

Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A./ Verena Lessmann (Universität Bremen)¹

EuGH, EGMR und BVerfG: Die dritte Gewalt im transnationalen Mehrebenensystem

(Kritische Justiz 2006, 381 ff.)

Als gewaltenteiliges und ergo freiheitssicherndes Pendant zur transnationalen Mehrebenenpolitik der Administrationen und Parlamente hat sich seit einiger Zeit eine Mehrebenenverfassungsgerichtsbarkeit etabliert. Glaubt man der Rechtsprechung und der gängigen juristischen Literatur, ist dabei ein „Kooperationsverhältnis“ von BVerfG, EuGH und EGMR entstanden. Bei näherer Betrachtung erweist sich das Verhältnis jedoch als keinesfalls konfliktfrei. Inhaltlicher Kern des Konflikts ist eine Zentralfrage des Rechts im Zeitalter der Globalisierung, die – zugespitzt formuliert – lautet: Kann die überkommene Interpretation des Nationalstaates als „alleinige“ Quelle des Rechts und damit als wahrer Urheber des Völkerrechts sowie letztlich auch des Europarechts weiter Bestand haben? Und muss das Völkerrecht nicht einen echten Vorrang vor dem nationalen Recht genießen und konstitutionalisiert werden?

I. Freiheitssichernde Mehrebenenverfassungsgerichtsbarkeit zwischen Kooperation und Konfrontation:

Die Legitimation von Politik im 21. Jahrhundert – national, europäisch und international – liegt im Kern darin, den Menschen Entfaltungsmöglichkeiten zu geben, nicht aber darin, ihnen eine ganz bestimmte Entfaltungsform aufzudrängen. Wenn dieser Satz richtig ist, dann besteht eine gerechte Verfassung zunächst einmal aus Freiheitsrechten gegen die politischen Organe *und gleichrangig* (entgegen der h.M.) auf staatlichen Schutz vor den Mitbürgern – sowie aus (meist objektiv-rechtlichen, in ihrer inhaltlichen Reichweite offenen) Garantien auch der Freiheitsvoraussetzungen.² Freilich werden dann auch Institutionen benötigt, und zwar genau diejenigen, die einer Maximierung und dem Ausgleich zwischen den Freiheiten am ehesten dienlich sind.³ Da Demokratie zwar einerseits Herrschaftskontrolle eröffnet, gleichzeitig aber auch einen Machtmissbrauch der Mehrheit induzieren kann, ist eine gewaltenteilige Ordnung ebenjenes gesuchte Institutionengefüge, und zwar einschließlich eines Verfassungsgerichts; diese Überlegung gilt dabei für alle Politikebenen⁴, also nicht nur für

¹ Der erstgenannte Verfasser lehrt an der Universität Bremen deutsches, europäisches und internationales Umweltrecht sowie Gerechtigkeits- und Steuerungstheorie. Die zweitgenannte Verfasserin hat an ebenjener Professur ein vom BUND e.V. finanziertes Forschungsprojekt zum transnationalen Verfassungsrecht bearbeitet, welches mit einer Tagung „Globale und soziale Gerechtigkeit“ im November 2005 abgeschlossen wurde.

² Dazu, dass ausschließlich die Konfliktlösungen zwischen kollidierenden Freiheiten bzw. zwischen Freiheiten und Freiheitsvoraussetzungen bzw. freiheitsförderlichen Bedingungen im weitesten Sinne (Schaffung von Kindergartenplätzen, Bereitstellung eines öffentlichen Personennahverkehrs, Schutz der Biodiversität usw.) eine zulässige Politik- bzw. Staatsaufgabe im Lichte einer liberal-demokratischen Grundordnung (auch einer kontinentalen) ist, vgl. Ekardt, Das Prinzip Nachhaltigkeit: Generationengerechtigkeit und globale Gerechtigkeit, 2005, Kap. IV; Ekardt, Zukunft in Freiheit, 2004, § 5 A.; dort auch zur Gleichrangigkeit von Abwehr- und Schutzrechten (wogegen Böckenförde, Ladeur u.a. bereits die inhaltlich schwache und meist nur objektive Schutzpflichtenidee der h.M. zu weit geht). – Die Scheidung Entfaltungsmöglichkeiten/ Nichtaufdrängen von bestimmten Entfaltungsformen ist die Scheidung Gerechtigkeit/ gutes Leben, die a.a.O. ebenfalls entwickelt wird; sie ist außerdem Thema bei Ekardt, KJ 2005, 248 ff. (Kopftuch) und Ekardt, KJ 2004, 116 ff. (Familienförderung). Dort auch dazu, dass all dies keinesfalls bereits von Locke, Kant u.a. genau so vertreten wurde.

³ Allerdings nicht nur die Freiheit der auf dem jeweiligen Staatsgebiet befindlichen oder auch nur die Freiheit der heute Lebenden; vielmehr müssen die Grundrechte als (jedenfalls im Grundsatz) auch staatsgrenzen- und zeitübergreifend interpretiert werden. Zu dieser Ausdehnung der Grundrechte in puncto Generationen- und globale Gerechtigkeit vgl. die Nachweise in Fn. 2 sowie Unnerstall, Rechte zukünftiger Generationen, 1999, S. 422 ff. und Giegerich, EuGRZ 2004, 758 ff. Wir kommen auf diese Frage im letzten Abschnitt näher zurück.

⁴ Hierzu (sowie dazu, dass die Gewaltenbalance durch die Begründungsbasis der Menschenrechte, nämlich durch

den Nationalstaat. Dementsprechend gibt es heute einklagbare Grundrechte sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene. Innerhalb der Europäischen Union normiert Art. 6 II EUV die Achtung der Grundrechte durch die Organe der Union. Des Weiteren hat sich die Bundesrepublik als Vertragspartei der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) durch einen völkerrechtlichen Vertrag verpflichtet, die Grundrechte zu achten.

Jede dieser drei Rechtsordnungen verfügt nun über ein eigenes Gericht, welches die Einhaltung der Grundrechte sichern soll. Auf *nationaler* Ebene gewährt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen, in erster Linie durch die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 I Nr. 4 a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG. Auf *europäischer* Ebene ist in Bezug auf das Tun oder Unterlassen der EU- bzw. EG-Organen der Europäische Gerichtshof (EuGH) und als weitere Kontrollinstanz anhand der EMRK-Grundrechte – gegenüber dem *Nationalstaat* – der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit dem Schutz der Grundrechte betraut. Der jeweilige Grundrechtsanspruch gegen „staatliche“ Beeinträchtigungen bzw. auf „staatlichen“ Schutz vor den Mitbürgern bezieht sich dabei auf inhaltlich fast identische Grundrechtskataloge, da alle drei Rechtsebenen einen praktisch vollständigen Katalog der Freiheiten enthalten. Divergent ist ergo lediglich der Grundrechtsverpflichtete, nämlich der Nationalstaat einerseits und die EU bzw. EG andererseits. Wenn es also um Freiheitskonflikte z.B. im Umweltrecht zwischen den Wirtschaftsfreiheiten einerseits und der Freiheit von Lebens- und Gesundheitsbeeinträchtigungen andererseits geht, ist dies je nach europaweiter oder nur nationaler Bedeutung ein Fall für die jeweilige Rechtsebene und damit auch für das jeweilige Verfassungsgericht.

Da allerdings in vielen Vertragsstaaten der EMRK kein der deutschen Verfassungsbeschwerde vergleichbarer Rechtsbehelf und kein dem BVerfG vergleichbares Gericht existiert, kommt dem EGMR teilweise auch keine Zusatz-, sondern eher eine Ersatzrolle für die nationalstaatsbezogene Verfassungsgerichtsbarkeit zu.⁵ Spätestens dies wirft die Frage nach dem Verhältnis der drei „Verfassungsgerichte“ zueinander auf. Die Frage wird auch dadurch aufgeworfen, dass das BVerfG sich zumindest subsidiär auch als Schutzinstanz gegen die europäische öffentliche Gewalt begreift, wie wir noch näher sehen werden. Wir stellen die herkömmliche Sichtweise dazu im Weiteren dar, um auf bestimmte u.E. bisher zu wenig beachtete Probleme dieser Sichtweise aufmerksam zu machen. Mit der gebotenen Behutsamkeit versuchen wir sodann einen ersten Ansatz einer (deutschen und europäischen) verfassungsinterpretativen Neuausrichtung der Verfassungsgerichtsebenen und des Rangverhältnisses der Rechtsebenen in den Grundideen zu skizzieren – die mit dem bisher meist fraglos vorausgesetzten Dogma bricht, dass der Nationalstaat die „alleinige“ Quelle des Rechts⁶ sei.

II. Das Verhältnis des BVerfG zum EuGH:

Die europäischen Gemeinschaften stellen supranationale Organisationen dar, wobei der Begriff der Supranationalität dazu dienen soll, die Besonderheit der Europäischen Gemeinschaften zu kennzeichnen.⁷ Diese Besonderheit ergibt sich daraus, dass die Mitgliedstaaten zur

die gebotene Rationalität, Würdezentrierung und Unparteilichkeit liberaler Ordnungen, geboten ist) wieder Fn. 2.

⁵ Dies gilt zum Beispiel für Frankreich, wo der Verfassungsrat Gesetze nur vor deren Verkündung überprüfen kann: Herdegen, *Europarecht*, 2005, § 3 Rn. 5; Winkler, *Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2000, S. 33 f.

⁶ Die interessante Frage, ob zivilrechtliche Vereinbarungen ihre Autorität letztlich von der jeweiligen Rechtsordnung des Nationalstaates (oder einer höheren Rechtsebene) herleiten oder ob sie eine eigenständige Rechtsquelle darstellen, möchten wir hier offenlassen – auch wenn wir sie tentativ in ersterem Sinne entscheiden würden.

⁷ Vgl. Herdegen, *Europarecht*, § 6 Rn. 8 ff.; Streinz, *Europarecht*, 7. Aufl. 2005, § 3 Rn. 115 ff.

Gründung der Gemeinschaft bestimmte Hoheitsrechte an diese übertragen haben.⁸ So wird der Europäischen Union in Gestalt der Europäischen Gemeinschaft (EG) durch Art. 249 EGV die Befugnis zum Erlass von Rechtsnormen zuerkannt, die in den innerstaatlichen Rechtsraum zum Teil unmittelbar hineinwirken.⁹ Durch die Kompetenzübertragung und die Einräumung einer unmittelbar in den nationalen Rechtsraum einwirkenden Rechtsetzungsbefugnis, wurde mit der EG eine neue öffentliche Gewalt geschaffen, die gegenüber der Staatsgewalt der einzelnen Mitgliedstaaten selbständig und unabhängig ist.¹⁰ Das Gemeinschaftsrecht ist daher unbestritten als eine eigenständige Rechtsordnung zu betrachten¹¹, die monistisch in ein Rangverhältnis zum nationalen Recht treten kann.

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Verhältnisses von BVerfG und EuGH ist vor diesem Hintergrund das Verhältnis des mitgliedstaatlichen Rechts zum Gemeinschaftsrecht. In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung der Vorrangfrage im EGV und im GG haben sich die beiden Gerichte bereits frühzeitig mit der Vorrangfrage bei einer Kollision von unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht mit nationalen Rechtsvorschriften beschäftigt, kamen aber zu einer unterschiedlichen Einschätzung. Der EuGH hat 1964 in seiner Costa/ ENEL-Entscheidung den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor jeder innerstaatlichen Rechtsnorm festgestellt.¹² Als Argumente führte er die Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts und die Notwendigkeit der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten an. Neuerdings macht der EuGH noch deutlicher, dass er eine verstärkte Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts anstrebt.¹³ So hat er dem Grunde nach anerkannt, dass europarechtswidrige Mitgliedstaatsurteile einen Haftungsanspruch auslösen.

Das BVerfG differenziert dagegen bei der Beurteilung der Vorrangfrage danach, ob eine Kollision des Gemeinschaftsrechts mit einfachem Gesetzesrecht oder mit Verfassungsrecht vorliegt. Dabei hat es den Anwendungsvorrang gegenüber einfachem Gesetzesrecht uneingeschränkt anerkannt, da nur so die dem Bürger von der Gemeinschaft eingeräumten subjektiven Rechte verwirklicht werden können.¹⁴ Infolge dessen kommt den deutschen Fachgerichten eine Nichtanwendungskompetenz gegenüber gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Gesetzen zu.¹⁵ Bezüglich der Kollision von unmittelbar anwendbarem sekundärem Gemeinschaftsrecht – also „europäischem Verwaltungsrecht“ – mit nationalem Verfassungsrecht unterliege der Anwendungsvorrang jedoch grundgesetzlichen Grenzen. In seiner Rechtsprechung zu Art. 24 I GG hat das BVerfG die Grenzen der Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland dort gesetzt, wo die Identität der deutschen Verfassungsordnung, also die tragenden Strukturprinzipien des GG, preisgegeben würden.¹⁶ So könne z.B. der BVerfG-Grundrechtsschutz nach dem GG gegenüber Gemeinschaftsrechtsakten zu Gunsten der europäischen Gerichtsbarkeit nur dann entfallen, wenn auf der Gemeinschaftsebene ein Grundrechtsschutz besteht, der im Wesentlichen dem des GG entspricht.¹⁷ Diese Rechtsprechung ist

⁸ Dies ist in Deutschland zunächst über die Integrationsklausel des Art. 24 I GG möglich gewesen und seit 1992 bezüglich der Europäischen Union ausdrücklich in Art. 23 GG vorgesehen.

⁹ So gilt gemäß Art. 249 EGV die Verordnung unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, ohne dass es einer nationalen Umsetzungsmaßnahme bedarf.

¹⁰ BVerfGE 22, 293 (296); 31, 145 (174); EuGHE 1964, 1259 (1269); Herdegen, Europarecht, § 11 Rn. 19.

¹¹ BVerfGE 31, 145 (173 f.).

¹² EuGHE 1964, 1259 (1269 f.); diese Rechtsprechung hat der EuGH in seiner Judikatur zur internationalen Handelsgesellschaft bestätigt, EuGHE 1970, 1125 (1135).

¹³ Ausführlich zur diesbezüglichen neueren Rechtsprechung Haltern, VerwArch 2005, 311 ff.

¹⁴ BVerfGE 31, 145 (173 f.).

¹⁵ BVerfGE 31, 145 (174 f.).

¹⁶ BVerfGE 37, 271 (279); 73, 339 (375 f.).

¹⁷ BVerfGE 73, 339 (376).

1992 fast wörtlich in Art. 23 I 1 GG eingegangen. Danach wird die künftige Mitwirkung Deutschlands bei der Entwicklung der Europäischen Union von der Gewährleistung eines „diesem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutzes“ abhängig gemacht. Seit dem Solange-II-Beschluss aus dem Jahr 1986 ist das BVerfG der Auffassung, dass das Gemeinschaftsrecht nun einen dem GG vergleichbaren Grundrechtsschutz jedenfalls generell vorsieht.¹⁸ Materiellrechtliche Folge dieser Rechtsprechung ist, dass Gemeinschaftsrechtsakte nicht mehr anhand der Grundrechte des GG überprüft, sondern an den Gemeinschaftsgrundrechten gemessen werden sollen. Es ist daher festzustellen, dass dem Gemeinschaftsrecht – dessen einheitliche Anwendung damit gewahrt wird – ein Anwendungsvorrang vor jeder innerstaatlichen Norm zukommt, sofern die Integrationsgrenzen des GG nicht überschritten werden.

Aus der Anerkennung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts folgen neben der materiellrechtlichen Auswirkung auch nicht unerhebliche verfassungsprozessuale Konsequenzen, die das BVerfG mit dem Begriff Kooperationsverhältnis umschreibt.¹⁹ Dabei habe der EuGH den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der EG zu garantieren, so dass das BVerfG sich auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränken könne.²⁰ Der EuGH sei daher auch für den Grundrechtsschutz der Bürger der Bundesrepublik Deutschland gegenüber den Akten der deutschen öffentlichen Gewalt, die aufgrund von Sekundärrecht ergehen, zuständig.²¹ In der Bananenmarkt-Entscheidung²² hat das BVerfG klargestellt, dass Verfassungsbeschwerden und Vorlagen an das BVerfG, die eine Verletzung der deutschen Grundrechte durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht geltend machen, von vornherein unzulässig sind, wenn nicht unter detaillierter Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene dargelegt wird, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH generell (und nicht nur in einem einzelnen Fall) unter den im Solange-II-Beschluss beschriebenen Grundrechtsstandard abgesunken ist.²³ Dieses Absinken ist jedoch aufgrund der Bindung der EU an die Grundrechte, wie sie sich aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und den EMRK-Gewährleistungen ergeben (vgl. Art. 6 II EUV), und wegen der bisher nur „politisch verbindlichen“, früher oder später aber wohl zum verbindlichen Rechtssatz werdenden Europäischen Grundrechtecharta (EuGRC)²⁴ nicht zu erwarten.²⁵ Damit hat das BVerfG für den Regelfall seine Kontrollkompetenz abgegeben²⁶, was aber zugleich eine Koordination der verschiedenen Gerichte bewirkt.²⁷

Ein weiterer Ausdruck der vom BVerfG betonten Kooperation ist die Anerkennung des EuGH

¹⁸ BVerfGE 73, 339 (378 f.); 89, 155 (174 f.); 102, 147 (162 f.), zum Zeitpunkt der Solange-I-Entscheidung (BVerfGE 37, 271 f.) bestand aus der Sicht des BVerfG auf Gemeinschaftsebene noch kein ausreichender Grundrechtsschutz, insbesondere hat der EuGH erst 1969 intensiv damit begonnen, die Gemeinschaftsgrundrechte als ungeschriebene Rechtsprinzipien zu entwickeln; vgl. Oppermann, *Europarecht*, 2005, § 6 Rn. 33.

¹⁹ BVerfGE 89, 155 (175).

²⁰ BVerfGE 89, 155 (175).

²¹ BVerfGE 89, 155 (175); 102, 147 (163).

²² BVerfGE 102, 147 ff.

²³ BVerfGE 102, 147 (164); Hoffmann-Riem, *EuGRZ* 2002, 473 (476).

²⁴ Vgl. Dreier, in: Dreier (Hg.), *GG*, Vorb. vor Art. 1 GG, 2. Aufl. 1999, Rn. 45; Grabenwarter, *EMRK*, 2. Aufl. 2005, § 4 Rn. 11.

²⁵ BVerfGE 73, 339 (385 f.); Hoffmann-Riem, *EuGRZ* 2002, 473 (476).

²⁶ Ehlers, in: Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, § 14 Rn. 15; Hoffmann-Riem, *EuGRZ* 2002, 473 (476); Kugelman, *Grundrechte in Europa*, 1997, S. 46; Oppermann, *Europarecht*, § 6 Rn. 50; Streinz, *Europarecht*, § 3 Rn. 217; Bitterlich, in: Lenz/ Borchardt, *EU- und EG-Vertrag*, Anh. zu Art. 6 EUV Rn. 91.

²⁷ Streinz, *Europarecht*, § 3 Rn. 217; siehe auch Papier, Vortrag auf dem dritten Europäischen Juristentag in Genf: Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, S. 6 f., der von Konfliktvermeidung durch prozessrechtliche Darlegungsobliegenheiten spricht.

als gesetzlichen Richter im Rahmen des Art. 101 I 2 GG, so liege ein Entzug des gesetzlichen Richters vor, wenn ein nationales Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nicht nachkomme.²⁸ Dies ist vor folgendem Hintergrund zu sehen: Es stellt eine Besonderheit des europäischen Rechtsschutzsystems dar, dass natürliche und juristische Personen nur eine begrenzte Klagemöglichkeit gegenüber EG-Rechtsakten haben.²⁹ So kann die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EGV nicht gegen abstrakt generelle Verordnungen oder Richtlinien erhoben werden. Da es auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts auch keinen speziellen Grundrechtsbehelf gibt, der dem der Verfassungsbeschwerde nach deutschem Recht vergleichbar wäre, besteht eine Rechtsschutzlücke.³⁰ Der Einzelne ist daher darauf angewiesen, dass die nationalen Fachgerichte seine Grundrechte in Bezug auf Rechtsakte der Gemeinschaft berücksichtigen und ggf. ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV einleiten. Durch die Anerkennung des EuGH als gesetzlichen Richter zielt das BVerfG auf eine Durchsetzung dieser Vorlagepflicht an den EuGH und ermöglicht die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde, bei deren Begründetheit das BVerfG die fehlerhafte Entscheidung aufhebt und die Sache an das betreffende Gericht zurückverweist mit der Maßgabe, dass es zu einer Vorlage an den EuGH kommen muss.³¹ Die Vorlageverpflichtung an den EuGH wird nach Auffassung des BVerfG insbesondere in den Fällen unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlageverpflichtung grundsätzlich verkenne, wenn eine einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vorliege oder wenn eine vorliegende EuGH-Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage noch nicht erschöpfend beantwortet habe bzw. eine Fortentwicklung der EuGH-Judikatur denkbar sei.³²

Das BVerfG hat bereits in der Solange-I-Entscheidung bejaht, dass es auch selbst gegenüber dem EuGH vorlagepflichtig sei.³³ Es hat jedoch – was für unsere Thematik wichtig und verätherisch ist – bisher selbst keine Vorlagefrage an den EuGH gerichtet.³⁴ Das Gericht hat es vielmehr auf durchaus einfallsreichem Weg vermieden, den EuGH um eine Vorabentscheidung zu ersuchen.³⁵ So hat das BVerfG in der Maastricht-Entscheidung anstatt den EuGH anzurufen, den Generaldirektor des Juristischen Dienstes der Kommission angehört.³⁶ In der „Kampfhunde-Entscheidung“ hat das Bundesverfassungsgericht schließlich eine Vorgehensweise entwickelt, die auch dem EuGH, in Form einer Arbeitsentlastung, zugute kommen kann.³⁷ So prüft das BVerfG bei einer nationalen Norm mit europarechtlichem Bezug zunächst die Vereinbarkeit mit dem GG, denn solange nicht geklärt sei, dass das innerstaatliche Recht mit dem GG vereinbar sei, wäre der EuGH im Ungewissen darüber, ob die Vorabentscheidung eine nach innerstaatlichen Maßstäben gültige und deshalb entscheidungserhebliche Norm betrifft.³⁸ Sofern das BVerfG daher einen Verstoß gegen das GG feststellt, erübrigt sich eine Vorlage an den EuGH. Jedenfalls behält aber der EuGH das Primat für die Auslegung

²⁸ BVerfGE 73, 339 (367 f.); 82, 159 (192 f.); BVerfG, NJW 2001, 1267 (1268).

²⁹ Borhardt, in: Lenz/ Borhardt, EU-und EG-Vertrag, Art. 234 EGV Rn. 2; Kugelmann, Grundrechte, S. 39 f.

³⁰ Kugelmann, Grundrechte, S. 39 f.

³¹ BVerfG, NJW 2001, 1267 (1268).

³² BVerfG, NJW 2001, 1267 (1268).

³³ BVerfGE 37, 271 (282).

³⁴ Mayer, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit: Gerichtliche Letztentscheidung im Mehrebenensystem, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2002, S. 229 (234).

³⁵ Bergmann, EuGRZ 2004, 620 (626); Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 229 (235).

³⁶ Bergmann, EuGRZ 2004, 620 (626); Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 229 (235).

³⁷ Jäger, EuGRZ 2005, 193 (195).

³⁸ BVerfG, EuGRZ 2004, 216 (220). Dies um so mehr, als eine umzusetzende Regelung mit Ermessensspielraum bei der Umsetzung von sekundärem Gemeinschaftsrecht weiterhin die Grundgesetzvorgaben beachten muss; vgl. BVerfG, NJW 2001, 1267 (1268); Bergmann, EuGRZ 2004, 620 (625). In diesen Fällen besteht sowohl eine Bindung an die Grundrechte des Grundgesetzes als auch an die Gemeinschaftsgrundrechte; vgl. Cirkel, Die Bindungen der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2000, S. 222.

und Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Solange der Grundrechtsschutz auf der Gemeinschaftsebene ausreichend erfolgt, kann einzelfallbezogener Grundrechtsschutz gegen Gemeinschaftsrecht in der Regel nur noch vor dem EuGH eingeklagt werden, wobei der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens mit den nationalen Gerichten zusammenarbeitet.³⁹ Für den „Ausnahmefall“ behält das BVerfG nach alledem aber seine Prüfungskompetenz, was für die späteren Überlegungen zu einer Neuinterpretation des Verhältnisses der „Verfassungs“gerichte im Hinterkopf zu behalten ist.

III. Das Verhältnis des BVerfG zum EGMR:

Als nächstes ist das Verhältnis von EGMR und BVerfG im Lichte der bisher gängigen Rechtsmeinung zu erörtern. Ausgangspunkt ist dabei, dass die Bundesrepublik Deutschland Vertragspartei der EMRK ist. Und der EGMR ist gemäß Art. 19 EMRK dazu berufen, die Einhaltung der Konvention durch die Mitgliedstaaten sicherzustellen. Zu diesem Zweck ermöglicht Art. 34 EMRK es jeder natürlichen Person, nichtstaatlichen Organisation oder Personengruppe, eine Individualbeschwerde zum EGMR mit der Behauptung, in ihren durch die EMRK oder ihrer Zusatzprotokolle zugesicherten Rechten verletzt zu sein, zu erheben. Dies stellt eine revolutionäre Errungenschaft dar, weil damit dem Einzelnen ermöglicht wird, auf internationaler Ebene Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen zu suchen.⁴⁰ Die Zulässigkeit der Individualbeschwerde zum EGMR setzt gemäß Art. 35 EMRK die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges voraus. Dabei gehört die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG nach gefestigter Rechtsprechung des EGMR zum vorab zu durchlaufenden Rechtsweg im Sinne des Art 35 EMRK.⁴¹ Diese Rechtsprechung ist für das Verhältnis der beiden Gerichte zueinander von wesentlicher Bedeutung. So kann es zunächst scheinbar keine Kompetenzkonflikte zwischen den beiden Gerichten geben.⁴² Dabei kann die Verfassungsbeschwerde als solche nicht direkt auf die Verletzung der Menschenrechtskonvention gestützt werden. Es ist allerdings denkbar, die Einhaltung der Gewährleistungen der EMRK durch eine Verfassungsbeschwerde geltend zu machen, die sich auf das komplementäre Grundrecht des GG iVm mit dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG stützt.⁴³ Dies gelingt wie folgt:

Die Urteile des EGMR werden gemäß Art. 42 und Art. 44 EMRK endgültig und erwachsen dadurch in formelle Rechtskraft. Die Mitgliedstaaten sind in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, gemäß Art. 46 II EMRK verpflichtet, endgültige Urteile des EGMR zu befolgen, wodurch diesen auch eine – personell, sachlich und zeitlich durch den Streitgegenstand eingegrenzte – materielle Rechtskraft zukommt; für die unbeteiligten Mitgliedstaaten haben die Urteile hingegen nur eine Orientierungswirkung.⁴⁴ Die Urteile des EGMR haben, abgesehen von den Entscheidungen über die Zubilligung einer Entschädigung (Art. 41 EMRK) im Wesentlichen feststellenden Charakter.⁴⁵ Dem Gerichtshof ist es also nicht möglich, eine Maßnahme der Vertragspartei unmittelbar aufzuheben.⁴⁶ Eine ausdrückliche EMRK-Regelung,

³⁹ Bergmann, EuGRZ 2004, 620 (625).

⁴⁰ Herdegen, Europarecht, § 3 Rn. 12.

⁴¹ EGMR, Urt. v. 17.10.2002 – 38365/ 97, Thieme ./ Deutschland; Urt. v. 12.06.2003 – 44672/ 98, Herz./ Deutschland; Breuer, JZ 2003, 433 (440) mit weiteren Nachweisen aus der Judikatur.

⁴² Bergmann, EuGRZ 2004, 620 (621).

⁴³ BVerfGE 10, 271,(274); 74, 102 (128); BVerfG, NJW 2004, 3407 (3408); Grabenwarter, EMRK, § 3 Rn. 6; Klein, JZ 2004, 1176 (1178).

⁴⁴ BVerfG, NJW 2004, 3407 (3409), Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 16 Rn. 2.

⁴⁵ BVerfG, NJW 1986, 1425 (1426); Herdegen, Europarecht, § 3 Rn. 18.

⁴⁶ BVerfG, NJW 1986, 1425 (1426); BVerfG, NJW 2004, 3407 (3409); Bergmann, EuGRZ 2004, 620 (621); Grabenwarter, EMRK, § 16 Rn. 3.

wie das EMRK-Recht in das mitgliedstaatliche Recht hineinwirkt, existiert dabei nicht. Dies führt in Deutschland bisher meist zu dem noch zu hinterfragenden Schluss, dass Rechtswirkungen von EGMR-Urteilen dem *nationalen* Recht entnommen werden müssen – was auf der Linie der gängigen Ansicht liegt, dass völkerrechtliche Rechtsfolgen stets vom Nationalstaat abhängen, dass das Völkerrecht vom Nationalstaat seine Gültigkeit empfängt und dass das Völkerrecht im Sinne eines Dualismus meist gar nicht in ein Rangverhältnis zum nationalen Recht tritt.

In Deutschland hat die EMRK nach gängiger Auffassung den Rang eines einfachen Bundesgesetzes und damit nun sehr wohl einen „Rang“, welcher aber erst durch ein Zustimmungsgesetz in nationales Recht überführt werden musste.⁴⁷ Auf der Ebene des Verfassungsrechts dienen der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR gleichwohl – was bei einfachem Gesetzesrecht ansonsten strikt ausgeschlossen ist – als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer von der Konvention selbst nicht gewollten (Art. 53 EMRK) Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.⁴⁸ Das BVerfG ist dabei freilich der Meinung, dass EGMR-Judikate (anders als im Normalfall EuGH-Judikate) keinesfalls umstandslos zu befolgen sind, sondern von den nationalen Staatsorganen nur zu „berücksichtigen“ sind.⁴⁹ Dies bedeutet lediglich, dass die EMRK und die Urteile des EGMR zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts, der zuständigen Behörde oder des Gesetzgebers einfließen.⁵⁰ Deutschland hat nach Ansicht des BVerfG durch das Zustimmungsgesetz zur EMRK gerade nicht das in der deutschen Verfassung liegende letzte Wort der Souveränität abgegeben, so dass sich durchaus auch einmal eine von einer Entscheidung des EGMR abweichende Auslegung des GG ergeben kann.⁵¹ Etwa in Fällen des Ausländerrechts, des Familienrechts und des Rechts zum Schutz der Persönlichkeit sieht das BVerfG insoweit die Notwendigkeit, eine „ausgewogene“ Konfliktlösung zu finden, die über die nur im zweiseitigen Streitverhältnis ergehende Judikatur des EGMR hinausgeht.⁵²

Damit ist freilich nicht nur (a) eine Relativierung der EGMR-Judikatur und überhaupt des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes angelegt. Es ist auch (b) eine gewisse Konfusion in der Normhierarchie unverkennbar, wenn die EMRK einerseits vom BVerfG als unter dem GG stehendes Normenwerk begriffen wird, dieses aber gleichwohl regelwidrig für die Interpretation des GG herangezogen wird. Unklar bleibt (c) ferner, wer denn nun darüber zu befinden hat, wie – was etwa im Wirtschafts- und Umweltrecht der Regelfall ist – widerstreitende Grundrechte in Einklang zu bringen sind. Dies alles wirft (d) die Frage auf, ob denn die vom BVerfG weitergepflegte Vorstellung, dass das Völkerrecht und in gewisser Weise sogar das Europarecht „unter“ dem Rang des nationalen (wenigstens Verfassungs-)Rechts anzusiedeln sind oder sogar überhaupt kein monistisches Rangverhältnis konstituieren, in dieser Form fortbestehen kann.

IV. Das Verhältnis von EuGH und EGMR:

⁴⁷ BVerfGE 74, 358 (370); BVerfG, NJW 2004, 3407 (3408); Grabenwarter, EMRK, § 3 Rn. 6; Klein, JZ 2004, 1176 (1176).

⁴⁸ BVerfGE 74, 358 (370); BVerfG, NJW 2004, 3407 (3408).

⁴⁹ BVerfG, NJW 2004, 3407 (3408 f.).

⁵⁰ BVerfG, NJW 2004, 3407 (3410).

⁵¹ BVerfG, NJW 2004, 3407 (3408).

⁵² BVerfG, NJW 2004, 3407 (3411).

Bevor dies weiterverfolgt wird, gerät noch das gängige Verständnis des Verhältnisses von EuGH und EGMR in den Blick. Art. 6 II EUV bestimmt, dass die EU die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, achtet. Die EMRK ist Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze der Gemeinschaft; daher hat auch der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den Gemeinschaftsgrundrechten stets auf die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR Bezug genommen.⁵³ Die Europäischen Gemeinschaften und die EU sind aber selbst keine Vertragsparteien der EMRK, so dass keine unmittelbare Bindung an diese besteht.⁵⁴ Lediglich ihre Mitgliedstaaten sind völkervertraglich an die EMRK gebunden.⁵⁵ Daraus folgt, dass die Akte der Gemeinschaft nicht unmittelbar durch den EGMR überprüft werden können.⁵⁶ Für eine direkte Kontrolle des Gemeinschaftsrechts durch den EGMR wäre daher ein Beitritt der EU zur EMRK nötig. Dieser ist bisher aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit der EU nicht möglich gewesen.⁵⁷

Der EGMR hat aber dennoch einen Weg gefunden, die Einhaltung der EMRK-Gewährleistungen auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts zu überprüfen. Alle Mitgliedstaaten der EU sind Vertragsparteien der EMRK.⁵⁸ Der EGMR hat entschieden, dass die Konvention die Übertragung von Hoheitsgewalt auf eine internationale Organisation nicht ausschließt, solange gewährleistet ist, dass der Schutz der Konventionsrechte weiterhin sichergestellt wird.⁵⁹ Die Vertragsparteien können sich ihren Verpflichtungen aus der EMRK nicht dadurch entledigen, dass sie Hoheitsbefugnisse auf eine supranationale Organisation übertragen, sie bleiben der EMRK daher (dem EGMR zufolge) auch im Rahmen des Gemeinschaftsrecht verantwortlich.⁶⁰ Es ist dem EGMR daher grundsätzlich möglich, eine nationale Umsetzungsmaßnahme eines EG-Mitgliedsstaates auf deren Vereinbarkeit mit den Konventionsgewährleistungen zu überprüfen. Der EGMR hat die Einlegung einer solchen Beschwerde jedoch, in einer der Solange-II-Rechtsprechung des BVerfG vergleichbaren Weise, für unzulässig erachtet, solange auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts ein effektiver und der EMRK vergleichbarer Grundrechtsschutz besteht.⁶¹ Damit nimmt der EGMR wie das BVerfG für sich gleichwohl ein Letztentscheidungsrecht in puncto Grundrechtsschutz in Anspruch (schon ohne Beitritt der EU zur EMRK, wie er in dem Verfassungsvertrag vorgesehen war). Auch überprüft der EGMR die Einhaltung der Konventionsbestimmungen bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaft, zumal dem EuGH in diesem Bereich keine Rechtsprechungskompetenz zukommt und deshalb auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts kein effektiver Grundrechtsschutz besteht.⁶²

⁵³ Bergmann, EUGRZ 2004, 620 (624); Herdegen, Europarecht, § 3 Rn. 58 jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; Winkler, Beitritt, S. 32.

⁵⁴ EGMR, EuGRZ 1999, 200 (201).

⁵⁵ Grabenwarter, EMRK, § 4 Rn. 5; Beutler, in: von der Groeben/ Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Gründung der Europäischen Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 1, 2003, Art 6 EUV Rn. 185.

⁵⁶ EGMR, EuGRZ 1999, 200 (201).

⁵⁷ EuGHE (Gutachten) 1996, 1759 ff.; Calliess, in: Ehlers, Grundrechte, § 20 Rn. 38; Stieglitz, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 224; Oppermann, Europarecht, § 6 Rn. 38.

⁵⁸ Beutler, in: von der Groeben/ Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Gründung der Europäischen Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 1, 2003, Art 6 EUV Rn. 185.

⁵⁹ EGMR, EuGRZ 1999, 200 (201).

⁶⁰ EGMR, EuGRZ 1999, 200 (201); Grabenwarter, EMRK, § 4 Rn. 6; Winkler, Beitritt, S. 154.

⁶¹ EGMR, DR 64, 1990, 138 ff.; Herdegen, Europarecht, § 3 Rn. 60; Laier, Der EGMR als europäischer Verfassungsgerichtshof, in: Esser/ Hairich/ Lohse/ Sinn (Hg): Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, 2004, S. 125 (133); Stieglitz, Lehren, S. 228.

⁶² EGMR, EuGRZ 1999, 200 (201); Herdegen, Europarecht, § 3 Rn. 61.; Laier, EGMR, S. 125 (134).

Umgekehrt berücksichtigt der EuGH (wie das BVerfG) die Rechtsprechung des EGMR bei der Prüfung von Gemeinschaftsgrundrechten.⁶³ Dadurch werden Rechtsprechungsdivergenzen zwischen den beiden Gerichtshöfen vielleicht minimiert, und es lässt sich eine Angleichung des Grundrechtsschutzes vermuten.⁶⁴ Indem der EGMR die Auslegungshoheit des EuGH in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht im Grundsatz anerkennt⁶⁵, verzichtet er aber noch stärker, als es ihm etwa das BVerfG auferlegt, auf eine Rolle als echtes internationales Menschenrechtsgericht. Dies ist um so weniger unproblematisch und trivial, als der EuGH bisher – sieht man genauer hin – keinesfalls einen sehr dichten Grundrechtsschutz entwickelt hat. Jedenfalls ermöglicht er eine sehr weitgehende abwägende Einschränkung der jeweiligen Grundrechte.⁶⁶

V. Kritik und Neukonzeption der transnationalen Verfassungsgerichtsbarkeit – auf dem Weg zu einer nationalstaatsemanzipierten Rechtsfindung:

Damit können wir zu einer Infragestellung der gewachsenen Interpretation der Verfassungsgerichtsverhältnisse übergehen.⁶⁷ Fassen wir zunächst noch einmal zusammen: Der EGMR und das BVerfG sichern nach gängiger Meinung den unabdingbaren Grundrechtsschutz, nehmen sich aber jeweils zugunsten des EuGH in ihrer Entscheidungskompetenz zurück. Indem aber die EMRK und Rechtsprechung des EGMR sowohl durch das BVerfG als auch durch den EuGH bei der Auslegung ihrer Maßstabnormen in Bezug genommen werden, kommt dem EGMR im Verhältnis der drei Gerichte durchaus eine nicht unwichtige Rolle zu, die einen grundrechtlichen Mindeststandard mit sich bringt.

Trotzdem ist das damit (in der Lesart der herrschenden Meinung) geschilderte Verhältnis der drei Verfassungsgerichte problematisch und defizitär. Dies betrifft (1) die damit bestehenden konkurrierenden Letztentscheidungsansprüche, die nicht nur verwirrend und wenig sinnvoll sind. Sie können auch zu gravierenden praktischen Problemen führen: Was sollen nationale und europäische Parlamente und Behörden denn tun, wenn sie gegenläufige verfassungsgerichtliche Anweisungen erreichen, etwa von BVerfG und EGMR? Welches Urteil ist dann verbindlich? Man fragt sich (2) nicht zuletzt, wer denn nun darüber zu befinden hat, wie widerstreitende Grundrechte in Einklang zu bringen sind. Und letztlich lässt sich wohl das Recht insgesamt, zumindest soweit rechtmäßig gehandelt wird⁶⁸, als Ausdruck solcher konfligierender Freiheits- und Freiheitsvoraussetzungssphären deuten. (Man denke nur an das gesamte Wirtschafts- und Umweltrecht, aber ebenso z.B. an die Kollisionslagen von Pressefreiheit und

⁶³ Bergmann, EuGRZ 2004, 620 (624); Laier, EGMR, S. 125 (137).

⁶⁴ Bergmann, EuGRZ 2004, 620 (624); Dreier, in: Dreier (Hg.), GG, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 29.

⁶⁵ Vgl. Breuer, JZ 2003, 433 (442); allgemein auch Eiffler, JuS 1999, 1086.

⁶⁶ Dazu für den Teilbereich Eigentum (statt vieler) Kahl/ Gärditz, ZUR 2006, 1 ff.

⁶⁷ Unthematisiert – wie schon in den vorstehenden Abschnitten – lassen wir hier die Frage, inwieweit eine eigene Landesverfassungsgerichtsbarkeit der deutschen Bundesländer Sinn ergibt. Die Frage nach deren grundsätzlicher Berechtigung ließe sich durchaus stellen – denn § 90 Abs. 2 BVerfGG macht deutlich, dass im Grunde jeder Sachverhalt, den ich vor ein Landesverfassungsgericht bringen kann, auch vor das BVerfG gebracht werden kann, selbst dann, wenn wirklich (was selten vorkommt) „nur Landesrecht“ betroffen ist. Die h.M. in Deutschland lässt übrigens Landesverfassungsbeschwerden nicht daran scheitern, dass die Landesgrundrechtsverletzung in rechtswidriger Anwendung von Bundesrecht geschah – zumindest dann, wenn bei der Bundesrechtsanwendung ein „Spielraum“ und damit eine Möglichkeit zur Grundrechtsberücksichtigung bestand.

⁶⁸ Natürlich können z.B. staatliche Organe rein faktisch auch Belange vertreten, die nicht der Freiheit dienen – sondern die z.B. einen Schutz des Grundrechtsträgers gegen sich selbst bezwecken. Dies ist dann aber eben ein rechtswidriges Verhalten und kein legitimes Recht. Weiteres Beispiel: Natürlich kann die Polizei faktisch eine Versammlung zu verbieten versuchen, um zu verhindern, dass „der Bundesminister XY sich über die Versammlung ärgert“; rechtmäßig ist das nicht. Verbietet sie dagegen die Versammlung wegen konkret drohender Gefahren für Leib und Leben von Menschen, ist das Verbot gemäß § 15 VersG rechtmäßig – als Ausdruck einer Kollisionslage von Versammlungsfreiheit und Freiheit von Lebens- und Gesundheitsbeeinträchtigungen.

allgemeinem Persönlichkeitsrecht.) Auch fragt man sich (3), warum gerade der EuGH, der – grob gesprochen – praktisch sämtliche EU-Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt des *effet utile* für grundrechtskonform zu erachten bereit ist, als mächtigstes Grundrechtsgericht interpretiert werden sollte. Allgemein ist auch (4) die schon erwähnte gewisse Konfusion in der Normhierarchie zu kritisieren, wenn die EMRK einerseits vom BVerfG als unter dem GG stehendes Normenwerk begriffen wird, dieses aber gleichwohl regelwidrig für die Interpretation des GG herangezogen wird. Die damit konstatierten normhierarchischen und letztentscheidungsbezogenen Probleme sowie die Frage nach einem möglichst wirksamen Grundrechtsschutz sowie nach hinreichender Rechtssicherheit führen zu der Kernfrage, die die ersten drei in sich aufnimmt: *Kann die überkommene Interpretation des nationalen Rechts sowie des Nationalstaates als „alleinige“ Quelle des Rechts sowie als wahrer Urheber des Völkerrechts und letztlich auch des Europarechts weiter Bestand haben?*

Die Frage ist so komplex, dass hier natürlich nur erste Überlegungen möglich sind; ausführlichere Überlegungen sowie eine detaillierte Analyse der völkerrechtlichen Literatur, der Weltstaats-, Konstitutionalisierungs- und Global-Governance-Debatten in vielen Sozialwissenschaften sowie einzelner Rechtsprechungsansätze in dieser Richtung bleiben notgedrungen einem größeren Forschungsprojekt vorbehalten.⁶⁹ Auch mag die eben gestellte Frage vielen (nicht nur) deutschen Juristen auch als eigenartig erscheinen. Zu selbstverständlich ist die Identifikation von Recht und Staat, genauer: Nationalstaat, im Laufe der letzten Jahrhunderte geworden – womöglich noch in der Weise, dass der Staat als „Verfassungsvoraussetzung“, ergo als dem Recht und der Verfassung vorausgehende normative Entität postuliert wird. Zudem scheint das Ausgehen vom Nationalstaat etwa vom Grundgesetz ausdrücklich vorausgesetzt zu werden, etwa in Art. 23 I 2 GG, der von einer „Übertragung von Hoheitsrechten“ an die Europäische Union spricht – was sich zunächst so anhören könnte, als wäre der Staat der geborene Inhaber aller Hoheit. In der gleichen Logik heißt es in Art. 24 I GG, dass der Bund „Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen“ kann. Doch verfehlt man u.U. die entscheidende Pointe, wenn man dabei stehen bleibt. Um dies zu klären, muss man einen Blick auf das transnationale Recht werfen, man muss aber auch das GG noch einmal etwas anders analysieren, und man muss bei alledem das Hauptprinzip des nationalen und transnationalen Rechts im Blick behalten – die Freiheit:

(a) Denn zunächst einmal enthalten das Europa- und Völkerrecht ihrerseits keine Rechtsnorm, die unzweifelhaft erkennen ließe, dass diese Rechtsebenen als gegenüber dem nationalen Recht (ganz oder teilweise) untergeordnete Ebenen zu sehen wären. Ganz in diesem Sinne behandeln EuGH und EGMR ihre Rechtsansichten als fraglos dem nationalen Recht vorgehend, wie bis hierher deutlich wurde. Hier muss man letztlich die unangenehme Frage stellen, wessen Rechtsansicht über den Rang der Rechtsebenen im Konfliktfalle schlussendlich zu folgen wäre – wirklich der nationalstaatszentrierten Sicht des BVerfG? Wenn man im Zweifel dem BVerfG folgt, setzt man damit voraus, dass dieses Gericht die richtige Rechtsperspektive hat und nicht die anderen Gerichte – aber warum eigentlich? Natürlich wäre es auch für die transnationale Ebene eine Herausforderung, wenn man ihr einen echten Vorrang zuerkennen wollte. Denn einen Weltstaat, dessen Verfassung jenseits des Rechts souveräner, sich im Kern nach Belieben gegenübertretender Staaten läge, gibt es natürlich bis dato nicht. Dies gilt trotz der wachsenden Bedeutung z.B. der Welthandelsorganisation (WTO) mit formalisierten gerichtssähnlichen Streitschlichtungsverfahren für den globalen Handel, die theoretisch den

⁶⁹ Dieses beginnt der erstgenannte Verfasser im Sommersemester 2006 mit einem Forschungssemester („Konstitutionalisierung der globalen Beziehungen und Globalisierung der Umweltregulierung“) sowie mit einem weiteren vom BUND e.V. geförderten Drittmittelprojekt in Zusammenarbeit mit Davor Susnjar.

Nukleus eines Weltstaates abgeben könnte. Doch insgesamt ist die schwache, letztlich im wesentlichen machtpolitisch instrumentalisierte UNO und das Konferenzwesen, das oft nicht einmal völkerrechtlich verbindliche Konventionen zustande bringt oder sie zumindest nicht strikt umsetzt (Beispiel Klimaschutz), bisher nur der Ansatz einer „verfassten“ Ordnung. Wie diesem Problem beizukommen ist, wie also genau wirksamere Institutionen auf globaler Ebene aussehen könnten, ist ein eigenes Thema, wir berühren es aber gleich noch kurz.

(b) Dass im Grundsatz – vorbehaltlich der damit kurz berührten „institutionellen“ Fragen – die transnationalen Rechtsebenen mehr Gewicht erhalten müssen, folgt aber – so will es uns scheinen – auch aus einer Interpretation des grundgesetzlichen, der europäischen und der internationalen Menschenrechtserklärungen (wie der EMRK). Wiederum können wir hier nur einige Überlegungen und Argumente kurz entwickeln. Das Kernprinzip der Menschenrechte und überhaupt liberaler Ordnungen ist ja die Freiheit (zumindest dann, wenn man die Freiheit ihre elementaren Freiheitsvoraussetzungen einschließen lässt, wenn man ihr zudem eine „Folgenhaftung“ für selbstverantwortete Entscheidungen mitentnimmt, wenn man den Staat aus den Freiheitsrechten auch zu einem Schutz vor unseren Mitbürgern verpflichtet und wenn man stets die Notwendigkeit der wechselseitigen Begrenzung der Freiheiten im Blick behält).⁷⁰ Die Idee von Freiheitsrechten ist, wie Art. 1 Abs. 2 GG ebenso wie den internationalen Erklärungen zu entnehmen ist, die von universalen Rechten, also von universaler Gerechtigkeit: die Rechte sollen in jeder politischen Ordnung weltweit gelten (*universale Gerechtigkeit*). Nun dienen Freiheitsrechte freilich dazu, dort vor Freiheitsgefahren zu schützen, wo diese Gefahren drohen. Freiheitsgefährdungen drohen aber heute zunehmend nicht mehr allein vom Nationalstaat bzw. von einer nationalstaatlichen Untätigkeit gegenüber meinen Mitbürgern, sondern über Grenzen hinweg: Unsere Berufsfreiheit, unsere Freiheit von Lebens- und Gesundheitsbeeinträchtigungen usw. hängen zunehmend an Prozessen, die nicht unmittelbar vom Nationalstaat, dessen Bürger wir sind, verursacht werden. Sollen die Freiheitsrechte in dieser Konstellation der schleichenden Entmachtung des Nationalstaates effektiv bleiben, muss man sie als nunmehr auch grenzüberschreitend wirksam interpretieren (wofür es im Übrigen auch einzelne Ansätze in der völkerrechtlichen Rechtsprechung z.B. des IGH⁷¹ gibt).⁷² Damit geht es nicht mehr um die universale Richtigkeit der liberalen Prinzipien in allen menschlichen Gesellschaften. Es geht vielmehr um zwischengesellschaftliche Rechte über Staatsgrenzen hinweg – also etwa ein Recht darauf, auch von einer fremden Staatsgewalt nicht bombardiert oder im Welthandel ungerecht behandelt zu werden (*globale Gerechtigkeit*). Diese Konflikte kann kein Nationalstaat lösen. Ebenso wenig kann ein Nationalstaat noch ohne global abgestimmte Sozial-, Umwelt- und vielleicht auch Steuerstandards *dauer-*

⁷⁰ Vgl. ausführlich Ekardt, Prinzip (Fn. 2), Kap. IV; dort auch dazu, dass eine liberal-demokratische Ordnung neben den sohin weit verstandenen Freiheiten (einschließlich der elementaren Freiheitsvoraussetzungen wie Nahrung, Kleidung, stabiles Globalklima usw.) auch weitere freiheitsförderliche Bedingungen (Freiheitsvoraussetzungen i.w.S.) schützen darf wie etwa die Artenvielfalt, die Existenz einer vielfältigen Kulturlandschaft, die Schaffung von Kindergartenplätzen, die Bereitstellung eines ÖPNV usw.

⁷¹ Mancher mag ergänzen „auch in der Rechtsprechung des EGMR“ – und dabei daran denken, dass der EGMR als völkerrechtliches Gericht Grundrechte anwendet (was in der Tat zutrifft). Nur betreffen die EGMR-Grundrechtsfälle bisher stets universale und nicht globale Grundrechte. Es geht also nicht um den Grundrechtsschutz über Staatsgrenzen hinweg – zumindest bisher, was sich aber bei zutreffender, an o.g. Grundsätzen orientierter Neuinterpretation der EMRK durch den EGMR ändern könnte. Dies zeigt zugleich etwas Wesentliches: nämlich dass das Völkerrecht sowohl eine Ordnung des Lebens (universal) in allen Gesellschaften als auch (global) zwischen den Gesellschaften ist.

⁷² Zur nachfolgend entwickelten globalen Grundrechtsgeltung Giegerich, EuGRZ 2004, 758 ff. (mit einer detaillierten Aufarbeitung der bisher ergangenen völkerrechtlichen und ausländischen Judikatur zu globalen und nicht länger nur universalen Grundrechten) und ausführlich Ekardt, Prinzip (Fn. 2), Kap. III D. (wo sich auch ein u.E. noch stärkeres Argument findet, welches aber erst aus einer diskurstheoretischen Interpretation liberaler Verfassungen heraus verständlich wird).

haft eine Wirtschaftspolitik verfolgen, die nicht nur die natürlichen Lebensgrundlagen erhält, sondern die auch den spiralenhaften internationalen Wettbewerb gegenseitigen Unterbietens bei den Produktionskosten („Sozial- und Umweltdumping“) unterbindet, der Freiheitspielräume zunehmend dem ökonomischen Druck erliegen lässt.⁷³

Das heißt dann aber auch: Die politischen Instanzen müssen auf allen relevanten Ebenen genau die Institutionen schaffen, die der Freiheit am besten gerecht werden – und dies sind die Instanzen einer gewaltenteiligen Demokratie, die eine gewaltenteilige Lösung aller Freiheitskonflikte auf genau der Ebene herbeiführen können, wo die Konflikte angesiedelt sind.⁷⁴ Damit enthalten die Freiheitsrechte einen Auftrag, auf europäischer und internationaler Ebene die Integration zu vertiefen und ausbalanciert-demokratische Gewalten zu schaffen, die europäische und internationale Freiheitskonflikte wirksam lösen können – und zwar in einer der Volkssouveränität entsprechenden Weise. Dies aber ist nur dann freiheitsförderlich, wenn die Organe jener Rechtsebenen sich auch gegen die unteren Rechtsebenen durchzusetzen vermögen, kurz: wenn die europäische Rechtsebene (die durchgängig von grenzüberschreitenden Problemen handelt) und die völkerrechtliche Ebene (die zum größten Teil von grenzüberschreitenden Problemen handelt) einen höheren Rang genießt als die nationalstaatliche. Gäbe es diesen höheren Rang nicht, läge es stets im Belieben der Nationalstaaten, ob sie bestimmten Vereinbarungen zustimmen. Dass dies einer global wirksamen Konfliktlösung nicht dienlich wäre, liegt nahe – und wird etwa durch den äußerst schleppend vorangehenden, von nationalstaatlichen Egoismen blockierten globalen Klimaschutz hinlänglich dokumentiert. Zudem geht es hier keinesfalls um einen „globalen Superstaat“, der alle politischen Fragen weltweit an sich ziehen könnte: Es geht um eine Regelung grenzüberschreitender Konflikte und damit um bestimmte, allerdings wichtige Politik- bzw. Rechtsgebiete, die eine europäische und globale gewaltenteilige Demokratie – denn diese Grundordnung ist die freiheitsdienlichste – anzugehen hätte. Die EU ist bereits ein starker Ansatz in diese Richtung⁷⁵, schon deshalb, weil sie nicht mehr (wie der größte Teil des Völkerrechts) einfach „neben“ dem nationalen Recht verbleibt.

Wenn damit das europäische Gemeinschaftsrecht und das Völkerrecht als geborene höherrangige Rechtsordnungen gegenüber dem nationalstaatlichen Recht erscheinen, liegt die Schlussfolgerung nahe, dass der EuGH einen durchgängigen und nicht nur einen partiellen Vorrang vor dem BVerfG genießen muss. Ebenso legt dies nahe, dass ein völkerrechtliches „Verfassungsgericht“ wie der EGMR gegenüber dem BVerfG und auch gegenüber dem EuGH ein Primat beanspruchen kann, soweit es um grenzüberschreitende Konflikte geht – wobei die inhaltliche Stärke des Grundrechtsschutzes allerdings über die bisherige EuGH-Judikatur hinausgehen müsste. Nun ist aber das Völkerrecht bis dato auch eine Ordnung des Lebens (universal) in allen Gesellschaften und nicht allein (global) zwischen den Gesellschaften. Fraglich ist daher, ob die bisherige Argumentation einen unbedingten Vorrang des EGMR auch dort deckt, wo er über lediglich „innerstaatliche“ Sachverhalte judiziert. Für den Konflikt der

⁷³ Vgl. neben den Nachweisen in Fn. 2 dazu kurz Ekarde, FR vom 08.10., 29.10. und 26.10.2005, jeweils S. 9. Demgegenüber sieht das BVerfG – etwa in der Entscheidung zum europäischen Haftbefehl vom 18.07.2005 – unverändert den Nationalstaat als absolut hervorgehobenen Schutzraum für den Bürger.

⁷⁴ Da diese Argumentation vom Freiheitsprinzip als den Nationalstaaten vorgeordnete Ordnung und außerdem auch von der Freiheit als Norm in den nationalen Verfassungen ausgeht, kann man gegen all dies nicht den deutschen Standardeinwand erheben, (a) Verfassung und Staat seien nun einmal aneinander gebunden und (b) die Nationalstaaten blieben doch schließlich die Herren des internationalen Rechts als seine Schöpfer. Denn dies ist, wenn man das Recht von der Freiheit her interpretiert, gerade nicht so. Übrigens sind auch die deutschen Landtage nicht die „Herren des Grundgesetzes“, obwohl sie es historisch mitgeschaffen haben. Wir vertiefen dies bald in einer separaten Publikation.

⁷⁵ Trotzdem verneint EGMR, NJW 2003, 413 ff. eine global-grenzüberschreitende Grundrechtsgeltung.

Rechtsebenen insgesamt ist dies eine quantitativ begrenzt relevante Frage, da die universalen Gebote des Völkerrechts im Wesentlichen nur die Menschenrechte sind, wogegen ansonsten globale Gebote vorliegen (etwa im Klimaschutz- oder Welthandelsrecht). Nun sind die Menschenrechte aber besonders wichtig. Für einen unbedingten EGMR- und Völkerrechtsvorrang auch hier dürfe – vorbehaltlich näherer Überlegung, die vorliegend nicht geleistet werden kann – sprechen, dass ein ausgewogener und systematischer Freiheitsausgleich schwerlich unter Ausklammerung der innerstaatlichen Sachverhalte geleistet werden kann. So hat z.B. die grundrechtliche Auflösung eines scheinbar rein innerstaatlichen Konflikts zwischen Wirtschafts- und Umweltinteressen mittelbar grenzüberschreitende Auswirkungen, indem die Attraktivität des Landes für Investoren davon beeinflusst wird, ob die Rechtsprechung hier eine „ökologische“ oder „weniger ökologische“ Linie verfolgt. Könnte hier jeder „innerstaatliche Sachverhalt“ abschließend vom nationalen Verfassungsgericht entschieden werden, wäre das erwähnte Umweltdumpingproblem gerade *nicht* erfolgreich gelöst. Anderes könnte für wirklich „rein innerstaatliche“ Problemlagen gelten.

Dies sollen, wie mehrfach herausgestellt, keine abschließenden Überlegungen sein. Vermutlich muss die gegenwärtige Interpretation des Verhältnisses der Rechtsebenen für eine Übergangszeit weiter hingenommen werden. Spätestens dann aber, wenn die politischen Instanzen ihrem Auftrag aus den Freiheitsrechten nachgekommen sind, reale demokratische europäische und internationale Instanzen zu schaffen, muss u.E. die eben entwickelte Sichtweise greifen.⁷⁶ Schon heute ist freilich nicht einzusehen, warum EuGH- und EGMR-Urteile gegenüber dem BVerfG keinen absoluten Vorrang haben sollten – wenn sich dies doch als freiheitsdienlich erwiesen hat und die demokratische Rückbindung in Europa leidlich entwickelt ist.⁷⁷ Das Verhältnis der Gerichte muss hier dem Verhältnis der Rechtsebenen voranschreiten.⁷⁸

(c) Dass dies keinesfalls eine „rechtspolitische Empfehlung“ ist, sondern als verfassungsinterpretativ geboten erscheint, implizieren neben den Freiheitsrechten und den transnationalen Rechtsvorgaben auch weitere GG-Bestimmungen, die eine andere Sprache sprechen als Art. 23 I, 24 I GG und darum eine einschränkende Interpretation jener Vorschriften nahe legen. So heißt es in Art. 25 GG, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts „den Gesetzen vorgehen“ und „Rechte und Pflichten unmittelbar“ für die Bewohner der Bundesrepublik erzeugen. Ferner hält Art. 24 II GG fest, dass der Bund „in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen (wird), die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern“. Beides klingt, zumal bei „Gesetzen“ gerade nicht die Verfassung als Rechtssatz ausgenommen wird, eher nach einem Vorrang des transnationalen Rechts vor dem nationalstaatlichen Recht. Denn eine friedliche und dauerhafte Weltordnung wird es eben nur mit handlungsfähigen transnationalen Institutionen geben. Und das Zitierte liest sich auch nicht wie eine Beschränkung globaler unter Ausschluss universaler

⁷⁶ Dabei darf im Interesse der Freiheit eine globale Politikebene freilich nur einige wenige Zuständigkeiten haben; denn nur dort, wo ein globales Handeln (etwa bei bestimmten Umweltstandards und in der Friedenspolitik, aber vielleicht auch bei einer gewissen Angleichung der Unternehmenssteuern) wirklich nötig ist, kann die große „Entfernung“ zwischen Kontrollierten und Kontrolleuren, die eine globale Politik mit sich bringt, hingenommen werden. Dass das hier Entwickelte „unrealistisch“ sei, weil z.B. die USA sich niemals einer nicht mehr zahnlosen UNO beugen würden, ist im Übrigen kein Gegenargument – denn etwas normativ Gebotenes wird nicht dadurch falsch, dass seine Durchsetzung auf Schwierigkeiten trifft.

⁷⁷ Ob man ähnliches für den IGH sagen kann, mag demgegenüber zweifelhaft sein angesichts der im Fließtext sogleich zu schildernden Bedenken gegen das bisherige Völkerrecht.

⁷⁸ Inwieweit der hiermit implizit vorgeschlagene Monismus der Rechtsebenen auch dem bisher propagierten Dualismus, in welchem gegenüber dem Völkerrecht die Rangfrage oft gar nicht gestellt wird, überlegen ist, wird in einer separaten Publikation erörtert – ebenso wie die neuen Tendenzen in EuG, EuGRZ 2005, 592 ff.; EGMR, NJW 2006, 3767 ff.

Völkerrechtssätze – so dass der Vorrang auch der nicht-grenzüberschreitenden EGMR-Judikatur gegenüber dem BVerfG wenigstens hier eine Stütze findet.

Daran ändert auch Art. 23 I GG nichts, der nicht nur von der „Übertragung von Hoheitsrechten“ spricht, sondern auch einen hinreichenden EG-Grundrechtsschutz und Art. 79 III GG dafür als Maßstab angibt. Denn *erstens* kann der Fall eines EG-rechtlichen Verstoßes gegen jene Vorgaben ohnehin nicht eintreten, da der Vorrang des transnationalen Rechts, wie gesehen, an freiheitlich-demokratische Strukturen geknüpft ist, wie sie Art. 79 III GG gerade fordert. Wenn damit freiheitlich-demokratische Strukturen als „Schranke des transnationalen Rechts“ erscheinen, so folgt dies aber nicht aus einer geborenen Vorrangigkeit des Nationalstaates, sondern *aus der Freiheit selbst*, wie sie sich aus allgemeinen Gerechtigkeitsprinzipien und aus dem positiven europäischen und nationalen Recht ergibt – und deren Verteidigung jedwede Politik und damit auch den Nationalstaat allererst legitimiert (und nicht umgekehrt).⁷⁹ *Zweitens* setzt die Interpretation des Art. 23 I GG als Beleg für den „Nationalstaat als Quelle des transnationalen Rechts“ genau wieder die nationalstaatliche Perspektive voraus. Es ist es doch allererst die Frage, ob die Kollisionslage Europarecht versus nationales Recht nach den Vorstellungen des nationalen Rechts zu entscheiden ist, ob also das nationale Recht die Quelle des transnationalen Rechts ist (denn das Europarecht fordert schon heute seinen eigenen uneingeschränkten und *unabgeleiteten* Vorrang). Die Grundrechte, die auch den Kern von Art. 79 III GG ausmachen, sprechen jedenfalls eher gegen diese nationale Perspektive, soweit es um nur europa- und völkerrechtlich wirksam regelbare Materien geht (!). Ein Europarecht von Gnaden des nationalen Rechts, welches seine Relevanz erst jenem nationalen Recht verdankt, kann es daher nicht mehr geben.

Es sei noch einmal betont, dass die Neujustierung der Rechtsebenen – im Gegensatz zu der der Gerichtsebenen – vollständig erst dann Sinn ergibt, wenn, wie geboten, eine demokratisch-gewaltenteilige Neukonzipierung der europäischen und internationalen Institutionen stattgefunden hat. Denn bisher leidet das Völkerrecht an einem schwerwiegenden Mangel: Man kann nämlich nicht nur die begrenzte demokratische Rückbindung der EU-Organe kritisieren. Erst recht kann man die Gültigkeit zahlreicher Völkerrechtssätze ernstlich in Frage stellen. Dies aus folgendem Grund: Bei rund drei Viertel der Staaten weltweit kann man durchaus bezweifeln, ob sie über eine Regierung und eine Volksvertretung verfügen, die diesen Namen wirklich verdienen. Nach wie vor bestimmen eben nicht liberale Staaten, sondern Diktaturen und Scheindemokratien das weltweite Erscheinungsbild. Für solche Ordnungen ist aber mehr als zweifelhaft, ob sie für ihr Volk irgendeine bindende Vereinbarung treffen können (und das bisherige Völkerrecht kommt ja durch vertragliche Vereinbarung zwischen Regierungen zustande). Damit wankt das Fundament großer Teile des real existierenden Völkerrechts. Dies gilt umso mehr, als diese ganze Betrachtungsweise wiederum auf den Nationalstaat abstellt – und die Frage ist doch gerade, ob er weiterhin die Quelle und – im Wesentlichen – der primäre oder alleinige Akteur des Völkerrechts sein darf, selbst wenn er demokratisch legitimiert ist.⁸⁰ Echte gewaltenteilige Demokratie auf globaler und europäischer Ebene

⁷⁹ Damit mag auch das von Art. 79 III GG geforderte gewisse Maß an Bundesstaatlichkeit mitgarantiert sein – denn zu Freiheit und Demokratie gehören auch Aspekte von Subsidiarität. Dies bleibt indes näher zu klären. Jedenfalls ist die Sozialstaatlichkeit als Freiheitsvoraussetzung garantiert.

⁸⁰ Denn das Demokratieprinzip ist keine zulässige Schranke der Freiheiten, sondern lediglich eine Vermittlungsinstanz zwischen den kollidierenden Freiheiten (siehe die Nachweise in Fn. 2). Dementsprechend kann der Hinweis auf eine „demokratische Rückbindung des Nationalstaates“ nicht das Freiheitsgebot einer Globalisierung der Politikebenen, wie es eben entwickelt wurde, aufheben. Jedenfalls lässt sich aber die Gültigkeit eines heutigen Völkerrechtssatzes, soweit er von demokratischen Nationalstaatsinstanzen vereinbart wurde, eher begründen, als wenn ein autoritäres Regime gehandelt hat.

– die dann für globale Spielregeln u.U. auch keine nationalen Umsetzungsgesetze mehr bräuchte – wäre etwas anderes; auf europäischer Ebene kommen wir dieser von der Freiheit verfügbaren Zielvorgabe freilich schon recht nahe.

Man kann dieses Problem u.E. auch nicht durch den Hinweis auf ein Völkergewohnheitsrecht pauschal lösen. Dies zum einen deshalb, weil das Gewohnheitsrecht ja von denselben autoritären Potentaten produziert wird, die auch die Völkerrechtsverträge unterzeichnen. Zum Anderen ist die im Völkerrecht übliche Sichtweise, stark auf angebliche Gewohnheitsrechtssätze abzustellen, generell kritikwürdig und nur bedingt für einen transparenten und rechtssicheren, klar feststellbaren Freiheitsausgleich zwischen den Menschen dieser Welt geeignet. Dabei ist *erstens* der Bezug zur Freiheit nur ein Argument. Gewohnheitsrecht zeichnet sich bekanntermaßen dadurch aus, dass es als ungeschriebener Rechtssatz durch bloße faktische Praktizierung seitens der Betroffenen und die Anschauung, dies sei jetzt „das Recht“, entsteht. Zudem ist *zweitens* die Rede von „Gewohnheitsrecht“ allgemein deshalb fragwürdig, weil sie das Gerechte an die faktische Akzeptanz rückkoppelt. Und eine solche Rückbindung enthält zumindest einen naturalistischen Fehlschluss vom Sein auf ein Sollen (der den kontrafaktischen Charakter von Normen verkennt).⁸¹ Ferner liegt *drittens* global häufig schon nach den Maßstäben der gängigen Meinung gar kein „Gewohnheitsrecht“ vor, was die relevanten Fragenkreise angeht. Hier verfällt die bisherige Völkerrechtslehre möglicherweise zu schnell in den Fehler, einerseits den Nationalstaaten fast unbegrenzte Entscheidungsfreiheiten zu geben, gleichzeitig aber bei nicht vorhandenen Völkerrechtsverträgen den Staaten einen bestimmten Rechtsbindungswillen anzudichten, den diese doch offenbar gar nicht haben. Von alledem abgesehen sind erhebliche Teile des bisherigen Völkerrechts außerdem nur „soft law“ und von daher wenig weiterführend.

Man mag abschließend fragen: Welche Auswirkungen hätte ein Inkrafttreten einer „echten“ EU-Verfassung auf das Verhältnis der Verfassungsgerichte? Bei der EU-Verfassung handelt es sich nach ihrer Rechtsnatur um einen Vertrag wie das bisherige Unions- und Gemeinschaftsrecht, da sie in der rechtlichen Gestalt eines – nach bisherigen Rechtsvorstellungen geschlossenen – völkerrechtlichen Vertrags der Mitgliedstaaten abgeschlossen wird.⁸² Die EuGRC wurde in den Verfassungsvertrag für Europa als Teil II aufgenommen, wodurch sie im Falle des Wirksamwerdens des Verfassungsvertrages als primäres Unionsrecht verbindlich werden würde.⁸³ Gemäß Art. II-112 Abs. 3 der Verfassung soll die EMRK den Mindeststandard für die von der EuGRC garantierten EU-Grundrechte sichern, wobei jedoch auch ein höheres Schutzniveau ausdrücklich zugelassen wird. Die Verbindlichkeit der Charta würde daher ein Absinken des Grundrechtsschutzes unter das im Solange-II-Beschluss geforderte Schutzniveau noch unwahrscheinlicher machen, zumal die Forderung des BVerfG nach einem eigenen geschriebenen Grundrechtskatalog dadurch befriedigt werden würde. Im Verhältnis zum EGMR würde sich eine wesentliche Änderung ergeben. So sieht der Verfassungsvertrag in Art. I-9 Abs. 2 vor, dass die EU der EMRK beitrifft. Damit würde das Gemeinschaftsrecht für den EGMR unmittelbar überprüfbar werden, und es würde die Letztinstanzlichkeit des

⁸¹ Im Einzelnen zu den Fehlern des Schließens von den tatsächlichen Moral- und Rechtsanschauungen auf deren eigene Richtigkeit vgl. die Nachweise in Fn. 2. Speziell die gelegentlich propagierte „Common-goods“-Lehre, die aus der faktischen Notwendigkeit bestimmter „Güter“ für alle Menschen (z.B. Klima und Weltmeere) ihren Schutz herleitet, erscheint auf dieser Basis weniger als Völkerrecht denn mehr als schlechte, mit den Einwänden gegen Kontextualisten unvertraute Philosophie: Denn abgesehen von den Problemen von „Gewohnheitsrecht“ folgt aus der faktischen menschlichen Abhängigkeit von Klima normativ erst einmal gar nichts. Dafür braucht man vielmehr eine spezielle Begründung.

⁸² Möstl, Verfassung für Europa, 2005, S. 21; Oppermann, Europarecht, § 1 Rn. 45.

⁸³ Oppermann, Europarecht, § 6 Rn. 39.

EGMR in Grundrechtsfragen geschaffen.⁸⁴ Dies wären zumindest einige Schritte in die vorliegend eingeforderte, von der universalen *und globalen* Freiheit her gebotene Richtung.

⁸⁴ Bergmann, EUGRZ 2004, 620 (623); Stieglitz, Lehren, S. 223.