

# Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß

*Christian Walter\**

Betrachtet man die Entwicklung der EMRK seit ihrer Gründung vor knapp 50 Jahren, so lassen sich ein erheblicher Wandel und eine mit ihm einhergehende rechtliche Verdichtung kaum bestreiten: Aus der fakultativen Individualbeschwerde ist eine obligatorische geworden, aus der bloßen Möglichkeit einer Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit des EGMR eine zwingende Folge des Beitritts zur EMRK, die früher nebenamtliche Tätigkeit der Richter ist einer hauptamtlichen in einem ständig tagenden Gerichtshof gewichen und materiell ist der Katalog der EMRK im Laufe der Zeit in Zusatzprotokollen um so wichtige Grundrechte wie etwa das Eigentumsrecht ergänzt worden. Hinzu kommt ein ständig wachsender Fundus an Rechtsprechung zu Einzelfragen des Grundrechtsschutzes. Eine prozeßhafte Verdichtung des europäischen Grundrechtsstandards steht also außer Frage. Wie aber steht es mit dem zweiten Element des Titels, der Konstitutionalisierung?

Unzweifelhaft gehört der Schutz individueller Grundrechte zu den zentralen Funktionen einer modernen Verfassung. Und welcher (zumal deutsche) Jurist wollte in Abrede stellen, daß die gerichtliche Durchsetzung dieser Grundrechte durch eine mit umfassenden Zuständigkeiten ausgestattete Verfassungsgerichtsbarkeit dem Verfassungsrecht in der täglichen Rechtsanwendung in besonderer Weise Geltung verschafft? Es könnte sich also lohnen, die völkerrechtliche Natur der EMRK, die es erfordert, nach ihrer innerstaatlichen Anwendbarkeit und ihrem Rang in der innerstaatlichen Rechtsordnung zu fragen<sup>1</sup>, vorerst zurückzustellen und den von Jochen Abr. Frowein verwendeten Terminus der "common European constitutional jurisdiction", also den Gedanken einer gemeineuropäischen Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>2</sup>, aufzunehmen, um aus dieser Perspektive Rolle und

---

\* Dr. iur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht. Der Beitrag ist die überarbeitete und ergänzte Fassung eines Vortrags, der am 19.6.1999 auf dem Symposium "Grenzüberschreitende Konstitutionalisierungsprozesse" gehalten wurde. Für wertvolle Hinweise danke ich Dr. Thomas Flint und Dr. Thilo Marauhn.

<sup>1</sup> Vgl. die ausführlichen rechtsvergleichenden Berichte bei J. Polakiewicz/V. Jacob-Foltzer, *The European Human Rights Convention in Domestic Law: The Impact of Strasbourg Case-Law in States where Direct Effect is Given to the Convention*, HRLJ 1991, 65 ff. und 125 ff; A. Bleckmann, *Verfassungsrank der Europäischen Menschenrechtskonvention?*, EuGRZ 1994, 149 (150 ff.); speziell für die Schweiz, M.E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2. Aufl. Zürich 1999, 43 ff. (Rdnr. 57 ff.).

<sup>2</sup> J. A. Frowein, *The European Convention on Human Rights as the Public Order of Europe*, *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. I Book 2, 267 (278); siehe auch J.-F. Flauss, *La Cour européenne des droits de l'homme, est-elle une Cour constitutionnelle?*, RFDC 1998, 711 ff.

Funktion der Europäischen Menschenrechtskonvention im zusammenwachsenden Europa zu erörtern.

Dazu soll zunächst der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit anhand der Auswirkung der Straßburger Rechtsprechung auf das nationale Verfassungssystem nachgegangen werden (I.). Das Ergebnis dieses ersten Abschnitts, daß jedenfalls für Staaten ohne nationalen verfassungsgerichtlichen Individualrechtsschutz der international organisierte Straßburger Menschenrechtsschutz eine zentrale verfassungsgerichtliche Funktion erfüllt, macht es erforderlich, Veränderungen des Verfassungsbegriffs durch die im Zeichen der Globalisierung immer dichter werdende internationale Zusammenarbeit zu analysieren (II.), um auf dieser Basis für den Grundrechtsschutz bedeutsame Verschiebungen aufzuzeigen. Hieraus werden abschließend Konsequenzen für die Berücksichtigung der EMRK im innerstaatlichen Recht und für ihre Bedeutung in internationalen Zusammenhängen gezogen (III.).

### *I. Zur verfassungsgerichtlichen Funktion des EGMR*

Läßt sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte funktional als Verfassungsgericht begreifen? Der Gerichtshof selbst hat sich bereits 1979 mit der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit verglichen<sup>3</sup>. Eine unlängst in einem Verfahren gegen Frankreich ergangene Entscheidung erlaubt es, diese Frage anhand eines konkreten Falles etwas näher zu betrachten.

In dem Verfahren *Chassagnou und andere gegen Frankreich* hatte der Gerichtshof über eine jagdrechtliche Regelung des französischen parlamentarischen Gesetzgebers zu befinden. Durch die sog. "Loi Verdeille" vom 10. Juli 1964 wurde die Möglichkeit geschaffen, auf kommunaler Ebene Jagdvereinigungen zu gründen, welche das Jagdrecht für ihre Mitglieder ausüben dürfen. Das Besondere an dem Gesetz ist, daß es eine Zwangsmitgliedschaft für Grundstückseigentümer vorsieht, deren Land eine bestimmte Größe nicht erreicht. Auf diese Weise soll eine angemessene Jagdpflege sichergestellt werden.

Die Beschwerdeführer, die aus ethischen Gründen die Jagd ablehnen, sahen unter anderem in der Zwangsmitgliedschaft und der mit ihr einhergehenden zwangsweisen Ausübung der Jagdrechte auf ihren Grundstücken durch andere eine Verletzung ihres in Art. 1 des 1. ZP geschützten Eigentumsrechts und ihrer negativen Vereinigungsfreiheit (Art. 9 EMRK), sowie eine Diskriminierung im Sinne von Art. 14 EMRK in bezug auf die genannten Grundrechte.

Für die hier anzustellenden Überlegungen kommt es auf die Details des Falles nicht weiter an. Entscheidend ist, daß es sich bei dem Fall um ein Musterbeispiel für (verfassungs)gerichtliche Kontrolle des parlamentarischen Gesetzgebers handelt. Es geht nicht um eine Verwaltungsentscheidung oder um Prozeßgrundrechte in einem gerichtlichen Verfahren, sondern ausschließlich um verfassungsrechtliche Grenzen für den Gesetzgeber bei der Einschränkung von Grundrechten. Es steht

<sup>3</sup> Marckx, Serie A Nr. 31, Rdnr. 58.

außer Frage, daß die zwangsweise Übertragung der Jagdrechte in das Eigentumsrecht der Beschwerdeführer eingreift und der zwangsweise Zusammenschluß ihre negative Vereinigungsfreiheit berührt. Der Schwerpunkt der rechtlichen Argumentation des Gerichtshofs liegt deshalb bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit<sup>4</sup> und er gelangt in beiden Fällen zu dem Ergebnis, daß es dem französischen Gesetzgeber nicht gelungen sei, eine sachgerechte Abwägung zwischen dem von ihm verfolgten Allgemeininteresse und dem grundrechtlich geschützten Individualinteresse der Beschwerdeführer vorzunehmen. Auch die Kontrolle der gesetzlichen Regelung unter dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 14 EMRK führte zu einer intensiven Kontrolle der Entscheidung des französischen Gesetzgebers und zu der Feststellung, daß die Festlegung der Grundstücksgröße für die zwangsweise Einbeziehung unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht mit der Konvention vereinbar sei.

Für den deutschen Juristen ist eine solche umfassende gerichtliche Überprüfung von gesetzgeberischen Entscheidungen keine Besonderheit. Vor dem Hintergrund der Regelung in §78 S.1 BVerfGG akzeptieren wir ohne weiteres, daß das Bundesverfassungsgericht Gesetze sogar für nichtig erklären kann. Betrachtet man die Diskussionen im Vereinigten Königreich über die Sicherung des Grundsatzes der Parlamentssouveränität anlässlich der Inkorporation der EMRK in die britische Rechtsordnung durch den Human Rights Act von 1998<sup>5</sup> oder die umfangreichen theoretischen Auseinandersetzungen in den Vereinigten Staaten über die sog. "countermajoritarian difficulty" von Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>6</sup>, so wird allerdings schnell deutlich, daß eine gerichtliche Überprüfung von Gesetzen so selbstverständlich nicht ist.

Dies gilt auch und gerade für die französische Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>7</sup>. In der Verfassung von 1958 entschied man sich bewußt gegen eine gerichtliche Kontrolle des parlamentarischen Gesetzgebers. Die Angst vor einem "gouvernement des juges" führte dazu, daß der Verfassungsrat nur vor Inkrafttreten des Gesetzes eingeschaltet werden und keine förmliche Grundrechtsprüfung vornehmen können sollte<sup>8</sup>. Der Verfassungsrat hat sich letzteres Recht in einer mutigen Rechtsprechung beginnend mit einer Entscheidung zur Vereinigungsfreiheit aus dem Jahr 1971 erobert<sup>9</sup>, die in der französischen Literatur mit der berühmten Entscheidung *Marbury vs. Madison* des amerikanischen Supreme Court verglichen wird<sup>10</sup>. Bis heute ist ihm aber eine nach-

<sup>4</sup> §§80ff. (Art. 1 1. ZP) und §§119ff. (Art. 11 EMRK).

<sup>5</sup> Dazu R. Grote, Die Inkorporierung der Europäischen Menschenrechtskonvention in das britische Recht durch den Human Rights Act 1998, ZaöRV 58 (1998), 309 (332 ff.).

<sup>6</sup> Vgl. dazu ausführlich U. Haltorn, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus, Berlin 1998, 241 ff.

<sup>7</sup> D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 5. Aufl. Paris 1999, 27 ff.

<sup>8</sup> S. Bauer, Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich, Baden-Baden 1998, 49 ff.

<sup>9</sup> CC 71-44 DC vom 16.7.1971, Rec. 29 ff.

<sup>10</sup> D. Rousseau, Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie, Paris 1997, 72 f.

trägliche Kontrolle bereits in Kraft getretener parlamentarischer Gesetze verwehrt<sup>11</sup>.

Man muß sich diese verfassungsrechtliche Ausgangslage vor Augen halten, wenn man die Bedeutung ermesen will, die in der Entscheidung *Chassagnou* für das französische Verfassungsrecht erkennbar wird<sup>12</sup>. Die Entscheidung unterscheidet sich in Maßstab und Subsumtion nicht von der eines nationalen Verfassungsgerichts. Das Straßburger System führt so entgegen der französischen Verfassung eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers ein und verändert auf diese Weise verfassungspolitische Grundentscheidungen des Verfassungsgebers von 1958. Die EMRK ermöglicht den Straßburger Organen eine Kontrolle, welche die Verfassung den nationalen Gerichten verwehrt hat, und sie gibt damit den nationalen Gerichten zugleich einen außerhalb der Verfassung liegenden Maßstab für die Überprüfung von Gesetzen an die Hand<sup>13</sup>, der diese dazu anregt, selbst eine Überprüfung von Gesetzen anhand der EMRK vorzunehmen<sup>14</sup>. Inzwischen überprüft der Conseil d'Etat mittelbar Grundrechtsverletzungen durch den Gesetzgeber. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1998 hat er das Fehlen einer mündlichen Verhandlung in disziplinarrechtlichen Verfahren der Finanzgerichtsbarkeit als für mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar angesehen, obwohl die gesetzliche Regelung ausdrücklich bestimmte, daß keine mündliche Verhandlung stattfindet<sup>15</sup>. Die Entwicklung geht dahin, die vom Verfassungsgeber nicht vorgesehene Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch eine Prüfung ihrer "Konventionsmäßigkeit" zu ersetzen.

Im Zusammenhang mit dem Generalthema der "Grenzüberschreitenden Konstitutionalisierungsprozesse" interessiert die Aussage von der "europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit", weil sie implizit die EMRK als eine europäische Teilverfassung in bezug auf die Grundrechte qualifiziert; dieser Schluß wird durch die soeben beschriebenen Folgewirkungen für den Prüfungsumfang der nationalen Gerichte noch verstärkt. Wenn nationale Gerichte im Gewand der "Konventionsmäßigkeit" eine quasi-verfassungsgerichtliche Grundrechtsprüfung vornehmen, dann gewinnt die EMRK den Charakter einer die nationalen Verfassungen ergänzenden (nicht ersetzenden!) Teilverfassung. Etwas schwächer ist demgegenüber

<sup>11</sup> Eine Ausnahme besteht allerdings bei der Änderung eines Gesetzes. In diesem Fall nimmt der Conseil constitutionnel seit einer Rechtsprechungsänderung aus dem Jahr 1985 auch eine Prüfung nicht geänderter Teile vor, vgl. Rousseau (Anm. 7), 211 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu auch den allgemeinen Hinweis bei J.A. Frowein, Einführung Rn. 12 a E., in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar (2. Aufl. Kehl u. a. 1996).

<sup>13</sup> Siehe für entsprechende Entwicklungen im britischen Recht vor dem Human Rights Act von 1998 die Beispiele für Konventionsverletzungen unmittelbar durch Gesetz bei Grote (Anm. 5), 309 (323).

<sup>14</sup> Vgl. dazu die Überlegungen zum Thema Contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité devant le juge administratif bei J.-F. Flauss, Note de jurisprudence, RDP 1999, 919 ff. (922 ff.).

<sup>15</sup> CE, Entscheidung vom 30.10.1998, *Lorenzi*, RDP 1999, 649 mit Anm. von G. Eckert, *ibid.*, 633 ff.

die Ausgangsüberlegung, die mit einem Vergleich der Funktionen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit beim Grundrechtsschutz argumentiert. Hier liegt der Einwand nahe, daß die gerichtlichen Funktionen sich ähneln mögen, ohne daß die EMRK so etwas wie eine Verfassung wäre. Schon auf den ersten Blick spricht gegen den Verfassungscharakter, daß die EMRK keine eigene Hoheitsgewalt errichtet ("verfaßt"), sondern – gewissermaßen von außen – andere Hoheitsgewalten, nämlich primär die der Mitgliedstaaten, begrenzt. Sie scheint sich also ohne weiteres in klassischen Bahnen des Völkerrechts und des Staatsrechts zu bewegen: Souveräne Staaten entschließen sich freiwillig, im Wege eines völkerrechtlichen Vertrags ihre Handlungsmöglichkeiten einzuschränken. Das vertraglich so geschaffene Gericht kann nur auf völkerrechtlicher Ebene einen Rechtsverstoß feststellen, es besitzt nicht die Autorität eines nationalen Verfassungsgerichts, Gesetze für nichtig zu erklären.

Und doch muß man sich fragen, ob diese Unterscheidung nach der formalen rechtlichen Wirkung ausschlaggebend sein kann. Wenn es faktisch so ist, daß die Mitgliedstaaten – wenn auch manchmal zähneknirschend und unter Kündigungsdrohungen – die Entscheidungen des Gerichtshofs beachten<sup>16</sup>, befinden wir uns dann nicht in einer Situation, die der innerstaatlichen Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nicht unähnlich ist? Welche Macht der Welt hätte Präsident Nixon dazu zwingen können, die berühmten Tonbänder auszuhändigen? Dennoch war allein die aus der Herausgabeordnung des Supreme Court folgende rechtliche Pflicht und nicht ihre tatsächliche Durchsetzbarkeit ausschlaggebend.

Wenn also die völkerrechtliche Pflicht zur Umsetzung der Straßburger Entscheidungen sich nahezu immer innerstaatlich in einer konventionskonformen Reaktion des Gesetzgebers auswirkt, dann sinkt die praktische Bedeutung, die in der Unterscheidung zwischen verfassungsgerichtlicher Nichtigerklärung und Feststellung der Konventionswidrigkeit durch den EGMR bislang für die rechtliche Qualifikation der EMRK gesehen werden konnte. Um Mißverständnissen vorzubeugen: Damit ist nicht gesagt, daß der Straßburger Gerichtshof in Zukunft Gesetze für nichtig erklären könne. Das sieht die EMRK nicht vor, und es läßt sich auch nicht allein durch Interpretation erreichen. Hier geht es nur darum, klarzustellen, daß die Tatsache, daß der EGMR eine solche "Durchgriffsbefugnis" nicht besitzt, nichts daran ändert, daß seine Entscheidungen das nationale Verfassungsrecht substantiell beeinflussen. Anders gesagt: Die fehlende Durchgriffsbefugnis steht der Bewertung nicht entgegen, daß der EGMR materiell verfassungsgerichtliche Funktionen wahrnimmt. Konsequenz dieser Überlegung ist, daß die Bedeutung der Unterscheidung zwischen völkerrechtlichem

---

<sup>16</sup> Dazu die Hinweise bei G. R e s s, *Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane*, EuGRZ 1996, 350 ff. (353).

Vertrag und nationalem Verfassungsrecht in diesem Bereich hinterfragt werden muß<sup>17</sup>.

Verfassung oder völkerrechtlicher Vertrag – macht dies angesichts wachsender internationaler Bindungen noch den entscheidenden Unterschied aus? Die Antwort verlangt einen Blick auf rechtlich bedeutsame Aspekte der Globalisierung und ihre Auswirkungen auf das nationale Verfassungsrecht. In der zunehmenden Tendenz zu politischen Sachentscheidungen durch oder auf der Grundlage von völkerrechtlichen Verträgen und dem damit einhergehenden wachsenden Umfang internationaler Regelungen, die den einzelnen unmittelbar betreffen, ihm Rechte geben oder Pflichten auferlegen, könnten strukturelle Veränderungen angelegt sein, die das bisherige Verhältnis von nationalem und internationalem Recht modifizieren.

## *II. Auswirkungen der Globalisierung auf das nationale Verfassungsrecht<sup>18</sup>*

### 1. Zum herkömmlichen Verständnis der Verfassung als einem Staatsgrundgesetz

Ihrer historischen Entstehung nach bezeichnet die Verfassung ein Staatsgrundgesetz<sup>19</sup>; in dem die wesentlichen Grundentscheidungen eines Staatswesens enthalten sind. Die souveräne Staatsgewalt entsteht zunächst aus den religiösen Glaubenskriegen als unbeschränkte und damit Frieden und Sicherheit stiftende Ordnungsmacht. Sie wird in der Aufklärung ihrer religiösen Begründung entzogen, fortan säkular auf das Volk gegründet<sup>20</sup> und durch freiheitliche Grundrechtsverbürgungen begrenzt<sup>21</sup>.

Diese historische Perspektive macht auf drei zentrale Funktionen der Verfassung aufmerksam: die Legitimation staatlicher Machtausübung (Legitimationsfunktion), die Einführung von Organisations- und Verfahrensregeln für die Ausübung von Hoheitsgewalt (Organisationsfunktion) und die Begrenzung dieser Hoheitsgewalt durch die Grundrechte (Begrenzungsfunktion). Mit der Begrenzungsfunktion ist eine für den Grundrechtsschutz wichtige strukturelle Konse-

<sup>17</sup> Vgl. dazu die Bemerkungen bei J.H.H. Weiler, *The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass*, in: ders., *The Constitution of Europe*, Cambridge U.K., 1999, 286 ff. (292).

<sup>18</sup> Der folgende Abschnitt beruht auf Überlegungen, die näher ausgeführt werden bei C. Walter, *Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion*, DVBl. 2000, 1 ff. Die dort entwickelten Gedanken werden hier nur insoweit wiedergegeben, als dies für die sich anschließende Erörterung der rechtlichen Stellung der EMRK im nationalen Verfassungsrecht und in internationalen Zusammenhängen erforderlich ist.

<sup>19</sup> H. Hofmann, *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, in: ders., *Recht – Politik – Verfassung, Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt 1986, 261 ff.

<sup>20</sup> Vgl. zu diesem Prozeß E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des modernen Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Recht – Staat – Freiheit*, Frankfurt 1992, 92 (107 f.).

<sup>21</sup> D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl. Frankfurt 1994, 399 (408).

quenz verbunden: Da das parlamentarische Gesetz das zentrale Instrument der Herrschaftsausübung ist<sup>22</sup>, läßt sich die Begrenzungsfunktion nur durch eine Hierarchie der Normen erreichen. Die Verfassung bildet die Spitze dieser Normenhierarchie und ermöglicht so, daß die rechtsetzende parlamentarische Gewalt ihrerseits rechtlich gebunden wird<sup>23</sup>.

Neben die drei genannten Funktionen tritt in neuerer Zeit noch eine identitäts- oder integrationsstiftende Funktion der Verfassung<sup>24</sup>, die in der Bundesrepublik in der Formel des Bundesverfassungsgerichts von der Werteordnung der Grundrechte<sup>25</sup> und in der politikwissenschaftlichen Literatur unter dem Stichwort des "Verfassungspatriotismus"<sup>26</sup> eine besonders starke Ausprägung erfahren hat (Integrationsfunktion). Vielfach wird auch angenommen, daß die Verfassung den politischen Prozeß von bestimmten Streitfragen entlaste, indem sie diese aus der politischen Auseinandersetzung herausnehme (Entlastungsfunktion)<sup>27</sup>. Besonders deutlich wird die Entlastungsfunktion beim Grundsatz der religiösen Neutralität des Staates<sup>28</sup>.

Diese Funktionen der Verfassung werden üblicherweise auf den Staat bezogen. Das dürfte daran liegen, daß der Staat der von der Verfassung vorgefundene Gegenstand war. Notwendig ist der Staatsbezug nicht<sup>29</sup>. Es ist ebenso denkbar, daß die von der Verfassung wahrgenommenen Funktionen überall dort erfüllt werden können und müssen, wo Hoheitsgewalt in nicht-staatlichen Formen ausgeübt wird<sup>30</sup>. Folgt man einer solchen funktionalen Betrachtung, dann löst sich der Verfassungsbegriff von seinem Staatsbezug<sup>31</sup>.

Bevor die Frage nach der Erfüllung einzelner Verfassungsfunktionen in anderen als staatlichen Zusammenhängen weiterverfolgt werden kann, gilt es aber noch,

---

<sup>22</sup> F. Ossenbühl, Gesetz und Recht, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 2. Aufl. Heidelberg 1996, §61 Rn. 19ff.

<sup>23</sup> N. Luhmann, Metamorphosen des Staates, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Studien zur Soziologie der modernen Wissenschaft, Bd. 4, Frankfurt 1995, 101 ff. (112); ders., Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 176 ff. (190).

<sup>24</sup> R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. Berlin 1994, 119 ff.; K. Hesse, Verfassung und Verfassungsrecht, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Bd. 1, Berlin-New York 1995, § 1 Rn. 5f.; J. Isensee, Staat und Verfassung, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HStR I, Heidelberg 1987, § 13 Rn. 115 f.

<sup>25</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>26</sup> D. Sternberger, Verfassungspatriotismus, Schriften, Bd. X, Frankfurt 1990, 13 ff.

<sup>27</sup> Grimm (Anm. 21), 399 ff. (429).

<sup>28</sup> S. Holmes, Gag Rules or the Politics of Omission, in: J. Elster/R. Slagstad, Constitutionalism and Democracy, Cambridge U.K., 1993, 19 ff. (43 ff.).

<sup>29</sup> Siehe etwa zur Verwendung des Verfassungsbegriffs in internationalen Zusammenhängen, B. Faßbender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, Columbia Journal of Transnational Law 36 (1998), 529 ff.; W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, Berlin 1999, 61 ff.

<sup>30</sup> So ausdrücklich D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, München 1995, 25 ff.

<sup>31</sup> Vgl. A. von Bogdandy, Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, in: von Danwitz u. a. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer Europäischen Staatlichkeit, Stuttgart u. a. (1993), 9 ff. (25).

eine Besonderheit des nationalen Verfassungsstaats zu betonen. Sie liegt darin, daß in ihm alle genannten Verfassungsfunktionen in einer politischen Einheit erfüllt werden. Die Verfassung erhebt bislang den Anspruch, Hoheitsgewalt territorial begrenzt, aber sachlich uneingeschränkt zu verfassen: Der Verfassungsstaat organisiert und legitimiert die Ausübung von Hoheitsgewalt, er begrenzt sie durch verfassungsrechtlich verbürgte Grundrechte, deren Durchsetzung einer unabhängigen Justiz anvertraut wird, und er festigt und erhält eine zwischen seinen Bürgern bestehende außerrechtliche Verbundenheit<sup>32</sup>, die man mit Hermann Heller als den "nichtnormierten Unterbau der Staatsverfassung" bezeichnen kann<sup>33</sup>.

Im Zusammenhang mit dem Grundrechtsschutz ist dabei die Verbindung von politischem Entscheidungszentrum und umsetzender Hoheitsgewalt in einer Staatsgewalt von besonderer Bedeutung. Sie ist Bedingung dafür, daß sich die Exekutive bei Grundrechtsverletzungen nicht auf ihre Bindung an die Vorgaben des Gesetzgebers berufen kann. Hierin liegt eine strukturelle Voraussetzung für einen Grundrechtsschutz, wie ihn das Grundgesetz mit der Aufstellung eines Katalogs von Grundrechten und der Durchsetzung dieser Grundrechte durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit kennt. Nur weil dem Bürger mit der Staatsgewalt eine einheitliche (wenngleich intern unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten gegliederte) Hoheitsgewalt gegenübersteht, kann die gegen einen Vollzugsakt (also die Exekutive) gerichtete Individualbeschwerde mittelbar zur Nichtigerklärung des Gesetzes (also eines Akts der Legislative) führen.

## 2. Strukturelle Veränderungen der Staatlichkeit durch die Globalisierung

Welches sind nun Veränderungen der immer dichter werdenden internationalen Zusammenarbeit? Die Globalisierung bewirkt bei fast allen Verfassungsfunktionen Verschiebungen: Sie verstärkt schon früher vorhandene Tendenzen zu einem gesteigerten Einfluß der Exekutive auf politische Entscheidungen und begründet so eine Herausforderung für die Staatsorganisation und das Demokratieprinzip<sup>34</sup>,

<sup>32</sup> Bei Jürgen Habermas wird sie wie folgt beschrieben: "The national self-consciousness of the people provided a cultural context that facilitated the political activation of its citizens. It was the national community that generated a new kind of connection between persons who had been strangers to one another. In this way, the national state could solve two problems at once: it established a democratic mode of legitimation on the basis of a new and more abstract form of social integration"; J. Habermas, *The European Nation State – its Achievements and its Limitations*, in: *Rechtstheorie*, Beiheft 17 (1997), 109ff. (112).

<sup>33</sup> H. Heller, *Staatslehre*, 251, zitiert nach ders., *Gesammelte Schriften*, 3. Bd., Leiden 1971, 364. Hiermit wird keine normative Aussage im Sinne von Homogenität als einer notwendigen Voraussetzung für Demokratie getroffen (vgl. dazu einerseits BVerfGE 89, 155 [185f.] und andererseits die Kritik bei I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, *AöR* 120 [1995], 100ff. [103ff.]), sondern lediglich ein zeitlicher und faktischer Zusammenhang beschrieben, wie dies auch in dem in der vorstehenden Anmerkung zitierten Text von Jürgen Habermas zum Ausdruck kommt.

<sup>34</sup> Dazu mit jeweils unterschiedlichen Ansätzen, E.-W. Böckenförde, *Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und*

bei der Sicherung des Grundrechtsschutzes gegenüber den Entscheidungen internationaler Organisationen muß sich das Rechtsstaatsprinzip und damit die Begrenzungsfunktion neu bewähren, und zunchmend unterschiedliche gesellschaftliche Wertvorstellungen sowie Migrationsbewegungen<sup>35</sup> bergen das Potential zu einem Wandel vom homogenen Staatsvolk zu einer relativ heterogenen Einwohnergesellschaft, in der sich die Identitätsfrage mit neuer Intensität stellt<sup>36</sup>.

Wichtigste Folge der Globalisierung ist, daß immer häufiger politisches Entscheidungszentrum und umsetzende Hoheitsgewalt auseinanderfallen. In Anlehnung an die innerstaatlich für den Bereich des Verwaltungs- und des Verfassungsrechts verwendete Terminologie vom "kooperativen Staat"<sup>37</sup> oder vom "paktierenden Staat"<sup>38</sup> läßt sich für die hier interessierenden internationalen Bindungen des modernen Staates vom "international paktierenden Staat" sprechen. Ein Blick in das Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung<sup>39</sup> zeigt, daß auch die "normale" internationale Zusammenarbeit in Form völkerrechtlicher Verträge detailfreudige Regelungen bis in die Einzelheiten des Verwaltungsverfahrens<sup>40</sup> hinein hervorbringen kann, bei denen selbst der EG nichts anderes übrig bleibt, als diese mehr oder weniger inhaltsgleich in eine Verordnung umzugießen<sup>41</sup>. Der "international paktierende Staat" verlagert politische Entscheidungen auf Ebenen, zu denen der einzelne nicht mehr in einer identitätsstiftenden Verbindung wie der des Volkes oder der Nation steht. Dabei bewirkt die internationale Zusammensetzung der Verhandlungsrunden, daß an diesen Entscheidungen Personen beteiligt sind, deren demokratische Legitimation sich auf einen anderen Personenverband stützt<sup>42</sup>.

---

Individualisierung, in: ders., Staat-Nation-Europa, Frankfurt 1999, 103 ff.; ders., Recht als Bedingung der Freiheit – Grenzen im Prozeß der Globalisierung, MUT, März 1999, 6 ff.; M. Zürn, Politik jenseits des Nationalstaates, Frankfurt 1998, 233 ff. und 347 ff.; D. Held, Democracy and Global Order, Stanford 1995.

<sup>35</sup> Dazu R. Nickel, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, Baden-Baden 1999, 16 ff.

<sup>36</sup> Dazu die Analyse zum Zusammenhang zwischen der Grundwertedebatte der sechziger und siebziger Jahre und der der neunziger Jahre bei H. Maier, Werte – woher und wozu?, MUT, Juli 1999, 44 ff.; siehe auch U. Haltorn, Integration als Mythos, JÖR N.F. 45 (1997), 31 ff.

<sup>37</sup> E.-H. Ritter, Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), 389 ff.; J.J. Hesse, Verhandlungslösungen und kooperativer Staat, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. I, Baden-Baden 1990, 97 ff.; sowie die Beiträge von J. Burmeister und W. Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 190 ff. und 248 ff.; H. Bauer, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, VerwA 1987, 241 ff.

<sup>38</sup> Vgl. dazu das Interview mit Bundesverfassungsrichter Dieter Grimm in der SZ vom 4.6.1999, 10.

<sup>39</sup> BGBl. 1994 II, 2704.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 6 und die Anlagen I bis V zum Übereinkommen.

<sup>41</sup> Verordnung (EG) Nr. 259/93 des Rates vom 1.2.1993, ABl. (EG) Nr. L 30/1, geändert durch Verordnung (EG) Nr. 120/97 des Rates vom 20.1.1997, ABl. (EG) Nr. L 22/14.

<sup>42</sup> Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf andere Staaten provoziert ein vergleichbares Problem, das vor allem bei der grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit deutlich zutage tritt; dazu die restriktive Position von C. Gramm, Verfassungsrechtliche Grenzen der polizeilichen Zusammenarbeit mit auswärtigen Staaten im Hoheitsbereich, DVBl. 1999, 1237 ff.

Wenn die Sachentscheidungen im Verhandlungsweg unmittelbar auf internationaler Ebene getroffen werden, bewirkt dies nicht nur eine Verschiebung der Gewichte vom Parlament zur Exekutive<sup>43</sup>, sondern es löst zugleich die früher allzuständige Staatsgewalt in unterschiedliche Entscheidungsgremien auf. Der im Referat von Georg Nolte ausführlich erörterte<sup>44</sup> militärische Einsatz der NATO im Kosovo zeigt, daß inzwischen auch so weitreichende politische Entscheidungen wie die über den Kampfeinsatz der nationalen Streitkräfte auf internationaler Ebene getroffen und durchgeführt werden. Wenn mehrere Organisationen in einem Politikbereich tätig sind, so kann über die Bestimmung des Verhältnisses der Mitgliedstaaten zu der jeweiligen Organisation hinaus ein zusätzliches Koordinationsbedürfnis nach einer Abstimmung der Kompetenzen der jeweiligen Organisationen untereinander entstehen. Dies ist für die europäische Sicherheitspolitik der Fall, wo Organisationen wie EU, NATO und WEU, aber auch die OSZE untereinander koordiniert werden müssen<sup>45</sup>.

Diese Entwicklung muß sich über kurz oder lang auf Funktion und Verständnis von "Verfassung" auswirken. Sie ist Ausdruck dafür, daß sich der bislang von der Verfassung erhobene Anspruch, Hoheitsgewalt territorial begrenzt, aber sachlich uneingeschränkt zu verfassen, immer weniger einlösen läßt. Es kommt zu einer Sektoralisierung nach einzelnen Sachgebieten und der Bildung spezieller Entscheidungsträger: Zentrale sicherheitspolitische Entscheidungen fallen in den Vereinten Nationen oder der NATO, und Handelspolitik wird zunehmend im Rahmen der Welthandelsorganisation betrieben. Folge einer solchen Sektoralisierung ist die Entwicklung von Verfassungselementen auf unterschiedlichen Ebenen. Es entsteht ein sich verdichtendes Netz aus faktischen Zwängen und völkerrechtlichen Bindungen, das die Grenzen zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht reduziert:

"Ergebnis ist ein gestufter Verbund komplementärer Verfassungen, ein Mehrebenensystem öffentlicher Gewalt mit jeweils sachbezogen begrenzten Kompetenzbereichen zur arbeitsteiligen Erfüllung der jeweils anvertrauten öffentlichen Aufgaben."<sup>46</sup>

Der gegenwärtige Staat ist damit weniger durch seine Souveränität gekennzeichnet als durch die Vielzahl seiner rechtlichen Bindungen<sup>47</sup>. Auf die Epoche der souveränen Nationalstaaten folgt im Zeichen der Globalisierung die Epoche der rechtlich gebundenen Mitgliedstaaten.

Wie soll man mit dieser Entwicklung juristisch umgehen? Man könnte versuchen, den neuerdings in bezug auf die EU wiederbelebten Begriff des "Verfas-

<sup>43</sup> C. Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVD-StRL 36 (1978), 7 ff. (27 ff.); vgl. zu den speziellen Legitimationsproblemen dieser Entwicklung aus demokratiethoretischer Sicht F. W. Schärpf, Demokratie in der transnationalen Politik, in: U. Beck (Hrsg.), Politik der Globalisierung, Frankfurt 1998, 228 (235 f.).

<sup>44</sup> In diesem Heft, S. 941–960.

<sup>45</sup> Siehe dazu J.A. Frowein, Die Europäische Union im Zeichen der Globalisierung: Einbindung und Status der Europäischen Union im Verfassungssystem der Staatengemeinschaft, WHI-Symposium 1998 (im Internet verfügbar: <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/tagung98/frowein>).

<sup>46</sup> I. Pernice, Art. 24 Rn. 21, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 2, Tübingen 1998.

<sup>47</sup> C. Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), 1 (20).

sungsvertrags" fruchtbar zu machen<sup>48</sup>. Er hat begrifflich den Vorzug, das Problem zutreffend zu beschreiben. Es handelt sich nämlich um einen auf völkerrechtlicher Ebene geschlossenen Vertrag, der Verfassungselemente enthält. In seiner Verfassungslehre differenziert Carl Schmitt zwischen echtem und unechtem Verfassungsvertrag. Nach dieser Unterscheidung bezeichnet der unechte Verfassungsvertrag Verträge innerhalb einer politischen Einheit, also jene Verfassungsverträge, die teilweise im 19. Jahrhundert zwischen Monarch und Volk geschlossen wurden. Der echte Verfassungsvertrag bezieht sich dagegen auf Verträge zwischen mehreren selbständigen politischen Einheiten<sup>49</sup>. Ein typisches Beispiel dafür wäre der Bundesvertrag. Berücksichtigt man die eingangs anhand des Verfahrens *Chassagnou* gegen *Frankreich* angestellten Überlegungen, so kommt die EMRK dem echten Verfassungsvertrag im Schmittschen Sinne relativ nahe, denn es geht um einen Vertrag zwischen Staaten, mit dem eine wesentliche Verfassungsfunktion (Begrenzung der Staatsgewalt) erfüllt wird. Allerdings wird mit der EMRK keine umfassende Staatsgewalt errichtet, sondern territorial und sachlich begrenzt nur eine von mehreren Verfassungsfunktionen wahrgenommen. Seiner ursprünglichen Konzeption nach ist der Verfassungsvertrag demgegenüber darauf gerichtet, umfassend die rechtliche Form einer politischen Einheit festzulegen<sup>50</sup>. Aus dieser Perspektive kann man die EMRK als einen Vertrag mit Verfassungselementen qualifizieren, dessen Besonderheit darin liegt, daß er auf völkerrechtlicher Ebene geschlossen wird und von dort – indem er die Staatsgewalt der Mitgliedstaaten rechtlich begrenzt – eine wichtige Funktion des nationalstaatlichen Verfassungsrechts ergänzt, ohne sie zu ersetzen.

### III. Folgerungen für das Verständnis der EMRK

Lassen sich aus einer solchen Qualifikation der EMRK als Vertrag mit Verfassungselementen juristische Schlußfolgerungen ziehen? Die Antwort muß zwischen dem nationalen Recht und dem internationalen Bereich unterscheiden.

#### 1. Im innerstaatlichen Recht

In der deutschen Diskussion wird seit längerem nach Wegen gesucht, der EMRK eine über den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hinausreichende Bedeutung zuzuerkennen. Die Ansätze reichen von einer Einordnung der EMRK als Völkergewohnheitsrecht über Lösungen auf der Grundlage von Art. 24 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG bis hin zu Versuchen, die EMRK als europäische Grundrechtsverfassung zu qualifizieren.

<sup>48</sup> So das Positionspapier von W. Schäuble und K. Lamers: "Europa braucht einen Verfassungsvertrag", abgedruckt in: FAZ vom 4.5.1999, 10f.

<sup>49</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl. Berlin 1993, 63.

<sup>50</sup> "Der Bund erfaßt jeden Mitgliedstaat in seiner Gesamtexistenz als politische Einheit und fügt ihn als Ganzes in eine politisch existierende Verbindung ein", *ibid.*, 367.

a) Albert Bleckmann hat 1994 in einem Aufsatz mit dem Titel "Verfassungsrang der EMRK?" versucht, die EMRK als regionales Völkergewohnheitsrecht zu etablieren<sup>51</sup>. Es handele sich um einen "Kodifikationsvertrag", dessen Rang in der innerstaatlichen Rechtsordnung nicht allein aus seinem Vertragscharakter folge, sondern durch das gewohnheitsrechtliche Element bestimmt werden müsse. Über Art. 25 GG würden nicht nur am Souveränitätsprinzip orientierte völkerrechtliche Grundsätze transformiert, sondern die Vorschrift erstrecke sich auf alle Regeln des Völkerrechts, "die für die Wahrung des Weltfriedens entscheidende Bedeutung besitzen". Unabhängig von der Frage, ob diese sehr weite Auslegung von Art. 25 GG das Transformationsanliegen der Vorschrift zutreffend erfaßt, liegt der Haupteinwand gegen diese Konstruktion darin, daß zunächst begründet werden müßte, daß der materielle Teil der EMRK tatsächlich als Gewohnheitsrecht qualifiziert werden kann<sup>52</sup>. Daran bestehen aber Zweifel<sup>53</sup>. Über Art. 25 GG können daher nur diejenigen Vorschriften transformiert werden, die – wie etwa das Folterverbot<sup>54</sup> oder das Verbot rückwirkender Strafgesetze<sup>55</sup> – kodifiziertes Gewohnheitsrecht sind. Noch schwieriger ist es, über Art. 25 GG eine Bindung an die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs zu erreichen, denn selbst wenn das in Rede stehende Grundrecht selbst dem Völkergewohnheitsrecht zuzuordnen ist, dann gilt dies nicht notwendig auch für die Auslegung, die es in der Rechtsprechung des Gerichtshofs gefunden hat. Die unter anderem aus der Funktion des Gerichtshofs abgeleitete Qualifikation der EMRK als Vertrag mit Verfassungselementen führt aber nur dann zum Ziel, wenn es gelingt, der quasi-verfassungsgerichtlichen Tätigkeit des Gerichtshofs Rechnung zu tragen und eine Bindung an seine Rechtsprechung herzustellen.

b) Jochen Abr. Frowein hat 1987 angeregt, den von der Konvention umfaßten Grundrechtsstandard zum Wesensgehalt der Grundrechtsgarantie des Art. 2 Abs. 1 GG zu zählen und auf diese Weise in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zu verankern<sup>56</sup>. Hierdurch wird die EMRK mittelbar zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab. Ein gewisser Schönheitsfehler liegt allerdings darin, daß die EMRK so nur in dem "Auffanggrundrecht" des Art. 2 Abs. 1 GG

<sup>51</sup> Bleckmann (Anm. 1), 149 ff.; ähnlich auch der Ansatz bei T. Giegerich, Die Verfassungsbeschwerde an der Schnittstelle von deutschem, internationalem und supranationalem Recht, in: C. Grabenwarter u. a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, Stuttgart u. a. 1994, 101 ff. (113).

<sup>52</sup> Skeptisch insoweit auch J.A. Frowein, Bundesverfassungsgericht und Europäische Menschenrechtskonvention, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, Berlin-New York 1987, 1764 (1769 f.).

<sup>53</sup> R. Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1993, 64 ff.

<sup>54</sup> J.A. Frowein/R. Kühner, Drohende Folterung als Asylgrund und Grenze für Auslieferung und Ausweisung, ZaöRV 43 (1983), 537 ff. (541 ff.).

<sup>55</sup> BVerfGE 92, 277 (320, 323).

<sup>56</sup> J.A. Frowein, Bundesverfassungsgericht und Europäische Menschenrechtskonvention, in: FS Zeidler (Anm. 52), Bd. 2, 1764 (1770); vgl. bereits dens., Der europäische Grundrechtsschutz und die nationale Gerichtsbarkeit, Berlin-New York 1983, 26.

verankert werden kann und nicht unmittelbar in die jeweils entsprechenden einzelnen Grundrechte des GG einfließt.

c) Unlängst ist darüber hinausgehend vorgeschlagen worden, die EMRK über Art. 1 Abs.2 und 1 Abs.3 GG direkt anzuwenden<sup>57</sup>. Eine historische Betrachtung zeige die enge Beziehung des Grundrechtskataloges der Art. 1–19 zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948. Art. 1 Abs.3 GG bilde eine Klammer zwischen den in Abs.2 in Bezug genommenen Menschenrechten und den “nachfolgenden” Grundrechten des GG<sup>58</sup>. Auf diese Weise entstehe eine “Grundrechtsverfassung”, in der sich die Garantien der EMRK mit den nationalen Grundrechten verbänden. Die zuletzt genannte Lösung beruht auf einem nur begrenzt tragenden Vergleich der EMRK mit dem nationalen Verfassungsrecht. Sie versucht nachzuweisen, daß die EMRK die zentralen Funktionen der nationalstaatlichen Verfassung ebenfalls erfüllt. Dabei kann der Hinweis auf die in der EMRK enthaltene Verpflichtung auf eine demokratische Staatsstruktur und die vom Gerichtshof ausgeübte Rechtsprechungsfunktion den Einwand nicht entkräften, daß die EMRK gerade keine eigene Hoheitsgewalt verfaßt, sondern nur andere Hoheitsgewalten begrenzt. Die These von der unmittelbaren Anwendbarkeit der EMRK-Garantien als Grundrechte im Sinne des Art. 1 Abs.2 und Abs.3 GG geht damit zu schnell über die Besonderheit hinweg, die hier im Begriff des Vertrags mit Verfassungselementen zum Ausdruck kommen sollte, nämlich daß die EMRK – im Gegensatz zur nationalstaatlichen Verfassung, die sämtliche Verfassungsfunktionen innerhalb einer politischen Einheit bündelt – nur eine dieser Verfassungsfunktionen erfüllt und auch insoweit die nationalstaatlichen Verfassungen nicht ersetzt, sondern nur ergänzt. Zudem kann sie ebensowenig wie die anderen nicht auf Art. 24 Abs.1 GG beruhenden Vorschläge den institutionellen Aspekten des Rechtsschutzsystems der EMRK hinreichend Rechnung tragen, weil sie zwar den Konventionstext in nationales Verfassungsrecht transformiert, das Rechtsschutzsystem und damit die Auslegung der Konvention durch den Gerichtshof aber nicht erfaßt.

d) Vom deutschen Richter am EGMR Georg Ress stammt der Vorschlag, das System der EMRK als “zwischenstaatliche Einrichtung” im Sinne des Art. 24 Abs.1 GG zu verstehen<sup>59</sup>. Ähnlich wie beim NATO-Vertrag, den das Bundesverfassungsgericht als zwischenstaatliche Einrichtung anerkannt habe, sei auch beim Rechtsschutzsystem der EMRK eine institutionelle Verdichtung festzustellen, die es erlaube, von einer zwischenstaatlichen Einrichtung zu sprechen. Man könne vor diesem Hintergrund die EMRK als “Konventionsgemeinschaft” qualifizieren, und es sei nicht ausgeschlossen, daß die “spezifische Dynamik der Menschen-

---

<sup>57</sup> F. Hoffmeister, Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung? Humboldt-Forum Recht 1999, Beitrag 5 (im Internet verfügbar unter <http://www.humboldt-forum-recht.de/5-1999>).

<sup>58</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Ansatz bereits aus dem Jahr 1955, R. Echterhölder, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 1955, 689ff. (691).

<sup>59</sup> G. Ress, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: FS Zeidler (Anm. 52), Bd. 2, 1775ff. (1790ff.).

rechtsentwicklung" über Art. 24 Abs. 1 GG eine Entwicklung anstoße, die ähnlich wie im Bereich des Gemeinschaftsrechts zum Anwendungsvorrang der EMRK vor dem innerstaatlichen Recht führe<sup>60</sup>.

e) Wenn man das gemeinsame Anliegen der bisher beschriebenen Versuche teilt, die Stellung der EMRK in der deutschen Rechtsordnung zu stärken, dann bietet sich eine Weiterentwicklung des Ansatzes über Art. 24 Abs. 1 GG an. Zum einen bedarf der Weg über Art. 24 Abs. 1 GG noch einer Ergänzung, um den Vorrang vor dem nationalen Recht zu begründen. Und zum zweiten muß darüber nachgedacht werden, ob es sachgerecht ist, daß nach dem bisherigen Stand der Diskussion zwar die Grundrechte der EMRK über Art. 24 Abs. 1 GG in die deutsche Rechtsordnung einfließen können, dort aber neben den deutschen Grundrechten stehen und damit eine Verfassungsbeschwerde nicht unmittelbar auf sie gestützt werden kann.

Der Weg über Art. 24 Abs. 1 GG drängt sich aus zwei Gründen auf: Zum einen handelt es sich um eine der zentralen Regelungen des Grundgesetzes, die seine vielfach betonte Völkerrechtsfreundlichkeit begründen<sup>61</sup>. Wenn die These richtig ist, daß die besondere Bedeutung der EMRK gegenüber dem "normalen" völkerrechtlichen Vertrag darin liegt, daß mit ihr auf völkerrechtlicher Ebene eine Verfassungsfunktion organisiert wird, dann rechtfertigt dies eine genauere Analyse der Möglichkeiten dieser zentralen verfassungsrechtlichen Schleuse im Hinblick auf eine Rezeption der EMRK in die innerstaatliche Rechtsordnung. Zum zweiten geht es – wie bereits mehrfach betont – nicht nur um die Übernahme des Grundrechtskatalogs der EMRK, sondern auch um die Bindung an die Rechtsprechung des EGMR. Im Begriff der "zwischenstaatlichen Einrichtung" liegt ein institutionelles Element, welches es erlaubt, nicht nur die Grundrechte der EMRK zu rezipieren, sondern auch dem Rechtsschutzsystem des neuen Gerichtshofs Rechnung zu tragen.

Der Haupteinwand gegen die Anwendung von Art. 24 Abs. 1 GG auf die EMRK folgt unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift<sup>62</sup>. Welche Hoheitsrechte werden nach Straßburg übertragen? Setzt eine Übertragung von Hoheitsrechten im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG nicht voraus, daß der zwischenstaatlichen Einrichtung eine Regelungskompetenz eingeräumt wird, daß sie also aus eigenem Recht Sachfragen entscheiden kann? Mit einer bloßen grundrechtlichen Begrenzung der mitgliedstaatlichen Hoheitsgewalt, so könnte man der These von der "Konventionsgemeinschaft" entgegenhalten, ist keine solche Regelungskompetenz verbunden. Es wird lediglich die grundsätzlich unbegrenzte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten auf völkerrechtlicher Ebene begrenzt, aber wegen der Regelung in Art. 46 Abs. 1 EMRK gerade keine unmittelbare Rechtswirkung in den Mitglied-

<sup>60</sup> *Ibid.*, 1795.

<sup>61</sup> K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, Tübingen 1964; C. Tomuschat, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR VII, Heidelberg 1992, §172 Rdnr. 4.

<sup>62</sup> Vgl. die eingehende Analyse zum Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG bei T. Flint, Die Übertragung von Hoheitsrechten, Berlin 1998, 89ff. und 112ff.

staaten erzeugt. Dieser Einwand kann sich auf das überwiegende Schrifttum zu Art. 24 Abs.1 GG stützen, das verlangt, daß es sich um Organisationen handeln müsse, "die nach dem zugrundeliegenden Vertrag ermächtigt worden sind, Rechtsakte mit innerstaatlicher Wirkung zu erlassen"<sup>63</sup> oder zumindest ein "einseitig verbindliches Handeln gegenüber dem Bürger" zur Voraussetzung macht<sup>64</sup>. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zu den Auslandseinsätzen der Bundeswehr "Hoheitsbefugnisse mit unmittelbarer Wirkung im innerstaatlichen Bereich" zum Kriterium für eine Organisation nach Art. 24 Abs.1 GG gemacht<sup>65</sup>. Ganz auf dieser Linie liegen schließlich die Ergebnisse der Studie von Robert Uerpmann zur Europäischen Menschenrechtskonvention in der deutschen Rechtsprechung. Danach läßt sich zwar der Gerichtshof als zwischenstaatliche Einrichtung im Sinne des Art. 24 Abs.1 GG qualifizieren<sup>66</sup>, bislang seien aber keine Hoheitsrechte übertragen worden, weil die Entscheidungen des Gerichtshofs nur auf völkerrechtlicher Ebene Bindungswirkung entfalteten<sup>67</sup>.

Man muß allerdings fragen, ob diese entweder am Verhältnis Staat-Bürger (und deshalb an einem Eingriff) orientierte oder auf dem traditionellen Verständnis vom Verhältnis vom Völkerrecht zum nationalen Recht beruhende (und von daher unmittelbar in der nationalen Rechtsordnung spürbare Rechtswirkungen verlangende) Auslegung von Art. 24 Abs.1 GG den oben beschriebenen Veränderungen der Verfassungsfunktionen gerecht wird. Die dort angestellte Analyse hat ergeben, daß es zunehmend schwieriger wird, eine strikte Trennung des Völkerrechts von den nationalen Rechtsordnungen durchzuhalten. Die Globalisierung verlangt nach der Entwicklung von (verfassungs)rechtlichen Strukturen, mit denen rechtsordnungsübergreifende Vorgänge erfaßt werden können. Eine Unterscheidung nach Verfassungsfunktionen kann dabei nicht nur Veränderungen genauer beschreiben und analysieren, sondern sie erleichtert auch die Suche nach solchen neuen Strukturen.

Bislang erlaubt eine Unterscheidung nach Verfassungsfunktionen sicherlich keine Auslegung von Art. 24 Abs.1 GG, die jede Wahrnehmung von Verfassungsfunktionen auf internationaler Ebene als Übertragung von Hoheitsgewalt im Sinn von Art. 24 Abs.1 GG versteht und ihr Vorrang in der innerstaatlichen Rechtsordnung zuerkennt. Die Anwendung einer solchen Interpretation auf jede internationale Regelung, die Hoheitsgewalt organisiert oder integrative Wirkung entfaltet, würde die stabilisierende Wirkung der gegenwärtigen Strukturen in Frage stellen und begegnete auch demokratischen Einwänden. Aber für den relativ klar umrissenen Bereich der Begrenzungsfunktion, die auch in der staatsrechtlichen Konstruktion über eine von der übrigen Staatsgewalt unabhängige Dritte

---

<sup>63</sup> C. Tomuschat, Art. 24 Rdnr. 42, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz; ähnlich A. Randelzhofer, Art. 24 Abs.1 Rdnr. 48, in: Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, Grundgesetz-Kommentar (Loseblatt, Stand: Juni 1998).

<sup>64</sup> Pernice (Anm. 46).

<sup>65</sup> BVerfGE 90, 286 (346f.).

<sup>66</sup> Uerpmann (Anm. 53), 172ff. (187).

<sup>67</sup> *Ibid.*, 194ff. (216).

Gewalt erfüllt wird, kommt eine Auslegung von Art. 24 Abs.1 GG in Betracht, die nicht am Erfordernis einer unmittelbar regelnden Wirkung in der innerstaatlichen Rechtsordnung festhält, sondern die Wahrnehmung der verfassungsgerichtlichen Begrenzungsfunktion als Ausübung von Hoheitsgewalt im Sinn des Art. 24 Abs.1 GG anerkennt.

Ein weiteres kommt hinzu: Die Annahme, in Straßburg werde nur Recht gesprochen und nichts geregelt, greift zu kurz, weil sie nicht hinreichend berücksichtigt, daß Rechtsprechung auch ein Stück weit Rechtsschöpfung ist. So betont etwa das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß zur Umsatzsteuerrichtlinie:

“Der Richter war in Europa niemals ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’; das römische Recht, das englische common law, das Gemeine Recht waren weithin richterliche Rechtsschöpfungen ebenso wie in jüngerer Zeit etwa in Frankreich die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts durch den Staatsrat oder in Deutschland das allgemeine Verwaltungsrecht, weite Teile des Arbeitsrechts oder die Sicherungsrechte im privatrechtlichen Geschäftsverkehr.”<sup>68</sup>

Auch wenn gelegentlich beklagt wird, daß in Deutschland die alte gesetzestheoretische Vorstellung noch nachwirke<sup>69</sup>, so ist doch der schöpferische Charakter der Rechtsprechung in der Wissenschaft allgemein anerkannt<sup>70</sup>. Aus dieser Perspektive fällt es nicht schwer, in der Konkretisierung des Inhalts der einzelnen Grundrechtsgarantien der EMRK durch den Straßburger Gerichtshof jenes regelnde Element zu erkennen, das die Subsumtion der EMRK als Konventionsgemeinschaft unter Art. 24 Abs.1 GG erlaubt.

Kann man mit diesen Überlegungen das Straßburger System als zwischenstaatliche Einrichtung qualifizieren, der Hoheitsrechte im Sinne des Art. 24 Abs.1 GG übertragen worden sind, so bleibt noch das Problem der Bindungswirkung der Entscheidungen des Gerichtshofs für alle Mitgliedstaaten zu klären. Zwar ordnet die EMRK eine verbindliche Pflicht, die Urteile zu befolgen, nur für die an dem Rechtsstreit beteiligten Staaten an (Art. 46 Abs.1 EMRK), aber es wäre zu kurz gegriffen, wenn man daraus im Umkehrschluß folgern würde, daß die Auslegung der Konvention durch den Gerichtshof aus Anlaß eines konkreten Rechtsstreits die übrigen Vertragsparteien nicht betreffe. Nach der Konvention entscheidet der

<sup>68</sup> BVerfGE 75, 223 (243 f.).

<sup>69</sup> So K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, 253 und 256 ff. (258).

<sup>70</sup> Siehe etwa Martin Krieles Theorie der Rechtsgewinnung, in der ausdrücklich die Beteiligung des Richters an der Normbildung und infolgedessen auch seine “Mitverantwortung für den genauen Inhalt der Rechtsnormen” betont wird, M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. Berlin 1976, 312; zu einer Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung neuerdings, M. Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997, 366 ff. und 396 ff.; siehe auch A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, München 1993, 60 ff.; P. Kirchhof, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Peter Lerche, München 1998, 5 ff. (8); ders., Richterliche Rechtsfindung, gebunden an “Gesetz und Recht”, NJW 1986, 2275 ff. (2280).

Gerichtshof nämlich in allen Angelegenheiten, die ihre "Auslegung und Anwendung" zum Gegenstand haben (Art. 32 Abs.1 EMRK). Damit ist dem Gerichtshof die Rechtsprechungsaufgabe anvertraut, den genauen Inhalt der einzelnen Grundrechte näher zu konkretisieren<sup>71</sup>. Die EMRK gilt daher in der innerstaatlichen Rechtsordnung mit dem Inhalt, den sie durch die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs erfahren hat. Insoweit nimmt der Präjudizgedanke an der völkerrechtlichen Verpflichtungskraft des Grundvertrages teil<sup>72</sup>.

f) Die voranstehenden Überlegungen verstehen Art. 24 Abs.1 GG als eine Schaltstelle für die Öffnung des nationalen Verfassungsrechts für auf völkerrechtlicher Ebene begründete Verfassungselemente. Sie haben für die innerstaatliche Anwendung der EMRK, deren Grundrechtsgarantien aufgrund einer funktionalen Betrachtung materiell als ergänzendes, nicht-staatliches Verfassungsrecht qualifiziert werden können, zur Folge, daß diese mit Vorrang vor den einfachen Gesetzen in die nationale Rechtsordnung einfließen. Die Grundrechte der EMRK werden über Art. 24 Abs.1 GG Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung und lassen sich – als materielles Verfassungsrecht – unmittelbar in den entsprechenden deutschen Grundrechten verankern. Dadurch können die bisherigen Nachteile der Lösung über Art. 24 Abs.1 GG (keine unmittelbare Berufung auf die EMRK im Verfahren der Verfassungsbeschwerde; fehlender Vorrang der EMRK vor dem nationalen Recht mangels ausdrücklicher Anordnung in der Konvention) vermieden werden. Die Grundrechte der Art. 1 bis 19 GG gelten dann in der Ausprägung, die sie durch eine Ergänzung um die Gewährleistungsgehalte der EMRK erfahren. Bei einer solchen Lösung steht auch einer vollumfänglichen – das Bundesverfassungsgericht berücksichtigt die EMRK bislang nur als Auslegungshilfe<sup>73</sup> – Berücksichtigung der EMRK in der Verfassungsbeschwerde nichts entgegen: Das nationale Grundrecht liefert den prozessualen Anknüpfungspunkt, der materielle Gehalt folgt aus beidem, den nationalen Grundrechten und den EMRK-Garantien. Darüber hinaus könnte man bei der hier vorgeschlagenen Auslegung neu über eine analoge Anwendung des §79 Abs.1 BVerfGG für abgeschlossene Strafverfahren nachdenken<sup>74</sup> und der insoweit als unbefriedigend empfundenen innerstaatlichen Rechtslage<sup>75</sup> schon *de lege lata* abhelfen. Und schließlich dürfte man hoffen, daß auf diese Weise der von Jochen Abr. Frowein unlängst beklagten mangelnden Bereitschaft in Deutschland, die Rechtsprechung des Straßburger

<sup>71</sup> Vgl. auch Art. 19 und 47 Abs.1 EMRK.

<sup>72</sup> L. Wildhaber, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR N.F. 98 (1979), Bd. II, 229 ff. (355); vgl. die ausführliche Begründung einer Bindungswirkung der Straßburger Urteile als authentische Interpretation der EMRK bei J. Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Berlin u. a. 1993, 279 ff.; skeptisch insoweit Uerpmann (Anm. 53), 214 ff.

<sup>73</sup> Vgl. BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (115).

<sup>74</sup> Vgl. dazu die dies ablehnende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts NJW 1999, 1649 ff. (1650).

<sup>75</sup> W. Bausback, Keine Wiederaufnahme nach EGMR-Urteil, ZRP 1999, 2483 f.

Gerichtshofs zu berücksichtigen<sup>76</sup>, auf längere Sicht<sup>77</sup> entgegengewirkt werden kann.

## 2. Im internationalen Bereich

Das Verhältnis der EG zum System der Europäischen Menschenrechtskonvention war bereits vielfach Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung<sup>78</sup> und hat auch schon den Europäischen Gerichtshof beschäftigt. Mit dessen negativem Gutachten zu der Frage, ob die Gemeinschaft die Kompetenz besitzt, dem System der EMRK beizutreten<sup>79</sup>, dürfte die Frage eines förmlichen Beitritts zunächst erledigt sein<sup>80</sup>. Auf der Seite der Gemeinschaft fehlt es an der Zuständigkeit, und die EMRK ist in ihrer derzeitigen Fassung nur auf den Beitritt von Staaten ausgerichtet<sup>81</sup>. In der Rechtsprechung des neuen Straßburger Gerichtshofs deutet sich allerdings an, daß der Gerichtshof trotz der fehlenden förmlichen Bindung Gemeinschaftsrecht und andere internationale Rechtsakte überprüfen könnte.

Im Verfahren *Matthews gegen das Vereinigte Königreich*<sup>82</sup> standen die Regelungen zur Wahl des Europäischen Parlaments auf dem Prüfstand von Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls. Diese Vorschrift enthält die Verpflichtung der Vertragsparteien, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen zu den gesetzgebenden Körperschaften abzuhalten. Die auf einem gesonderten Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft – dem Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments<sup>83</sup> – beruhende Wahlregelung sah für auf Gibraltar lebende Personen keine Teilnahme an den Wahlen zum Europäischen Parlament vor<sup>84</sup>. Der Gerichtshof, der in der Zusammensetzung einer großen Kammer unter Mitwirkung von 17 Richtern (darunter 9 aus Mitgliedstaaten der EG/EU) entschied<sup>85</sup>, ging davon aus,

<sup>76</sup> J.A. Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806 (808 ff.).

<sup>77</sup> Vgl. als jüngere Beispiele die ausdrückliche Abweichung des Bundesverwaltungsgerichts von der Auslegung des Art. 3 EMRK durch den EGMR in BVerwG, DVBl. 1997, 1384 ff. (1387 f.) und DVBl. 1998, 271 ff.; dazu die Kritik bei A. Zimmer, Abschiebungsschutz durch Art. 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung, ZAR 1998, 115 ff. (121 ff.).

<sup>78</sup> Siehe etwa R. Bernhardt, Probleme eines Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechts-Konvention, in: Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 1, Baden-Baden 1995, 103 ff.

<sup>79</sup> Gutachten 2/94, Slg. 1996-I, 1759.

<sup>80</sup> Frowein (Anm. 45), 8 f.

<sup>81</sup> Nach Art. 59 Abs. 1 EMRK ist die Mitgliedschaft im Europarat Voraussetzung für einen Beitritt zur EMRK. Nach Art. 4 der Satzung des Europarats können europäische "Staaten" zur Mitgliedschaft eingeladen werden.

<sup>82</sup> EuGRZ 1999, 200 ff.

<sup>83</sup> BGBl. 1977 II, 734.

<sup>84</sup> Vgl. Anh. II zum Akt.

<sup>85</sup> Der Tatsache, daß der Gerichtshof in der Zusammensetzung einer großen Kammer entschied, darf man im vorliegenden Fall entgegen der von Art. 30 EMRK nahegelegten Vermutung, es habe sich nach Auffassung der Richter um eine bedeutsame Sache gehandelt, nicht ohne weiteres besonderes Gewicht entnehmen, weil der Fall aufgrund der Übergangsregelung für Fälle, die unter dem alten

daß der Begriff der "legislature" in Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls weit auszulegen sei und nicht nur nationale Parlamente erfasse. Er erstreckte sich auch auf das Europäische Parlament, das hinreichend in den gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebungsprozeß einbezogen sei. Da auch in Gibraltar Gemeinschaftsrecht zur Anwendung komme, liege eine Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerin auf Teilnahme an freien und geheimen Wahlen zur gesetzgebenden Körperschaft vor.

Die Entscheidung ist in ersten Reaktionen in der deutschen Literatur als "Paukenschlag" bezeichnet worden<sup>86</sup>. Dies wird zum einen durch die Zurückhaltung der Kommission nahegelegt, die in ihrer noch vor Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls ergangenen Entscheidung eine Anwendung von Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls auf das Europäische Parlament abgelehnt hatte, weil sich die Vorschrift nur auf nationale Parlamente beziehe<sup>87</sup>. Und zum anderen erregt der gemeinschaftsrechtliche Ursprung der fehlenden Wahlbeteiligung in Gibraltar Aufmerksamkeit, denn die Nichtbeteiligung der in Gibraltar lebenden Personen ergibt sich unmittelbar aus Anhang II zum Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen. Man darf allerdings nicht übersehen, daß die Regelung auf einem eigenen Vertrag der Mitgliedstaaten beruhte und deshalb gerade kein eigener Rechtsakt der Gemeinschaft (etwa eine Richtlinie oder eine Verordnung) Gegenstand des Verfahrens war. Die Entscheidung läßt sich also nicht ohne weiteres mit dem von der Kommission 1990 entschiedenen Fall *Melchers*<sup>88</sup> gleichstellen. Gleichwohl ist sie für das Verhältnis des Straßburger Systems zum Gemeinschaftsrecht nicht ohne Bedeutung. Sowohl in der Selbstverständlichkeit, mit der der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine rechtliche Qualifikation von Gemeinschaftsorganen vornimmt, als auch in seinem Ansatz, von den Mitgliedstaaten beim Abschluß und der Fortentwicklung<sup>89</sup> völkerrechtlicher Verträge die Beachtung der EMRK-Garantien zu verlangen, deutet sich eine Ausweitung der Straßburger Kontrolle an.

In eine ähnliche Richtung weisen die Entscheidungen in den Verfahren *Waite* und *Kennedy*<sup>90</sup> gegen *Deutschland*. Diese Verfahren betrafen die völkerrechtliche Immunität der European Space Agency (ESA). Die Beschwerdeführer hatten vor den deutschen Arbeitsgerichten unter Bezugnahme auf das Arbeitnehmerüberlas-

---

Rechtsschutzsystem bereits anhängig waren, zwangsläufig vor der großen Kammer verhandelt werden mußte (Art. 5 Abs. 5 des 11. Zusatzprotokolls).

<sup>86</sup> So die Anmerkung von C. Lenz, *EuZW* 1999, 311 ff.; zum Thema auch S. Winkler, *Der EGMR zum innerstaatlichen und gemeinschaftsrechtlich (RL 65/65/EWG) definierten Arzneimittelbegriff*, *EuGRZ* 1999, 181 ff. (182 f.).

<sup>87</sup> *EuGRZ* 1999, 206 f. (207).

<sup>88</sup> Abgedruckt in *ZaöRV* 51 (1991), 863 ff.; dazu T. Giegerich, *Luxemburg, Karlsruhe, Straßburg – Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa?*, *ZaöRV* 1990, 836 ff. (860 ff.).

<sup>89</sup> Der Fortentwicklungsaspekt gewinnt gerade im Verfahren *Matthews* Bedeutung, weil die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments zum Zeitpunkt der Annahme des Wahlakts durch die Mitgliedstaaten wesentlich weniger stark ausgeprägt waren als zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verfahrens *Matthews*. Die fehlende Wahlbeteiligung auf Gibraltar ist unter diesem Gesichtspunkt wohl erst mit fortschreitender Zeit konventionswidrig geworden.

<sup>90</sup> *NJW* 1999, 1173.

sungsgesetz versucht, ihre zeitlich befristeten Arbeitsverträge in unbefristete umzuwandeln. Vor den deutschen Gerichten waren sie in allen Instanzen erfolglos, weil die Gerichte von der völkerrechtlichen Immunität der ESA ausgingen und es deshalb ablehnten, den Beschwerdeführern Rechtsschutz zu gewähren. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat diese Einschätzung der völkerrechtlichen Rechtslage durch die deutschen Gerichte nicht beanstandet und keine Konventionsverletzung feststellen können. Die Fälle sind gleichwohl bedeutsam, weil der Gerichtshof, wiederum in der Zusammensetzung einer großen Kammer, die völkerrechtliche Immunitätsregel, an deren Bestehen er keinen Zweifel hatte, auf ihre Vereinbarkeit mit den Anforderungen der EMRK an den Zugang zu einer gerichtlichen Entscheidung überprüft hat. Rechtlicher Ausgangspunkt für eine solche Prüfung kann eigentlich nur die Überlegung sein, daß es den Vertragsparteien verwehrt wäre, eine internationale Organisation mit völkerrechtlicher Immunität zu gründen oder bei dieser Mitglied zu werden, wenn nicht Gründe für diese Immunität vorliegen, die einer Prüfung anhand des Grundrechtsmaßstabs der Konvention standhalten. Diese Haltung des Gerichtshofs erinnert zunächst – ebenso wie sein Ansatz im Verfahren *Matthews* – an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsbindung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch supranationale oder internationale Akteure. Hierzu hat das Gericht entschieden, daß sich der Gesetzgeber seiner Grundrechtsbindung nicht durch eine Aufgabenverlagerung auf nicht-staatliche Akteure entziehen darf<sup>91</sup>.

Bei näherem Hinsehen beruht die Entscheidung des Straßburger Gerichtshofs jedoch nicht nur auf der Überlegung, daß der Grundrechtsschutz nicht durch Schaffung neuer, grundrechtlich nicht gebundener Entscheidungsträger unterlaufen werden darf, sondern sie reicht noch weiter. Die ESA wurde als internationale Organisation zwar durch eine Entscheidung ihrer Gründungsmitglieder ins Leben gerufen und insoweit läßt sich deren Verantwortlichkeit durchaus begründen. Die streitige Immunitätsregel hat jedoch nicht nur vertraglichen Charakter, sondern ist inzwischen völkergewohnheitsrechtlich anerkannt<sup>92</sup>. Mit dem beschriebenen Ansatz des Straßburger Gerichtshofs kann man beispielsweise auch fragen, ob die Regel, daß Staaten vor den Gerichten eines anderen Staats Immunität genießen<sup>93</sup>, mit dem Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz vereinbar ist.

An der zuletzt genannten Überlegung zeigt sich, daß das eigentlich Bemerkenswerte an den die ESA betreffenden Entscheidungen darin liegt, daß der Gerichtshof der Sache nach eine Regel des allgemeinen Völkerrechts anhand der Maßstäbe der EMRK überprüft. Zwar ist es ohne weiteres möglich, durch vertragliche Vereinbarung von allgemeinen Regeln abzuweichen, solange diese nicht den Charakter von *ius cogens* aufweisen<sup>94</sup>. Aber der Anspruch einer grundrechtlichen Über-

<sup>91</sup> BVerfGE 89, 155 (175).

<sup>92</sup> M. Wenckstern, Die Immunität internationaler Organisationen, in: Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. II/1, Tübingen 1994, Rdnr. 121 ff., 315 ff. (396), 900 ff.

<sup>93</sup> B. Heß, Staatenimmunität bei Distanzdelikten, München 1992, 29 ff.; vgl auch BVerfGE 46, 342 (364 ff.).

<sup>94</sup> Vgl. Art. 53 WVK.

prüfung der allgemeinen Regeln beinhaltet doch eine darüber hinausgehende Aussage, weil mit der Feststellung der Konventions- und damit Grundrechtswidrigkeit eine Stigmatisierung der allgemeinen Regel verbunden wäre. Hierin könnte ein Versuch liegen, über die Regelungen des *ius cogens* hinaus eine Normenhierarchie im Völkerrecht zu etablieren. Inwieweit eine regionale Grundrechtsordnung einen solchen Anspruch erheben kann, ist bislang unklar. Wenn allerdings die Beobachtung richtig ist, daß der "international paktierende Staat" Entscheidungsträger hervorbringt, deren Bindung an die nationalen Grundrechte problematisch ist, dann erhöht sich das Bedürfnis nach einer überstaatlichen Kontrollinstanz. Universelle Autorität könnte hier nur eine universelle Instanz beanspruchen. Auf universeller Ebene ist aber derzeit eine Grundrechtsprüfung mit verfassungsgerichtlicher Intensität nicht absehbar. In dieser Situation liegt der Vorteil der völkerrechtlichen Verankerung des Vertrags mit Verfassungselementen darin, daß die Vertragspraxis von demnächst 41 Mitgliedstaaten<sup>95</sup> der EMRK nicht ohne Rückwirkungen auf das übrige Völkerrecht bleibt und auch für das Gemeinschaftsrecht verstärkt Bedeutung erlangt. Schon heute stützt sich der EuGH ganz selbstverständlich auf die Straßburger Rechtsprechung, wenn er Gemeinschaftsakte<sup>96</sup> oder gemeinschaftsrechtlich relevante<sup>97</sup> Akte der Mitgliedstaaten auf Grundrechtsverletzungen hin überprüft<sup>98</sup>.

#### IV. *Schlußbemerkung*

Bundesverfassungsrichter Paul Kirchhof hat im vergangenen Jahr den Gewaltenteilungsgedanken für das Verhältnis der Europäischen Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten fruchtbar gemacht<sup>99</sup>. Wenn sich die im ersten Teil dieses Beitrags analysierte Entwicklung von Verfassungselementen auf internationaler Ebene fortsetzt, dann eröffnen sich neue Möglichkeiten einer funktionellen Gewaltenteilung. Sieht man im Verfahren *Matthews* Ansätze einer Kontrolle des Gemeinschaftsrechts und in den Verfahren *Waite* und *Kennedy* sowie *Beer* und *Regan* erste Schritte einer grundrechtlichen Überprüfung des allgemeinen Völkerrechts, dann könnte bei einer solchen funktionellen Gewaltenteilung in Zukunft in Straßburg ein Rechtsprechungsschwerpunkt für Grundrechtsfragen entstehen.

<sup>95</sup> Zur Aufnahme Georgiens in den Europarat, EuGRZ 1999, 242.

<sup>96</sup> Ausdrücklich in dem Verfahren *Baustahlgewerbe GmbH* gegen *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rs. C-185/95, Slg. 1998-I, 8417, Rdnr. 29; dazu V. Schlette, Der Anspruch auf Rechtsschutz innerhalb angemessener Frist – Ein neues Prozeßgrundrecht auf EG-Ebene, EuGRZ 1999, 369 ff.

<sup>97</sup> Soweit es sich nicht um Fragen aus dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts handelt, erklärt sich der EuGH für unzuständig, siehe etwa Rs. C-309/96 (*Annibaldi*), Slg. 1997 I-7493 (7509 ff. [insbes. Rdnr. 13]).

<sup>98</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen bei C. Langenfeld/A. Zimmermann, Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht, ZaöRV 52 (1992), 259 ff. (305 ff.).

<sup>99</sup> P. Kirchhof, Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, 965 ff. (968).

## The European Convention on Human Rights as a Process of Constitutionalization

Given the enlargement of the rights protected by the various Protocols to the Convention and the most recent changes concerning the mechanism of control introduced by Protocol 11, the development of the European Convention on Human Rights may quite easily be qualified as a "process" of a continuously improved protection of human rights. In contrast to this, the second element of the title, the question of constitutionalization, is more difficult to answer.

The article approaches the subject of constitutionalization in a first step by looking at the functions of the Convention and the European Court of Human Rights from the perspective of constitutional adjudication. Starting from the French system of limited constitutional jurisdiction for the Conseil constitutionnel, and more specifically the French tradition of constitutional review *a priori*, i.e. the limitation of the jurisdiction of the Conseil constitutionnel to the control of laws which have not yet entered into force, the decision of the European Court of Human Rights in the case *Chassagnou v. France* is taken as an example for an intensive control of national Parliaments by the European Court of Human Rights as for their respect of the proportionality principle, even after the entry into force of a law. This quasi-constitutional jurisdiction exercised by the European Court of Human Rights is further underlined by the fact that the French Conseil d'Etat in its more recent jurisprudence uses the Convention as a means of an *ex-post* control for laws, which have already entered into force. The *Lorenzini* case, in which the Conseil d'Etat refused to apply a law that – contrary to Art. 6 of the Convention – did not provide for a public hearing, is an excellent illustration for the export of the control exercised by the European Court of Human Rights into the national legal systems. In fact, the Conseil d'Etat to some extent overcomes the limitations placed on the Conseil constitutionnel by the French constitution when it assumes the functions of constitutional control by introducing what is called a review of conventionality. The "constitutional effects" of the Convention are also reflected in the discussions in the United Kingdom concerning the incorporation of the Convention into national law and possible means of its application by the national courts.

In a second part the article takes up the effects for national constitutional systems just described, in order to inquire more specifically into the changes which national constitutions are undergoing as a consequence of increased international law making, which constitutes one of the symptoms of globalization. Starting from the historical development of national constitutions, three main functions of a constitution are distinguished: 1) the organizational function, describing the fact that the constitution organizes the exercise of public authority, 2) the limitation function referring to the constitution's task to limit public authority by establishing fundamental rights and freedoms of the citizens, and 3) the integration function which relies on the constitutional theory of Rudolf Smend in order to describe the mutual influence of political organization or decision-making and social integration. This second part of the article argues that the main difference between the era

---

<sup>100</sup> Summary by the author.

of globalization and that of the national state should be seen in the fact that the constitution in the national state organized all three constitutional functions within the same political entity, i.e. the national state, while the internationalization of political decision-making results in dividing the formerly united constitutional functions. Granting political authority to international bodies involves questions of constitutional organization (especially the question of assuring democratic structures) on the international level and creating legally binding international fora for the protection of human rights raises the limitation function of national constitutional law to the international level. The conclusion of the second part is that an international treaty like the European Convention on Human Rights with its own enforcement mechanism may be qualified as a treaty with constitutional elements, since it adds to the limitation function of national constitutional law and national constitutional courts.

The third part of the article takes up the qualification of the European Convention on Human Rights as a Treaty with constitutional elements and draws conclusions from that qualification with respect to the position of the Convention in the German domestic legal order and concerning its relevance in both the international context in general and more specifically European Community law. The most important consequence for the German domestic legal order is seen in the possibility to apply Art. 24, para 1 Basic Law to the Convention. If the Convention is qualified as a treaty with constitutional elements, Germany's participation may be seen as a transfer of sovereign powers to the Convention organs. Transforming the Convention into the national legal order by way of Art. 24, para. 1 Basic Law has several advantages, the most important being the possibility to found a constitutional complaint under Art. 93, para. 1, *lit. a*) Basic Law on an alleged violation of the Convention. In order to achieve this, the human rights guaranteed in the Basic Law formally serve as a means of establishing the Court's jurisdiction, while the content of the rights in question is derived from both the national and the convention guarantees. With respect to the role of the Convention in international contexts, the qualification as a treaty with constitutional elements is used to explain the recent decisions of the Strasbourg Court in the cases of *Beer and Regan v. Germany* and *Matthews v. United Kingdom*. Both cases demonstrate that the Court is about to set up a regional human rights order which does not only focus directly on the states parties to the Convention but, by using the obligations of the member states to establish the Court's jurisdiction, also extends to independent international political bodies such as the EC/EU or the European Space Agency (ESA).

In conclusion, the *Matthews* and the *Beer and Regan* decisions may be viewed as a first step of setting up a new system of separation of powers between the national and the international levels and on the international level itself. If – as the article assumes is correct – the current process of globalization requires the development of constitutional structures, which transgress the borders between national and international law while maintaining at the same time the functions now exercised by national constitutions, then the limitation function may in the future be more and more determined by decisions from Strasbourg, thus turning the Court into an important centre of European constitutional human rights jurisprudence.

