

EuR EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2008

Armin Hatje | Martin Nettesheim [Hrsg.]

**Grundrechtsschutz
im Dreieck von nationalem,
europäischem und
internationalem Recht**



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2008

Armin Hatje | Martin Nettesheim [Hrsg.]

**Grundrechtsschutz
im Dreieck von nationalem,
europäischem und
internationalem Recht**



Nomos

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-3451-4

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2008

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008. Printed in Germany. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und
der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der Gesprächskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ hat anlässlich der Jahrestagung 2007 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Freiburg über Fragen des Grundrechtsschutzes im Dreieck zwischen nationalem, europäischem und internationalem Recht beraten. Dabei wurden Probleme der rechtlichen Vernetzung von Grundrechtsordnungen, ihre methodischen Implikationen und spezielle Herausforderungen aufgrund der Einbindung der EU in die internationale Staatengemeinschaft diskutiert. Wir freuen uns, dass die Referate von *Prof. Dr. Stefanie Schmahl*, *Prof. Dr. Andreas von Arnould* und *Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer* hiermit einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden können.

Hamburg/Tübingen

Armin Hatje

Martin Nettesheim

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	3
<i>Prof. Dr. Stefanie Schmahl, Würzburg</i>	
Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht	7
<i>Prof. Dr. Andreas von Arnould, Hamburg</i>	
Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit –	41
<i>Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Hamburg</i>	
Die Urteile „Kadi“ und „Yusuf“ des EuG und ihre Folgen	65

Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht

*Von Stefanie Schmahl, Würzburg**

I. Fortwährende Relevanz des Untersuchungsgegenstands

Von der „europäischen Grundrechtsarchitektonik“¹ ist schon vielfach berichtet worden.² Kürzlich sind jedoch Entscheidungen aller drei wesentlichen „Grundrechtsarchitekten“ – Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Europäischer Gerichtshof (EuGH) und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) – ergangen, die die Linien des europäischen Grundrechtsgebildes erneut schärfen und fortentwickeln. Vor allem auf ihnen liegt im Folgenden das Augenmerk, wenn versucht werden soll, dem bereits bestehenden vielschichtigen Bild die eine oder andere neue Konturierung hinzuzufügen.

Die Fokussierung des Untersuchungsgegenstands auf die jüngeren Entwicklungen bedeutet zugleich, dass sich die Überlegungen weniger auf die materiellen Grundrechtsgewährleistungen der verschiedenen Rechtsebenen konzentrieren werden. Dass Ingerenzen zwischen dem Schutz- und Schrankenbereich nationaler Grundrechte, den Gemeinschafts- und Unionsgrundrechten sowie den EMRK-Garantien bestehen, ist heutzutage weitgehend anerkannt³ und dann unproblematisch, ja sogar rechtsstabilisierend, wenn diese Verzahnung einen Gleichklang der Gewährleistungsinhalte erzeugt. Interessant und spannungsgeladen bleiben aber diejenigen grundrechtlichen Fälle, in denen – nicht nur, aber gerade bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen – unterschiedliche Wertungen der verschiedenen Gerichte zum Ausdruck kommen.⁴ Derartige Divergenzen werfen zwar auch Fragen nach einer Strukturierung der materiell-rechtlichen Kollisionsdogmatik auf.⁵ Gleichwohl handelt es sich vornehmlich um ein verfahrensrechtliches, im Kern gar um verfassungsrechtliches Problem: Trotz verschiedener wertvoller Mecha-

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

1 Ähnliches Bild bei H.-G. Dederer, Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums, ZaöRV 66 (2006), S. 575.

2 Vgl. hierzu jüngst etwa die Berichte zur Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), von St. Oeter, S. 361 ff., und von F. Merli, S. 392 ff.

3 Vgl. nur Ch. Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 290 (317 ff.); speziell zur österreichischen Lage vgl. H. Schäffer, Die Grundrechte im Spannungsverhältnis von nationaler und europäischer Perspektive, in: VerfGH der Republik Österreich (Hrsg.), Verfassungstag 2006, 2007, S. 17 ff.

4 Hierzu etwa N. Philipp, Divergenzen im Grundrechtsschutz zwischen EuGH und EGMR, ZEUS 2000, S. 97 ff.; O. Dörr, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten, DVBl. 2006, S. 1088 (1093 f.).

5 Zutreffend J. F. Lindner, Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik, EuR 2007, S. 160 (162).

nismen der Konfliktvermeidung und Konfliktlösung⁶ bleibt letztlich zu klären, welchem Gericht im europäischen Grundrechtshaus, gleichsam als Hüter des Grundrechtsfundaments, das letzte Wort zukommt.

II. Das Dreiecksverhältnis in chronologisch-kasuistischer Perspektive

Betrachtet man das Dreiecksverhältnis von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht unter chronologisch-kasuistischer Perspektive, sind – vielleicht etwas holzschnittartig – fünf Phasen des europäischen Grundrechtsschutzes auszumachen.

1. Phase des nationalen Grundrechtsschutzreservats

Die erste Phase, die ungefähr in den Jahren 1949 bis 1975 verortet und als Phase des nationalen Grundrechtsschutzreservats tituliert werden kann, zeichnet sich zunächst durch die Entstehung und Entfaltung des nationalen Grundrechtsschutzsystems aus. Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG bindet der bundesdeutsche Grundrechtskatalog alle Staatsgewalt als unmittelbar geltendes Recht. Die Kontrolle hierüber ist (seit 1951) vor allem dem BVerfG überantwortet, das das Handeln der deutschen Staatsgewalt, einschließlich der Landesstaatsgewalt, am Maßstab der Bundesgrundrechte misst.⁷

Zeitnah zu dieser Entwicklung im nationalen Rechtsraum hat die Bundesrepublik Deutschland in den 1950er Jahren die EMRK ratifiziert und sich der Gerichtsbarkeit der Straßburger Kontrollorgane unterworfen.⁸ Seither unterfällt jeder Akt deutscher Staatsgewalt genauso den menschenrechtlichen Maßstäben der Konvention, wie er dem Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes unterliegt.⁹ Dabei hat sich die nationale Grundrechtsrechtsprechung an den Vorgaben der EMRK-Garantien in der Auslegung des Straßburger Gerichtshofs auszurichten, soll der Mitgliedstaat nicht vertragsbrüchig werden. Gemildert wird diese Bindung durch die „margin of appreciation“-Doktrin¹⁰ und das Günstigkeitsprinzip (Art. 53 EMRK), das dem Vertragsstaat erlaubt, über den konventionsrechtlich

- 6 Hierzu *R. Jaeger*, Menschenrechtsschutz im Herzen Europas, EuGRZ 2005, S. 193 (194); *W. Hoffmann-Riem*, Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 2002, S. 473 (474 ff.), sowie *Oeter* (Fn. 2), S. 381 ff., und *Merli* (Fn. 2), S. 413 ff.
- 7 In welchem materiell-rechtlichen Verhältnis die Bundesgrundrechte zu den Grundrechtskatalogen der Landesverfassungen stehen und auf welche Weise der Konflikt zwischen überlappenden gerichtlichen Zuständigkeiten des BVerfG und der Landesverfassungsgerichte bewältigt wird, soll hier nicht weiter vertieft werden. Hierzu vgl. etwa *H. Dreier*, Grundrechtsschutz durch Landesverfassungsgerichte, 2000; *Ch. v. Coelln*, Anwendung von Bundesrecht nach Maßgabe der Landesgrundrechte, 2001; *M. Möstl*, Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt?, AÖR 130 (2005), S. 350 ff.
- 8 Zur Entwicklung von Staaten- und Individualbeschwerdeverfahren vor den Straßburger Kontrollorganen vgl. *Ch. Walter*, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 1 Rn. 8 ff.
- 9 *Ch. Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2007, § 17 Rn. 2 f.
- 10 Vgl. *E. Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 56 (1996), S. 240 ff.; *M. Pellonpää*, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, S. 483 (484).

garantierten Schutzstandard hinaus zu gehen.¹¹ Das Günstigkeitsprinzip versagt jedoch in Konstellationen mehrpoliger Rechtsverhältnisse, bei denen die Kollision gegenläufiger Grundrechtspositionen dazu führt, dass die Maximierung des einen Gewährleistungsgehalts zu Einbußen der widerstreitenden Rechtsposition führt.¹² Die daraus resultierende Möglichkeit von Konflikten zwischen nationaler und europäischer Grundrechtsrechtsprechung ist allerdings in der frühen Phase des Grundrechtsschutzsystems kaum in Erscheinung getreten, was vor allem daran lag, dass von der Anrufung der Straßburger Kontrollorgane anfänglich äußerst zögerlich Gebrauch gemacht wurde.¹³

Ebenfalls in den 1950er Jahren haben sich sechs Staaten – unter ihnen die Bundesrepublik Deutschland – entschlossen, die (damals drei) Europäischen Gemeinschaften zum Zwecke der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes zu gründen. Um die hierfür erforderliche Einheitlichkeit und effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zu bewirken und auch um dem Individuum subjektive Teilhabe am europäischen Integrationsprojekt zu sichern, hat der EuGH es schnell als seine Aufgabe angesehen, die Kompetenzgrundlagen des Gemeinschaftsrechts dynamisch zu interpretieren.¹⁴ Dies geschah zum einen mit der Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsprimärrechts in der Entscheidung „*Van Gend & Loos*“ (1963),¹⁵ die – neben der Judikatur zur unmittelbaren Anwendbarkeit von inhaltlich unbedingten und hinreichend genauen Richtlinien¹⁶ – als Keimzelle der heutigen Unionsbürgerrechte (Art. 17 ff. EGV) gelten darf.¹⁷ Zum anderen hat der EuGH in der Sache „*Costa / E.N.E.L.*“ (1964) den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht statuiert.¹⁸ Dieser Vorrang des Gemeinschaftsrechts, der sich nicht nur auf das Primärrecht – einschließlich der Gemeinschaftsgrundrechte –, sondern auch auf das Gemeinschaftssekundärrecht erstreckt,¹⁹ gilt gegenüber nationalem Recht jeder Stufe, also auch gegenüber den nationalen Grundrechten.²⁰

11 Ein nationales Gericht, das von der Interpretation des Straßburger Gerichtshofs abweichen will, trägt allerdings die Argumentationslast dafür, dass sein dissentierender Standpunkt die entscheidend besseren Rechtsgründe für sich hat und ein höheres Schutzniveau gewährleistet, vgl. R. Uerpmann, Völker- und Europarecht im innerstaatlichen Recht, in: C. Grawe/Ch. Gusy (Hrsg.), Französisches Staatsdenken, 2002, S. 196 (209).

12 St. Mückl, Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, Der Staat 44 (2005), S. 403 (408 f.).

13 So lagen 1970 erst fünf Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofs vor, vgl. E. Menzel, Die Einwirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das deutsche Recht, DÖV 1970, S. 509 (517).

14 Vgl. E. Klein, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 56 (62).

15 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62 (*Van Gend & Loos*), Slg. 1963, 1 (25).

16 EuGH, Urt. v. 19.1.1982, Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 53, Rn. 17 ff.; Urt. v. 26.2.1986, Rs. 152/84 (Marschall), Slg. 1986, 737, Rn. 46 ff. Als zulässige Rechtsfortbildung anerkannt in: BVerfGE 75, 223 (234 ff.).

17 Dazu Th. Giegerich, in: R. Schulze/M. Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, Handbuch, 2006, § 9 Rn. 3.

18 EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (*Costa / E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1251 (1269 f.).

19 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 (Tanja Kreil), Slg. 2000, I-69, Rn. 32; sowie EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rn. 24; Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rn. 35.

20 EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125, Rn. 3, st. Rspr. Im Einzelnen vgl. H. D. Jarass/S. Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 1 ff.

Der Schwachpunkt dieser integrationsfreudigen Judikatur des EuGH lag freilich darin, dass es im ersten Jahrzehnt der Existenz der Gemeinschaften noch keinen gemeinschaftlichen Grundrechtsschutz gab. Offenbar ging man bei Abschluss der Römischen Verträge davon aus, dass der nationale Grundrechtsschutz im Klageverfahren gegen mitgliedstaatliche Akte, die Gemeinschaftsrecht vollziehen, völlig im Vordergrund steht.²¹ Die ersten zaghaften richterrechtlichen Gehversuche zur Entwicklung eines gemeinschaftlichen Grundrechtsstandards, der die schließlich doch erkannte Lücke in den Verträgen füllen sollte, entstammen den Entscheidungen in den Fällen „*Stauder*“ (1969)²² und „*Nold*“ (1974).²³

Daher ist es rechtspolitisch nachvollziehbar, ja wohl ohne Alternative, dass das BVerfG bis Mitte der 1970er Jahre sekundäres Gemeinschaftsrecht anhand des deutschen Grundrechtekatalogs überprüfte.²⁴ Freilich war die Rechtssprechung des BVerfG zu dieser Zeit auf dem Boden des Verfassungsprozessrechts nicht durchweg konsistent.²⁵ Während der Erste Senat im Jahre 1967 eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Verordnung der Gemeinschaft schon deshalb für unzulässig hielt, weil diese keinen Akt der deutschen öffentlichen Gewalt darstelle,²⁶ erachtete der Zweite Senat 1974 in der „*Solange I*“-Entscheidung die Vorlage einer EG-Verordnung gemäß Art. 100 Abs. 1 GG – nachdem das vorlegende Gericht eine Vorabentscheidung des EuGH eingeholt hatte – für zulässig, solange das Gemeinschaftsrecht keinen vom Parlament beschlossenen und dem Grundgesetz adäquaten Grundrechtskatalog enthalte.²⁷ Die deutschen Behörden und Gerichte übten in Ausführung und Handhabung der Verordnung deutsche Hoheitsgewalt aus und seien daher an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden.²⁸

2. Phase der Konturierung, der Konsolidierung und der Ausweitung des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes

a) Konsolidierung des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes

Mit Beginn der 1980er Jahre hat sich das Verhältnis zwischen nationalem Verfassungsrecht und Europäischem Gemeinschaftsrecht nachhaltig verändert. Die zweite Phase, deren Hochzeit in den Jahren 1985 bis 1995 zu erblicken sein dürfte, ist vor allem vom Ausbau und von der Vertiefung des Binnenmarktes und einer Erweiterung der Ziele der Integration auch auf nichtwirtschaftliche Aspekte

21 Oeter (Fn. 2), S. 372.

22 EuGH, Urt. v. 12.11.1969, Rs. 26/69 (*Stauder*), Slg. 1969, 419, Rn. 7.

23 EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73 (*Nold*), Slg. 1974, 491, Rn. 13.

24 P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. 2002, S. 35 f.

25 Vgl. nur E. Klein, Grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Überlegungen zur Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: A. Randelzhofer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für E. Grabitz, 1995, S. 271 (276 f.).

26 BVerfGE 22, 293 (297).

27 BVerfGE 37, 271 (279 ff.).

28 BVerfGE 37, 271 (283).

geprägt.²⁹ Die EG übernahm immer stärker staatsähnliche Hoheitsfunktionen innerhalb ihrer Mitgliedstaaten. Gewissermaßen als Korrelat zu dieser rechtlichen wie faktischen Vermehrung der von der supranationalen Organisation ausgehenden Hoheitsgewalt musste auch der gemeinschaftliche Grundrechtsschutzstandard an Kontur gewinnen. Der vom Gerichtshof geforderte Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht war nämlich nur haltbar, wenn das Gemeinschaftsrecht trotz des Fehlens von Grundrechtsnormierungen im Vertragsrecht seinerseits als grundrechtsunterworfen und grundrechtsschützend zu verstehen war.³⁰ Deshalb entwickelt der EuGH seither – unter anderem veranlasst durch die „*Solange I*“-Judikatur des BVerfG³¹ – in st. Rspr. den materiell-rechtlichen Gehalt der Gemeinschaftsgrundrechte aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und den von diesen ratifizierten Menschenrechtsverträgen, insbesondere der EMRK;³² mittlerweile spricht er sogar der rechtlich eigentlich unverbindlichen Grundrechtecharta insoweit eine indirekte Rechtserheblichkeit zu.³³

b) Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte

Die Entwicklung von Gemeinschaftsgrundrechten geschieht zuvörderst im Interesse einer rechtlichen Hegung der von den Gemeinschaftsorganen ausgeübten Hoheitsgewalt. In zweiter Linie dienen die Gemeinschaftsgrundrechte aber auch der Einbindung der mitgliedstaatlichen Gewalt.³⁴ Zwar sind hier keine vergleichbaren Schutzzücken zu schließen, da die Mitgliedstaaten bereits durch innerstaatliches Recht und Völkerrecht zum Grundrechtsschutz verpflichtet sind. Doch gilt es, vor dem Hintergrund spezifischer Verflechtungen zwischen Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht auch die Gesamtausrichtung des Gemeinschaftsrechts an den Gemeinschaftsgrundrechten zum Tragen zu bringen.³⁵ Deshalb erkennt der EuGH, beginnend mit der Rechtssache „*Wachauf*“ (1989),³⁶ auf

29 Vgl. Th. Oppermann, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 32-37.

30 J. H. H. Weiler, The Constitution of Europe, 1999, S. 107 f.; D. H. Scheuing, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, S. 162 (163).

31 Vgl. P. Kirchhof, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung, EuGRZ 1994, S. 16 (24).

32 Zur Entwicklung im Einzelnen vgl. E. Klein, Dogmatische und methodische Überlegungen zur Einordnung der Europäischen Menschenrechtskonvention in den Grundrechtsfundus der Europäischen Union, in: E. Klein u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für A. Bleckmann, 2007, S. 257 (258 ff.).

33 EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 (Familienzusammenführung), EuZW 2006, S. 566, Rn. 38. Zuvor hatte die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit die Charta nur als unterstützenden Argumentationstopos erwähnt, vgl. zuerst EuG, Urt. v. 20.2.2001 (Mannesmannröhren-Werke), Slg. 2001, II-729, Rn. 76; jüngst etwa EuG, Urt. v. 3.5.2006, Rs. T-439/04 (Eurohyp), Rn. 21; EuGH, Urt. v. 22.5.2005, Rs. C- 453/02 u.a. (T-Mobile Austria), NJW 2005, S. 1177, Rn. 72.

34 E. Klein, Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts in: J. Burmeister u.a. (Hrsg.), Festschrift für K. Stern, 1997, S. 1301 (1307); Th. Giegerich, Verschmelzung der drei Säulen der EU durch Europäisches Richterrecht?, ZaöRV 67 (2007), S. 351 (364).

35 Ch. Ranacher, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, ZÖR 58 (2003), S. 95 (97 ff.); Scheuing (Fn. 30), S. 163.

36 EuGH, Urt. v. 13.7.1989, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2609 (2639 f.).

eine begrenzte Verpflichtungswirkung der Gemeinschaftsgrundrechte auch für die Mitgliedstaaten. Sofern sie nämlich Gemeinschaftsrecht unmittelbar durch zwingende Maßnahmen vollziehen, ist die Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten schon deswegen gemeinschaftsgrundrechtlich gebunden, weil sie dann quasi als „verlängerter Arm“ der Gemeinschaft anzusehen ist.³⁷ Auch bei einem nur mittelbaren Vollzug von Gemeinschaftsrecht wirkt nach Ansicht des EuGH die Gemeinschaft als Miturheberin der mitgliedstaatlichen Rechtshandlung.³⁸ Selbst bei Vorbehaltssituationen, die den Mitgliedstaat zur Berufung auf nationale Beschränkungen – sei es mittels ausdrücklicher geschriebener Schranken,³⁹ sei es mittels ungeschriebener Gemeinwohlvorbehalte⁴⁰ – ermächtigen, entfalten die Gemeinschaftsgrundrechte nach der Rechtssprechung des EuGH Ausstrahlungswirkung auf die Grundfreiheiten insgesamt und damit auch auf die den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Ausnahmebereiche. Im gesamten Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts darf keine Handlung anerkannt werden, die gegen den gemeinschaftlichen Grundrechtsstandard verstößt.⁴¹ Die Mitgliedstaaten haben das zu vollziehende Recht und das die Grundfreiheiten zielgerichtet einschränkende Recht „gemeinschaftsgrundrechtskonform“ auszulegen und im Kollisionsfall unangewendet zu lassen.⁴²

³⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.7.1989, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2609 (2639 f.); Urt. v. 24.3.1994, Rs. C-2/92 (Bostock), Slg. 1994, I-955 (983); Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-309/96 (Annibaldi), Slg. 1997, I-7493, Rn. 13 ff.

³⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891 (1909); Urt. v. 20.5.2003, verb. Rs. C-465/00 (ORF), Slg. 2003, I-4989, Rn. 39 ff.; kritisch Th. Jürgensen/L. Schlünder, EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 200 (211 f.); M. Ruffert, Die künftige Rolle des EuGH im europäischen Grundrechtsschutzsystem, EuGRZ 2004, S. 466 (470); zustimmend Scheuing (Fn. 30), S. 171 f. Daraus folgt auch, dass die Verwirklichung eines gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechts durch mitgliedstaatliches Verfahrensrecht nicht behindert werden darf, vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.2003, Rs. C-276/01 (Steffensen), Slg. 2003, I-3735, Rn. 71.

³⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925, Rn. 42; Urt. v. 8.4.1992, Rs. C-62/90 (Kommission / Deutsches Land), Slg. 1992, I-2575, Rn. 23; Urt. v. 13.4.2000, Rs. C- 292/97 (Karlsson), Slg. 2000, I-2737, Rn. 37. Zustimmend D. Ehlers, in: ders. (Fn. 8), § 14 Rn. 34. Kritisch M. Ruffert, Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte, EuGRZ 1995, S. 518 (529).

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-23/93 (TV 10), Slg. 1994, I-4795, Rn. 22 ff.; Urt. v. 26.6.1997, Rs. C-368/95, (Familiapress), Slg. 1997, I-3689, Rn. 24. Auch in den Fällen „Schmidberger“ und „Omega“ stellte sich eine von mitgliedstaatlichen Behörden bezeichnete Durchsetzung nationaler Grundrechte gegenüber gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten nur deshalb als legitim dar, weil die Gemeinschaftsrechtsordnung ihrerseits dem Schutz des konkreten zu wahren Grundrechts verpflichtet ist, vgl. EuGH, Urt. v. 12.6.2003, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rn. 70 f.; Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2003, I-9609, Rn. 33. Hierzu Dederer (Fn. 1), S. 585 f.

⁴¹ Dies gilt – trotz des missverständlichen Wortlauts – auch in Bezug auf Art. 51 Abs. 1 der Grundrechtecharta und auf Art. II-111 Abs. 1 des (gescheiterten) Verfassungsvertrags. Mit diesen Normen soll der *status quo* der Gemeinschaftsjudikatur nicht angetastet werden. Die Entstehungsgeschichte deutet vielmehr auf die Notwendigkeit einer weiten Auslegung der Vorschriften hin, die sich auch auf mitgliedstaatliche Beschränkungsmaßnahmen bezieht. Wie hier z.B. Ch. Grabenwarter, Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft?, EuGRZ 2004, S. 563 (564); Scheuing (Fn. 30), S. 182 ff. Anders etwa Ch. Callies, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, EuZW 2001, S. 261 (266); M. Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art 51 Rn. 29.

⁴² Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 (4159), jüngst: EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Mangold), EuZW 2006, S. 17, Rn. 77 f.

3. Phase der Abgrenzung zwischen nationalem und gemeinschaftlichem Grundrechtsschutz

a) Die „Solange II“-Entscheidung (1986) und das „Maastricht“-Urteil (1993)

Diese tatsächliche Fortentwicklung der Grundrechtsbindung vor allem der Gemeinschaftsorgane war wohl der Auslöser dafür, dass das BVerfG im Jahre 1986 seine „Solange I“-Rechtsprechung umkehrte. Schon im „Eurocontrol“-Fall (1981) hatte das BVerfG die ersten Schritte zu einer Rechtsprechungskorrektur unternommen und entschieden, dass nur (originäre) Akte deutscher Staatsgewalt mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar seien, Akte zwischenstaatlicher Gewalt im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG unter den Begriff der deutschen öffentlichen Gewalt (vgl. z.B. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) indes nicht (mehr) zu subsumieren seien.⁴³ Diese Auffassung hat das BVerfG 1986 in seiner „Solange II“-Entscheidung bestätigt und außerdem erklärt, dass es „seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen“ werde,⁴⁴ so dass entsprechende Normenkontrollverfahren oder Verfassungsbeschwerden nunmehr unzulässig seien. Dies gelte, solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere der EuGH, einen wirksamen Schutz der Grundrechte generell gewährleisteten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Schutz im Wesentlichen gleich zu achten sei, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürge.

Im „Maastricht“-Urteil von 1993 schließt sich das BVerfG diesen Aussagen grundsätzlich an, weicht aber von seiner früheren Ansicht⁴⁵ insofern ab, als es erkennt, dass Gemeinschaftsakte dann an den Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes zu messen seien, wenn sie Grundrechtssberechtigte in Deutschland betreffen. Die Wahrung des territorial auf das deutsche Staatsgebiet bezogenen deutschen Grundrechtsschutzes falle in die Kompetenz des BVerfG. Im Sinne der „Solange II“-Judikatur übe es jedoch seine Gerichtsbarkeit über die Anwendung von sekundärem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem „Kooperationsverhältnis“ zur Europäischen Gerichtsbarkeit aus, „in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert, das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränken“ könne.⁴⁶

43 BVerfGE 58, 1 (27 f.), vgl. auch BVerfGE 59, 63 (85 f.). Weiterer „Vorbote“ für einen Rechtsprechungswechsel war der „Vielleicht“-Beschluss in: BVerfGE 52, 187 (201 f.).

44 BVerfGE 73, 339 (387).

45 BVerfGE 58, 1 (27 f.).

46 BVerfGE 89, 155 (174 f.) unter Rückgriff auf BVerfGE 73, 339 (376 f., 387).

b) Der „Bananenmarkt“-Beschluss (2000)

Die Formel des „Kooperationsverhältnisses“ hat in der Folgezeit zu verschiedenen Missverständnissen in ihrer Bedeutung geführt,⁴⁷ die das BVerfG erst in seinem „Bananenmarkt“-Beschluss aus dem Jahr 2000 hat ausräumen können. Das Gericht verdeutlicht, dass es an seiner prinzipiellen Kompetenz zur Wahrung der Grundrechte auch gegenüber der EG festhält, soweit deren Rechtsakte in der deutschen Rechtsordnung Rechtswirkungen erzeugen.⁴⁸ Allerdings soll damit keine allgemeine Kooperation des BVerfG mit dem EuGH in allen grundrechtsrelevanten Fragen statuiert werden. Vielmehr handelt es sich bei der Rechtsbeziehung von BVerfG und EuGH im Rahmen der Gewährung grundrechtlichen Rechtsschutzes um eine „kooperative Aufgabenverzahnung“,⁴⁹ in der die Kontrollbefugnis des BVerfG erst zum Tragen kommt, wenn aus prozessualen oder materiell-rechtlichen Gründen auf Gemeinschaftsebene der vom Grundgesetz als unabdingbar geforderte Grundrechtsschutz nicht mehr gewährleistet wird.⁵⁰ Zwingende Voraussetzung ist hierbei freilich, dass der EuGH zuvor Gelegenheit hatte, zu der Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftsakte gemäß Art. 234 EGV Stellung zu nehmen.⁵¹

Der Schnitt- und Scheidepunkt, an dem das BVerfG ein Einschreiten für geboten hält, insbesondere welche Kriterien an den „unabdingbaren Grundrechtsschutz“ anzulegen sind, war und ist im Einzelnen umstritten.⁵² Als geklärt darf aber Folgendes gelten: Für das „Aufleben“ der Reservefunktion des BVerfG entscheidend ist nur der materiell ähnliche Schutzgrad, der dem geltend gemachten Grundrecht auf Gemeinschaftsebene widerfährt. Ähnlich wie bei der sog. *Heck*'schen Formel, bei der die Rechtskontrolle des BVerfG über Entscheidungen von Fachgerichten auf spezifisches Verfassungsrecht beschränkt ist,⁵³ zieht das BVerfG bei gemeinschaftlichen Rechtsakten nur dann die verfassungsrechtliche „Notbremse“, wenn der Wesensgehalt eines Grundrechts tangiert wird und dadurch der generell erforderliche Grundrechtsstandard unter das von Art. 23 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geforderte Niveau absinkt.⁵⁴ Damit gelingt es dem BVerfG, das Span-

47 Siehe nur *K. Schlaich/St. Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl. 2001, Rn. 349 m.w.N.

48 BVerfGE 102, 147 (163).

49 Begriff bei *H. Gersdorf*, Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, DVBl. 1994, S. 674 (675).

50 BVerfGE 102, 147 (164).

51 *R. Zuck/Ch. Lenz*, Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa, NJW 1997, S. 1193 (1197); *R. Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 248.

52 Für ein generelles Verständnis z.B. *W. Graf Vitzthum*, Gemeinschaftsgericht und Verfassungsgericht – recht-vergleichende Aspekte, JZ 1998, S. 161 (163); für ein einzelfallbezogenes Verständnis wohl *Streinz* (Fn. 51), Rn. 247. Insgesamt erscheint zweifelhaft, ob der vom BVerfG geforderte generelle Vergleich der jeweiligen Schutzniveaus überhaupt geleistet werden kann, vgl. *R. Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl. 2006, Rn. 532.

53 Vgl. BVerfGE 18, 85 (92 f.); *R. Herzog*, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, in: *H. Maurer* (Hrsg.), Festschrift für G. Dürig, 1990, S. 431 (433).

54 Vgl. *M. Selmayr/N. Prowald*, Abschied von den „Solange“-Vorbehalten, DVBl. 1999, S. 269 (276); *G. Hirsch*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, NJW 2000, S. 1817 (1819).

nungsfeld zwischen grundgesetzlichem Integrationsauftrag (Art. 23 GG) auf der einen und Kernbereichsschutz (Art. 79 Abs. 3 GG) auf der anderen Seite zu lösen. Nicht zuletzt macht es sich dabei um die Achtung der Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung verdient, ohne seine Rechtsverantwortung für das deutsche Verfassungsrecht aufzugeben.

c) Die „Emissionshandel“-Judikatur (2007)

Auf dieser Linie liegt auch der am 13. März 2007 ergangene „*Emissionshandel*“-Beschluss des Ersten Senats. Während sich die vorangegangen Entscheidungen des BVerfG nur auf EG-Verordnungen bezogen haben,⁵⁵ verdeutlicht das Gericht nunmehr, dass seine früheren Aussagen, die seit 1992 positivrechtlich in Art. 23 Abs. 1 GG verankert sind,⁵⁶ auch für sonstige gemeinschaftliche Sekundärrechtsakte, namentlich für Richtlinien und für an die Bundesrepublik Deutschland gerichtete Entscheidungen, gälten.⁵⁷ Zudem erstreckt der Senat die Zurücknahme seiner Prüfungskompetenz auf innerstaatliche Umsetzungsakte insoweit, als das Gemeinschaftsrecht keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern verbindliche Vorgaben macht. Dabei komme es – so der Senat völlig zu Recht – nicht darauf an, ob die fragliche Richtlinie ausnahmsweise unmittelbare Wirkung entfalte;⁵⁸ es genüge bereits, dass die Vorgaben einer Richtlinie zwingend seien, da auch diese eine Umsetzungsverpflichtung des Mitgliedstaates auslösen.⁵⁹

Damit klärt der Erste Senat die bisher im (deutschen) Schrifttum umstrittene Fallkonstellation des indirekten Vollzugs,⁶⁰ indem er mitgliedstaatliche Durchführungsakte, sofern sie gemeinschaftsrechtlich verbindlich induziert sind, der Kontrolle der Gemeinschaftsgerichte überantwortet. In teilweiser Abkehr von seinem „*Maastricht*“-Urteil, das die Kontrollkompetenz des BVerfG territorial an den Grundrechtsschutz „in Deutschland“ band,⁶¹ stellt das Gericht hier auf eine

⁵⁵ BVerfGE 22, 293 (295); 37, 271 (281), 73, 229 (374 f.); 102, 147 (160). Im „*Maastricht*“-Urteil stand das Zustimmungsgesetz zum Maastrichter Vertrag auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand, vgl. BVerfGE 89, 155 (171).

⁵⁶ Gesetz vom 21.12.1992, BGBl. 1992 I S. 2086.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007, 1 BvF 1/05, Rn. 69.

⁵⁸ Entfaltet eine Richtlinie unmittelbare Wirkung (hierzu etwa EuGH, Urt. v. 22.5.2003, Rs. C-462/99 [Connect Austria], Slg. 2003, I-5197), steht sie hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen einer Verordnung gleich. Insoweit können dann die tragenden Gründe der „*Bananenmarkt*“-Entscheidung (BVerfGE 102, 147) *mutatis mutandis* angewandt werden.

⁵⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007, 1 BvF 1/05, Rn. 71; bestätigt in BVerfG (K), Beschl. v. 14.5.2007, 1 BvR 2036/05, Rn. 8. A.A. etwa *U. Di Fabio*, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, S. 947 (950 ff.).

⁶⁰ Während die vom EuGH propagierte „agency situation“ der Mitgliedstaaten beim direkten Vollzug (vgl. Fn. 37) Akzeptanz gefunden hat (s. nur *F. Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2005, S. 17 ff. m.w.N.), weichen die Ansichten über die gemeinschaftsgrundrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten beim indirekten Vollzug, d.h. vor allem bei der Richtlinienumsetzung, deutlich voneinander ab, vgl. etwa *Th. Kingreen*, in: Ch. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 51 GRCh Rn. 9-11 m.w.N.

⁶¹ BVerfGE 89, 155 (174 f.). So auch die Deutung von *J. A. Frowein*, Das *Maastricht*-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 54 (1994), S. 1 (4); *Ch. Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, S. 489 (490).

rechtsordnungsorientierte Anknüpfung ab.⁶² Ferner schließt der Beschluss des Ersten Senats die Lücke, die der Zweite Senat in seinem „*Warnhinweise*“-Beschluss (1997) gelassen hatte. Dort wurde die deutsche Rechtsverordnung, die die Tabaketikettierungsrichtlinie umsetzte, ohne Eingehen auf die „*Solange II*“-Entscheidung am Maßstab der Grundrechte überprüft.⁶³ Hintergrund hierfür war jedoch, dass die Etikettierungsrichtlinie den Mitgliedstaaten einen erheblichen Gestaltungsspielraum eröffnete.⁶⁴ Nunmehr stellt der Erste Senat ausdrücklich und in Fortführung einiger Kammerentscheidungen⁶⁵ klar, dass innerstaatliche Rechtsvorschriften, die gemeinschaftsrechtlich induziert sind, dann nicht anhand des nationalen Grundrechtskatalogs zu messen sind, wenn und soweit die nationalen Gesetzgebungskörperschaften über keinen Gestaltungsspielraum verfügen. In diesen Fällen hätten auch die deutschen Fachgerichte gemeinschaftsrechtliche Vorgaben nur an den Gemeinschaftsgrundrechten zu messen und gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV durchzuführen.⁶⁶ Nur wenn der EuGH daraufhin eine Richtlinie für ungültig erkläre, bleibe Raum für eine Überprüfung des deutschen Umsetzungsgesetzes an den deutschen Grundrechten und für eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG.⁶⁷

Diese Rechtsprechung des BVerfG deckt sich weitgehend mit der Judikatur des EuGH zur gemeinschaftsgrundrechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten. Insbesondere im jüngsten Fall zur „*Familienzusammenführungs-Richtlinie*“ (2006) trennt der Gerichtshof ebenfalls zwischen zwei – freilich miteinander verwobenen – Rechtsebenen. Diejenigen Bestimmungen einer EG-Richtlinie, die den Mitgliedstaaten in der Modalität einer Öffnungsklausel Umsetzungsspielräume einräumen, seien am Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte zu messen.⁶⁸ Dies ist insofern konsequent, als es sich bei Öffnungsklauseln in einer EG-Richtlinie nicht um nationales Recht, sondern um Gemeinschaftsrecht handelt, für das die Gemeinschaftsgrundrechte den einschlägigen Prüfungsmaßstab bilden.⁶⁹ Hiervon zu

62 Diese Feststellung ist freilich kein völliges Novum, sondern bereits der Entscheidung zum Europäischen Patentamt (BVerfG, DVBl. 2001, S. 1130 ff.) inhärent. Hierzu Ch. Walter, *Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte internationaler Organisationen*, AöR 129 (2004), S. 39 (50 f.).

63 BVerfGE 95, 173 (181). Kritisch U. Di Fabio, Produkte als Träger fremder Meinungen – Zum Besluß des BVerfG *Warnhinweise* auf Tabakverpackungen betreffend, NJW 1997, S. 2863.

64 Dies wurde im vorausgehenden Eilverfahren festgestellt, vgl. BVerfG (K), NJW 1990, S. 974.

65 Vgl. etwa BVerfG (K), NJW 1990, S. 974; NVwZ 1993, S. 883; NJW 2001, S. 1267 (1268); NVwZ 2004, S. 1346 f. – Auch der französische Staatsrat argumentiert mittlerweile ähnlich, vgl. Conseil d'Etat, Ents. v. 8.2.2007, Nr. 257321 und Nr. 257534, RTDEur. 43 (2007), S. 402 unter Bezugnahme auf die Schlussfolgerungen des Commissaire du Gouvernement *Guyomar*, ebd., S. 378.

66 Vgl. EuGH, Urt. v. 1.4.2004, Rs. C-263/02 P (*Jégo-Quéré*), Slg. 2004, I-3425, Rn. 29 ff.

67 BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007, 1 BvF 1/05, Rn. 72. Damit bindet das BVerfG die Fortwirkung des deutschen Umsetzungsaktes nicht an die Geltung der Richtlinie. Dieser im dualistischen Modell verankerten Sichtweise wird aus Gründen des Demokratieprinzips zunehmend entgegen getreten, vgl. M. Nettessheim, in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), Kommentar zur EU, Band 3, Art. 249 EGV Rn. 186; M. Payandeh, Die Nichtigkeit von EG-Richtlinien: Konsequenzen für den mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt im Lichte des Demokratieprinzips, DVBl. 2007, S. 741 (743 ff.).

68 EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 (Familienzusammenführung), EuZW 2006, S. 566, Rn. 22.

69 So auch J. F. Lindner, *Grundrechtsschutz gegen gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklauseln*, EuZW 2007, S. 71 (72).

unterscheiden ist – in einem zweiten Schritt – die Frage, ob und in welchem Umfang mitgliedstaatliche Umsetzungsmaßnahmen, die im Vollzug der Öffnungs-klausel erlassen werden, am Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte oder am Maßstab der nationalen Grundrechtsordnungen zu messen sind. Handelt es sich um gebundene Vollzugsakte ohne Gestaltungsspielraum, kommt nach Ansicht des EuGH

– die sich mit der Auffassung des BVerfG in Einklang befindet – nur eine Kontrolle anhand der Gemeinschaftsgrundrechte in Frage. Geht es demgegenüber um Umsetzungsakte, bei denen die Mitgliedstaaten von dem ihnen gewährten Umsetzungsspielraum Gebrauch machen, sind diese Rechtsakte der Mitgliedstaaten prinzipiell an den mitgliedstaatlichen Grundrechten zu messen.⁷⁰ Da aber der nationale Gesetzgeber auch im Falle des Gebrauchmachens von einer Öffnungs-klausel des sekundären Gemeinschaftsrechts eben auch dieses anwendet und durchführt (vgl. Art. 51 Abs. 1 der Grundrechtecharta), sei er neben der Bindung an die nationalen Grundrechte auch verpflichtet, die Grundrechte der Gemein-schaft zu achten.⁷¹ In diesen Fällen kommt es also zu einer Verdoppelung des Grundrechtsschutzes.⁷² Selbst wenn ein Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten vorliegt, ist dieser nicht nur im Blick auf die nationalen Grundrechte, sondern wegen der Verpflichtung auf zwingende gemeinschaftliche Ziele auch gemein-schaftsgrundrechtswährend zu nutzen.⁷³

Wiewohl das BVerfG sich zu Fragen einer doppelten Grundrechtsbindung in seinem „*Emissionshandel*“-Beschluss nicht explizit verhält, lassen sich die Aus-sagen beider Gerichte ohne größere Schwierigkeiten miteinander vereinbaren: Grundsätzlich wird die konkret ausgeübte Hoheitsgewalt an den der betreffenden Hoheitsgewalt eigenen Grundrechtskatalog gebunden und unterfällt damit auch der Jurisdiktion des zur Wahrung des entsprechenden Grundrechtsstandards beru-fenen Gerichts. Dabei kommt es nicht auf die formale Natur eines Hoheitsaktes, sondern allein auf seinen tatsächlichen, rechtsordnungsorientierten Gehalt an. Innerstaatliche Maßnahmen, die der Gemeinschaft insoweit nicht zurechenbar sind, als die Mitgliedstaaten von Regelungsfreiraumen Gebrauch machen, unter-liegen grundsätzlich (weiterhin) dem nationalen Grundrechtskatalog. Hoheitsakte hingegen, die in die Verantwortung der Gemeinschaftsorgane fallen, sind an den Gemeinschaftsgrundrechten zu messen; dies gilt nicht nur für den Sekundär-rechtsakt selbst und die in ihm enthaltenen Öffnungsklauseln, sondern auch für dessen zwingende Vorgaben. Demnach unterfällt eine mitgliedstaatliche Maß-nahme, soweit sie auf die *Ziele* einer Richtlinie im Sinne des Art. 249 Abs. 3 EGV verpflichtet ist, dem Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte. Soweit der

70 EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 (Familienzusammenführung), EuZW 2006, S. 566, Rn. 104; ferner H.-W. Rengeling/P. Szczekalla, Grundrechte in der EU, 2005, Rn. 277 ff.

71 EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 (Familienzusammenführung), EuZW 2006, S. 566, Rn. 105.

72 P. Szczekalla, Grenzenlose Grundrechte, NVwZ 2006, S. 1019 (1021).

73 Vgl. Lindner (Fn. 69), S. 73; D. Thym, Europäischer Grundrechtsschutz und Familienzusammenführung, NJW 2006, S. 3249 (3250).

nationale Hoheitsakt in Ausnutzung sekundärrechtlicher Rechtsetzungsspielräume, also im Rahmen der *Wahl der Form und Mittel* ergeht, unterliegt er zum einen dem nationalen sowie zum anderen – gleichsam hinsichtlich des Ziels überformend – auch dem gemeinschaftlichen Grundrechtskonformitätsvorbehalt.⁷⁴ Es ist kritisiert worden, dass diese Prämissen zu einer „rechtsstaatlich unerträglichen Aufspaltung des Rechtsschutzes“ führen würden.⁷⁵ Dieser Einwand ist aus zwei Gründen nicht haltbar: Zum einen steht lediglich eine Aufsplittung des Prüfungsmaßstabes – nationale Grundrechte oder Gemeinschaftsgrundrechte – in Rede, nicht aber werden unterschiedliche Rechtswege oder Rechtsschutzmechanismen eröffnet.⁷⁶ Zweitens ist diese Aufteilung der Prüfungsmaßstäbe rechtsstaatlich nicht bedenklich; im Gegenteil überantwortet sie materiell und prozessual den Grundrechtsschutz derjenigen Hoheitsgewalt, die auch inhaltlich die Verantwortung für den Hoheitsakt trägt.⁷⁷ Im Übrigen trifft dieser Befund nur so weit und so lange zu, als der „*Solange II*“-Fall nicht eintritt, der die Reservekompetenz des BVerfG wieder aufleben lässt.

4. Phase der Abgrenzung zwischen nationalem und unionalem Grundrechtsschutz

Angesichts dieser neueren Entscheidungen kann das Verhältnis zwischen nationalem und gemeinschaftlichem Grundrechtsschutz als geklärt gelten.⁷⁸ Offen bleibt jedoch die Frage, wie der nationale von dem unionalen Grundrechtsschutz abzutrennen ist. Denn das in der außenpolitischen zweiten und der innenpolitischen dritten Säule geltende primäre und sekundäre Unionsrecht gehört bekanntlich nicht zum supranationalen Gemeinschaftsrecht. Gleichwohl handelt es sich dabei aber auch nicht um gewöhnliches Völkerrecht.⁷⁹ Das Unionsrecht kreiert ein ge-

74 Da klare Abgrenzungen insoweit möglich sind, liegt der von Szczekalla (Fn. 72), S. 1021, befürchtete „Grundrechtswirrwarr“ nicht vor.

75 C. Weidemann, „*Solange II*“ hoch 3?, NVwZ 2006, S. 623 (629).

76 Auf nationaler Ebene dienen die Gemeinschaftsgrundrechte schon lange als inzidenter Prüfungsmaßstab. So wurde beispielsweise das Nacharbeitsverbot für Arbeiterinnen in Deutschland über lange Zeit hinweg für verfassungsgemäß gehalten (BVerfGE 5, 9 [11 f.]), bis der EuGH in einem französischen Parallelfall darin einen Verstoß gegen das gemeinschaftliche Gebot der Gleichbehandlung von Frau und Mann erblickte (EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-345/89 [Stoeckel], Slg. 1991, I-4047 [4063 ff.]). Hierauf reagierte das BVerfG und erklärte das deutsche Nacharbeitsverbot für Arbeiterinnen für nichtig (BVerfGE 85, 191 [208 f.]).

77 So auch M. Cornils, Urteilsbesprechung, ZJS 2008, S. 69 (73). Es ist freilich bedenklich, dass das EuG im Fall „*Volksmudschaeddin des Iran*“ eine ähnliche Schlussfolgerung im Verhältnis zu Sanktionen des UN-Sicherheitsrats aufstellt (EuG, Urt. v. 12.12.2006, Rs. T-228/02, EuGRZ 2006, S. 655, Rn. 152 ff.), obgleich die Vereinten Nationen über kein Grundrechtsschutzsystem verfügen. Vgl. etwa St. Schmahl, Effektiver Rechtsschutz gegen „targeted sanctions“ des UN-Sicherheitsrats?, EuR 2006, S. 566 (568); U. Haltern, Gemeinschaftsgrundrechte und Antiterrormäßigkeiten der UNO, JZ 2007, S. 537 (544).

78 Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts kommt auch eine analoge Übertragung der „*Solange II*“-Judikatur des BVerfG auf den landesrechtlichen Grundrechtsschutz in Betracht, vgl. St. Schmahl, Die Verzahnung der deutschen, europäischen und internationalen Rechtesebenen bei der Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten, in: G. Bauschke u.a. (Hrsg.), Pluralität des Rechts, 2003, S. 163 (172 f.).

79 So aber BVerfGE 113, 273 (301). Ähnlich Ch. Hillgruber, Anmerkung, JZ 2005, S. 841.

sonderliches völkerrechtliches Rechtssystem mit gemeinschaftlicher Tendenz.⁸⁰ Dies gilt wegen der gemeinschaftsnahen Ausgestaltung von Rechtsetzungskompetenzen und Rechtskontrollen vor allem für die dritte Säule der „Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ (PJZS),⁸¹ aber auch die „Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik“ (GASP) ist hiervon nicht gänzlich ausgenommen. Art. 6 EUV schreibt die Strukturprinzipien der Union mit Wirkung für alle drei Säulen fest. Auch Art. 3 Abs. 1 EUV, wonach der gemeinschaftliche Besitzstand in der gesamten Dreisäulenstruktur nicht nur gewahrt, sondern weiterentwickelt werden soll, spricht für eine grundsätzlich auf Vergemeinschaftung ausgerichtete Dynamik des europäischen Integrationsprozesses.⁸² Die sog. Passerelle des Art. 42 EUV ermöglicht sogar, durch vereinfachte Vertragsänderung Materien aus der dritten Säule in den EG-Vertrag zu verlagern.⁸³

a) *Grundrechtsschutz innerhalb der innenpolitischen dritten Säule*

aa) Richterrechtliche Annäherung der dritten an die erste Säule

Wiewohl der EuGH im Blick auf die dritte Säule nicht über eine in der Breite vergleichbare Kontrollkompetenz wie im Rahmen des EG-Vertrags verfügt, reichen seine Kompetenzen nach Art. 46 lit. b i.V.m. Art. 35 EUV nicht weniger tief. Auch hier ist der Gerichtshof mit der Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags beauftragt (vgl. Art. 220 EGV i.V.m. Art. 46 *chapeau* EUV),⁸⁴ was eine systemprägende Auslegungskompetenz einschließt.⁸⁵ Dementsprechend erkennt der EuGH im EU-Vertrag, insbesondere in der dritten Säule, zu Recht ganz generell einen ungeschriebenen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit an, ohne den die Union ihre in Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 EUV festgelegte Aufgabe einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts nicht erfüllen könnte.⁸⁶ Deshalb hat der EuGH etwa in der Rechtssache „*Advocaten voor de*

80 Wie hier Giegerich (Fn. 34), S. 353; U. Haltern, Rechtsschutz in der dritten Säule der EU, JZ 2007, S. 772 (777). Das EuG spricht von einem mit dem Rechtssystem der EG verwandten, aber gesonderten Rechtssystem (EuG, Urt. v. 12.12.2006, Rs. T-228/02 [Volksmusdschaheddin des Iran], EuGRZ 2006, S. 655, Rn. 54). Auch der Generalanwalt Colomer erkennt eine klare gemeinschaftliche Tendenz der dritten Säule (vgl. Schlussanträge v. 12.9.2006, Rs. C-303/05 [Advocaten voor de Wereld], Rn. 43).

81 Dass das Europäische Parlament bei Erlass von Rechtsakten im Rahmen der dritten Säule nur angehört wird, steht dieser Annahme nicht entgegen. Auch der ehemalige EWG-Vertrag sah vielfach nur die Anhörung des Europäischen Parlaments vor, gleichwohl wurde nicht beschränkt, dass die Gemeinschaften supranationale Organisationen seien, vgl. H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 67 ff.

82 Ein wesentlicher Teil der dritten Säule ist bereits durch den Vertrag von Amsterdam nach Maßgabe des Art. 48 EUV in den EG-Vertrag eingegliedert worden, vgl. Giegerich (Fn. 34), S. 361.

83 Hierzu A. Jour-Schröder/Ch. Konow, Die Passerelle des Art. 42 EU-Vertrag, EuZW 2006, S. 550 ff.

84 Dies gilt, obwohl Art. 41 Abs. 1 EUV die Vorschrift des Art. 220 EGV nicht ausdrücklich für die dritte Säule rezipiert. Denn Art. 46 EUV leitet, kanalisiert durch Art. 35 EUV, auch die Aufgaben des EuGH bei der Ausübung seiner Zuständigkeit auf den EU-Vertrag über, vgl. Giegerich, (Fn. 34), S. 366.

85 Vgl. EuGH, Urt. v. 27.2.2007, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistia), JZ 2007, S. 781, Rn. 53; Rs. C-355/04 P (Segi), nicht veröffentlicht.

86 Zur Erfüllung dieser Aufgabe bedarf es der Letztentscheidungskompetenz des EuGH bei der Überprüfung von Unionsrecht, daher ist die „Foto-Frost“-Judikatur (EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199) insoweit zu übertragen.

Wereld“ (2007) festgestellt, dass seine Zuständigkeit bei Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 35 Abs. 1 EUV notwendig die Befugnis umfasse, Bestimmungen des Unionsprimärrechts auszulegen, um über die Gültigkeit und Auslegung von Sekundärrechtsakten zu entscheiden.⁸⁷ Seit den Fällen „*Gestoras pro Amnistia*“ und „*Segr*“ (2007) zählt der EuGH überzeugend zu den überprüfbaren Sekundärrechtsakten alle Maßnahmen des Rates unabhängig von ihrer Rechtsnatur oder Form, sofern sie Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugen – also auch Gemeinsame Standpunkte gemäß Art. 34 EUV.⁸⁸ Schließlich hat der Gerichtshof in der Rechtssache „*Pupino*“ (2005) das Gebot rahmenbeschlusskonformer Auslegung des nationalen Rechts aus dem zwingenden Charakter der Zielvorgaben eines Rahmenbeschlusses und den Prinzipien des „effet utile“ sowie der unionalen Loyalitätspflicht entwickelt.⁸⁹ Damit lehnt sich der EuGH ersichtlich an seine Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts an,⁹⁰ die der effektiven Verwirklichung rechtsverbindlicher Vorgaben des Gemeinschaftsrechts dient.

Dem EuGH ist vorgeworfen worden, auf diese Weise das in Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV niedergelegte Verbot der unmittelbaren Wirksamkeit von Rahmenbeschlüssen zu konterkarieren.⁹¹ In der Tat führt die rahmenbeschlusskonforme Auslegung zu einer minderen Form unmittelbarer Wirkungen, da sie eine unmittelbare ergebnisorientierte Impflichtnahme der nationalen Entscheidungsträger zur Folge hat.⁹² Allerdings geht der Gerichtshof offenbar davon aus, dass der im letzten Satzteil des Buchstabens b formulierte Vorbehalt sich nur gegen die unmittelbare Anwendbarkeit richtet, also dagegen, dass eine nationale Entscheidung direkt und ohne Umweg über eine nationale Rechtsnorm auf eine Bestimmung des Rahmenbeschlusses gestützt wird.⁹³ Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung basiert hingegen – ebenso wie jede völkerrechtskonforme Interpretation – auf einer Auslegung des nationalen Rechts,⁹⁴ setzt also die unmittelbare Wirkung eines sekundären Rechtsakts der Union gerade nicht voraus.⁹⁵ Nur diese mit dem möglichen Wortsinn des Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV vereinbare restriktive Interpretation des

87 EuGH, Urt. v. 3.5.2007, Rs. C-303/05 (Advocaten voor de Wereld), DVBl. 2007, S. 897, Rn. 18.

88 EuGH, Urt. v. 27.2.2007, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistia), JZ 2007, S. 781, Rn. 53–55; Rs. C-355/04 P (Segr), nicht veröffentlicht. Diese Erwägungen gelten nach Ansicht des EuGH nicht nur für Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 35 Abs. 1 EUV, sondern auch für Nichtigkeitsklagen gemäß Art. 35 Abs. 6 EUV. Anders noch EuG, Urt. v. 7.6.2004, Rs. T-338/02 (Segr), Slg. 2004, II-1647, Rn. 38.

89 EuGH, Urt. v. 16.6.2005, Rs. C-105/03 (Pupino), Slg. 2005, I-5285, Rn. 41 f.

90 Vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891. Zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung vgl. EuGH, Urt. v. 5.10.2004, Rs. C-397/01 u.a. (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8835, Rn. 114 ff.

91 Hillgruber (Fn. 79), S. 842; Th. Klink/A. Proelß, Zur verfassungsgerichtliche Kontrolldichte bei Umsetzungsakten von Rahmenbeschlüssen der EU, DÖV 2006, S. 469 (472).

92 Th. Fetzer/T. Groß, Anmerkung, EuZW 2005, S. 551; St. Hobe, Zu den Wirkungen von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht, Jura 2006, S. 859 (861).

93 Der EuGH erwähnt diesen Gesichtspunkt nicht, er liegt aber den Schlussfolgerungen der Generalanwältin Kokott ausdrücklich zugrunde, vgl. Schlussanträge v. 11.11.2004 (Pupino), Slg. 2005, I-5296, Rn. 35.

94 EuGH, Urt. v. 16.6.2005, Rs. C-105/03 (Pupino), Slg. 2005, I-5285, Rn. 47.

95 Zutreffend Ch. Herrmann, Anmerkung, EuZW 2005, S. 436 (437).

Vorbehalts wird dem Optimierungsgebot des europäischen Integrationsauftrags, der auch den Unionsvertrag durchzieht (vgl. Art. 1 Abs. 2 EUV), gerecht.⁹⁶ Deshalb drängt sich auch eine Übertragung des „*Pupino*“-Ansatzes auf Beschlüsse nach Art. 34 Abs. 2 lit. c EUV, die ebenfalls für verbindlich, nicht aber für unmittelbar wirksam erklärt werden, geradezu auf. Gleiches gilt für Gemeinsame Standpunkte im Sinne von Art. 34 Abs. 2 lit. a EUV, falls diese trotz Fehlens unmittelbarer Wirkungen geeignet sind, die Rechtsstellung Einzelner ohne weitere nationale Durchführungsmaßnahmen zu verletzen.⁹⁷ Auch in Bezug auf die in Art. 34 Abs. 2 lit. d EUV vorgesehenen Abkommen eröffnet der Vertragstext zumindest die Möglichkeit, eine abkommenskonforme Auslegung des nationalen Rechts zu verlangen, wenn hier nicht gar eine unmittelbare Anwendbarkeit derjenigen Bestimmungen eines Übereinkommens angenommen werden kann, die unbedingt und eindeutig sind.⁹⁸

bb) Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte?

Noch einen weiteren Schritt zur Annäherung der dritten an die erste Säule hat der EuGH vor allem in den Fällen „*Pupino*“ (2005) und „*Gestoras pro Amnistia*“ (2007) vollzogen: Danach binden die Grundrechte der EU gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV⁹⁹ in beiden Säulen nicht nur die europäischen Organe, sondern auch die Mitgliedstaaten insoweit, als diese zwingendes Unionsrecht durchführen.¹⁰⁰ Aus dieser Judikatur folgt zum einen, dass die Mitgliedstaaten einen Unionssekundärrechtsakt, etwa einen Rahmenbeschluss, zunächst im Einklang mit diesen vorrangigen Grundrechten interpretieren müssen, bevor sie zur unionsrechts- oder zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts schreiten. Damit begründet der EuGH zwar keinen unmittelbaren,¹⁰¹ aber doch wohl einen indirekten Anwendungsvorrang des Unionsrechts der dritten Säule.¹⁰² Denn die EU-verfassungsrechtliche Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des gesamten Rechts der Mitgliedstaaten beansprucht Vorrang vor allen Interpretationsmethoden des nationalen Rechts, die im Einzelfall zu abweichenden Ausle-

96 So auch *V. Skouris*, Rechtswirkungen von nicht umgesetzten EG-Richtlinien und EU-Rahmenbeschlüssen gegenüber Privaten, ZEuS 2005, S. 463 (475 f.). Anders *E. Helin-Karnell*, In the wake of Pupino: Advocates voor der Wereld and Dell’Orto, German Law Journal 8 (2007), S. 1147 (1150 ff.).

97 Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* v. 26.10.2006, Rs. C- 354/04 P (*Gestoras pro Amnistia*), Rn. 133, sowie *Giegerich* (Fn. 34), S. 376.

98 *M. Adam*, Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht, EuZW 2005, S. 558 (561).

99 Inzwischen zieht der Luxemburger Gerichtshof die EMRK-Garantien in ihrer Auslegung durch den EGMR sowie die Charta der Grundrechte der EU als Beleg für den Inhalt ungeschriebener Unionsgrundrechte heran, vgl. EuGH, Urt. v. 3.5.2007, Rs. C-303/05 (Advocates voor de Wereld), DVBl. 2007, S. 897, Rn. 48-60.

100 Deutlich: EuGH, Urt. v. 27.2.2007, Rs. C-354/04 P (*Gestoras Pro Amnistia*), JZ 2007, 781, Rn. 51; vgl. auch *A. Egger*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte in der III. Säule, EuZW 2005, S. 652 (655).

101 Vgl. *Dederer* (Fn. 1), S. 589.

102 Ähnlich *Herrmann* (Fn. 186), S. 438; *M. v. Unger*, Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht, NVwZ 2006, S. 46 (48).

gungsergebnissen führen.¹⁰³ Zum anderen – und dies ist ein besonders hervorhebungswürdiges Novum – darf eine nationale Gesetzesvorschrift zur Umsetzung z.B. eines Rahmenbeschlusses an nationalen Grundrechten wohl dann nicht mehr gemessen werden, wenn und soweit diese Vorschrift durch den Rahmenbeschluss vollständig und ohne jeden Gestaltungsspielraum determiniert wird.¹⁰⁴ Unterstützt wird diese Annahme durch die Regelung des Art. I-6 des Verfassungsvertrages, die einen Anwendungsvorrang des gesamten Unionsrechts statuieren sollte¹⁰⁵ und die – allerdings in zurückhaltenderer Form – auch in den künftigen Reformvertrag von Lissabon aufgenommen worden ist.¹⁰⁶

Das BVerfG hat sich bisher zu Fragen des Grundrechtsschutzes in der dritten Säule nicht geäußert. Das Urteil zum „Europäischen Haftbefehl“ (2005) enthält keine klare Aussage dazu, ob das Gericht bereit ist, seine „Solange II“-Judikatur auf die dritte Säule zu erstrecken und darauf zu verzichten, deutsche Umsetzungsakte dann an den Vorgaben der nationalen Grundrechte zu messen, wenn diese durch einen Rahmenbeschluss vollständig determiniert sind.¹⁰⁷ Immerhin hat der Zweite Senat aber das deutsche (Erste) Europäische Haftbefehlsgesetz, das den Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl umsetzte, nur deshalb für nichtig erklärt, weil dieses die vom Rahmenbeschluss belassenen Regelungsspielräume nicht grundrechtswahrend genutzt hatte.¹⁰⁸ Nicht von ungefähr nimmt auch der Erste Senat in seinem „Emissionshandel“-Beschluss auf diesen Gedanken ausdrücklich Bezug.¹⁰⁹

cc) Übertragung der „Solange II“-Judikatur auf die dritte Säule?

Mit dem Verweis auf die bestehenden nationalen Umsetzungsspielräume im konkreten Fall konnte im Verfahren zum „Europäischen Haftbefehlsgesetz“ die brillante Vorfrage ungeklärt bleiben, ob die EU im Rahmen der PJZS einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz generell gewährleistet. Auch wenn Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG keine Aussage dazu trifft, welche

103 Vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott im Verfahren *Pupino*, Slg. 2005, I-5298, Rn. 37. S. auch EuGH, Urt. v. 16.6.2005, Rs. C-105/03 (*Pupino*), Slg. 2005, I-5285, Rn. 47. Dabei bedarf es zwar keiner Auslegung des nationalen Rechts *contra legem*; allerdings ist das gesamte Recht zu berücksichtigen, um möglichst zu einem Ergebnis zu gelangen, das dem von dem Rahmenbeschluss verfolgten Ziel entspricht. Diese Interpretationsmethode ähnelt der verfassungskonformen Auslegung nationaler Vorschriften, vgl. BVerfGE 2, 266 (282); 69, 1 (55).

104 J. Masing, Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, S. 264 (266). A.A. H. Baddehausen/J. Pietsch, Rahmenbeschlüsse der Europäischen Union, DVBl. 2005, S. 1561 (1564).

105 Hierzu Ch. Herrmann, in: R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Herrmann, Die neue Verfassung für Europa, 2005, S. 67 f.

106 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11.7.2007 „Kritische Bewertung des Mandats für die Regierungskonferenz 2007 zur Ausarbeitung eines Reformvertrags“, EuGRZ 2007, S. 505 f., sowie Art. 4 Abs. 3 EUV in der künftigen Fassung (EU-Dok. CLG 14/07 vom 3.12.2007).

107 Diesbezügliche Kritik äußert Richterin Lübbe-Wolff in ihrem Sondervotum zu BVerfGE 113, 273, 327 (338 f.); ihr folgend J. Vogel, Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, S. 801 (805).

108 BVerfGE 113, 273 (300); vgl. auch Klink/Proelß (Fn. 91), S. 470.

109 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007, I BvF 1/05, Rn. 70. Diese Inbezugnahme ist zutreffend, denn auch Richtlinien haben nur in Ausnahmefällen unmittelbare Wirkung, und das BVerfG hat deren Vorrang gerade unabhängig von einer solchen Wirkung anerkannt.

Kriterien an einen vergleichbaren Grundrechtsschutz anzulegen sind, stellt die „*Solange II*“-Judikatur des BVerfG (neben materiellen Kautelen) doch maßgeblich auf einen substituierenden Rechtsschutz auf europäischer Ebene ab. Deshalb kommt es darauf an, ob auch in der dritten Säule ein effektiver Grundrechtsschutz durch den EuGH garantiert ist. Trotz der – aus Gründen der Einheitlichkeit des Unionsrechts zu befürwortenden – weiten Auslegung, die der EuGH mittlerweile der Vorschrift des Art. 35 EUV angedeihen lässt, verbleiben insoweit Bedenken.¹¹⁰ Weder das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 35 Abs. 1-3 EUV noch das Nichtigkeitsklageverfahren Art. 35 Abs. 6 EUV garantieren umfassenden Rechtsschutz.¹¹¹ Das Vorlageverfahren ist zwar für deutsche Gerichte ohne Einschränkungen eröffnet,¹¹² nicht gesichert sind jedoch die von einem Vorabentscheidungsurteil ausgehenden Wirkungen.¹¹³ Bei der Nichtigkeitsklage fehlt es vor allem an einer Klagebefugnis von Individuen.¹¹⁴ Nach dem derzeitigen Stand des Unionsrechts dürfte sich daher jedenfalls eine pauschale Übertragung der „*Solange II*“-Judikatur auf die dritte Säule verbieten.¹¹⁵

b) Grundrechtliche Fragen im Blick auf die außenpolitische zweite Säule

Im Wege eines „Erst-recht-Schlusses“ gilt dieser Befund auch für die zweite Säule. Da dem EuGH im Bereich der GASP keine Jurisdiktionskompetenz zugewiesen ist, werden Verstöße des GASP-Sekundärrechts gegen den materiellen Grundrechtsstandard der Union vom Unionsrecht zurzeit nicht sanktioniert.

5. Phase der Etablierung eines trilateralen Grundrechtsschutzsystems

Anders als die bilateralen Beziehungen zwischen „Karlsruhe“ und „Luxemburg“ standen die Beziehungen zwischen der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und „Straßburg“ lange Zeit nicht im Mittelpunkt wissenschaftlicher Diskussion. Dies hat sich erst in der fünften Phase, deren Beginn in den 1990er Jahren zu erblicken

110 Deshalb ist bedauerlich, dass der kürzlich gegründeten EU-Agentur für Grundrechte (Verordnung [EG] Nr. 168/2007 vom 25.2.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, ABl. 2007 Nr. L 53/1) keine Zuständigkeit in der dritten Säule gegeben wurde, obwohl es gerade dort zu intensiven Grundrechtseingriffen kommen kann.

111 Auf das Fehlen des Vertragsverletzungsverfahrens in Art. 35 EUV kommt es unter dem Aspekt des individuellen Rechtsschutzes nicht an.

112 Die Bundesrepublik Deutschland hat in ihrer Unterwerfungserklärung alle deutschen Gerichte für vorlageberechtigt und sogar alle letztinstanzlich entscheidenden Gerichte zur Einholung einer Vorabentscheidung nach Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 EUV verpflichtet, vgl. ABl. 1999, Nr. C 120/24, sowie § 1 Abs. 1 EuGH-Gesetz vom 6.8.1998 (BGBl. 1998 I S. 2035).

113 Vgl. St. Schmahl, Der Europäische Haftbefehl vor dem EuGH: Des Rechtsstreits letzter Teil?, DVBl. 2007, S. 1463 (1468 f.).

114 Auch das Europäische Parlament ist nicht klagebefugt, wobei jedoch keine Zweifel daran bestehen dürften, dass der EuGH bereit sein wird, dem Parlament mit denselben Erwägungen die Parteifähigkeit im Nichtigkeitsklageverfahren der dritten Säule zuzuerkennen, mit denen er 1990 das entsprechende Defizit in Art. 173 EWGV beseitigt hat (EuGH, Urt. v. 22.5.1990, Rs. 70/88 (Tschnerobyl I), Slg. 1990, I-2041, Rn. 27). Wie hier Giegerich (Fn. 34), S. 378 f.; a.A. O. Suhr, in: Calliess/Ruffert (Fn. 60), Art. 35 EUV Rn. 14.

115 A.A. Masing (Fn. 104), S. 265 f.

sein dürfte und die man mit der Etablierung eines trilateralen Grundrechtsschutzsystems umschreiben könnte, grundlegend geändert.

a) *Materiell-rechtliche Verpflichtung der Europäischen Union auf die EMRK-Garantien*

Dies bedeutet freilich nicht, dass erst seit diesem Zeitpunkt die Relevanz der EMRK für das Gemeinschaftsrecht erkannt worden wäre. Die Feststellung, dass sich die Gemeinschaftsgrundrechte materiell-rechtlich ganz wesentlich aus den EMRK-Garantien speisen, zählt vielmehr schon seit langem zu den Grundfundenmenten jeder europäischen Verfassungslehre.¹¹⁶ Uneinigkeit besteht lediglich darin, ob die EMRK im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 EUV als bloße Rechtserkenntnisquelle oder vielmehr als eigenständige Rechtsquelle des Gemeinschaftsrechts fungiert.¹¹⁷

Der EuGH hat eine einseitige Inkorporation der Konvention in das Gemeinschaftsrecht bisher nicht festgestellt.¹¹⁸ Dennoch ist seiner Rechtsprechung zu entnehmen, dass er nur die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (und gegebenenfalls zusätzlich andere vertragliche Menschenrechtsverpflichtungen)¹¹⁹ dem Prozess wertender Rechtsvergleichung unterwirft,¹²⁰ sich an den Garantien der EMRK jedoch umfänglich ausrichtet. Dies gilt selbst dann, wenn er die Grundrechtecharta als ergänzende Erkenntnisquelle zur Feststellung des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes hinzuzieht.¹²¹ Die Menschenrechtskonvention

116 Vgl. schon *E. Klein*, Die materielle Bindung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Europäische Gemeinschaftsrecht, in: H. Mosler/R. Bernhardt/M. Hilf (Hrsg.), *Grundrechtsschutz in Europa*, 1977, S. 133 (138 ff.). Aus jüngerer Zeit s. etwa *Th. Giegerich*, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), *Konkordanzkommentar EMRK/GG*, 2006, Kap. 2, Rn. 27 ff. Mittlerweile verhilft sogar der EGMR dem Gemeinschaftsrecht zur effektiven Durchsetzung in den Mitgliedstaaten, vgl. *M. Breuer*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Wächter des europäischen Gemeinschaftsrechts, *JZ* 2003, S. 433 ff.; *B. Datber*, Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den EGMR?, *EuR* 2007, S. 406 ff.

117 Für eigenständige Rechtsquelle: *Klein* (Fn. 32), S. 264 ff.; *M. Pechstein*, in: R. Streinz (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 6 EUV Rn. 11. Für bloße Rechtserkenntnisquelle: *Ehlers* (Fn. 39), § 14 Rn. 9; *Th. Kingreen*, in: Ch. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union*, 2006, Art. I-9, Rn. 7, 15; ders. (Fn. 60), Art. 52 GrCH Rn. 37.

118 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 21.9.1989, verb. Rs. 46/87 und 22/88 (Hoechst), Slg. 1989, 2859 (2923); Urt. v. 22.10.2002, Rs. C-94/00 (Roquette Frères), Slg. 2002, I-9011, Rn. 22 ff. Dem auf die Klärung des Rechtsquellencharakters der EMRK für das Gemeinschaftsrecht zielsehende Vorabentscheidungsersuchen des Österreichischen OGH im Fall „*Kremzow*“ hat sich der EuGH leider entzogen, vgl. EuGH, Urt. v. 29.5.1997, Rs. C-299/95 (*Kremzow*), Slg. 1997, 2629, Rn. 14.

119 Dazu etwa EuGH, Urt. v. 18.10.1989, Rs. 374/87 (Orkem), Slg. 1989, 3283, Rn. 31; Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 (Grant), Slg. 1998, I-621, Rn. 44; Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 (Familienzusammenführung), EuZW 2006, S. 566, Rn. 37.

120 Freilich legt der EuGH – von wenigen Ausnahmen abgesehen (EuGH, Urt. v. 12.7.1957, Rs. 7/56 u.a. [Algeria], Slg. 1957, 83 [118 f.]) – seine rechtsvergleichenden Überlegungen nicht offen und beschränkt sich auf einen kurSORischen Hinweis auf die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten, hierzu *H.-J. Papier*, Die Rezeption allgemeiner Rechtsgrundsätze aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 2007, S. 133 ff. Immerhin enthalten aber die Schlussanträge der Generalanwälte häufig Verweise auf einen systematischen Vergleich der nationalen Regelungen, vgl. *A. Nußberger*, Wer zitiert wen?, *JZ* 2006, S. 763 (766).

121 Vgl. EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 (Familienzusammenführung), EuZW 2006, S. 566, Rn. 38, sowie jüngst EuGH, Urt. v. 14.2.2008, Rs. C-450/06 (Varec SA), Rn. 48.

enthält einen Mindeststandard (vgl. Art. 53 EMRK; Art. 52 Abs. 3 S. 1 Grundrechtecharta), der keine Abschwächung durch die Gemeinschaftsorgane erfahren darf.¹²² Mit anderen Worten: Was nach der EMRK nicht gerechtfertigt ist, ist zwangsläufig auch gemeinschaftsgrundrechtswidrig.¹²³

Diese materiell-rechtliche Verpflichtung auf die EMRK-Mindeststandards schließt indes Rechtsprechungsdivergenzen zwischen „Luxemburg“ und „Straßburg“ nicht aus.¹²⁴ Denn trotz der materiellen Inbezugnahme der EMRK bleibt der EuGH letztlich der verfahrensrechtliche Herr über die in Art. 6 Abs. 2 EUV niedergelegten Garantien. Eine unmittelbare Überprüfung von Akten der Europäischen Gemeinschaft durch den Straßburger Gerichtshof kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Gemeinschaft weder formal Vertragspartei der EMRK ist noch diese Stellung im Wege der Funktionsnachfolge, ähnlich wie dies beim GATT 1947 der Fall war, erlangt hat.¹²⁵ Ein Beitritt der EG zur EMRK ist nach dem Gutachten 2/94 des EuGH derzeit – mangels Inkrafttreten des Verfassungsvertrags¹²⁶ – auch nicht möglich, da es der Gemeinschaft gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung an der Zuständigkeit für einen solchen Schritt fehlt. Art. 308 EGV bietet keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage; ein Beitritt würde zu einer strukturellen Änderung des Gemeinschaftssystems führen, die nur den vertragsändernden Gewalten obliegt.¹²⁷ Ohnehin würde ein EMRK-Beitritt der Gemeinschaft daran scheitern, dass eine Ratifikation der EMRK nur für Staaten eröffnet ist. Art. 59 Abs. 2 in der Fassung des 14. Zusatzprotokolls zur EMRK¹²⁸ sieht zwar eine entsprechende Öffnungsklausel für die Europäische Union vor; das Protokoll ist jedoch mangels Ratifikation durch Russland nicht in Kraft getreten.¹²⁹

122 Klein (Fn. 32), S. 53. Zweifelhaft daher Oppermann (Fn. 29), § 6 Rn. 36.

123 R. Uerpmann-Witzack, Doppelter Grundrechtsschutz für die zukünftige Europäische Union, DÖV 2005, S. 152 (155 f.); J. F. Lindner, Fortschritte und Defizite im EU-Grundrechtsschutz, ZRP 2007, S. 54 (56).

124 Derartige Unterschiede sind in der Praxis gelegentlich vorgekommen (vgl. EuGH, Urt. v. 21.9.1989, verb. Rs. 46/87 und 22/88 [Hoechst], Slg 1989, 2859, Rn. 7 f., und EGMR, Urt. v. 16.12.1992, Nr. 72/1991/324/396 [Niemietz], NJW 1993, S. 718, Rn. 28 f.), wobei sich diese Divergenzen darauf zurückführen ließen, dass der EuGH zeitlich vor dem EGMR entschieden hat. Insgesamt bemüht sich die Gemeinschaftgerichtsbarkeit sehr um Achtung der EMRK und überträgt Straßburger Fortentwicklungen in ihre eigene Rechtsprechung, notfalls durch Korrektur älterer Entscheidungslinien (vgl. EuGH, Urt. v. 22.10.2002, Rs. C-94/00 [Roquette Frères], Slg. 2002, I-9011, Rn. 29).

125 Anders als beim GATT 1947 ist die EG von den übrigen Vertragspartnern der EMRK oder des Europaratess niemals als Quasi-Vertragspartei anerkannt worden. Daher fehlen wesentliche Begründungselemente, die der EuGH für eine Funktionsnachfolge in dem Fall *International Fruit Company* (EuGH, Urt. v. 12.12.1972, verb. Rs. 21 bis 24/72, Slg. 1972, 1219) aufgestellt hat. So auch Rengeling/Szczekalla (Fn. 70), S. 100 m.w.N.

126 Art. I-9 Abs. 2 des Verfassungsvertrags sah einen Beitritt der Union zur EMRK vor. Zu einem möglichen Beitritt nach Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon vgl. Fn. 161.

127 EuGH, Gutachten v. 28.3.1996, Rs. 2/94 (EMRK-Beitritt), Slg. 1996, I-1759, Rn. 35. Kritisch G. Ress, Menschenrechte, europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht, in: H. Haller (Hrsg.), Festschrift für G. Winkler, 1997, S. 897 (927).

128 Protokoll Nr. 14 vom 13.5.2004, BGBl. 2006 II S. 138.

129 Vgl. die Dokumentation zur russischen Blockade des EMRK-Protokolls Nr. 14 in: EuGRZ 2007, S. 507 f.

b) *Mittelbare verfahrensrechtliche Kontrolle des primären Gemeinschaftsrechts durch den EGMR*

Gleichwohl hält der EGMR seit 1999 Beschwerden gegen Vertragsparteien für zulässig, die dem Sinn nach mit der Behauptung erhoben werden, die betroffene Vertragspartei habe durch die Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation und der damit verbundenen Übertragung von Kompetenzen ihre Pflichten aus der Konvention verletzt. Nach Ansicht des Menschenrechtsgerichtshofs dürfen sich die Konventionsstaaten ihrer Verpflichtungen aus der EMRK und ihrer Protokolle nicht dadurch entziehen, dass sie Hoheitsfunktionen auf eine internationale Organisation übertragen, die ihrerseits nicht der Kontrolle des EGMR unterliegt und nicht zumindest einen vergleichbaren Rechtsschutz gewährleistet.¹³⁰ Die Vertragsstaaten bleiben dafür verantwortlich, dass sie ihre Hoheitsgewalt EMRK-konform organisieren (Art. 1 EMRK). Diese Bedingung wendet der Straßburger Gerichtshof nicht nur in Bezug auf die Übertragung von Hoheitsrechten auf „klassische“ internationale Organisationen – wie etwa die „European Space Agency“ – an,¹³¹ sondern erstreckt sie zu Recht auch auf die supranational organisierte Gemeinschaft, die der Sache nach eine „Organisationsform der gemeinsamen mittelbaren Staatsverwaltung“ darstellt.¹³² In der „Matthews“-Entscheidung hat der EGMR erstmals deutlich gemacht, dass er gewillt ist, die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft für Grundrechtsverletzungen zur Verantwortung zu ziehen, die aus primärem oder primärrechtsgleichem Recht, also jedenfalls von den Mitgliedstaaten selbst geschaffenen Gemeinschaftsrecht resultieren.¹³³

c) *Der „Solange-Vorbehalt“ des EGMR gegenüber der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit*

Ob der EGMR darüber hinaus auch Konventionsverstöße der Mitgliedstaaten annehmen würde, wenn Sekundärrechtsakte, also organgeschaffenes Recht, nicht im Einklang mit der EMRK stehen, war über lange Zeit Gegenstand von Spekulationen. Weder im Fall „*Senator Lines*“ (2003) noch im Fall „*Emesa Sugar*“ (2005) hat der Gerichtshof zu dieser Frage Stellung genommen. Im Fall „*Senator Lines*“ hat der EGMR die bei ihm anhängige Individualbeschwerde gegen alle damaligen 15 Mitgliedstaaten mangels Beschwer für unzulässig erklärt,¹³⁴ nachdem die EG-Kommission nach der Beschwerdeerhebung zunächst versprochen

130 EGMR, Urt. v. 18.2.1999 (Waite and Kennedy), Nr. 26083/94, EuGRZ 1999, S. 207, Rn. 67; Urt. v. 18.2.1999 (Beer und Regan), Nr. 28934/95, Rn. 57. Vgl. auch EGMR, Urt. v. 18.2.1999 (Matthews), Nr. 24833/94, EuGRZ 1999, S. 308, Rn. 26 f., Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Bosphorus), NJW 2006, S. 197, Rn. 153 f.

131 EuGH, Urt. v. 18.2.1999 (Waite and Kennedy), Nr. 26083/94, EuGRZ 1999, S. 207, Rn. 67; Urt. v. 18.2.1999 (Beer und Regan), Nr. 28934/95, Rn. 57.

132 Vgl. S. Winkler, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Europäische Parlament und der Schutz der Konventionsgrundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 2001, S. 18 (24 f.).

133 EGMR, Urt. v. 18.2.1999 (Matthews), Nr. 24833/94, EuGRZ 1999, S. 308, Rn. 29 ff.

134 EGMR, Entsch. v. 10.3.2004, Nr. 5667200 (Senator Lines), EuGRZ 2004, S. 279 (283 f.).

hatte, ihre angegriffene Bußgeldentscheidung in einer kartellrechtlichen Angelegenheit gegen die Firma *Senator Lines*¹³⁵ vorerst nicht zu vollstrecken, und nachdem das EuG die angegriffene Entscheidung sodann für nichtig erklärt hatte.¹³⁶ Die gegen die Niederlande gerichtete Individualbeschwerde im Fall „*Emesa Sugar*“ wegen der fehlenden Möglichkeit, in einem Verfahren vor dem EuGH auf die Schlussanträge des Generalanwalts zu erwidern,¹³⁷ wies der Menschenrechtsgerichtshof als unzulässig zurück, indem er seine Zuständigkeit *ratione materiae* verneinte.¹³⁸ Lediglich im „*Cantoni*“-Urteil des EGMR (1996) gab es erste Hinweise, wie sich der EGMR wohl zu einer Kontrolle von Gemeinschaftssekundärrecht verhalten würde. Zur Überprüfung stand damals ein französisches Strafgesetz, das in Umsetzung einer Gemeinschaftsrichtlinie den Verkauf von Arzneimitteln in einem Supermarkt unter Strafe stellte. Dass die staatliche Maßnahme auf einer gemeinschaftsrechtlichen Grundlage erfolgt war, hielt den EGMR nicht von einer vollumfänglichen Überprüfung des französischen Gesetzes ab. Vielmehr hob der EGMR hervor, der Umstand, dass die fragliche nationale Bestimmung nahezu wortgleich der umgesetzten Gemeinschaftsrichtlinie entspreche, enthebe sie nicht dem Anwendungsbereich der EMRK.¹³⁹

Erst im „*Bosphorus*“-Fall (2005) erhielt der EGMR Gelegenheit, sich der Problematik der Überprüfung von zwingendem Gemeinschaftssekundärrecht erneut und ausführlich anzunehmen. Der Straßburger Gerichtshof nimmt seine Kontrollbefugnis im Verhältnis zur Gemeinschaftsgerichtsbarkeit mit der Begründung zurück, dass staatliches Handeln in strikter Erfüllung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen – etwa beim Vollzug einer EG-Verordnung, die dem Mitgliedstaat keinen eigenen Handlungsspielraum belässt¹⁴⁰ – so lange gerechtfertigt ist, wie die EG die Grundrechte nicht nur in ihrem materiellen Gehalt, sondern auch prozessual in einer der EMRK gleichwertigen Weise schützt.¹⁴¹

Mit diesem Urteil unternimmt der EGMR ersichtlich den Versuch, sein Verhältnis zum EuGH in einer Weise zu klären, die Ähnlichkeiten zur „*Solange-II*“-Judikatur des BVerfG aufweist. Ebenso wie das BVerfG verlangt auch der „*Solange-Vorbehalt*“ des EGMR lediglich einen äquivalenten Grundrechtschutz der Organisation, auf die Hoheitsgewalt übertragen worden ist. Der Straßburger Ge-

135 Vgl. Art. 8 der Entscheidung 1999/243/EG der Kommission v. 16.9.1998 in einem Verfahren nach Art. 85 und Art. 86 EGV (Sache IV/35.134) (Trans-Atlantic Conference Agreement), ABl. EG 1999, Nr. L 95/1.

136 EuG, Urt. v. 30.9.2003, verb. Rs. T-191/98, T-212/98 bis T-214/98 (Atlantic Container Line AB), Slg. 2003, II-3275.

137 Vgl. EuGH, Beschl. v. 4.2.2000, Rs. C-17/98 (*Emesa Sugar*), Slg. 2000, I-665.

138 EGMR, Urt. v. 13.1.2005, Nr. 62023/00 (*Emesa Sugar*), EuGRZ 2005, S. 234 ff.

139 EGMR, Urt. v. 15.11.1996, Nr. 17862/91 (*Cantoni*), EuGRZ 1999, S. 193 (197).

140 Die irische Beschlagnahme der beiden türkischen Flugzeuge auf dem Flughafen von Dublin war kein Ergebnis einer Ermessensausübung der irischen Behörden, sondern lief auf die Einhaltung der rechtlichen Verpflichtungen des irischen Staates hinaus, die sich aus dem EG-Recht und insbesondere aus der Verordnung (EWG) Nr. 990/93 ergaben, vgl. EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (*Bosphorus*), NJW 2006, S. 197, Rn. 148.

141 EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (*Bosphorus*), NJW 2006, S. 197, Rn. 155. Ähnlich bereits EKMR, Entschr. v. 9.2.1990 (Melchers & Co), Nr. 13258/87, DR 64, S. 138 (145 f.).

richtshof betont dabei, dass „gleichwertig“ die Bedeutung von „vergleichbar“ habe, nicht jedoch „identisch“ meine.¹⁴² Einen identischen Grundrechtsschutz zu verlangen, würde dem Interesse an einer Zusammenarbeit im Rahmen einer internationalen Organisation zuwider laufen. Eine einmal getroffene Feststellung der Gleichwertigkeit sei aber keineswegs endgültig, sondern unterliege ständiger Überprüfung im Lichte späterer relevanter Veränderungen des Grundrechtsschutzes.¹⁴³ Auch hier findet sich im Ansatz eine Parallele zur „Solange II“-Rechtsprechung des BVerfG, das die Feststellung des gleichwertigen Grundrechtschutzes auf Gemeinschaftsebene ebenfalls nicht statisch fixiert.¹⁴⁴

Anders als das BVerfG, das seine Kontrollkompetenz gegenüber sekundärem Gemeinschaftsrecht und nationalen Maßnahmen, die zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts umsetzen, generell zurückhält und für das Aufleben seiner „Reservekompetenz“ äußerst hohe Anforderungen stellt,¹⁴⁵ behält sich der EGMR jedoch eine Einzelfallkontrolle auf der Begründetheitsebene vor.¹⁴⁶ Nach Ansicht des EGMR kann die Vermutung eines vergleichbaren Grundrechtsschutzes widerlegt werden, wenn in einem bestimmten Fall anzunehmen ist, dass der Schutz der Konventionsrechte offensichtlich unzureichend garantiert wird. Dann muss das Interesse an der Zusammenarbeit auf der Gemeinschaftsebene wegen der Rolle der EMRK als „Verfassungsinstrument des europäischen ordre public“ im Bereich der Menschenrechte zurückstehen.¹⁴⁷

Ein Motiv für die Zurücknahme seiner Jurisdiktionsgewalt mag darin liegen, dass sich der Straßburger Gerichtshof drückender Arbeitslast zu entledigen suchte.¹⁴⁸ Vor allem aber ist die prinzipielle Kontrollreduktion dem Umstand geschuldet, dass Gemeinschaft die EMRK nicht ratifiziert hat,¹⁴⁹ Gemeinschaftssekundärrecht als solches von „Straßburg“ also nicht unmittelbar auf seine Konventionskonformität überprüft werden kann. Deshalb knüpft der EGMR – ebenso wie er dies

142 EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Bosphorus), NJW 2006, S. 197, Rn. 155.

143 EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Bosphorus), NJW 2006, S. 197, Rn. 155.

144 Vgl. nur BVerGE 102, 147 (164), sowie Ch. Hillgruber, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/A. Hopfauf (Hrsg.), Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 23 Rn. 14.

145 Vgl. BVerGE 73, 339 (387); 102, 147 (162 ff.), sowie BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007, 1 BvF 1/05, Rn. 69.

146 Dies unterscheidet die „Bosphorus“-Rechtsprechung auch von der „Melchers & Co“-Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR). Dort hatte die EKMR eine gegen Deutschland erhobene Beschwerde wegen einer durch deutsche Behörden vorgenommenen Vollstreckung eines Bußgeldbescheides der EG-Kommission, dessen Rechtmäßigkeit zuvor vom EuGH festgestellt worden war (vgl. EuGH, Urt. v. 7.6.1983, verb. Rs. 100-103/80 [Musique Diffusion Française], Slg. 1983, 1825), *ratione materiae* für unzulässig erklärt. Es sei mit der Konvention vereinbar, Hoheitsrechte auf eine internationale Organisation zu übertragen, sofern die Grundrechte im Rahmen dieser Organisation einen gleichwertigen Schutz erhalten. Dann könne von deren Mitgliedstaaten nicht verlangt werden, beim Vollzug von Recht dieser Organisation in jedem Einzelfall zu überprüfen, ob der garantierte Grundrechtsschutz ausreichend sei, vgl. EKMR, Entschr. v. 9.2.1990, Nr. 13258/87 (Melchers & Co), DR 64, S. 138 (145 f.).

147 EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Bosphorus), NJW 2006, S. 197, Rn. 156. Freilich besteht nunmehr die Option, Individualbeschwerden wegen offensichtlicher Unbegründetheit gemäß Art. 35 Abs. 3 EMRK als unzulässig abzuweisen, vgl. A. Haratsch, Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, ZáÖRV 66 (2006), S. 927 (945).

148 Allein im Jahr 2006 wurden in Straßburg mehr als 50.000 Individualbeschwerden eingereicht, vgl. Registry of the European Court of Human Rights, Survey of Activities 2006, Straßburg 2007, S. 36 f.

149 Vgl. EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Bosphorus), NJW 2006, S. 197, Rn. 152.

bereits in seinem früheren „*Cantoni*“-Urteil getan hat¹⁵⁰ – auch im *Bosphorus*-Urteil an den mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt an.¹⁵¹ Im Unterschied zu „*Cantoni*“ differenziert er nunmehr aber danach, ob dem betreffenden Staat bei der Umsetzung oder Durchführung von Gemeinschaftsrecht ein Handlungsspielraum verbleibt.¹⁵² Die vermutete Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen gilt nur, sofern diese Maßnahmen in Befolgung einer strikten gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung vorgenommen werden. Besitzt ein Mitgliedstaat hingegen Handlungsalternativen, wie etwa bei der Umsetzung von nicht zwingenden Klauseln einer Richtlinie, unterliegen solche Maßnahmen nach wie vor der vollumfänglichen Kontrolle durch den EGMR.¹⁵³ Dies erinnert an die jüngste Rechtsprechung des BVerfG zur Grundrechtsbindung bei der nationalen Richtlinienumsetzung, wonach eine Überprüfung von Maßnahmen deutscher Hoheitsgewalt am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes nur erfolgt, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume beläßt.¹⁵⁴

Damit erhalten die Mitgliedstaaten der EU im Ergebnis zwar insofern einen „Grundrechtsrabatt“ gegenüber den Nicht-EU-Mitgliedern, als ihre in Umsetzung von zwingendem Gemeinschaftsrecht ergehenden Maßnahmen nicht mehr in jedem Fall einer eingehenden Überprüfung durch den EGMR unterzogen werden.¹⁵⁵ Diese „Rabatt“-Gewährung ist jedoch vor dem Hintergrund unvermeidlich, dass die Konvention ihren Vertragsstaaten die Übertragung von Hoheitsrechten erlaubt. Deshalb muss auch die Auslegung der Konvention die wachsende Bedeutung internationaler Kooperation sowie in der Folge das Bedürfnis nach einem ordnungsgemäßen Funktionieren solcher Organisationen berücksichtigen.¹⁵⁶

Nicht unproblematisch ist hingegen, dass es in der „*Bosphorus*“-Entscheidung an Kriterien mangelt, wann von einem offensichtlich ungenügenden materiellen Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene auszugehen ist.¹⁵⁷ Auch der in die-

150 EGMR, Urt. v. 15.11.1996, Nr. 17862/91 (*Cantoni*), EuGRZ 1999, S. 193 (197).

151 Da erst der nationale Hoheitsakt den mittelbaren Zugriff des EGMR auf das Gemeinschaftssekundärrecht ermöglicht, muss auch ein Konventionsverstoß, mag er auch auf einem Organhandeln beruhen, sich in irgend einer Weise in dem nationalen Hoheitsakt manifestieren, vgl. M. Breuer, Offene Fragen im Verhältnis von EGMR und EuGH, EuGRZ 2005, S. 229 (232 f.).

152 Breuer (Fn. 151), S. 231; Haratsch (Fn. 147), S. 932; weniger deutlich noch S. Winkler, Der EGMR zum innerstaatlich und gemeinschaftsrechtlich (RL 65/65/EWG) definierten Arzneimittelbegriff beim Apothekenmonopol, EuGRZ 1999, S. 181 (182); N. Lavranos, Das So-Lange-Prinzip im Verhältnis von EGMR und EuGH, EuR 2006, S. 79 (82 f.).

153 EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (*Bosphorus*), NJW 2006, S. 197, Rn. 147.

154 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007, I BvF 1/05, Rn. 71.

155 Vgl. Sondervotum des Richters Ress zum „*Bosphorus*“-Urteil, Rn. 4; J. Bröhmer, Die *Bosphorus*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuZW 2006, S. 71 (73).

156 EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (*Bosphorus*), NJW 2006, S. 197, Rn. 150. Zu skeptisch S. Winkler, Die Vermutung des „äquivalenten“ Grundrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht nach dem *Bosphorus*-Urteil des EGMR, EuGRZ 2007, S. 641 (648).

157 Kritisch Ch. Heer-Reißmann, Straßburg oder Luxemburg?, NJW 2006, S. 192 (194). Immerhin versucht Richter Ress in seinem Sondervotum zum „*Bosphorus*“-Urteil (Rn. 3) eine Festlegung von Kriterien. Seiner Ansicht nach muss eine solche Mangelhaftigkeit jedenfalls angenommen werden, wenn die Gemeinschaftsorgane von der Rechtsprechung des EGMR im Ergebnis abweichen.

sem Rahmen geäußerte Vorwurf, der gemeinschaftliche Grundrechtsschutz sei schon deshalb lückenhaft, weil im Rahmen der Untätigkeits- und der Nichtigkeitsklage Individuen nur eingeschränkt klageberechtigt sind¹⁵⁸ und diese vom EuGH¹⁵⁹ auf den teilweise unsicheren nationalen Rechtsschutzweg verwiesen werden,¹⁶⁰ ist nicht unberechtigt. Allerdings handelt es sich hierbei jeweils um Kritikpunkte, die nicht nur gegenüber dem Straßburger „Solange-Vorbehalt“, sondern in gleichem Maße auch gegenüber dem Karlsruher „Solange II-Vorbehalt“ angebracht werden können, der ja ebenfalls „offen“ formuliert ist. Der tiefere Grund dafür, dass beide Gerichte (EGMR und BVerfG) mit ihren „Solange-Vorbehalten“ der Gemeinschaft einen erheblichen Vertrauensvorschuss in Grundrechtsfragen zugestehen, liegt darin, dass anderenfalls das Risiko einer Fragmentierung der Gemeinschaftsrechtsordnung nahe läge.

Tritt eine künftige Union der EMRK bei – wie dies der Reformvertrag von Lissabon 2007 erwarten lässt –¹⁶¹ wird der „Bosphorus-Vorbehalt“ freilich obsolet. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht sowie die durch dieses zwingend induzierten mitgliedstaatlichen Maßnahmen unterliegen dann der umfassenden Kontrolle durch den EGMR. Ebenso wenig wie ein „Solange-Vorbehalt“ – aus der Perspektive der EMRK – zugunsten eines vermeintlich gleichwertigen nationalen Grundrechtsschutzes bestehen kann, wäre dann ein Vorbehalt zugunsten der Unionsrechtsordnung und des EuGH zulässig.¹⁶²

d) Der „Verfassungsvorbehalt“ des BVerfG gegenüber dem EGMR

Mit dieser Sichtweise der EMRK, die jeden Konventionsstaat zu konventionskonformen Handeln und damit auch auf die Urteile des Straßburger Gerichtshofs verpflichtet,¹⁶³ steht schließlich der „Görgülü“-Beschluss des BVerfG aus dem Jahre 2004 in einem gewissen Spannungsverhältnis. Dort hat der Zweite Senat

158 Vgl. etwa Richter Ress in seinem Sondervotum zur „Bosphorus“-Entscheidung (Rn. 2), sowie G. Schohe, Das Urteil Bosphorus: Zum Unbehagen gegenüber dem Grundrechtsschutz durch die Gemeinschaft, EuZW 2006, S. 33.

159 Vgl. EuGH, Urt. v. 1.4.2004, Rs. C-263/02 P (Jégo-Quéré), Slg. 2004, I-3425, Rn. 29 ff.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, I-6677, Rn. 36 ff.

160 So mit Recht Lindner (Fn. 123), S. 57; M. Nettesheim, Effektive Rechtsschutzwährleistung im arbeitsteiligen System europäischen Rechtsschutzes, JZ 2002, S. 928 (933). A.A. K. Schiemann, Zulässigkeitsanforderungen bei Individualrechtsbehelfen, EuGRZ 2006, S. 507 (508); C.D. Classen, Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverbund, JZ 2006, S. 157 (160).

161 Nach dem Reformvertrag von Lissabon 2007 wird die Beitrittsklausel zur EMRK voraussichtlich in Art. 6 Abs. 2 EUV festgeschrieben, vgl. EU-Dok. CIG 14/07 v. 3.12.2007. Auch der Verfassungsvertrag sah in Art. I-9 Abs. 2 eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für einen Beitritt zur EMRK vor.

162 Haratsch (Fn. 147), S. 946; so wohl auch L. Scheeck, The Relationship between European Courts and Integration through Human Rights, ZAöRV 65 (2005), S. 837 (862 f.); Schon aus diesem Grund kann übrigens die in der Literatur gelegentlich angestellte Erwägung, dass der EuGH eine andere internationale Untersuchungsinstanz im Sinne von Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK mit der Folge einer sog. Litispendenz sei (so etwa Bröhmer [Fn. 155], S. 76), nicht überzeugen.

163 Die Lehre unterscheidet gemeinhin zwischen Rechtskraft und Orientierungswirkung von Straßburger Entscheidungen, vgl. G. Ress, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, S. 350 ff.; Grabenwarter (Fn. 9), § 16 Rn. 2, 9, E. Pache, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, EuR 2004, S. 393 (403 ff.).

festgestellt, dass das Grundgesetz zwar die Berücksichtigung der Menschenrechtskonvention im innerstaatlichen Rechtsraum gebiete, nicht aber auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität verzichte.¹⁶⁴

Gegen diese Aussage ist insoweit nichts zu erinnern, als die Konvention und ihre Protokolle in Deutschland im Rang eines einfachen Bundesgesetzes stehen und Verfassungsrecht nicht verdrängen können.¹⁶⁵ Ob aber deshalb auch die nationalen Verfassungsgerichte dafür zuständig bleiben, die Wirkung eines Konventionsrechts in der Auslegung durch „Straßburg“ in der nationalen Rechtsordnung in jedem Einzelfall zu überprüfen, erscheint zweifelhaft.¹⁶⁶ Jedenfalls ist eine Kollision der EMRK mit dem Grundgesetz nicht schon dann gegeben, wenn der EGMR im Rahmen einer Güterabwägung eine andere Wertung trifft als das BVerfG.¹⁶⁷ Es gehört vielmehr zum Wesen der Kasuistik, die mit unbestimmten Rechtsbegriffen und bipolaren Grundrechtsverhältnissen auf der Abwägungsebene operiert, mit dem einen oder dem anderen Wertungsergebnis betrieben zu werden, ohne dass rechtliche Mängel zu Tage träten.¹⁶⁸

¹⁶⁴ BVerfGE 111, 307 (319).

¹⁶⁵ Wissenschaftliche Ansätze, den Normen der EMRK im deutschen Rechtsraum Vorrang vor oder wenigstens gleichen Rang zum Verfassungsrecht zuzuerkennen (vgl. nur *G. Ress*, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: *W. Fürst* [Hrsg.], Festschrift für *W. Zeidler*, Bd. II, 1987, S. 1775 (1790 ff.); *J. A. Frowein*, Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, ebd., S. 1763 (1770); *F. Hoffmeister*, Die EMRK als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, *Der Staat* 40 [2001], S. 349 [364 ff.]; *Ch. Walter*, Die EMRK als Konstitutionalisierungsprozeß, *ZaöRV* 59 [1999], S. 961 [972 ff.]), haben sich bislang nicht durchgesetzt. – Auch soweit in der EMRK enthaltene Garantien zugleich völkergewohnheitsrechtlich gelten, gehen sie in ihrer Geltung als (regionales) Völkergewohnheitsrecht den Bundesgesetzen gemäß Art. 25 GG vor, ohne den Rang von Verfassungsrecht einzunehmen, vgl. *R. Uerpman*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 64, 78 ff. Weiter gehend: *Th. Giegerich*, Die Verfassungsbeschwerde an der Schnittstelle von deutschem, internationalem und supranationalem Recht, in: *Ch. Grabenwarter* u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, S. 101 (113).

¹⁶⁶ *A.A. Hoffmann-Riem* (Fn. 6), S. 478.

¹⁶⁷ Wie hier etwa *E. Klein*, Anmerkung, *JZ* 2004, S. 1176 (1178); *M. Breuer*, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du's mit Straßburg?, *NVwZ* 2005, S. 412 (414); *St. Schmahl*, Europäischer und internationaler Menschenrechtsschutz: Die Beachtlichkeit des Völkerrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung, in: *Jahrbuch des Föderalismus* 2005, S. 290 (295). Andere Akzentuierung bei *Ch. Grabenwarter*, Das mehrpolige Grundrechtsverhältnis im Spannungsfeld zwischen europäischem Menschenrechtsschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *P.-M. Dupuy* u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ch. Tomuschat*, 2006, S. 193 ff.

¹⁶⁸ Ähnlich *B. Schlink*, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, *JZ* 2007, S. 157 (158).

III. Das Dreiecksverhältnis in dogmatisch-normhierarchischer Perspektive

Das im Wege der chronologisch-kasuistischen Betrachtung dargestellte europäische Grundrechtsschutzmosaik lässt sich auch dogmatisch einfangen:

1. Der nationale Grundrechtsschutz im Verhältnis zum gemeinschaftlichen Grundrechtsschutz

Bekanntlich erfolgt die Gründung internationaler Organisationen durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die, um in Deutschland innerstaatlich verbindlich zu werden, eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bedürfen. Dieses Erfordernis trifft auch auf die Gründungsverträge der supranational organisierten Europäischen Gemeinschaften sowie alle Änderungsverträge zu. Ohnehin gestattet das Grundgesetz im Interesse demokratischer Mitwirkung die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen nur im Wege eines formellen Bundesgesetzes,¹⁶⁹ das im Falle der europäischen Integration zudem bestimmten zusätzlichen Anforderungen genügen muss (Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3 GG). Diese in Art. 23 GG niedergelegte und auf das Volk als Legitimationssubjekt zurückführbare Integrationsgewalt ermöglicht eine Öffnung der nationalen Rechtsordnung, so dass der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich des Grundgesetzes zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts insoweit Raum gelassen wird.¹⁷⁰ Der den Staat umgebende Souveränitätspanzer¹⁷¹ wird infolge der Übertragung von Hoheitsrechten teilweise geöffnet, um das Recht der Gemeinschaft in Deutschland zur Anwendung kommen zu lassen.¹⁷² Im Umfang des Übertragungsakts verliert der deutsche Staat die alleinige Zuständigkeit im nationalen Hoheitsbereich; im Gegenzug erhält er Mitwirkungsbefugnisse im „Verflechtungsbereich“.¹⁷³ Bei der Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Europäische Gemeinschaft handelt es sich also zum einen um eine staatliche Delegation von Herrschaft; zum anderen manifestiert sich darin der demokratisch gebildete Wille der Bürger, im Einklang mit dem Willen der Bürger der beteiligten anderen Staaten eine gemeinsame Hoheitsgewalt auszuüben.¹⁷⁴

Art. 23 GG bietet allerdings nur eine Rechtsgrundlage für die Mitwirkung Deutschlands an einer Europäischen Union, die demokratischen, rechtsstaatli-

169 A. Haratsch/Ch. Koenig/M. Pechstein, Europarecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 138; Hillgruber (Fn. 144), Art. 23 Rn. 22.

170 BVerfGE 37, 271 (280); 73, 339 (375).

171 Zum Begriff A. Bleckmann, Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, S. 57.

172 BVerfGE 37, 271 (277 f.).

173 R. Grawert, Der Deutschen supranationaler Nationalstaat, in: ders. u.a. (Hrsg.), Festschrift für E.-W. Böckenförde, 1995, S. 125 (142).

174 I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 148 (166 f.), m.w.N.

chen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG). Hinzu kommt, dass die Identität der Verfassungsordnung der Bundesrepublik und die sie konstituierenden Strukturen auch bei einer Einräumung von Hoheitsrechten (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG) nicht aufgegeben werden dürfen.¹⁷⁵ Die Verfassungsbestandsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG schreibt diese Beschränkung der Integrationsgewalt ausdrücklich fest. Damit enthält Art. 79 Abs. 3 GG zugunsten der vom Grundgesetz aufgestellten Staatsstrukturprinzipien eine im europäischen Integrationsprozess nicht zu verhandelnde, also absolute Schranke beim Ausbau von Union und Gemeinschaften.¹⁷⁶

Darüber hinaus hat das BVerfG in seinem „Maastricht“-Urteil ausgeführt, dass es sich eine Kontrolle darüber vorbehalte, ob die Rechtsakte der Gemeinschaft tatsächlich noch von den jeweiligen innerstaatlichen Zustimmungs- und Übertragungsgesetzen zu den Gemeinschaftsverträgen gedeckt seien.¹⁷⁷ Würde sich das Sekundärrecht jenseits der konsentierten Grundlagen und damit jenseits des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EGV) bewegen, wären die deutschen Staatsorgane gehindert, diese „ausbrechenden“ Rechtsakte anzuwenden. Diesen Ausführungen liegt die sog. Brückentheorie zugrunde.¹⁷⁸ Das von den Gemeinschaftsorganen erlassene Recht dringt danach über die transmittierende Brücke des Zustimmungsgesetzes in die deutsche Rechtsordnung ein und gewinnt dadurch seinen Anwendungsvorrang vor innerstaatlichem Recht. Dort, wo diese Brücke nicht trage, weil es sich um einen „ultra vires“-Akt handele, entfalte das Gemeinschaftsrecht in Deutschland keine Rechtsverbindlichkeit.¹⁷⁹

Diese Aussage steht in einem Spannungsverhältnis zu Art. 220 EGV, wonach der EuGH von allen Mitgliedstaaten der Union mit der Aufgabe betraut ist, verbindlich über Gültigkeit und Anwendbarkeit von gemeinschaftlichen Sekundärrechtsakten zu wachen.¹⁸⁰ Die Übertragung dieser Rechtsprechungsfunktion auf den EuGH nimmt die Möglichkeit einer fehlerhaften Auslegung der vertraglichen Grundlagen durch diesen Gerichtshof in Kauf.¹⁸¹ Dies gilt einmal mehr, als die Feststellung einer Verletzung primärrechtlicher Vorgaben – je nach eingenomme-

175 BVerfGE 73, 339 (375 f.); 89, 155 (187).

176 BVerfGE 89, 155 (179); *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 169), Rn. 141; *Huber* (Fn. 24), S. 37 f.; *Hillgruber* (Fn. 144), Art. 23 Rn. 29.

177 BVerfGE 89, 155 (188, 210).

178 Vgl. *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: ders./J. Isensee (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 1992, § 183 Rn. 63 f.; ders., Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, S. 965 (966).

179 BVerfGE 89, 155 (188). Ähnlich bereits BVerfGE 75, 223 (242). Kritisch *G. C. Rodriguez Iglesias*, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 1996, S. 125 (127).

180 Vgl. *F. C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 113 ff. m.w.N.

181 *Klein* (Fn. 14), S. 66 f.; *Dörr* (Fn. 4), S. 1095 f.; *Ress* (Fn. 127), S. 904 f.; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 169), Rn. 143. A.A. *Hillgruber* (Fn. 144), Art. 23 Rn. 32.

ner Perspektive – durchaus umstritten sein kann.¹⁸² In letzter Konsequenz würde die „Maastricht“-Rechtsprechung des BVerfG die Anwendbarkeit eines Gemeinschaftsaktes von der Entscheidung eines einzelnen Mitgliedstaates abhängig machen und die Einheit des Gemeinschaftsrechts gefährden. Daher erstreckt sich die Kontrollbefugnis des BVerfG prinzipiell lediglich darauf, ob die Bundesrepublik Deutschland die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Gemeinschaft eingehalten hat. Nur wenn eine Einschätzung des EuGH über die Gültigkeit eines sekundären Gemeinschaftsaktes derart krass rechtswidrig ist, also die Aufgaben und Befugnisse nach Art. 220 EGV so schwerwiegend und offensichtlich überschreitet, dass das damit behaftete Handeln überhaupt nicht mehr auf das Primärrecht zurückzuführen ist und zugleich integrationsfeste Staatsstrukturprinzipien verletzt werden, darf die Bundesrepublik Deutschland der Judikatur des EuGH (ausnahmsweise) die Gefolgschaft versagen.¹⁸³ Auch dieser Rechtsumstand spiegelt sich verfassungsrechtlich in der Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG wider.¹⁸⁴ Der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Identitätsvorbehalt stellt deshalb die Grenze der Kontrollbefugnis des BVerfG auch im Blick auf Grundrechtsfragen dar. Solange auf Gemeinschaftsebene ein dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet ist, ruht insoweit der Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland.

2. Der nationale Grundrechtsschutz im Verhältnis zum unionalen Grundrechtsschutz

Eine Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art. 23 Abs. 1 GG ist jedoch nur in der ersten Säule der Union erfolgt, nicht dagegen in den beiden intergouvernementalen Unionssäulen GASP und PJSZ. Mangels Völkerrechtsubjektivität der Union steht auch kein entsprechendes Rechtssubjekt zur Verfügung; vielmehr sind die Unionsstaaten insoweit Kompetenzträger geblieben.¹⁸⁵ Gleichwohl ist das Unionsrecht – wie jeder völkerrechtliche Vertrag – über den Rechtsanwen-

¹⁸² Maßgeblich für die Bejahung eines „ausbrechenden“ Rechtsakts ist die Abgrenzung zwischen zulässiger systemimmanenter Rechtsfortbildung gegenüber kompetenzüberschreitender Rechtsfortbildung. Die Ansichten des BVerfG sind hierzu nicht durchweg konsistent, vgl. BVerfGE 75, 223 (242 f.) einerseits, BVerfGE 89, 155, Ls. 6, andererseits. Vgl. auch I. Winkelmann (Hrsg.), Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994, S. 53 f.

¹⁸³ Jarass/Beljin (Fn. 20), S. 3 m.w.N. Eine derart offensichtlich rechtswidrige Judikatur des EuGH ist indes nicht zu erwarten. Vielmehr zeigt sich, dass in ähnlicher Weise wie die „Solange I“-Entscheidung des BVerfG zur Ausbildung der Luxemburger Grundrechtsjudikatur beigetragen hat, auch auf das im „Maastricht“-Urteil verhängte Damoklesschwert in Bezug auf „ausbrechende Rechtsakte“ reagiert wird. In letzter Zeit jedenfalls profiliert sich der EuGH auffallend als Wächter des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung, vgl. nur EuGH, Gutachten v. 28.3.1996, Rs. 2/94 (EMRK-Beitritt), Slg. 1996, I-1759, Rn. 35; Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98 (Tabakwerberichtlinie), Slg. 2000, I-8419 Rn. 79 ff.; Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, I-6677, Rn. 36 ff.; Urt. v. 11.3.2003, Rs. C-186/01 (Dory), Slg. 2003, 2479, Rn. 41; sowie J. Bergmann, Das Bundesverfassungsgericht in Europa, EuGRZ 2004, S. 620 (627).

¹⁸⁴ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 169), Rn. 144.

¹⁸⁵ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 169), Rn. 139. Dies wird sich mit dem Lissabonner Vertrag voraussichtlich ändern, vgl. Art. 47 EUV in der künftigen Fassung (EU-Dok. CIG 14/07 vom 3.12.2007).

dungsbefehl des Zustimmungsgesetzes Teil der deutschen Rechtsordnung geworden und insoweit von den nationalen Behörden und Gerichten gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG bei der Anwendung des nationalen Rechts zu beachten.¹⁸⁶ Deshalb ist von einer objektiven Bindungswirkung des Unionsprimärrechts und von den auf dieser Grundlage erlassenen Sekundärrechtsakten auszugehen.¹⁸⁷

Es mag zwar ungewöhnlich erscheinen, dass ein unionaler Sekundärrechtsakt wie etwa ein Rahmenbeschluss hinsichtlich seines Ziels bindend wird, ehe er seine Billigung durch die parlamentarischen Körperschaften (vgl. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG) erfahren hat. Da aber die durch den EU-Vertrag gestellte Aufgabe nicht in genereller, sondern in spezifizierter und hinreichend präziser Form erteilt worden ist, lässt sich ohne größere Schwierigkeiten argumentieren, dass der nationale Gesetzgeber seine Zustimmung zu den verschiedenen unionalen Sekundärrechtsakten in antizipierter Form erteilt hat.¹⁸⁸ Das Handlungsprogramm, das die Vertragsschöpfer in den beiden Unionssäulen umrissen haben, entspricht genau den Anforderungen, die das BVerfG im „Maastricht“-Urteil näher definiert hat.¹⁸⁹ Solange der entscheidende demokratische Legitimierungsakt in der Billigung der Verträge durch die nationalen Parlamente gesehen wird und im Übrigen eine Ausübung öffentlicher Gewalt durch Organe akzeptiert wird, die aus demokratisch nur mittelbar legitimierten Amtswaltern zusammen gesetzt sind, kann es nicht darauf ankommen, ob eine echte Übertragung von Hoheitsrechten vorgenommen wird, oder ob eine Kompetenz für intergouvernementales Handeln begründet wird, bei dem letztlich die nationalen Legislativorgane doch noch eine – wenn auch bescheidene – Umsetzungs- und Vollzugsfunktion wahrzunehmen haben.¹⁹⁰

Vor diesem Hintergrund bestehen keine Bedenken daran, die jüngste Rechtsprechung des EuGH, die – dem in Art. 1 und Art. 3 EUV festgelegten Auftrag entsprechend – die dritte Säule in die Nähe der ersten Säule rückt,¹⁹¹ auch innerstaatlich über die Brücke des Rechtsanwendungsbefehls zu rezipieren. Damit sind unionale Sekundärrechtsakte und die darauf zwingend basierenden mitgliedstaatlichen Hoheitsakte auf die Achtung der Grundrechte der Union verpflichtet. Die nationalen Behörden und Gerichte müssen diese Rechtsakte wegen ihrer Bindung

¹⁸⁶ Ch. Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 108 ff., insbes. S. 111.

¹⁸⁷ M. Wasmeier, in: H. von der Groeben/J. Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 34 EU Rn. 11.

¹⁸⁸ Zutreffend Ch. Tomuschat, Ungereimtes: Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl, EuGRZ 2005, S. 453 (456).

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (181 ff., 187). Hierauf weist das Sondervotum der Richterin Lübbe-Wolff, BVerfGE 113, 273, 327 (336), zutreffend hin.

¹⁹⁰ Tomuschat (Fn. 188), S. 456.

¹⁹¹ Vgl. Fn. 87 bis Fn. 89.

an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) deshalb im Lichte der Unionsgrundrechte auslegen.¹⁹²

3. Der nationale Grundrechtsschutz im Verhältnis zur Europäischen Menschenrechtskonvention

Eine ähnliche Argumentation kann in Bezug auf die nationale Grundrechtssphäre im Verhältnis zur EMRK in Ansatz gebracht werden. Auch die EMRK beruht in Deutschland auf dem im Grundgesetz formulierten Rechtsanwendungsbefehl. Damit dringen auch die Judikate des EGMR, die die Konvention verbindlich auslegen (vgl. Art. 46 EMRK), über den Transmissionsriemen des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG in die deutsche Rechtsordnung ein. Die EMRK-Rechte in der Auslegung durch den Straßburger Gerichtshof genießen zwar keinen Vorrang vor innerstaatlichen Grundrechten, sie sind jedoch – da der *lex posterior*-Grundsatz in Bezug auf die EMRK nicht verfängt¹⁹³ – vorrangig vor jedem Gesetzesrecht des Bundes zu beachten.¹⁹⁴ Klarsichtig hat das Kammergericht Berlin in seinem „Grönemeyer“-Urteil vom 29. Oktober 2004 festgestellt, dass deshalb auch die einfachgesetzliche Norm des § 31 Abs. 1 BVerfGG wie jedes andere Bundesgesetz konventionskonform ausgelegt werden muss.¹⁹⁵ Die Grenze dieser innerstaatlichen Beachtungspflicht ist erst dort zu ziehen, wo Straßburger Urteile zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führen.¹⁹⁶ Dies aber ist nur der Fall, wenn der Straßburger Gerichtshof eine Entscheidung fällt, in der der zugrunde liegende Sachverhalt oder der rechtliche Rahmen einer nationalen Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung eklatant fehlerhaft eingeordnet wird.¹⁹⁷

Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Einwirkung der EMRK durch die unionsrechtliche Überformung verstärkt wird. Als inhaltliches Element der Gemein-

¹⁹² So hätte das BVerfG in seinem Verfahren zum „Europäischen Haftbefehlsgesetz“ zumindest auch prüfen müssen, ob eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung des nationalen Rechts in Betracht kommt, um einen möglichst unionsrechtnahen Rechtszustand herzustellen, vgl. die Sondervoten der Richterin *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 113, 273, 327 (338 f.), und des Richters *Gerhardt*, BVerfGE 113, 273, 339 (347). A.A. *Klink/Proelß* (Fn. 91), S. 473.

¹⁹³ Vgl. BVerfGE 74, 358 (370); 83, 119 (128); 111, 307 (317).

¹⁹⁴ In diese Richtung bereits *Schmahl* (Fn. 78), S. 177. So wohl auch *H.-J. Papier*, Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte, EuGRZ 2006, S. 1, vgl. aber auch *id.*, S. 3. A.A. *Dörr* (Fn. 4), S. 1092.

¹⁹⁵ Vgl. KG Berlin, NJW 2005, S. 605 (607); zustimmend *J. Meyer-Ladewig*, EMRK, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 46 Rn. 20; *Mückl* (Fn. 12), S. 429; *J. Bergmann*, Dienen dreier Herren?, EuR 2006, S. 101 (114); ablehnend *St. Engels/U. Jürgens*, Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz, NJW 2007, S. 2517 (2520).

¹⁹⁶ Vgl. BVerfGE 74, 358 (370). Vgl. auch BVerfGE 111, 307 (329).

¹⁹⁷ Vgl. K. *Grupp/U. Stelkens*, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung des deutschen Rechts, DVBl. 2005, S. 133 (142). Im Ansatz ähnlich *Th. Buß*, Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK, DÖV 1998, S. 323 (329 f.).

schaftsgrundrechte (Art. 6 Abs. 2 EUV) hat sie an deren Vorrangwirkung teil.¹⁹⁸ Dies ist für das innerstaatliche Recht dann bedeutsam, wenn die Gemeinschaftsgrundrechte mitgliedstaatliches Handeln binden.¹⁹⁹ Auch die Straßburger Rechtsprechung wird (mangels Beitritts der Gemeinschaft zur Konvention) von diesem Vorrang zwar nicht unmittelbar, aber doch indirekt erfasst. Tritt die Union eines Tages der EMRK bei, dann wird die zur Konvention ergangene Straßburger Judikatur auch formal zum vorrangigen Bindungsmaßstab,²⁰⁰ wobei hier dahin gestellt bleiben kann, ob sie wegen Art. 6 Abs. 2 EUV zum Primärrecht zählt oder auf der Grundlage von Art. 300 Abs. 7 EGV zwischen dem gemeinschaftlichen Primär- und Sekundärrecht anzusiedeln ist.²⁰¹

IV. Fazit

Sowohl die nationale als auch die gemeinschaftliche Grundrechtsordnung haben vor allem den Sinn, die Kompetenzausübung derjenigen Organe zu binden, die durch die jeweilige Rechtsordnung begründet worden sind.²⁰² Demgegenüber kommt der EMRK eine andere Aufgabe zu: Die Konvention ist mehr als nur ein gewöhnlicher völkerrechtlicher Vertrag; sie begrenzt die Staatsgewalt im Interesse individueller Freiheit, Gleichheit und letztlich der Menschenwürde. Diese Hochzonierung einer zentralen Verfassungsfunktion auf die überstaatliche Ebene und die damit einhergehende Relativierung der staatlichen Souveränität ist Ergebnis geschichtlicher Erfahrung. Die EMRK und ihr Rechtsschutzmechanismus sind als Reaktion insbesondere auf vorherige deutsche Unrechtsherrschaft geschaffen worden, als *ultima ratio* für den einzelnen Bürger – eben weil staatlicher Grundrechtsschutz defizitär sein kann.²⁰³

Seit Anbeginn erfüllt der Straßburger Gerichtshof daher eine andere Funktion als der EuGH und die nationalen Verfassungsgerichte, die – gleichsam als „Selbstreinigungskräfte“ – in jeweils ihrem eigenen System und ihrer eigenen Ordnung,

198 Ch. Langenfeld, Die Stellung der EMRK im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: J. Bröhmer (Hrsg.), Der Grundrechtsschutz in Europa, 2002, S. 95 (97). A. A. S. Broß, Rechtsschutzprobleme im Mehrebenensystem, VerwArch 2006, S. 332 (343).

199 M. Ruffert, Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht, EuGRZ 2007, S. 245 (248).

200 Vgl. nur S. Alber/U. Widmaier, Mögliche Konfliktbereiche und Divergenzen im europäischen Grundrechtsschutz, EuGRZ 2006, S. 113 (122); W. Weiß, Grundrechtsquellen im Verfassungsvertrag, ZEuS 2005, S. 323 (348 f.).

201 Bedeutsam ist freilich, dass damit auch Zusatzprotokolle der EMRK, die – wie etwa das 7. Zusatzprotokoll – von Deutschland nicht ratifiziert sind, über den Umweg des Unionsrechts doch Geltung in Deutschland beanspruchen; ähnliche Folgerungen gelten auch für einzelstaatliche Vorbehalte zu bestimmten EMRK-Garantien. Dies ist durchaus zulässig, denn der EMRK-Beitritt kann nur im Wege des Konsenses erfolgen. Wie hier Weiß (Fn. 200), S. 331 und S. 351; W. Karl, Der Beitritt der EU zur EMRK, in: E. Busch/W. Hummer (Hrsg.), Der Europäische Konvent und sein Ergebnis, 2004, S. 89 (99). Ablehnend Th. Schmitz, Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsgesetzlicher und grundrechtstheoretischer Sicht, JZ 2001, S. 833 (839).

202 Lindner (Fn. 5), S. 170 f.

203 I. Pernice, BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft, EuZW 2004, S. 705; J. P. Müller, Rechtsphilosophische Reflexionen zur EMRK als Teilverfassung des werdenden Europas, in: P. Mahoney u.a. (Hrsg.), Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal, 2000, S. 957 (959 f.).

die Rechtmäßigkeit oder Grundrechtsgemäßheit der dortigen Hoheitsakte überprüfen.²⁰⁴ Anders als das nationale Verfassungsrecht und auch anders als das Europäische Gemeinschaftsrecht, verfasst die EMRK gerade keine eigene Hoheitsgewalt, sondern ist ausschließlich dazu berufen, andere Hoheitsgewalten – diejenigen ihrer Mitglieder – zu begrenzen.²⁰⁵ Die Tatsache, dass der EGMR eine den nationalen Verfassungsgerichten vergleichbare Durchgriffsbefugnis nicht besitzt,²⁰⁶ also Gesetze nicht für nichtig erklären kann, ändert nichts daran, dass er materiell verfassungsgerichtliche Funktionen wahrnimmt.²⁰⁷

Bereits 1979 hat sich der Menschenrechtsgerichtshof selbst mit der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit verglichen.²⁰⁸ Das Verfahren „*Chassagnou gegen Frankreich*“ (1999) war überdies eines der ersten Musterbeispiele für eine gerichtliche Kontrolle des parlamentarischen Gesetzgebers.²⁰⁹ Dies ist schon deshalb besonders bedeutsam, weil das Straßburger System damit entgegen der französischen Verfassung eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung gesetzgeberischer Entscheidungen eingeführt und so die verfassungspolitischen Grundsentscheidungen des Verfassunggebers von 1958 verändert hat.²¹⁰ Inzwischen überprüft der Conseil d’Etat mittelbar Grundrechtsverletzungen durch den Gesetzgeber, hat also im Ergebnis die EMRK als „europäische Nebenverfassung“,²¹¹ die die nationalen Grundrechtskataloge ergänzt, anerkannt und respektiert. Hieran zeigt sich, dass es bei der Frage nach der Wirkkraft von EGMR-Entscheidungen gar nicht so sehr um formelle Normhierarchien und unmittelbare Durchgriffswirkungen,²¹² sondern viel stärker um die rechts- und verfassungspolitische Akzeptanz einer konsentierten externen Kontrolle geht.²¹³

²⁰⁴ Einer Einrichtung eines Kompetenzkonfliktgerichts (so der Vorschlag von Broß [Fn. 198], S. 342 f.) bedarf es nicht. Es bewirkte keine größere Rechtssicherheit; außerdem blendete es die Rechtslage in anderen EMRK-Staaten aus, in denen die EMRK Verfassungsrang besitzt.

²⁰⁵ E. Klein, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 66 (2007), S. 433. Ähnlich Uerpman-Wittack (Fn. 123), S. 153; Lindner (Fn. 5), S. 181 f.

²⁰⁶ Grundlegend J. Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1992, S. 217 ff.

²⁰⁷ Walter (Fn. 165), S. 965; Grabenwarter (Fn. 3), S. 319 f.

²⁰⁸ EGMR, Urt. v. 13.6.1979 (Marckx), EuGRZ 1979, S. 454, Rn. 58; vgl. auch EGMR, Urt. v. 23.3.1995, Nr. 40/1993/435/514 (Loizidou), Série A 310, Rn. 75.

²⁰⁹ EGMR, Urt. v. 29.4.1999, Nr. 25088/94 u.a. (*Chassagnou*), NJW 1999, S. 3695.

²¹⁰ Walter (Fn. 165), S. 964.

²¹¹ Begriff bei Ch. Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), S. 7 (52); R. Uerpman, Völkerrechtliche Nebenverfassungen, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 339 ff.

²¹² Klarsichtig bereits H. Huber, Das Zusammentreffen der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit den Grundrechten der Verfassungen, in: Gedächtnisschrift für H. Peters, 1967, S. 375 (388): „Kein anderer völkerrechtlicher Vertrag besitzt einen Gegenstand, der in dieser Tiefe und Breite das innerstaatliche Recht ergreift, indem er das umfassende Verhältnis ‚the man versus the state‘ bestimmt. Darin sollte eine Warnung liegen: Es wird schwerlich gelingen, diesen Vertrag in das herkömmliche Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht einzubringen“.

²¹³ Auch das Gemeinschaftsrecht sieht übrigens keine gerichtliche Instanz für die unmittelbare Aufhebung gemeinschaftsrechtwidriger mitgliedstaatlicher Normen vor, sondern ist auf die vertrauensvolle Kooperation der Mitgliedstaaten angewiesen, vgl. A. Funke, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, S. 733 (736).

Es gibt nachvollziehbare Gründe, weshalb man mit der dem EGMR zugewiesenen Aufgabe als letztinstanzlichem Hüter europäischer Mindeststandards möglicherweise nicht einverstanden ist. Der Verweis auf den Umstand, dass die Bundesrepublik Deutschland einer der wenigen Konventionsstaaten ist, der die Möglichkeit einer Urteilsverfassungsbeschwerde vorsieht und damit über umfangreiche und effektive „Selbstreinigungsmechanismen“ verfügt, ist einer davon.²¹⁴ Hinzu kommt, dass nationale Gerichte regelmäßig in einem Kontext operieren, der nicht allein durch das geltende Recht, sondern auch durch die je eigene Rechtstradition und Rechtskultur bestimmt ist. Daher genießt der nationale Richter in aller Regel auch das größere Vertrauen in der eigenen Bevölkerung.²¹⁵ Andererseits ist der internationale Richter in seiner Argumentation freier, gerade weil es an einem vergleichbaren homogenen kulturellen Kontext auf der internationalen Ebene fehlt.²¹⁶ Deshalb kann der internationale Richter zum einen Impulse in Richtung von Freiheitserhöhungen oder Freiheitsverschiebungen geben,²¹⁷ zum anderen kann er nationale Gerichtsentscheidungen auch von dem Verdacht nationaler Befangenheit befreien.²¹⁸ Hierin liegen Chance und Gewinn einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit.

²¹⁴ Vgl. hierzu *Jaeger* (Fn. 6), S. 199 f.; ähnlich auch *W. Hoffmann-Riem*, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, S. 492 (498 f.).

²¹⁵ *D. Grimm*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 66 (2007), S. 427 f.; vgl. auch *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), S. 479.

²¹⁶ *E. Klein*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Grundrechtsordnung: Zwei Seiten einer Medaille, in: Ch. Spenlé (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung, 2007, S. 11 (20). Dass mittlerweile verstärkte Zweifel an der Unabhängigkeit der Institution EGMR und seiner Richter von mitgliedstaatlichen Instanzen auftreten (vgl. *Ch. Grabenwarter*, Zur Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 2003, S. 174 [175]; *G. Ress*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, seine Reform und die Rolle der nationalen Gerichte, in: W. Karl [Hrsg.], Internationale Gerichtshöfe und nationale Rechtsordnung, 2005, S. 39 [40 f.]), ist freilich beunruhigend und geeignet, das Ansehen des EGMR zu schwächen.

²¹⁷ *W. Kahl*, Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik, AÖR 131 (2006), S. 579 (585).

²¹⁸ „Krenz“ und die „Mauerschützen“ hielten etwa der Doppelprüfung in „Karlsruhe“ (BVerfGE 95, 96) und in „Straßburg“ (EGMR, Urt. v. 22.3.2001, Nr. 34044/96 u.a. [Streletz u.a.], EuGRZ 2001, S. 210) stand. Gleichermaßen gilt für die Ost-Erteignungen in der SBZ und der DDR (vgl. BVerfGE 102, 254; EGMR, Urt. v. 2.3.2005, Nr. 71916/01 u.a. [von Maltzan u.a.], EuGRZ 2005, S. 305). Vgl. auch *U. Steiner*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 66 (2007), S. 426.

Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit –

*Von Andreas von Arnault, Hamburg**

I. Einleitung

Als Ende Juni 2007 auf dem EU-Gipfel in Brüssel auf britischen Druck hin ver einbart wurde, die Grundrechtecharta im neuen Reformvertrag nicht für alle Mitgliedstaaten verbindlich zu machen,¹ kam dies einem mittleren Erdbeben gleich in unserer vermeintlich heilen gemeineuropäischen Grundrechtswelt. Schaut man genauer hin, so erkennt man, dass bei aller Rhetorik des „gemeinsamen Erbes“ und der „Wertegemeinschaft“ innerhalb der EU nach wie vor unterschiedliche Rechts- und Staatsverständnisse existieren. Diese wirken sich auch auf den Grundrechtsschutz aus – und keineswegs bloß in Form gradueller Abweichungen. Im Folgenden soll beleuchtet werden, wie bereits die Ebene der Methoden des Grundrechtsschutzes von diesen unterschiedlichen Konzeptionen von Recht und Staat geprägt ist, dass schon Methoden der Grundrechtsanwendung auf keineswegs einhellig geteilte Theorien des Grundrechtsschutzes verweisen.² Bei dieser Darstellung von Differenz soll es indes nicht bleiben. Das Europäische Recht ist auf allen Ebenen *law in public action*,³ und daher ist vor allem aufzuzeigen, wie und warum tradierte Konzepte unter den Druck eines Integrationsprozesses geraten, der auch im Bereich des Grundrechtsschutzes zu beobachten ist.

Um den Rahmen eines Aufsatzes nicht zu sprengen, kann hier lediglich exemplarisch gearbeitet werden. Es ist eine doppelte Beschränkung vonnöten. Herausgegriffen sei im Folgenden nur ein einziger Aspekt der Grundrechtsanwendung, der aber für die Unterschiede in Theorie und Methode wie auch für den erwähnten Integrationsprozess paradigmatisch ist, nämlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die zweite Beschränkung bezieht sich auf die zu untersuchende Referenzrechtsordnung.

* Für seinen unermüdlichen Einsatz bei der Recherche danke ich meinem Mitarbeiter Stefan Martini.

- 1 Erste Berichte sprachen von einem *opting-in*-Modell; die jüngsten Entwürfe für den Vertrag von Lissabon (CIG 14/07) und die Schlussakte (CIG 15/07) vom 3.12.2007 sehen allerdings ein *opting out* für das Vereinigte Königreich (und Polen) vor, vgl. Art. 6 Abs. 1 UA 1 EUV n.F.: „Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.“ Ferner das geplante Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich.
- 2 Vgl. dazu bereits *Christoph Knill/Florian Becker*, Divergenz trotz Diffusion?, *Verwaltung* 36 (2003), S. 447-481 (453, 469, 479 f.). Näher zu Differenz und Konvergenz unten VI.1.
- 3 Vgl. *Peter Häberle*, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, S. 210.

II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Dass Eingriffe in die Freiheitsrechte des Einzelnen einen legitimen Zweck verfolgen müssen sowie geeignet, erforderlich und angemessen zu sein haben, ist aus der deutschen Rechtsordnung seit langem vertraut.⁴ Seit Jahren prägt dieser Grundsatz auch die Rechtsprechung sowohl des EGMR⁵ als auch des EuGH⁶. Abweichungen von der bei uns gebräuchlichen Drei- bis Vierteilung begründen kaum maßstäbliche Unterschiede. So prüft der EGMR, ausgehend von der Formulierung der Schrankenklauseln der Art. 8-11 EMRK meist zweiteilig das zulässige Ziel und die „Notwendigkeit in einer demokratischen Gemeinschaft“; hierbei wird aber die Prüfung der Eignung („Geeignetheit“) bisweilen in die des „legitimen Ziels“ integriert und die Prüfung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i.e.S. in der „Notwendigkeit“ zusammengefasst.⁷ Auch beim EuGH variiert z.T. die Aufteilungen, nicht aber die prinzipiellen Prüfungsmaßstäbe.⁸

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zwar als abstrakter Modus der Rechtsanwendung neutral,⁹ nicht aber im konkreten Kontext seiner Verwendung. Als Methode der Grundrechtsanwendung wählt er seinen Standpunkt beim Grundrechtsträger: Um der Freiheit des Einzelnen willen ist es geboten, dass seine Rechte nicht stärker beschnitten werden, als zur Verfolgung des Ziels erforderlich und dass die Eingriffswirkungen in Hinblick auf das Ziel angemessen sind. Der

4 Statt aller *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte: Staatsrecht II, 22. Aufl. 2006, Rn. 279 ff.

5 Z.B. EGMR, Urt. v. 28.3.1990 (Groppera Radio), (= NJW 1991, 615), Rn. 69 ff.; Urt. v. 16.12.1997 (Camenzind), (= ÖJZ 1998, 797), Rn. 38 ff.; *Jürgen Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 686 ff.; *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2005, § 18 Rn. 14 ff.; *Christoph Grabenwarter/Thilo Marauhn*, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 7 Rn. 46 ff. Näher *Marc-André Eissen*, The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: Ronald St. J. Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, 1993, S. 125-146; *John Joseph Cremona*, The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: FS Rudolf Bernhardt, 1995, S. 323-330; *Julia Iliopoulos-Strangas*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Straßburger Organe am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, RabelsZ 63 (1999), S. 414-451; *Jeremy MacBride*, Proportionality and the European Court of Human Rights, in: Evelyn Ellis (Hrsg.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, 1999, S. 23-35; *Sébastien Van Droogenbroeck*, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme, 2001.

6 Z.B. EuGH, C-331/88 (Fedesa u.a.), Slg. 1990, I-4023 Rn. 13 ff.; C-133/93 u.a. (Crispoltoni u.a.), Slg. 1994, I-4863 Rn. 41; C-426/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1995, I-3723 Rn. 42; C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659 Rn. 80; C-24/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2004, I-1277 Rn. 52. – Vertiefend *Nicholas Emiliou*, The principle of proportionality in European Law, 1996, S. 191 ff.; *Günter Hirsch*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, 1997; *Eckhard Pache*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, S. 1033-1040; *Uwe Kischel*, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, Europarecht 35 (2000), S. 380-402; *Florian Schwab*, Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2002, S. 37 ff.; *Oliver Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 158 ff., passim; *Schwarze* (Fn. 5), S. 690 ff., 830 ff.

7 *Iliopoulos-Strangas*, RabelsZ 63 (1999), S. 414-451 (449).

8 *Emiliou* (Fn. 6), S. 191 ff.; *Pache*, NVwZ 1999, S. 1036; *Kischel*, EuR 35 (2000), S. 383 f.; *O. Koch* (Fn. 6), S. 198 ff., 217 ff.; *Schwarze* (Fn. 5), S. LXXV ff., 831 ff. – Womit über die Handhabung der Maßstäbe noch nichts gesagt ist. Zu diesbezüglich bestehenden Unterschieden z.B. *Knill/Becker*, Verwaltung 36 (2003), S. 463 ff. Siehe auch unten VI.1.

9 Vgl. *Andreas von Arnauld*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, S. 276-280 (278 ff.).

Grundsatz formuliert damit Argumentationslastregeln, die letztlich das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip¹⁰ implizieren: Die Freiheit des Menschen ist das Primäre, vor der sich staatliche Beschränkungen rechtfertigen müssen, sollen sie als „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ gelten.¹¹ Deutlich formuliert so z.B. das BVerfG:¹²

„Er [der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit] ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.“

Schon als ein Mittel zur rechtlichen Begründung des Gemeinwohls im Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivinteressen ist also der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „in der Wolle gefärbt“. Seine Brisanz entfaltet er aber vor allem dort, wo er Maßstab richterlicher Kontrolle von Legislative und Exekutive ist und die Frage nach der Kontrolldichte aufwirft.¹³ Hieran wird die eminente Bedeutung auch für das Verhältnis der Gewalten zueinander deutlich. Zugespitzt geht es um die Frage nach dem Verhältnis von Recht (Judikative) und Politik (Legislative, Exekutive), von Rechtsstaat (bzw. *rule of law*) und Demokratie.¹⁴

III. Verschiedene (Grund-)Rechtstraditionen

Die zweite Beschränkung wurde bereits angekündigt: Auch für einen substantiellen Vergleich der Stellung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in den verschiedenen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten fehlt der Raum. Der deutschen Rechtsordnung wird daher nur eine einzige andere Rechtsordnung gegenübergestellt, und zwar die englische. Diese Wahl ist zweifach motiviert: zum einen durch den eingangs erwähnten aktuellen Anlass (den britischen Widerstand gegen eine verbindliche EU-Grundrechtecharta), zum anderen dadurch, dass Irritationen und Inspirationen durch den Kontakt mit der Verhältnismäßigkeit sich im englischen Recht mit besonderer Deutlichkeit beobachten lassen. Die Darlegungen bleiben aber exemplarisch; es geht also nicht um einen Beitrag zu *proportionality*, *substantive judicial review* und *deference* im englischen Recht. Aus diesem Grunde wird sich, gewissermaßen als Korrektiv, ein Exkurs zur Rolle der Verhältnismäßigkeit im französischen Recht anschließen.

10 Nach Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 126.

11 Andreas von Arnauld, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, S. 15 ff., 229 ff.; Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 445-465 (448 f.); Michael Kloepfer, Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: FS 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 329-346 (331); Knill/Becker, Verwaltung 36 (2003), S. 456.

12 BVerfGE 19, 342 (348 f.).

13 Schlink (Fn. 11), S. 460 ff., 464 f.; Kloepfer (Fn. 11), S. 339 f.; Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal (C.L.J.) 65 (2006), S. 174-207 (177, 181 f.).

14 Vgl. Knill/Becker, Verwaltung 36 (2003), S. 456; Andreas von Arnauld, Rechtssicherheit, 2006, S. 627 ff.

1. Deutschland

Für die deutsche Rechtsordnung muss über den Stellenwert des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht viel gesagt werden. Verbreitete Klagen über den „Justiz-“ und „Abwägungsstaat“¹⁵ und über den großen „Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe“¹⁶ verdeutlichen das deutsche Modell gewissermaßen *ex negativo*. Positiv ist dieses Modell gekennzeichnet durch einen hohen Rang der Grundrechte als für alle Staatsgewalt unmittelbar geltendes Recht sowie durch eine umfassende gerichtliche Kontrolle, die prozedural vorgeschrieben und i.Ü. durch eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit ausgebaut worden ist. Die Gerichte sind in diesem Modell Wächter der Grundrechtsbindung der anderen Staatsorgane. Für das deutsche Recht steht außer Frage, dass dem Recht Primat vor der Politik zukommt.¹⁷

2. England

Das englische Recht ist demgegenüber weit stärker bemüht, Räume des Politischen offen zu halten und die Macht der Judikative einzudämmen. Dreh- und Angelpunkt ist dabei die Parlamentssuprematie.¹⁸ In ihrer reinen Lehre schließt diese die Möglichkeit von Bindungen, auch von Selbstbindungen, des Gesetzgebers aus.¹⁹ Dass Gerichte die Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit grundrechtsbeschränkender Gesetze kontrollieren könnten, ist aus dieser Sicht unvorstellbar.²⁰ Auch bezüglich der Exekutive fällt die gerichtliche Kontrolle in England traditionell zurückhaltend aus.²¹ Im *GCHQ-Urteil (CCSU v. Minister for*

15 Walter Leisner, Der Abwägungsstaat, 1997.

16 Fritz Ossenbühl, Diskussionsbeitrag, in: VVDSI RL 39 (1981), S. 189-190 (189).

17 von Arnauld (Fn. 14), S. 633. Vgl. auch Knill/Becker, Verwaltung 36 (2003), S. 459.

18 Als moderner Klassikertext William Wade, The Basis of Legal Sovereignty, C.L.J. 13 (1955), S. 177-197. Eingehend dazu unlängst Marius Baum, Der Schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, 2004, S. 39 ff.; Gernot Sydow, Parlamentssuprematie und *Rule of Law*, 2005.

19 Christine Behrendt, La notion de “Parliamentary sovereignty” en droit constitutionnel anglais, Revue de droit international et de droit comparé 79 (2002), S. 221-289 (233 ff.); Baum (Fn. 18), S. 47 ff.; Sydow (Fn. 18), S. 7 ff.; von Arnauld (Fn. 14), S. 595 ff.

20 Murray Hunt, The Human Rights Act and Legal Culture: The Judiciary and Legal Profession, Journal of Law and Society 26 (1999), S. 86-102 (88 ff., 91 ff., passim); Knill/Becker, Verwaltung 36 (2003), S. 471 f., 479.

21 Mark Elliott, The Demise of Parliamentary Sovereignty? The Implications for Justifying Judicial Review, The Law Quarterly Review (L.Q.R.) 115 (1999), S. 119-137 (120 ff.); von Arnauld (Fn. 14), S. 586 ff.; John Alder, General Principles of Constitutional and Administrative Law, 4. Aufl. 2002, S. 368 ff.; Baum (Fn. 18), S. 157 ff.; Sydow (Fn. 18), S. 70 ff.; Hilaire Barnett, Constitutional & Administrative Law, 6. Aufl. 2006, S. 749 ff.; Benjamin Schirmer, Konstitutionalisierung des englischen Verwaltungsrechts, 2007, S. 115 ff., 159 ff. – Mark Elliott, The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review, C.L.J. 60 (2001), S. 301-336 (302), stellt idealtypisch die Prozessorientierung des englischen Verwaltungsrechts der Ergebnisorientierung im „europäischen“ Modell gegenüber. Verteidigung dieses Modells bei Christopher Forsyth, Showing the Fly the Way out of the Flybottle: the Value of Formalism and Conceptual Reasoning in Administrative Law, C.L.J. 66 (2007), S. 325-347.

the Civil Service)²² hat Lord Diplock 1985 drei kanonische Grundsätze des *judicial review* ausgemacht:

- die Legalität, d.h. die Gesetzeskonformität von Exekutivhandeln, verbunden mit der gerichtlichen *ultra-vires*-Kontrolle,²³
- die Gebote der *natural justice* im Sinne einer reinen Verfahrensgerechtigkeit (daher auch: *procedural impropriety*)²⁴ sowie,
- als einziger materieller Kontrollstandard, die *Wednesbury reasonableness*²⁵, eine stark zurückgenommene Willkürschanke. „Unreasonable“ in diesem Sinne ist nur eine Entscheidung „which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.“²⁶

In dieser als *judicial deference* bezeichneten institutionellen Rücknahme der judikativen Gewalt²⁷ kommt eine Rechts- und Staatskonzeption zum Ausdruck, in der die Gerichte als Verteidiger der Individualrechte von außen an die Sphäre des Politischen herantreten (*Julian Rivers* spricht vom „*state-limiting approach*“).²⁸ Die Sphären des Rechts und der Politik sind voneinander getrennt; Politik findet also nicht von vornherein im Rahmen des Rechts statt. Zudem setzt sich im Konfliktfall die Politik gegenüber dem Recht durch, schafft sie doch selber neues Recht. In diesem Sinne gilt ein Primat der Politik oder präziser: der „politischen“ Gewalten, v.a. des Parlaments.²⁹

IV. Metamorphosen im englischen Recht

Unterschlagen wurden bei dieser plakativen Zeichnung Wandlungen, die das englische Recht in den letzten Jahren erfahren hat. Schon in *GCHQ* hatte *Lord*

22 [1985] 1 A.C. 374, hier: 410 f. In diesem Fall ging es um die Gewerkschaftsmitgliedschaft von Beschäftigten des Government Communications Headquarter (daher die Abkürzung GCHQ).

23 Nach *Lord Steyn* in *Boddington v. British Transport Police* [1998] 2 W.L.R. 639, 662, „the essential constitutional underpinning of the statute based part of our administrative law“.

24 Grundlegend *Lord Reid* in *Ridge v Baldwin* [1964] A.C. 40, 64 ff.

25 *Lord Greene M.R.* in *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223, 230. Nach *Lord Irvine*, Judges and Descision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review, Public Law (P.L.) 1996, S. 59-78 (62), handelt es sich um den „locus classicus des britischen Verwaltungsrechts“.

26 *Lord Diplock* in *CCSU v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 A.C. 374, 410. Zu *Wednesbury* statt vieler *Lord Irvine*, P.L. 1996, S. 59 ff.; *William Wade/Christopher Forsyth*, Administrative Law, 9. Aufl. 2004, S. 351 ff.

27 Dazu sowie zur legitimatorisch orientierten Gegenkonzeption des *judicial restraint* siehe *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 177, 191 ff.

28 *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 179 f. Siehe auch *Paul Craig*, Unreasonableness and Proportionality in UK Law, in: *Ellis* (Fn. 7), S. 85-106 (98); *Knill/Becker*, Verwaltung 36 (2003), S. 470 f.; *Sandra Fredman*, From Deference to Democracy: The Role of Equality Under the Human Rights Act 1998, L.Q.R. 122 (2006), S. 53-81 (54 ff.). *Trevor Allan*, Human Rights and Judicial Review: a Critique of “Due Deference”, C.L.J. 65 (2006), S. 671-695 (672), sieht hierin eine Konzeption, die sich letztlich aus zwei unvereinbaren konstitutionellen Narrativen speist: „democratic positivism, wedded to the sovereignty of Parliament, competes with liberal constitutionalism, grounded in the sovereignty of the individual citizen.“

29 *Richard Ekins*, Judicial Supremacy and the Rule of Law, L.Q.R. 119 (2003), S. 127-152 (127 ff., 139 ff.); *Knill/Becker*, Verwaltung 36 (2003), S. 480; *von Arnauld* (Fn. 14), S. 633 f.

Diplock angemerkt, dass sich eines Tages die *proportionality* als 4. Element des *judicial review* etablieren könnte. Stellte das House of Lords noch 1991 in *Ex parte Brind* einmütig fest, dass der Verhältnismäßigkeitstest keine Grundlage im englischen Recht finde,³⁰ wandten englische Gerichte diesen Test immerhin bereits dort an, wo Rechtsfragen gemeinschaftsrechtlich determiniert waren.³¹ Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts erzwang hier die Anwendung auch der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts. Jenseits dieses Bereichs aber, und d.h. insbesondere auch im Bereich der Grund- und Menschenrechte, blieb die Prüfung in der Sache weitestgehend³² auf den *Wednesbury*-Standard beschränkt.³³ Um den Menschenrechten größeres Gewicht gegenüber der Exekutive einzuräumen, führte das House of Lords, angeführt von *Lord Bridge*, ab Mitte der 1980er Jahre einen „erhöhten Kontrollmaßstab“ (*heightened scrutiny*, auch: *sub-Wednesbury standard*) ein.³⁴ Innerhalb der Grenzen richterlicher Kontrollbefugnis müsste das Gericht ermächtigt sein, „to subject an administrative decision to the more rigorous examination, to ensure that it is in no way flawed, according to the gravity of the issue which the decision determines“.³⁵ Zum mindest in seiner Handhabung durch die Gerichte erwies sich der Test letztlich als kaum mehr denn eine Reformulierung von *Wednesbury*, ergänzt um den Hinweis auf die Bedeutung der Menschenrechte.³⁶ Eine der Leitentscheidungen für diesen Test, *Ex parte Smith*³⁷, wurde von den Klägern nach Straßburg getragen und dort unter dem Namen *Smith and Grady* 1999 vom EGMR entschieden.³⁸ Der Gerichtshof sah nicht nur

30 [1991] 1 AC 696.

31 Siehe z.B. *R. (First City Trading) v. Ministry of Agriculture* [1997] EWHC Admin 334 (per *Collins* J.); *R. (International Trader's Ferry Ltd.) v. Chief Constable of Sussex* [1998] UKHL 40 (per *Lords Slynn, Cooke*). Dazu *Jeffrey Jowell/Patrick Birkinshaw*, English Report, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1996, S. 273-332 (282); *Gráinne de Búrca*, Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law, European Public Law (E.P.L.) 3 (1997), S. 561-585 (577 ff.); *Craig* (Fn. 28), S. 89 ff.; *Knill/Becker*, Verwaltung 36 (2003), S. 473 f.; *E. Helena van Coller*, Proportionality review – the battle between community standards and English domestic law, Comparative and International Law Journal of Southern Africa (CILSA) 39 (2006), S. 469-484 (476).

32 In ihrem Werben für eine Verhältnismäßigkeitskontrolle legen *Jeffrey Jowell* und *Anthony Lester* (Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous, in: *Jeffrey Jowell/Dawn Oliver* [Hrsg.], New Directions in Judicial Review, 1988, S. 51-72 [59 ff.]) dar, dass vereinzelt auch englische Gerichte auf Grundlage des *common law* verwandte Maßstäbe angelegt haben, obgleich sie sich dabei der Sprache von *Wednesbury* bedienten. Siehe auch *Jowell/Birkinshaw* (Fn. 31), S. 282 ff.; *Craig* (Fn. 28), S. 91 ff.; *Baum* (Fn. 18), S. 298 ff., 312 ff. – Einen Sonderfall stellt der polizeiliche Schusswaffengebrauch dar, der seit langem durch Verhältnismäßigkeitswägungen begrenzt ist. Erstaunlicherweise spielt dies in der Diskussion über die *proportionality* keine Rolle. Eingehend *Thilo Marauhn*, Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Großbritannien, VerwArch 85 (1994), S. 52-85.

33 *Ralf Brinktrine*, Verwaltungsermessen in Deutschland und England, 1998, S. 402 ff.; *Craig* (Fn. 28), S. 90 f.; *van Coller*, CILSA 39 (2006), S. 473 ff.

34 Erstmals in *R. (Bugdaycay) v. Home Office* [1986] UKHL 3 (per *Lord Bridge*) einen Abschiebungsfall betreffend. Zu dieser Rechtsprechung *Craig* (Fn. 28), S. 91 ff., 96 ff.; *Baum* (Fn. 18), S. 303 ff.; *Schirmer* (Fn. 21), S. 243 ff.

35 *Lord Bridge* in *R. (Bugdaycay) v. Home Office* [1986] UKHL 3.

36 Vgl. *Elliott*, C.L.J. 60 (2001), S. 304. Kritik an der Handhabung bei *Allan*, C.L.J. 65 (2006), S. 686 f.

37 *R. (Smith and Ors) v. Ministry of Defence* [1995] EWCA Civ 22.

38 EGMR, Urt. v. 27.7.1999, *Smith and Grady*, §§ 135 ff. Siehe auch Urt. v. 8.7.2003 (Große Kammer), *Hatton*, §§ 141 f., sowie zuvor (zu Art. 6 Abs. 1 EMRK) Urt. v. 10.7.1998, *Tinnelly & Sons* u.a., §§ 77 ff. Zur Bedeutung der *Smith*-Entscheidungen *Elliott*, C.L.J. 60 (2001), S. 304 ff.; *Ian Leigh*, Taking Rights Proportionately: Judicial Review, the Human Rights Act and Strasbourg, P.L. 2002, S. 265-287 (269 ff.).

im Ausschluss Homosexueller aus der britischen Armee einen Verstoß gegen das Recht auf Privatleben aus Art. 8 EMRK; er stellte zudem fest, dass jedenfalls in dem zu entscheidenden Fall selbst der „erhöhte Kontrollmaßstab“ nicht den Anforderungen genügte, die Art. 13 EMRK an eine „wirksame Beschwerde“ stellt. Damit machte der Gerichtshof zugleich deutlich, dass sich der Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*) der Mitgliedstaaten im Rahmen von Art. 13 EMRK nur auf die konkrete Ausgestaltung von Organisation und Verfahren des Rechtsschutzes bezieht, die Verpflichtung, eine wirkliche Kontrolle in der Sache und effektive Abhilfemöglichkeiten vorzusehen, aber unberührt lässt.³⁹ Die Doktrin des *margin of appreciation* zeigt sich hier als ein Element der vertikalen Gewaltenteilung zwischen EGMR und Mitgliedstaaten, das von der *deference* als Element horizontaler Gewaltentrennung zu unterscheiden ist.⁴⁰

Eine entscheidende Zäsur im englischen Recht stellt der *Human Rights Act 1998* (HRA) dar, der im Oktober 2000 in Kraft getreten ist.⁴¹ Mit dem Gesetz wurde den dort enumerativ aufgeführten Konventionsrechten⁴² innerstaatliche Anwendbarkeit gesichert. Mit einer gerichtlichen Normenkontrolle (nicht indes einer Normverwerfung – dies wäre mit der Idee der Parlamentssuprematie unvereinbar) wurde den betreffenden Menschenrechten sogar quasi-verfassungsrechtlicher Rang eingeräumt.⁴³ Als Zugeständnis an die Souveränität des Parlaments besitzt die gerichtliche Unvereinbarkeitserklärung freilich nur politische, keine rechtliche Wirkung.⁴⁴

Seitdem haben englische Gerichte in zahlreichen Fällen unter Geltung des HRA einen *proportionality*-Test herangezogen, bei Kontrolle von Verwaltungsakten ebenso wie von Gesetzen und Verordnungen.⁴⁵ Dabei ist hier bewusst von „einem“ Test die Rede, da in der konkreten Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung wie auch in deren Abgrenzung zum alten *Wednesbury*-Test noch immer Abweichungen zu verzeichnen sind.⁴⁶

39 EGMR, *Smith and Grady*, § 135.

40 So zutreffend *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 175. Siehe auch *Leigh*, P.L. 2002, S. 271 f., 287; *Fredman*, L.Q.R. 122 (2006), S. 54 f.

41 Eingehend zu den Regelungen *Baum* (Fn. 18), S. 334 ff.; *Schirmer* (Fn. 21), S. 77 ff.

42 Zu diesen zählt Art. 13 EMRK selbst nicht; jedoch führt die u.a. in *Ex parte Brind* geforderte konventionsfreundliche Auslegung zu einer Orientierung an den Standards, die der EGMR insoweit vorgibt: *Leigh*, P.L. 2002, S. 272.

43 Eingehend dazu *Schirmer* (Fn. 21), S. 361 ff. Vgl. auch *Lord Steyn*, Deference: a Tangled Story, P.L. 2005, S. 346-359 (349).

44 *Nicholas Bamforth*, Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act 1998, P.L. 1998, S. 572-582 (573 ff.); *Sydow* (Fn. 18), S. 52 ff.

45 Kontrolle von Gesetzen z.B.: *R. (Alconbury Developments Ltd.) v. Secretary of State for the Environment* [2001] UKHL 23; *Internationale Transporte Roth GmbH v. Home Department* [2002] EWCA Civ 158; *A. and Ors v. Home Office* [2004] UKHL 56; *R. (Williamson) v. Secretary of State for Education* [2005] UKHL 15; Kontrolle von secondary legislation z.B.: *Tucker v. Social Security* [2001] EWCA Civ 1646; *R. (Daly) v. Home Office* [2001] UKHL 26; Kontrolle von Verwaltungsakten z.B.: *R (Farrakhan) v. Home Department* [2002] EWCA Civ 606; *ProLife Alliance v. BBC* [2003] UKHL 23; *R. (Razgar) v. Home Office* [2004] UKHL 27; *R. (Begum) v. Denbigh High School* [2006] UKHL 15; *Huang and Kashmiri v. Home Office* [2007] UKHL 11.

46 Dazu Überblick bei *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 177 ff.

1. Konkrete Ausgestaltung

Neben der Rechtsprechung des EGMR wird hier häufig auf den Maßstab verwiesen, den *Lord Clyde* 1998 im Fall *de Freitas* des Privy Council entwickelt hat, auf der Basis von Judikaten aus Kanada, Südafrika und Simbabwe.⁴⁷ Nach diesem Dreistufentest, der im House of Lords u.a. von *Lord Steyn* aufgegriffen wurde,⁴⁸ ist zu prüfen, ob:

- (i) das gesetzgeberische Ziel bedeutend genug ist, um die Beschränkung eines Grundrechts zu rechtfertigen;
- (ii) die gewählten Maßnahmen vernünftigerweise zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels beitragen können; und
- (iii) die Beschränkungen des Grundrechts nicht weiter reichen, als zur Erreichung des Ziels notwendig (*necessary*).

Auf den ersten Blick erinnert dieser Test an die aus Deutschland vertraute Prüfung von legitimem Ziel, Eignung und Erforderlichkeit, und es hat den Anschein, als fände die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit i.e.S. nicht statt;⁴⁹ in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung hat das Appellate Committee des House of Lords indes unlängst klargestellt, dass immer auch ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den kollidierenden rechtlich geschützten Interessen herzustellen sei (*striking a fair balance*).⁵⁰ Einem Versuch von *Lord Justice Brooke*, den Verhältnismäßigtest als gerichtlichen Kontrollmaßstab zu formalisieren und zu prozeduralisieren,⁵¹ wurde von den Law Lords eine klare Absage erteilt.⁵²

2. Verhältnis zum Wednesbury-Test

Während bisweilen in Rechtsprechung und Literatur versucht wird, die *proportionality* als bloße Fortentwicklung von *Wednesbury* oder als Unterfall der *reasonableness* darzustellen,⁵³ dürfte überwiegend der Paradigmenwechsel anerkannt sein, der in einem Übergang von der *reasonableness* zur Prüfung liegt, ob die fraglichen Akte öffentlicher Gewalt erforderlich waren und in einem angemesse-

⁴⁷ *Lord Clyde in de Freitas v. The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture (Antigua and Barbuda)* [1998] UKPC 30, § 25.

⁴⁸ Siehe insbesondere *Lord Steyn in Ex parte Daly* [2001] UKHL 26, § 27. Ferner *Lord Bingham in A. and Ors v. Home Office* [2004] UKHL 56, § 30.

⁴⁹ Vgl. *Baum* (Fn. 18), S. 398 ff.

⁵⁰ *Huang and Kashmiri* [2007] UKHL 11, § 19. Siehe auch *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 200 ff.

⁵¹ [2005] EWCA Civ 199, insbes. § 75. Vgl. auch die formalistische Rekonzeptualisierung bei *Forsyth*, C.L.J. 66 (2007), S. 341 ff.

⁵² *R. (Begum) v. Denbigh High School* [2006] UKHL 15, §§ 26 ff., (per *Lord Bingham*), §§ 66 ff. (per *Lord Hoffmann*).

⁵³ So z.B. *Lords Flynn, Cooke in R. (Trader's Ferry Ltd.) v. Chief Constable of Sussex* [1998] UKHL 40; *Waller LJ in Tucker v. Social Security* [2001] EWCA Civ 1646, §§ 25 f.; *Lord Hoffmann*, The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law, in: *Ellis* (Fn. 7), S. 107-115 (110 ff.).

nen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.⁵⁴ Die Debatte verlagert sich derzeit zunehmend auf die Frage, ob und wie das alte Modell der *judicial deference* in die neue Verhältnismäßigkeitsprüfung integriert werden kann, wie, mit anderen Worten, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die demokratische Prärogative von Exekutive und v.a. Legislative berücksichtigt werden kann.⁵⁵ Diese Debatte dürfte aus dem deutschen Recht wohlvertraut sein.⁵⁶

Betrachtet man diese dramatischen Metamorphosen, die das englische Recht in den letzten Jahren erlebt hat, wird der Sonderweg des Vereinigten Königreichs bei der EU-Grundrechtecharta immerhin nachvollziehbar; zu einer Krise des europäischen Verfassungsrechts sollte man den Vorfall daher nicht stilisieren.

V. Faktoren des Integrationsprozesses

1. Ebene der Mitgliedstaaten

Wodurch nun wird diese schrittweise (und noch nicht abgeschlossene) Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in eine Rechtsordnung begünstigt, die diesem Grundsatz lange Zeit skeptisch bis ablehnend gegenüberstand?⁵⁷ Gewiss hat das Gemeinschaftsrecht wichtige Impulse gegeben. Nicht zuletzt durch den (vom englischen Verfassungsrecht nur mühsam verdauten⁵⁸) Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten hat es den Souveränitätspanzer der nationalen Rechtsordnungen aufgebrochen und z.T. ungewohnte Maßstäbe implantiert – darunter den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Gleichwohl dürfte schon aus sachlichen Gründen der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Etablierung der *proportionality*-

54 In diesem Sinne z.B. *Lord Steyn* in *Ex parte Daly* [2001] UKHL 26, §§ 26 ff. Aus der Literatur *Craig* (Fn. 28), S. 96 f., 97 ff.; *Elliott*, C.L.J. 60 (2001), S. 302 ff.; *Allan*, C.L.J. 65 (2006), S. 670 ff.; *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 179 ff., 187. – Dies räumt selbst *Forsyth*, C.L.J. 66 (2007), S. 341, ein („I will not avoid the cliché: There is an elephant in the room.“), auch wenn er selbst eine Rückkehr zu formalistischen Kontrollmaßstäben für möglich und wünschenswert hält. Überblick über die verschiedenen Lager in der englischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis („konservative“, „moderate“ und „radikale“ Stimmen) bei *Leigh*, P.L. 2002, S. 265 ff.

55 Dazu *Garrett Wong*, Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality, P.L. 2000, S. 92-109 (101 ff.); *Jeffrey Jowell*, Judicial deference, servility, civility or institutional capacity?, P.L. 2003, S. 592-601; *Lord Steyn*, P.L. 2005, S. 349 ff., 355 ff.; *Fredman*, L.Q.R. 122 (2006), S. 54 ff., 76 ff.; *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 176, 195 ff., 202 ff. *Allan*, C.L.J. 65 (2006), S. 672 ff., 687 ff., sieht in dieser Suche nach einer verallgemeinerbaren Doktrin der *deference* die Jagd nach einer Chimäre. Angesichts der Einzelfallabhängigkeit handelt es sich bei Theorien der „due deference“ um Spielarten der „non-justiciability dressed in pastel colours“.

56 Dazu statt vieler *Christoph Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985; *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsmessen, 2000, S. 713 ff., passim; von *Arnauld* (Fn. 14), S. 681 ff. (im Verhältnis zum Gesetzgeber). *Martin Bullinger*, Verwaltungsermessens im modernen Staat: Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsermessens im modernen Staat, 1986, S. 131-157; *Brinktrine* (Fn. 33), S. 12 ff., 20 ff., 99 ff.; *Jost Pietzcker*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 89-116 (104 ff.).

57 Viel zitiert ist der Ausspruch von *Justice Millett* in *Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd.*, The Times, Nov. 17, 1987, S. 44 (= [1988] IRLR 60), wonach es sich um „a novel and dangerous concept“ handle. Zu den typischerweise erhobenen Einwänden *Craig* (Fn. 28), S. 102 f.

58 Dazu näher m.w.N. von *Arnauld* (Fn. 14), S. 599 ff.

nality im englischen Menschenrechtsschutz wohl nur als ein mittelbarer anzusehen sein, schließlich spielen menschenrechtliche Fragen hier nach wie vor eher auf Umwegen eine Rolle.⁵⁹

Der entscheidende Einfluss für England ist der Rechtsprechung des EGMR zuzuschreiben.⁶⁰ Bemerkenswert hieran ist, dass die Urteile des Gerichtshofs nur im Einzelfall rechtsverbindlich sind und weder völkerrechtlich noch nach dem HRA eine weitergehende Bindung nationaler Gerichte an die Rechtsprechung des Gerichtshofs besteht. In Art. 46 Abs. 1 EMRK verpflichten sich die Mitgliedstaaten „in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen“;⁶¹ nach Sect. 2 HRA sind die einschlägigen Judikate des EGMR „in Erwägung zu ziehen“. Dass die englischen Gerichte sich dennoch intensiv an der Straßburger Rechtsprechung orientieren und den Maßstab der *proportionality* rezipiert haben, zeigt, dass v.a. die Lektion aus *Smith and Grady* gelernt wurde.⁶² In den Worten von *Lord Slynn* in *Ex parte Alconbury*⁶³:

„*Although the Human Rights Act 1998 does not provide that a national court is bound by these decisions it is obliged to take account of them so far as they are relevant. In the absence of some special circumstances it seems to me that the court should follow any clear and constant jurisprudence of the European Court of Human Rights. If it does not do so there is at least a possibility that the case will go to that court which is likely in the ordinary case to follow its own constant jurisprudence.*“

Damit gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den vom Gemeinschaftsrecht „regierten“ Bereichen (als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts) ebenso wie in jenen, die vom HRA (und damit von der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR) erfasst sind. Es bleiben jene Fälle, die von keinem der beiden europäischen Rechtsregime bestimmt werden. In diesen Fällen gelten nach wie vor die alten Regeln des *judicial review*.⁶⁴

59 Jowell/Birkinshaw (Fn. 31), S. 319 f.

60 Elliott, C.L.J. 60 (2001), S. 301 ff., insbes. S. 310 f.; Knill/Becker, Verwaltung 36 (2003), S. 474 ff., 478; Baum (Fn. 18), S. 397 ff., 409 ff., passim; Schirmer (Fn. 21), S. 310 ff., passim. Siehe auch bereits Jowell/Birkinshaw (Fn. 31), S. 275 f., 320.

61 Grabenwarter (Fn. 7), § 16. Eingehend Jörg Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993; Georg Ress, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, S. 350-353. Einen Ausbau der Rechtsverbindlichkeit befürwortet Eckart Klein, Should the binding effect of the judgments of the European Court of Human Rights be extended?, in: Mélanges Rolv Ryssdal, 2000, S. 707-713.

62 Elliott, C.L.J. 60 (2001), S. 307 f. – Rezeption z.B. durch Lord Steyn in *R. (Daly) v. Home Department* [2001] UKHL 26, § 27; Lord Bingham in *A. and Ors v. Home Office* [2004], UKHL 56, § 40; Wilkinson v. Broadmoor Hospital [2001] EWCA Civ 1545, § 27 (per Brown LJ).

63 [2001] UKHL 23, § 26.

64 Deutlich z.B. Kay J. in *R. (Medway Council) v. Secretary of State for Transport* [2002] EWHC 2516 (Admin), § 47; Begum v. London Borough of Tower Hamlets [2003] UKHL 5, § 50 (per Lord Hoffmann). Zu dieser Segmentierung der englischen Rechtsordnung de Búrca, E.P.L. 3 (1997), S. 561 ff.; Craig (Fn. 28), S. 89 ff.; Elliott, C.L.J. 60 (2001), S. 309 ff.; Kate Olley, Proportionality at Common Law, Judicial Review (J.R.) 2004, S. 197-201; van Coller, CILSA 39 (2006), S. 469 ff., 473 ff. Allgemein auch Walter van Gerven, Bridging the gap between Community and national laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies? CMLR 32 (1995), S. 679-702 (700 ff.).

Auf Dauer können sich die Kosten einer solchen Spaltung der Rechtsordnung⁶⁵ als zu hoch erweisen: Die Spaltung führt zu einer Inkohärenz im Recht⁶⁶ und setzt zudem den zunächst noch von externen Einflüssen abgeschirmten Bereich verstärkt legitimatorischen Anfragen aus:⁶⁷ mit Blick auf Gleichbehandlung⁶⁸ wie auf Rechtssicherheit⁶⁹⁷⁰. Auf Dauer reichen Tradition und Gewohnheit nicht aus, um einen abweichenden rechtlichen Standard zu legitimieren. Für die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts hat *Lord Schiemann* den nun einsetzenden Prozess so beschrieben:⁷¹

„What has happened over the years is, first, that the field of Community activities has expanded with the result that the general principles are directly applicable over a wider area. Secondly, lawyers have become more familiar with Community law and so a Community point is more frequently argued. Thirdly, those who have become familiar with the general principles have obtained inspiration from them in solving problems which have no Community law element.“

Der Gedanke kann auf die aus der Rechtsordnung der EMRK rezipierten Grundsätze ausgedehnt werden: Durch Expansion des europäischen Rechts, durch wachsende Vertrautheit mit den zunächst fremden Maßstäben und durch eine *persuasive authority* bei der Lösung von Rechtsproblemen kommt es verstärkt zu einem *spill-over* vom europarechtlich determinierten in den nicht determinierten Bereich:⁷² In der Tat: „applying general principles is a contagious process“⁷³, und so finden sich denn auch in jüngerer Zeit in der Rechtsprechung wie in der Li-

65 Maria Luisa Fernandez Esteban, National Judges and Community Law: The Paradox of the two Paradigms of Law, *Maastricht Journal (MJ)* 4 (1997), S. 143-153 (144 f.), spricht vom „Paradox der zwei Paradigmen des Rechts“.

66 Vgl. den Hinweis auf die potentiell Kohärenz stiftende Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei *Jowell/Lester* (Fn. 57), S. 51.

67 Knill/Becker, *Verwaltung* 36 (2003), S. 477 f.

68 So spricht *Elliott*, C.L.J. 60 (2001), S. 325, für menschenrechtliche Fragen diesseits und jenseits des Anwendungsbereichs des *Human Rights Act* von einer „absurdity and inequality which would inhere in the maintenance of distinct systems of review“.

69 Vgl. *Craig* (Fn. 28), S. 99: „The nature of the test which is to be applied should not differ radically depending on which side of the borderline a case is said to fall.“ Ähnlich *Lord Woolf* in *M. v. Home Office* [1993] 3 WLR 433 (448); *Wong*, P.L. 2000, S. 94 ff. Zur Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung allgemein von *Arnauld* (Fn. 14), S. 252 ff.

70 *Fernandez Esteban*, MJ 4 (1997), S. 146.

71 Konrad Schiemann, *L.J.*, The Application of General Principles of Community Law by English Courts, in: Mads Andenas/Francis Jacobs (Hrsg.), *European Community Law in English Courts*, 1998, S. 137-148 (140).

72 *Craig* (Fn. 28), S. 103 ff.; *Malcolm Ross*, Behind Proportionality: The Cultural and Constitutional Context, in: Mads Andenas (Hrsg.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, 1998, S. 83-93 (84 ff.); *Elliott*, C.L.J. 60 (2001), S. 325 ff.; *Knill/Becker*, *Verwaltung* 36 (2003), S. 480 f.; *van Coller*, *CILSA* 39 (2006), S. 482 f. Allgemein zu diesen Phänomenen *Thijmen Koopmans*, The Birth Of European Law At The Cross-Roads Of Legal Traditions, *American Journal of Comparative Law* 39 (1991), S. 493-507 (505 ff.); *Fernandez Esteban*, MJ 4 (1997), S. 146 ff.; *Andreas von Arnauld*, Rechtsangleichung durch allgemeine Rechtsgrundsätze?, in: *Karl Riesenhuber/Kanako Takayama* (Hrsg.), *Rechtsangleichung: Grundlagen, Methoden und Inhalte*, 2006, S. 247-262 (251 ff.).

73 Roberto Caranta, Judicial protection against Member States: a new ius commune takes shape, *CMLR* 32 (1995), S. 703-726 (718).

teratur Abgesänge auf die alte *unreasonableness*.⁷⁴ Lord Slynn hatte schon 2001 in *Alconbury* den Sinn einer solchen Spaltung der Rechtsordnung in Frage gestellt⁷⁵, und in *Ex parte Daly* hatte Lord Cooke prophezeit⁷⁶:

„I think that the day will come when it will be more widely recognised that [...] Wednesbury [...] was an unfortunately retrogressive decision in English administrative law.“

Auch wenn sich Ansätze erkennen lassen, dass sich die *unreasonableness* insgesamt auf dem Rückzug befindet:⁷⁷ eine autoritative Entscheidung steht noch aus. Lord Justice Dyson hat in einem Urteil des Court of Appeal aus dem Jahr 2003 bemerkt, dass es, bei allen Zweifeln am Sinn eines solchen nationalrechtlichen Reservats, nicht an seinem Gericht sei, den *Wednesbury*-Test zu verabschieden. Es sei allein Aufgabe des House of Lords (und damit ab Ende 2009 des neuen Supreme Court), die „Bestattungsriten zu veranstalten“ (*to perform its burial rites*).⁷⁸

Natürlich muss auch dieses Bild etwas abschattiert werden: Es handelt sich nicht um späte Einsichten, die englische Juristen erst aus dem Kontakt mit dem europäischen Recht gewonnen haben. Von anderen kann sich nur inspirieren lassen, wer nach Inspiration sucht. Bereits die *heightened scrutiny* kann als Ausdruck dessen interpretiert werden, dass seit einiger Zeit schon das klassische Modell der *deference* gerade im menschenrechtlichen Bereich als nicht mehr ausreichend angesehen wurde.⁷⁹ Das englische Recht ist hier also seit längerem schon „auf der Suche“.⁸⁰ Inspiration findet es dabei nicht allein im europäischen Recht, sondern auch im Recht anderer Commonwealth-Staaten, wie die Rezeption des *de Freitas*-Tests des *Privy Council* durch die englische Gerichtsbarkeit beweist.⁸¹

74 Z.B. *Jowell/Birkinshaw* (Fn. 31), S. 322 f.; *Olley*, J.R. 2004, S. 201; *Andrew Le Sueur*, The Rise and Ruin of Unreasonableness?, J.R. 2005, S. 32-51 (43 ff.); *Christopher Knight*, The Test that Dare Not Speak its Name: Proportionality Comes Out of the Closet?, J.R. 2007, S. 117-121. Mit nostalgischem Unterton („Goodbye to Wednesbury?“) auch *Wade/Forsyth* (Fn. 25), S. 371 f.

75 [2001] UKHL 23, § 51.

76 [2001] UKHL 26, § 32.

77 *Le Sueur*, J.R. 2005, S. 36 ff. Skeptischer *Olley*, J.R. 2004, S. 199 ff.

78 The Association of British Civilian Internees – Far Eastern Region v. Defence Secretary [2003] EWCA Civ 473, §§ 34 f.

79 Deutlich insbesondere *Lord Steyn*, P.L. 2005, S. 346 ff. Vgl. auch *Wong*, P.L. 2000, S. 94; *Elliott*, C.L.J. 60 (2001), S. 312 ff., sowie *Allan*, C.L.J. 65 (2006), S. 671, der die Reduktion der *royal prerogative*, der justizfreien Hoheitsakte, Mitte der 1980er Jahre als ersten Schritt auf diesem Weg ausmacht. Für eine Ausdifferenzierung der Kontrollmaßstäbe plädierte vor dem Erlass des HRA v.a. *John Laws*, Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?, P.L. 1993, S. 59-79 (71 ff.).

80 *Jowell/Birkinshaw* (Fn. 31), S. 322; *Xavier Lewis*, L'influence du droit communautaire sur le droit administratif anglais, AJDA 1996, No spécial, S. 127 f.; *Ross* (Fn. 72), S. 86 f.; *Schiemann* (Fn. 71), S. 140 f.; *Sydown* (Fn. 18), S. 111 ff.; *von Arnauld* (Fn. 14), S. 635 f. Siehe auch *Paul Craig*, Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law, C.L.J. 55 (1996), S. 298 ff., 311 f.

81 Zu möglichen Brückenschlägen zum kanadischen und israelischen Recht *Tom Hickman*, Proportionality: Comparative Law Lessons, J.R. 2007, S. 31-55.

2. Europäische Ebene

Wodurch erklärt sich nun auf europäischer Ebene der Siegeszug der Verhältnismäßigkeit? Immerhin wenden sowohl der EuGH als auch der EGMR seit geraumer Zeit ein Prüfungs raster an, das sich, lässt man kleinere Nuancen außen vor, weitgehend am deutschen Modell orientiert. Die Gründe dürften vielfältig sein,⁸² mehr als einige mögliche Ursachen, eher in Form einer Arbeitshypothese, sollen (und können) hier nicht genannt werden.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bietet Flexibilität und Justizierbarkeit, die auf europäischer Ebene⁸³ aus strukturellen und institutionellen Gründen in besonderem Maße benötigt werden. Sowohl das Gemeinschaftsrechtssystem als auch das Konventionssystem sind stark justiziell geprägt. EuGH wie EGMR spielen dabei funktional die Rolle von Verfassungsgerichten⁸⁴, die aus einem oft lakonisch gehaltenen Verfassungstext heraus dem Einzelfall gerecht werden sollen.⁸⁵ Bei ihren Entscheidungen haben beide in erhöhtem Maße zusätzlich zur Schaffung von Einzelfallgerechtigkeit darauf zu achten, berechenbare Grundlagen für diese Entscheidungen zu entwickeln.⁸⁶ Ein Grundsatz, der darauf abzielt, eine formale Prüfungsstruktur festzulegen, aber gleichzeitig inhaltliche Flexibilität garantiert,⁸⁷ hat unter solchen Bedingungen gute Erfolgschancen.⁸⁸

Institutionelle Vorbehalte gegenüber einer Übermacht der Judikative und einer Schwächung demokratischer Institutionen, wie wir sie aus der staatsrechtlichen Diskussion kennen, lassen sich dagegen auf das Mehrebenensystem schwer übertragen.⁸⁹ Schon aus Gründen der Einheit des Gemeinschaftsrechts ist es unerlässlich, dass der EuGH auch Akte der mitgliedstaatlichen Parlamente kontrollieren kann.⁹⁰ Das Pramat des Rechts vor der Politik ist hier also Folge des Vorrangs des

82 Zu den Funktionen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Gemeinschaftsrecht *O. Koch* (Fn. 6), S. 494 ff.

83 Zu einem generellen Trend zur Justizialisierung des Verwaltungsrechts *Thomas Ginsburg*, The Regulation of Regulation: Judicialization, Convergence, and Divergence in Administrative Law, in: Klaus Hopt u.a. (Hrsg.), Corporate Governance in Context: Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US, 2005, S. 321-337 (331 ff.).

84 Stefan Oeter, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S. 361-391 (362 ff.). Zum EuGH u.a. *Schwab* (Fn. 6), S. 274 ff.; zum EGMR *Frank Hoffmeister*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, Staat 40 (2001), S. 349-381 (356); *Thomas Giegerich*, in: Grote/Marauhn (Fn. 7), Kap. 2 Rn. 22 ff. Differenzierend *Evert Albert Alkema*, The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court, in: Mélanges Rolv Ryssdal, 2000, S. 41-63; Gericht „sui generis“ (S. 46), das Ähnlichkeiten mit einem Verfassungsgericht besitzt (S. 63).

85 Vgl. *Schwab* (Fn. 6), S. 271 ff., 275 ff.; *O. Koch* (Fn. 6), S. 521 f.; *Schwarze* (Fn. 5), S. 843.

86 Zum EGMR *Alkema* (Fn. 84), S. 59 f. Allgemein von *Arnauld* (Fn. 14), S. 443 ff., 472 ff.

87 *Jowell/Lester* (Fn. 32), S. 68.

88 Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „gemeinsamer Sprache“ von Verfassungsgerichten aufschlussreich der Projektbericht bei *Schlink* (Fn. 11), S. 449.

89 Zu Legitimationsstrukturen in Mehrebenensystemen *Eckhard Pache* und *Thomas Groß*, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), S. 106-151 (136 ff.) bzw. 152-180 (169 ff.).

90 Man kann eine Parallele zu Bundesstaaten ziehen, die üblicherweise gegenüber richterlichen Normenkontrollbefugnissen geringere Vorbehalte haben. Zur föderalen Logik hinter der Rechtsprechung des EuGH vgl. *Stefan Kadelbach*, Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), S. 7-44 (33 ff.).

Gemeinschaftsrechts.⁹¹ Das demokratische Element spielt in diesem Verhältnis praktisch keine Rolle.⁹²

Vergleichbares gilt, *mutatis mutandis*, für den EGMR. Auch hier versagt das Gewaltenteilungsargument;⁹³ es gehört zu den Grundprinzipien des Völkerrechts, dass ein Staat völkerrechtlich als Einheit haftet und sich nicht unter Hinweis auf innerstaatliche Funktionentrennungen von seiner Verantwortlichkeit befreien kann. Noch stärker als auf Ebene der EU ist das EMRK-System ein gerichtszentriertes System. Gerichte aber äußern sich in der Sprache des Rechts. Das Pramat des Rechts auch gegenüber den nationalen Legislativ- und Exekutivorganen ist daher für die EU wie für die EMRK strukturwesentlich.

Dem Vorzug von Flexibilität und Justizierbarkeit stehen also die üblichen institutionellen Einwände nur in abgeschwächtem Maße gegenüber. Dies dürfte eine mögliche Erklärung für den Siegeszug der Verhältnismäßigkeit auf europäischer Ebene sein, der in seinem Gefolge⁹⁴ die hier skizzierten Wirkungen auf das Recht der Mitgliedstaaten hat.

VI. Ein Common Work in Progress

1. Über die Methode zur Theorie

Was bedeutet diese Rezeption der *proportionality* in das englische Recht nun für das englische Rechts- und Staatsverständnis? Wie beschrieben, führt der Grundsatz letztlich das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip im Gepäck. Als Maßstab gerichtlicher Kontrolle stärkt er das Pramat des Rechts und führt zu einer Umstrukturierung des Verhältnisses von Demokratie und *rule of law*.⁹⁵ Den momentanen Rechtszustand in England hat *Lord Justice Laws* als „an intermediate stage between parliamentary supremacy and constitutional supremacy“ beschrieben.⁹⁶ Den möglichen Zielzustand bezeichnet *Jowell* treffend mit dem Begriff einer „rights-based democracy“.⁹⁷ Und *Lord Steyn* sieht in Übereinstimmung hiermit den *Human Rights Act* als einen der „milestones in the evolution of our country towards becoming a fully fledged constitutional state“.⁹⁸

Mit einem Rechtsdenken, das die Grundrechte von außen an den Bereich des Politischen heranträgt, ist ein solcher „rechte-basierter“ Ansatz nur schwer zu

91 *Lord Hoffman* (Fn. 53), S. 110.

92 Es spielt auch für die Nichtigkeitsklage eine untergeordnete Rolle, da das Demokratieprinzip im europäischen Institutionengefüge nach wie vor eine schwächere Rolle spielt als auf nationaler Ebene: vgl. *O. Koch* (Fn. 6), S. 568 ff.

93 *Alkema* (Fn. 84), S. 50 f.

94 Zur der Transfer begünstigenden Wirkung übergeordneter Institutionen *Knill/Becker*, *Verwaltung* 36 (2003), S. 451 f., 478.

95 Vgl. *Fredman*, L.Q.R. 122 (2006), insbes. S. 62 f. zur Rechtfertigungslast in Menschenrechtsfällen.

96 *Internationale Transporte Roth GmbH v. Home Department* [2002] EWCA Civ 158, § 71.

97 *Jowell*, P.L. 2003, S. 597. Dem folgend *Lord Steyn*, P.L. 2005, S. 355 ff. Vgl. auch *Schirmer* (Fn. 21), S. 355 ff.

98 *Lord Steyn*, P.L. 2005, S. 349.

vereinbaren;⁹⁹ vielmehr muss sich der demokratische Gedanke nunmehr innerhalb des Grundrechtsschutzes entfalten. Dies tut er in Gestalt von Spielräumen,¹⁰⁰ wie wir sie aus der deutschen Rechtsprechung kennen. Dies im Sinn, sei noch einmal an die erwähnte Verlagerung der Debatte erinnert: weg vom *standard of review* hin auf die mögliche Integration der *deference* in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. In diesem Sinne weicht der Begriff der *deference* in Menschenrechtsfällen zunehmend dem neuen Terminus *discretionary area of judgment*.¹⁰¹ Auf diese Weise entfaltet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Methode der Grundrechtsanwendung seine theoretischen Implikationen; er packt gewissermaßen sein „rechtskulturelles Gepäck“¹⁰² aus.¹⁰³ Auf diese Weise wirkt er modifizierend auf das englische Rechts- und Staatsverständnis ein, in Richtung auf die beschriebene *rights-based democracy*.¹⁰⁴

Damit soll nicht behauptet werden, dass englische Gerichte in Zukunft im Ergebnis ebenso entscheiden würden wie deutsche Gerichte.¹⁰⁵ Es geht um die wechselseitigen Beziehungen zwischen Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes vor dem Hintergrund europäischer Integrationsprozesse, nicht um Ergebnisprognosen. Schon der Blick auf die Rechtsprechung des EGMR¹⁰⁶ oder mehr noch vielleicht des EuGH¹⁰⁷ zeigt, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit größerem *judicial restraint* gehandhabt werden kann, als dies im deutschen Recht geschieht. Dies aber ist in einer *rights-based democracy* eine quantitative, keine qualitative Frage.¹⁰⁸ Schon jetzt sind auch im Ergebnis andere Entscheidungen möglich. Die Abwägung kann eben zum Ergebnis haben (und hatte dies in vielen Entscheidungen bereits), dass eine Maßnahme unverhältnismäßig in die Rechte

99 *Fredman*, L.Q.R. 122 (2006), S. 57 ff. Siehe auch *Jowell*, P.L. 2003, S. 596 ff. Deutlich im Kontrast zur traditionellen englischen Rechts- und Staatstheorie, „die nicht das Freiheitsrecht des einzelnen, sondern die Machtausübung der öffentlichen Gewalt als Basis ihrer Systembildung wählt“: *Knill/Becker*, Verwaltung 36 (2003), S. 480.

100 *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 176, 195 ff., 202 ff. Siehe auch *Craig* (Fn. 28), S. 98 f., *Elliott*, C.L.J. 60 (2001), S. 304, sowie *Allan*, C.L.J. 65 (2006), S. 677 ff. (allerdings mit Warnung vor Raummetaphern, die eine unmögliche Verallgemeinerbarkeit suggerierten: S. 687).

101 Nach *Lord Bingham* in *A. and Ors v. Home Office* [2004] UKHL 56, § 37.

102 *Ross* (Fn. 72), S. 87: „cultural baggage of its domestic system“.

103 Allgemein zu diesen Angleichungsprozessen von *Arnauld* (Fn. 72), S. 247 ff.

104 A.A. im Jahr 2003 *Knill/Becker*, Verwaltung 36 (2003), S. 469: Die Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit habe „zu keiner grundlegenden Annäherung der deutschen und britischen Staats- und Verfassungsordnung geführt“.

105 Zurückhaltung offenbart sich z.B. in der Aussage von *Lord Clyde* in *Ex parte Alconbury* [2001] UKHL 23, § 169, der den Begriff der „proportionality“ für die Kontrolldichte in „disproportionality“ umformuliert.

106 *Iliopoulos-Strangas*, RabelsZ 63 (1999), S. 448 f.

107 Dazu *Pache*, NVwZ 1999, S. 1038 ff.; *Kischel*, EuR 35 (2000), S. 386 ff., 391 ff.; *O. Koch* (Fn. 6), S. 254 ff., 259 ff. Zur Kontrolldichte in der Rechtsprechung des EuGH *Schwab* (Fn. 6), *passim*; *O. Koch* (Fn. 6), S. 521 ff. – Der bisweilen anzutreffenden Bemerkung, wonach die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den EuGH letztlich der *Wednesbury*-Rechtsprechung ähnele (z.B. *Thomas von Danwitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, S. 393-402 [397 f.]), tritt allerdings *Francis Jacobs*, Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law, in: *Ellis* (Fn. 5), S. 1-21 (20 f.) zu Recht entgegen.

108 Vgl. *Rivers*, C.L.J. 65 (2006), S. 177, 191 ff.

des Einzelnen eingreift; Ergebnisse, die sich über den Maßstab der *unreasonable-ness* kaum hätten begründen lassen.¹⁰⁹

Zu erwarten steht, dass englische Richter auch weiterhin eine größere Zurückhaltung an den Tag legen werden als ihre deutschen Kollegen. Bei der Frage, wie Gerichte einen Maßstab wie den der Verhältnismäßigkeit handhaben, sind unterschiedliche rechtskulturelle Prägungen in Rechnung zu stellen, zu denen auch ein gewachsenes und im Wege der Juristenausbildung und Richterauslese tradiertes richterliches Selbstverständnis gehört.¹¹⁰ Rezeption ist schließlich nie eine Übernahme „eins zu eins“, sondern mit einer Einpassung in die gewachsene Kultur der Zielrechtsordnung verbunden.¹¹¹

Man darf nun aber auch nicht umgekehrt den Fehler begehen, wegen verschiedener rechtskultureller Prägungen oder „Mentalitäten“ jede Möglichkeit einer transnationalen Harmonisierung des Rechts in Abrede zu stellen.¹¹² Identitäten, auch kollektive Identitäten, sind – außer vielleicht im idealtypisch gedachten Fall „kalter“ Kulturen¹¹³ – keine statischen Größen, sondern durch ein dynamisches Wechselspiel von Innen und Außen geprägt.¹¹⁴ Bei der Befassung mit „legal transplants“ muss man sich in beiden Richtungen von allzu mechanistischen Vorstellungen frei machen. Weder schafft die Übernahme einer Rechtsregel automatisch Übereinstimmung zwischen exportierendem und importierendem System¹¹⁵ noch ist sie völlig ohne Einfluss auf das rezipierende System. Welcher Art der Einfluss ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab, unter anderem von der Art der Regel. Allgemeine Rechtsgrundsätze wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit haben hier mehr Potential als technische Rechtsnormen.¹¹⁶ Zudem darf nicht die Konzentration auf die einzelne Regel und ihre Formulierung den Blickwinkel verengen.¹¹⁷ Konzepte wie die Verhältnismäßigkeit wandern nicht nur als Wort, sondern werden durch Interaktion mit den europäischen Institutionen (wie das Beispiel *Smith and Grady* zeigt: durchaus in einem z.T. schmerzhaften Lernprozess) herausgearbeitet.¹¹⁸

In einer sehr differenzierten Analyse sind vor ein paar Jahren *Christoph Knill* und *Florian Becker*, ebenfalls am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zwischen deutschem, europäischem und englischem Recht, zu dem Ergebnis ge-

¹⁰⁹ Elliott, C.L.J. 60 (2001), S. 308.

¹¹⁰ Zu der Bereitschaft, sich auf das konstitutionell Neue am HRA einzulassen, noch eher skeptisch Hunt, Journal of Law and Society 26 (1999), S. 91 ff., passim.

¹¹¹ Ross (Fn. 72), S. 86 ff.; Andreas von Arnauld, Regelentstehung und kulturelles Gedächtnis, in: ders. (Hrsg.), Recht und Spielregeln, 2003, S. 209-227 (212 f.).

¹¹² So aber v.a. Pierre Legrand, European Legal Systems are not Converging, ICLQ 45 (1996), S. 52-81 (60 ff.); ders., The Impossibility of ‘Legal Transplants’, MJ 4 (1997), S. 111-124.

¹¹³ Dazu Claude Lévi-Strauss, Das wilde Denken (La pensée sauvage, 1962), 1973, S. 270 ff.

¹¹⁴ Andreas von Arnauld, Identität und Rolle, in: Recht und Spielregeln (Fn. 111), S. 91-100 (93 ff.).

¹¹⁵ So aber Alan Watson, Legal Transplants, 1974, S. 95 ff. Zu Recht dagegen Legrand, MJ 4 (1997), S. 111 ff.

¹¹⁶ von Arnauld (Fn. 72), S. 248 f., 250 f.

¹¹⁷ Vgl. aber Legrand, MJ 4 (1997), S. 114 f.

¹¹⁸ Vgl. Knill/Becker, Verwaltung 36 (2003), S. 451 f., 478.

langt, dass bei der Diffusion (d.h. der freiwilligen Übernahme¹¹⁹) von rechtlichen und politischen Konzepten diese „durch spezifische Kontextbedingungen ‚gebrochen‘ [werden], die im Rahmen des jeweiligen adoptierenden Systems gegeben sind“, was einer Konvergenz der Systeme widerstreite und letztlich, trotz Diffusion, Divergenz ermögliche.¹²⁰ Nach den hier angestellten Überlegungen ist dem im Ansatz beizupflichten; jedoch können die „spezifischen Kontextbedingungen“ des adoptierenden Systems selbst Einwirkungen ausgesetzt sein, die vom importierten Konzept ausgehen. Es prägt eben nicht immer nur die *langue* die *parole*,¹²¹ gemeinsame Begriffe können auch eine gemeinsame Sprache befördern. Dies freilich ist ein Prozess, kein plötzliches Ereignis, und er schließt die Beibehaltung von Dialekten ein.

2. Exkurs: Verhältnismäßigkeit im französischen Recht

Vergleichbare Rezeptionsprozesse lassen sich in Europa zumindest in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union¹²² beobachten, wenn auch natürlich in unterschiedlicher Dynamik. So ist dem portugiesischen Recht der Verhältnismäßigkeitsgedanke seit der Rückkehr zur Demokratie vertraut,¹²³ während in Italien die Rechtsprechung des EuGH,¹²⁴ in Österreich vor allem die im Verfassungsrang stehende EMRK zur Übernahme des Konzepts geführt hat,¹²⁵ in Griechenland hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 2001 sogar Eingang in die Verfassung gefunden.¹²⁶ Deren Art. 25 Abs. 1 lautet seitdem:

„Die Rechte des Menschen als Person und Mitglied der Gesellschaft und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats werden vom Staat gewährleistet. Alle Staats-

119 Knill/Becker, Verwaltung 36 (2003), S. 447 ff.

120 Knill/Becker, Verwaltung 36 (2003), S. 481.

121 Vgl. zum Verhältnis zwischen Sprache als (flexibler) Struktur und Sprechen als Handlung z.B. Jürgen Trabant, Das tote Gerippe und die Arbeit des Geistes, in: Ekkehard König/Sybille Krämer (Hrsg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, 2002, S. 76-96; Sybille Krämer, Sprache und Sprechen oder: Wie sinnvoll ist die Unterscheidung zwischen einem Schema und seinem Gebrauch?, ebd., S. 97-125; Gisbert Fanselow, Wie ihr Gebrauch die Sprache prägt, ebd., S. 229-261; Martin Hapeltmath, Grammatikalisierung: von der Performanz zur Kompetenz ohne angeborene Grammatik, ebd., S. 262-286.

122 Überblick bei O. Koch (Fn. 6), S. 48 ff.; Schwarze (Fn. 5), S. 664 ff. Bei den Neumitgliedern in Mittel- und Osteuropa dürfte (soweit noch nicht geschehen) die institutionell ausgeprägte Verfassungsgerichtsbarkeit eine Rezeption begünstigen. Vgl. zu dieser verfassungsgerichtlichen Verankerung des Primats des Rechts Rainer Arnold, Das Prinzip der Kontrolle des Gesetzgebers in der Verfassungsgerichtsbarkeit Mittel- und Osteuropas als Ausdruck gemeineuropäischen Verfassungsrechts, JOR 43 (2002), S. 17-29; von Arnauld (Fn. 14), S. 612 ff., 632 ff.

123 O. Koch (Fn. 6), S. 137 ff.; Schwarze (Fn. 5), S. 684 m.w.N.

124 O. Koch (Fn. 6), S. 102 ff.; Schwarze (Fn. 5), S. 675 ff. m.w.N. Siehe auch Giovanni Maria Ubertazzi, Le principe de proportionnalité en Droit Italieni, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (IJK) (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, 1985, S. 79-88.

125 Felix Ermacora, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Deutsche Sektion der IJK (Fn. 124), S. 67-78 (71 ff.); Christiana Polak, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, 1991, S. 82 ff.; O. Koch (Fn. 6), S. 97 ff.

126 Für den Hinweis danke ich Julia Iliopoulos-Strangas. Näher zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im griechischen Verfassungsrecht Catherine Gialitaki, Le principe constitutionnel de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, Revue européenne de droit public 15 (2003), S. 787-811.

organe sind verpflichtet, deren ungehinderte und effektive Ausübung sicherzustellen. Diese Rechte gelten auch in den angepassten Privatverhältnissen. Die Einschränkungen dieser Rechte gemäß der Verfassung sollen entweder in der Verfassung selbst oder in dem Gesetz, wenn ein Gesetzesvorbehalt existiert, vorgesehen sein und das Verhältnismäßigkeitsprinzip respektieren.“

Auch hier freilich kann aus der bloßen Übernahme des Konzepts noch nicht automatisch auf den Stand eines etwaigen Harmonisierungsprozesses geschlossen werden. Größere Zurückhaltung ist nach wie vor in Frankreich zu erkennen. Zwar diskutiert die französische Rechtswissenschaft seit einem grundlegenden Aufsatz von *Braibant* aus dem Jahre 1974¹²⁷ über das Prinzip der *proportionnalité*, und zwar durchaus mit affirmativer Tendenz;¹²⁸ die Rechtsprechung zeigt sich aber von dieser Diskussion weitgehend unbeeindruckt und hat einen allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit noch nicht ausdrücklich anerkannt, geschiehe denn in den Verfassungsrang erhoben.¹²⁹

Dem englischen Recht insoweit verwandt, legt das französische Recht einen starken Akzent auf das demokratische Prinzip, das im Konflikt mit der Rechts- oder Verfassungsstaatlichkeit traditionell die Oberhand gewinnt; schließlich läuft alles beim Parlament als dem Repräsentaten des Souveräns zusammen:¹³⁰ Die Gerichte sind die *bouche de la loi* und damit berufen, dem Willen des Gesetzgebers Ausdruck zu verleihen;¹³¹ überprüft wird durch die Verwaltungsgerichte primär die Gesetzmäßigkeit von Verwaltungshandeln;¹³² einer gerichtlichen Ermessenskontrolle wird mit großer Skepsis begegnet.¹³³ Auch die Verfassungsstaatlichkeit ließ sich prozedural und institutionell nur in Gestalt eines Verfassungsrates verwirklichen, der in das Gesetzgebungsverfahren integriert ist; die Idee eines Gerichts mit gesetzeskassatorischer Befugnis ist diesem Rechtsdenken nicht weniger fremd als dem an der Parlamentssouveränität geschulten englischen.¹³⁴

Die Folge dessen ist ein stark akzentuierter demokratischer Positivismus, der sich vor allem in zwei Gestalten im französischen Recht manifestiert. Zunächst in Gestalt einer Zurückhaltung gegenüber allgemeinen Prinzipien, da diese mit dem

127 Guy Braibant, Le principe de proportionnalité, in: *Mélanges Marcel Waline*, 1974, Band 2, S. 297-306.

128 Siehe nur die Monographien von Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, 1989; Joël Mekhantar, *Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, 1990; Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, 1995; Emiliou (Fn. 6).

129 Zu diesen Diskrepanzen O. Koch (Fn. 6), S. 63 f., 78 f.

130 Zum Folgenden m.w.N. auch von Arnauld (Fn. 14), S. 545 ff.

131 Deutlich wird diese montesquieusche Konzeption etwa in Art. 5 des Code Civil: „Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.“ Zum Richerbild in Frankreich Francis Hamon/Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 29. Aufl. 2005, S. 148 ff. Speziell zur Verwaltungsgerichtsbarkeit Thomas Wolfgang Schmitz, *Rechtsstaat und Grundrechtsschutz im französischen Polizeirecht*, 1989, S. 33 ff. (auf S. 36 f. zur Zurückhaltung gegenüber der Exekutive).

132 Eingehend zur Kontrolle der Legalität von Verwaltungshandeln Emiliou (Fn. 6), S. 70 ff.

133 Emiliou (Fn. 6), S. 67 ff.; Johannes Koch, *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich*, 1998, S. 39 ff., 61 ff., 160 ff.; O. Koch (Fn. 6), S. 64 f.

134 Zur Stellung des Conseil Constitutionnel Ulrich Hübner/Vlad Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, 4. Aufl. 2001, S. 50 f.

ihnen inhärenten Entfaltungspotential in der Hand der Gerichte zu einer Verschiebung der Gewichte zwischen Legislative bzw. Exekutive und Judikative führen können.¹³⁵ Das französische Recht kennt zwar solche übergeordneten Prinzipien: die allgemeinen Rechtsgrundsätze (*principes généraux du droit*)¹³⁶, die unterhalb des *bloc de légalité* eingeordnet sind, aber bei der Anwendung der Gesetze das Verwaltungshandeln und dessen gerichtliche Kontrolle bestimmen,¹³⁷ und den „Verfassungsblock“ (*bloc de constitutionnalité*) als Speicher geschriebener und abgeleiteter Verfassungsprinzipien an der Spitze der Normenhierarchie; über diesen Kanon „impliziter“ Grundsätze wachen aber die Obergerichte zurückhaltend und kritisch.¹³⁸

Zweite Konsequenz ist eine starke Ausdifferenzierung der Rechtsordnung. Das französische Recht, namentlich das Verwaltungsrecht, ist in erheblichem Maße diversifiziert;¹³⁹ einzelne Rechtsgebiete und Unterrechtsgebiete besitzen ihre je eigenen Maßstäbe. Kohärenz stiften die allgemeinen Rechtsgrundsätze, dies aber eben auch nur, soweit sie reichen. Gerade hinsichtlich der gerichtlichen Kontrollmaßstäbe präsentiert sich das Recht vielfältig abgestuft. Je nach Rechtsmatte-rie bestimmt sich, ob der *contrôle minimum* (auch *contrôle restraint*), der *contrôle normal* oder der *contrôle maximum* Anwendung findet.¹⁴⁰ Letzterer Maßstab umfasst (in wiederum unterschiedlichen Schattierungen) eine Prüfung der *nécessité*, die seit langem z.B. im Recht der Sanktionen verankert ist¹⁴¹ (ausgehend von Art. 8 der Menschenrechtserklärung von 1789), ebenso im Polizeirecht¹⁴² und in einigen anderen Rechtsgebieten.¹⁴³

135 von Arnauld (Fn. 14), S. 546 ff., 629 ff.

136 Grundlegend Conseil d'Etat (CE), Assemblée, 26.10.1945, *Aramu u.a.*, Rec., S. 213. Eingehend Helmut Krech, Die Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze im französischen öffentlichen Recht, 1973, S. 15 ff., 92 ff.; René Chapus, Droit administratif général, Band 1, 14. Aufl. 2000, Rdnr. 120 ff. (S. 88 ff.); Jean Rivero/Jean Waline, Droit administratif, 20. Aufl. 2004, Rdnr. 317 ff.

137 Zum (nicht unumstrittenen) Rang der allgemeinen Rechtsgrundsätze Chapus (Fn. 136), Rdnr. 139 ff. (S. 104 ff.). Siehe auch Krech (Fn. 136), S. 112 ff.; Emiliou (Fn. 6), S. 74 ff.; Rivero/Waline (Fn. 136), Rdnr. 320.

138 In der Regel geht der Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ein langjähriger Entwicklungsprozess voraus: Schmitz (Fn. 131), S. 38.

139 Hübner/Constantinesco (Fn. 134), S. 73 ff. Auf den komplexitätssteigernden Beitrag des Gemeinschaftsrechts verweist Jean-François Flausse, Rapport français, in: Schwarze (Fn. 31), S. 31-121 (110).

140 Clemens Lerche, Landesbericht Frankreich, in: Jochen A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 1-37 (9 ff.); Emiliou (Fn. 6), S. 81 ff.; J. Koch (Fn. 133), S. 179 ff. Kritisch gegenüber dieser Einteilung Schmitz (Fn. 131), S. 228 ff. – Im Bereich völkerrechtlicher Verträge wie auch des Gemeinschaftsrechts können *contrôle de compatibilité* (im Sinne einer grundsätzlichen Orientierung am Vertrag) und *contrôle de conformité* (im Sinne vollständiger Übereinstimmung) unterschieden werden: Jörg Gundel, Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997, S. 383 ff.

141 Siehe z.B. Conseil Constitutionnel, Déc. 87-237 DC vom 30.12.1987, Rec. S. 63.

142 Grundlegend CE, vom 19.5.1933, Benjamin, Rec., S. 541. Eingehend dazu Schmitz (Fn. 131), S. 240 ff.

143 Überblick m.w.N. bei Lerche (Fn. 140), S. 12 ff.; Emiliou (Fn. 6), S. 82 ff., 96 ff.; J. Koch (Fn. 133), S. 183 ff.; O. Koch (Fn. 6), S. 65 ff.

Solche intensiven Kontrollen sind im französischen Verwaltungsprozessrecht¹⁴⁴ nach wie vor die Ausnahme; auch sind sie nicht vorschnell mit der Verhältnismäßigkeit gleichzusetzen. Zu weit geht es daher, wenn in der Literatur z.T. alle Formen von Abwägung mit dem Gedanken der *proportionnalité* in Verbindung gebracht werden.¹⁴⁵ Brücken zur Verhältnismäßigkeit schlägt indes der *bilan coûts-avantages*: Dieser Maßstab entstammt dem Planungsrecht und fragt in Enteignungsfällen, ob die Kosten eines Projekts aus Sicht der betroffenen Eigentümer in einem offensichtlichen Missverhältnis zum erstrebten sozialen Nutzen stehen.¹⁴⁶ Seit längerem schon wird eine Übertragung auf andere Rechtsgebiete diskutiert; manche wollen in der *théorie du bilan* schon heute einen regulären Bestandteil des *contrôle normal* sehen.¹⁴⁷ Angesichts bisweilen zu erkennender Mehrstufigkeit dieser „Bilanzierung“ spricht einiges dafür, im *bilan* bereits eine autochthone Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgedankens zu sehen, wie er auf europäischer Ebene verankert ist;¹⁴⁸ jedenfalls könnte er sich als ein Einfallstor für das europäische Modell erweisen, indem er rechtskulturelle Abwehrhaltungen zu umgehen helfen kann. Nicht abschließend geklärt ist auch die Verankerung abwägender Maßstäbe im System der Klagegründe beim *recours pour excès de pouvoir* (Anfechtungsklage).¹⁴⁹ Hier scheint sich freilich eine Zuordnung zu der *Violation de la loi (sub specie der illegalité relative aux motifs)* durchzusetzen.¹⁵⁰ Während im englischen Recht v.a. der *state-limiting approach* Reibungen mit dem Konzept der Verhältnismäßigkeit erzeugt, röhren die Widerstände gegen eine Rezeption des Grundsatzes im französischen Recht in erster Linie von der traditionell objektiven Konzeption des Rechtsschutzes her.¹⁵¹ Die verwaltungsgerichtlichen Verfahren dienen nicht der Durchsetzung subjektiver Rechte des Klägers; vielmehr wird der Kläger zur Durchsetzung des objektiven Rechts instrumentalisiert.¹⁵² Dass diese Konzeption sich lange gegenüber den Grundfreiheiten der Erklärung von 1789 behaupten konnte, liegt an der normativen Wirkung, die

144 Zu Elementen von Verhältnismäßigkeit in der Spruchpraxis des Conseil constitutionnel *Valérie Goesel-Le Bihan*, Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, Revue française de droit constitutionnel (RFDC) 1997, S. 227-267; *dies.*, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel 22 (2007), S. 141-152; *dies.*, Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, figures récentes, RFDC 2007, S. 269-295.

145 Kritisch m.w.N. *Michel Fromont*, Le principe de proportionnalité, AJDA 1995, n° spécial, S. 156-166 (165); *O. Koch* (Fn. 6), S. 70. Zu den möglichen dogmatischen Verortungen *Schmitz* (Fn. 131), S. 226 ff.

146 Grundlegend CE, Assemblée, *Ville Nouvelle-Est*, 28.5.1971, Rec., S. 409.

147 Zu dieser Diskussion m.w.N. *Lerche* (Fn. 140), S. 15 f.; *O. Koch* (Fn. 6), S. 72 ff.

148 So überzeugend *O. Koch* (Fn. 6), S. 74. S. auch *Braibant* (Fn. 127), S. 301 f.; *Schmitz* (Fn. 131), S. 218; *Volker Schlette*, Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 334 ff. A.A. *Fromont*, AJDA 1995, n° spécial, S. 164; *Jacques Ziller*, Le principe de proportionnalité, AJDA 1996, n° spécial, S. 185-188 (187). *Emiliou* (Fn. 6), S. 113 f., sieht im *bilan* letztlich eine Ausprägung allein der Verhältnismäßigkeit i.e.S. und sieht die mehrstufige Prüfung einschließlich der Erforderlichkeit als Bestandteil allein des *contrôle maximum*.

149 *O. Koch* (Fn. 6), S. 70 ff.

150 *Lerche* (Fn. 140), S. 3, 7 ff.; *J. Koch* (Fn. 133), S. 174 ff., 179 ff.; *O. Koch* (Fn. 6), S. 71 f.; *Rivero/Waline* (Fn. 136), Rdnr. 638 ff.

151 *J. Koch* (Fn. 133), S. 186; *O. Koch* (Fn. 6), S. 78.

152 *Johannes Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 196 ff.; *J. Koch* (Fn. 133), S. 108 ff.; *Hübner/Constantinesco* (Fn. 134), S. 112 ff.

den *libertés publiques* beigemessen wird: Ähnlich der vorherrschenden Sicht auf die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung werden sie für den Gesetzgeber vornehmlich als Programmsätze betrachtet, nicht als unmittelbar geltendes Recht.¹⁵³ Zwar kann an der subjektiv-rechtlichen Bedeutung der Rechte der EMRK wie auch der Gemeinschaftsgrundrechte kein Zweifel bestehen;¹⁵⁴ dem von diesen Seiten ausgehenden Anpassungsdruck aber konnte das französische Recht aus mehreren Gründen widerstehen: Zum ersten wegen der lange ungeklärten Einordnung des Gemeinschaftsrechts und der EMRK in das heimische Recht;¹⁵⁵ zum zweiten wegen eines Urteilsstils, der es begünstigt, die zu Grunde gelegten Kontrollmaßstäbe zu verschleieren; zum dritten schließlich vermag der Positivismus *à la française* – zumindest einstweilen – besser mit den immanenten Spannungen einer hochdifferenzierten Rechtsordnung, und damit mit einer Spaltung des Rechts, zu leben.

Auch die objektive Rechtsschutzkonzeption ist indes im letzten Jahrzehnt unter Druck geraten. Am 9. April 1996 nahm der Conseil Constitutionnel ein Recht auf Rechtsschutz in den Verfassungsblock auf, das er in Art. 16 der Erklärung von 1789 verortete;¹⁵⁶ im Urteil *Syndicat des avocats de France* erwähnte der Conseil d'Etat 1998 erstmals den neuen Verfassungsgrundsatz des Rechts auf Rechtsschutz und stützte ihn zugleich auf die EMRK.¹⁵⁷ Auch wenn die objektive Konzeption nach wie vor prägend ist für das französische Verwaltungsprozessrecht, hat seitdem ein „Subjektivierungsprozess“ eingesetzt, der schon grundlegende prozessuale Neuorientierungen zur Folge gehabt hat.¹⁵⁸

Vielfach hängt es vom Betrachter ab, ob und wo von französischen Gerichten, außerhalb des vom EG-Recht und vom Recht der EMRK geformten Bereichs Verhältnismäßigkeitsprüfungen stattfinden. Der cartesianisch verknappte Stil der Urteilsbegründung, der vordergründig im Kontrast zu den Narrativen der deutschen Verhältnismäßigkeitsjudikatur steht, eignet sich eben auch zur Einführung verdeckter Maßstäbe.¹⁵⁹ Solange eine explizite Zurückweisung oder eine ausdrückliche Aufnahme in den Kanon (diese findet dann umso mehr Aufmerksamkeit) nicht erfolgt, sind gegensätzliche Interpretationen möglich.¹⁶⁰

153 Hübner/Constantinesco (Fn. 134), S. 63 ff., 67 ff.

154 Vgl. Schwarze (Fn. 5), S. 701 ff., 841.

155 O. Koch (Fn. 6), S. 79 in Fn. 213 a.E. – Dazu eingehend Gundel (Fn. 140), passim (auf S. 375 ff. auch zur EMRK); Jan Hecker, Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich, 1998. Zum Wendepunkt in der Nicolo-Entscheidung des CE (Assemblée) vom 20.10.1989, Rec., S. 190, siehe Gundel, a.a.O., S. 371 ff.; Hecker, a.a.O., S. 83 ff.

156 CC, Déc. No. 96-373 DC, Rec. 1996, S. 43.

157 CE, Syndicat des avocats de France, 29.7.1998, Rec. 1998, S. 313.

158 Michel Fromont, Die Annäherung der Verwaltungsgerichtsbarkeiten in Europa, in: FS 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 93-112 (95 f., 100 ff., 108 ff.). Namentlich ist der Ausbau des vorläufigen Rechtsschutzes zu nennen.

159 Vgl. Schmitz (Fn. 131), S. 221 f.; Emiliou (Fn. 6), S. 96.

160 Eine verdeckte Verhältnismäßigkeitskontrolle sehen schon heute z.B. Schmitz (Fn. 131), S. 217 ff.; Cyrille David, Le Principe de Proportionnalité en Droit Fiscal Communautaire et Français, in: FS Klaus Tipke, 1995, S. 511-535 (513 f. 534); Emiliou (Fn. 6), S. 88 ff., 96 ff.; O. Koch (Fn. 6), S. 63 f. Siehe auch bereits Braibant (Fn. 127), S. 297 ff.

Auch wenn es an einer expliziten Rezeption der *proportionnalité* in den nicht europarechtlich geprägten Bereich des französischen Rechts nach wie vor fehlt, so lässt sich, bei aller nuancenreichen Schattierung der Kontrollmaßstäbe, in den letzten Jahren insgesamt eine Erhöhung der gerichtlichen Kontrolldichte beobachten. War, ironischerweise, lange der *contrôle minimum* die, insgesamt besehnen, „normale“ Kontrolle, so ist an seine Stelle inzwischen der *contrôle normal* getreten.¹⁶¹ Die Diskussion über die Integration des *bilan* in diesen Kontrollmaßstab verdeutlicht, dass auch innerhalb der Maßstäbe manches in Bewegung ist: hin zu einer intensiveren Kontrolle, die auch Mittel und Zweck zueinander in Beziehung setzt. Dass die gerichtliche Prüfung nach wie vor deutlich zurückhaltender ausfällt als z.B. in Deutschland und große exekutive (wie legislative) Spielräume anerkennt, steht, erneut, auf einem anderen Blatt.¹⁶²

Diese Entwicklung dürfte zu einem nicht geringen Teil auf die Inspiration durch das europäische Recht zurückzuführen sein;¹⁶³ dabei erfüllt die intensive literarische Debatte über die *proportionnalité* gewissermaßen eine Hintergrundfunktion. Der *spill-over*-Effekt zeigt sich im französischen Recht derzeit demnach nicht in der offenen Übernahme eines allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, sondern in der schrittweisen und differenzierten Anpassung autochthoner Maßstäbe an den europäischen Standard,¹⁶⁴ der in großen Teilen des Rechts von den französischen Gerichten bereits auf Grund gemeinschafts- bzw. völkerrechtlicher Verpflichtungen angewandt wird.

3. Andere mögliche Beobachtungsfelder

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nur eine der dogmatischen Figuren, die paradigmatische Veränderungen im europäischen Grundrechtsschutz bewirken können. Andere Figuren wären zu nennen. Mit Blick auf die staatstheoretischen Implikationen würden auch die grundrechtlichen Schutzpflichten¹⁶⁵ nähere Befas-

161 *O. Koch* (Fn. 6), S. 75 f. m.w.N. Vgl. auch *Lerche* (Fn. 140), S. 9, 35 f.; *Emiliou* (Fn. 6), S. 83 f.; *Flauss* (Fn. 139), S. 85 ff.

162 *Lerche* (Fn. 140), S. 35 ff.; *Emiliou* (Fn. 6), S. 113; *O. Koch* (Fn. 6), S. 76. Siehe auch *Rivero/Waline* (Fn. 136), Rdnr. 642.

163 *Flauss* (Fn. 139), S. 85 ff.; *Jürgen Schwarze*, Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur Europäisierung des Verwaltungsrechts, EuR 32 (1997), S. 419-431 (426 f.); *ders.* (Fn. 5), S. 667 f.; *J. Koch* (Fn. 133), S. 185 f.; *O. Koch* (Fn. 6), S. 67 f., 79. S. auch *Ziller*, AJDA 1996, n° spécial, S. 186 ff. Tendenziell auch *Schmitz* (Fn. 131), S. 220 f.

164 Vgl. *Emiliou* (Fn. 6), S. 88 ff., 96 ff.

165 Dazu in rechtsvergleichender Perspektive: Beiträge in *Eckart Klein* (Hrsg.), *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights*, 2000; *Peter Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 909 ff., passim. Siehe auch *Albert Bleckmann*, Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *FS Rudolf Bernhardt*, 1995, S. 309-321.

sung verdienen, ebenso die Horizontalwirkung der Grundrechte¹⁶⁶ oder auch der Vertrauensschutz¹⁶⁷. Alle diese Figuren sind nicht bloß formale Konzepte; sie führen bestimmte Ordnungsmodelle im Gepäck, die sie, nach erfolgter Rezeption in eine Rechtsordnung, „auspacken“ können. Ob aus den Grundrechten gegebenenfalls ein Anspruch auf staatliches Eingreifen folgt, ob die Grundrechte als Ordnungsmodell auch die Beziehungen der Bürger untereinander prägen, ob Staatshandeln möglicherweise grundrechtlich fundierte Vertrauenspositionen des Bürgers zu schützen hat – das alles sind grundlegende Weichenstellungen in einem Rechtssystem, die dessen Charakter prägen und eben auch umprägen können.

Es sind i.Ü. auch nicht nur deutsche Grundsätze, die „nach Europa“ exportiert werden; auch in Deutschland stehen wir mitten in einem Prozess der Rezeption von Rechtsfiguren, die Anfragen an Grundfesten unseres Rechtssystems stellen. Vor allem über das europäische Umweltrecht erreichen uns seit ein paar Jahren Konkurrenzmodelle zu unserem subjektiven Recht, Modelle zur Begründung der Klagebefugnis, die erkennbar vom französischen *intérêt pour agir*¹⁶⁸ inspiriert sind.¹⁶⁹ Zumindest unsere Konzeption der grundrechtlich-rechtsstaatlichen Justizgewährung dürfte hiervon auf mittlere Sicht nicht unbeeinflusst bleiben.¹⁷⁰ Kontrastiert man dies mit der Beobachtung, dass das französische Rechtsschutzkonzept im Bereich des Grund- und Menschenrechtsschutzes seinerseits unter „europäischen“ Anpassungsdruck geraten ist, so mögen sich Hybridlösungen abzeich-

166 Dazu in rechtsvergleichender Perspektive *Ingo von Münch/Pablo Salvador Coderch/José Ferrer i Riba*, Zur Drittewirkung der Grundrechte, 1998; *Stefan Wernicke*, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 30 ff.; *András Sajó/Renáta Uitz* (Hrsg.), *The Constitution in Private Relations*, 2005; *Jörg Neuner* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007. Aus Sicht einzelner europäischer Staaten: *Patricia Egli*, Drittewirkung von Grundrechten, 2002 (Schweiz); *Jonathan Morgan*, Questioning the “true effect” of the Human Rights Act, *Legal Studies* 22 (2002), S. 259–275; *Max Du Plessis/Jolyon Ford*, Developing the Common Law Progressively: Horizontality, the Human Rights Act and the South African Experience, *European Human Rights Law Review* 2004, S. 286–313; *Hannah Nießen*, Die Wirkung der Grundrechte im deutschen und italienischen Privatrecht, 2005; *Philippos Doris*, Die Geltung von Grundrechten in Privatrechtsbeziehungen, für die sich diese Rechte eignen (Art. 25 Abs. 1 S. 3 gr. Verfassung), in: *FS Claus-Wilhelm Canaris*, Band 2, 2007, S. 535–544 (Griechenland). Im außereuropäischen Raum: *Thomas Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992; *Gregor Thüsing*, Die „Drittewirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, *ZvgLRüss* 99 (2000), S. 69–85; *Johan van der Walt*, Drittewirkung in Südafrika und Deutschland, *DÖV* 2001, S. 805–814; *Stephen Gardbaum*, The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights, *Michigan Law Review* 102 (2003), S. 387–459; *Sebastian Seedorf*, Die Wirkung von Grundrechten im Privatrecht in Südafrika, 2005. Zu Drittewirkung und EMRK: *Andrew Clapham*, The “Drittewirkung” of the Convention, in: Macdonald u.a. (Fn. 5), S. 163–206; *Dean Spielmann*, L’effet potentiel de la Convention européenne des droits de l’homme entre personnes privées, 1995.

167 Hierzu eingehend und m.w.N. von Arnauld (Fn. 14), S. 150 ff., 548 ff., 563 ff., 574 ff., 592 ff., 618 ff.

168 Dazu *J. Koch* (Fn. 133), S. 141 ff.

169 Grundlegend dazu *Masing*, (Fn. 152), S. 21 ff., 196 ff. Siehe auch *Josef Ruthig*, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle in Deutschland, in: *Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun Seok* (Hrsg.), *Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea*, 2006, S. 117–146. Besonders zum Umweltrecht *Mattias Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 71 ff., 224 ff., passim; *Bernhard Wegener*, Rechte des Einzelnen: Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998, S. 56 ff., 141 ff.; *Wolfgang Durner*, Rechtspolitische Spielräume im Bereich der dritten Säule, in: ders./*Christian Walter* (Hrsg.), *Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Århus-Konvention*, 2005, S. 64–99 (68 ff.). Siehe demnächst auch *Sabine Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2008 (i.E.).

170 *Masing* (Fn. 152), S. 175 ff., 218 ff.; *Ruthig* (Fn. 169), S. 128 ff., 132 ff. Siehe auch *Ruffert* (Fn. 169), S. 89 ff., 101 ff., 295 ff.; *Wegener* (Fn. 169), S. 100 ff., 271 ff.

nen, bei denen das Modell subjektiver öffentlicher Rechte außerhalb des grundrechtlichen Bereichs ergänzt wird um eine treuhänderische Prozessstandschaft in Belangen des öffentlichen Interesses¹⁷¹ bzw. des gemeinen Wohls.¹⁷²

Wohin diese Wege am Ende führen werden, ist vermutlich Spekulation. So viel aber lässt sich wohl sagen: Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes sind in Europa schon heute ein *common work in progress*.

171 Eingehend dazu *Robert Uerpman*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 84 ff., passim.

172 In diese Richtung *Masing*, (Fn. 152), S. 221 ff.

Die Urteile „Kadi“ und „Yusuf“ des EuG und ihre Folgen

*Von Jörn Axel Kämmerer, Hamburg**

Am 2. Oktober 2007 verhandelte der Europäische Gerichtshof als Berufungsinstanz über die Rechtssachen „Kadi“ und „Yusuf“, in denen rund zwei Jahre zuvor, am 21. September 2005, das europäische Gericht erster Instanz weitgehend identische Urteile gefällt hatte.¹ Beide Judikate kreisen um die Frage, ob und in welchem Umfang Gemeinschaftsrechtsakte, die zur Umsetzung von Individualsanktionen („smart sanctions“) des VN-Sicherheitsrates erlassen werden, gemeinschaftsgerichtlicher Kontrolle unterliegen können und müssen. Unter Völker- und Europarechtlern haben sie bekanntlich so umfängliche wie fundierte Debatten ausgelöst.² Ein Ausweg aus dem strukturellen Dilemma aber, in welches die beiden Nichtigkeitsklagen das EuG gestürzt haben, konnte noch nicht gewiesen werden. Der EuGH, dessen Entscheidung in den kommenden Monaten zu erwarten ist, hat die Wahl zwischen dem dogmatisch teilweise inkonsistenten Kompromiss, wie ihn das EuG anstrebte, und der eindeutigen Entscheidung entweder für oder gegen eine umfassende Grundrechtsprüfung, die allerdings mit politischen und juristischen Konflikten erkauft werden müsste. Von solchen Aussichten unbeeindruckt zeigte sich Generalanwalt *Poiares Maduro* in seinen Schlussanträgen an den EuGH vom 16. und 23.1.2008. Die EuG-Urteile missachteten rechtsstaatliche und grundrechtliche Standards der Union und müssten samt der angefochtenen Verordnung, soweit sie die Beschwerdeführer betreffe, aufgehoben werden.³

I. Der Stein des Anstoßes: Begrenzte mittelbare Überprüfung von „smart sanctions“

Die Kläger Yusuf und Kadi sind von Sanktionen betroffen, die der VN-Sicherheitsrat gegen islamistische Terrororganisationen und ihre mutmaßlichen Unterstützer ergriffen hat. Die VN-Mitgliedstaaten wurden in verschiedenen Resolutions aufgefordert, Bankkonten bestimmter Personen „einzufrieren“, also keine

* Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft. – Herrn Wiss. Mitarbeiter Johannes Hushahn, Hamburg/Cambridge, danke ich für wichtige Anregungen und konstruktive Kritik.

- 1 EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission), Slg. 2005, II-3533 (im Folgenden: „Yusuf“); Rs. T-315/01 (Kadi/Rat und Kommission), Slg. 2005, II-3649.
- 2 *Kotzur*, EuGRZ 2006, S. 19; *Tietje/Hamelmann*, JuS 2006, S. 299; *Steinbarth*, ZeuS 2006, S. 269; *Möllers*, EuR 2006, S. 426; *Schnaehl*, EuR 2006, S. 566; *Ohler*, EuR 2006, S. 848; *Schmalenbach*, JZ 2006, S. 349; *von Arnau*, AVR 44 (2006), S. 201; *Tomuschat*, CMLR 2006, S. 537; *Lorz*, DVBl. 2006, S. 1061 (1067 ff.); *Tomuschat*, EuGRZ 2007, S. 1; *Meyer*, ZeuS 2007, S. 1; *Hörmann*, EuR 2007, S. 120; *Haltern*, JZ 2007, S. 537; diskutiert wurde die Materie bereits vor Erlass der Urteile: *Fassbender*, EJIL 11 (2000), S. 219; *Bartelt/Zeitler*, EuZW 2003, S. 712; *Biehler*, AVR 41 (2003), S. 169; *Albin*, ZRP 2004, S. 71; *Talmon*, AJIL 2005, S. 175; vgl. überdies auch *Tomuschat*, DÖV 2006, S. 357.
- 3 EuGH, Rs. C-402/05 P, Kadi, Schlussanträge vom 16.1.2008; Rs. C-415/05 P, Al Barakaat International Foundation, Schlussanträge vom 23.1.2008.

Kontobewegungen mehr zuzulassen. Für die Mitgliedstaaten der EU wurde diese Vorgabe durch Gemeinsame Standpunkte im Rahmen der GASP und EG-Verordnungen umgesetzt, die seit 2001 mehrfach modifiziert wurden. Das EuG hatte die Frage zu beantworten, ob und inwieweit es Verordnungen an den europäischen Grundrechten messen durfte, die zur Umsetzung solcher Sanktionen des Sicherheitsrats erlassen wurden. Der Sicherheitsrat verfügt nicht über eine Durchgriffsbefugnis in die staatliche oder supranationale Rechtssphäre; das heißt, dass der Einzelne, formal gesehen, erst durch den staatlichen oder gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsakt beschwert ist.⁴ Insoweit müssen aber zwei Sanktionsregimes unterschieden werden: Im ersten Fall (Grundlage ist die Resolution 1373 vom 28.9.2001⁵) umreißt der durch ein Nebenorgan, das „Counter-Terrorism Committee“ (CTC), unterstützte⁶ Sicherheitsrat die Adressatengruppen nur abstrakt und überlässt den Mitgliedstaaten die Listung, ihnen steht also ein Ausfüllungsspielraum zu. Kraft europäischen Primärrechts soll diese Aufgabe der EU bzw. EG zustehen. Über Details ihrer Wahrnehmung ist wenig bekannt, außer dass sich eine als „clearing house“ bezeichnete Arbeitsgruppe ihrer annimmt. An dieser haben Vertreter der Kommission, des Rates und der Mitgliedstaaten – was praktisch bedeuten wird: ihrer nationalen Sicherheitsdienste – teil.⁷ Die Individualisierung der Sanktionsadressaten ist insoweit trotz Überwachung durch das CTC ein genuin europäischer Akt, den auch das EuG einer weit reichenden Grundrechtsprüfung unterwarf.⁸

Die hier besprochenen europäischen Rechtsakte sind anderer Natur. Sie gründen sich auf die sog. *Taliban-Sanktionen*, deren Basis die bereits am 15.10.1999 erlassene Resolution 1267 ist.⁹ Markenzeichen solcher „smart“ bzw. „targeted sanctions“¹⁰ ist, dass ein vom Sicherheitsrat eingesetzter Sanktionsausschuss („1267 Committee“) in eigener Regie schon die Liste der verdächtigen Personen aufstellt. Mitgliedstaaten sind berechtigt, das „Listing“ verdächtiger Personen zu beantra-

4 Vgl. die Einführung bei Meyer, ZeuS 2007, S. 1 (5 ff.).

5 Abrufbar unter http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions.html.

6 Das CTC wurde unmittelbar durch SR Res. 1373 (2001) begründet. Durch SR Res. 1535 (2004) wurde ihm ein „Counter-Terrorism Committee Executive Directorate“ (CTED) zur Seite gestellt.

7 Näher dazu Bartelt/Zeitler, EuZ 2003, S. 712, 713.

8 Grundlegend Rs. T-228/02 (Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran/Rat), 12.12.2006 (nicht in der amtlichen Sammlung). Dass es sich hierbei nicht um eine Kehrtwende der Rechtsprechung handelt, zeigt der Umstand, dass das EuG in den im gleichen Jahr ergangenen Urteilen « Ayadi » und « Hassan » seine Linie im Fall « Yusuf » und « Kadi » bestätigt hat. – Zumindest indirekt findet die Grundrechtskontrolle auch die Billigung des Sicherheitsrats. Andernfalls wäre es kaum erklärlich, warum der Sicherheitsrat bei „targeted sanctions“ nachträglich humanitäre Ausnahmen und eine interne Nachprüfung von Einzelfallentscheidungen zuließ, bei Sanktionen auf der Basis von Resolution 1373 aber nicht. Insofern wird die Sorge um die „rule of law“ eben den VN-Mitgliedstaaten überlassen.

9 Sie wird ergänzt durch SR Res. 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006). Die konsolidierte Liste der Sanktionsadressaten kann abgerufen werden unter <http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/pdflist.pdf>; vgl. zum Taliban-Sanktionsregime auch Rosand, AJIL 2004, S. 745 (747 f.).

10 Zum politischen-völkerrechtlichen Hintergrund der Resolutionen vgl. Neuhold, ZaöRV 64 (2004), S. 263.

gen.¹¹ Die EU/EG kann nicht mehr tun, als diese Listen in die zur Umsetzung der Sanktionen erlassenen Gemeinsamen Standpunkte und Verordnungen zu übertragen; so ist es Brauch seit 2001.¹² Die Kommission ist ermächtigt, die Liste der Personen nach Maßgabe der Erkenntnisse des Sicherheitsrates zu modifizieren.¹³ Materielle Überprüfungskompetenzen stehen Gemeinschaftsorganen nicht zu; das „Delisting“ bleibt dem „1267“-Sanktionsausschuss vorbehalten.¹⁴ Existenznotwendige Mittel können, wenn er keine Einwände erhebt, freigegeben werden. Auch diese „humanitäre Klausel“ wurde in Gemeinschaftsrecht übernommen.¹⁵ Die Nichtigkeitsklage der Betroffenen Yusuf und Kadi blieb in erster Instanz, wie man weiß, ohne Erfolg. Das EuG erklärte sich zwar nicht für unzuständig für die Überprüfung von Rechtsakten, als dessen materiellen Urheber es den Sicherheitsrat und eben nicht EG oder EU ansah. Es beschränkte seine Überprüfung der Umsetzungsakte aber auf die Frage, ob zwingende Völkerrechtsnormen, das Ius cogens, verletzt worden seien. Dies wurde im konkreten Fall verneint.

II. Ultra-vires-Prüfung und Grundrechtskontrolle bei Maßnahmen des Sicherheitsrates

Das EuG hat seine Zuständigkeit zur Überprüfung europäischer Rechtsakte, die „smart sanctions“ umsetzen, im Grundsatz verneint und nur für den Fall der Verletzung zwingender Völkerrechtsnormen wiedereröffnet.¹⁶ Dafür berief es sich einerseits auf Vorschriften wie Art. 24 Abs. 1, 25 und 48 VN-Charta, welche die Mitglieder der Vereinten Nationen zur Befolgung von Beschlüssen des Sicherheitsrates verpflichten, und andererseits auf den in Art. 103 VN-Charta verfügten Vorrang der Charta, der sich auch in Art. 307 EG spiegele.¹⁷ Der aufwendigen Begründung zum Trotz wollen die herangezogenen Vorschriften auf die betrachteten Rechtsfragen entweder nicht passen, oder sie vermögen keine eindeutige Antwort auf sie zu geben. Erstes trifft auf Art. 103 VN-Charta zu, der als Kollisionsvorschrift ausgestaltet ist. Eine Normenkollision zwischen der Charta auf der einen und universellen Menschenrechten oder Europarecht auf der anderen Seite stand in den Fällen „Kadi“ und „Yusuf“ jedoch nicht im Raum. Auch der Sicherheitsrat ist an die universellen Menschenrechte gebunden, und zwar nicht nur

11 Zum Verfahren vgl. die „Guidelines of the [1267] Committee for the Conduct of Its Work“, http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf; dazu Rosand, AJIL 2004, S. 745 (750 ff.).

12 GS 2001/154/GASP, Abi. 2001, Nr. L 57, 1; GASP VO (EG) Nr. 467/2001, Abi. 2001, Nr. L 67, 1; GS 2002/402/GASP, Abi. 2002, Nr. L 139, 4; VO (EG) Nr. 881/2002, Abi. 2002, Nr. L 139, 9.

13 Art. 7 VO 881/2002.

14 Vgl. Ohler, EuR 2006, S. 848 (859 ff.).

15 Grundlage ist SR Res. 1452 (2002); Art. 2 lit. a VO (EG) 881/2002 (eingefügt durch VO (EG) 561/2003).

16 EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf), Rn. 260 ff. (insb. Rn. 276 f.); Rs. T-315/01 (Kadi), Rn. 209 ff. (insb. Rn. 225 f.).

17 EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf), Rn. 234; Rs. T-315/01 (Kadi), Rn. 184, 222; Rs. T-253/02 (Ayadi/Rat), Slg. 2006, II-2139, Rn. 116; ebenso EGMR, Urteil (Behrami/Saramati), Beschwerden Nr. 71412/01 und 78166/01, Nr. 132 ff. und 144 ff., Rn. 27; aus dem Schrifttum u.a. Bartelt/Zeitzer, EuZW 2003, S. 712 (716); Tietje/Hamermann, JuS 2006, S. 299 (300); Kotzur, EuGRZ 2006, S. 19 (23 f.).

insoweit, als sie zwingendes Völkerrecht verkörpern.¹⁸ Vor Menschenrechten und Grundfreiheiten kann die Charta (und damit auch ihr Art. 25) schon deswegen keinen Vorrang haben, weil Art. 1 Nr. 3 sie als eines der Ziele der Vereinten Nationen gleichrangig neben die Wahrung des Weltfriedens (Art. 1 Nr. 1 VN-Charta) stellt.¹⁹ Mag die Tragweite der Gemeinschaftsgrundrechte als individuell einklagbarer Rechtspositionen auch über die der universellen Menschenrechte hinausreichen – auf einen Widerspruch im Sinne von Art. 103 VN-Charta kann angesichts der Gleichläufigkeit der inhaltlichen Postulate daraus nicht schon geschlossen werden. Darüber hinaus kann Art. 103 VN-Charta keine Wirkung entfalten, wo der Sicherheitsrat selbst ultra vires, also unter Missachtung der eigenen Befugnisse handelt. Auch in diesem Fall kann ein Widerspruch des Europarechts zur Charta nicht erwachsen: weil die Charta das angeordnete Staatshandeln nicht nur nicht vorgibt, sondern ihr im Angesicht von Art. 1 Nr. 3 VN-Charta möglicherweise sogar entgegensteht.²⁰

Von der Feststellung, dass ultra vires erteilte Anordnungen des Sicherheitsrates niemals normativen Vorrang vor Rechtsakten der Mitgliedstaaten haben können, ist die Frage zu unterscheiden, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten Akte des Sicherheitsrates befolgen müssen, auch wenn sie Anlass zur Annahme haben, dass der Sicherheitsrat seine Kompetenzen überschritten hat. Dies führt unmittelbar zu der Frage, ob Hoheitsakte des Sicherheitsrats, und sei es auch nur mittelbar – über Gemeinschaftsrechtsakte, die zu ihrer Umsetzung ergehen – der Kontrolle mitgliedstaatlicher oder europäischer Gerichte unterworfen werden können. Zur Beantwortung dieser Frage können insbesondere Art. 24 Abs. 1 und 25 VN-Charta Hinweise liefern, wonach Kapitel-VII-Resolutionen des Sicherheitsrates ohne Wenn und Aber umzusetzen sind: Um der Effektivität der Abwehr von Friedensbedrohungen und mit Rücksicht auf die dem Rat durch Art. 39 ff. VN-Charta zugebilligte Einschätzungsprärogative wird „*Pacta sunt servanda*“ vom ehernen zum stählernen Grundsatz. Damit wohnt ihm gestiegerte Bruchfestigkeit inne, gleichwohl kann er nicht unumstößlich sein. Die Mitgliedstaaten sind Herren der Verträge und damit auch der Vereinten Nationen, nicht umgekehrt. Hier deutet sich an, dass die in Art. 25 VN-Charta verankerte Befolgungspflicht gegenüber Sicherheitsratsbeschlüssen in funktionaler und temporaler Hinsicht jedenfalls nicht grenzenlos sein kann.²¹ An sich bindet Ultra-vires-Handeln einer Internationalen Organisation, Akte also, mit denen sie den zugewiesenen Kompetenzrahmen verlässt, ihre Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht.²² Solche „ausbrechenden Hoheitsakte“²³ haben keine Grundlage im souveränen Willen der „Herren der Verträge“. Der IGH hat zur Beachtlichkeit von Verletzungen der Verbandszu-

18 Vgl. Kotzur, EuGRZ 2006, S. 19 (23) mw.N.

19 Vgl. Ohler, EuR 2006, S. 848 (856 ff.); Schmahl, EuR 2006, S. 566 (569).

20 So jedenfalls Bernhardt, in: Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 2002, Art. 103 Rn. 23.

21 So auch Bernhardt, a.a.O.

22 Vgl. Tomuschat, EuGRZ 2007, S. 1 (10).

23 Vgl. BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 223 (235, 242); 89, 155 (188, 209 f.).

ständigkeit des Sicherheitsrates nicht eindeutig Stellung genommen. Für die Inzident- oder Gutachtenprüfung durch den IGH wird zum Teil um der Effektivität der Anordnungen willen von einer unwiderleglichen Vermutung der Kompetenzmäßigkeit ausgegangen.²⁴ Verletzungen der Organzuständigkeit innerhalb der UNO sind nach Ansicht des IGH unbeachtlich.²⁵ Für die Kontrolle des Sicherheitsrates auf „ausbrechende Hoheitsakte“ durch einzelne Mitgliedstaaten muss dies erst recht gelten. Stellt man also darauf ab, dass der Sicherheitsrat „quasi-legislative“ Maßnahmen deshalb nicht ergreifen durfte, weil Rechtsetzung der *Generalversammlung* zustehe²⁶, ließe dies die Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten unberührt. Das Taliban-Sanktionsregime wird vom Einwand unzulässiger „quasi-legislativer Betätigung“, der sich maßgeblich auf die SR Res. 1373 und 1540 bezieht,²⁷ ohnehin wenig berührt.

Das Bild wandelt sich, wenn der Fokus darauf gerichtet wird, ob *überhaupt* ein Organ der UNO Sanktionen mit Normativcharakter erlassen darf; falls nicht, steht eine Verletzung der Verbandskompetenz durchaus im Raum. Der innerhalb des VN-Systems zur Fortentwicklung des Völkerrechts berufenen Generalversammlung (Art. 13 Abs. 1 lit. a VN-Charta) jedenfalls steht mehr als der Erlass unverbindlicher Resolutionen („soft law“) und – über die International Law Commission – die Erarbeitung von Vertragsentwürfen nicht zu. Als „Weltgesetzgeber“ scheinen die Vereinten Nationen institutionell nicht angelegt zu sein, was auch ihren Sicherheitsrat in gewisse Schranken weist. Wenn der Erlass allgemeiner Sanktionsregeln durch den Sicherheitsrat in diesem Sinne „ultra vires“ erfolgte und damit in die Kategorie der „ausbrechenden Hoheitsakte“ fällt, steht noch immer die Frage im Raum, ob solche Maßnahmen für die Mitgliedstaaten und die EG gemäß Art. 25 VN-Charta nicht gleichwohl beachtlich sind. Die Antwort ist, wiewohl die herrschende Ansicht dem Ja zuneigt, umstritten.²⁸ Überdies ist die Listung für sich genommen jedenfalls nicht abstrakt-genereller Natur – weshalb das EuG den korrespondierenden EG-Verordnungen materialiter Entscheidungscharakter zusprach²⁹ –, so dass unklar ist, inwieweit sie von einem materiellrechtlichen Ultra-vires-Verdikt, sofern es offiziell überhaupt erhoben werden könnte, erfasst würde.

24 Überblick über den Meinungsstand bei E. Klein, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2007, Abschn. 4, Rn. 194.

25 IGH, ICJ Rep. 1962, 151 (168) – Certain Expenses (für den umgekehrten Fall der Wahrnehmung einer eigentlich dem Sicherheitsrat zustehenden Funktion durch die Generalversammlung).

26 Vgl. Arangio-Ruiz, *Rivista di diritto internazionale* 83 (2000), S. 609; auf die Organkompetenz abststellend auch Ohler, EuR 2006, S. 848 (855).

27 Hierzu auch Volz, Extraterritoriale Terrorismusbekämpfung, 2007, S. 299 ff., 337 ff.

28 Wohl zur h.M. neigend Tietje/Hamelmann, JuS 2006, S. 299 (300 f.); von Arnould, AVR 44 (2006), S. 201 (205 ff.); Lorz, DVBl. 2006, S. 1061 (1067); a.A. offenbar Ohler, EuR 2006, S. 848 (854 f.); für mehr Individualschutz bei vermehrter „Gesetzgebung“ durch den Sicherheitsrat auch Tomuschat, DÖV 2006, S. 357 (359); zum Sicherheitsrat als „Weltgesetzgeber“ vgl. auch Talmon, AJIL 2005, S. 175.

29 Die entscheidenden Passagen, in denen das EuG ein etwaiges Ultra-vires-Handeln hätte ansprechen können und das Gericht offenbar vom Entscheidungscharakter ausgeht, finden sich in EuG, Rs. T-315/01 (Kadi), Rn. 209 ff., 220 ff.

Bei Lichte besehen ist, was hier zur Debatte steht, freilich keine Ultra-vires-Prüfung im engeren Sinne. Im Schwerpunkt der Betrachtung steht die von der Beachtung des Zuständigkeitsrahmens zu abstrahierende Frage, ob durch Sanktionsakte Grund- und Menschenrechte verletzt worden sind. Ein absoluter Vorrang der in Art. 25 VN-Charta normierten Befolgungspflicht gegenüber menschenrechtswidrigen Sicherheitsrats-Anordnungen lässt sich schon mit Blick auf die bereits erwähnte Bindung des Rates an die universellen Menschenrechte nicht begründen, schon gar nicht bei einem Verstoß gegen ius cogens. Andererseits haben sich staatliche Verfassungsgerichte und auch der EGMR sich gegenüber (einzelnen) Grundrechtsverstößen durch supra- und internationale Organisationen oft milder gezeigt als gegenüber funktionalen Kompetenzüberschreitungen.³⁰ Gewiss: Auch staatliche oder überstaatliche Rechtshandlungen, die der Umsetzung „ausbrechender Hoheitsakte“ Internationaler Organisationen dienen, greifen mangels einer „materiellen Umsetzungslage“ in Grundrechte ein; doch geht es bei „Yusuf“ und „Kadi“ nicht primär darum. Im Kern geht es um die Frage, ob und wie eine Menschenrechtsverletzung durch den Sicherheitsrat, die sich in materiell identischen Umsetzungsakten der EU und EG perpetuiert, als Verstoß gegen europäische Grundrechte gerügt werden kann. Diese Frage hat das EuG ungeachtet des Bekennnisses zum Vorrang der Charta nicht schlechthin verneint; es hat auch nicht behauptet, die Verordnung sei überhaupt kein Gemeinschaftsrechtsakt.³¹ Die Chuzpe, zugunsten des Sicherheitsrates eine Rechtmäßigkeitsvermutung in Menschenrechtsangelegenheiten aufzustellen, brachte das Gericht ebenso wenig auf. Es entschied sich für eine dogmatisch unausgegorene Kompromissformel, die auf den ersten Blick dem Art. 25 VN-Charta dennoch am besten gerecht zu werden scheint: Allein Verstöße gegen zwingendes Völkerrecht (wobei hier praktisch nur Menschenrechte eine Rolle spielen) werden überprüft.

III. Die Rechtsetzungskompetenz der EG

An einer Stelle kam das EuG trotzdem nicht umhin, eine Ultra-vires-Prüfung vorzunehmen, nämlich hinsichtlich der EG selbst, welche die Umsetzungskompetenz für die umrissten Sanktionsmaßnahmen für sich beanspruchte. Hätten die Art. 60, 301 und 308 auch in der Gesamtschau keine Gemeinschaftssanktion ge-

³⁰ Vgl. BVerfGE 37, 271; 102, 147.

³¹ Bei alledem stehen die Urteile „Kadi“ und „Yusuf“ nicht im Widerspruch zur Bananenmarkt-Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973; verb. Rs. C-364 u. 365/95 (T. Port), Slg. 1998, I-1023): Ging es hier um die Frage, inwieweit sich der Einzelne gegen Entscheidungen von Gemeinschaftsorganen, die *im Widerspruch* zum Recht Internationaler Organisationen stehen, mit Erfolg wehren kann (was der EuGH mangels unmittelbarer Anwendbarkeit des GATT-Rechts im Gemeinschaftsrechtskreis verneinte), steht in „Yusuf“ und „Kadi“ die Frage im Raum, inwieweit die Gemeinschaft Rechtsschutz gewähren muss, wenn sie *im Einklang* mit Entscheidungen Internationaler Organisationen handelt, die ihrerseits möglicherweise mit primärrechtlichen Grundlagen nicht vereinbar sind, jedenfalls aber nicht das ausreichende Maß an Grundrechtsschutz gewährleisten. Der Annahme, Sicherheitsrats-Resolutionen seien innerhalb des Gemeinschaftsrechts als solche beachtlich, folgte das EuG durchaus nicht.

stützt, wären die Klagen schon deshalb begründet gewesen, und das EuG hätte der Frage nach der Verletzung von Menschen- bzw. Grundrechten möglicherweise sogar ausweichen können. Die Art. 60 und 301 EG verliehen der Gemeinschaft eine Kompetenz, Wirtschaftssanktionen unter Einschluss erforderlicher Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs zu verhängen, wobei Art. 301 EG insoweit eine Brücke zur GASP und in diesem Rahmen verfassten Gemeinsamen Standpunkten des Rates schlägt.³² Umstritten war, ob diese gemischt intergouvernemental-supranationale Sanktionszuständigkeit auch im Verhältnis zu terroristischen Vereinigungen angenommen werden konnte. Um die Hürde des Wortlauts – Adressaten müssen „dritte Staaten“ sein – nehmen zu können, kehrt das EuG die anerkannten Zurechnungsregeln mittels eines argumentativen Kunstgriffs nahezu um. Es schließt nicht etwa aus der Zurechnung des Handelns Einzelner zu einem Staat auf die Zulässigkeit von Sanktionen gegen diesen Staat, sondern ordnet vielmehr einen Staat funktional privaten Organisationen zu, um Sanktionen gegen diese zu legitimieren.³³ Für die noch zur Regierungszeit der Taliban erlassene VO 467/2001 erhebt das Gericht kurzerhand Osama Bin Laden als Kopf der Organisation Al Qaida zum Inhaber der wirklichen Gewalt in Afghanistan³⁴ – was zumindest zweifelhaft ist. Auch ohne Kenntnisse des Arabischen ist unschwer zu erfassen, dass „Scheich“ oder „Emir“ auch als Ehrentitel und nicht allein als Herrschaftsbezeichnungen Verwendung finden.³⁵ Anstatt zu halbseriöser Apologetik Zuflucht zu nehmen, hätte das Gericht besser die Vertragsabrandungs- oder -vervollständigungskompetenz des Art. 308 EG schon zur Legitimierung der früheren Verordnung ins Spiel gebracht. Für die erst nach dem Zusammenbruch des Taliban-Regimes zur Umsetzung von Res. 1390 (2002) erlassene VO 881/2002 sieht das EuG jedenfalls ein, dass Art. 60 und 301 EG keine ausreichende Grundlage bieten.³⁶ Art. 308 EG für sich genommen wäre ebenso wenig geeignet, die Verordnung zu stützen: Es hätte den Mitgliedstaaten schließlich keine Probleme bereitet, selbst entsprechende Sanktionsvorschriften zu erlassen. Alle Vorschriften zusammen genommen sollen aber als Plattform genügen, da so die in Art. 3 EG angelegte Konsistenz des Gemeinschaftshandelns gesichert werden könne.³⁷

Einerseits ist das Konsistenzargument angesichts der Fülle nicht- und halbstaatlicher Akteure auf internationalem Parkett nicht völlig von der Hand zu weisen. Andererseits setzt sich das EuG über den Wortlaut des Art. 301 EG doch recht keck hinweg und konstruiert im Wege ergänzender Vertragsauslegung gleichsam

32 Auch als „Schnittstelle“ zwischen EU- und EG-Recht bezeichnet (z.B. bei Hörmann, EuR 2007, S. 120 (129)).

33 Zustimmend Kotzur, EuGRZ 2006, S. 19 (21); Schmalenbach, JZ 2006, S. 349 (352); Tietje/Hamelmann, JuS 2006, S. 299 (300); kritisch zu dieser Vorgehensweise Hörmann, EuR 2007, S. 120.

34 EuG, Rs. T-315/01 (Kadi), Rn. 87 ff.

35 Vgl. Hörmann, EuR 2007, S. 120 (126).

36 Anders GA Pojares Maduro, der bereits im Rekurs auf Art. 308 EG einen Rechtsfehler sieht. Schlussanträge zu Rs. C-402/05 P (Kadi) und Rs. C-415/05 P (Al Barakaat International Foundation), jeweils Nr. 16.

37 EuG, Rs. T-315/01 (Kadi), Rn. 135; a.A. Hörmann, EuR 2007, S. 120 (127 ff.).

eine allgemeine, personenunabhängige Wirtschaftssanktionskompetenz der Gemeinschaft. Solcher Rochaden hätte es gar nicht bedurft, wenn das EuG hier bereits die Völkerrechtskarte ausgespielt hätte: Art. 60 und 301 wurden auch zu dem Zwecke geschaffen, die einheitliche Umsetzung von Kap. VII-Beschlüssen in Europa zu ermöglichen.³⁸ Art. 308 EG fällt so betrachtet dann die Funktion zu, die Implementierung solcher Beschlüsse zu gewährleisten und eine Art „limitierte Völkerrechtsakzessorietät“ des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Ist der Sicherheitsrat befugt, Sanktionen gegen nichtstaatliche Akteure anzuordnen, kann das europäische Sanktionssystem mit diesem Rechtswandel auf solchem Wege Schritt halten (soweit es sich nicht um eine materielle Vertragsänderung handelt). Dass das sonst „VN-freundliche“ Gericht solche Überlegungen wegen des Dogmas vom Europarecht als einer „eigenständigen Rechtsordnung“ gemieden hat, ist kaum anzunehmen. Eher scheute sich das Gericht, die Büchse der Pandora zu öffnen. Denn wenn für Art. 308 EG das Argument der Völkerrechtskonsistenz bemüht wird, kommt das Gericht an der Feststellung der Völkerrechtslage nicht vorbei. Das liefe bei einer strikt zu handhabenden Ausnahmeverordnung wie Art. 308 EG dann doch auf die nicht erwünschte Ultra-vires-Prüfung und damit auf ein Kräftemessen mit dem Sicherheitsrat hinaus.

IV. Die Grundrechtsprüfung durch das EuG

Kritik hat das Gericht erster Instanz für seine restriktive Grundrechtsprüfung in den Entscheidungen „Yusuf“ und „Kadi“ zuhauf einstecken müssen³⁹ – nicht ohne Grund, denn wie zu zeigen sein wird, ist seine Argumentationslinie in der Tat nicht bruchlos. Nur fragt sich, ob sie dies je hätte werden können. Seine Kritiker – zu denen sich nun auch Generalanwalt *Poires Maduro* gesellt hat –, wenden ein, bei der Grundrechtskontrolle europäischer Gerichte dürfe nicht nach der Causa der Gemeinschaftsrechtsakte differenziert werden.⁴⁰ Über so viel juristischer Geradlinigkeit werden politische Realitäten allerdings weitgehend ausgeblendet. Ebenso vernachlässigt die Kritik die nach wie vor bestehenden Unterschiede zwischen universellen Menschenrechten, an die auch der Sicherheitsrat gebunden ist, und europäischen Grundrechten, die für Akte der Gemeinschaftsorgane und Mitgliedstaaten gelten. Im Gemeinschaftsrecht und im Recht der EMRK ist der Einzelne als Rechtssubjekt vollumfänglich, also auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht, etabliert, während sich die Subjektqualität Einzelner im Völkerrecht immer noch im Aufbau befindet.⁴¹ Insofern sei hier die These aufgeworfen, dass das EuG allen der Entscheidung innenwohnenden Ungereimtheiten zum Trotz

38 Osteneck, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 301 EG Rn. 1; in diese Richtung auch Tietje/Hamelmann, JuS 2006, S. 299 (300).

39 Vgl. nur Schmahl, EuR 2006, S. 566 (573 ff.); Ohler, EuR 2006, S. 849 (859 ff.); Haltern, JZ 2007, S. 537 (539 ff. 545); Hörmann, EuR 2007, S. 120 (127 ff.).

40 Schmahl, EuR 2006, S. 566 (573); Ohler, EuR 2006, S. 848 (864 f.); Kotzur, EuGRZ 2006, S. 19 (24 f.).

41 Dazu sogleich infra 1., am Ende.

den ihm zur Verfügung stehenden Spielraum im Ergebnis klug und mit Augenmaß ausgeschöpft hat. Wer ihm „denial of justice“ vorhält⁴², muss auch darlegen, wie das Gericht eine über Ius cogens hinausgehende Prüfung hätte vornehmen können, ohne sich selbst und andere involvierte Institutionen nachhaltig zu beschädigen.

1. Die „Reservefunktion“ der europäischen Gerichte

Im Schrifttum wird die Ius-cogens-Schwelle bei der gerichtlichen Überprüfung von Sanktionsmaßnahmen ohne Ausfüllungsspielraum fast einhellig als Einschränkung des Prüfungsrahmens gewertet.⁴³ Es gibt aber manchen Anlass für die Einnahme der gegenteiligen Sichtweise, wonach sich das EuG eine Prüfungskompetenz überhaupt erst erobert – aus Gründen, die nicht im Verhältnis zwischen Art. 25 VN-Charta und den universellen Menschenrechten wurzeln, sondern in der EuGH-Judikatur zur Anwendung der Gemeinschaftsgrundrechte auf mitgliedstaatliche Rechtsakte. Das EuG setzt sich in den Entscheidungen „Kadi“ und „Yusuf“ zur überkommenen Position in Widerspruch und lehnt sich, möglicherweise ohne sich dessen ganz bewusst zu sein, eng an die „Solange“-Judikatur des BVerfG an. Bei der Umsetzung der Taliban-Sanktionen nämlich gleicht die EG den Mitgliedstaaten, wenn sie Gemeinschaftsrechtsakte ohne Ausfüllungsspielraum umsetzen, gleich ob es sich um Ausführungsrechtsakten zu EG-Verordnungen oder detaillierte Richtlinievorschriften umsetzende Gesetze handelt. Auf mitgliedstaatliche Akte, die ausschließlich gemeinschaftsrechtlich determiniert sind, die also dem Vollzug supranationaler Vorgaben dienen, sind nicht die nationalen, sondern allein die Unions- bzw. Gemeinschaftsgrundrechte anwendbar (vgl. auch Art. 51 Abs. 1 Grundrechte-Charta).⁴⁴ Ihre materielle Überprüfung durch mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte ist damit ausgeschlossen. Die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts könnte nicht gewährleistet werden, wenn man eine Inhaltskontrolle an den im Detail unterschiedlich strengen nationalen Grundrechtsmaßstäben gestattete.⁴⁵ Bekanntlich sehen dies Höchstgerichte wie das BVerfG jedenfalls aber den Fall anders, dass der europäische Grundrechtschutz strukturell unzureichend bleibt.⁴⁶ Interessanterweise ist die „Solange“-Rechtsprechung stets stärker unter dem Aspekt der Gerichtszuständigkeit als unter dem der Grundrechtsebenenkonkurrenz betrachtet worden. Karlsruhe hatte auch die Frage nicht zu beantworten, ob es ein Nebeneinander europäischer und

42 Schmalenbach, JZ 2006, S. 349 (353); in der Sache ebenso GA *Poiales Maduro*, Schlussanträge zu Rs. C-402/05 P (Kadi) und Rs. C-415/05 P (Al Barakaat International Foundation), jeweils Nr. 40.

43 So z.B. Ohler, EuR 2006, S. 848 (865); Schmalenbach, JZ 2006, S. 349 (353); Schmahl, EuR 2006, S. 566 (572); von Arnould, AVR 44 (2006), S. 201 (211).

44 So i.E. auch Streinz, Europarecht, Rn. 768; Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, Rn. 99; anders wohl Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 14 Rn. 36.

45 Vgl. Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, Rn. 99.

46 So zuletzt BVerfGE 102, 147 (162 ff.).

deutscher Grundrechte gibt oder diese nur subsidiär zur Anwendung kommen sollten. Die europäische Kritik an der Karlsruher Judikatur gründet nicht allein auf der Annahme eines Rechtsprechungsmonopols des EuGH, sondern auch auf der These vom Gemeinschaftsrecht als eigenständiger Rechtsordnung mit einem eigenständigen und fungiblen Grundrechtsspektrum. Das EuG wird sich mit der Grundrechtskontrolle an der *lex fori* nach Karlsruher Muster zumindest im Grundsatz untreu; es unterläuft das Prinzip, wonach Umsetzungsakte an den Maßstäben einer eigenständigen höheren Ebene – in casu des Völkerrechts – zu messen sind, auf der die Rechtsinhalte festgelegt werden. Allerdings kann schwerlich bestritten werden, dass solches hier im Ergebnis sachgerecht ist. Weil auf universeller Ebene keine obligatorische Menschenrechtsgerichtsbarkeit zur Verfügung steht, geriert sich das EuG als Auffanginstanz.

Bedenklicher als diese Inkonsistenz, die das EuG mit einer sachlichen Begründung – rechtsstaatlich defizitäres Listing – zudem abschwächen können, sind die *inneren* Wertungswidersprüche der beiden Urteile. Das EuG übergeht die Eigenheiten des Völkerrechts und dabei in gewissem Sinne auch den Prüfungsmaßstab. Auch wenn dazu nicht eindeutig Stellung genommen wird, dürften mit den zur Anwendung gebrachten Grundrechten an sich die Unions- bzw. Gemeinschaftsgrundrechte gemeint sein: Nur für diese ist das EuG zuständig. Überraschenderweise aber bezieht das Gericht die materiellen Prüfungsschranken, das *ius cogens*, aus einer (nach eigenem Selbstverständnis) anderen Ordnung, dem Völkerrecht. Das Europäische Gemeinschaftsrecht hat die völkerrechtlichen Wurzeln der Gründungsverträge zwar nicht gekappt, sich aber funktional verselbständigt; mindestens in diesem Sinne trifft das Mantra des EuGH von der Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung⁴⁷ auch zu. Im gleichen Maße haben sich das europäische Binnenrecht und vor allem seine Grundrechtsordnung auch von völkerrechtlichen Maßstäben wie dem des *ius cogens* emanzipiert. Seine Maßgeblichkeit auch innerhalb des europäischen Rechtskreises lässt sich auch nicht einfach damit begründen, das Europarecht sei kraft seines völkerrechtlichen Ursprungs monistisch ausgerichtet.⁴⁸ Die materiellen Wirkungen des Völkerrechts im europäischen Rechtskreis können nicht weiter reichen, als die Mitgliedstaaten dies vertraglich vorgesehen haben (und dort, wo Gemeinschaftsrechtsakte unmittelbare Wirkung im einzelstaatlichen Recht zeitigen, auch nicht weiter, als die Verfassung des jeweiligen Mitgliedstaates dem Völkerrecht zuzubilligen gewillt ist.). Dies gilt selbst für den Fall des Vertragsschlusses durch die EG gemäß Art. 300, kraft dessen die Völkerrechtsnorm ohne spezifischen Rechtsanwendungsbefehl in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts Eingang findet.⁴⁹ Auch insoweit wird die innergemeinschaftliche Geltung des Völkerrechts aller-

47 Begründet in EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1.

48 In diesem Sinne Kokott, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 281 EGV Rn. 14; differenzierend Tietje, VVDSI RL 66 (2007), S. 47 (58 ff.).

49 EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann/Belgien), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; dazu Haratsch/Koenig/Pechstein, Europa-recht, 5. Aufl. 2006, Rn. 388.

dings konditioniert durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung: Nur soweit die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft eine Vertragsschlusszuständigkeit überantwortet haben, kann Völkervertragsrecht überhaupt in die supranationale Ordnung Eingang finden. So gesehen böte Art. 300 EG gar Raum für den Umkehrschluss: Gerade weil die Gemeinschaft nicht Mitglied der Vereinten Nationen und an deren Charta nicht kraft eigener Willenserklärung gebunden ist, kann nicht deren Primärrecht (sofern es nicht allgemeine Rechtsgrundsätze abbildet) und noch viel weniger das von den VN gesetzte Sekundärrecht integraler Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung sein. Letztlich hilft die Frage nach dem monistischen oder möglicherweise doch dualistischen Ansatz des Gemeinschaftsrechts nicht weiter: Diese Topoi wollen auf die Rechtsgeltung und -anwendung im komplexen Mehrebenensystem nicht recht passen. Ungeachtet des gemeinsamen Ursprungs hat sich das Europarecht doch konzeptionell vom Völkerrecht deutlich entfernt.

Diese Divergenz zwischen beiden Ordnungen lässt sich, gewissen Annäherungen zum Trotz, gerade beim Individualrechtsschutz nachzeichnen. Der europäische Grundrechtsschutz wurzelt, wie Art. 6 II EU unterstreicht, primär in der verfassungsrechtlichen Tradition der Mitgliedstaaten; mit Einschränkungen gilt auch für die durch die EMRK und ihre Zusatzprotokolle gewährleisteten Menschenrechte, die zwar formal auch Verheißenungen der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte transponieren, spätestens seit Einführung der Individualbeschwerde und den damit einhergehenden Transformationen des EGMR aber weit stärker an mitgliedstaatliche Verfassungstraditionen als an das völkerrechtlich Überkommene anknüpfen.⁵⁰ Nur wegen dieser Gleichläufigkeit konnten das BVerfG in seiner Solange-Rechtsprechung⁵¹ und der EGMR im „Bosphorus“-Urteil⁵² mit dem Kriterium der Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes überhaupt operieren. Auch als Individualrechte sind universelle Menschenrechte den deutschen und europäischen Grundrechten insoweit nicht gleichwertig (und also *leges imperfec-tae*), als ihnen das für das subjektive öffentliche Recht im Sinne der deutschen Dogmatik wesensprägende Merkmal der individuellen Einklagbarkeit⁵³ fehlt. Die deutliche Aufwertung des völkerrechtsbezogenen Sekundärrechtsschutzes Einzelner sucht diesem Manko jedenfalls prozedural zu begegnen, ohne es völlig ausgleichen zu können.⁵⁴ In der Entscheidung „LaGrand“ (27. Juni 2001), die vielfach als Fanal für eine Individualisierung völkerrechtlicher Primärrechtspositionen verstanden wird,⁵⁵ unterstrich der Gerichtshof tatsächlich, dass Art. 36 der

50 So mit Einschränkungen auch *Krieger*, in: EMRK/GG-Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 6 Rn. 118 und insbes. 119.

51 BVerfGE 37, 271; 73, 339.

52 EGMR, NJW 2006, S. 197.

53 Vgl. *Albin*, ZRP 2004, S. 71 (72 f.); *Biehler*, AVR 41 (2003), S. 169 (179 f.).

54 Dazu umfassend *Fischer-Lescano*, AVR 45 (2007), S. 299 ff (insbes. 302 ff.).

55 Vgl. zuletzt *Fischer-Lescano*, ebd., S. 307, unter Hinweis auf den Kommentar der ILC zu den von ihr ausgearbeiteten Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit für völkerrechtswidrige Handlungen (GA Res. 56/83 vom 12.12.2001), S. 234 f.

Wiener Konsularrechtskonvention nicht nur den Mitgliedstaat berechtige, sondern auch Betroffenen individuell geltend zu machende Rechte gegenüber den Behörden des Empfangsstaates einräume.⁵⁶ Auch wenn die Mediatisierung des Einzelnen mit diesem Urteil abermals eine Einschränkung erfahren hat⁵⁷, kann umgekehrt von einer generellen Subjektivierung des Menschenrechtsschutzes im Völkerrecht auch in seiner verfahrensrechtlichen Dimension bislang auch noch nicht die Rede sein.⁵⁸ Auch die Grundsätze der ILC bzw. der VN über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen regeln nur die Geltendmachung der Verantwortlichkeit durch den verletzten Staat (Art. 42 ff.) und geben keine Auskunft auf die Frage, ob und in welcher Weise Wiedergutmachung (Art. 34) auch von Einzelnen begehrt werden kann. Das Gesagte gilt insbesondere dort, wo Menschenrechtsverletzungen nicht aus einseitigem Handeln eines souveränen Staates resultieren (der in der Lage ist, die universellen Menschenrechte in subjektive öffentliche Rechte deutschen Zuschnitts zu transponieren), sondern aus genuin völkerrechtlichen Zusammenwirken mehrerer völkerrechtlicher Rechtsträger, beispielsweise im Form von Akten Internationaler Organisationen. Wer das Fehlen individueller Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber mutmaßlichen Menschenrechtsverstößen durch „smart sanctions“ des VN-Sicherheitsrates auf völkerrechtlicher Ebene schon deshalb für völkerrechtswidrig erachtet, weil der Trend in Richtung Individualrechtsschutz deutet, lässt außer Acht, dass die völkerrechtliche Unangreifbarkeit der Entscheidungen ebenso gut als Bestätigung der überkommenen und keineswegs völlig aufgegebenen Mediatisierungspraxis bewertet werden kann. In diesem Sinne mag man den Mangel an individuellen Durchsetzungsmöglichkeiten als Schwäche, aber eben auch – noch – als Spezifikum der universellen Menschenrechtsordnung begreifen. Das Völkerrecht kann keine rechtsstaatlichen Verbindlichkeiten einlösen, die nur das Gemeinschaftsrecht – als „eigenständige Rechtsordnung“ – eingegangen ist.⁵⁹

Insofern stellt sich die Frage, inwieweit das EuG, wenn es sich ungeachtet Art 25 VN-Charta zur Überprüfung von Sanktions-Verordnungen der EG entschließt, Besonderheiten des Völkerrechts (wie die Figur des *Ius cogens*) beim anzuwendenden Grundrechtsstandard – den Regeln der Gemeinschaftsgrundrechte – angeichts der Wesensverschiedenheit beider Ordnungen *überhaupt* in Ansatz bringen darf (dazu sogleich 2a). Dabei kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die in den Maßnahmen des Sicherheitsrates zutage tretenden Defizite des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes letztlich über die üblichen Begleiterscheinungen

⁵⁶ Urteil LaGrand (Deutschland gegen USA), ICI Reports 2001, 463, Nr. 77, 89 (wobei der Gerichtshof in Nr. 78, 126 offen ließ, ob die Vorschriften deshalb zugleich, wie von Deutschland gefordert, als Menschenrechte qualifiziert werden müssten).

⁵⁷ *Hailbronner*, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4. Aufl. 2007, 3. Abschnitt, Rn. 218, spricht – ohne Bezugnahme auf die konkrete Entscheidung – davon, die Theorie der Mediatisierung sei „relativiert“.

⁵⁸ So auch *Biebler*, AVR 41 (2003), S. 169 (179 f.).

⁵⁹ A.A. für Art. 6 Abs. 1 EU GA *Poïares Maduro*, Schlussanträge zu Rs. C-402/05 P (Kadi) und Rs. C-415/05 P (Al Barakaat International Foundation), jeweils Nr. 31.

der Mediatisierung oder des diplomatischen Schutzansatzes hinaus gehen. Es zeigt sich, dass Wachstum und normativer Wandel des Menschenrechtsschutzes im Völkerrecht mit den tatsächlichen Entwicklungen nicht Schritt halten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist es auf eine Situation wie diese, in der VN-Organe unmittelbar grundrechtsrelevante Einzelakte erlassen, nicht vorbereitet⁶⁰, und, wie zu zeigen sein wird, kann weder diplomatischer Schutz die entstehende Lücke füllen noch eine Aufwertung der Menschenrechtsbestimmungen zu verfahrensrechtlichen Individualrechten, für die es – anders als für die Brüder LaGrand in den USA – jenseits des staatlichen Bereichs kein Gericht gibt. So nimmt das Luxemburger Gericht eine rechtlich einigermaßen apokryphe Reserve- oder besser noch Platzhalterstellung ein: für einen Menschenrechtsgerichtshof, der nicht existiert, und hinsichtlich von Eingriffen in Menschenrechte, weil es dafür auf völkerrechtlicher Ebene kein zuständiges Gericht gibt. Das EuG hat nicht den Standpunkt eingenommen, sein Prüfungseintritt sei weder möglich noch geboten, auch weil ein tertium comparationis für die Frage fehle, ob der Menschenrechtsschutz gegen VN-Akte unzureichend sei. Es hat nicht darauf abgestellt, dass die Wirkung der universellen Menschenrechte vor der Weite der Einschätzungs- und Handlungsprärogative des Sicherheitsrates und seiner fehlenden Parteifähigkeit vor internationalen Gerichten verpuffe. Allen Wertungswidersprüchen zum Trotz muss man dies begrüßen.

2. Die Ius-cogens-Schwelle

a) Anspruch ...

Die Kritik am EuG entzündete sich vor allem an der „Ius-cogens-Schwelle“.⁶¹ Wo die Gemeinschaft keinen Ausgestaltungsspielraum besitzt, beschränkt sich das Gericht auf die Prüfung, ob Ius cogens verletzt worden ist.⁶² Es scheint, als wolle das EuG die Inkonsistenz seines Prüfungsansatzes hier durch eine Synthese von Völker- und Gemeinschaftsrechtsordnung abmildern. Rechtsdogmatisch ist dies ein fadenscheiniger Kompromiss: Universelle Menschenrechte, wenn auch „im Gewande“ der Gemeinschaftsgrundrechte, werden so zum Prüfungsgegenstand gemacht – trotz der bereits umrissten Wesensverschiedenheit beider Ordnungen. Zugleich wird dem Gemeinschaftsrecht faktisch der Maßstab des Ius cogens implantiert, über den sich die EU als „Raum der Sicherheit und des Rechts“ längst erhoben hat.

Wenig plausibel erscheint dabei, dass das EuG bereits seine Prüfungszuständigkeit davon abhängig macht, ob ein Verstoß gegen Ius cogens zur Diskussion steht

60 Vgl. Tomuschat, EuGRZ 2007, S. 1 (1 f.).

61 Vgl. Ohler, EuR 2006, S. 848 (865); Schmalenbach, JZ 2006, S. 349 (353); Schmahl, EuR 2006, S. 566 (572); von Arnau, AVR 44 (2006), S. 201 (211).

62 EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf), Rn. 277; Rs. T-315/01 (Kadi), Rn. 226.

oder nicht. Aus dem postulierten materiellen Vorrang der Charta schließt es auf das grundsätzliche Fehlen einer Prüfungskompetenz⁶³, die bei Verletzung zwingenden Rechts also erst zur Entstehung gelangt. Mit Recht ist kritisiert worden, dass gerichtliche Zuständigkeiten nicht daran geknüpft werden können, in welchem Umfang gegen Recht verstößen worden ist, sondern allenfalls, welcher Art das zur Anwendung kommende Recht ist.⁶⁴ Überzeugender wäre der Rekurs auf einen „self-restraint“ gewesen, das heißt: Die Prüfungszuständigkeit des Gerichts ist an sich umfassend, wird mit Rücksicht auf die Erfüllung völkerrechtlicher Vorgaben, welche primär die Mitgliedstaaten und über das Prinzip gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens⁶⁵ auch die EG binden, aber zurückgenommen. So halten es das BVerfG in „Solange II“⁶⁶ oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem „Bosphorus“-Urteil.⁶⁷ Ein Problem des Ius-cogens-Ansatzes besteht allerdings darin, dass das EuG auch offenkundige Rechtsverstöße des Sicherheitsrates nicht beanstanden könnte, solange sie nicht als Ius-cogens-Verletzungen qualifiziert werden müssen. Die Lehre vom Vorrang des VN-Rechts vor anderen völkervertraglichen Verpflichtungen kann dafür schwerlich herangezogen werden, weil der Sicherheitsrat alle für ihn geltenden Völkerrechtsregeln zu beachten hat und nicht nur die vertraglich unabdingbaren.

Um den gewählten Prüfungsmaßstab angemessen einordnen zu können, liegt ein Vergleich mit den beiden erwähnten Judikaten ohnehin nahe. Wenn man (um der Argumentation willen) der Grundthese folgt, dass eine latente Prüfungsbefugnis überhaupt besteht, erscheint die vom BVerfG in „Solange II“ verfochtene Position am konsistentesten: Die verfassungsgerichtliche Kontrolle wird nicht von den Umständen des Einzelfalls, sondern von der Gewährleistung rechtsstaatlich-grundrechtlicher Allgemeinstandards innerhalb einer anderen Rechtsordnung abhängig gemacht.⁶⁸ In der Sache steht „Bosphorus“ der Linie des EuG dennoch näher. Der EGMR richtet seine Prüfungsbefugnis ähnlich dem EuG danach aus, ob die Hypothese von der allgemeinen Gleichwertigkeit grundrechtlichen Schutzes im *Einzelfall* entkräftet wird.⁶⁹ Im gewissen Sinne ist dies paradox: Eigentlich nimmt der EGMR keine Prüfung vor, muss es andererseits aber doch bis zu dem Punkte tun, wo er Gewissheit darüber erlangt, dass der Grundrechtsschutz innerhalb von EG und EU nicht „manifestly deficient“ ist. Diesem Paradoxon entgeht das EuG zumindest dank seiner spezifischen Schwellenkonstruktion: Verletzung von Ius cogens ist nicht immer eine besonders gravierende Rechtsverletzung, sondern die Verletzung besonders gravierender Völkerrechtsregeln. Es sind Regeln, die so zentral sind, dass nicht nur von ihnen nicht völkervertraglich abgewichen werden darf.

63 EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf), Rn. 276; Rs. T-315/01 (Kadi), Rn. 225.

64 Haltern, JZ 2007, S. 537 (540).

65 Vgl. Steinbarth, ZeuS 2006, S. 269 (278).

66 BVerfGE 73, 339.

67 EGMR, NJW 2006, S. 197.

68 BVerfGE 73, 339.

69 EGMR, NJW 2006, S. 197.

chen werden darf, sondern die nach vordringender Auffassung auch erga omnes gelten, deren Einhaltung also jeder Staat, auch der unbeteiligte, von jedem anderen Staat verlangen kann.⁷⁰ Ein weiterer Vorzug des Ius-cogens-Ansatzes gegenüber dem „Bosphorus-Maßstab“ besteht darin, dass die Prüfungsschwelle den Sicherheitsrat tatsächlich schont: Ist EG-Grundrechtsschutz „manifestly deficient“, muss der EGMR faktisch Gemeinschaftsrechtsakte einer umfänglichen Grundrechtsprüfung unterwerfen, wohingegen das EuG sich immer auf besonders gewichtige Regeln beschränken kann.

In der Praxis kann sich der kleine Unterschied durchaus markant auswirken: Der EGMR nimmt im Regelfall keine wirkliche Prüfung vor. Die Gemeinschaftsgrundrechte und die, wenn auch ausbaufähigen, Individualklagemöglichkeiten vor dem EuG bzw. EuGH genügen normalerweise, worauf apodiktisch hingewiesen wird, dem Gleichwertigkeitsstandard. Das EuG dagegen muss anders als der EGMR umgesetzte Kapitel VII-Maßnahmen stets überprüfen, nur prüft es nicht immer umfassend, also nicht alle möglicherweise verletzten Rechte. Damit besteht eine latente Gefahr, dass der EGMR, falls der EuGH den Ansatz des EuG bestätigt, gleichsam als „Gericht hinter dem Gericht“ wegen unzureichenden Grundrechtsschutzes durch die Gemeinschaftsgerichte in die Grundrechtsprüfung eintreten könnte. Ob dies ernstlich zu besorgen ist, wird an späterer Stelle zu erörtern sein.⁷¹ Das EuG hätte solches von vornherein unterbinden können, wenn es sich den „Bosphorus“-Maßstab zu Eigen gemacht hätte. Nur lag es auf der Hand, dass der Menschenrechtsschutz in der vorliegenden Konstellation dem Niveau des Grundrechtsschutzes in Europa niemals für gleichwertig hätte erachtet werden können. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf das Wesen der universellen Menschenrechte, sondern auch ihren verfahrensrechtlichen Stellenwert bei Kapitel VII-Maßnahmen: Sanktionsausschüsse unterliegen, obwohl „smart sanctions“ in der Wirkung Eingriffsverwaltungsakten nahe kommen, keiner richterlichen Kontrolle. Ihre Akte, denen übrigens eine Anhörung nicht vorausgeht, können allenfalls auf Antrag des Heimat- oder Wohnsitzstaates Individualbetroffener durch den Sanktionsausschuss überprüft werden.⁷²

Dieses quasi-administrative Verfahren erfüllt die Mindestvoraussetzungen der „rule of law“ an eine justizielle Prüfung noch nicht.⁷³ Zwar hat der Sicherheitsrat im Jahre 2006 einen „Focal Point“ als Stelle eingerichtet, der auch Einzelpersonen, Gruppen und Unternehmen Delisting-Vorschläge unterbreiten können. Seit-

⁷⁰ Vgl. zur Frage der Verhängung von Sanktionen und der gerichtlichen Geltendmachung in solchen Fällen Frowein, RdC 284 (1994 IV), S. 345 ff., sowie jetzt Art. 42 lit. b der Grundsätze zur Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (Sart. II, Nr. 6).

⁷¹ Siehe infra V.

⁷² Vgl. zu diesem Verfahren Ohler, EuR 2006, S. 848 (859 ff.).

⁷³ So jetzt auch das Schweizer Bundesgericht: Urt. v. 14.11.2007, Youssef Mustapha Nada gegen SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft, Az. 1A.45/2007/daa Nr. 8.3 (www.bger.ch).

her führen zwei unterschiedliche Wege zum Delisting⁷⁴: Dem herkömmlichen, durch Antrag des Heimat- oder Wohnsitzstaates eröffneten Verfahren steht das „Focal-Point“-Verfahren gegenüber, das nichtsstaatlichen Akteuren zumindest ein Initiativrecht einräumt. Obschon für Anträge von Einzelpersonen wie von Staaten gleichermaßen der Begriff „de-listing request“ verwendet wird, besteht zwischen beiden doch ein qualitativer Unterschied. Der „Focal Point“ fungiert nur als eine Art Portal, einem Petitionsausschuss nicht ganz unähnlich. Den ihm unterbreiteten individuellen „de-listing request“ leitet er sowohl dem Staat zu, der seinerzeit die Aufnahme der Betroffenen in die Sanktionsliste begehrte („designating State“), als auch dem Heimat- und dem Wohnsitzstaat des Betroffenen. Empfiehlt einer der insoweit involvierten Staaten die Entfernung des Namens aus der Sanktionsliste und widersetzt sich kein anderer dem Delisting, oder beantragt binnen drei Monaten eines der Ausschussmitglieder das Delisting, entscheidet der Sanktionsausschuss über den Antrag.⁷⁵ Im herkömmlichen „Staatenverfahren“ muss der Einzelne seinen Delisting-Wunsch an den Wohnsitz- oder Heimatstaat herantragen. Dieser kann sich das Petitorium zu Eigen machen, indem er dem Sanktionsausschuss einen eigenen Delisting-Antrag unterbreitet⁷⁶; auch wenn die Verfahrensvorschriften des Sicherheitsrats es nicht ausdrücklich erwähnen, kommt überdies ein Handeln von Amts wegen in Betracht. Auch wenn das „Focal Point“-Verfahren die Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber diesem Prozedere stärkt, ändert es nichts daran, dass die Betroffenen oder private Antragsteller bei der eigentlichen Beschlussfassung nicht Verfahrenspartei sind. Der Heimat- oder Wohnsitzstaat muss sich das Anliegen zu Eigen machen und gewährt dem Betroffenen damit – immerhin – diplomatischen Schutz. Das EuG vertrat in der Entscheidung Ayadi immerhin die Rechtsauffassung, der Mitgliedstaat könne aufgrund der Gemeinschaftsgrundrechte verpflichtet sein, beim Sicherheitsrat ein Delisting zu beantragen.⁷⁷ Man darf dies so deuten, dass eine Person, bei der begründete Hinweise für eine unberechtigte Listung sprechen, gegen den Heimat- oder Wohnsitzstaat aus den Gemeinschaftsgrundrechten ein subjektives Recht auf Verfahrenseinleitung herleiten darf – übrigens abweichend von dem u.a. in Deutschland mehrheitlich vertretenen Rechtsgrundsatz, dass nicht mehr als ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung diplomatischen Schutzes bestehen kann.⁷⁸ Mit der grundrechtlichen Umhegung der Verfah-

74 Zu Einzelheiten vgl. SR Res. 1730 (2006) (Einrichtung des „Focal Point“) sowie die Bestimmungen über das Delisting in Abschnitt 8 der „1267 Guidelines“ (http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf).

75 Richtlinien des Sanktionsausschusses („1267 Guidelines“), Abschnitt 8, lit. d.

76 Richtlinien des Sanktionsausschusses („1267 Guidelines“), Abschnitt 8, lit. e.

77 Rs. T-253/02 (Ayadi), Slg. 2006, II-2139: „dass der Fall der Betroffenen unverzüglich auf loyale und unparteiische Art dem Sanktionsausschuss zur Überprüfung unterbreitet wird, wenn dies unter Berücksichtigung der beigebrachten Informationen objektiv gerechtfertigt erscheint“ (Rn. 149). Noch weitergehend GA *Poiares Maduro*, Schlussanträge zu Rs. C-402/05 P (Kadi) und Rs. C-415/05 P (Al Barakaat International Foundation), jeweils Nr. 32.

78 Vgl. aber die ermessensleitenden Auswirkungen von Gemeinschaftsgrundrechten (*Haltern*, JZ 2007, S. 537 [542]).

renseinleitung hat es aber auch schon sein Bewenden. Dass dem Antrag stattgegeben wird, kann selbst der des Terrorismus offenkundig Unverdächtige ebenso wenig durchsetzen wie der antragstellende Staat. Wendet sich – unabhängig davon, ob das Verfahren über den „Focal Point“ oder unmittelbar durch einen betroffenen Staat eingeleitet worden ist – nur ein einziger der im Ausschuss vertretenen Staaten gegen das Delisting und kann ein „consensus“ daher nicht erzielt werden, wird die Angelegenheit an den Sicherheitsrat selbst verwiesen. Das bekanntlich nicht begründungspflichtige Veto eines ständigen Mitglieds bedeutet dann zwangsläufig „causa finita“.⁷⁹

Fazit: Die Übernahme des „Bosphorus“-Maßstabs hätte eine umfassende Rechtskontrolle unumgänglich gemacht. Vom Sicherheitsrat wäre die umfassende mittelbare Grundrechtskontrolle unweigerlich als Kampfansage verstanden worden. Das EuG hätte sich zugleich in Gefahr begeben, seinen eigenen Maßstäben nicht genügen zu können. Ob es dem Prüfungsanspruch selbst je voll hätte gerecht werden können, weil viele Informationen gemeindienstlichen und damit schwer kontrollierbaren Erkenntnisquellen entstammen, ist im Schrifttum mit guten Gründen angezweifelt worden.⁸⁰ Hätte sich das Gericht mit Blick hierauf mit der Überprüfung evidenter Grundrechtsverletzungen beschieden, so wäre dies einem Eingeständnis funktionaler Begrenztheit gleichgekommen. Mit der Ius-cogens-Prüfungsschwelle übertüncht das EuG insoweit seine Erkenntnisgrenzen, doch nicht nur diese, wie sogleich zu belegen sein wird.

b) ... und Wirklichkeit

Wie sieht es mit der limitierten Prüfung in der forensischen Praxis des EuG nun im Einzelnen aus? Faktisch setzt sich das Gericht über die selbstgesetzte Begrenzung nonchalant hinweg. Nicht nur fehlt im Urteil jede Auseinandersetzung mit Wesen und Eigenart zwingender Völkerrechtsregeln. Auch die Zuordnung einzelner Menschenrechte zum Ius cogens bleibt apodiktisch. Keines der Menschenrechte, die zur Prüfung gelangen, ist aber unstreitig Ius cogens. Die These sei gewagt, dass solche völkerrechtsdogmatischen Defizite in einem ansonsten ausführlich begründeten Urteil kein Versehen, sondern dass die Prüfungsbeschränkung als bloße Mimikry angelegt ist. Indem es die universellen Menschenrechte fast pauschal zu Ius cogens erhebt, verschafft sich das EuG Freiraum für eine, an sonstigen Urteilen europäischer Gerichte gemessen, durchaus umfängliche Grundrechtsprüfung.

Zweifelhaft ist die Ius-cogens-Natur bereits beim Recht auf *Privateigentum*, dem das EuG breite Aufmerksamkeit widmet. Sein vorgeblich zwingender Charakter kontrastiert mit dem Befund, dass der Eigentumsschutz jenseits des Fremdenrechts im allgemeinen Völkerrecht wenig ausgeprägt ist: Die Allgemeine Erklä-

79 Richtlinien des Sanktionsausschusses („1267 Guidelines“), Abschnitt 8, lit. f.

80 So etwa bei Biehler, AVR 41 (2003), S. 169 (179).

rung der Menschenrechte garantiert Eigentum, aber nicht unbedingt individuelles, die Menschenrechtspakte erwähnen es nicht einmal. Will man das Eigentum trotzdem zum gewohnheitsrechtlich gesicherten Menschenrechtskanon zählen, ist es nach verbreiteter Ansicht doch nicht zwingendes Völkerrecht geworden.⁸¹ Selbst wenn man dies im Kern anders sehen wollte, müsste auch der Modus des Eingriffs Berücksichtigung finden. Mehr als das Verbot willkürlicher Entziehung wird in einer Ordnung, die sogar den privatrechtswirksamen Schuldenerlass durch Völkerrechtsvertrag akzeptiert, kaum zwingend sein. Das Einfrieren der Konten ist reversibel und wäre nach den Maßstäben des BVerfG nur eine Inhalts- und Schrankenregelung, welche der Nutzungsregelung gemäß Art. 1 Abs. 2 EMRK-ZP 1 entspricht.⁸² Die Gefahr einer Existenzbedrohung, um die es eigentlich geht, wird überdies durch humanitäre Ausnahmeklauseln in Resolutionen und Gemeinschaftsrecht reduziert.⁸³ Auch beim Recht auf *rechtliches Gehör* bzw. *Anhörung* hätte das Gericht zunächst klären müssen, inwieweit es als Ius cogens überhaupt anerkannt ist; geprüft wird indessen, ob die Einschränkung sachlich begründbar ist, was mehr an eine Willkür- und Evidenzkontrolle gemahnt. Auf die Frage, ob und wie sich der Verfahrensfehler auf die Sachentscheidung ausgewirkt hat – ein allgemeiner Rechtsgedanke, der sich auch in § 46 BVwVfG niederschlägt –, geht das Gericht nicht ein.⁸⁴ Beim dritten untersuchten Recht, dem auf ein *faires Gerichtsverfahren*, wird man an zwingenden Komponenten kaum zweifeln dürfen, doch wird deren Tragweite vom EuG wohl überzeichnet. Unabdingbar ist jedenfalls das Recht auf einen fairen Kriminalprozess⁸⁵, der hier jedoch nicht in Rede steht: Die angeordneten Akte dienen der Gefahrenabwehr, ohne genuin pönalen Charakter aufzuweisen, und sind darin polizeirechtlichen Standardmaßnahmen ähnlich. Mit gewisser Vorsicht wird man vertreten können, dass die Notwendigkeit des Rechtsschutzes gegen (über-)staatliche Eingriffsmaßnahmen mittlerweile von den weitaus meisten Staaten akzeptiert und eröffnet wird. Um aber in den „Olymp“ des Ius cogens aufzusteigen, müsste dieses Gebot für die Verwirklichung der Menschenwürde essenziell sein, was man in dieser Allgemeinheit schwerlich wird behaupten können.⁸⁶ Insbesondere wenn der Eingriff selbst zwingende Rechtspositionen unberührt lässt, wird die Versagung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Eingriffsmaßnahme nicht einfach als Ius-cogens-Verstoß deklariert werden können.

⁸¹ *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 985; vgl. auch *Kämmerer*, Der Schutz des Eigentums im Völkerrecht, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2004/I, S. 142 (144 f.).

⁸² Für das Einfrieren von Konten: BVerfGE 62, 169 (182); zur Rechtsprechung des EGMR betreffende (insolvenzverfahrensbedingte) Verfügungsverbote vgl. die Nachweise bei *H.-J. Cremer*, in: EMRK/GG-Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 22 Rn. 101.

⁸³ Darauf stellt auch das EuG ab: EuG, Rs. T-253/02 (Ayadi), Rn. 120, 126, 127 ff. A.A. GA *Poires Maduro*, Schlussanträge zu 402/05 P (Kadi) und Rs. C-415/05 P (Al Barakaat International Foundation), jeweils Nr. 47.

⁸⁴ Wenn sich ein mutmaßlicher Völkerrechtsverstoß im Gemeinschaftsrecht nicht materiell perpetuiert, könnte man sich allenfalls noch mit Hilfe der Lehre von der „fruit of the poisonous tree“ behelfen.

⁸⁵ Vgl. Art. 6 EMRK.

⁸⁶ Ebenso *Tietje/Hamelmann*, JuS 2006, S. 299 (301).

Der Befund lautet nach alledem, dass das EuG unter dem Vorwand des Ius cogens in Wahrheit eine jedenfalls im Ansatz eher großherzige Grundrechtsprüfung vornimmt – oder den Rahmen der zwingenden Regeln zumindest außerordentlich großherzig fasst. Diesem Versuch der Befreiung aus dem Dilemma, indem disparate Wege zugleich eingeschlagen werden, ist Respekt zu zollen. Für die materielle Subsumtion unter die skizzierten Rechte in den Judikaten „Kadi“ und „Yusuf“, welche den Klägern statt des verheißenen Brotes dann doch eher Steine gibt, gilt dies nicht in gleichem Maße. Aus methodischer Sicht besonders bedenklich ist, dass das EuG sich zur Bestimmung dessen, was das Ius cogens erfordert, wiederum bei Art. 25 und 103 der Charta zu bedienen scheint. Die „Immunität“ des Sicherheitsrates, auf welche das Gericht hier abhebt⁸⁷, mag in der VN-Charta angelegt sein; nur dass sie für den zwingenden Umfang von Menschenrechtsverbürgungen prägend sein soll, lässt sich für ein Regime, das auf den Direktzugriff des Rates auf Einzelne weder zugeschnitten ist noch ihn bis vor kurzem praktizierte, kaum überzeugend darlegen. Vor allem die zentralen Rechtsprobleme sind mit den beiden Urteilen nicht gelöst: Inkongruenz von Grund- bzw. Menschenrechts-Schutzsystemen; systematische Unvereinbarkeit von tatsächlichem Prüfungsgegenstand (smart sanctions) und formalem Prüfungsmaßstab (EG-Grundrechte) oder, anders gewendet, formalem Prüfungsgegenstand (EG-Ausführungsrechtsakte) und tatsächlichem Prüfungsmaßstab (universelle Menschenrechte); Implantation von Ius cogens als Fremdkörper in die ihm inadäquate europäische Grundrechtsordnung.

V. Ausblick

Damit ist der Ausblick auf mögliche weitere Entwicklungen erreicht. Im Mittelpunkt steht das in Bälde erwartete Urteil des EuGH. Ob weitere Gerichte auf den Plan treten, hängt auch vom Inhalt seiner Entscheidung ab. Welchen Weg der Gerichtshof einschlägt, ist ungeachtet des energischen Plädoyers des Generalanwalts zugunsten der Kassation der angegriffenen EuG-Urteile offen. Die jüngsten Urteile des EuGH in den Fällen „Gestoras Pro Amnistía“ und „Segi“ vom Februar 2007 oder das des EuG in „Organisation des Modjahedines“⁸⁸ vom Dezember 2006 können nicht als Fanale angesehen werden. Denn alle diese Entscheidungen beziehen sich gerade nicht auf die Taliban-Sanktionen, wie „Yusuf“ und „Kadi“, sondern auf Fälle, in denen die Gemeinschaft selbst Urheberin der

⁸⁷ EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf), Rn. 342 f.

⁸⁸ Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistía u.a./Rat), Slg. 2007, I-1579; Rs. C-355/04 P (Segi u.a./Rat), Slg. 2007, I-1657; Rs. T-228/02 (Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran/Rat), 12.12.2006 (nicht in der amtlichen Sammlung).

Sanktionsliste war.⁸⁹ Insoweit fehlt es an einer etwaigen „Vorrangwirkung“ des VN-Rechts.⁹⁰ Die Tatsache, dass die Vorabentscheidungskompetenz jedenfalls für den Fall des Rechtsformenmissbrauchs auf Gemeinsame Standpunkte ausgedehnt wurde⁹¹, ist für die hier aufgeworfene Rechtsfrage von geringer Relevanz; denn jenes Rechtsproblem wurzelt ausschließlich im Europarecht. Auguren könnten das am 11. Oktober 2007 in der Rechtssache „Möllendorf“ ergangene Urteil des Gerichtshofs, in dem sich dieser mit der Auslegung auf Taliban-Resolutionen beruhender EG-Verordnungsbestimmungen befasste, für eine VN-freundliche Einstellung Luxemburgs in Anspruch nehmen. Auch wenn der Gerichtshof sich im Vorabentscheidungsverfahren zur Gültigkeit sekundären Gemeinschaftsrechts nicht zu äußern hatte, verweist er doch immerhin darauf, eine Einzelfallprüfung der Frage, ob ein „wirtschaftliches Ungleichgewicht“ im Sinne der Ausnahmeregeln bestehe, würde die „reale Gefahr einer Umgehung des [...] Verbots“, das die VO Nr. 881/2002 auf der Grundlage der SR Res. 1390 (2002) ausspricht, „in sich bergen und die Mitgliedstaaten vor heikle Durchsetzungsprobleme stellen.“⁹² Sowohl das Ziel der Terrorismusbekämpfung als auch völkerrechtliche Bindungen nimmt der Gerichtshof also ausgesprochen ernst. Nicht unerwähnt sollte auch ein Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14.11.2007 bleiben, das in der Sache dem EuG folgt, auf die Ius-cogens-Problematik aber differenzierter eingeht als dieses.⁹³

Wie immer der EuGH letztlich entscheiden wird, zu beneiden sind die Luxemburger Richter nicht, da sie vor dem gleichen strukturellen Dilemma stehen wie seinerzeit das EuG. Fasst der EuGH den Prüfungsrahmen weiter als das EuG, riskiert er einen Konflikt mit dem Sicherheitsrat. Sein Handeln könnte von Trittbrettfahrer-Staaten als Freibrief verstanden werden, um eigene Rechtsunterwerfene gegen Eingriffe zu immunisieren.⁹⁴ Insbesondere darf kein friedensgefährdender Staat, an den Beschlüsse des Rates gerichtet sind, sich unter Hinweis auf die Ultra-vires-Feststellung seines obersten Gerichts der Verantwortung entziehen können. Der Sicherheitsrat würde ebenso geschwächt wie der Kampf gegen den Terrorismus. Bestätigt der EuGH die Linie des EuG, ruft er möglicherweise

⁸⁹ Aus dem Urteil Segi, Slg. 2007, I-1657, Rn. 7, 11: „Am 27. Dezember 2001 erließ der Rat auch den Gemeinsamen Standpunkt 2001/930/GASP über die Bekämpfung des Terrorismus (AbI. L 344, S. 90), die Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus (AbI. L 344, S. 70) und den Beschluss 2001/927/EG zur Aufstellung der Liste nach Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2580/2001 (AbI. L 344, S. 83). Keiner dieser Texte nennt die Kläger. [...] Am 2. Mai und am 17. Juni 2002 erließ der Rat nach den Artikeln 15 EU und 34 EU die Gemeinsamen Standpunkte 2002/340/GASP und 2002/462/GASP betreffend die Aktualisierung des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931 (AbI. L 116, S. 75, und AbI. L 160, S. 32). Die Anhänge dieser beiden Gemeinsamen Standpunkte enthalten den Namen Segi, der mit demselben Wortlaut wie in dem Gemeinsamen Standpunkt 2001/931 eingetragen wurde.“

⁹⁰ So explizit EuG, Rs. T-228/02 (Organisation des Modjahedines), Rn. 102 ff.

⁹¹ EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistia), Slg. 2007, I-1579, Rn. 53.

⁹² EuGH, Rs. C-117/06 (Möllendorf), Urt. v. 11.10.2007, Rn. 58.

⁹³ Youssef Mustapha Nada gegen SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft, Az. 1.A45/2007/daa, Nr. 7 (www.bger.ch).

⁹⁴ In diesem Sinne auch Haltern, JZ 2007, S. 537 (540).

Straßburg oder gar Karlsruhe auf den Plan. Ihr Prüfungseintritt würde nicht nur eine Aufkündigung des derzeit herrschenden justiziellen Burgfriedens mit dem EuGH⁹⁵ bedeuten, er wäre auch zur Lösung des Grundkonflikts mit dem Sicherheitsrat nicht geeignet, sondern würde ihn nur auf eine andere Kollisionsebene tragen. Sollte das BVerfG gleichwohl auch für die vorliegende Konstellation seinen Solange-Maßstab für verbindlich halten, wäre das Ergebnis allerdings keineswegs evident. Denn die Maßnahmen des Sicherheitsrates werden auf europarechtlichem Wege vermittelt. Der europäische Grundrechtsschutz ist aber – wie die Bananenmarktentscheidung des BVerfG zeigt⁹⁶ – nicht schon dann strukturell inadäquat, wenn einzelne Entscheidungen unterhalb des verfassungsrechtlichen Standards liegen, sondern erst wenn der Grundrechtsschutz auf breiter Front defizitär wird. Dies erscheint hier zumindest zweifelhaft. Freilich wird das BVerfG, wenn es denn eine Reservezuständigkeit bejaht, bedenken müssen, ob es seine Solange-Maßstäbe nicht auch für grundrechtsrelevante Maßnahmen der Vereinten Nationen gelten lassen kann, seien sie europarechtlich vermittelt oder nicht. Nach hier vertretener Auffassung würde es damit die nach wie vor bestehenden strukturellen Unterschiede zwischen deutschen Grundrechten und universellen Menschenrechten einebnen. Beschreitet das Gericht den Weg dagegen nicht, nimmt es Rückschritte beim Grundrechtsschutz hin. Das ist angesichts zunehmender überstaatlicher Bedingtheit staatlichen Handelns⁹⁷ fast unausweichlich⁹⁸, wenn auch bedauerlich.

Eine (mittelbare) Überprüfung von Gemeinschaftsakten zur Umsetzung von „smart sanctions“ durch den EGMR, der als völkerrechtliches Menschenrechtsgericht von einzelstaatlichen Interessen nicht tangiert wird, erscheint zwar weniger bedenklich als eine solche durch nationale Verfassungsgerichte. Seine Zuständigkeit wird schon nicht leicht zu begründen sein, weil das Einfrieren von Individualkonten bereits unmittelbar durch Gemeinschaftsrechtsakt erfolgt und Einzelstaaten nicht mitwirken.⁹⁹ Falls sich ein Anknüpfungspunkt finden sollte, wäre der Befund, der Grundrechtsschutz sei „manifestly deficient“ – laut *Ress*¹⁰⁰ z.B. angebracht, wenn der EuGH unzuständig ist oder zu restriktiv bei der Rechtsanwendung vorgeht – für den Bereich jenseits des Ius cogens kein unwahrscheinlicher, wobei hinsichtlich „smart sanctions“ aus einer Gesamtschau der völker- und europarechtlichen Instrumente darauf geschlossen werden müsste. Es gibt keine Individualklage, ja Parteidfähigkeit des Sicherheitsrates ist nicht vorgesehen; der 2002 eingerichtete Überprüfungsmechanismus auf der Basis diplomatischen

95 Vgl. BVerfGE 73, 339; EGMR NJW 2006, S. 197.

96 BVerfGE 102, 147.

97 Vgl. Tomuschat, EuGRZ 2007, S. 1.

98 Vgl. den Überblick zu Rechtschutzmöglichkeiten bei Schmahl, EuR 2006, S. 566 (568 ff.).

99 Die Prüfung wäre also eine „doppelt mittelbare“ – eventuellen staatlichen Maßnahmen wäre ein Gemeinschaftsrechtsakt (sowie ein Rechtsakt der EU) und diesem wiederum eine Resolution des Sicherheitsrats vorgeschalet.

100 EGMR, Urt. v. 30.6.2005, NJW 2006, S. 197, (Bosphorus), Sondervotum, Abs. 3, 54 f.

Schutzes ist mehr als politisches denn rechtliches Verfahren zu qualifizieren; viele der in der EMRK aufgeführten Rechte sind nicht als Ius cogens anerkannt, dennoch können Verstöße gravierend sein. In der „Behrami/Saramati“-Entscheidung¹⁰¹ vom 31. Mai 2007 allerdings erklärte sich der EGMR für unzuständig zur Behandlung einer Beschwerde gegen Akte dreier im Kosovo operierender europäischer Staaten – mit der Begründung, sie seien der vom VN-Sicherheitsrat rechtmäßigt beauftragten KFOR bzw. UNMIK als Nebenorgan des Sicherheitsrates zuzurechnen. Ob der EGMR damit eine mittelbare (im Falle zwischengeschalteter Gemeinschaftsrechtsakte sogar doppelt mittelbare) Überprüfung der Beachtung von Menschenrechten der EMRK für „smart sanctions“ ausschließen will, bleibt offen. Jedenfalls weist der Gerichtshof ausdrücklich auf den Unterschied zur „Bosphorus“-Entscheidung hin, die ebenfalls auf Sanktionsentscheidungen des Sicherheitsrates zurückging, wobei der streitgegenständliche Akt allerdings von einem Staat mit Wirkung für sein eigenes Territorium erlassen wurde und nach Ansicht des EGMR auch diesem Staat daher zugerechnet werden durfte.¹⁰² Die Fälle „Kadi“ und „Yusuf“ liegen gleichsam in der Mitte zwischen diesen beiden Konstellationen: Zwar beruht die Listung, formal gesehen, auf Gemeinsamen Standpunkten der EU sowie EG-Verordnungen und kann insofern technisch nicht unmittelbar dem Sicherheitsrat zugerechnet werden, materiell betrachtet ist gleichwohl dieser ihr Urheber, wobei den Staaten weniger Aktionsfreiheit gewährt blieb als bei den Aktionen im Kosovo. Sollte der EGMR dennoch die Zwischenschaltung europäischer Rechtsakte für maßgeblich erachten und damit den „Bosphorus-Maßstab“ zur Anwendung bringen wollen, müsste er außer dem Unterschied zwischen universellem und regionalem Menschenrechtsschutz in seine Erwägungen auch einzubeziehen haben, dass die tatsächliche Grundrechtskontrolle durch das EuG deutlich über die proklamierte Prüfungsschwelle hinausgeht. Fehlt es in casu an mitgliedstaatlichem Handeln, wird der EGMR erwägen müssen, ob er an der zuletzt in „Bosphorus“ verfolgten Linie festhält, strikt bindende Gemeinschaftsrechtsakte nur indirekt überprüfen zu wollen – oder ob er zu einer direkten Kontrolle von Verordnungen und Entscheidungen mit der Begründung übergeht, es handle sich dabei um gemeinsame Manifestationen der Souveränität aller Mitgliedstaaten.¹⁰³

Eine Lösung muss letztlich auf völkerrechtlicher Ebene gefunden werden. Die an die Staaten mit ihren entwickelten Justizsystemen gerichteten Menschenrechtsstandards der Allgemeinen Erklärung und der Pakte von 1966 halten mit der Völkerrechtswirklichkeit nicht Schritt, in der die Vereinten Nationen selbst zunehmend in Individualrechte eingreifen.¹⁰⁴ Menschenrechte sind kaum mehr als ein nudum ius, soweit sie nicht auch in Verfahrensgarantien Niederschlag finden. Im

101 Beschwerden Nr. 71412/01 und 78166/01, Nr. 132 ff. und 144 ff.

102 Ebd., Nr. 151.

103 In diesem Sinne u.a. *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2005, § 4 Rn. 5 f. m.w.N.

104 Vgl. *Tomuschat*, EuGRZ 2007, S. 1.

Schrifttum ist, wie bereits erwähnt, vor allzu hochfliegenden Erwartungen an die Bändigung des Sicherheitsrates gewarnt worden, dessen auf geheimdienstlichen Erkenntnissen beruhende Entscheidungen einer materiellrechtlichen Überprüfung nur begrenzt zugänglich sind. Verfahrensrechtliche Verbesserungen aber sind nötig und möglich: Eine Pflicht, bei entlastenden Erkenntnissen eine Überprüfung durch den „1267-Ausschuss“ zu veranlassen, lässt sich auf der Basis der universellen Menschenrechte und der EMRK für VN-Mitglieder und v.a. im Sicherheitsrat vertretene Staaten auch dann konstruieren, wenn sie der EU nicht angehören. Auch die Vernehmung der Betroffenen ist im Zeitalter der Videokonferenz keine technische Unmöglichkeit mehr. Würde schließlich noch das Einstimmigkeitserfordernis für die Aufhebung einer Individualsanktion beseitigt,¹⁰⁵ wäre die Gefahr, dass Sanktionsentscheidungen auf politischer Opportunität und weniger auf rechtstatsächlichen Erwägungen fußen, zumindest eingedämmt.

105 In diesem Sinne auch *Tomuschat*, EuGRZ 2007, S. 1 (12).

Meyer-Ladewig

Europäische Menschenrechtskonvention

Handkommentar

2. Auflage



Europäische Menschenrechtskonvention

Handkommentar

Von MinDir a.D. Dr. Jens Meyer-Ladewig

2. Auflage 2006, 494 S., geb., 79,- €,

ISBN 978-3-8329-1383-0

äische Menschenrechtskonvention gewinnt auch für die nationale Rechtsanwendung an Bedeutung. Die 2. Auflage des bewährten Handkommentars orientiert sich an den Bedürfnissen der Praxis. Die Neuaufgabe einer komprimierten Darstellung der EMRK und der Protokolle, erläutert ausführlich über die Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und berücksichtigt auch die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Auswirkung von EGMR-Entscheidungen.

Ein anderer Vorteil: Der Handkommentar enthält eine Musterbeschwerde, viele Hinweise auf richterliche Formulierung und zahlreiche Beispiele.

Die detaillielle und straff gefasste Informationen für Rechtsanwälte und Richter, aber auch die richterliche Praxis in menschenrechtssensiblen Bereichen wie Ausländerbehörden, Polizei und übergeordnete Dienststellen.

Jens Meyer-Ladewig war federführend an der Konventionsumsetzung in Deutschland beteiligt. Er war Berater der Bundesregierung in Verfahren vor dem EGMR sowie Vorsitzender des Instituts für Menschenrechte des Europarat