

## **Die EMRK in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes**

Christoph Grabenwarter

### **1. Einleitung: Phasen der Entwicklung eines europäisch integrierten Menschenrechtsschutzes**

Vor knapp 70 Jahren wurde die europäische Menschenrechtskonvention von den Gründungsmitgliedern feierlich in Rom unterzeichnet. Österreich ist seit über 60 Jahren Mitglied der Europäischen Menschenrechtskonvention.

In den folgenden 25 Minuten möchte ich in sehr freier Anlehnung an die Terminologie der Entwicklungspsychologie drei verschiedene Stadien der Einwirkung der EMRK auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes beleuchten – Phasen der Menschenrechtsschutzentwicklung: Gewöhnungsphase, Prägephase, Dialogphase.

Eine Vorbemerkung muss dem historischen Rückblick jedoch vorangestellt werden: Der Verfassungsgerichtshof konnte die EMRK erst nach einigen Anlaufschwierigkeiten zum festen Maßstab seiner Rechtsprechung machen. Ursprünglich im Rang eines gesetzändernden Staatsvertrages ratifiziert, wurde die EMRK nach entsprechender Judikatur des Verfassungsgerichtshofes vom Verfassungsgesetzgeber erst im Jahr 1964 rückwirkend in den Verfassungsrang gehoben.

### **2. Von *Ringeisen* bis zu den Vorbehaltsfällen: Die Gewöhnungsphase**

Mit der Klärung des Verfassungsrangs der EMRK konnte die Phase der Gewöhnung beginnen. Der verfassungsrechtliche Boden für die Entwicklung eines Menschenrechtsschutzes war bereitet, der auf innerstaatlich-verfassungsrechtlicher Ebene allerdings bis heute eine fragmentierte Basis aufweist. Diese Fragmentierung hatte aber einen großen Vorteil für die Rezeption der EMRK. Die Folge dessen war ein frühes Zur-Kennntnis-Nehmen der EMRK und eine Integration der Praxis der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung.

Diese wurde in den ersten zwei Jahrzehnten der Mitgliedschaft Österreichs in der EMRK stark von der Praxis der Menschenrechtskommission bestimmt, dies schon allein deshalb, weil es noch kaum Urteile des Gerichtshofes gab. Erst in den Sechzigerjahren des 20. Jahrhunderts ergingen die ersten Urteile gegen Österreich, sie betrafen, wie das Urteil *Ringeisen* zum Grundverkehrsrecht auch das Verwaltungsrecht.

Wie sich wenig später zeigte, erzeugte einerseits der Mangel an gerichtlichem Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren und andererseits die Erfüllung der Verfahrensgarantien im Verwaltungsstrafverfahren Spannungslagen. Nachdem die Menschenrechtskommission ihre anfängliche Zurückhaltung aufgegeben hatte, gelangten mehr und mehr Fälle an den EGMR, der nach und nach seine Rechtsprechung verfeinerte. Nach wenigen Jahren war klar, dass das System nachprüfender Kontrolle von Bescheiden durch den Verwaltungsgerichtshof nicht mit dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 MRK vereinbar war, jedenfalls nicht für das Verwaltungsstrafverfahren. In einer Reihe von Beschwerden wurde die Ungültigkeit der beiden Vorbehalte Österreichs zu den Artikeln 5 und 6 der EMRK geltend gemacht, zunächst wurden diese für gültig befunden, erst nach den Schweizer Fällen *Belilos* und *Weber* war klar, dass auch die österreichischen Vorbehalte, wenn überhaupt, so nur sehr eingeschränkte Wirkung haben konnten. Man musste sich fortan auf die volle Wirksamkeit der EMRK auch im Verwaltungsrechtsschutz einstellen.

Auch bei der Eigentumsgarantie trat übrigens sukzessive Rechtsprechung des EGMR zu Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls neben die Garantie des Art. 5 StGG 1867. Der materielle Gesetzesvorbehalt nach dem europäischen Grundrecht ergänzte jenen, den die Rechtsprechung auf der Basis des genuin österreichischen Grundrechts entwickelt hatte.

Fazit nach knapp 30 Jahren EMRK: Noch waren die Auswirkungen auf die Rechtsprechung überschaubar, an die Berücksichtigung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes hatte man sich in der Mitte der achtziger Jahre gewöhnt.

### **3. Von *Lingens* über *Herczegfalvy* bis Informationsverein Lentia: Die Prägephase**

Das Spektrum der Grundrechte und auch die Intensität der Einwirkung sollten sich in den achtziger Jahren erweitern. Der Fall *Lingens* betraf zwar das Medienrecht außerhalb der Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes, ein Gebiet, auf das Präsidentin Lovrek in ihrem Referat eingehen wird. Das Urteil aus dem Jahr 1986 war jedoch auch für das öffentliche Recht der Auftakt für die Prägung der österreichischen Judikatur im Bereich der politischen Grundrechte. Wann immer der Verfassungsgerichtshof Fälle zur Meinungs-, Presse-, Rundfunk- oder Versammlungsfreiheit zu beurteilen hatte, stand bei der Begründung die Straßburger Rechtsprechung zu Art. 10 und 11 EMRK im Raum. Auch im Bereich des Schutzes der persönlichen Freiheit nach Art. 5 EMRK verdichtete sich die Rechtsprechung unter dem Einfluss der Straßburger Judikatur. Beispielhaft hierfür kann das Urteil im Fall *Herczegfalvy* aus dem Jahr 1992 stehen, demzufolge die Möglichkeiten der Haftprüfung bei der Entziehung der Freiheit von psychisch Kranken im Hinblick auf Art. 5 Abs. 4 EMRK ungenügend waren. Durch das Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit aus dem Jahr 1988 wurde die Rechtsprechung positiviert.

Relativ lange dauerte es, bis im Bereich der Rundfunkfreiheit Prägungen durch Straßburger Rechtsprechung erkennbar wurden. Mit dem Urteil *Informationsverein Lentia* aus dem Jahr 1993 war aber das Rundfunkmonopol aufgebrochen, auch der Verfassungsgerichtshof musste das zur Kenntnis nehmen.

### **4. Von *Zumtobel* über *Gradinger* bis *Lautsi*: Die Dialogphase**

Parallel zur Prägephase begann der Dialog zwischen Straßburg und Wien. Den Auftakt machte der Verfassungsgerichtshof im Bereich der Anforderungen des Art. 6 MRK an den Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren – erinnert sei an das Erkenntnis VfSlg. 11.500 vom 14. Oktober 1987. Hier brachte der Verfassungsgerichtshof die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung gegen eine aus seiner Sicht zu weitgehende dynamische Auslegung des Art. 6 EMRK durch den EGMR und weitergehende Anforderungen der gerichtlichen Kontrolle von Bescheiden im Verwaltungsverfahren in Stellung. Mit der Unterscheidung in einen Kernbereich und in einen Randbereich des Zivilrechts machte der Verfassungsgerichtshof ein Auslegungsangebot, das offen war für

Differenzierungen innerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 6 EMRK und das gleichzeitig das System des Verwaltungsrechtsschutzes, wie es im Jahr 1987 in Österreich bestand, unangetastet ließ. Der EGMR nahm diese Positionierung zur Kenntnis und reagierte darauf in kooperativer Weise. Im Herbst 1993 hielt er die nachprüfende Kontrolle eines Bescheids durch den Verwaltungsgerichtshof, der über die Entschädigung für den Bau einer Landesstraße erging, in einer Einzelfallbetrachtung für ausreichend. Zwischenzeitlich waren die unabhängigen Verwaltungssenate eingeführt worden und die Frage der Nachprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes war insoweit entschärft, als unabhängige Tribunale wenigstens in allen Angelegenheiten des Verwaltungsstrafrechts zur meritorischen Entscheidung berufen waren.

Bei einem anderen Grundrecht begann der Dialog später; er war differenzierter und komplizierter und hat bis heute nicht zur Beseitigung aller Divergenzen geführt. Die Rede ist vom Doppelbestrafungsverbot, das gerade für das Verwaltungsstrafrecht und das dort angeordnete Kumulationsprinzip besondere Sprengkraft besaß und immer noch besitzt. In einem der genannten Vorbehaltsfälle hatte der EGMR auch über die gleichzeitige Verhängung mehrerer Strafen für Verwaltungsübertretungen zu erkennen. Im Fall *Gradinger* fand er eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbots, indem er für die Frage des Vorliegens einer Doppelbestrafung vom Sachverhalt ausging und nicht von den übertretenen Bestimmungen, also einen formellen Tatbegriff zugrunde legte.

Der Verfassungsgerichtshof wählte in einem Erkenntnis aus dem Jahr 1996 vor dem Hintergrund des Kumulationsprinzips des österreichischen Verwaltungsstrafrechts einen anderen Zugang. Er ging davon aus, dass eine gesetzliche Strafdrohung im Verwaltungsstrafrecht dann dem Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls widerspreche, wenn sie einen wesentlichen Gesichtspunkt eines Straftatbestandes, der bereits Teil eines von den Strafgerichten anzuwendenden Straftatbestandes ist, neuerlich einer Beurteilung und Bestrafung durch die Verwaltungsbehörden unterwerfe. Dem Doppelbestrafungsverbot der EMRK werde dann nicht entsprochen, wenn in einem zweiten Verfahren verfolgt wurde und wenn sich der bereits herangezogene Deliktstypus im ersten Verfahren den Unrechts- und Schuldgehalt eines Täterverhaltens vollständig erschöpfte. Der

Verfassungsgerichtshof verneint daher eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbots, solange die wesentlichen Gesichtspunkte der beiden Delikte, nach denen bestraft oder verfolgt wird, nicht identisch sind.

Der Vergleich des *Gradinger*-Urteils mit der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zeigt eine Judikaturdivergenz. Diese Divergenz wurde jedoch schon bald aufgelöst. Im Fall *Oliveira* gegen die Schweiz folgte der EGMR dem Ansatz, den der Verfassungsgerichtshof zuvor gewählt hatte. Er stellte für das Vorliegen einer unzulässigen Doppelbestrafung auf die übertretenen Tatbestände ab, weshalb er im konkreten Fall eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbot verneinte. Damit waren die Rechtsprechung des EGMR und jene des Verfassungsgerichtshofes im Ergebnis und in wesentlichen Teilen der Begründung im Einklang. Der EGMR hatte seine Rechtsprechung zu einer rechtsvorschriftenbezogenen Betrachtungsweise, zu einem prozessual-materiellen Tatbegriff, hingewendet und im Fall *Franz Fischer* gegen Österreich fortgeführt. Der Verfassungsgerichtshof seinerseits hatte sich in Fällen der Kumulation im Verwaltungsstrafrecht in seiner Begründung durchaus der Rechtsprechung des EGMR angenähert. Zu Beginn des Jahrzehnts nach dem Jahr 2000 konnte daher von einem konstruktiven Dialog zwischen dem EGMR und dem Verfassungsgerichtshof ausgegangen werden. Im nächsten Abschnitt werde ich aber zeigen, dass diese Phase leider nicht der letzte Abschnitt im Rechtsprechungsdialog war.

Auch im Bereich des Kirchen- und Religionsrechts ist ein konstruktiver Dialog zu vermerken. Eine durchaus restriktive Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes in Bezug auf die Anerkennung von Religionsgemeinschaften erfuhr Impulse durch die Straßburger Judikatur. Der Verfassungsgerichtshof ermöglichte durch seine Rechtsprechung Rechtsschutz gegen negative Entscheidungen über die Anerkennung von Religionsgemeinschaften, dies auch unter Einfluss des EGMR.

Sehr komplex, aber im Ergebnis mit übereinstimmendem Ergebnis war der Rechtsprechungsdialog in der Frage des Anbringens religiöser Symbole in Bildungseinrichtungen. Nachdem der EGMR bereits in einer nicht rechtskräftigen Kammerentscheidung eine Verletzung der Konvention durch das Anbringen von Schulkreuzen in Italien gefunden hatte, hatte der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde gegen das Anbringen eines Kreuzes in

niederösterreichischen Kindergärten zu beurteilen und er traf Anfang März 2011 eine Entscheidung, noch während das italienische Verfahren vor der Großen Kammer des EGMR anhängig war. Der Verfassungsgerichtshof gelangte – anders als zuvor die Kammer des EGMR – zum Ergebnis, dass keine Verletzung des Rechts auf Religionsfreiheit oder auf Bildung durch die Anbringung von Kindergartenkreuzen vorlag.<sup>1</sup> Nur wenige Tage später gelangte der EGMR für italienische Schulkreuze zum gleichen Ergebnis. Was bei einer genaueren Analyse der Begründung des Verfassungsgerichtshofes auffällt, ist die Qualität der Begründung und hier insbesondere die Ausführlichkeit, mit der der Verfassungsgerichtshof auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug nimmt. Hinsichtlich der Bestimmung des Schutzzinhalts der negativen Religionsfreiheit beruft sich der Verfassungsgerichtshof auf zwei Urteile des EGMR. Noch ausführlicher wird auf die Straßburger Rechtsprechung in Bezug auf Schutzbereich und Schranken des Rechts auf Bildung nach Art. 2 1. Zusatzprotokoll verwiesen. Rechtsprechung des EGMR wird nicht unreflektiert übernommen, sondern unter Berücksichtigung des Kontextes, in dem sie ergangen ist, diskutiert und mit der gebotenen Vorsicht auf den konkreten Fall und die Prüfung der Eröffnung des Schutzbereichs bzw. der Einhaltung der Schranken übertragen. Bemerkenswert ist auch, dass der Verfassungsgerichtshof nicht etwa das Urteil der Großen Kammer des EGMR abgewartet hat, sondern das Risiko einer Rechtsprechungsdivergenz eingegangen ist.

## **5. Von *Zolothukin* bis zu den Jagdfällen: Kritische Rückfragen nach Straßburg**

Die eben dargelegte Form des Dialogs erfährt eine neue Dimension in Fällen, in denen der Verfassungsgerichtshof von der Begründung des EGMR nicht überzeugt ist und das mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck bringt. Die beiden wichtigsten Beispiele für Zweifel an der Straßburger Rechtsprechung sind allgemein bekannt, das Doppelbestrafungsverbot nach dem *Zolothukin*-Urteil sowie die Entscheidungen zum Verhältnis zwischen Jagdrecht und Gewissensfreiheit.

Zum ersten Spannungsfeld: Der konstruktive Rechtsprechungsdialog zum Doppelbestrafungsverbot geriet durch ein Urteil des EGMR in einem russischen Fall aus der Balance. Im Urteil *Zolothukin* aus dem Jahr 2009 kehrte der EGMR

---

<sup>1</sup> VfSlg 19.349/2011.

unter Rückgriff auf einen formellen Tatbegriff zu seiner *Gradinger*-Rechtsprechung zurück, ja er ging sogar darüber hinaus. Ebenso wie das oberste schwedische Verwaltungsgericht weigerte sich der Verfassungsgerichtshof, diese Wende nachzuvollziehen. Der EGMR hatte in seiner Entscheidung Rechtssicherheit und größtmöglichen Grundrechtsschutz als Argument für seinen neuerlichen Judikatorschwenk herangezogen. Mit demselben Argument der Rechtssicherheit und einer weit ausholenden, auf die Wiener Vertragsrechtskonvention gestützten Argumentation versucht der VfGH in einem Erkenntnis aus dem selben Jahr 2009, den Dissens mit dem EGMR zu kaschieren; er blieb aber im Ergebnis bei einem materiellen Tatbegriff.<sup>2</sup>

Der EGMR behielt in der Folge in Urteilen zur anderen Mitgliedstaaten zunächst seine Linie aus dem Urteil *Zolothukin* bei. Im Bewusstsein eines Spannungsverhältnisses mit der Rechtsprechung von Höchstgerichten von wenigstens zwei Mitgliedstaaten fand jedoch im Jahr 2016 eine neuerliche Judikaturwende in der Rechtsprechung des EGMR statt. Im Urteil *A und B* gegen Norwegen gelangte der EGMR unter grundsätzlicher Beibehaltung seiner bisherigen Begründung trotz Doppelbestrafung zum Ergebnis, dass keine Verletzung vorliege, insbesondere deshalb, weil er berücksichtigte, dass bei der Verhängung der zweiten Strafe die erste Strafe berücksichtigt wurde. Rechtsdogmatisch mag dieses Ergebnis unbefriedigend sein, in völkerrechtlicher Perspektive wird auf diese Art und Weise ein Konflikt mit mitgliedstaatlicher Rechtsprechung geschickt vermieden und den nationalen Gerichten die Brücke zu einer konventionskonformen Weiterentwicklung der Judikatur gebaut. Über diese Brücke ging dann auch der Verfassungsgerichtshof in Entscheidungen der Jahre 2017 und 2018. Im Fall eines Rechtsanwaltes, der zunächst strafgerichtlich verfolgt, aber nicht bestraft worden war, über den in der Folge jedoch eine Verwaltungsstrafe wegen des Bezweifelns der Existenz von Gaskammern in der NS-Zeit verhängt wurde, wurde eine Verletzung des Doppelverfolgungsverbots unter Hinweis auf das Urteil *A und B* und mit der Begründung verneint, dass die beiden Verfahren einander mit unterschiedlichen rechtlichen Reaktionen zu verschiedenen Zwecken ergänzen würden. In einem naturschutzrechtlichen Fall wiederum verneinte der Verfassungsgerichtshof eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbots auf der

---

<sup>2</sup> VfSlg 18.833/2009.

Basis der *Franz Fischer*-Rechtsprechung, die im Wesentlichen auf das Jahr 1996 zurückgeht.

Das zweite Beispiel einer kritischen Absetzbewegung des VfGH bildet die Freistellung von Grundstücken von der Ausübung der Jagd. Hier hatte der EGMR in Urteilen gegen Frankreich, Luxemburg und Deutschland letztlich eine Grundrechtsposition des Grundeigentümers aus Art. 9 EMRK abgeleitet und angenommen, dass nämlich – gestützt auf Art. 9 EMRK – ein Anspruch bestehe, dass auf eigenen Grundstücken nicht durch andere gejagt werden dürfe. Der Verfassungsgerichtshof folgte dieser Rechtsprechung explizit nicht. Das Vorgehen des Verfassungsgerichtshofes hat eine Parallele und einen wesentlichen Unterschied zu jenem in den Doppelbestrafungsfällen. Die Parallele besteht darin, dass der Verfassungsgerichtshof die Rechtsprechung des EGMR in den Jagdfällen nicht nur ausführlich wiedergibt, sondern diese auch in seine Argumentation einfügt und auf ihr aufbauend weitergehende Überlegungen anstellt. Die Differenz liegt darin, dass der Verfassungsgerichtshof auf der Sachverhaltsebene Unterschiede zwischen der Rechtslage und den faktischen Gegebenheiten in Frankreich, in Luxemburg und in Nordrhein-Westfalen einerseits und im österreichischen Bundesland Kärnten andererseits herausarbeitet und zu den maßgeblichen Aspekten der Begründung eines abweichenden Ergebnis macht. Der entsprechende Teil der Begründung wird mit den Worten eingeleitet: „Die Situation in Kärnten unterscheidet sich aber in wesentlichen Punkten von der Sach- und Rechtslage, die den Fällen Chassagnou ua. gegen Frankreich, Schneider gegen Luxemburg und Herrmann gegen Deutschland zugrundelag.“ Diese Rechtsprechung ist daher nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes nicht auf die in Kärnten herrschende Situation übertragbar: In Kärnten bestehe ein spezifisches Interesse an der Regulierung des Wildbestands und am Schutz des Waldes, ferner sei die Zahl an Wildunfällen besonders hoch und Österreich unterliege besonderen Verpflichtungen aus der Alpenkonvention. Nachgeschoben wird die Begründung, dass die Jagd in Österreich vorrangigen öffentlichen Interessen diene, sie sei nicht wie in Deutschland primär eine Freizeitaktivität.

Das war ein mit groben Strichen gezeichneter Rückblick auf 61 Jahre EMRK in der verfassungsgerichtlichen Judikatur. Lassen sie mich zum Abschluss eine Gesamteinschätzung in Gestalt von Gedanken des Ausblicks formulieren.



## **6. Ausblick: Die EMRK als Ausgangspunkt und Mindeststandard einer europäischen Grundrechtssynthese**

Der Ausblick kann mit einer unmittelbaren Anknüpfung an die zuletzt erwähnten Urteile und mit folgenden Fragen beginnen. Was ist der Unterschied zwischen den beiden geschilderten Fällen des Rechtsprechungsdialogs? Im Fall des Doppelbestrafungsverbots wird vom Verfassungsgerichtshof stärker auf der rechtlichen Ebene argumentiert, in den Jagdfällen werden hingegen Unterschiede in den faktischen Gegebenheiten hervorgehoben. Die Idee in beiden Fällen ist es, einerseits mit eigenen Überlegungen auf dem Boden der Straßburger Rechtsprechung zur Weiterentwicklung der Judikatur und damit der Auslegung der Garantien der Konvention beizutragen.

Dies geschieht einerseits im Bewusstsein, dass die Verfassungsgerichte und die Höchstgerichte in den Mitgliedstaaten mit den europäischen Gerichtshöfen einen Gerichtsverbund bilden, der gemeinsam für die Auslegung auch der europäischen Grund- und Menschenrechte – und dazu gehört für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union neben der EMRK auch die Grundrechtecharta – verantwortlich ist. Andererseits geschieht dies im Bewusstsein und in der Erwartung, dass auch hier ein Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten – der berühmte margin of appreciation – gegeben ist.

In sieben Beobachtungen möchte ich zum Schluss die Bedeutung der EMRK in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zum heutigen Stand zusammenfassen:

1. Die EMRK beherrscht – vielleicht mit Ausnahme der wirtschaftlichen Grundrechte – heute das gesamte Spektrum der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes im Grundrechtsbereich. Die EMRK-Rechte sind das Rückgrat des Grundrechtsschutzes auf Verfassungsebene, ihre Interpretation durch den EGMR maßgebliche Richtschnur für den Gerichtshof.
2. Die EMRK beeinflusst die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nicht nur in Bezug auf konkrete Einzelentscheidungen. Anders als in Deutschland hat sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts keine eigenständige innerstaatliche Grundrechtsdogmatik entwickelt, die

unabhängig von der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik im Rahmen der EMRK und weitgehend unbeeinflusst von der Rechtsprechung des EGMR wäre. Schutzbereichsprüfung, Verhältnismäßigkeitsprüfung und staatliche Schutzpflichten („positive obligations“) wurden in die Verfassungsdogmatik aufgenommen und verfeinert. Man kann – auch ohne übertriebenes Selbstbewusstsein – von einem „modus austriacus“ im Menschenrechtsschutz sprechen, der von drei Elementen geprägt ist: von Europaoffenheit, von effektiver gerichtlicher Kontrolle und von wissenschaftlicher Diskussion auf hohem Niveau. Letzteres ist übrigens nicht ein Monopol der Universitäten, sondern findet auf sehr breiter Front auch im Bereich der staatlichen Verwaltung und in der Gerichtsbarkeit statt, die heutige Veranstaltung ist ein Beleg dafür.

3. Der grundrechtliche "modus austriacus" ist im Kontrast zu anderen Verfassungskulturen dadurch geprägt, dass grundrechtlicher Normenbestand aus eineinhalb Jahrhunderten zusammengefügt wird zu sogenannten „aggregierten Grundrechtsnormen“ (Walter Berka), in denen die EMRK und das Straßburger Case Law meist auch dann eine gewichtige Rolle spielen, wenn es wie im Datenschutz ein spezielleres und jüngerer Grundrecht österreichischer Provenienz gibt.
4. Die Folge der Aggregation von Grundrechtsinhalten aus verschiedenen Epochen bedeutet in vielen Fällen eine Anhebung des Grundrechtsniveaus und der gerichtlichen Kontrolle gegenüber der europäischen Ebene. Dass der menschenrechtliche Grundwasserspiegel (oder der Jahreszeit angepasst sollte man vielleicht besser sagen: dass die menschenrechtliche Raumtemperatur) innerstaatlich höher ist, sein kann und sein soll – das ist keine österreichische Erfindung, sondern völkerrechtlich grundgelegt. Die Subsidiarität internationalen Menschenrechtsschutzes (Art. 35 EMRK), der margin of appreciation und das Günstigkeitsprinzip des Art. 53 EMRK sind nur einige der einschlägigen Anhaltspunkte.
5. Europäische Grundrechte bilden einen wichtigen Ausgangspunkt und einen Minimalstandard der auch im österreichischen Recht nicht unterschritten werden darf. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist gefordert, oberhalb und jenseits dessen effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Im Bereich politischer Rechte sind die Akzente verfassungsrechtlicher Judikatur in den letzten Jahren besonders deutlich geworden. Im

Wahlrecht hat der EGMR eine recht allgemeine Garantie über die Jahrzehnte erheblich geschärft und die Schranken für die Gesetzgeber, die Wahlordnungen, die Wahlbehörden und die Wahlgerichte der Mitgliedstaaten erheblich enger gezogen. Dem Verfassungsgerichtshof blieb es aber vorbehalten, in einer Kombination aus verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätzen und EMRK-Recht die Zulässigkeit der elektronischen Stimmabgabe, die Verlässlichkeit von Briefwahlvorgängen oder die Zulässigkeit der Vorabinformation über Teilergebnisse einer Wahl streng zu beurteilen. Im Versammlungs- und Vereinsrecht definiert der Verfassungsgerichtshof ausgehend von seiner Feinprüfungsjudikatur in Bezug auf beide einschlägigen Grundrechte Kernbereiche, in denen er besonders streng, und d. h. strenger als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte kontrolliert. [In einem Fall aber schränkt das österreichische Verfassungsrecht ein politisches Grundrecht stärker ein, als es Straßburg tut, nämlich im Bereich der Meinungsäußerungsfreiheit in Bezug auf nationalsozialistische Inhalte. Auch das gehört zum "modus austriacus", die Beschränkung ist im Hinblick auf die EMRK nicht nur zulässig, sondern vor dem Hintergrund der besonderen Verantwortung Österreichs und der sie rechtlich verfestigenden Verpflichtungen im Staatsvertrag von Wien auch geboten.]

6. Auch der Bereich des Diskriminierungsschutzes ist als Wesensmerkmal des "Austrian approach" hervorzuheben. Besondere Dynamik und besondere Aufmerksamkeit erfuhr die Rechtsprechung zur sexuellen Orientierung bzw. zum Anspruch, nicht einem der beiden Geschlechter zugeordnet zu werden. Das gute Zusammenwirken von europäischer und nationaler Ebene und die eigenständige Rolle verfassungsgerichtlicher Grundrechtsprägung werden bei der Frage des Zugangs von gleichgeschlechtlichen Paaren zur Fortpflanzungsmedizin sowie zum Institut der Ehe deutlich. In beiden Fällen hat die Straßburger Rechtsprechung unter Hinweis auf dem Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten keine Verletzung der Konvention in Fällen gegen Österreich wie in Fällen gegen andere Mitgliedstaaten festgestellt. Dass der EGMR nicht nur in Kauf nimmt, sondern in seine Überlegungen mit einbezieht, dass Verfassungsgerichte über den Minimalstandard hinausgehen, lässt sich in dem Hinweis im Urteil *S.H.* ablesen, wonach

die fraglichen Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes kontinuierlich im Lichte der sich verändernden Umstände überprüft werden müssten, die eventuell in der Zukunft zu einer anderen Beurteilung führen könnten. Genau eine solche andere Beurteilung hat der Verfassungsgerichtshof sowohl beim Fortpflanzungsmedizingesetz als auch bei § 44 ABGB vorgenommen. Aufbauend und ausgehend von einer Schilderung der Rechtsprechung des EGMR gelangte er bei beiden Gesetzen zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit der Beschränkungen in Bezug auf gleichgeschlechtliche Paare. Man kann sicher länger darüber streiten, ob die Beseitigung der Ungleichbehandlung besser durch den Gesetzgeber hätte erfolgen sollen. Jedenfalls ist das sowohl medizinisch als auch gesellschaftspolitisch auf einer anderen Ebene angesiedelte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes zum so genannten „Dritten Geschlechts“ ein gutes Beispiel für eine Grundrechtsinterpretation auf der Höhe der Zeit, die nicht durch Straßburger Rechtsprechung vorgegeben war.

7. Eine letzte Bemerkung ist der Art und Weise des Dialogs gewidmet. Liest man Entscheidungen des EGMR und solche des Verfassungsgerichtshofes, so könnte man den Eindruck gewinnen, dass die Gesprächsbeziehung eine einseitige ist: Der Verfassungsgerichtshof zitiert den EGMR wesentlich öfter, als der EGMR umgekehrt den Verfassungsgerichtshof zitiert. Der Schein trügt jedoch. Naturgemäß kann ein europäischer Gerichtshof nicht jedes Verfassungsgericht in gleicher Weise in seine Entscheidungen aufnehmen. Gleichwohl finden sich in nicht wenigen Urteilen auch gegen andere Mitgliedstaaten Bezugnahmen auf die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte. Sowohl über die zahlreichen Beschwerdeverfahren in Straßburg als auch im Wege der Vorbereitung der Entscheidungen und auf Konferenzen nehmen die Richterinnen und Richter des Menschenrechtsgerichtshofes die innerstaatliche Rechtsprechung sehr genau wahr. Das ist auch der tiefere Sinn, dass die EMRK gebietet, dass der/die jeweilige nationale Richter/in Mitglied der Kammer ist, die über einen Fall gegen den betreffenden Staat entscheidet. Und die Anwesenheit sowie die aktive Beteiligung der österreichischen Richterin am Straßburger Gerichtshof heute Vormittag ist ein Beleg dafür, dass dieser Teil des Dialogs auch in der Praxis gelebt wird.