296 u. 318/82, Slg. 1985, 809 – Niederlande u.a./Kommission

EuGH, Rs. 264/82, Slg. 1985, 849 – Timex

EuGH, Rs. 249/83, Slg. 1985, 973 – Hoeckx

EuGH, Rs. 122/84, Slg. 1985, 1027 – Scrivner

EuGH, Rs. 94/84, Slg. 1985, 1873 – Deak

EuGH, Rs. 3/83, Slg. 1985, 1995 – Roland Abrias

EuGH, Rs. 134/84, Slg. 1985, 2225 – Williams/Rechnungshof

EuGH, Rs. 87/77 u.a., Slg. 1985, 2523 – Salerno

EuGH, Rs. 60 u. 61/84, Slg. 1985, 2605 – Cinéthèque

EuGH, Rs. 172/83, Slg. 1985, 2831 – Hoogovens Groep

EuGH, Rs. 63 u. 147/84, Slg. 1985, 2857 – Finsider

EuGH, Rs. 145/83, Slg. 1985, 3539 – Adams
 EuGH, Rs. 67/84, Slg. 1985, 3983 – Sideradria

EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 – Hurd/Jones
 EuGH, Rs. 169/84, Slg. 1986, 391 – Cofaz
 EuGH, Rs. 173/82 u.a., Slg. 1986, 497 – Castille
 EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 – Marshall I
 EuGH, Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607 – Bilka/Weber von Hartz
 EuGH, Rs. 139/85, Slg. 1986, 1741 – Kempf
 EuGH, Rs. 103/84, Slg. 1986, 1759 – Kommission/Italien
 EuGH, Rs. 203/85, Slg. 1986, 2049 – Nicolet
 EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 – Lawrie-Blum
 EuGH, Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 – Qualitätswein b.A.
 EuGH, Rs. 169/83 u. 136/84, Slg. 1986, 2801 – Leussink-Brummelhuis
 EuGH, Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897 – Keller
 EuGH, Rs. 300/84, Slg. 1986, 3097 – Van Roosmalen
 EuGH, Rs. 355/85, Slg. 1986, 3231 – Cognet
 EuGH, Rs. 80 u. 159/85, Slg. 1986, 3359 – Edah
 EuGH, Rs. 201 u. 202/85, Slg. 1986, 3477 – Klensch

EuGH, Rs. 281/84, Slg. 1987, 49 – Zuckerfabrik Bedburg
 EuGH, Rs. 15/85, Slg. 1987, 1005 – Consorzio Cooperative d’Abruzzo
 EuGH, Rs. 265/85, Slg. 1987, 1155 – Van den Bergh en Jurgens
 EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227 – Kommission/Deutschland
 EuGH, Rs. 286/85, Slg. 1987, 1453 – McDermott u. Cotter
 EuGH, Rs. 256/84, Slg. 1987, 1899 – Koyo Seiko
 EuGH, Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 – Rau/BALM
 EuGH, Rs. 424 u. 425/85, Slg. 1987, 2755 – Frico
 EuGH, Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969 – Kolpinghuis
 EuGH, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097 – Heylens
 EuGH, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199 – Foto-Frost
 EuGH, Rs. 223/85, Slg. 1987, 4617 – RSV
 EuGH, Rs. 12/86, Slg. 1987, I3719 – Demirel

EuGH, Rs. 227-230/85, Slg. 1988, 1 – Kommission/Belgien
 EuGH, Rs. 24/86, Slg. 1988, 379 – Blaizot
 EuGH, Rs. 131/86, Slg. 1988, 905 – Vereinigtes Königreich/Rat
 EuGH, Rs. 62 u. 72/87, Slg. 1988, 1573 – Exécutif régional Wallon
 EuGH, Rs. 338/85, Slg. 1988, 2041 – Fratelli Pardini
 EuGH, Rs. 316/86, Slg. 1988, 2213 – Krücken
 EuGH, Rs. 120/86, Slg. 1988, 2321 – Mulder
 EuGH, Rs. 170/86, Slg. 1988, 2355 – von Deetzen
 EuGH, Rs. 84/87, Slg. 1988, 2647 – Erpelding
 EuGH, Rs. 39/86, Slg. 1988, 3161 – Lair
 EuGH, Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 – Brown
 EuGH, Rs. 300/86, Slg. 1988, 3443 – Luc van Landschoot
 EuGH, Rs. 35/87, Slg. 1988, 3585 – Thetford
 EuGH, Rs. 308/86, Slg. 1988, 4369 – Ministère public/Lambert

- EuGH, Rs. 203/86, Slg. 1988, 4563 – Spanien/Rat
EuGH, Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635 – Beentjes
EuGH, Rs. 263/86, Slg. 1988, 5365 – Humbel u. Edel
EuGH, Rs. 235/87, Slg. 1988, 5589 – Matteuci
EuGH, Rs. 196/87, Slg. 1988, 6159 – Steymann
EuGH, Rs. 238/87, Slg. 1988, 6211 – Volvo
- EuGH, Rs. 94/87, Slg. 1989, 175 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, 195 – Cowan/Trésor Public
EuGH, Rs. 201/87, Slg. 1989, 489 – Cargill
EuGH, Rs. 246/87, Slg. 1989, 1151 – Continentale Produkten-Gesellschaft
EuGH, Rs. 249/86, Slg. 1989, 1263 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. 305/87, Slg. 1989, 1461 – Kommission/Griechenland
EuGH, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839 – Costanzo
EuGH, Rs. 50/88, Slg. 1989, 1925 – Kühne/Finanzamt München III
EuGH, Rs. 113/88, Slg. 1989, 1991 – Leukhardt
EuGH, Rs. 326/86 u. 66/88, Slg. 1989, 2087 – Francesconi u.a.
EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 – Schröder
EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 – Wachauf
EuGH, Rs. 171/88, Slg. 1989, 2743 – Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung
EuGH, Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859 – Hoechst
EuGH, Rs. 97-99/87, Slg. 1989, 3165 – Dow Chemical
EuGH, Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283 – Orkem
EuGH, Rs. C-100/88, Slg. 1989, I-4285 – Oyowe u. Traore
EuGH, Rs. C-145/88, Slg. 1989, I-3851 – Torfaen Borough Council
EuGH, Rs. C-379/87, Slg. 1989, I-3967 – Anita Groener
- EuGH, Rs. C-337/88, Slg. 1990, I-1 – SAFA
EuGH, Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-307 – Frankreich/Kommission
EuGH, Rs. C-350/88, Slg. 1990, I-395 – Delacre
EuGH, Rs. C-267-285/88, Slg. 1990, I-435 – Wuidart u.a.
EuGH, Rs. C-221/88, Slg. 1990, I-495 – Busseni
EuGH, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959 – Belgien/Kommission
EuGH, Rs. C-308/87, Slg. 1990, I-1203 – Grifoni
EuGH, Rs. C-175/88, Slg. 1990, I-1779 – Biehl
EuGH, Rs. C-262/88, Slg. 1990, I-1889 – Barber
EuGH, Rs. C-8/88, Slg. 1990, I-2321 – EAGFL
EuGH, Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433 – Factortame u.a.
EuGH, Rs. C-152/88, Slg. 1990, I-2477 – Sofrimport
EuGH, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. C-61/89, Slg. 1990, I-3551 – Bouchoucha
EuGH, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941 – Dekker
EuGH, Rs. C-179/88, Slg. 1990, I-3979 – Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund
EuGH, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 – Fedesa
EuGH, Rs. C-370/88, Slg. 1990, I-4071 – Marshall
EuGH, Rs. C-172/89, Slg. 1990, I-4677 – Vandemoortele NV
EuG, Rs. T-73/89, Slg. 1990, II-619 – Barbi

- EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. C-368/89, Slg. 1991, I-3695 – Crispoltoni I
EuGH, Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-297 – Nimz
EuGH, Rs. C-227/89, Slg. 1991, I-323 – Rönfeldt
EuGH, Rs. C-143/88 u. 92/89, Slg. 1991, I-415 – Süderdithmarschen
EuGH, Rs. C-10/90, Slg. 1991, I-1119 – Masgio
EuGH, Rs. C-249/88, Slg. 1991, I-1275 – Kommission/Belgien
EuGH, Rs. C-303/88, Slg. 1991, I-1433 – Italien/Kommission
EuGH, Rs. C-359/89, Slg. 1991, I-1677 – SAFA
EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 – Höfner u. Elser
EuGH, Rs. C-340/89, Slg. 1991, I-2357 – Vlassopoulou
EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 – ERT
EuGH, Rs. C-248/89, Slg. 1991, I-2987 – Cargill
EuGH, Rs. C-365/89, Slg. 1991, I-3045 – Cargill
EuGH, Rs. C-49/88, Slg. 1991, I-3187 – Al Jubail Fertilizer
EuGH, Rs. C-90 u. 91/90, Slg. 1991, I-3617 – Neu
EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 – Collectieve Antennevoorziening Gouda
EuGH, Rs. C-345/89, Slg. 1991, I-4047 – Stoeckel
EuGH, Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069 – Kommission/Niederlande
EuGH, Rs. C-208/90, Slg. 1991, I-4269 – Emmott
EuGH, Rs. C-367/89, Slg. 1991, I-4621 – Richardt
EuGH, Rs. C-159/90, Slg. 1991, I-4733 – Grogan
EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119 – von Deetzen
EuGH, Rs. C-6 u. 9/90, Slg. 1991, I-5357 – Francovich
EuGH, Rs. C-269/90, Slg. 1991, I-5469 – TU München
EuGH, Rs. C-170/89, Slg. 1991, I-5709 – BEUC
EuG, Rs. T-146/89, Slg. 1991, II-1293 – Williams
- EuGH, Rs. C-177/90, Slg. 1992, I-35 – Kühn
EuGH, Rs. C-332/90, Slg. 1992, I-341 – Steen I
EuGH, Rs. C-48 u. 66/90, Slg. 1992, I-565 – Niederlande u.a./Kommission
EuGH, Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 – Raulin
EuGH, Rs. C-3/90, Slg. 1992, I-1071 – Bernini
EuGH, Rs. C-255/90 P, Slg. 1992, I-2253 – Burban
EuGH, Rs. C-55/90, Slg. 1992, I-2533 – Cato
EuGH, Rs. C-62/90, Slg. 1992, I-2575 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. C-258 u. 259/90, Slg. 1992, I-2901 – Pesqueras De Bermeo u. Naviera Laida
EuGH, Rs. C-104/89 u. 37/90, Slg. 1992, I-3061 – Mulder
EuGH, Rs. C-370/90, Slg. 1992, I-4265 – Singh
EuGH, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431 – Wallonische Abfälle
EuGH, Rs. C-78/91, Slg. 1992, I-4839 – Hughes
EuGH, Rs. C-153/91, Slg. 1992, I-4973 – Petit
EuGH, Rs. C-240/90, Slg. 1992, I-5383 – Deutschland/Kommission
EuGH, Rs. C-219/91, Slg. 1992, I-5485 – Ter Voort
EuGH, Rs. C-370/89, Slg. 1992, I-6211 – SGEEM u. Etroy
EuGH, Rs. C-132 u.a./91, Slg. 1992, I-6577 – PCO Stauereibetrieb
EuG, Rs. T-44/90, Slg. 1992, II-1 – La Cinq

- EuG, Rs. T-11/91, Slg. 1992, II-203 – Schloh
EuG, T-121/89 u. 13/90, Slg. 1992, II-2195 – X/Kommission
- EuGH, Rs. C-25/92, Slg. 1993, I-473 – Miethke
EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487 – Veronica Omroep
EuGH, Rs. C-111/91, Slg. 1993, I-817 – Kommission/Luxemburg
EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663 – Kraus
EuGH, Rs. C-182/91, Slg. 1993, I-2161 – Forafrique
EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 – Corbeau
EuGH, Rs. C-310/91, Slg. 1993, I-3011 – Schmid
EuGH, Rs. C-280/93 R, Slg. 1993, I-3667 – Bananen (einstweiliger Rechtsschutz)
EuGH, Rs. C-20/92, Slg. 1993, I-3777 – Hubbard
EuGH, Rs. C-217/91, Slg. 1993, I-3923 – Spanien/Kommission
EuGH, Rs. C-13-16/92, Slg. 1993, I-4751 – Driessen
EuGH, Rs. C-92 u. 326/92, Slg. 1993, I-5145 – Phil Collins
EuGH, Rs. C-267 u. 268/91, Slg. 1993, I-6097 – Keck
EuGH, Rs. C-317/91, Slg. 1993, I-6227 – Deutsche Renault AG/Audi AG
EuGH, Rs. C-307/91, Slg. 1993, I-6835 – Luxlait
- EuGH, Rs. C-308/87, Slg. 1994, I-341 – Grifoni
EuGH, Rs. C-13/93, Slg. 1994, I-371 – Minne
EuGH, Rs. C-398/92, Slg. 1994, I-467 – Mund & Fester
EuGH, Rs. C-419/92, Slg. 1994, I-505 – Scholz
EuGH, Rs. C-188/92, Slg. 1994, I-833 – TWD
EuGH, Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955 – Bostock
EuGH, Rs. C-228/92, Slg. 1994, I-1445 – Roquette Frères II
EuGH, Rs. C-421/92, Slg. 1994, I-1657 – Habermann-Beltermann
EuGH, Rs. C-309/89, Slg. 1994, I-1853 – Codorniu
EuGH, Rs. C-401 u. 402/92, Slg. 1994, I-2199 – Boermans
EuGH, Rs. C-69 u. 258/93, Slg. 1994, I-2355 – Punto Casa
EuGH, Rs. C-137/92 P, Slg. 1994, I-2555 – BASF u.a.
EuGH, Rs. C-135/92, Slg. 1994, I-2885 – Fiskano
EuGH, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325 – Faccini Dori
EuGH, Rs. C-351/92, Slg. 1994, I-3361 – Graff
EuGH, Rs. C-146/91, Slg. 1994, I-4199 – KYDEP
EuGH, Rs. C-200/91, Slg. 1994, I-4389 – Colorell Pension Trustees
EuGH, Rs. C-28/93, Slg. 1994, I-4527 – van den Akker
EuGH, Rs. C-404/92 P, Slg. 1994, I-4737 – X/Kommission
EuGH, Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795 – TV10
EuGH, Rs. C-133 u.a./93, Slg. 1994, I-4863 – Crispoltoni II
EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 – Bananen
EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555 – Winzersekt
EuG, Rs. T-13/94, Slg. 1994, II-431 – Century Oils
EuG, Rs. T-83/91, Slg. 1994, II-755 – Tetra Pak
EuG, Rs. T-46/92, Slg. 1994, II-1039 – Scottish Football
EuG, Rs. T-489/93, Slg. 1994, II-1201 – Unifruit Hellas
- EuGH, Rs. C-29-35/94, Slg. 1995, I-301 – Aubertin u.a.

EuGH, Rs. C-348/93, Slg. 1995, I-673 – Kommission/Italien
EuGH, Rs. C-310/93 P, Slg. 1995, I-865 – BPB Industries
EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 – Alpine Investments
EuGH, Rs. C-400/93, Slg. 1995, I-1275 – Royal Copenhagen
EuGH, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189 – Großkrotzenburg
EuGH, Rs. C-44/94, Slg. 1995, I-3115 – Fishermen's Organisations
EuGH, Rs. C-70/94, Slg. 1995, I-3189 – Werner Industrieausrüstungen
EuGH, Rs. C-244/94, Slg. 1995, I-4013 – Fédération française des sociétés d'assurance
EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 – Gebhard
EuGH, Rs. C-317/93, Slg. 1995, I-4625 – Nolte
EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – Bosman
EuG, Rs. T-472/93, Slg. 1995, II-421 – Campo Ebro
EuG, Rs. T-435/93, Slg. 1995, II-1281 – ASPEC
EuG, Rs. T-30/91, Slg. 1995, II-1775 – Solvay
EuG, Rs. T-36/91, Slg. 1995, II-1847 – ICI
EuG, Rs. T-572/93, Slg. 1995, II-2025 – Odigitria
EuG, Rs. T-466 u.a./93, Slg. 1995, II-2071 – O'Dwyer
EuG, Rs. T-571/93, Slg. 1995, II-2379 – Lefebvre
EuG, Rs. T-167/94, Slg. 1995, II-2589 – Nölle

EuGH, Rs. C-177/94, Slg. 1996, I-161 – Perfili
EuGH, Rs. C-342/93, Slg. 1996, I-475 – Gillespie
EuGH, Rs. C-63/93, Slg. 1996, I-569 – Duff
EuGH, Rs. C-296 u. 307/93, Slg. 1996, I-795 – Frankreich u. Irland/Kommission
EuGH, Rs. C-193/94, Slg. 1996, I-929 – Skanavi u. Chryssanthakopoulos
EuGH, Rs. C-192/94, Slg. 1996, I-1281 – El Coste Inglés
EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759
EuGH, Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2143 – P./S.
EuGH, Rs. C-58/94, Slg. 1996, I-2169 – Niederlande/Rat
EuGH, Rs. C-206/94, Slg. 1996, I-2357 – Paletta II
EuGH, Rs. C-153 u. 204/94, Slg. 1996, I-2465 – Faroe Seafood
EuGH, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617 – O'Flynn
EuGH, Rs. C-144/95, Slg. 1996, I-2909 – Maurin
EuGH, Rs. C-418/93 u.a., Slg. 1996, I-2975 – Semeraro
EuGH, Rs. C-254/95 P, Slg. 1996, I-3423 – Innamorati
EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 – Bosphorus
EuGH, Rs. C-43/95, Slg. 1996, I-4661 – Data Delecta u. Forsberg
EuGH, Rs. C-178 u.a./94, Slg. 1996, I-4845 – Dillenkofer
EuGH, Rs. C-32/95 P, Slg. 1996, I-5373 – Lisrestal
EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755 – Vereinigtes Königreich/Rat
EuGH, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065 – T.Port
EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511 – Broede
EuG, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-1 – Koelman
EuG, Rs. T-521/93, Slg. 1996, II-1707 – Atlanta AG

EuGH, Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-285 – Pastoors u. Trans-Cap
EuGH, Rs. C-51/95 P, Slg. 1997, I-727 – Unifruit Hellas
EuGH, Rs. C-282/95 P, Slg. 1997, I-1503 – Guérin Automobiles

- EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 – Alcan
EuGH, Rs. C-96/95, Slg. 1997, I-1653 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. C-323/95, Slg. 1997, I-1711 – Hayes
EuGH, Rs. C-22/94, Slg. 1997, I-1809 – Irish Farmers Association
EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, I-1961 – EARL de Kerlast
EuGH, Rs. C-90/95 P, Slg. 1997, I-1999 – De Compte
EuGH, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405 – Deutschland/Parlament u. Rat
EuGH, Rs. C-69/94, Slg. 1997, I-2599 – Frankreich/Kommission
EuGH, Rs. C-299/95, Slg. 1997, I-2629 – Kremzow
EuGH, Rs. C-64 u. 65/96, Slg. 1997, I-3171 – Uecker u. Jacquet
EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 – Familiapress
EuGH, Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-4315 – Affish
EuGH, Rs. C-248 u. 249/95, Slg. 1997, I-4475 – SAM u. Stapf
EuGH, Rs. C-354/95, Slg. 1997, I-4559 – National Farmers’ Union u.a.
EuGH, Rs. C-1/95, Slg. 1997, I-5253 – Gerster
EuGH, Rs. C-244/95, Slg. 1997, I-6441 – Moskof
EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 – Kommission/Frankreich (Agrarblockaden)
EuGH, Rs. C-309/96, Slg. 1997, I-7493 – Annibaldi
EuG, Rs. T-105/95, Slg. 1997, II-313 – WWF UK
EuG, Rs. T-73/95, Slg. 1997, II-381 – Oliveira
EuG, Rs. T-390/94, Slg. 1997, II-501 – Schröder u.a.
EuG, Rs. T-213/95 u. 18/96, Slg. 1997, II-1739 – SCK u. FNK
- EuGH, Rs. C-315/96, Slg. 1998, I-317 – Lopex
EuGH, Rs. C-249/96, Slg. 1998, I-621 – Lisa Jacqueline Grant
EuGH, Rs. C-160/96, Slg. 1998, I-843 – Molenaar
EuGH, Rs. C-122/95, Slg. 1998, I-973 – Deutschland/Rat
EuGH, Rs. C-364 u. 365/95, Slg. 1998, I-1023 – T. Port
EuGH, Rs. C-324/96, Slg. 1998, I-1333 – Petridi u.a.
EuGH, Rs. C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719 – Sytraval
EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 – Decker
EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 – Kohll
EuGH, Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953 – Metronome Musik
EuGH, Rs. C-24/97, Slg. 1998, I-2133 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265 – Vereinigtes Königreich/Kommission
EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521 – Clean Car
EuGH, Rs. C-366/95, Slg. 1998, I-2661 – Steff-Houlberg Export
EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 – Martínéz Sala
EuGH, Rs. C-3/96, Slg. 1998, I-3031 – Kommission/Niederlande
EuGH, Rs. C-203/96, Slg. 1998, I-4075 – Dusseldorp
EuGH, Rs. C-394/96, Slg. 1998, I-4185 – Brown
EuGH, Rs. C-284/95, Slg. 1998, I-4301 – Safety Hi-Tech
EuGH, Rs. C-341/95, Slg. 1998, I-4355 – Bettati
EuGH, Rs. C-298/96, Slg. 1998, I-4767 – Oelmühle
EuGH, Rs. C-372/96, Slg. 1998, I-5091 – Pontillo
EuGH, Rs. C-36 u. 37/97, Slg. 1998, I-6337 – Kellinghusen u. Ketelsen
EuGH, Rs. C-411/96, Slg. 1998, I-6401 – Boyle u.a.
EuGH, Rs. C-114/97, Slg. 1998, I-6717 – Kommission/Spanien

- EuGH, Rs. C-66/96, Slg. 1998, I-7327 – Høj Pedersen u.a.
EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637 – Bickel u. Franz
EuGH, Rs. C-370/96, Slg. 1998, I-7711 – Covita
EuGH, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 – Generics
EuGH, Rs. C-381/97, Slg. 1998, I-8153 – Belgocodex
EuGH, Rs. C-221/97 P, Slg. 1998, I-8255 – Schröder u.a.
EuGH, Rs. C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417 – Baustahlgewebe/Kommission
EuG, Rs. T-113/96, Slg. 1998, II-125 – Dubois et fils
EuG, Rs. T-124/96, Slg. 1998, II-231 – Interporc I
EuG, Rs. T-610/97 R, Slg. 1998, II-485 – Carlsen
EuG, Rs. T-83/96, Slg. 1998, II-545 – van der Wal
EuG, Rs. T-184/95, Slg. 1998, II-667 – Dorsch Consult
EuG, Rs. T-214/95, Slg. 1998, II-717 – Vlaams Gewest
EuG, Rs. T-295/94, Slg. 1998, II-813 – Buchmann
EuG, Rs. T-174/95, Slg. 1998, II-2289 – Svenska Journalistförbundet
EuG, Rs. T-126 u. 127/96, Slg. 1998, II-3437 – BFM u. EFIM
- EuGH, Rs. C-167/97, Slg. 1999, I-623 – Seymour-Smith u. Perez
EuGH, Rs. C-258/97, Slg. 1999, I-1405 – HI
EuGH, Rs. C-153/98 P, Slg. 1999, I-1441 – Guérin Automobiles
EuGH, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros
EuGH, Rs. C-293/97, Slg. 1999, I-2603 – Standley
EuGH, Rs. C-337/97, Slg. 1999, I-3289 – Meeusen
EuGH, Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287 – Hüls
EuGH, Rs. C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539 – Montecatini
EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 – Albany
EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6207 – Wijsenbeek
EuGH, Rs. C-240/97, Slg. 1999, I-6571 – Spanien/Kommission
EuGH, Rs. C-104/97 P, Slg. 1999, I-6983 – Atlanta
EuGH, Rs. C-333/97, Slg. 1999, I-7243 – Lewen
EuGH, Rs. C-273/97, Slg. 1999, I-7403 – Sirdar
EuGH, Rs. C-150/98 P, Slg. 1999, I-8877 – Wirtschafts-u. Sozialausschuss
EuG, Rs. T-305/94 u.a., Slg. 1999, II-931 – Limburgse Vinyl Maatschappij u.a.
EuG, Rs. T-231/97, Slg. 1999, II-2403 – New Europe Consulting
EuG, Rs. T-14/98, Slg. 1999, II-2489 – Hautala
EuG, Rs. T-254/97, Slg. 1999, II-2743 – Fruchthandelsgesellschaft Chemnitz
EuG, Rs. T-228/97, Slg. 1999, II-2969 – Irish Sugar
EuG, Rs. T-106/99, Slg. 1999, II-3273 – Meyer
EuG, Rs. T-222/99 R, Slg. 1999, II-3397 – Martinez u. de Gaulle
EuG, Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521 – Interporc II
EuG, Rs. T-132 u. 143/96, Slg. 1999, II-3663 – Freistaat Sachsen
- EuGH, Rs. C-174 u. 189/98 P, Slg. 2000, I-1 – Niederlande u. van der Wal/Kommission
EuGH, Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69 – Tanja Kreil
EuGH, Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151 – TK-Heimdienst
EuGH, Rs. C-207/98, Slg. 2000, I-549 – Mahlburg
EuGH, Rs. C-17/98, Slg. 2000, I-665 – Emesa Sugar
EuGH, Rs. C-50/96, Slg. 2000, I-743 – Deutsche Telekom

EuGH, Rs. C-270 u. 271/97, Slg. 2000, I-929 – Deutsche Post
EuGH, Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335 – Eglise de Scientologie
EuGH, Rs. C-7/98, Slg. 2000, I-1935 – Krombach
EuGH, Rs. C-236/98, Slg. 2000, I-2189 – Jämo
EuGH, Rs. C-226/98, Slg. 2000, I-2447 – Jørgensen
EuGH, Rs. C-356/98, Slg. 2000, I-2623 – Kaba
EuGH, Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 – Karlsson
EuGH, Rs. C-209/98, Slg. 2000, I-3743 – Sydhavnens Sten & Grus/Kopenhagen
EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 – Angonese
EuGH, Rs. C-13/99 P, Slg. 2000, I-4671 – TEAM
EuGH, Rs. C-387/97, Slg. 2000, I-5047 – Kommission/Griechenland
EuGH, Rs. C-424/97, Slg. 2000, I-5123 – Haim II
EuGH, Rs. C-402/98, Slg. 2000, I-5501 – ATB
EuGH, Rs. C-407/98, Slg. 2000, I-5539 – Abrahamsson
EuGH, Rs. C-156/98, Slg. 2000, I-6857 – Deutschland/Kommission
EuGH, Rs. C-177 u. 181/99, Slg. 2000, I-7013 – Ampafrance
EuGH, Rs. C-222/98, Slg. 2000, I-7111 – Van der Woude
EuGH, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535 – Unilever Italia
EuGH, Rs. C-288/96, Slg. 2000, I-8237 – Deutschland/Kommission
EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – Deutschland/Parlament u. Rat
EuGH, Rs. C-15/98 u. 105/99, Slg. 2000, I-8855 – Italien u. Sardegna Lines/Kommission
EuGH, Rs. C-371/98, Slg. 2000, I-9235 – First Corporate Shipping
EuGH, Rs. C-357/98, Slg. 2000, I-9265 – Yiadom
EuGH, Rs. C-317/00 P (R), Slg. 2000, I-9541 – Invest
EuGH, Rs. C-135/99, Slg. 2000, I-10409 – Elsen
EuGH, Rs. C-79/99, Slg. 2000, I-10997 – Schnorbus
EuG, Rs. T-290/97, Slg. 2000, II-15 – Mehibas Dordtselaan
EuG, Rs. T-188/98, Slg. 2000, II-1959 – Kuijer
EuG, Rs. T-72/99, Slg. 2000, II-2521 – Meyer
EuG, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 – Volkswagen
EuG, Rs. T-123/99, Slg. 2000, II-3269 – JT's Corporation
EuG, Rs. T-613/97, Slg. 2000, II-4055 – Ufex u.a.

EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837 – Mac Quen
EuGH, Rs. C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 – Connolly
EuGH, Rs. C-215/99, Slg. 2001, I-1901 – Jauch
EuGH, Rs. C-85/99, Slg. 2001, I-2261 – Offermanns
EuGH, Rs. C-261/99, Slg. 2001, I-2537 – Kommission/Frankreich
EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109 – TNT Traco
EuGH, Rs. C-122 u. 125/99 P, Slg. 2001, I-4319 – Deutschland u. Schweden/Rat
EuGH, Rs. C-173/99, Slg. 2001, I-4881 – BECTU
EuGH, Rs. C-381/00, Slg. 2001, I-4961 – Brunnhofer
EuGH, Rs. C-315/99 P, Slg. 2001, I-5281 – Ismeri Europa
EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 – Smits u. Peerbooms
EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 – Grzelczyk
EuGH, Rs. C-438/99, Slg. 2001, I-6915 – Melgar
EuGH, Rs. C-109/00, Slg. 2001, I-6993 – Tele Danmark

EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079 – Niederlande/Parlament u. Rat („Biopatentrichtlinie“)

EuGH, Rs. C-95-98 u. 180/99, Slg. 2001, I-7413 – Khalil u.a.

EuGH, Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089 – Ambulanz Glöckner

EuGH, Rs. C-268/99, Slg. 2001, I-8615 – Jany u.a.

EuGH, Rs. C-541 u. 542/99, Slg. 2001, I-9049 – Cape u. Idealservice MN RE

EuGH, Rs. C-270/99, Slg. 2001, I-9197 – Z

EuGH, Rs. C-366/99, Slg. 2001, I-9383 – Griesmar

EuGH, Rs. C-17/00, Slg. 2001, I-9445 – De Coster

EuGH, Rs. C-353/99 P, Slg. 2001, I-9565 – Hautala

EuGH, Rs. C-481/99, Slg. 2001, I-9945 – Heininger

EuGH, Rs. C-340/00 P, Slg. 2001, I-10269 – Cwik

EuG, Rs. T-112/98, Slg. 2001, II-729 – Mannesmannröhren-Werke

EuG, Rs. T-209/00, Slg. 2001, II-765 – Lamberts/Bürgerbeauftragter

EuG, Rs. T-30/99, Slg. 2001, II-943 – Bocchi Food Trade International

EuG, Rs. T-6/99, Slg. 2001, II-1523 – ESF

EuG, Rs. T-222 u.a./99, Slg. 2001, II-2823 – Martinez u.a./Parlament

EuG, Rs. T-333/99, Slg. 2001, II-3021 – X/EZB

EuG, Rs. T-191/99, Slg. 2001, II-3677 – Petrie u.a.

EuGH, Rs. C-224/00, Slg. 2002, I-2965 – Kommission/Italien

EuGH, Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781 – Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)

EuGH, Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809 – Goldene Aktien III (Kommission/Belgien)

EuGH, Rs. C-92/00, Slg. 2002, I-5553 – HI

EuGH, Rs. C-287/00, Slg. 2002, I-5811 – Kommission/Deutschland

EuGH, Rs. C-499/99, Slg. 2002, I-6031 – Kommission/Spanien

EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 – D’Hoop

EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 – Carpenter

EuGH, Rs. C-210/00, Slg. 2002, I-6453 – Käserei Champignon Hofmeister

EuGH, Rs. C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677 – Unión de Pequeños Agricultores

EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091 – Baumbast u. R.

EuGH, Rs. C-320/00, Slg. 2002, I-7325 – Lawrence u.a.

EuGH, Rs. C-351/98, Slg. 2002, I-8031 – Spanien/Kommission

EuGH, Rs. C-238/99 u.a. P, Slg. 2002, I-8375 – Limburgse Vinyl Maatschappij

EuGH, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011 – Roquette Frères III

EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseering

EuGH, Rs. C-100/01, Slg. 2002, I-10981 – Olazabal

EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453 – British American Tobacco

EuG, Rs. T-54/99, Slg. 2002, II-313 – max.mobil Telekommunikation

EuG, Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 – Kuijer II

EuG, Rs. T-598/97, Slg. 2002, II-1155 – BSC Footwear Supplies

EuG, Rs. T-92 u. 103/00, Slg. 2002, II-1385 – Territorio Histórico

EuG, Rs. T-15/99, Slg. 2002, II-1613 – Brugg Rohrsysteme

EuG, Rs. T-17/99, Slg. 2002, II-1647 – Ke Kelit

EuG, Rs. T-23/99, Slg. 2002, II-1705 – LR AF 1998

EuG, Rs. T-209/00, Slg. 2002, II-2203 – Lamberts/Bürgerbeauftragter

EuG, Rs. T-177/01, Slg. 2002, II-2365 – Jégo-Quéré

EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 – Pfizer

- EuG, Rs. T-70/99, Slg. 2002, II-3495 – Alpharma
EuG, Rs. T-346 u.a./99, Slg. 2002, II-4259 – Territorio Histórico de Álava
EuG, Rs. T-94 u.a./00, Slg. 2002, II-4677 – Rica Fruits
EuG, Rs. T-40/01, Slg. 2002, II-5043 – Scan Office Design
- EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-721 – Kommission/Italien
EuGH, Rs. C-245/00, Slg. 2003, I-1251 – SENA
EuGH, Rs. C-92/01, Slg. 2003, I-1291 – Stylianakis
EuGH, Rs. C-187 u. 385/01, Slg. 2003, I-1345 – Gözütok u. Brügge
EuGH, Rs. C-41/00 P, Slg. 2003, I-2125 – Interporc
EuGH, Rs. C-187/00, Slg. 2003, I-2741 – Kutz-Bauer
EuGH, Rs. C-276/01, Slg. 2003, I-3735 – Steffensen
EuGH, Rs. C-438/00, Slg. 2003, I-4135 – Kolpak
EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 – Müller-Fauré u. van Riet
EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 – Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien)
EuGH, Rs. C-465/00 u.a., Slg. 2003, I-4989 – Österreichischer Rundfunk
EuGH, Rs. C-462/99, Slg. 2003, I-5197 – Connect Austria
EuGH, Rs. C-393/01, Slg. 2003, I-5405 – Frankreich/Kommission
EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 – Schmidberger (Brenner-Blockade)
EuGH, Rs. C-83 u.a./01, Slg. 2003, I-6993 – Chronopost
EuGH, Rs. C-20 u. 64/00, Slg. 2003, I-7411 – Booker Aquaculture
EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 – Altmark
EuGH, Rs. C-137/00, Slg. 2003, I-7975 – Milk Marque u. National Farmers' Union
EuGH, Rs. C-361/01 P, Slg. 2003, I-8283 – Kik/HABM
EuGH, Rs. C-25/02, Slg. 2003, I-8349 – Rinke
EuGH, Rs. C-13/01, Slg. 2003, I-8679 – Safalero
EuGH, Rs. C-338/00 P, Slg. 2003, I-9189 – Volkswagen/Kommission
EuGH, Rs. C-109/01, Slg. 2003, I-9607 – Akrich
EuGH, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 – Köbler
EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 – Garcia Avello
EuGH, Rs. C-339/00, Slg. 2003, I-11757 – Irland/Kommission
EuGH, Rs. C-363/01, Slg. 2003, I-11893 – Flughafen Hannover
EuGH, Rs. C-245/01, Slg. 2003, I-12489 – RTL Television
EuGH, Rs. C-101/01, Slg. 2003, I-12971 – Lindqvist
EuGH, Rs. C-413/01, Slg. 2003, I-13187 – Ninni-Orasche
EuGH, Rs. C-416/01, Slg. 2003, I-14083 – Acor
EuGH, Rs. C-63/01, Slg. 2003, I-14447 – Evans
EuG, Rs. T-319/99, Slg. 2003, II-357 – FENIN
EuG, Rs. T-228 u. 233/99, Slg. 2003, II-435 – Westdeutsche Landesbank Girozentrale u.a.
EuG, Rs. T-273/01, Slg. 2003, II-1093 – Innova Privat-Akademie
EuG, Rs. T-76/02, Slg. 2003, II-3203 – Messina
EuG, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4653 – van den Bergh Foods
- EuGH, Rs. C-204 u.a./00 P, Slg. 2004, I-123 – Aalborg Portland
EuGH, Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541 – National Health Service
EuGH, Rs. C-264/01 u.a., Slg. 2004, I-2493 – AOK-Bundesverband u.a.
EuGH, Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723 – Wells
EuGH, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837 – Kühne & Heitz

- EuGH, Rs. C-256/01, Slg. 2004, I-873 – Allonby
EuGH, Rs. C-353/01 P, Slg. 2004, I-1073 – Mattila
EuGH, Rs. C-342/01, Slg. 2004, I-2605 – Merino Gómez
EuGH, Rs. C-234/02 P, Slg. 2004, I-2803 – Bürgerbeauftragter/Lamberts
EuGH, Rs. C-71/02, Slg. 2004, I-3025 – Karner
EuGH, Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3425 – Jégo-Quéré
EuGH, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – IMS Health
EuGH, Rs. C-482 u. 493/01, Slg. 2004, I-5257 – Orfanopoulos u. Oliveri
EuGH, Rs. C-487/01 u. C-7/02, Slg. 2004, I-5337 – Gemeente Leusden u. Holin Groep BV
EuGH, Rs. C-224/02, Slg. 2004, I-5763 – Pusa
EuGH, Rs. C-285/02, Slg. 2004, I-5861 – Elsner-Lakeberg
EuGH, Rs. C-295/02, Slg. 2004, I-6369 – Gerken
EuGH, Rs. C-37 u. 38/02, Slg. 2004, I-6911 – Dilex Port
EuGH, Rs. C-459/02, Slg. 2004, I-7315 – Gerekens u. Procola
EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 – Trojani
EuGH, Rs. C-184 u. 223/02, Slg. 2004, I-7789 – Spanien u. Finnland/Parlament u. Rat
EuGH, Rs. C-435/02 u. 103/03, Slg. 2004, I-8663 – Axel Springer Verlag
EuGH, Rs. C-319/03, Slg. 2004, I-8807 – Briheche
EuGH, Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835 – DRK
EuGH, Rs. C-222/02, Slg. 2004, I-9425 – Paul
EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 – Omega
EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9925 – Zhu u. Chen
EuGH, Rs. C-463/01, Slg. 2004, I-11705 – Kommission/Deutschland
EuGH, Rs. C-309/02, Slg. 2004, I-11763 – Radlberger
EuGH, Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 – Swedish Match
EuGH, Rs. C-293/03, Slg. 2004, I-12013 – Gregorio My/ONP
EuG, Rs. T-67/01, Slg. 2004, II-49 – JCB Service
EuG, Rs. T-236 u.a./01, Slg. 2004, II-1181 – Tokai Carbon
EuG, Rs. T-67 u.a./00, Slg. 2004, II-2501 – JFE Engineering u.a.
EuG, Rs. T-84/03, Slg. 2004, II-4061 – Turco
EuG, Rs. T-168/02, Slg. 2004, II-4135 – IFAW Internationaler Tierschutzfonds
- EuGH, Rs. C-188/03, Slg. 2005, I-885 – Junk
EuGH, Rs. C-215/03, Slg. 2005, I-1215 – Salah Oulane
EuGH, Rs. C-250/03, Slg. 2005, I-1267 – Mauri
EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar
EuGH, Rs. C-519/03, Slg. 2005, I-3067 – Kommission/Luxemburg
EuGH, Rs. C-387/02 u.a., Slg. 2005, I-3565 – Berlusconi u.a.
EuGH, Rs. C-347/03, Slg. 2005, I-3785 – Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia
EuGH, Rs. C-465/03, Slg. 2005, I-4357 – Kretztechnik AG
EuGH, Rs. C-189 u.a./02 P, Slg. 2005, I-5425 – Dansk Rørindustri u.a.
EuGH, Rs. C-295/03 P, Slg. 2005, I-5673 – Alessandrini Srl
EuGH, Rs. C-147/03, Slg. 2005, I-5969 – Kommission/Österreich
EuGH, Rs. C-374/03, Slg. 2005, I-6199 – Gürol
EuGH, Rs. C-403/03, Slg. 2005, I-6421 – Schempp
EuGH, Rs. C-176/03, Slg. 2005, I-7879 – Kommission/Rat
EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 – Mangold
EuGH, Rs. C-66/04, Slg. 2005, I-10553 – Raucharomenverordnung

- EuGH, Rs. C-148/04, Slg. 2005, I-11137 – Unicredito
EuG, Rs. T-187/03, Slg. 2005, II-1029 – Sippacercola
EuG, Rs. T-2/03, Slg. 2005, II-1121 – Verein für Konsumenteninformation
EuG, Rs. T-110/03 u.a., Slg. 2005, II-1429 – Sison
EuG, Rs. T-171/02, Slg. 2005, II-2123 – Regione autonoma della Sardegna
EuG, Rs. T-306/01, Slg. 2005, II-3533 – Yusuf u. Al Barakaat
EuG, Rs. T-315/01, Slg. 2005, II-3649 – Kadi
EuG, Rs. T-178/05, Slg. 2005, II-4807 – Vereinigtes Königreich/Kommission
- EuGH, Rs. C-222/04, Slg. 2006, I-289 – Cassa di Risparmio di Firenze
EuGH, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333 – Van Esbroeck
EuGH, Rs. C-234/04, Slg. 2006, I-2585 – Kapferer
EuGH, Rs. C-94/05, Slg. 2006, I-2619 – Emsland-Stärke
EuGH, Rs. C-408/03, Slg. 2006, I-2647 – Kommission/Belgien
EuGH, Rs. C-343/04, Slg. 2006, I-4557 – Land Oberösterreich
EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, Slg. 2006, I-4721 – Parlament/Rat u. Kommission
EuGH, Rs. C-173/03, Slg. 2006, I-5177 – Traghetti del Mediterraneo
EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 – Parlament/Rat
EuGH, Rs. C-289/04 P, Slg. 2006, I-5859 – Showa Denko KK
EuGH, Rs. C-53/05, Slg. 2006, I-6215 – Kommission/Portugal
EuGH, Rs. C-205/03 P, Slg. 2006, I-6295 – FENIN
EuGH, Rs. C-123 u. 124/04, Slg. 2006, I-7861 – Industrias Nucleares do Brasil SA
EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917 – Spanien/Vereinigtes Königreich
EuGH, Rs. C-300/04, Slg. 2006, I-8055 – Eman u. Sevinger
EuGH, Rs. C-392 u. 422/04, Slg. 2006, I-8559 – i-21 Germany u. Arcor
EuGH, Rs. C-467/04, Slg. 2006, I-9199 – Gasparini u.a.
EuGH, Rs. C-150/05, Slg. 2006, I-9327 – Van Straaten
EuGH, Rs. C-232/05, Slg. 2006, I-10071 – Kommission/Frankreich
EuGH, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10451 – Tas Hagen u. Tas
EuGH, Rs. C-520/04, Slg. 2006, I-10685 – Turpeinen
EuGH, Rs. C-413/04, Slg. 2006, I-11221 – Parlament/Rat
EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 – Deutschland/Parlament u. Rat (Tabakrichtlinie)
EuG, Rs. T-279/02, Slg. 2006, II-897 – Degussa AG
EuG, Rs. T-613/97, Slg. 2006, II-1531 – Ufex u.a.
EuG, Rs. T-391/03 u. 70/04, Slg. 2006, II-2023 – Franchet u. Byk
EuG, Rs. T-235/02, Slg. 2006, II-2139 – Ayadi
EuG, Rs. T-417/05, Slg. 2006, II-2533 – Endesa
EuG, Rs. T-329/01, Slg. 2006, II-3255 – Archer Daniels Midland
EuG, Rs. T-193/04, Slg. 2006, II-3995 – Tillack
EuG, Rs. T-228/02, Slg. 2006, II-4665 – Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran
- EuGH, Rs. C-266/05 P, Slg. 2007, I-1233 – Sison
EuGH, Rs. C-3/06 P, Slg. 2007, I-1331 – Groupe Danone
EuGH, Rs. C-354/04 P, Slg. 2007, I-1579 – Gestoras Pro Amnistía
EuGH, Rs. C-355/04 P, Slg. 2007, I-1657 – Segi
EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271 – Unibet
EuGH, Urt. v. 17.4.2007, Rs. C-470/03, EuGRZ 2007, 431 – A.G.M.-COS.MET
EuGH, Urt. v. 3.5.2007, Rs. C-303/05, DVBl. 2007, 897 – Europäischer Haftbefehl

- EuGH, Urt. v. 21.6.2007, Rs. C-231-233/06, NJW 2007, 3625 – Jonkman u.a.
 EuGH, Urt. v. 26.6.2007, Rs. C-305/05, NJW 2007, 2387 – *Ordre des barreaux francophones et germanophone*
 EuGH, Urt. v. 18.7.2007, Rs. C-367/05 – Kraaijenbrink
 EuGH, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-76/05, EuZW 2007, 601 – Schwarz u. Gootjes-Schwarz
 EuGH, Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-116/06, EuZW 2007, 741 – Sari Kiiski
 EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, NJW 2007, 3339 – Félix Palacios de la Villa
 EuGH, Urt. v. 23.10.2007, Rs. C-440/05, EuGRZ 2007, 696 – Kommission/Rat
 EuGH, Urt. v. 23.10.2007, Rs. C-11 u. 12/06, EuZW 2007, 767 – Morgan u. Bucher
 EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, EuZW 2008, 246 – Viking
 EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-64/05 P, EuZW 2008, 219 – IFAW Internationaler Tierschutzfonds
 EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05, EuGRZ 2008, 39 – Laval
 EuG, Urt. v. 11.7.2007, Rs. T-170/06 – Alrosa
 EuG, Urt. v. 12.9.2007, Rs. T-36/04 – Association de la Presse Internationale
 EuG, Urt. v. 8.11.2007, Rs. T-194/04, EuR 2007, 776 – Bavarian Lager

 EuGH, Urt. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06, EuZW 2008, 113 – Promusicae/Telefónica
 EuGH, Urt. v. 12.2.2008, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148 – Kempter
 EuGH, Urt. v. 14.2.2008, Rs. C-244/06, EuZW 2008, 177 – Dynamic Medien
 EuGH, Urt. v. 14.2.2008, Rs. C-450/06, EuGRZ 2008, 136 – Varec
 EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, NVwZ 2008, 537 – Maruko
 EuGH, Urt. v. 3.4.2008, Rs. C-346/06, EuZW 2008, 306 – Rüffert
 EuGH, Schlussanträge v. 16.1.2008, Rs. C-402/05 P – Kadi
 EuGH, Schlussanträge v. 23.1.2008, Rs. C-415/05 P – Al Barakaat
 EuGH, Schlussanträge v. 24.4.2008, Rs. C-353/06 – Grunkin u. Paul
 EuGH, Schlussanträge v. 8.5.2008, Rs. C-73/07 – Satamedia

Entscheidungstabelle zur EMRK

Konkordanztabelle

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EKMR	Entsch. vom 14.12.1962	1068/61	YB 5 (1962), 278	X./Niederlande	
EKMR	Ber. vom 30.3.1963	788/60	YB 6 (1963), 742	Österreich/Italien	
EKMR	Entsch. vom 17.12.1963	1468/62	CD 12, 80	Iversen/Norwegen	EuGRZ 1975, 51
EKMR	Entsch. vom 15.2.1965	1753/63	YB 8 (1965), 174	X./Österreich	
EKMR	Entsch. vom 22.4.1965	1718/62	YB 8 (1965), 168	X./Österreich	
EKMR	Entsch. vom 16.7.1965	2535/65	CD 17, 28	X./Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 14.12.1965	2065/63	YB 8 (1965), 266	X./Niederlande	
EKMR	Ber. vom 12.12.1966	2299/64	YB 10 (1967), 626	Grandrath/ Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 31.5.1967	2988/66	YB 10 (1967), 472	X./Niederlande	
EKMR	Entsch. vom 17.12.1968	3798/68	CD 29, 70	Kirche von X./ Vereinigtes König- reich	
EGMR	Urt. vom 27.6.1968	2122/64	Ser. A 7	Wemhoff/ Deutschland	
EGMR	Urt. vom 23.7.1968	1474/62 u.a.	Ser. A 6	„Belgischer Spra- chenfall“	EuGRZ 1975, 298
EKMR	Entsch. vom 17.5.1969	3448/67	CD 30, 56	K.H.W./Deutschland	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EKMR	Entsch. vom 3.10.1972	5301/71	CD 43, 82	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EGMR	Entsch. vom 12.10.1973	5877/72	CD 45, 90	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EKMR	Entsch. vom 1.4.1974	4653/70	CD 46, 22	Husman/ Deutschland	EuGRZ 1975, 47
EKMR	Ber. vom 27.5.1974	4464/70	Ser. B 14	Nationale belgische Polizeigewerkschaft/ Belgien	
EKMR	Ber. vom 27.5.1974	5614/72	Ser. B 18	Schwedischer Lo- komotivführerver- band/Schweden	
EKMR	Entsch. vom 19.12.1974	6776/74	DR 2, 123	X./Schweden	
EKMR	Entsch. vom 13.3.1975	5962/72	DR 2, 50	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EKMR	Ber. vom 21.3.1975	5095/71 u.a.	Ser. B 21	Kjeldsen u.a./ Dänemark	
EKMR	Entsch. vom 21.3.1975	5574/72	DR 3, 10	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EKMR	Entsch. vom 10.7.1975	6482/74	DR 7, 77	X./Belgien u. Nie- derlande	
EKMR	Entsch. vom 10.12.1975	6794/74	DR 3, 106	X./Deutschland	
EGMR	Urt. vom 21.2.1975	4451/70	Ser. A 18	Golder/Vereinigtes Königreich	EuGRZ 1975, 91
EGMR	Urt. vom 27.10.1975	4464/70	Ser. A 19	Nationale belgische Polizeigewerk- schaft/Belgien	EuGRZ 1975, 562
EKMR	Ber. vom 25.1.1976	5310/71	Ser. B 23	Irland/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 18.5.1976	6825/74	DR 5, 86	X./Island	
EKMR	Entsch. vom 12.7.1976	7175/75	DR 6, 138	X./Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 11.12.1976	7641/76	DR 10, 224	X. u. Y./ Deutschland	
EGMR	Urt. vom 6.2.1976	5589/72	Ser. A 21	Schmidt u. Dahl- ström/Schweden	EuGRZ 1976, 68

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 6.2.1976	5614/72	Ser. A 20	Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden	EuGRZ 1976, 62
EGMR	Urt. vom 8.6.1976	5100- 5102/71 u.a.	Ser. A 22	Engel u.a./ Niederlande	EuGRZ 1976, 221
EGMR	Urt. vom 7.12.1976	5095/71 u.a.	Ser. A 23	Kjeldsen u.a./ Dänemark	NJW 1977, 487 EuGRZ 1976, 478
EGMR	Urt. vom 7.12.1976	5493/72	Ser. A 24	Handyside/Vereinigtes Königreich	EuGRZ 1977, 38
EKMR	Entsch. vom 19.5.1977	7671/76 u.a.	DR 9, 185	15 ausländische Studenten/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 5.7.1977	7527/76	DR 11, 147	X. u. Y./Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 5.7.1977	7705/76	DR 9, 196	X./Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 6.7.1977	6094/73	DR 9, 5	X./Schweden	
EKMR	Entsch. vom 7.7.1977	7215/75	DR 11, 36	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EKMR	Ber. vom 12.7.1977	6959/75	DR 10, 100	Brüggemann u. Scheuten/ Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 4.10.1977	7291/75	DR 11, 55	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EKMR	Entsch. vom 13.10.1977	7114/75	DR 10, 174	Hamer/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 15.12.1977	7229/75	DR 12, 33	X. u. Y./Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 7.3.1978	7640/76	DR 12, 102	Geerk/Schweiz	
EKMR	Urt. vom 8.7.1978	7572 u.a./76	DR 14, 91	Ensslin u.a./ Deutschland	EuGRZ 1978, 314
EKMR	Entsch. vom 10.7.1978	8030/77	DR 13, 231	CFDT/EG	EuGRZ 1979, 431
EKMR	Entsch. vom 12.7.1978	7992/77	DR 14, 234	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EKMR	Ber. vom 12.10.1978	7050/75	DR 19, 5	Arrowsmith/ Vereinigtes König- reich	
EKMR	Entsch. vom 4.12.1978	8239/78	DR 16, 187	X./Niederlande	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 18.1.1978	5310/71	Ser. A 25	Irland/Vereinigtes Königreich	EuGRZ 1979, 149
EGMR	Urt. vom 25.4.1978	5856/72	Ser. A 26	Tyrer/Vereinigtes Königreich	EuGRZ 1979, 162
EGMR	Urt. vom 6.9.1978	5029/71	Ser. A 28	Klass u.a./ Deutschland	NJW 1979, 1755 EuGRZ 1979, 278
EKMR	Entsch. vom 5.5.1979	7805/77	DR 16, 68	X. u. Scientology- Kirche/Schweden	
EKMR	Entsch. vom 5.7.1979	7906/77	DR 17, 59	Van Droogenbroek/ Belgien	
EKMR	Entsch. vom 3.10.1979	8003/77	DR 17, 80	X./Österreich	EuGRZ 1979, 574
EKMR	Entsch. vom 10.10.1979	8191/78	DR 17, 108	Rassemblement Jurassien u. Unité Jurassienne/Schweiz	EuGRZ 1980, 36
EKMR	Entsch. vom 13.12.1979	7987/77	DR 18, 31	Company X./ Österreich	
EKMR	Entsch. vom 13.12.1979	8707/79	DR 18, 257	X./Belgien	
EKMR	Entsch. vom 13.12.1979	8278/78	DR 18, 154	X./Österreich	
EGMR	Urt. vom 26.4.1979	6538/74	Ser. A 30	Sunday Times/ Vereinigtes König- reich (Nr. 1)	EuGRZ 1979, 386
EGMR	Urt. vom 13.6.1979	6833/74	Ser. A 31	Marckx/Belgien	NJW 1979, 2449 EuGRZ 1979, 454
EGMR	Urt. vom 9.10.1979	6289/73	Ser. A 32	Airey/Irland	EuGRZ 1979, 626
EGMR	Urt. vom 24.10.1979	6301/73	Ser. A 33	Winterwerp/ Niederlande	EuGRZ 1979, 650
EGMR	Urt. vom 4.12.1979	7710/76	Ser. A 34	Schiesser/Schweiz	EuGRZ 1980, 202
EKMR	Entsch. vom 6.3.1980	8724/79	DR 20, 226	X./Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 15.5.1980	8317/78	DR 20, 44	MacFeeley u.a./ Vereinigtes König- reich	
EKMR	Ber. vom 9.7.1980	7906/77	Ser. B 44	Van Droogenbroek/ Belgien	
EKMR	Ber. vom 10.7.1980	8186/78	DR 24, 72	Draper/Vereinigtes Königreich	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EKMR	Ent. vom 15.7.1980	7889/77	DR 19, 186	Arrondelle/Vereinig- tes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 16.7.1980	8440/78	DR 21, 138	Christians against Racism and Fas- cism/Vereinigtes Königreich	EuGRZ 1981, 216
EKMR	Entsch. vom 7.10.1980	8916/80	DR 21, 250	Freda/Italien	
EKMR	Entsch. vom 9.12.1980	8844/80	DR 23, 228	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EGMR	Urt. vom 6.11.1980	7367/76	Ser. A 39	Guzzardi/Italien	NJW 1984, 544 EuGRZ 1983, 633
EKMR	Entsch. vom 14.7.1981	9234/81	DR 26, 270	X./Deutschland	
EGMR	Ber. vom 18.3.1981	8022/77 u.a.		McVeigh u.a./ Vereinigtes König- reich	EuGRZ 1983, 430
EGMR	Urt. vom 23.6.1981	6878 u. 7238/75	Ser. A 43	Le Compte, Van Leuven und De Meyere/Belgien	NJW 1982, 2714 EuGRZ 1981, 551
EGMR	Urt. vom 13.8.1981	7601/76 u. 7806/77	Ser. A 44	Young, James u. Webster/Vereinigtes Königreich	NJW 1982, 2717 EuGRZ 1981, 559
EGMR	Urt. vom 22.10.1981	7525/76	Ser. A 45	Dudgeon/Vereinig- tes Königreich	NJW 1984, 541 EuGRZ 1983, 488
EKMR	Entsch. vom 6.3.1982	8231/78	DR 28, 5	X./Vereinigtes Kö- nigreich	
EKMR	Entsch. vom 13.5.1982	8962/80	DR 28, 112	X. u. Y./Belgien	
EKMR	Ber. vom 13.5.1982	7889/77	DR 26, 5	Arrondelle/Vereinig- tes Königreich (London-Gatwick)	
EKMR	Entsch. vom 15.7.1982	9411/81	DR 29, 224	X., Y. u. Z./ Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 12.10.1982	8588 u. 8589/79	DR 29, 76	Bramelid u. Malm- ström/Schweden	
EKMR	Entsch. vom 7.12.1982	9461/81	DR 31, 210	X. u. Y./Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 25.2.1982	7511 u. 7743/76	Ser. A 48	Campbell u. Cosans/ Vereinigtes König- reich	EuGRZ 1982, 153

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 23.9.1982	7151 u. 7152/75	Ser. A 52	Sporrong u. Lönn- roth/Schweden	NJW 1984, 2747
EGMR	Urt. vom 1.10.1982	8692/79	Ser. A 53	Piersack/Belgien	EuGRZ 1985, 301
EKMR	Entsch. vom 3.10.1983	9278/81	DR 35, 30	G. u. E./Norwegen	
EKMR	Entsch. vom 15.12.1983	10358/83	DR 37, 142	C./Vereinigtes Kö- nigreich	
EGMR	Urt. vom 10.2.1983	7299/75 u. 7496/76	Ser. A 58	Albert u. Le Compte/Belgien	EuGRZ 1983, 190
EGMR	Urt. vom 25.3.1983	5947/72 u.a.	Ser. A 61	Silver u.a./Vereinig- tes Königreich	EuGRZ 1984, 147
EGMR	Entsch. vom 13.10.1983	9870/82	DR 34, 210	„Sprayer von Zü- rich“	NJW 1984, 2753
EGMR	Urt. vom 23.11.1983	8919/80	Ser. A 70	Van der Mussele/ Belgien	EuGRZ 1985, 477
EGMR	Urt. vom 7.12.1983	10378/83	DR 35, 235	K./Dänemark	
EKMR	Entsch. vom 9.5.1984	10640/83	DR 38, 219	A./Schweiz	
EKMR	Entsch. vom 5.7.1984	10678/83	DR 34, 267	V./Niederlande	
EKMR	Entsch. vom 3.10.1984	10438/83	DR 41, 170	Batelaan u. Hui- ges/Niederlande	
EKMR	Entsch. vom 11.10.1984	10410/83	DR 40, 203	N./Schweden	
EKMR	Entsch. vom 10.12.1984	10435/83	DR 40, 251	Acmanne u.a./ Belgien	
EGMR	Urt. vom 21.2.1984	8544/79	Ser. A 73	Öztürk/Deutschland	NJW 1985, 1273 EuGRZ 1985, 62
EGMR	Urt. vom 28.6.1984	7819 u. 7878/77	Ser. A 80	Campbell u. Fell/ Vereinigtes König- reich	EuGRZ 1985, 534
EGMR	Urt. vom 2.8.1984	8691/79	Ser. A 82	Malone/Vereinigtes Königreich	EuGRZ 1985, 17
EGMR	Urt. vom 28.11.1984	8777/79	Ser. A 87	Rasmussen/ Dänemark	NJW 1986, 2176 EuGRZ 1985, 511
EKMR	Entsch. vom 13.5.1985	10550/83	DR 42, 178	Cheall/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 16.5.1985	10503/83	DR 42, 162	Kleine Staarman/ Niederlande	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EKMR	Entsch. vom 10.10.1985	11655/85	DR 45, 300	Glazewska/ Schweden	
EKMR	Entsch. vom 16.10.1985	9310/81	DR 44, 13 (Zulassungs- entscheidung)	Baggs/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 4.3.1985	10671/83	DR 42, 229	T./Schweden	
EGMR	Urt. vom 25.3.1985	8734/79	Ser. A 90	Barthold/ Deutschland	NJW 1985, 2885 EuGRZ 1985, 170
EGMR	Urt. vom 26.3.1985	8978/80	Ser. A 91	X. u. Y./Niederlande	NJW 1985, 2075 EuGRZ 1985, 297
EGMR	Urt. vom 28.5.1985	8225/78	Ser. A 93	Ashingdane/Ver- einigtes Königreich	NJW 1986, 2173 EuGRZ 1986, 8
EGMR	Urt. vom 28.5.1985	9214/80 u.a.	Ser. A 94	Abdulaziz, Cabales u. Balkandali/Verei- nigtes Königreich	NJW 1986, 3007 EuGRZ 1985, 567
EKMR	Entsch. vom 3.3.1986	11674/85	DR 46, 245	Stevens/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 16.7.1986	9310/81	DR 47, 5	Rayner/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 11.11.1986	11089/84	DR 49, 181	Lindsay/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 21.2.1986	8793/79	Ser. 98	James u.a./ Vereinigtes König- reich	EuGRZ 1988, 341
EGMR	Urt. vom 29.5.1986	8562/79	Ser. A. 99	Feldbrugge/ Niederlande	EuGRZ 1988, 14
EGMR	Urt. vom 26.6.1986	8543/79	Ser. A 101	van Marle u.a./ Niederlande	EuGRZ 1988, 35
EGMR	Urt. vom 8.7.1986	9006/80 u.a.	Ser. A 102	Lithgow u.a./ Vereinigtes König- reich	EuGRZ 1988, 350
EGMR	Urt. vom 8.7.1986	9815/82	Ser. A 103	Lingens/Österreich	NJW 1987, 2143 EuGRZ 1986, 424
EGMR	Urt. vom 28.8.1986	9228/80	Ser. A 104	Glasenapp/ Deutschland	NJW 1986, 3005 EuGRZ 1986, 497
EGMR	Urt. vom 28.8.1986	9704/82	Ser. A 105	Kosiek/Deutschland	NJW 1986, 3007 EuGRZ 1986, 509
EGMR	Urt. vom 17.10.1986	9532/81	Ser. A 106	Rees/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 24.10.1986	9118/80	Ser. A 108	AGOSI/Vereinigtes Königreich	EuGRZ 1988, 513

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 24.11.1986	9063/80	Ser. A 109	Gillow/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 18.12.1986	9697/82	Ser. A 112	Johnston u.a./Irland	EuGRZ 1987, 313
EGMR	Urt. vom 18.12.1986	9990/82	Ser. A 111	Bozano/Frankreich	NJW 1987, 3066 EuGRZ 1987, 101
EKMR	Entsch. vom 20.1.1987	11603/85	DR 50, 228	Council of Civil Service Unions/Ver- einigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 6.3.1987	11533/85	DR 51, 125	Jorbedo/Schweden	EuGRZ 1988, 282
EKMR	Ber. vom 8.7.1987	9310/81	DR 52, 29 (Bericht über gütliche Eini- gung)	Baggs/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 14.7.1987	12587/86	DR 53, 241	Chappell/Vereinig- tes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 17.12.1987	4982/81	DR 58, 5	Scott's of Greenock Ltd./Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 2.3.1987	9267/81	Ser. A 113	Mathieu-Mohin u. Clerfayt/Belgien	
EGMR	Urt. vom 26.3.1987	9248/81	Ser. A 116	Leander/Schweden	
EGMR	Urt. vom 25.8.1987	9912/82	Ser. A 123	Lutz/Deutschland	EuGRZ 1987, 399
EGMR	Urt. vom 25.8.1987	10300/83	Ser. A 123	Nölkenbockhoff/ Deutschland	EuGRZ 1987, 410
EGMR	Urt. vom 28.10.1987	8695/79	Ser. A 126	Inze/Österreich	ÖJZ 1988, 177
EGMR	Urt. vom 30.11.1987	8950/80	Ser. A 127-B	H./Belgien	ÖJZ 1988, 220
EGMR	Urt. vom 18.12.1987	11329/85	Ser. A 128	F./Schweiz	EuGRZ 1993, 130
EKMR	Entsch. vom 9.5.1988	12258/86	DR 56, 222	Skärby/Schweden	
EKMR	Entsch. vom 13.12.1988	12781/87	DR 59, 168	Andersson/ Schweden	
EGMR	Urt. vom 24.3.1988	10465/83	Ser. A 130	Olsson/Schweden (Nr. 1)	EuGRZ 1988, 591

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 24.5.1988	10737/84	Ser. A 133	Müller u.a./Schweiz	NJW 1989, 379 EuGRZ 1988, 543 ÖJZ 1989, 182
EGMR	Urt. vom 21.6.1988	10126/82	Ser. A 139	Plattform „Ärzte für das Leben“/ Österreich	EuGRZ 1989, 522 ÖJZ 1988, 734
EGMR	Urt. vom 26.10.1988	10581/83	Ser. A 142	Norris/Irland	EuGRZ 1992, 477 ÖJZ 1989, 628
EGMR	Urt. vom 28.11.1988	10929/84	Ser. A 144	Nielsen/Dänemark	ÖJZ 1989, 666
EGMR	Urt. vom 29.11.1988	11209/84 u.a.	Ser. A 145-B	Brogan/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 18.1.1989	12816/87	DR 59, 186	Vearncombe u.a./ Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 6.3.1989	13079/87	DR 60, 264	G./Deutschland	
EKMR	Entsch. vom 14.4.1989	14099/88		Gillies/Vereinigtes Königreich	
EKMR	Entsch. vom 12.7.1989	13010/87	DR 62, 251	Ediciones Tiempo/ Spanien	
EKMR	Entsch. vom 2.10.1989	14135/88	DR 62, 292	P.D. u. L.D./ Vereinigtes König- reich	
EKMR	Entsch. vom 4.12.1989	14688/89	DR 64, 188	Simpson/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 22.2.1989	11508/85	Ser. A 149	Barfod/Dänemark	ÖJZ 1989, 695
EGMR	Urt. vom 30.3.1989	10461/83	Ser. A 152-A	Chappell/Ver- einigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 24.5.1989	10486/83	Ser. A 154	Hauschildt/ Dänemark	EuGRZ 1993, 122 ÖJZ 1990, 188
EGMR	Urt. vom 22.6.1989	11179/84	Ser. A 155	Langborger/ Schweden	
EGMR	Urt. vom 7.7.1989	10873/84	Ser. A 159	Tre Traktörer/ Schweden	
EGMR	Urt. vom 7.7.1989	14038/88	Ser. A 161	Soering/Vereinigtes Königreich	NJW 1990, 2183 EuGRZ 1989, 314
EGMR	Urt. vom 25.10.1989	10842/84	Ser. A 163	Jacobsson/Schweden (Nr. 1)	ÖJZ 1990, 246
EGMR	Urt. vom 20.11.1989	10572/83	Ser. A 165	markt intern/ Deutschland	EuGRZ 1996, 302
EGMR	Urt. vom 19.12.1989	10522/83 u.a.	Ser. A 169	Mellacher u.a./ Österreich	ÖJZ 1990, 150

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EKMR	Entsch. vom 17.5.1990	13728/88	DR 65, 250	S./Frankreich	
EGMR	Urt. vom 21.2.1990	9310/81	Ser. A 172	Powell u. Rayner/ Vereinigtes König- reich	ÖJZ 1990, 418
EGMR	Urt. vom 21.2.1990	11855/85	Ser. A 171-A	Håkansson u. Stu- resson/Schweden	EuGRZ 1992, 5
EGMR	Urt. vom 28.3.1990	10890/84	Ser. A 173	Groppera Radio AG u.a./Schweiz	NJW 1991, 615 EuGRZ 1990, 255
EGMR	Urt. vom 24.4.1990	11105/84	Ser. A 176-B	Huvig/Frankreich	ÖJZ 1990, 565
EGMR	Urt. vom 24.4.1990	11801/85	Ser. A 176-A	Kruslin/Frankreich	ÖJZ 1990, 565
EGMR	Urt. vom 22.5.1990	12726/87	Ser. A 178	Autronic AG/ Schweiz	NJW 1991, 620 EuGRZ 1990, 261 ÖJZ 1990, 716
EGMR	Urt. vom 27.9.1990	10843/84	Ser. A 184	Cossey/Vereinigtes Königreich	ÖJZ 1991, 173
EGMR	Urt. vom 23.10.1990	11581/85	Ser. A 187	Darby/Schweden	NJW 1991, 1404 EuGRZ 1990, 504 ÖJZ 1991, 392
EKMR	Entsch. vom 5.6.1991	14223/88	DR 70, 229	Lavis/Frankreich	
EGMR	Urt. vom 18.2.1991	12033/86	Ser. A 192	Fredin/Schweden (Nr. 1)	ÖJZ 1991, 514
EGMR	Urt. vom 18.2.1991	12313/86	Ser. A 193	Moustaquim/Belgien	EuGRZ 1993, 552 ÖJZ 1991, 452
EGMR	Urt. vom 20.3.1991	15576/89	Ser. A 201	Cruz-Varas/ Schweden	NJW 1991, 3079 EuGRZ 1991, 203 ÖJZ 1991, 519
EGMR	Urt. vom 26.4.1991	11800/85	Ser. A 202	Ezelin/Frankreich	
EGMR	Urt. vom 23.5.1991	11662/85	Ser. A 204	Oberschlick/ Österreich	NJW 1992, 613 EuGRZ 1991, 216 ÖJZ 1991, 641
EGMR	Urt. vom 30.10.1991	11796/85	Ser. A 213	Wiesinger/ Österreich	ÖJZ 1992, 238
EGMR	Urt. vom 30.10.1991	13163/87	Ser. A 215	Vilvarajah u.a./ Vereinigtes König- reich	NVwZ 1992, 869 ÖJZ 1992, 309

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 26.11.1991	13166/87	Ser. A 217	Sunday Times/ Vereinigtes König- reich (Nr. 2)	
EGMR	Urt. vom 26.11.1991	13585/88	Ser. A 216	Observer u. Guardi- an/Vereinigtes Kö- nigreich	EuGRZ 1995, 16 ÖJZ 1992, 378
EGMR	Urt. vom 29.11.1991	12742/87	Ser. A 222	Pine Valley Deve- lopments/Irland	ÖJZ 1992, 459
EKMR	Entsch. vom 13.1.1992	18881/91	DR 72, 278	Hofffunktionærfore- ningen i Danmark/ Dänemark	
EKMR	Entsch. vom 19.5.1992	15666/89		Kerkhofen u. Hinke/ Niederlande	
EKMR	Entsch. vom 2.9.1992	19212/91		Andreß/Frankreich	
EGMR	Urt. vom 25.2.1992	10802/84	Ser. A 227	Pfeifer u. Plankl/ Österreich	NJW 1992, 1873 EuGRZ 1992, 99 ÖJZ 1992, 455
EGMR	Urt. vom 25.3.1992	13590/88	Ser. A 233	Campbell/Vereinig- tes Königreich	ÖJZ 1992, 595
EGMR	Urt. vom 26.3.1992	12083/86	Ser. A 234-A	Beldjoudi/ Frankreich	EuGRZ 1993, 556 ÖJZ 1992, 773
EGMR	Urt. vom 23.4.1992	11798/85	Ser. A 236	Castells/Spanien	ÖJZ 1992, 803
EGMR	Urt. vom 15.6.1992	12433/86	Ser. A 238	Lüdi/Schweiz	NJW 1992, 3088 EuGRZ 1992, 300 ÖJZ 1992, 843
EGMR	Urt. vom 25.6.1992	13778/88	Ser. A 239	Thorgeir Thorgeir- son/Island	ÖJZ 1992, 810
EGMR	Urt. vom 27.8.1992	12850/87	Ser. A 241-A	Tomasi/Frankreich	EuGRZ 1994, 101 ÖJZ 1993, 137
EGMR	Urt. vom 24.9.1992	10533/83	Ser. A 244	Herczegfalvy u.a./ Österreich	EuGRZ 1992, 535 ÖJZ 1993, 96
EGMR	Urt. vom 29.10.1992	14234 u. 14235/88	Ser. A 246-A	Open Door u. Dub- lin Well Woman/ Irland	NJW 1993, 773 EuGRZ 1992, 484 ÖJZ 1993, 280
EGMR	Urt. vom 16.12.1992	13710/88	Ser. A 251-B	Niemietz/ Deutschland	NJW 1993, 718 EuGRZ 1993, 65 ÖJZ 1993, 389
EKMR	Entsch. vom 3.5.1993	16278/90	DR 74, 93	Karaduman/Türkei	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EKMR	Ber. vom 8.7.1993	17549/90	Ser. A 280-A	Hurtado/Schweiz	EuGRZ 1994, 271
EGMR	Urt. vom 25.2.1993	10828/84	Ser. A 256-A	Funke/Frankreich	ÖJZ 1993, 532
EGMR	Urt. vom 25.2.1993	11471/85	Ser. A 256-B	Cremieux/ Frankreich	ÖJZ 1993, 534
EGMR	Urt. vom 25.3.1993	13134/87	Ser. A 247-C	Costello-Roberts/ Vereinigtes König- reich	ÖJZ 1993, 707
EGMR	Urt. vom 20.4.1993	14327/88	Ser. A 258-A	Sibson/Vereinigtes Königreich	ÖJZ 1994, 35
EGMR	Urt. vom 22.4.1993	15070/89	Ser. A 259	Modinos/Zypern	ÖJZ 1993, 821
EGMR	Urt. vom 25.5.1993	14307/88	Ser. A 260-A	Kokkinakis/ Griechenland	ÖJZ 1994, 59
EGMR	Urt. vom 24.6.1993	14518/89	Ser. A 263	Schuler-Zraggen/ Schweiz	EuGRZ 1996, 604 ÖJZ 1994, 138
EGMR	Urt. vom 24.6.1993	14556/89	Ser. A -260-B	Papamichalopoulos u.a./Griechenland	ÖJZ 1994, 177
EGMR	Urt. vom 30.6.1993	16130/90	Ser. A 264	Sigurdur A. Sigur- jónsson/Island	ÖJZ 1994, 207
EGMR	Urt. vom 25.8.1993	13308/87	Ser. A 266-B	Chorherr/Österreich	ÖJZ 1994, 173
EGMR	Urt. vom 27.10.1993	14448/88	Ser. A 274	Dombo Beheer B.V./Niederlande	NJW 1995, 1413 ÖJZ 1994, 464
EGMR	Urt. vom 24.11.1993	13914/88 u.a.	Ser. A 276	Informationsverein Lentia u.a./ Österreich	EuGRZ 1994, 549 ÖJZ 1994, 32
EGMR	Urt. vom 22.2.1994	12954/87	Ser. A 281-A	Raimondo/Italien	ÖJZ 1994, 562
EGMR	Urt. vom 22.2.1994	16213/90	Ser. A 280-B	Burghartz/Schweiz	ÖJZ 1994, 559
EGMR	Urt. vom 24.2.1994	15450/89	Ser. A 285-A	Casado Coca/ Spanien	ÖJZ 1994, 636
EGMR	Ber. vom 19.5.1994	15225/89		Friedl/Österreich	
EGMR	Urt. vom 26.5.1994	16969/90	Ser. A 290	Keegan/Irland	NJW 1995, 2153 EuGRZ 1995, 113 ÖJZ 1995, 70
EGMR	Urt. vom 23.6.1994	15088/89	Ser. A 291-A	Jacobowski/ Deutschland	NJW 1995, 857 EuGRZ 1996, 306 ÖJZ 1995, 151

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 20.9.1994	13470/87	Ser. A 295-A	Otto-Preminger- Institut/Österreich	ÖJZ 1995, 154
EGMR	Urt. vom 21.9.1994	17101/90	Ser. A 234-B	Fayed/Vereinigtes Königreich	ÖJZ 1995, 436
EGMR	Urt. vom 22.9.1994	13616/88	Ser. A 296-A	Hentrich/Frankreich	EuGRZ 1996, 593
EGMR	Urt. vom 23.9.1994	15890/89	Ser. A 298	Jersild/Dänemark	ÖJZ 1995, 227
EGMR	Urt. vom 23.9.1994	19823/92	Ser. A 299-A	Hokkanen/Finnland	ÖJZ 1995, 271
EGMR	Urt. vom 27.10.1994	18535/91	Ser. A 297-C	Kroon u.a./ Niederlande	
EGMR	Urt. vom 28.10.1994	14310/88	Ser. A 300-A	Murray/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 24.11.1994	17621/91	Ser. A 296-C	Kemmache/Frank- reich (Nr. 3)	ÖJZ 1995, 394
EGMR	Urt. vom 25.11.1994	18131/91	Ser. A 299-B	Stjerna/Finnland	
EGMR	Urt. vom 9.12.1994	13092/87 u. 13984/88	Ser. A 301-A	Holy Monasteries/ Griechenland	ÖJZ 1995, 428
EGMR	Urt. vom 9.12.1994	13427/87	Ser. A 301-B	Stran Greek Refine- ries/Griechenland	ÖJZ 1995, 432
EGMR	Urt. vom 9.12.1994	16798/90	Ser. A 303-C	López Ostra/Spanien	EuGRZ 1995, 530
EGMR	Urt. vom 19.12.1994	15153/89	Ser. A 302	Vereinigung demo- kratischer Soldaten Österreichs u. Gubi/ Österreich	ÖJZ 1995, 314
EKMR	Entsch. vom 6.4.1995	25522/94	DR 81-B, 14	Rai, Allmond u. „Negotiate Now“/ Vereinigtes König- reich	
EGMR	Urt. vom 31.1.1995	15225/89	Ser. A 305-B	Friedl/Österreich (Stellungnahme der EKMR)	
EGMR	Urt. vom 23.2.1995	15375/89	Ser. A 306-B	Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Niederlande	
EGMR	Urt. vom 24.2.1995	16424/90	Ser. A 307-B	McMichael/Verein- igtes Königreich	ÖJZ 1995, 704
EGMR	Urt. vom 26.4.1995	15974/90	Ser. A 313	Prager u. Ober- schlick/Österreich	ÖJZ 1995, 675

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 27.4.1995	15773 u. 15774/89	Ser. A 314	Piermont/Frankreich	ÖJZ 1995, 751
EGMR	Urt. vom 5.5.1995	18465/91	Ser. A 316-A	Air Canada/Ver- einigtes Königreich	ÖJZ 1995, 755
EGMR	Urt. vom 13.7.1995	18139/91	Ser. A 316-B	Tolstoy Mislos- lawsky/Vereinigtes Königreich	ÖJZ 1995, 949
EGMR	Urt. vom 26.9.1995	17851/91	Ser. A 323	Vogt/Deutschland	NJW 1996, 375 EuGRZ 1995, 590 ÖJZ 1996, 75
EGMR	Urt. vom 28.9.1995	12868/87	Ser. A 315-B	Spadea u. Scalabrino/Italien	ÖJZ 1996, 189
EGMR	Urt. vom 23.10.1995	15963/90	Ser. A 328-C	Gradinger/ Österreich	ÖJZ 1995, 954
EGMR	Urt. vom 20.11.1995	17849/91	Ser. A 332	Pressos Compania Naviera S.A./ Belgien	ÖJZ 1996, 275
EGMR	Urt. vom 20.11.1995	19589/92	Ser. A 331	British-American Tobacco Company Ltd/Niederlande	ÖJZ 1996, 273
EGMR	Urt. vom 22.11.1995	20166/92	Ser. A 335-B	S.W./Vereinigtes Königreich	ÖJZ 1996, 356
EGMR	Urt. vom 22.11.1995	20190/92	Ser. A 335-C	C.R./Vereinigtes Königreich	
EKMR	Beschl. vom 4.3.1996	18890/91 u.a.		Weidlich u.a./ Deutschland	NJW 1996, 2291
EKMR	Entsch. vom 9.4.1996	25399/94		H. M.A./Spanien	
EKMR	Entsch. vom 12.4.1996	25045/94		Dobberstein/ Deutschland	
EGMR	Urt. vom 8.2.1996	18731/91	Rep. 1996-I	John Murray/ Vereinigtes König- reich	EuGRZ 1996, 587 ÖJZ 1996, 627
EGMR	Urt. vom 19.2.1996	23218/94	Rep. 1996-I	Gül/Schweiz	ÖJZ 1996, 593
EGMR	Urt. vom 20.2.1996	19075/91	Rep. 1996-I	Vermeulen/Belgien	ÖJZ 1996, 673
EGMR	Urt. vom 22.2.1996	17358/90	Rep. 1996-II	Bulut/Österreich	ÖJZ 1996, 430
EGMR	Urt. vom 27.3.1996	17488/90	Rep. 1996-II	Goodwin/Vereinig- tes Königreich	ÖJZ 1995, 795
EGMR	Urt. vom 25.4.1996	15573/89	Rep. 1996-II	Gustafsson/ Schweden	ÖJZ 1996, 869

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 25.6.1996	19776/92	Rep. 1996-III	Amuur u.a./ Frankreich	NVwZ 1997, 1102 EuGRZ 1996, 577 ÖJZ 1996, 956
EGMR	Urt. vom 7.8.1996	17383/90	Rep. 1996-III	Johansen/Norwegen	ÖJZ 1997, 75
EGMR	Urt. vom 16.9.1996	17371/90	Rep. 1996-IV	Gaygusuz/Österreich	ÖJZ 1996, 955
EGMR	Urt. vom 16.9.1996	20024/92	Rep. 1996-IV	Süßmann/ Deutschland	EuGRZ 1996, 514
EGMR	Urt. vom 25.9.1996	20348/92	Rep. 1996-IV	Buckley/Vereinigtes Königreich	ÖJZ 1997, 313
EGMR	Urt. vom 26.9.1996	18748/91	Rep. 1996-IV	Manoussakis u.a./Griechenland	ÖJZ 1997, 352
EGMR	Urt. vom 24.10.1996	22500/93	Rep. 1996-V	Guillot/Frankreich	ÖJZ 1997, 518
EGMR	Urt. vom 15.11.1996	17862/91	Rep. 1996-V	Cantoni/Frankreich	EuGRZ 1999, 193 ÖJZ 1997, 579
EGMR	Urt. vom 15.11.1996	22414/93	Rep. 1996-V	Chahal/Vereinigtes Königreich	NVwZ 1997, 1093 ÖJZ 1997, 632
EGMR	Urt. vom 25.11.1996	17419/90	Rep. 1996-V	Wingrove/Vereinig- tes Königreich	ÖJZ 1997, 714
EGMR	Urt. vom 28.11.1996	21702/93	Rep. 1996-IV	Ahmut/Niederlande	ÖJZ 1997, 676
EGMR	Urt. vom 17.12.1996	19187/91	Rep. 1996-VI	Saunders/Vereinig- tes Königreich	ÖJZ 1998, 32
EGMR	Urt. vom 17.12.1996	25964/94	Rep. 1996-VI	Ahmed/Österreich	NVwZ 1997, 1100 ÖJZ 1997, 231
EGMR	Urt. vom 18.12.1996	15318/89	Rep. 1996-VI	Loizidou/Türkei	EuGRZ 1997, 555 ÖJZ 1997, 793
EGMR	Urt. vom 18.12.1996	21787/93	Rep. 1996-VI	Valsamis/ Griechenland	
EGMR	Urt. vom 18.12.1996	21987/93	Rep. 1996-VI	Aksoy/Türkei	
EGMR	Urt. vom 19.2.1997	21627 u.a./93	Rep. 1997-I	Laskey, Jaggard u. Brown/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 24.2.1997	19983/92	Rep. 1997-I	De Haes u. Gijssels/ Belgien	ÖJZ 1997, 912
EGMR	Urt. vom 25.2.1997	22009/93	Rep. 1997-I	Z./Finnland	ÖJZ 1998, 152
EGMR	Urt. vom 22.4.1997	21830/93	Rep. 1997-II	X., Y. u. Z./ Vereinigtes König- reich	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 29.4.1997	24573/94	Rep. 1997-III	H.L.R./Frankreich	NVwZ 1998, 163 ÖJZ 1998, 309
EGMR	Urt. vom 2.5.1997	30240/96	Rep. 1997-III	D./Vereinigtes Kö- nigreich	NVwZ 1998, 161 ÖJZ 1998, 354
EGMR	Urt. vom 25.6.1997	20605/92	Rep. 1997-III	Halford/Vereinigtes Königreich	ÖJZ 1998, 311
EGMR	Urt. vom 1.7.1997	20704/92	Rep. 1997-IV	Kalaç/Türkei	
EGMR	Urt. vom 1.7.1997	20834/92	Rep. 1997-IV	Oberschlick/ Österreich (Nr. 2)	NJW 1999, 1321 ÖJZ 1997, 956
EGMR	Urt. vom 9.7.1997	19263/92	Rep. 1997-IV	Akkus/Türkei	ÖJZ 1998, 356
EGMR	Urt. vom 25.9.1997	23178/94	Rep. 1997-VI	Aydin/Türkei	
EGMR	Urt. vom 23.10.1997	21319/93 u.a.	Rep. 1997-VII	The National & Pro- vincial Building So- ciety/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 26.11.1997	23878- 23883/94	Rep. 1997-VII	Sakik u.a./Türkei	
EGMR	Urt. vom 16.12.1997	20972/92	Rep. 1997- VIII	Raninen/Finnland	
EGMR	Urt. vom 16.12.1997	21353/93	Rep. 1997- VIII	Camenzind/Schweiz	ÖJZ 1998, 797
EGMR	Urt. vom 30.1.1998	19392/92	Rep. 1998-I	Vereinigte Kommu- nistische Partei der Türkei u.a./Türkei	
EGMR	Urt. vom 19.2.1998	14967/89	Rep. 1998-I	Guerra u.a./Italien	NVwZ 1999, 57 EuGRZ 1999, 188 ÖJZ 1999, 33 NJW 1999, 3185 (Leitsatz)
EGMR	Urt. vom 19.2.1998	22729/93	Rep. 1998-I	Kaya/Türkei	
EGMR	Urt. vom 19.2.1998	24839/94	Rep. 1998-I	Bowman/Vereinig- tes Königreich	ÖJZ 1998, 875
EGMR	Urt. vom 19.2.1998	26102/95	Rep. 1998-I	Dalia/Frankreich	ÖJZ 1998, 937
EGMR	Urt. vom 24.2.1998	21439/93	Rep. 1998-I	Botta/Italien	ÖJZ 1999, 76
EGMR	Urt. vom 25.3.1998	23224/94	Rep. 1998-II	Kopp/Schweiz	ÖJZ 1999, 115

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 20.5.1998	25405/94	Rep. 1998-III	Schöpfer/Schweiz	ÖJZ 1999, 237
EGMR	Urt. vom 25.5.1998	21237/93	Rep. 1998-III	Sozialistische Partei u.a./Türkei	
EGMR	Urt. vom 25.5.1998	24276/94	Rep. 1998-III	Kurt/Türkei	
EGMR	Urt. vom 27.7.1998	21593/93	Rep. 1998-IV	Güleç/Türkei	
EGMR	Urt. vom 30.7.1998	22985/93 u. 23390/94	Rep. 1998-V	Sheffield u. Hor- sham/Vereinigtes Königreich	ÖJZ 1999, 571
EGMR	Urt. vom 30.7.1998	25357/94	Rep. 1998-V	Aerts/Belgien	
EGMR	Urt. vom 30.7.1998	25711/94	Rep. 1998-V	Oliveira/Schweiz	ÖJZ 1999, 77
EGMR	Urt. vom 25.8.1998	25181/94	Rep. 1998-VI	Hertel/Schweiz	ÖJZ 1999, 614
EGMR	Urt. vom 2.9.1998	22495/93	Rep. 1998-VI	Yaşa/Türkei	
EGMR	Urt. vom 23.9.1998	24838/94	Rep. 1998-VII	Steel u.a./Vereinig- tes Königreich	
EGMR	Urt. vom 28.10.1998	23452/94	Rep. 1998- VIII	Osman/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 28.10.1998	24760/94	Rep. 1998- VIII	Assenov u.a./ Bulgarien	
EGMR	Urt. vom 21.1.1999	25716/94	RJD 1999-I	Janowski/Polen	NJW 1999, 1318 EuGRZ 1999, 8 ÖJZ 1999, 735
EGMR	Urt. vom 21.1.1999	29183/95	RJD 1999-I	Fressoz u. Roire/ Frankreich	NJW 1999, 1315 EuGRZ 1999, 5 ÖJZ 1999, 774
EGMR	Urt. vom 18.2.1999	24645/94	RJD 1999-I	Buscarini u.a./ San Marino	NJW 1999, 2957 NVwZ 1999, 1209
EGMR	Urt. vom 18.2.1999	24833/94	RJD 1999-I	Matthews/ Vereinigtes König- reich	NJW 1999, 3107 EuGRZ 1999, 200 ÖJZ 2000, 34
EGMR	Urt. vom 18.2.1999	26083/94	RJD 1999-I	Waite u. Kennedy/ Deutschland	NJW 1999, 1173 EuGRZ 1999, 207 ÖJZ 1999, 776
EGMR	Urt. vom 18.2.1999	28934/95		Beer u. Regan/ Deutschland	
EGMR	Urt. vom 23.2.1999	45917/99		Andric/Schweden	ÖJZ 1999, 904

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 25.3.1999	31107/96	RJD 1999-II	Iatridis/ Griechenland	EuGRZ 1999, 316
EGMR	Entsch. vom 20.4.1999	33099/96	RJD 1999-V	Hoerner Bank GmbH/Deutschland	NJW 2001, 1555
EGMR	Urt. vom 29.4.1999	25088/94 u.a.	RJD 1999-III	Chassagnou u.a./ Frankreich	NJW 1999, 3695 NVwZ 2000, 57 (Leitsatz)
EGMR	Urt. vom 29.4.1999	25642/94	RJD 1999-III	Aquilina/Malta	NJW 2001, 51 NVwZ 2001, 181
EGMR	Urt. vom 20.5.1999	21594/93	Rep. 1999-III	Oğur/Türkei	NJW 2001, 1991
EGMR	Urt. vom 20.5.1999	21980/93	RJD 1999-III	Bladet Tromsø u. Stensaas/Norwegen	NJW 2000, 1015 EuGRZ 1999, 453 ÖJZ 2000, 232
EGMR	Urt. vom 20.5.1999	25390/94	RJD 1999-III	Rekvényi/Ungarn	NVwZ 2000, 421 ÖJZ 2000, 235
EGMR	Entsch. vom 25.5.1999	37592/97	RJD 1999-V	Olbertz/Deutschland	NJW 2001, 1558
EGMR	Entsch. vom 29.6.1999	29197/95		Bernard et 47 autre personnes physiques et l'association Greenpeace Luxem- bourg/Luxemburg	
EGMR	Urt. vom 8.7.1999	23168/94	RJD 1999-IV	Karataş/Türkei	
EGMR	Urt. vom 8.7.1999	23536 u.24408/94	RJD 1999-IV	Başkaya und Okçu- oğlu/Türkei	NJW 2001, 1995
EGMR	Urt. vom 8.7.1999	23556/94	RJD 1999-IV	Ceylan/Türkei	
EGMR	Urt. vom 8.7.1999	23657/94	RJD 1999-IV	Çakici/Türkei	ÖJZ 2000, 474
EGMR	Urt. vom 28.7.1999	22774/93	RJD 1999-V	Immobiliare Saffi/ Italien	
EGMR	Urt. vom 28.7.1999	25803/94	RJD 1999-V	Selmouni/Frankreich	NJW 2001, 56
EGMR	Entsch. vom 14.9.1999	32441/96		Karakurt/Österreich	ÖJZ 2000, 574
EGMR	Urt. vom 27.9.1999	31417 u. 32377/96		Lustig-Prean u. Be- ckett/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 27.9.1999	33985 u. 33986/96	RJD 1999-VI	Smith u. Grady/Ver- einigtes Königreich	NJW 2000, 2089
EGMR	Urt. vom 28.10.1999	28342/95	RJD 1999-VII	Brumarescu/ Rumänien	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 28.10.1999	28396/95	RJD 1999-VII	Wille/Liechtenstein	NJW 2001, 1195 EuGRZ 2001, 475 ÖJZ 2000, 647
EGMR	Entsch. vom 9.11.1999	37595/97	RJD 1999- VIII	Döring/Deutschland	NJW 2001, 1556
EGMR	Urt. vom 25.11.1999	23118/93	RJD 1999- VIII	Nilsen u. Johnsen/ Norwegen	
EGMR	Urt. vom 25.11.1999	25594/94	RJD 1999- VIII	Hashman u. Harrup/ Vereinigtes König- reich	
EKMR	Urt. vom 8.12.1999	23885/94	RJD 1999- VIII	ÖZDEP/Türkei	
EGMR	Urt. vom 14.12.1999	38178/97	RJD 1999-IX	Serif/Griechenland	
EGMR	Urt. vom 16.12.1999	24724/94		T./Vereinigtes Kö- nigreich	
EGMR	Urt. vom 16.12.1999	24888/94	RJD 1999-IX	V./Vereinigtes Kö- nigreich	
EGMR	Urt. vom 21.12.1999	33290/96	RJD 1999-IX	Salgueiro da Silva Mouta/Portugal	
EGMR	Urt. vom 5.1.2000	33202/96	RJD 2000-I	Beyeler/Italien	NJW 2003, 654
EGMR	Urt. vom 11.1.2000	31457/96	RJD 2000-I	News Verlags GmbH/Österreich	ÖJZ 2000, 394
EGMR	Urt. vom 16.2.2000	27798/95	RJD 2000-II	Amann/Schweiz	ÖJZ 2001, 71
EGMR	Urt. vom 29.2.2000	39293/98		Fuentes Bobo/ Spanien	
EGMR	Entsch. vom 7.3.2000	42400/98		Seguin/Frankreich	
EGMR	Urt. vom 16.3.2000	23144/93	RJD 2000-III	Özgür Gündem/ Türkei	
EGMR	Urt. vom 28.3.2000	22492/93	RJD 2000-III	Kiliç/Türkei	
EGMR	Urt. vom 28.3.2000	22535/93	RJD 2000-III	Mahmut Kaya/ Türkei	
EGMR	Urt. vom 6.4.2000	34369/97	RJD 2000-IV	Thlimmenos/ Griechenland	ÖJZ 2001, 518
EGMR	Urt. vom 4.5.2000	28341/95	RJD 2000-V	Rotaru/Rumänien	ÖJZ 2001, 74
EGMR	Urt. vom 9.5.2000	34129/96	RJD 2000-V	Sander/Vereinigtes Königreich	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 6.6.2000	34130/96	RJD 2000-VI	Morel/Frankreich	
EGMR	Urt. vom 15.6.2000	25723/94	RJD 2000-VI	Erdoğan/Türkei	
EGMR	Urt. vom 20.6.2000	33274/96		Foxley/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 22.6.2000	32492 u.a./96	RJD 2000-VII	Coëme/Belgien	
EGMR	Urt. vom 27.6.2000	21986/93	RJD 2000-VII	Salman/Türkei	NJW 2001, 2001
EGMR	Urt. vom 27.6.2000	22277/93	RJD 2000-VII	Ilhan/Türkei	
EGMR	Urt. vom 27.6.2000	27417/95	RJD 2000-VII	Cha'are Shalom ve Tsedek/Frankreich	ÖJZ 2001, 774
EGMR	Urt. vom 4.7.2000	27915/95		Niedbala/Polen	
EGMR	Urt. vom 13.7.2000	25735/94	RJD 2000- VIII	Elsholz/Deutschland	NJW 2001, 2315 EuGRZ 2001, 595 ÖJZ 2002, 71
EGMR	Urt. vom 13.7.2000	39221 u. 41963/98	RJD 2000- VIII	Scozzari u. Giunta/ Italien	ÖJZ 2002, 74
EGMR	Urt. vom 18.7.2000	26680/95		Şener/Türkei	ÖJZ 2001, 696
EGMR	Urt. vom 27.7.2000	33379/96		Klein/Deutschland	NJW 2001, 213
EGMR	Urt. vom 31.7.2000	34578/97	RJD 2000-IX	Jecius/Litauen	
EGMR	Urt. vom 21.9.2000	32240/96		Tele 1 Privatfern- sehgeseellschaft mbH/Österreich	ÖJZ 2001, 156
EGMR	Urt. vom 3.10.2000	28369/95	RJD 2000-X	Camp u. Bourimi/ Niederlande	
EGMR	Urt. vom 19.10.2000	31227/96		Ambruosi/Italien	
EGMR	Urt. vom 26.10.2000	30210/96	RJD 2001-XI	Kudła/Polen	NJW 2001, 2694 EuGRZ 2004, 484 ÖJZ 2001, 904
EGMR	Urt. vom 26.10.2000	30985/96	RJD 2000-XI	Hasan u. Chaush/ Bulgarien	
EGMR	Urt. vom 14.11.2000	24396/94		Tas/Türkei	
EGMR	Urt. vom 23.11.2000	25701/94	RJD 2000-XII	Früherer König von Griechenland u.a./ Griechenland	NJW 2002, 45 NVwZ 2002, 321 EuGRZ 2001, 397

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 21.12.2000	34720/97	RJD 2000-XII	Heaney u. McGuinness/Irland	
EGMR	Urt. vom 18.1.2001	24882/94		Beard/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 18.1.2001	27238/95	RJD 2001-I	Chapman/Vereinig- tes Königreich	
EGMR	Urt. vom 6.2.2001	41205/98	RJD 2001-I	Tammer/Estland	
EGMR	Urt. vom 6.2.2001	44599/98	RJD 2002-I	Bensaid/Vereinigtes Königreich	NVwZ 2002, 453
EGMR	Urt. vom 13.2.2001	23541/94		Garcia Alva/ Deutschland	NJW 2002, 2018
EGMR	Urt. vom 13.2.2001	24479/94	RJD 2001-I	Lietzow/ Deutschland	NJW 2002, 2013
EGMR	Urt. vom 13.2.2001	25116/94	RJD 2001-I	Schöps/Deutschland	NJW 2002, 2015
EGMR	Urt. vom 15.2.2001	37095/97		Pialopoulos/ Griechenland	
EGMR	Entsch. vom 15.2.2001	42393/98	RJD 2001-V	Dahlab/Schweiz	NJW 2001, 2871 EuGRZ 2003, 595
EGMR	Urt. vom 27.2.2001	26958/95	RJD 2001-II	Jerusalem/Österreich	ÖJZ 2001, 693
EGMR	Urt. vom 22.3.2001	34044/96 u.a.	RJD 2001-II	Streletz, Keßler u. Krenz/Deutschland	NJW 2001, 3035 EuGRZ 2001, 210 ÖJZ 2002, 274
EGMR	Urt. vom 29.3.2001	38432/97	RJD 2001-III	Thoma/Luxemburg	
EGMR	Urt. vom 3.4.2001	27229/95	RJD 2001-III	Keenan/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 19.4.2001	28524/95	RJD 2001-III	Peers/Griechenland	
EGMR	Urt. vom 4.5.2001	28883/95	RJD 2001-III	McKerr/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 10.5.2001	25781/94	RJD 2001-IV	Zypern/Türkei	
EGMR	Urt. vom 10.5.2001	28945/95	RJD 2001-V	T. P. u. K. M./Ver- einigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 10.5.2001	29392/95	RJD 2001-V	Z./Vereinigtes Kö- nigreich	
EGMR	Urt. vom 29.5.2001	37950/97		Franz Fischer/ Österreich	ÖJZ 2001, 657
EGMR	Urt. vom 31.5.2001	37591/97		Metzger/ Deutschland	NJW 2002, 2856 EuGRZ 2001, 299

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 28.6.2001	24699/94	RJD 2001-VI	VgT Verein gegen Tierfabriken/ Schweiz	ÖJZ 2002, 855
EGMR	Entsch. vom 28.6.2001	41953/98	RJD 2001-VII	Verliere/Schweiz	
EGMR	Urt. vom 5.7.2001	38321/97	RJD 2001-VII	Erdem/Deutschland	NJW 2003, 1439 EuGRZ 2001, 391
EGMR	Urt. vom 5.7.2001	52024/99	RJD 2001-VII	Arcuri u.a./Italien	
EGMR	Urt. vom 10.7.2001	25657/94	RJD 2001-VII	Avşar/Türkei	
EGMR	Urt. vom 12.7.2001	25702/94	RJD 2001-VII	K. u. T./Finnland	NJW 2003, 809
EGMR	Urt. vom 12.7.2001	42527/98	RJD 2001- VIII	Prinz Hans-Adam II/ Deutschland	NJW 2003, 649 EuGRZ 2001, 466 ÖJZ 2002, 347
EGMR	Urt. vom 17.7.2001	39288/98	RJD 2001- VIII	Association Ekin/ Frankreich	
EGMR	Urt. vom 2.8.2001	54273/00	RJD 2001-IX	Boultif/Schweiz	
EGMR	Entsch. vom 11.9.2001	31876/96		Tepeli u.a./Türkei	
EGMR	Urt. vom 25.9.2001	44787/98	RJD 2001-IX	P. G. u. J. H./Ver- einigtes Königreich	ÖJZ 2002, 911
EGMR	Entsch. vom 27.9.2001	40862/98	RJD 2001-X	Lenz/Deutschland	NJW 2003, 2441 EuGRZ 2001, 484
EGMR	Urt. vom 2.10.2001	29221 u. 29225/95	RJD 2001-IX	Stankov u. Vereinig- te Mazedonische Organisation Ilin- den/Bulgarien	
EGMR	Urt. vom 2.10.2001	36022/97		Hatton u.a./Verein- igtes Königreich	ÖJZ 2003, 72
EGMR	Entsch. vom 2.10.2001	49853/99	RJD 2001-X	Pichon u. Sajous/ Frankreich	
EGMR	Entsch. vom 4.10.2001	43359/98		Adam/Deutschland	NJW 2003, 2595 EuGRZ 2001, 582
EGMR	Urt. vom 25.10.2001	41879/98		Saggio/Italien	
EGMR	Urt. vom 16.11.2001	41852/98		Vaccaro/Italien	
EGMR	Urt. vom 21.11.2001	35763/97	RJD 2001-IX	Al-Adsani/Vereinig- tes Königreich	EuGRZ 2002, 403
EGMR	Entsch. vom 22.11.2001	39799/98		Volkmer/ Deutschland	NJW 2002, 3087 ÖJZ 2003, 273

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Entsch. vom 6.12.2001	31178/96		Petersen/ Deutschland	NJW 2003, 1921 EuGRZ 2002, 32 ÖJZ 2003, 114
EGMR	Urt. vom 13.12.2001	45701/99	RJD 2001-XII	Kirche der Metropo- lie Bessarabien/ Moldawien	
EGMR	Urt. vom 20.12.2001	32899/96		Buchberger/ Österreich	ÖJZ 2002, 395
EGMR	Urt. vom 20.12.2001	33900/96		P.S./Deutschland	NJW 2003, 2893 EuGRZ 2002, 37 ÖJZ 2003, 235
EGMR	Entsch. vom 10.1.2002	53574/99	RJD 2002-I	UNISON/Vereinig- tes Königreich	ÖJZ 2003, 276
EGMR	Urt. vom 29.1.2002	37328/97		A. B./Niederlande	
EGMR	Urt. vom 5.2.2002	51564/99	RJD 2002-I	Čonka/Belgien	
EGMR	Urt. vom 26.2.2002	28525/95	RJD 2002-I	Unabhängige Initia- tive Informations- vielfalt/Österreich	ÖJZ 2002, 468
EGMR	Urt. vom 26.2.2002	34315/96		Krone Verlag GmbH/Österreich	ÖJZ 2002, 466
EGMR	Urt. vom 26.2.2002	46544/99	RJD 2002-I	Kutzner/ Deutschland	EuGRZ 2002, 244
EGMR	Urt. vom 14.3.2002	44800/98		Puzinas/Litauen	
EGMR	Urt. vom 21.3.2002	31611/96	RJD 2002-II	Nikula/Finnland	ÖJZ 2003, 430
EGMR	Urt. vom 9.4.2002	51346/99	RJD 2002-III (extracts)	Cisse/Frankreich	
EGMR	Urt. vom 11.4.2002	46044/99		Lallement/ Frankreich	
EGMR	Urt. vom 16.4.2002	36677/97	RJD 2002-III	S.A. Dangeville/ Frankreich	EuGRZ 2007, 671
EGMR	Urt. vom 16.4.2002	37971/97	RJD 2002-III	Société Colas Est u.a./Frankreich	
EGMR	Urt. vom 29.4.2002	2346/02	RJD 2002-III	Pretty/Vereinigtes Königreich	NJW 2002, 2851
EGMR	Urt. vom 23.5.2002	6422 u. 9916/02	RJD 2002-V	Segi u.a./15 Mit- gliedstaaten der EU	
EGMR	Urt. vom 30.5.2002	38275/97		W.F./Österreich	ÖJZ 2003, 476

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 6.6.2002	38237/97		Sailer/Österreich	
EGMR	Urt. vom 11.6.2002	25144/94 u.a.	RJD 2002-IV	Sadak u.a./Türkei	
EGMR	Urt. vom 17.6.2002	56298/00		Bottaro/Italien	
EGMR	Urt. vom 18.6.2002	25656/94		Orhan/Türkei	
EGMR	Urt. vom 20.6.2002	27715/95 u. 30209/96		Berliński/Polen	
EGMR	Urt. vom 20.6.2002	56679/00		Azinas/Zypern	
EGMR	Urt. vom 2.7.2002	30668/96 u.a.	RJD 2002-V	Wilson u.a./Verein- igtes Königreich	ÖJZ 2003, 729
EGMR	Entsch. vom 4.7.2002	43311/98		Köll/Österreich	ÖJZ 2002, 778
EGMR	Urt. vom 10.7.2002	39794/98	RJD 2002-VII	Gratzinger u. Grat- zingerova/ Tschechien	
EGMR	Urt. vom 11.7.2002	25680/94		I./Vereinigtes Kö- nigreich	
EGMR	Urt. vom 11.7.2002	28957/95	RJD 2002-VI	Christine Goodwin/ Vereinigtes König- reich	NJW-RR 2004, 289 ÖJZ 2003, 766
EGMR	Urt. vom 15.7.2002	47095/99	RJD 2002-VI	Kalashnikov/ Russland	NVwZ 2005, 303
EGMR	Urt. vom 16.7.2002	56547/00	RJD 2002-VI	P., C. u. S./Verein- igtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 23.7.2002	56132/00		Taskin/Deutschland	EuGRZ 2002, 593
EGMR	Urt. vom 25.7.2002	48553/99	RJD 2002-VII	Sovtransavto/ Ukraine	
EGMR	Urt. vom 29.8.2002	67578/01		Appolonov/Russland	
EGMR	Entsch. vom 5.9.2002	50490/99	RJD 2002-VII	Boso/Italien	
EGMR	Urt. vom 24.9.2002	27824/95	RJD 2002-VII	Posti u. Rahku/ Finnland	
EGMR	Urt. vom 3.10.2002	37568/97		Böhmer/ Deutschland	NJW 2004, 43
EGMR	Urt. vom 17.10.2002	37928/97		Stambuk/ Deutschland	NJW 2003, 497 EuGRZ 2002, 589 ÖJZ 2004, 235

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 22.10.2002	47114/99		Taylor-Sabori/Ver- einigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 5.11.2002	38743/97	RJD 2002-XI	Demuth/Schweiz	EuGRZ 2003, 488
EGMR	Urt. vom 28.11.2002	58442/00		Lavents/Lettland	
EGMR	Urt. vom 5.12.2002	28493/95		Yalçın Küçük/ Türkei	
EGMR	Urt. vom 10.12.2002	53236/99		Waite/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 12.12.2002	37290/97	RJD 2002-X	Wittek/Deutschland	NJW 2004, 1583 EuGRZ 2003, 224
EGMR	Urt. vom 18.12.2002	24952/94	RJD 2002-X	N. C./Italien	
EGMR	Urt. vom 9.1.2003	38822/97	RJD 2003-I (extracts)	Shishkor/Bulgarien	
EGMR	Urt. vom 28.1.2003	44647/98	RJD 2003-I	Peck/Vereinigtes Königreich	ÖJZ 2004, 651
EGMR	Urt. vom 4.2.2003	52750/99		Lorsé u.a./ Niederlande	
EGMR	Urt. vom 11.2.2003	34964/97	RJD 2003-II	Ringvold/Norwegen	
EGMR	Urt. vom 11.2.2003	56568/00	RJD 2003-II	Y./Norwegen	
EGMR	Urt. vom 13.2.2003	41340 u.a./98	RJD 2003-II	Refah Partisi (Wohl- fahrtpartei) u.a./ Türkei	NVwZ 2003, 1489
EGMR	Urt. vom 13.2.2003	42326/98	RJD 2003-III	Odièvre/Frankreich	NJW 2003, 2145 EuGRZ 2003, 584 ÖJZ 2005, 34
EGMR	Urt. vom 18.2.2003	58496/00		Prado Bugallo/ Spanien	
EGMR	Urt. vom 20.2.2003	20652/92	RJD 2003-III	Djavit An/Türkei	
EGMR	Urt. vom 20.2.2003	47316/99		Forrer-Niedenthal/ Deutschland	
EGMR	Urt. vom 25.2.2003	51772/99	RJD 2003-IV	Roemen u. Schmit/ Luxemburg	
EGMR	Urt. vom 12.3.2003	46221/99		Öcalan/Türkei	EuGRZ 2003, 472
EGMR	Urt. vom 4.5.2003	50901/99	RJD 2003-II	Van der Ven/ Niederlande	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 6.5.2003	44306/98	RJD 2003-VI	Appleby u.a./Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 6.5.2003	48898/99	RJD 2003-V	Perna/Italien	NJW 2004, 2653
EGMR	Urt. vom 12.6.2003	35968/97	RJD 2003-VII	van Kück/ Deutschland	NJW 2004, 2505
EGMR	Urt. vom 17.6.2003	62435/00	RJD 2003-VII	Pescador Valero/ Spanien	
EGMR	Urt. vom 24.6.2003	44277/98		Stretch/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Entsch. vom 24.6.2003	65831/01	RJD 2003-IX (extracts)	Garaudy/Frankreich	NJW 2004, 3691
EGMR	Urt. vom 8.7.2003	30943/96	RJD 2003- VIII	Sahin/Deutschland	EuGRZ 2004, 707
EGMR	Urt. vom 8.7.2003	31871/96	RJD 2003- VIII (extracts)	Sommerfeld/ Deutschland	EuGRZ 2004, 711
EGMR	Urt. vom 8.7.2003	36022/97	RJD 2003- VIII	Hatton u.a./ Vereinigtes König- reich	NVwZ 2004, 1465 EuGRZ 2005, 584 ÖJZ 2005, 642
EGMR	Urt. vom 10.7.2003	44179/98	RJD 2003-IX	Murphy/Irland	
EGMR	Urt. vom 15.7.2003	33400/96		Ernst u.a./Belgien	
EGMR	Urt. vom 17.7.2003	32190/96	RJD 2003-IX	Lourdo/Italien	
EGMR	Urt. vom 22.7.2003	39647 u. 40461/98		Edwards u. Lewis/ Vereinigtes König- reich	
EGMR	Urt. vom 24.7.2003	40016/98	RJD 2003-IX	Karner/Österreich	ÖJZ 2004, 36
EGMR	Urt. vom 24.7.2003	46133 u. 48183/99	RJD 2003-IX	Smirnova/Russland	
EGMR	Entsch. vom 23.9.2003	53984/00	RJD 2003-X	Radio France u.a./ Frankreich	
EGMR	Urt. vom 24.9.2003	35179/97	RJD 2003-VII	Allard/Schweden	
EGMR	Urt. vom 25.9.2003	52792/99		Vasileva/Dänemark	
EGMR	Urt. vom 28.10.2003	39657/98	RJD 2003-XI	Steur/Niederlande	NJW 2004, 3317
EGMR	Urt. vom 30.10.2003	38654/97		Goral/Polen	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 13.11.2003	39394/98	RJD 2003-XI	Scharsach u. News Verlagsgesellschaft/ Österreich	ÖJZ 2004, 512
EGMR	Urt. vom 4.12.2003	39272/98	RJD 2003-XII (extracts)	M.C./Bulgarien	
EGMR	Urt. vom 11.12.2003	39069/97	RJD 2003-XII	Krone Verlag GmbH/Österreich (Nr. 3)	ÖJZ 2004, 397
EGMR	Urt. vom 8.1.2004	47169/99	RJD 2004-I	Voggenreiter/ Deutschland	NJW 2005, 41 EuGRZ 2004, 150
EGMR	Urt. vom 22.1.2004	46720/99 u.a.		Jahn u.a./ Deutschland	NJW 2004, 923 EuGRZ 2004, 57
EGMR	Urt. vom 17.2.2004	44158/98	RJD 2004-I	Gorzelik u.a./Polen	NVwZ 2006, 65
EGMR	Urt. vom 26.2.2004	74969/01		Görgülü/ Deutschland	NJW 2004, 3397 EuGRZ 2004, 700
EGMR	Urt. vom 9.3.2004	61827/00	RJD 2004-II	Glass/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 6.4.2004	21689/93		Özkan/Türkei	
EGMR	Urt. vom 8.4.2004	11057/02	RJD 2004-III (extracts)	Haase/Deutschland	NJW 2004, 3401 EuGRZ 2004, 715
EGMR	Urt. vom 18.5.2004	58148/00	RJD 2004-IV	Éditions Plon/ Frankreich	
EGMR	Urt. vom 18.5.2004	67972/01	RJD 2004-IV	Somogyi/Italien	
EGMR	Urt. vom 27.5.2004	57829/00		Vides Aizsardzības/ Litauen	
EGMR	Urt. vom 1.6.2004	24561/94		Altun/Türkei	
EGMR	Urt. vom 14.6.2004	53084/99		Kormacheva/ Russland	
EGMR	Urt. vom 22.6.2004	31443/96	RJD 2004-V	Broniowski/Polen	NJW 2005, 2521 EuGRZ 2004, 472
EGMR	Urt. vom 22.6.2004	78028 u. 78030/01	RJD 2004-V (extracts)	Pini u.a./Rumänien	
EGMR	Urt. vom 24.6.2004	59320/00	RJD 2004-VI	von Hannover/ Deutschland	NJW 2004, 2647 EuGRZ 2004, 404 ÖJZ 2005, 588
EGMR	Urt. vom 8.7.2004	48787/99	RJD 2004-VII	Ilaşcu u.a./Molda- wien u. Russland	NJW 2005, 1849
EGMR	Urt. vom 8.7.2004	53924/00	RJD 2004- VIII	Vo/Frankreich	NJW 2005, 727 EuGRZ 2005, 568

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 13.7.2004	69498/01	RJD 2004- VIII	Pla u. Puncernau/ Andorra	NJW 2005, 875
EGMR	Urt. vom 27.7.2004	55480 u. 59330/00	RJD 2004- VIII	Sidabras u. Dziau- tas/Litauen	
EGMR	Urt. vom 29.7.2004	49746/99		Čevizović/ Deutschland	NJW 2005, 3125 EuGRZ 2004, 634
EGMR	Urt. vom 28.9.2004	44912/98	RJD 2004-IX	Kopecný/Slovakei	
EGMR	Urt. vom 12.10.2004	60669/00	RJD 2004-IX	Ásmundsson/Island	
EGMR	Urt. vom 27.10.2004	39647 u. 40461/98	RJD 2004-X	Edwards u. Lewis/ Vereinigtes König- reich	
EGMR	Urt. vom 16.11.2004	4143/02	RJD 2004-X	Moreno Gómez/ Spanien	NJW 2005, 3767
EGMR	Urt. vom 16.11.2004	53678/00	RJD 2004-X	Karhuvaara u. Ilta- lehti/Finnland	NJW 2006, 591
EGMR	Urt. vom 16.12.2004	39023/97		Oberster Heiliger Rat der muslimi- schen Gemeinde/ Bulgarien	
EGMR	Urt. vom 17.12.2004	49017/99	RJD 2004-XI	Pedersen u. Baads- gaard/Dänemark	NJW 2006, 1645
EGMR	Urt. vom 11.1.2005	50774/99	RJD 2005-I	Sciacca/Italien	
EGMR	Urt. vom 18.1.2005	77317/01		Poltorachenko/ Ukraine	
EGMR	Urt. vom 3.2.2005	46626/99	RJD 2005-I (extracts)	Partidul Comunisti- lor/Rumänien	
EGMR	Urt. vom 8.2.2005	49491/99		Bordovskiy/ Russland	
EGMR	Urt. vom 15.2.2005	68416/01	RJD 2005-II	Steel u. Morris/Ver- einigtes Königreich	NJW 2006, 1255
EGMR	Urt. vom 22.2.2005	35839/97		Pakdemirli/Türkei	
EGMR	Urt. vom 24.2.2005	57950/00		Isayeva/Russland	EuGRZ 2006, 41
EGMR	Entsch. vom 2.3.2005	71916/01 u.a.	RJD 2005-V	Maltzan/ Deutschland	NJW 2005, 2530 EuGRZ 2005, 305
EGMR	Urt. vom 12.4.2005	36378/02	RJD 2005-III	Shamayev u.a./Ge- orgien u. Russland	
EGMR	Beschl. vom 14.6.2005	14991/02		Mimelli/Schweiz	

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Urt. vom 30.6.2005	45036/98		Bosphorus/Irland	NJW 2006, 197 EuGRZ 2007, 662
EGMR	Urt. vom 30.6.2005	46720/99 u.a.	RJD 2005-VI	Jahn u.a./ Deutschland	NJW 2005, 2907
EGMR	Urt. vom 26.7.2005	73316/01		Siliadin/Frankreich	NJW 2007, 41
EGMR	Urt. vom 28.7.2005	51728/99		Rosenzweig and Bonded Ware- houses/Polen	
EGMR	Urt. vom 2.8.2005	65899/01	RJD 2005- VIII	Taniş/Türkei	
EGMR	Urt. vom 13.9.2005	42571/98	RJD 2005- VIII	İ.A./Türkei	NJW 2006, 3263
EGMR	Urt. vom 19.10.2005	32555/96		Roche/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 20.10.2005	44079/98		Vereinigte Mazedo- nische Organisation Ilinden u. Ivanov/ Bulgarien	
EGMR	Urt. vom 8.11.2005	4251/02		Saliba/Malta	
EGMR	Urt. vom 8.11.2005	34056/02		Gongadze/Ukraine	NJW 2007, 895
EGMR	Urt. vom 10.11.2005	44774/98		Leyla Sahin/Türkei	NVwZ 2006, 1389 EuGRZ 2006, 28 ÖJZ 2006, 424
EGMR	Entsch. vom 5.1.2006	32352/02		Schmidt/ Deutschland	
EGMR	Urt. vom 2.2.2006	51466/99 u. 70130/01		Buchheit u. Mein- berg/Deutschland	NVwZ 2006, 1274
EGMR	Urt. vom 7.2.2006	60856/00		Mürsel Eren/Türkei	
EGMR	Urt. vom 21.2.2006	50959/99		Odabaşı u. Koçak/ Türkei	NVwZ 2007, 313
EGMR	Urt. vom 29.3.2006	36813/97		Scordino/ Italien (Nr. 1)	NJW 2007, 1259 ÖJZ 2007, 382
EGMR	Urt. vom 12.4.2006	65731 u. 65900/01		Stec u.a./Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 2.5.2006	50692/99		Aydin Tatlav/Türkei	NVwZ 2007, 314
EGMR	Urt. vom 8.6.2006	75529/01		Sürmeli/Deutschland	NJW 2006, 2389 EuGRZ 2007, 255

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Entsch. vom 29.6.2006	54934/00		Weber u. Saravia/ Deutschland	NJW 2007, 1433
EGMR	Urt. vom 4.7.2006	59450/00		Ramirez Sanchez (Carlos)/Frankreich	EuGRZ 2007, 141
EGMR	Urt. vom 11.7.2006	13229/03		Saadi/Vereinigtes Königreich	NVwZ 2007, 913
EGMR	Urt. vom 11.7.2006	54810/00		Jalloh/Deutschland	NJW 2006, 3117 EuGRZ 2007, 150
EGMR	Urt. vom 10.8.2006	75737/01		Schwarzenberger/ Deutschland	NJW 2007, 3553
EGMR	Urt. vom 18.9.2006	26315/03		Dogmoch/ Deutschland	EuGRZ 2007, 170
EGMR	Urt. vom 3.10.2006	543/03		McKay/Vereinigtes Königreich	NJW 2007, 3699
EGMR	Urt. vom 5.10.2006	66491/01		Gräßer/Deutschland	EuGRZ 2007, 268
EGMR	Urt. vom 5.10.2006	72881/01		Moskauer Unteror- ganisation der Heils- armee/Russland	EuGRZ 2007, 24
EGMR	Urt. vom 17.10.2006	71678/01		Gourguénidzé/ Georgien	
EGMR	Urt. vom 18.10.2006	46410/99		Üner/Niederlande	NVwZ 2007, 1279
EGMR	Urt. vom 2.11.2006	60899/00		Kobenter u. Stan- dard Verlags GmbH/ Österreich	ÖJZ 2007, 342
EGMR	Urt. vom 14.12.2006	10520/02		Verlagsgruppe News GmbH/Österreich (Nr. 2)	
EGMR	Urt. vom 19.12.2006	14385/04		Oferta Plus/Moldau	NJW 2007, 3409
EGMR	Urt. vom 11.1.2007	20027/02		Herbst/Deutschland	NVwZ 2008, 289 EuGRZ 2007, 420
EGMR	Urt. vom 11.1.2007	73049/01		Anheuser-Busch Inc./Portugal	
EGMR	Urt. vom 1.3.2007	510/04		Tønsbergs Blad/ Norwegen	
EGMR	Urt. vom 3.4.2007	62617/00		Copland/Vereinigtes Königreich	EuGRZ 2007, 415
EGMR	Urt. vom 5.4.2007	18147/02		Scientology Kirche Moskau/Russland	NJW 2008, 495
EGMR	Urt. vom 10.4.2007	6339/05		Evans/Vereinigtes Königreich.	NJW 2008, 2013

EKMR/ EGMR	Datum	Beschwerde- nummer	amt. Sammlung	Verfahrensname	Fundstelle
EGMR	Entsch. vom 10.4.2007	22978/05		Gäfgen/Deutschland	NJW 2007, 2461
EGMR	Entsch. vom 9.5.2007	29005/05		Brückl/Deutschland	EuGRZ 2008, 24
EGMR	Urt. vom 28.6.2007	31753/02		Kaya/Deutschland	
EGMR	Urt. vom 29.6.2007	15472/02		Folgerø/Norwegen	
EGMR	Urt. vom 22.10.2007	21279 u. 36448/02		Lindon u.a./ Frankreich	
EGMR	Urt. vom 13.11.2007	57325/00		D.H. u.a./ Tschechien	NVwZ 2008, 533
EGMR	Urt. vom 2.5.2007	71412 u. 78166/01		Behrami u. Sarama- ti/Frankreich u.a.	EuGRZ 2007, 522
EGMR	Urt. vom 29.1.2008	13229/03		Saadi/Vereinigtes Königreich	
EGMR	Urt. vom 30.6.2008	22978/05		Gäfgen/Deutschland	

Vorschriftenverzeichnis

- VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 1958 Nr. 17, S. 385; geändert durch VO (EG) Nr. 920/2005, ABl. 2005 L 156, S. 3
- VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates vom 29.2.1968 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind, ABl. 1968 L 56, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG, Euratom) Nr. 420/2008, ABl. 2008 L 127, S. 1
- VO (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (FreizügigkeitsVO), ABl. 1968 L 295, S. 12; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35
- VO (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (WanderarbeitnehmerVO), ABl. 1971 L 149, S. 2; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1992/2006, ABl. 2006 L 329, S. 1
- VO (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21.3.1972 über die Durchführung der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1972 L 74, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 101/2008, ABl. 2008 L 31, S. 15
- VO (EWG) Nr. 1390/81 des Rates vom 12.5.1981 zur Ausdehnung der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, auf die Selbständigen und ihre Familienangehörigen, ABl. 1981 L 143, S. 1
- VO (EWG) Nr. 3626/82 des Rates vom 3.12.1982 zur Anwendung des Übereinkommens über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen in der Gemeinschaft, ABl. 1982 L 384, S. 1; aufgehoben durch VO (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABl. 1997 L 61, S. 1, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 318/2008 der Kommission vom 31.3.2008 zur Änderung der VO (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wild lebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABl. 2008 L 95, S. 3
- VO (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, ABl. 1993 L 47, S. 1; aufgehoben durch VO (EG) Nr. 1234/2007, ABl. 2007 L 299, S. 1
- VO (EWG) Nr. 990/93 des Rates vom 26.4.1993 über den Handel zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Bundesrepublik Jugoslawien (Serbien und Montenegro), ABl. 1993 L 102, S. 14

- VO (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18.12.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl. 1995 L 312, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1233/2007, ABl. 2007 L 279, S. 10
- VO (EG) Nr. 1035/97 des Rates vom 2.6.1997 zur Einrichtung einer Europäischen Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl. 1997 L 151, S. 1; aufgehoben durch VO (EG) Nr. 168/2007, ABl. 2007 L 53, S. 1
- VO (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7.12.1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 1998 L 337, S. 8
- VO (EG) Nr. 307/1999 des Rates vom 8.2.1999 zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, und der VO (EWG) Nr. 574/72 über das Verfahren zur Durchführung der VO (EWG) Nr. 1408/71 mit dem Ziel der Ausdehnung ihrer Anwendungsbereiche auf Studierende, ABl. 1999 L 38, S. 1
- VO (EG) Nr. 1347/2000 des Rates vom 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, ABl. L 160, S. 19; aufgehoben durch VO (EG) Nr. 2201/2003, ABl. 2003 L 338, S. 1
- VO (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr (DatenschutzVO), ABl. 2001 L 8, S. 1
- VO (EG) 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO), ABl. 2001 L 145, S. 43
- VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO), ABl. 2001 L 294, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1791/2006, ABl. 2006 L 363, S. 1
- VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 2116/2004, ABl. 2004 L 367, S. 1
- VO (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14.5.2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der VO (EWG) Nr. 1408/71 und der VO (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, ABl. 2003 L 124, S. 1
- VO (EG) Nr. 2004/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über die Regelungen für die politischen Parteien auf europäischer Ebene und ihre Finanzierung, ABl. 2003 L 297, S. 1; geändert durch VO (EG) Nr. 1524/2007, ABl. 2007 L 343, S. 5
- VO (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1347/2000, ABl. 2003 L 338, S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 2116/2004, ABl. 2004 L 367, S. 1
- VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (FKVO), ABl. 2004 L 24, S. 1

- VO (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf Grundlage der Art. 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. 2004 L 123, S. 18
- VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166, S. 1; berichtigt durch ABl. 2004 L 200, S. 1
- VO (EG) Nr. 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.9.2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl. 2006 L 264, S. 13
- VO (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, zur Änderung der RL 1999/45/EG und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der VO (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der RL 76/769/EWG des Rates sowie der RLn 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission, ABl. 2006 L 396 S. 1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1354/2007, ABl. 2007 L 304, S. 1
- VO (EG) Nr. 168/2007 des Rates vom 15.2.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, ABl. 2007 L 53, S. 1

- RL 75/440/EWG des Rates vom 16.6.1975 über die Qualitätsanforderungen an Oberflächenwasser für die Trinkwassergewinnung in den Mitgliedstaaten, ABl. 1975 L 328, S. 34; aufgehoben durch RL 2000/60/EG, ABl. 2000 L 327, S. 1
- RL 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Allgemeine GleichbehandlungsRL), ABl. 1976 L 39, S. 40; zuletzt geändert durch RL 2002/73/EG, ABl. 2002 L 269, S. 15; aufgehoben und neugefasst durch RL 2006/54/EG, ABl. 2006 L 204, S. 23
- RL 77/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. 1977 L 61, S. 26; aufgehoben durch RL 2001/23/EG, ABl. 2001 L 82, S. 16
- Sechste RL 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, ABl. 1977 L 145, S. 1; aufgehoben durch RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. 2006 L 347, S. 1, zuletzt geändert durch RL 2008/8/EG des Rates vom 12.2.2008 zur Änderung der RL 2006/112/EG bezüglich des Ortes der Dienstleistung, ABl. 2008 L 44, S. 11
- RL 79/869/EWG des Rates vom 9.10.1979 über die Meßmethoden sowie über die Häufigkeit der Probenahmen und der Analysen des Oberflächenwassers für die Trinkwassergewinnung in den Mitgliedstaaten, ABl. 1979 L 271, S. 44; aufgehoben durch RL 2000/60/EG, ABl. 2000 L 327, S. 1
- RL 80/987/EWG des Rates vom 20.10.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. 1980 L 283, S. 23; zuletzt geändert durch RL 2002/74/EG, ABl. 2002 L 270, S. 10

- RL 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (UVPRL), ABl. 1985 L 175, S. 40; geändert durch RL 97/11/EG, ABl. 1997 L 73, S. 5, und RL 2003/35/EG, ABl. 2003 L 156, S. 17
- RL 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1985 L 372, S. 31
- RL 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ArbeitsschutzrahmenRL), ABl. 1989 L 183, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21
- RL 89/397/EWG des Rates vom 14.6.1989 über die amtliche Lebensmittelüberwachung, ABl. 1989 L 186, S. 23; aufgehoben durch VO (EG) Nr. 882/2004, ABl. 2004 L 165, S. 1, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 301/2008, ABl. 2008 L 97, S. 85
- RL 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehätigkeit (FernsehRL), ABl. 1989 L 298, S. 23; zuletzt geändert durch RL 2007/65/EG, ABl. 2007 L 332, S. 27
- RL 89/654/EWG des Rates vom 30.11.1989 über Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz in Arbeitsstätten (Erste Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der RL 89/391/EWG), ABl. 1989 L 393, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21
- RL 90/270/EWG des Rates vom 29.5.1990 über die Mindestvorschriften bezüglich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit an Bildschirmgeräten (Fünfte Einzelrichtlinie im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. 1990 L 156, S. 14; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21
- RL 90/313/EWG des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt (UmweltinformationsRL), ABl. 1990 L 158, S. 56; aufgehoben durch die UmweltinformationsRL 2003/4/EG, ABl. 2003 L 41, S. 2
- RL 90/364/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. 1990 L 180, S. 26; aufgehoben durch 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77
- RL 91/383/EWG des Rates vom 25.6.1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABl. 1991 L 206, S. 19; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21
- RL 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (FFHRL), ABl. 1992 L 206, S. 7; zuletzt geändert durch RL 2006/105/EG, ABl. 2006 L 363, S. 368
- RL 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (Zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der RL 89/391/EWG) (MutterschutzRL), ABl. 1992 L 348, S. 1; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21
- RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95, S. 29
- RL 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. 1993 L 317 S. 59; aufgehoben durch RL 2004/38/EG, ABl. 2004 L 158, S. 77

-
- RL 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ArbeitszeitRL), ABl. 1993 L 307, S. 18; aufgehoben durch RL 2003/88/EG, ABl. 2003 L 299, S. 9
 - RL 93/109/EG des Rates vom 6.12.1993 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Wahlen zum Europäischen Parlament für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. 1993 L 329, S. 34
 - RL 94/33/EG des Rates vom 22.6.1994 über den Jugendarbeitsschutz, ABl. 1994 L 216, S. 12; zuletzt geändert durch RL 2007/30/EG, ABl. 2007 L 165, S. 21
 - RL 94/45/EG des Rates vom 22.9.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. 1994 L 254, S. 64; zuletzt geändert durch RL 2006/109/EG, ABl. 2006 L 363, S. 416
 - RL 94/80/EG des Rates vom 19.12.1994 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. 1994 L 368, S. 38; zuletzt geändert durch RL 2006/106/EG, ABl. 2006 L 363, S. 409
 - RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DatenschutzRL), ABl. 1995 L 281, S. 31; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003, ABl. 2003 L 284, S. 1
 - RL 96/34/EG des Rates vom 3.6.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl. 1996 L 145, S. 4; geändert durch RL 97/95/EG, ABl. 1998 L 10, S. 24
 - RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (EntsendeRL), ABl. 1996 L 18, S. 1
 - RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz – Erklärung des Rates und des Parlaments zu Artikel 6 Absatz 1 – Erklärung der Kommission zu Artikel 3 Absatz 1 erster Gedankenstrich (FernabsatzRL), ABl. 1997 L 144, S. 19; zuletzt geändert durch RL 2007/64/EG, ABl. 2007 L 319, S. 1
 - RL 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.6.1997 zur Änderung der RL 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehätigkeit, ABl. 1997 L 202, S. 60
 - RL 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. 1998 L 24, S. 1
 - RL 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (Erste TabakRL), ABl. 1998 L 213, S. 9
 - RL 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (BiopatentRL), ABl. 1998 L 213, S. 13

- RL 98/59/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. 1998 L 225, S. 16
- RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171, S. 12
- RL 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.3.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, ABl. 2000 L 109, S. 29; zuletzt geändert durch RL 2007/68/EG, ABl. 2007 L 310, S. 11
- RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (E-CommerceRL), ABl. 2000 L 178, S. 1
- RL 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft (AntirassismusRL), ABl. 2000 L 180, S. 22
- RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303, S. 16
- RL 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. 2001 L 82, S. 16
- RL 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.6.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen (TabakproduktRL), ABl. 2001 L 194, S. 26
- RL 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft – Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zur Vertretung der Arbeitnehmer, ABl. 2002 L 80, S. 29
- RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (DatenschutzRL für elektronische Kommunikation), ABl. 2002 L 201, S. 37; zuletzt geändert durch RL 2006/24/EG, ABl. 2006 L 105, S. 54
- RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2002 L 269, S. 15
- RL 2002/74/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 80/987/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. 2002 L 270, S. 10
- RL 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der RL 90/313/EWG des Rates (UmweltinformationsRL), ABl. 2003 L 41, S. 26

-
- RL 2003/8/EG des Rates vom 27.1.2003 zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen, ABl. 2003 L 26, S. 41
 - RL 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (Zweite TabakRL), ABl. 2003 L 152, S. 16; berichtigt durch ABl. 2004 L 67, S. 34
 - RL 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (FamilienzusammenführungsRL), ABl. 2003 L 251, S. 12
 - RL 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates (EmissionshandelsRL), ABl. 2003 L 275, S. 32; zuletzt geändert durch RL 2004/101/EG, ABl. 2004 L 338, S. 18
 - RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ArbeitszeitRL), ABl. 2003 L 299, S. 9
 - RL 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.11.2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. 2003 L 345, S. 90
 - RL 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen (GewebeRL), ABl. 2004 L 102, S. 48
 - RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der RLn 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (FreizügigkeitsRL), ABl. 2004 L 204, S. 28; berichtigt durch ABl. 2004 L 229, S. 35
 - RL 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. 2004 L 304, S. 12; berichtigt durch ABl. 2005 L 204, S. 24
 - RL 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373, S. 37
 - RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, S. 22; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1430/2007, ABl. 2007 L 320, S. 3
 - RL 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der RL 2002/58/EG, ABl. 2006 L 105, S. 54

- RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204, S. 23
- RL 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung) (WerbeRL), ABl. 2006 L 376, S. 21
- RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, S. 36
- RL 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der RL 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehätigkeit, ABl. 2007 L 332, S. 27
- RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates (VerbraucherkreditRL), ABl. 2008 L 133, S. 66

- Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über Umweltvereinbarungen, KOM (1996) 561 endg.
- Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Art. 85 und 86 EG, der Art. 65 und 66 EGKS und der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, ABl. 1997 C 23, S. 3
- Mitteilung der Kommission – Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg.
- Mitteilung der Kommission zur Grundrechtscharta der Europäischen Union (Vorlage von Herrn Vitorino im Einvernehmen mit dem Präsidenten), KOM (2000) 559 endg.
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Umweltvereinbarungen auf Gemeinschaftsebene im Rahmen des Aktionsplans „Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds“, KOM (2002) 412 endg.
- Mitteilung der Kommission – Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2004. Bericht der Kommission über die Beteiligung der Unionsbürger im Wohnsitzmitgliedstaat (RL 93/109/EG) und über die Wahlmodalitäten (Beschluss 76/787/EWG in der durch den Beschluss 2002/772/EG, Euratom geänderten Fassung), KOM (2006) 790 endg.
- Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Der Beitrag der Europäischen Union zur Gewährleistung eines wirksamen konsularischen Schutzes in Drittländern, Aktionsplan 2007-2009, KOM (2007) 767 endg.

- Entschließung des Europäischen Parlaments zur Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten, ABl. 1989 C 120, S. 51

- Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents vom 7.12.2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49
- Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2004 C 310, S. 424
- Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17

-
- Europäisches Regieren – Ein Weissbuch, KOM (2001) 428 endg. (auch ABl. 2001 C 287, S. 1)
 - Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg.
 - 96/196/JI: Gemeinsamer Standpunkt vom 4.3.1996 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegt – betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs „Flüchtling“ in Artikel 1 des Genfer Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, ABl. 1996 L 63, S. 2
 - Grünbuch „Der diplomatische und konsularische Schutz des Unionsbürgers in Drittländern“, KOM (2006) 712 endg. (auch ABl. 2007 C 30, S. 8)
 - Grünbuch „Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten im Besitz der Organe der Europäischen Gemeinschaft. Ein Überblick“, KOM (2007) 185 endg.
 - Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, KOM (2001) 257 endg.
 - Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, KOM (2007) 51 endg.
 - Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO-E), KOM (2008) 229 endg.

Sachwortverzeichnis

Die Ziffern beziehen sich auf die Randnummern. Kursiv geschriebene Stichwörter bezeichnen Entscheidungen.

Abfallentsorgungsanlage 1213 ff.

Abgabenpflichten 2856, 2859, 2862 f.

Abhören 1183 f.

Abhörmaßnahmen 1758 ff., 1809

Abkommen, völkerrechtliche 120 ff.

- Folterkonvention UN 993, 995, 998, 1000
- Genfer Flüchtlingskonvention 121, 1113, 1120, 1125 ff., 1135
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte 72, 121
- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 2387 f., 2564 ff., 2567, 3859, 3929
- Rechtsprechung des EuGH 122
- Sonderstellung EMRK 127
- Sozialchartas 121
- Übereinkommen über die Rechte des Kindes 126
- Vorbildfunktion 125 f.

Abschiebung

- Eheschließungsfreiheit 1521, 1531
- EMRK 1142, 1144
- Familiengründung 1532
- Familienleben 1307 ff., 1319 ff.
- Folterstaaten 1143 ff., 1150 ff.
- Folterverbot 989, 1033
- Immigranten der 2. Generation 1321 ff.
- öffentliche Sicherheit und Ordnung 1319 ff.
- Richtlinie 1114
- Scheinehe 1232
- Todesstrafe 1150

Abschiebungshindernisse 1117 f., 1143 ff., 1232

Abstammung

- Gentests 1308 ff.

- Kenntnis 1283 f.

Abtreibung

- Lebensschutz 879 ff., 882 ff.
- Recht auf Privatleben 1180

Abwasseranlage 1213 ff.

Abwehrrechte 319 ff.

actes de gouvernement 771

Adoption 1301

- Beschränkung 1534

agency situation 226

Agenturen 214

A.G.M.-COS.MET 1937 f.

Agnostiker 1609, 1634

Agrarpolitik, europäische 3177, 3182, 3187, 3224

Agrarsektor s. *Landwirtschaft*

Ahmed 1144, 1153 f.

Akteneinsichtsrecht

- Abgrenzung von Dokumentenzugang 4566, 4611
- Abwägung 4574
- Adressatenrecht 4568
- Akten, erfasste 4567
- Anknüpfung an Primärrecht 4571 f.
- Berufs- und Geschäftsgeheimnis 4571 ff.
- Beschränkung durch berechnigte Interessen 4569 ff.
- Dokumentenzugang s. *dort*
- Effizienzprinzip 4575
- gerichtliches Verfahren 5037
- Recht auf gute Verwaltung 4566 ff.
- Rechtsfolge von Verstößen 4576
- vertrauliche Informationen 4570

Aktien 2830, 2873, 2894

Al Barakaat 258 ff., 781 ff., 785 ff.

Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 812, 3190, 3859, 3922, 4031

Alter

- Diskriminierungsmerkmal 3281
- besondere Schutzrechte 3485 ff.
- *Palacios* 3295
- mittelbare Diskriminierung 3290

Ältere Menschen

- Prüfungsschema 3508

Altersgrenze 293, 3499

Analogieverbot 5125 ff.

Anerkennung von Urteilen 5069

Anfechtungsklage 719, 724, 728 ff.

Angemessenheit 660 ff.

Angemessenheitsprüfung 414 ff.

Ansässige

- Grundrechtsträger 287

Anstaltskleidung 1285

Anteilseigentum 2830, 2894

Anwalt

- Informationen an Behörden 5057
- Unabhängigkeit 5057

Anwaltskanzlei

- Durchsuchung 1334

Arbeitgeber

- Arbeitgebervereinigungen 3734 ff.
- Begriff 3731
- Staat als Arbeitgeber 3732

Arbeitnehmer

- Arbeitnehmervereinigungen/Gewerkschaften 2241 ff., 2510, 3734 ff.
- Begriff 3640 ff., 3726 ff.

Arbeitnehmerfreizügigkeit

- Aufenthaltsrecht 4158 ff.
- Beeinträchtigung und Gesundheitsschutz 4211, 4240
- FreizügigkeitsRL 4134 ff., 4160 f., 4172
- FreizügigkeitsVO 4132 f.
- sozialversicherungsrechtliche Ansprüche 4055, 4120 ff.
- WanderarbeitnehmerVO 4075 f., 4131, 4158, 4165

Arbeitnehmerrechte

- Arbeitnehmer *s. dort*
- Arbeitsbedingungen 3849 ff.
- Arbeitsvermittlungsdienst 3761 ff. *s. dort*
- EGRC 3564

- Elternrechte 3973 ff.

- ESC und GCSGA 3559

- Internationale Arbeitsorganisation 3924 ff. *s. auch Koalitionsfreiheit*

- Kollektivverhandlungen und -maßnahmen 3679 ff.

- Kündigungsschutz 3798 ff.

- Menschenwürde 3632 ff., 3642 f., 3671 f.

- Prüfungsschema 3678

- Recht auf Arbeit 3762 f.

- Solidarität 3589

- soziale Rechte 3558, 3563

- Unterrichtung und Anhörung 3603 ff.

Arbeitnehmerschutz

- Arbeitnehmervereinigungen 2241 ff., 2510, 3734 ff.

- Berufsfreiheit 2511

- Gleichbehandlungsgebot für Drittstaatsangehörige 2531 ff., 2577 ff.

- Grundfreiheiten, Einschränkung 475

- Kündigungsschutz 2512, 2591

Arbeitsbedingungen

- Begriff 3862 ff., 3895 f.

- Bestand im Europarecht 3860 ff.

- EGRC 3849 ff.

- nationale Verfassungen 3880

- Prüfungsschema 3911

Arbeitsfreiheit

- Berufsfreiheit 2483

Arbeitsvermittlung 3790 ff.

Arbeitsvermittlungsdienst

- Berufsfreiheit 2511

- Prüfungsschema 3797

Arztgeheimnis

- Datenschutz 1373

Arztwahl 1199

Asylbewerber

- Berufsfreiheit 2571

Asylgründe 1128 ff.

Asylgrundrechte

- europäisch 1117

- national 1121

Asylmindeststandard 1118

Asylpolitik 1114 f.

Asylrecht

- Flüchtlingsbegriff 1128 ff.

- Genfer Flüchtlingskonvention 1113, 1120, 1125 ff.

(Asylrecht)

- Hintergrund 1113 ff.
- objektive Gewährleistung 1116, 1122 ff.
- Prüfungsschema 1137
- Sekundärrecht 1114 f., 1119, 1127

Asylverfahren

- Asylgründe 1128 ff.
- Freiheitsentzug 1085 f.

Atheisten 1609, 1634

Aufenthaltsrecht

- Anmeldebescheinigung 4891 ff.
- Arbeitnehmer/Selbstständige 4847
- Aufenthaltskarte 4895 ff.
- Ausbildungszwecke 4848 f.
- Beendigung 4851 ff.
- Bescheinigung 4897
- Beschränkungen 4871 ff.
- bis drei Monate 4844 ff.
- deutsches Recht 4898 ff.
- Ehe 1328
- Erweiterung auf Lebenspartner 4826
- Existenzmittel, ausreichende 4874 f.
- Familie 1329 f.
- Familienangehörige 4833 ff.
- Familienangehöriger nach FreizügG/EU 4909 ff.
- Familienbezug 1233
- Folgen von Tod/Wegzug 4836 ff.
- Freizügigkeit s. *Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht*
- FreizügigkeitsRL 2004/38/EG s. *dort*
- Gleichbehandlungsanspruch 4886 ff.
- gleichgeschlechtliche Lebenspartner 4828 f.
- Immigranten der 2. Generation 1321 ff.
- Krankenversicherungsschutz 4847
- Meldepflicht 4890
- Mindestaufenthaltszeit 4859 ff.
- nachziehende Familienangehörige 4849
- nichteheliche Lebensgemeinschaften 4827
- öffentliche Ordnung 4877 f.
- öffentliche Sicherheit 4880

- öffentliche Sicherheit und Ordnung 1319 ff.
- persönliches Verhalten 4872
- Recht auf Daueraufenthalt 4858 ff.
- Rechtmäßigkeit des Aufenthalts 4861 f.
- Scheidung/Aufhebung der Ehe bzw. Partnerschaft 4839 ff.
- Scheinehe 1232
- Sozialleistungen 4853
- strafrechtliche Verurteilung 1328
- über drei Monate 4846 ff.
- Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz 4884 f.
- zulässige Unterbrechungen 4860

Auffanggrundrecht 1064 f., 1076, 1161 f.

Ausbildungsförderung 2838

Ausgangsrechtsnorm 519 ff.

Ausländergrundrechte 313

Ausländerrecht

- Abschiebung s. *dort*
- Auslieferungen s. *dort*
- Ausweisungen s. *dort*
- Eheschließungsfreiheit 1521, 1531
- Familiengründung 1532
- Familienleben 1306 ff.
- Gentests 1308 ff.
- Immigranten der 2. Generation 1321 ff.
- Kindernachzug 1313 ff.
- öffentliche Sicherheit und Ordnung 1319 ff.

Auslegungsmaxime 437

Auslieferungen

- Eheschließungsfreiheit 1521, 1531
- Familiengründung 1532

Auslieferungsverbot 1142 ff.

Auslieferungsverfahren

- Freiheitsentzug 1085 f.

Äußerungen, rassistische 483

Aussperrung 3745 f.

Ausstrahlungswirkung 356, 1944

Aus- und Weiterbildung 2424 ff., 2434

- Berufsfreiheit 2511

Ausweisungen

- Ausweisungsschutz nach FreizügG/EU 4906 ff.
- Ehegatte 267
- Familienleben 1319 ff.

(Ausweisungen)

- Immigranten der 2. Generation 1321 ff.
 - öffentliche Sicherheit und Ordnung 1319 ff.
 - strafrechtliche Verurteilung 1328
- Ausweisungsverbot 1142 ff. s. *auch Kollektivausweisungen*
- Ausweisungsverfahren
- Freiheitsentzug 1085 f.
 - Kollektivausweisungen 1148 f.
- Autofahren ohne Sicherheitsgurt 1205, 1257
- Autonomie der Mitgliedstaaten
- Prozessrecht 717, 719, 721
 - Vollzug 722
- Aydin Tatlav* 1887 ff.

Bagatellvorbehalt 497

Banalitätsvorbehalt 476

Bananen

- Berufsausübungsfreiheit 2549, 2642, 2646
- Eigentumsfreiheit 2850 f.
- unternehmerische Freiheit 2712, 2716, 2761

Basisrechtsakt 577

Basisrechtsnorm 519 ff.

Baufreiheit 2824, 2841, 2872

Bavarian Lager 4683 f.

Beamte 1920 ff., 1766 ff.

- *A.G.M.-COS.MET* 1937 f.
- *Connolly* 1925
- *Cwik* 1926
- EU-Beamte 2529
- Forschungsfreiheit 2366
- Gedankenfreiheit 1688
- Gewissensfreiheit 1703 f.
- Kopftuchverbot 1725 ff.
- *Oyowe und Traore* 1933
- Recht auf Selbstdarstellung 1286 f.
- Religionsfreiheit 1610, 1725 ff.
- staatliche Haftung 1937 f.
- Treuepflicht 1766 ff., 1932 ff.
- Verschwiegenheitspflicht 1922 f.
- *Vogt* 1935
- *Volkmer* 1936
- Zurückhaltungspflicht 1927 ff.

Beamtenstatut 1922 ff.

Bedürfnis, dringendes soziales 1859 ff.

Beeinträchtigungen

- Ausschluss 498 f.
- Bagatellen 497
- Begriff 494, 500 ff.
- indirekte 493 ff.
- mittelbare 493 ff.
- Richtlinien 496
- unmittelbare 493

Befruchtung, künstliche

- Familie 1221
- Menschenwürde 836

Begründungserfordernis 5052 f.

Begründungspflicht 4577 ff.

- Anforderungen im Einzelnen 4579
- Ausnahmen 4581
- beeinflussende Faktoren 4579
- Ermöglichung richterlicher Nachprüfung 4578
- Kodex für gute Verwaltung 4584
- Nachschieben von Gründen 4582
- Rechtsfolgen von Begründungsfehlern 4583
- Rechtsprechung 4577 ff.

Behandlung, erniedrigende

- Begriff 1010
- Existenzminimum 1025 ff.
- Verfahrenserfordernisse 1031 ff.

Behandlung, gerechte 4548 ff.

- ausfüllungsbedürftiger Begriff 4548
- Gehalt, kein eigenständiger 4550
- Kodex für gute Verwaltung 4549
- Parallele in Art. 47 Abs. 2 EGRC 4550

Behandlung innerhalb angemessener Frist 4551 ff.

- Anwendungsfälle 4554
- beeinflussende Faktoren 4552
- Einzelfallprüfung 4552
- Kodex für gute Verwaltung 4553
- Verzögerungen, Rechtfertigung von 4555
- Verstößen, Rechtsfolge von 4555
- verwaltungsverfahrenrechtlicher Grundsatz 4551

Behandlung, unmenschliche 1005 ff.

- Angehörigenzugang 1011 f.
- Haftbedingungen 1015 ff., 1028 f.
- medizinische Eingriffe 1016, 1028
- Todesstrafe 1009, 1013 f.
- Verfahrenserfordernisse 1031 ff.

(Behandlung, unmenschliche)

- Vergewaltigung 1008

Behandlungen 1255 f.

Behindertenrente, Verlust 1530

Behinderung

- Begriff 3524
- besondere Schutzrechte 3509 ff.
- Diskriminierungsmerkmal 3280
- Integration 3523
- Prüfungsschema 3532
- Schutzbedürftigkeit 3510

Beihilfenverbot 4292

Bekenntnisfreiheit

- negative 1634
- positive 1541 f.

Belgische Polizeigewerkschaft 2246 f.

Beruf

- Begriff 2514, 2516 ff.
- Berufsanerkennungs- und DienstleistungsRL 2553 f.
- Berufstypen 2553
- Entgeltlichkeit 2517
- Freiberufler 2506, 2521, 2686
- Gelegenheitsarbeit 2521
- Geschäftsräume 1239 f.
- Gewerbe 2521, 2843 ff.
- Gewinnerzielungsabsicht 2520
- Hauspersonal 1266
- Landwirtschaft 2521, 2523 f.
- Lebensunterhalt 2518 f.
- Merkmale 2516 ff.
- Privatleben, Schutz des 1203 ff.
- Sittenwidrigkeit 2522 ff.
- Teilzeit 2521
- verbotene Tätigkeit 2522 ff.
- Wehrdienstverweigerung 1698, 1707
- wirtschaftlicher Wert 2517

BerufsanerkennungsRL 2553 f.

Berufsausbildung 2400 f.

Berufsausübungsfreiheit

- Berufswahlfreiheit, Abgrenzung zur 2547 ff., 2552 f., 2612 f.
- Anerkennung EuGH 2482 f.
- Arbeitgeber- und -nehmervereinigungen 2510
- *Bananen* 2549
- Berufsausübungsregelung 2548
- Eingriff(e) 2601 ff.
- Geeignetheit einer Maßnahme 2634

- Kündigungsschutz 2512

- Modalitäten der Ausübung 2551

- nationale Verfassungen 2489

- Prüfungsschwerpunkt EuGH 2548

- Rahmenbedingungen 2557 ff.

- Rechtfertigung 2569, 2610 ff.

- Schranken, einheitliche 2547 f., 2610 ff.

- Verhältnismäßigkeit 2627 ff.

- Vertrauensschutz 2555 f.

- Wesensgehaltsgarantie 2647 ff.

- Wettbewerb 2497 f., 2501, 3010

- „Wie“ der Tätigkeit 2551

Berufsfreiheit

- Angemessenheit 2640

- Arbeitnehmerschutz 2511

- Arbeitsvermittlungsdienst 2511

- Asylbewerber 2571

- Aus- und Weiterbildung 2511

- Beeinträchtigung 2601 ff.

- Bereichsausnahmen 2527

- Beruf *s. dort*

- Berufsanerkennungs- und DienstleistungsRL 2553 f.

- Berufsausübungsfreiheit *s. dort*

- Berufswahlfreiheit *s. dort*

- Beurteilungsspielraum 2630 ff., 2635

- BVerfG-Rechtsprechung 2550

- Dreistufentheorie 2610 ff.

- Drittstaatsangehörige 2525, 2577 ff., 2596 ff., 2675

- Drittwirkung 2545 f.

- Eigentumsfreiheit 2502 ff., 2889 ff.

- Eingriffsschwerpunkt 2601

- einheitliches Grundrecht 2548

- Emissionshandel 2607 ff., 2614

- Empfehlungen 2603

- EMRK 2488

- Erforderlichkeit 2638 ff.

- Erwerb und Erworbenes 2502 ff., 2822 ff.

- EU-Beamte 2529

- Forschungsfreiheit 2509

- Freiheit von Arbeit 2561

- Freiheitsrecht 2512, 2522, 2562, 2564, 2570

- Geeignetheit 2634 ff.

- Gemeinwohlziel 2618 f.

- Geschäftsdaten 1367, 1373 f.

(Berufsfreiheit)

- gesetzliche Grundlage 2616 f.
- Gesundheitsschutz 2633
- gewerblicher Rechtsschutz 2611
- Grundfreiheiten 2490 ff., 2499 f., 2515, 2527, 2530, 2572 ff., 2621 ff.
- Grundrechtsträger 2525 ff.
- Grundrechtsverpflichtete 2540 ff.
- Handelsfreiheit 2704 ff.
- Härtefallregelungen 2646
- Jedermann-Recht 2525 ff.
- juristische Personen 2534
- Kinderarbeit 2511
- Konzessionen 2488
- Kopftuchverbot 1729
- Landwirtschaft 2521, 2523 f., 2605, 2620, 2626, 2628, 2641
- Marktordnung/-organisation 2523 f., 2556 f., 2560, 2628, 2641 f., 2646
- Marktteilnehmer 2557
- Marktwirtschaft 2496 f.
- Meinungsfreiheit 2488, 2508
- Menschenwürde 2495, 2649
- mittelbare Beeinträchtigungen 2547 ff., 2602 ff.
- Mutterschutz 2511
- negative Berufsfreiheit 2561 ff.
- öffentliche Hand 2537 ff.
- Produktwarnung 2603
- Prüfungsfolge Berufswahl- und Berufsausübung 2601
- Prüfungsschema 2651
- Rahmenbedingungen 2557 ff., 2569
- Recht auf Arbeit 2515, 2564 ff.
- Rechtfertigung 2610 ff.
- Rechtsquellen 2483 ff.
- selbstständige Tätigkeit 2516, 2568
- Sonderrechte 2511
- sozialschädliche Tätigkeiten 469 ff.
- Streikrecht 2590
- Stufenleiter 2548
- Subventionen 2603, 2623
- Tarifautonomie 2551
- Übergangsbestimmungen 2641 ff.
- Umwelt- und Klimaschutz 2607 ff., 2622, 2631, 2650

- Unionspolitiken 2622
- unmittelbare Eingriffe 2605 ff.
- unselbstständige Tätigkeit 2516, 2568
- unternehmerische Freiheit, Abgrenzung 2484, 2505 ff., 2653, 2662, 2702 ff.
- Urheberrecht 2621, 2626
- verbotene Tätigkeit 469 ff.
- Verbraucherschutz 2623
- Vereinigungsfreiheit 2509 f., 2590, 2729
- Verhältnismäßigkeit 2627 ff.
- Vermögensverwaltung 2683
- Versammlungsfreiheit 551, 2509
- Vertragsfreiheit 2505 ff., 2740 ff.
- Verbraucherschutz 2555 f., 2641, 3009 ff.
- Volksgesundheit 2623
- Vollbeschäftigung 2570
- Warnung 2603
- Wesensgehaltsgarantie 2647 ff.
- Wettbewerbsbedingungen 2557 ff., 2605
- Wirtschaftspolitik 2631
- Zwangs- und Pflichtarbeit 2511, 2561

Berufswahlfreiheit

- Anerkennung EuGH 2482 f.
- Berufsausübungsfreiheit, Abgrenzung zur 2547 ff., 2552 f., 2612 f.
- Berufswahlregelung 2548
- Berufszulassungsschranke 2548
- Eingriff(e) 2549, 2601 ff.
- EMRK (Berührungspunkt) 2488
- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 2566
- nationale Verfassungen 2489
- Qualifikationsanforderungen 2554
- Rechtfertigung 2569, 2610 ff.
- Schranken, einheitliche 2547 f., 2610 ff.
- schwerwiegenderer Eingriff 2601, 2613
- Umwelt- und Klimaschutz 2609
- Verhältnismäßigkeit 2627 ff.
- Vertrauensschutz 2555 f.
- Wesensgehaltsgarantie 2647 ff., 2766

Berufszulassungsschranke 2548

- Beschlagnahme 1263
- Wirtschaftsgüter 780
- Beschlüsse
- Gesetze 588 ff.
 - Grundrechtsbindung EU 217
 - Grundrechtsbindung Mitgliedstaaten 225
- Beschränkung 500 ff.
- Beschränkungsziele 633 ff.
- Aufrechterhaltung der Ordnung 1920
 - Beurteilungsspielraum 620 ff.
 - Gemeinschaftskompatibilität 1854
 - guter Ruf 1910 ff.
 - Moral 1903 ff.
 - Rechte anderer 1886 ff., 1910 ff., 1920
 - Umwelt- und Klimaschutz 2607 ff.
- Besitz 2828, 2869 f.
- Bestandsschutz 2831, 3006
- Bestimmtheit
- Ermessen 529
 - Gesetze 528
- Bestimmtheitsgebot
- Bestrafung 5121 ff.
 - Generalklauseln 5123
- Bestrafung s. *Strafverfolgung*
- Analogieverbot 5125 ff.
 - Rückwirkungsverbot 5128 ff.
 - Verhältnismäßigkeit 5144 ff.
- Betriebsgeheimnisse 2722
- Betroffenheit
- individuelle 756 f., 759 ff.
 - unmittelbare 756
- Betteln 1025
- Beurteilungsspielraum 607 ff.
- Eingriffsziele 2123 ff.
 - guter Ruf 1910 ff., 2125 ff.
 - medienabhängig 2120 ff.
 - Medienfreiheit 2081 ff.
 - nationaler 1793, 1856 f., 1862 ff., 2081 ff.
 - Parteien 2275 ff.
 - Personengruppenabhängigkeit 1913 ff., 2107 ff.
 - Persönlichkeitsrecht 1914 f.
 - Pluralismus 2131 ff.
 - politische Themen 1863 ff., 22083 f.
 - religionskritische Meinungsäußerungen 1886 ff.
 - Schutz der Moral 1903 ff., 2124
 - Schutz der Rechte anderer 1886 ff., 1910 ff., 2125 ff.
 - Tatsachenbehauptungen 2085 ff.
 - Themen öffentlichen Interesses 1865 f., 2083 f.
 - *Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei* 2277
 - Werbung 1867 ff.
 - Werturteile 2085 ff.
- Bewährungswiderruf 5092 f.
- Bild, Recht am eigenen 1185 ff., 1267 ff.
- Bildung
- Diskriminierungsmerkmal 3283
- Bildung, Recht auf 2374 ff.
- Aus- und Weiterbildung 2424 ff., 2434
 - Berufsausbildung 2400 f.
 - Diskriminierungsverbot 2391 ff., 2404 ff., 2410, 2428 f., 2467 f.
 - Erziehungsrecht der Eltern 2452 ff., 2471 ff.
 - Freizügigkeit 2391 f.
 - Genese 2380 ff.
 - *Gravier* 2393
 - Grundfreiheiten 2394 ff.
 - Gründungsfreiheit 2377 ff., 2441 ff., 2476 ff.
 - Hochschulen 2374 f., 2397 ff.
 - institutionelle Garantie 2407
 - Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 2387 f.
 - Lehranstaltsgründung 2441 ff., 2377 ff., 2476 ff.
 - Leistungsanspruch 2407, 2418
 - Menschenrechtskonvention 2383 f.
 - negatives Bildungsgrundrecht 2422 f.
 - Neutralitätspflicht 2419 ff.
 - Pflichtschulunterricht 2382, 2387, 2422 f., 2436 ff.
 - Privatschulen 2394 ff., 2469 f., 2478 ff.
 - Prüfungsschema 2481
 - Prügelstrafe 2457
 - Schulgeld 2438
 - Sozialcharta 2385 f.

(Bildung, Recht auf)

- Studiengebühren 2388
- Teilhaberecht 2413 f., 2428 f., 2436 ff.
- Umschulung 2401
- Unternehmerfreiheit 2378, 2477
- Zugangsrechte 2391 ff., 2343 f., 2404 ff.
- Zugangsvoraussetzungen 2410

Biomedizinkonvention 951, 983

Biopatentrichtlinie 819 f.

Bladet Tromsø 2097

Bleiberecht, vorläufiges 1135

Blutentnahmen 954, 1263

Blutprobe

- Erzwingung 1082

Bosphorus

- Berufsfreiheit 2639, 2675
- EGMR, Bedeutung 100 ff.
- Eigentumsfreiheit 2824, 2827
- unternehmerische Freiheit 2675, 2763

Boycott

- Grundfreiheiten 475
- Vereinigungsfreiheit 2302 f.

Bräuche, religiöse 1611, 1629 ff., 1642 f.

Brechmittel 1016

Brechmitteleinsatz

- faires Verfahren 5035
- „nemo tenetur“-Grundsatz 5101 f.
- unmenschliche Behandlung s. *Behandlung, unmenschliche*

Breitenwirkung 1749, 1801, 1993

Briefverkehr

- Gefangene 1352 ff.
- Überwachung 1340 ff.

Buddhismus 1595

Bürgerbeauftragter 4725 ff.

- administrative Schritte, vorausgegangene 4744
- Ausgestaltung 4730 f.
- Befassungsanspruch 4746 ff.
- betroffene Tätigkeiten 4751 ff.
- Bewertung 4728 f.
- Eingriffe und Rechtfertigung 4758 f.
- Entwicklungsgeschichte 4725 f.
- Form und Frist 4742 f.
- Funktionen 4727

- Geschäftsordnung des Parlaments 4734

- Grundrechtsträger 4746 f.

- Missstands begriff 4757

- Primärrecht 4733

- Prüfungsschema Beschwerde 4760

- Rechtsprechung, Ausnahme 4752 f.

- Rechtsschutz 4745

- Regelung im VE 4732

- Statut des Bürgerbeauftragten 4735

- Stellung 4737 f.

- Verfahren 4739 ff.

- Verpflichtete 4749 f.

- Verwaltung auf Unionsebene 4754 ff.

- Wahl und Amtsenthebung 4736

Bürgerrechte

- Abwehrrechte 325

- Grundrechte 445

- Verfahrensrechte 331

BVerfG

- Durchführungsgesetze 735 f.
- europäische Rechtsakte 733 f.
- Inzidentprüfung 737 ff.
- Kooperation mit EuGH 734
- nationales Umsetzungsrecht 711 f., 735 f.
- Schranken-Schranken 737 ff.
- Unionsgericht 712
- Vorlagepflicht 744

Caritas 1645

Caroline 2125ff.*Carpenter* 267 ff.*Cassis-Formel* 635*Castells* 2087 f.

Chancengleichheit

- bei Gericht 5044 f.

Chassagnou 2274

Chatroom

- sexuelle Kontakte 1260

chilling effect 1864, 1891, 1894

Christians against Racism and Facism 2215

Closed-shop-Regelungen 2256 f., 2292 ff.

Connolly 1925

Conviction in disguise 5084

Counter-Terrorism-Committee 785

Dahlab 1726

Dänische Hofangestellte 2248

Dassonville-Formel 497

Daten

- Anpassung 1408
- Aufbewahrung 1408
- Binnenmarktbezug 1375, 1456
- Erhebung 1381, 1404
- geschäftliche 1367
- Personenbezug 1370 ff., 1456
- Speicherung 1404 f.
- Transfer, grenzüberschreitender 1358
- Urheberrechtsverletzungen 1439 ff., 1458
- Verarbeitung 1380 f., 1404 ff.
- Verknüpfung 1410
- Weitergabe 1406 f.
- Zweckbindung 1381, 1412, 1433

Datenschutz

- Abwehranspruch 1382 ff.
- Anonymisierung 1464 f.
- Auskunftsansprüche 1392 ff., 1413
- Beauftragte 1486 ff.
- Beeinträchtigungen 1404 ff.
- Bereichsausschlüsse 1376 ff.
- Berichtigungsanspruch 1401 ff., 1414
- Einwilligung 1417 ff.
- Einzelrechte 1382 ff.
- Gentests 1308 ff.
- Grundrecht, eigenes 1360 ff.
- Kontrollstelle 1481 ff.
- nationale Sicherheit 1377
- Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft 1446 ff.
- Organisation 1387, 1416
- Private als Verpflichtete 1388 ff., 1476, 1481 ff.
- Privatleben, Schutz 1183
- Prüfungsschema 1488
- Richtlinie 1359 ff.
- Schutzpflicht 1386 ff., 1415 f.
- Sekundärrecht 1361 ff.
- Terrorabwehr 1377 f., 1435, 1450 ff., 1459 ff.
- Treu und Glauben 1473 ff.
- Überwachung 1477 ff.

- Urheberrechtsverletzungen 1439 ff., 1450, 1463

- Verfahren 1386 f.

- Verordnung 1359 f., 1364

- Zielrichtung 1357 f.

Datenübermittlung 1462

- grenzüberschreitende 1465

Death row phenomenon 1009

De Haes und Gijssels 2116

Delegation 519 ff.

Demokratie

- Religionsgemeinschaften 1666 ff.
- religiöse Neutralität 1606, 1717 ff.
- religiöser Pluralismus 1603

Demokratieprinzip 512 ff.

Demonstrationsteilnahme s. *auch Versammlungsfreiheit*

- Recht am eigenen Bild 1189

Demuth 1875, 1879

Dienstleistungen

- Beihilfenverbot 4292
- Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse s. *dort*
- Recht auf Zugang 4269 ff.
- Richtlinien 4293
- Wettbewerbsregeln 4289 ff.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

- Begriff 4280 f.
- Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten 4284 ff., 4302 ff.
- Prüfungsschema 4309
- sozialer und territorialer Zusammenhang 4294 ff.
- Subventionen/Beihilfen 4289 ff.
- Zugang 4282 f.

DienstleistungsRL 2553 f.

Dimension, soziale

- diplomatischer Schutz s. *Schutz, diplomatischer*
- Grundrechte 3533 ff.
- Privatleben 1189 ff.

Direktwahlakt

- Bedeutung und Regelungsgehalt 4431 f.
- Beschluss 2002/772/EG 4435
- Rechtsnatur 4429 f.
- Vertragskonformität 4433 f.

Diskriminierung

- mittelbare 3290 ff., 3315
- positive 3400

Diskriminierungsmerkmale 3257 ff.,
3290 ff.

Diskriminierungsverbot

- allgemeines 3168 ff., 3172,
3175 f., 3180 ff., 3220 ff.
- Arbeitsbedingungen für Dritt-
staatsangehörige 2577 ff., 2596 ff.
- Begriff 3168 ff.
- Berufsfreiheit, Abgrenzung zur
2513
- besonderes 3168 ff., 3171, 3175 f.,
3180 ff.
- Bildung 2391 ff., 2404 ff., 2410,
2428 f.
- Drittstaatsangehörige 2531 ff.,
2577 ff.
- Drittwirkung 2542
- EMRK 3190, 3243
- EuGH-Rechtsprechung 3173,
3177 ff., 3186 ff., 3206 ff., 3240 f.,
3295
- juristische Personen 3289
- mittelbare Diskriminierung
3290 ff.
- positive Diskriminierung 3400
- Prüfungsschema 3321 f.
- Religion(sfreiheit) 1546, 1548 ff.
- Weltanschauung 1549

Djavit An 2194, 2221

Dokumentenzugang

- Ausgestaltung durch die Transpa-
renzVO (EG) Nr. 1049/2001
4636 ff.
- Ausnahmeregelungen 4662
- Beeinträchtigung und Rechtferti-
gung 4657 ff.
- Dokumentenzugang nach nationa-
lem Recht 4632 ff.
- Informationsfreiheitsgesetze 4635
- Konkurrenzen 4630 f.
- öffentliche Interessen, Schutz
4664 ff.
- Primärrecht 4620 ff.
- Primärrecht, Kongruenz mit 4625
- private Interessen, Schutz 4679 ff.
- Prüfungsschema 4724
- Rechtfertigungsgründe, System se-
kundärrechtliche 4659 ff.
- Reformvertrag 4618
- subjektiv-rechtlicher Gehalt
4622 f.

- teilweiser Zugang 4663
- ungeschriebene Ausnahmen
4717 ff.
- ungeschriebener Rechtsgrundsatz
4624
- Zugangsrechte, andere 4626 ff.

Doppelbestrafungsverbot 5152 ff.

- Aburteilung 5164 ff.
- Beeinträchtigungen und Rechtferti-
gung 5179 ff.
- Kartellverfahren 5174
- Quellen 5153 ff.
- Straftat 5156 ff.
- transnational 5173 ff.

Drittstaaten

- Grundrechtsadressaten 229

Drittstaatsangehörige 1773 ff.

- Berufsfreiheit 2525
- Gleichbehandlung hinsichtlich Ar-
beitsbedingungen 2531 ff.,
2577 ff., 2589, 2596 ff.
- Grundrechtsträger 310 ff.
- Meinungsfreiheit 1773 ff.
- unternehmerische Freiheit 2675 f.

Drittwirkung

- allgemein 216, 279, 281 f.
- Berufsfreiheit 2545 f.
- Grundfreiheiten 2543 f.
- Medienfreiheit 1961, 1969,
2147 ff.

Duftstoffe 939

Durchführung von Unionsrecht 230 ff.

- Begriff 243 ff.
- Einschränkung der Grundfreiheiten
262 ff.
- Ermessen 251
- gemeinsame Politiken 235 ff.
- nationales Verfahrensrecht 255 ff.
- Öffnungsklauseln 249 f.
- potenzielle 239 ff.
- Prägung durch Unionsrecht 233 ff.
- Rechtsanpassung 245 ff.
- Richtlinien 243 ff.
- Sekundärrecht 252 ff.
- Umsetzung 243 f.
- unbestimmte Rechtsbegriffe 251
- Unionskompetenz 230 ff.
- UN-Sicherheitsrat 237
- Verordnungen 243 f.
- völkerrechtliche Vorgaben 237,
258 ff.

(Durchführung von Unionsrecht)

- Wahlmöglichkeiten 251

Durchführungsvorschriften 521, 524 ff.

Durchsetzung 702 ff.

Durchsuchung von Räumen 1331 ff.

Dürig'sche Objektformel 824

- illegale Einwanderung, Abwehr 847 ff.
- Lebensverlängerung 837 ff.

EAG 220

EGMR 83 ff.

- Art. 32 EMRK 89
- Bezugnahme durch EuGH 90
- Bindungswirkung von Entscheidungen 83 ff.
- *Bosphorus* 100 ff.
- faktische Bindung 86 ff.
- Kollisionsproblem 97 ff.
- „nemo tenetur“-Grundsatz 96
- Rechtsprechungsdivergenzen 92 ff.
- Unverletzlichkeit der Wohnung 93 ff.

EGRC 10 ff.

- Grundrechtekonvent 12 f.
- Inkrafttreten 29 ff.
- Rechtsverbindlichkeit 14
- Reformvertrag 18
- Verhältnis zur Charta 2000 31
- Vorbehalte 19 ff.

Ehe

- Prüfungsschema 1537

Ehe, gleichgeschlechtliche 1508 f.

Ehebegriff 1500 ff.

Ehefähigkeitsbescheinigungen 1527

Ehegatte, Ausweisung 267 ff.

Ehehindernisse 1526

Eheschließungsfreiheit

- Alter 1510 f.
- Ausländer 1521
- Bedeutungswandel 1501 ff.
- Beeinträchtigungen 1521 ff.
- Ehe 1500 ff.
- Familiengründung 1507
- Genese 1493 ff.
- Homosexuelle 1495, 1500 ff.
- institutionelle Garantie 1499
- Leistungsrecht 1530
- Mann und Frau 1500 ff.
- Mindeststandard 1523 ff.

- nationale Regelungen 1496 ff., 1523

- Schutzpflicht 1524

- Transsexuelle 1508 f., 1530

Eheverbote 1526

Ehrschutz 1277 ff.

Eidespflicht 1697

Eigentum

- Allgemeingebräuchlichkeit 2855
- Aktien 2830, 2873, 2894
- Anteilseigentum 2830, 2894
- Begriff 2785 ff., 2817 ff., 2864 ff.
- Besitz 2828, 2869 f.
- Bestandsschutz 2831, 3006
- Deliktsansprüche 2829
- dingliche Rechte 2825
- Eigenleistung 2833
- Eigentumsfreiheit s. *dort*
- Eigentumsordnung s. *Eigentumsfreiheit*
- Eigentum Privater 2810
- eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb 2843 ff., 3011
- einseitige europarechtliche Gewährungen 2838
- Erbengemeinschaft 2830
- Exklusivität 2855
- Fischereirechte 2830
- Forderungen 2828 f.
- Früchte eigener Arbeit 2832 f.
- geistiges 2803, 2817, 2852 ff.
- Genehmigung 2838, 2901 f., 2971 ff.
- Gewerbebetrieb 2843 ff.
- gewerbliches 2782, 2853
- Goodwill 2846
- Grundeigentum 2825, 2969 f.
- Honorar 2829
- Jagdrecht 2830, 2872
- kommerzielles 2782, 2853
- Kundenstamm 2846
- Markenrechte 2854
- Marktanteile 2850 ff.
- Marktrechte 2850 ff.
- Muster 2854
- Nationalisierung 2896
- Nutzungsregelung s. *dort*
- obligatorische Rechte 2826, 2962, 2969 f.
- öffentlich-rechtliche Positionen 2832 ff.

(Eigentum)

- Patentrecht 2854
- Privateigentum 2810
- Rechtsbegriff 2785 ff.
- Rentenansprüche 2833, 2835
- Sacheigentum 2825
- Sozialleistungen 2833 ff.
- staatliche Leistungen 2838
- Untersuchungsergebnisse 2854
- Urheberrecht 2854
- Vergütungsansprüche 2829, 2832
- Verlagsrecht 2854
- Vermögen 2856 ff.
- Vorbehaltseigentum 2825
- Vorkaufsrechte 2829
- Warenzeichen 2854

Eigentumsfreiheit

- Abgabenpflichten 2856, 2859, 2862 f.
- allgemeine Erklärung der Menschenrechte 2772
- allgemeine Handlungsfreiheit 2891
- Äquivalenzgedanke 2833
- Ausbildungsförderung 2838
- Baufreiheit 2824, 2841, 2872
- Berufsfreiheit 2502 ff., 2890
- Bestandsschutz 2831, 3006
- Eigenleistung 2833
- Eigentum *s. dort*
- Eigentumsentziehung 2892 ff.
- Eigentumsordnung 2783 f., 2790 ff., 2877
- eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb 2843 ff., 2965
- Emissionshandel 2841
- EMRK 2773, 2775 ff., 2787, 2803 ff., 2820 f.
- Enteignung *s. dort*
- Erbrecht 2875 f.
- Erwerb und Erworbenes 2502 ff., 2822 ff.
- Erwerbsverbote 2878, 2884
- EuGH 2777 ff., 2805
- formelle Enteignung 2897 ff.
- Freiheitsfunktion 2799, 2826
- Fremdenrecht 2895
- Früchte eigener Arbeit 2832
- Geldleistungspflichten 2856, 2891
- gemeinsame Marktordnung 2840
- Geschäftsdaten 1367, 1374

- Grundfreiheiten 2794
- Grundgesetz 2779
- Grundrechtsträger 2806 ff.
- Hoheitsgewalt 2816
- Hull-Formel 2895
- Inhaltsbestimmung 2884
- Interventionskäufe 2838
- *ius gentium* 2895
- juristische Personen 2806 ff., 2809 f.
- Kinderzulagen 2838
- klassisches Menschenrecht 2772
- Konkurrenzen 2889 ff.
- Leihe 2872
- Leistungsgedanke 2833
- Milchquoten 2839
- natürliche Personen 2808 f.
- Nutzungsrecht 2871 ff.
- Nutzungsregelung 2884
- öffentliche Hand 2808 ff.
- positiver Schutzbereich 2818, 2868 ff.
- *producta sceleris* 2880
- rechtmäßiger Erwerb 2877 ff.
- Rechtsinstitut 2782
- Rentabilität 2848
- Schutzpflichten 2999 ff.
- sonstige Eingriffe 2987 ff.
- *squeeze out* 2894
- Steuern 2859, 2862, 2961
- Straftaten 2880 ff.
- Subventionen 2838
- Übertragungsverpflichtung 2897
- Unternehmenssubstanz 2844 ff.
- Verfügungsrecht 2874
- Verletzung 2807
- Vermietung 2872
- Vertrauensschutz 3005 ff.
- Verwendungsmöglichkeiten 2818, 2868 ff.
- Vorkaufsrecht 2897
- Warenverkehrsfreiheit 2782
- Wesensgehaltsgarantie 2992 ff.
- Zugriff 2897
- Zurechenbarkeit der Eigentumsentziehung 2893 f.

Eigentumsgrundrecht *s. auch Eigentumsfreiheit*

- Beschlagnahme Wirtschaftsgüter 780
- Datenschutz 1440, 1450

(Eigentumsgrundrecht)

- Fremdenrecht 782
- Konteneinfrierung 780
- Prüfungsschema 3003

Eigentumswohnung 1234, 1237

Eignung 652 ff.

Eingriffsziele s. *Beschränkungsziele*

Einreise, unerlaubte

- Freiheitsentzug 1085 f.

Einreiserecht 1328

Einreiseverbote

- Datenspeicherung 1464

Einschätzungsspielraum 607 ff.

Einschränkung 500 ff.

Einsichtsfähigkeit 293

Einstellung, diskriminierungsfreie 280

Einstellung, Verfahren 5169

Einwanderung, illegale

- Menschenwürde 847 ff.

Einwanderungshindernisse 1313 ff.

Einwilligung

- Datenschutz 1417 ff.
- Fotoaufnahmen 1186 f.

Elektroschocks 994

Eltern

- Adoption 1301
- Anhörung 1304
- Beteiligung 1297 ff.
- Familiengründung 1514 ff.
- Familienleben 1218 ff.
- Information 1298 f.
- Kindeswohl 1293 f.
- Kontaktwahrung 1295 f., 1303
- Mindestumgang 1224
- Sorgerecht 1224, 1226 f.
- Stellungnahme 1298 f.
- Subsidiarität staatlichen Schutzes 1245
- Trennung vom Kind 1225 ff., 1293 ff.
- Umgangsrechte 1296, 1303

Elternurlaub 4012 ff.

E-Mail

- Ausspähen durch Private 1391
- Kommunikationsgrundrechte 1994
- Schutz 1242

Embryonen

- Lebensschutz 878 ff.
- Menschenwürde 825 ff.
- Stammzellenforschung 829 ff.

- Tötung 893

Emissionshandel 4366 ff.

- Berufsfreiheit 2607 ff., 2614
- Eigentumsrecht 2841 f.
- Rechtsschutz 723, 726, 728 f., 736
- Vertrauensschutz 3096

Emissionsrechtzertifikate 2841

Empfehlungen

- Gesetzesvorbehalt 594
- Grundrechtsbindung EU 218
- Grundrechtsbindung Mitgliedstaaten 234

EMRK 13 ff.

- Beitritt der EU 39, 111 ff.
- Beitrittsfolgen 115 ff.
- Beitrittsvoraussetzungen 113 f.
- Bezugnahmen 43 f.
- Bindung 38
- EGRC, Einfluss auf die 45 ff.
- Grundrechtskollisionen 82
- Grundrechtsschutz, weitergehender (Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC) 65 ff.
- Kongruenzklausel (Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC) 48 ff.
- Mindeststandard 71
- nationale Verfassungen 40 ff.
- Rechtserkenntnisquelle 5, 34, 40 ff.
- Rechtsprechung des EGMR 57 f., 83 ff.
- Reformvertrag 107 ff.
- Schranken der EMRK 60
- Sicherungsklausel (Art. 53 EGRC) 72 ff.
- Zusatzprotokolle 55 f.

Energie

- De-minimis 3021
- Energieversorgungsunternehmen 2814
- Kernenergie 3005 f.
- Unbundling 2943
- Vertrauensschutz 3006

Energiepolitik 4331

Enteignung

- Begriff 2892 ff., 2896
- Bestimmtheitsgrundsatz 2914
- bevorstehende 2899
- Einziehung 2896, 2909
- Enteignungskompetenz 2907, 2940 ff.
- Entschädigung 2926 ff., 2939

(Enteignung)

- Entschädigung in Naturalien 2937 f.
- Entschädigungshöhe 2932 ff.
- Entschädigungsmodalitäten 2929 ff.
- faktische 2900 ff.
- Finalität 2905 ff.
- formelle 2897 ff.
- Fremdenrecht 2895
- Genehmigung 2901
- gesetzlich vorgesehene Enteignungsbedingungen 2912 ff.
- Güterbeschaffungsvorgang 2898, 2917
- Hull-Formel 2895
- *ius gentium* 2895
- Junktim-Klausel 2904
- Konfiskation 2896, 2909
- Nationalisierung 2896, 2899, 2933
- öffentliches Interesse 2915 ff.
- Realakt 2903 f.
- Rechtfertigung 2910 ff.
- Rechtsposition 2898
- Rechtsvorschriften 2898
- rechtswidrige Nutzung 2909
- squeeze out 2894
- Verhältnismäßigkeit 2921 ff.
- Vernichtung 2909
- Vorkaufsrecht 2897
- Zurechenbarkeit 2894

Entlassung

- Prüfungsschema 3848

Entschädigungsmodalitäten 2929 ff.**Entscheidungen**

- Gesetze 588 ff.
- Grundrechtsbindung EU 217
- Grundrechtsbindung Mitgliedstaaten 225, 233
- Nichtigkeitsklage s. *dort*
- Rechtsschutz 754 ff.

Entschließungen 595**Erbengemeinschaft 2830****Erbrecht**

- Eigentumsfreiheit 2875 f.
- Familienleben 1231

Erforderlichkeit(sprüfung) 414, 418 f., 658 f.**Ermittlungsmaßnahmen**

- Privatleben 1264

Ersatzreligionen 1598**ERT 275****Erzeugungsvorschriften 2750****Erziehungsrecht der Eltern**

- Bildungsgrundrecht 2452 ff., 2471 ff.
- Religionsfreiheit 1569

ESC 3535 ff. s. *Europäische Sozialcharta***Etikettierungsvorschriften 2751****Eugenische Praktiken 966, 976 ff.****„Europa des Asyls“ 1114, 1120****Europäische Grundrechte**

- Angemessenheit 660 ff.
- Beeinträchtigungen 493 ff.
- Beurteilungsspielraum 607 ff.
- Entwicklung 1 ff.
- Erforderlichkeit 658 f.
- Gemeinschaftsgrundsätze 3
- Grundfreiheiten 198 ff., 262 ff.
- Grundrechtskollisionen 82
- Kodifikation 1, 10 ff.
- Konkurrenzen 488 ff.
- Missbrauch 477 ff.
- Prüfungsschema 701
- Rechtfertigung von Eingriffen 601 ff.
- Rechtserkenntnisquelle 5
- Rechtsprechung EuGH 2 ff.
- Rechtsquelle 9
- Rechtsvergleichung 3
- Schranken 500 ff.
- Schutzbereich 460 ff.
- Unantastbarkeit 498 f.
- Unionsrecht 182 ff.
- Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten 9
- Verhältnismäßigkeit 601 ff.
- vorbehaltlose Grundrechte 62 ff.
- Wesensgehaltsgarantie 669 ff.

Europäische Investitionsbank 214**Europäische Sozialcharta 3535 ff.**

- Berufsfreiheit 2482, 2486, 2580

Europäische Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit 790**Europäische Zentralbank**

- Grundrechtsträger 302

Europäischer Kodex für gute Verwaltungspraxis 4522 ff.

- Handlungsmaßstäbe 4525
- Kodizes einzelner Organe 4523

(Europäischer Kodex für gute Verwaltungspraxis)

- Musterkodex 4522
- Rechtswirkung 4524

Europäischer Pakt über Immigration und Asyl 1114

Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten 3429

Europol 214

Evidenzkontrolle 5055

Existenzminimum 4194 f., 4200

- erniedrigende Behandlung 1025 ff.
- Menschenwürde 1025 ff.
- Privatleben 1206
- Umwelt 858, 1217

Ezelin 2195

Faires Verfahren 5033 ff.

- Anwaltsrechte 5057
- Recht auf Gegengutachten 255, 257

Familiapress 2135

Familie

- Begriff 1218 ff., 4045
- Elternurlaub 4012 ff.
- Mutterschaftsurlaub 4010
- Schutz in internationalen Übereinkommen 4025 ff.
- Schutz in nationalen Verfassungen 4034
- Schutzrecht in der EGRC 4024 ff.
- Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben 3973 ff.

Familiengründung

- Prüfungsschema 1537

Familienleben

- Abschiebungen 1307 f.
- Ausländerrecht 1232 f., 1306 ff.
- Beeinträchtigungen 1293 ff.
- Berufsleben 3973 ff.
- Ehe 1219
- Erbrecht 1231
- Fortbestehen 1223 f.
- Fürsorgemaßnahmen 1293 ff.
- Gentests 1308 ff.
- Großfamilie 1230
- Gründung 1219, 1514 ff.
- Kind 1228 ff.
- Nachzug 1307 ff.
- Privatleben 1218 f.

- Prüfungsschema 1356, 4023, 4053
- Scheinehe 1232
- tatsächliches 1220 ff., 1517 ff.

Familienleben, Recht auf

- Kinder 1171 f.

Familiengründungsfreiheit

- Mindestniveau 1523 ff.
- Regulierung 1523 ff.
- Schutz 1514 ff.

Familiennamen 1196

Familienzusammenführung

- Gentests 1308 ff.
- Integrationserfordernis 1311 ff.
- Richtlinie 1311 ff.
- Wartezeit 1315 ff.

Fernmeldeverkehr

- Überwachung 1340 ff.

Fernsehrichtlinie 1977 ff., 1996, 2059 f., 2067, 2074

Feststellungsklage 714 ff., 726, 728 ff., 764

File-sharing 1438 ff., 1458, 1463

Film 1988 ff., 2031 f.

Filmfreiheit 1988 ff., 2031 f.

- Beurteilungsspielraum 2084
- Drehbuch 2031
- Vermarktung 2032

Fingerabdrücke 1263

Fischereirechte 2830

Flüchtlingsbegriff

- Furcht 1133
- gemeinsamer Standpunkt 1120, 1129
- Genfer Flüchtlingskonvention 1120, 1128 ff.
- geschlechtsbezogen 1132
- veränderte politische Verhältnisse 1131
- Verfolgung 1129 ff.

Flüchtlingsgründe 1128 ff.

Flüchtlingsstellung 1135 ff.

Flugblätter

- weltanschauliche 1631

Fluggastdaten 1372, 1376, 1458 ff., 1461

Flughäfen

- Privatleben 1207 ff.
- Schutzpflicht 960
- Unversehrtheit 944, 947

Fluglärm

- nachhaltige Entwicklung 1291

(Fluglärm)

- Rechtfertigung 1207, 1289 ff.
- Schutz des Privatlebens 1207 ff.

Folterkonvention UN 993, 995, 998, 1000

Folterverbot 987 ff.

- Abschiebung 1143 ff., 1150 f.
- Abschiebungshindernis 989, 1002 f., 1033
- Absolutheit 1034
- amtliche Veranlassung 993, 998, 1000 ff.
- Folterbegriff 993 ff., 996
- „Modernisierung“ 992
- organisatorische Vorkehrungen 990
- organisiertes Verbrechen 988
- Prüfungsschema 1035
- psychischer Druck 995 f.
- Schutzpflichten 999
- Terrorismus 988
- unmenschliche oder erniedrigende Strafe/Behandlung 1004 ff.
- Verfahrenserfordernisse 1031 ff.
- Vermutung im Vollzug 1030
- Verpflichtete 282
- Vorsatz 993, 997

Förderpflicht 341

Forschungsförderung

- Menschenwürde 827
- Wissensfreiheit 2339, 2367 ff.

Forschungsfreiheit

- Berufsfreiheit 2509
- Wissenschaftsfreiheit s. *dort*

Fortpflanzung, künstliche

- Beschränkung 1534 f.

forum internum 1580, 1584, 1592, 1606 ff., 1695 f.

Fotoaufnahmen 1185 ff., 1263, 1273 f.

Frauenenerbstätigkeit 3366, 3373, 3392, 3397, 3408 ff.

Freibadbesuch 1182

Freiberufler

- Berufsfreiheit 2506, 2521
- unternehmerische Freiheit 2686

Freiheit, Recht auf 1077 ff.

Freiheit, unternehmerische s. *Unternehmer(ische) Freiheit*

Freiheit von Arbeit 2561

Freiheitsbegriff 1077 ff.

Freiheitsentzug, Schutz vor 1058 f., 1078, 1080 ff.

- Beeinträchtigung 1107 ff.
- Dauer 1110
- Einreise, unerlaubte 1085 f.
- Haftgründe 1081 ff.
- Verfahrensgarantien 1088 ff.

Freiheitsstrafe, lebenslange 5150

Freizeitaktivitäten 1188 ff., 1274

Freizügigkeit

- Bildung 2391 f.
- Recht auf Freiheit 1079

Freizügigkeit und freier Aufenthalt (Art. 45 EGRC) 4951

Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht 4791 ff.

- allgemeines Diskriminierungsverbot, Subsidiarität 4812
- Aufenthaltsbeschränkungen 4926
- Ausbildungsförderung im Ausland 4931
- Ausreise 4804
- Ausübungsbedingungen 4937
- Ausweisung 4934 s. *auch unter FreizügigkeitsRL 2004/38/EG*
- Berufsfreiheit 2515 ff., 2525 ff., 2570 ff., 2621 ff.
- Bestandteile 4801
- Besteuerung Ruhegehälter im Ausland 4933
- Bewegungsfreiheit 4802
- *D’Hoop* 4945 f.
- Drittstaatsangehörige 4796 ff.
- EGRC und EG/AEUV 4792
- einheitliches Grundrecht 4799
- Freizügigkeit und Diskriminierungsverbot 4805 ff.
- Gewährleistungsgehalt, spezifischer 4811
- Gleichbehandlung, kein Anspruch auf vollständige 4810
- Grenzkontrollen 4922 ff.
- grenzüberschreitender Bezug 4813 ff.
- Gründe der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit 4938 s. *auch unter FreizügigkeitsRL 2004/38/EG*
- Grundrechte als Schranken 4949 f.
- Kongruenz mit Primärrecht 4793
- Nachteile bei Ausübung 4927 ff.

(Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht)

- Personenverkehrsfreiheiten, Abgrenzung zu 4916 ff.
- Pfändungsfreigrenze bei Wohnsitz im Ausland 4929
- Prüfungsschema 4951
- *Pusa* 4945
- Rechtfertigungsschranken 4944 ff.
- Reformvertrag 4791
- Schranken 4936 ff.
- Sekundärrecht, Beschränkungen durch neues 4942 f.
- sekundärrechtliche Ausgestaltungen 4819 ff.
- Überbrückungsgeld für Absolventen ausländischer Schule 4930
- ungeschriebene Rechtfertigungsgründe 4939 ff.
- Unionsbürger als Berechtigte 4794
- Unterhaltszahlungen ins Ausland 4932
- Verbot der Ein- oder Ausreise 4935
- Verhältnismäßigkeit 4944 ff.
- Wesensgehalt 4948
- *Wijzenbeek* 4923 f.

Freizügigkeitsrecht 4

FreizügigkeitsRL 2004/38/EG

- Ausweisungsschutz, abgestufter 4874
- Anmeldebescheinigung 4891 ff.
- Arbeitnehmer/Selbstständige 4847
- Aufenthaltsrecht bis drei Monate 4844 ff.
- Aufenthalt zu Ausbildungszwecken 4848 f.
- Aufenthaltskarte 4895 ff.
- Aufenthaltsrecht Familienangehöriger nach FreizügG/EU 4909 ff.
- Aufenthaltsrecht über drei Monate 4846 ff.
- ausreichende Existenzmittel 4847 f.
- ausreichender Krankenversicherungsschutz 4847 f.
- Ausweisungsschutz nach FreizügG/EU 4906 ff.
- Beendigung des Aufenthalts 4851 ff.

- Bescheinigung des Daueraufenthalts 4897
- Beschränkungen des Aufenthaltsrechts/Ausweisung 4871 ff.
- Daueraufenthaltsrecht für Arbeitnehmer und Selbstständige 4863 ff.
- Daueraufenthaltsrecht nach FreizügG/EU 4903 ff.
- Daueraufenthaltsrecht von Familienangehörigen 4867 ff.
- Erweiterung auf Lebenspartner 4826
- Folgen von Tod/Wegzug des Unionsbürgers 4836 ff.
- generalpräventive Überlegungen 4873
- Gleichbehandlungsanspruch 4886 ff.
- gleichgeschlechtliche Lebenspartner 4828 f.
- *Grzelczyk* 4852 f.
- Meldepflicht 4890
- Mindestaufenthaltszeit 4859 ff.
- mittlere Schutzstufe (Daueraufenthaltsberechtigte) 4882
- nachziehende Familienangehörige 4849
- nichteheliche Lebensgemeinschaften 4827
- öffentliche Ordnung 4877 f.
- öffentliche Sicherheit 4880
- persönliches Verhalten 4872
- Recht auf Daueraufenthalt 4858 ff.
- Rechtmäßigkeit des Aufenthalts 4861 f.
- Scheidung/Aufhebung der Ehe bzw. Partnerschaft 4839 ff.
- Schlechterstellung durch FreizügG/EU 4900 ff.
- Schutz der Gesundheit 4875 f.
- stärkste Schutzstufe 4883
- Systematik 4822 ff.
- Umsetzung in deutsches Recht 4898 ff.
- unangemessene Inanspruchnahme von Sozialleistungen 4853
- Unionsbürger als Berechtigte 4825 ff.

(FreizügigkeitsRL 2004/38/EG)

- unmittelbare Wirkung der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG 4913 ff.
- unterste Schutzstufe 4877
- Verlust des Daueraufenthaltsrechts 4870
- Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz 4884 f.
- weitere Familienangehörige 4833 ff.
- wirtschaftliche Interessen 4871
- zulässige Unterbrechungen des Aufenthalts 4860
- zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit 4883

Fremdenrecht 782, 2895

Frisurwahl 1199, 1202

Fuentes Bobo 1942, 2154

Fürsorgemaßnahmen 1245, 1293 ff.

G10 1340 ff., 1349*Gäffen* 1008, 1031, 1034

Garage 1235

Gaststätten

- Leibeigenschaft 1049
- Menschenhandel 1051
- Zwangsarbeit 1049 f.

GCSGA 3539 s. auch *Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer*

Gebet, stilles 1620

Gebot sinn- und maßvollen Strafens 5149

Geburt, anonyme 1282, 1284

Geburtenbuch

- Transsexuelle 1261

Gedankenfreiheit

- Bezüge 1538 ff., 1570 ff.
- direkte Eingriffe 1685 ff.
- Diskriminierungsverbot 1562
- Erschwernisse 1689 f.
- Gehalt 1580 ff.
- Glaubensfreiheit 1574 ff., 1579
- Meinungsbildungsfreiheit 1577 ff.
- Meinungsfreiheit 1799 ff.
- negative 1581 f.
- Prüfungsschema 1739
- Schutz 1691 ff.
- Sekten(mitglieder) 1693 f.
- Wissenschaftsfreiheit 2350, 2352

Geeignetheit 652 ff.

Gefangene

- Besuchsregelungen 1305
- Briefverkehr 1352 ff.
- Ehe 1528
- Handschellenpflicht 1257
- Lebensführung 1285

Gefängniszellen 1235

- Reinigung und Religionsfreiheit 1615

Gegendarstellungspflicht 2064

Gehaltsdaten 1373, 1405, 1407, 1419, 1456

Gehirnwäsche 1693

Gehör, rechtliches

- Folgen von Verfahrensfehlern 4565
- Heilung 4565
- Justizgrundrecht 5036 ff.
- nachteilige Maßnahmen 4559 ff.
- Rechtfertigungsgründe, ungeschriebene 4564
- Teilgewährleistungen 4558
- ungeschriebener Rechtsgrundsatz 4557
- Wegfall Anhörungspflicht 4563

Geistesranke 934

Gelegenheitsarbeit 2521

Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik

- Beschlagnahmen 780
- Grundrechtsverpflichtung 220, 244
- Rechtsschutz 768 ff., 780 ff.
- Völkerrecht 780 ff.
- Vollzugsmaßnahmen 236 ff.

Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (GCSGA)

- Berufsfreiheit 2482, 2485
- soziale Rechte 3539

Generalklausel, polizeiliche 536

Generationen, künftige 291

Genfer Flüchtlingskonvention 121, 1113, 1120, 1125 ff., 1135

Genpool, Beeinflussung 978

Gentests 3268

- Familieneinwanderung 1308 ff.
- Heimlichkeit 1308

Gericht 5010 f., 5019 ff.

- Begründungspflicht 5052 f.
- Chancengleichheit 5044 f.

(Gericht)

- gesetzlich 5029
- grenzüberschreitende Zusammen-
arbeit 4986 f., 5067 ff.
- Kontrolldichte 5054 f.
- Prozesskostenhilfe 5059 ff.
- Unabhängigkeit 5020 ff.
- Unparteilichkeit 5024 ff.
- Waffengleichheit 5044 f.

Gerichte, ordentliche 745 f.

Geschäftsdaten 1367, 1373 f.

Geschäftsgeheimnisse 2722

Geschäftsräume 1239 f., 1331 ff.

Geschlechtsumwandlung 1179

Gesellschaft, Notwendigkeit in demo-
kratischer

- Datenschutz einschränkung
1446 ff., 1455
- Gehalt 674 ff.
- Meinungsfreiheit 1740, 1772,
1801, 1852, 1863 f., 1893, 1899,
2162, 2210, 2283
- Religionsfreiheit 2319
- Verhältnismäßigkeit 667 f.
- Versammlungsfreiheit 2162 f.,
2181

Gesellschaftsrecht 2736 ff.

Gesellschaftsvertrag 2696, 2701

Gesetzesvorbehalt

- Altfälle 516 f.
- Beschlüsse 588 ff.
- Delegation 519 ff.
- demokratisch 509 ff., 530 ff.
- Durchführungsvorschriften 521,
524 ff.
- Entscheidungen 588 ff.
- Europäisches Parlament 513 ff.,
518, 526, 531
- Grundfreiheiten 596 ff.
- grundrechtlich 508 ff.
- grundrechtswesentlich 514 ff.,
534 f.
- Kommission 519, 526, 532
- Lückenfüllung 553 ff.
- Mitentscheidungsverfahren 526
- nationaler 560 ff.
- Primärrecht 596 ff.
- Rat 513, 518, 526, 532
- rechtsstaatlich 508, 528 f.
- Richtlinien 579 ff.
- sonstige Rechtsakte 594 f.

- System 533 ff.

- Verordnungen 516, 572 ff.

- Verzichtbarkeit 536 f.

Gesetzmäßigkeit Bestrafung 5111 ff.

- Analogieverbot 5125 ff.
- Bestimmtheitsgebot 5121 ff.
- Gehalt 5114 ff.
- Mauerschützen 5119
- mildere Strafe 5140 ff.
- Rückwirkungsverbot 5128 ff.

Gespräche, vertrauliche 1184, 1187

Geständnis, erzwungenes

- faires Verfahren 5035
- Folter 1008, 1031, 1034, 5035
- unmenschliche Behandlung 1008,
1031, 1034, 5035

Gesundheit

- Definition WHO 939, 942
- Religionsfreiheit 1712
- Unversehrtheit, Recht auf 921 ff.

Gesundheitsdaten 1373

Gesundheitsschutz

- Begriff 4247 f.
- Berufsfreiheit 2633
- bestmöglicher Schutz 4244,
4262 f.
- Bezug in EG/AEUV 4210 f.
- Bezug zur Solidarität 3585 ff.
- eigenes Schutzrecht in der EGRC
4209 ff.
- Eigentumsfreiheit 2977
- Gesundheitsvorsorge 4249
- in der EMRK 4237
- in nationalen Verfassungen
4218 f.
- Informationen 1183
- Prüfungsschema 4268
- Querschnittsklausel des EG/AEUV
4210
- soziales Grundrecht 3563
- unternehmerische Freiheit 2719
- Vertrauensschutz 3055
- Werbefreiheit 2719
- Zwangsbehandlungen 1255

Gesundheitszustand

- Bericht über 1194, 1268

Gewerbe 2521, 2843 ff.

Gewerbebetrieb, eingerichteter und aus-
geübter 2843 ff., 2965, 3011

Gewerkschaften 3734 ff. s. *Arbeitnehmer*

- Koalitionsfreiheit 2241 ff. s. *auch dort*

Gewinnerzielungsabsicht 2520

Gewissensfreiheit

- Beamte 103 f.
- Beeinträchtigungen 1695 ff.
- Bezüge 1538 ff., 1570 ff.
- Diskriminierungsverbot 153
- Gehalt 1539 f., 1583 ff.
- Handeln 1586 ff.
- Meinungsfreiheit 1585
- Neutralität 1703
- Prüfungsschema 1739
- Religionsfreiheit 1592 f., 1613
- Wehrdienstverweigerung 1590 f., 1698

Gewohnheitsrecht 525, 527 f.

„Gläserner Bürger“ 1420

„Gläserner Nutzer“ 1346

„Gläserner Verbraucher“ 1425

Glaube 1593

Glaubensbekenntnis 1625 ff.

Glaubensfreiheit 1574 ff., 1579

Glaubensgemeinschaften 1654 ff. s. *auch Religionsgemeinschaften*

Glaubenswechsel 1632 f.

Gleichheit vor dem Gesetz 3219

Gleichheitsgrundsatz

- Religionsfreiheit 1552 f.

Gleichheitsrecht

- Abwehrrechte 323
- allgemeines Gleichheitsrecht 3168 ff., 3173 f., 3180 ff., 3186 ff.
- Begriff 3168 ff.
- Berufsfreiheit 2513
- Charakter 345 f.
- Diskriminierungsverbot s. *dort*
- EuGH-Rechtsprechung 3173, 3177 ff., 3186 ff., 3206 ff., 3240 f., 3295
- juristische Personen 3189, 3211 f.
- Kopftuch 1730 ff.
- Männer und Frauen 3358 ff., 3376 ff., 3379 f., 3414
- Prüfungsschema 3219, 3414
- Schadensersatz bei Verstoß 3216 ff., 3320, 3413

Gleichlauf-Klausel 48

Glockenläuten 1627, 1638

Gongadze 902

Goodwill 2846

Goodwin 2099

Gottesdienst 1611, 1626 f., 1638

Gouda 2134

Grant 1506

Gravier 2393

Grey areas at the fringes of the definition 5123

Groppera Radio 2132

Großeltern 1230

Großfamilie 1230

Grundfreiheiten

- Berufsfreiheit 2490 ff., 2499 f., 2515, 2527, 2530, 2572 ff., 2621 ff.
- Drittwirkung 2543 f.
- Grundrechte 198 ff., 262 ff.
- Kongruenz EGRC 183 ff.
- Religionsfreiheit 1555 ff.
- Unionsbürgerrechte 2530, 2535, 2572 ff.
- unternehmerische Freiheit 2732 ff.

Grundpflichten 392 ff.

Grundrechte, europäische s. *europäische Grundrechte*

Grundrechte, nationale 128 ff.

- *Bananenmarkt* 155 f.
- Einfluss auf die EGRC 139 f.
- Emissionshandel-Beschluss 162 f.
- Geltungsabgrenzung 143 ff.
- Harmonieklausel (Art. 52 Abs. 4 EGRC) 132 ff.
- *Maastricht* 152 ff.
- Prägung durch die EGRC 141 f.
- Rechtserkenntnisquelle 129 f.
- Reservekompetenz des BVerfG 159 ff.
- *Solange I* 148 f.
- *Solange II* 150 f.
- Verhältnis zu europäischen Grundrechten 128
- wertende Rechtsvergleichung 130

Grundrechte, soziale

- Arbeitnehmerrechte 3558 f., 3563
- Begriff 3549 ff.
- Erscheinungsformen 3550
- Grundgesetz 3548
- Grundsätze 3594 ff.
- Leistungsrechte 3554, 3590 ff.
- Mitgliedstaaten 3545 ff.

(Grundrechte, soziale)

- Systematisierung 3563, 3593 ff.
- Umweltschutz als soziales Grundrecht 3551, 3556

Grundrechteagentur, europäische 790 ff.

- Aufgaben 793
- Funktion 790 ff.
- Kooperationen 795 f.
- Organisation 798 ff.
- Rahmen 794

Grundrechtekonvent

- Entstehung EGRC 12 f.
- Streit über soziale Rechte 3543 f., 3547, 3590, 3599 ff.

Grundrechtsadressaten/-verpflichtete

- Arbeitgeber 280
- Drittstaaten 229
- EAG 220
- Einrichtungen der Union 213 f.
- extritorial 221
- fiskalisches Handeln 216
- GASP 220, 235 ff.
- Menschenwürde 282
- Mitgliedstaaten 222 ff.
- öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften 229
- Personen des Privatrechts 279 ff.
- PJZ 220, 235 ff.
- Realakte 218
- Rechtsetzung 217, 219, 233
- Rechtsprechung 217
- Stellen der Union 213 f.
- Unionsorgane 211 f.
- Verwaltung 217

Grundrechtsdimension, negative (Wahlfreiheit) 4474

Grundrechtsgehalte, objektiv-rechtliche 348, 356 f., 362, 365, 375

- Grundsätze 351
- Medienfreiheit 2143 ff.
- Pluralismus 1940, 1952 f., 2034 ff., 2145 f.

„Grundrechtsgericht“, eigenes 702 ff.

Grundrechtskodifikation 10 ff.

- EGRC 13 f.
- Europäische Verfassung 15
- Grundrechtekonvent 12 f.
- Reformvertrag 16 ff.

Grundrechtsmündigkeit 292 f.

Grundrechtssicherung durch Verfahren 335

Grundrechtsträger

- Altersgrenze 293
- Ansässige 287
- Drittstaatsangehörige 310 ff.
- Europäische Zentralbank 302
- Grundrechtsverzicht 315 ff.
- juristische Personen 294 ff., 1173 f.
- Justizgrundrechte 300
- Kinder 1171 f.
- künftige Generationen 291
- Nasciturus 290
- natürliche Personen 288 ff.
- öffentliche Unternehmen 298 ff., 304 ff.
- Religionsgemeinschaften 299
- Rundfunkanstalten 299
- Unionsbürger 285 f.
- Universitäten 299
- Vereinigungen 297, 308 ff.
- Verstorbene 290
- Weisungsverhältnisse 301 f.
- Wirtschaftsgrundrechte 296, 304 ff.

Grundrechtsverhältnisse, mehrpolige 550

Grundrechtsverzicht 315 ff.

Grundrechtswesentlichkeit 514 ff.

Grundsatz des milderen Gesetzes 5140 ff.

Grundsätze

- Abwägung 682
- Ausgestaltung 678 ff.
- Beeinträchtigung 678 ff.
- Ermittlung 441 ff.
- Mindeststandard 681, 690
- objektiv-rechtliche Gehalte 351
- Prüfungsschema 701
- Schutzbereich 464 f.
- Umsetzungsrecht 450 ff.
- Untermaßverbot 684 ff.
- Unwirksamkeit 699 f.
- Wirkung 438 f.

Gruppierungen, totalitäre 483

Gustafsson 2302 f.

Habeas-corpus-Recht 1067, 1075, 1101

Haftanordnung 1082

Haftanstalten

- Besuchsregelungen 1305
- Brieföffnung 1352 ff.
- Gestaltung der Lebensführung 1285

Haftbefehl, europäischer 5121, 5124

Haftprüfung 1092

Haftungsregelung (Art. 41 Abs. 2 EGRC)

- Anspruchsberechtigte 4594 f.
- Anspruchsverpflichtete 4596
- Bestandteil guter Verwaltung 4592
- Gefährdungshaftung 4604
- Haftung für rechtmäßiges Handeln 4603
- Handeln eines Bediensteten oder Organs 4597 ff.
- Identität mit primärrechtlicher Regelung 4592
- in Ausübung einer Amtstätigkeit 4599
- Kausalität 4606
- normatives Unrecht 4601 f.
- richterliche Rechtsfortbildung durch EuGH 4593
- Schaden 4605
- Tatbestandsvoraussetzungen 4597 ff.
- Unvollständigkeit 4593
- Verletzung einer Schutznorm 4600
- Verschuldenserfordernis, fehlendes 4607

Handyside 1903 ff.

Handeln, fiskalisches 216

Handelsfreiheit

- Berufsfreiheit 2484, 2505 ff.
- unternehmerische Freiheit 2505 ff., 2704 ff., 2748, 2751

Handlungsfreiheit

- allgemeine 1060 ff., 1077
- Schutz des Privatlebens 1205

Harmonieklausel (Art. 52 Abs. 4 EGRC) 132 ff.

Hauer

- Berufsfreiheit 2503 f., 2547
- Eigentumsfreiheit 2777 f., 2992

Hausboote 1235

Hauspersonal 1266

Heilbehandlung 935, 948 ff., 955, 975

Heimat, Recht auf 1238

Heiratsalter 1510 f.

Hinduismus 1595

Hochschulen 2374 f.

- Gründungsfreiheit 2377 ff., 2444
- Kopftuchverbot s. *dort*
- Recht auf Bildung 2397 ff.
- Religionsfreiheit 1727 ff.
- Wissenschaftsfreiheit s. *dort*
- Zugangsrechte 2343 f., 2391

Hochschulinstitut, Europäisches 299

Hoechst 508, 524, 1161

Homepages 1243

Homosexuelle

- Ehe 1495, 1500 ff.
- Entlassung 1262
- Partnerschaften 1501, 1505 f.
- sexuelle Selbstbestimmung 1178, 1262

Hull-Formel 2895

Hundehaltung 1202

I.A. 1892 ff.*IFAW Internationaler Tierschutzfonds* 4654

Identität, Recht auf persönliche 1196, 1282 ff.

Immigranten der 2. Generation 1321 ff.

Immunität

- internationale Organisationen 789

Impfzwang 954 f.

Impulscharakter 355

in dubio pro reo 5079

Information(en)

- Datenverarbeitung 1392 ff.
- Eltern 1298 f.
- Freiheitsentzug 1088
- gesundheitliche 1183
- Überwachung Kommunikation 1343 ff.

Informationsanspruch

- Dokumentenzugang s. *dort*
- gerichtliches Verfahren 5037
- Unternehmerfreiheit 2723

Informationsfreiheit 1751 ff., 1813 ff.

- allgemein zugängliche Quellen 1813 ff.
- Meinungsfreiheit s. *dort*
- Prüfungsschema 1946
- staatliche Informationspflicht 1818 ff.

-
- Informationspflichten
 - Umweltrisiken 1209
 - staatliche 1818 ff.
 - Informationsverein Lentia* 2133
 - Informationelles Selbstbestimmungsrecht
 - Berichtigungsanspruch 1401 ff.
 - Bestehen 1383 ff.
 - Datenschutz s. *dort*
 - Inhaltsbestimmungen 2884
 - Inkorporationsklausel 48
 - Inländerdiskriminierung 3306 ff.
 - Insolvenzverfahren
 - Briefverkehr Bankrotteur 1355
 - Integrität, physische
 - Gesundheitsschutz s. *dort*
 - Schutz des Privatlebens 1177
 - Integrität, psychische 1177
 - Internationale Arbeitsorganisation 3924 ff.
 - Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) 3190, 3337
 - Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IpwskR)
 - Berufsfreiheit 2565 ff.
 - soziale Rechte 3859, 3929
 - Internet
 - Ausspähen (durch Private) 1391
 - Medienfreiheit 1973 ff., 1994 ff.
 - Nutzererfassung 1405
 - sexuelle Kontakte 1260
 - Interventionskäufe 2838
 - Inzidentkontrolle
 - BVerfG 737 ff.
 - EuGH 765
 - Verwaltungsgerichte 728 ff.
 - IPbPR s. *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*
 - IpwskR s. *Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*
 - Islam
 - Kopftuch 1725 ff.
 - Schutz 1595, 1627 f.
 - Isolationshaft 1015, 1019 f.
 - Isolierungen 1338
 - ius cogens 785
 - ius gentium 2895
 - Jacobowski* 1871, 1880
 - Jagdrecht 2830, 2872
 - Journalist 2023 ff.
 - Jugendliche
 - Altersgrenze 3958 ff.
 - Arbeitsschutz 3957 ff.
 - Juristische Personen
 - Daten 1367, 1369, 1374
 - Datenschutz 1173
 - Geschäftsräume 1173, 1239 f., 1331 ff.
 - Grundrechtsträger 294 ff.
 - Kommunikationsfreiheit 1173
 - Umweltschutz 1173
 - Juristische Personen des öffentlichen Rechts
 - Grundrechtsträger 298 ff.
 - Sicherungsfunktion 303
 - Justiz(ielle) Grundrechte
 - Analogieverbot 5152 ff.
 - Bedeutung 4986 f.
 - effektiver Rechtsschutz 4988 ff.
 - faires Verfahren 5033 ff.
 - gerichtliches Verfahren 5019 ff.
 - Gesetzmäßigkeit Bestrafung 5111 ff.
 - Grundrechtscharakter 445
 - Grundrechtsträger 300 ff.
 - ne bis in idem 5152 ff.
 - Rückwirkungsverbot 5128 ff.
 - Strafverfolgung 5067 ff.
 - Unschuldsvermutung 5070 ff.
 - Verfahrensrechte 332 f.
 - Verhältnismäßigkeit 5144 ff.
 - Verteidigungsrechte 5056 ff., 5103 ff.
 - Justizielle Zusammenarbeit 4986 f., 5067 ff.
 - Kadi* 258 ff., 781 ff., 785 ff.
 - Kamerahandys 1189
 - Karner* 266
 - Kasernenräume 1235
 - Keck*
 - Formel 271 f.
 - Rechtsprechung 472 ff.
 - Keimbahninterventionen 978
 - Kernkraftwerke
 - Privatleben 1213
 - Unversehrtheit 944, 947

Kinder

- Altersgrenze 3445, 3950 ff.
- Ehe 1510 f.
- Familie 1228 f.
- Fürsorgemaßnahmen 1293 ff.
- Grundrechtsträger 3444 ff.
- Kinderarbeit 3949 ff. s. *auch dort*
- Kindesmeinung 3454 ff.
- Kindeswohl 1245, 1293 f., 1314 f., 1317, 3450, 3466
- Kontakt mit 1295 f., 1303
- Mindestumgangsrecht 1224
- Nachzug 1313 ff.
- Namensrecht 1224, 1282 ff.
- Prüfungsschema 3481 ff.
- sexuelle Übergriffe 1259
- Trennung 1225 ff., 1293 ff.
- UN-Kinderrechtskonvention 3419 ff.
- Vertretung 1171 f.

Kinderarbeit

- Berufsfreiheit 2511
- Prüfungsschema 3972
- Zwangsarbeit 1043

Kippa, jüdische 1730

Kirchen 1559 f., 1628, 1647 ff.

Kirchenaustrittsrecht 1677

Kirchenerklärung Amsterdamer Vertrag 1559, 1672 f.

Klagebefugnis 724 ff.

Klagesystem, allgemeines 708 ff.

Klei 2322 f.

Kleidungswahl 1199, 1202, 1285

Klimaschutz/Klimawandel 4317, 4325 f., 4330 ff., 4339 f., 4344, 4364 s. *auch Umweltschutz*

Klonen

- Lebensrecht 885 f.
- Menschenwürde 832
- reproduktives 967 ff., 983 ff.
- therapeutisches 832, 985 f.

Koalitionsfreiheit 2223 ff., 2239

- Arbeitgebervereinigungen 2240
- Beitrittszwang 2242, 2256 f., 2296 ff.
- *Belgische Polizeigewerkschaft* 2246 f.
- Boykott 2302 f.
- Closed-shop-Regelungen 2256 f., 2292 ff.
- *Dänische Hofangestellte* 2248

- Gewerkschaften 2241 ff.
- *Gustafsson* 2302 f.
- Kollektivmaßnahmen 2244 ff.
- Prüfungsschema 2309
- *Rosella* 2254
- Schutzpflichten 2296 ff.
- *Schwedische Lokomotivführer* 2246 f.
- *Sibson* 2297 ff.
- *Sigurjonsson* 2294
- Streikrecht 2243 ff.
- Tarifautonomie 2251
- Wesensgehalt 2293 ff.
- *Wilson* 2304
- *Young, James und Webster* 2256 f., 2292 ff., 2297 ff.

Kollektivausweisungen 1139 ff., 1146 ff.

Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen, Recht auf 3760

Kölner Mandat

- Gleichheitsrechte 3162
- soziale Rechte 3534, 3543
- Widerspruch zur Grundsatzqualifizierung 3595

Kommunalwahlrecht 4483 ff.

- Ausübungsvoraussetzungen 4492 ff.
- Bedeutung 4504 ff.
- Beeinträchtigung und Rechtfertigung 4514 f.
- Begriff der Kommunalwahl 4488 ff.
- Einschränkung des Wahlrechts 4500
- Gewährleistungsumfang 4512 ff.
- Gleichbehandlungsrecht 4512
- Grundrechtsträger 4511
- kommunale Abstimmungen 4491
- kommunale Leitungsämter 4496
- nationales Legitimationssubjekt, Auswirkungen 4506 ff.
- Primärrecht 4485
- Prüfungsschema 4516
- RL 94/80/EG 4487
- Staatsangehörigkeit 4504 f.
- Umsetzung, nationale 4501 ff.
- verfassungsrechtliche Dimension 4502 f.

Kommunikation, Recht auf 1241 ff.

Kommunikation, Schutz

- Beeinträchtigungen 1338 ff.
- Recht auf Privatleben 1184
- Schutzvorkehrungen 1343 ff.
- Überwachung 1340 ff.

Kommunikationsfreiheit im engeren Sinne 1743 ff.

- Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit 1751 ff. s. *auch jeweils dort*
- Konzept 1744 ff.
- Medienfreiheit 1947 ff. s. *auch dort*
- Verhältnis zu Art. 10 EMRK 1743 ff.

Kommunikationsgrundrechte 1740 ff.

Kommunismus 1599

Kongruenzklausel EMRK (Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC) 48 ff.

Kongruenzklausel Vertragsrechte (Art. 52 Abs. 2 EGRC) 183 ff.

- Akzessorietät als Problem 196 f.
- Anwendungsbereich 185 ff.
- Einbeziehung des Sekundärrechts 191 ff.
- erfasste Rechte 194 f.
- Hintergrund der Vorschrift 184
- Umfang der Verweisung 188 ff.

Konkurrentenklagen 755 ff.

Konkurrenzen 488 ff.

Konservatismus 1599

Konstitutionsfreiheit 2693 ff.

Konsularischer Schutz s. *Schutz, diplomatischer und konsularischer*

Kontakt zur Außenwelt 1202 ff.

Kontakt mit Kindern 1295 f., 1303

Kontaktverbote 1338

Konteneinfrierung 236, 780, 788

Kontrolldichte, gerichtliche 5054 f.

Konzessionen 2488

Kooperationsverhältnis

- BVerfG/EuGH 734

Kopftuch-Streit 1660, 1733, 1737 f., 1927

Kopftuchverbot 1725 ff.

- Berufsfreiheit 1729
- Gleichbehandlung 1730 ff.

Koranschulen 1628, 1639 ff.

Körper

- Funktionen 938 ff.
- Substanz 937

Korrespondenz, Schutz 1241

Kriminalität, besonders schwere

- Mindeststrafen 5068

Kruzifix 1601, 1732

Kultur

- Begriff 3330
- Bezug im Primärrecht 3329
- Prüfungsschema 3357
- Schutz 3344 ff.

Kundenstamm 2846

Kündigung(sschutz)

- Anhörung und Unterrichtung 3603 ff., 3638
- Berufsfreiheit 2512, 3824 ff.
- Entlassung 3831 f.
- Massenentlassungen 3615
- nationale Verfassungen 3815 ff.
- Richtlinien 3808 ff.
- Schwangerschaft/Mutterschaft 3982
- ungerechtfertigte Entlassung 3798 ff.

Kunstfreiheit 2310 ff., 2324 ff.

- allgemeines Persönlichkeitsrecht 2353 ff.
- Förderung 2345 f.
- Gedankenfreiheit 2350, 2352
- Genese 2310 ff.
- Kunstbegriff 2324 ff.
- Menschenwürde 2351, 2357 f.
- Müller 1908, 2347
- Otto-Preminger-Institut 1895 ff., 2347
- Prüfungsschema 2373
- Sprayer von Zürich 2347, 2356
- Urheber 2214 f.
- Wingrove 1895 ff., 2347
- Zensur 2355

Kyoto-Protokoll 4332, 4366 f.

Landwirtschaft

- Berufsfreiheit 2521, 2523 f., 2605, 2620, 2626, 2628, 2641
- Eigentumsfreiheit 2977
- unternehmerische Freiheit 2695
- Vertrauensschutz 3138

Laserspiele 404 ff., 432

Lavis 2273

Leben, Recht auf

- Lebensrecht s. *dort*
- Prüfungsschema 920

Lebensgemeinschaft, nichteheliche

- Familie 1222

Lebensgestaltung, freie 1199 ff., 1285 ff.

Lebensgrundlagen, menschliche

- Gesundheitsschutz *s. dort*
- Grundpflichten 397 ff.
- Leben(srecht) *s. dort*
- Menschenwürde *s. dort*
- ökologisches Existenzminimum *s. Existenzminimum*
- Schutzpflichten 383 f., 388
- Umweltschutz *s. dort*

Lebenspartnerschaft 1505

Lebenspartnerschaftsgesetz 1506

Leben(srecht)

- Abwehr 890 ff.
- Anfang 880 ff.
- Embryonen 878 ff.
- Ende 888 f.
- Folgepflichten 910 ff.
- Grundfreiheiten 895 ff.
- Opportunitätsmessungen Polizei 908 f.
- Schutzpflichten 899 ff.
- Todesstrafe 916 ff.
- Tötung 890 f.
- Vorbehalt des Möglichen 906 f.

Lebensverlängerung 837 ff.

Legalisierungswirkung 3051 ff.

Lehranstaltsgründung 2377 ff., 2441 ff.

Leistungsklage 726

Leistungsrechte 337 ff.

- Recht auf Wohnung 1249

Leitlinien 594

Leyla Sahin 1728, 1737

Liberalismus 1599

Liquorentnahmen 954

Luftbelastung 938

Margin of appreciation 607 ff.

Markenrechte 2854

markt intern 1878

Marktanteile 2850 ff.

Marktordnung/-organisation

- Berufsfreiheit 2523 f., 2556 f., 2560, 2628, 2641 f., 2646
- Eigentumsfreiheit 2839
- unternehmerische Freiheit 2692, 2748 f.

- Vertrauensschutz 2556, 3004, 3120 f.

Marktwirtschaft

- Berufsfreiheit 2496 f.

Maruko 1501

Mauerschützen 5119

Mediendienste 2059, 2067

Medienfreiheit

- Bedeutung 1947 ff.
- Beeinträchtigungen 2058 ff.
- Berechtigte 1960 ff.
- Berufs- und Eigentumsfreiheit 2054
- Beschränkungsziele 2075 ff.
- Beurteilungsspielraum 2081 ff. *s. auch dort*
- *Bladet Tromsø* 2097
- Breitenwirkung 1993
- *Caroline* 2125 ff.
- *Castells* 2087 f.
- *De Haes und Gijssels* 2116
- Drittwirkung 1961, 1969, 2147 ff.
- Ehrschutz 1277 ff.
- Entstehungsgeschichte 1954 ff.
- *Familiapress* 2135
- Fernsehrichtlinie 1977 ff., 1996, 2059 f.
- Film 1988 ff., 2031 f.
- fremde Meinungen 2004 f.
- *Fuentes Bobo* 1942, 2154
- Gegendarstellungspflicht 2064
- Gewährleistungsgehalt 1970 ff.
- *Goodwin* 2099
- *Gouda* 2134
- *Groppera Radio* 2132
- ideelle Werbung 2103 ff.
- *Informationsverein Lentia* 2133
- Inhaltsvermittlung 2001 ff.
- innere Pressefreiheit 1961, 1969, 2147 ff.
- institutionelle Garantie 2155
- Internet 1973 ff., 1994 ff.
- Journalist 2023 ff.
- juristische Personen 1962 ff.
- Konkurrenzen 2051 ff.
- Konzentrationsprozesse 2145 f. *s. auch Pluralismus*
- Kunst- und Wissenschaftsfreiheit 2955 f.
- Meinungsvielfalt *s. Pluralismus*
- *Murphy* 2104 ff.

(Medienfreiheit)

- negative Medienfreiheit 2006 f.
- „Neue Medien“ 1991 ff., 2033, 2065 ff.
- *Oberschlick II* 2090
- objektiv-rechtliche Gehalte 2143 ff.
- *Özgür Gündem* 2153 f
- Persönlichkeitsrecht 1914 f., 2088, 2112
- *Plon* 2128 f.
- Pluralismus 1940, 1952 f., 2034 ff., 2131 ff., 2145 f.
- Politiker 2107 ff.
- Presse 1980 ff. s. *auch dort*
- Provider 2066
- Prüfungsschema 2158
- „public watchdog“ 1949, 2012, 2020
- Quellenschutz 2020 ff., 2026, 2095 ff.
- Recht am eigenen Bild 1185 ff., 1268 ff.
- Religionsfreiheit 2057
- Rundfunk 1976 ff., 2026 ff. s. *auch dort*
- Rundfunkanstalten 1780, 1964 ff., 2040 ff. s. *auch Rundfunk, öffentlich-rechtlicher*
- Schrankenregelung 2068 ff.
- Schutzintensität 1958 f.
- Schutzpflichten 2144 ff.
- Selbstständigkeit, dogmatische 1957
- Sendekonzession 2027 f.
- *Şener* 2109 f.
- Sorgfaltspflicht, journalistische 2004
- Tatsachenbehauptungen 1784 ff., 2004 f., 2085 ff.
- Technologieoffenheit 1973 ff., 1991 ff.
- Teilhaberechte 2155 ff.
- Telekommunikation 1999 f.
- Unionszuständigkeit, eingeschränkte 1950 ff.
- Urheber- /Leistungsschutzrechte 1813, 2063, 2130
- *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs* 2156
- Verhältnismäßigkeit 2081 ff.
- Verpflichtete 1968 f.
- Verwertungsrechte 2063
- *VGT – Verein gegen Tierfabriken* 1874, 2103 ff.
- Wächterrolle 1949, 2012, 2020
- Warnhinweise 2006 f.
- Werbung 2008 ff., 2101 ff. s. *auch dort*
- Werturteile 1784 ff., 2085 ff.
- Wesensgehaltsgarantie 2141 f.
- Zensur 2137 ff.
- Zugang zu Informationen 2012 ff., 2157

Mehrehe 1526

Mehrgenerationenfamilie 1230

Meinungsäußerungen, religionskritische 1886 ff.

- *Aydin Tatlav* 1887 ff.
- *İ.A.* 1892 ff.
- *Otto-Preminger-Institut* 1895 ff.
- *Wingrove* 1895 ff.

Meinungsäußerungsfreiheit 1804 ff. s. *auch Meinungsfreiheit*

Meinungsbildungsfreiheit

- Gedankenfreiheit 1577 ff. s. *auch dort*

Meinungsfreiheit

- Abgrenzung 1751 ff.
- Beamte 1920 ff.
- Berechtigte 1765 ff.
- Bezug zur Berufsfreiheit 2488, 2508
- chilling effect 1864, 1891, 1894
- Drittstaatsangehörige 1773 ff.
- Eingriff 1823 ff.
- Eingriffsermächtigung 1840 ff.
- forum internum 1799 ff.
- Gegendarstellungspflicht 2064
- Gegenstand 1784 ff.
- Gewissensfreiheit 1585
- *Handyside* 1903 ff
- *İ.A.* 1892 ff.
- Jugendschutzbestimmungen 2062
- juristische Personen und Vereinigungen 1779 ff.
- *markt intern* 1878
- Missbrauchsverbot 1787 ff., 1911
- *Müller* 1908, 2347
- nationaler Beurteilungsspielraum 1793, 1856 f., 1862 ff., 1886, 1903

(Meinungsfreiheit)

- negative Meinungsfreiheit 1800, 1802, 1808 f.
- objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte 1940 ff.
- öffentlicher Dienst 1769 ff., 1920 ff.
- *Otto-Preminger-Institut* 1895 ff., 2347
- personeller Schutzbereich 1765 ff.
- Persönlichkeitsrecht 1914 f., 2088
- Politiker 1913 f.
- politische Themen 1863 ff.
- Prüfungsschema 1946
- Quellen, allgemein zugängliche 1813 ff.
- Rechtspflege 1916 ff.
- Religionsfreiheit 1621
- religionskritische Meinungsäußerungen 1886 ff.
- Rezipientenfreiheit 1810 ff.
- *Roemen und Schmit* 2100
- Rundfunkanstalten 1780, 1964 ff., 2040 ff. s. *auch Rundfunk, öffentlich-rechtlicher*
- sachlicher Schutzbereich 1784 ff.
- Sanktionen 1826 ff.
- Schrankenregelung 1834 f.
- Schutzpflichten 1940 ff.
- staatliche Informationspflicht 1818 ff.
- Tathandlungen 1806 f.
- Tatsachenbehauptungen 1784 ff., 2004 f., 2085 ff.
- Themen öffentlichen Interesses 1865 f., 1914 f.
- Treuepflicht 1766 ff., 1932 ff.
- Verpflichtete 1781 ff.
- Verschwiegenheitspflicht 1922 f.
- Werbung 1791 ff., 1867 ff., 2101 ff.
- Werturteile 1784 ff., 2085 ff.
- Wesensgehaltsgarantie 1939
- *Wingrove* 1895 ff., 2347
- Zensur 2137 ff.
- Zurechenbarkeit 1937 f.
- Zurückhaltungspflicht 1927 ff.

Meinungsvielfalt s. *Pluralismus*

Meistbegünstigung, Prinzip 547 ff.

Meistbegünstigungsklausel 81 f.

Meisterzwang 740

Menschenhandel 1036 f., 1051 ff.

- Abwehrmaßnahmen 871 f.
- Menschenwürde 849 f.
- Mindeststrafen 5068
- Opferschutz 849 f.
- Verbot 1051

Menschenwürde

- Achtungspflicht 860 ff.
- Auslegung 873 ff.
- Berufsfreiheit 2495, 2649
- eigenes Recht 815
- Elementargrundsatz 813 f
- Flugzeugabschüsse 842 ff
- Forschungsfreiheit 2357 f.
- Gemeinschaftsbezogenheit 857 f.
- Grundfreiheiten 404 ff., 418 ff., 430 ff.
- Kenntnis der Abstammung 1283
- künstliche Befruchtung 836
- Menschenhandel 849 f.
- *Nasciturus* 825 ff.
- Objektformel 820, 824, 844
- öffentliche Ordnung 419
- Prüfungsschema 876
- Schutzpflichten 867 ff.
- Selbstbestimmung 852 ff.
- Stammzellen 825 ff.
- Strafandrohungen 869 ff.
- Umweltschutz 856 ff.
- Verpflichtete 282
- Vorbild 808 ff., 816
- Zukunftsbezogenheit 859

Merchandising 2030, 2032

Mietwohnung 1234

Minarette 1638

Minderheiten(schutz)

- Diskriminierungsmerkmal 3273 ff.
- freie Lebensgestaltung 1200, 1202
- Religionsfreiheit 1567 f., 1601 ff.
- Schutzrecht 3325 ff., 3346, 3354 ff.
- Umwelt 1206

Mindestgarantie EMRK (Art. 52 Abs. 3 S. 2 EGRC) 65 ff.

Mindeststandards s. *auch Existenzminimum*

- Strafrecht 4987, 5068

Missbrauchsverbot

- Grundrechte 477 ff.
- Meinungsfreiheit 1787 ff., 1911

- Missionierung 1621 f.
 Mitentscheidungsverfahren 515 f., 526
 Mitgliedstaaten
 - Begriff 228 f.
 - Durchführung von Unionsrecht 230 ff.
 - Grundrechtsbindung 222 ff.
 - Klagemöglichkeiten 726 ff.
 - Umsetzungsermessen 736
 Mitteilungen 594
 Moral
 - Müller 1908
 - *Open Door* 1907 ff., 1882
 - Religionsfreiheit 1713 f.
 - Schutz der 1903 ff.
 Motorradfahren ohne Helm 1205
 Motorradhelm
 - Religionsfreiheit 1712
 Muezzin 1627, 1638
 Müller 1908, 2347
 Mündlichkeit Verhandlung 5046
 Mutterschaft
 - Begriff 4008
 - Berufsfreiheit 2511
 - Diskriminierung 3391, 3406
 - Erziehungsurlaub 3391, 3396
 - Kündigungsverbot 3982
 - Mutterschaftsurlaub 4010
 - Mutterschutzfrist 3391, 3406
 - Mutterschutz-RL 3981
 - Schutz in nationalen Verfassungen 3985 ff.
 - Schwangerschaft 3395, 3406
 Murphy 2104 ff.

 Nachhaltige Entwicklung 1291 f., 4350 ff.
 Nahrungsmittelentzug 994, 1008
 Namensrecht
 - Familienleben 1223
 - Privatleben 1196, 1282 ff.
 Nasciturus
 - Grundrechtsträger 290
 - körperliche Unversehrtheit 931, 936, 941
 Nationale Vorschriften, Wahrung (Art. 52 Abs. 6 EGRC) 174 ff.
 Nationalisierung 2896, 2899, 2933
 Ne bis in idem 5152 ff. s. *näher Doppelbestrafungsverbot*
 Negotiate Now 2214
 „nemo tenetur“-Grundsatz 96, 5098 ff.
 „Neue Medien“ 1991 ff., 2033, 2065 ff.
 Neutralität des Staates, religiöse 1545, 1600 ff., 1647 ff., 1717 ff., 1727
 Newsgroups 1243
 Nichtigkeitsklage
 - Entscheidungen 754 ff.
 - Erweiterung 710
 - GASP 768
 - Mitgliedstaaten 776, 778
 - mitgliedstaatliche Zusammenarbeit 767
 - PJZ 767
 - Unionsorgane 776, 778
 - Verordnungen mit Durchführungsmaßnahmen 710
 - Verordnungen ohne Durchführungsmaßnahmen 759 ff.
 - Voraussetzungen 754 ff.
 Nikula 1916
 Nold
 - Berufsfreiheit 2483 f., 2618 f.
 - Eigentumsfreiheit 2777
 Nonnenhabit 1730 ff.
 Nuklearrisiko 1213 ff.
 Nulla poena sine lege 5130 ff., 5139
 Nutzungsregelung
 - Abrissverfügung 2959
 - Ausgleichspflicht 2985 f.
 - Baugenehmigung 2959
 - Anpflanzungsverbot 2959
 - Begriff 2951 ff.
 - Eingriffsintensität 2954 ff.
 - Eingriffszweck 2954 ff.
 - faktische Enteignung, Abgrenzung 2954 ff.
 - Finalität 2955
 - gesetzliche Regelung 2975
 - Inhaltsbestimmung 2963
 - Gemeinwohl 2976 f.
 - Kartellrecht 2896, 2909, 2960
 - Konfiskation 2960 f.
 - Kriminalprävention 2961
 - Kriminalrepression 2961
 - Produktionsbeschränkungen 2964 f.
 - Räumungsurteil 2959
 - Steuern 2961
 - Stützpreise 2966 ff.
 - Verhältnismäßigkeit 2978 ff.

(Nutzungsregelung)

- Vermarktungsmöglichkeiten 2966 f.
- Vernichtung 2909, 2961

Oberschlick II 2090

Öcalan 1076

Öffentliche Hand

- Berufsfreiheit 2537 ff.
- Eigentumsfreiheit 2808 ff.
- Vertrauensschutz 3004

Öffentliche Ordnung

- Religionsfreiheit 1710 f.

Öffentliche Sicherheit

- Datenschutz 1376 ff., 1436, 1450 ff.
- Religionsfreiheit 1709

Öffentlicher Dienst 1769 ff., 1920 ff. s. auch *Beamte*

Öffentlichkeit, Verhandlungen 5046 ff.

Öffnungsklauseln 249 ff.

Omega 404 ff., 418 f., 423, 430 ff., 821 f.

Online-Demonstration 2172

Open Door 1882, 1907 ff.

Opportunitäts Ermessen Polizei 908 f.

Ordenshabit 1730 ff.

Ordnung, verfassungsmäßige 738

Ordnungswidrigkeiten

- ne bis in idem 5153
- Unschuldsvermutung 5074
- Verteidigungsrechte 5106

Organhandel 971, 981 ff.

Osman 1069

Österreichischer Rundfunk 1435

Otto-Preminger-Institut 1895 ff., 2347

Oyowe und Traore 1933

ÖZDEP 2289

Özgür Gündem 2153 f.

Pager 1242

Parlamentarier

- Datenschutz 1448, 1455
- Offenlegung 1448
- Rechenschaftspflicht 1448

Parlamentssuprematie 608

Parteiauflösung 2280

Parteien, politische 2236, 2258 ff., 2275 ff., 2308

Patentrecht 2854

Pazifismus 1597

PC

- Ausspähen (durch Private) 1391
- Überwachung 1346 ff.

Personalausweis, Einbehalt 1265

Personen der Zeitgeschichte 1188 ff., 1267 ff.

Persönlichkeitsprofile

- Erstellung 1371

Persönlichkeitsrecht 1914 f.

- allgemeines 2353 ff.
- Meidenfreiheit 2088, 2112
- postmortales 290

Petitionsrecht

- abwehrrechtliche Dimension 4780
- Anspruchsinhalt 4779
- Ausgestaltung 4764 f.
- Beschwerderecht, Abgrenzung 4788
- Betroffenheit 4775
- Eingriffe und Rechtfertigung 4786 f.
- Entwicklungsgeschichte 4761
- Form und Frist 4772
- Geschäftsordnung des Parlaments 4768
- Judikative 4785
- juristische Personen 4776
- Medienfreiheit 1914 f., 2088, 2112, 4761 ff.
- Petitionsadressat 4778
- Petitionsberechtigter 4774 ff.
- Petitionsgegenstand, zulässiger 4782 ff.
- praktische Kooperation 4789
- Prüfungsschema 4790
- Rechtsschutz 4773
- Regelung im Primärrecht 4766 f.
- Unterstützungspflicht anderer Organe 4781
- Verfahrensgliederung 4770
- Zweck und Bedeutung 4762 f.

Pfizer 451

Pflegefamilie 1295

Pflichtarbeit 1036 ff., 1045 ff.

Pflichtschulunterricht 2382, 2387, 2422 f., 2436 ff.

Piercing 948, 950

Planungspflichten

- Schutz des Privatlebens 1208 ff.
- Umweltgrundrecht 1211 f.

„Plattform für Grundrechte“ 796 f.

Plon 2128 f.

Pluralismus

- Religionen 1545, 1603 ff., 1717

Pluralismus, medial 1801, 1940, 1945, 1952 f., 2131 ff., 2145 f.

- *Familiapress* 2135
- *Gouda* 2134
- *Gropper Radio* 2132
- Grundmodelle 2039
- *Informationsverein Lentia* 2133
- Inhalt 2038
- Maßnahmenpaket der Kommission 2043 ff.
- objektiv-rechtliche Herleitung 2034 ff.

Politiker

- Berichterstattung 1188 ff., 1267 ff.

Polizeiliche Zusammenarbeit 5067

Polizisten s. auch *Beamte*

- Religionsfreiheit 1709

Pornographie im Internet 1260

Positionen, öffentlich-rechtliche 2832 ff.

Präimplantationsdiagnostik 979

Prais 1553 f.

Presse(freiheit) 1980 ff.

- *Bladet Tromsø* 2097
- Boulevardpresse 2125 ff.
- *Caroline* 2125 ff.
- Ehrschutz 1277 ff.
- Gegendarstellungspflicht 2064
- Gestaltungsfreiheit 2015 ff.
- *Goodwin* 2099
- Informanten 2016
- innere 1961, 1969, 2147 ff.
- *Oberschlick II* 2090
- *Özgür Gündem* 2153 f.
- Periodizität 1981 ff.
- Quellenschutz 2020 ff., 2085 ff., 2098 ff.
- Recht am eigenen Bild 1185 ff.
- *Roemen und Schmit* 2100
- Schutzpflichten 2149 ff.
- Tendenzschutz 2018
- Wächterrolle 1949, 2012, 2020
- Werbung 2018

Privatleben, Schutz

- Begriff 1176 ff.
- Berufsbezug 1203 ff.
- Datenschutz 1183
- eigenes Bild 1185 ff.

- Einwilligung 1186 f.

- Familienleben 1218 f.

- freie Gestaltung der Lebensführung 1199 ff.

- Prüfungsschema 1356

- Scheidung 1512

- Schutz der Kommunikation 1184

- Schutz der Privatsphäre 1181 ff.

- Selbstbestimmungsrecht über Körper 1177 ff.

- soziale Dimension 1189 ff.

- Umwelt 1206 ff.

- Umweltgrundrecht 1211 f., 1217

Privatschulen 2394 ff., 2469 f., 2478 ff.

Privatsphäre, Schutz 1181 ff.

Privat- und Familienleben

- Achtung 1175

- Berechtigte 1170 ff.

- Beschränkungen 1250 ff.

- Beurteilungsspielraum 1252 ff.

- Demokratiebezug 1165 f.

- Grundkonzeption 1160 ff.

- privates Recht 1165 f.

Privatwohnung 1234 ff.

producta sceleris 2880

Produktionsbeschränkungen 2964 f.

Produktionsvorschriften 2750

Produktwarnung 2603

Prognosespielraum 625

Programme 594

Proselytismus 1621 f.

Prostitution

- Leibeigenschaft 1049

- Menschenhandel 1051

- Sanktionen 1056

- Sklaverei 1041

- Zwangsarbeit 1049

Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge 1113, 1120, 1126

Provider 1348

- Medienfreiheit 2066

Prozesskostenhilfe 5059 ff.

- illegale Einwanderer 1114

- Trennung 1227

Prüfungsschema

- Achtung des Privat- und Familienlebens 1356

- ältere Menschen 3508

- Arbeitnehmerrechte 3678

- Arbeitsbedingungen 3911

- Arbeitsvermittlungsdienst 3797

(Prüfungsschema)

- Asylrecht 1137
- Behinderung 3532
- Berufsfreiheit 2651
- Beschwerde beim Bürgerbeauftragten (Art. 43 EGRC) 4760
- Datenschutz 1488
- diplomatischer und konsularischer Schutz (Art. 46 EGRC) 4985
- Dokumentenzugang (Art. 42 EGRC) 4724
- Ehe 1537
- Eigentumsgrundrecht 3003
- Entlassung 3848
- Familiengründung 1537
- Familien- und Berufsleben 4023, 4053
- Folterverbot 1035
- Freizügigkeit und freier Aufenthalt (Art. 45 EGRC) 4951
- Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit 1739
- Gesundheitsschutz 4268
- Gleichheit von Frauen und Männern 3414
- Gleichheit vor dem Gesetz 3219
- Grundrechte 701
- Grundsätze 701
- Informations- und Meinungsfreiheit 1946
- Kinder 3481 ff.
- Kinderarbeit 3972
- Koalitionsfreiheit 2309
- Kommunalwahlrecht (Art. 40 EGRC) 4516
- Kulturvielfalt 3357
- Kunst- und Wissenschaftsfreiheit 2373
- Medienfreiheit 2158
- Menschenwürde 876
- Nichtdiskriminierung 3321 f.
- Parteiauflösung 2280
- Petitionsrecht (Art. 44 EGRC) 4790
- Recht auf Bildung 2481
- Recht auf Freiheit und Sicherheit 1112
- Recht auf gute Verwaltung (Art. 41 Abs. 1, Abs. 2 EGRC) 4615
- Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen 3760
- Recht auf Leben 920
- Recht auf Unversehrtheit 986
- Religionsvielfalt 3357
- Sklaverei 1057
- soziale Sicherheit und soziale Unterstützung 4119, 4173, 4208
- Sprachengarantie (Art. 41 Abs. 3 EGRC) 4616
- Sprachenvielfalt 3357
- Umweltschutz 4376
- unternehmerische Freiheit 2770
- Verbraucherschutz 4415
- Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit 2309
- Versammlungsfreiheit 2222
- Wahlrecht (Art. 39 Abs. 1 EGRC) 4465
- Wahlrechtsgrundsätze (Art. 39 Abs. 1 EGRC) 4482
- Wissenschaftsfreiheit 2373
- Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 4309
- Zugang zu Dokumenten (Art. 42 EGRC) 4724
- Zwangsarbeit 1057
- Prügelstrafe
 - Bildungsrecht 2457
 - erniedrigende Behandlung 1010
 - Menschenwürde 2457
- Psychische Auswirkungen 940 f., 943 ff.
- Psychischer Druck 995 f.
- Quellenschutz 2020 ff., 2085 ff., 2098 ff.
- Rahmenbeschlüsse 767
- Rassendiskriminierung 3263, 3265, 3286
- Raucharomenverordnung* 509
- Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 1072 ff., 1104
- Realakte 218
- Recht am eigenen Bild 1185 ff., 1268 ff.
- Recht auf Arbeit 2515, 2564 ff., 3762 f.
- Recht auf Freiheit und Sicherheit
 - Inhalt 1069 ff.
 - Prüfungsschema 1112

(Recht auf Freiheit und Sicherheit)

- Verhältnismäßigkeit 1110

Recht auf gute Verwaltung 4517 ff.

- Abgrenzung zu anderen Grundrechten 4611 ff.
- Akteneinsichtsrecht (Art. 41 Abs. 2 lit. b) EGRC) 4566 ff.
- anwaltliche Beratung, Recht auf 4587 f.
- Begründungspflicht (Art. 41 Abs. 2 lit. c) EGRC) 4577 ff.
- Behandlung innerhalb angemessener Frist 4551 ff.
- Beschränkung auf die Verwaltung 4538 ff.
- eigene Angelegenheiten 4530 ff.
- Einzelrechte 4557 ff.
- EMRK 4521
- Entwicklung 4517
- europäischer Kodex für gute Verwaltungspraxis 4522 ff.
- gerechte Behandlung 4548 ff.
- Grundrecht, einheitliches 4556
- juristische Personen 4528
- Menschenrecht 4527
- Mitgliedstaaten 4534 ff.
- „nemo tenetur“-Grundsatz 4589
- Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung 4591
- Primärrecht 4519 f.
- Prüfungsschema 4615
- rechtliches Gehör (Art. 41 Abs. 2 lit. a) EGRC) 4557 ff.
- Struktur 4518
- ungeschriebene Gehalte 4585 ff.
- unparteiische Behandlung 4542 ff.
- Unschuldsvermutung 4590
- Verpflichtete 4532 ff.

Recht auf wirksamen Rechtsbehelf und unparteiisches Gericht 5066

Recht auf Unversehrtheit 986

Recht, mitgliedstaatliches 164 ff.

- Berücksichtigung (Art. 52 Abs. 6 EGRC) 169 ff., 174 ff.
- Bezugnahme in EGRC 164 ff.
- einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten 166 ff.
- Gesetzesvorbehalt (Art. 52 Abs. 1 EGRC) 180 f.
- Verweise 166 ff.

Rechte, dingliche 2825

Rechte, obligatorische 2826, 2962, 2969 f.

Rechte, subjektive 724 f.

- Anforderungen 5002
- Verletzung 5003 ff.

Rechte und Freiheiten anderer

- Rechtfertigungsgrund 645 ff.
- Religionsfreiheit 1715 f.

Rechte, wohlerworbene 3001, 3042

Rechtfertigung Eingriffe 601 ff.

- Angemessenheit 660 ff.
- Erforderlichkeit 658 f.
- Geeignetheit 652 ff.
- zulässiger Zweck 633 ff.

Rechtsangleichung 615 f.

Rechtsbegriffe, unbestimmte 251

Rechtsbehelf(sgarantie) 5012 ff.

Rechtsetzung

- Grundrechtsverpflichtung EU 217, 219
- Grundrechtsverpflichtung Mitgliedstaaten 243 ff.

Rechtspflege 1916 ff.

Rechtsprechung

- Grundrechtsbindung 220

Rechtsschutz

- BVerfG 711 f.
- dezentral 723
- eigenes Gericht 702 ff.
- Einheitlichkeit 718
- einstweiliger 720 f., 749
- Entscheidungen 754 ff.
- GASP 768 ff.
- gewerblicher 2611 s. auch *Urheberrecht*
- inzident 728 f.
- Nichtigkeitsklage 754 ff.
- PJZ 766 f., 769 f.
- Umsetzungsrecht 711 f., 728 ff., 735 ff.
- Verordnungen 759 ff.
- Verwaltungsakte 724 ff.
- Verwaltungsgerichte 713 ff., 724 ff.
- Vorlage an EuGH 749 ff.

Rechtsschutz, effektiver 727, 769

- einstweiliger Rechtsschutz 5016
- Gericht 5010 f., 5019 ff.
- gerichtlich 4994 ff.
- Grundkonzeption 4988 ff.
- Rechtsbehelf(sgarantie) 5012 ff.

(Rechtsschutz, effektiver)

- Rechtsverletzung 5003 ff.
- Richter, gegen den 5006
- subjektive Rechte 4998 ff.
- Wirksamkeit 5013 ff.
- Zulässigkeitsvoraussetzungen 5015

Rechtsschutz, einstweiliger 5016

Rechtssicherheit 1105 ff.

- Eigentumsfreiheit 3008
- objektiver Grundsatz 3007 f.
- Rückwirkungsverbot 3013 f.
- subjektives Recht 3007 f.
- Vertrauensschutz 3007 f., 3012 ff.

Rechtsstaat

- Gesetzesvorbehalt 508, 528 f.

Rechtsstaatsprinzip 3013, 3016, 3021, 3029

Rechtsverletzung 5003 ff.

Refah Partisi 2284 ff

Reformvertrag 16 ff.

- Berliner Erklärung 16
- Grundrechtsschutz 23 ff.
- irisches Referendum 28 ff.
- Inkrafttreten 22, 28 ff.

Refoulement-Verbot 1135, 1156 f.

Regionen, Ausschuss der 214

Reiten im Walde 1205 ff.

Religion(en)

- Begriff 1594 ff., 3347 ff.
- Bestand im Primärrecht 3333
- Diskriminierungsmerkmal 3254, 3270, 3275
- Pluralismus 1601 ff., 1717 f.
- Religionsfreiheit s. *dort*
- Religionsgemeinschaft als Grundrechtsträger 3289
- Vielfalt 1566 ff., 3357

Religionsfreiheit

- Bekenntnisfreiheit s. *dort*
- Bezüge 1538 ff., 1570 ff.
- demokratische Gesellschaft, Notwendigkeit 1545, 1601 ff., 1717 ff.
- Diskriminierungsverbot 1548, 1561 ff.
- Erziehungsrecht Eltern 1569
- Gesundheit 1712
- Gewissensfreiheit 1592 f., 1613
- Glaubensfreiheit 1592
- Gleichheitsgrundsatz 1552 f.

- Grundfreiheiten 1555 ff.
- individuelle 1592 ff., 1611 ff., 1677 ff.
- innere 1546, 1606 ff.
- Intoleranz 1610, 1612
- kollektive 1542, 1636 ff.
- Kopftuch 1927
- korporative 1647 ff.
- Meinungsfreiheit 1621
- Minderheitenschutz 1567 f., 1601 ff.
- Missionierung 1621 f.
- Moral 1713 f.
- negative 1608 f.
- Neutralität des Staates 1545, 1600 ff., 1647 ff., 1717 ff., 1727
- öffentliche Ordnung 1710 f.
- öffentliche Sicherheit 1709
- Pluralismus 1545, 1603 ff., 1717
- *Prais* 1553 f.
- Prüfung 1553
- Prüfungsschema 1739
- Rechte und Freiheiten anderer 1715 f.
- Reinigung Gefängniszelle 1615
- Schutzpflichten 1673 ff.
- Tierschutz 1558
- Toleranz 1600, 1605, 1623 f.
- Überzeugen 1620
- Verhältnismäßigkeit 1722 ff.
- Weltanschauungen 1597 ff.
- Werbung 1621

Religionsgemeinschaften 1559 f., 1644 ff., 1662 ff., 1673 ff.

- Grundrechtsträger 299
- Grundrechtsverpflichtete 229

Religionsschulen 1628

Religionsunterricht 1628, 1639 ff.

Religionsverfassungsrecht 1647 ff.

Rente

- Transsexuelle 1261

Rentenansprüche 2833, 2835

Rentenversicherungspflicht

- Religionsfreiheit 1614

Restaurantbesuch 1182, 1189

Revidierte Europäische Sozialcharta 3535 ff. s. *Europäische Sozialcharta*

Rezipientenfreiheit 1810 ff.

Richter, Rechtsschutz gegen 5006

Richtergarantie

- Freiheitsentzug 1089

Richterrecht 525, 527 f.

Richtlinien

- Anpassung nationalen Rechts 245 ff.
- Durchführung 243
- Ermessen 251
- faktische Nebenwirkungen 585
- Gesetze 579 ff.
- Grundrechtsbindung EU 217
- Grundrechtsbindung Mitgliedstaaten 225, 233 f., 243 ff.
- Öffnungsklauseln 249 f.
- unbestimmte Rechtsbegriffe 251
- unmittelbare Anwendbarkeit 584 ff.
- unmittelbare Wirkung 584 ff.
- Wahlmöglichkeiten 251

Richtlinienumsetzungsgesetz Asyl 1321

Riten, religiöse

- individuelle Religionsfreiheit 1611, 1629
- kollektive Religionsfreiheit 1642 f.
- Tierschutz 1558

Roemen und Schmit 2100

Romanentwurf 1263

Rosella 2254

Rückwirkung 3013 f., 3065 ff., 3152 ff., 5128 ff.

- echte 3065 ff., 3152 ff., 5138
- unechte 3072 ff., 3155 f., 5138

Rückwirkungsverbot

- mildere Strafen 5137, 5140 ff.
- nulla poena sine lege 5130 ff.
- Strafverfolgung 5128 ff.
- Vertrauensschutz 3013 f., 3065 ff., 3152 ff.
- Wettbewerbspolitik Kommission 5139

Rundfunk 1976 ff., 2026 ff.

- Breitenwirkung 1749, 1801, 1993
- Fernsehrichtlinie 1977 ff.
- Jugendschutzbestimmungen 2062
- Programmverwertung 2029 f.
- Sendekonzession 2027 f., 2076 ff.
- Sendequote 2061
- Verwertungsrechte 2063
- Werbung 2060, 2103 ff.

Rundfunk, öffentlich-rechtlicher 1801, 1964 ff.

- Internet 1995, 1975

- Pluralismussicherung 1801, 2040 ff.

Rundfunkanstalten s. *auch Rundfunk, öffentlich-rechtlicher*

- Grundrechtsträger 299
- Medienfreiheit 1780, 1964 ff.

Sacheigentum 2825

Sadomasochismus 1178

Sanktionen, strafrechtliche

- Gesetzesvorbehalt 523

Säureeinwirkungen 937

Schächten 1558, 1630

Schadstoffemissionsdaten 1374

Scheidung 1512 f.

Scheinehe 1232

Schlachthöfe

- Leibeigenschaft 1049
- Menschenhandel 1051
- Zwangsarbeit 1049 f.

Schmidberger 401 ff., 416, 423, 428 f., 2116

Schöpfer 1919

Schranken 500 ff.

- mögliche Eingriffszwecke 633 ff.
- verfassungsimmanente 646

Schranken-Schranken 505, 562

Schriftstücke, Beschlagnahme 1263, 1265

Schuldzuweisungen, unbewiesene

- Kündigung 5090
- Presseberichte 5087 f.
- Unschuldsvermutung 5086

Schulen

- Kopftuchverbot s. *dort*
- Ordenshabit 1730 ff.
- Religionsfreiheit 1726 ff.

Schulgeld 2438

Schutz, diplomatischer und konsularischer 4953 ff.

- Anspruchscharakter 4980 f.
- Art des Schutzes 4973 ff.
- Beeinträchtigung 4982
- diplomatischer Schutz 4975
- dreifacher Bezug 4952 f.
- EG 4956
- EMRK 4960 f.
- Gebührenpflicht für Rückkehrweise 4984
- Genese 4954
- Initiativen zur Verbesserung 4959

(Schutz, diplomatischer und konsularischer)

- Inländergleichbehandlung 4970, 4982
- juristische Personen 4966 f.
- konsularischer Schutz 4974
- Meistbegünstigung 4972
- natürliche Personen 4963 ff.
- Primärrecht 4977 ff.
- Prüfungsschema 4985
- Rechtfertigung, Beeinträchtigung 4983 f.
- Reformvertrag von Lissabon 4955
- Relevanz 4962
- Vereinbarungen der Mitgliedstaaten 4957 f.
- Verpflichtete 4968 f.
- Völkerrecht, Verletzung von 4976
- Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen 4974

Schutz, eigentumsrechtlicher 2841

Schutz, sozialer

- Begriff 4056
- EGRC 4054 ff.
- Mitgliedstaaten 3545 ff.
- soziale Sicherheit 4058 ff.
- soziale Unterstützung 4174 ff.
- Sozialstaatsprinzip 3548, 3550

Schutzbereich

- Ansatz 460
- Grundsätze 464 f.
- Hintergrund 461 ff.
- immanente Reduktion 466 ff.
- Keck-Rechtsprechung 472 ff.
- Missbrauchsverbot 477 ff.
- Randbereiche 476
- Umweltschädigung 467 f.
- verbotene Tätigkeiten 469 ff.

Schutzbewaffnung 2184

Schutznormtheorie 725

Schutzpflichten 359 ff.

- Aufklärung 949 f.
- ausländische Staaten 364
- Beurteilungsspielraum 367 ff.
- Embryonen 936
- Folterverbot 999
- *Fuentes Bobo* 1942, 2154
- geistesbezogene 928 f., 941 ff.
- genetische Unversehrtheit 926
- körperbezogene 927, 935 ff.
- Leben 899 ff.

- Medienfreiheit 2144 ff.
- Meinungsfreiheit 1940 ff.
- Menschenrecht 930 ff.
- Nasciturus 931, 936, 941
- Naturgefahren 364
- objektiv-rechtliche Ableitung 360 ff.
- Opportunitätsersessen Polizei 908 f.
- *Özgür Gündem* 2153 f.
- Rechtsgüterschutz 360 ff.
- Rechtsschutz 774
- subjektiv-rechtliche Herleitung 374 ff.
- Untätigkeitsklage 774 f.
- Unversehrtheit 958 ff.
- Vorbehalt des Möglichen 906 f.

Schwedische Lokomotivführer 2246 f.

Scientology 1647, 1666

Scientology-Kirche 1556, 1596

Sekten 1624, 1693 f., 1709 f.

Sekundärrecht

- Durchführung 252 ff.

Selbstbestimmung 948 ff.

Selbstbestimmung, sexuelle

- Abhörschutz 1184
- Beschränkungen 1258 ff.
- Moral 1258
- Recht auf Privatleben 1178 ff.

Selbstbestimmungsrecht

- kirchliches 1650 ff.
- über Körper 1177 ff.

Selbstdarstellung, Recht auf 1197

Selbstinkriminierung, Garantie gegen 5100

Selbstschussanlagen 851

Selbstständige

- Arbeitgebervereinigungen 2510
- Berufsfreiheit 2516, 2568
- Freiberufler 2506, 2521, 2686
- Gewerbe 2521
- unternehmerische Freiheit 2686

Sendekonzession 2027 f., 2076 ff.

Şener 2109 f.

Sensationspresse 1189 ff.

Sexualität

- als Diskriminierungsmerkmal 3282
- Homosexualität 3262, 3282, 3286, 3389

- Sexuelle Ausbeutung
 - Mindeststrafen 5068
Sibson 2297 ff.
 Sicherheit, nationale
 - Beurteilungsspielraum 621
 Sicherheit, öffentliche s. *öffentliche Sicherheit*
 Sicherheit, Recht auf 1069 ff., 1097 ff.
 Sicherheitsbegriff 1097 ff.
 Sicherungsklausel EMRK (Art. 53 EGRC) 72 ff.
 Sicherungsmaßnahmen
 - Freiheitsentzug 1088 ff.
 - Unschuldvermutung 5080 ff.
Sigurjonsson 2294
Siliadin 1036, 1044, 1053, 1056
 Sitzblockade 2183
 Skeptiker 1609, 1634
 Sklaverei
 - Ansatz 1040 f.
 - Bedeutung 103 ff.
 - Haushaltshilfe 1036, 1043, 1053, 1056
 - Prostituierte 1041
 - Prüfungsschema 1057
 - Verbotsdurchsetzung 1052 ff.
Societas Europea (SE) 2738 f.
Soering 1144
Solange
 - BVerfG 4, 103, 148 ff., 152 ff., 156
 - UN-Recht 781
 Solidarität
 - EGRC-Titel 3579
 - Begriff 3583 f.
 - Bezug in EU, EG, EUV und AEUV 3581
 Solidaritätsrechte
 - Abwehrrechte 324
 Sonntagsöffnungsverbot 1557
 Sorgerechtsentscheidung 1226, 1245
 Sorgfaltspflicht, journalistische 2004, 2095 ff.
 Sozialdemokratie 1599
 Soziale Grundrechte
 - Leistungsrechte 337 ff.
 - Schranke Grundfreiheiten 402 f.
 Soziale Sicherheit 4058 ff., 4119, 4173, 4208
 Soziale Unterstützung 4174 ff., 4119, 4173, 4208
 Soziale Vergünstigungen 4151 ff.
 Sozialer Dialog 3609 f., 3695 ff.
 Sozialhilfe 4054, 4174 ff.
Sozialistische Partei 2289
 Sozialversicherung 4054, 4058 ff., 4072 ff., 4094, 4107 ff.
 - Transsexuelle 1261
 Sozialversicherungspflicht
 - Religionsfreiheit 1615
 Spontanversammlung 2177
 Sprache
 - Begriff 3350 f.
 - Diskriminierungsmerkmal 3269, 3286
 - Primärrecht, Schutz im 3334
 - Rechtfertigungsgrund zur Einschränkung von Grundfreiheiten 3338
 - Vielfalt 3357
 Sprachengarantie (Art. 41 Abs. 4 EGRC)
 - Anwendungsbereich 4610
 - Berechtigte 4608
 - Entwicklung 4608
 - inhaltliche Befassung 4610
 - Mitgliedstaaten 4609
 - Primärrecht, Abweichung von 4608
 - Prüfungsschema 4616
Sprayer von Zürich 2347, 2356
 Spürbarkeitserfordernis 1833
Squeeze out 2894
 Staatenlose 1128
 Staatliche Einrichtungen, Sicherung
 - Sekten 1709
 Staatsangehörigkeit
 - Diskriminierungsmerkmal 3172, 3224 ff., 3250, 3284 f., 3296 ff.
 - Inländerdiskriminierung 3306 ff.
 - nationale Minderheit 3273 ff.
 Staatshaftungsanspruch 745 f.
 Staatskirche 1656, 1659, 1675
 Staatskirchenrecht 1560, 1647 ff.
Stambuk 1873
 Stammzellenforschung
 - adulte 833 ff.
 - embryonale 831
 - Lebensrecht 886 f.
 - Menschenwürde 825 ff.
 Standardbild, Verwendung 1193
 Standpunkt, gemeinsamer 595

Statut des Internationalen Gerichtshofs
924, 977

Stauder 823

Stellungnahme

- Berücksichtigung 5041 f.
- Eltern 1298 f.
- Gesetzesvorbehalt 594
- Recht auf 5038 ff.

Sterbende 934

Sterilisierungskampagnen 924

Sternsingeraktion 1646

Steuern 2859, 2862, 2961

Steuerzahlung

- Gewissensfreiheit 1588

Strafhaft 1081

Strafklageverbrauch 5152 ff.

Straftatbegriff 5156 ff.

Straftaten

- Ausweisungen Ausländer 1319 ff.
- Datenschutz 1377, 1433, 1435, 1450 ff., 1459 ff.
- Durchsuchungen 1333
- IP-Adresse 1484
- Kommunikationsüberwachung 1338 ff.

Strafverfolgung

- EU-Kompetenzen 5067 ff.
- Gesetzmäßigkeit 5111 ff.
- ne bis in idem 5152 ff.
- Unschuldsvermutung 5070 ff.

Strahlenbelastungen 937 f.

Streikrecht 402 f., 3723, 3743 f.

- Berufsfreiheit 2590
- Beschränkung 475, 4285
- EGRC 3689, 3743 f.
- EMRK 3688
- Grundfreiheiten 475
- kollektives und individuelles Recht 3713 ff.
- nationale Verfassungen 3701, 3714 f.
- Rechtsprechung des EuGH 3700, 3724
- Unionskompetenz 3692 f.
- Vereinigungsfreiheit 2243 ff.

Striking a fair balance 608

Studiengebühren 2388

Subsidiarität 610 f., 614

Subventionen

- Berufsfreiheit 2603, 2623
- Eigentumsfreiheit 2838

- Vertrauensschutz 3017 ff.

Symbole, religiöse 1725 ff.

Synagoge 1638

Tagebücher 1195

Tarifautonomie

- Berufsfreiheit 2551
- Grundfreiheiten 475
- Koalitionsfreiheit 2251, 2265

Tariftreue 402

Tarifvertrag 3738 ff.

Tätigkeiten

- sittenwidrige 469 ff.
- sozialschädliche 469 ff.
- verbotene 469 ff.

Tatsachenbehauptungen 1784 ff., 2004 f., 2085 ff.

Tattoos 952

Teilhaberechte 327 ff., 445

- Kommunikationsgrundrechte 1945, 2155 ff., 2428 f., 2436 f.

Teilschweigen 5100

Telefongespräche

- Abhören 1263
- Schutz 1242
- Überwachung s. *Telefonüberwachung*

Telefonmehrwertdienste 2030

Telefonüberwachung 1183 f., 1340 ff.

Telekommunikation 1999 f.

Teleshopping 2030

Terrorabwehr s. *auch Terrorismus*

- Beurteilungsspielraum 621
- nationale Vollzugsmaßnahmen nach GASP 236, 768
- Rechtsschutz gegen Durchführungsmaßnahmen 768, 771 f.
- UN-Recht 768, 780 ff.

Terrorismus

- abstrakte Gefahr 1351
- Datenschutz 1377 f., 1435, 1450 ff., 1459 ff.
- Fluggastdaten s. *dort*
- Folterverbot 988
- Freiheitsentzug 1083
- Kommunikationsüberwachung 1340
- Menschenwürde 988
- Mindeststrafen 5068
- PC-Überwachung 1349 ff.

(Terrorismus)

- Privatleben 1184, 1256, 1340 ff., 1349 ff.
- Recht auf Sicherheit 1100 ff.
- Rechtsschutz 771 f.

Tierschutz

- Religionsfreiheit 1558
- Schächten 1630

Todesstrafe

- Abschiebung 1150
- Lebensrecht 916 ff.

Toleranz

- Gewissensfreiheit 1705
- religiöse 1600, 1605, 1623 f., 1711

Tonbandaufnahmen 1263

Transactie 5170

Transferklausel 48

TransparenzVO (EG) Nr. 1049/2001 4636 ff.

- *Bavarian Lager* 4683 f.
- Datenschutzvorschriften, Verknüpfung mit 4682
- Dauer des Schutzes 4700 f.
- Dokumente Dritter 4650 f.
- Dokumentenbegriff 4647
- entgegenstehendes öffentliches Interesse 4690
- Entwicklungsgeschichte 4636
- Entwurf neuer 4638
- Ermessensspielraum 4665
- Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik 4675 ff.
- geistiges Eigentum 4691 f.
- Gerichtsverfahren 4694 ff.
- geschäftliche Interessen 4687 ff.
- grundrechtskonforme Auslegung 4645
- *IFAW Internationaler Tierschutzfonds* 4654
- Informationsbeschaffungspflicht 4648
- Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten 4702 ff.
- internationale Beziehungen 4672 ff.
- interne Dokumente 4709 ff.
- Mitgliedstaaten 4654
- Mitgliedstaaten als Urheber 4652 ff.

- nationale Kriterien, Orientierung an 4688
- öffentliche Sicherheit 4666 ff.
- Privatsphäre und Integrität des Einzelnen 4679 ff.
- Rechtsberatung 4698 f.
- Reformpläne der Kommission 4638
- sekundärrechtliche Ausgestaltung, Maßgeblichkeit 4639
- sensible Dokumente 4714 ff.
- sonstige Dritte als Urheber 4656
- TransparenzVO-E 4685
- überwiegendes öffentliches Interesse 4707 ff.
- Verfahren 4719 ff.
- Verteidigung und militärische Belange 4670 f.
- zeitliche Begrenzung 4713
- Zugangsberechtigung 4640 ff.
- Zugangsverpflichtete 4644 ff.
- Zugangsverweigerung zum Schutz öffentlicher Interessen 4664 ff.
- Zuständigkeitsbereich 4649

Transsexuelle

- Ehe 1508 f., 1530
- Geschlechtsumwandlung 1179
- sexuelle Beschränkung 1261

Trennung

- Ehe 1512 f.
- Kinder 1225 ff., 1293 ff.

Treu und Glauben

- Datenschutz 1473 ff.

Treuepflicht 1766 ff., 1932 ff.

Trivialitätsvorbehalt 476

Trojaner 1339, 1346 ff.

Trunkenheitsfahrten 5171

Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin in Bezug auf das genetische Erbe 3247

Übermaßverbot 604 f.

Überwachung, strategische 1342

Überzeugen

- Religionsfreiheit 1620

Umgangsrechte mit Kind 1296

Umsatzsteuer 2323, 2370

Umsetzungsrecht

- Grundrechtsgeltung 233 f., 243 ff.
- Grundsätze 450 ff.

Umweltgrundrecht

- Ausgleich 1291 f.
- nachhaltige Entwicklung 1291
- Planungspflichten 1211 f.
- Privatleben 1211 f., 1217
- Untersuchungspflichten 1211 f.

Umweltschutz

- Abwasseranlage 1213
- Begriff 4324 ff.
- EGMR 1206 ff.
- Emissionshandel 4366 ff.
- Energie 4331
- Entsorgungsanlage 1213
- Fluglärm 1207 ff.
- Grundrechtseinschränkung 788
- hohes Schutzniveau 4336 ff.
- Kernkraftwerk 1213 f.
- Klimaschutz/Klimawandel 4317, 4325 f., 4330 ff., 4339 f., 4344, 4364
- Kyoto-Protokoll 4332, 4366 f.
- Menschenwürde 856 ff.
- nachhaltige Entwicklung 4350 ff.
- Privatleben, Schutz des 1206 ff.
- Prüfungsschema 4376
- Querschnittsklausel 4368 ff.
- Sanktionen 523
- Solidarität, Bezug zur 3585 ff.
- soziale und kulturelle Umwelt 4328 ff.
- soziales Grundrecht 3551, 3556
- subjektives Recht 4311 ff.
- Umweltgrundrecht 1211 f., 1217

Umwelt- und Klimaschutz

- Berufsfreiheit 2607 ff., 2622, 2631, 2650
- Eigentumsfreiheit 2977
- Vertrauensschutz 3055

Umweltverträglichkeitsprüfung 585

Unabhängigkeit Gericht 5020 ff.

Ungleichbehandlung 3196 ff.

Unionsbürger

- Grundrechtsträger 285 f.

Unionsgerichte

- BVerfG 712
- Verwaltungsgerichte 727

Unionsorgane

- Grundrechtsverpflichtung 211 f.

Unionstreue 239

Unionsziele 207

Universitäten s. auch Hochschulen

- Grundrechtsträger 299
- Klagemöglichkeiten 776 ff.
- Umsetzung Völkerrecht 784 f.

UN-Kinderrechtskonvention 3419 ff., 3928

Unparteilichkeit Gericht 5024 ff.

UN-Recht 780 ff.

Unschuldsvermutung 5067, 5070 ff.

- Bewährungswiderruf 5092 f.
- Drittwirkung 5086 ff.
- erweiterter Verfall 5094
- „nemo tenetur“-Grundsatz 5098 ff.
- Ordnungswidrigkeiten 5074
- rechtsförmlicher Beweis 5095 ff.
- Schadensersatz 5089
- Sicherungsmaßnahmen 5080 ff.
- Strafverfahren 5074 ff.
- Verdachtskündigung 5090
- Verwaltungsaktionen 5075 ff.

Untätigkeitsklage 773 ff., 777

Untermaßverbot 604 f.

Unternehmen

- Arbeitgebervereinigungen 2510
- Begriff 3649 f.
- Begriffsmerkmale 2682 ff., 2686
- Gesellschafter 2689
- transnationale Konzerne 3652 ff.
- Unternehmensebenen 3660
- Unternehmensträger 2688 ff.

Unternehmen, öffentliche

- Grundrechtsträger 298 f.

Unternehmer(ische) Freiheit

- Abgaben 2747
- Abwehrfunktion 2665
- anbietende Tätigkeit am Markt 2783
- Angemessenheit 2762 ff.
- Anteilsverwaltung 2683, 2689
- Aufnahme einer Tätigkeit 2693
- Aussichten 2692
- Berufsfreiheit, Abgrenzung 2484, 2505 ff., 2653, 2662, 2702 ff.
- Betriebsgeheimnisse 2722
- Dauer 2684
- doppelte Schranke 2660 ff., 2667
- Drittstaatsangehörige 2675 f.
- Drittwirkung 2677 f.
- Eigenbedarfsproduktion 2683
- EMRK 2658
- Erforderlichkeit 2759 ff.

(Unternehmer(ische) Freiheit)

- Erzeugungsvorschriften 2750
- Etikettierungsvorschriften 2751
- Freiheitsfunktion 2665
- Gemeinnützigkeit 2685
- Gemeinwohl 2755 ff.
- Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten 2660 ff.
- Geschäftsdaten 1367, 1374
- Geschäftsgeheimnisse 2722
- Geschäftspartner 2699
- Gesellschafter 2689
- Gesellschaftsrecht 2736 ff.
- Gesellschaftsvertrag 2696, 2701
- Gewinn 2684
- Grundfreiheiten, Bezug zu 2665, 2667, 2732 ff.
- Grundrechtsträger 2670 ff.
- Gründung 2693
- Handelsfreiheit 2704
- Informationsanspruch 2723
- Interessen 2692
- Konkurrenzen 2726 ff.
- Konstitutionsfreiheit 2693 ff.
- kulturelle Einrichtung 2685
- Kunstfreiheit 2730
- Lehranstalten 2731
- Marktanteil 2692
- Marktordnung 2748 f.
- Meinungsfreiheit 2730
- Mittelstand 2724
- nationaler Unternehmerschutz 2656 f.
- öffentliche Unternehmen 2672 ff.
- Organisationsfreiheit 2696, 2729, 2736 ff.
- Planungsfreiheit 2697
- Privatautonomie 2698, 2700
- Produktionsvorschriften 2750
- Prüfungsschema 2770
- Recht auf Bildung 2378, 2477
- Rechtsform 2696
- Rechtsquellen 2654 ff., 2659
- Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten 2660 ff.
- Schranken 2660 ff., 2668 f., 2752 ff.
- Schutzbereich 2691 ff.
- Schutzbereichskonkretisierung 2660, 2667
- Schutzstandard 2662
- Selbstversorgung 2683
- Societas Europea (SE) 2738 f.
- Staatenlose 2675 f.
- Unionsrecht 2660
- Unternehmensbegriff 2682 ff.
- Unternehmensgegenstand 2694
- Unternehmensträger 2688 ff.
- Unternehmerfreiheit 2654
- Vereinigungsfreiheit 2729
- Verhältnismäßigkeit 2758 ff.
- Vermögensverwaltung 2683
- Vertragsfreiheit 2655, 2698 ff., 2702 f., 2740 ff.
- Vertragsgestaltung 2700 f.
- Vertrauensschutz 3009, 3011
- Werbefreiheit 2718 ff., 2730
- wertender Rechtsvergleich 2667
- Wesensgehaltsgarantie 2765 f.
- Wettbewerbsfreiheit 2711 ff.
- Wettbewerbsrecht 2745 f., 2767 ff.
- Willensbildung 2696, 2736 ff.
- wirtschaftliche Handlungsfreiheit 2654
- wirtschaftlicher Wert 2683
- Wirtschaftsgrundrecht 2652, 2665

Untersuchungen 1255

Untersuchungshaft

- Aufzeichnungspflicht 1093
- Entschädigung 5084 f.
- Folterverbot 990
- Gründe 1083
- Haftprüfung 1092
- Richtergarantie 1089, 1091
- Schadensersatz 1094
- Unschuldsumutung 5081 ff.
- Urteilsgarantie 1090

Untersuchungspflichten

- Privatleben/Schutz der Umwelt 1208 ff.
- Umweltgrundrecht 1211 f.

Unversehrtheit, Recht auf 921 ff.

- Blutentnahmen 954
- Duftstoffe 939
- Geistesranke 934
- geistige 941 ff.
- genetische 926
- Heilbehandlung 935, 948 ff., 955, 975
- Impfzwang 954 f.
- körperliche 935 ff.

(Unversehrtheit, Recht auf)

- Liquorentnahmen 954
- Luftbelastung 938
- Piercing 948, 950
- Prüfungsschema 986
- psychische Auswirkungen 940 f., 943 ff.
- Säureeinwirkungen 937
- Schutzpflichten 958 ff.
- Selbstbestimmung 948 ff.
- Sterbende 934
- Strahlenbelastungen 937 f.
- Tattoos 952
- Zwangsbehandlungen 954 f.

Urheberrecht

- Medienfreiheit 1813, 2063, 2130, 2214 f.
- Berufsfreiheit 2611, 2626
- Eigentumsfreiheit 2854, 2977

Urheberrechtsverletzungen

- Datenschutz 1436 f., 1439 ff., 1450, 1463

Urteilsgarantie

- Freiheitsentzug 1090

Van den Bergh 451 ff.

Verbandsklage 2307

Verbindungsdatenspeicherung 1348

Verbraucherschutz

- Begriff 4402 ff
- Berufsfreiheit 2623
- EG/AEUV 4377 ff.
- Eigentumsfreiheit 2977
- Prüfungsschema 4415
- Rechtfertigungsgrund 642
- Schutzrecht 4377 ff.
- Solidarität 3585 ff.
- soziales Grundrecht 3563

Verdachtskündigung 5090

Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei 2277

Vereinigung

- Grundrechtsträger 297, 300 ff.
- nicht rechtsfähige 308 ff.

Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs 2156

Vereinigungsfreiheit 2223 ff.

- Berufsfreiheit 2509, 2590
- *Chassagnou* 2274
- Doppelgrundrecht 2226
- Eingriffe 2266 ff.

- Fraktionen 2237, 2261 f.
- Freiwilligkeit 2231 f.
- Koalitionsfreiheit s. *dort*
- kommerzielle Zwecke 2238
- *Lavis* 2273
- öffentlich-rechtliche Organisationen 2231 ff.
- *ÖZDEP* 2289
- politische Parteien 2236, 2258 ff., 2275 ff., 2308
- Prüfungsschema 2309
- Rechtsform 2230, 2305 ff.
- *Refah Partisi* 2284 ff.
- soziale Grundrechte 2225
- *Sozialistische Partei* 2289
- unmittelbare Drittwirkung 2227 f.
- unternehmerische Freiheit 2729
- Verbandsklage 2307
- *Vogt* 2268 s. *auch dort*
- Zwangsmitgliedschaft 2231, 2274

Verfahren

- Einstellung 5169
- faires 5033 ff.
- gerichtliches 5019 ff.
- mündliches 5046
- öffentliches 5046 ff.
- Verstoßfolgen 5058
- Verteidigung 5056 f., 5103 ff.
- Vertretung 5056 f.

Verfahrensrecht, nationales

- Durchführung von Unionsrecht 255 ff.

Verfahrensrechte 331 ff.

Verfall, erweiterter 5094

Verfolgung 1129 ff.

- nichtstaatliche 1129 f.

Vergewaltigung 977

- Folterverbot 994, 1008
- unmenschliche Behandlung 1008

Vergütungsansprüche 2829, 2832

Verhaftung, Schutz vor Willkür 1075 f.

Verhalten, umweltschädigendes 467 f.

Verhältnismäßigkeit 601 ff.

- Angemessenheit 660 ff.
- Angleichung 630 ff., 666 ff.
- Berufsfreiheit 2627 ff.
- Beurteilungsspielraum 607 ff.
- Defizite 627 ff.
- dringendes soziales Bedürfnis 1859 ff.
- Eigentumsrecht 2921 ff., 2978 ff.

(Verhältnismäßigkeit)

- Erforderlichkeit 658 f.
- Fallgruppen 1856 f., 1862 ff.
- Geeignetheit 652 ff.
- Meinungsfreiheit 1856 ff.
- Zweck 633 ff.

Verhältnismäßigkeitsprüfung

- europäische 601 ff.
- nationale 740 ff.

Verhütungsmittel

- Religionsfreiheit 1614

Verlagsrecht 2854

Vermögen 2856 ff.

- Diskriminierungsmerkmal 3276 ff., 3289
- Reichensteuer 3278

Vermögensverwaltung 2683

Verordnungen

- Gesetze 572 ff.
- Grundrechtsbindung EU 217
- Grundrechtsbindung Mitgliedstaaten 225, 233, 243
- hinkende 575
- Vollzug 243

Verpflichtungsklage 719, 724 f., 728 ff.

Versammlungsfreiheit 2159 ff.

- Anmeldepflicht 2196 ff.
- Auflagen 2196
- Bedeutung 2159 ff.
- Begriff 2169 f.
- Berechtigte 2166 f.
- Berufsfreiheit 552
- *Christians against Racism and Fascism* 2215
- Demonstrationsverbot 2215
- *Djavit An* 2194, 2221
- Drittstaatsangehörige 2202
- Eingriffe 2192 ff.
- *Ezelin* 2195
- Friedlichkeit 2176, 2179 ff.
- negative Versammlungsfreiheit 2186
- *Negotiate Now* 2214
- Online-Demonstration 2172
- Prüfungsschema 2222
- *Schmidberger* 2116
- Schrankenregelung 2199 ff.
- Schutzbewaffnung 2184
- Schutzpflichten 2218 ff.
- Sitzblockade 2183
- Spontanversammlung 2177

- Verpflichtete 2168

- virtuelle Versammlung 2172

- *Vogt* 2204

Verschwiegenheitspflicht 1922 f.

Verstorbene 290

Verteidigung 5056 f.

- Wehrdienstverweigerung 1591

Verteidigungsrechte

- allgemein 5056 ff.
- Information 5108
- Kausalität Verletzung 5107 ff.
- Rechtfertigung Verstöße 5110
- Stellungnahme 5109
- strafähnliche Sanktionen 5106
- Strafverfahren 5103 ff.
- Zeugen 5109

Vertragsfreiheit

- Berufsfreiheit 2505 ff.
- unternehmerische Freiheit 2505 ff., 2655, 2698 ff., 2702 f., 2740 ff.

Vertragsverletzungsverfahren 779

Vertrauensschutz

- Agrarpolitik 3138, 3159
- Änderungen 3113, 3116 f., 3120 f.
- Ankündigungspflicht 3117 f.
- Aufhebung für die Vergangenheit 3150 f.
- Aufhebung für die Zukunft 3036 ff., 3155 f.
- Auskünfte 3091
- Ausschluss 3032 ff.
- Außenhandel 3138
- Beihilfen 3017 ff.
- Berufsfreiheit 2555 f., 2641, 3009 ff., 3037, 3052, 3087, 3101
- Bestandskraft 3026, 3029
- Bestandsschutz 3006, 3080
- De-minimis 3021
- Duldung 3045 ff., 3108, 3115
- echte Rückwirkung 3065 ff., 3152 ff.
- Eigentumsrecht 3005 ff., 3036, 3052, 3087, 3135
- Einzelakte 3088
- Ermessen 3036
- Ermessenreduzierung 3019
- Erwartungen 3092 ff.
- EuGH 3012 ff.
- Evidenz der Rechtswidrigkeit 3022, 3026, 3031

(Vertrauensschutz)

- finanzielle Belastung der Gemeinschaft 3138
 - Funktionsfähigkeit 3138
 - Gemeinschaftshandeln 3079, 3086 ff.
 - Gemeinschaftsinteresse 3019, 3021, 3025, 3027 f., 3132 ff., 3138 ff.
 - Genehmigungen 3045, 3051 ff.
 - Gerichtsentscheidungen 3061 ff.
 - Gesetzgebungsverfahren 3099 ff.
 - Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 3139
 - Gesundheit 3055
 - Grundrechtsrelevanz 3015 f., 3029 f., 3060, 3129, 3145
 - Informationsobliegenheit 3113, 3117, 3127 f.
 - Insolvenzgefahr 3023, 3025
 - Kausalitätserfordernis 3111
 - Kennenmüssen 3116 ff.
 - Kenntnis 3116 ff.
 - konkludente Genehmigung 3045
 - Legalisierungswirkung 3051 ff.
 - Marktorganisation 3120 f.
 - Mitwirkungspflichten 3115
 - Nichtigkeit 3147 ff.
 - Normen 3089
 - Normierungsprozesse 3099
 - objektiver Vertrauenstatbestand 3088 ff.
 - Rechtsakte 3099 ff., 3108 f.
 - Rechtsänderungen 3113, 3116
 - Rechtsfolgen 3147 ff.
 - Rechtsgrundsatz 3012 ff.
 - Rechtskraftwirkung 3061
 - Rechtsmittel 3064
 - Rechtssicherheit 3007 f., 3012 ff.
 - Rechtsstaatsprinzip 3013, 3016, 3021, 3029
 - Rechtswegerschöpfung 3030
 - Rechtswidrigkeit 3020 ff., 3108 f., 3125 f., 3157
 - Risikozuständigkeit 3130
 - Rückforderungen 3018, 3020, 3025
 - Rücknahme 3019, 3034
 - Rückwirkung 3013 f., 3065 ff., 3152 ff.
 - Schadensersatz 3160 f.
 - Schutzpflichten 3055 ff.
 - Schutzzweckzusammenhang 3110 ff.
 - Selbstbindung der Verwaltung 3105 ff., 3123
 - Strafvorschriften 3085
 - subjektiver Vertrauenstatbestand 3112 ff.
 - subjektives Recht 3007, 3017
 - Treu und Glauben 3048 ff.
 - Umweltschutz 3055
 - Übergangsregelungen 3080, 3158
 - unechte Rückwirkung 3072 ff., 3155 f.
 - Ungewissheit 3124
 - Unmöglichkeit 3024 f.
 - unternehmerische Betätigung 3009
 - unternehmerische Freiheit 3011
 - Verhältnismäßigkeit 3143
 - Vertrauen 3112 ff.
 - vertrauensbildendes Handeln 2079, 3086 ff.
 - Verursacherprinzip 3115
 - Verwaltungsakte 3017 ff., 3022, 3035, 3041 ff.
 - Verwirkung 3044, 3048 ff.
 - Voraussetzungen 3086 ff.
 - Vorbehalt 3122
 - vorläufige Maßnahmen 3123
 - VwVfG 3019, 3028, 3032
 - Wettbewerbsgleichheit 3019, 3025, 3138 ff.
 - Wettbewerbsneutralität 3026 ff., 3137
 - Widerruf 3017, 3034
 - wohlerworbene Rechte 3007, 3042
 - Zeitablauf 3033
 - Zusagen 3090
- Vertretung 5056 f.
- Verursacherprinzip 3115
- Verwaltung
- Grundrechtsverpflichtung 217
- Verwaltungsakt
- Rechtsschutz 728 ff.
 - Vertrauensschutz 3017 ff., 3022, 3035, 3041 ff.
- Verwaltungssanktionen
- ne bis in idem 5153
 - Unschuldsvermutung 5075 ff.

-
- (Verwaltungssanktionen)
 - Verteidigungsrechte 5106
 - Verwaltungsgerichte 713 ff., 724 ff., 769 f., 775
 - Verwaltungspraxis
 - als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung 3207
 - Selbstbindung 3208
 - Verwertungsrechte 2063
 - Verwirkung 3044, 3048 ff.
 - Verzicht
 - Gesetzesvorbehalt 536 f.
 - Grundrechte 315 ff.
 - VGT – Verein gegen Tierfabriken* 1874, 2103 ff.
 - Videoaufzeichnungen
 - Auswertung 1371
 - Datenschutz 1371
 - Videoüberwachung
 - Löschung 1265
 - Vornahme 1263
 - Vielfalt
 - Kultur 3357
 - Religionen 1566 ff.
 - Sprachen 3357
 - Vogt* 1935, 2204, 2268
 - Völkerrecht 780 ff.
 - Durchführung von Unionsrecht 237, 258 ff.
 - Volkmer* 1936
 - Volksgesundheit 2623
 - Vollbeschäftigung 2570
 - Von Hannover/Deutschland* 1267, 1274
 - Vorabentscheidungsverfahren 747 ff.
 - Vorbehalt des Möglichen 906 f.
 - Vorbehaltseigentum 2825
 - Vorführung 1083
 - Vorhersehbarkeit
 - Ermessen 529
 - Gesetze 528
 - Vorkaufsrechte 2829, 2897
 - Vorlagepflicht
 - Anspruch 752 f.
 - BVerfG 744
 - EuGH 749 ff.
 - Vorlagerecht 752
 - Vorlageverfahren 747 ff.
 - Vormund 1171
 - Vorratsdatenspeicherung 1348, 1433, 1450 ff., 1462 ff.
 - Waffengleichheit
 - bei Gericht 5044 f.
 - Inhaftierter 1092
 - Wahlrecht 4416 ff., 4447 ff.
 - Direktwahlakt 4429 ff.
 - EMRK 4422 f.
 - Gewährleistung im Herkunftsstaat 4449 ff.
 - Gleichbehandlungsgebot 4425, 4453 f.
 - Grundrechtsträger 4447
 - Integrationsfunktion 4443
 - Legitimationsfunktion 4442
 - nationales Recht 4441
 - praktische Bedeutung 4444 ff.
 - Primärrecht 4424
 - Prüfungsschema 4465
 - Reformvertrag 4421, 4464
 - RL 93/190/EG 4436 ff.
 - Schutzbereich 4448 ff.
 - Schutzzumfang 4455
 - Ungleichbehandlung und Rechtfertigung 4456 ff.
 - Vertragskonformität 4459 ff.
 - Volksbegriff 446
 - Wahlrecht für Nicht-Unionsbürger 4427 f.
 - Wahlrechtsgrundsätze 4466 ff.
 - Allgemeinheit der Wahl 4469 f.
 - geheime Wahl 4477
 - Grundrechtsträger 4468
 - Prüfungsschema 4482
 - Rechtfertigung Wahlpflicht 4475 f.
 - subjektive Rechte 4467
 - Wahlfreiheit 4473 ff.
 - Wahlgleichheit 4478 ff.
 - Wahlpflicht 4475
 - Warenverkehr, freier 1938
 - Warenzeichen 2854
 - Warnhinweise 1808, 2006 f.
 - Warnung 2603
 - Wehrdienstverweigerung 1547, 1590 f., 1706 f.
 - Wehrrsatzdienstverweigerung 1547
 - Weltanschauung
 - als Diskriminierungsmerkmal 3254, 3270
 - Bezug zum Religionsbegriff 3347 ff.

Weltanschauungsfreiheit s. *auch Religionsfreiheit*

- Gleichstellung 1597 ff.
- weltanschauliche Gemeinschaften 1559 f.

Wesentlichkeitstheorie 534 f.

Werbung 1791 ff.

- Abgrenzung 1869 ff.
- *Demuth* 1875, 1879
- EGMR-Rechtsprechung 1877 ff.
- EuGH-Rechtsprechung 1883 ff.
- ideelle Werbung 2103 ff.
- *Jacobowski* 1871, 1880
- *markt intern* 1878
- Medienfreiheit 2008 ff., 2101 ff.
- Meinungsfreiheit 1791 ff.
- *Murphy* 2104 ff.
- nationaler Beurteilungsspielraum 1793 f., 1867 ff., 2011
- Religionsfreiheit 1621
- Rundfunk 2060, 2103 ff.
- *Stambuk* 1873
- unternehmerische Freiheit 2718 ff.
- *VGT – Verein gegen Tierfabriken* 1874, 2103 ff.
- Werbebeschränkungen 1796 ff.

Wertentscheidungen 347 ff.

Wertsystem 352 ff.

Werturteile 1784 ff., 2085 ff.

Wesensgehaltsgarantie 669 ff., 1939, 2295 ff.

Wesensgehaltsgebot 686

Wettbewerb

- Berufsfreiheit 2497 f., 2501, 2557 ff., 2605, 3010
- Eigentumsrecht 2977
- Gleichbehandlung 3197 f., 3207
- Unternehmerfreiheit 2653, 2711 ff.
- Vertrauensschutz 3019, 3025, 3026 ff.
- Wettbewerbsfreiheit 2711 ff.

Wettbewerbsbedingungen 2557 ff., 2605

Wettbewerbsfreiheit 2711 ff.

Wettbewerbsrecht 2745 f., 2767 ff.

WHO-Gesundheitsdefinition 939, 942

Widerruf 3017, 3034

Wiedereinreiseverbot 1114

Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen 4974

Wilson 2304

Wingrove 1895 ff., 2347

Wirtschaftliche Betätigung(sfreiheit)

- Berufsfreiheit 2484, 2494 f., 2505 ff.
- unternehmerische Freiheit 2505 ff., 2654

Wirtschaftsgrundrechte

- Berufsfreiheit s. *dort*
- Eigentumsgrundrecht s. *dort*
- Grundrechtsträger 296, 304 ff.
- unternehmerische Freiheit s. *dort*
- Vertrauensschutz 3087

Wirtschaftspolitik

- Berufsfreiheit 2631

Wirtschafts- und Sozialausschuss 214

Wirtschaftsverfassung

- Berufsfreiheit 2494 f.
- Eigentumsfreiheit 2778, 2808 ff.
- unternehmerische Freiheit 2653

Wissenschaftsfreiheit 2310 ff., 2334 ff., 2359 ff.

- akademische Freiheit 2340 ff., 2362 f.
- Forschung 2334 ff., 2359 ff., 2371 f.
- Forschungsförderung 2339, 2367 ff.
- Genese 2310 ff.
- *Klei* 2322 f.
- Menschenwürde 2357 f.
- organisatorische Maßnahmen 2364 ff.
- Prüfungsschema 2373
- Schrankensystem 2359 ff.
- Studierende 2343 f.
- Umsatzsteuer 2323, 2370
- Urheber 2214 f.
- Zugangsrecht 2343 f.

Wohnung, Recht auf

- Besteuerung 1337
- Durchsuchungen 1331 ff.
- Geschäftsräume 1239 f., 1331 ff.
- Leistungsanspruch 1249
- Privatwohnung 1234 ff.
- Recht auf Heimat 1238
- Umweltbeeinträchtigungen 1214 ff.
- Zwangsvollstreckung 1336

Wohnwagen 1235, 1237

X./Vereinigtes Königreich 1615

Young, James und Webster 2256 f.,
2292 f., 2297 ff.

Yusuf 258 ff., 781 ff., 785 ff.

Zensur 2137 ff., 2355

Zugang zu Dokumenten s. *Dokumenten-
zugang*

*Zugang zu Dienstleistungen von allge-
meinem wirtschaftlichem Interesse*
4309

Zugangsrechte 2343 f., 2391 ff.,
2404 ff.

Zulässigkeitsvoraussetzungen 5015

Zurückhaltungspflicht 1927 ff.

Zusagen 3090

*Zusammenarbeit, polizeiliche und justiz-
zielle*

- Grundrechtsbindung 220

- Rechtsschutz 766 f., 769

Zwangsarbeit 1036 ff., 1045 ff.

- Ansatz 1042

- Berufsfreiheit 2511, 2561

- Fortentwicklung 1036 ff., 1042 ff

- Gaststätten 1049

- Haushaltshilfe 1036

- Kinder und Jugendliche 1043 f.

- Leibeigenschaft 1049

- Prostitution 1056

- Prüfungsschema 1057

- Schlachthöfe 1049

- Verbotsdurchsetzung 1052 ff.

Zwangsbehandlungen 954 f.

Zwangssterilisation 1534

Zweigenerationenfamilie 1230