



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Schutzbereich und Eingriff in der Europäischen  
Grundrechtsdogmatik  
Begrenzungen des Tatbestands der Europäischen Grundrechte“**

Dissertation vorgelegt von Lena Güldenstein

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl

Zweitgutachter: Prof. Dr. Ute Mager

Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

## A. Einführung

In den 2000ern entzündete sich, auch an verschiedenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in der deutschen Grundrechtsdogmatik eine Diskussion, ob mit dem sogenannten Gewährleistungsgehalt oder -inhalt in das überkommene dreistufige Schutzbereich-Eingriff-Schranken-Schema der Grundrechtsprüfung ein weiterer Prüfungspunkt einzuführen sei. Damit korrespondierte eine Auseinandersetzung über die enge oder weite Auslegung von Schutzbereich und Eingriff. Vor diesem Hintergrund und angesichts der zunehmenden Bedeutung des europäischen Grundrechtsschutzes untersucht die vorliegende Arbeit, ob Schutzbereich und Eingriff der europäischen Grundrechte von EuGH und EGMR weit oder eng ausgelegt werden und wie die Gerichte dabei dogmatisch und methodisch vorgehen. Auch wird die alternative Möglichkeit der Konfliktlösung über die Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Blick genommen. Dies interessiert insbesondere im Hinblick auf die sogenannten Wirtschaftsgrundrechte, nämlich die Berufsfreiheit gemäß Art. 15 GRCh, die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRCh und das Eigentumsrecht gemäß Art. 17 GRCh, für die hinsichtlich der Marktregulierung und der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in der Union hohes freiheitliches Konfliktpotential besteht.

Die Arbeit ist in vier Teile gegliedert. Im ersten Teil werden die Grundlagen und Prämissen der Untersuchung dargestellt. Der zweite und dritte Teil beleuchten die Relevanz der Untersuchung im Hinblick auf das Zusammenwirken der europäischen Grundrechtsregime und hinsichtlich sonstiger Auswirkungen von Schutzbereichs- und Eingriffsbegrenzungen. Im vierten Teil wird die Rechtsprechung von EuGH und EGMR auf solche Begrenzungen hin untersucht und kritisiert. Die wesentlichen Ergebnisse werden nachfolgend zusammengefasst, die Darstellung folgt inhaltlich weitgehend dem Aufbau der Arbeit.

## B. Grundlagen der Untersuchung

Das dreistufige Schutzbereich-Eingriff-Schranken-Schema stellt mittlerweile auch in der Rechtsprechung von EuGH und EGMR das übliche Prüfprogramm der europäischen Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion dar.<sup>1</sup> Auf Schrankenebene nehmen beide Gerichte eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, bei welcher der EuGH zunehmend mit topischen Abwägungsgesichtspunkten, der EGMR stärker einzelfallbezogen mit Fallgruppen argumentiert.

Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff bezeichnen in der vorliegenden Untersuchung solche Auslegungsansätze von EuGH oder EGMR zu Schutzbereich und Eingriff, die hinter dem *prima facie*-Mindestschutz des jeweiligen Grundrechts zurückbleiben.<sup>2</sup> Der Maßstab des Mindestschutzes bestimmt sich nach der Grundrechtsquelle. Schutzbereich und Eingriff der Grundrechte, deren Quelle die Grundrechtecharta der Union ist und die bestimmten Rechten der EMRK im Sinne des Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh entsprechen, finden ihr Mindestmaß in der Auslegung der entsprechenden EMRK-Rechte durch den EGMR. Ein Ansatz zur Auslegung dieser Chartarechte verstößt gegen die vorrangige Auslegungsregel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh, wenn er nicht mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar ist. Soweit noch keine Entscheidung des EGMR zu der jeweiligen konkreten Konstellation vorliegt, ist Maßstab die Vereinbarkeit mit der allgemeinen Auslegung des jeweils entsprechenden EMRK-Rechts durch den EGMR. Die Auslegung des Schutzbereichs der EMRK-Rechte und derjenigen Chartarechte, die keinem EMRK-Recht entsprechen, ist eine Begrenzung im Sinne der vorliegenden Untersuchung, wenn sie nicht von der üblichen Bedeutung des Wortlauts der verschriftlichten Grundrechtsnorm in Charta bzw. EMRK umfasst ist. Begrenzungen des Eingriffs in diese Rechte sind

---

<sup>1</sup> Dazu und zum Folgenden Erster Teil A. und B.

<sup>2</sup> Erster Teil B. III.

Auslegungsansätze, die über die unabdingbaren Voraussetzungen eines Eingriffs in ein Grundrecht in seiner Abwehrfunktion hinausgehen, nämlich das Verhalten eines grundrechtsverpflichteten Hoheitsträgers, das sich kausal und negativ im Sinne einer Freiheitsverkürzung auf einen grundrechtlichen Schutzgehalt auswirkt.

### C. Relevanz der Untersuchung

Die Relevanz der Untersuchung ergibt sich zunächst aus dem Zusammenwirken der Grundrechtsregime der Union und der EMRK sowie der nationalen Grundrechte,<sup>3</sup> denn Begrenzungen von Schutzbereich oder Eingriff der europäischen Grundrechte können Lücken im Freiheitschutz in der Union nach sich ziehen. Zum einen fehlt es sowohl in der EMRK als auch in den Grundrechtsregimen der Union an einem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit oder einem vergleichbaren Auffanggrundrecht und ist das jeweilige Potential der Entwicklung eines solchen Grundrechts gering. Zum anderen ist ein Ausgleich von Begrenzungen in der Rechtsprechung des EuGH durch ein Gericht der anderen Rechtsordnungen nur in Ausnahmefällen möglich. Insbesondere ist es unwahrscheinlich, dass Begrenzungen in der Rechtsprechung des EuGH die mitgliedstaatlichen Integrationsvorbehalte hinsichtlich des hinreichenden Grundrechtsschutzes in der Union bzw. den *Bosphorus*-Vorbehalt des EGMR aktivieren. Begrenzungen in der Rechtsprechung des EGMR kann der EuGH nach Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh zwar nicht ausgleichen, nach Art. 53 EMRK können dies aber die nationalen Gerichte.

Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff können zudem erhebliche Auswirkungen auf die Rationalität des europäischen Grundrechtsschutzes haben, soweit Rationalität mit Begründbarkeit gleichgesetzt wird.<sup>4</sup> Die Begründbarkeit von Auslegungsansätzen zu den verschriftlichten Rechten der Charta wie der EMRK bemisst sich an der Verknüpfbarkeit von Auslegungsergebnis und Normtext anhand der überkommenen Auslegungskanones.<sup>5</sup> Der Wortlaut allein kann diese Verbindung für den Schutzbereich der schlagwortartig formulierten Freiheitsrechte nur für das Mindestmaß nach dem üblichen Wortlaut herstellen. Noch weniger kann der Wortlaut diese Verbindung für Begrenzungen des Eingriffsbegriffs leisten, der kaum Niederschlag in EMRK und Charta gefunden hat. Historische Argumente können aufgrund des dynamischen Charakters der EMRK bzw. der zumindest entwicklungs-offenen Ausrichtung der Unionsrechtsordnung nur eingeschränkt Rationalität herstellen. Argumente des äußeren Systems ermöglichen generell nur eine lose Verbindung zum Normtext und teleologisch-systematische Argumente können bei der Auslegung der EMRK ebenfalls nur eingeschränkt überzeugen, da ihr kein über die Widerspruchsfreiheit hinausgehendes inneres System zugrunde liegt. Für die Unionsgrundrechte bergen teleologisch-systematische Auslegungsbegründungen durch den EuGH vielmehr die Gefahr, dass ein Überhang an gerichtlicher Systembildung entsteht.

Auch bedeuten abstrakt-generelle Begrenzungen aufgrund ihrer vorgeblichen Subsumtionsvereinfachung stets ein Begründungsdefizit für die konkrete Entscheidung und ein Defizit an Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit hinsichtlich der künftigen Rechtsprechung.<sup>6</sup> Je abstrakter eine Begrenzung ist, desto höher ist außerdem bei ihrer Anwendung die Gefahr für die Einzelfallgerechtigkeit.<sup>7</sup> Auch das Risiko, dass eine Begrenzung sogar im Regelfall keine angemessene Lösung des zugrunde liegenden Konflikts darstellt, steigt mit ihrem Abstraktionsgrad, da EuGH und EGMR für abstrakt-generelle Bewertungen nicht ausgestattet sind.

---

<sup>3</sup> Zweiter Teil.

<sup>4</sup> Dritter Teil A. I. 3.

<sup>5</sup> Dazu und zum Folgenden Erster Teil B. I. und II.

<sup>6</sup> Dritter Teil A. I. 1. und 2.

<sup>7</sup> Dazu und zum Folgenden Dritter Teil A. II.

Daneben ziehen Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff die Umgehung des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh und eine Verschiebung im institutionellen Gefüge der Union nach sich.<sup>8</sup> Die Entscheidungsfreiheit von Legislative und Exekutive wird hinsichtlich konkreter Maßnahmen zugunsten des Freiheitsschutzes eingeschränkt. Die Responsivität des Grundrechtsschutzes, die sowohl die EMRK als auch die Unionsgrundrechte prägt,<sup>9</sup> wird durch die faktische Selbstbindung von EuGH und EGMR an präjudiziell verfestigte abstrakt-generelle Begrenzungen eingeschränkt.<sup>10</sup> Insbesondere ist der EuGH bisher zur Verwerfung seiner Begrenzungen nur infolge einer direkt abweichenden Rechtsprechung des EGMR bereit. Die Überprüfung und Verwerfung etwaiger Begrenzungen kann zusätzlich dadurch gehemmt werden, dass im auf die nationalen Gerichte ausgerichteten System des Individualrechtsschutzes in der Union die Begrenzungen schon die Zulässigkeit des nationalen Rechtsbehelfs abschneiden können bzw. ihre Überprüfung von der Vorlagebereitschaft der nationalen Gerichte abhängt.<sup>11</sup> Jenseits der Ausrichtung auf Responsivität fehlt es an einem externen Maßstabs für die Effektivität des Grundrechtsschutzes in der Union etwa im Sinne einer auf Lückenlosigkeit ausgerichteten Grundrechtskonzeption. Dadurch können Begrenzungen einen Hinweis auf das Grundrechtsverständnis des EuGH geben, das letztlich maßgeblich für die weitere Entwicklung und Ausrichtung des Grundrechtsschutzes in der Union ist. Schließlich entfällt mit der Unionsgrundrechtsbindung ein einheitlicher Maßstab für nationale Durchführungsakte als ein Mittel der äußeren Integration und können sich das Begründungs- und das Rationalitätsdefizit sowie die Einschränkungen von Transparenz und Vorhersehbarkeit negativ auf die weitere innere Integration auswirken.<sup>12</sup> Die EMRK dagegen bildet nur einen Mindeststandard des Grundrechtsschutzes ab und ist nicht auf Integration oder lückenlosen Freiheitsschutz ausgerichtet und Art. 53 EMRK sichert hinreichend die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts bzw. der Gewaltenteilung.<sup>13</sup> Begrenzungen der EMRK-Rechte haben damit jenseits der konkreten Entscheidung über ihre Wirkung nach Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh auf die Unionsgrundrechte nur negative Auswirkungen hinsichtlich der Responsivität, die aber durch die relativ hohe Bereitschaft des EGMR zur Verwerfung solcher Begrenzungen relativiert werden.

Über eine geringe Arbeitsentlastung von EuGH und EGMR hinaus kommen etwaigen Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff keine Vorteile zu.<sup>14</sup> Weder steigern sie die Intensität des Grundrechtsschutzes noch dessen Rationalität, soweit diese als Abwägungsfreiheit verstanden wird. Denn auch die Interpretation von Schutzbereich und Eingriff ist nie frei von Abwägungen. Vielmehr besteht bei ihren Begrenzungen die Gefahr, dass die abwägende Entscheidung mangels Abwägungsbewusstsein und leitender Maßstäbe intuitiv erfolgt und durch eine vorgebliche Subsumtion verschleiert wird. Auch die Vorhersehbarkeit künftiger Entscheidungen wird durch abstrakt-generelle Begrenzungen nicht gefördert, sondern vielmehr durch deren Begründungs- und Begründbarkeitsdefizit eingeschränkt. Zwar fördern abstrakt-generelle Begrenzungen die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung, dies wird aber durch die damit einhergehende Gefahr für die Einzelfallgerechtigkeit relativiert.

Demgegenüber verfügt die Schrankenebene mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung über ein Rechtsanwendungsmodell, das mit der durch die Charta und die EMRK vorgegebenen sowie in der Rechtsprechung weiter ausdifferenzierten Prüfungsstruktur überindividuelle Begründungsmaßstäbe für Abwägungsentscheidungen gibt.<sup>15</sup> Die weitere Entwicklung von topischen

---

<sup>8</sup> Dazu und zum Folgenden Dritter Teil B. II.

<sup>9</sup> Dritter Teil B. I.

<sup>10</sup> Dazu und zum Folgenden Erster Teil C.

<sup>11</sup> Dritter Teil A. III.

<sup>12</sup> Dritter Teil B. IV.

<sup>13</sup> Dazu und zum Folgenden Dritter Teil B. V.

<sup>14</sup> Dazu und zum Folgenden Dritter Teil C.

<sup>15</sup> Dazu und zum Folgenden Erster Teil B. IV. und V.

Abwägungsgesichtspunkten in der Rechtsprechung des EGMR und die Bildung von konkretisierenden Fallgruppen in der Rechtsprechung des EuGH können helfen, Transparenz und Vorhersehbarkeit zu sichern. Die Ausrichtung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den Einzelfall erleichtert die stetige Aktualisierung der Abwägungsgesichtspunkte und Fallgruppen sowie deren Überprüfung und gegebenenfalls Verwerfung. Weiteres Potential zur Wahrung der Flexibilität von Legislative und Exekutive birgt die Verhältnismäßigkeitsprüfung insoweit, als auf ihren Stufen Spielräume eingeräumt werden können, die mit einer gerichtlichen Kontrollrücknahme korrespondieren.<sup>16</sup> Auch können die Anforderungen an die Regelungsdichte der Eingriffsgrundlage zurückgenommen werden.

#### **D. Analyse und Kritik der Rechtsprechung des EGMR**

Die Untersuchung der Rechtsprechung des EGMR hat ergeben, dass er Schutzbereich und Eingriff der EMRK-Rechte grundsätzlich weit auslegt. Insbesondere hat er die sich aus den Art. 15, 16, 17, 57 und Art. 35 Abs. 3 EMRK ergebenden Ansätze nicht genutzt, um Großformeln zu entwickeln, die alle EMRK-Rechte begrenzen würden.<sup>17</sup> Auch die sogenannten impliziten Beschränkungen, die der EGMR zu den Verfahrensrechten gemäß Art. 6 und Art. 13 EMRK und dem Recht auf Bildung gemäß Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls sowie der Wahlfreiheit gemäß Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls entwickelt hat, stellen keine Begrenzungen von Schutzbereich oder Eingriff, sondern Varianten der Verhältnismäßigkeitsprüfung dar.

Auch beschränken sich die in der Rechtsprechung des EGMR identifizierbaren Schutzbereichsbegrenzungen auf wenige Fälle.<sup>18</sup> Zum Recht auf negative Meinungsfreiheit gemäß Art. 10 EMRK hat der EGMR ein Auskunftsverweigerungsrecht vom Schutzbereich ausgeschlossen, soweit es den Rechten der Auskunftssuchenden und Dritten zuwiderliefe. Die Eröffnung des Schutzbereichs des weltanschaulichen Erziehungsrechts gemäß Art. 2 S. 2 des 1. Zusatzprotokolls hat er davon abhängig gemacht, ob die in Frage stehenden Überzeugungen mit der Würde des Menschen oder dem Recht des Kindes auf Erziehung vereinbar sind und in einer demokratischen Gesellschaft Anspruch darauf haben, respektiert zu werden. Die häufigeren Eingriffsbegrenzungen lassen sich den Kriterien der Unmittelbarkeit, Finalität und Imperativität, der Intensität der Beeinträchtigung bzw. einer Bagatellgrenze sowie dem Verweis auf alternative Formen der Freiheitsausübung zuordnen.

Diese Begrenzungen weisen erhebliche Begründungs- und Transparenzdefizite auf. Schon die Darstellung in der jeweiligen Entscheidung lässt teilweise mangels Abgrenzung der Prüfungsstufen kaum Rückschlüsse darauf zu, ob der Entscheidung des EGMR, dass keine Verletzung der EMRK vorliegt, eine Begrenzung von Schutzbereich oder Eingriff oder die Rechtfertigung eines Eingriffs zugrunde liegt. Begründungen fehlen teilweise ganz oder werden nur angerissen. Jedenfalls weisen die Begrenzungen fast durchgängig ein Rationalitätsdefizit auf.<sup>19</sup> Bis auf die Anforderungen, die der EGMR an die Entziehung des Eigentums als besondere Eingriffsform gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 2 des 1. Zusatzprotokolls stellt, können die angeführten bzw. angedeuteten Begründungsansätze nicht überzeugen. Dagegen lassen sich die identifizierten Begrenzungskriterien in die Verhältnismäßigkeitsprüfung integrieren. Rechte Dritter können im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des EGMR als legitime Zwecke eines Eingriffs und die Vereinbarkeit einer Überzeugung mit demokratischen Maßstäben im Rahmen der Angemessenheitsprüfung berücksichtigt werden. Die Ansätze zu den Eingriffsbegrenzungen lassen sich vorzugswürdig im Schutzbereich, auf Schrankenebene oder über die Modifizierung prozessualer Beweis- und Substantiierungspflichten umsetzen. Auch dabei kann der EGMR teilweise an bestehende Rechtsprechungslinien anknüpfen.

---

<sup>16</sup> Dazu und zum Folgenden für die Wirtschaftsgrundrechte Vierter Teil C. II. 6. f) und g).

<sup>17</sup> Vierter Teil A. I.

<sup>18</sup> Vierter Teil A. II.

<sup>19</sup> Vierter Teil C. I.

Zusammenfassend<sup>20</sup> lassen sich die identifizierbaren Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff in der Rechtsprechung des EGMR in erster Linie auf die unscharfe Abgrenzung der Prüfungsschritte des Schutzbereich-Eingriff-Schranken-Schemas und auf deren geringe abstrakte Ausdifferenzierung und inhaltliche Durchdringung zurückführen. Eine stärker dogmatische Ausrichtung würde dem Ansatz des EGMR von der grundsätzlich weiten Auslegung der EMRK-Rechte eher gerecht und trüge erheblich zur Transparenz und Vorhersehbarkeit seiner Entscheidungspraxis bei.

## **E. Analyse und Kritik der Rechtsprechung des EuGH**

Die Untersuchung der Rechtsprechung des EuGH hat ergeben, dass er zwar in jüngerer Zeit sowohl das Schutzbereich-Eingriff-Schranken-Schema konsequenter und ausdifferenzierter angewendet als auch Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff ausführlicher begründet hat. Allerdings mangelt es trotz der teilweise ausdrücklichen Bezugnahme immer noch an der von Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh gebotenen Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, sodass die identifizierbaren Begrenzungen immer noch erhebliche Rationalitätsdefizite aufweisen. Die kohärenzsichernde Auslegungsregel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh ist insbesondere auch auf das Eigentumsrecht gemäß Art. 17 GRCh anzuwenden.<sup>21</sup> Ansätze in der Literatur, welche die Rechtsprechung des EGMR zum Eigentumsrecht bei der Auslegung der Charta nur im Rahmen der Berufsfreiheit nach Art. 15 GRCh, der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRCh, der sozialen Rechte des Art. 34 GRCh oder des Grundsatzes des Vertrauensschutzes berücksichtigen wollen, können nicht überzeugen. Auch die in der Rechtsprechung des EuGH identifizierbaren Motive bei den Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff der Wirtschafts- und Verteidigungsrechte, nämlich die effektive Durchsetzung bzw. Förderung von Binnenmarkt und Wettbewerb, können keine Ausnahme von der Regelung des Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh begründen.<sup>22</sup>

## **I. Schutzbereich**

Der punktuelle Vergleich der Rechtsprechung von EuGH und EGMR hat gezeigt, dass sich die Schutzbereichsbegrenzungen zum Eigentumsrecht und zu den Verteidigungsrechten in der Rechtsprechung des EuGH überwiegend nicht mit der Rechtsprechung des EGMR zu den entsprechenden EMRK-Rechten vereinbaren lassen.

### **1. Eigentumsrecht**

Zumindest der Ansatz des EuGH, Vermögenspositionen aus dem Schutzbereich des Eigentumsrechts gemäß Art. 17 GRCh auszuschließen, wenn ihr künftiger Erwerb ungewiss ist, ist mit der Rechtsprechung des EGMR zum sogenannten *legitimate expectation*-Test zum Eigentumsrecht gemäß Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zu vereinbaren.<sup>23</sup> Sollte die insofern nicht eindeutige Rechtsprechung des EuGH allerdings so zu deuten sein, dass auch beitragsunabhängige Rechtspositionen aus Sozialversicherungen nicht vom Schutzbereich des Eigentumsrechts umfasst sind, widerspräche dies der Rechtsprechung des EGMR, der mittlerweile ausdrücklich entschieden hat, dass eine Beitragsleistung für die Eröffnung des Schutzbereichs des Eigentumsrechts keine Rolle spielt.<sup>24</sup>

Auch die in der Rechtsprechung des EuGH identifizierbaren Ansätze zur normgeprägten Auslegung des Schutzbereichs des Eigentumsrechts lassen sich nicht mit der Rechtsprechung des

---

<sup>20</sup> Vierter Teil D.

<sup>21</sup> Dazu und zum Folgenden Vierter Teil C. II. 1. b) aa).

<sup>22</sup> Vierter Teil C. II. 5. c).

<sup>23</sup> Vierter Teil B. II. 8. a) aa) und C. II. 1. a).

<sup>24</sup> Vierter Teil B. II. 8. a) dd).

EGMR vereinbaren.<sup>25</sup> So hat der EuGH bestehende Vermögenspositionen aus dem Schutzbereich des Eigentumsrechts ausgeschlossen, wenn ein zur Rückforderung berechtigender Rechtsverstoß bei Erwerb bzw. eine bei Erwerb im einfachen Recht angelegte Ausübungsbeschränkung vorlag, sowie konkrete Marktpositionen im Rahmen einer Gemeinsamen Marktordnung. Auch deutete sich mit der Begründung der Volatilität der Regelungsgrundlage, einer Gemeinsamen Marktordnung, der Ausschluss von Quoten und Referenzmengen aus dem Schutzbereich an. Dagegen umfasst nach der Rechtsprechung des EGMR der Schutzbereich des Eigentumsrechts alle wirtschaftlichen Positionen, die nach den tatsächlichen und/oder rechtlichen Umständen des Einzelfalls in ihrer Gesamtheit dem Inhaber einen materiellen Vorteil verleihen.<sup>26</sup> Insbesondere der *legitimate expectation*-Test in der Rechtsprechung des EGMR fragt nur, ob eine berechtigte Erwartung auf die künftige vermögenswerte Realisierung einer Position besteht, aber nicht, ob ein Betroffener darauf vertrauen darf, dass seine bestehende vermögenswerte Position künftig nicht durch eine Änderung der Rechtslage eingeschränkt oder entzogen wird.

## 2. Verteidigungsrechte

Der Ansatz des EuGH, anwaltliche Tätigkeiten, die in keiner Verbindung zu einem konkreten Gerichts- oder Verwaltungsverfahren stehen, sowie die Kommunikation mit Syndikusanwälten vom Anwaltsprivileg und vom Schutzbereich der Verteidigungsrechte auszunehmen, widerspricht entgegen Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh in analoger Anwendung der Rechtsprechung des EGMR zum Schutz der anwaltlichen Kommunikation.<sup>27</sup> Spätestens seit der Entscheidung in der Sache *Michaud* erfasst der Schutzbereich des Rechts auf Achtung der Korrespondenz nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR unterschiedslos die Kommunikation mit Anwälten. Auch soweit der EuGH in seiner insofern nicht eindeutigen Rechtsprechung die Eröffnung von Anwaltsprivileg und Schutzbereich der Verteidigungsrechte für die Kommunikation mit einem Anwalt davon abhängig macht, dass der Anwalt in einem EU-Mitgliedsstaat zugelassen ist, widerspricht dies entgegen Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh in analoger Anwendung der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK.<sup>28</sup>

## II. Eingriff

Die identifizierbaren Eingriffsbegrenzungen in der Rechtsprechung des EuGH können den Kriterien der Vorhersehbarkeit, der Intensität, der Finalität, der Unmittelbarkeit sowie dem Verweis auf alternative Formen der Freiheitsausübung zugeordnet werden.<sup>29</sup> Sie lassen sich überwiegend weder mit der Rechtsprechung des EGMR zu den entsprechenden EMRK-Rechten in Verbindung mit Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh vereinbaren, noch lassen sie sich für den Eingriff in die Chartarechte ohne Pendant in der EMRK rational begründen.

Auch soweit der EuGH einen Eingriff in die Verteidigungsrechte gemäß Art. 48 Abs. 2 GRCh durch einfachrechtliche Beschränkungen und Bedingungen, mit denen die Ausübung des Anwaltsberufs verbunden ist, ausgeschlossen hat, ist dieser Ansatz nicht mit den Entscheidungen des EGMR zu Art. 8 EMRK in den Rechtssachen *André and Another* und *Michaud* in Verbindung mit Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh in analoger Anwendung vereinbar.<sup>30</sup>

An die Entziehung des Eigentums stellt der EuGH allerdings keine höheren Anforderungen als der EGMR, der ebenfalls nicht auf die Finalität der Maßnahme, sondern auf den vollständigen

---

<sup>25</sup> Vierter Teil B. II. 8. a) bb) und cc).

<sup>26</sup> Vierter Teil C. II. 1. b) bb) und cc).

<sup>27</sup> Vierter Teil B. II. 12. a) aa) und cc).

<sup>28</sup> Vierter Teil B. II. 12. a) bb).

<sup>29</sup> Vierter Teil C. II. 3.

<sup>30</sup> Vierter Teil C. II. 4.

Verlust des Vermögenswertes bzw. eine gewisse Schwere des Verlusts abstellt.<sup>31</sup> Auch soweit der EuGH die Entziehung des Eigentums durch das Einfrieren von wirtschaftlichen Ressourcen von mit terroristischen Gruppierungen verbundenen Personen aufgrund des Zwecks der Maßnahme abgelehnt hat, ist dies mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar, der Maßnahmen nicht als Entziehung des Eigentums einordnet, wenn sie darauf abzielen, ein Verbot der rechtswidrigen Benutzung durchzusetzen.

### III. Skizze der alternativen Konfliktlösung

Der vierte Teil der Arbeit skizziert auf der Schrankenebene alternative Lösungsansätze für die von den identifizierten Begrenzungen vorwiegend betroffenen und für die Union typischen Konflikte der wirtschaftlich ausgerichteten Freiheitsbetätigung bzw. deren verfahrensrechtlichen Schutz einerseits und der hoheitlichen Durchsetzung des Binnenmarkts sowie der Förderung des Wettbewerbs andererseits.

#### 1. Wirtschaftsgrundrechte

Die mit den Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff der Wirtschaftsgrundrechte vom EuGH bezweckte Wahrung der Flexibilität der rechtsetzenden und rechtumsetzenden Unionsorgane und Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Binnenmarkts und der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts kann anstatt durch die Begrenzung des *prima facie*-Grundrechtsschutzes durch eine gewisse Relativierung der grundrechtlichen Bindungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gesichert werden.

Verschiedene Ansätze, die sich dazu in Literatur wie Rechtsprechung finden, sind allerdings abzulehnen.<sup>32</sup> Der in früheren Entscheidungen des EuGH häufige Verzicht auf eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung ist jedenfalls mit den Vorgaben des Art. 52 Abs. 1 GRCh nicht vereinbar und ein bloßer Verweis auf die vorangegangene Prüfung des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit oder der Grundfreiheiten lässt die besondere Bedeutung des subjektiven Grundrechtsschutzes außer Acht. Soweit der Verweis auf die gesellschaftliche Funktion der Wirtschaftsgrundrechte in verschiedenen Entscheidungen des EuGH so gedeutet wird, dass diese *per se* einem eingeschränkten Verhältnismäßigkeitsmaßstab unterworfen sein sollen, ist ein solcher funktionaler Ansatz abzulehnen. Auch der Vorbehalt in Art. 16 GRCh hinsichtlich des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten lässt sich nicht als Einschränkung der Verhältnismäßigkeitsprüfung deuten.

Vielmehr kann die Rekonstruktion einer gerichtlichen Kontrollrücknahme skizziert werden.<sup>33</sup> Für die rechtsetzenden und rechtumsetzenden Organe der Union und die Mitgliedstaaten sind Spielräume und eine korrespondierende Kontrollrücknahme beim EuGH für alle Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu gewähren, soweit und solange Prognoseunsicherheiten hinsichtlich der Auswirkungen der jeweiligen Maßnahme bestehen. Solche Prognosespielräume rechtfertigen sich grundsätzlich aus der erhöhten Sachnähe und Sachkompetenz der rechtsetzenden und rechtumsetzenden Unionsorgane sowie der Mitgliedstaaten. Diese haben einen Beurteilungsvorsprung, den der EuGH mangels Ausstattung, aufgrund des zeitlichen Abstands und eines engeren zeitlichen Entscheidungsrahmens nicht aufholen kann. Sofern besonders hohe Prognoseunsicherheiten in besonders volatilen Regelungsbereichen bestehen, hat sich die Kontrolle des EuGH auf eine Evidenzkontrolle und die Rüge des Ermessensmissbrauchs zu beschränken. Die Evidenzkontrolle fragt danach, ob die jeweilige Maßnahme offensichtlich ungeeignet, offensichtlich nicht erforderlich oder offensichtlich unangemessen war bzw. ob die

---

<sup>31</sup> Vierter Teil B. II. 8. c).

<sup>32</sup> Vierter Teil C. II. 6. a) – e).

<sup>33</sup> Vierter Teil C. II. 6. f).

zugrunde liegenden Tatsachen und Informationen offensichtlich fehlerhaft ermittelt bzw. beschafft wurden. Dies bedeutet eine Umkehrung der im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung grundsätzlich dem Hoheitsträger obliegenden Argumentationslast zulasten des Grundrechtsträgers. Allerdings hat der EuGH, auch soweit im jeweiligen Regelungsbe- reich grundsätzlich Prognoseunsicherheit besteht, im Hinblick auf die konkrete Maßnahme stets zu prüfen, ob der Spielraum und die Kontrollrücknahme nach dem konkret betroffenen Teilbe- reich, dem Wesen des betroffenen Chartarechts, der Art und Schwere des Eingriffs sowie des- sen Zweck einzuschränken sind. Die bisher zu beobachtende Zurückhaltung des EuGH bei der Begründung von Vorliegen und Umfang der Spielräume und der Kontrollrücknahme ist aufzu- geben. Zur Entlastung des umfassend an die Grundrechte gebundenen Gesetzgebers können im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR zudem die Anforderungen an die Regelungsdichte einer Eingriffsgrundlage gesenkt werden, wenn die Regelung vielgestaltige Sachverhalte be- trifft und/oder Prognoseentscheidungen erfordert.<sup>34</sup> Dabei sind nach der Rechtsprechung des EGMR allerdings verfahrensrechtliche Sicherheiten vorzusehen.

## **2. Verteidigungsrechte**

Die das Anwaltsprivileg bzw. den Schutzbereich der Verteidigungsrechte in der Rechtspre- chung des EuGH begrenzenden Aspekte der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Zulassung in einem Mitgliedstaat können auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht berück- sichtigt werden, ohne mit der Rechtsprechung des EGMR in Konflikt zu geraten. Die Prämisse des EuGH, maßgeblicher Grund für das Anwaltsprivileg sei die Mitgestaltung der Rechtspflege im öffentlichen Interesse als Aufgabe der Anwälte, ist nicht mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar.<sup>35</sup> Denn danach liegt der Grund des Anwaltsprivilegs im besonderen Vertrauensver- hältnis zwischen Anwalt und Mandant als Voraussetzung der effektiven Wahrnehmung der Verteidigungsrechte im Interesse des Mandanten.

Allerdings kann ein etwaiger Missbrauch des Anwaltsprivilegs in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt wer- den.<sup>36</sup> Eine abstrakt-generelle Gefahr des Missbrauchs durch Syndikusanwälte aufgrund ihrer organisatorischen Nähe zum betroffenen Unternehmen, der eingeschränkten Unabhängigkeit und der gegebenenfalls fehlenden nationalen berufs- und/oder standesrechtlichen Bindungen lässt sich aber nicht feststellen. Die im Einzelfall möglichen Ausnahmen vom Anwaltsprivileg – insbesondere bei anwaltlicher Mitwirkung oder Verdeckung hinsichtlich eines wettbewerbs- rechtlichen Verstoßes – müssen nach der Rechtsprechung des EGMR genau umrissen und von Garantien gegen hoheitlichen Missbrauch begleitet sein. Es bedarf der vorherigen Genehmi- gung durch ein Gericht des betroffenen Mitgliedstaats und dessen Prüfungsbefugnis bezüglich der Rechtmäßigkeit der Maßnahme. Diesen Anforderungen genügen insbesondere die Rege- lungen zu den wettbewerbsrechtlichen Nachprüfungsbefugnissen der Kommission nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 nicht.

## **III. Fazit und Ausblick**

Die identifizierten Begrenzungen von Schutzbereich und Eingriff in der Rechtsprechung des EuGH können überwiegend nicht überzeugen.<sup>37</sup> Eine Änderung dieser Rechtsprechung hin- sichtlich der Verteidigungsrechte kann der EuGH auf die Entscheidung des EGMR in der Sache

---

<sup>34</sup> Dazu und zum Folgenden Vierter Teil C. II. 6. g).

<sup>35</sup> Dazu und zum Folgenden Vierter Teil C. II. 7. a).

<sup>36</sup> Dazu und zum Folgenden Vierter Teil C. II. 7. b) – e).

<sup>37</sup> Vierter Teil E.

*Michaud* stützen. Andernfalls hat diese Rechtsprechung, die sich auch nicht über eine Umsetzung auf Schrankenebene mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbaren lässt, das Potential, den *Bosphorus*-Vorbehalt zu aktivieren.<sup>38</sup>

Hinsichtlich der Wirtschaftsgrundrechte kommt eine Rechtsprechungsänderung angesichts neuer grundrechtlicher Gefährdungslagen im Bereich der Wirtschaftsregulierung in Betracht. Dabei bietet sich als dogmatischer Anknüpfungspunkt in Anlehnung an die deutsche Zivilrechtsdogmatik das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an, das in der Rechtsprechung des EuGH bereits Erwähnung findet.

In der Rechtsprechung des EuGH finden sich in jüngerer Zeit zwar auch Anzeichen dafür, dass seine Bereitschaft zunimmt, sich der Entscheidungspraxis des EGMR anzunähern. Andererseits deuten die identifizierten Begrenzungen des Schutzbereichs der Wirtschaftsgrundrechte und der Verteidigungsrechte und teilweise auch die Begrenzungen des Eingriffs auf ein gewährleistungsrechtlich ausgerichtetes Grundrechtsverständnis des EuGH zugunsten der Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit der Hoheitsträger zumindest bei der Durchsetzung von Binnenmarkt und Wettbewerb hin. Ob der EuGH seine Rolle als nach seiner Ablehnung des Beitrittsabkommens zur EMRK vorerst einziges Grundrechtsgericht in der Union annehmen wird, um einen eher auf das Individuum ausgerichteten und naturrechtlich geprägten Ansatz ähnlich dem des EGMR zu entwickeln, bleibt abzuwarten. Die aktuelle Krise in der Union mag ihm einen Impuls zur Stabilisierung der Grundrechte als Grundwerte des Projekts der Union geben, oder aber dazu, sich zur Rettung der europäischen Idee auf die erfolgreichen Anfänge der Union als Wirtschaftsunion zurückzuziehen.

---

<sup>38</sup> Dazu Zweiter Teil B. III. 2. c).