

# ABHANDLUNGEN

## Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht

Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidungen aus  
Dublin, Straßburg und Luxemburg zum irischen  
Informationsverbot für Abtreibungen

*Christine Langenfeld<sup>1</sup> und Andreas Zimmermann<sup>2</sup>*

- I. Einleitung
- II. Zur Rechtslage in Irland
  - A. Ausgangslage
  - B. Die Entscheidungen im Fall *Attorney General at the Relation of the Society for the Protection of Unborn Children v. Open Door Counselling a.o.*
    - 1) Die Entscheidung des High Court vom 19. Dezember 1986
    - 2) Die Entscheidung des Supreme Court vom 16. März 1988

---

<sup>1</sup> Dr. iur., Referentin am Institut.

<sup>2</sup> LL.M. (Harvard), Referendar, Assistent am Institut.

Abkürzungen: Abl. = Amtsblatt; BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); CMLR = Common Market Law Reports; D.R. = Decisions and Reports (der Europäischen Kommission für Menschenrechte); ECHR = European Convention on Human Rights; ECJ = European Court of Justice; EEC = European Economic Community; EG = Europäische Gemeinschaften; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EKMR = Europäische Kommission für Menschenrechte; EMRK = Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte; EuGH = Gerichtshof der EG; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EuR = Europarecht; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EWG(V) = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Vertrag); GG = Grundgesetz; Kom. = Kommission der EG; RIW = Recht der internationalen Wirtschaft; (verb.) Rs. = (verbundene) Rechtssachen; Slg. = Sammlung; VVdStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer.

- C. Die Entscheidungen im Fall *Society for the Protection of Unborn Children v. S. Grogan a.o.*
  - 1) Die Entscheidung des High Court vom 7. September 1988
  - 2) Die Entscheidung des Supreme Court vom 28. Juli 1989
  - 3) Die Entscheidung des High Court vom 11. Oktober 1989
  - 4) Die Entscheidung des Supreme Court vom 19. Dezember 1989
- III. Europäische Menschenrechtskonvention
  - A. Zu Art. 10 der Konvention
  - B. Zu Art. 8 der Konvention
  - C. Zu Art. 14 der Konvention
  - D. Ausblick
- IV. Europäisches Gemeinschaftsrecht
  - A. Die Entscheidung des EuGH im Fall *Society for the Protection of Unborn Children v. S. Grogan a.o.*
  - B. Die Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 59ff. EWGV
    - 1) Begriff der Dienstleistung i.S. der Art. 59ff. EWGV
    - 2) Inhalt der Dienstleistungsfreiheit
    - 3) Art. 59 EWGV – ein Diskriminierungs- oder allgemeines Beschränkungsverbot
    - 4) Allgemeininteresse und Verhältnismäßigkeit als Teilaspekte des Beschränkungs-begriffs des Art. 59 EWGV
  - C. Vereinbarkeit mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts
    - 1) Grundrechtsschutz auf der Gemeinschaftsebene
    - 2) Bindung der Mitgliedstaaten an die allgemeinen Rechtsgrundsätze
    - 3) Gemeinschaftsrecht und EMRK
      - a) Anerkennung des Vorranganspruchs der EMRK durch das Gemeinschaftsrecht
      - b) Kollisionsfälle
      - c) Verschränkung zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK
- V. Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts für das Verständnis der EMRK

### I. Einleitung

Nach wie vor beherrscht die Frage der rechtlichen Regelung der Schwangerschaftsunterbrechung wie kaum ein anderes Thema die derzeitige rechtspolitische Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland<sup>3</sup>. In der Republik Irland, wo diese Frage durch eine 1983 im Wege eines Referendums eingeführte Verfassungsänderung geklärt schien, war es zu Versuchen gekommen, das dort geltende absolute Abtreibungsverbot unter Zuhilfenahme der Möglichkeiten von Schwangerschaftsunterbrechungen im Ausland, insbesondere in Großbritannien, zu umgehen. Nachdem die irischen Gerichte die Verbreitung von Informationen über solche Möglichkeiten bzw. eine entsprechende Beratung Schwangerer untersagt hat-

<sup>3</sup> Vgl. hierzu A. Eser, Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 1991, 291 ff.

ten, war versucht worden, dieses Verbot unter Zuhilfenahme überstaatlicher Rechtsschutzinstanzen zu durchbrechen. Entsprechende Entscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des EuGH liegen bereits vor. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist für den Herbst 1992 zu erwarten. Anhand dieser Fallkonstellationen zeigen sich exemplarisch mögliche Friktionen zwischen verfassungsrechtlichen Grundlagen einzelner Nationalstaaten und den in den Verträgen zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, aber auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention zum Ausdruck kommenden gesamteuropäischen Rechtsüberzeugungen.

Die Wichtigkeit der hier diskutierten Fragestellung wurde vor kurzem in Irland auf drastische Weise deutlich. Nachdem das (vierzehnjährige) Opfer einer Vergewaltigung den Versuch unternommen hatte, die durch die Tat verursachte Schwangerschaft in Großbritannien unterbrechen zu lassen<sup>4</sup>, war ihr dies durch einen Beschluß des irischen High Court<sup>5</sup> untersagt worden. Kurz darauf hatte der irische Supreme Court als Berufungsinstanz dem Antrag der Betroffenen stattgegeben, zum Zwecke der Vornahme einer Abtreibung in das Vereinigte Königreich ausreisen zu dürfen<sup>6</sup>, da die Schwangere akut suizidgefährdet sei. Ausdrücklich *obiter* erklärte er freilich, daß in einem Fall, in dem keine akute Gefährdung für das Leben der Mutter vorliege, letztere an der Ausreise zu hindern sei, sofern diese zum Zwecke der Vornahme einer Schwangerschaftsunterbrechung im Ausland erfolge. Der sich in diesem Zusammenhang stellenden Frage nach der Vereinbarkeit eines Ausreiseverbots für Schwangere mit der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>7</sup> wie auch dem Gemeinschaftsrecht<sup>8</sup> kann allerdings im Rahmen vorliegender Überlegungen

---

<sup>4</sup> Vgl. zum faktischen Hintergrund und zur innenpolitischen Diskussion in Irland FAZ vom 24.2.1992, 3.

<sup>5</sup> Beschluß vom 17.2.1992, Text der Entscheidung wiedergegeben in The Irish Times vom 18.2.1992, 6. Die irische Presse spricht in diesem Zusammenhang von »the abortion case«. Der Name der Betroffenen ist unbekannt. Richter S. Egan am irischen Supreme Court verwendet die Bezeichnung »X«, vgl. The Irish Times vom 6.3.1992, 9.

<sup>6</sup> Beschluß vom 5.3.1992, Text der Entscheidung wiedergegeben in The Irish Times vom 6.3.1992, 5. Vgl. auch die (auszugsweise) Übersetzung der Entscheidung des Supreme Court mit der demnächst erscheinenden Anmerkung der Autoren in EuGRZ 1992, voraussichtlich Heft 11.

<sup>7</sup> Insoweit kommt in erster Linie ein Verstoß gegen die in Art. 2 Abs. 2 des 4. Zusatzprotokoll verbürgte Ausreisefreiheit in Betracht (für Irland am 29.10.1968 in Kraft getreten).

<sup>8</sup> Ein Ausreiseverbot stellt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, da insoweit die Inanspruchnahme einer Dienstleistung im Ausland verhindert wird. Durch die Richtlinie des Rates 73/148/EWG vom 21.5.1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufent-

nicht nachgegangen werden. Hierzu bedarf es einer eingehenden Untersuchung, die auch die Rechtslage und Praxis in anderen europäischen Staaten miteinbeziehen müßte und sich darüber hinaus mit der grundsätzlichen Frage des Verbotes bzw. der Pönalisierung einer im Ausland legal vorgenommenen Abtreibung auseinanderzusetzen hätte.

## II. Zur Rechtslage in Irland

### A. Ausgangslage

Seit jeher ist die Abtreibung in Irland strafbar<sup>9</sup>. Gegenwärtig bestimmt Art. 58 des *Offences Against the Person Act 1861*, daß sich eine Frau strafbar macht, welche vorsätzlich bei sich selbst eine Fehlgeburt einleitet. Art. 59 des gleichen Gesetzes pönalisiert die Abtreibung durch eine dritte Person. Diese einfachgesetzliche Regelung war zuletzt durch den *Health (Family Planning) Act* von 1979 bestätigt worden<sup>10</sup>.

Bereits vor der ausdrücklichen Unterschutzstellung des Fötus durch den 1983 eingeführten Art. 40.3.3 der irischen Verfassung<sup>11</sup> war es auch in der verfassungsrechtlichen Diskussion Irlands zu Auseinandersetzungen über die Frage der Abtreibung gekommen. Schon in der Entscheidung *McGee v. Attorney General* aus dem Jahre 1974<sup>12</sup>, die sich mit der Frage zu beschäftigen hatte, ob eine Frau verpflichtet werden könne, ein Kind auszutragen, obwohl ihr eigenes Leben gefährdet war, hatte der irische Oberste Gerichtshof ausgeführt, daß jede Abtreibung grundsätzlich nicht nur einen Verstoß gegen das öffentliche Wohl darstelle, sondern zugleich auch die geschützten persönlichen Rechte des ungeborenen Kindes tangiere<sup>13</sup>. Diese Haltung bestätigte der Gerichtshof im Jahre 1980, indem er ausdrücklich ausführte:

“(A child) has the right to life itself (...) whether before or after birth (...).

---

haltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und dem Dienstleistungssektor, ABl. L 172 vom 28.6.1973, 14 ff., wurde eine möglichst weitgehende Liberalisierung in bezug auf die essentiellen »Begleitrechte« Einreise, Aufenthalt und Ausreise der Teilnehmer am Dienstleistungsverkehr bezweckt.

<sup>9</sup> Erstmals war dieses Verbot in einem Gesetz aus dem Jahre 1803 enthalten.

<sup>10</sup> § 10 des Gesetzes lautet in Auszügen: “Nothing in this Act shall be construed as authorising: (a) the procuring of abortion (b) the doing of any other thing, the doing of which is prohibited by section 58 or 59 of the *Offences Against the Person Act 1861* (...)”.

<sup>11</sup> Hierzu sogleich unten.

<sup>12</sup> *Irish Reports* 1974, 284 (312).

<sup>13</sup> Zu dieser Entscheidung J. Kelly, *The Irish Constitution* (2. Aufl. 1984), 470.

The right to life necessarily implies the right to be born (...)”<sup>14</sup>.

Im Jahre 1983 schließlich ging der Gerichtshof ähnlich wie auch das deutsche Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1975<sup>15</sup> so weit, eine Schutzpflicht des Staates für das ungeborene Leben zu statuieren<sup>16</sup>. Kurz nachdem diese Entscheidung ergangen war, wurde der achte Verfassungszusatz<sup>17</sup> angenommen, in dem es heißt:

»Der Staat anerkennt das Recht des ungeborenen Lebens, mit gebührender Rücksicht auf das Leben der Mutter, und er verbürgt sich in seinen Gesetzen, dieses Recht zu achten und, soweit dies durchführbar ist, es zu verteidigen und zu schützen«<sup>18</sup>.

Die genauen Schlußfolgerungen, die aus dieser Verfassungsnorm zu ziehen sind – insbesondere dann, wenn auch das Leben der Mutter in Gefahr ist – waren bislang noch weitgehend ungeklärt<sup>19</sup>. Dies war teilweise auch darauf zurückzuführen, daß es bislang insoweit noch keine einfachgesetzlichen Regelungen zur Ausführung der Norm gibt<sup>20</sup>. Die jetzt hier zu diskutierenden Entscheidungen haben aber jedenfalls teilweise neues Licht auf das Verständnis dieser Norm geworfen. Zugleich wurde auch ihr Verhältnis zum Recht der Europäischen Gemeinschaften und zur Europäischen Menschenrechtskonvention klargestellt.

---

<sup>14</sup> Irish Reports 1980, 32 (69).

<sup>15</sup> BVerfGE 39, 1 ff.

<sup>16</sup> *Norris v. Attorney General*, Irish Reports 1984, 36 ff. (103); der Gerichtshof nahm insoweit auch auf die Präambel der irischen Verfassung Bezug, die starke religiöse Bezüge enthält; zur normativen Bedeutung der Präambel der Verfassung in Irland vgl. Kelly (Anm. 13), 4–6; für die Rechtslage unter dem Grundgesetz etwa BVerfGE 39, 1 (42 ff.).

<sup>17</sup> Allgemein zur verfassungsrechtlichen Entwicklung in Irland und den einzelnen Verfassungszusätzen vgl. J. Casey, *Constitutional Law of Ireland* (1987), 27 f.

<sup>18</sup> Übersetzung nach A. Kimmel, *Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten* (2. Aufl. 1990), 199.

<sup>19</sup> Kritisch auch M. Forde, *Constitutional Law of Ireland* (1987), 563 f.

<sup>20</sup> Der während der damaligen Debatte im irischen Parlament gemachte Vorschlag, die Art. 58 und 59 des *Offences Against the Person Act* in die Verfassung zu übernehmen, scheiterte im Abgeordnetenhaus, hierzu Forde, *ibid.*, 563; zur Irrelevanz eines fehlenden Ausführungsgesetzes im Hinblick auf die Frage der Illegalität der Information über die Möglichkeiten in Großbritannien vgl. die Entscheidung des High Court, *Irish Law Reports Monthly* 1987, 477 (478); hierzu unten B.1).

B. Die Entscheidungen im Fall *Attorney General at the Relation of the Society for the Protection of Unborn Children v. Open Door Counselling a.o.*

Die Frage, ob durch das verfassungsrechtliche Verbot der Abtreibung zugleich auch die Beratung schwangerer Frauen im Hinblick auf die Möglichkeiten einer Schwangerschaftsunterbrechung in Großbritannien verboten sei, war in Irland seit Ende 1986 Gegenstand verschiedener gerichtlicher Verfahren.

1) Die Entscheidung des High Court vom 19. Dezember 1986<sup>21</sup>

Ausgangspunkt ist die Entscheidung des irischen High Court<sup>22</sup> vom 19. Dezember 1986 in dem Fall *Attorney General at the Relation of the Society for the Protection of Unborn Children v. Open Door Counselling Ltd. and the Dublin Well-Woman Centre Ltd.* Gegenstand dieses Falles war die Frage, ob die Beratung schwangerer Frauen, die auch die Möglichkeit einer Schwangerschaftsunterbrechung mit einschließt, und die damit verbundene Weitergabe von Adressen von Krankenhäusern im Vereinigten Königreich, die solche Eingriffe vornehmen, gegen das irische Verfassungsrecht verstoßen. Da zunächst die Klagebefugnis der privaten Kläger streitig gewesen war, hatte der Generalstaatsanwalt dieses Verfahren als "relator" übernommen<sup>23</sup>. In einem solchen Fall wird der Attorney General als Vertreter des öffentlichen Interesses tätig, ohne daß das Gericht in eine gesonderte Prüfung der Klagebefugnis der ursprünglichen Kläger eintreten muß. Damit war die Frage des »standing« der ursprünglichen Kläger für das Gericht hier nicht mehr von Relevanz, da nach allgemeiner Überzeugung der Attorney General insoweit auch zur Durchsetzung allgemeiner öffentlicher Interessen tätig werden kann<sup>24</sup>.

In der Sache führte das Gericht aus, daß das ungeborene Kind einen Anspruch darauf habe, daß sein durch Art. 40.3.3 der irischen Verfassung geschütztes Recht durch niemanden verletzt werden dürfe. Es sei Auf-

<sup>21</sup> Irish Law Reports Monthly, *ibid.*, 477.

<sup>22</sup> Zur Struktur des irischen Gerichtssystems und der Wahrnehmung verfassungsgewaltiger Aufgaben durch den Supreme Court vgl. Kelly (Anm. 13), 210ff.

<sup>23</sup> Allgemein zu dieser Rechtsfigur siehe J. Casey, *The Office of the Attorney General in Ireland* (1980), Kapitel 10.

<sup>24</sup> Zu den Fragen der Klagebefugnis, die sich in diesem und den späteren damit zusammenhängenden Verfahren gestellt haben, siehe R. Humphreys/T. O'Dowd, *Locus Standi to Enforce the Constitution: Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Coogan*, Irish Law Times 1990, 14ff.

gabe der Gerichte, darüber zu wachen, daß es zu keiner solchen Verletzung komme. Insbesondere müsse daher jedes Gericht jede Beeinträchtigung dieses Rechtes als Verletzung der irischen Verfassung verstehen. Demgegenüber könnten auch weder die Meinungsfreiheit noch die Vereinigungsfreiheit ins Feld geführt werden<sup>25</sup>.

Im Hinblick auf das Recht der Europäischen Gemeinschaften<sup>26</sup> führte das Gericht lapidar aus, es handle sich insoweit um einen Sachverhalt, der keinen Bezug zum Ausland habe, da ausschließlich die Aktivitäten der Beklagten innerhalb Irlands betroffen seien. Daher könnten schon *per se* die Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts nicht von Relevanz sein<sup>27</sup>. Diese Aussage vermag jedoch in dieser Allgemeinheit kaum zu überzeugen<sup>28</sup>. Zwar liegt das Gericht im Ergebnis auf einer Linie mit der Argumentation des EuGH in der parallel gelagerten Rechtssache 159/90<sup>29</sup>, die Gegenstand des zweiten Teils vorliegender Abhandlung sein wird. Nur soviel sei bereits jetzt vorweggenommen: Die Verbreitung von Informationen über legale Schwangerschaftsabbrüche in Großbritannien steht in engem Zusammenhang mit der Möglichkeit, einen solchen Abbruch dort auch vornehmen zu lassen. Insoweit wird den betroffenen irischen Frauen die Ausübung des Rechts auf Inanspruchnahme einer Dienstleistung zumindest erschwert<sup>30</sup>. Hierin liegt zugleich der grenzüberschreitende Bezug, der gemeinschaftsrechtliche Anknüpfungspunkt vorliegender Konstellation.

Unbeeindruckt von derartigen Überlegungen erklärte das Gericht in Übereinstimmung mit dem Antrag des Attorney General die Aktivitäten der Beklagten im Lichte des Art. 40.3.3 der irischen Verfassung für in Irland unrechtmäßig und erließ einen Beschluß, demzufolge diese solche Aktivitäten in Irland zu unterlassen hätten.

---

<sup>25</sup> Irish Law Reports Monthly 1987, 500.

<sup>26</sup> Ausführlich zu diesen Fragen vgl. unten IV.

<sup>27</sup> Irish Law Reports Monthly, *ibid.*

<sup>28</sup> Kritisch insoweit auch B. McMahon/F. Murphy, European Community Law in Ireland (1989), 301.

<sup>29</sup> *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd./Grogan and Others*, Urteil vom 4.10.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 25 (im folgenden zitiert nach dem Vorabdruck des Urteils und des Sitzungsberichts). Vgl. zu der Entscheidung des EuGH ausführlich unten IV.

<sup>30</sup> Zur passiven Dienstleistungsfreiheit grundlegend der EuGH in den. verb. Rs. 286/82 und 26/83 (*Luisi und Carbone*), Slg. 1984, 377, Rdnr. 9ff.; S. Völker, Die passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1990) *passim*.

2) Die Entscheidung des Supreme Court vom 16. März 1988<sup>31</sup>

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des High Court wurde durch den Supreme Court in seinem Urteil vom 16. März 1988 verworfen. Dabei übernahm der Gerichtshof fast vollständig die Überlegungen der Vorinstanz und betonte insbesondere, daß kein von Verfassungen wegen geschütztes Recht bestehe, Hilfestellung für eine Schwangerschaftsunterbrechung im Ausland zu leisten, wenn dies als direkte Konsequenz zur Verletzung von Verfassungen wegen geschützter Rechtsgüter führen würde<sup>32</sup>.

Was die mögliche Tangierung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 des EWG-Vertrages anbelange, so sei keine Verpflichtung des Gerichtshofes zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gegeben. Zwar sei der irische Supreme Court ein letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 177 Abs. 3 EWGV. Jedoch könne sich aus der Dienstleistungsfreiheit allenfalls ein damit im Zusammenhang stehendes Recht ergeben, Informationen über solche Dienstleistungen zu erhalten<sup>33</sup>. Nicht geschützt durch Art. 59 EWGV sei demgegenüber eine mögliche materielle oder sonstige Hilfeleistung durch die Beklagten für die betroffenen Frauen, damit diese überhaupt als Empfänger der Dienstleistung auftreten könnten<sup>34</sup>. Durch die Klage solle aber lediglich gerade eine solche Hilfestellung untersagt werden, so daß der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit gar nicht eröffnet sei. Die rechtlichen Möglichkeiten der betroffenen Frauen, sich über solche in Großbritannien zu erbringenden Dienstleistungen zu informieren, würden durch das Urteil nicht beschränkt werden. Damit entfalle die Notwendigkeit der Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften<sup>35</sup>.

Dem kann so nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß bereits der Wortlaut der Untersagungsverfügung davon spricht, daß die Informationsweitergabe durch die Beklagte unzulässig ist<sup>36</sup>, wird es den betroffenen Frauen jedenfalls unmöglich gemacht, von seiten der Beklagten die notwendigen Informationen über Kliniken in Großbritannien zu

<sup>31</sup> Irish Law Reports Monthly 1989, 19ff.; hierzu Editorial, The Supreme Court Upholds the Rule of Law in the S.P.U.C. Case, Irish Law Times 1990, 1f.

<sup>32</sup> Irish Law Reports Monthly, *ibid.*, 27.

<sup>33</sup> Siehe dazu unten IV.B.2).

<sup>34</sup> Irish Law Reports Monthly 1989, 27f.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 28.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 29: "And it is ordered that the defendants (...) be perpetually restrained from (...) informing them (pregnant women, die Verf.) of the identity and location of and the method of communication with a specified clinic or clinics (...)"



erhalten. Damit wird den betroffenen Frauen zugleich auch die effektive Ausübung der passiven Dienstleistungsfreiheit potentiell erschwert. Richtigerweise hätte der irische Supreme Court als letztinstanzliches Gericht also bereits in diesem Verfahren eine Vorlage an den EuGH beschließen müssen<sup>37</sup>.

C. Die Entscheidungen im Fall *Society for the Protection of Unborn Children v. S. Grogan a.o.*

In einer zweiten Serie von Verfahren hatte die Society for the Protection of Unborn Children Ltd. selbst ein Verfahren gegen einige Studenten an dem University College Dublin angestrengt, um zu verhindern, daß diese den “Welfare Guide UCD 1988/89” veröffentlichen, in welchem unter anderem auch Informationen über Möglichkeiten eines Schwangerschaftsabbruchs im Vereinigten Königreich enthalten waren.

1) Die Entscheidung des High Court vom 7. September 1988<sup>38</sup>

Die Society for the Protection of Unborn Children hatte zunächst zu erreichen versucht, daß der Attorney General gegen die Herausgeber des “Welfare Guide” einschreite, um dessen Veröffentlichung zu verhindern. Nachdem dieser sich aber geweigert hatte, dies zu tun, leitete die Society for the Protection of Unborn Children selbst gerichtliche Schritte ein, um ein gerichtliches Verbot der Veröffentlichung zu erreichen. Das Gericht gelangte in seiner Entscheidung zu der Überzeugung, daß es keinesfalls Aufgabe der klagenden Vereinigung sei, die Einhaltung des Urteils des Supreme Court vom 16. März 1988<sup>39</sup> zu überwachen. Vielmehr komme allein dem Attorney General die Befugnis zu, gegebenenfalls gegen die Beklagten mit Hilfe der Gerichte einzuschreiten<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Zur Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte gemäß Art. 177 Abs. 3 EWGV vgl. nur J. Wohlfahrt, in: E. Grabitz (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag (Stand: Februar 1991), Art. 177 Rdnr. 48 ff. Die Vorlagepflicht war auch nicht etwa in Hinblick auf die *acte clair*-Doktrin des EuGH (Rs. 283/81 [C.I.L.F.I.T.]), Slg. 1982, 3415, Rdnr. 16 entfallen. Vgl. dazu Wohlfahrt, in: Grabitz (Hrsg.), *ibid.*, Rdnr. 53.

<sup>38</sup> Irish Law Reports Monthly 1989, 526 ff.

<sup>39</sup> Zu diesem Urteil vgl. oben die Ausführungen unter II.B.2).

<sup>40</sup> Irish Law Reports Monthly, *ibid.*, 527.

2) Die Entscheidung des Supreme Court vom 28. Juli 1989<sup>41</sup>

Gegen dieses Urteil, mit welchem die Klagebefugnis der klagenden Vereinigung verneint worden war, legte die Society for the Protection of Unborn Children Berufung zum Supreme Court ein. In seiner Entscheidung gab der Gerichtshof mit vier zu einer Stimme<sup>42</sup> der Berufung statt und bejahte deren eigene Klagebefugnis<sup>43</sup>. Er führte aus, daß jedenfalls dann, wenn nicht die Gültigkeit einer gesetzlichen Regelung durch den Kläger in Frage gestellt werde, ein *bona fide* begründetes Interesse an der Durchsetzung einer verfassungsrechtlichen Norm genügen müsse, um die Klagebefugnis einer privaten Vereinigung zu bejahen. Insbesondere dann, wenn der Träger des fraglichen Rechtsgutes, also der Embryo, nicht in der Lage sei, selbst die Durchsetzung seiner Rechte zu sichern, müsse dritten Personen ein solches Recht zugestanden werden. Andernfalls würde auch die den Gerichten obliegende Verantwortung zur Sicherung und zum Schutz der Verfassung teilweise leerlaufen<sup>44</sup>. Diese Entscheidung steht in Übereinstimmung mit früheren Urteilen des Gerichtshofes, in denen er die Klagen einzelner Bürger gegen den Abschluß bestimmter völkerrechtlicher Verträge für zulässig erachtet hat<sup>45</sup>. Bedenklich erscheint demgegenüber, daß mit der Entscheidung – jedenfalls dann, wenn man die weiten Formulierungen des Urteils ernst nimmt – praktisch in allen Fällen ein *bona fide* begründetes Interesse an der Durchsetzung einzelner verfassungsrechtlicher Normen auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen dargetan werden kann. Zugleich weist die Entscheidung auf eine mögliche Flut von Verfahren hin, in denen der Ehemann oder Verwandte der schwangeren Frau versuchen könnten, diese verpflichtet zu

---

<sup>41</sup> Irish Law Reports Monthly 1990, 70ff.

<sup>42</sup> Der Richter McCarthy dissentierte; der Wortlaut seiner abweichenden Meinung findet sich in Irish Law Reports Monthly, *ibid.*, 80ff.

<sup>43</sup> In diesem Verfahren war der Generalstaatsanwalt lediglich als "notice party" beteiligt worden. In dieser Position hat er lediglich die Möglichkeit, eine eigene Stellungnahme abzugeben, ist aber seinerseits nicht selbst Partei, vgl. *ibid.*, 70.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 73.

<sup>45</sup> *Crotty v. An Taoiseach*, Irish Reports 1987, 713ff., zur Einheitlichen Europäischen Akte; zu diesem Streit ausführlich A. Sherlock, Constitutional Law – Sovereignty, The Constitution and the Single European Act, Dublin University Law Journal 1987, 101ff. (109–113), ferner G. Hogan, The Supreme Court and the Single European Act, The Irish Jurist 1987, 55ff.; *McGimpsey v. Ireland and Others*, Irish Reports 1988, 567ff., zum sogenannten Hillsborough Agreement zwischen der Republik Irland und dem Vereinigten Königreich betreffend Nord-Irland.

lassen, keine Abtreibung vorzunehmen oder gar bestimmte Behandlungen an sich zu dulden, um den Fötus zu schützen<sup>46</sup>.

3) *Die Entscheidung des High Court vom 11. Oktober 1989*<sup>47</sup>

Nachdem der Supreme Court damit die Zulässigkeit der Klage bejaht hatte, mußte der High Court zu den materiellen Fragen Stellung nehmen. Die Richterin Carroll führte aus, daß die Frage der reinen Vermittlung von Informationen über Schwangerschaftsunterbrechungen durch den Supreme Court in seinem Urteil vom 16. März 1988<sup>48</sup> noch nicht entschieden worden sei. Nur so sei es auch zu verstehen, daß es dieser unterlassen habe, einen Vorlagebeschuß an den EuGH zu richten. Demgegenüber komme es im vorliegenden Falle entscheidend darauf an, ob sich aus Art. 59 des EWG-Vertrages ein Anspruch ergebe, Informationen über Abtreibungen in einem anderen Mitgliedstaat zu verbreiten. Die Beantwortung dieser Frage legte sie dem EUGH zur Entscheidung vor. Gleichzeitig weigerte sie sich jedoch, für den Zeitraum bis zur Entscheidung durch den EuGH eine Verbotsverfügung zu erlassen, da erst nach Klärung der Fragen des Gemeinschaftsrechts eine materielle Entscheidung möglich sei<sup>49</sup>.

4) *Die Entscheidung des Supreme Court vom 19. Dezember 1989*<sup>50</sup>

Auch gegen die Weigerung des High Court, für die Zwischenzeit die Untersagungsverfügung zu erlassen, wurde ein Rechtsmittel eingelegt, so daß sich der Supreme Court erneut mit der Frage beschäftigen mußte. Zunächst betonte der Supreme Court, daß das Rechtsmittel zulässig sei, da anders als in einer früheren Entscheidung<sup>51</sup> nicht der Vorlagebeschuß

---

<sup>46</sup> Kritisch in dieser Hinsicht auch *Humphreys/O'Dowd* (Anm. 24), 18: "(...) the parents or relatives of the unborn life have a private family right to seek to vindicate (its) right to life (...)"; zur Rechtslage in Großbritannien, wo sich diese Frage wiederholt den Gerichten gestellt hatte, vgl. die Entscheidungen *C. v. S. and others*, Queen's Bench Division, Law Reports 1988, 135 ff.

<sup>47</sup> CMLR 1990, 692 ff.

<sup>48</sup> Hierzu oben II.B.2).

<sup>49</sup> CMLR 1990, 694; obgleich die Entscheidung, dem EuGH vorzulegen, bereits am 11.10.1989 gefallen war, erfolgte die konkrete Formulierung der Vorlagefragen erst in einem Beschuß vom 5.3.1990; vgl. die Entscheidung des EuGH (Anm. 29), Rdnr. 1 ff.

<sup>50</sup> Irish Law Reports Monthly 1990, 350 ff. = CMLR 1990, 694 ff.

<sup>51</sup> *Campus Oil Ltd. v. Ministry for Industry and Energy*, Irish Reports 1983, 82 ff.

selbst Gegenstand der Berufung sei<sup>52</sup>. Er führte aus, daß es keine sachlichen Unterschiede zu seiner früheren Entscheidung im Fall *Attorney General at the Relation of the Society for the Protection of Unborn Children Ltd. v. Well-Woman Centre* gebe<sup>53</sup>, so daß auch im vorliegenden Falle das von Verfassungen wegen geschützte Leben des Embryos gesichert werden müsse. Der Gerichtshof vertrat in seiner Entscheidung dezidiert die Ansicht, daß auch dann, wenn sich aus dem Gemeinschaftsrecht ein Recht auf die Verbreitung der in Frage stehenden Informationen ergeben könne, gleichwohl zumindest bis zur Entscheidung dieser Frage durch den EuGH der Schutz der durch Art. 40.3.3 der irischen Verfassung verbürgten Rechte Vorrang genießen müsse<sup>54</sup>. Auch bestehe keine sich aus Art. 177 EWGV ergebende Verpflichtung des irischen Supreme Court, dem EuGH die Frage vorzulegen, ob der Erlaß der einstweiligen Verbotsverfügung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei. Bis auf die Beantwortung der Vorlagefrage liege die Verfahrensherrschaft ausschließlich bei den nationalen Gerichten<sup>55</sup>.

Demgegenüber hatte der EuGH in der Entscheidung *Factortame*<sup>56</sup> unter Berufung auf die praktische Wirksamkeit des Art. 177 EWGV ausgeführt, daß das nationale Gericht, das ihm Auslegungsfragen zur Vorabentscheidung vorgelegt habe, um über die Vereinbarkeit eines nationalen Gesetzes mit Gemeinschaftsrecht entscheiden zu können, die Möglichkeit haben müsse, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren und die Anwendung des beanstandeten nationalen Gesetzes auszusetzen, bis der Gerichtshof sein Auslegungsurteil gemäß Art. 177 EWGV erlassen habe. Dies folge aus der den nationalen Gerichten nach dem Gemeinschaftsrecht obliegenden Pflicht, den Rechtsschutz zu gewährleisten, der sich für die einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergebe. Die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts würde beeinträchtigt, wenn ein mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befaßtes Gericht durch eine Vorschrift des nationalen Rechts

---

<sup>52</sup> CMLR 1990, 697.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 698.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 699.

<sup>55</sup> Auch in seiner schriftlichen Erklärung in der Rs. 213/89 (*Factortame*), Slg. 1990, 2433 (2442f.) hatte Irland erklärt, daß sich die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zum Schutze (potentieller) gemeinschaftlicher Rechtspositionen ausschließlich nach nationalem Recht richte, die Verfahrensherrschaft also bis zur abschließenden Entscheidung des EuGH bei den nationalen Gerichten liege.

<sup>56</sup> *Ibid.*

daran gehindert werde, einstweilige Anordnungen zu erlassen<sup>57</sup>. Die besondere Schwierigkeit des Falles bestand freilich darin, daß im konkreten Fall – es ging um die Möglichkeit der Aussetzung eines britischen Parlamentsgesetzes – eine einstweilige Anordnung grundsätzlich nicht möglich war. Demgegenüber wäre eine solche einstweilige Verfügung nach irischem Recht vorliegend durchaus zulässig gewesen. Darüber hinaus ging es in der *Factortame*-Entscheidung darum, den Betroffenen im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung die weitere Ausübung ihrer aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden Rechte zu ermöglichen. Fraglich ist, ob auch umgekehrt eine Verpflichtung zum Nicht-Erlaß einer einstweiligen Anordnung besteht, wenn – wie hier – der Erlaß einer solchen einstweiligen Verfügung die Ausübung von Rechten unmöglich macht, die (möglicherweise) durch das Gemeinschaftsrecht garantiert sind. Auch bei einer solchen Konstellation geht es freilich um die Sicherung der aus der Gemeinschaftsrechtsordnung hergeleiteten Rechte, die Vorrang genießen vor entgegenstehendem nationalem Recht. Auch wenn dies nicht ausdrücklich Gegenstand des vom EuGH entschiedenen Falles war, so legt doch die Entscheidung zumindest nahe, stets dann eine Verpflichtung<sup>58</sup> zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch das betroffene nationale Gericht anzunehmen, wenn anders die »volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte«<sup>59</sup> nicht sichergestellt werden kann. Dementsprechend könnte dann auch eine Verpflichtung zum Nichterlaß einer einstweiligen Anordnung bestehen. Freilich stand in der *Factortame*-Entscheidung die wirtschaftliche Existenz der (potentiellen) Rechtsträger auf dem Spiel, wohingegen vorliegend lediglich die Veröffentlichung von Informationen über Abtreibungen in Großbritannien für die Zeit bis zum Erlaß der EuGH-Entscheidung hätte unterbleiben müssen.

Fraglich ist darüber hinaus weiter, ob eine solche Verpflichtung auch dann besteht, wenn insoweit ein von Verfassungs wegen geschütztes Recht – hier der Schutz des ungeborenen Lebens – hinter einer gemeinschaftlichen Rechtsposition zurücktreten müßte, deren Bestehen durch eine entsprechende Entscheidung des EuGH erst festgestellt werden soll. Angesichts der soeben aufgezeigten rechtlichen Unklarheiten wäre der irische Supreme Court allerdings jedenfalls in Hinblick auf die Frage, ob und in welcher Weise die Grundsätze der *Factortame*-Entscheidung auch

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, Rdnr. 17ff.

<sup>58</sup> Insoweit zurückhaltender Generalanwalt G. Tesaurò, *ibid.*, 2461f.

<sup>59</sup> *Ibid.*, Rdnr. 21.

auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, wohl zur Vorlage an den EuGH verpflichtet gewesen.

Demgegenüber ging Richter Walsh<sup>60</sup> in seiner Concurring Opinion davon aus, daß es wegen des Vorrangs des Art. 40.3.3 der irischen Verfassung vor dem Europäischen Gemeinschaftsrecht von vornherein kein Recht auf Verbreitung oder Empfang von Informationen betreffend die Durchführung von Abtreibungen geben könne<sup>61</sup>. Er führte insoweit aus, daß der 1983 in die Verfassung eingefügte 8. Verfassungszusatz, durch welchen die Abtreibung von Verfassungen wegen für unzulässig erklärt worden war, aus der Sicht des irischen Verfassungsrechts möglicherweise den bereits 1972 eingeführten Art. 29.4.3 der Verfassung<sup>62</sup> eingeschränkt habe, der Irlands Beitritt zu den Gemeinschaften ermöglicht hatte<sup>63</sup>. Interessant ist dabei insbesondere, daß Richter Walsh für die irischen Gerichte die ausschließliche Kompetenz in Anspruch nimmt, das Rangverhältnis zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem irischem (Verfassungs-) Recht zu bestimmen. Nach seiner Ansicht könne das Gemeinschaftsrecht unter keinen Umständen einen Mitgliedstaat verpflichten, Aktivitäten zu erlauben, welche den in der nationalen Verfassung niedergelegten fundamentalen Grundrechten widersprüchen<sup>64</sup>. Diese Frage hatte sich bis zu diesem Zeitpunkt für die irischen Gerichte noch

<sup>60</sup> CMLR 1990, 700 (703f.).

<sup>61</sup> Zum Verhältnis zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem irischem Recht vgl. F. Murphy, *The European Community and the Irish Legal System*, in: D. Coombes (Hrsg.), *Ireland and the European Communities: Ten Years of Membership* (1983), 29ff.; McMahon/Murphy (Anm. 28), 235ff., insbesondere 256ff., zum Rangverhältnis zwischen beiden Rechtsordnungen.

<sup>62</sup> Art. 29.4.3 der irischen Verfassung lautet: »Der Staat kann Mitglied der (...) Europäischen Kohle- und Stahl-Gemeinschaft, der (...) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der (...) Europäischen Atomenergiegemeinschaft werden. Keine Vorschrift dieser Verfassung macht staatliche Gesetze, Handlungen oder Maßnahmen ungültig, die in Erfüllung der Mitgliedschaftspflichten in den Gemeinschaften erlassen oder vorgenommen wurden, oder hindert derartige von den Gemeinschaften oder ihren Institutionen erlassenen Gesetze, Handlungen oder Maßnahmen daran, Rechtskraft zu erlangen« (Übersetzung nach Kimmel [Anm. 18], 192).

<sup>63</sup> CMLR 1990, 703.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 704; das Bundesverfassungsgericht spricht in einem ähnlichen Zusammenhang davon, daß es Art. 24 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes nicht ermögliche, die »Identität der geltenden Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in ihr Grundgefüge in die sie konstituierenden Strukturen preizzugeben«, BVerfGE 73, 339 (375f.); zum ganzen aus deutscher Sicht vgl. M. Herdegen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Bindung deutscher Verfassungsorgane an das Grundgesetz*, EuGRZ 1989, 309 (309).

kaum gestellt<sup>65</sup>. Lediglich im Fall *Campus Oil Ltd. v. Minister for Industry and Energy*<sup>66</sup> aus dem Jahre 1982 hatte der Supreme Court zu der Frage Stellung nehmen müssen, ob auch gegen einen Vorlagebeschluß des High Court nach Art. 177 EWGV das durch Art. 34.4.3 der irischen Verfassung garantierte Rechtsmittel der Berufung gegeben sei. Nachdem der Supreme Court festgestellt hatte, daß eine solche Berufung gegen Art. 177 EWGV verstoßen würde<sup>67</sup>, führte er aus, daß das Gemeinschaftsrecht insoweit Art. 34 der irischen Verfassung einschränke. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, daß Art. 34.4.3 der irischen Verfassung selbst davon spricht, daß der Supreme Court »unbeschadet anderweitiger gesetzlicher Regelungen« Berufungsinstanz gegen Entscheidungen des High Court ist, mithin also die Verfassung selbst einen Vorbehalt auch für einfachgesetzliche Regelungen enthält<sup>68</sup>. Zum anderen scheint aus dieser Entscheidung deutlich zu werden, daß sich der Vorrang des Gemeinschaftsrechts lediglich aus Art. 29.4.3 der Verfassung selbst ergibt<sup>69</sup> mit der Folge, daß spätere Verfassungszusätze nach allgemeinen Regeln dem Vorrang des Gemeinschaftsrecht nicht unterworfen wären. Es bleibt abzuwarten, wie sich die irischen Gerichte in einem Konfliktfall verhalten würden<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Eine allerdings wesentliche Ausnahme hiervon, die jedoch einen anderen Aspekt betraf, war der Streit um die Frage, ob es in Irland zur Ratifikation der Einheitlichen Europäischen Akte einer Verfassungsänderung bedurfte; zu dieser Frage J. Lang, *The Irish Court Case which Delayed the Single European Act: Crotty v. An Taoiseach and others*, CMLR 1987, 709ff.

<sup>66</sup> Irish Reports 1983, 82ff.; hierzu O. Keefe, *Preliminary Defence: The Supreme Court and Community Law*, Dublin University Law Journal 1983, 286ff.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu die Entscheidung des EuGH in der Rs. 166/73 (*Rheinmühlen*), Slg. 1974, 33ff., Rdnr. 4. Danach ist die Befugnis des innerstaatlichen Gerichts, dem Gerichtshof Fragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorzulegen, ein unmittelbar aus dem Vertrag fließendes Recht, welches durch den staatlichen Gesetzgeber nicht eingeschränkt werden kann. Aus dieser Feststellung des Gerichtshofs zog Generalanwalt Warner den Schluß, daß Art. 177 EWGV auch der Einräumung von Rechtsmitteln gegen die Vorlageentscheidung entgegensteht, *ibid.*, 44ff.

<sup>68</sup> Kritisch zu dieser Entscheidung Kelly (Anm. 13, Supplement zur 2. Aufl. 1987), 40.

<sup>69</sup> So auch Kelly, *ibid.*

<sup>70</sup> MacMahon/Murphy (Anm. 28), 302, sprechen nach einer Analyse der Entscheidungen im Falle *SPUC v. Open Door Counselling* davon, daß die Entscheidungen in Fällen, in denen hochpolitische Fragen im Raume stehen, kaum vorhersehbar sind.

### III. Europäische Menschenrechtskonvention

Die Frage der Vereinbarkeit eines Informationsverbots für Abtreibungen und die im Zusammenhang mit der EMRK insoweit auftretenden Probleme hatten sich in den nationalen Verfahren<sup>71</sup> lediglich ganz am Rande gestellt<sup>72</sup> und waren von den Gerichten nicht explizit angesprochen worden<sup>73</sup>. Nachdem die Europäische Kommission für Menschenrechte am 7. April 1991 ihren Bericht nach Art. 31 der Konvention angenommen hatte<sup>74</sup>, ist der Fall derzeit beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anhängig, der am 24. März 1992 in dieser Sache mündlich verhandeln wird<sup>75</sup>. Die Kommission ging in ihrem Bericht auf mögliche Verletzungen von Art. 8, 10 und 14 der Konvention ein. Beschwerdeführer waren dabei die beiden von der Verbotsverfügung des Supreme Court betroffenen Einrichtungen als solche, zwei dort beschäftigte Beraterinnen sowie ferner zwei irische Frauen, die im übrigen in keinem näheren Zusammenhang zu dem nationalen Rechtsstreit gestanden hatten.

#### A. Zu Art. 10 der Konvention

Im Hinblick auf Art. 10 der Konvention stellte sich für die Kommission die Frage, ob der Eingriff in die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführer sich noch im Rahmen dessen hielt, was durch Art. 10 Abs. 2 der Konvention gedeckt ist<sup>76</sup>. Im Rahmen der Untersuchung der Frage, ob

<sup>71</sup> Allgemein zur Umsetzung der EMRK in das innerstaatliche Recht Irlands vgl. J. Jaconelli, *The European Convention on Human Rights as Irish Municipal Law*, *The Irish Jurist* 1987, 13 ff.

<sup>72</sup> Zur Frage, inwieweit die Standards der EMRK als den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften gemeinsame Rechtsgrundsätze für diese in diesem Zusammenhang Geltung beanspruchen können, vgl. unten IV.

<sup>73</sup> Nur der Richter McCarthy erwähnt in seiner Concurring Opinion zu der Entscheidung des Supreme Court vom 19.12.1989 in einem *obiter dictum* das klägerische Vorbringen, ein solches Verbot verstoße gegen Art. 10 EMRK, vgl. CMLR 1990, 705.

<sup>74</sup> European Commission for Human Rights, Applications Nr. 14234/88 und 14235/88, *Open Door Counselling Ltd. and Dublin Well Woman Centre Ltd. and others against Ireland*, Report of the Commission, adopted on 7 March 1991. Zu den Sondervoten vgl. Anm. 81.

<sup>75</sup> Der irische Richter Walsh ist von der Teilnahme an dem Verfahren ausgeschlossen, da er selbst an den betreffenden nationalen Entscheidungen mitgewirkt hatte.

<sup>76</sup> Es war insoweit durch die Republik Irland nicht bestritten worden, daß eine Einschränkung des in Art. 10 Abs. 1 der Konvention verbürgten Rechts nicht nur auf Seiten der betroffenen Einrichtungen vorlag, sondern auch eine Einschränkung des Rechts der weiteren Beschwerdeführer Informationen zu erlangen, Report of the Commission (Anm. 74), 11.



der Eingriff »vom Gesetz vorgesehen«<sup>77</sup> ist, untersuchte die Kommission, ob der Eingriff für die Beschwerdeführer hinreichend vorhersehbar gewesen sei. Insoweit betonte sie zu Recht, daß es nach irischem Strafrecht keineswegs für die einzelnen betroffenen Frauen strafbar sei, sich in einen anderen Staat zu begeben, um dort eine Schwangerschaftsunterbrechung an sich vornehmen zu lassen. Damit habe die irische Regierung auch nicht dartun können, daß es sich bei dem durch die Verbotsverfügung des Supreme Court untersagten Verhalten um nach irischem Recht strafbare Beihilfehandlungen gehandelt habe<sup>78</sup>. Aus Art. 40.3.3. der irischen Verfassung lasse sich auch weiterhin nicht ableiten, daß es sich bei der Beratungstätigkeit der Beschwerdeführer um eine von Verfassungs wegen verbotene Tätigkeit handele. Vielmehr handele es sich bei dieser Norm um eine primär an den Staat gerichtete Norm, die diesem eine Schutzverpflichtung zugunsten des ungeborenen Lebens auferlege<sup>79</sup>. Schließlich würden Zeitschriften, die Werbung oder anderweitige Informationen über Schwangerschaftsunterbrechungen im Vereinigten Königreich enthalten, in Irland frei zirkulieren. Auch aus diesem Grunde sei es für die Betroffenen keineswegs vorhersehbar gewesen, daß ihr Verhalten nach irischem Recht verboten gewesen sei. Damit gelangte die Mehrheit der Kommission zu der Überzeugung<sup>80</sup>, daß ein Verstoß gegen Art. 10 der Konvention vorliege, ohne daß sie auf die sich ansonsten im Zusammenhang mit Art. 10 Abs. 2 EMRK ergebenden Probleme eingehen mußte. Während der Mehrheit für den konkret zur Entscheidung anstehenden Fall zugestimmt werden muß, kann nicht übersehen werden, daß damit die eigentlichen Probleme nicht gelöst sein dürften, da davon auszugehen ist, daß der irische Gesetzgeber ein solches Verhalten in Zukunft durch eine spezielle gesetzliche Regelung verbieten wird. Daher soll an dieser Stelle auch auf sonstige Problemstellungen, welche sich in einem solchen Falle im Rahmen des Art. 10 EMRK ergeben, eingegangen werden.

Insoweit stellt sich zunächst die Frage, ob das Verbot der Vertreibung von Informationen über Schwangerschaftsunterbrechungen bzw. eine entsprechende Beratung Schwangerer neben dem Schutz der Moral<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> "Prescribed by law"/"Prévue par la loi".

<sup>78</sup> Report of the Commission (Anm. 74), 12.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>80</sup> Der Bericht wurde insoweit mit 8 zu 5 (E. Busuttil, M.F. Martinez, J. Liddy, L. Loucaides und A. Weitzel) Stimmen angenommen.

<sup>81</sup> Daß es sich insoweit unzweifelhaft um ein mit dem irischen Informationsverbot verfolgtes Ziel handelt, wird von allen Mitgliedern der Kommission, die Art. 10 Abs. 2 EMRK in ihren Sondervoten ansprechen, betont, vgl. Report of the Commission (Anm.

möglicherweise auch dem Schutz der Rechte anderer dient. Im Rahmen des Art. 10 EMRK hatten sich bislang weder die Kommission noch der Gerichtshof mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Lediglich im Hinblick auf Art. 2 EMRK war die Kommission mit der Frage befaßt worden, ob das Leben des Ungeborenen als Leben im Sinne der Konvention angesehen werden könne<sup>82</sup>. Die Kommission hat dieses Problem aber ausdrücklich offengelassen<sup>83</sup>, jedoch zugleich betont, daß jedenfalls Art. 2 EMRK keinen unbeschränkten Schutzanspruch des Fötus beinhaltet<sup>84</sup>.

Für die Beantwortung der Ausgangsfrage ist zu berücksichtigen, daß sowohl bei Art. 2 als auch bei Art. 10 EMRK Regelungsgegenstand der Schutz des Fötus vor einer Schwangerschaftsunterbrechung ist. Anders als bei Art. 2 EMRK liegt im Rahmen des Art. 10 EMRK aber lediglich ein Eingriff zu Lasten der Meinungsfreiheit vor, während bei Art. 2 EMRK der Schwangeren die Unterbrechung der Schwangerschaft als solche untersagt werden würde. Diese unterschiedliche Eingriffsintensität zu Lasten Dritter läßt es angemessen erscheinen, im Rahmen des Art. 10 Abs. 2 EMRK unter dem Begriff der »Rechte anderer« auch solche des Fötus zu verstehen. Dies gilt um so mehr deshalb, weil gerade in einer solchen in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich beurteilten Frage dem jeweiligen Mitgliedstaat das Recht eingeräumt werden sollte, die Frage selbständig zu beurteilen<sup>85</sup>.

Damit bleibt jetzt noch zu klären, ob eine solche Einschränkung auch als »in einer demokratischen Gesellschaft notwendig (*necessary*)« angesehen werden könnte. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß dem einzelnen Mitgliedstaat der Konvention nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes bei der Beurteilung der Frage, ob ein dringendes soziales Bedürfnis für einen solchen Eingriff besteht<sup>86</sup>, ein gewisser Beurteilungs-

74), 20 (H.G. Schermers); 26 (Sir Basil Hall); 30f. (Busuttill); 34f. (Loucaides und Weitzel).

<sup>82</sup> *Brüggemann und Scheuten/Deutschland*, D.R. 10, 100ff. (116).

<sup>83</sup> Ebenso *X/Vereinigtes Königreich*, D.R. 19, 244; zum ganzen J.A. Frowein, in: J.A. Frowein/W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar* (1985), Art. 2 Rdnr. 3; P. van Dijk/G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (2. Aufl. 1990), 218 ff.

<sup>84</sup> Report of the Commission (Anm. 74).

<sup>85</sup> So auch Schermers in seiner *Concurring Opinion* im Fall *Open Door Counselling*, *ibid.*, 20.

<sup>86</sup> Für den Zusammenhang zwischen der »Notwendigkeit« i. S. von Art. 10 Abs. 2 EMRK und dem Vorliegen eines »dringenden sozialen Bedürfnisses« für einen Eingriff vgl. zuletzt etwa das Urteil im Fall *Lingens*, EuGRZ 1986, 428 ff.

spielraum eingeräumt ist<sup>87</sup>. Selbst wenn man diesen Ausgangspunkt teilt, ist zu bedenken, daß auch nach der irischen Rechtslage die Durchführung von Abtreibungen im Ausland nicht sanktioniert ist. Eine effektive Untersagung einer Schwangerschaftsunterbrechung im Ausland könnte danach nur mittels einer individuellen gerichtlichen bzw. behördlichen Anordnung erfolgen<sup>88</sup>. *De facto* bedeutet dies aber zugleich, daß die Personengruppen, die auch ohne die Tätigkeit der Beschwerdeführer Zugang zu Informationen über Schwangerschaftsunterbrechungen im Vereinigten Königreich haben, diese jedenfalls insoweit sanktionslos durchführen lassen können<sup>89</sup>, als es an einer solchen Anordnung im Einzelfall fehlt.

Weiterhin führt die Haltung der irischen Gerichte dazu, daß die betroffenen Frauen in dem einen oder anderen Fall erst später aus anderen Quellen über solche Möglichkeiten erfahren. Dies hat zur Folge, daß sie erst zu einem solchen späteren Zeitpunkt einen Eingriff vornehmen lassen, der dann mit zusätzlichen gesundheitlichen Risiken verbunden ist<sup>90</sup>. Im übrigen sind in Irland beispielsweise aus dem Ausland importierte Zeitschriften mit entsprechenden Informationen frei erhältlich. Es stellt sich also zusätzlich die Frage, ob ein gegen die Beschwerdeführer gerichtetes Informationsverbot überhaupt geeignet wäre, zur Verringerung von Abtreibungen in einem Maße beizutragen, das eine Einschränkung der Meinungsfreiheit angemessen erscheinen ließe<sup>91</sup>. Dies gilt um so mehr, wenn man die gemeinschaftsrechtliche Komponente vorliegender Konstellation in die Abwägung miteinbezieht. Die Verhängung eines Informationsverbotes für Schwangerschaftsunterbrechungen in einem anderen Mitgliedstaat der EG bzw. die Untersagung der Vornahme einer Abtreibung im Ausland, die dann etwa mittels eines im Einzelfall verhängten Ausreiseverbots für die Zeit der Schwangerschaft durchgesetzt werden

---

<sup>87</sup> Vgl. bereits das Urteil im Fall *Handyside*, EuGRZ 1977, 38ff. zuletzt etwa die Entscheidung im Fall *Müller u.a. gegen die Schweiz*, EuGRZ 1988, 543 (545).

<sup>88</sup> In einer Entscheidung vom 5.3.1992 hat der irische Supreme Court erklärt, daß generell das Überlebensrecht des Fötus schwerer wiege als das Grundrecht der Mutter auf Freizügigkeit, die Verhängung eines Ausreiseverbots zur Verhinderung einer Schwangerschaftsunterbrechung also grundsätzlich zulässig sei. Demgegenüber hat die irische Regierung deutlich gemacht, daß Art. 40.3.3 der irischen Verfassung jedenfalls in der Zukunft nicht dahin gehend instrumentalisiert werden dürfe, die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft in irgendeiner Weise einzuschränken, vgl. *The Irish Times* vom 11.3.1992, 1 und 3; *Stuttgarter Zeitung* vom 12.3.1992, 4; siehe oben Anm. 6.

<sup>89</sup> Auf diese *de facto* bestehende Möglichkeit hebt auch Sir Basil Hall (Anm. 74), 28, ab, ohne daß es aus seiner Sicht ausschließlich auf die Situation *de iure* ankäme.

<sup>90</sup> In diese Richtung weist auch die abweichende Meinung von Sir Basil Hall, *ibid.*

<sup>91</sup> In diesem Sinne auch Sir Basil Hall, *ibid.*; Schermers, *ibid.*, 22.

würde, würde einen Eingriff in die gemeinschaftsrechtlich verbürgte Dienstleistungsfreiheit i.S. des Art. 59 EWGV darstellen, da insoweit die Inanspruchnahme einer Dienstleistung erschwert bzw. verhindert wird<sup>92</sup>. Wie an anderer Stelle vorliegender Abhandlung noch dargelegt werden wird, können durchaus auch gemeinschaftsrechtliche Wertungen im Rahmen der Auslegung der Konventionsrechte Bedeutung erlangen<sup>93</sup>. Angesichts dieser Umstände liegt es nahe festzustellen, daß das irische Informationsverbot auf jeden Fall und unabhängig von der Frage seiner Vorhersehbarkeit jedenfalls in seiner jetzigen Form mit den Regelungen der EMRK nicht vereinbar ist<sup>94</sup>.

### B. Zu Art. 8 der Konvention

Was Art. 8 der Konvention anbelangt, gelangt die Kommission im Hinblick auf die Organisation Open Door Counselling Ltd. zu dem Ergebnis, daß diese kein Privatleben im Sinne dieser Norm beanspruchen könne, so daß es bereits an einer Verletzung des Schutzbereichs von Art. 8 fehle. Damit war in dieser Beziehung ein Eingehen auf mögliche Einschränkungsmöglichkeiten nach Art. 8 Abs. 2 EMRK entbehrlich<sup>95</sup>. Im Hinblick auf die Bedeutung von Art. 8 EMRK für die beiden Frauen, die unabhängig von ihrer Beteiligung an dem nationalen Rechtsstreit den Weg zu den Straßburger Organen eingeschlagen hatten, kommt die Kommission zu der Überzeugung, daß in der Feststellung einer Verletzung ihrer Rechte aus Art. 10 der Konvention zugleich implizit die Frage der Bedeutung dieser Informationen für ihr Privatleben gewürdigt worden sei, so daß es hier keiner gesonderten Untersuchung einer möglichen Verletzung von Art. 8 EMRK mehr bedürfe<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Zur gemeinschaftsrechtlichen Problematik im Zusammenhang mit dem Informationsverbot vorliegender Konstellation siehe unten IV.

<sup>93</sup> In diesem Sinne bereits Schermers (Anm. 74), 20f., in seiner Concurring Opinion, in der er dafür eintritt, daß jedenfalls in Fällen mit Auslandsberührung die grundsätzliche Wertung des Europäischen Gemeinschaftsrechts zugunsten der Zulässigkeit grenzüberschreitender Dienstleistungen zum Tragen kommt. Zu dem Fragenkomplex der Verschränkung von EMRK und Europäischem Gemeinschaftsrecht unten V.

<sup>94</sup> In diesem Sinne auch Sir Basil Hall (Anm. 74), 28.

<sup>95</sup> Report of the Commission, *ibid.*, 16.

<sup>96</sup> *Ibid.*

## C. Zu Art. 14 der Konvention

Schließlich hatte Open Door Counselling Ltd. noch geltend gemacht, es liege ihr gegenüber eine nach Art. 14 EMRK verbotene Diskriminierung vor<sup>97</sup>. Nachdem die Kommission aber bereits die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK für die Organisation verneint hatte<sup>98</sup>, fehlte es bereits an einem Recht, bezüglich dessen Ausübung Open Door Counselling hätte benachteiligt werden können. Daher kam die Kommission einstimmig zu dem Ergebnis, daß keine Verletzung von Art. 14 EMRK vorliege.

## D. Ausblick

Es bleibt abzuwarten, wie der Gerichtshof die sich in diesem Falle stellenden Fragen beantworten wird. Dabei ist von besonderer Bedeutung, daß das Gericht in diesem Zusammenhang erneut mit Fragen befaßt ist, welche aus der Sicht weiter Teile der irischen Bevölkerung<sup>99</sup> für die irische Gesellschaft von grundlegendem Interesse sind<sup>100</sup>. Es wäre weiterhin wünschenswert, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Gelegenheit nutzen würde, Aussagen darüber zu treffen, ob und inwieweit möglicherweise auch Regelungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts für das Verständnis der einzelnen Konventionsrechte Bedeutung haben können<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> Zu diesem Vorbringen, *ibid.*, 17.

<sup>98</sup> Zur Struktur des irischen Gerichtssystems und der Wahrnehmung verfassungsgerichtlicher Aufgaben durch den Supreme Court vgl. Kelly (Anm. 13), 210ff.

<sup>99</sup> Im Jahre 1983 stimmten mehr als 60 % der an dem Referendum teilnehmenden wahlberechtigten Iren für die Einführung des Art. 40.3.3 in die Verfassung; die Wahlbeteiligung betrug circa 50 %; vgl. Forde (Anm. 19), 19.

<sup>100</sup> Vgl. auch bereits das Urteil des EGMR im Fall *Johnston v. Ireland* zur Vereinbarkeit des Scheidungsverbots in Art. 40.3.2 mit der EMRK; hierzu Kelly (Anm. 13, Supplement zur 2. Aufl. 1987), 187.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu die Aussagen von Schermers in seiner Concurring Opinion im Fall *Open Door Counselling* (Anm. 74), 20ff.; dazu näher unten V.

IV. *Europäisches Gemeinschaftsrecht*A. Die Entscheidung des EuGH im Fall *Society for the Protection of Unborn Children v. S. Grogan a.o.*<sup>102</sup>

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EWGV hatte sich der EuGH mit der Frage zu beschäftigen, ob das nach irischem Recht bestehende Informationsverbot für Abtreibungen, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft vorgenommen werden<sup>103</sup>, gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Die Einleitung des Verfahrens vor dem Gerichtshof ging auf eine entsprechende Entscheidung des irischen High Court vom 11. Oktober 1989 zurück<sup>104</sup>. Der High Court wollte im wesentlichen beantwortet wissen, ob die Vornahme einer Abtreibung eine Dienstleistung im Sinne des Art. 60 EWGV darstellt und ob hiervon auch die Verbreitung von Informationen über die Möglichkeiten der Inanspruchnahme einer solchen »Leistung« umfasst ist. Mithin war Gegenstand der Entscheidung die Frage, ob ein entsprechendes nationales Verbreitungsverbot gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, und zwar selbst dann, wenn die Abtreibung innerstaatlich sowohl aus verfassungs- als auch aus strafrechtlichen Gründen verboten ist<sup>105</sup>.

Der Gerichtshof hatte sich zunächst mit der Frage seiner Zuständigkeit auseinanderzusetzen. Er wies darauf hin, daß die innerstaatlichen Gerichte nur dann befugt seien, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen, wenn ein Rechtsstreit bei ihnen anhängig sei, bei dem die Vorabentscheidung Berücksichtigung finden könne<sup>106</sup>. Dies sei vorliegend der Fall, auch wenn nicht eindeutig feststehe, ob das Vorabentscheidungsersuchen des High Court im Rahmen des Verfahrens über die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes oder aber des Hauptverfahrens erfolgt sei. Was den letzteren Fall betreffe, so sei die Zuständigkeit des Gerichtshofs unproblematisch gegeben, da das Verfahren noch nicht abgeschlossen sei. Im ersteren Fall ergebe sich die Zuständigkeit des Gerichtshofs aus dem Umstand, daß, obgleich der irische Supreme Court als

<sup>102</sup> Rs. 159/90 (Anm. 29); zur Problematik des Informationsverbotes vgl. auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.3.1990 zur freiwilligen Schwangerschaftsunterbrechung in der EG (insbesondere in Irland und Belgien), EuGRZ 1990, 198.

<sup>103</sup> Zur innerstaatlichen Rechtslage oben II.

<sup>104</sup> Vgl. zu der Entscheidung und dem zugrundeliegenden Sachverhalt im einzelnen II.C.3). Allerdings ging es in diesem Zusammenhang nicht mehr um den Welfare Guide UCD 1988/89, sondern um die Ausgabe 1989/90.

<sup>105</sup> Vgl. zur irischen Rechtslage im einzelnen II.

<sup>106</sup> Anm. 29, Rdnr. 12.

letztinstanzliches Gericht bereits eine Entscheidung betreffend die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes getroffen habe, der High Court gleichzeitig ausdrücklich ermächtigt wurde, letztere Entscheidung unter Berücksichtigung des Vorabentscheidungsurteils abzuändern.

Im Rahmen der materiellen Prüfung der Vorlagefrage kam der EuGH zunächst zu dem Ergebnis, daß eine legal vorgenommene Abtreibung in den Schutzbereich des Art. 60 EWGV falle, also eine Dienstleistung im Sinne dieser Vorschrift darstelle. Insoweit sei allein auf den Wortlaut des Art. 60 Abs.1 EWGV abzustellen. Dienstleistungen seien hiernach alle »Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen«. Hierunter fielen insbesondere auch freiberufliche Leistungen (Art. 60 Abs. 2 *lit.d* EWGV). Die Vornahme einer Abtreibung erfülle diese Voraussetzungen. Moralische Wertungen seien in diesem Zusammenhang irrelevant, sofern es sich nur um eine legale Tätigkeit handele. Dabei obliege die Definition dessen, was rechtlich zulässig sei, dem jeweils zuständigen nationalen Gesetzgeber.

In einem zweiten Schritt stellte der Gerichtshof allerdings dann weiter fest, daß aufgrund des Umstandes, daß die betroffenen britischen Kliniken in keiner Weise an der Verbreitung der im Streit stehenden Informationen beteiligt gewesen seien, eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit nicht vorliege. Dementsprechend sei auch kein Verstoß gegen Art. 62 EWGV gegeben, welcher den Mitgliedstaaten die Einführung neuerlicher Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit untersage. Bei der Verbreitung jener Informationen handele es sich vielmehr um die Wahrnehmung der aus der Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit fließenden Rechte. Die Ausübung dieser Rechte vollziehe sich völlig unabhängig von etwaigen wirtschaftlichen Aktivitäten des betroffenen ausländischen Dienstleisters. Da damit aber im vorliegenden Falle Gemeinschaftsrecht nicht berührt sei, könnten auch die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts als allgemeine Rechtsgrundsätze rezipierten Grundrechte nicht isoliert zur Anwendung kommen.

## B. Die Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 59 ff. EWGV

1) Begriff der Dienstleistung i.S. der Art. 59 ff. EWGV<sup>107</sup>

Art. 60 Abs.1 EWGV definiert die Dienstleistungen als »Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden«. Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Art. 60 sind dabei ausdrücklich solche Leistungen, die den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Person unterliegen. In den verbundenen Rechtssachen *Luisi* und *Carbone*<sup>108</sup> hatte sich der Gerichtshof unter anderem mit der Frage zu beschäftigen, ob auch medizinische Behandlungen zu den Dienstleistungen im Sinne des Art. 60 EWGV oder aber zu den unsichtbaren Transaktionen gemäß Art. 106 Abs. 3 EWGV oder gar zu beiden Kategorien gehören. Der EuGH gelangte zu dem Ergebnis, daß auch diejenigen Personen, die – etwa im Rahmen einer Auslandsreise – eine medizinische Behandlung in Anspruch nehmen, als Leistungsempfänger im Sinne des EWG-Vertrages anzusehen sind.<sup>109</sup> Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß die medizinischen Berufe in Art. 57 Abs. 3 EWGV ausdrückliche Erwähnung finden, der wiederum über Art. 66 EWGV auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zur Anwendung kommt. Um in den Anwendungsbereich des Vertrages zu fallen, muß die Dienstleistung außerdem in irgendeiner Form einen grenzüberschreitenden Charakter aufweisen. Der transnationale Charakter ist hierbei konstitutives Element<sup>110</sup>. Hierunter fällt auch die Konstellation, daß sich der Leistungsempfänger zum Leistungserbringer in dessen Heimatstaat begeben<sup>111</sup>. Reisen also im konkreten Fall irische Frauen nach Großbritannien, um dort einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen, so fällt dieser Vorgang unter die Art. 59 i.V.m. 60 Abs.2 *lit.d* EWGV. Ethisch-moralische Gesichtspunkte spielen hierbei, d.h. im Rahmen der Definition der Dienstleistung – wie der EuGH zu Recht festgestellt hat –

<sup>107</sup> Zum Begriff der Dienstleistung ausführlich K. Hailbronner/A. Nachbaur, Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH, *EuZW* 1992, 105 (105 ff.).

<sup>108</sup> Rs. 286/82 und 26/83, *Slg.* 1984, 377 ff.

<sup>109</sup> *Ibid.*, Rdnr. 10 und 16.

<sup>110</sup> P. Troberg, in: H. von der Groeben/J. Thiesing/C.-D. Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. 1 (4. Aufl. 1991), Art. 60 Rdnr. 5. Das transnationale Element wird vorliegend als Bestandteil der Definition der Dienstleistung verstanden, *ibid.*, Anm. 5.

<sup>111</sup> Rs. 186/87 (*Cowan*), *Slg.* 1989, 195, Rdnr. 15.



keine Rolle<sup>112</sup>. Der in Art. 60 EWGV niedergelegte Dienstleistungsbegriff ist »neutral« gefaßt. Er stellt im Grunde nur auf die entgeltliche Erbringung der Dienstleistung ab. Wenn der EuGH in diesem Zusammenhang daran anknüpft, daß die betreffende Dienstleistung rechtmäßig<sup>113</sup> erbracht wird, so deutet sich bereits hier die Anwendung des »Ursprungslandprinzips« an, auf das der Gerichtshof bislang im Rahmen des freien Warenverkehrs zurückgegriffen hat<sup>114</sup>.

## 2) Inhalt der Dienstleistungsfreiheit

Die im Gemeinschaftsrecht verbürgte Dienstleistungsfreiheit umfaßt zunächst unstreitig die Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat, soweit sie die in Art. 60 EWGV genannten Kriterien erfüllt. Darüber hinaus aber schließt der freie Dienstleistungsverkehr auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer solchen Dienstleistung ein<sup>115</sup>.

In der vorliegenden Entscheidung ging es aber noch weitergehend um die Frage, ob auch die Verbreitung und insbesondere der Empfang von Informationen, die eine Dienstleistung im Sinne der Art. 59f. EWGV betreffen, von der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs mitumfaßt sind. Da die Studenten völlig unabhängig von den betroffenen britischen Kliniken handelten, lag in der Informationsübermittlung selbst keine selbständige Dienstleistung, die von Art. 59 EWGV hätte erfaßt sein können. Für den Bereich der Art. 30ff. EWGV hatte der Gerichtshof allerdings bereits

---

<sup>112</sup> Solche Erwägungen können allenfalls im Rahmen der den Mitgliedstaaten im Rahmen des Art. 59 EWGV eingeräumten Beschränkungsmöglichkeiten des freien Dienstleistungsverkehrs an Bedeutung gewinnen; siehe dazu unten IV.B.3) und 4).

<sup>113</sup> Der Generalanwalt M.W. van Gerven wies in seinem Schlußantrag zur Rs. 159/90 (*The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd/Stephen Grogan a.o.*) vom 11.6.1991, 18f., (im folgenden zitiert nach Vorabdruck) zusätzlich darauf hin, daß auch die Verbreitung von Informationen über Schwangerschaftsunterbrechungen nach britischem Recht zulässig ist, *ibid.*, 13f. Vgl. in diesem Zusammenhang § 219 b des deutschen Strafgesetzbuches (Verbot der Werbung für Schwangerschaftsunterbrechungen »eines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise«), der allerdings vorliegend kaum einschlägig wäre. Siehe auch Art. L 162-3, L 645 und L 647 des französischen Code de la Santé publique, wonach die Werbung für Schwangerschaftsunterbrechungen grundsätzlich nicht gestattet ist.

<sup>114</sup> Dazu im einzelnen P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 30 Rdnr. 81. Zur Anwendung jenes Prinzips auf die Dienstleistungsfreiheit siehe unten IV.B.3).

<sup>115</sup> Siehe oben IV.B.1).

in der Rechtssache *GB-Inno-BM*<sup>116</sup> entschieden, daß der freie Warenverkehr auch die Freiheit des Verbrauchers einschließen müsse, sich über im freien Warenverkehr befindliche Waren (in seinem Heimatstaat) entsprechend zu informieren. Ein nationales Informationsverbot sei geeignet, die Vermarktung von im Verkehr befindlichen Waren zu erschweren und könne daher eine zumindest mittelbare Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen<sup>117</sup>. Entsprechende Beschränkungen fielen daher in den Anwendungsbereich der Art. 30 und 36 EWGV. Sowohl die Kommission<sup>118</sup> wie auch der Generalanwalt<sup>119</sup> hatten hieraus für den vorliegenden Fall den Schluß gezogen, daß dies in gleicher Weise für die Dienstleistungsfreiheit gelten müsse. Das Recht auf den Empfang solcher Informationen bleibe freilich an das Recht der Inanspruchnahme der entsprechenden Dienstleistung gekoppelt. Am deutlichsten sprach dies die Kommission – durchaus zu Recht – in ihrer Stellungnahme aus:

“En troisième lieu, si l'on admettait que le droit de recevoir des informations au sujet d'une prestation de services est un corollaire du droit d'obtenir la prestation elle-même, il resterait à établir si ce droit existe”<sup>120</sup>.

Wie bereits in der Einleitung dargelegt, würde es freilich den Rahmen vorliegender Untersuchung sprengen, etwa die Frage zu klären, ob ein von irischen Behörden verhängtes Ausreiseverbot für schwangere Frauen,

<sup>116</sup> Rs. 362/88, Slg. 1990, 667. Freilich ging es in diesem Fall um reine Werbeschriften. Der Gerichtshof spricht allerdings auch in diesem Zusammenhang davon, daß Art. 30 EWGV nicht dahin ausgelegt werden könne, »daß nationale Rechtsvorschriften, die den Verbrauchern den Zugang zu bestimmten Informationen [Hervorh. durch Verf.] verwehren, durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden könnten«, *ibid.*, Rdnr. 18.

<sup>117</sup> *Ibid.*, Rdnr. 7f., 18; vgl. auch Rs. 286/81 (*Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*), Slg. 1982, 4575, Rdnr. 15. Allerdings ging es in dieser Entscheidung um das Verbot von Gratis-Zugaben als Methode der Absatzförderung; vgl. auch das Urteil des EuGH in den verb. Rs. 160 und 176/90 (*Aragonesa de Publicidad Exterior S.A. u.a.*), Urteil vom 25.7.1991, noch nicht in der amtl. Slg., EuZW 1991, 630f. (Auszüge aus dem Tätigkeitsbericht) zur Werbung für alkoholische Getränke.

<sup>118</sup> Anm. 29, 27f.

<sup>119</sup> Schlußantrag des Generalanwalts. Der Generalanwalt wies darüber hinaus darauf hin, daß eine solche Auslegung des betreffenden Gemeinschaftsrechts auch in Hinblick auf Art. 10 EMRK, dessen Inhalt ebenso als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts gelten müsse, sowie Art. 5 der Menschenrechtserklärung des Europäischen Parlaments geboten sei. Die Meinungsfreiheit umfasse auch die Freiheit, Informationen kommerzieller Art zu verbreiten und zu empfangen.

<sup>120</sup> Anm. 29, 28. Die Kommission kommt dann zum Ergebnis, daß sich aus Art. 59 EWGV ein solches Recht nicht ergebe, da es sich bei dem Abtreibungsverbot um ein totales Verbot handle, das in keiner Weise diskriminierend wirke, *ibid.*, 29f.; hierzu näher unten IV.B.3).

die im Ausland eine Abtreibung vornehmen lassen wollen, gegen Gemeinschaftsrecht verstieße, da insoweit die Inanspruchnahme einer Dienstleistung verhindert wird<sup>121</sup>. Auch um der Übersichtlichkeit der Darstellung willen soll jene Frage im Rahmen der Behandlung vorliegender EuGH-Entscheidung ausgeklammert bleiben. Nur eines sei festgehalten: Gestattet das Gemeinschaftsrecht einem Mitgliedstaat die Beschränkung des Rechts auf Inanspruchnahme einer Dienstleistung, so folgt hieraus – jedenfalls für vorliegende Konstellation – wohl auch, daß ein entsprechendes Informationsverbot betreffend die in Rede stehende Dienstleistung von vornherein dem Anwendungsbereich des Art. 59 EWGV entzogen wäre. Dies ergibt sich aus der Überlegung, daß die Verbreitung von Informationen über die zu vermarktende Dienstleistung durch den Anbieter selbst oder aber unabhängig handelnde Dritte keine selbständige Dienstleistung im Sinne des Art. 60 EWGV darstellt. Der kommerzielle Austausch bezieht sich einzig auf die Dienstleistung selbst; hierauf zielt auch die Gegenleistung des Dienstleistungsempfängers etwa in Form eines Entgelts. Erfolgt die Informationsweitergabe hingegen durch Dritte, so können durchaus selbständige Dienstleistungen vorliegen, soweit sie neben der Entgeltlichkeit einen grenzüberschreitenden Charakter aufweisen. Dienstleistungsempfänger ist allerdings in einem solchen Fall dann nicht der »Endverbraucher« der Dienstleistung, für die geworben bzw. über die informiert werden soll, sondern vielmehr der Auftraggeber selbst, d.h. in der Regel der Dienstleistungserbringer. So wäre es zum Beispiel denkbar, daß – in Abwandlung zum vorliegenden Fall – die irischen Studenten im Auftrag der betroffenen britischen Kliniken gehandelt hätten mit der Folge, daß sie für diese Dienstleistungen erbracht hätten. Fraglich wäre in diesem Fall gleichwohl, ob insoweit der Anwendungsbereich der Art. 59 ff. EWGV betroffen gewesen wäre, da die Dienstleistung von den Angehörigen eines Mitgliedstaates innerhalb ihres eigenen Heimatstaates erbracht werden würde<sup>122</sup>. Kriterium für die Anwendung des Dienstlei-

---

<sup>121</sup> Ein solches Ausreiseverbot hat der High Court (Anm. 5) in seiner Entscheidung vom 18.2.1992 verhängt. In seinem Urteil vom 5.3.1992 sprach sich auch der Supreme Court (Anm. 6) – wenn auch *obiter dictum* – für die Zulässigkeit eines Ausreiseverbots aus.

<sup>122</sup> Gegen die Anwendung des Art. 59 EWGV auf diesen Fall spricht sich vorliegend die Kommission aus (Anm. 29), 26. Ähnlich gelagert ist der Fall, in dem aufgrund eines Vertrages zwischen zwei in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Personen eine Leistung an einen Dritten erbracht wird, der im Lande des Dienstleistenden wohnt. Gegen die Anwendung des Dienstleistungskapitels auf diesen Fall F.-J. Schöne, Die »umgekehrte Diskriminierung« im EWG-Vertrag nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1989, 450, Anm. 27; anderer Ansicht Völker (Anm. 30), 56; A. Bleck-

stungskapitels könnte in diesem Fall sein, daß Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger nicht am gleichen Ort ansässig sind. Der EuGH hatte sich in seiner Entscheidung mit dieser Frage nicht auseinandersetzen, sondern vielmehr ausdrücklich darauf abgestellt, daß die irischen Studenten unabhängig, d.h. nicht in ausdrücklichem Auftrag der betroffenen britischen Kliniken handelten. Er hat hieraus den Schluß gezogen, daß das von Irland verhängte Informationsverbot den freien Dienstleistungsverkehr von vornherein nicht beeinträchtigen könne. Die Ausführungen des Gerichtshofs legen allerdings nahe, daß er – jedenfalls insoweit – anders entschieden hätte, wenn die irischen Studenten auf Weisung der britischen Krankenhäuser gehandelt hätten. Möglicherweise hätte sich der Gerichtshof auch in diesem Fall auf den Standpunkt zurückgezogen, daß die Dienstleistungsfreiheit auch die Freiheit des Verbrauchers zum Empfang von die Dienstleistung betreffenden Informationen umfaßt. Das Gegenstück hierzu stellt das Recht des Dienstleistungserbringers dar, entsprechende Informationen dem (potentiellen) Verbraucher auch zu übermitteln. Damit hätte auch die Frage, ob in der Informationsübermittlung selbst eine Dienstleistung im Sinne des EWG-Vertrages zu sehen ist, keiner Entscheidung mehr bedurft<sup>123</sup>.

Die vom EuGH offensichtlich vorgenommene Differenzierung im Hinblick auf den Ursprung der im Streit stehenden Informationen wirkt gekünstelt. Es macht doch im Grunde keinen Unterschied, ob die Informationen über eine im Ausland angebotene Dienstleistung im Auftrag des Dienstleistungserbringers oder unabhängig von letzterem verbreitet werden. Ein entsprechendes Verbreitungsverbot vermag die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs in beiden Fällen gleichermaßen zu beeinträchtigen, da den Dienstleistungsempfängern die entsprechenden Informationen vorenthalten werden und damit gleichsam der Zugang zu den Dienstleistungen selbst erschwert sein kann. Auch die Möglichkeiten des

---

mann, Die Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag, EuR 1987, 28 (29).

<sup>123</sup> Entsprechendes müßte dann auch gelten, wenn die britischen Kliniken beispielsweise eine britische Agentur beauftragt hätten, in Irland für sie tätig zu werden. Anknüpfungspunkt wäre auch hier die Dienstleistung selbst, über die informiert werden soll, und deren Erbringung bzw. Inanspruchnahme gleichsam das Recht in sich schließt, entsprechende Informationen zu verbreiten bzw. zu empfangen. Bei isolierter Betrachtung der von der britischen Werbeagentur erbrachten Leistung käme jedenfalls – im »Interesse einer möglichst lückenlosen Erfassung aller grenzüberschreitenden Wirtschaftsvorgänge« – eine analoge Anwendung der Art. 59 ff. EWGV in Betracht, da hier »der Leistungsvorgang über die Grenze eines Mitgliedstaates hinausweist (...)«, Völker (Anm. 30), 57f.; Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 60 Rdnr. 10.

Dienstleistungserbringers, die von ihm angebotenen Leistungen entsprechend abzusetzen, können so eingeschränkt werden. Nun gehört aber die Dienstleistungsfreiheit zu den grundlegenden Prinzipien des EWG-Vertrages. Es entspricht dem vom EuGH in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsatz des *effet utile* des Gemeinschaftsrechts<sup>124</sup>, die Umsetzung jener Prinzipien als Grundlage des Gemeinsamen Marktes in möglichst umfassender Weise zu sichern.

### 3) Art. 59 EWGV – Diskriminierungs- oder allgemeines Beschränkungsverbot

Gemäß Art. 59 EWGV sind Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs für die Angehörigen der Mitgliedstaaten schrittweise aufzuheben. Zunächst ist sicherzustellen, daß Dienstleistungen aus anderen Ländern der Gemeinschaft auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaates unter den gleichen Bedingungen wie inländische Dienstleistungen angeboten werden können<sup>125</sup>. Allerdings hatte sich der EuGH bereits im Jahre 1974 mit der Frage zu befassen, ob die Verpflichtung zur Ansässigkeit (Residenzpflicht) in einem Mitgliedstaat, obgleich sie nicht nach der Staatsangehörigkeit differenziert, als Voraussetzung für die Erbringung von Dienstleistungen als gerechtfertigte Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit anzusehen ist. Der Gerichtshof hat dies verneint und ging insoweit über die engste, auf die formale Ungleichbehandlung abstellende Auslegung des Beschränkungsbegriffs des Art. 59 EWGV hinaus<sup>126</sup>. In der Entscheidung *Webb*<sup>127</sup> ging der Gerichtshof noch einen Schritt weiter, indem er ausführte, daß Art. 60 Abs. 3 EWGV, wonach dem ausländischen Dienstleistungserbringer ermöglicht werden solle, seine Tätigkeit im Dienstleistungsstaat ohne Diskriminierung gegenüber dessen Staatsangehörigen zu erbringen, keineswegs impliziere, daß »jede für den Staatsangehörigen dieses Staates geltende nationale Regelung, die normalerweise eine Dauertätigkeit von in diesem Staat ansässigen Unternehmen zum Gegenstand

<sup>124</sup> Vgl. nur Rs. 9/70 (*Grad*), Slg. 1970, 825, Rdnr. 5 – ständige Rechtsprechung; siehe auch I. Pernice, in: Grabitz (Anm. 37), Art. 164 Rdnr. 27. Auch der Generalanwalt beruft sich in diesem Zusammenhang auf den *effet utile* (Anm. 113), 22.

<sup>125</sup> Vgl. nur A. Randelzhofer, in: Grabitz (Anm. 37), Art. 59 Rdnr. 3.

<sup>126</sup> Rs. 33/74 (*Van Binsbergen*), Slg. 1974, 1299, Rdnr. 10ff.; Rs. 39/75 (*Coenen*), Slg. 1975, 1547, Rdnr. 5/7; vgl. hierzu eingehend Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 59, Rdnr. 7ff.

<sup>127</sup> Rs. 279/80, Slg. 1981, 3305; vgl. auch Rs. 205/84 (*Kom./Deutschland – »Versicherungsurteil«*), Slg. 1986, 3755, Rdnr. 26; in dieselbe Richtung wies bereits die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. 111/79 (*Van Wesemael*), Slg. 1979, 35, Rdnr. 27ff.

hat, in vollem Umfang auf zeitlich begrenzte Tätigkeiten angewandt werden könnte, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen ausgeübt werden«<sup>128</sup>. Danach erfaßt Art. 59 EWGV also nicht nur die formale Ungleichbehandlung von In- und Ausländern, sondern auch solche Beschränkungen, die den Dienstleistungserbringer deshalb treffen, weil er in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist<sup>129</sup>. Er wird deswegen regelmäßig nur ausnahmsweise in der Lage sein, den vom Dienstleistungsstaat gestellten Anforderungen an die Erbringung entsprechender Dienstleistungen nachzukommen. Das Wesen der Dienstleistungserbringung, also etwa der kurzfristige Aufenthalt im Erbringungsstaat, kann insoweit eine Milderung der dort allgemein geltenden Vorschriften für die betroffene Tätigkeit verlangen<sup>130</sup>.

Wie der EuGH bereits in einer seiner frühesten Entscheidungen zur Dienstleistungsfreiheit im Fall *Van Binsbergen* deutlich gemacht hat, sind solche nationalen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit mit Art. 59 EWGV nur dann vereinbar, wenn sie »sich aus der Anwendung durch das Allgemeinwohl gerechtfertigter Berufsregelungen – namentlich der Vorschriften über Organisation, Befähigung, Berufspflichten, Kontrolle, Verantwortlichkeit und Haftung – ergeben«<sup>131</sup>. Diese Formulierungen erinnern durchaus an die *Cassis de Dijon*-Formel des EuGH zum freien Wa-

<sup>128</sup> *Ibid.*, Rdnr. 16; zuletzt noch in der Rs. 198/89 (*Kom./Griechenland*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 16; Rs. 180/89 (*Kom./Italien*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 15; Rs. 154/89 (*Kom./Frankreich*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 12. (Die Gründe der Entscheidungen sind auszugsweise abgedruckt in EuZW 1991, 352.)

<sup>129</sup> Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 59 Rdnr. 7; S. Speyer, Anwendung der Cassis-de-Dijon-Doktrin und Spaltbarkeit reglementierter Tätigkeiten als neue Etappen der Dienstleistungsfreiheit, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 25.6.1991 in der Rs. C-76/90 – *Säger/Denemeyer*, EuZW 1991, 588 (589).

<sup>130</sup> Letztendlich handelt es sich um eine, wenn auch nur mittelbare Diskriminierung ausländischer Dienstleistungserbringer. Neutral gefaßte Anforderungen wirken sich regelmäßig zum Nachteil letzterer aus. Häufig wird der Diskriminierungsbegriff aber auf den Fall der auch formalen Ungleichbehandlung verengt, vgl. etwa Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Rdnr. 4; anders K. Hailbronner, Prüfungspflicht zur Vergleichbarkeit ausländischer Diplome und Prüfungszeugnisse – EuGH, NJW 1991, 2073, in: Juristische Schulung 1991, 917 (919); zur vom EuGH verwendeten Terminologie vgl. Hailbronner/Nachbaur (Anm. 107), 111f. Jedenfalls scheint der EuGH nicht zwischen mittelbaren Diskriminierungen und sonstigen Beschränkungen zu unterscheiden.

<sup>131</sup> Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rdnr. 12; vgl. auch Rs. 52/79 (*Debauve*), Slg. 1980, 833, Rdnr. 12; Rs. 279/80 (*Webb*), Slg. 1981, 3305, Rdnr. 17.

renverkehr<sup>132</sup>. Es wird aber auf der anderen Seite auch deutlich, daß der Gerichtshof – jedenfalls bis in die jüngere Vergangenheit – zwischen Waren- und Dienstleistungsverkehr insofern unterschied, als er für letzteren zumeist auf gewerberechtliche Beschränkungen abstellte, die den Zugang zum Markt betreffen, wohingegen es dem EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit auf den Wegfall »typisch produktbezogener Beschränkungen« wie etwa technische oder Verbraucherschutzrechtliche Vorschriften ankommen mußte<sup>133</sup>. Beiden Konzeptionen liegt aber letztlich der Gedanke zugrunde, daß auch jene Maßnahmen, die zwar nicht formal diskriminieren, sich aber hinderlich auf die Tätigkeit des Leistenden auszuwirken vermögen, grundsätzlich gemeinschaftsrechtswidrig sind. Die für 1992 avisierte Vollendung des Europäischen Binnenmarktes dürfte im übrigen ganz grundsätzlich auch für den Dienstleistungssektor »von einer personen- oder unternehmensbezogenen zu einer stärker produktorientierten Sichtweise führen«<sup>134</sup>.

In konsequenter Fortführung dieser Konzeption forderte Generalanwalt van Gerven in seinem Schlußantrag im vorliegenden Verfahren eine entsprechende Anwendung der *Cassis de Dijon*-Doktrin zum freien Warenverkehr auf die Dienstleistungsfreiheit, jedenfalls für den Fall, in dem der Leistungserbringer seinen Sitzstaat nicht verläßt<sup>135</sup>. Demgegenüber lehnte die Kommission eine solche Betrachtungsweise ab. Da im vorliegenden Fall die Durchführung von Abtreibungen wie auch die Verbreitung von Informationen hierüber in Irland grundsätzlich und zwar gleichermaßen für In- wie für Ausländer verboten seien, liege auch keine (unmittelbar oder mittelbar) diskriminierende Beschränkung im Sinne des Art. 59 EWGV vor<sup>136</sup>. Im Gegensatz dazu gehen die Kommission<sup>137</sup> wie

---

<sup>132</sup> Rs. 120/78 (*Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Cassis de Dijon*), Slg. 1979, 649, Rdnr. 8; vgl. auch Rs. 8/74 (*Staatsanwaltschaft/Dassonville*), Slg. 1974, 837, Rdnr. 6; Rs. 178/84 (*Kom./Bundesrepublik Deutschland*), Slg. 1987, 1227, Rdnr. 27f. zum deutschen Reinheitsgebot für Bier.

<sup>133</sup> Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 59, Rdnr. 12 und 20ff.

<sup>134</sup> *Ibid.*, Rdnr. 4.

<sup>135</sup> Anm. 113, 21f. Ausdrücklich in diesem Sinne bereits M.G. Tesaruo im Schlußantrag zu den Rs. 353/89 (*Kom./Niederlande*) und 288/89 (*Gouda*) vom 18.4.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, 12; F.G. Jacobs im Schlußantrag zur Rs. 76/90 (*Säger*) vom 21.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., 10f.; ähnlich bereits C.O. Lenz im Schlußantrag zu den Rs. 154/89 (*Kom./Frankreich*), 180/89 (*Kom./Italien*), 198/89 (*Kom./Griechenland*) vom 5.12.1990, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, 12f.

<sup>136</sup> Anm. 29, 29f.

<sup>137</sup> Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten, ABl. C 256 vom 3.10.1980, 2f. Hierdurch hat sich der Umfang rechtsangleichender Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene

im übrigen auch der Gerichtshof<sup>138</sup> im Bereich der Warenverkehrsfreiheit inzwischen generell davon aus, daß in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und im Handel befindliche Waren auch in anderen Mitgliedstaaten zuzulassen sind. In der Tat scheint die Dienstleistungsfreiheit nicht – wie die systematische Stellung und die Verweisung auf die Regeln der Niederlassungsfreiheit nahelegen – der Niederlassungsfreiheit, sondern der Warenverkehrsfreiheit verwandt. Denn sowohl bei der Warenverkehrs- als auch bei der Dienstleistungsfreiheit handelt es sich in erster Linie um den Austausch von Produkten und nicht um den Austausch von Produktionsfaktoren<sup>139</sup>. Die systematische Parallele zum Warenverkehr liegt jedenfalls dann nahe, wenn nur die Dienstleistung selbst oder der Dienstleistungsempfänger die mitgliedstaatlichen Grenzen überschreiten, nicht aber der Dienstleistungserbringer. Anders mag demgegenüber der Fall zu beurteilen sein, in dem sich der Dienstleister in den Bestimmungsstaat begibt und dort, wenn auch vorübergehend, tätig wird<sup>140</sup>.

Im Ergebnis sollte der Austausch von Dienstleistungen wie der Austausch von Waren möglichst frei von nationalen Beschränkungen stattfinden können. Nur dies entspräche auch der »von Art. 8a Abs.2 EWGV ins

---

deutlich verringert. Vielmehr steht jetzt die gegenseitige Anerkennung der unterschiedlichen Produktions- und Vermarktungsregelungen im Vordergrund.

<sup>138</sup> Seit dem Urteil in den verb. Rs. 60 und 61/84 (*Cinéthèque*), Slg. 1985, 2611, Rdnr. 22, sind vom Verbot des Art. 30 EWGV grundsätzlich auch absolute Herstellungs- und Vermarktungsverbote erfaßt, die sowohl für In- als auch für Ausländer gelten (Rs. 216/84 [*Kom./Frankreich*], Slg. 1988, 793, Rdnr. 7), sofern sie nicht wegen »zwingender Erfordernisse« gerechtfertigt sind und damit von vornherein nicht in den Schutzbereich des Art. 30 EWGV fallen. Vgl. auch Rs. 158/86 (*Warner Brothers*), Slg. 1988, 2605, Rdnr. 19; Rs. 382/87 (*Buet*), Slg. 1989, 1235, Rdnr. 7f.; verb. Rs. 266 und 267/87 (*Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*), Slg. 1989, 1295, Rdnr. 18; Rs. 145/88 (*Torfaen Borough Council*), Slg. 1989, 3851f., Rdnr. 12. Zum Verhältnis von den in Art. 36 EWGV vorgesehenen Ausnahmen und dem »zwingenden Allgemeininteresse« im Sinne des Art. 30 EWGV siehe P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 30, Rdnr. 74ff.

<sup>139</sup> M. Seidel, Die Dienstleistungsfreiheit in der neuesten Rechtsentwicklung, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt, Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive (1987), 113 (117ff.); Bleckmann (Anm. 122), 34; Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 59 Rdnr. 3f., 21f.

<sup>140</sup> Speyer (Anm. 129), 589f. Das Ursprungslandprinzip mag allerdings auch dann gelten, wenn sich Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger als geschlossene Gruppe in den Erbringungsstaat begeben; vgl. die kürzlich vom EuGH entschiedenen Rs. 198/89 (*Kom./Griechenland*), Rs. 154/89 (*Kom./Frankreich*), Rs. 180/89 (*Kom./Italien*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg. (vgl. auch Anm. 128).



Auge gefaßte(n) Binnenmarktsituation«<sup>141</sup>. In diesem Sinne führte der Generalanwalt vorliegend aus:

“Exclure a priori du champ d’application de l’article 59 du traité CEE les mesures qui, bien que n’étant pas discriminatoires, entravent la circulation intracommunautaire des services, porte atteinte de manière non négligeable à l’effet utile du principe de la libre circulation des services qui gagnera encore en importance dans une économie où le secteur tertiaire continue à se développer”<sup>142</sup>.

Es scheint, als ob der Gerichtshof in seiner jüngsten Rechtsprechung eben diese Schlußfolgerung gezogen hätte<sup>143</sup>. In seiner Entscheidung in der Rechtssache *Säger*<sup>144</sup> vom Juli 1991 führte der Gerichtshof in Abwandlung seiner bis dahin bekannten Formulierung<sup>145</sup> aus, daß Art. 59 EWGV »auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende sowie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten – verlangt, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleisters, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern«<sup>146</sup>. Indem der Gerichtshof wie beim Warenverkehr ausdrücklich auf die Rechtmäßigkeit der Dienstleistungserbringung abstellt, schlägt er, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt wird, »damit auch für Dienstleistungen den Weg zur Anwendung des ›Ursprungslandsprinzips‹ ein«<sup>147</sup>.

Die konsequente Anwendung jener Formel auf die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs würde letztlich bedeuten, daß – jedenfalls in bestimmten Fallkonstellationen – grundsätzlich jede Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (zunächst) vom Schutzbereich des Art. 59

<sup>141</sup> Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Rdnr. 21.

<sup>142</sup> Anm. 113, 22.

<sup>143</sup> Bleckmann (Anm. 122), 33, möchte bereits aus dem Urteil des Gerichtshofs in der Rs. 52/79 (*Debauve*), Slg. 1980, 833, Rdnr. 12 ff., zum belgischen Verbot betreffend die Ausstrahlung von Werbesendungen jenen Schluß ziehen. Dies scheint jedoch nicht ganz so eindeutig, da der Gerichtshof in seiner Entscheidung ausdrücklich auf den Grundsatz der Inländergleichbehandlung abhob, *ibid.*, Rdnr. 12 und 15. Jedenfalls verweist die Kommission (Anm. 29), 29, zur Unterstützung ihrer Position ausdrücklich auf das *Debauve*-Urteil.

<sup>144</sup> Rs. 76/90, Urteil vom 25.6.1991, noch nicht in der amtl. Slg., EuZW 1991, 542 ff.

<sup>145</sup> Rs. 279/80 (*Webb*), Slg. 1981, 3305, Rdnr. 16; vgl. dazu Text bei Anm. 127.

<sup>146</sup> *Ibid.*, Rdnr. 12.

<sup>147</sup> Speyer (Anm. 129), 589. Ähnliche Tendenzen finden sich im übrigen auch im Rahmen der Niederlassungsfreiheit, vgl. dazu Rs. 340/89 (*Vlassopoulou/Land Baden-Württemberg*), Urteil vom 7.5.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Neue Juristische Wochenschrift 1991, 2073 f., Rdnr. 14 ff.

EWGV erfaßt wäre. Folglich müßte jede Dienstleistung, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig auf den Markt gebracht wurde, auch in allen anderen Mitgliedstaaten ungehindert und in ihrer ursprünglichen Form angeboten werden können. Auch Informationen betreffend die Dienstleistungen müßten ungehindert verbreitet werden dürfen. Auf die Frage, ob in einer nationalen Maßnahme eine irgendwie geartete Diskriminierung<sup>148</sup> von ausländischen Anbietern liegt, käme es dann wie beim Warenverkehr nicht mehr an.

In den bisher zur Dienstleistungsfreiheit entschiedenen Fällen ging es demgegenüber zumeist darum, ob nationale Anforderungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen, denen grundsätzlich auch Inländer unterworfen sind, insofern vom Schutzbereich des Art. 59 EWGV erfaßt sind, als sie sich als faktische Benachteiligung von Ausländern und damit hinderlich für den freien Dienstleistungsverkehr auszuwirken vermögen<sup>149</sup>. Nun handelt es sich im vorliegenden Fall um ein generelles Verbot, von dem sowohl In- wie auch Ausländer gleichermaßen betroffen sind. Denn sowohl Abtreibungen als auch die gezielte Verbreitung von Informationen hierüber sind in der Republik Irland grundsätzlich nicht erlaubt. Es fehlt also gerade an einem Vorgang, der einen Vergleich der Betätigungsmöglichkeiten von Ausländern mit denjenigen für Inländer eröffnet, sieht man einmal von den äußerst eng gefaßten Ausnahmen vom Abtreibungsverbot im Fall einer akuten Gefährdung für das Leben der Mutter ab<sup>150</sup>. In einem solchen Fall bleibt nur noch der Rückgriff auf die *Cassis de Dijon*-Formel. Daß der Gerichtshof hierzu bereit gewesen wäre, läßt sich der im Urteil enthaltenen Andeutung entnehmen, daß im Fall einer eindeutigen Verbindung zwischen den britischen Kliniken und der Studentenvereinigung eine andere Entscheidung – jedenfalls in Hinblick auf den Anwendungsbereich des Art. 59 EWGV – denkbar gewesen wäre. Im übrigen knüpft der EuGH im Rahmen der Definition des Dienstleistungsbegriffs i. S. des Art. 60 EWGV ausdrücklich an die Rechtmäßigkeit der Dienstleistungserbringung und damit das »Ursprungslandprinzip« an.

Die großzügige Auslegung des Art. 59 EWGV im Sinne der Anwendung der *Cassis de Dijon*-Formel, wie sie offenbar jetzt auch vom EuGH befürwortet wird, ermöglicht die Beseitigung sämtlicher Beschränkungen

<sup>148</sup> Zum Diskriminierungsbegriff vgl. Anm. 130.

<sup>149</sup> Vgl. dazu Generalanwalt Jacobs, Schlußantrag zur Rs. 76/90 (*Säger*), noch nicht in der amtl. Slg., Rdnr. 22; Generalanwalt van Gerven (Anm. 113), 21.

<sup>150</sup> Vgl. dazu die Entscheidung des Supreme Court vom 5.3.1992 (Anm. 6).

des freien Austausches von Dienstleistungen innerhalb der Gemeinschaft. Nur auf diese Weise lassen sich auch Rückwirkungen auf den in einem dritten Mitgliedstaat ansässigen Dienstleister vermeiden, der seine Dienstleistung im Einklang mit seiner nationalen Rechtsordnung erbringt. Zwar kann ein mitgliedstaatliches Verbot einen ausländischen Dienstleistungserbringer nicht daran hindern, in seinem Heimatstaat entsprechend tätig zu werden. Ist es letzterem jedoch beispielsweise nicht gestattet, potentielle Verbraucher über die von ihm angebotenen Leistungen zu informieren bzw. wird der Zugang zu entsprechenden Informationen auf andere Weise behindert, so wird hierdurch auch die grenzüberschreitende Inanspruchnahme jener Dienstleistung zumindest erschwert.

4) *Allgemeininteresse und Verhältnismäßigkeit als Teilaspekte des Beschränkungsbegriffs des Art. 59 EWGV*

Die Anwendung der *Cassis de Dijon*-Doktrin auf die Dienstleistungsfreiheit – jedenfalls dort, wo die Parallele zum Warenverkehr systematisch naheliegt – hat zur Folge, daß grundsätzlich diejenigen inländischen Regelungen, die den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr tatsächlich oder potentiell behindern, gemeinschaftsrechtswidrig sind, es sei denn, sie entsprechen einem zwingenden Allgemeininteresse<sup>151</sup>. Hierbei wird die Prüfung der Frage, ob eine unterschiedslos anwendbare nationale Beschränkung aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann, bereits zur Beantwortung der Frage eingesetzt, ob überhaupt eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegt. Dies jedenfalls scheint die Rechtsprechung des EuGH nahezu legen. Die Formel vom zwingenden Allgemeininteresse wird somit – ähnlich wie bei der Feststellung des Tatbestandes einer Maßnahme gleicher Wirkung i.S. des Art. 30 EWGV<sup>152</sup> – konstitutives Element des Beschränkungsbegriffs des Art. 59 EWGV. Nach dem vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entwickelten »Test des Allgemeininteresses«<sup>153</sup> sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nur dann hinzunehmen, wenn sie

»durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind und (...) für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten,

<sup>151</sup> Dazu bereits oben IV.B.3). Vgl. auch Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 59 Rdnr. 21, Art. 56 Rdnr. 2.

<sup>152</sup> Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, *ibid.*, Art. 30 Rdnr. 83.

<sup>153</sup> Hailbronner/Nachbaur (Anm. 107), 111.

und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist. Diese Anforderungen müssen außerdem sachlich geboten sein, um (...) den Schutz der Interessen, den diese bezwecken, zu gewährleisten«<sup>154</sup>.

Mittelbare Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen werden hierbei – so scheint es jedenfalls die jüngste Rechtsprechung des Gerichtshofs anzudeuten – der gleichen Rechtfertigungsprüfung unterworfen, wobei die in diesem Rahmen zu stellenden Anforderungen allerdings um so höher sein können, »je stärker sich eine innerstaatliche Regelung als spezifische Erschwerung des Zugangs ausländischer Anbieter zu einem prinzipiell offenen Markt erweist«<sup>155</sup>.

Demgegenüber können (formal) diskriminierende Maßnahmen auch nicht durch übergeordnete Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden:

»es ist vielmehr davon auszugehen, daß eine Abweisung von ausländischen Unternehmen nie im Allgemeininteresse liegt, d.h. ein Interesse an protektionistischen Regelungen per definitionem nicht »allgemein« oder objektiv sein kann«<sup>156</sup>.

In einem solchen Fall kann die betreffende nationale Regelung nur noch durch einen Rückgriff auf die Art. 56 Abs. 1 i.V.m. 66 EWGV dem Anwendungsbereich des Dienstleistungskapitels entzogen werden.

Ohne nun auf den Begriff des Allgemeininteresses im Sinne des Art. 59 EWGV im einzelnen eingehen zu wollen<sup>157</sup>, ist festzuhalten, daß jener Begriff von dem der »öffentlichen Sicherheit und Ordnung« im Sinne des Art. 56 EWGV unterschieden werden muß. Letzterer zielt auf die Verhinderung ernsthafter Störungen des Gemeinwohls und ist als Ausnahme des grundlegenden Vertragsprinzips der Dienstleistungsfreiheit eng aus-

<sup>154</sup> Rs. 205/84 (*Kom./Bundesrepublik Deutschland – »Versicherungsurteil«*), Slg. 1986, 3755, Rdnr. 27; Rs. 279/80 (*Webb*), Slg. 1981, 3305, Rdnr. 17; Rs.154/89 (*Kom./Frankreich*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 15; Rs. 180/89 (*Kom./Italien*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 18; Rs. 198/89 (*Kom./Griechenland*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 19 (vgl. auch Anm. 128); Rs. 76/90 (*Säger*) (Anm. 144), Rdnr. 15. Vgl. auch die parallelen Erwägungen zum freien Warenverkehr u.a. in der Rs. 178/84 (*Kom./Bundesrepublik Deutschland*), Slg. 1987, 1271, Rdnr. 28.

<sup>155</sup> Hailbronner/Nachbaur (Anm. 107), 112.

<sup>156</sup> Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 59 Rdnr. 18.

<sup>157</sup> Dazu näher *ibid.*, Art. 59 Rdnr. 15 ff.; vgl. auch zum parallelen Begriff im Rahmen des Art. 30 EWGV, *ibid.*, Art. 30 Rdnr. 74 ff. (77 ff.).

zulegen<sup>158</sup>. Der Begriff des zwingenden Allgemeininteresses ist insofern weiter gefaßt und entspricht letztlich dem Begriff des »zwingenden Erfordernisses«, der vom EuGH im Rahmen der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung zum freien Warenverkehr entwickelt worden ist. Hierunter können beispielsweise Maßnahmen fallen, die dem Schutz geistigen Eigentums<sup>159</sup>, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert<sup>160</sup> oder dem Verbraucher- und Gesundheitsschutz<sup>161</sup> zu dienen geeignet sind. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache *Torfaen Borough Council*, in der es um die Vereinbarkeit des Verkaufsverbots an Sonntagen mit Art. 30 EWGV ging, ausführte, können aber auch solche Regelungen ein nach Gemeinschaftsrecht gerechtfertigtes Ziel verfolgen, die »Ausdruck bestimmter politischer und wirtschaftlicher Entscheidungen« und »den landesweiten oder regionalen sozialen und kulturellen Besonderheiten angepaßt (sind), deren Beurteilung beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts Sache der Mitgliedstaaten ist«<sup>162</sup>.

Für die Dienstleistungsfreiheit finden sich gleichlautende Tendenzen insbesondere in der Rechtssache *Debauve*, in der es um das in Belgien bestehende Verbot zur Ausstrahlung von Werbesendungen im Fernsehen ging – eine eindeutig medienpolitisch motivierte Entscheidung<sup>163</sup>. Der Beurteilungsspielraum, der den Mitgliedstaaten insoweit zusteht, ist freilich nicht grenzenlos. Rein wirtschaftliche Ziele mit letztlich protektionistischem Charakter wie etwa dasjenige, die inländische Industrie vor ausländischer Konkurrenz zu bewahren, können kein zwingendes Allgemeininteresse im Sinne des Art. 59 sein. Das Allgemeininteresse kann nicht die Funktion einer allgemeinen Schutzklausel übernehmen. Demgegenüber hat die Gemeinschaft politische Grundentscheidungen eines Mitgliedstaates grundsätzlich zu respektieren, soweit sie von ernsthaften,

<sup>158</sup> *Ibid.*, Art. 59 Rdnr. 18.

<sup>159</sup> Rs. 62/79 (*Coditel*), Slg. 1980, 881, Rdnr. 15.

<sup>160</sup> Rs.154/89 (*Kom./Frankreich*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 17; Rs. 180/89 (*Kom./Italien*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 20; Rs. 198/89, (*Kom./Griechenland*), Urteil vom 26.2.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 21; vgl. auch Anm. 128.

<sup>161</sup> Rs. 205/84 (*Kom./Bundesrepublik Deutschland*), Slg. 1986, 3755, Rdnr. 30–33 zum Verbraucherschutz. Zusammenfassende Darstellung der Rechtsprechung zum »Allgemeininteresse« in der Rs. 353/89 (*Kom./Niederlande*), Urteil vom 25.7.1991, noch nicht in der amtl. Slg., Vorabdruck, Rdnr. 18.

<sup>162</sup> Rs. 145/88 (*Torfaen Borough Council*), Slg. 1989, 3851, Rdnr. 14.

<sup>163</sup> Rs. 52/79 (*Debauve*), Slg. 1980, 833, Rdnr. 12 und 15. Allerdings stellt der Gerichtshof nicht ausdrücklich auf kultur- oder medienpolitische Ziele ab.

etwa moralisch oder ethisch motivierten Überlegungen getragen sind, die sich auch dementsprechend in der nationalen Gesellschaftsordnung widerspiegeln. Aus Art. 5 Abs.2 EWGV kann nicht abgeleitet werden, daß nationale Allgemeininteressen regelmäßig dem Gemeinschaftsinteresse unterzuordnen seien, daß sozusagen das Allgemeininteresse sich grundsätzlich mit dem Gemeinschaftsinteresse deckt. In der Tat würde eine solche Schlußfolgerung das Gemeinschaftsziel der Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes mit offenen Grenzen zum immer gültigen Maßstab erheben und »verkennen, daß im Einzelfall widersprüchliche Interessen einzelner Mitgliedstaaten zum Ausgleich gebracht werden müssen«<sup>164</sup>.

Unter Berücksichtigung vorstehender Überlegungen ergibt sich für den vorliegenden Fall folgendes Bild. Das irische Informationsverbot ist auf die Unterbindung oder wenigstens die Verringerung der Zahl von Schwangerschaftsunterbrechungen, also auf den Schutz des ungeborenen Lebens in Irland gerichtet. Es handelt sich hierbei um einen Grundsatz, der zu den Grundlagen der irischen Wertordnung gehört und auch in der Verfassung entsprechend verankert wurde<sup>165</sup>. Die Festlegung und Ausfüllung jener Wertordnung bleiben, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich den Mitgliedstaaten selbst überlassen<sup>166</sup>. Die von den Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen müssen allerdings verhältnismäßig sein. In diesem Zusammenhang sind Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der in Rede stehenden Maßnahmen in bezug auf das von ihnen verfolgte Allgemeininteresse zu prüfen<sup>167, 168</sup>.

<sup>164</sup> Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 59, Rdnr. 13.

<sup>165</sup> Zur Entstehungsgeschichte des Art. 40.3.3 der irischen Verfassung siehe oben II.

<sup>166</sup> Vgl. auch zum Begriff der »öffentlichen Sittlichkeit« die Rs. 121/85 (*Conegate*), Slg. 1986, 1007ff., Rdnr. 14. Vgl. auch die Ausführungen des Generalanwalts zu dieser Frage im vorliegenden Fall (Anm. 113), 30ff.; Verb. Rs. 312/89 (*Conforama*) und 332/89 (*Marchandise*), Urteil vom 28.2.1991 (noch nicht in der amtl. Slg.), EuZW 1991, 318 (319).

<sup>167</sup> Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 59 Rdnr. 14.; vgl. auch Rs. 76/86 (*Kom./Bundesrepublik Deutschland*), Slg. 1989, 1021, Rdnr. 13; Rs. 288/89 (*Gouda*), Urteil v. 25.7.1991, noch nicht in der amtl. Slg., EuGRZ 1992, 64, Rdnr. 15; zu den Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit im einzelnen vgl. die Ausführungen des Generalanwalts im vorliegenden Fall (Anm. 113), 33ff.

<sup>168</sup> Begibt sich etwa der Dienstleistungserbringer in den Empfangsstaat, so sind hierbei insbesondere diejenigen Anforderungen zu berücksichtigen, denen der Dienstleistungserbringer bereits in seinem Heimatstaat unterliegt, in dem er ansässig ist. Häufig wird dem nationalen Allgemeininteresse nämlich bereits durch entsprechende Rechtsvorschriften des Herkunftsstaates ausreichend Rechnung getragen, so daß zusätzliche Anforderungen im Land der Dienstleistungserbringung insoweit nicht mehr erforderlich und damit unverhält-

Der Generalanwalt, der im Gegensatz zum Gerichtshof den vorliegenden Sachverhalt grundsätzlich vom Gemeinschaftsrecht erfaßt sah, prüfte denn auch insoweit die Vereinbarkeit des irischen Informationsverbots mit Art. 59 EWGV. Er kam zum Ergebnis, daß das irische Recht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht<sup>169</sup>. Es dürften jedoch erhebliche Zweifel bestehen, ob das Informationsverbot überhaupt geeignet ist, nennenswert zur Verhinderung oder Reduzierung der Zahl von Schwangerschaftsunterbrechungen beizutragen<sup>170</sup>. So sind in Irland beispielsweise aus dem Ausland importierte Zeitschriften, die Informationen über die Möglichkeit von Abtreibungen im Ausland enthalten, frei erhältlich. Den betroffenen Frauen freilich wird der Zugang zu den notwendigen Informationen über Schwangerschaftsunterbrechungen im Vereinigten Königreich zumindest erschwert und damit auch der freie Dienstleistungsverkehr potentiell beeinträchtigt. Angesichts des nur dürftigen Erfolgs des Informationsverbots in Hinblick auf die Verhinderung bzw. Verringerung von Abtreibungen erscheint es aber kaum angemessen, eine Einschränkung eines so fundamentalen Grundsatzes wie der Dienstleistungsfreiheit hinzunehmen. Das Informationsverbot ist auch nicht etwa dazu bestimmt, die Begehung von Straftaten zu verhindern. Zwar ist die Vornahme einer Abtreibung in Irland selbst strafbar. Im Gegensatz dazu ist die Durchführung einer Abtreibung im Ausland jedoch nicht strafrechtlich sanktioniert. Im Ergebnis spräche also wohl einiges dafür, das irische Informationsverbot als eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu betrachten<sup>171</sup>. Dies gilt um so mehr, als vorliegend die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit gleichsam die Einschränkung der Meinungsfreiheit in sich schließt. Inwieweit die grundrechtliche Komponente vorliegender Konstellation im Rahmen der Auslegung des Art. 59 EWGV zum Tragen kommen kann, wird im folgenden Abschnitt zu erörtern sein.

---

nismäßig sind; vgl. verb. Rs. 110 u. 11/78 (*Van Wesemael*), Slg. 1979, 35, Rdnr. 28f.; Rs. 279/80 (*Webb*), Slg. 1981, 3305, Rdnr. 20; Rs. 205/84 (*Kom./Deutschland*), Slg. 1986, 3755, Rdnr. 27.

<sup>169</sup> Anm. 113, 36.

<sup>170</sup> Schermers (Anm. 74), 22.

<sup>171</sup> Kommt man zu dem Ergebnis, daß das irische Informationsverbot gegen Art. 59 EWGV verstößt, so erübrigt sich gleichwohl eine Prüfung dahin gehend, ob hierin zugleich ein Verstoß gegen den von den Beklagten in der Hauptsache geltend gemachten Art. 62 EWGV gegeben ist. Mit Ablauf der Übergangszeit (1.1.1970) besitzt Art. 62 EWGV keine eigenständige Bedeutung mehr, da das Beschränkungsverbot des Art. 59 EWGV seinerseits unmittelbare Wirkung entfaltet; Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 62 Rdnr. 2.

### C. Vereinbarkeit mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts

Geht man bereits auf dieser Stufe der Prüfung von der Gemeinschaftswidrigkeit des irischen Informationsverbots aus, so erübrigt sich im Grunde die weitere Untersuchung der Frage, ob sich darüber hinaus ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht aus den in das Gemeinschaftsrecht inkorporierten allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben könnte. Gleichwohl soll dieser Frage hier nachgegangen werden, wobei zunächst geklärt werden muß, ob und gegebenenfalls inwieweit die allgemeinen Rechtsgrundsätze und in diesem Rahmen insbesondere die EMRK als Maßstab herangezogen werden können.

#### 1) Grundrechtsschutz auf der Gemeinschaftsebene

Das Vertragsrecht der Gemeinschaften enthält nur einzelne, verstreute und lückenhafte Ansatzpunkte grundrechtlicher Gewährleistungen<sup>172</sup>. Ausgehend von diesem Befund hat der EuGH zahlreiche grundrechtliche und rechtsstaatliche Verbürgungen als allgemeine Rechtsgrundsätze des (primären) Gemeinschaftsrechts anerkannt<sup>173</sup>. Beginnend mit dem *Nold-Urteil*<sup>174</sup> hat der EuGH als Quelle zur Feststellung solcher allgemeiner Rechtsgrundsätze neben den nationalen Rechtsordnungen auch internationale Verträge zum Schutz der Menschenrechte herangezogen, insbesondere die EMRK, der bis dahin sämtliche EG-Mitglieder beigetreten waren<sup>175</sup>. In der *Höchst-Entscheidung* hat der Gerichtshof sogar ange-

<sup>172</sup> Beispiele sind Art. 119 EWGV (Lohnleichheit von Mann und Frau), Art. 7 EWGV (allgemeines Diskriminierungsverbot). Aber auch die wirtschaftlichen Freiheiten des EWG-Vertrages, die nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH dem einzelnen einlagbare Rechte verleihen, haben durchaus grundrechtsähnlichen Charakter. Vgl. dazu T. Giegerich, Luxemburg, Karlsruhe, Straßburg – Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa?, *ZaöRV* 50 (1990), 836 (855).

<sup>173</sup> Zur Grundrechtsprechung des EuGH vgl. nur I. Pernice, *Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven*, Neue Juristische Wochenschrift 1990, 2409ff.; M. Schweitzer/W. Hummer, *Europarecht* (3. Aufl. 1990), 216ff. (auch zu den vom EuGH entwickelten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips).

<sup>174</sup> Rs. 4/73 (*Nold/Kom.*), Slg. 1974, 491 ff. Rdnr. 13.

<sup>175</sup> Nach ganz überwiegender Ansicht sind die Gemeinschaften jedoch nicht als solche an die Konvention unmittelbar gebunden; hierzu ausführlich A. Bleckmann, *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an die europäische Menschenrechtskonvention* (1986). Für eine unmittelbare Bindung P. Pescatore, *La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'homme*, in: F. Matscher/H. Petzold (Hrsg.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Studies in Hon-



deutet, daß er die Rechtsprechung des EGMR in Hinblick auf die Auslegung der EMRK berücksichtigen werde<sup>176</sup>. Zugleich hat der Gerichtshof allerdings auch immer wieder betont, daß die Gewährleistung jener Grundrechte sich »in die Struktur und die Ziele der Gemeinschaft einfügen« müsse<sup>177</sup>, so daß Schutzbereich und Schranken jener Rechte stets auch in Hinblick auf das spezielle Gemeinschaftsinteresse zu beurteilen sind.

## 2) Bindung der Mitgliedstaaten an die allgemeinen Rechtsgrundsätze

Zu Beginn dienten die allgemeinen Rechtsgrundsätze in erster Linie der Bindung und Begrenzung der Gemeinschaftsgewalt. Problematisch ist, ob darüber hinaus die Mitgliedstaaten, wenn sie in Ausführung des Gemeinschaftsrechts oder sogar noch weitergehend lediglich im Rahmen des Gemeinschaftsrechts handeln, an die allgemeinen Rechtsgrundsätze gebunden sind. Zwar spricht grundsätzlich eine Vermutung dafür, daß das Gemeinschaftsrecht lediglich die Akte der durch die Gemeinschaftsverträge selbst verfaßten Organe regeln will, die Akte der nationalen Organe also auch dann nach der nationalen Verfassung zu beurteilen sind, wenn sie in Ausführung von Gemeinschaftsrecht ergehen. Zieht man nun aber in Betracht, daß die Gemeinschaftsrechtsakte selbst nicht anhand nationaler Grundrechte gemessen werden können, so muß dies in gleicher Weise für diejenigen nationalen Ausführungsakte gelten, die gemeinschaftsrechtlich vollständig determiniert sind<sup>178</sup>. Andernfalls würde auf der Ebene der

---

our of G.J. Wiarda (1988), 441 (450), der davon ausgeht, daß die EG infolge der Übertragung der Hoheitsrechte auf die Gemeinschaft durch die Mitgliedstaaten "en vertu de la doctrine de succession d'Etat" an die Konvention gebunden sei. Der formelle Vorschlag der Kommission, der Rat möge ihr ein Verhandlungsmandat für einen Beitritt erteilen, blieb bislang unbeantwortet.

<sup>176</sup> Verb. Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, 2919, Rdnr. 18.

<sup>177</sup> Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), Slg. 1970, 1125, Rdnr. 4; vgl. dazu auch H. Steinberger, Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht, in: Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 98) (1989), 951 (958).

<sup>178</sup> Aus deutscher Sicht ist festzuhalten, daß es sich auch hier um Akte nationaler Hoheitsgewalt handelt, die der Kontrolle durch die nationalen Rechtsschutzinstanzen unterliegen, vgl. R. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht (1989), 190, mit weiteren Nachweisen. Auch eine verfassungsgerichtliche Kontrolle etwa in Form der Verfassungsbeschwerde oder aber der konkreten Normenkontrolle bleibt grundsätzlich zulässig; in Anwendung der Grundsätze der *Solange II*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts können die nationalen Ausführungsakte

Umsetzung die Verpflichtung zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts ausgehöhlt<sup>179</sup>. Die Verfassungsbindung der Träger nationaler Hoheitsgewalt reicht dann nur noch soweit, wie der Mitgliedstaat frei ist, sie erfaßt also nicht den vom Gemeinschaftsrecht zwingend vorgegebenen Inhalt des nationalen Ausführungsaktes. Aber auch in den Fällen, in denen das Gemeinschaftsrecht der nationalen Gesetzgebung oder Verwaltung Freiräume bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts beläßt, haben die Mitgliedstaaten die allgemeinen Rechtsgrundsätze insoweit zu beachten, als das Gemeinschaftsrecht in ihrem Sinne auszulegen ist. Jedenfalls eine Unterschreitung des gemeinschaftlichen Grundrechtsstandards ist wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts in diesem Rahmen ausgeschlossen<sup>180</sup>.

Über die Fallgruppe der unmittelbaren Ausführung hinaus sollte eine Bindung der nationalen Rechtsanwendungs- und Rechtsetzungsorgane an die allgemeinen Rechtsgrundsätze aber auch stets dann angenommen werden, wenn der betreffende nationale Akt einen sonstigen konkreten Gemeinschaftsbezug aufweist. Ein solcher Gemeinschaftsbezug liegt jedenfalls auch dann vor, wenn eine nationale Maßnahme grundsätzlich geeignet ist, in Kollision mit Gemeinschaftsrecht zu treten, insoweit also gegenüber dem einzelstaatlichen Handeln gemeinschaftliche Verbotsnormen zum Tragen kommen können<sup>181</sup>. Dies ergibt sich aus der Überlegung, daß das Gemeinschaftsrecht in allen seinen Teilen für die Mitgliedstaaten verbindlich ist. Insoweit beansprucht es jedenfalls Anwendungsvorrang vor den nationalen (Verfassungs-) Rechtsordnungen; seinen Vorgaben ist Folge zu leisten<sup>182</sup>. Hierzu gehört es auch, dem Gemeinschaftsrecht widersprechende Maßnahmen zu unterlassen. Nun ist aber das von den Mit-

---

aber, soweit ihr Inhalt gemeinschaftsrechtlich determiniert ist, grundsätzlich nicht mehr am Maßstab des Grundgesetzes gemessen werden. Aus der Sicht des Grundgesetzes findet diese »Freistellung« von der Verfassungsbindung freilich nur in den Grenzen des Identitätsvorbehalts statt, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*); E. Klein, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50, 56 (83f.); in diesem Sinne auch A. Weber, Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik (1987), 124; anderer Ansicht Herdegen (Anm. 64), 311.

<sup>179</sup> E. Klein, *ibid.*, 83.

<sup>180</sup> Rs. 5/88 (*Wachauf*), Slg. 1989, 2609, Rdnr. 19.

<sup>181</sup> In diesem Sinne auch Generalanwalt van Gerven im vorliegenden Fall (Anm. 113), 40.

<sup>182</sup> Ob das Gemeinschaftsrecht Geltungs- oder Anwendungsvorrang in den innerstaatlichen Rechtsordnungen genießt, ist umstritten. Vgl. dazu M. Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich (1969), 160ff., der für den Anwendungsvorrang eintritt; für die Nichtigkeit entgegenstehenden nationalen Rechts E. Grabitz, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht (1966), 98ff.

gliedstaaten zu befolgende Gemeinschaftsrecht auch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze der europäischen Gemeinschaftsrechtsordnung geprägt und muß in ihrem Sinne ausgelegt werden. Soweit es die Staaten bindet, müssen diese also auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze beachten. Es ist nicht zu bestreiten, daß den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf diese Weise eine im Grunde unmittelbare Wirkung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zugebilligt wird.

In der Vergangenheit hatte es der EuGH demgegenüber bis vor kurzem ausdrücklich abgelehnt, auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsgrundsätze »ein (...) Gesetz (zu prüfen), das wie im vorliegenden Fall zu einem Bereich gehört, der in das Ermessen des nationalen Gesetzgebers fällt«<sup>183</sup><sup>184</sup>. Auch im Fall der Ausführung von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten dienten die allgemeinen Rechtsgrundsätze so letztlich der grundrechtlichen Begrenzung der Gemeinschaftsgewalt, der die Mitgliedstaaten insoweit unterworfen waren<sup>185</sup>. Zwar hatte der Gerichtshof

---

<sup>183</sup> Rs. 60 und 61/84 (*Cinéthèque*), Slg. 1985, 2605, Rdnr. 26; dazu die Besprechung von J.H.H. Weiler, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the European Court of Justice in the Legal Order of the European Communities*, *Washington Law Review* 1986, 1103ff. Damals ging es um die Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen mit dem Beschränkungsverbot des Art. 30 EWGV. Demgegenüber vertraten Generalanwalt und Kommission die Auffassung, daß die Ausnahmen in Art. 36 EWGV und der Geltungsbereich von »zwingenden Erfordernissen«, aufgrund deren eine Maßnahme nicht unter Art. 30 fällt, im Lichte der Konvention ausgelegt werden sollten, *ibid.*, 2616. Vgl. auch Rs. 12/86 (*Demirel*), Slg. 1987, 3719, Rdnr. 28, in der der Gerichtshof aber weiter formulierte: »(...) daß der Gerichtshof für die Beachtung der Grundrechte im Bereich des Gemeinschaftsrechts Sorge zu tragen hat, aber nicht prüfen kann, ob eine nationale Regelung, die nicht im Rahmen des Gemeinschaftsrechts liegt, mit der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar ist«.

<sup>184</sup> Demgegenüber entspricht es der ständigen Rechtsprechung des EuGH, nationale Maßnahmen, die etwa geeignet sind, die Ausübung der Grundfreiheiten zu behindern, auf ihre Verhältnismäßigkeit zu überprüfen; vgl. dazu oben IV.B.4).

<sup>185</sup> Anderer Ansicht P. Pescatore, Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften, *EuR* 1979, 1 (10), der die Rechtsprechung des EuGH umgekehrt deutet. Er stützt sich hierbei in erster Linie auf die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der »öffentlichen Sicherheit und Ordnung« im Sinne des Art. 48 Abs. 3 EWGV; vgl. nur Rs. 41/74 (*van Duyn*), Slg. 1974, 1337ff.; Rs. 30/77 (*Bouchereau*), Slg. 1977, 1999ff.; Rs. 118/75 (*Watson und Belman*), Slg. 1974, 1185ff. Im zuletzt genannten Urteil – es ging um die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit Art. 48 Abs. 3 EWGV – trat der Generalanwalt Trabucchi für eine Bindung der Mitgliedstaaten an die allgemeinen Rechtsgrundsätze dann ein, »soweit das geltend gemachte Grundrecht mit einem Rechtsverhältnis verknüpft ist, dessen Regelung den spezifischen Gegenstand des Vertrages ausmacht«, *ibid.*, 1207.

in der Rechtssache *Rutili*<sup>186</sup> im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit nationaler Beschränkungen im Sinne des Art. 48 Abs. 3 EWGV ausdrücklich auf die in der Konvention verankerten Standards hingewiesen, allerdings ergab sich die Gemeinschaftswidrigkeit der angegriffenen Maßnahmen hier bereits aus einer in diesem Zusammenhang ergangenen Richtlinie<sup>187</sup>.

Nimmt man eine Bindung der Mitgliedstaaten an die allgemeinen Rechtsgrundsätze im oben angedeuteten Rahmen an, so können die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch als Begrenzung der mitgliedstaatlichen Hoheitsgewalt wirken, ohne daß deren Ausübung gemeinschaftsrechtlich veranlaßt gewesen wäre. Der Grundrechtsverstoß rührt in diesen Fällen folglich allein aus der nationalen Sphäre. Der EuGH jedenfalls scheint neuerdings die Befugnis für sich in Anspruch zu nehmen, auch solche nationalen Maßnahmen anhand der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu überprüfen. So hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung zum griechischen Fernsehmonopol in vergleichbarem Zusammenhang ausgeführt, wobei die *Rutili*-Rechtsprechung insoweit bereits den Grundstein gelegt haben mag:

»Insbesondere wenn ein Mitgliedstaat sich auf Artikel 66 in Verbindung mit Artikel 56 beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, ist diese im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen. Die in Artikel 66 in Verbindung mit Artikel 56 vorgesehenen Ausnahmen können daher für die betreffende nationale Regelung nur dann gelten, wenn sie im Einklang mit den Grundrechten stehen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat«<sup>188</sup>.

In eine noch grundsätzlichere Richtung weisen seine *obiter dictum* angestellten Überlegungen im vorliegenden Fall, wo er ausführt, daß:

<sup>186</sup> Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219, Rdnr. 32. Vgl. auch verb. Rs. 201 und 202/85 (*Klensch*), Slg. 1986, 3477, Rdnr. 9f., in der der Gerichtshof auf den allgemeinen Gleichheitssatz abhob, an den auch die Mitgliedstaaten gebunden seien. Allerdings ging es in dieser Entscheidung um nationale Maßnahmen im Rahmen der gemeinschaftlichen Agrarpolitik. Insofern lag in dieser Entscheidung keine Relativierung des *Cinéthèque*-Urteils; in diesem Sinne auch J.H.H. Weiler, *The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action*, in: F. Capotorti [u.a.] (Hrsg.), *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore* (1987), 821 (825).

<sup>187</sup> Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25.2.1964 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. L vom 4.4.1964, 850ff.

<sup>188</sup> Rs. 260/89 (*Elliniki Radiofonia Tileorasi*), Urteil vom 18.6.1991, noch nicht in der amtl. Slg., EuGRZ 1991, 274, 283, Rdnr. 43. Zum Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne des

“(…) dès lors qu’une réglementation nationale entre dans le champ d’application du droit communautaire, la Cour (…) doit fournir tous les éléments d’interprétation nécessaires à l’appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu’ils résultent, en particulier, de la Convention européenne des droits de l’homme”<sup>189</sup>.

Diese Rechtsprechung wird durch die Überlegung gestützt, daß der EuGH für die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts, mithin auch die Verwirklichung der Grundfreiheiten und die dem einzelnen hieraus erwachsenden Rechte Sorge zu tragen hat. Dementsprechend muß er auch für die Überprüfung jener nationaler Maßnahmen zuständig sein, die geeignet sind, jene Rechte einzuschränken. Hierbei greift er notwendigerweise auf gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe einschließlich der allgemeinen Rechtsgrundsätze zurück.

Nun kann dies andererseits aber nicht bedeuten, daß künftig jegliche Maßnahme, die sich auch nur mittelbar auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirkt, anhand gemeinschaftrechtlicher Grundrechtsstandards zu messen wäre. Vielmehr können die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur dann als Maßstab für die nationale Gesetzgebung herangezogen werden, wenn letztere etwa geeignet ist, eine durch das Gemeinschaftsrecht verbürgte Grundfreiheit in Frage zu stellen, aber durch eine in den Art. 36 oder 56 EWGV vorgesehene Ausnahme oder die den Art. 30 und 59 EWGV immanenten Ausnahmetatbestände gerechtfertigt sein könnte. Die Frage, inwieweit in einer solchen Situation das Gemeinschaftsinteresse, d.h. konkret das Interesse des Gemeinschaftsbürgers an möglichst ungehinderter Wahrnehmung der ihm vom Vertrag zuerkannten Rechte, hinter nationalen Einzelinteressen zurücktritt, ist auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts zu beantworten. Insofern scheint es durchaus geboten, die durch den Vertrag selbst vorgesehenen Ausnahmen im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts und damit auch der EMRK auszulegen<sup>190</sup>.

---

Art. 56 Abs. 1 EWGV siehe Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 110), Art. 56, Rdnr. 10.

<sup>189</sup> Anm. 29, Rdnr. 31.

<sup>190</sup> Vgl. zum ganzen jetzt ausführlich F. Mancini/V. DiBucci, Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire, Recueil des Cours de l’Académie de Droit Européen, 1991 [erscheint demnächst], die allerdings die Frage aufwerfen, ob nicht im Hinblick auf die grundrechtliche Kontrolle unterschieden werden müsse zwischen den im Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen und den in den Art. 30 und 59 EWGV enthaltenen immanenten Ausnahmetatbeständen.

Dieses Ergebnis wird auch durch eine Parallelüberlegung bestätigt. Soweit es auf die Verhältnismäßigkeit einer nationalen Maßnahme ankommt, setzt das Gemeinschaftsrecht – und hierüber besteht Einigkeit – die Maßstäbe<sup>191</sup>. Dem nationalen Gesetzgeber werden insoweit auch inhaltliche, nicht nur kompetenzielle Schranken gezogen. Der Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze in diesem Zusammenhang würde aber im Grunde nichts anderes bedeuten<sup>192</sup>. Es wäre ein im übrigen nur schwer erträglicher Zustand, wenn bei nationalen Maßnahmen, soweit sie den Grundsätzen des Gemeinsamen Marktes zuwiderlaufen, zwar auf ihre Verhältnismäßigkeit, nicht aber auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinschaftlichen Grundrechtsstandard geschaut würde. Ein solches Ergebnis entspräche auch wohl kaum dem Bild einer Gemeinschaft, die sich entsprechend dem 3. Erwägungsgrund der Präambel zur EEA auf die Wahrung »der in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Europäischen Sozialcharta anerkannten Grundrechte (...)«<sup>193</sup> verpflichtet hat.

Allerdings könnten sich aus dieser Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber nationalen Rechtsakten jedenfalls im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Gemeinschaften besondere Probleme ergeben, in denen die EMRK nicht direkt anwendbar ist<sup>194</sup>. Da die Gemeinschaftsrechtsordnung nämlich über die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wenn auch modifiziert<sup>195</sup>, die menschenrechtlichen Verbürgungen der EMRK rezipiert hat, gelangt man jedenfalls im Anwendungsbereich der Verträge zu einer zumindest in Teilbereichen unmittelbaren Wirkung der EMRK in der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten<sup>196</sup>. Ungeachtet möglicher Kritik<sup>197</sup> spricht aber für eine solche unmittelbare Wirkung die Tatsache,

---

<sup>191</sup> Siehe oben IV.B.4).

<sup>192</sup> Weiler (Anm. 186), 841f.

<sup>193</sup> ABl. L 169 vom 29.6.1987, 1.

<sup>194</sup> Zur Anwendbarkeit der EMRK in den einzelnen Mitgliedstaaten des Europarates vgl. J. Polakiewicz, *La mise en œuvre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en Europe de l'ouest*, Europarat, Dok. DH-NL-COLL (91) 2.

<sup>195</sup> Hierzu oben IV.C.1).

<sup>196</sup> Zu diesem Problem vgl. insbesondere A. Clapham, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview* (1991), 41ff., mit weiteren Nachweisen.

<sup>197</sup> Insbesondere aus dem Vereinigten Königreich, vgl. das Memorandum des Home Office "The European Convention on Human Rights and its Relationship with the Law derived from the Treaty of Rome", *The British Year Book of International Law* 1978, 366; ferner die Entscheidung des britischen High Court vom 20.2.1978, *Allgemeine Gold- und Silberscheideanstalt v. The Commissioners of Customs and Excise*, CMLR 1978, 292 (295).

daß die Teile der EMRK, die als allgemeine Rechtsgrundsätze in das Gemeinschaftsrecht inkorporiert werden, damit zugleich ihren Rechtscharakter verändern und damit als Gemeinschaftsrecht direkte und unmittelbare Geltung beanspruchen können<sup>198</sup>.

Überträgt man nun diese Überlegungen auf den vorliegenden Fall, so ist zunächst festzustellen, daß es sich bei dem irischen Informationsverbot für Abtreibungen nach der hier vertretenen Auffassung um eine Maßnahme handelt, die grundsätzlich geeignet ist, den freien Dienstleistungsverkehr zu beschränken<sup>199</sup>. Insofern ist also ein Gemeinschaftsbezug unzweifelhaft gegeben. Im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit einer solchen Beschränkung, etwa im Hinblick auf ein von dem betreffenden Mitgliedstaat geltend gemachtes Allgemeininteresse, wären dann auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie sich insoweit insbesondere aus Art. 10 der EMRK ergeben, zu beachten. Dementsprechend wäre jetzt zu untersuchen, welches Verhältnis die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts und die in der EMRK verbürgten Grundrechte zueinander haben.

### 3) Gemeinschaftsrecht und EMRK

#### a) Anerkennung des Vorranganspruchs der EMRK durch das Gemeinschaftsrecht

Aus völkerrechtlicher Sicht ergibt sich für das Rangverhältnis zwischen dem EWG-Vertrag und der EMRK folgendes: Im Falle des Konfliktes sähe sich der betroffene Mitgliedstaat zunächst zwei miteinander unvereinbaren völkerrechtlichen Pflichten gegenüber<sup>200</sup>. Nun hat der EuGH Grundsätze der EMRK in das primäre Gemeinschaftsrecht inkorporiert und damit ihren Vorrang indirekt anerkannt. Die in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen verbürgten Prinzipien gelten als europäische Verfassungsgrundsätze<sup>201</sup>, die nicht zur Disposition des Gemeinschaftsgesetzge-

---

<sup>198</sup> Siehe zur vergleichbaren Problematik der Bindung der Bundesstaaten der USA an die durch die Verfassung der USA verbürgten Grundrechte statt aller R. Cortner, *The Supreme Court and the Bill of Rights* (1981), *passim*.

<sup>199</sup> Siehe oben IV.B.3).

<sup>200</sup> Hierbei wird freilich vorausgesetzt, daß auch die EG-Gründungsverträge noch Bestandteil der Völkerrechtsordnung sind; siehe zum Vorranganspruch der EMRK Giegerich (Anm. 172), 852f., allerdings aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland.

<sup>201</sup> J.A. Frowein, *Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien*, in: A. Kaufmann (Hrsg.), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer (1988), 149 (151).

bers stehen und – wie bereits ausgeführt – unter bestimmten Voraussetzungen auch den nationalen Normgeber zu binden vermögen.

Die Akzeptanz des Vorranganspruchs der EMRK durch die Gemeinschaftsrechtsordnung<sup>202</sup> trägt entscheidend zur Sicherung und Bewahrung der Homogenität des europäischen Menschenrechtsschutzes bei. Angesichts der Bedeutung der Menschenrechtskonvention als Verbürgung europaweit anerkannter grundrechtlicher Mindeststandards ist davon auszugehen, daß mögliche Kollisionen – soweit sie nicht bereits im Wege der konventionsfreundlichen Auslegung zu vermeiden sind – im Sinne des Vorrangs der EMRK zu lösen sind<sup>203</sup>. Dieses Ergebnis wird im übrigen zusätzlich durch Art. 234 EWGV bestätigt<sup>204</sup>.

#### b) Kollisionsfälle

Eine echte Kollision zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK kann sich freilich nur dann ergeben, wenn die Mitgliedstaaten in Ausführung zwingenden Gemeinschaftsrechts handeln und sich bereits hieraus die Verletzung der Konvention ergibt. In diesem Fall setzt sich die Grundrechtsverletzung im gemeinschaftsrechtlich determinierten nationalen Ausführungsakt fort<sup>205</sup>. Mit ihrer *Solange*-Entscheidung vom 9. Februar 1990<sup>206</sup> hat die Europäische Kommission für Menschenrechte insoweit auftretenden Konflikten die Grundlage entzogen, als sie nunmehr keine inzidente Menschenrechtskontrolle eines EG-Aktes im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung eines nachgelagerten, aber inhaltlich vom Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Vollzugsaktes mehr vornimmt. Nach Ansicht der Kommission sind die Konventionsstaaten jedenfalls dann nicht verantwortlich für konventionswidrige Akte einer zwischenstaatlichen Organisation, wenn die Menschenrechte innerhalb dieser Organisation einen entsprechenden Schutz erfahren. Da ein solches vergleichbares Schutzniveau auf der Gemeinschaftsebene aus der Sicht der Kommission gewährleistet ist, sind entsprechende Beschwerden mit der Konvention

<sup>202</sup> Hiervon ist die Frage zu unterscheiden, welchen Rang Gemeinschaftsrecht und EMRK in der innerstaatlichen Rechtsordnung haben. Freilich sind Grundsätze der EMRK als allgemeine Rechtsgrundsätze in das vorrangige Gemeinschaftsrecht inkorporiert.

<sup>203</sup> Giegerich (Anm. 172), 854.

<sup>204</sup> *Ibid.*, 854. Außer Frankreich hatten sämtliche EG-Staaten die EMRK bereits vor ihrem EG-Beitritt ratifiziert.

<sup>205</sup> Vgl. dazu im einzelnen *ibid.*, 842ff.

<sup>206</sup> Application Nr.13258/87 (*M & Co./Bundesrepublik Deutschland*), abgedruckt in ZaöRV 50 (1991), 865ff.; vgl. dazu Giegerich (Anm. 172), 860ff., der den Begriff »*Solange*-Entscheidung« verwendet.



*ratione materiae* unvereinbar und daher nach Art. 27 Abs. 2 EMRK unzulässig. Die Kommission hat damit einen dem *Solange II*-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vergleichbaren Weg gewählt, um mögliche Konflikte zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK von vornherein zu vermeiden. Der Grundrechtsschutz gegen gemeinschaftsrechtlich determinierte Vollzugsakte vollzieht sich folglich allein auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts und ist dort beim EuGH konzentriert. Freilich bezieht sich die Entscheidung der Kommission nur auf jene Fälle, in denen die Verpflichtungen aus Gemeinschafts- bzw. Konventionsrecht auseinanderfallen, die Erfüllung einer Verpflichtung also notwendig die Verletzung der anderen mit sich bringt. Im Sinne des vom Gemeinschaftsrecht anerkannten Vorranganspruchs der EMRK sind solche Kollisionen zugunsten der Konvention zu lösen. Eine solche Konfliktlage kann allerdings von vornherein dann nicht entstehen, wenn die Mitgliedstaaten in ihrem Handeln nicht oder jedenfalls nicht vollständig gemeinschaftsrechtlich determiniert sind. In diesen Fällen bleiben die Mitgliedstaaten verantwortlich für etwaige Konventionsverletzungen. Den Mitgliedstaaten ist es nämlich auch dann noch möglich, ihren Verpflichtungen aus der Konvention ohne gleichzeitige Verletzung des Gemeinschaftsrechts nachzukommen<sup>207</sup>. Freilich gebietet bereits das Gemeinschaftsrecht selbst auch insoweit die Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze und damit auch der EMRK<sup>208</sup>. Unproblematisch ist auch die umgekehrte Konstellation, also der Fall, in dem der gemeinschaftliche Grundrechtsschutz – etwa im Hinblick auf den Schutzbereich einer grundrechtlichen Gewährleistung – über den der Konvention hinausgeht. Menschenrechtskonvention und Gemeinschaftsrecht stehen sich hier letztlich nicht als konkurrierende, sich gegenseitig ausschließende, sondern vielmehr als sich überlappende Rechtskreise gegenüber. Für das Rechtsschutzsystem der EMRK bedeutet dies, daß es seiner Ratio, nämlich der Sicherung eines europaweit gültigen Grundrechtsstandards auch im Rahmen des Gemeinschaftsrechts gerecht werden kann.

Dieser Sicherungsmechanismus greift freilich nicht in bezug auf die Gemeinschaftsgewalt selbst. Allerdings hat sich der Europäische Gerichtshof stets um die Konkordanz des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes mit den Garantien der Konvention bemüht und insoweit den Vorranganspruch der Konvention indirekt anerkannt. Im übrigen bleibt die EMRK teilweise hinter dem Grundrechtsstandard einzelner Mitgliedstaaten zu-

---

<sup>207</sup> Weiler (Anm. 186), 823.

<sup>208</sup> Siehe oben IV.C.2).

rück. In der bisherigen Rechtsprechung hat sich der EuGH demgegenüber stets bemüht, »in das europäische Grundrechtsdenken die jeweils weitgehendste, den Individuen günstigste Optimallösung aller nationalen Rechte zu übernehmen«<sup>209</sup>. Darüber hinaus verpflichtet Art. F Abs.2 der Gemeinsamen Bestimmungen des erst kürzlich unterzeichneten Vertrages über die Europäische Union letztere ausdrücklich auf die Achtung der »Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben«<sup>210</sup>. Wenn sich hieraus auch keine unmittelbare Bindung an die EMRK ergeben mag, da ausdrücklich auf die bislang gültigen Komponenten des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes hingewiesen wird, so stellt doch die Bestimmung nunmehr ausdrücklich klar, daß eine Unterschreitung des Konventionsstandards grundsätzlich nicht möglich ist. Der Vorranganspruch der EMRK im Sinne der Sicherung des konventionsrechtlichen Mindeststandards erfährt insoweit eine nochmalige, ausdrückliche Bestätigung. Hierbei ist allerdings davon auszugehen, daß es der Kommission bei ihrer *Solange*-Entscheidung nur auf eine generelle Schutzäquivalenz angekommen ist, Abweichungen vom Konventionsstandard in Hinblick auf die Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts also im Einzelfall gestattet bleiben.

c) Verschränkung zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK

Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts ergibt sich eine solche Verschränkung bereits aus der weitgehenden Inkorporation der Konventionsstandards in die Gemeinschaftsrechtsordnung. Wie bereits dargelegt, war der Generalanwalt zunächst zu dem Ergebnis gekommen, daß die Verhängung eines Informationsverbotes für Abtreibungen einem zwingenden Allgemeininteresse i. S. des Art. 59 EWGV entspricht und auch verhältnismäßig ist. In einem zweiten Schritt ging er sodann auf die Vereinbarkeit mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein, wobei er nahezu ausschließlich auf die Konvention, aber auch die Rechtsprechung der

<sup>209</sup> Bleckmann (Anm. 175), 159.

<sup>210</sup> Bulletin der Bundesregierung Nr.16/113 (115). Der Vertrag ist am 7.2.1992 unterzeichnet worden und soll am 1.1.1993 in Kraft treten.

Konventionsorgane Rückgriff nahm<sup>211</sup>. Entsprechend den in Art. 10 Abs.2 EMRK vorgesehenen Voraussetzungen, prüfte der Generalanwalt, ob das irische Informationsverbot

“(…) peut être considérée comme une restriction nécessaire et non disproportionnée à la liberté d’expression, eu égard au jugement de valeur éthique que cette interdiction a pour objet de concrétiser et qui est jugé fondamental dans cet Etat membre où l’on estime que la vie à naître mérite toutes les protections”<sup>212</sup>.

Im Ergebnis verneinte er einen Verstoß<sup>213</sup>. Unabhängig davon, ob man dem folgen mag, wird an dieser Stelle die Verschränkung von EMRK und Gemeinschaftsrechtsordnung besonders deutlich. Wie bereits oben dargelegt, umfaßt die Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Art. 59 EWGV auch das Recht zu Weitergabe und Empfang von Informationen betreffend jene Dienstleistungen. Dieses Recht wird gleichermaßen von Art. 10 EMRK geschützt. Man könnte sogar noch weitergehend sagen, daß jedenfalls dann, wenn die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit gleichzeitig Ausdruck des Rechts auf Meinungsfreiheit ist, letztere für die Auslegung der gemeinschaftlichen Grundfreiheit maßgeblich sein muß. Dies entspricht dem bereits oben aufgezeigten und von der Gemeinschaftsrechtsordnung anerkannten Vorranganspruch der EMRK im Sinne der Sicherung eines konventionsrechtlichen Mindeststandards innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung. Letztlich bedeutet dies aber auch, daß die in Art. 10 Abs. 2 EMRK vorgesehenen Einschränkungsmöglichkeiten auch im Rahmen des Art. 59 EWGV zum Tragen kommen müssen<sup>214</sup>. Schutzzweck und Verhältnismäßigkeit der nationalen Maßnahme wären dann unter Beachtung der in der Konvention niedergelegten Kriterien zu beurteilen. Insbe-

<sup>211</sup> Anm. 113, 41ff. An einer Stelle berief sich van Gerven, *ibid.*, 46, auch auf Art. 5 der Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten des Europäischen Parlaments vom 12.4.1989 (EuGRZ 1989, 204).

<sup>212</sup> Anm. 113, 52. Zuvor war der Generalanwalt auf die Frage eingegangen, ob sich aus Art. 2 EMRK ein unbeschränkter Schutzanspruch des Fötus ergebe. Im Ergebnis verwies er auf die einschlägige Spruchpraxis der EKMR (siehe dazu III.A.), *ibid.*, 41 ff.

<sup>213</sup> Der Entscheidung der Kommission im Fall *Door Counselling*, wonach der Eingriff in die Meinungsfreiheit nicht vom Gesetz vorgesehen gewesen sei, entzog er insoweit die Grundlage, als nach seiner Auffassung die Rechtslage seit der Entscheidung des irischen Supreme Court vom 16.3.1988 (Anm. 29) hinreichend klar sei.

<sup>214</sup> In diesem Sinne auch A. Clapham, A Human Rights Policy for the European Community, in: A. Barav/D.A. Wyatt (Hrsg.), *Yearbook of European Law* 1990 (1991), 309 (324); I.E. Schwartz, *Broadcasting and the EEC-Treaty*, *European Law Review* 1986, 8 (27ff.); eine ähnliche Tendenz findet sich im Schlußantrag von Generalanwalt G. Slynn in den verb. Rs. 60 und 61/84 (*Cinéthèque*), Slg. 1985, 2605 (2616) im Zusammenhang mit der Auslegung der Art. 30 und 36 EWGV.

sondere wären nur noch solche Einschränkungen auch gemeinschaftsrechtlich zulässig, die für den Schutz des betroffenen Rechtsguts<sup>215</sup> »in einer demokratischen Gesellschaft notwendig« sind. Die Frage, inwieweit in einer solchen Situation das Gemeinschaftsinteresse hinter einem nationalen übergeordneten Allgemeininteresse zurücktreten muß, ist danach letztlich auf der Grundlage der in der EMRK verbürgten Rechte zu beantworten. Im Rahmen der insoweit vorzunehmenden Abwägung wäre dann aber auch die besondere Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit als eines der tragenden Prinzipien des Gemeinsamen Marktes entsprechend zu berücksichtigen.

Wie bereits oben dargelegt, vermag das irische Informationsverbot nach der hier vertretenen Auffassung den vorgenannten Anforderungen nicht zu genügen. Insofern kann auf die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der irischen Maßnahmen verwiesen werden, die auch im vorliegenden Zusammenhang gültig sind<sup>216</sup>.

Interessanterweise ist dem Vertrag über die Europäische Union ein Protokoll beigefügt, in dem ausdrücklich festgehalten wird, daß die Gemeinschaftsverträge die Anwendung des Art. 40.3.3 der irischen Verfassung in Irland »nicht berühren«<sup>217</sup>. Der Wortlaut legt nahe, daß hiervon auch das Verbot zur Weitergabe von Informationen erfaßt werden soll, da der irische Supreme Court jenes Verbot unmittelbar der Verfassung entnommen hatte. Die Verhängung eines Informationsverbotes wäre damit von vornherein dem Anwendungsbereich des Art. 59 EWGV entzogen. Jedenfalls soll den Iren durch das Protokoll die Möglichkeit eingeräumt werden, an Art. 40.3.3 ihrer Verfassung in vollem Umfang festzuhalten. Zugleich könnte die räumliche Beschränktheit des Protokolls jedoch als Hinweis darauf gewertet werden, daß in anderen Mitgliedstaaten rechtlich zulässige Abtreibungen nicht durch das Protokoll betroffen sind. Nicht geregelt wäre damit vor allem die Frage, ob ein von irischen Behörden oder Gerichten verhängtes Ausreiseverbot für Schwangere, die eine Abtreibung im Ausland vornehmen lassen wollen, mit Gemeinschaftsrecht vereinbar wäre<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> Zu den im vorliegenden Fall betroffenen Rechtsgütern i. S. d. Art. 10 Abs. 2 EMRK siehe oben III.A.

<sup>216</sup> Siehe oben III.A. am Ende und IV.B.4).

<sup>217</sup> Protokoll zum Vertrag über die Europäische Union und zu den Verträgen zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (Anm. 210), 177.

<sup>218</sup> Im Zusammenhang mit der Entscheidung des irischen Supreme Court vom 5.3.1992 (Anm. 6) zur Verhängung eines Ausreiseverbots für Schwangere ist in Irland eine heftige Diskussion über die Frage entbrannt, ob es zulässig sei, die Wahrnehmung des Rechts auf

### V. Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts für das Verständnis der EMRK

Es wurde bereits an anderer Stelle dargelegt, daß Gewährleistungen der EMRK in Form der allgemeinen Rechtsgrundsätze vom Gemeinschaftsrecht rezipiert worden sind. Demgegenüber sind die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten aber nicht Bestandteil der Konvention. Das Rechtsschutzsystem der Konvention ist zunächst ausschließlich auf die Wahrung des Konventionsstandards gerichtet. Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit die Regelungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts dennoch für das Verständnis der einzelnen Konventionsrechte Bedeutung haben können. Gemeinschaftsrechtsordnung und Europäische Menschenrechtskonvention stehen nicht unvermittelt nebeneinander. Die gegenseitigen Verschränkungen der beiden Rechtskreise sind mannigfaltig. Wie bereits dargelegt, ist der gemeinschaftliche Grundrechtsschutz auch unter Rückgriff auf die EMRK entwickelt worden. Die Konventionsstandards sind so in das primäre Gemeinschaftsrecht inkorporiert worden. Umgekehrt ist die Gemeinschaft von der Konvention »(...) als gleichberechtigter Partner in der Bemühung anerkannt worden, den 'ordre public de l'Europe' in Gestalt der Grund- und Menschenrechte aufrechtzuerhalten«<sup>219</sup>. Insoweit stellt sich die Frage, ob und inwieweit möglicherweise auch Regelungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts für das Verständnis der einzelnen Konventionsrechte von Bedeutung sein können<sup>220</sup>. Das irische Informationsverbot wäre dann in Hinblick darauf zu überprüfen gewesen, was unter den Bedingungen eines freien Dienstleistungsverkehrs im europäischen Binnenmarkt noch als eine in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Einschränkung der Meinungsfreiheit angesehen werden kann<sup>221</sup>. Möglicherweise kann auch insoweit das Bild »kommunizierender oder osmotischer Normensysteme«<sup>222</sup>, wie es durch das Bundesverfassungsgericht

---

Freizügigkeit zum Zweck der Inanspruchnahme einer Dienstleistung im Ausland dem Abtreibungsverbot unterzuordnen. Um möglichen Vorbehalten der irischen Bevölkerung gegen den Unionsvertrag – ein entsprechendes Referendum ist für das Frühjahr 1992 vorgesehen – zu begegnen, ist die irische Regierung, unterstützt von der gesamten Opposition, gegenwärtig um eine Ergänzung des Protokolls dahin gehend bemüht, als klargelegt werden soll, daß Art. 40.3.3 der irischen Verfassung der Wahrnehmung des Rechts auf Freizügigkeit nicht entgegensteht. Vgl. *The Irish Times* vom 11.3.1992, 1.

<sup>219</sup> Giegerich (Anm. 172), 863.

<sup>220</sup> Vgl. Concurring Opinion von Schermers (Anm. 74), 19.

<sup>221</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>222</sup> Steinberger (Anm. 177), 955.

zum Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht im *Solange II*-Beschluss entworfen wurde, hier fruchtbar gemacht werden. Wäre dies der Fall, so hätten die Konventionsorgane auch im Rahmen der Auslegung der Konvention gemeinschaftsrechtlichen Standards angemessenen Rechnung zu tragen.

Anknüpfungspunkt für eine solche Beeinflussung könnten dabei die in den jeweiligen Abs. 2 der Art. 8 bis 11 EMRK enthaltenen Einschränkungsmöglichkeiten, und dabei wiederum insbesondere der Verweis auf die Notwendigkeit einer Einschränkung in einer demokratischen Gesellschaft sein. Vor allen Dingen darf der Begriff »demokratische Gesellschaft« nicht verengt werden auf den Standard in dem betroffenen Mitgliedstaat, sondern "the true standard is the society understood by the Council of Europe institutions set up to apply and protect human rights"<sup>223</sup>.

Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung der Konventionsorgane, den Mitgliedstaaten insoweit einen gewissen Beurteilungsspielraum, eine "margin of appreciation", einzuräumen. In diesem Sinne haben sowohl der EGMR als auch die Kommission entschieden, daß »der Verweis auf die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft« nicht etwa so verstanden werden darf, als ob in allen der Konvention angehörigen demokratischen Staaten derselbe Standard gelten müsse«<sup>224</sup>. So sei beispielsweise der Begriff der Moral stets im Hinblick auf das Verständnis in den betroffenen Gesellschaften auszulegen. Allerdings seien die Konventionsorgane zur Überwachung dieses Spielraums berufen. Hierbei seien sie keineswegs darauf beschränkt, zu prüfen, ob der betreffende Mitgliedstaat "exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith"<sup>225</sup>. Vielmehr liegt es letztlich bei den Konventionsorganen, die Entscheidung über die Notwendigkeit einer Maßnahme zu treffen. Bei dieser Überprüfung haben die Konventionsorgane dem Umstand Rechnung zu tragen, daß durch die Übertragung nationaler Hoheitsrechte auf die Gemeinschaften sich eine eigenständige Rechts- und zunehmend auch Verfas-

<sup>223</sup> Schwartz (Anm. 214), 28; K.J. Partsch, in: Grundrechtsschutz in Europa, Europäische Menschenrechts-Konvention und Europäische Gemeinschaften (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 72) (1977), 21f.; H.P. Furrer, Medien und Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 1983, 37 (43); J.A. Frowein, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Europäische Gemeinschaftsrecht, in: Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration, 2 (1978), 47 (59).

<sup>224</sup> Frowein, in: Frowein/Peukert (Anm. 83), Vorbemerkung zu Art. 8–11 Rdnr. 14.

<sup>225</sup> Sunday Times, Urteil des EGMR vom 26.4.1979, Séries A, Vol. 30, 36.

sungsordnung herauschält, deren Regeln die jeweiligen nationalen Standards immer stärker überlagern. Dabei ist die Beibehaltung nationaler Eigenheiten unter Berufung auf ein »zwingendes Allgemeininteresse« auch entgegen dem Gemeinschaftsinteresse den Mitgliedstaaten hierbei nur noch unter gewissen Voraussetzungen gestattet, wobei die Grenzen mitgliedstaatlicher Gestaltungsfreiheit gegebenenfalls auch von den im Rahmen der Konvention gültigen Maßstäben gezogen werden<sup>226</sup>.

Für das Dreiecksverhältnis nationale Rechtsordnung, EMRK und Gemeinschaftsrechtsordnung muß sich damit als Schlußfolgerung ergeben, daß sich ein Staat, der zugleich Mitglied der Gemeinschaften und der Konvention ist, dann nicht mehr darauf berufen kann, eine Grundrechtseinschränkung sei im Sinne der Abs. 2 der Art. 8 bis 11 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, wenn zugleich diese Einschränkung schon nach Gemeinschaftsrecht verboten ist. Hat sich nämlich der einzelne Staat bereits durch seinen Beitritt zu den Gemeinschaften verpflichtet, insoweit keine Einschränkung vorzunehmen, so kann eine solche auch im Rahmen der EMRK nicht mehr »notwendig« sein. Andernfalls würde sich der Staat dem Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens ausgesetzt sehen. Zugleich müssen die Konventionsorgane in ihre Überlegungen einbeziehen, daß das Gemeinschaftsrecht unmittelbar in die jeweilige nationale Rechtsordnung hineinwirkt, so daß es schon deshalb bei der Beurteilung dessen, was in einer demokratisch geprägten Rechtsordnung noch als notwendige Einschränkung von Grundrechten angesehen werden kann, mit herangezogen werden muß. Dabei sind insbesondere auch die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes als tragende Prinzipien mit ihren engen Ausnahmenvorschriften jedenfalls insoweit mit zu beachten, als sie für die in der EMRK verbürgten Menschenrechte relevant sind.

Auf unseren Fall angewandt bedeutet dies, daß bei der Beurteilung grundrechtsrelevanter Maßnahmen von Konventionsmitgliedern, die zugleich auch den Europäischen Gemeinschaften angehören, stets mit zugrunde zu legen ist, daß innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung "not only freedom of information but also freedom of movement is one of the fundamental principles"<sup>227</sup>. Die EMRK selbst scheint sich diesem Weg

---

<sup>226</sup> Siehe oben IV.C.3.c).

<sup>227</sup> Schermers (Anm. 74), 21. Parallele Überlegungen gelten dann auch im Bereich der anderen Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes, so daß etwa auch die Ausweisung eines EG-Ausländers gegen Art. 8 EMRK verstoßen würde, wenn dieser sich auf Normen des Gemeinschaftsrechts berufen könnte, die dem Schutz der Familien der Wanderarbeiter dienen.

nicht entgegenzustellen; das durch sie geschaffene Werte- und Rechtssystem ist keineswegs starr. Vielmehr versteht sich die Konvention entsprechend der dritten Erwägung ihrer Präambel gerade als Schritt auf dem Weg zu einer vertieften europäischen Integration<sup>228</sup>. Hierzu muß aber gerade auch die Schaffung einheitlicher Grundrechtsstandards gehören, die gleichermaßen auf der Ebene des Europarates wie auf der Gemeinschaftsrechtsebene Geltung beanspruchen. Mit der bevorstehenden Schaffung der Europäischen Politischen Union wird diese Aufgabe dringlicher denn je. Der Europäische Gerichtshof in Luxemburg hat dabei mit seiner Rechtsprechung, mit der er die EMRK in das Gemeinschaftsrecht inkorporierte, seinen Teil dazu getan. Nachdem die Europäische Kommission für Menschenrechte mit ihrem *Solange*-Beschluß einen ersten prozessualen Schritt zur Angleichung gemacht hat, bleibt abzuwarten, ob die Straßburger Organe in absehbarer Zeit auch einen materiellen Beitrag zu dieser dialektischen Entwicklung zwischen Gemeinschaftsrecht und Konventionsrecht leisten werden.

(Abgeschlossen am 11. März 1992)

#### Summary<sup>1</sup>

### The Interrelation between Domestic Constitutional Law, the European Convention on Human Rights and Community Law

#### Some Remarks on Recent Decisions in Dublin, Strasbourg and Luxembourg Concerning the Distribution of Information about Abortions in Ireland

In a series of decisions Irish courts, the Court of Justice of the European Communities and the European Commission of Human Rights had to deal with the question whether the distribution of information about the possibility of having an abortion in Great Britain contravenes the Irish constitution, the law of the European Communities or the European Convention on Human Rights.

In the first part, the article deals with the legal regulation of abortion within

<sup>228</sup> In diesem Sinne auch die *Solange*-Entscheidung der Kommission (Anm. 206), 867f.

<sup>1</sup> Summary by the authors.



the Irish municipal legal system. It describes the legal situation in Ireland relating to abortions up to the 1983 constitutional amendment according to which the State is obliged to safeguard as far as practicable the life of the foetus. It then discusses the municipal decisions in the case *Attorney General at the relation of the Society for the Protection of Unborn Children v. Open Door Counselling* by which the Irish Courts decided that any counselling of pregnant women which includes the possibility of an abortion is illegal under Irish constitutional law. The article criticizes the fact that the courts did not ask for a preliminary ruling of the Court of Justice of the European Communities under Art. 177 EEC in that regard since it could validly be argued that already in that case the freedom of services under Art. 59 of the EEC Treaty was involved.

In a second series of proceedings (*Society for the Protection of Unborn Children v. D. Coogan et al.*) the Irish Supreme Court recognised the standing of a private interest group, the Society for the Protection of Unborn Children, to enforce the constitution and more specifically the rights of unborn persons against the respondent, who distributed information about abortion clinics in the United Kingdom. The article focuses in that regard on the problem that husbands of pregnant women might try to forcibly prevent their wives from undergoing abortions. In contrast to the above-mentioned proceedings, here a request for a preliminary ruling by the Court of Justice of the European Communities was made. Pending such decision the Supreme Court of Ireland considered itself to be still in a position to prohibit the distribution of the relevant information. The article discusses to some extent the relation between Irish constitutional law and the legal order of the European Economic Community as seen from an Irish point of view.

In a second part, the article focuses on the proceedings currently pending under the European Convention on Human Rights. Since the case is still under consideration by the European Court of Human Rights, only the report of the European Commission of Human Rights is analysed. As to Art. 10 of the Convention the majority of the Commission found that the decision of the Irish Supreme Court in the case of the Society for the Protection of Unborn Children v. Open Door Counselling violated the Convention since the interdiction was not "prescribed by law". According to the view of the majority such a prohibition was not foreseeable for the persons concerned, since the constitutional provision had to be understood as addressing itself only to the State. While the authors of this article share the opinion of the Commission for the case under consideration, they continue to ask whether – *arguendo* – the other conditions of Art. 10 (2) of the Convention were fulfilled. They discuss, in particular, whether the foetus could be considered as having rights under Art. 10 (2) of the Convention. In relation to Art. 10 (2) they then point out that the margin of appreciation of the State concerned may be narrowed in a case where the freedom of services

under Art. 59 of the EEC Treaty is involved, a question which is examined in greater depth in the last part. Finally a brief analysis is given as to the aspects of the case under Art. 8 and 14 of the Convention.

In the third part the decision of the Court of Justice of the European Communities is reported and analysed. The Court had found that in general abortions fall within the realm of the freedom of services. However, since the clinics which would eventually render the services in question were not directly involved in distributing the relevant information, no question of Community law did in fact arise. Thus – according to the Court – the respondent could not validly argue that he was protected by provisions of the EEC Treaty.

The article then continues by discussing the definition of services under EEC law in general. In particular the authors ask whether Art. 59 EEC Treaty contains solely a prohibition to discriminate or whether it entails a general prohibition to limit the rendering of services. In conformity with the conclusions of the Advocate General in the case in question, the authors argue for the second view.

The article continues by discussing whether the restrictions under consideration could be justified by a prevailing national interest and whether they would be proportionate. It argues that the principles first developed by the ECJ in the *Cassis de Dijon*-case for freedom of goods can be applied to the freedom of services too. In applying these principles the authors point out that the Community has to take into account to some extent the basic constitutional and political structure of its member States.

The article describes the development of the protection of human rights within the EEC and the question to what extent the principles contained in the European Convention on Human Rights are now incorporated into Community law. It analyses the problem whether member States acting in the field of Community law are also bound by such fundamental principles of Community law. In that regard the most recent jurisprudence of the ECJ is reported.

Finally the relationship between the European Convention on Human Rights on the one hand and Community law on the other hand is discussed in situations where the field of application of both treaties overlap. In that regard the question is raised whether there exists some form of hierarchy taking into account the jurisprudence both of the ECJ and of the European Commission of Human Rights. The article demonstrates that both systems of norms tend to avoid any conflicts and pay due regard to the respective other treaty. In that regard it is questioned whether – assuming the information about services falls within the sphere of application of Community law – the prohibition of such information can be justified under Art. 10 (2) of the ECHR, a question which is answered in the negative.

In a final part, the interrelation between the ECHR and Community law is considered from the standpoint of the Strasbourg organs. In that regard, it is

argued that both systems can be understood as influencing each other in an osmotic and dialectic manner. More specifically the authors argue that the Strasbourg organs, when determining the margin of appreciation under Art. 10 (2) ECHR, should take into account Community law and especially the fact that freedom of movement is one of the fundamental principles of the EEC.