

# Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums

Hans-Georg Dederer\*

I. Aufriss des europäischen Grundrechtsraumes	576
1. "Liberaler" und "sozialer" europäischer Grundrechtsraum	576
2. Einbettung des europäischen Grundrechtsraums in die Weiten des Völkerrechts	579
II. Architektonische Prinzipien des liberalen europäischen Grundrechtsraums	580
1. Prinzip des Vorrangs	580
a) Vorrang des Gemeinschaftsrechts	580
aa) Vorrang vor nationalen Grundrechten	580
bb) Vorrang auch des EG-Sekundärrechts	581
cc) Vorrang als Kollisions-, Rangordnungs- und Bindungswirkungsregel	582
b) Maßstabsbildende Wirkung von Unionsgrundrechten für nationales Recht	582
c) Verdrängung nationaler Grundrechte als Prüfungsmaßstab	583
d) Beschränkte Durchsetzungskraft nationaler Grundrechte gegen EG-Grundfreiheiten	585
e) "Durchgriffswirkung" von Vorabentscheidungen des EuGH	586
f) Vorrangprinzip und intergouvernementales Unionsrecht	588
g) Vorrangprinzip und EMRK	590
aa) Mittelbare Teilhabe am Vorrang des Gemeinschaftsrechts	590
bb) "Durchgriffswirkung" von EGMR-Entscheidungen?	591
cc) Mittelbare Teilhabe am Vorrang der Verfassung	595
2. Prinzip der Auffangzuständigkeit	596
a) Auffangzuständigkeit des BVerfG	596
b) Auffangzuständigkeit des EGMR	597
c) Exkurs: "Eindeutig unzulänglicher" Grundrechtsschutz im Fall <i>Yusuf</i> ?	601
3. Prinzip der Integrationsfreundlichkeit	607
4. Prinzip der Komplementarität	607
a) EuGH als "gesetzlicher Richter"	608
b) Andere Formen der Sanktionierung einer Nichtvorlage an den EuGH	609
c) Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Berücksichtigung von EGMR-Entscheidungen	610
5. Prinzip der "Idealkonkurrenz"	611
6. Prinzip des Dialogs	612
a) Bezugnahme auf nationales Verfassungsrecht	613
b) Bezugnahme auf die EMRK	614
c) EMRK als "Referenzzentrum" für gemeineuropäischen Grundrechtsstandard	615
7. Prinzip der Günstigkeit	615
8. Prinzip der Subsidiarität	618
9. Prinzip des <i>judicial self-restraint</i>	620
III. Fazit: der europäische Grundrechtsraum als System von "checks and balances"	621
Summary	622

Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums ist eines der zentralen Themen des europäischen Verfassungsrechts<sup>1</sup>. Es behandelt die spannungsreiche

\* Priv.-Doz. Dr. *iur.*, Bonn.

<sup>1</sup> Siehe nur C. Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL Bd. 60 (2001), 292 ff. (293 f.). Zum thematischen Spektrum des europäischen Verfassungsrechts siehe die Beiträge in A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003.

Verflechtung nationaler, supranationaler und internationaler Grundrechtsregime innerhalb Europas.

Zur weiteren Erhellung der architektonischen Prinzipien des europäischen Grundrechtsraums haben zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen jüngeren Datums aller Ebenen beigetragen. Die dadurch immer deutlicher zum Vorschein kommenden, mithin "emergenten" Prinzipien der Architektonik des europäischen Grundrechtsraums sollen nachfolgend skizziert werden. Herausgearbeitet werden die Grundsätze, welche die gegenwärtige "Geometrie" des "Beziehungsdreiecks" Bundesverfassungsgericht (BVerfG) – Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) – Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bestimmen<sup>2</sup>.

## I. Aufriss des europäischen Grundrechtsraumes

### 1. "Liberaler" und "sozialer" europäischer Grundrechtsraum

Der europäische Grundrechtsraum setzt sich genau genommen – und entsprechend der geläufigen völkerrechtlichen Unterscheidung nach Menschenrechten der ersten und zweiten "Generation"<sup>3</sup> – aus zwei (Teil-)Räumen zusammen: aus dem "liberalen" und aus dem "sozialen" Grundrechtsraum. Besondere Ausformung hat in erster Linie der erstgenannte Raum, der Raum der "klassischen", bürgerlichen und politischen (verkürzt: "liberalen") Grundrechte, erfahren. Auf die ihn beherrschenden architektonischen Prinzipien soll sich die nachfolgende Darstellung<sup>4</sup> daher beschränken.

Der Raum der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen (verkürzt: "sozialen") Grundrechte weist demgegenüber bis heute vergleichsweise unscharfe Konturen auf. Dies ist nicht zuletzt der lückenhaften wie durchsetzungsschwachen Gewährleistung sozialer Grundrechte auf den verschiedenen Ebenen des europäischen Grundrechtsraums geschuldet. So sind soziale Grundrechte schon nicht in jeder nationalen Verfassungsordnung Europas verankert. Innerhalb Deutschlands<sup>5</sup> beispielsweise normiert das Grundgesetz – anders als mehrere Landesverfassungen<sup>6</sup> –

---

<sup>2</sup> Zur Bedeutung der Grundrechtsjudikatur von EGMR und EuGH für die politische Integration Europas siehe die umfassende (politikwissenschaftliche) Analyse von L. Schneck, *The Relationship Between the European Courts and Integration Through Human Rights*, ZaöRV 65 (2005), 837 ff.

<sup>3</sup> Zu dieser Unterscheidung instruktiv M. Nowak, *Einführung in das internationale Menschenrechtssystem*, 2002, 35 ff.

<sup>4</sup> Unten II.

<sup>5</sup> Zur Gewährleistung sozialer Grundrechte in anderen europäischen Staaten etwa E. Riedel, in: J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Aufl., 2006, vor Kapitel IV, Rn. 17, 22 ff.

<sup>6</sup> Hierzu mit weiteren Nachweisen etwa M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*, 3. Aufl., 2003, Vor Art. 1, Rn. 47; umfassend A. Brenne, *Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*, 2002, 51 ff.

grundsätzlich keine sozialen Grundrechte<sup>7</sup>. Demgegenüber gehört die Summe der liberalen Grundrechte im Grundsatz zum gesicherten Bestand des nationalen Verfassungsrechts der europäischen Staatenwelt<sup>8</sup>.

Ferner umfassen etwa die in der Europäischen Union (EU) vom EuGH<sup>9</sup> als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts richterrechtlich entwickelten Unionsgrundrechte<sup>10</sup> gerade mangels einschlägiger Judikate des EuGH bisher keine sozialen Grundrechte<sup>11</sup>. Jedenfalls der "prätorische", insoweit notwendig kasuistische Grundrechtsschutz durch den EuGH ist danach (bisher) auf liberale Grundrechtsgewährleistungen in der EU gerichtet. Auch die im EG-Vertrag ausdrücklich verankerten grundrechtlichen Gewährleistungen, nämlich das Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EG und das Gleichstellungsgebot in Art. 141 Abs. 1 EG<sup>12</sup>, lassen sich als spezielle Ausprägungen des tradierten allgemeinen Gleichheitssatzes verstehen. Freilich könnten sich (wenngleich wohl nur in sehr begrenztem Umfang) gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der EU-Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Grundrechte<sup>13</sup> feststellen und daraus i.S. von Art. 6 Abs. 2 EU soziale Unionsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze herleiten lassen. In die Charta der Grundrechte der EU (EUGrCh)<sup>14</sup> wiederum wurden zwar soziale Grundrechte ziemlich umfassend (insbesondere, aber nicht ausschließlich im Kapitel IV über die "Solidarität"<sup>15</sup>) aufgenommen<sup>16</sup>. Sie ist aber nach wie vor ebenso

---

<sup>7</sup> Hierzu nur H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Vorbemerkungen, Rn. 81. Als soziales Grundrecht lässt sich allerdings Art. 6 Abs. 4 GG begreifen (so auch P. Badura, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, Art. 6 Abs. 4, Rn. 151 [2005]). Darüber hinaus hat die Rechtsprechung das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip instrumentalisiert, um über eine "In-Verbindung-mit-Dogmatik" (E. Wiederin, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL Bd. 64 [2005], 53 ff. [73]) aus einzelnen Grundrechten auch Leistungs- oder Teilhaberechte "sozialer Natur" abzuleiten (exemplarisch BVerfGE 33, 303 [332]; 75, 40 [65]; BVerwGE 82, 364 [368]).

<sup>8</sup> Im Überblick hierzu etwa H. H. Klein, Grundrechte am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, 2004, § 6, Rn. 18 ff.

<sup>9</sup> Beginnend mit der Entscheidung EuGH, Rs. 26/69, Slg. 1969, 419, Rn. 7 – Stauder.

<sup>10</sup> Von "Unionsgrundrechten" wird hier deshalb gesprochen, weil sich nach Art. 6 Abs. 2 EU ausdrücklich die "Union" an Grundrechte bindet. Daher gelten diese Grundrechte für alle drei Unions-"Säulen" (vgl. Art. 1 Abs. 3 EU), d.h. für die Europäischen Gemeinschaften (EG und EAG) wie für die beiden Formen intergouvernementaler Zusammenarbeit (GASP und PJZS). Das erweist nicht zuletzt (jedenfalls für die dritte "Säule") Art. 46 *lit. d* i.V.m. Art. 35, 40 Abs. 2 EU (siehe M. Pechstein, in: R. Streinz [Hrsg.], EUV/EGV, 2003, Art. 6 EUV, Rn. 10; H.-J. Cremer, in: C. Callies/M. Ruffert [Hrsg.], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 46 EU-Vertrag, Rn. 8).

<sup>11</sup> Siehe nur die Zusammenstellung der bislang vom EuGH festgestellten Unionsgrundrechte im Überblick bei R. Streinz, Europarecht, 7. Aufl., 2005, Rn. 773 m.w.N.; im Detail etwa B. Beutler, in: H. von der Groeben/J. Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2003, Artikel 6 EU, Rn. 76 ff.

<sup>12</sup> T. Oppermann, Europarecht, 3. Aufl., 2005, § 6, Rn. 27.

<sup>13</sup> Dazu Riedel (Anm. 5), Rn. 17 ff.

<sup>14</sup> ABl. Nr. C 364 vom 18.12.2000, 1.

<sup>15</sup> Näher Riedel (Anm. 5), Rn. 26 ff.

wenig rechtlich verbindlich wie der Vertrag über eine Verfassung für Europa (EV)<sup>17</sup>, welcher die EU-Grundrechtecharta als Teil II mit kleineren, aber nicht unwesentlichen Modifikationen inkorporiert hat. Gleichfalls keine rechtliche Verbindlichkeit kommt der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer<sup>18</sup> zu.

Darüber hinaus ist die unter dem Dach des Europarats verabschiedete Europäische Sozialcharta (ESC)<sup>19</sup> bisher jedenfalls in ihrer revidierten Fassung von 1996<sup>20</sup> nicht einmal von allen EU-Mitgliedstaaten (unter anderem auch nicht von Deutschland) ratifiziert worden. Außerdem können die Vertragsstaaten im Fall der ESC jenseits eines bloßen Kernbestands von sozialen Grundrechten im Sinne eines „*opting-in*“ wählen, an welche weitergehenden Rechte sie sich binden wollen (Art. 20 Abs. 1 *lit.* b und c, Abs. 3 ESC 1964; Teil III Art. A Abs. 1 *lit.* b und c, Abs. 3 ESC 1996). Schließlich beschränkt sich der institutionelle Mechanismus zur Durchsetzung der in der ESC garantierten Grundrechte zunächst auf ein bloßes Staatenberichtsverfahren (Art. 21 ff. ESC 1964; Teil III Art. C ESC 1996). Ein (gleichfalls nicht gerichtliches) Kollektivbeschwerdeverfahren wurde 1995 durch gesondertes Protokoll<sup>21</sup> eingeführt (vgl. auch Teil III Art. D ESC 1996), das allerdings von den wenigsten der ESC-Vertragsparteien ratifiziert worden ist. Demgegenüber bildet die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>22</sup> (unter Einschluss ihrer Protokolle) einen praktisch umfassenden Katalog der liberalen Grundrechte, an welchen sämtliche EU-Mitgliedstaaten als gleichzeitige Vertragsparteien der EMRK gebunden sind. Zum Zweck ihrer gerichtlichen Durchsetzung ist seit dem 11. Zusatzprotokoll von 1994<sup>23</sup> außerdem die Individualbeschwerde unmittelbar zum EGMR eröffnet, dessen Jurisdiktion insoweit alle EMRK- (und damit alle EU-)Vertragsstaaten unterworfen sind<sup>24</sup>.

<sup>16</sup> Hierzu etwa G. Hirsch, Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtecharta, in: M. Blank (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtecharta, 2002, 11 ff. (13 ff.); insbesondere (auch) zur Entstehungsgeschichte aufschlussreich N. Bernsdorff, Soziale Grundrechte in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, VSSR 2001, 1 ff.

<sup>17</sup> ABl. Nr. C 310 vom 16.12.2004, 1.

<sup>18</sup> KOM(89), 248 endg.

<sup>19</sup> CETS No. 035.

<sup>20</sup> CETS No. 163.

<sup>21</sup> Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta über Kollektivbeschwerden (CETS No. 153).

<sup>22</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (CETS No. 005).

<sup>23</sup> Protokoll Nr. 11 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus (CETS No. 155).

<sup>24</sup> Eine Entlastung des EGMR angesichts der Flut an Individualbeschwerden (hierzu und zur Reformdebatte L. Wildhaber, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, EuGRZ 2002, 569 ff. [571 ff.]) soll mit dem Protokoll Nr. 14 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Änderung des Kontrollsystems der Konvention von 2004 (CETS No. 194) erreicht werden (dazu etwa H. Keller/M. Bertschi, Erfolgspotential des 14. Protokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 2005, 204 ff.).

## 2. Einbettung des europäischen Grundrechtsraums in die Weiten des Völkerrechts

Der europäische Grundrechtsraum ist in das weitere Universum des internationalen Menschenrechtsschutzes und des Völkerrechts insgesamt gestellt. Dies verdeutlicht der vom EGMR im Juni 2005 entschiedene Fall *Bosphorus*<sup>25</sup>. In jenem Fall beschlagnahmte Irland ein Flugzeug, das die türkische Chartergesellschaft Bosphorus von der jugoslawischen Fluglinie JAT geleast hatte. Die Beschlagnahme<sup>26</sup> erfolgte in Vollziehung einer EWG-Verordnung<sup>27</sup>. Die EWG-Verordnung setzte ihrerseits einen Sanktionsbeschluss des UN-Sicherheitsrates, die Resolution 820 (1993), um, der gegen das frühere Jugoslawien gerichtet war. In einer solchen Fallgestaltung muss sich der im europäischen Grundrechtsraum garantierte Grundrechtsschutz nicht nur gegenüber einem nationalen (irischen) Rechtsakt und einem supranationalen Rechtsakt (der EG) bewähren, sondern auch gegenüber einem internationalen Rechtsakt (der Vereinten Nationen).

Diesen Grundrechtsschutz hat das EG-Gericht erster Instanz (EuG) im Fall *Yusuf*<sup>28</sup> dramatisch verkürzt. Darauf wird im weiteren Verlauf dieser Abhandlung zurückzukommen sein<sup>29</sup>. In diesem im September 2005 entschiedenen Fall begehrte der Kläger Ahmed Ali Yusuf, ein schwedischer Staatsangehöriger somalischer Herkunft, die Nichtigerklärung der Verordnung (EG) Nr. 881/2002<sup>30</sup>. Diese Verordnung diente der Umsetzung des Gemeinsamen Standpunkts 2002/402/GASP<sup>31</sup> des Rates der Europäischen Union. Mit dem Gemeinsamen Standpunkt bezweckte der Rat die Implementierung der Sicherheitsratsresolution 1390 (2002). Jener Be-

<sup>25</sup> EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff.

<sup>26</sup> Förmlich durch den irischen Verkehrsminister auf der Grundlage der irischen European Communities (Prohibition of Trade with the Federal Republic of Yugoslavia [Serbia and Montenegro]) Regulations 1993 (S.I. 144, 1993) und unter Einschaltung des UN-Sanktionsausschusses.

<sup>27</sup> Verordnung (EWG) Nr. 990/93 des Rates vom 26. April 1993 über den Handel zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Bundesrepublik Jugoslawien (Serbien und Montenegro) (ABl. Nr. L 102 vom 28.4.1993, 14).

<sup>28</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff. Parallel liegt der am selben Tag entschiedene Fall *Kadi* (EuG, Rs. T-315/01). Gegen beide Urteile wurden Rechtsmittel zum EuGH eingelegt (vgl. Rs. C-402/05 – *Kadi* und Rs. C-415/05 – *Yusuf*).

<sup>29</sup> Unten II.2.c).

<sup>30</sup> Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen, und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 467/2001 des Rates über das Verbot der Ausfuhr bestimmter Waren und Dienstleistungen nach Afghanistan, über die Ausweitung des Flugverbots und des Einfrierens von Geldern und anderen Finanzmitteln betreffend die Taliban von Afghanistan (ABl. Nr. L 139 vom 29.5.2002, 9).

<sup>31</sup> Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 27. Mai 2002 betreffend restriktive Maßnahmen gegen Osama bin Laden, Mitglieder der Al-Qaida-Organisation und die Taliban sowie andere mit ihnen verbundene Personen, Gruppen, Unternehmen und Einrichtungen und zur Aufhebung der Gemeinsamen Standpunkte 1996/746/GASP, 1999/727/GASP, 2001/154/GASP und 2001/771/GASP (ABl. Nr. L 139 vom 29.5.2002, 4).

schluss des UN-Sicherheitsrates forderte, dass alle Staaten Gelder solcher Personen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk oder den Taliban in Verbindung stehen, "einfrieren"<sup>32</sup>. Die betroffenen Personen bezeichnete der zuständige Sanktionsausschuss der UN<sup>33</sup> namentlich in einer Liste, welche der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 als Anhang I beigefügt war<sup>34</sup>. Auf dieser Liste fand sich auch der Name des Klägers wieder. Vor dem EuG rügte er unter anderem einen Verstoß gegen die Garantie des Eigentums und das Recht auf ein faires Verfahren.

## II. Architektonische Prinzipien des liberalen europäischen Grundrechtsraums

Die Architektonik speziell des liberalen europäischen Grundrechtsraums nimmt ihre Gestalt vor allem durch das Wirken seiner zahlreichen, jeweils obersten "Baumeister" an. Das sind der EGMR, der zur Durchsetzung der EMRK berufen ist; der EuGH, dessen Zuständigkeit sich (nur unter anderem) auf die Wahrung der Unionsgrundrechte erstreckt; sowie die nationalen Verfassungsgerichte, welchen spezifisch (auch) der Schutz der nationalen Grundrechte aufgegeben ist.

### 1. Prinzip des Vorrangs

#### a) Vorrang des Gemeinschaftsrechts

##### aa) Vorrang vor nationalen Grundrechten

Das Prinzip des Vorrangs bestimmt – seit *Costa ./. E.N.E.L.*<sup>35</sup> – das Verhältnis des Europäischen Gemeinschaftsrechts zum Recht der EU-Mitgliedstaaten, und zwar im Sinne eines Vorrangs des EG-Rechts vor dem nationalen Recht (vgl. ausdrücklich jetzt Art. I-6 EV)<sup>36</sup>. Dieser Vorrang (zumal der Unionsgrundrechte) gilt

<sup>32</sup> S/Res/1390 (2002), Ziff. 2 lit. a.

<sup>33</sup> Errichtet gemäß S/Res/1267 (1999).

<sup>34</sup> Die aktualisierte Liste ist unter <<http://www.un.org/Docs/sc/committees/1267/pdflist.pdf>> abrufbar.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1269 f.) – *Costa ./. E.N.E.L.*

<sup>36</sup> Zum Streit, ob damit ein Geltungs- oder ein bloßer Anwendungsvorrang gemeint ist, siehe mit Nachweisen hierzu etwa M. Zuleg, in: von der Groeben/Schwarze (Anm. 11), Artikel 1 EG, Rn. 26; für Anwendungsvorrang BVerfGE 75, 223 (244). Dass der EuGH keineswegs zu einem Geltungsvorrang neigt, zeigt der Fall *Mangold* (EuGH, Rs. C-144/04, EuZW 2006, 17 ff., Rn. 78: ausdrücklich bloße Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG). Zum selben Streit in Beziehung auf Art. 31 GG mit Nachweisen etwa B. Pieroth, in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., 2004, Art. 31, Rn. 5.

nach der Rechtsprechung des EuGH gerade auch gegenüber den nationalen Grundrechten<sup>37</sup>.

bb) Vorrang auch des EG-Sekundärrechts

Am Vorrang des Gemeinschaftsrechts hat nicht nur das Primärrecht, sondern ebenso das EG-Sekundärrecht teil. Gerade das Sekundärrecht normiert dabei bisweilen gleichfalls Gewährleistungen grundrechtlicher Natur<sup>38</sup>. Paradigmatisch sei auf die Richtlinie zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Mann und Frau<sup>39</sup> hingewiesen. Gestützt auf diese Richtlinie erzwang der EuGH z.B. im Fall *Kreil* letztlich die Änderung des Grundgesetzes (Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG), indem er Frauen den freiwilligen Dienst mit der Waffe in der Bundeswehr erschloss<sup>40</sup>. Ferner setzte der EuGH mit den Entscheidungen *Kalanke*<sup>41</sup> und *Marschall*<sup>42</sup> zur (Un-) Zulässigkeit von Frauenquoten im öffentlichen Dienst Maßstäbe für die Interpretation der Gleichberechtigung von Mann und Frau aus Art. 3 Abs. 2 und 3 Satz 1 GG beim Zugang zu öffentlichen Ämtern i.S. von Art. 33 Abs. 2 GG<sup>43</sup>. Weitere Beispiele bilden die Datenschutzrichtlinie<sup>44</sup> (siehe jetzt Art. 8 EUGrCh, Art. II-68 EV) oder die neueren Antidiskriminierungsrichtlinien<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>38</sup> Siehe hierzu auch B.-O. Bryde, Grundrechte der Arbeit und Europa, RdA 2003, 5 ff. (5 f.), und etwa Oppermann (Anm. 12), § 6, Rn. 51.

<sup>39</sup> Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg (ABl. Nr. L 39 vom 14.2.1976, 40); siehe auch die Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. Nr. L 45 vom 19.2.1975, 19).

<sup>40</sup> EuGH, Rs. 285/98, Slg. 2000, I-69, Rn. 32 – *Kreil*.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-450/93, Slg. 1995, I-3051, Rn. 24.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-409/95, Slg. 1997, I-6363, Rn. 35.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu H. D. Jarrass, in: ders./Pieroth (Anm. 36), Art. 3, Rn. 103; Art. 33, Rn. 12 a; siehe auch Bryde (Anm. 38), 9.

<sup>44</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. Nr. L 281 vom 23.11.1995, 31); siehe ferner die Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr (ABl. Nr. L 8 vom 12.1.2001, 1).

<sup>45</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. Nr. L 180 vom 19.7.2000, 22); Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. Nr. L 303 vom 2.12.2000, 16); Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. Nr. L 373 vom 21.12.2004, 37).

### cc) Vorrang als Kollisions-, Rangordnungs- und Bindungswirkungsregel

Das Vorrangprinzip stellt nicht nur eine Kollisionsregel<sup>46</sup>, sondern zugleich auch eine Rangordnungsregel auf<sup>47</sup>. Das heißt, das Prinzip des Vorrangs errichtet auch eine Normenhierarchie, welche dem Gemeinschaftsrecht einen Rang über dem nationalen Recht zuweist<sup>48</sup>. Darüber hinaus entfalten das höherrangige EG-Recht und vor allem die höherrangigen Unionsgrundrechte – innerhalb ihres Anwendungsbereichs – bindende und insoweit insbesondere maßstabsbildende Wirkung für das nationale Recht<sup>49</sup>.

### b) Maßstabsbildende Wirkung von Unionsgrundrechten für nationales Recht

Nur mit der Deutung vom Vorrang des EG-Rechts (auch) als einer Bindungswirkung entfaltenden Rangordnungsregel lässt sich erklären, warum etwa jüngst im Fall *Mangold*<sup>50</sup> deutsches Arbeitsrecht (§ 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG) wegen dessen Unvereinbarkeit mit dem unionsgrundrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung<sup>51</sup> unangewendet bleiben muss.

Als "reine" Kollisionsregel würde der Grundsatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht nur eingreifen (können), soweit Gemeinschaftsrecht im innerstaatlichen Rechtsraum neben nationalem Recht unmittelbar anwendbar ist und in Bezug auf ein und denselben Sachverhalt andere Rechtsfolgen als das nationale Recht anordnet. Die Normbefehle des Gemeinschaftsrechts wie des nationalen Rechts müssten sich dabei an ein und denselben Normadressa-

<sup>46</sup> C. Herrmann, in: R. Streinz/C. Ohler/C. Herrmann, Die neue Verfassung für Europa, 2005, 67 f. (zu Art. I-6 EV).

<sup>47</sup> Vergleichbar die Qualifizierung von Art. 31 GG als "Kollisionsnorm" und als "Rangordnungsnorm" bei P.-M. Huber, in: Sachs (Anm. 6), Art. 31, Rn. 2 f.

<sup>48</sup> Im Prinzip wie hier T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Anm. 10), Art. 6 EU-Vertrag, Rn. 31: "im Rang ... grundsätzlich ... über nationalem Recht". In diesem Sinne wohl auch Oppermann (Anm. 12), § 7, Rn. 12 f.: "Suprematie" der EG gegenüber ihren Mitgliedstaaten und "Überlagerung" des mitgliedstaatlichen Rechts durch Gemeinschaftsrecht.

<sup>49</sup> Siehe hierzu auch die entsprechende Unterscheidung der Bindungswirkung von Verfassung und Gesetz vom Vorrang der Verfassung bzw. des Gesetzes (als einer Kollisionsregel) bei Sachs (Anm. 6), Art. 20, Rn. 95, 112.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-144/04, EuZW 2006, 17 ff. (Rn. 77 f.). Hierzu nochmals unten in und bei Anm. 78 bis 80.

<sup>51</sup> Das vom EuGH freilich ganz pauschal, ohne konkreten Nachweis "in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten" verortet wird (EuGH, Rs. C-144/04, EuZW 2006, 17 ff. [Rn. 74] – *Mangold*). Auch der Verweis des EuGH auf den ersten und vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78/EG (Anm. 45) ist insoweit weder erhellend noch weiterführend (kritisch zur Ableitung des grundrechtlichen Altersdiskriminierungsverbots auch N. Reich, EuZW 2006, 20 ff. [21]; T. Richter/S. Bouchouaf, Das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts – der Beginn eines umfassenden europäischen Antidiskriminierungsrechts?, NVwZ 2006, 538 ff. (539 f.); R. Streinz, JuS 2006, 357 ff. [358, 360]).

ten richten und sich gegenseitig ausschließen, so dass der Normadressat unmöglich beide Normbefehle gleichzeitig erfüllen kann<sup>52</sup>.

Im Fall *Mangold* war das Verbot der Altersdiskriminierung als Unionsgrundrecht zwar innerstaatlich genauso unmittelbar anwendbar wie § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG. Jedoch lag im Verhältnis des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG zum unionsgrundrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung die Konstellation einer "echten" Normkollision wegen der Unterschiedlichkeit der Normadressaten nicht vor: Während sich § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG an die Parteien eines privaten Arbeitsverhältnisses richtete, war das die Altersdiskriminierung verbietende Unionsgrundrecht an den Staat adressiert<sup>53</sup>. Dass die Norm des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG unanwendbar war, vermochte daher nicht aus dem Vorrang des Unionsgrundrechts des Verbots der Altersdiskriminierung im Sinne einer (bloßen) Kollisionsregel zu folgen, sondern setzte die Bindungswirkung des höherrangigen Unionsgrundrechts gegenüber dem im Rang untergeordneten nationalen (Arbeits-) Recht voraus. Der deutsche Gesetzgeber war bei Erlass des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG an das Unionsgrundrecht des Verbots der Altersdiskriminierung als höherrangiges Recht gebunden<sup>54</sup>. Daraus ergaben sich Maßstäbe (und somit Grenzen) für die nationale Rechtsetzung, welche der deutsche Gesetzgeber (nach Auffassung des EuGH) missachtet hat.

### c) Verdrängung nationaler Grundrechte als Prüfungsmaßstab

Das Prinzip des Vorrangs wirkt sich im Grundrechtsbereich auch in der Weise aus, dass das Gemeinschaftsrecht insgesamt gerade wegen seines Vorrangs<sup>55</sup> nicht am Maßstab nationaler Grundrechte gemessen werden kann<sup>56</sup>. Nationale Grundrechte vermögen – jedenfalls aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive – weder die

---

<sup>52</sup> Vgl. entsprechend zur Kollisionsnorm des Art. 31 GG W. März, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl., 2005, Art. 31, Rn. 41.

<sup>53</sup> § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG sprach unmittelbar (nur) Rechtsfolgen für das horizontale Privatrechtsverhältnis aus (nämlich die – grundsätzlich – uneingeschränkte Zulässigkeit eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit Arbeitnehmern ab 52 Jahren). Die Norm des unionsgrundrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung sprach unmittelbar (nur) Rechtsfolgen für das vertikale Verhältnis des Einzelnen zum nationalen Gesetzgeber und zum nationalen Gericht aus (nämlich Unterlassung bzw. Beseitigung einer grundsätzlich uneingeschränkten gesetzlichen Zulassung befristeter Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern ab 52 Jahren und deren gerichtlicher Durchsetzung).

<sup>54</sup> Weil er sich insoweit "im Geltungsbereich" der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. Nr. L 175 vom 10.7.1999, 43) bewegte (EuGH, Rs. C-144/04, EuZW 2006, 17 ff. [Rn. 75] – *Mangold*).

<sup>55</sup> Vorbehaltlich einer etwaigen "Auffangzuständigkeit" der nationalen (Verfassungs-)Gerichte. Dazu unten II.2.a).

<sup>56</sup> Ähnlich fällt im deutschen Bundesstaat die Kontrolle von Rechtsakten des Bundes nicht in die Zuständigkeit der Landesverfassungsgerichte. Deren einziger Prüfungsmaßstab ist das jeweilige Landesverfassungsrecht. An jenem, insbesondere an den Landesgrundrechten, lässt sich Bundesrecht nicht messen.

Gültigkeit von EG-Recht als solche noch dessen Geltung in den EU-Mitgliedstaaten anzutasten<sup>57</sup>.

In der Konsequenz werden auch solche nationalen Rechtsakte dem Maßstab der nationalen Grundrechte entzogen, die vom Gemeinschaftsrecht zwingend vorgegeben sind. Würden derartige nationale Rechtsakte auf ihre Vereinbarkeit mit den nationalen Grundrechten geprüft, liefe dies in der Tat auf eine "vorrangwidrige" Inzidentkontrolle des hinter ihnen stehenden Gemeinschaftsrechts am Maßstab der nationalen Grundrechte hinaus. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist aus eben diesem Grunde z.B. eine "zwingend" dem Gemeinschaftsrecht folgende deutsche Norm "ebenso wie das ... Gemeinschaftsrecht nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte ... zu prüfen, sondern unterliegt dem auf Gemeinschaftsebene gewährleisteten Grundrechtsschutz"<sup>58</sup>.

Der nationale Grundrechtsschutz wird insoweit zwar verdrängt. Jedoch sind die EU-Mitgliedstaaten damit nicht aus jeder Grundrechtsbindung entlassen. Vielmehr bewegen sich die EU-Mitgliedstaaten beim abschließend vom EG-Recht gesteuerten Erlass nationaler Rechtsakte "im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts" im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite der Bindungswirkung der Unionsgrundrechte<sup>59</sup>. Daher sind die EU-Mitgliedstaaten in solchen Fällen an die Unionsgrundrechte gebunden<sup>60</sup>. Verantwortlichkeit und Zuständigkeit für einen effektiven individuellen Grundrechtsschutz gehen damit freilich auf den EuGH über<sup>61</sup> (auch wenn zunächst die mitgliedstaatlichen Gerichte zur Kontrolle am Maßstab der Unionsgrundrechte berufen, dabei freilich nach Art. 234 Abs. 2 EG zur Vorlage an den EuGH berechtigt und – wenn ein EG-Rechtsakt wegen

<sup>57</sup> EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>58</sup> BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2001, 1267 ff. (1268); ebenso BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NVwZ 2004, 1346 f. (1346 f.); kritisch zu dieser Rechtsprechung C. Weidemann, "Solange II" hoch 3?, NVwZ 2006, 623 ff. (627 ff.), u.a. unter Verweis auf die Entscheidung des Zweiten Senats zur Tabaketikettierung in BVerfGE 95, 173.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 – *ERT*. In früheren Entscheidungen, namentlich seit EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609, Rn. 19 – *Wachauf*, verwendete der EuGH die ihrem Wortlaut nach engere Formel, dass die Mitgliedstaaten "bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen" an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden seien. Diesen (älteren) Wortlaut hat neuerdings Art. II-111 Abs. 1 EV übernommen. Es ist freilich umstritten, ob der Verfassungsvertrag die – immer großzügigere – EuGH-Rechtsprechung zur Bindung der EU-Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte damit einschränken wollte (dagegen z.B. C. Grabenwarter, *Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft*, EuGRZ 2004, 563 ff. [564 f.]; siehe zum Streitstand eingehend D. H. Scheuing, *Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten*, EuR 2005, 162 ff. [182 ff.]).

<sup>60</sup> Die EuGH-Formel "im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts" bildet das entscheidende Merkmal des Tatbestands, an welchen sich die Rechtsfolge der Bindung der EU-Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte knüpft. Sie wird hier und nachfolgend nicht eng, nämlich strikt kasuistisch an den bisher entschiedenen Fällen orientiert gehandhabt. Andernfalls lässt sich vor allem die neuere Judikatur des EuGH zu den Unionsgrundrechten nur schwer in ein System fest gefügter, etablierter Fallgruppen einordnen (zu dieser Schwierigkeit und insoweit die jüngere Rechtsprechung des EuGH kritisch betrachtend Scheuing [Anm. 59], 164 ff.; siehe ferner M. Ruffert, *Die künftige Rolle des EuGH im europäischen Grundrechtssystem*, EuGRZ 2004, 466 ff. [467 f., 471]). Siehe hierzu auch H. D. Jarass, *EU-Grundrechte*, 2005, § 4 Rn. 11 ff.

<sup>61</sup> In diesem Sinne auch BVerfGE 102, 147 (163) – *Bananenmarktordnung*.

Unionsgrundrechtswidrigkeit verworfen werden soll – wegen des Verwerfungsmonopols des EuGH<sup>62</sup> über die Fälle des Art. 234 Abs. 3 EG hinaus verpflichtet sind<sup>63</sup>).

#### d) Beschränkte Durchsetzungskraft nationaler Grundrechte gegen EG-Grundfreiheiten

Wegen des Vorrangprinzips vermögen sich nationale Grundrechte im Übrigen auch nicht ohne weiteres und aus sich heraus gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags durchzusetzen. Dies bestätigen die EuGH-Urteile *Schmidberger* und *Omega*. Im Fall *Schmidberger*<sup>64</sup> ging es “in der Sache” um “praktische Konkordanz” zwischen nationalen (österreichischen) Grundrechten (der Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit) und gemeinschaftsrechtlicher Warenverkehrsfreiheit<sup>65</sup>. Dass es um einen verhältnismäßigen, schonenden Ausgleich zwischen nationalem Grundrecht und gemeinschaftsrechtlicher Grundfreiheit ging<sup>66</sup>, wurde im Fall *Omega*<sup>67</sup> besonders deutlich. Dort stützte sich die Stadt Bonn zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH auf den Tatbestand der “öffentlichen Ordnung” (Art. 55 i.V. mit Art. 46 Abs. 1 EG) und in diesem Rahmen auf die Garantie der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz (Art. 1 Abs. 1 GG).

Nach der Rechtsprechung des EuGH in den Fällen *Schmidberger* und *Omega* stellt sich eine von mitgliedstaatlichen Behörden bezweckte Durchsetzung nationaler Grundrechte gegenüber gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten<sup>68</sup> jedenfalls dann als legitim dar, wenn die Gemeinschaftsrechtsordnung ihrerseits dem Schutz des konkret zu wahrenden Grundrechts verpflichtet ist<sup>69</sup>. Diese Rechtsprechung des EuGH lässt sich übrigens mit seiner Judikatur zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte in Einklang bringen. Sind danach die EU-Mitgliedstaaten “im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts” an die Unionsgrundrechte gebunden, so müssen sie insbesondere die Schranken und Schranken-

---

<sup>62</sup> EuGH, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199, Rn. 17 – *Foto-Frost*.

<sup>63</sup> Siehe nur Pechstein (Anm. 10), Art. 6 EUV, Rn. 9.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659.

<sup>65</sup> Ebenso schon die Deutung des Falls bei F. Schorkopf, Nationale Grundrechte in der Dogmatik der Grundfreiheiten, ZaöRV 64 (2004), 125 ff. (132).

<sup>66</sup> Vgl. hierzu auch V. Skouris, Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, 89 ff. (94 f.).

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609.

<sup>68</sup> Sei es in der Konstellation der staatlichen Beeinträchtigung von Grundfreiheiten (wie im Fall *Omega*), sei es in der Konstellation der Nichtgewährung staatlichen Schutzes gegen private Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten (wie im Fall *Schmidberger*).

<sup>69</sup> EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 74, 82– *Schmidberger*; EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 34 f. – *Omega*.

Schranken der Grundfreiheiten<sup>70</sup> bzw. den Spielraum bei der Erfüllung von Schutzpflichten aus den Grundfreiheiten<sup>71</sup> im Lichte der Unionsgrundrechte auslegen und anwenden. Denn bei der Schrankenziehung bzw. bei der Erfüllung der Pflicht zum Schutz vor privaten Beeinträchtigungen bewegen sich die EU-Mitgliedstaaten gerade “im Anwendungsbereich” der Grundfreiheiten, mithin des (primären) Gemeinschaftsrechts<sup>72</sup>. Im Lichte der Unionsgrundrechte aber erweist sich die Durchsetzung nationaler Grundrechtsgarantien gegen Grundfreiheiten des EG-Rechts dann (unproblematisch) zumindest als legitimes Ziel, wenn sich das jeweilige nationale Grundrecht in einem Unionsgrundrecht jedenfalls dem Grunde nach widerspiegelt<sup>73</sup>. Insofern steht die Durchsetzung nationaler Grundrechte gegen EG-Grundfreiheiten also unter dem Vorbehalt, dass dem nationalen Grundrecht ein Unionsgrundrecht korrespondiert. Nicht vorausgesetzt wird nach dieser Rechtsprechung dagegen, dass sich das nationale Grundrecht und das Unionsgrundrecht auch in allen einzelnen oder zumindest in den im konkreten Fall relevanten Gewährleistungsinhalten decken<sup>74</sup>. Ebenso wenig muss die vom jeweiligen EU-Mitgliedstaat zum Schutz eines seiner nationalen Grundrechte ergriffene, EG-Grundfreiheiten beschränkende Maßnahme “einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Auffassung [entsprechen], wie das betreffende Grundrecht ... zu schützen ist”<sup>75</sup>.

#### e) “Durchgriffswirkung” von Vorabentscheidungen des EuGH

Das Prinzip des Vorrangs setzt sich prozessual dadurch fort, dass die Entscheidungen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG “Durchgriffswirkung” zu entfalten vermögen<sup>76</sup>, und zwar auch mit Blick auf die Durch-

<sup>70</sup> So schon EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 – *ERT*; EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 24 – *Familiapress*.

<sup>71</sup> Zu Schutzpflichten der EU-Mitgliedstaaten aus den Marktfreiheiten i.V.m. Art. 10 EG erstmals EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6990, Rn. 32 – *Agrarblockaden*.

<sup>72</sup> Siehe zur Anwendung der Formel “im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts” auch nochmals oben in Anm. 60.

<sup>73</sup> Im Fall *Schmidberger* trat freilich das Problem einer Kollision von (Unions-)Grundrechten der Demonstranten einerseits und der Spediteure andererseits hinzu. Österreich musste danach in Erfüllung seiner Schutzpflicht aus der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG gegenüber den Spediteuren nicht nur die Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit der Demonstranten, sondern (über die Warenverkehrsfreiheit hinaus) auch das Unionsgrundrecht freier wirtschaftlicher Betätigung (dazu M. Ruffert, Grundrecht der Berufsfreiheit, in: D. Ehlers [Hrsg.], Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2005, § 16, Rn. 9 ff.) der Spediteure beachten. Offenbar sah der EuGH aber das Untermaß an Schutz der unionsgrundrechtlich gewährleisteten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, die zugunsten der Spediteure quasi “schutzverstärkend” neben die Warenverkehrsfreiheit trat, nicht als unterschritten an.

<sup>74</sup> Ebenso J. Schwarze, Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, NJW 2005, 3459 ff. (3461).

<sup>75</sup> EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 37 – *Omega*.

<sup>76</sup> Siehe U. Ehrlicke, in: Streinz (Anm. 10), Art. 234 EGV, Rn. 63. Die Bindung an Vorabentscheidungen des EuGH hat das BVerfG (ausdrücklich auch für sich selbst) anerkannt (BVerfGE 45,

setzung der Unionsgrundrechte. So kann sich aus der Antwort des EuGH auf die vom nationalen Gericht vorgelegte Frage konkret für den dort anhängigen Rechtsstreit die Unanwendbarkeit nationalen Rechts mit Rücksicht auf entgegenstehende Unionsgrundrechte ergeben<sup>77</sup> – wie jüngst im Fall *Mangold*<sup>78</sup>. Hier darf das Arbeitsgericht München wegen des als Unionsgrundrecht geltenden allgemeinen Verbots der Altersdiskriminierung den § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG nicht anwenden, der bisher den Abschluss befristeter Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern ab dem 52. Lebensjahr (fast) uneingeschränkt zugelassen hat. Nach Auffassung des EuGH muss das deutsche Gericht “jede Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet” lassen, um “die volle Wirksamkeit des allgemeinen [*sic!*] Verbots der Diskriminierung wegen des Alters zu gewährleisten”<sup>79</sup>. Vom Ergebnis her betrachtet hindert damit zwar das Unionsgrundrecht des Verbots der Altersdiskriminierung den privaten Arbeitgeber, von der ihn begünstigenden nationalen Regel des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG in privaten Arbeitsverhältnissen Gebrauch zu machen. Darin liegt aber lediglich eine mittelbare “Drittwirkung” dieses Unionsgrundrechts zwischen Privaten. Denn das unionsgrundrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung als solches steht hier “nur” einer nationalen staatlichen Regelung (und ihrer staatlichen, gerichtlichen Durchsetzung) entgegen, welche die Altersdiskriminierung Privater durch Private bewusst und bezweckt erlaubt (und die daher vom staatlichen Gericht nicht angewendet werden darf)<sup>80</sup>.

---

142 [162]; st.Rspr.; konkret z.B. zur Bindung des BFH an die vom erstinstanzlichen Finanzgericht eingeholte EuGH-Vorabentscheidung BVerfGE 75, 223 [244]).

<sup>77</sup> Wesentlich weitergehend ist die “Durchgriffswirkung” richterlicher Grundrechtskontrolle z.B. im deutschen Bundesstaat. Dort vermag das BVerfG Rechtsakte der Länder zu verwerfen. Demgegenüber ist die Kassationsbefugnis des EuGH auf EG-Recht beschränkt (vgl. Art. 230 Abs. 1, 231, 234 Abs. 1 *lit.* b EG).

<sup>78</sup> EuGH, Rs. C-144/04, EuZW 2006, 17 ff., Rn. 77 f.

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-144/04, EuZW 2006, 17 ff., Rn. 78. Freilich begründet der EuGH die Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG damit, dass “das Gemeinschaftsrecht und insbesondere [*sic!*] Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78” einer solchen Vorschrift “entgegenstehen” (Rn. 78). Dadurch “vernebelt” der EuGH, ob die Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG wirklich (primär) dem Unionsgrundrecht oder doch eher dem Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG geschuldet ist. Das Urteil *Mangold* ist im Lichte der Entscheidungsgründe in Rn. 74-76 letztlich aber so zu deuten, dass die Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG eigentlich allein aus dem Vorrang des Unionsgrundrechts des Verbots der Altersdiskriminierung folgt (so im Ergebnis auch J.-H. Bauer/C. Arnold, Auf “Junk” folgt “Mangold” – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, 6 ff. [8, 10]; T. Gas, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zu Lasten Privater im Urteil “Mangold”, EuZW 2005, 737) und dass Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vom EuGH lediglich als Konkretisierung dieses Grundrechts aufgefasst wird (ebenso C. Herrmann, Die negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien in horizontalen Rechtsverhältnissen, EuZW 2006, 69 f. [70]; in diesem Sinne auch Richter/Bouchouaf [Anm. 51], 540; Streinz [Anm. 51], 360).

<sup>80</sup> Im Prinzip nicht anders verhielte es sich, wenn angenommen würde, dass die Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG primär aus dessen Unvereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG folgte (siehe dazu soeben oben in Anm. 79). Zwar würde die Richtlinie vom deutschen Gericht “unmittelbar” (und noch vor Ablauf ihrer für Deutschland verlängerten Umsetzungsfrist bis 2.12.2006) in Bezug auf ein “horizontales” Rechtsverhältnis zwischen Privaten angewandt, allerdings nur “negativ” in dem Sinne, dass richtlinienwidriges nationales (Privat-)Recht zwischen den streiten-

Die "Durchgriffswirkung" von EuGH-Entscheidungen im Vorabentscheidungsverfahren kann sich auch in der Form äußern, dass nationales Recht im Einzelfall eines anhängigen Rechtsstreits vom nationalen Gericht richtlinienkonform – unter unmittelbarer Beachtung der Auslegung der Richtlinie durch den EuGH – zu interpretieren ist. Die maßgebliche Richtlinie kann dabei vom EuGH ihrerseits unionsgrundrechtskonform ausgelegt worden sein. In dieser Richtung lässt sich der Fall *ORF* deuten<sup>81</sup>. Die dadurch bewirkte, mittelbare Bindung des nationalen Gerichts an die Unionsgrundrechte lässt sich mit der EuGH-Rechtsprechung zur Bindung der EU-Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte in Einklang bringen<sup>82</sup>. Denn muss ein nationales Gericht nationales Recht im Lichte einer einschlägigen EG-Richtlinie auslegen, so bewegt es sich "im Anwendungsbereich" einer Richtlinie der EG, mithin (sekundären) Gemeinschaftsrechts. Dieser Tatbestand<sup>83</sup> löst gerade die Bindung (auch) des nationalen Gerichts an die Unionsgrundrechte aus: Die Richtlinie, in deren Lichte das Gericht das nationale Recht auszulegen hat, muss dann ihrerseits zuvor im Lichte der Unionsgrundrechte ausgelegt werden (soweit dies überhaupt notwendig<sup>84</sup> und möglich ist).

#### f) Vorrangprinzip und intergouvernementales Unionsrecht

Das Vorrangprinzip gilt im Grundsatz<sup>85</sup> nicht im Verhältnis des Unionsrechts der zweiten und dritten "Säule" (GASP und PJZS) zum nationalen Recht<sup>86</sup>. Die

---

den Privatpersonen unangewendet bleiben müsste. Aus der Richtlinie selbst würde der private Arbeitgeber als solcher nicht unmittelbar verpflichtet. Damit bleibt das Urteil *Mangold* im Rahmen der ständigen EuGH-Rechtsprechung, wonach "eine Richtlinie nicht selbst [*sic!*] Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann" (jüngst bestätigt in EuGH, Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02, EuZW 2005, 369 ff., Rn. 73 – *Berlusconi*). Vielmehr vermitteln sich hier die (belastenden) Rechtswirkungen der Richtlinie (wie die des Unionsgrundrechts) zwischen den streitenden Privaten über ihre Heranziehung für die Entscheidung des Streitfalls durch das staatliche Gericht (wohl a.A. Bauer / Arnold [Anm. 79], 10; vgl. demgegenüber Herrmann [Anm. 79], 69 f.). Die Folge der Unanwendbarkeit richtlinienwidrigen nationalen Rechts hat der EuGH im Fall *Berlusconi* betont mit Rücksicht auf den "besonderen Kontext" eines "Strafverfahrens" ausnahmsweise ausgeschlossen, soweit die Nichtanwendung des (dem Einzelnen günstigen) nationalen (Straf-)Rechts die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelnen festlegen oder verschärfen würde (EuGH, a.a.O., Rn. 74; bestätigt in EuGH, Rs. C-105/03, NJW 2005, 2839 ff., Rn. 45 – *Pupino*).

<sup>81</sup> EuGH, Rs. C-465/00, Slg. 2003, I-4989, Rn. 68, 72, 90 f., 93. In diesem Sinne auch Scheuing (Anm. 59), 173.

<sup>82</sup> Insoweit hat allerdings Scheuing (Anm. 59), 171 f., durchgreifende Zweifel.

<sup>83</sup> Siehe zur Problematik der Anwendung der EuGH-Formel "im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts" nochmals oben in Anm. 60.

<sup>84</sup> Weil z.B. solche Vorschriften der Richtlinie für die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts relevant sind, die zu einer Beeinträchtigung von Grundrechten führen können (vgl. EuGH, Rs. C-465/00, Slg. 2003, I-4989, Rn. 68 – *ORF*).

<sup>85</sup> Dazu, dass "ausnahmsweise einzelne Regelungen des EUV dem Vorrangprinzip unterfallen" könnten, etwa Art. 6 EU, Oppermann (Anm. 12), § 7, Rn. 15.

<sup>86</sup> Ebenso schon BVerfGE 89, 155 (176).

Gegenauffassung<sup>87</sup> will das Prinzip des Vorrangs zumindest auch auf EU-Rahmenbeschlüsse im Bereich der PJZS (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 *lit. b* EU) erstrecken und damit nationale Rechtsakte, die zwingende Vorgaben solcher Rahmenbeschlüsse umsetzen, dem nationalen Grundrechtsschutz entziehen<sup>88</sup>.

Die EuGH-Rechtsprechung zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts hat indes maßgeblich auf die Souveränitätsbeschränkung der EU-Mitgliedstaaten abgestellt. Jene kommt dadurch zustande, dass die EG "mit echten, aus der Beschränkung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten oder der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaft herrührenden Hoheitsrechten ausgestattet ist"<sup>89</sup>. Im Umfang der durch die Übertragung von Hoheitsrechten geschaffenen EG-vertraglichen Einzelermächtigungen ist die nationale Souveränität jeweils zurückgenommen worden. An einer derartigen "endgültigen Beschränkung [der] Hoheitsrechte"<sup>90</sup> und damit der Souveränität der EU-Mitgliedstaaten im Verhältnis zur EG fehlt es aber gerade in den beiden Formen intergouvernementaler Zusammenarbeit GASP und PJZS. Anders als EG-Richtlinien werden daher PJZS-Rahmenbeschlüsse der EU nicht in Ausübung eigener, in die nationale Rechtsordnung unmittelbar hineinwirkender Hoheitsgewalt der Union erlassen.

Schon mangels Vorrangs des Unionsrechts (insbesondere der dritten "Säule") hätte daher das BVerfG<sup>91</sup> das deutsche Gesetz<sup>92</sup> zur Umsetzung des PJZS-Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>93</sup> prinzipiell in vollem Umfang am Maßstab des Art. 16 Abs. 2 GG prüfen können<sup>94</sup>. Diese Kompetenz des BVerfG korrespondiert jedenfalls der von ihm ausdrücklich betonten umfassenden politischen Gestaltungsmacht des Bundestags bei der Umsetzung von PJZS-Rahmenbeschlüssen, die "notfalls" bis hin zur "Verweigerung der Umsetzung" reicht<sup>95</sup>.

Auch das *Pupino*-Urteil des EuGH zum Gebot rahmenbeschlusskonformer Auslegung nationalen Rechts<sup>96</sup> hat sich explizit nicht zu einem Vorrang des Uni-

<sup>87</sup> Jüngst J. Masing, Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, 264 ff. (267).

<sup>88</sup> Näher zu dieser Konsequenz aus dem Vorrangprinzip oben II.1.c).

<sup>89</sup> EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1269) – *Costa ./ E.N.E.L.*

<sup>90</sup> EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1270) – *Costa ./ E.N.E.L.*

<sup>91</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2005, 2289 ff. – *Europäischer Haftbefehl*.

<sup>92</sup> Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlgesetz – EuHbG) vom 21. Juli 2004 (BGBl. I 2004, 1748).

<sup>93</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. Nr. L 190 vom 18.7.2002, 1).

<sup>94</sup> In diesem Sinne auch schon M. Herdegen, Konkurrierender Grundrechtsschutz in Europa: Osmose und Systemwettbewerb, in: Triberger Symposium 2005: Im Spannungsfeld der Kompetenzen – Grundrechtsschutz in Europa, 2006, unter II.2. (im Erscheinen).

<sup>95</sup> BVerfG, NJW 2005, 2289 ff. (2292) – *Europäischer Haftbefehl*.

<sup>96</sup> EuGH, Rs. C-105/03, NJW 2005, 2839 ff., Rn. 43; eingehende Kritik der Entscheidung von C. Hillgruber, JZ 2005, 841 ff.

onsrechts im Bereich der PJZS geäußert<sup>97</sup>. Ebenso wenig gründet sich schon die ständige EuGH-Rechtsprechung zum Gebot richtlinienkonformer Auslegung allen nationalen, nicht nur speziell des EG-Richtlinien umsetzenden Rechts<sup>98</sup> ausdrücklich auf das Vorrangprinzip<sup>99</sup>. Wie im Übrigen das Prinzip völkerrechtsfreundlicher bzw. -konformer Interpretation deutschen Rechts zeigt, muss das Gebot rahmenbeschlusskonformer Auslegung nicht dogmatisch notwendig mit einem (in seinen Wirkungen dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts entsprechenden) Vorrang des Unionsrechts der dritten "Säule" verknüpft sein.

### g) Vorrangprinzip und EMRK

#### aa) Mittelbare Teilhabe am Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Am Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht hat mittelbar auch die EMRK einschließlich der sie konkretisierenden Rechtsprechung des EGMR teil<sup>100</sup>. Denn als Rechtserkenntnisquelle für die Unionsgrundrechte, insbesondere für deren Inhalt und Reichweite, zieht der EuGH (und ihm folgend Art. 6 Abs. 2 EU) die EMRK<sup>101</sup> in deren Auslegung durch den EGMR heran<sup>102</sup>. In gewisser (durchaus effektiver) Weise kompensiert diese Judikatur den bislang nicht erfolgten Beitritt der EG zur EMRK<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> Anders das Verständnis der *Pupino*-Entscheidung ("Vorrang von EU-Rahmenbeschlüssen über ... Vorschriften der Mitgliedstaaten") aber von L. Wildhaber, Europäischer Grundrechtsschutz aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, EuGRZ 2005, 689 ff. (692).

<sup>98</sup> Seit EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 26 – *von Colson und Kamann*.

<sup>99</sup> Maßgeblich sind für den EuGH vielmehr die Verpflichtung der EU-Mitgliedstaaten aus Art. 249 Abs. 3 EG, das Richtlinienziel zu erreichen, sowie ihre Loyalitätspflicht aus Art. 10 EG (siehe nur EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 26 – *von Colson und Kamann*). Analog hat der EuGH im Fall *Pupino* auf den "zwingenden Charakter" der dem Art. 249 Abs. 3 EG nachgebildeten Verpflichtung der EU-Mitgliedstaaten aus Art. 34 Abs. 2 lit. b EU, das Ziel eines PJZS-Rahmenbeschlusses zu erreichen, und einen unionsrechtlichen "Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit" abgestellt (EuGH, Rs. C-105/03, NJW 2005, 2839 ff., Rn. 33, 42).

<sup>100</sup> Siehe hierzu auch Scheuing (Anm. 59), 180. Im Fall eines Beitritts der EG bzw. der neuen Union (gemäß Art. I-9 Abs. 2 EV) zur EMRK würde die Konvention dagegen unmittelbar am Vorrang des Gemeinschaftsrechts bzw. Unionsrechts (gemäß Art. I-6 EV) teilnehmen. Dies ergibt sich eindeutig aus der Verbindlichkeit von Gemeinschafts- bzw. Unionsabkommen auch für die Mitgliedstaaten aus Art. 300 Abs. 7 EG bzw. Art. III-323 Abs. 2 EV. Dasselbe Ergebnis könnte sich aber vielleicht auch ohne Beitritt der neuen Union zur EMRK schon aus Art. I-6 i.V.m. Art. I-9 Abs. 3 EV (so U. Everling, Europäische Union, Europäische Menschenrechtskonvention und Verfassungsstaat, EuR 2005, 411 ff. [415]) oder über Art. I-6 i.V.m. Art. II-112 Abs. 3 Satz 1 EV (so wohl N. Bernsdorff/M. Borowsky, Grundrechte in Europa, DRiZ 2005, 188 ff. [189]) ergeben.

<sup>101</sup> Bereits in EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 13 – *Nold*, bezog sich der Gerichtshof (noch unspezifisch) auf die "internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind". Konkret die EMRK in Bezug nehmend dann EuGH, Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219, Rn. 32 – *Rutili*; EuGH, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rn. 18 – *Johnston*.

<sup>102</sup> Exemplarisch in jüngster Zeit die *ORF*-Entscheidung des EuGH (EuGH, Rs. C-465/00, Slg. 2003, I-4989, Rn. 73, 77, 83). Siehe auch Art. 53 Abs. 3 Satz 1 EUGrCh, Art. II-112 Abs. 3 Satz 1 EV.

Für Deutschland bewirkt diese gemeinschafts- bzw. unionsrechtliche Rezeption der EMRK in der Auslegung des EGMR im Verbund mit dem Prinzip des Vorrangs der Unionsgrundrechte, verstanden als Rangordnungs- und Bindungswirkungsregel<sup>104</sup>, eine gewisse “tektonische” Verschiebung zwischen völkerrechtlicher Ebene und nationaler Ebene. Denn als völkerrechtlicher Vertrag soll die EMRK innerstaatlich (in Deutschland) eigentlich nur im Rang eines “einfachen” Bundesgesetzes gelten<sup>105</sup>.

bb) “Durchgriffswirkung” von EGMR-Entscheidungen?

Auch entfalten die Entscheidungen des EGMR innerhalb der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich keine (echte) “Durchgriffswirkung” im Sinne einer direkten und vorrangigen, d.h. entgegenstehende nationale Rechtssätze (und ggf. auch Rechtsakte) unmittelbar verdrängenden Bindung nationaler Behörden und Gerichte<sup>106</sup>. Zwar sind “[i]nnerstaatlich ... durch entsprechende Konventionsbestimmungen i.V. mit dem Zustimmungsgesetz sowie durch rechtsstaatliche Anforderungen (Art. 20 Abs. 3, 59 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG) alle Träger der deutschen öffentlichen Gewalt grundsätzlich an die Entscheidungen des Gerichtshofs gebunden”<sup>107</sup>. Ein etwaiger vom EGMR (gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK bindend) festgestellter Konventionsverstoß Deutschlands löst die deutschen Behörden und Gerichte aber andererseits nicht von ihrer verfassungsrechtlichen Bindung an Gesetz und Recht, insbesondere an höherrangiges Verfassungsrecht (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Eine “schematische ‘Vollstreckung’” (d.h. eine Durchsetzung ohne jede Rücksicht auf – gleich- oder höherrangiges – Recht) von EGMR-

---

Dazu etwa V. Skouris, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – die Perspektive des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, ZSR 2005, 31 ff. (33).

<sup>103</sup> Einen Beitritt der EG zur EMRK befürwortend und hierzu in die technischen Details eines Beitritts gehend H. C. Krüger/J. Polakiewicz, Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa, EuGRZ 2001, 92 ff.

<sup>104</sup> Dazu oben II.1.a) cc).

<sup>105</sup> Gemäß dem einfachgesetzlichen Rang des Rechtsanwendungsbefehls in Gestalt des deutschen Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG (BVerfGE 74, 358 [370]; st.Rspr.).

<sup>106</sup> In diesem Sinne auch BVerfGE 111, 307 (322) – *Görgülü*; ferner etwa J. A. Froewin, Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 180, Rn. 17; H. Sauer, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur, ZaöRV 65 (2005), 35 ff. (44, 50, 56). In BVerfGE 92, 91 (108) hatte das Gericht offen gelassen, ob aus der Befolgungspflicht gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK (Art. 53 EMRK a.F.) folgt, “dass die [nationalen] Gerichte eine vom [EGMR] für konventionswidrig erachtete gesetzliche Vorschrift nicht mehr anzuwenden haben”.

<sup>107</sup> BVerfGE 111, 307 (322 f.) – *Görgülü*.

Entscheidungen kann daher rechts- bzw. verfassungswidrig sein<sup>108</sup>. Dies hat das BVerfG im Fall *Görgülü* herausgearbeitet<sup>109</sup>.

Die These einer – echten – “Durchgriffswirkung” von EGMR-Entscheidungen<sup>110</sup> ist deshalb abzulehnen, weil eine so weit reichende Wirkung von Entscheidungen eines internationalen Gerichts die Übertragung von Hoheitsrechten voraussetzt. Eine solche hat aber im Fall des EGMR nicht, und zwar auch nicht durch die Unterwerfung unter dessen Jurisdiktion, stattgefunden<sup>111</sup>. Nur aufgrund einer – nationale Souveränität effektiv zurücknehmenden – Übertragung von Hoheitsrechten (konkret auf der Grundlage von Art. 24 Abs. 1 GG<sup>112</sup>) hätte der nationale Rechtsraum für die direkte und vorrangige Befolgung von EGMR-Entscheidungen durch nationale Behörden und Gerichte unter Loslösung von deren Bindung an kollidierende nationale Rechtssätze bzw. Rechtsakte geöffnet werden können.

Auch neuere Entwicklungen in der Rechtsprechungspraxis des EGMR vermögen die These einer (echten) “Durchgriffswirkung” nicht zu stützen. Zwar hat der EGMR in jüngerer Zeit ausnahmsweise auch schon ganz bestimmte Maßnahmen zur Beseitigung eines von ihm festgestellten Konventionsverstößes angeordnet, z.B. die Freilassung des Beschwerdeführers im Fall *Assanidze*<sup>113</sup> oder – im Fall *Broniowski* – die Novellierung des nationalen, strukturell (“systemisch”) defizitären Rechts in der Weise, dass der Vielzahl der in gleicher Weise wie der Beschwerdeführer betroffenen Personen durch Maßnahmen abstrakt-genereller Natur alternativ die Durchsetzung des Eigentumsrechts oder aber Entschädigung gewährt wird<sup>114</sup>. Auch konkret im Fall *Görgülü* hat der EGMR ausgesprochen, “dass dem

<sup>108</sup> Zu den Möglichkeiten internationalen gerichtlichen Rechtsschutzes, sollte Deutschland unter Berufung auf seine Verfassung einen vom EGMR festgestellten Konventionsverstoß nicht beseitigen, K. Doehring, Europäische Menschenrechtskonvention ohne Verfassungsrang, in: Festschrift für Reinhard Mußgnug, 2005, 305 ff. (307 ff.).

<sup>109</sup> BVerfGE 111, 307 (323 ff.); kritisch H.-J. Cremer, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, 683 ff. (693 ff.); J. A. Frowein, Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, in: Liber Amicorum Jost Delbrück, 2005, 279 ff. (284 f.).

<sup>110</sup> Im oben bei Anm. 106 genannten Sinne.

<sup>111</sup> Ebenso etwa schon Herdegen (Anm. 94), unter V.; siehe ferner Doehring (Anm. 108), 306; a.A. Everling (Anm. 100), 417.

<sup>112</sup> So in der Tat etwa A. Bleckmann, Bundesverfassungsgericht versus Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 1995, 387 ff. (389); C. Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 59 (1999), 961 ff. (974 ff.); vorsichtiger dagegen G. Ress, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, 1775 ff. (1792, 1795); ders., Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit, ZaöRV 64 (2004), 621 ff. (621, 627 f., 630).

<sup>113</sup> EGMR (Große Kammer), *Assanidze v. Georgia*, Appl. No. 71503/01, EuGRZ 2004, 268 ff., Rn. 203; ähnlich EGMR, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, Appl. No. 48787/99, HRLJ 2004, 332 ff., Rn. 490.

<sup>114</sup> EGMR (Große Kammer), *Broniowski v. Poland*, Appl. No. 31443/96, EuGRZ 2004, 472 ff., Rn. 194 und Ziff. 4 des Tenors; zurückhaltender im Urteil vom 1.3.2006 EGMR (Große Kammer), *Sejdovic v. Italy*, Appl. No. 56581/00, Rn. 124, 126 f.; sehr weitgehend andererseits Urt. v. 22.12.2005 des EGMR (Kammer der Dritten Sektion), *Xenides-Arestis v. Turkey*, Appl. No. 46347/99, Rn. 40, wonach die Türkei innerhalb von drei Monaten nach Erlass des EGMR-Urteils eine Abhilfe schaffen

Beschwerdeführer mindestens der Umgang mit seinem Kind ermöglicht werden muss<sup>115</sup>. Jedoch ergehen auch solche Anweisungen des EGMR eben nicht in autonomer Wahrnehmung eigener (judikativer) Hoheitsgewalt, welche der EGMR kraft vorheriger Übertragung von (judikativen) Hoheitsrechten durch die EMRK-Vertragsstaaten erworben hätte und in deren Umfang jene ihre Souveränität gegenüber dem EGMR zurückgenommen hätten.

Echte "Durchgriffswirkung" dürfte auch nicht die vom EGMR verhängte Verurteilung eines Konventionsstaates zu "gerechter Entschädigung" des verletzten Beschwerdeführers gemäß Art. 41 EMRK haben. Der EGMR gewährt dem Beschwerdeführer insoweit zwar einen der Höhe nach genau bestimmten Anspruch gegen den die Konvention verletzenden EMRK-Vertragsstaat. Der gerichtlichen Durchsetzung vor den deutschen ordentlichen Gerichten gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 3. Var. VwGO<sup>116</sup> liegt indes ein innerstaatlicher Anspruch zugrunde, welcher der (kraft Rechtsanwendungsbefehls in Gestalt des Zustimmungsgesetzes zur EMRK) auch innerstaatlich geltenden Pflicht aus Art. 41 EMRK zur Leistung der verhängten Entschädigung korrespondiert.

Gegen die These von der (echten) "Durchgriffswirkung" spricht schließlich, dass das Individualbeschwerdeverfahren vor dem EGMR zwischen einem EMRK-Vertragsstaat und dem jeweiligen Beschwerdeführer als einem partiellen Völkerrechtssubjekt geführt wird. Auch die Entscheidung des EGMR ergeht daher zunächst gleichsam im völkerrechtlichen "Außenverhältnis" der EMRK-Vertragspartei zum einzelnen Beschwerdeführer<sup>117</sup>. In diesem Außenverhältnis vermag die Berufung auf entgegen stehendes nationales (Verfassungs-)Recht die Missachtung der Pflicht zur Befolgung einer EGMR-Entscheidung aus Art. 46 Abs. 1 EMRK völkerrechtlich nicht zu rechtfertigen (siehe Art. 27 Satz 1 WVK)<sup>118</sup>.

Unbeschadet der völkerrechtlichen Beurteilung ist im innerstaatlichen Binnenverhältnis Deutschlands zum jeweiligen Beschwerdeführer die Befolgung von Entscheidungen des EGMR jedenfalls kraft innerstaatlichen Rechts (nämlich "durch entsprechende Konventionsbestimmungen in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz sowie durch rechtsstaatliche Anforderungen"<sup>119</sup>) selbstverständlich geboten. Der vom EGMR festgestellte Konventionsverstoß durch nationale Behörden oder

---

müsse, die wirklich wirksame Wiedergutmachung ("*genuinely effective redress*") vorzusehen habe, welche dem Beschwerdeführer anschließend innerhalb dreier Monate zu gewähren sei.

<sup>115</sup> EGMR, *Görgülü v. Germany*, Appl. No. 74969/01, Rn. 64. Frowein (Anm. 109), 283, 285, nimmt insoweit eine Kompetenzüberschreitung des EGMR an.

<sup>116</sup> So D. Ehlers, Allgemeine Lehren, in: ders. (Anm. 73), § 2, Rn. 68; Frowein (Anm. 106), Rn. 18.

<sup>117</sup> Vgl. auch BVerfGE 111, 307 (322) – *Görgülü*.

<sup>118</sup> Das 14. Zusatzprotokoll zur EMRK (Anm. 24) wird im Übrigen ein besonderes Verfahren wegen Verletzung der Befolgungspflicht aus Art. 46 Abs. 1 EMRK einführen.

<sup>119</sup> BVerfGE 111, 307 (322 f.) – *Görgülü*. Zu diesen "entsprechenden Konventionsbestimmungen" zählt das BVerfG offenbar (nur) Art. 13 und 52 EMRK (BVerfG, a.a.O., 323). Demgegenüber hätte es wohl auch der Einbeziehung des Art. 46 Abs. 1 EMRK (vgl. Frowein [Anm. 106], Rn. 21) und des Art. 41 EMRK bedurft.

Gerichte bedeutet eine in der Vergangenheit begangene Verletzung ihrer Bindung an Gesetz und Recht aus Art. 20 Abs. 3 GG, an welcher gerade auch die EMRK – in ihrer Auslegung durch den EGMR – teilnimmt<sup>120</sup>. Allerdings lässt sich dieser (wie jeder andere) Rechtsverstoß im deutschen Recht, vor allem mit Rücksicht auf das Prinzip der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens und daraus folgender Grundsätze (wie dem der Rechtskraft)<sup>121</sup>, nicht beliebig, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen und in bestimmten Verfahren rügen und gegebenenfalls beseitigen oder wiedergutmachen. Dieser Umstand setzt (auch) der Befolgung von Entscheidungen des EGMR Grenzen. Um der EGMR-Entscheidung möglichst zu entsprechen, müssen die einschlägigen (der Rüge, Beseitigung oder Wiedergutmachung von Rechtsverstößen dienenden) Vorschriften des materiellen und des Verfahrens- bzw. Prozessrechts einschließlich des Vollstreckungsrechts im Rahmen methodisch vertretbarer Interpretation so weitgehend wie möglich völkerrechtsfreundlich ausgelegt und angewendet werden. Sehen sich nationale Behörden oder Gerichte allerdings (z.B. wegen der Grenzen methodisch vertretbarer völkerrechtsfreundlicher Auslegung) “objektiv” zu Recht außer Stande, EGMR-Entscheidungen auf diese Weise umfassend zugunsten des Beschwerdeführers Rechnung zu tragen, muss der deutsche Gesetzgeber<sup>122</sup> (gegebenenfalls auch einmal im Wege der Verfassungsänderung<sup>123</sup>) tätig werden, um eine konventionsgemäße Befolgung und Umsetzung von (bestimmten) EGMR-Entscheidungen innerstaatlich zu gewährleisten<sup>124</sup>. Dies könnte vielleicht auch einmal die Frage aufwerfen, ob bis dahin ein “systemisches” Versagen<sup>125</sup> begrenzter Teile der deutschen Rechtsordnung mit Blick auf deren Fähigkeit zur Implementierung von Entscheidungen des EGMR diagnostiziert werden müsste<sup>126</sup>.

EGMR-Entscheidungen vermögen immerhin jenseits des konkret entschiedenen Falles eine Art mittelbarer (“unechter”) “Durchgriffswirkung” zu entfalten, die im Ergebnis der Bindungswirkung aller deutschen Staatsgewalt an BVerfG-Entschei-

<sup>120</sup> BVerfGE 111, 307 (325 f.) – *Görgülü*.

<sup>121</sup> Zur besonderen Bedeutung des Grundsatzes der Rechtskraft sowohl in den nationalen Rechtsordnungen als auch im Gemeinschaftsrecht jüngst EuGH, Rs. C-234/04, Rn. 20 – *Kapferer*.

<sup>122</sup> Wie z.B. im Fall des § 359 Nr. 6 StPO.

<sup>123</sup> Hierzu J. Meyer-Ladewig/H. Petzold, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR, NJW 2005, 15 ff. (16 f.).

<sup>124</sup> BVerfGE 111, 307 (325) – *Görgülü*

<sup>125</sup> Vgl. hierzu auch oben in und bei Anm. 114.

<sup>126</sup> Hinzuweisen ist etwa auf die für den Strafprozess in § 356 Nr. 6 StPO bereits vorgesehene, in anderen deutschen Prozessordnungen aber bisher nicht gesetzlich eingeführte Möglichkeit der Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener gerichtlicher Verfahren im Anschluss an die Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR, auf welchem die nationale Gerichtsentscheidung beruht. Der EGMR hat die Wiederaufnahme verschiedentlich als (u.U. am besten) geeignete Maßnahme herausgestellt, um den festgestellten Verstoß gegen die EMRK zu beheben (zusammenfassend EGMR, [Große Kammer], *Öcalan v. Turkey*, Appl. No. 46221/99, EuGRZ 2005, 463 ff., Rn. 210). Siehe hierzu auch F. Selbmann, Anpassungsbedarf der Regelungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens an die Vorgaben der EMRK, ZRP 2006, 124 ff.

dungen gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG recht nahe kommt<sup>127</sup>. Innerstaatlich gilt nämlich die EMRK, und zwar spezifisch “in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”<sup>128</sup>, im Rang eines Bundesgesetzes und nimmt insoweit am Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) und von Bundesrecht gegenüber Landesrecht (Art. 31 GG) teil. Im Fall einer Normkollision zwischen nationalem Recht und der innerstaatlich gültigen, (prinzipiell) unmittelbar anwendbaren EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR gelten daher die üblichen Kollisionsregeln (*lex superior, lex posterior, lex specialis*). Danach geht die EMRK als *lex superior* Landesrecht sowie den Rechtsverordnungen des Bundes vor. Entgegenstehende ältere Bundesgesetze kann die EMRK als *lex posterior* verdrängen. Jüngere kollidierende Bundesgesetze müssen der EMRK als *lex specialis* weichen, aber nur sofern sich das jeweilige Bundesgesetz im “Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung”<sup>129</sup> völkerrechtsfreundlich so auslegen lässt, dass es die ältere EMRK unberührt lassen will<sup>130</sup>. Zu bedenken ist insoweit nur, dass die völkerrechtsfreundliche Auslegung dort an Grenzen stößt, wo kein Raum für Interpretation des nationalen Rechts eröffnet ist oder (sonst) die methodischen Grenzen der Auslegung überschritten würden<sup>131</sup>. Sind dagegen die genannten Kollisionsregeln anwendbar, nimmt die EGMR-Rechtsprechung an der Lösung der Normkollision zugunsten der EMRK teil – weil und soweit die im Kollisionsfall einschlägigen EMRK-Rechte gerade in ihrer Auslegung durch den EGMR, in dessen Entscheidungen sich “der aktuelle Entwicklungsstand der Konvention und ihrer Protokolle widerspiegelt”<sup>132</sup>, zu beachten sind<sup>133</sup>.

#### cc) Mittelbare Teilhabe am Vorrang der Verfassung

Die Geltung der EMRK im Rang eines “bloßen” Bundesgesetzes wird in der deutschen Rechtsordnung freilich nicht strikt durchgehalten. Soweit in der EMRK enthaltene Garantien (z.B. das Folter- und das Sklavereiverbot aus Art. 3 und 4

<sup>127</sup> Zur “Orientierungswirkung”, “indirekten Wirkung” oder “Präjudizwirkung” von EGMR-Entscheidungen zusammenfassend etwa C. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, § 16, Rn. 9; ferner zuletzt H.-J. Papier, Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte, EuGRZ 2006, 1 ff. (1).

<sup>128</sup> BVerfGE 111, 307 (325 f.) – Görgülü.

<sup>129</sup> BVerfGE 111, 307 (323) – Görgülü.

<sup>130</sup> Hierzu allgemein C. Tomuschat, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Isensee/Kirchhof (Anm. 106), § 172, Rn. 35; speziell zur EMRK etwa Papier (Anm. 127), 1. Weitergehend lässt sich als “Auslegungsmaxime” die Vermutung formulieren, dass der deutsche Gesetzgeber sich nicht zur EMRK in Widerspruch setzen wollte (vgl. BVerfGE 74, 358 [370]; Frowein [Anm. 106], Rn. 6; M. Herdegen, Europarecht, 7. Aufl., 2005, § 3, Rn. 53; B Schaffarik, Europäische Menschenrechte unter der Ägide des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2005, 860 ff. [863]).

<sup>131</sup> Vgl. Tomuschat (Anm. 130), Rn. 27.

<sup>132</sup> BVerfGE 111, 307 (319) – Görgülü.

<sup>133</sup> Siehe auch nochmals unten in und bei Anm. 280 bis 283.

Abs. 1 EMRK) nämlich zugleich völkergewohnheitsrechtlich gelten, gehen sie – in ihrer Geltung als Völkergewohnheitsrecht – den Bundesgesetzen gemäß Art. 25 GG vor<sup>134</sup>, ohne den Rang von Verfassungsrecht einzunehmen<sup>135</sup>. Mittelbar hat die EMRK (in ihrer Auslegung durch den EGMR) außerdem am Vorrang der Verfassung (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) insofern teil, als die EMRK und die EGMR-Rechtsprechung – letztlich über Art. 1 Abs. 2 GG<sup>136</sup> – “als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes” heranzuziehen sind<sup>137</sup>. Darüber hinaus ist nach der *Görgülü*-Rechtsprechung des BVerfG jetzt auch zumindest die Missachtung oder unzureichende Berücksichtigung von Entscheidungen des EGMR vom BVerfG im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nachprüfbar, weil und soweit darin ein Verstoß gegen ein seinem Schutzbereich nach einschlägiges Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip liegen könne<sup>138</sup>.

## 2. Prinzip der Auffangzuständigkeit

Durch das Prinzip des Vorrangs sind Rechtsakte der EG (und die vom EG-Recht ohne jeden Spielraum vorgegebenen nationalen Rechtsakte) gegen eine Prüfung durch das BVerfG am Maßstab nationaler Grundrechte gleichsam “immuniert”<sup>139</sup>. Aber auch einer unmittelbaren Kontrolle durch den EGMR entziehen sich EG-Rechtsakte, weil und solange die EG nicht der EMRK beigetreten ist<sup>140</sup>.

### a) Auffangzuständigkeit des BVerfG

Dennoch hat sich das BVerfG ausdrücklich eine Grundrechtsprüfung von EG-Rechtsakten im Sinne einer Auffangzuständigkeit vorbehalten. Das Gericht will nämlich “erst und nur dann” wieder als Grundrechtskontrollleur der EG tätig werden, wenn der EuGH den vom BVerfG in *Solange II* festgestellten Grundrechtsstandard<sup>141</sup> verlassen sollte<sup>142</sup>. Dann nämlich wäre der Fall eingetreten, dass ein

<sup>134</sup> Zu einem weitergehenden Ansatz, die EMRK insgesamt als allgemeine Regel des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG anzusehen J. A. Frowein, Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, 1763 ff. (1769).

<sup>135</sup> BVerfGE 111, 307 (318) – *Görgülü*; so auch und mit Nachweisen zu abweichenden Auffassungen M. Herdegen, in: Maunz/Dürig (Anm. 7), Art. 25, Rn. 42 (2000).

<sup>136</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307 (329) – *Görgülü*; so bereits zuvor Herdegen (Anm. 135), Art. 1 Abs. 2, Rn. 48, und etwa F. Hoffmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, Der Staat, Bd. 40 (2001), 349 ff. (369 ff.).

<sup>137</sup> BVerfGE 74, 358 (370); st.Rspr.

<sup>138</sup> BVerfGE 111, 307 (323 f., 329 f.); Papier (Anm. 127), 2. Dazu nochmals unten II.4.c).

<sup>139</sup> Dazu bereits oben II.1.c).

<sup>140</sup> EGMR (Große Kammer), *Matthews v. the United Kingdom*, Appl. No. 24833/94, EuGRZ 1999, 200 ff., Rn. 32.

<sup>141</sup> BVerfGE 73, 339 (378 ff.).

wirksamer, dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achtender, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgender Schutz der deutschen Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der EG auf Gemeinschaftsebene generell nicht (mehr) sichergestellt ist<sup>143</sup>. Dies ist von etwaigen Verfassungsbeschwerdeführern bzw. konkrete Normenkontrollen beantragenden Richtern darzulegen. Die Zulässigkeit einer auf die Prüfung eines sekundären EG-Rechtsakts am Maßstab der deutschen Grundrechte gerichteten Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG oder Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG hängt danach davon ab, dass “im Einzelnen” dargelegt wird, “dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist. Dies erfordert eine Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene in der Art und Weise, wie das Bundesverfassungsgericht sie in [*Solange II*] geleistet hat”<sup>144</sup>. Die “Untiefen” dieser gewaltigen Darlegungslast sind noch nicht vollständig ausgelotet<sup>145</sup>. Jedenfalls dürfte sich die Auffangzuständigkeit des BVerfG wegen dieser prozessualen Hürde auf absehbare Zeit nicht aktualisieren<sup>146</sup>.

## b) Auffangzuständigkeit des EGMR

Ähnlich wie das BVerfG in *Solange II* der EG einen dem grundgesetzlichen Grundrechtsstandard “im wesentlichen gleich zu achtenden” Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene bescheinigt hat<sup>147</sup>, attestiert nun auch der EGMR<sup>148</sup> der

<sup>142</sup> BVerfGE 102, 147 (162 f.) – *Bananenmarktordnung* im Anschluss an BVerfGE 73, 339 (387) – *Solange II* und BVerfGE 89, 155 (174 f.) – *Maastricht*. Vgl. auch die noch pointierteren Aussagen von S. Broß, in: R. Jaeger/S. Broß, Die Beziehungen zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den übrigen einzelstaatlichen Rechtsprechungsorganen – einschließlich der diesbezüglichen Interferenz des Handelns der europäischen Rechtsprechungsorgane, EuGRZ 2004, 1 ff. (15).

<sup>143</sup> Vgl. BVerfGE 73, 339 (387) – *Solange II*; zur “Auslegung” dieser Rechtsprechung näher etwa J. Limbach, Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur, EuGRZ 2000, 417 ff. (420).

<sup>144</sup> BVerfGE 102, 147 (164) – *Bananenmarktordnung*.

<sup>145</sup> Die Formel, dass der “jeweils” als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz “generell” nicht mehr gewährleistet ist, bedeutet wohl, dass für jedes einzelne Grundrecht des Grundgesetzes (“jeweils”) vor allem anhand der hierzu ergangenen Judikatur untersucht werden muss, ob dessen Wesensgehalt und darüber hinausgehende, jedenfalls unabdingbare Gewährleistungsinhalte nicht nur in Einzelfällen, sondern im Allgemeinen (“generell”) nicht mehr verbürgt werden. – Siehe aber auch H.-J. Papier, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – die Sicht des Bundesverfassungsgerichts, ZSR 2005, 113 ff. (117 f.), mit der Frage, ob nur auf den jeweils betroffenen Grundrechtsbereich (z.B. “wirtschaftliche Freiheitsrechte”) abzustellen ist und dann Defizite in diesem Grundrechtsbereich durch günstigeren Schutz der Grundrechte in einem anderen Bereich aufgewogen werden könnten.

<sup>146</sup> So auch die Einschätzung etwa von Oppermann (Anm. 12), § 6, Rn. 50; Papier (Anm. 145), 118; Streinz (Anm. 11), Rn. 224; ebenso K. Möller, Verfassungsrechtlicher Grundrechtsschutz gegen Gemeinschaftsrecht, Jura 2006, 91 ff. (92, 94 f.).

<sup>147</sup> BVerfGE 73, 339 (378); vgl. Wildhaber (Anm. 97), 692.

EG im *Bosphorus*-Urteil einen dem EMRK-Regime "gleichwertigen" Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene<sup>149</sup>. Dies führt den EGMR zu der Vermutung, dass auch ein EU-Mitgliedstaat nicht gegen die EMRK verstößt, sofern er sich (wie Irland im Fall *Bosphorus*) auf die Erfüllung EG-rechtlicher Verpflichtungen beschränkt<sup>150</sup>. Allerdings kann diese Vermutung in jedem Einzelfall<sup>151</sup> (nationaler Erfüllung einer gemeinschaftsrechtlichen Pflicht) widerlegt werden, wenn nämlich der Schutz der jeweils betroffenen EMRK-Rechte in Anbetracht aller Umstände des Einzelfalls "eindeutig unzulänglich" ist<sup>152</sup>.

Der damit vom EGMR verlangte Nachweis eines gegenüber dem EMRK-Regime offensichtlich defizitären Grundrechtsschutzes ist (zumindest theoretisch) leichter zu führen als die vom BVerfG im *Bananenmarktordnung*-Beschluss geforderte Darlegung eines generellen Absinkens des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes insgesamt unter das vom BVerfG im *Solange II*-Beschluss festgestellte Schutzniveau<sup>153</sup>. Denn der EGMR verlangt "nur" einen spezifisch auf den jeweils vorliegenden Einzelfall bezogenen Vergleich des unter der EMRK einerseits und aufgrund der Unionsgrundrechte andererseits gewährleisteten materiellen und prozessualen Grundrechtsschutzes. Ergibt die Anwendung der konkret einschlägigen EMRK-Rechte einerseits und der im Einzelfall maßgeblichen Unionsgrundrechte andererseits in materieller und prozessualer Hinsicht auf den konkreten Fall, dass der auf EG-Ebene gewährleistete Grundrechtsschutz gegenüber dem unter dem EMRK-Regime gebotenen Grundrechtsschutz "eindeutig unzulänglich" ist, dann ist die umfassende Kontrolle des nationalen, zwingende EG-rechtliche Verpflichtungen umsetzenden Rechtsakts durch den EGMR eröffnet.

Danach erlaubt die *Bosphorus*-Rechtsprechung dem EGMR, für das BVerfG dort "in die Bresche zu springen", wo sich das BVerfG aus Gründen des Vorrangs in Verbindung mit seiner überaus weit zurückgenommenen Auffangzuständigkeit gehindert sieht, vom EG-Recht zwingend vorgegebene nationale Rechtsakte auf

<sup>148</sup> Wie schon die frühere Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) im Fall *Melchers* (EKMR, *M & Co. v. the Federal Republic of Germany*, Appl. No. 13258/87, ZaöRV 50 [1990], 865 ff. [867]).

<sup>149</sup> EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 165.

<sup>150</sup> EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 156, 165.

<sup>151</sup> So auch ausdrücklich ("von Fall zu Fall") Wildhaber (Anm. 97), 692.

<sup>152</sup> EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 156, 166. Kritisch zur insoweit zurückgenommenen richterlichen Kontrollgedichte J. Bröhm er, Die *Bosphorus*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – Der Schutz der Grund- und Menschenrechte in der EU und das Verhältnis zur EMRK, EuZW 2006, 71 ff. (75 f.); C. Heer-Reißmann, Straßburg oder Luxemburg? – Der EGMR zum Grundrechtsschutz bei Verordnungen der EG in der Rechtssache *Bosphorus*, NJW 2006, 192 ff. (193 f.).

<sup>153</sup> Diese Einschätzung gleichfalls vertretend Bröhm er (Anm. 152), 76; siehe auch A. Hinarejos-Parga, *Bosphorus v. Ireland and the Protection of Fundamental Rights in Europe*, E.L. Rev. Bd. 31 (2006), 251 ff. (257 f. [Fußn. 23]); L. Wildhaber, *The Coordination of the Protection of Fundamental Rights in Europe*, ZSR 2005, 43 ff. (47 f.).

Grundrechtskonformität hin zu überprüfen. Das BVerfG würde hier erst dann (wieder) zum Schutz deutscher Grundrechte einschreiten, wenn das grundrechtliche Schutzniveau auf Unionsebene nicht nur im Einzelfall eines Beschwerdeführers, sondern generell unter den im *Solange II*-Beschluss festgestellten Grundrechtsstandard absinken sollte. Ein zunächst vor dem EuGH unterlegener und dann vor dem BVerfG mit Blick auf seine diesbezügliche Darlegungslast typischerweise gleichfalls erfolgloser Beschwerdeführer<sup>154</sup> könnte vor dem EGMR noch erfolgreich um Grundrechtsschutz nachsuchen<sup>155</sup>. Erweist sich nämlich im Einzelfall eines Beschwerdeführers der Schutz seiner EMRK-Rechte auf Gemeinschaftsebene als "eindeutig unzulänglich", gilt die Vermutung, dass der Staat in Erfüllung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen konventionsgemäß gehandelt hat, als widerlegt. Der EGMR wird dann den Grundrechtsschutz gegenüber dem gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen erfüllenden nationalen Rechtsakt selbst in die Hand nehmen.

Inzident steht damit freilich auch der EG-Rechtsakt auf dem Prüfstand des EGMR. Diese Souveränität des EGMR im (inzidenten) Umgang mit Rechtsakten der EG selbst erklärt sich daraus, dass der EGMR, anders als das BVerfG<sup>156</sup>, nicht durch das Vorrangprinzip diszipliniert wird. Aus der Sicht des EGMR "bürge" letztlich die EU-Mitgliedstaaten auch für einen im Einzelfall (und nicht nur generell) dem EMRK-Regime gleichwertigen Grundrechtsschutz auf EG-Ebene<sup>157</sup>. Diese "Bürgenhaftung" aktualisiert sich für den einzelnen EU-Mitgliedstaat vor dem EGMR dann, wenn im Einzelfall im Zusammenhang mit seinem in Erfüllung einer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung ergangenen nationalen Rechtsakt kein gleichwertiger, sondern in materieller und prozessualer Hinsicht nur "eindeutig unzulänglicher" Grundrechtsschutz auf EG-Ebene gewährt wird.

Aus dieser "Bürgschaft" könnte der EU-Mitgliedstaat nur dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn ein nationales Gericht im Einzelfall "eindeutig unzulänglichen" Grundrechtsschutzes auf EG-Ebene aufgrund einer Auffangzuständigkeit zuständiger nationaler Gerichte den der EMRK gleichwertigen Grundrechtsschutz im konkreten Fall doch noch sicherstellen würde. In Deutschland wäre dies vor dem Hintergrund der *Solange II*- und *Bananenmarktordnung*-Rechtsprechung aber ausgeschlossen<sup>158</sup>. Damit riskiert Deutschland eine Verurteilung

<sup>154</sup> Hierzu oben in und bei Anm. 146.

<sup>155</sup> Der Grundsatz der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs (Art. 35 Abs. 1 EMRK) würde nicht die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde voraussetzen (dazu nochmals unten in und bei Anm. 284). Denn im Lichte des *Bananenmarktordnung*-Beschlusses könnte eine gegen EG-Rechtsakte wie gegen von EG-Recht zwingend vorgegebene nationale Rechtsakte gerichtete Verfassungsbeschwerde gegenwärtig und auf absehbare Zeit nicht (mehr) zulässig erhoben werden (dazu soeben oben in und bei Anm. 146). Die Verfassungsbeschwerde wäre wegen offenkundigen Mangels an Aussicht auf Erfolg nicht (mehr) als effektiver innerstaatlicher Rechtsbehelf aufzufassen (vgl. hierzu Grabenwarter [Anm. 127], § 13, Rn. 25 f.).

<sup>156</sup> Siehe oben II.1.c).

<sup>157</sup> Vgl. auch schon EGMR (Große Kammer), *Matthews v. the United Kingdom*, Appl. No. 24833/94, Rn. 32.

<sup>158</sup> Siehe oben II.2.a) und oben in und bei Anm. 153 bis 155.

durch den EGMR, sollte der (nicht sehr wahrscheinliche, aber eben auch nicht von vornherein auszuschließende) Fall “eindeutig unzulänglichen” Schutzes der EMRK-Rechte auf EG-Ebene eintreten. Um diese Konsequenz zu vermeiden, müsste das BVerfG seine äußerste Zurückhaltung aufgeben, indem es seine Aufgangzuständigkeit im Sinne der vom EGMR im *Bosphorus*-Urteil vorgesehenen Einzelfallprüfung erweitert. Das BVerfG sollte also eine Verfassungsbeschwerde oder Richtervorlage dann als zulässig ansehen, wenn dargetan wird, dass im Einzelfall des jeweils Betroffenen dessen Grundrechte – unter Berücksichtigung der EMRK in ihrer Interpretation durch den EGMR – “eindeutig unzulänglich” geschützt (worden) sind.

Die EU-Mitgliedstaaten bleiben letztlich individuell, zugleich aber auch gemeinsam dafür verantwortlich, dass der Schutz der EMRK-Rechte nach der Übertragung von Hoheitsrechten auf die EG weiterhin sichergestellt ist<sup>159</sup>. Ob sich daraus eine quasi “gesamthänderische” Verantwortlichkeit aller EU-Mitgliedstaaten für die Vereinbarkeit jedes einzelnen EG-Rechtsaktes (als einer der “Konsequenzen”<sup>160</sup> aus der Übertragung von Hoheitsrechten auf die EG) mit der EMRK ableiten lässt mit der Folge, dass gegen die “Gesamthand” zulässigerweise Individualbeschwerde wegen eines EG-Rechtsaktes zum EGMR erhoben werden könnte, bleibt aber offen<sup>161</sup>. Die insoweit einschlägige Individualbeschwerde im Fall *Senator Lines* hat der EGMR aus anderen Gründen, nämlich wegen zwischenzeitlich entfallener Beschwer, als unzulässig verworfen<sup>162</sup>. Gleiches gilt für den Fall *Emesa Sugar*, in welchem der Gerichtshof die Unzulässigkeit der Beschwerde schon daraus herleitete, dass der Schutzbereich des als verletzt gerügten Art. 6 Abs. 1 EMRK (offensichtlich) nicht eröffnet war<sup>163</sup>.

Die in der *Matthews*-Entscheidung begründete, spezielle Aufgangzuständigkeit des EGMR besteht im Übrigen fort. Sie gilt für völkerrechtliche Verpflichtungen, welche die EU-Mitgliedstaaten im Rahmen der Europäischen Union “aus eigenem Entschluss” übernommen haben und dabei der Gerichtsbarkeit des EuGH entzogen sind<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> EGMR (Große Kammer), *Matthews v. the United Kingdom*, Appl. No. 24833/94, Rn. 32 f.

<sup>160</sup> Vgl. EGMR (Große Kammer), *Matthews v. the United Kingdom*, Appl. No. 24833/94, Rn. 33.

<sup>161</sup> Hierzu etwa M. Breuer, Offene Fragen im Verhältnis von EGMR und EuGH, EuGRZ 2005, 229 ff. (233); Grabenwarter (Anm. 1), 329 ff.; N. Colneric, Grundrechtsschutz durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, AuR 2001, 366 ff. (369).

<sup>162</sup> EGMR (Große Kammer), *Senator Lines GmbH v. Austria*, Appl. No. 56672/00, EuGRZ 2004, 279 ff. (284).

<sup>163</sup> EGMR (Kammer der Dritten Sektion), *Emesa Sugar N.V. v. the Netherlands*, Appl. No. 62023/00, EuGRZ 2005, 234 ff. (238).

<sup>164</sup> Siehe EGMR (Große Kammer), *Matthews v. the United Kingdom*, Appl. No. 24833/94, EuGRZ 1999, 200 ff., Rn. 33; EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 157; Wildhaber (Anm. 153), 47. Siehe hierzu auch den Hinweis von Hinnarejos-Parga (Anm. 153), 255, wonach die Vermutung eines dem EMRK-Regime “gleichwertigen” Menschenrechtsschutzes in der EU im Fall *Matthews* gerade wegen der nicht eröffneten Zuständigkeit des EuGH widerlegt war.

c) Exkurs: "Eindeutig unzulänglicher" Grundrechtsschutz im Fall *Yusuf*?

Im Lichte der Rechtsprechung des EGMR erscheint die *Yusuf*-Entscheidung des EuG<sup>165</sup> äußerst prekär<sup>166</sup>. Das EuG geht davon aus, dass der EG-Vertrag die Gemeinschaft als solche zur Implementierung der Resolution 1390 (2002) des UN-Sicherheitsrates verpflichtet habe<sup>167</sup>. Dabei hätten die Gemeinschaftsorgane über keinen Ermessensspielraum verfügt<sup>168</sup>. Daher würde die gerichtliche Grundrechtskontrolle der in Umsetzung der Sicherheitsratsresolution erlassenen Verordnung (EG) Nr. 881/2002 die inzidente Prüfung jener Resolution am Maßstab der Unionsgrundrechte bedeuten<sup>169</sup>. Dies wiederum liege außerhalb der Zuständigkeit des EuG<sup>170</sup>. Allerdings ent falle die Bindung an Resolutionen des Sicherheitsrates im Fall ihres Verstoßes gegen *jus cogens*<sup>171</sup>. Insoweit sei für das Gericht die Inzidentkontrolle dann doch eröffnet<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff.

<sup>166</sup> Vgl. hierzu auch N. Lavranos, Das So-Lange-Prinzip im Verhältnis von EGMR und EuGH, EuR 2006, 79 ff. (88 f.).

<sup>167</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 257; kritisch K. Schmalenbach, Normentheorie vs. Terrorismus: Der Vorrang des UN-Rechts vor EU-Recht, JZ 2006, 349 ff. (351); zustimmend dagegen C. Tomuschat, CML Rev. Bd. 43 (2006), 537 ff. (542 f.).

<sup>168</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 265.

<sup>169</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 266.

<sup>170</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 272; kritisch wiederum Schmalenbach (Anm. 167), 352 f. Zustimmend dagegen wiederum Tomuschat (Anm. 167), 543 ff.

<sup>171</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 281. Zur Bindung des UN-Sicherheitsrates an *jus cogens* etwa bereits J. E. Alvarez, The Security Council's War on Terrorism: Problems and Policy Options, in: E. de Wet/A. Nollkaemper (Hrsg.), Review of the Security Council by Member States, 2003, 119 ff. (125 f.); M. Herdgen, Review of the Security Council by National Courts: A Constitutional Perspective, in: de Wet/Nollkaemper, a.a.O., 77 ff. (79 f.); Tomuschat (Anm. 167), 545 f. m.w.N.; in diesem Sinne auch Sondervotum E. Lauterpacht zu IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Reports 1993, 407, Rn. 100, 102 f.; England and Wales Court of Appeals (Civil Division), *Al-Jedda, R (on the Application of) v. Secretary of State of Defence*, (2006) EWCA Civ. 327, Rn. 71; wohl weitergehend eine Bindung des Sicherheitsrats generell an Menschenrechte annehmend P. Cramér, Recent Swedish Experiences with Targeted UN Sanctions: The Erosion of Trust in the Security Council, in: de Wet/Nollkaemper, a.a.O., 85 ff. (98 f.); N. Vennemann, Country Report on the European Union, in: C. Walter/S. Vöneky/V. Röben/F. Schorkopf (Hrsg.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, 2004, 217 ff. (247, 249); besonders weitgehend insoweit M. Kotzur, Eine Bewährungsprobe für die Europäische Grundrechtsgemeinschaft, EuGRZ 2006, 19 ff. (23). Zur Frage der Bindung der Mitglieder des UN-Sicherheitsrates an Menschenrechtsverträge bei der Abstimmung über Sicherheitsratsresolutionen T. Schilling, Der Schutz der Menschenrechte gegen Beschlüsse des Sicherheitsrates, ZaöRV 64 (2004), 343 ff.

<sup>172</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 282; kritisch hierzu Kotzur (Anm. 171), 24 f.; M. Payandeh, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte, ZaöRV 66 (2006), 41 ff. (54).

Schon angesichts des äußerst beschränkten Kreises als *jus cogens* geltender Menschenrechte<sup>173</sup>, lag es auf der Hand, dass sich im Fall *Yusuf* jedenfalls im Ergebnis kein Verstoß gegen zwingendes Völkergewohnheitsrecht nachweisen lassen würde<sup>174</sup>. Die ihrem Prüfungsmaßstab nach erheblich reduzierte Grundrechtsprüfung der *Yusuf*-Entscheidung erfüllt an sich den Tatbestand eines "eindeutig unzulänglichen" Schutzes der EMRK-Rechte auf EG-Ebene im Sinne des *Bosphorus*-Urteils. Denn gerichtlicher Grundrechtsschutz des Einzelnen unmittelbar gegen die im konkreten Fall angegriffene Verordnung (EG) Nr. 881/2002 kann prozessual grundsätzlich (d.h. vorbehaltlich der von einem nationalen Gericht in Anspruch genommenen Auffangzuständigkeit<sup>175</sup>) nur auf Gemeinschaftsebene im Wege der Nichtigkeitsklage (Art. 230 Abs. 4 EG) erlangt werden. Dort aber wird die Grundrechtsprüfung vom EuG materiell auf die Vereinbarkeit der EG-Verordnung mit als *jus cogens* geltenden Menschenrechtsstandards drastisch beschränkt.

Überdies ist eindeutig kein dem EMRK-Regime "gleichwertiger" Grundrechtsschutz auf UN-Ebene gewährleistet. Zum einen fehlt eine hinreichend bestimmte und unbedingte Verpflichtung der UN bzw. des UN-Sicherheitsrates auf über *jus cogens* hinausgehende Menschenrechtsstandards. Insbesondere sind die Vereinten Nationen nicht förmlich auf die sog. "internationale *Bill of Rights*"<sup>176</sup> verpflichtet: Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 ist als Resolution der UN-Generalversammlung<sup>177</sup> kein rechtlich verbindliches Instrument, und den beiden Internationalen Menschenrechtspakten<sup>178</sup> gehören die UN nicht als Vertragspartei an<sup>179</sup>. Die Art. 1 Nr. 3, 55 *lit.* c, 56 der Charta der Vereinten Nationen (UN-

<sup>173</sup> Hierzu gehören die Verbote des Völkermords, der Folter, der Sklaverei und der Rassendiskriminierung sowie das Verbot der Verhängung bzw. Vollstreckung der Todesstrafe gegen Jugendliche (siehe nur M. Herdegen, *Völkerrecht*, 5. Aufl., 2006, § 16, Rn. 13 f.).

<sup>174</sup> Vgl. EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 347. In diesem Sinne auch Tomuschat (Anm. 167), 551. Etwas kühn prüft das EuG einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie (EuG, a.a.O., Rn. 284 ff.; kritisch hierzu auch C. Tietje/S. Hamelmann, Gezielte Finanzsanktionen der Vereinten Nationen im Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht und zu Menschenrechten, *JuS* 2006, 299 ff. [301]); Tomuschat, a.a.O., 547 f.; siehe auch Alvarez (Anm. 171), 129 f. Den *jus cogens*-Charakter des vom EuG (a.a.O., Rn. 303 ff.) gleichfalls geprüften Rechts auf ein faires Verfahren hielt bereits E. de Wet, *The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Power of the Security Council: A Principled View*, in: dies./Nollkaemper (Anm. 171), 7 ff. (22 f.), für möglich; ähnlich Alvarez a.a.O., 129, 133 f.; kritisch zur *Yusuf*-Entscheidung des EuG dagegen wiederum Tomuschat, a.a.O., 549 f.

<sup>175</sup> Vgl. oben II.2.a).

<sup>176</sup> Dazu etwa T. Buergenthal/D. Shelton/D. Stewart, *International Human Rights*, 3. Aufl., 2002, 34 ff.

<sup>177</sup> 217 (III), A., vom 10. Dezember 1948.

<sup>178</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (BGBl. II 1973, 1553); Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (BGBl. II 1973, 1569).

<sup>179</sup> de Wet (Anm. 174), 13 f., sieht die UN-Organen daher nur, aber immerhin als auf einen Kernbestand ("*core content*") der zur "internationalen *Bill of Rights*" gehörenden Menschenrechte verpflichtet an; ebenso bereits I. Cameron, *Targeted Sanctions and Legal Safeguards*, 2002, 22 (<<http://www-hotel.uu.se/juri/sii/index.html>>; zuletzt aufgerufen am 24.4.2006). Instrukтив zur Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte etwa Buergenthal/Shelton/Stewart (Anm. 176), 41 ff.

Charta)<sup>180</sup> wiederum lassen sich schwerlich in der Weise deuten, dass sie unter Inkorporierung der “internationalen *Bill of Rights*” in die UN-Charta eine Bindung der Vereinten Nationen und ihrer Organe selbst an die darin enthaltenen Menschenrechte bewirken sollten<sup>181</sup>. Zum anderen bleiben konkret die innerhalb der UN angebotenen Rechtsbehelfe gegen eine namentliche Aufnahme in die Liste der von den UN-Sanktionen erfassten Personen hinter einem unmittelbar auf Grundrechte gestützten, gerichtlichen Individualrechtsschutz (wie er unmittelbar z.B. über Art. 34 EMRK und Art. 230 Abs. 4 EG oder mittelbar über Art. 234 Abs. 1 lit. b EG gewährt wird) signifikant zurück<sup>182</sup>. Das von den UN aufgrund bloßer “Leitlinien” des Sanktionsausschusses eingeführte Verfahren zur Prüfung, ob eine Person von der Liste zu streichen sei (“*De-Listing*”)<sup>183</sup>, “mediatisiert” den betroffenen Einzelnen. Danach kann der Antrag zur Streichung aus der Liste nicht unmittelbar vom Einzelnen, sondern nur von der Regierung seines Heimat- oder Wohnsitzstaates gestellt werden. Außerdem wird über den Antrag weder von einem Gericht (sondern vom Sanktionsausschuss, möglicherweise auch vom UN-Sicherheitsrat) noch in einem mit üblichen individuellen Prozessrechtsgarantien ausgestatteten Verfahren noch ausdrücklich anhand grundrechtlicher Maßstäbe entschieden<sup>184</sup>. Ähnlich verhält es sich, wenn eine betroffene Person nur die Freigabe bestimmter “eingefrorener” Gelder aus humanitären Gründen begehrt<sup>185</sup>.

Der Vorwurf eines “eindeutig unzulänglichen” Schutzes der EMRK-Rechte im Rahmen von UN und EG bzw. die Annahme fortbestehender Verantwortlichkeit der Konventionsstaaten für den Schutz der EMRK-Rechte gegenüber den Konsequenzen aus der UN- und EG-Mitgliedschaft müssten freilich fallen gelassen werden, wenn Pflichten aus der EMRK im Einzelfall gemäß Art. 103 UN-Charta verdrängt gewesen wären<sup>186</sup>. In der Tat hat auch das EuG in Bezug auf die Unions-

<sup>180</sup> BGBl. II 1980, 1252.

<sup>181</sup> Dies bestätigt der Blick auf die Entstehungsgeschichte (vgl. dazu R. Wolfrum, in: B. Simma [Hrsg.], *The Charter of the United Nations*, Bd. I, 2. Aufl., 2002, Article 1, Rn. 23). Wie hier bereits Alvarez (Anm. 171), 125 f.; a.A. aber offenbar Kotzur (Anm. 171), 23.

<sup>182</sup> Siehe auch schon die Kritik von C. Tomuschat, *Human Rights*, 2003, 89 f.

<sup>183</sup> Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work, Ziff. 8. Siehe hierzu auch N. Kirsch, *The Rise and Fall of Collective Security: Terrorism, US Hegemony, and the Plight of the Security Council*, in: Walter/Vöneky/Röben/Schorkopf (Anm. 171), 879 ff. (887 ff.).

<sup>184</sup> In diesem Sinne etwa auch schon Cramér (Anm. 171), 96, 98. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Vorschlag von G. Biehler, *Individuelle Sanktionen der Vereinten Nationen und Grundrechte*, AVR Bd. 41 (2003), 169 ff. (180 f.), dass effektiver gerichtlicher Individualrechtsschutz primär durch den Staat gewährleistet sein sollte, auf dessen (geheimdienstlichen) Informationen die Verzeichnung einer Person auf Sanktionslisten der UN beruht.

<sup>185</sup> Siehe Guidelines of the Committee (Anm. 183), Ziff. 9.

<sup>186</sup> So offenbar A. Aust, *The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Powers of the Security Council: A Practitioner’s View*, in: de Wet/Nollkaemper (Anm. 171), 31 ff. (36); ebenso England and Wales Court of Appeals (Civil Division), *Al-Jedda, R (on the Application of) v. Secretary of State of Defence*, (2006) EWCA Civ. 237, Rn. 71, 87. Cameron (Anm. 179), 18, hält Art. 103 UN-Charta für nicht anwendbar: Es bestehe keine “logische” Unvereinbarkeit von Verpflichtungen der

grundrechte angenommen, dass “insbesondere im Hinblick auf ... Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen die Berufung auf eine Verletzung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechte ... die Gültigkeit einer Resolution des Sicherheitsrates ... nicht berühren kann”<sup>187</sup>. Den in Art. 103 UN-Charta ausdrücklich normierten “Vorrang” von Verpflichtungen “aus” der Charta vor anderen völkervertraglichen Verpflichtungen hat das Gericht dabei so ausgelegt, dass er sich gemäß Art. 25 UN-Charta auch auf die Verpflichtung der UN-Mitglieder aus Resolutionen des UN-Sicherheitsrats erstreckt<sup>188</sup>.

Aus der Sicht der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR erweist sich die Kollisionsregel des Art. 103 UN-Charta (und entsprechend Art. 30 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge [WVK]<sup>189</sup>) nicht als von vornherein irrelevant. Denn der EGMR ist darauf bedacht, die Konvention in “Harmonie” mit dem Völkerrecht insgesamt, zumal (mit Blick auf Art. 31 Abs. 3 *lit. c* WVK) im Lichte aller einschlägigen völkerrechtlichen Normen auszulegen, welche die Beziehungen jedenfalls zwischen den EMRK-Vertragsparteien beherrschen<sup>190</sup>. Dabei nimmt der Gerichtshof insbesondere Rücksicht auf die wachsende Bedeutung internationaler Zusammenarbeit und die daraus folgende Notwendigkeit funktionsfähiger internationaler Organisationen<sup>191</sup>. Die Funktionsfähigkeit der UN als des einzigen globalen Systems kollektiver Sicherheit könnte in der Tat auf dem Spiel stehen, wenn die nach Art. 25 UN-Charta die UN-Mitglieder an sich bindenden Resolutionen des UN-Sicherheitsrates von nationalen (Verfassungs-) Gerichten oder Gerichtshöfen anderer internationaler oder supranationaler Organisationen am (national und regional möglicherweise recht divergierenden<sup>192</sup>) Maßstab der jeweils anwendbaren Grund- bzw. Menschenrechte gemessen und verworfen werden könnten<sup>193</sup>.

---

UN-Mitglieder aus der UN-Charta und ihren anderweitigen völkervertraglichen Verpflichtungen zum Schutz der Menschenrechte; denn “*targeted sanctions*” des UN-Sicherheitsrates ließen sich so ausgestalten, dass dem Schutz der Menschenrechte, insbesondere auf effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren, Rechnung getragen werden könne.

<sup>187</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 275; zustimmend Tietje/Hamelmann (Anm. 174), 301.

<sup>188</sup> EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, 592 ff., Rn. 234, 239 f.; ebenso IGH, *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Yamahiriya v. United Kingdom)*, ICJ Reports 1992, 3 ff., Rn. 39; aus dem Schrifttum z.B. R. Bernhardt, in: B. Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, Bd. II, 2. Aufl., 2002, Article 103, Rn. 9. Nach England and Wales Court of Appeals (Civil Division), *Al-Jedda, R (on the Application of) v. Secretary of State of Defence*, (2006) EWCA Civ. 27, Rn. 74, gilt der in Art. 103 UN-Charta normierte Vorrang selbst dann, wenn eine Sicherheitsratsresolution keine Pflichten auferlegt, sondern zum (z.B. militärischen) Handeln ermächtigt.

<sup>189</sup> BGBl. II 1985, 927.

<sup>190</sup> EGMR (Große Kammer), *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Appl. No. 35763/97, Rn. 55; EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 150.

<sup>191</sup> EGMR (Große Kammer), *Waite and Kennedy v. Germany*, Appl. No. 26083/94, Rn. 72; EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 150.

<sup>192</sup> Beispielsweise in Bezug auf die Eigentumsgarantie.

<sup>193</sup> Aust (Anm. 186), 36, 38; Cramér (Anm. 171), 105; Payandeh (Anm. 172), 59 f.

Andererseits dürfen sich die EMRK-Vertragsstaaten ihrer Bindung an die EMRK-Rechte (Art. 1 EMRK) nicht durch "Flucht" in eine internationale Organisation entziehen. Die Rechte aus der EMRK wären dann und insoweit nicht mehr praktisch und effektiv<sup>194</sup>. Für die Konsequenzen aus der Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation, insbesondere für jedes Verhalten (sei es ein aktives Tun, sei es ein Unterlassen) zur Erfüllung sich daraus ergebender Verpflichtungen, bleiben die EMRK-Vertragsstaaten daher verantwortlich<sup>195</sup>. Aus diesem Grund könnte es den Konventionsstaaten verwehrt sein, sich dieser Verantwortlichkeit durch eine völkervertragliche Vorrangklausel nach Art. 103 UN-Charta zu entledigen.

Das Prinzip fortdauernder Verantwortlichkeit unter der EMRK muss mithin zu "praktischer Konkordanz" mit dem Prinzip gebracht werden, dass die EMRK der zunehmenden Bedeutung internationaler Kooperation und der Funktionsfähigkeit hierzu errichteter internationaler Organisationen und den sich daraus ergebenden Handlungs- oder Unterlassungspflichten der EMRK-Vertragsstaaten gleichfalls Rechnung tragen will. Der insoweit im *Bosphorus*-Urteil gefundene "schonende Ausgleich" ist allerdings ausdrücklich auf den Fall der Mitgliedschaft der Konventionsstaaten in supranationalen Organisationen bezogen<sup>196</sup>, mithin auf die UN-Mitgliedschaft nicht (direkt) übertragbar. Näher liegend könnte die Anwendung des Maßstabs erscheinen, welcher vom EGMR (jeweils im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK) für den Fall der Immunität einer internationalen Organisation entwickelt worden ist<sup>197</sup>. Danach wäre zu fragen, ob dem Einzelnen angemessene alternative Mittel zum wirksamen Schutz seiner Konventionsrechte zur Verfügung stehen<sup>198</sup>. Freilich bliebe der vom EuG im Fall *Yusuf* gewährte, auf die Prüfung einer Verletzung von *jus cogens* "zusammengestrichene" Rechtsschutz auch hinter diesem Maßstab zurück<sup>199</sup>.

"Praktische Konkordanz" könnte vielleicht auch durch "teleologische Reduktion" des Art. 103 UN-Charta zu erzielen sein. Nach ihrem Sinn und Zweck soll die Vorrangklausel den UN-Mitgliedern die Freiheit nehmen, sich den Verpflichtungen aus der UN-Charta unter Berufung auf anderweitige (frühere oder spätere) völkervertragliche Pflichten zu entziehen. Dadurch soll die einheitliche Durchsetzung der sich aus der UN-Charta ergebenden Pflichten unter allen UN-

<sup>194</sup> EGMR (Große Kammer), *Waite and Kennedy v. Germany*, Appl. No. 26083/94, Rn. 67; EGMR (Große Kammer), *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, Appl. No. 42527/98, Rn. 48.

<sup>195</sup> EGMR (Große Kammer), *Matthews v. the United Kingdom*, Appl. No. 24833/94, EuGRZ 1999, 200 ff., Rn. 33; EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 153.

<sup>196</sup> EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 154, 157; ebenso Wildhaber (Anm. 153), 47.

<sup>197</sup> In diesem Sinne bereits Herdegen (Anm. 171), 79.

<sup>198</sup> EGMR (Große Kammer), *Waite and Kennedy v. Germany*, Appl. No. 26083/94, Rn. 68.

<sup>199</sup> Zum Fehlen angemessener alternativer Mittel zum wirksamen Schutz der EMRK-Rechte siehe oben in und bei Anm. 173 bis 185. Siehe auch Cameron (Anm. 179), 33.

Mitgliedern und damit die Funktionsfähigkeit der Vereinten Nationen im Interesse der Verwirklichung ihrer Ziele aus Art. 1 UN-Charta gesichert werden. Dieser Sinn und Zweck würde insoweit nicht vereitelt, als innerhalb der Staatengemeinschaft im Wesentlichen gleichmäßig gültige völkervertraglich vereinbarte Menschenrechtsstandards die Erfüllung der Charta-Pflichten in allen UN-Mitgliedstaaten einheitlich kontrollierten. Seinem Sinn und Zweck nach müsste der Vorrang der UN-Charta gegenüber solchen sich aus Völkervertragrecht ergebenden menschenrechtlichen Verpflichtungen der UN-Mitglieder nicht eingreifen. Institutionell problematisch bleibt an diesem Ansatz, dass ein internationales Organ (z.B. ein Gericht) fehlt, welches zentral (z.B. im Wege einer Art "Vorabentscheidung") den im Einzelfall innerhalb der Staatengemeinschaft der UN-Mitglieder im Wesentlichen gleichmäßig gültigen völkervertraglich vereinbarten Menschenrechtsstandard verbindlich feststellt. Ohne eine solche Instanz müsste beispielsweise der vom Einzelnen angerufene EGMR selbst seinen Prüfungsmaßstab auf diejenigen Gewährleistungsinhalte berührter EMRK-Rechte beschränken, welche nach seinem Dafürhalten dem innerhalb der Staatengemeinschaft der UN-Mitglieder im Wesentlichen gleichmäßig gültigen völkervertraglich vereinbarten Menschenrechtsstandard entsprechen. Ferner läuft der hier vorgetragene Lösungsansatz einer "teleologischen Reduktion" des Art. 103 UN-Charta darauf hinaus, dass der UN-Sicherheitsrat – zumindest mittelbar bzw. faktisch – an diesen Menschenrechtsstandard gebunden wäre.

Ein anderer, pragmatischer Lösungsansatz besteht darin, die Erfüllung von Verpflichtungen (oder auch die Wahrnehmung von Ermächtigungen) aus Beschlüssen des UN-Sicherheitsrats als legitimen Zweck einer Beeinträchtigung von EMRK-Rechten aufzufassen und diesem Zweck – jeweils im Lichte des mit der Sicherheitsratsresolution konkret verfolgten Ziels – ein (besonders) hohes Gewicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zuzumessen<sup>200</sup>. Doch vermag auch dieser Ansatz einen Konflikt zwischen menschenrechtlichen Verpflichtungen und Verpflichtungen aus der UN-Charta dann nicht zu überwinden, wenn die Sicherheitsratsresolution z.B. ein bestimmtes, innerstaatlich gegenüber namentlich bezeichneten Personen anzuwendendes Mittel zur Erreichung des von ihr verfolgten Zwecks (also sog. "*smart sanctions*" oder "*targeted sanctions*") anordnet und – aus der Perspektive gesicherter Dogmatik des EMRK-Regimes – das Mittel mit Blick auf den Zweck eindeutig als nicht geeignet oder erforderlich oder sonst unangemessen erscheint. Die darin liegende offenkundige Unverhältnismäßigkeit der Resolution des UN-Sicherheitsrates wird regelmäßig auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der von den UN-Mitgliedern zur Implementierung der Resolution ergriffenen Maßnahmen (Mittel) durchschlagen.

---

<sup>200</sup> Ähnlich die Unionsgrundrechtsprüfung durch den EuGH, Rs. 84/95, Slg. 1996, 3953, Rn. 24-26 – *Bosphorus*; dazu P. J. G. K a p t e y n, The Role of the ECJ in Implementing Security Council Resolutions, in: de Wet/Nollkaemper (Anm. 171), 57 ff. (61); siehe ferner C r a m é r (Anm. 171), 99.

### 3. Prinzip der Integrationsfreundlichkeit

Das Prinzip der Auffangzuständigkeit steht gleichsam im Verhältnis eines Junktims zum Prinzip der Integrationsfreundlichkeit. Danach sperren sich weder das deutsche Grundrechtsregime noch das EMRK-Regime gegen die Übertragung nationaler Hoheitsrechte auf eine supranationale Organisation – sofern dabei nicht die “Flucht” aus der jeweiligen Grundrechtsbindung angetreten wird. Essentiell ist daher aus der Sicht beider Grundrechtsregime, dass sich der Grundrechtsschutz auf supranationaler Ebene fortsetzt. Unterschiedlich formuliert werden vom BVerfG und vom EGMR freilich (wie soeben gezeigt<sup>201</sup>) die Voraussetzungen ihrer jeweiligen Auffangzuständigkeit für eine (ggf. nur inzidente) Grundrechtskontrolle der supranationalen Rechtsakte. Unterschiedlich formuliert werden ferner auch die Anforderungen an das supranational zu verwirklichende, die Auffangzuständigkeit gleichsam “sperrende” Schutzniveau. Während die *Solange II*-Judikatur (und im Anschluss daran Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG) für die europäische Integration einen dem Grundgesetz “im wesentlichen vergleichbaren” Grundrechtsschutz fordert<sup>202</sup>, verlangt der EGMR in *Bosphorus* (qualitativ weitergehend) einen der EMRK “zumindest gleichwertigen” (d.h. “vergleichbaren”, nicht “identischen”) Grundrechtsschutz<sup>203</sup>. Auf die vom BVerfG vorgenommene Einschränkung<sup>204</sup> auf einen (nur) “im wesentlichen” gleich zu achtenden Grundrechtsschutz verzichtet der EGMR.

### 4. Prinzip der Komplementarität

Der Grundsatz eines lückenlosen Grundrechtsschutzes im europäischen Mehrebenensystem lässt sich begrifflich als Prinzip der Komplementarität erfassen. Praktischer und effektiver flächendeckender Grundrechtsschutz ergibt sich im europäischen Grundrechtsraum nur dann, wenn sich der Grundrechtsschutz der mehreren Ebenen nahtlos ergänzt, und zwar gerade auch für den Fall, dass der Grundrechtsschutz ganz oder teilweise von einer Ebene auf die andere verlagert worden ist<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> Oben II.2.a) und b), insbesondere bei Anm. 153.

<sup>202</sup> Genauer: einen “generell” gewährleisteten “wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften ..., der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt” (BVerfGE 73, 339 [387] – *Solange II*).

<sup>203</sup> EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 155.

<sup>204</sup> Vgl. auch U. K i s c h e l, Der unabdingbare grundrechtliche Mindeststandard in der Europäischen Union, Der Staat, Bd. 39 (2000), 523 ff. (533).

<sup>205</sup> In diesem Sinne “komplementär” wirken auch die Auffangzuständigkeiten von EGMR und BVerfG im Verhältnis zum Grundrechtsschutz auf EG-Ebene durch den EuGH (oben II.2.) sowie die Auffangzuständigkeiten im Verhältnis zwischen EGMR und BVerfG zueinander (oben in und bei Anm. 154 und 155).

### a) EuGH als “gesetzlicher Richter”

Dem Prinzip der Komplementarität entspricht insofern die Qualifizierung des EuGH als “gesetzlicher Richter” im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG<sup>206</sup>. Dieses Justizgrundrecht wird verletzt, wenn ein Gericht seine Pflicht zur Vorlage an den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens missachtet<sup>207</sup>. Damit sucht das BVerfG gerade zu verhindern, dass “der Grundrechtsschutz ... ins Leere [läuft], wenn das Bundesverfassungsgericht mangels Zuständigkeit keine materielle Prüfung anhand der Grundrechte vornehmen kann und der EuGH mangels Vorabentscheidungsersuchens nicht die Möglichkeit erhält, sekundäres Gemeinschaftsrecht anhand der für die Gemeinschaft entwickelten Grundrechtsverbürgungen zu überprüfen”<sup>208</sup>.

Es ist freilich theoretisch denkbar, dass das BVerfG aufgrund seiner (bisherigen) Maßstäbe<sup>209</sup> einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht festzustellen vermag. Dann könnte eine Rechtsschutzlücke z.B. dadurch entstehen, dass einerseits der EuGH nicht gemäß Art. 234 EG als “gesetzlicher Richter” in die Grundrechtskontrolle eingeschaltet worden ist, sich andererseits das BVerfG jenseits einer (wegen seiner zurückhaltenden Kontrolldichte erfolglosen) Prüfung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht weitergehend für zuständig erachtet, selbst einen deutschen Rechtsakt auf Vereinbarkeit mit EG-Recht (insbesondere mit den Unionsgrundrechten) zu prüfen<sup>210</sup>. Das BVerfG könnte erwägen, diese Zurückhaltung aufzugeben und einen mit EG-Recht unvereinbaren deutschen Rechtsakt bzw. dessen Anwendung als (möglichen) Verstoß gegen das hiervon berührte deutsche Grundrecht zu prüfen<sup>211</sup> (und in diesem Rahmen ggf. seinerseits eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen<sup>212</sup>). Die deutsche Rechtsordnung anerkennt nämlich selbst (jedenfalls in den in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und 3 i.V. mit Art. 79 Abs. 3 GG präzisierten Grenzen) den Vorrang des Gemeinschaftsrechts<sup>213</sup>. Ist danach ein deutscher Rechtsakt wegen seiner Unvereinbarkeit jedenfalls mit Unionsgrundrechten oder sonstigem individualschützendem Gemeinschaftsrecht (auch) aus innerstaatlicher Sicht zumindest nicht anwendbar, dann vermag er insoweit auch

<sup>206</sup> BVerfGE 73, 339 (366 f.) – *Solange II*.

<sup>207</sup> BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2001, 1267 ff. (1268).

<sup>208</sup> BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2001, 1267 ff. (1268).

<sup>209</sup> BVerfGE 82, 159 (195 f.).

<sup>210</sup> Jüngst wieder BVerfG, NJW 2006, 1261 ff. (1261) – *Sportwetten*, und zuvor schon BVerfGE 82, 159 (191).

<sup>211</sup> Siehe hierzu M. Breuer, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Wächter des europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2003, 433 ff. (439 f.); zum Problem auch R. Jaeger, Menschenrechtsschutz im Herzen Europas, EuGRZ 2005, 193 ff. (196).

<sup>212</sup> Zur (heiklen) Frage einer Vorlagepflicht des BVerfG nach Art. 234 EG etwa J. Bergmann, Das Bundesverfassungsgericht in Europa, EuGRZ 2004, 620 ff. (626 f.); betont zurückhaltend Broß (Anm. 142), 15. – Im deutschen Bundesstaat gilt die Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG uneingeschränkt auch für Landesverfassungsgerichte, sofern sie von der Unvereinbarkeit eines förmlichen Landesgesetzes mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht überzeugt sind.

<sup>213</sup> Näher etwa Streinz (Anm. 11), Rn. 225 ff.

nicht rechtmäßig deutsche Grundrechte des Einzelnen zu beschränken. Freilich würde das BVerfG damit (in begrenztem Umfang) in die Rolle eines “Wächters” des Gemeinschaftsrechts “schlüpfen”. Andererseits ist zu bedenken, dass das BVerfG schon seit langem eine auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde für zulässig erachtet, mit der geltend gemacht wird, eine deutsche Norm stünde mit einer individualschützenden allgemeinen Regel des Völkerrechts i.S. von Art. 25 GG nicht in Einklang und werde von jener daher verdrängt<sup>214</sup>.

## b) Andere Formen der Sanktionierung einer Nichtvorlage an den EuGH

Soweit das Recht auf den “gesetzlichen Richter” in anderen europäischen Staaten unbekannt ist<sup>215</sup>, vermag unter Umständen der EGMR einzuspringen. Nach seiner Rechtsprechung kann die willkürliche Ablehnung eines Antrags auf Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EG das Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verletzen<sup>216</sup>. Verstoßen ferner nationale Gerichte gegen Gemeinschaftsrecht bei gleichzeitiger Ablehnung einer Vorabentscheidung nach Art. 234 EG, kann außerdem eine Prüfung durch den EGMR am Maßstab “materieller” EMRK-Rechte in Betracht kommen. So sah der EGMR im Fall *Dangeville*<sup>217</sup> einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls darin, dass der französische Conseil d’Etat die Klage der S.A. Dangeville aus einem Anspruch auf Rückzahlung zu viel gezahlter Umsatzsteuer abwies, und zwar unter Verletzung der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der unmittelbaren Anwendbarkeit von EG-Richtlinien und der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung im Fall unterlassener Richtlinienumsetzung<sup>218</sup>.

Außerdem kann die Missachtung der Vorlagepflicht durch ein nationales Gericht die vom EuGH<sup>219</sup> entwickelte gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung (mit-) auslösen. Insoweit fasst der EuGH die Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EG bisher aber nur als einen derjenigen Gesichtspunkte auf, welche für die Beurteilung der Frage relevant sind, ob “offenkundig” gegen geltendes Gemeinschaftsrecht verstoßen wurde und deshalb das Haftungstatbestandsmerkmal eines “hinreichend qualifizierten” Rechtsverstoßes erfüllt ist<sup>220</sup>. Weitergehend wird in der Literatur die Verletzung der Vorlagepflicht selbst als der die gemeinschafts-

<sup>214</sup> BVerfGE 31, 145 (177); 66, 39 (64).

<sup>215</sup> Siehe hierzu A. E s e r, Der “gesetzliche Richter” und seine Bestimmung für den Einzelfall, in: Festschrift für Hanns Karl Salger, 1995, 247 ff. (258 ff.).

<sup>216</sup> EGMR (Kammer der Ersten Sektion), Beschluss v. 13.6.2002, *Bakker v. Austria*, Appl. 43454/98, Rn. 2.

<sup>217</sup> EGMR (Kammer der Zweiten Sektion), *S.A. Dangeville v. France*, Appl. No. 36677/97, Rn. 44 ff.

<sup>218</sup> Siehe hierzu auch B r e u e r (Anm. 211), 439.

<sup>219</sup> Beginnend mit EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rn. 31 ff. – *Francovich*.

<sup>220</sup> EuGH, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rn 51-55 – *Köbler*.

rechtliche Staatshaftung begründende Gemeinschaftsrechtsverstoß aufgefasst<sup>221</sup>. Schließlich bildet die Nichtvorlage eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts eine der tatbestandlichen Voraussetzungen, unter denen eine nationale Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung überprüfen muss, nachdem sie von jenem Gericht infolge unrichtiger Auslegung des Gemeinschaftsrechts zunächst bestätigt und daher bestandskräftig geworden war<sup>222</sup>.

Überdies kann ein deutsches Gericht gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verstoßen, wenn es vorläufigen Rechtsschutz – und damit (entsprechend den Grundsätzen der *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*-Entscheidung<sup>223</sup>) zugleich eine Vorlage an den EuGH – mit der Begründung verweigert, erhebliche Zweifel an der Gültigkeit eines EG-Rechtsaktes bestünden nicht, obwohl sich aus dem Vortrag des Antragstellers ergibt, dass nationale Gerichte anderer Mitgliedstaaten solche Zweifel für durchgreifend gehalten und Eilrechtsschutz gewährt haben. Dabei betont das BVerfG, dass “[g]erade wenn es um die Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht geht, ... die dazu vertretene Auffassung von Gerichten anderer Mitgliedstaaten der Gemeinschaft auch für die Gerichte der Bundesrepublik Deutschland bedeutsam [ist]”<sup>224</sup>.

### c) Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Berücksichtigung von EGMR-Entscheidungen

Nach der *Görgülü*-Rechtsprechung des BVerfG schließlich vermag eine Verfassungsbeschwerde auf die Missachtung oder sonst unzureichende Berücksichtigung von Entscheidungen des EGMR gestützt zu werden. Denn darin könne eine Verletzung des seinem Schutzbereich nach einschlägigen Grundrechts in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip liegen<sup>225</sup>. Diese neue, innovative Dimension der Verfassungsbeschwerde<sup>226</sup> lässt sich gleichfalls als Ausdruck des Komplementari-

<sup>221</sup> Siehe nur, mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenansicht, C. Gaitanides, in: H. von der Groeben/J. Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Kommentar, Bd. 4, 6. Aufl., Art. 234, Rn. 72; a.A. etwa B. Wegener, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte?, EuR 2002, 785 ff. (789 ff.).

<sup>222</sup> EuGH, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837, Rn. 26-28 – *Kühne & Heitz*.

<sup>223</sup> EuGH, Rs. 465/93, Slg. 1995, I-3761, Rn. 51.

<sup>224</sup> BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NVwZ 2004, 1346 f. (1347) (Hervorhebung im Original).

<sup>225</sup> BVerfGE 111, 307 (323 f., 329 f.).

<sup>226</sup> J. Bergmann, Diener dreier Herren? – Der Instanzrichter zwischen BVerfG, EuGH und EGMR, EuR 2006, 101 ff. (110); Cremer (Anm. 109), 698; Meyer-Ladewig/Petzold (Anm. 123), 19 f.; Papier (Anm. 145), 122; Schaffarzik (Anm. 130), 862. Siehe zur früheren Diskussion, ob mit einer auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerde die Verletzung von EMRK-Rechten gerügt werden kann: ablehnend W. Hoffmann-Riem, Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 2002, 473 ff. (475); befürwortend J. A. Frowein, Die Europäisierung des Verfassungsrechts, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 209 ff. (218 f.); ders. (Anm. 134), 1770 f.; Limbach (Anm. 143), 418; R. Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, 102 ff.

tätsprinzips verstehen. Das BVerfG ergänzt und verstärkt so den vom EGMR in einem konkreten Fall gewährten Grundrechtsschutz<sup>227</sup>.

## 5. Prinzip der “Idealkonkurrenz”

Die einzelnen Grundrechtsregime des europäischen Grundrechtsraums können gleichsam in “Idealkonkurrenz” zueinander treten, d.h. im Einzelfall nebeneinander zur grundrechtlichen Kontrolle von Hoheitsgewalt berufen sein. Ein Anwendungsfall wäre die Ausübung nationaler Hoheitsgewalt, die einen vom EG-Recht nur abgesteckten Spielraum ausfüllt<sup>228</sup>. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG, des EGMR und des EuGH wäre dann die in Durchführung von Gemeinschaftsrecht ausgeübte deutsche Staatsgewalt sowohl durch die deutschen Grundrechte als auch durch die EMRK-Rechte und die Unionsgrundrechte gebunden.

Speziell für den Gesetzgeber hat das BVerfG etwa ausdrücklich angenommen, dass er, “[w]enn [er] Spielraum bei der Umsetzung von sekundärem Gemeinschaftsrecht hat, ... an die Vorgaben des Grundgesetzes gebunden [ist] und ... insoweit in vollem Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung [unterliegt]”<sup>229</sup>. Im Fall *Cantoni* hat der EGMR betont, dass nationale Vorschriften dem Anwendungsbereich konkret des Bestimmtheitsgebots aus Art. 7 Abs. 1 EMRK auch dann nicht entzogen sind, wenn sie sich nahezu wortgleich mit Bestimmungen einer EG-Richtlinie decken<sup>230</sup>. Dieses Urteil reiht der EGMR jetzt in die Gruppe derjenigen Fälle ein, in welchen der Gerichtshof die Wahrnehmung eines den EU-Mitgliedstaaten vom EG-Recht belassenen Spielraums zu beurteilen hatte<sup>231</sup>. Der EuGH schließlich sieht die EU-Mitgliedstaaten “im Anwendungsbereich

<sup>227</sup> Siehe auch BVerfGE 64, 135 (157), wonach eine verfassungsbeschwerdefähige Verletzung des “Willkürverbots des Grundgesetzes” bei der Auslegung der EMRK durch nationale Gerichte möglich erscheint. Davon könnte z.B. dann ausgegangen werden, wenn die Auslegung eine gefestigte Interpretation der jeweiligen EMRK-Bestimmung durch den EGMR offenkundig außer Acht lässt (zur Pflicht der Gerichte, eine “gefestigte Auslegungspraxis” des EGMR “vorrangig zu beachten”, BVerwGE 110, 203 [210 ff.]).

<sup>228</sup> Ähnlich verhält es sich im deutschen Bundesstaat. Bei der Anwendung von Bundesrecht müssen die Länder, jedenfalls soweit das Bundesrecht einen Spielraum lässt, sowohl die Landes- als auch die Bundesgrundrechte beachten. Nach Auffassung des BVerfG können die Landesverfassungsgerichte die Einhaltung der Landesgrundrechte zumindest beim Vollzug des Verfahrensrechts des Bundes prüfen, wenn die maßgeblichen Bundes- und Landesgrundrechte inhaltsgleich sind und die grundrechtliche Beschwer des Einzelnen auf der Entscheidung des Gerichts eines Landes beruht (BVerfGE 96, 345 [363]).

<sup>229</sup> BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2001, 1267 ff. (1268). Ob dieser Ansatz auch der Tabaketikettierungsentscheidung (BVerfGE 95, 173) zugrunde liegt, erscheint fraglich (siehe dazu oben in und bei Anm. 58).

<sup>230</sup> EGMR (Große Kammer), *Cantoni v. France*, Appl. No. 17892/91, EuGRZ 1999, 193 ff., Rn. 30.

<sup>231</sup> EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, NJW 2006, 197 ff., Rn. 157 i.V.m. Rn. 117.

des Gemeinschaftsrechts<sup>232</sup> bzw. (spezieller) “bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen<sup>233</sup> an die Unionsgrundrechte gebunden.

## 6. Prinzip des Dialogs

Vor allem diese Fälle der “Idealkonkurrenz” verdeutlichen, dass die Abstimmung der Grundrechtsjudikatur im europäischen Mehrebenensystem dringlich ist. Dissonanzen infolge divergierender Grundrechtsstandards haben sich etwa im Fall *Caroline von Hannover* mit gewisser Schärfe zwischen EGMR<sup>234</sup> einerseits und BVerfG<sup>235</sup> und deutschen Zivilgerichten<sup>236</sup> andererseits zu Gehör gebracht. Ein gewisses Maß an Harmonie zu stiften vermag hier das Prinzip des Dialogs. Dieser Dialog findet seinen Niederschlag vor allem in den Entscheidungsgründen der Gerichte, soweit darin auf ausländische Grundrechtsordnungen, Grundrechtslehren und Grundrechtsjudikatur ausdrücklich Bezug genommen wird<sup>237</sup>. Als Beispiel eines gelungenen Dialogs zwischen EuGH und BVerfG wird der Fall *T. Port* aufgefasst. Ähnlich wie zuvor das BVerfG<sup>238</sup> beurteilte der EuGH<sup>239</sup> in jenem Fall – mit Blick auf die Eigentumsgarantie – die Erforderlichkeit von Härtefallregelungen, wenn ein Marktteilnehmer beim Übergang von nationaler Regulierung zu einer gemeinsamen Marktorganisation unverschuldet in existentielle Schwierigkeiten gerät<sup>240</sup>. Ausdrücklich zur Kenntnis genommen hat das BVerfG<sup>241</sup> eine vorangegangene Entscheidung des EGMR<sup>242</sup> im Fall der allein Männer belastenden Feuerwehrrabgabe in Bayern (und Baden-Württemberg). Dabei hielt das Gericht explizit die “tragenden Gründe” der EGMR-Entscheidung für “weitgehend auf die bayerischen Vorschriften übertragbar<sup>243</sup>”.

<sup>232</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 – *ERT*. Zum Verständnis dieser “Formel” siehe nochmals oben in Anm. 60.

<sup>233</sup> Vgl. EuGH, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609, Rn. 19 – *Wachauf*.

<sup>234</sup> EGMR (Kammer der Dritten Sektion), *von Hannover v. Germany*, Appl. No. 59320/00, EuGRZ 2004, 404 ff.

<sup>235</sup> BVerfGE 101, 361 – *Caroline von Monaco*.

<sup>236</sup> BGHZ 131, 332; OLG Hamburg, NJW-RR 1995, 790.

<sup>237</sup> Vgl. hierzu auch T. Giegerich, Grund- und Menschenrechte im globalen Zeitalter: Neubewertung ihrer territorialen, personalen und internationalen Dimension in Deutschland, Europa und den USA, EuGRZ 2004, 758 ff. (773 ff.).

<sup>238</sup> BVerfG, NJW 1995, 950 f. (951).

<sup>239</sup> EuGH, Rs. 68/95, Slg. 1996, I-6065, Rn. 19, 40-43 – *T. Port*.

<sup>240</sup> Siehe BVerfGE 102, 147 (166). Dazu Jaeger (Anm. 211), 195; Limbach (Anm. 143), 420.

<sup>241</sup> BVerfGE 92, 91 (107 f.).

<sup>242</sup> EGMR (Kammer), *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Appl. No. 13580/88, VBlBW 1994, 402 ff. (zur Feuerwehrrabgabe in Baden-Württemberg).

<sup>243</sup> BVerfGE 92, 91 (107 f.).

### a) Bezugnahme auf nationales Verfassungsrecht

Seine Grundrechtsrechtsprechung gründet der EuGH auch (und historisch primär<sup>244</sup>) auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der EU-Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquelle<sup>245</sup>. Hierzu gehören nicht nur das geschriebene wie ungeschriebene und das formelle wie materielle nationale Verfassungsrecht, sondern auch dessen Auslegung, Konkretisierung und Fortbildung durch die hierzu berufenen nationalen (Verfassungs-)Gerichte. Allerdings bleiben die methodischen Wege der Rechtserkenntnis des EuGH insoweit weithin im Dunkeln<sup>246</sup>.

Auch der EGMR kommt nicht umhin, der (Verfassungs-)Rechtslage in den EMRK-Vertragsstaaten (daneben aber auch in ausgewählten anderen Staaten) bei der Interpretation der EMRK (bisweilen maßgeblich) Rechnung zu tragen<sup>247</sup>. Das erweisen besonders deutlich z.B. die Urteile *Vo* und *Evans* zur Frage des Schutzes ungeborenen Lebens unter Art. 2 Abs. 1 EMRK bzw. zur Tragweite des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK im Bereich der *in vitro*-Fertilisation<sup>248</sup>. Im Fall *Vo* betont der EGMR, dass die Konventionsorgane bei der Auslegung des Rechts auf Leben in Art. 2 EMRK schon immer "die unterschiedlichen Problemlösungen auf nationaler Ebene", die divergierenden "Rechtskulturen und ... nationalen Schutzmaßstäbe" berücksichtigt hätten<sup>249</sup>. Konkret die Antwort auf die Frage, "wann das Leben beginnt", bleibt der EGMR in *Vo* freilich schuldig, indem er sich auf einen diesbezüglichen "Beurteilungsspielraum" der Staaten zurückzieht. Diese Vorgehensweise sei aber deshalb gerechtfertigt, weil "die Problemlösung ... noch nicht in der Mehrheit der Vertragsstaaten gefunden worden ist" und "keinerlei europäischer Konsens über die ... juristischen Anfänge des Lebens existiert"<sup>250</sup>.

<sup>244</sup> EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rn. 4 – *Internationale Handelsgesellschaft*; siehe im Übrigen in und bei Anm. 101.

<sup>245</sup> Zum Streit um das Verhältnis der beiden Rechtserkenntnisquellen (EMRK einerseits, gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der EU-Mitgliedstaaten andererseits) zueinander siehe im Überblick etwa Kingreen (Anm. 48), Art. 6 EU-Vertrag, Rn. 38. Siehe zu den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Grundrechtsbereich die Beiträge in: P.J. Teltinger/K. Stern (Hrsg.), *Europäische Grundrechte Charta*, 2006, 1 ff.

<sup>246</sup> Siehe hierzu und mit weiteren Nachweisen zur Kritik im Schrifttum etwa Kingreen (Anm. 48), Art. 6 EU-Vertrag, Rn. 34, 39.

<sup>247</sup> Hierzu etwa D. Thüerer, Grundrechtsschutz in Europa – Globale Perspektiven, ZSR 2005, 51 ff. (61 f.). Siehe hierzu auch Grabenwarter (Anm. 127), § 5, Rn. 11. Konkret im Fall *Caroline von Hannover* vermisst allerdings M. Scheyli, Konstitutioneller Anspruch des EGMR und Umgang mit nationalen Argumenten, EuGRZ 2004, 628 ff. (632), eine Auseinandersetzung des EGMR mit den praktischen rechtlichen Auswirkungen seiner Entscheidung auf das Verhältnis von Pressefreiheit und Schutz der Privatsphäre in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen.

<sup>248</sup> Siehe die rechtsvergleichenden Bestandsaufnahmen in EGMR (Große Kammer), *Vo. v. France*, Appl. No. 53924/00, EuGRZ, 2005, 568 ff., Rn. 35 ff., 41; EGMR (Kammer der Vierten Sektion), *Evans v. the United Kingdom*, Appl. No. 6339/05, Rn. 31 ff., 61, 68.

<sup>249</sup> EGMR (Große Kammer), *Vo. v. France*, Appl. No. 53924/00, EuGRZ, 2005, 568 ff., Rn. 82.

<sup>250</sup> EGMR (Große Kammer), *Vo. v. France*, Appl. No. 53924/00, EuGRZ, 2005, 568 ff., Rn. 82; bestätigt in EGMR (Kammer der Vierten Sektion), *Evans v. the United Kingdom*, Appl. No. 6339/05,

Vereinzelt hat schließlich auch das BVerfG schon ausländisches Verfassungsrecht bei der Auslegung des Grundgesetzes in den Blick genommen<sup>251</sup>.

## b) Bezugnahme auf die EMRK

Der EuGH zieht seine Rechtserkenntnis zu den Unionsgrundrechten ausdrücklich auch (und heutzutage vor allem) aus der EMRK, und zwar in deren Auslegung durch den EGMR<sup>252</sup>. Wenn gleichwohl vereinzelt divergierende Grundrechtstandards zwischen EGMR und EuGH festzustellen sind<sup>253</sup>, so liegt dies regelmäßig darin begründet, dass der EuGH sein *case law* noch nicht im Hinblick auf neuere EGMR-Entscheidungen "nachgeführt" hat<sup>254</sup>. Im Wege ihrer richterrechtlichen, von Art. 6 Abs. 2 EU bestätigten "Inkorporierung" in das primäre Unionsrecht erfahren die EMRK-Rechte übrigens erstaunliche "Metamorphosen": sie streifen etwaige von EU-Mitgliedstaaten erklärte, völkerrechtliche Vorbehalte gleichsam ab, nehmen mittelbar am Vorrang des Gemeinschaftsrechts teil<sup>255</sup> und sind schon vor Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs (vgl. Art. 35 Abs. 1 EMRK) im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 234 EG effektuierbar<sup>256</sup>.

Das BVerfG wiederum zieht die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR als "Auslegungshilfen" heran<sup>257</sup>. Methodisch erscheint diese Interpretation nur dann (zunächst) fragwürdig, wenn sie als Auslegung der Verfassung im Lichte nachgeordneten einfachen Gesetzesrechts, in dessen Rang die EMRK innerstaatlich gilt<sup>258</sup>, gedeutet wird<sup>259</sup>. Dogmatisch einleuchtend erscheint dagegen, Art. 1 Abs. 2 GG als "Einfallstor" für die "Ausstrahlungswirkung" der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR auf die Auslegung des Grundgesetzes zu begreifen<sup>260</sup>.

---

Rn. 46. Kritisch zur Entscheidung *Vo*, die grundsätzliche Geltung des Lebensrechts aus Art. 2 Abs. 1 EMRK auch für den *nasciturus* befürwortend T. Groh/N. Lange-Bertalot, Der Schutz des Lebens Ungeborener nach der EMRK, NJW 2005, 713 ff. (715 f.); C. Lux-Wesener, Die Frage nach dem Beginn des Lebens: EGMR umgeht eine Antwort, EuGRZ 2005, 558 ff. (559 ff.).

<sup>251</sup> Näher und weiterführend hierzu Sachs (Anm. 6), Einführung, Rn. 44.

<sup>252</sup> Dazu schon oben in und bei Anm. 102.

<sup>253</sup> Hierzu etwa m.w.N. Breuer (Anm. 161), 232.

<sup>254</sup> So auch S. Alber/U. Widmaier, Mögliche Konfliktbereiche und Divergenzen im europäischen Grundrechtsschutz, EuGRZ 2006, 113 ff. (118); Skouris (Anm. 102), 33.

<sup>255</sup> Dazu schon oben II.1.g) aa).

<sup>256</sup> So bereits Scheuing (Anm. 59), 180.

<sup>257</sup> BVerfGE 74, 358 (370); st.Rspr.

<sup>258</sup> Oben in und bei Anm. 135.

<sup>259</sup> Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG auch schon die dem Grundgesetz hierarchisch untergeordneten Landesgrundrechte bei der Auslegung der Bundesgrundrechte herangezogen hat (vgl. BVerfGE 2, 237 [262]).

<sup>260</sup> Oben in und bei Anm. 136.

### c) EMRK als “Referenzzentrum” für gemeineuropäischen Grundrechtsstandard

Die Rechtsprechung des EuGH wie des BVerfG verdeutlicht, dass das EMRK-Regime gleichsam das “Referenzzentrum” für einen gemeineuropäischen Grundrechtsstandard bildet. Die Gravitationskraft des EMRK-Regimes hat das deutsche Grundrechtsregime wie das Grundrechtsregime der Europäischen Union gleich wie Trabanten eingefangen<sup>261</sup>. Ihr ist insbesondere auch die EU-Grundrechtecharta erlegen. Der Gleichlauf der Unionsgrundrechte mit der EMRK ist in der EU-Grundrechtecharta explizit festgeschrieben worden (Art. 52 Abs. 3 Satz 1 EUGrCh; Art. II-112 Abs. 3 Satz 1 EV). Eine besondere Dynamik erhält dieses “planetarische” System noch dadurch, dass der EGMR die EMRK als “lebendiges Instrument” deutet, das “im Lichte der heutigen Verhältnisse” zu interpretieren sei<sup>262</sup>.

## 7. Prinzip der Günstigkeit

Dennoch dominiert die Strahlkraft der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR nicht die anderen Grundrechtsregime. Soweit nämlich deren Anwendungsbereich (wie in den Fällen der “Idealkonkurrenz”<sup>263</sup>) parallel zur EMRK eröffnet ist, greift das Prinzip der Günstigkeit (Art. 53 EMRK). Danach will die EMRK “nur” einen grundrechtlichen Mindeststandard sichern<sup>264</sup>, “besseren” Grundrechtsschutz im Rahmen anderer Grundrechtsregime dagegen nicht ausschließen. Demselben Ansatz folgt die EU-Grundrechtecharta (Art. 53 EUGrCh; Art. II-113 EV) und (wohl) auch das gegenwärtige Regime der Unionsgrundrechte<sup>265</sup>. Dem Günstigkeitsprinzip korrespondierend betont übrigens das BVerfG, dass die Heranziehung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR als “Aus-

<sup>261</sup> Hierzu Herdegen (Anm. 94), unter IV., VII.: “weiche Hierarchisierung” zugunsten der EMRK; siehe etwa auch R.A. Lorz, *The Emergence of European Constitutional Law*, in: E. Riedel/R. Wolfrum (Hrsg.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, 2006, 37 ff. (56 f.).

<sup>262</sup> EGMR (Kammer), *Tyrer v. the United Kingdom*, Appl. No. 5856/72, EuGRZ 1979, 162 ff., Rn. 31; st.Rspr.

<sup>263</sup> Oben II.5.

<sup>264</sup> Siehe nur Grabenwarter (Anm. 127), § 2, Rn. 14.

<sup>265</sup> Eine Günstigkeitsklausel stellt in gewisser Hinsicht auch Art. 142 GG dar (ebenso etwa Grabenwarter [Anm. 127], § 2, Rn. 14). Weitergehenden Grundrechtsschutz auf Landesebene will das Grundgesetz danach nämlich nicht prinzipiell ausschließen. Bieten die Landesgrundrechte umgekehrt weniger Schutz als die grundgesetzlichen Grundrechte, so haben sie auch im Hinblick auf Art. 142 GG Bestand, soweit es nicht gerade der Sinn der landesgrundrechtlichen Gewährleistungen ist, “besseren” Schutz durch Bundesgrundrechte auszuschließen (BVerfGE 96, 345 [365]). Allerdings findet das in Art. 142 GG enthaltene Günstigkeitsprinzip seine Grenzen in Art. 31 GG. Steht einfaches Bundesrecht zwar nicht mit Bundesgrundrechten, wohl aber mit (z.B. wegen weiter gefasster Schutzbereiche) günstigeren Landesgrundrechten in Widerspruch, dann setzt sich das Bundesrecht gemäß Art. 31 GG durch.

legungshilfen" innerstaatlich "nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz" führen darf<sup>266</sup>.

Bei Grundrechtskollisionen vermag die "Günstigkeitsklausel" allerdings aus sich heraus keine Lösung zu bieten. Dies zeigt exemplarisch der Fall *Caroline von Hannover*, in welchem vor dem Hintergrund des Grundgesetzes die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) mit dem Recht am eigenen Bild (Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) und unter der EMRK die Meinungsfreiheit (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 und 2 EMRK) mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK) in Konflikt geraten waren. Im Vergleich der Urteile von BVerfG und EGMR zeigt sich<sup>267</sup>, dass auf nationaler Ebene der deutsche Presseschutz, auf EMRK-Ebene der europäische Schutz der Privatsphäre günstiger war. Aus der Sicht des Art. 53 EMRK müsste sich auf nationaler Ebene der günstigere deutsche Schutz der Pressefreiheit und auf EMRK-Ebene – weil der von der EMRK dem Sinn des Art. 53 EMRK nach zu gewährleistende Grundrechts-Mindeststandard nicht unterschritten werden darf – der günstigere europäische Schutz der Privatsphäre durchsetzen<sup>268</sup>. Mithin erzeugt Art. 53 EMRK einander widersprechende Rechtsfolgen im Fall einer Grundrechtskollision. Eine pragmatische Lösung könnte darin bestehen, dass der EGMR künftig Zurückhaltung gegenüber nationalen Gerichtsentscheidungen über grundrechtliche Kollisionslagen übt, indem er von nationalen Gerichten beurteilte Grundrechtskollisionen lediglich auf Willkürfreiheit überprüft<sup>269</sup>.

Eindeutig ließe sich das Problem nur mit dem Vorrangprinzip lösen, also z.B. im Verhältnis zwischen Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten<sup>270</sup>. Hätte die EMRK Vorrang vor dem nationalen Recht, müsste sich die vom EGMR gefundene verhältnismäßige Zuordnung der kollidierenden EMRK-Rechte gegen die vom BVerfG für stimmig gehaltene "praktische Konkordanz" zwischen den einander widerstreitenden deutschen Grundrechten durchsetzen. Denn die günstigere deutsche Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) dürfte wegen des Vorrangprinzips gleichwohl nicht das günstigere europäische Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 Abs. 1 EMRK) beschränken. Da das Vorrangprinzip im Verhältnis zwischen EMRK und deutschem Recht aber nicht gilt<sup>271</sup>, die Entscheidungen des EGMR insbesondere auch keine (echte) "Durchgriffswirkung" in der deutschen

<sup>266</sup> BVerfGE 74, 358 (370).

<sup>267</sup> Instruktiv hierzu C. Starck, Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen, JZ 2006, 76 ff. (77 f.).

<sup>268</sup> Vgl. Grabenwarter (Anm. 1), 298, 341; siehe auch Papier (Anm. 127), 3.

<sup>269</sup> In diesem Sinne bereits L. Michael, Mittelbare Drittwirkung spezifisch europäischen Verfassungsrechts am Beispiel des Schutzes der Privatsphäre vor der Presse, AfP 2006 (im Erscheinen), unter 3. Teil, III; Papier (Anm. 127), 3. Siehe hierzu auch unten II.9.

<sup>270</sup> Analog zum Verhältnis von Bundes- zu Landesgrundrechten Huber (Anm. 47), Art. 142, Rn. 9. – Dazu, dass der Vorrang des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts durch die Günstigkeitsklausel in der EuGrCh (Art. 53 EuGrCh; Art. II-113 EV) nicht berührt wird M. Borsowsky, in: Meyer (Anm. 5), Art. 53, Rn. 10.

<sup>271</sup> Oben II.1.g) aa).

Rechtsordnung entfalten<sup>272</sup>, kann dem EGMR in Fällen der Grundrechtskollision nicht ohne weiteres das "letzte Wort" zugesprochen werden.

Freilich verhielte sich Deutschland konventionswidrig, wenn seine Behörden und Gerichte den vom EGMR festgestellten Verstoß gegen die EMRK im konkret entschiedenen Fall nicht beendeten bzw. die (Wieder-)Herstellung eines konventionsgemäßen Zustands verweigerten<sup>273</sup>. Eingeschränkt ist diese (auch innerstaatlich gültige) Pflicht allerdings durch die gleichzeitige, fortbestehende Bindung der Behörden und Gerichte an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Nationale Rechtsvorschriften können mithin der Rüge, Beseitigung oder Wiedergutmachung des in der Vergangenheit begangenen Rechtsverstoßes, welcher in der vom EGMR festgestellten Konventionsverletzung liegt, z.B. aus Gründen der Rechtssicherheit oder des Rechtsfriedens im jeweiligen Einzelfall unüberwindliche Grenzen setzen. Derartige Hürden sind aber durch ihre völkerrechtsfreundliche Interpretation möglichst weitgehend, freilich in den Grenzen methodisch vertretbarer Auslegung, abzusenken<sup>274</sup>. Von deutschen Gerichten "durch eine differenzierte Kasuistik geformte nationale Teilrechtssysteme" können dagegen nicht als prinzipieller materiell-rechtlicher Hinderungsgrund für die vollständige Befolgung einer bestimmten EGMR-Entscheidung angeführt werden<sup>275</sup>. Die Verurteilung Deutschlands durch den EGMR ist ein überragend wichtiger Grund dafür, ein von der Rechtsprechung ("richterrechtlich") entwickeltes "in seinen Rechtsfolgen ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts ..., das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will"<sup>276</sup>, judikativ neu auszurichten und auszutariieren (sofern das Verfahrensrecht eine erneute Befassung mit dem vom EGMR entschiedenen Fall erlaubt<sup>277</sup>). Dass sich die Grundrechtskollision nicht prozessual in einem kontradiktorischen Verfahren zwischen den betroffenen Grundrechtsträgern abgebildet hat, ist vor dem EGMR (im Individualbeschwerdeverfahren) nicht anders als vor dem BVerfG (im Verfassungsbeschwerdeverfahren)<sup>278</sup>. Richtig ist nur, dass die vorangegangene EGMR-Entscheidung in einem zulässigerweise erneut durchgeführten Verfahren vor nationalen Gerichten nicht "eins-zu-eins" in die Nejustierung mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse hineinprojiziert werden muss, weil und soweit sich z.B. die tatsächlichen Umstände geändert haben oder die Wertungen des EGMR z.B. deshalb nicht abschließend sein könnten, weil sie sich nur auf die grundsätzliche Verkennung von Bedeutung und Tragweite einer der kollidierenden Grundrechte bezogen haben.

Außerdem würde ein neuerlicher Konventionsverstoß in anderen, parallel gelagerten Fällen drohen, sollten die zur Entscheidung berufenen Behörden und Ge-

---

<sup>272</sup> Oben II.1.g) bb).

<sup>273</sup> BVerfGE 111, 307 (321) – *Görgülü*.

<sup>274</sup> Siehe zum Ganzen bereits oben in und bei Anm. 119 bis 126.

<sup>275</sup> Siehe aber BVerfGE 111, 307 (327) – *Görgülü*.

<sup>276</sup> BVerfGE 111, 307 (327) – *Görgülü*.

<sup>277</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307 (326 f.) – *Görgülü*.

<sup>278</sup> Siehe aber BVerfGE 111, 307 (324 f., 328) – *Görgülü*; *Papier* (Anm. 127), 3.

richte nicht im Lichte der EGMR-Entscheidung handeln. Zwar löst eine EGMR-Entscheidung die deutschen Behörden und Gerichte nicht von deren Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), insbesondere also auch nicht von der Bindung an § 31 Abs. 1 BVerfGG. Danach sind (auch) die Fachgerichte an Tenor und tragende Gründe verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gebunden<sup>279</sup>. Dies könnte die Implementierung z.B. der im *Caroline*-Urteil des EGMR aufgestellten Grundsätze zur Bewältigung einer Kollision zwischen den EMRK-Rechten der Meinungsfreiheit und des Rechts auf Privat- und Familienleben in das deutsche Recht mit Blick auf das konkurrierende BVerfG-Urteil in weiteren Fällen – möglicherweise entscheidend – behindern. Über ihre auf die *res indicata* beschränkte Rechtskraftwirkung hinaus bilden die Entscheidungen des EGMR aber “Auslegungshilfen”<sup>280</sup>, die z.B. für die Herstellung “praktischer Konkordanz” in Fällen kollidierender Grundrechte fruchtbar zu machen sind. Diese “Auslegungshilfen” sind so weitgehend heranzuziehen, dass eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands nach Möglichkeit verhindert oder beseitigt wird<sup>281</sup>. Dies kann auch eine grundlegende Umformung “richterrechtlich” entwickelter, kasuistisch differenzierter “Teilrechtssysteme”<sup>282</sup> erfordern. In diesem Lichte und aus Gründen der Völkerrechtsfreundlichkeit muss die Bindungswirkung der Fachgerichte aus § 31 Abs. 1 BVerfGG interpretatorisch insoweit als gelockert angesehen werden, als es für die Heranziehung der Rechtsprechung des EGMR als “Auslegungshilfe” notwendig ist<sup>283</sup>.

## 8. Prinzip der Subsidiarität

Der Grundrechtsschutz durch den EGMR ist prozessual subsidiär zum Grundrechtsschutz durch die nationalen Fach- und Verfassungsgerichte. Denn die Indi-

<sup>279</sup> Zu diesem Umfang der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen BVerfGE 1, 14 (37); bisher st.Rspr. Der jüngst ergangene Beschluss zum sog. “Halbteilungsgrundsatz” nährt allerdings Zweifel, ob das Gericht an dieser Rechtsprechung festhalten will. Nach dieser Entscheidung “kann dahinstehen, ob die Bindungswirkung allein den in der Entscheidungsformel ausgedrückten konkreten Streitgegenstand ... oder auch die tragenden Gründe der Entscheidung umfasst” (BVerfG, NJW 2006, 1191 ff. (1192)).

<sup>280</sup> Dazu oben in und bei Anm. 137. Zur “Argumentationslast” eines Instanzgerichts bei Abweichungen von der EGMR-Rechtsprechung BVerwGE 110, 203 (212); ebenso Jaeger (Anm. 211), 194.

<sup>281</sup> BVerfGE 58, 1 (34) – *Eurocontrol*; ausdrücklich für eine “normative Leitfunktion” der EGMR-Rechtsprechung “über den entschiedenen Einzelfall hinaus” sowie zu einer “Pflicht zur vorrangigen Beachtung einer gefestigten Auslegungspraxis” des EGMR BVerwGE 110, 203 (210 f.).

<sup>282</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307 (327) – *Görgülü*.

<sup>283</sup> In diesem Sinne auch KG Berlin, GRUR 2005, 79 ff. (80); Cremer (Anm. 109), 697 f.; vgl. ferner KG Berlin, EuGRZ 2005, 276 ff. (277). Im Ergebnis wie hier Starck (Anm. 267), 80; ähnlich Bergmann (Anm. 226), 110; siehe zur Problematik auch Frowein (Anm. 109), 286 f.; Herdogen (Anm. 94), unter V.; R. Mann, Die Auswirkungen der Caroline-Entscheidung des EGMR auf die forensische Praxis, NJW 2004, 3220 ff. (3220 f.); Michael (Anm. 269), unter 3. Teil, III. (der auch unter 2. Teil, I., die Implementierung der *Caroline*-Judikatur des EGMR durch deutsche Gerichte m.w.N. eingehend darstellt); Schaffarzik (Anm. 130), 867.

vidualbeschwerde zum EGMR setzt nach Art. 35 Abs. 1 EMRK die innerstaatliche Rechtswegerschöpfung voraus. Zu den dabei zu ergreifenden, innerstaatlichen Rechtsbehelfen wird allgemein auch die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG gezählt<sup>284</sup>. Soweit der EuGH in den innerstaatlichen Rechtsweg durch das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG gleichsam "integriert" wird, ist der Grundrechtsschutz durch den EGMR auch zum Unionsgrundrechtsschutz durch den EuGH subsidiär<sup>285</sup>.

Über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG wird auch der nationale Grundrechtsschutz vor dem BVerfG subsidiär zum Unionsgrundrechtsschutz durch den EuGH<sup>286</sup>. Denn die Vorlage an den EuGH im Rahmen eines Rechtsstreits vor deutschen Gerichten gewährleistet, dass vor der Anrufung des BVerfG (im Wege der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG oder der Urteilsverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG) der EuGH in die unionsgrundrechtliche Kontrolle von EG-Sekundärrecht sowie – indirekt – von nationalen (Umsetzungs-)Rechtsakten eingeschaltet wird<sup>287</sup>. Stellt der EuGH die Ungültigkeit eines Sekundärrechtsakts der EG fest, ist das BVerfG nicht (mehr) durch das Vorrangprinzip gehindert, etwaige deutsche (Umsetzungs-)Rechtsakte in vollem Umfang am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu prüfen<sup>288</sup>. Im umgekehrten Fall kann die vom EuGH bestätigte Gültigkeit des EG-Sekundärrechtsakts zum Ausschluss grundrechtlicher Kontrolle deutscher (Umsetzungs-)Rechtsakte führen, sofern jene zwingend vom EG-Sekundärrecht vorgezeichnet sind<sup>289</sup>. Folgt für das deutsche Fachgericht aus der Antwort des EuGH auf seine Vorlagefrage hin die Unvereinbarkeit eines deutschen Rechtsakts mit Unionsgrundrechten (oder sonstigem, ggf. unionsgrundrechtskonform ausgelegtem Gemeinschaftsrecht), so muss der deutsche Rechtsakt nach dem Vorrangprinzip bereits im Verfahren vor dem deutschen Fachgericht unangewendet bleiben<sup>290</sup>. Die verfassungsgerichtliche Überprüfung des deutschen Rechtsakts wird dadurch entbehrlich. Bleibt nämlich der deutsche Rechtsakt im Einzelfall unangewendet, vermag er insoweit weder zu

<sup>284</sup> Siehe nur J. Meyer-Ladewig, EMRK, 2003, Artikel 35, Rn. 12. Speziell zum Problem, ob der Rechtsweg auch dann i.S.d. Art. 35 Abs. 1 EMRK erschöpft ist, wenn die Verfassungsbeschwerde eindeutig unzulässig oder sonst (etwa wegen ihres Bagatelcharakters) nicht annahmefähig war (Fall *Schmelzer*), Jaeger (Anm. 211), 200, 203; Papier (Anm. 145), 125 f. – In Deutschland gehören im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG Rechtsbehelfe zu den Landesverfassungsgerichten nicht zum Rechtsweg i.S.d. § 90 BVerfGG (BVerfGE 32, 157 [162]).

<sup>285</sup> Vgl. EGMR (Kammer der Vierten Sektion), Beschluss v. 13.9.2001, *Bosphorus v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, I.B.2. (zur Beschwerdefrist nach Art. 35 Abs. 1 EMRK, die nicht schon mit der Vorabentscheidung des EuGH, sondern erst mit der daraufhin ergangenen, den Rechtsweg abschließenden Entscheidung des nationalen Gerichts zu laufen beginnt).

<sup>286</sup> Siehe auch schon Hoffmann-Riem (Anm. 226), 477.

<sup>287</sup> Zur Bindung (auch) des BVerfG an Vorabentscheidungen des EuGH bereits oben in und bei Anm. 76.

<sup>288</sup> Vgl. oben II.1.c).

<sup>289</sup> Oben II.1.c).

<sup>290</sup> Vgl. oben II.1.a), b).

beschweren noch entscheidungserheblich zu sein. Damit sind eine Verfassungsbeschwerde und eine konkrete Normenkontrolle gleichermaßen unzulässig<sup>291</sup>.

Diese Überlegungen sprechen dafür, eine Verfassungsbeschwerde nach dem vom BVerfG entwickelten Grundsatz der Subsidiarität insoweit und solange für unzulässig zu halten, als nicht vor den Fachgerichten die Aussetzung des fachgerichtlichen Verfahrens beantragt worden ist, um eine Unionsgrundrechtskontrolle durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidung vornehmen zu lassen<sup>292</sup>. Die Vorlagefrage des Fachgerichts kann sich dabei z.B. auf die Gültigkeit von EG-Sekundärrecht im Sinne seiner Vereinbarkeit mit Unionsgrundrechten oder auf die Auslegung von Unionsgrundrechten oder auf die unionsgrundrechtskonforme Auslegung von Sekundärrecht der EG richten. Hat sich das Fachgericht einer Vorlage an den EuGH verweigert, kann hierin eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG liegen<sup>293</sup>. Allein wegen der Verletzung in diesem grundrechtsgleichen Recht könnte der Verfassungsbeschwerde dann stattgegeben werden, ohne dass das BVerfG weitere Grundrechtsverstöße prüfen müsste<sup>294</sup>. Außerdem erscheint eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG als nicht hinreichend begründet, wenn eine Vorabentscheidung des EuGH, welche die Entscheidungserheblichkeit des für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes beseitigen könnte, nicht eingeholt worden ist<sup>295</sup>. Zuzugeben ist, dass sich damit das BVerfG auf Kosten des EuGH (zunächst einmal) entlastet<sup>296</sup>.

## 9. Prinzip des *judicial self-restraint*

Im Sinne des Prinzips richterlicher Selbstbeschränkung achtet der EGMR Einschätzungsspielräume der EMRK-Vertragsstaaten. Anerkennung haben solche "*margins of appreciation*" allerdings bisher im Wesentlichen im Rahmen der Ver-

<sup>291</sup> Vgl. BVerfGE 110, 141 (155).

<sup>292</sup> A.A. BVerfGE 110, 141 (156). Dort hält das Gericht im Anschluss an BVerfGE 106, 275 (295 f.) umgekehrt eine Vorabklärung der Vereinbarkeit einer deutschen Norm mit dem Grundgesetz für geboten, weil sonst "der Europäische Gerichtshof im Ungewissen darüber [wäre], ob die Vorabentscheidung eine nach innerstaatlichen Maßstäben gültige und deshalb entscheidungserhebliche Norm betrifft". Darin liegt zugleich ein gewisser Selbstbehauptungswille des BVerfG gegenüber dem EuGH wie eine Entlastung des EuGH durch das BVerfG (vgl. Jaeger [Anm. 211], 196). Allerdings blendet das BVerfG dabei die großzügige Rechtsprechung des EuGH zur Entscheidungserheblichkeit einer Vorlage nach Art. 234 EG (zusammenfassend etwa EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1992, I-4673, Rn. 15-20 – *Lourenço Dias*) aus.

<sup>293</sup> Vgl. oben II.4.a).

<sup>294</sup> So auch die Vorgehensweise etwa in BVerfGE 75, 223 (245).

<sup>295</sup> Vgl. auch schon BVerfGE 85, 191 (203 f.); 106, 275 (295) zur fehlenden Entscheidungserheblichkeit eines deutschen Gesetzes, wenn dessen Unanwendbarkeit wegen des Anwendungsvorrangs kollidierenden EG-Rechts "feststeht"; bekräftigend Broß (Anm. 142), 15.

<sup>296</sup> Andererseits verliert das BVerfG möglicherweise aber auch an Einfluss auf den Dialog mit dem EuGH (dazu oben in und bei Anm. 238 bis 240 sowie Jaeger [Anm. 211], 196).

hältnismäßigkeitsprüfung gefunden<sup>297</sup>. Diese Form des *judicial self-restraint* könnte speziell auch auf Fälle der Grundrechtskollision (wie im Fall *Caroline von Hannover*) ausgedehnt werden, in welchen die Günstigkeitsklausel keine Lösung zu bieten vermag<sup>298</sup>. Den pragmatischen Ausweg bietet die richterliche Selbstbeschränkung des EGMR etwa auf eine Vertretbarkeitsprüfung der vom nationalen (Verfassungs-)Gericht vorgenommenen Austarierung der kollidierenden Grundrechte<sup>299</sup>. In der Tat bildet die Figur des “*marge d’appréciation*” auch einen “Kunstgriff”<sup>300</sup> des EGMR, um die rechte Balance zwischen der Sicherung eines gemeineuropäischen (“uniformen”) menschenrechtlichen Mindeststandards einerseits und andererseits der tradierten Vielfalt nationaler (insbesondere politischer und Verfassungs-)Identitäten jeweils finden und wahren zu können.

### III. Fazit: der europäische Grundrechtsraum als System von “*checks and balances*”

Die hier herausgestellten architektonischen Prinzipien zeigen, dass der europäische Grundrechtsraum nicht etwa ein “Bermudadreieck”<sup>301</sup> aus nationalen, supranationalen und internationalen Grundrechtsregimes aufspannt. Vielmehr lässt sich die Statik des europäischen Grundrechtsraums bereits recht verlässlich vermessen und als belastbar bewerten.

Insbesondere erscheint der europäische Grundrechtsraum unter den verschiedenen Blickwinkeln der hier vorgestellten emergenten architektonischen Prinzipien als ein funktionierendes System quasi von “*checks and balances*” zwischen den zum Grundrechtsschutz jeweils berufenen Gerichten EGMR, EuGH und BVerfG. Zugleich kommt in der Formel “*checks and balances*”<sup>302</sup> auch die prinzipielle Gleichordnung dieser Gerichte mit je eigenem Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich zum Vorschein.

<sup>297</sup> Siehe aber auch oben in und bei Anm. 250. Prinzipiell zu weitgehend erscheint der Vorschlag von Papier (Anm. 145), 126 f., diejenigen Staaten einer intensiveren gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen, wo Menschenrechte systematisch und schwerwiegend missachtet und verletzt werden, hingegen Staaten mit funktionierenden Systemen des Grundrechtsschutzes mit einem “Systemvertrauen” zu honorieren und daher gegenüber diesen Staaten eine weit zurückgenommene Kontrolle walten zu lassen (im Ergebnis durchaus ähnlich, soweit es um das Verhältnis speziell von EGMR und BVerfG geht, Jaeger [Anm. 211], 200, 203; kritische Erwiderung auf H.-J. Papier von L. Wildhaber, Bemerkungen zum Vortrag von BVerfG-Präsident Prof. Dr. H.-J. Papier auf dem Europäischen Juristentag 2005 in Genf, EuGRZ 2005, 743 f. (743); ebenso Cremer [Anm. 109], 683).

<sup>298</sup> Dazu oben in und bei Anm. 267 bis 269.

<sup>299</sup> Dazu schon oben in und bei Anm. 269; generell für die Anwendung des Grundsatzes richterlicher Zurückhaltung im Verhältnis des EGMR zum BVerfG Jaeger (Anm. 211), 200, 203.

<sup>300</sup> Thüner (Anm. 247), 62.

<sup>301</sup> Begriff von C. Lenz, Anmerkung, EuZW 1999, 311 ff. (312).

<sup>302</sup> Die im Staatsorganisationsrecht den Grundsatz der Gewaltenverschränkung begrifflich auf den Punkt bringt.

Nachhaltiger Forschungsbedarf besteht aber fort. Denn aufgegeben ist gerade der Wissenschaft vom europäischen Verfassungsrecht neben der kritischen Begleitung des Ausbaus des europäischen Grundrechtsraums durch EGMR, EuGH und nationale (Verfassungs-)Gerichte auch, eigenständig und konstruktiv an der Herausbildung eines gemeineuropäischen Grundrechtsstandards, etwa im Wege der "wertenden Rechtsvergleichung", mitzuwirken<sup>303</sup>.

Summary<sup>304</sup>

## Architectural Principles of the European Human Rights Area

1. a) The European human rights area is made up of human rights regimes at three levels: the constitutional human rights regimes at the national level, the EU/EC human rights regime at the supranational level and the Council of Europe's human rights regime at the international level.

b) The "architectural principles" of the European human rights area are gradually emerging from the case law of national courts (in particular, from a German perspective, the Federal Constitutional Court [FCC]), the ECJ and the ECtHR.

2. a) According to the "principle of supremacy" of EC law over national law (ECJ, *Costa v. E.N.E.L.* [1964]), EU/EC human rights and EC legislation of a quasi human rights nature (e.g. the EC Directives on equal treatment for men and women) take precedence over national human rights (ECJ, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970]).

b) It follows from the supremacy principle that national human rights cannot constitute a yardstick for judicial review of either EC law or national law strictly predetermined by EC law.

c) EU/EC human rights are binding on the national legislature when acting within the ambit of EC law. If a national legislative act is incompatible with EU/EC human rights, it must not be applied (e.g. ECJ, *Mangold* [2005]).

d) National courts may be required to interpret a provision of national law in the light of an EC directive (ECJ, *von Colson and Kamann* [1984]) which in turn has to be interpreted in the light of EU/EC human rights (cf. ECJ, *ORF* [2003]).

e) National human rights may prevail over EC internal market freedoms only if the human right in question is also recognised by EC law (ECJ, *Schmidberger* [2003], *Omega* [2004]).

f) In contrast, national human rights apply without restriction to national law which implements e.g. EU framework decisions (cf. FCC, *Europäischer Haftbefehl* [2005]) because, despite the EU Member States' obligation to interpret provisions of national law consis-

<sup>303</sup> Siehe dazu die Plädoyers etwa von Hoffmann-Riem (Anm. 226), 478 ff.; J. Limbach, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, 2913 ff. (2919), sowie R. Bader Ginsburg, "A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind": The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication, ASIL Proceedings, 2005, 351 ff. (= EuGRZ 2005, 341 ff.). Dass es für die Durchführung "wertender Rechtsvergleichung" auch gewisser "institutioneller" Voraussetzungen bedarf, wird bei Jaeger (Anm. 211), 194, deutlich. Ferner zu methodischen Fragen Michael (Anm. 269), unter 3. Teil, II.

<sup>304</sup> Summary by the author.

tently with EU framework decisions (ECJ, *Pupino* [2005]), the principle of supremacy does not apply to the relationship between the second and third “pillars” and national law.

g) The ECHR as interpreted by the ECtHR partakes indirectly in the supremacy principle insofar as it forms a source for EU/EC human rights (ECJ, *Rutili* [1975]).

h) In contrast, within the German legal order, the ECHR only has the status of a federal statute (FCC, *Unschuldsvermutung* [1987]). All German public authorities are bound by judgments of the ECtHR. When implementing such judgments, however, they must respect all applicable provisions of national law (FCC, *Görgülü* [2004]). Insofar as recognised principles of legal methodology allow, national law must be construed in conformity with the ECtHR’s decisions. To the extent that decisions of the ECtHR and the FCC deviate from one another (cf. e.g. ECtHR, *von Hannover* [2004]; FCC, *Caroline von Monaco* [1999]), the binding effect of FCC decisions on lower courts is eased so as to enable the lower courts to take due account of the ECtHR decision.

3. a) The “principle of ‘suspended’ judicial review” means that both the FCC and the ECtHR reserve judicial review of EC legislation or of provisions of national law implementing EC legislation respectively, but currently do not exercise this right.

b) The FCC will only resume judicial review of EC legislation and of national law strictly predetermined by EC legislation if the ECJ in general fails to guarantee a standard of human rights protection essentially comparable to the German human rights standard (e.g. FCC, *Bananenmarktordnung* [2000]).

c) The FCC should, however, earnestly consider adopting the ECtHR’s *Bosphorus*-test according to which the ECtHR will exercise judicial review of national law adopted in compliance with legal obligations arising from EC membership if in a particular case the protection of Convention rights is “manifestly deficient” (ECtHR, *Bosphorus* [2005]).

d) Judicial review of EC legislation implementing resolutions of the UN Security Council is manifestly deficient if it is restricted, as by the EC Court of First Instance in the *Yusuf* case (CFI, *Yusuf* [2005]), to whether *ius cogens* rules of international law have been observed.

4. According to the “pro-integration principle” neither the ECHR regime nor the German human rights regime stand in the way of the transfer of powers from the domestic level to a supranational organisation (e.g. the EC) as long as the protection of human rights is ensured at the supranational level in a manner “essentially comparable” to the national human rights regime (FCC, *Solange II* [1986]) or in a manner “at least equivalent” to the ECHR regime (ECtHR, *Bosphorus* [2005]).

5. a) The “principle of complementarity” tries to give expression to the necessity of comprehensive human rights protection within the European human rights area.

b) The judicial protection of human rights with respect to EC legislation and national law strictly predetermined by EC legislation having shifted from the national level to the EC level, procedural due process may require that a national court refers an alleged violation of human rights to the ECJ for a preliminary ruling (FCC, *Solange II* [1986]; ECtHR, *Bakker* [2002]).

c) If national courts violate EC law without having sought such a preliminary ruling, their decision may also infringe substantive Convention rights (ECtHR, *Dangeville* [2002]).

d) The defiance or the failure to take due account of ECourtHR judgments by German public authorities may be considered an infringement upon German human rights (FCC, *Görgülü* [2004]).

6. The human rights regimes making up the European human rights area may apply concurrently (“principle of concurring application”). If, for example, EC legislation gives national authorities a certain margin of discretion, they are bound by national as well as Convention and EU/EC human rights (e.g. FCC, *Facharzt für Allgemeinmedizin* [2001]; ECourtHR, *Cantoni* [1996]; ECJ, *Wachauf* [1989]).

7. Such concurring human rights regimes call for dialogue between the different courts involved (“principle of dialogue”). For example, both the FCC and, to an even greater extent, the ECJ refer to the ECourtHR’s jurisprudence (e.g. FCC, *Unschuldsvermutung* [1987]; ECJ, *ORF* [2003]).

8. a) Predominance of the ECHR regime within the European human rights area is avoided by the “most favourable rights principle”.

b) According to this principle the ECHR does not prejudice a more favourable level of protection under other human rights regimes.

c) The most favourable rights principle cannot, however, resolve substantive conflicts between human rights.

9. a) A pragmatic approach to the resolution of such conflicts should follow from the “principle of judicial self-restraint”.

b) According to this principle, the ECourtHR might leave a margin of appreciation to national courts when balancing conflicting human rights.

10. a) In accordance with the “principle of subsidiarity” an individual application to the ECourtHR is only admissible after the exhaustion of all domestic remedies.

b) When national courts seek a preliminary ruling by the ECJ, human rights protection by the ECourtHR is also subsidiary to the protection of human rights by the ECJ.

c) Contrary to the FCC’s jurisprudence (e.g. FCC, *Kampfhunde* [2004]), an individual application to the FCC should be considered inadmissible for reasons of subsidiarity if the complainant had failed to request the lower courts to initiate a preliminary reference procedure before the ECJ.

11. The aforementioned architectural principles show that the European human rights area can by no means be described as a “Bermuda Triangle” with the national courts, the ECJ and the ECourtHR at each corner. Rather, the European human rights area forms a reasonably well functioning system of “checks and balances” between these courts and the respective human rights regimes.