

Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

Constance Grewe*

Einleitung

Im Bereich der Grund- und Menschenrechte konkurrieren – in jedem Sinne des Wortes – die Interpretationen der nationalen Verfassungsgerichte mit derjenigen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Daher drängt sich die Frage der Vergleichbarkeit, der eventuellen Ähnlichkeiten und Unterschiede und deren Gründe geradezu auf.

Zur Beantwortung dieser Frage wäre es zwar reizvoll, die Rechtsprechung aller europäischen Verfassungsgerichte ins Auge zu fassen. Im Rahmen dieses Beitrags kann jedoch nur ein kleiner Kreis möglichst repräsentativer Gerichte näher betrachtet werden. Dabei handelt es sich um Gerichte westeuropäischer Länder, in denen die Verfassungsgerichtsbarkeit verankert ist, auch wenn sie nicht immer so hochentwickelt ist wie in Deutschland. Konkret bedeutet dies, dass Frankreich, Deutschland, Österreich, die Schweiz, Italien, Spanien, Portugal und Belgien im Vordergrund des Interesses stehen werden, was nicht ausschliesst, je nach Sachzusammenhang auch noch einige andere Länder einzubeziehen.

Zur Fragestellung der Interpretationsmethoden ist zunächst zu bemerken, dass im allgemeinen weder die Verfassungen¹ noch die meisten völkerrechtlichen Verträge² etwas über ihre Interpretation oder die Grundsätze, nach denen sie ausgelegt werden sollen, aussagen. Die betreffenden Gerichte verfügen infolgedessen über relativ grosse Freiheiten. Inwiefern ähneln sich oder unterscheiden sich diese Methoden? Und falls sie sich ähneln, heisst das nicht, dass diese beiden Arten von Gerichtsbarkeiten zwangsläufig spezifische und gemeinsame Methoden entwickeln?

Die hier angesprochenen Gerichtsbarkeiten verbinden tatsächlich mehrere gemeinsame Merkmale. Dies gilt für die Materie, d. h. die Menschenrechte ebenso wie für den Bezugstext, in einem Fall die Verfassung, im anderen die Europäische Menschenrechtskonvention, von der der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sagt, sie stelle ein "verfassungsrechtliches Instrument der europäischen

* Professor für öffentliches Recht an der Robert Schuman Universität Strassburg, Institut de Recherches Carré de Malberg.

¹ Vgl. F. Ost/M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Brüssel 1989, 21–25.

² Zu den wenigen Hinweisen in der EMRK, s. L.-E. Pettiti/E. Decaux/P.-H. Imbert (Hrsg.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris 1995, Art. 17 und 60.

öffentlichen Ordnung³ dar. Schliesslich gilt dies für die Garantien zum Schutz der Rechte, die individuelle Beschwerde bei der Europäischen Kommission bzw. seit dem 1. November 1998 beim Gerichtshof und für die den Verfassungsgerichten vorgelegten Klagen auf Beachtung der verfassungsrechtlich geschützten Rechte. Bringen diese Ähnlichkeiten konvergierende Interpretationen mit sich?

Dies wird oft behauptet und kann sich auch auf solide Argumente stützen. Danach bestehen die Grundzüge einer Verfassung wie diejenigen der Konvention darin, dass es sich um einen allgemeinen, offenen und unbestimmten Text handelt, der eher die Verkündung als die Organisation oder die Garantie der Rechte zum Gegenstand hat. Aus diesen Charakteristika soll eine eher dynamische oder teleologische Interpretationsmethode folgen. Ferner wird auch auf das Rechtsgebiet, die Grund- oder Menschenrechte, abgestellt und gesagt, auch diese erforderten eine besondere Auslegungsmethode. Es handele sich um materielles Recht, dessen Hauptproblematik in dem Ausgleich der hervorragenden Rechte des Individuums mit den Interessen der Gesellschaft bestehe. So wird vor allem die Bedeutung der Verhältnismässigkeitskontrolle auf diesem Gebiet erklärt.

Diese Argumentation ist allerdings nicht unbestritten, und zwar in zweifacher Hinsicht. Zum einen gehören die Grundrechte zu dem Betätigungsfeld auch des Straf-, Verwaltungs- und Zivilrichters, die alle keine spezifischen Auslegungsmethoden verwenden⁴. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass die völkerrechtlichen Verträge über Menschenrechte nicht viel anders als andere Verträge ausgelegt werden⁵.

Wenn man noch die sehr unterschiedlichen Kontrollen, Rechtswege und Verfahren der verschiedenen Verfassungsgerichte in die Betrachtung einbezieht, so ist klar, dass es schon auf Verfassungsebene unausweichlich zu verschiedenartigen Interpretationen kommen muss. Wie kann man z.B. die Interpretation des belgischen oder des französischen Verfassungsrichters mit der des deutschen Verfassungsrichters vergleichen? Letzterer kann im Wege der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle, mit einer Verfassungsbeschwerde oder im Rahmen eines Organstreites angerufen werden, und zwar bezüglich aller verfassungsrechtlicher Fragen, soweit es sich um einen Akt der öffentlichen Gewalt inklusive einer Gerichtsentscheidung handelt. Im Gegensatz dazu kann sich der belgische Richter nur mit Problemen der Kompetenzverteilung und Streitigkeiten über den Gleichheitssatz, mit dem Prinzip der Nicht-Diskriminierung und der Unterrichtsfreiheit befassen. Die materiellen Zuständigkeiten des französischen Verfassungsrichters sind insoweit viel weiter; er verfügt jedoch nur über das Instrument der abstrakten Normenkontrolle *a priori*. Weder in Frankreich noch in Italien gibt es eine individuelle Verfassungsbeschwerde. Dort wo sie existiert, kann sie nicht immer

³ Urteil vom 23.3.1995, *Loizidou*.

⁴ Speziell über den Strafrichter: Ost/van de Kerchove (Anm. 1), II. Teil: Les directives en droit pénal. La lettre plutôt que l'esprit?, 148–233.

⁵ P. Wachsmann, Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, in: SFDI, Colloque de Strasbourg, La protection internationale des droits de l'homme, Paris 1998, 157 ff.

auch gegen Gerichtsentscheidungen angestrengt werden (Österreich, Belgien, Portugal). In diesem Fall muss sich also der Verfassungsrichter anderer Mittel bedienen, um zu erreichen, dass seine Auslegung von den Fachgerichten befolgt wird. Es ist demnach kaum abzuweisen, dass sich die Unterschiede in der Verfassungsgerichtsorganisation nicht auf die richterliche Kontrolle und die Interpretationsmethoden auswirken.

Als vorläufiges Ergebnis ist festzuhalten, dass sich die beiden Thesen, nämlich diejenige der Spezifität und die der Nicht-Spezifität der Menschenrechtsinterpretation, *prima facie* verteidigen lassen. Man kann daraus auch schliessen, dass wahrscheinlich beide Meinungen einen Teil der Realität beschreiben. Dies soll im weiteren versucht werden darzustellen. Nicht zu verhehlen ist jedoch, dass einer dieser beiden Teile für die Entwicklungslinien der hier in Frage stehenden Rechtsprechung besonders symptomatisch sein dürfte. Dementsprechend ist es geboten, die Rechtsprechung in zwei Gruppen aufzuteilen, je nachdem ob sie "traditionelle" oder "spezifische" Methoden verwendet.

Die erste Gruppe hält sich weitgehend an bewährte Auslegungsmethoden wie grammatikalische, logische oder historische Gesichtspunkte, so dass ihre Interpretationsmethoden kaum von denjenigen der Fachgerichte abweichen. Die Grenzen der Interpretation bilden die massgeblichen Texte, die nicht überschritten werden dürfen. Diese Gruppe, der nicht unbedingt die gesamte Rechtsprechung eines Gerichts – und dies gilt auch für den EGMR – angehört, ist also überwiegend nicht spezifisch oder positivistisch (I.). Die zweite Gruppe geht hingegen über die traditionellen Auslegungsmethoden hinaus und bedient sich vornehmlich teleologischer oder systematischer Argumente, um die Rechte des Einzelnen dynamisch an die Gegenwart anzupassen oder sie den Zielvorstellungen des jeweiligen Textes näherzubringen, wobei der Wortlaut nicht unbedingt die Grenze für die Auslegung sein muß (II.).

I. Interpretationsmethoden, die sich innerhalb der textuellen Grenzen halten

Diese Art der Methode lässt sich auch als global positivistisch umschreiben. Mit ihr werden die Grund- und Menschenrechte nur so ausgelegt, wie sie sich im Text darstellen.

Die hier in Frage kommende Interpretationsmethode kommt vornehmlich im Rückgriff auf eine historische Betrachtungsweise (1.) und in einer gemässigten Prüfungsintensität zum Ausdruck (2.).

1. Die historischen Interpretationen

Bezugnahmen auf den historischen Sinngehalt der Grund- und Menschenrechte finden sich in der Verfassungs- und Konventionsrechtsprechung sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht.

Die subjektive historische Interpretationsmethode stellt auf den Willen des Verfassungs- oder Konventionsgebers ab. Im verfassungsrechtlichen Bereich sind das

die Entscheidungen, die ausführlich auf die Entstehungsgeschichte der in Frage stehenden Bestimmungen eingehen und vor diesem Hintergrund die Lösung des Falles konstruieren. Im heutigen verfassungsgerichtlichen Europa ist dieses Prozedere immer seltener zu beobachten.

Der EGMR benutzt diese sogenannte konsensuelle Methode von Zeit zu Zeit, z. B. wenn er betont, die Schöpfer der EMRK hätten keine sozialen Rechte schaffen wollen⁶, oder auch, die Vertragsparteien hätten die Frage des Zugangs zum öffentlichen Dienst aus der Konvention ausklammern wollen⁷. Offensichtlich werden hier die beiden Merkmale der positivistischen Interpretation eng verknüpft: Die subjektive historische Methode steht im Dienst einer sehr schwachen Kontrollintensität oder einer sehr ausgeprägten *margin of appreciation*.

Dagegen findet man objektive historische Interpretationen häufiger in der Verfassungsrechtsprechung. In dem Fall steht die Frage nach dem subjektiven Willen des Verfassungsgebers im Hintergrund, jedoch wird der Text in seinem objektiven Sinngehalt im Zeitpunkt seiner Entstehung analysiert, um dem Richter zur Lösung zu verhelfen. Oft kommt diese Methode allerdings nur punktuell, d. h. eigentlich nur ausnahmsweise zum Zug. So hat sich z. B. der Conseil constitutionnel längere Zeit dieser Methode bedient, um den Schutzbereich der individuellen Freiheit zu definieren. Er stellte hierbei nicht direkt auf Art. 66 der Verfassung von 1958 ab, wo die individuelle Freiheit ausdrücklich, allerdings in einer spezielleren Form, anerkannt ist, sondern leitete ihn aus der geschichtlichen Kontinuität ab. Er sah diese Freiheit als ein von den republikanischen Gesetzen anerkanntes Grundprinzip an (*"principes fondamentaux reconnus par les lois de la République"*), welches infolgedessen Verfassungsrang hat⁸ (Präambel von 1946).

Soweit ersichtlich hat nur ein einziges Verfassungsgericht diese Methode systematisch betrieben, nämlich der österreichische Verfassungsgerichtshof. Aber auch in dessen Spruchpraxis gehört diese Methode heute der Vergangenheit an. Die berühmte "Versteinerungstheorie" des österreichischen Verfassungsgerichtshofs ist besonders deshalb heute noch interessant, weil sie vorbildlich den Einfluss der europäischen Rechtsprechung auf das innerstaatliche Recht widerspiegelt. In der Tat führte die Versteinerungsmethode manchmal zu schockierenden Ergebnissen, wenn z. B. der österreichische Verfassungsgerichtshof feststellte, dass das Staatsgrundgesetz von 1867 der gegenwärtigen Lage nicht mehr angepasst war, sich aber weigerte, daraus irgendwelche Konsequenzen zu ziehen⁹. Als Ende der 1980er und Anfang der 1990er Jahre die Verurteilungen Österreichs in Strassburg immer häufiger wurden, hat der Verfassungsgerichtshof diese Haltung aufgegeben. Gewiss gab es dafür auch innerstaatliche Gründe, doch hat hier offensichtlich die

⁶ Zum Beispiel im Urteil vom 23.7.1968, *Belgischer Sprachenstreit* oder das Urteil vom 19.2.1998, *Botta*.

⁷ So im Urteil vom 28.8.1986, *Kosiek und Glasenapp*.

⁸ CC 76–75 DC, 12.1.1977, *Fouille des véhicules*.

⁹ Th. Öhlinger, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, 216 ff.

europäische Rechtsprechung eine nicht unbeachtliche Rolle gespielt¹⁰. Seitdem werden auch in Österreich die Grund- und Menschenrechte hauptsächlich evolutiv ausgelegt; sie werden also den heutigen Zuständen angepasst¹¹. Dies war schon deswegen nötig, weil eines der wichtigsten Elemente der europäischen Rechtsprechung der Proportionalitätstest bildet, der eine Prüfung der grundrechtlichen Einschränkungen im Hinblick auf deren Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft erfordert und insofern sowohl eine aktualisierende Interpretation als auch eine gewisse Intensität der Kontrolle impliziert.

2. Geringe Prüfungsdichte

Tatsächlich ist eine intensive Kontrolle bei den überwiegend positivistisch eingestellten Verfassungsgerichten eher selten. Zu diesen zählen vor allem die Gerichte in Belgien, Frankreich und Österreich. In Nordeuropa kann man ebenfalls Spuren erkennen; jedenfalls ist die Autorität des Gesetzes in diesen Ländern immer noch ziemlich ungebrochen. Auf der anderen Seite gibt es jedoch dort eine starke Tradition des ungeschriebenen Rechts. Verfassungsrechtliches Gewohnheitsrecht und geschriebene Verfassungen koexistieren seit langem und ergänzen sich gegenseitig. Dies erklärt vielleicht die recht unterschiedlichen Haltungen der Gerichte in den nordischen Ländern. Sind Dänemark und Finnland (jedenfalls bis 2000) als weitgehend positivistisch einzustufen, so hat sich die Situation in Schweden, zum Teil unter dem Einfluss der EMRK und der europäischen Rechtsprechung, stark geändert, und in Norwegen waren die Gerichte bei der Auslegung der Grundrechte schon immer mutiger.

In diesen Ländern ist eine niedrige richterliche Prüfungsdichte die Regel. Doch findet auch hier immer öfter eine Kontrolle der Verhältnismässigkeit statt, schon weil diese durch Strassburg praktisch gefordert ist. Zwar reduziert sich diese Prüfung häufig auf eine etwaige offensichtliche Unverhältnismässigkeit¹²; zu beobachten ist jedoch, dass die Verhältnismässigkeitskontrolle in diesen Ländern relativ neu ist und damit noch alle Chancen hat, sich weiterzuentwickeln.

Das heisst nicht, dass in allen anderen Ländern und auf europäischer Ebene systematisch ein strenger Prüfungsmaassstab angelegt wird. Dort lässt sich vor allem ein stetiges Schwanken zwischen verminderter und intensiver Prüfung feststellen¹³. Theoretisch wird die unterschiedliche Prüfungsdichte oft mit den beson-

¹⁰ Zu den Wechselwirkungen: M. Oetheimer, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Paris 2001, 230, 248, 262.

¹¹ Th. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, WUV Studienbücher, 4. Aufl., Wien 1999, 284f.

¹² Siehe dazu G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre*, L.G.D.J. 1995, 279–308, 353–414.

¹³ Zuletzt dazu und im Hinblick auf Art. 10 EMRK: P. Wachsmann, *Une certaine marge d'appréciation*, in: *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en l'hommage à Pierre Lambert*, Brüssel 2000, 1017ff.

deren Merkmalen des Verfahrens erklärt oder mit dem Grad an Freiheit, den der Bezugstext dem zuständigen Richter der angefochtenen Entscheidung zugesteht oder auch mit der Existenz eines europäischen Standards. Jedenfalls in der Praxis der Verfassungsgerichte und des EGMR lässt sich diese Ansicht kaum verifizieren.

Diese schwer vorhersehbaren Schwankungen soll ein kurzer Vergleich zwischen einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur künstlerischen Ausdrucksfreiheit und einem entsprechenden Urteil des schweizerischen Bundesgerichts einerseits und der deutschen Entscheidung zum Kruzifix in den bayerischen Schulklassen und derjenigen des französischen Conseil constitutionnel zum Statut von Französisch Polynesien andererseits belegen.

Die beiden erstgenannten Entscheidungen unterstreichen die Beurteilungsfreiheit und reduzieren infolgedessen den Umfang ihrer Kontrolle. So erklärt der EGMR in der Entscheidung *Müller*¹⁴ zunächst, die nationalen Behörden seien besser in der Lage als ein internationales Gericht, die Notwendigkeit der Einschränkung eines Grundrechts in einem Bereich, wo es keinen europäischen Standard gibt, zu beurteilen. Er räumt dann aber ein, dass selbst innerhalb eines Vertragsstaates verschiedene Auffassungen über die Notwendigkeit und die Grenzen einer solchen Einschränkung bestehen könnten, auch wenn der betreffende Künstler in anderen Kantonen seine Werke, ohne Hindernis oder Anstoss zu erregen, habe ausstellen können, so verstosse ein in Fribourg ausgeprochenes Ausstellungsverbot gleichwohl nicht gegen die Konvention. Der Gerichtshof erkennt somit die Möglichkeit eines rein lokalen "wichtigen sozialen Bedürfnisses" an. Dies ist genau die Lösung, zu der das schweizerische Bundesgericht in seiner Entscheidung *T.* vom 15. Juni 1994¹⁵ kommt. Es ist der Auffassung, der Regierungsrat von St. Gallen kenne die Ideen und Meinungen der Bevölkerung besser als es selbst; deshalb sei bei der Prüfung des verhängten Verbotes eine gewisse Zurückhaltung der Bundesrichter gefordert. In eine ähnliche Richtung weist auch die so oft kritisierte Entscheidung *Otto Preminger Institut* des EGMR vom 20. September 1994¹⁶.

Mit dieser Zurückhaltung kontrastiert die *Kruzifix*-Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts¹⁷, vor allem wenn man bedenkt, dass die durch Volksentscheid angenommene bayerische Verfassung die Einrichtung interkonfessioneller, d. h. christlicher Schulen vorsieht und dass die Länder wichtige Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Schulwesens besitzen. In diesem Fall verneint das Verfassungsgericht nicht nur jeglichen Beurteilungsspielraum des Landes, sondern betont auch ausdrücklich das Recht der Minderheiten eines Volkes. Demgegenüber wurde in den beiden vorigen Fällen die Volksmehrheit in ihren Werturteilen

¹⁴ Urteil vom 24.5.1988, EuGRZ 1988, 543.

¹⁵ EuGRZ 1994, 567.

¹⁶ So die Kritik von P. Wachsmann, *La religion contre la liberté d'expression sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: RUDH 1994, 441 ff.

¹⁷ Urteil vom 16.5.1995, JZ 1995, 942 ff.; dazu C. Grewe/A. Weber, *Droit constitutionnel étranger. L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 16 mai 1995 relatif au crucifix*, in: Rev. fr. dt. const. 1996, 183 ff.

bestätigt. Wenngleich in der französischen Entscheidung über Polynesien zwischen Mehrheit und Minderheit¹⁸ nicht unterschieden wird, so legt der französische Richter, genau wie der deutsche, den Akzent doch auf die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung der Grundrechte im gesamten Staatsgebiet und erklärt aus diesem Grunde eine Zuständigkeitsübertragung, die dem zentralen Gesetzgeber nur die "grundlegenden Garantien für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten" vorbehält, für verfassungswidrig¹⁹.

Diese Schwankungen sind schwer zu erklären und kaum vorhersehbar. Oft wird behauptet, die Prüfungsintensität des EGMR hänge von der Existenz oder dem Fehlen eines europäischen Standards ab. Jedoch wie soll der europäische Standard anders als durch die Rechtsprechung des EGMR zustande kommen, der letztlich darüber entscheidet, ob es auf diesem oder jenem Gebiet einen solchen Standard gibt oder nicht. So erklärt sich wohl die Reduzierung der Kontrolle durch ein subjektives richterliches Moment, in dem die Sorge des Gerichtshofs um seine Autorität und seine Legitimität zum Ausdruck kommt.

Steht die richterliche Legitimität nach Meinung des Richters auf dem Spiel, so reduziert er seine Kontrolle. Der Verfassungsrichter besinnt sich auf die Gewaltenteilung und erklärt, ihm stehe nicht derselbe Beurteilungsspielraum zu wie dem Gesetzgeber. Ähnlich betont der Europäische Gerichtshof, er wolle und könne das innerstaatliche Recht nicht im einzelnen nachprüfen, da den Vertragsstaaten bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts ein gewisser (manchmal auch ein beachtlicher) Beurteilungsspielraum (*marge d'appréciation*) zukomme.

Gewiss sind solche "Legitimitätskrisen" besonders wahrscheinlich bei sozial oder politisch stark umstrittenen Fragen, also dann, wenn der EGMR keinen Standard setzen möchte. In diesem Zusammenhang sei das Recht auf Leben und die Frage der Abtreibung genannt und an die so ängstlich ausweichenden Entscheidungen des Conseil constitutionnel²⁰, des österreichischen Verfassungsgerichtshofs²¹, des belgischen Schiedsgerichts²², aber auch des EGMR²³ erinnert. In dieser Sache haben sich eigentlich nur das deutsche²⁴ Bundesverfassungsgericht und das portugiesische Verfassungsgericht²⁵ durch ihren Mut zu einer eingehenden Kontrolle, wenn auch in entgegengesetztem Sinne, ausgezeichnet.

Dieses Pendeln zwischen einer intensiven und reduzierten Überprüfung der Grundrechtsbeschränkungen zeigt exemplarisch, dass man bei einem Vergleich wie dem unsrigen nicht zu kategorisch vorgehen darf und nicht glauben sollte, die

¹⁸ CC 96–373 DC, 9.4.1996.

¹⁹ Es ist allerdings zu diesem Vergleich hinzuzufügen, dass die beiden letztgenannten Entscheidungen in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ergangen sind und somit allgemeine und unpersönliche Texte, nicht aber richterliche Einzelentscheidungen oder ein persönliches Verhalten im Spiel war.

²⁰ CC 74–54 DC, 15.1.1975.

²¹ VfGH, 11.10.1974, EuGRZ 1975, 74.

²² Urteil vom 19.12.1991, EuGRZ 1992, 363.

²³ Urteil vom 29.10.1992, *Open Door and Dublin Well Women c/ Ireland*.

²⁴ BVerfGE 39, 1 und Urteil vom 28.5.1993, EuGRZ 1993, 229 ff.

²⁵ Urteil Nr. 288/98, *DIario da Republica*, I-A Nr. 91, 18.4.1998.

gesamte Rechtsprechung eines Gerichts einer einzigen methodischen Ausrichtung zuordnen zu können. Das macht natürlich eine Gesamtwertung schwieriger, sollte aber bei der Analyse der zweiten Interpretationsmethode, die den Gesetzestext gegebenenfalls in Anpassung an eine veränderte Lage auslegt, nicht ausser Acht gelassen werden.

II. Die Weiterentwicklung der Rechte oder die evolutiven Interpretationsmethoden

Zu denken ist hier ebenso an den italienischen Begriff des "lebenden Rechts" wie an die Idee der Effektivität der Rechte. Als evolutive Methoden sollen alle finalistischen und systematischen Auslegungen bezeichnet werden, die es dem Richter ermöglichen, die geschriebenen Grund- und Menschenrechte den Bedingungen der Zeit anzupassen (1.) und in Einklang mit dem Grundsatz der Einheit des Textes zu bringen (2.).

1. Die Anpassung an die heutige Zeit: die notwendige Effektivität

Der Gebrauch evolutiver Interpretationsmethoden ist heute fast zur Regel geworden, und zwar sowohl im nationalen Verfassungsrecht als auch im europäischen Recht. Tatsächlich erscheint es als unumgänglich, die Grund- und Menschenrechte im aktuellen Kontext zu interpretieren²⁶. Dies folgt zunächst einmal aus der Natur der hier in Frage stehenden Texte: nur offene und unbestimmte Regelungen können die nötige Stabilität besitzen, auf Dauer der Prüfung standzuhalten. Es folgt ferner aus der heute weitverbreiteten Auffassung, dass die Grundsätze der Rechtssysteme wie Demokratie oder Grundrechte niemals vollendet sind, sondern sich in einem Prozess ständiger Fortentwicklung befinden.

Diese Idee hat sich zwar meist nicht explizit in den Texten niedergeschlagen, findet aber doch in den neueren Verfassungen ihre Bestätigung, wenn dort Staatsziele oder Direktiven proklamiert oder der öffentlichen Gewalt aufgegeben wird, über einen Bereich besonders zu wachen oder die Grundrechte zu entwickeln²⁷. Solche Bestimmungen finden sich insbesondere im deutschen Grundgesetz, in den Verfassungen von Italien, Spanien, Portugal und etwas abgeschwächt in Griechenland. Auch auf europäischer Ebene gibt es hierfür Anhaltspunkte in der Präambel der EMRK²⁸. Diese dynamischen oder offenen Textelemente sind für den Richter besonders wichtig; da sie ihn legitimieren, den Text erweiternd auszulegen. In Analogie zur Kodifikation des Völkerrechts lässt sich vielleicht von einer "progressiven Entwicklung" sprechen, um deutlich zu machen, dass diese evolutiven Methoden trotz des ihnen innewohnenden dynamischen Elements auf einer textlichen Grundlage beruhen.

²⁶ Was nicht heissen soll, dass hier eine geschichtliche Fortschrittstheorie verfochten wird.

²⁷ C. Grewe/H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris 1995, 42 ff.

²⁸ J. A. Frowein/W. Peukert, *EMRK-Kommentar*, 2. Aufl., Kehl 1996, "Präambel".

Diese Funktion hat im System der EMRK die Präambel, wenn sie von dem Vorrang des Rechts, von der Entwicklung der Menschenrechte und dem Wachsen der Integration spricht. Hinzu kommen die Abs.2 der Art. 8 bis 11, in denen die demokratische Gesellschaft als Kriterium für die Schrankenschränken dient. Alle diese Elemente haben es dem EGMR ermöglicht, nicht nur konsensuelle und historische Interpretationsmethoden zu verwenden, sondern auch in aktualisierender Weise die Konvention zu ergänzen oder zu "modernisieren". So betont der EGMR oft, die Effektivität der Menschenrechte fordere eine Interpretation im Lichte der gegenwärtigen Situation²⁹. Der Begriff des europäischen Standards und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, diesem Standard zu entsprechen, sind nur vor diesem Hintergrund der aktualisierenden Interpretation zu verstehen. Diese stützt sich vor allem auf den Gegenstand und das Ziel der Konvention. Mit einem entsprechenden Hinweis hat der EGMR den Text ergänzt, indem er insbesondere Ausländern³⁰ oder Gefängnisinsassen³¹, die in der Konvention nicht besonders erwähnt werden, eine spezifische Situation zugestand und ihnen infolgedessen einen speziellen Schutz, vor allem in Hinblick auf die Art. 2, 3 und 8, zubilligte. Die demokratischen Zielsetzungen der EMRK verwendete der EGMR oft dazu, den Text mit Hilfe eines europäischen Standards oder im Wege autonomer Interpretation zu "modernisieren". Hierfür sind die positiven staatlichen Pflichten ein entscheidendes Instrument. Diese anspruchsvollere Auslegung der Vertragsverpflichtungen hat dazu geführt, nicht nur den Rechtsschutz teilweise auch auf Eingriffe Privater zu erstrecken und so eine gewisse Drittwirkung herbeizuführen, sondern auch den traditionellen zivilen und politischen Rechten manchmal eine soziale Dimension hinzuzufügen.

Auch im innerstaatlichen Recht verbreiten sich die evolutiven Methoden immer mehr. Sie werden teilweise von den Verfassungen sogar nahezu vorgeschrieben. Dies ist vor allem in Spanien und in Portugal der Fall, wo es sowohl abstrakte als auch konkrete Normenkontrollen gibt und wo die im konkreten Verfahren ergangenen Entscheidungen nur eine relative Autorität besitzen, so dass die betroffenen Akte in einem anderen Verfahren von neuem angegriffen werden können. Eine Regelung dieser Art impliziert notwendigerweise die Idee, jeder Akt der öffentlichen Gewalt könne zu einem bestimmten Zeitpunkt verfassungswidrig werden, ohne dass er dies unbedingt von Anfang an war. Der deutsche Richter kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, wenn er zwischen Nichtigkeit und Verfassungswidrigkeit unterscheidet; der italienische Richter bedient sich zu diesem Zweck der Theorie des "lebenden Rechts"³².

In diesen Ländern, besonders aber in Italien und in Deutschland, hat diese aktualisierende Interpretation auch dazu beigetragen, die Verfassung zu ergänzen und zu modernisieren. So spielte in Italien Art. 2 der Verfassung eine wichtige

²⁹ Z.B. Urteil vom 23.3.1995, *Loizidou*.

³⁰ Siehe z.B. die Urteile *Berrehab*, 21.6.1988, EuGRZ 1993, 547f., und *Beljoudi*, 26.3.1992, EuGRZ 1993, 556ff.

³¹ *Golder*, 21.2.1975, EuGRZ 1975, 91, 100.

³² G. Zagrebelsky, *La doctrine du droit vivant*, A.I.J.C. 1986, 55ff.

Rolle bei der Behauptung eines offenen Grundrechtskatalogs. Die in dieser Bestimmung angesprochenen "unverletzlichen Rechte" der Menschen wurden als allgemeiner Begriff aufgefasst, der sich nicht nur auf die ausdrücklich aufgezählten Rechte beschränkt. Auf dieser Basis hat der italienische Verfassungsgerichtshof die persönlichen Freiheitsrechte, das Recht, über seinen Körper zu verfügen, oder das Recht auf Information als Rechte von Verfassungsrang anerkannt.

Eine ähnliche Rolle spielte im deutschen Recht Art. 2 des Grundgesetzes. Die in Abs. 1 garantierte freie Entfaltung der Persönlichkeit veranlasste das Bundesverfassungsgericht dazu, einen allgemeinen Grundsatz der Handlungsfreiheit und der Persönlichkeitsrechte zu statuieren, der es ermöglicht, alle nicht ausdrücklich als Grundrechte formulierten erlaubten Handlungen aufzufangen und anzuerkennen.

Sehr viel schwieriger ist es, die Verfassung dynamisch zu interpretieren, wenn diese hierfür keine Stütze bietet. Dies ist der Fall bei alten und unvollständigen Texten, die aber gerade deswegen auf den neuesten Entwicklungsstand gebracht werden müssen. Der Richter sieht sich hier mit einem sehr viel grösseren Legitimationsproblem konfrontiert. Wohl deswegen sind hier "mutige" Interpretationen oder systematische Weiterentwicklungen seltener zu beobachten.

Auf solchen alten Texten beruht, jedenfalls zum Teil, das französische Recht, denn die Grundrechte gehen auf 1789 zurück. Trotzdem hat es der Verfassungsrat nicht gescheut, das Recht auf freie Meinungsäußerung in Anlehnung an die europäische Rechtsprechung auch als Recht auf freien Empfang der Informationen umzudeuten³³. In ähnlichem Sinne hat er das in den französischen Verfassungstexten völlig unbekanntes Recht auf persönliche Freiheit³⁴ oder, was noch bedeutsamer ist, da es nicht nur um ein einzelnes Recht, sondern eine ganze Kategorie von Akten geht, die verfassungsrechtlichen Ziele³⁵ (*objectifs à valeur constitutionnelle*) anerkannt, zu denen insbesondere die menschliche Würde zählt³⁶.

Zur Kategorie der alten und unvollständigen Verfassungen gehören ausserdem Norwegen, das heute die älteste europäische Verfassung besitzt (1814), und bis vor kurzem die Schweiz. Die norwegische Verfassung ist in dieser Beziehung besonders exemplarisch. Ihr Grundrechtsteil ist äusserst "dürftig": Die Notwendigkeit, möglichst rasch eine Verfassung auszuarbeiten, um die staatliche Unabhängigkeit zu erlangen, veranlasste die Väter der Verfassung, trotz ihres Vorsatzes, die Menschenrechte nach amerikanischem Vorbild ausführlich zu regeln, damals dazu, diesen Aspekt weitgehend zu vernachlässigen, ohne wenigstens den staatlichen Organen einen Auftrag zur Weiterentwicklung zu geben. Das amerikanische Vorbild war dennoch so stark, dass sich dank der nordischen Tradition des Gewohnheitsrechts in Norwegen Mitte des 19. Jahrhunderts eine Verfassungskontrolle etablieren konnte³⁷.

³³ CC 84-181 DC, 10./11.10.1984, *Entreprises de presse*.

³⁴ CC 91-294 DC, 25.7.1991, *Accord de Schengen*.

³⁵ CC 84-181 DC, 10./11.10.1984, wo der Pluralismus als ein solches Ziel bezeichnet wird.

³⁶ CC 94-359 DC, 19.1.1995.

³⁷ R. Slagstad, *The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System*, in: E. Smith (Hrsg.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Den Haag 1995, 81 ff.

Diese Rechtsprechung wendet eindeutig evolutive Interpretationsmethoden an³⁸. Der norwegische Richter legt einerseits die bestehenden Rechte weit aus und ergänzt sie andererseits sehr grosszügig durch völkerrechtliche Normen. So hat er insbesondere schon vor der Inkorporierung der EMRK in das innerstaatliche Recht kraft der Vermutung der Übereinstimmung zwischen innerstaatlichem Recht und Völkerrecht, die Verfassung und die Gesetze systematisch im Lichte der EMRK interpretiert oder ergänzt.

Auch in der Schweiz scheute das Bundesgericht evolutive Interpretationen nicht. Wie in Norwegen ergänzte das Gericht die bis April 1999 sehr lückenhafte Bundesverfassung grosszügig durch Bestimmungen der EMRK, die faktisch verfassungsrechtlichen Rang erhielt. Darüber hinaus zeigt seine Rechtsprechung, wie man fast ohne Übergang von der Weiterentwicklung der Grundrechte zur Anerkennung neuer Rechte gelangt. Das Bundesgericht legte nämlich anfangs vor allem den in Art. 4 der Verfassung verankerten Grundsatz der Gleichheit weit aus und leitete insbesondere aus dieser Bestimmung ein allgemeines Willkürverbot und zahlreiche verfahrensrechtliche Garantien her³⁹. Als diese Technik nicht mehr ausreichend erschien, anerkannte es ausdrücklich neue Rechte, soweit sie zur Verwirklichung des demokratischen Bundesstaates notwendig waren⁴⁰. So wurden als Grundrechte anerkannt die persönliche Freiheit⁴¹, welche das Recht auf Leben, die körperliche und geistige Integrität und die Freizügigkeit umfasst, die Meinungsäusserungsfreiheit⁴², das Sprachenrecht⁴³, das Versammlungsrecht⁴⁴ und das Recht auf Wahrung des Existenzminimums⁴⁵. Ausserdem akzeptierte das Bundesgericht nach einigem Zögern die bundesstaatliche Gewährleistung der kantonalen Verfassungen auch im Hinblick auf Änderungen des Bundesrechts zu prüfen⁴⁶. Eine Rechtsfortbildung dieses Ausmasses ist relativ selten. Sie erklärt sich wohl einerseits durch die grosse Legitimation des Bundesgerichts und andererseits durch die föderale Struktur, denn viele ungeschriebene Rechte waren entweder schon in die betreffenden kantonalen Verfassungen aufgenommen oder im Rahmen der zahlreichen Verfassungsrevisionen diskutiert worden. Deshalb kann man selbst die ungeschriebenen Rechte nicht als rein richterliche Rechtsfortbildung qualifizieren. Nach dieser Variante der evolutiven Interpretation soll abschliessend noch die systematische Interpretation angesprochen werden, welche die Einheit der Verfassung oder Konvention betont.

³⁸ H. Ch. Brugge, "Constitution" and "Constitutional Law" in Norway, in: Smith (Anm. 37), 293 ff.

³⁹ J. P. Müller, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Bern 1983, 24–31.

⁴⁰ Diese Rechte wurden in die neue Verfassung vom April 1999 aufgenommen und sind heute insofern "normale" geschriebene Grundrechte.

⁴¹ BGer 89 I, 98.

⁴² BGer 87 I, 117.

⁴³ BGer 91 I, 480.

⁴⁴ BGer 96 I, 224.

⁴⁵ BGer, 29.9.1995, EuGRZ 1996, 207.

⁴⁶ P. Garonne, *Le suffrage universel et égal en Suisse*, Rev. fr. drt. const. 1992, 251 ff.

2. Das Gebot der einheitlichen Auslegung

Auch hierbei handelt es sich um eine Form der Weiterentwicklung der Grund- und Menschenrechte. Wenn sich der nationale Verfassungsrichter und sein europäischer Kollege systematischer Auslegungsmethoden bedienen, geschieht dies meist, um den Text nicht grammatikalisch, sondern seinem Sinn, Ziel oder Geist nach zu interpretieren. Hierzu zählt auch die von François Ost und Michel van de Kerchove so bezeichnete konstitutive Interpretation⁴⁷, die in Deutschland wohl eher als ein Aspekt der Grundrechtstheorie⁴⁸ verstanden würde. Diese Theorie geht von der Voraussetzung aus, dass jede Proklamation von Rechten auf einem Gesamtkonzept, einem System, beruht. Jedes System hat seine Logik. So gilt im Liberalismus die Freiheit als Wert als solcher. Staatliche Ingerenzen werden immer als Eingriffe aufgefasst, die sich rechtfertigen müssen. Das heisst auch, dass die Finalisierung eines Rechts (z.B. die Meinungsfreiheit durch die Demokratie) dem liberalen System fremd ist und eher den institutionellen oder demokratischen Systemen zuzuordnen ist. Auch Effektivitätsüberlegungen steht der Liberalismus reserviert gegenüber; sie gehören zu den sozial ausgerichteten Theorien. Daher kommt es für die Beurteilung des richterlichen Verständnisses der Grundrechtstheorie darauf an, diese Theorie zunächst aus dem Text zu gewinnen, bevor dessen eigentliche Interpretation beginnt.

Die meisten nationalen Verfassungsgerichte bemühen sich ebenso wie der EGMR, dieses Gesamtkonzept sichtbar zu machen und sich davon leiten zu lassen. Dennoch lassen sie den Inhalt der Theorie manchmal im Dunkeln oder widersprechen sich insoweit gar, so dass nicht immer klar wird, ob die Grundrechtstheorie aus dem Text heraus entwickelt worden ist oder ob sie die Erfindung des Richters ist; oft wohl trifft beides zu.

In der europäischen Rechtsprechung sind die Hinweise auf ein Menschenrechtssystem durchaus geläufig, auch wenn es, wie bei den meisten Verfassungsgerichten auch, hierbei manchmal zu inneren Widersprüchen kommt⁴⁹. Der Europäische Gerichtshof stützt sich insbesondere auf die Präambel und entwickelt eine Theorie, die auf den Pfeilern der Demokratie, des Vorrangs des Rechts und des gemeinsamen Erbes an Werten beruht. Er betont ferner die notwendige Weiterentwicklung der Rechte, um der Forderung nach Effektivität gerecht zu werden.

Die deutsche Verfassungsrechtsprechung ist besonders reich an Hinweisen auf eine solche Grundrechtstheorie. Die Vorstellung der Grundrechte als Wertesystem, der objektive Gehalt dieser Rechte, ihre institutionelle Bedeutung, ihre demokratische Funktion oder auch die in ihnen enthaltene Schutzpflicht des Staates,

⁴⁷ Ost/van de Kerchove (Anm. 1), 41f.

⁴⁸ So E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt/M. 1991, 115ff.

⁴⁹ So ist die Zusammenschau von demokratischer Gesellschaft und Vorrang des Rechts nicht immer einfach: siehe P. Wachsmann (Anm. 5), 26. Auch die "Hierarchie" zwischen Art. 2 und 3 ist nicht unproblematisch: B. Maurer, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, La Documentation française, Paris 1999, 374–410.

schliesslich der Begriff des Rechtsstaates und seine Verknüpfung mit der Demokratie und den Grundrechten gehören in diese Kategorie. Schon die simple Aufreihung dieser Begriffe zeigt die potentiellen Widersprüchlichkeiten dieser Rechtsprechung. In dieser Hinsicht erweist sich das schweizerische Bundesgericht als konsequenter; es verweist nämlich einzig und allein auf den demokratischen Bundesstaat. Auch in der italienischen und in der österreichischen Rechtsprechung findet man Andeutungen einer Grundrechtstheorie.

Der französische Verfassungsrat meidet hingegen allgemeine Aussagen und offenbart selten seine interpretatorischen Prämissen. Die Hintergründe bleiben hier meistens verborgen oder kommen nur implizit zum Ausdruck, auch wenn er ebenfalls eine Grundrechtstheorie zu haben scheint. Er zieht nämlich daraus durchaus Konsequenzen, so z.B. als er 1993 den Ausländern einen regelrechten verfassungsrechtlichen Status verlieh⁵⁰. Ähnliches lässt sich wohl vom belgischen Schiedsgerichtshof sagen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Rechtsprechung im Bereich der Grund- und Menschenrechte in Europa noch immer unterschiedlich und auch nicht frei von inneren Widersprüchen ist; fast alle Interpretationsmethoden werden von fast allen Gerichten verwandt. Trotz dieser relativen Unordnung scheint eine koordinierende Kraft am Werke zu sein, die unmerklich die divergierenden Auffassungen einem gemeinsamen Ziel zuführt; was die Rechtsprechung, die sich evolutiver Methoden bedient, betrifft, so ist es doch erstaunlich, wie parallel hier die Entwicklungen laufen. Anscheinend sind sich die europäischen Richter immerhin über die Zielrichtung des Grund- und Menschenrechtsschutzes einig. Diese Gemeinsamkeit zeigt, wie stark in den letzten Jahren die Interaktionen und Interdependenzen zwischen den verschiedenen Rechtsprechungspraxen geworden sind. Der Kontakt in Europa ist insoweit wieder hergestellt. Bezeichnend und wichtig ist, dass die gegenseitige Einflussnahme gerade da besonders ausgeprägt ist, wo die Spezifität der Interpretation am grössten ist, nämlich im Bereich der Weiterentwicklung der Grund- und Menschenrechte. Wenn hier der eine Richter beim ändern seine Methoden borgt, geschieht dies meist nicht etwa aus technischen, instrumentalischen oder ästhetischen Gründen, sondern in dem Bestreben, eine inhaltliche Übereinstimmung zu erzielen. Insofern lässt sich abschliessend doch eher die These der Harmonisierung der Interpretationsmethoden bejahen – trotz einer gewissen Spezifität der untersuchten Spruchpraxen, von denen jede auf ihre Art versucht, die heutigen gemeinsamen Probleme zu lösen, die Demokratie, Rechtsstaat oder Vorrang des Rechts, aber auch Drittwirkung, Pluralismus oder Recht auf ein *fares* Verfahren mit sich bringen.

⁵⁰ CC 93–325 DC, 13.8.1993, *Maîtrise de l'immigration*.

Summary⁵¹

A Comparison of the Methods of Interpretation of Domestic Constitutional Courts and the European Court of Human Rights

1. To what extent are the methods of interpretation applied by national constitutional courts and the European Court of Human Rights comparable? How are they different or similar? Can we conclude that these courts intentionally developed common methods of interpretation? These questions are examined through the examples of selected representative constitutional courts in Western Europe.

Both national constitutions and the European Convention on Human Rights (ECHR) proclaim general principles rather than concrete guarantees. This implies the application of dynamic or teleological interpretations. Moreover, since human rights litigation is concerned with the resolving of conflict between social and individual interests, the proportionality test is of crucial importance. However, problems concerning human rights are not only dealt with by constitutional or international human rights judges, but also by lower jurisdictions. One could therefore suggest that international treaties on human rights are not interpreted in a much different way than other treaties. Furthermore, discrepancies in the rules of procedure and structures among constitutional courts mean that there are variations in their interpretation.

The questions regarding the specificity of methods of interpretation in the human rights field remain therefore extremely controversial. Probably, both opinions reflect a partial truth. It is therefore important to distinguish the kind of jurisprudences that applies "traditional" approaches from those that use "specific" methods of interpretation. The first prefers well-established criteria like grammatical, logical or historical points of view; in short, a judicial behaviour that is inspired by positivism. The second group favours teleological or systematic arguments that adapt the interpretation to the present situation or that keep in mind the objective of the text.

2. Historical analysis relies on a more positivist interpretation and aims to seize the sense of the provision at the moment of its elaboration. The only court that has systematically applied this method of interpretation was the Austrian Constitutional Court with its theory of "petrification" practiced until the 1980s. The positivist interpretation is also characterised by a low level of control. In this jurisprudence, the proportionality test is therefore often limited to the scrutiny of gross disproportion. The eventual shift to a more dynamic interpretation occurred under the influence of the European Court of Human Rights.

3. The dynamic interpretation corresponds to the Italian conception of a "living right" or to the European requirement of effective rights. These methods embody a "finalist", systematic approach that aims to relate the text to the present conditions or to the principle of unity of the whole text.

The adaptation to the present conditions refers to the concept of effectiveness of rights. This method of interpretation is widely used today; it relates to the open character of a given provision. The concepts of rule of law and positive obligations of the State, for

⁵¹ Summary by the author.

example, developed by some contemporary constitutions as well as by the European Convention on Human Rights, are based on this conception. This approach has enabled the European Court to construct European standards of protection and has facilitated the modernisation of the constitutional texts by constitutional judges, particularly in the cases of Italy and Germany. It is however much more difficult to implement a dynamic method of interpretation when the constitution does not specifically enable it. This is especially the case with older texts which need to be updated to present circumstances. In these cases, judges need to overcome important problems related to the legitimacy of their interpretation. As a result, the implementation of dynamic interpretations is less frequent in the countries such as Norway and, until recently, Switzerland.

The unity of the whole text is another important element of dynamic interpretation. This sort of interpretation aims, in the human rights field, to discern the theory or the system of these rights. In some constitutional or European jurisprudences, this conception is clearly present. However, it is not always clear whether the interpretation is based on the theory or whether it was specifically developed by the judge. Moreover, in some cases, the principles invoked can even be contradictory.

From first sight, it would seem that the various methods of interpretation used in Western European Constitutional Courts are so different that they appear to evoke a certain disorder. However, further analysis indicates that there is a common dynamic present within the different approaches. This common approach shows the importance and intensity of the interactions and the interdependencies between jurisprudences.

