

Menschenrechte als Alpha und Omega des Rechts?

Herausgegeben von
ANGELIKA NUSSBERGER

Mohr Siebeck

Menschenrechte als Alpha und Omega des Rechts?



Menschenrechte als Alpha und Omega des Rechts?

Zur Auseinandersetzung der Fachdisziplinen
mit der aktuellen Rechtsprechung zu den
Menschenrechten in Europa

Herausgegeben von
Angelika Nußberger

Mohr Siebeck

Angelika Nußberger ist ehemalige Richterin und Vizepräsidentin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und Professorin für Verfassungsrecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung an der Universität zu Köln.

ISBN 978-3-16-161703-4 / eISBN 978-3-16-162552-7
DOI 10.1628/978-3-16-162552-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Im Wintersemester 2021/2022 und im Sommersemester 2022 fand an der Universität zu Köln eine Ringvorlesung zum Thema „Menschenrechte als Alpha und Omega des Rechts? Zur Auseinandersetzung der Fachdisziplinen mit der aktuellen Rechtsprechung zu den Menschenrechten in Europa“ statt. Es war eine schwierige Zeit für Forschung und Lehre. Wegen der Pandemie musste die Veranstaltung dreimal verschoben werden und konnte auch dann nur unter erschwerten Bedingungen – mit Masken und Abstandsregeln – durchgeführt werden.

Für die Fakultät war die Ringvorlesung aber nicht nur organisatorisch, sondern auch inhaltlich eine Herausforderung und ein Experiment zugleich. Es galt, ein übergreifendes Thema aus verschiedenen Perspektiven zu beleuchten und damit so unterschiedliche Rechtsmaterien wie Römische Rechtsgeschichte, Medizinrecht, Steuerrecht, Strafprozessrecht und Völkerrecht unter eine gemeinsame Klammer zu ziehen. Dabei gelang es, die traditionellen, aber nur bedingt sachgerechten Grenzziehungen zwischen Öffentlichem Recht, Strafrecht und Privatrecht zu überwinden und Verbindungslinien zwischen den unterschiedlichsten Sach- und Forschungsgebieten aufzudecken.

In den Vorlesungen wurden gleichermaßen neue und politisch brisante Entwicklungen wie das Lieferkettengesetz, die Neuregelung zur aktiven und passiven Sterbehilfe und strategic litigation im Klimaschutz angesprochen wie auch wiederkehrende, aber ungelöste Probleme wie etwa die Verwendung religiöser Symbole in Gericht und Schule oder die Videoüberwachung am Arbeitsplatz diskutiert.

Die Gesamtschau der Beiträge zeigt, wie vielschichtig und facettenreich die Wechselwirkung zwischen europäischem Grundrechtsschutz und nationalem Recht in der Praxis ist und auch, wieviel Zukunftspotenzial in den grund- und menschenrechtlichen Normierungen steckt.

Für die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln war es eine willkommene Gelegenheit, als Gesamtfakultät mit einem gemeinsamen Forschungsthema befasst zu sein und auf diese Weise die Synergieeffekte des gemeinsamen Forschens und Lehrens zu nutzen.

Ein großer Dank gilt den Dekanen *Ulrich Preis* und *Bernhard Kempen*, die das Projekt nachhaltig unterstützt und gefördert haben, aber auch allen Kolleginnen und Kollegen, die sich daran beteiligt und mit innovativen Ideen zum Gelingen beigetragen haben. Dank gilt auch dem Team an meinem Lehrstuhl, insbesondere *Elisabeth Geiger*, *Caroline Gerz*, *Viktoria Moissiadis* und *Matthias*

Hermes, die die Manuskripte sorgfältig redigiert und für die Veröffentlichung vorbereitet haben.

Köln, März 2023

Angelika Nußberger

Geleitwort des Dekans

Zum Profil der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln gehört ihre starke internationalrechtliche Ausrichtung. An keiner anderen juristischen Fakultät arbeiten so viele Professorinnen und Professoren mit internationalrechtlicher Fokussierung. Vom klassischen Völkerrecht über das Europarecht, das internationale Strafrecht, das Recht der osteuropäischen Staaten, das US-amerikanische Recht, das internationale Privatrecht, das Luft- und Weltrecht bis hin zu den Menschenrechten – nirgendwo sonst ist so viel internationalrechtliche Expertise vertreten. Professorinnen und Professoren dieser Fakultät hatten und haben höchste Richterämter an internationalen Gerichten inne: am Europäischen Gerichtshof in Luxemburg, am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg und am Internationalen Gerichtshof in Den Haag. Die im Jahr 2022 gegründete „Akademie für europäischen Menschenrechtsschutz“ rundet das Bild ab. Mit ihr erfahren die Menschenrechte eine kraftvolle wissenschaftlich-institutionelle Unterstützung, die angesichts der desolaten Menschenrechtslage in vielen Teilen der Welt dringend erforderlich ist.

Der internationalrechtliche Sachverstand kommt auch und gerade den Kölner Studierenden zugute, in den Schwerpunktfächern des Staatsexamensstudienengangs genau so wie in den neun binationalen Bachelor- und Masterstudiengängen, die gemeinsam mit ausländischen Partnerfakultäten angeboten werden. Die Ringvorlesung zum Thema Menschenrechte, die in diesem Sammelband nachzulesen ist, verstand sich als Beitrag der Kölner Fakultät, die vielfältige menschenrechtliche Prägung aller Teilgebiete des Rechts sichtbar werden zu lassen. Die überwiegend studentischen Zuhörerinnen und Zuhörer der Ringvorlesung hatten erkennbar Freude an dieser Vorlesungsfolge. Haben nun auch Sie bei der Lektüre viel Freude!

Köln, März 2023

Bernhard Kempen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Geleitwort des Dekans	VII

Einleitung

<i>Angelika Nußberger</i> Perspektivenvielfalt in der Auseinandersetzung mit Menschenrechten	3
<i>Dan Wielsch</i> Die Komplexität der Menschenwürde und der Pluralismus der Menschenrechte	27
<i>Martin Avenarius</i> Menschenrechte in der Antike – Ansätze zur Anerkennung von Rechten des Sklaven im römischen Recht	49

Rechtsvergleichung

<i>Bettina Weißer</i> Vom Recht auf den eigenen Tod – Beihilfe zum Suizid und aktive Sterbehilfe unter der EMRK und in verschiedenen Konventionsstaaten	77
<i>Caroline von Gall</i> Universalität, Antagonismus, Pluralismus? Regionale Menschenrechtsentwicklung in Osteuropa zwischen Bestätigung und Anfechtung des universellen Ideals	101

Völkerrecht

<i>Stephan Hobe</i> Menschenrechte und allgemeines Völkerrecht	125
<i>Bernhard Kempen</i> Menschenrechte auf der Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Europäischen Grundrechtecharta	139

<i>Claus Kreß</i> Die Europäische Menschenrechtskonvention und das völkerrechtliche Gewaltverbot	149
--	-----

<i>Julian Scheu</i> Menschenrechte und globaler Kapitalfluss – Zur Rolle des Menschenrechtsschutzes im internationalen Investitionsrecht	169
--	-----

Zivilrecht

<i>Barbara Dauner-Lieb und Angelika Nußberger</i> Europäische Menschenrechtsstandards und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Familienrechts	189
---	-----

<i>Karl-Nikolaus Peifer</i> Von Hassrede bis zu Desinformationsverboten – Menschenrechte als Schrittmacher im Medien- und Äußerungsrecht . . .	217
--	-----

<i>Christian Rolfs und Margarita Wolf</i> Deutsches Individualarbeitsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	233
--	-----

<i>Martin Henssler</i> Menschenrechte und Kollektives Arbeitsrecht	255
---	-----

<i>Christian Katzenmeier</i> Patientenrechte als Menschenrechte?	275
---	-----

Strafrecht

<i>Frauke Rostalski</i> Die Menschenrechte und der Begriff der prozessualen Tat	301
--	-----

<i>Martin Paul Waßmer</i> Menschenrechte und Wirtschaftsstrafrecht – Das „Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz“ (LkSG)	339
--	-----

Öffentliches Recht

Kirk W. Junker und Marvin Jürgens

Warum brauchen wir Umweltrechte? Beitrag und Perspektiven
der Menschenrechte für den Umwelt- und Klimaschutz 361

Johanna Hey

Menschenrechte als Maßstab des materiellen Steuerrechts –
Ebnen Menschenrechte den Weg in eine Steuergerechtigkeitsordnung? 385

Stefan Muckel

Die Religionsfreiheit als Grundlage für religiösen und
weltanschaulichen Pluralismus 407

Christian von Coelln

Herausforderungen der Wissenschaftsfreiheit 429

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 449

Einleitung

Perspektivenvielfalt in der Auseinandersetzung mit Menschenrechten

Angelika Nußberger

Betrachtet man die Wirkung von Grund- und Menschenrechtsrechtsprechung aus der Perspektive des nationalen Rechts, ergibt sich ein facettenreiches Bild. Eine auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beruhende allgemeine Interessenabwägung kann mit Blick auf ausdifferenzierte Lösungen als gefährdend empfunden oder aber als den gordischen Knoten hilfreich durchschlagend verstanden werden. Manche – auch grundrechtssensible – Rechtsmaterien bleiben weitgehend im toten Winkel der europäischen Rechtsprechung, während andere Themen nachhaltig europäisiert werden. Bedeutsam ist neben der Funktion europäischer und internationaler Grund- und Menschenrechte, Reformen im nationalen Recht anstoßen zu können, vor allem aber auch das in ihnen angelegte Zukunftspotenzial, da sie geeignet sind, bei globalen Problemen etwa im Umwelt-, Handels- oder Steuerrecht Lösungen vorzuzeichnen.

I. Omnipräsenz der Grund- und Menschenrechte	4
1. Zeitenwende mit dem Lüth-Urteil	4
2. Komplexität im europäischen Mehrebenensystem	6
3. Konfliktkonstellationen	7
4. Durchdringungstiefe	8
5. Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	10
6. Geschichtliche Narrative	11
II. Weniger Details – mehr Gerechtigkeit?	13
1. Problemlösung auf der Grundlage von Generalklauseln	14
2. Gewährung eines Ermessensspielraums	15
3. Judicial activism v. judicial restraint	17
III. Zukunftsoffene Dimension der Grund- und Menschenrechte	17
1. Römisches Recht – Recht auf Allgemeingüter	18
2. Rechtstheorie und digitale Normativität	18
3. Kommunikationsrecht	19
4. Familienrecht	20
5. Steuerrecht	20
6. Umweltrecht	21
7. Friedensvölkerrecht	21
8. Internationales Handelsrecht	22

9. Internationales Investitionsschutzrecht	23
10. Allgemeines Völkerrecht	23
IV. Universalismus v. Partikularismus	24
V. Menschenrechte als Motor des Fortschritts?	26

I. Omnipräsenz der Grund- und Menschenrechte

1. Zeitenwende mit dem Lüth-Urteil

Der erste Leitsatz des Lüth-Urteils des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1958 definiert die Grundrechte als „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“, fügt dieser Bestimmung aber hinzu, dass sich in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes „auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt“ verkörpere.¹ „Alle Bereiche des Rechts“ ist wörtlich gemeint, auch wenn sich die weiteren Ausführungen, der Fallgestaltung im Lüth-Urteil entsprechend, nur auf das bürgerliche Recht beziehen und dafür eine „Ausstrahlungswirkung der Grundrechte“ postulieren.

Seit dem Lüth-Urteil sind 65 Jahre vergangen. Dass damit eine Zeitenwende im Recht eingeleitet wurde, dürfte heute kaum mehr bestritten werden. Was aber bedeutet dies konkret? Auf welche Weise prägen die Grundrechte einzelne Rechtsgebiete wie das Arbeits-, Familien-, Medien- oder Strafrecht? Üben sie auf alle Rechtsgebiete in gleicher Weise Einfluss aus oder sind sie mehr oder weniger bedeutend, je nachdem, welche Inhalte es zu regeln gilt?

Diese Fragen lassen sich nur aus der Perspektive der jeweiligen Rechtsgebiete analysieren. Prädestiniert, darauf Antworten zu geben, sind große Rechtsfakultäten wie die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, da das vorhandene Spezialwissen in einer Vielzahl unterschiedlicher Disziplinen eine vergleichende Analyse ermöglicht. Die einjährige, im WS 2021/22 und im SS 2022 gehaltene Ringvorlesung „Menschenrechte als Alpha und Omega des Rechts? Zur Auseinandersetzung der Fachdisziplinen mit der aktuellen Rechtsprechung zu den Menschenrechten in Europa“ war so dieser Querschnittsthematik gewidmet. Der vorliegende Band stellt die Ergebnisse vor, zieht Bilanz und zeigt Entwicklungsrichtungen auf.

Die Einwirkung der Grund- und Menschenrechte auf die Spezialmaterien des Rechts ist kein abgeschlossener Prozess. Vielmehr handelt es sich um eine permanente Wechselwirkung zwischen allgemeinen Vorgaben und Detailregelungen, die manchmal harmonisch, manchmal spannungsreich, in jedem Fall aber immer dynamisch ist. Dies gilt vor allem deshalb, weil sich die Interaktion zwischen zwei Ebenen – der Ebene der Verfassung und der Ebene des einfachen

¹ BVerfGE 7, 198, Erster Leitsatz.

Rechts – mittlerweile im europäischen Mehrebenensystem deutlich erweitert hat. Neben die Grundrechte des Grundgesetzes sind die in der EMRK und in der EuGrCh normierten Menschenrechte getreten, die die Rechtsprechung zu den Grundrechten manches Mal bestätigen, manches Mal mit einem anderen – oftmals weitergehenden – Verständnis aber auch herausfordern.

Was die Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für das deutsche Recht ist, ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) *Marckx/Belgien*² für das Recht der EMRK. Damit wurde die Begrenzung des europäischen Menschenrechtsschutzes auf schwere Eingriffe staatlicher Instanzen in geschützte Rechtspositionen aufgehoben und die EMRK zum Maßstab für potenziell inadäquate innerstaatliche Rechtsregelungen, etwa im Arbeits- oder Familienrecht, gemacht.³ Auch die *Marckx*-Entscheidung wirkt bis heute nach; auch insoweit handelt es sich um einen nicht abgeschlossenen Prozess der Einflussnahme.

Der Blick auf die einzelnen Rechtsgebiete des deutschen Rechts offenbart so eine mehrpolige Interaktion zwischen dem nationalen Gesetzesrecht und verschiedenen grund- und menschenrechtlichen Rechtsregimen.⁴ Der mit EMRK und EuGRCh abgesteckte europäische Rahmen wird durch eine Vielzahl weiterer menschenrechtlicher Normen auf der universellen Ebene erweitert,⁵ auch wenn diese in der Regel im Vergleich zu den durch die zwei europäischen Gerichte, den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg und den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg, dynamisch weiterentwickelten europäischen Rechtsregimen wenig Eigengewicht entfalten.

Auf diesem Hintergrund zog sich als roter Faden durch die Ringvorlesung die Frage, was die Omnipräsenz der Grundrechte für das einfache Recht bedeutet.

Nach *Dan Wielsch* „positivieren“ die Menschenrechte „die ethische und schließlich auch politische Forderung nach Freiheit und Gleichheit als Grundsätze der gesamten Herrschafts- und Gesellschaftsordnung.“⁶ Ihnen käme neben einer „negatorischen Funktion, die sich sichernd über eine vorhandene soziale Freiheitsordnung legt, auch eine positive, programmatische Funktion für die Herstellung einer freiheitlichen Sozialordnung zu.“⁷ Das Lüth-Urteil

² EGMR Urt. v. 13.7.1979 – 6833/74 (*Marckx/Belgien*).

³ Vgl. *Dauner-Lieb/Nußberger*, Europäische Menschenrechtsstandards und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Familienrechts, in diesem Band, S. 189.

⁴ Vgl. *Kempen*, Menschenrechte auf der Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Europäischen Grundrechtecharta, in diesem Band, S. 139.

⁵ Vgl. *Hobe*, Menschenrechte und allgemeines Völkerrecht, in diesem Band, S. 125.

⁶ *Wielsch*, Die Komplexität der Menschenwürde und der Pluralismus der Menschenrechte, in diesem Band, S. 28.

⁷ *Wielsch* (Fn. 6), S. 28.

„installier[e] heimlich einen Rechtspluralismus und zu seiner Bearbeitung ein *mehrseitiges (soziales) Kollisionsrecht* in den Privatrechtsverhältnissen.“⁸

Die Grund- und Menschenrechte gestalten so nicht (mehr) nur – wie im „klassischen“ Verständnis angelegt – das Verhältnis zwischen Einzelnem und Staat, sondern betreffen grundsätzlich alle Rechtsbeziehungen.

2. Komplexität im europäischen Mehrebenensystem

Die gleichzeitige vertragliche Einbindung in verschiedene Menschenrechtsregime führt zu einer Vielzahl von Fragen, die sich kaum abschließend beantworten lassen. Dies mag man mit Blick auf fehlende Rechtssicherheit beklagen oder aber mit Blick auf ein gesundes Konkurrenzverhältnis und eine Verbesserung des Menschenrechtsschutzes durch Dialog begrüßen. So gibt es nach *Bernhard Kempen*

„[i]m Europäischen Grundrechtepluralismus [...] keine einfachen Kohärenzlösungen, wohl aber einzelne Elemente der Kollisionsvermeidung, die nicht nur gut gemeint sind, sondern auch recht gut funktionieren. Zu nennen wäre insoweit die Mindeststandardklausel der Art. 52 Abs. 3 und 53 EuGrCh: Die EU-Grundrechte dürfen auf keinen Fall hinter dem Schutzniveau der EMRK zurückbleiben.“⁹

Nach seiner Ansicht ist der Vorteil des europäischen Menschenrechtsschutzes gegenüber anderen regionalen Menschenrechtsregimen gerade in der Mehrschichtigkeit begründet: „Warum sind wir frei? Lassen Sie mich darauf ganz am Ende eine Antwort versuchen: Vielleicht auch, weil wir es verstanden haben, mit dem komplexen Grundrechtepluralismus des mehrlagigen Netzes umzugehen. Dieses Netz ist weit gespannt, es fängt uns auf, es funktioniert, auch wenn sich die Lagen gelegentlich leicht verheddern. In anderen Regionen der Welt gibt es ein solches Netz nicht.“¹⁰

In den jeweiligen Rechtsgebieten kann sich allerdings, wie die Berichte im Einzelnen zeigen, das Nebeneinander der verschiedenen Menschenrechtsregime für die Gerichte durchaus als spannungsreich und schwierig darstellen. Nach *Christian Rolfs* wird für die deutschen Arbeitsgerichte „die Pflicht zur Beachtung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zu einer mitunter komplexen Erweiterung ihres Prüfprogramms.“¹¹ Außerdem können mehrere Gerichte mit denselben Sachfragen befasst sein. So stünden „den Gerichten der Arbeitsgerichtsbarkeit mit dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG), dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und dem EGMR gleich drei Instan-

⁸ *Wielsch* (Fn. 6), S. 37.

⁹ *Kempen* (Fn. 4), S. 146.

¹⁰ *Kempen* (Fn. 4), S. 147.

¹¹ *Rolfs/Wolf*, Deutsches Individualarbeitsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in diesem Band, S. 235.

zen gegenüber, die ihre Entscheidungsautonomie einschränken.“¹² Nichtsdestotrotz sei – hier stimmt *Christian Rolfs* der positiven Einschätzung von *Bernhard Kempen* zu –,

„die nicht selten herausfordernde grundsätzliche Beachtung der unterschiedlichen selbstständigen Regelungsmaterien in einem europäischen Mehrebenensystem durch die Fachgerichte zwingend erforderlich, um staatenübergreifend einen einheitlichen Grund- und Menschenrechtsstandard herzustellen und diesen beizubehalten.“¹³

Dies schließe aber konkrete Konflikte, etwa „bei der Bewertung der Verkündungsnähe der Tätigkeit kirchlicher Arbeitnehmer durch die nationalen Gerichte“ nicht aus.¹⁴ Anders ist die Situation etwa im Wissenschaftsrecht; hier ist die deutsche Dogmatik, wie *Christian von Coelln* zeigt, sehr ausdifferenziert, während es in der EMRK kein eigenständiges Recht auf Freiheit von Wissenschaft und Lehre gibt.¹⁵

3. Konfliktkonstellationen

Bei näherer Betrachtung zeigt sich eine deutlich unterschiedliche Akzentsetzung bei der Rezeption von Grund- und Menschenrechten in den verschiedenen Rechtsgebieten. So wird in manchen Berichten, etwa im Umwelt- oder Investitionsschutzrecht, gerade die Bedeutung der kollektiven Rechte betont, während in den meisten Berichten die individuellen Rechte wichtiger sind. Interessanterweise stellt aber auch der Bericht zum Kommunikationsrecht die Bedeutung kollektiver Rechte heraus. So ist nach Ansicht von *Nikolaus Peifer* „[t]ypisch für Hassrede und gezielte Desinformation [...] der Befund, dass beide Handlungen sich nicht gegen Individuen als solche, sondern gegen die Gruppe, der sie angehören, richten.“¹⁶ Dabei sei der „Schluss von der Gruppenschmähung auf die individuelle Entfaltungsbehinderung“ „in der Debatte über Geschlechteridentitäten, Inklusion und Exklusion von nicht zum gesellschaftlichen Mainstream gehörenden Personen oder Gruppen gängig.“¹⁷ Kollektive und individuelle Rechte greifen so ineinander.

In den verschiedenen Rechtsgebieten stehen sich bei den je typischen Grundrechtskonflikten sehr unterschiedliche Interessen gegenüber, die nicht immer kontradiktorisch sein müssen. Dies gilt etwa für das Medizinrecht, in dem die Rechte der Patienten im Mittelpunkt stehen, aber auch die Berufsfreiheit der Ärzte, insbesondere die Therapiefreiheit, geschützt ist. Nach *Christian Katzen-*

¹² *Rolfs/Wolf* (Fn. 11), S. 235.

¹³ *Rolfs/Wolf* (Fn. 11), S. 235.

¹⁴ *Rolfs/Wolf* (Fn. 11), S. 249.

¹⁵ *Von Coelln*, Herausforderungen der Wissenschaftsfreiheit, in diesem Band, S. 429.

¹⁶ *Peifer*, Von Hassrede bis zu Desinformationsverboten – Menschenrechte als Schrittmacher im Medien- und Äußerungsrecht, in diesem Band, S. 229.

¹⁷ *Peifer* (Fn. 16), S. 231.

meier besteht „[z]wischen der Freiheit des Arztes und dem Willen des Patienten [...] keine typische Kollisionslage, vielmehr korrespondieren beide Interessen, ja sie bedingen einander im therapeutischen Arbeitsbündnis.¹⁸ Die Therapiefreiheit sei „kein Privileg des Arztes, sondern ein fremdnütziges Recht“.¹⁹

Anders ist dies etwa im Arbeitsrecht bei den gegeneinander abzuwägenden Interessen und Rechten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern²⁰ oder auch im Religionsrecht, in dem die Strukturen noch komplizierter sein können. Nach *Stefan Muckel* sind etwa im Fall der nicht mit Kopftuch zum Referendariat zugelassenen Referendarin

„[d]ie maßgeblichen, kollidierenden Verfassungsgüter [...] einerseits die Religionsfreiheit der Referendarin und andererseits die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sowie die negative Religionsfreiheit Dritter.“²¹

Oft sind es aber auch die Interessen der Allgemeinheit, die spezifischen Interessen besonderer Gruppen entgegenstehen, so etwa im Investitionsschutzrecht²² und im Steuerrecht. Gerade in Letzterem geht es aber nicht nur um die Eingriffsdimension, sondern auch um eine, wie *Johanna Hey* ausführt, noch weniger erschlossene Dimension: „Steuern rücken als zentrales Instrument der Umverteilung und der Finanzierung von Sozialpolitik in das Blickfeld der Menschenrechtsdebatte, sobald diese sich auf die sozialen Menschenrechte konzentriert.“²³

4. Durchdringungstiefe

Deutlich wird aus den Berichten, dass die Intensität, mit der die Grund- und Menschenrechte die einzelnen Rechtsgebiete prägen, sehr unterschiedlich ist.

Besonders dominant sind Grund- und Menschenrechte für das Strafprozessrecht: „Zu Recht wird der Schutz vor willkürlicher Verhaftung und Strafverfolgung daher mitunter als das „Ur-Grundrecht, die Wurzel der Freiheit“ eingeordnet.²⁴ Nach *Frauکه Rostalski* ist „[s]taatliche Willkür [...] staatlicher Terror, in dessen Schatten die Freiheit verkümmert.“²⁵ Sie reflektiert vor diesem Hin-

¹⁸ *Katzenmeier*, Patientenrechte als Menschenrechte?, in diesem Band, S. 281.

¹⁹ *Katzenmeier* (Fn. 18), S. 282.

²⁰ *Hensler*, Menschenrechte und Kollektives Arbeitsrecht, in diesem Band, S. 255 f.; *Rolfs/Wolf* (Fn. 11), S. 234.

²¹ *Muckel*, Die Religionsfreiheit als Grundlage für religiösen und weltanschaulichen Pluralismus, in diesem Band, S. 426.

²² *Scheu*, Menschenrechte und globaler Kapitalfluss – Zur Rolle des Menschenrechtsschutzes im internationalen Investitionsrecht, in diesem Band, S. 169 f.

²³ *Hey*, Menschenrechte als Maßstab des materiellen Steuerrechts – Ebenen Menschenrechte den Weg in eine Steuergerechtigkeitsordnung?, in diesem Band, S. 401.

²⁴ *Rostalski*, Die Menschenrechte und der Begriff der prozessualen Tat, in diesem Band, S. 303.

²⁵ *Rostalski* (Fn. 24), S. 303.

tergrund, wie der Tatbegriff mit Blick auf einen maximal effektiven Menschenrechtsschutz definiert werden kann.

In anderen Rechtsgebieten variiert der Einfluss je nachdem, um welche Fragestellung es sich handelt. Dies gilt etwa für das Arbeitsrecht. Im kollektiven Arbeitsrecht ist nach Ansicht von *Martin Henssler* der Einfluss der EMRK auf die Rechtsprechung der nationalen Gerichte sehr gewachsen, allerdings nur im Koalitions- und Arbeitskampfrecht, nicht dagegen im Betriebsverfassungsrecht und im Recht der Unternehmensmitbestimmung, die von den Vorgaben der EMRK völlig unbeeinflusst blieben.²⁶ Dies sei aus den Besonderheiten des deutschen Rechts zu erklären. So sei etwa bei der Betriebsverfassung „das deutsche duale Modell, das neben den Gewerkschaften eine eigenständige demokratisch legitimierte betriebliche Arbeitnehmervertretung vorsehe, „weltweit keine Selbstverständlichkeit“.²⁷ Vielmehr lehnten ausländische Gewerkschaften häufig eine eigenständige betriebliche Interessenvertretung ab. Sie werde „als Schwächung der Gewerkschaften verstanden und daher ungeachtet ihrer Vorzüge als Konkurrenzorganisation kritisch gesehen.“²⁸

Ähnlich sei die Situation im Bereich der Unternehmensmitbestimmung, da Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen der EMRK fremd seien. Auch hier gehe das deutsche Recht einen Sonderweg, „[w]eltweit kennt die klare Mehrheit aller Staaten kein Modell einer unternehmerischen Mitbestimmung.“²⁹

Den Befund einer unterschiedlichen Durchdringung bestätigt *Christian Rolfs* auch für das Individualarbeitsrecht, das er als allenfalls „punktuell beeinflusst“ ansieht, auch wenn der EGMR „über durchaus zentrale und auch rechtspolitisch hoch umstrittene Rechtsfragen wie die Zulässigkeit des Whistleblowings, die Loyalitätspflichten kirchlicher Arbeitnehmer und die verdeckte Videoüberwachung entschieden habe.“³⁰

Auch im Familienrecht ergibt sich ein ähnliches Bild. Zwar hat der EGMR zu Fragen des Familienrechts, bei denen Minderheiten im Vordergrund stehen, wichtige Grundsatzentscheidungen getroffen, etwa zu den Rechten Transsexueller, den Rechten gleichgeschlechtlicher Paare, den Rechten von Menschen, die keine Kinder bekommen können, sowie zu den Rechtsfolgen von Leihmutterschaft. Dagegen würden, so die Analyse von *Barbara Dauner-Lieb* und *Angelika Nußberger*, „Fragen, die – zumindest statistisch – im Mittelpunkt der familienrechtlichen Praxis stehen wie etwa allgemeine Scheidungsfolgeregelungen“ weitgehend ausgeblendet. Auch viele diskriminierungsrechtlich bedeutsame Fragen blieben „unter dem Radar von Straßburg, so etwa die faktische Un-

²⁶ *Henssler* (Fn. 20), S. 255.

²⁷ *Henssler* (Fn. 20), S. 256.

²⁸ *Henssler* (Fn. 20), S. 256.

²⁹ *Henssler* (Fn. 20), S. 257.

³⁰ *Rolfs/Wolf* (Fn. 11), S. 233.

gleichheit der Ehepartner bei der Aushandlung von Eheverträgen oder die nicht ausreichende Bezahlung von Familienarbeit“.³¹

Im Medizinrecht ist, so *Christian Katzenmeier*, die Diskussion um die „verfassungsrechtliche Überformung der Patientenrechte“ kritisch zu sehen:

„Die Sichtweise entspricht dem modernen Leitbild vom ‚mündigen Patienten‘, doch liegt ihr letztlich ein formalistisches Autonomiekonzept zugrunde. Keine Berücksichtigung findet, dass die Fähigkeit eines Patienten zur freien Entscheidung in der Praxis variieren kann je nach Gesundheitszustand und institutionellem Umfeld.“³²

Interessant ist auch, wie in den einzelnen Berichten das Ineinandergreifen von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Lösungsansätzen diskutiert wird. Dies gilt in erster Linie für das Umweltrecht. Hier argumentieren *Kirk Junker* und *Marvin Jürgens*, der Schutz der Umwelt durch das Privatrecht sei problematisch: „Gebiete, an denen kein Mensch ein Eigentumsrecht hat, wie bspw. die Tiefseeböden, der Weltraum oder die Antarktis, können gar nicht erst in den Fokus des zivilrechtlichen Schutzes fallen.“³³ Zudem habe sich das Umweltprivatrecht aus verschiedenen Gründen als „strukturell ungeeignet“ erwiesen.³⁴

Zur selben Thematik, wenn auch nicht mit denselben Vorzeichen, finden sich auch Ausführungen im Bericht von *Christian Katzenmeier*: „Die hiezulande zivilrechtliche Primärnatur der Patientenrechte wird bei der Betrachtung ihrer Relation zu den universellen Menschenrechten noch zu beachten sein. Die Patientenrechte begründen vorrangig Verpflichtungen unter Privatpersonen. Demgegenüber adressieren die Grund- und Menschenrechte den Staat. Freilich können auch privatrechtliche Positionen einen öffentlich-rechtlich abgesicherten Kerngehalt aufweisen und von übergeordneten Erwägungen vorgegeben sein, die zugleich bei der Anwendung des Privatrechts zu berücksichtigen sind. Im Übrigen verschwimmt die Grenze zwischen individueller und kollektiver Ebene umso mehr, je stärker ein Gesundheitssystem staatlich organisiert ist, wie etwa der steuerfinanzierte National Health Service Großbritanniens in Abgrenzung zum hiesigen Sozial- und Privatversicherungsmodell.“³⁵

5. Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Typisch für die Konfliktlösung im öffentlichen Recht ist das Abwägen zwischen verschiedenen Grundrechtspeditionen auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Nach *Dan Wielsch* „kann das Rechtssystem der sozialen Multilateralität von Rechten (d. h. der Berücksichtigung der unterschiedlichen so-

³¹ *Dauner-Lieb/Nußberger* (Fn. 3), S. 192f.

³² *Katzenmeier* (Fn. 18), S. 281.

³³ *Junker/Jürgens*, Warum brauchen wir Umweltrechte? Beitrag und Perspektiven der Menschenrechte für den Umwelt- und Klimaschutz, in diesem Band, S. 365.

³⁴ *Junker/Jürgens* (Fn. 33), S. 364f.

³⁵ *Katzenmeier* (Fn. 18), S. 277.