

## 4. Teil: Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht

### § 12 Die Konzeption transnationalen Verfassungsrechts

Menschenrechte sind als universell gültige Rechte definiert worden, die moralisch begründet sind und in jedem Rechtssystem notwendig anzuerkennen sind. Als moralisch begründete Rechte sind sie von in Rechtssystemen positivierten Rechten zu unterscheiden, wie den verfassungsrechtlich garantierten Grundrechten oder den Menschenrechten des internationalen Rechts. Neben der Ebene von Menschenrechten als universell gültigen Rechten sowie der des Schutzes individueller Rechte in partikularen Systemen lässt sich eine dritte Ebene des Schutzes von Grund- und Menschenrechten konstruieren. Diese ist von der universellen und der partikularen Ebene des Schutzes individueller Rechte zu unterscheiden, aber in verschiedener Weise mit ihnen verbunden. Diese intermediäre Ebene soll als "transnationales Verfassungsrecht" bezeichnet werden.<sup>413</sup>

#### *1. Begriff und Erscheinungsformen transnationalen Verfassungsrechts*

Universelle Menschenrechte, Grundrechte im Sinne verfassungsrechtlich (oder internationalrechtlich) institutionalisierter Menschenrechte sowie transnational anerkannte Menschenrechte sollen zusammenfassend als fundamentale Rechte bezeichnet werden. Sie sind fundamental in dem Sinn, dass ihre Geltungsgrundlage nicht allein das positive Recht ist, sondern sie dem positiven Recht vorausliegende Gründe rechtlicher Geltung bilden.<sup>414</sup> Bei Menschenrechten ergibt sich dies bereits aus ihrer moralischen Begründung sowie ihrer universellen Geltung. Bei Grundrechten entspricht es dem Sinn einer materiellen Grundrechtskonzeption, dass

---

413 Dazu auch Sieckmann, Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht, in: M. Borowski/S. Paulson/J. Sieckmann (Hg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, 2017, 411ff.

414 Zu diesem Verständnis von Fundamentalität s.o., § 5 III.

sie die Positivierung universeller Menschenrechtsprinzipien darstellen und ihre Geltungsgrundlage daher nicht allein ihre positivrechtliche Anerkennung ist.<sup>415</sup> Transnationale Rechte sind zum einen in universellen Menschenrechtsprinzipien begründet, zum anderen ist ihre Geltung nicht auf einzelne Verfassungssysteme bezogen.

Warum sollte eine dritte Ebene transnationaler fundamentaler Rechte angenommen werden? Zunächst sieht sich der Schutz von Menschenrechten einem Problem gegenüber: der Idee nach sind Menschenrechte universelle, jedem Menschen zustehende Rechte, aber ihr Schutz als universelle Rechte ist wenig effektiv. Wenn der Schutz von Menschenrechten hingegen effektiv ist, dann als verfassungsrechtlicher Schutz von Grundrechten oder in regionalen Systemen des Menschenrechtsschutzes, aber eben nicht universell, sondern in partikularen Rechtsordnungen.

Die Charakterisierungen des Menschenrechtsschutzes als einerseits universell, aber nicht effektiv, andererseits effektiv, aber nur partikular erscheinen nicht nur im Hinblick auf die Realisierung von Menschenrechten unbefriedigend. Sie erfassen auch nicht die Entwicklung von systemübergreifenden Konvergenzen im Bereich des Schutzes von Menschenrechten, die sich vor allem in Europa und Lateinamerika beobachten lassen. Die Tendenzen zu einer Internationalisierung des Verfassungsrechts und einer Konstitutionalisierung des internationalen Rechts sind von einer Reihe von Autoren herausgearbeitet worden.<sup>416</sup> Für Europa wird von Peter Häberle die Entwicklung eines "gemeinen" Verfassungsrechts angenommen.<sup>417</sup> Armin von Bogdandy verfolgt das Projekt eines *ius commune*

---

415 Siehe auch Alexy 1995a, 127; ders., Grundrechte, in: Sandkühler/Pätzold (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, 1999, 526; ders., Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, in: ARSP 95 (2009c), 151; ders., Die Doppelnatur des Rechts, in: Der Staat 50 (2011), 389.

416 Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 42 (2003), 61-75; Haltern, Internationales Verfassungsrecht?, AÖR 128 (2003), 511-557; Kadelbach/Kleinlein, Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 44 (2006), 235-266; Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012.

417 Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht (1991), in: ders., Europäische Rechtskultur, 1997.

*constitutionale*.<sup>418</sup> Kai Möller entwirft ein globales Modell der Grundrechte, basierend auf dem Recht auf Autonomie.<sup>419</sup>

Es lässt sich demnach annehmen, dass in verschiedenen Verfassungssystemen oder Systemen des Menschenrechtsschutzes dieselben Rechte angewandt werden. Natürlich gibt es Differenzen, aber diese sind nicht unbedingt größer als die Streitigkeiten innerhalb der jeweiligen partikularen Systeme. Grundrechtliche Fälle lassen sich insofern in verschiedenen Systemen diskutieren, ohne dass es auf die Zuordnung zu einem bestimmten System ankommt. Besonders deutlich wird dies bei der Prüfung von Grundrechtseingriffen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit.<sup>420</sup> Trotz mancher Divergenzen entwickelt sich dieser Grundsatz zu einem universell gültigen Prüfungsmaßstab für den Schutz von Menschenrechten.<sup>421</sup>

Im Folgenden soll untersucht werden, wie sich diese Entwicklung von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht theoretisch erfassen lässt. Was unter "transnational" zu verstehen ist, ist allerdings präzisierungsbedürftig. Klar ist, dass es sich um ein grenzüberschreitendes, nicht auf nationales Recht beschränktes Phänomen handelt. Es muss sich allerdings nicht unabhängig vom staatlich gesetzten Recht entwickeln und auch nicht in Form spezialisierter Rechtsregime<sup>422</sup> auftreten. Insbesondere führt eine Entgegensetzung transnationalen Rechts zum staatlich gesetzten Recht bei menschenrechtlichen Gewährleistungen nicht weiter. Denn die verfassungsrechtliche Institutionalisierung von Menschenrechten soll ja gerade durch staatliches Recht erfolgen. Zwar kann und muss das Transformationsgebot auch auf nichtstaatliche Normenordnungen angewandt werden. Jedoch ist eine Abgrenzung zum staatlich gesetzten Recht in diesem Zusammenhang nicht sinnvoll.

Hier soll transnationales Recht schlicht im Sinne von Rechtsnormen verstanden werden, die systemübergreifende Geltung besitzen. Dies ist in dem Sinn zu verstehen, dass sie von den Organen verschiedener Systeme anzuwenden sind, zumindest bei ihren Entscheidungen als Argumente

---

418 v. Bogdandy, *Ius Commune Constitutionale in América Latina. A Conceptual Clarification*, in: id. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, 2017, 27ff.

419 Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, 2012.

420 Dazu insbesondere Schlink 1976; Hirschberg 1981; Alexy 1985; Clérico 2001.

421 Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, 2004; Klatt/Meister 2013, 62ff.; dies., *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, 1ff.

422 So Calliess/Maurer, *Einleitung*, in: ders. (Hg.), *Transnationales Recht*, 2014, 3.

zu berücksichtigen sind.<sup>423</sup> Dieselbe Norm gilt demnach also in verschiedenen Rechtssystemen.<sup>424</sup> Die Frage ist demnach, ob Grundrechte nicht nur in einzelnen Verfassungssystemen gelten, sondern es neben der universellen moralischen Ebene und der partikularen Ebene einzelner Verfassungssysteme eine mittlere Ebene von fundamentalen Rechten gibt, die zugleich in verschiedenen Rechtssystemen gelten und insofern auch in einer systemübergreifenden Verfassungspraxis zu interpretieren sind.<sup>425</sup>

Dabei sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Zum einen das Verhältnis universell gültiger Menschenrechte zu partikularen Systemen. Was bleibt vom universellen Charakter dieser Rechte, wenn sie in partikularen Systemen positiviert werden? Zum anderen die Beziehungen zwischen partikularen Systemen, die Menschenrechte in positives Recht transformieren. Können sie weiterhin als unabhängig voneinander betrachtet werden, oder gibt es normative Beziehungen, die die Grundlage für ein transnationales Verfassungsrecht bilden können?

## II. Zur Struktur transnationalen Verfassungsrechts

Gemäß der Korrespondenzthese soll in jedem Rechtssystem jedem Menschenrecht prinzipiell ein inhaltsgleiches Grundrecht korrespondieren.<sup>426</sup> Aus dieser These ergibt sich die Forderung, Menschenrechte nicht nur zu proklamieren, sondern auch effektiv zu institutionalisieren und in positives Recht zu transformieren. Menschenrechte verlangen daher verfassungsrechtliche Geltung. Mit der Institutionalisierung wird die Geltung menschenrechtlicher Prinzipien zugleich auf Verfassungssysteme begrenzt.

Es scheint zunächst, dass die Transformation von Menschenrechten in Grundrechte in jedem Verfassungssystem gesondert erfolgt. Dies entspricht der Annahme der Souveränität der Staaten und ihrer Verfassungen-

---

423 Siehe auch den Ansatz eines "interlegal balancing" bei Encinas, *Interlegal Balancing*, in: *Rivista di filosofia del diritto*, 2022, 75.

424 Insofern geht es nicht um einen Rechtspluralismus im Sinne der Geltung verschiedener Systeme im selben Bereich. Dazu Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, 2015, 14ff. Allerdings wird eine Pluralität von Rechtssystemen vorausgesetzt.

425 Den Bezug von Menschenrechten auf bestimmte politische Systeme betont hingegen Besson, *European human rights pluralism: notion and justification*, in: *Maduro/Tuori/Sankari (eds.), Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, 2014, 170ff., 204.

426 S.o., § 8 II, ferner Sieckmann 2017, 423ff.

autonomie. Ein Menschenrecht etwa auf Meinungsfreiheit würde die Geltung entsprechender Grundrechte in den einzelnen Rechtssystemen fordern. Erfüllen diese Systeme die Transformationsforderung, gelten je verschiedene Grundrechte in den jeweiligen Systemen.

Dieses Bild erfasst jedoch die Struktur menschenrechtlicher Gewährleistungen nicht vollständig. Ein Argument für die Annahme verfassungsübergreifender Grundrechte ergibt sich aus dem universellen Geltungsanspruch von Menschenrechten. Die partikulare Umsetzung menschenrechtlicher Forderungen steht in einem Gegensatz zum universellen Geltungsanspruch von Menschenrechten. Wenn Menschenrechte universelle Gültigkeit besitzen, warum sollten dann im Bereich des Rechts nur jeweils systemrelative Grundrechte existieren? Geht der universelle Charakter der Menschenrechte bei der Transformation nicht verloren, kann es auch im Bereich des Rechts systemübergreifend gültige Grundrechte geben.

### 1. Universeller Richtigkeitsanspruch partikularer Transformationen

Zunächst lässt sich eine Parallele zur Begründung einer autonomen Moral ziehen.<sup>427</sup> Jedes autonome Subjekt kann seine eigene Moral begründen. Aber es wäre falsch anzunehmen, diese Moral beanspruchte Geltung nur für denjenigen, der sie vertritt. Eine Begründung moralischer Normen muss generellen Charakter haben. Sie muss also Normen formulieren, die für alle Individuen gelten, die die Anwendungsbedingungen dieser Normen erfüllen. Eine rational begründete Moral, die nur für ein Individuum gilt, ist nicht möglich. Ein Vegetarier etwa, der meint, es sei moralisch geboten, keine Tiere zu essen, muss dies nicht nur für sich, sondern für jeden Menschen annehmen.

Allerdings schließt die gleiche Autonomie anderer Individuen es aus, dass jemand verbindliche Normen für andere autonome Subjekte aufstellen könnte. Möglich und zugleich notwendig ist lediglich die Forderung, dass andere die von einem selbst für richtig gehaltenen Normen ebenfalls als gültig anerkennen. Als Forderung kann sie zunächst nur prinzipielle Geltung beanspruchen. Dieser im Prinzip universelle Geltungsanspruch trifft allerdings auf die Autonomie der anderen Akteure. Die gebotene Respektierung der Autonomie anderer führt dazu, den Geltungsanspruch universell begründeter Normen einzuschränken, so dass im Ergebnis keine Verbindlichkeit für andere Subjekte beansprucht wird.

---

427 Dazu Sieckmann 2012a, 111.

Das gleiche Verhältnis lässt sich zwischen Verfassungssystemen bei der Transformation von Menschenrechten feststellen. Menschenrechte haben universellen Charakter. Wenn ein Verfassungssystem Menschenrechte in Grundrechte transformiert, dann muss es für diese Grundrechte beanspruchen, dass sie - als Transformation menschenrechtlicher Prinzipien - für alle Verfassungssysteme gültig sind, die dem betreffenden System in allen relevanten Hinsichten gleichen. Nur soweit für die Transformation relevante Unterschiede bestehen, kann die Geltung dieser Grundrechte für andere Verfassungssysteme verneint werden. Andererseits wird dieser universelle Geltungsanspruch beschränkt durch die Autonomie anderer Verfassungssysteme. Ein Verfassungssystem kann nicht verbindliche Anordnungen für andere Systeme treffen. Insofern bleibt die Geltung der Grundrechte im Ergebnis auf das jeweils transformierende System beschränkt.

## 2. Die Entwicklung transnationalen Verfassungsrechts

Der universelle Richtigkeitsanspruch partikularer Transformationen genügt allerdings noch nicht, um die Existenz eines transnationalen Verfassungsrechts anzunehmen. Dieses ergibt sich erst aufgrund einer Interaktion der verschiedenen Systeme bei der Suche nach der richtigen Institutionalisierung menschenrechtlicher Prinzipien.

Werden in verschiedenen Verfassungssystemen unterschiedliche Transformationen vertreten, ist zunächst fraglich, welcher gefolgt werden sollte. Diese Frage verlangt nach einer rational begründeten Lösung. Denn die abweichende Transformation von Menschenrechten in einem System bedeutet aus der Sicht der anderen Systeme, dass Menschenrechte nur unvollkommen transformiert worden sind. Alle Systeme, die Menschenrechte in Grundrechte transformieren, erkennen menschenrechtliche Prinzipien und damit auch deren universellen Geltungsanspruch an. Dieser erstreckt sich auch auf die jeweils anderen Verfassungssysteme. Damit liegt ein Konflikt verschiedener normativer Auffassungen vor. Aus dem Gehalt von Menschenrechten folgt also, dass nach einer einheitlichen Lösung gesucht werden oder aber aufgezeigt werden muss, welche relevanten Unterschiede der Systeme zu unterschiedlichen Systemen der Grundrechte führen.

Der Konflikt unterschiedlicher Grundrechtskonzeptionen erfordert also einen rationalen Diskurs über die Frage, ob und welche dieser Transformationen die richtige oder jedenfalls vorzugswürdig ist. Es ist zumindest möglich, dass ein solcher Diskurs zu Konvergenzen in der Transformati-

on von Menschenrechten führt, die es rechtfertigen, von Grundrechten als einem transnationalen Verfassungsrecht zu sprechen.<sup>428</sup> Offen ist allerdings, inwieweit die Suche nach richtigen Lösungen zu einem Ergebnis führt. Es ist möglich, dass gegensätzliche Auffassungen jeweils vertretbar sind und keine von ihnen als falsch oder unterlegen qualifiziert werden kann. Aber es ist zumindest plausibel anzunehmen, dass sich in manchen Bereichen Übereinstimmungen ergeben werden, dass es also Grundrechte als transnationales Verfassungsrecht geben wird.

### 3. Zum normativen Status von Konzeptionen transnationalen Verfassungsrechts

Der Streit um die Transformation von Menschenrechten in Grundrechte ist zunächst ein theoretischer Streit, also ein Thema für die Rechtswissenschaft. Er hat keine unmittelbaren praktischen Konsequenzen. Das verbindliche Verfassungsrecht wird für jedes System selbst bestimmt, und es gibt, solange kein praktischer Konflikt zwischen verschiedenen Systemen, der eine verbindliche Entscheidung verlangt, auftritt, keine Notwendigkeit, nach einem Kompromiss zwischen verschiedenen Konzeptionen zu streben. Dennoch gibt es bereits auf dieser theoretischen Ebene gewichtige Implikationen der Annahme transnationalen Verfassungsrechts.

Zunächst verliert bei der Grundrechtsinterpretation die Frage nach dem Willen des Verfassungsgebers an Bedeutung. Interessanter als das, was die Autoren der Verfassung einmal gedacht haben, ist, welche Lösungen andere Verfassungsstaaten als Antwort auf die in allen Staaten gleichen Probleme der Grundrechtsgestaltung geben. Verfassungsvergleichende Argumente gewinnen damit nicht nur an Gewicht. Sie sind von konstitutiver Bedeutung für die Entwicklung von transnational anerkannten Grundrechten.

Sodann lässt sich Grundrechtsdogmatik nicht bezogen auf einzelne Verfassungssysteme betreiben, sondern muss verfassungsübergreifenden Charakter annehmen. Verschiedene Verfassungssysteme entwickeln Interpretationen desselben Bestands transnationaler Grund- und Menschenrechte. Sie können inhaltlich divergieren, haben aber denselben Gegenstand.

Transnationale Grund- und Menschenrechte können aber nicht nur von theoretischer Relevanz sein, sondern Konsequenzen auch auf praktischer Ebene haben, also für die Frage, welche Normen von den Organen der

---

428 Zur Konzeption vernünftiger Konvergenz Sieckmann 2009a, 111; 2018a, 230.

jeweiligen Rechtssysteme anzuwenden sind. Ein normativer Streit mit Relevanz für die Frage der Verbindlichkeit transnationaler Grundrechte setzt voraus, dass eine gemeinsame, für alle beteiligten Staaten verbindliche Regelung notwendig ist. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Grundrecht nicht in den Grenzen eines Staates geschützt werden kann (etwa Kommunikationsfreiheiten und Datenschutz) oder wenn die Regelung in einem Staat Auswirkungen auf andere Staaten hat (etwa im Umweltrecht).

Ein weiteres Problem ist, wie diese normativen Beziehungen zwischen verschiedenen Verfassungssystemen zu beschreiben sind. Da es darum geht, welcher der autoritativen Festsetzungen gefolgt werden soll, kommt eine Konstruktion mittels formeller Prinzipien<sup>429</sup> in einem Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen in Betracht.<sup>430</sup> Das Problem wäre dann eines der Zuordnung von Abwägungs- und Entscheidungskompetenzen. Jedoch besteht zwischen verschiedenen Verfassungssystemen ein Verhältnis der Gleichordnung. Es kann demnach nicht darum gehen, wer verbindliche Entscheidungen für andere Subjekte treffen kann.<sup>431</sup> Im Gleichordnungsverhältnis kann nur ein Diskurs zwischen autonomen Subjekten erfolgen. Auch die Entwicklung transnationalen Verfassungsrechts muss dieser Konzeption folgen.

### *III. Universalität und Konvergenz im Menschenrechtsschutz*

Es ist demnach festzuhalten, dass es im Bereich des Menschenrechtsschutzes neben der Ebene universell gültiger Rechte und der Ebene partikularer, positivrechtlicher Gewährleistungen eine dritte Ebene von Menschen- und Grundrechten mit systemübergreifender rechtlicher Geltung gibt. Es lassen sich somit drei Aspekte des Menschenrechtsschutzes unterscheiden:

Der erste ist die Idee der Menschenrechte als universell gültige Rechte, die allen Menschen unabhängig von weiteren Qualifikationen zustehen und in allen Rechtssystemen gelten oder zumindest gelten sollen. Diese

---

429 Siehe auch oben zur Konkurrenz von Rechtsschutzsystemen, § 11 IV.

430 Zu formellen Prinzipien s.o., § 11 II.

431 Anderes würde gelten, wenn Vorrangbeziehungen zwischen verschiedenen Systemen etabliert wären. Aber selbst wo dies beansprucht wird, wie im Verhältnis EU-Recht zu den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten, muss dies von den Adressaten anerkannt werden. Soweit diese Anerkennung existiert, stellt sich bei der Frage, wie weit die Anerkennung reicht, ein Problem der Kompetenzabgrenzung. Dieses könnte das allgemeine Problem der Bildung transnationalen Verfassungsrechts überlagern.



Idee findet sich zum einen in philosophischen Versuchen zur Begründung universeller Menschenrechte.<sup>432</sup> Zum anderen enthält das internationale Recht Menschenrechtsregelungen mit Anspruch auf universelle Geltung. Jedoch bleiben die universell begründbaren Rechte inhaltlich weitgehend unbestimmt und weisen Defizite in der Durchsetzung auf.

Der zweite Aspekt des Menschenrechtsschutzes sind verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte sowie regionale Systeme des Menschenrechtsschutzes, wie die EMRK oder das interamerikanische System des Menschenrechtsschutzes. Dieser Schutz erscheint sehr viel weitergehend und effektiver als der auf universeller Ebene. Es lässt sich ein Kern von Menschenrechten feststellen, dessen Geltung in demokratischen Verfassungsstaaten praktisch unbestritten ist - was nicht ausschließt, dass Menschenrechtsverletzungen auch in diesem Kernbereich vorkommen. Ernsthaft umstritten sind Rechte wie etwa bei der Frage der Abgrenzung von Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit bei der Abbildung prominenter Persönlichkeiten, die - im Vergleich zu Mord, Folter oder willkürlicher Verhaftung - eher als menschenrechtlicher Luxus erscheinen. Es gibt also durchaus einen effektiven Schutz von Menschenrechten. Dieser bleibt jedoch national oder regional, also partikular und nicht universell.

Hinzu kommt ein dritter Aspekt, die Konvergenz verschiedener partikularer Systeme des Menschenrechtsschutzes. Dieses Phänomen ist mit der Bezeichnung von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht gemeint. Ungeachtet der Probleme der Begründung und Durchsetzung universell gültiger Menschenrechte lässt sich eine Konvergenz verschiedener Rechtssysteme in Fragen der Menschen- und Grundrechte feststellen. Inhaltlich findet eine Annäherung verschiedener Systeme im Schutz von Grund- und Menschenrechten statt. Es scheint, dass ein grenzüberschreitendes, transnationales Verfassungsrecht im Entstehen ist.

Wie weit diese Konvergenzen im Bereich von Grund- und Menschenrechten reichen, ist allerdings Gegenstand intensiver Diskussion. Es sind zwei Varianten zu unterscheiden. Zum einen kann es zu einer Konvergenz zunächst eigenständig entwickelter substantieller Auffassungen von Menschen- und Grundrechten kommen. Zum anderen kann es universell gültige Prinzipien geben, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, von denen nur mit hinreichender Rechtfertigung abgewichen werden darf und die daher eine Tendenz zu Konvergenz mit sich bringen.

---

432 Dazu s.o., § 4.

## 1. Substantielle Konvergenzen

Es lassen sich substantielle Konvergenzen im Bereich von Menschen- und Grundrechten in verschiedenen Schutzsystemen feststellen, die über das hinausgehen, was sich rein philosophisch als universell gültige Menschenrechte begründen lässt, aber auch über das, was in partikularen Systemen an Schutz gewährleistet wird.

Die Konvergenz verschiedener Systeme im Bereich der Grund- und Menschenrechte legt die Annahme nahe, dass alle Systeme dieselben Menschenrechtsprinzipien interpretieren und anwenden. Das Recht auf Leben oder Meinungsfreiheit existiert nicht jeweils in einem bestimmten System, sondern ist dasselbe für alle Systeme, die diese Rechte anerkennen. Dabei können sich allerdings Differenzen ergeben. Dennoch bleibt ein Unterschied gegenüber der herkömmlichen Vorstellung systemrelativer Rechte. Wären etwa Recht auf Leben oder Meinungsfreiheit in verschiedenen Systemen verschiedene Rechte, wären abweichende Interpretationen lediglich ein Datum, das man zur Kenntnis nehmen könnte, aber keine direkte Relevanz im eigenen System hätte. Interpretieren verschiedene Systeme hingegen dieselben Rechte, sind Abweichungen zwischen den Systemen Anlass für einen Streit um die richtige Interpretation dieser Rechte.

Die Konzeption von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht ist demnach, dass verschiedene Verfassungssysteme und Systeme des Menschenrechtsschutzes versuchen, Menschenrechte in positives Recht zu transformieren. Sie folgen dabei weitgehend denselben Menschenrechtsprinzipien. Ihre Interpretation und Ausgestaltung kann allerdings differieren. Dennoch rechtfertigt der gemeinsame Ausgangspunkt anzunehmen, dass verschiedene Rechtssysteme denselben Normen folgen. Diese Menschenrechtsnormen haben somit systemübergreifenden Charakter. Dieser systemübergreifende Korpus von Normen ist von nationalen Verfassungssystemen verschieden, seine universelle Gültigkeit bleibt andererseits offen.

## 2. Verhältnismäßigkeit als transnationales Verfassungsrecht

Während substantielle Gehalte eines transnationalen Menschenrechtsschutzes aus der Konvergenz verschiedener Rechtssysteme entstehen, ist eine andere Grundlage die strukturelle Notwendigkeit bestimmter Verfassungsgrundsätze. Allerdings ist zu präzisieren, was darunter zu verstehen ist.

Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erscheint als prinzipiell universell gültiger Verfassungsgrundsatz.<sup>433</sup> Es ist jedoch in deskriptiver wie auch in normativer Hinsicht umstritten, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit systemübergreifende Anerkennung gefunden hat oder finden sollte. Die normative Kritik führt Probleme der mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbundenen Abwägung an, einerseits in methodischer Sicht, andererseits hinsichtlich der negativen Konsequenzen für die Rigidität des Verfassungsrechts sowie mit Blick auf den von einigen Autoren vertretenen absoluten Charakter von Menschenrechten.<sup>434</sup> Die deskriptive Kritik bezweifelt, dass unter dem Etikett der Verhältnismäßigkeit tatsächlich die gleichen methodischen oder inhaltlichen Standards anerkannt werden.<sup>435</sup>

Gegenüber diesen Kritiken ist zunächst festzustellen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit menschenrechtlich begründet und insofern für jedes Verfassungssystem prinzipiell verbindlich ist.<sup>436</sup> Verfassungssysteme können jedoch prinzipielle menschenrechtliche Forderungen gegen andere legitime Belange abwägen. Die menschenrechtlichen Prinzipien führen nicht dazu, dass in allen Verfassungssystemen Menschenrechte in gleicher Weise in Grundrechte umgesetzt werden.<sup>437</sup> Dies gilt auch für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Unterschiedliche Interpretationen und Anwendungen des Gebots der Verhältnismäßigkeit sind nicht ausgeschlossen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lässt sich demnach zwar aus der Struktur der Abwägung von Prinzipien ableiten und bildet insofern ein universell gültiges Prinzip des Menschenrechtsschutzes. Damit ist noch nicht gezeigt, dass es sich um transnationales Verfassungsrecht handelt. Die Gültigkeit als Rationalitätsprinzip ist zwar ein auch rechtlich gültiges Argument dafür, diesen Grundsatz als Rechts- oder Verfassungsprinzip anzuerkennen. Es kann jedoch wiederum eine Frage der Abwägung sein,

---

433 So auch Beatty 2004, 162; Stone Sweet/Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72; Klatt/Meister 2013, 62-104; Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, in: *Der Staat* 51 (2012), 3ff.; Cohen-Eliya/Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, in: *American Journal of Comparative Law* 59 (2011), 463, 467; Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights*, in: Pavlakos (Hg.), *Law, Rights, and Discourse*, 2007, 131ff.

434 Siehe etwa Tsakyrakis 2009, 468, 470, 473.

435 Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights*, 2013, 10ff., 190ff.

436 S.o., § 7 I.

437 Dazu s.o., § 8 III 1, zur Verfassungsautonomie bei der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien.

inwieweit Rechtssysteme diesen Grundsatz tatsächlich als rechtlich gültig anerkennen. Dabei können insbesondere die institutionellen Konsequenzen von Bedeutung sein, die die rechtliche Anerkennung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in einem Verfassungssystem hat. Diese können für verschiedene Rechtssysteme differieren.

Es ist demnach begründungsbedürftig, ob und inwieweit das Gebot der Verhältnismäßigkeit als transnationales Verfassungsrecht anzusehen ist und insofern eine systemtranszendierende Geltung besitzt. Die Anerkennung als transnationales Verfassungsrecht beurteilt sich nach dem Kriterium vernünftiger Konvergenz. Hat sich also aufgrund rationaler Argumentation eine Tendenz zur Anerkennung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gebildet, und in welchem Umfang ist dieser Grundsatz durch vernünftige Konvergenz gestützt?

Die Abwägung kollidierender Prinzipien ist ein notwendiges Instrument der Verfassungsinterpretation. Abwägung ist ein Problem der Normbegründung, nicht eines der Subsumtion unter vorgegebene Normen. Normbegründungen stehen unter einem allgemeinen Gebot der Rationalität oder Vernünftigkeit. Dieses wird durch die Kriterien rationaler Abwägung sowie allgemeine Anforderungen rationaler Argumentation spezifiziert. Im Verfassungsrecht werden solche Kriterien unter den Prinzipien von "Vernünftigkeit", "Verhältnismäßigkeit" oder "Gleichheit" behandelt.

Eine Abwägung verfassungsrechtlicher Prinzipien ist dementsprechend gängige Praxis im Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Methode mit der konsequenten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots im Bereich der Grundrechte durchgesetzt.<sup>438</sup> Sie zeigt sich auch in der Methode der grundrechtsoptimierenden Verfassungsinterpretation.<sup>439</sup> Andere Verfassungsgerichte, der Europäische Gerichtshof sowie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte führen ebenfalls Abwägungen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit durch.<sup>440</sup> Auch im Völkerrecht findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anerkennung.<sup>441</sup> Zudem verwenden manche Verfassungssysteme ähnliche Kriterien unter der Bezeichnung "Vernünftigkeit". Dies kann andere Kriterien wie das der Gleichbehand-

---

438 Zu Nachweisen und gegenläufigen Tendenzen in der Rechtsprechung des BVerfG siehe Kahl 2004, 167ff.

439 Vgl. BVerfGE 81, 278 (292); 83, 130 (143).

440 Dazu Klatt/Meister 2013, 64 mwN.

441 Dazu Klatt/Meister 2013, 63 mwN.

lung einschließen, enthält aber auch eine Form der Anwendung von Verhältnismäßigkeitskriterien.<sup>442</sup>

Es ist allerdings auch festzustellen, dass terminologische Übereinstimmung noch nicht bedeutet, dass die unter der Bezeichnung "Verhältnismäßigkeit" angewandten Kriterien übereinstimmen. So werden nicht in allen Jurisdiktionen sämtliche Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit angewandt. Auch gibt es unterschiedliche Interpretationen, etwa hinsichtlich des Kriteriums der Erforderlichkeit. Da jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine bestimmte, durch das Modell der Abwägung als Optimierung<sup>443</sup> vorgegebene Struktur zugrunde liegt, lässt sich annehmen, dass solche Divergenzen sich ausräumen oder im Rahmen des Abwägungsmodells rechtfertigen lassen.

Eine Tendenz zur definitiven Anerkennung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit lässt sich demnach durchaus feststellen. Rechtsprechung und wissenschaftliche Diskussionen in verschiedenen Verfassungssystemen haben zu einer Annäherung der Systeme in Bezug auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung geführt. Demnach gibt es eine vernünftige Konvergenz der Verfassungssysteme in Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser Grundsatz ist somit als transnationales Verfassungsrecht anzusehen.

#### IV. Fazit

- (1) Es lassen sich drei Aspekte des Menschenrechtsschutzes unterscheiden: Menschenrechte als universell gültige Rechte, Grundrechte als positivrechtliche Transformation von Menschenrechtsprinzipien und Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht.
- (2) Menschenrechte als universell gültige Rechte stehen allen Menschen unabhängig von weiteren Qualifikationen zu und gelten in allen Rechtssystemen, zumindest normativ.
- (3) Positivrechtliche Transformationen von Menschenrechten sind verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte sowie regionale Systeme des Menschenrechtsschutzes. Dieser Schutz erscheint sehr viel weitergehend und effektiver als der auf universeller Ebene. Es lässt sich ein Kern von Menschenrechten feststellen, dessen Geltung in demokratischen Verfassungsstaaten praktisch unbestritten ist - was

---

<sup>442</sup> Dazu s.o., § 7.

<sup>443</sup> Dazu s.o., § 2 II 3.

nicht ausschließt, dass Menschenrechtsverletzungen auch in diesem Kernbereich vorkommen.

- (4) Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht ergeben sich aus der Konvergenz verschiedener partikularer Systeme des Menschenrechtsschutzes.
- (5) Transnationale Menschenrechte können durch Konvergenz aufgrund der Abwägung substantieller Menschenrechtsprinzipien oder aufgrund der Anwendung universell gültiger Strukturprinzipien, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entstehen.
- (6) Ungeachtet der Probleme der Begründung und Durchsetzung universell gültiger Menschenrechte lässt sich eine Konvergenz verschiedener Rechtssysteme in Fragen der Menschen- und Grundrechte feststellen. Inhaltlich findet jedenfalls in Europa und Amerika eine Annäherung im Schutz von Grund- und Menschenrechten statt. Es scheint, dass ein grenzüberschreitendes, transnationales Verfassungsrecht im Entstehen ist.

## Résumé

In dieser Untersuchung ist zum einen das Prinzipienmodell der Menschenrechte einschließlich der Folgerungen für die Theorie der Grundrechte vorgestellt worden. Zum anderen ist dargelegt worden, inwieweit die im Prinzipienmodell begründbaren Rechte tatsächlich rechtliche Geltung beanspruchen können.

Grundidee der hier entwickelten Konzeption des Prinzipienmodells ist die Verbindung der Idee individueller Autonomie mit der der Abwägung normativer Argumente. Prinzipien sind normative Argumente, die in der Situation des Konflikts mit anderen Argumenten Gründe für Abwägungsurteile darstellen. Die Abwägung normativer Argumente erfordert ein autonomes Urteil, weil sie einerseits nicht vollständig durch vorgegebene Kriterien determiniert und insofern frei ist, andererseits aber durch normative Argumente gebunden ist. Diese Idee individueller Autonomie bestimmt auch die Struktur des Rechtssystems als normatives System, denn als normatives System bedarf es einer Rechtfertigung, die der Konzeption autonomer Normbegründung folgen muss. Als Kernthesen dieser Studie sind festzuhalten:

- (1.01) Normbegründung ist nur aufgrund der Idee individueller Autonomie möglich. Der Grund dafür ist die Unmöglichkeit, substantielle Normen zu erkennen. Eine Normbegründung kann sich daher nur aufgrund der freien Urteile autonomer Subjekte ergeben.
- (1.02) Autonome Normbegründung erfordert die Abwägung normativer Argumente. Eine Ableitung aus vorgegebenen Normen ist mit autonomem Urteilen nicht vereinbar, andererseits muss es Gründe für die behauptete Normgeltung geben. Diese Gründe sind normative Argumente, die die Anerkennung der Geltung einer bestimmten Norm fordern.
- (1.03) Normative Argumente sind von normativen Aussagen zu unterscheiden. Sie haben die Struktur reiterierter Geltungsgebote.
- (1.04) Das Abwägungsurteil ist autonom, insofern es nicht aus vorgegebenen Normen abgeleitet ist, aber als durch das vorgehende Argument gefordert verstanden werden muss.
- (1.05) Das Prinzipienmodell des Rechts ist eine Konzeption des Rechts, in der jede in einem Rechtssystem gültige substantielle Norm aufgrund von Prinzipienabwägungen gerechtfertigt ist.

- (1.06) Die Prinzipientheorie behauptet als normative Theorie, dass Recht dem Prinzipienmodell entsprechen soll.
- (1.07) Die Rechtfertigung der Prinzipientheorie ergibt sich daraus, dass das Prinzipienmodell eine adäquate Form einer autonomen Normbegründung darstellt, strukturell abweichende Begründungsmodelle nicht ersichtlich sind und Recht als normatives System deshalb dem Prinzipienmodell entsprechen muss.
- (1.08) Logische Grundlage der Unterscheidung von Prinzipien und Regeln ist die von normativen Argumenten und normativen Aussagen.
- (1.09) Abwägungen mit dem Ziel der Optimierung erlauben ein größtmögliches Maß an Rationalität in normativen Urteilen.
- (1.10) Objektivität im Sinne notwendiger Anerkennung durch jeden vernünftig Urteilenden kann für Urteile aufgrund normativer Abwägungen einerseits für notwendige Bedingungen korrekter Abwägung beansprucht werden. Andererseits ist die Begründung objektiver Normgeltung aufgrund vernünftiger Konvergenz der Urteilenden aufgrund eines rationalen Diskurses möglich.
- (1.11) Aus der Idee der Autonomie als Selbstgesetzgebung ergibt sich die Notwendigkeit, bestimmte Autonomierechte anzuerkennen. Die Struktur der Autonomie als Selbstgesetzgebung und das darauf basierende Recht autonomer Subjekte, an Prozessen autonomer Normbegründung teilzunehmen, sind Bedingungen der Möglichkeit von Normbegründungen und daher Abwägungen mit anderen Belangen nicht unterworfen.
- (1.12) Aus dem Recht auf Selbstgesetzgebung folgen Rechte auf die Möglichkeit der Entwicklung eigener Interessen und Vorstellungen eines guten Lebens, auf die Möglichkeit, frei Abwägungsurteile bilden zu können und auf die Beteiligung an Prozessen normativer Argumentation.
- (1.13) Hinzu kommen Rechte auf Schutz dieser Autonomierechte.
- (2.01) Menschenrechte sind universell gültige Rechte von Menschen. Sie gelten notwendig für alle Menschen in allen Rechtssystemen. Sie bilden ein zentrales Element der Rechtfertigung des normativen Anspruchs des Rechts, angewandt und befolgt zu werden.
- (2.02) Insofern Menschenrechte aus Autonomierechten folgen, ist ihre Anerkennung Voraussetzung der Möglichkeit von Normbegründungen und damit Bedingung der Legitimität des Rechts als Herrschaftsordnung. Sie müssen daher notwendig in jedem Rechtssystem als Forderungen an die Gestaltung des Rechts anerkannt wer-



- den. Sie sind *a priori* gültig, insofern sie bereits unabhängig von der Durchführung von Argumentationen über menschenrechtliche Forderungen begründet werden können.
- (2.03) Spezifische Menschenrechte dienen der Sicherung persönlicher Autonomie. Menschenrechtliche Prinzipien schützen fundamentale menschliche Interessen. Sie sind notwendig anzuerkennen, sofern autonome Subjekte solche Interessen geltend machen.
  - (2.04) Darüber hinaus hängt die Möglichkeit, Menschenrechtsbegründungen durchzuführen, und die Erfüllung menschenrechtlicher Forderungen an institutionellen Voraussetzungen, die unabhängig von individuellen Interessen gewährleistet werden müssen.
  - (2.05) Während *a priori*-begründete Rechte nur zur Ermöglichung von Normbegründungen eingeschränkt werden dürfen, sind die *a posteriori*-begründeten, auf individuelle Interessen oder institutionelle Anforderungen gegründeten Forderungen zunächst lediglich prinzipiell gültig.
  - (2.06) Menschenrechte stehen allen Menschen zu, die (im Bereich des Rechts) von autonomen Normbegründungen betroffen sind. Es kommt nicht auf die Fähigkeit an, sich an solchen Normbegründungen zu beteiligen.
  - (2.07) Adressaten sind Rechtsorgane und andere Träger politischer Gewalt, aber auch private Personen, die an Normbegründungen beteiligt sind.
  - (2.08) Hinsichtlich ihrer Geltungsweise können Menschenrechte prinzipielle oder definitive Rechte sein.
  - (2.09) Hinsichtlich ihres normativen Gehalts sind einfache und exklusive Menschenrechtsprinzipien zu unterscheiden.
  - (2.10) Menschenrechte sind fundamental, sofern sie originär begründet sind, notwendige Geltung besitzen, eine Grundlage des Rechts bilden oder Legitimitätsvoraussetzung des politischen Systems sind. Sie können auch wegen ihrer besonderen Wichtigkeit als fundamental bezeichnet werden.
  - (2.11) Die definitive Anerkennung menschenrechtlicher Forderungen lässt Spielräume für unterschiedliche, politisch autonome und kultursensitive Ausgestaltung.
  - (2.12) Die Nichterfüllung menschenrechtlicher Prinzipien bedarf einer Rechtfertigung, die allgemein dem Gebot der Vernünftigkeit unterliegt. Es bringt das allgemeine Gebot rationaler Argumentation zum Ausdruck und schließt Gebote von Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung ein.

- (2.14) Das Gebot der Verhältnismäßigkeit von Menschenrechtsbeeinträchtigungen folgt aus dem Gebot optimierender Abwägung. In Bezug auf Menschenrechte handelt es sich um ein prinzipiell universell gültiges Gebot.
- (2.15) Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit hat eine komplexe Struktur. Sie kann in verschiedenen Varianten durchgeführt werden, insbesondere hinsichtlich der Verbindung von Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitskriterien.
- (2.16) Ein umfassender Schutz von Menschenrechten erfordert, Abwägungen mit dem Ziel einer optimalen Realisierung von Menschenrechten durchzuführen. Somit ist die vollständige Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine Anforderung, die sich an alle Verfassungssysteme richtet und insofern universell ist.
- (3.01) Grundrechte werden aufgrund von Menschenrechtsprinzipien begründet. Sie sind konstitutionalisierte Menschenrechtsforderungen. Menschenrechtsprinzipien gelten verfassungsrechtlich, soweit sie nicht positivrechtlich ausgeschlossen werden, und es besteht ein prinzipielles Gebot, Menschenrechte in positives Verfassungsrecht zu transformieren.
- (3.02) Daraus ergibt sich, dass das Grundrechtssystem dem der Menschenrechte folgt. Allerdings können Verfassungssysteme Differenzierungen vornehmen. Abweichungen von menschenrechtlichen Prinzipien sind allerdings rechtfertigungsbedürftig. Es besteht daher eine normative Tendenz zur Vervollständigung des Systems der Grundrechte, unabhängig von und möglicherweise gegen positive verfassungsrechtliche Normierungen.
- (3.03) Das Modell der Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote rekonstruiert die zentrale Idee von Grundrechten, individuelle Rechtssphären dem staatlichen Zugriff zu entziehen.
- (3.04) Ob und welche Grundrechte in einem verfassungsrechtlichen System in diesem Sinne zu verstehen sind, ist eine Frage des positiven Rechts und seiner Interpretation. Die Konstruktion als prinzipielle Abwägungsverbote entspricht grundsätzlich dem Charakter von Freiheitsrechten. Allerdings ergibt sich zunächst nur die prinzipielle Forderung nach Anerkennung einer prinzipiellen Immunität dieser Rechte.
- (3.05) Das einfache Abwägungsmodell findet subsidiär auch auf prinzipiell immune Grundrechte Anwendung. Insofern bildet das Abwägungsmodell der Grundrechte mit der Anwendung des Grundsatz-

- zes der Verhältnismäßigkeit den Mindeststandard des Grundrechtsschutzes.
- (3.06) Die Existenz staatlicher Organisationen und ihrer Kompetenzen ist ambivalent hinsichtlich menschenrechtlicher Forderungen. Sie dienen deren Realisierung, führen aber auch zu Konflikten mit ihnen.
  - (3.07) Es sind verschiedene Arten grundrechtlicher Gehalte zu unterscheiden: residuale, prinzipielle und prinzipiell immune Gehalte.
  - (3.08) Legislative Entscheidungsspielräume im Grundrechtsbereich können strukturell, epistemisch oder normativ begründet sein.
  - (3.09) Bei der legislativen Beschränkung von Grundrechten sind Beurteilungsspielräume und Entscheidungsspielräume zu unterscheiden.
  - (3.10) Für autonome Abwägungen bestehen objektiv normative Beurteilungsspielräume, während subjektiv ein Anspruch auf Richtigkeit des Abwägungsurteils erhoben werden muss.
  - (3.11) Im Grundrechtsbereich ist Gesetzgebung zugleich Grundrechtsanwendung. Damit ergibt sich eine Konkurrenz von Abwägungen des Gesetzgebers und von Verfassungsgerichten. Es besteht keine alleinige Kompetenz von Gerichten zur Entscheidung über verfassungsrechtliche Abwägungen.
  - (3.12) Die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen erfolgt in einem Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen, in dem formelle Prinzipien auf beiden Seiten der Abwägung stehen. Die Abwägung orientiert sich u.a. an den Möglichkeiten objektiver Entscheidungsbegründung, der Optimierung des Grundrechtsschutzes und der Gewährleistung von Voraussetzungen der Legitimität des Rechts. Gerichtliche Kontrollkompetenzen sind ferner danach zu differenzieren, ob prinzipiell exklusionäre Grundrechtsgehalte oder lediglich einfache Grundrechtsprinzipien in Frage stehen.
  - (3.13) Im Konflikt zwischen obersten Gerichten verschiedener Rechtssysteme geht es nicht um die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen, sondern um die Frage, inwieweit Auffassungen und Entscheidungen fremder Rechtssysteme im eigenen System berücksichtigt werden sollen.
  - (4.01) Es lassen sich drei Aspekte des Menschenrechtsschutzes unterscheiden: Menschenrechte als universell gültige Rechte, Grundrechte als positivrechtliche Transformation von Menschenrechtsprinzipien und Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht.
  - (4.02) Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht ergeben sich aus der Konvergenz verschiedener partikularer Systeme des Menschenrechtsschutzes.

- (4.03) Die Konvergenz im Menschenrechtsschutz kann aufgrund der Abwägung substantieller Menschenrechtsprinzipien oder aufgrund der Anwendung universell gültiger Strukturprinzipien, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entstehen.