

Europäische Verfassung und Grundrechtecharta

– **Zugleich Bericht von der 30. Tagung für Rechtsvergleichung in Würzburg vom 22. bis zum 24. September 2005** –

Von Wissenschaftlichem Assistenten Dr. *Peter Szczekalla*, Osnabrück*

Manch einer mag insgeheim gedacht haben, das Thema „Europäische Verfassung und Grundrechtecharta“ sei mit der Ablehnung des Vertragsentwurfs¹ in den französischen und niederländischen Referenden schon rechtshistorisch geworden. Doch weit gefehlt: Die Vorträge und Diskussionen auf der 30. Tagung für Rechtsvergleichung vom 22. bis zum 24. September 2005 in Würzburg griffen überaus aktuelle und spannende Verfassungs- und insbesondere Grundrechtsentwicklungen auf. Für eine fundierte Beleuchtung des Gegenstands sorgte dabei nicht nur seine fachübergreifende Behandlung durch die Fachgruppen 3 (Vergleichendes Öffentliches Recht), 4 (Strafrechtsvergleichung), 8 (Europarecht) und – zeitweise – 9 (Arbeits- und Sozialrecht) der Gesellschaft für Rechtsvergleichung.²

I. Festvortrag: Der Vertrag über eine Verfassung für Europa

Schon der Festvortrag von Prof. Dr. *Jürgen Schwarze* (Universität Freiburg) zum Verfassungsvertrag schlug zentrale Pflöcke ein. Auf einem solch soliden Fundament konnte die nachfolgende Arbeitssitzung mühelos aufbauen:

1. Der Verfassungsvertrag als „brennender Weihnachtsbaum“

„Wie ein Pfarrer bei der Vorbereitung der Weihnachtspredigt“ habe er sich gefühlt, so bemerkte *Schwarze* gleich eingangs seines Referates, „als die Feuerwehr kommt, weil der Weihnachtsbaum brennt“. Noch sei es aber nicht zu spät, um diesen Weihnachtsbaum „vor seinem endgültigen Abbrennen zu bewahren“. Der Verfassungsvertragsentwurf verdiene es auch, gerettet zu werden. Er stelle einen „pragmatischen Reformschritt“ dar und bringe dabei anders als verschiedentlich vorgetragen³ „keine vollkommen neue verfassungsrechtliche Ordnung“.

2. Der Verfassungsvertrag als weitgehend unbekanntes (und gewichtiges) Wesen

In weiten Bevölkerungskreisen sei der Verfassungsvertrag ein „weitgehend unbekanntes Wesen“ geblieben. Eine Ursache dafür stelle u.a. seine Länge und Materialfülle mit 448 Artikeln auf knapp 500 Druckseiten dar, nachdem die vorgeschlagene Zweiteilung in einen Teil mit Grundaussagen einschließlich der weitgehend akzeptierten Grundrechtecharta und einen zweiten mit den bestehenden Gemeinschaftspolitiken politisch nicht durchsetzbar gewesen sei. Wahrscheinlich sei dieses gewichtige Dokument auch bei den französischen Briefträgern auf entsprechende Ablehnung gestoßen, weil sie es an alle Haushalte hätten ausliefern müssen. Trotz seines verfassungsrechtlichen Gehalts sei das Vertragsänderungsverfahren nach *Art. 48 EUV* und damit die Zustimmung aller Mitgliedstaaten erforderlich. Nach bisher vierzehn Zustimmungen und neun noch ausstehenden Entscheidungen mit teilweise notwendigen Volksabstimmungen habe man dieses Verfahren nicht etwa gestoppt, sondern „nach dem Ermessen der betroffenen Mitgliedstaaten zeitlich gestreckt“. Mit der bewusst undeutlich gehaltenen Erklärung zum Inkrafttreten, die gerade nicht zu einer *self fulfilling prophecy* habe werden sollen, und der vereinbarten „Denkpause“ sei nun erst im ersten Halbjahr 2006 mit einer weiteren Entwicklung zu rechnen.

3. Rechtsvergleichung im Verfassungsvertrag

Nahe liegend für einen Vortrag vor der Gesellschaft für Rechtsvergleichung beschäftigte sich *Schwarze* schwerpunktmäßig mit der Frage, ob die Methode der Rechtsvergleichung auch bei der Ausarbeitung des Verfassungsvertrages zur Anwendung gekommen sei. Die vom *Europäischen Gerichtshof (EuGH)* bekannte „personalisierte Rechtsvergleichung“ lasse sich durchaus auf ein neues, nicht-ständiges Gremium wie den *Europäischen Konvent* übertragen. Über die durch unterschiedliche Rechts-

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Assistent am *European Legal Studies Institute (ELSI)* – Institut für Europäische Rechtswissenschaft, Abteilung Europäisches Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung, der Universität Osnabrück <<http://www.jura.uos.de/institut/eur/Public-PS.html>>.

¹ Vertrag über eine Verfassung für Europa (Europäischer Verfassungsvertrag – EVV) v. 29. Oktober 2004, ABl. C 310 v. 16.12.2004, S. 1. Vgl. dazu auch *J. Geerlings*, Der Europäische Verfassungsprozess nach den gescheiterten Referenden in Frankreich und den Niederlanden, DVBl. 2006, # ff. (in diesem Heft).

² Programmheft (auch mit den Themen der übrigen Fachgruppen) im Internet unter <<http://www.wirtschaftsrecht.uni-freiburg.de/gfr/Programmheft%20Tagung%202005.pdf>>.

³ Ausdrücklich wandte sich *Schwarze* gegen die Ablösungsthese *Peter Gauweilers*, siehe dazu *BVerfG*, B. v. 28.4.2005 – 2 BvE 1/05 u. 2 BvR 636/05 –, DVBl. 2005, 844 – *Kein Organstreitverfahren und keine Verfassungsbeschwerde gegen Beratung des Zustimmungsgesetzes zum EVV*. Diese finde weder im Vertragstext noch in seinen Zielen eine Stütze.

traditionen geprägten Akteure habe die Rechtsvergleichung in dem Konventmodell deshalb eine „maßgebliche Rolle“ gespielt. Beispielhaft verwies *Schwarze* auf die Arbeitsgruppe zu den nationalen Parlamenten und auf die „Eingliederung bundesstaatlich-föderaler Elemente“ in den Verfassungsvertrag, bei welcher insbesondere die Stimme des damaligen baden-württembergischen Ministerpräsidenten und – als Vertreter des deutschen Bundesrats – Konventmitglieds *Erwin Teufel* „zu einem guten Teil Gehör gefunden“ habe.⁴ Gleiches gelte für die – „auch sprachlich zutreffende“ – Vereinfachung der Handlungsformen von „Verordnung“ und „Richtlinie“ hin zu „europäischem Gesetz“ und „Rahmengesetz“ in der Person des früheren italienischen Ministerpräsidenten und „erstklassigen Verwaltungsrechtsprofessors“ *Giuliano Amato* als Vorsitzendem der betreffenden Arbeitsgruppe. Die insgesamt „eher punktuell als flächendeckend und nicht systematisch“ betriebene Rechtsvergleichung habe aber auch nicht an den Grenzen Europas halt gemacht: Für die parlamentarische Kontrolle der Außenpolitik sei etwa das Beispiel der *USA* herangezogen worden.

4. Deutliche Verbesserungen im Verfassungsvertrag

Alles in allem enthalte der Verfassungsvertrag deutliche Verbesserungen gegenüber dem bisherigen Vertragssystem, so *Schwarze* in seiner Einschätzung unter Hinweis auf die „Stärkung des Demokratieprinzips“, die „sinnvollere institutionelle Ordnung“ und die „bessere Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten“. Deshalb sei die Bewertung durch den Präsidenten des Konvents, den ehemaligen französischen Staatspräsidenten *Valéry Giscard d'Estaing*, „durchaus berechtigt“: „zwar nicht perfekt, aber besser als erwartet“⁵. Das Motto „In Vielfalt geeint“ (4. Begründungserwägung der *Präambel* zum und *Art. 1-8 Abs. 2 EVV*) sei „akzeptabel umgesetzt“ worden. Man habe sich nicht auf ein bestimmtes Sachziel bezogen, sondern in einem pragmatischen Reformschritt auf „systematische Arrondierung“ und Anpassung an die Erweiterung gezielt. Bei alledem sei der Verfassungsvertrag auch nicht (mehr) mit „Landesblindheit“ geschlagen, sondern erkenne ausdrücklich die Selbstverwaltungsrechte von Bundesländern und Gemeinden⁶ an.

5. Endogene und exogene Ursachen der Ablehnung des Verfassungsvertrages: Der gefühlte Zustand der EU

„Schwachstellen“ sah *Schwarze* im Wesentlichen nur in der Länge des Textes, welcher aber politisch als Gesamtpaket von den Mitgliedstaaten so gewollt worden sei. Diese denkbare „innere“ Ursache für die Ablehnung des Verfassungsvertrages unterscheide sich von manchen ebenfalls längeren Verfassungstextteilen (etwa *Art. 16a* und *Art. 23 GG*), denen die jeweiligen Bevölkerungen aufgrund ihrer längeren Erfahrung mit mehr „Urvertrauen“ begegneten. Mit dem Luxemburger Premierminister, *Jean-Claude Juncker*, meinte *Schwarze*, dass Europa die Menschen „nicht mehr träumen“ lasse,⁷ und mit *Jürgen Habermas*, dass eine „unlesbare Verfassung die Phantasie nicht anregen“ könne.⁸

Größeres Gewicht maß *Schwarze* allerdings den „äußeren“ Ursachen für die Ablehnung des Verfassungsvertrages bei. Hier identifizierte er zum einen das Erscheinungsbild der EU zum Zeitpunkt der Präsentation des Projekts und zum anderen – und mehr noch – die „Alltagsorgen“ der Bürger im „Zeitalter der Globalisierung“. Die Referenden seien deshalb als Ventil genutzt worden. An einer wirklichen, sachbezogenen Legitimationserhöhung durch Volksabstimmungen habe er deswegen Zweifel. Es sei geradezu „paradox“, dass der Vertrag, der sich erstmalig zu einer „sozialen Marktwirtschaft“ bekenne (*Art. 1-3 Abs. 3 EVV*), in Frankreich vielfach aus Sorge um den Arbeitsplatz abgelehnt worden sei. In Anlehnung an die „gefühlten Temperaturen“ bei der modernen Wetterberichterstattung meinte *Schwarze*, dass dem Bürger das Bild der Union wesentlich trüber erscheine als es der Wirklichkeit entspreche, auch wenn er deutliche Kritik an jüngeren Gesetzgebungsvorhaben (Dienstleistungs-⁹, Anti-Diskriminierungs-¹⁰, Arbeitszeit-¹¹ und Richtlinie zur optischen Strahlung¹² sowie Chemikalienver-

⁴ Vgl. dazu auch *T. Oppermann*, Europäischer Verfassungskonvent und Regierungskonferenz 2002-2004 – Zur „gemischten“ Entstehung der Europäischen Verfassung 2004 –, DVBl. 2004, 1264 (insbes. 1267).

⁵ Siehe *A. Middel/H.-J. Leersch*, Reformkonvent bringt EU-Verfassung auf den Weg, WELT Nr. 136 v. 14.6.2005, S. 4.

⁶ Vgl. *Art. 1-5 Abs. 1 EVV*. Siehe dazu auch *H. Hoffschulte*, Kommunale Selbstverwaltung im Entwurf des EU-Verfassungsvertrages. Die Ergebnisse des „Konvents zur Zukunft Europas“ von 2002/2003 (und der EU-Regierungskonferenz vom Juni 2004), DVBl. 2005, 202 ff.

⁷ Siehe *M. Scherer*, Handelsblatt Nr. 105 v. 03.06.2005, S. 2 („In schlechter Verfassung. Endzeitgesang der Eurokraten. Nach dem Desaster in den Niederlanden macht sich in Brüssel Pessimismus breit“), sowie *M. Stabenow*, F.A.Z. Nr. 126 v. 3.6.2005, S. 3 („Nach Holland ist ganz Europa in Not. Zeitschinderei in Brüssel“).

⁸ Vgl. *SZ* v. 6.6.2005, S. 15 („Über die Köpfe hinweggerollt. Europas GAU – Anreiz oder Lähmung? Der Streit um die politische Perspektive der EU muss produktiv ausgetragen werden“).

⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt – KOM(2004) 2 endg. vom 25.02.2004 – *DienstleistungsRLE*.

¹⁰ Namentlich die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373 vom 21.12.2004, 37 – *GleichbehandlungsRL (Zugang zu Gütern u. Dienstleistungen)*.

¹¹ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, KOM(2005) 246 endg. vom 31.5.2005 – *ArbeitszeitänderungsRLE (Geändert)*.

ordnung [REACH]¹³) übte („eindeutig übertrieben“), die aber teilweise einer unrühmlichen „Doppelspiel“-Strategie folgten (nationale Bürokratien griffen Ideen von Interessenverbänden auf und reichten diese „mit der Bitte um Gemeinschaftsgesetzgebung“ nach Brüssel weiter, um bei etwaigen Problemen den Gemeinschaftsorganen „die Schuld in die Schuhe zu schieben“, was von den Medien häufig „begierig aufgegriffen“ werde). Außerdem rügte *Schwarze* einen „ungezügeltten Erweiterungsdrang“ auf Seiten der EU und plädierte stattdessen für ein Modell „privilegierter Partnerschaften“ nicht nur gegenüber der Türkei. Es sei eine „Illusion“, dass zwischen Erweiterung und Vertiefung kein Gegensatz bestehe.

6. Zukunftsperspektiven des Verfassungsvertrages

„Getreu der Einsicht¹⁴, dass Prophezeiungen besonders schwierig sind, wenn es um die Zukunft geht“, hielt sich *Schwarze* mit seiner Einschätzung der tatsächlichen Erfolgchancen des Verfassungsvertrages eher zurück. Jedenfalls bestehe zu Pessimismus „durchaus Anlass“. Neben dem endgültigen Aus oder einer überraschenden späteren Annahme kämen auch Teillösungen in Betracht, etwa eine Beschränkung auf die eigentlichen verfassungsmäßigen Teile I, II und IV in weiterer textlicher Verdichtung, was allerdings der bisher abgelehnten Zweiteilung zuwiderlaufen würde. Bei der Grundrechtscharta bestehe allerdings weitestgehend Einigkeit über deren Sinn und Funktion. Einzelne institutionelle Änderungen könnten auch im traditionellen Vertragsänderungsverfahren oder gar nur durch interinstitutionelle Vereinbarungen umgesetzt werden, wobei diesen aber deutliche normative Grenzen gesetzt seien (keine grundlegende Änderung des Zusammenspiels der Organe), die Einführung des Prinzips der doppelten Mehrheit in der vorgesehenen Form jedenfalls nicht möglich sei. Bei alledem müsse aber auch durch eine „aktive Veränderung der Rahmenbedingungen“ eine „Einstellungsänderung der Öffentlichkeit“ bewirkt werden, um auf diese Weise die Akzeptanz des Verfassungsvertrages zu erhöhen.

II. Arbeitssitzung: Europäische Verfassung und Grundrechtecharta

Gegenstand der Arbeitssitzung waren allgemeine (1. und 2.) und spezielle Grundrechts- (4.) sowie Kompetenzfragen (3.). In Verbindung mit den sehr lebhaften Diskussionen wurden dabei nahezu alle klassischen und aktuellen Brennpunkte, von der Ausbildung in Sachen Rechtsvergleichung bis hin zur Haftung für rechtmäßiges Verhalten in den vielgestaltigen Embargo- und Kontensperre-Fällen, angesprochen:

1. Schutz der Grundrechte im „Bermuda-Dreieck“ zwischen Karlsruhe, Straßburg und Luxemburg

a) „Inflation der Grundrechte“ und „Übermaß an Recht“

Im Eingangsreferat erinnerte Prof. Dr. *Günter Hirsch*, Präsident des Bundesgerichtshofs (Karlsruhe) und – unter anderem – früherer „deutscher“ Richter am EuGH, zunächst an das schon von *Cicero* zitierte Sprichwort vom höchsten Recht als höchstem Unrecht¹⁵ und mahnte, dass ein „Übermaß an Recht“ irgendwann auch einmal in Unrecht umschlagen könne. Das „einst hart erkämpfte und deshalb auch so kostbare Gut der Grund- und Menschenrechte“ erlebe derzeit eine Inflation: Regelungen fänden sich im Grundgesetz, in den Landesverfassungen, im EU-Recht, in der EMRK und in internationalen Abkommen. Der Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Grundgesetzes, des europäischen Gemeinschaftsrechts und der EMRK finde deshalb in einer Art „Bermuda-Dreieck“ zwischen Karlsruhe, Straßburg und Luxemburg statt.

b) Grundgesetz und Gemeinschaftsgrundrechte: Pragmatische Abgrenzung im Kooperationsverhältnis

Zwischen dem Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz und dem des europäischen Gemeinschaftsrechts gebe es mindestens zwei tradierte Unterschiede: Erstens enthalte das Grundgesetz einen geschriebenen Grundrechtskatalog, während in der EU ein Grundrechtsschutz „durch Richterrecht auf Basis allgemeiner Rechtsgrundsätze mit Bezugnahmen auf die EMRK“ zu verzeichnen sei, wobei die geschriebene Grundrechtscharta nunmehr aber als Teil 2 des EVV vorgesehen sei. Zweitens könne nach deutscher Rechtslage jedermann Verfassungsbeschwerde erheben, während im Gemeinschaftsrecht Vorlageverfahren und mitgliedstaatliche oder Organklagen im Vordergrund stünden. Probleme ergäben sich deshalb bei der Anwendung sekundären

¹² Der ursprüngliche Entwurf datiert allerdings schon aus dem Jahr 1992: Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen, KOM(1992) 560 endg. = ABl. C 77 vom 18.3.1993, S. 12 – „*SonnenscheinRL*“. Unter allgemeiner Erheiterung zitierte *Schwarze* dazu nur die Überschriften von Zeitungsartikeln („Die Sonne – ein weiterer Feind der EU“, SZ vom 27.6.2005, S. 21, sowie „Baustellen mit Zirkuszelteln“, F.A.Z. Nr. 159 vom 12.7.2005, S. 19).

¹³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (Reach), zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe sowie zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und der Verordnung (EG) (über persistente organische Schadstoffe), KOM(2003) 644 endg. – *REACH*. Vgl. dazu auch *P. Szczechalla*, Umgestaltung des deutschen Chemikalienrechts durch europäische Chemikalienpolitik, DVBl. 2003, 647 ff.

¹⁴ Wahlweise *Karl Valentin*, *Mark Twain*, *Mao Tse-tung*, *Winston Churchill* oder *Yogi Berra* sowie allen sog. Konjunktexperten zugeschrieben.

¹⁵ „Summum ius summa iniuria“ (De Officiis I, 10, 33).

Gemeinschaftsrechts, insbesondere und unmittelbar bei Verordnungen oder mittelbar bei der Anwendung Richtlinien umsetzenden nationalen Rechts. Das werfe die Frage auf, ob ein nationales Verfassungsgericht den Umsetzungsakt und damit mittelbar auch das Gemeinschaftsrecht prüfen könne. Die Antwort folge aus den *Art. 230 und 234 EGV* sowie aus dem vom BVerfG akzeptierten Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und dem Verwerfungsmonopol des EuGH: Das Gemeinschaftsrecht könne danach vom nationalen Verfassungsgericht weder wegen Verstoßes gegen das nationale Verfassungsrecht noch wegen Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze für ungültig erklärt werden. Vorbehalten habe sich das BVerfG aber eine Unanwendbarkeitserklärung bei einer Verletzung des „Wesens nationaler Grundrechte“ oder bei Gemeinschaftsverhalten *ultra vires*. Danach bestimme das nationale Verfassungsgericht die Grenzen für den nationalen Gesetzgeber bei der Übertragung von Hoheitsrechten, also die Reichweite des Anwendungsbefehls bzw. Transferakts. Bildlich gesprochen gehe es um die Tragfähigkeit der Brücke, über die das Gemeinschaftsrecht nach Deutschland hereinfließe und die bei einem *ultra vires* Verhalten oder bei einer Verletzung des „Kernbestandes der deutschen Grundrechte“ erschöpft sei. Eine Verfassungsbeschwerde könne zwar nur gegen Akte deutscher Hoheitsgewalt erhoben werden. Diese liege aber auch dann vor, wenn ein deutscher Hoheitsträger Gemeinschaftsrecht vollziehe. Das BVerfG habe mit seinen beiden *Solange*-Entscheidungen¹⁶ insoweit eine „pragmatische Abgrenzung“ seiner Gerichtsbarkeit von der des EuGH auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes – und nur auf diesem – vorgenommen. Dabei handle es sich um eine „dogmatisch interessante Konstruktion“: Das BVerfG übe seine eigene Rechtsprechungstätigkeit nicht mehr aus, weil eine andere, supranationale Instanz „das auch sehr gut macht“. Das stelle einen „pragmatischen Kompromiss“ bei der Lösung des Problems dar. Die *Bananenmarkt*-Entscheidung konkretisiere diese Rechtsprechung:¹⁷ Verfassungsbeschwerden und Vorlagen seien von vornherein unzulässig, wenn nicht dargelegt werde, dass der Grundrechtsstandard unter das unabdingbar Erforderliche abgesunken und der Grundrechtsschutz generell – also bei „Unschädlichkeit von Ausreißern“ – nicht mehr gewährleistet sei. Vor der Feststellung eines solchen „strukturellen Grundrechtsdefizits“ sei aber eine Vorlage an den EuGH als gesetzlichen Richter erforderlich. Diese Gefahr werde – ungeachtet dogmatischer Probleme – allerdings durch Kooperation weitgehend gebannt. Bei der Kompetenzabgrenzung sei das Problem hingegen noch nicht gleichermaßen entschärft wie auf dem Feld der Grundrechte, meinte *Hirsch* unter Hinweis auf das Verfahren *Tanja Kreil*¹⁸, wollte die Frage angesichts seiner Themenstellung aber nicht weiter vertiefen.

c) Grundgesetz und EMRK: Wechselseitiger *judicial self restraint*

Das Verhältnis zwischen dem deutschen Grundrechtsschutz und dem nach der EMRK schätzte der Referent als „in den letzten Monaten besorgniserregend aufgeheizt“ ein. Dabei sei die *Caroline*-Entscheidung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGHMR)*¹⁹ offenbar als „Kriegserklärung“ empfunden worden, die deutsche *Görgülü*-Entscheidung²⁰ demgegenüber – in Anlehnung an *Pernice*²¹ – als „Aufkündigung der Verfassungstreue durch das BVerfG“. Die EMRK werde immer noch nur als einfaches Gesetz angesehen. Das letzte Wort habe die deutsche Verfassung und damit das BVerfG. Die Entscheidungen des EuGHMR seien nicht verbindlich, sondern müssten nur in den Willensbildungsprozess einbezogen werden. Die Gefolgschaft könne dabei durchaus verweigert werden. Teilweise werde angenommen, dass das Kohärenzproblem damit gelöst sei. Allerdings müsse man dann „grundrechtswidrige Menschenrechte“ annehmen. *Hirsch* war demgegenüber der Ansicht, dass das BVerfG „ohne Not“ auf etwaige Beschränkungen der Bindungswirkung von EuGHMR-Entscheidungen eingegangen sei. In der Literatur werde die Motivation des BVerfG als „von geradezu bewusster Schlichtheit“ gerügt – das Gericht habe offenbar nur nach einer Gelegenheit gesucht, den „Fehdehandschuh“ nach der *Caroline*-Entscheidung aufzugreifen.²² Die Kritik an der *Caroline*-Entscheidung fand *Hirsch* selbst „verständlich“. Man müsse aber auch Verständnis dafür haben, dass der EuGHMR für 46 Vertragsstaaten Recht spreche und dass es dabei Differenzen zum Grundgesetz geben könne. Problematisch sei der „Eindruck auf andere Mitgliedstaaten der EMRK“. Solange ein Gericht von einem anderen *judicial self restraint* einfordere, aber selbst nicht dazu bereit sei, sei die Frage nicht wirklich gelöst. Zu Recht habe der Präsident des BVerfG angemahnt, dass sich der EuGHMR stärker auf Grundsätze konzentrieren und nicht in die Einzelheiten hineingehen solle.²³ Dafür habe er „viel Verständnis“. Gleiches solle allerdings auch für die Fachgerichtsbarkeit gelten, forderte der Präsident des BGH.

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 29.5.1974 – 2 BvL 52/71 – E 37, 271; 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – E 73, 339 – *Solange-I und -II*.

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 7.6.2000 – 2 BvL 1/97 – E 102, 147 = DVBl. 2000, 1547 L – *Bananenbeschluss*.

¹⁸ EuGH, 11.1.2000 – Rs. C-285/98 (Kreil) – E 2000, I-69 = DVBl. 2000, 336, 476 L mit Anm. C. Koch, ebd., 476 ff. – *Frauen in die Bundeswehr*. Siehe dazu auch R. Streinz, *Frauen an die Front. Bewertung und Folgen der Urteile des EuGH*, DVBl. 2000, 585 ff.

¹⁹ EuGHMR, Urteil vom 24.6.2004 (S III) – 59320/00 (Caroline von Hannover/Deutschland) – DVBl. 2004, 1091 und 1226 L mit krit. Anm. R. Vetter/N. Warnecke, ebd., 1226 ff. – *Caroline-Paparazzi-Fotos*.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – DVBl. 2004, 1480 – *Berücksichtigungspflicht von EuGHMR-Entscheidungen*, betr. *EuGHMR*, Urteil vom 26.02.2004 (S III) – 74969/01 (Görgülü/Deutschland) – EuGRZ 2004, 700 = NJW 2004, 3397 – *Verlust des Sorge- und Besuchsrechts des biologischen Vaters nach Adoption*.

²¹ Siehe etwa I. Pernice, BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft, EuZW 2004, 705.

²² Unter Hinweis auf D. Buschle, Ein neues „Solange“? Die Rechtsprechung aus Karlsruhe und Straßburg im Konflikt, VBIBW 2005, 293 (295).

²³ Siehe dazu P. Szczekalla, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Zugleich Bericht vom Dritten Europäischen Juristentag in Genf vom 7. bis zum 9. September 2005 –, DVBl. 2005, 1425 ff. (insbes. 1428).

d) Gemeinschaftsgrundrechte und EMRK: Abrüstung des schwebenden Waffenarsenals

Mit der vor kurzem in der *Bosphorus*-Entscheidung²⁴ eingeführten „Äquivalenzprüfung“ habe der EuGHMR gegenüber der EU die EMRK als „Verfassungsinstrument der europäischen öffentlichen Ordnung auf dem Gebiet der Menschenrechte“ betont. Inzwischen hingen also mindestens zwei Damoklesschwerter über dem EuGH. Dass dieser „bei diesem Waffenarsenal noch ruhig schlafen“ könne, möge erstaunen. Ob es sich bei dem zweiten Schwert um ein scharfes oder stumpfes handele, hänge von etwaigen materiellen Divergenzen in der Rechtsprechung ab. Bei der vom EuGH seinerzeit abgelehnten Einbeziehung von Geschäftsräumen in den Schutzbereich der Unverletzlichkeit der Wohnung²⁵ sei jedenfalls im Hinblick auf eine spätere Entscheidung des EuGHMR²⁶ eine gewisse Distanz sichtbar geworden, welche aber heute „sicher nicht mehr so erkennbar“ sei, meinte *Hirsch* unter Hinweis auf *Art. 6 EUV* sowie *Art. I-9 Abs. 2* und die „Homogenitätsklausel“ des *Art. II-112 Abs. 3 EVV*. Bisher habe sich der EuGH auch immer an eine bestehende Interpretation der EMRK durch den EuGHMR angeschlossen.²⁷

e) Der Mythos vom Bermuda-Dreieck im Rechtsraum

Schließlich ging *Hirsch* der titelgebenden Frage nach, ob es ein dem „Mythos vom Bermuda-Dreieck“ ähnliches Phänomen im Rechtsraum gebe, nämlich ein „Verschwinden von Grundrechten“ in der „Überschneidungs-“ oder „Anschlusszone“. Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH werde jedenfalls tatsächlich praktiziert. Gute Beispiele seien hier die Verfahren *Pupino*²⁸ und *Europäischer Haftbefehl*²⁹. Im erstgenannten Verfahren habe der EuGH „nur“ eine Auslegung „so weit wie möglich“ nach den Zielen des Rahmenbeschlusses³⁰ verlangt und keine Pflicht zur Auslegung *contra legem* statuiert. Das BVerfG habe demgegenüber keine Kontrolle des Rahmenbeschlusses selbst praktiziert, sondern „nur“ das deutsche Umsetzungsgesetz³¹ geprüft. Hier sei ein Bemühen beider Gerichte erkennbar, nicht in die Sphäre des jeweils anderen einzudringen. Derzeit sehe er keine Konflikte auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes zwischen BVerfG und EuGH, so *Hirsch*. Allerdings sei es „sicherlich förderlicher“, wenn das BVerfG seine eigene Vorlagepflicht auch einmal praktizieren würde. Das Gegenargument, dass man nicht das Gemeinschaftsrecht, sondern nur das Grundgesetz anwende, verkenne die Vorlagepflicht, welche gemeinschaftsrechtlich definiert sei. Der EuGH erkenne schließlich das Primat des EuGHMR zur Festlegung des Inhalts der Grund- und Menschenrechte an. Jedenfalls derzeit gebe es insoweit keine Spannungen. Problematisch sei allerdings das Verhältnis von BVerfG und EuGHMR. Hier seien Konflikte vorprogrammiert. Die Anregung der ehemaligen Präsidentin des BVerfG, *Jutta Limbach*, aus prozessökonomischen Gründen eine umfassende Prüfung vorzunehmen,³² sei bisher jedenfalls nicht aufgegriffen worden. Deshalb bestehe hier tatsächlich die Gefahr, dass die Menschenrechte „im Rhein verschwinden“. Zwar könne man sagen, wer unterschiedliches Verfassungsrecht säe, werde auch unterschiedliche Verfassungsrechtsprechung ernten.³³ Doch gehe dies zu Lasten des hohen Gutes der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Das Vertrauen der Bürger in die Einheit oder jedenfalls Kohärenz der Rechtsordnung drohe verloren zu gehen. Die Kohärenz der Grundrechtsordnungen stelle einen „hohen Rechtswert“ dar.

²⁴ EuGHMR, Urteil vom 30.06.2005 (Große Kammer) – 45036/98 (*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS/Irland*), <<http://www.echr.coe.int/>> – *Embargo gegen Ex-Jugoslawien* = Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2005, 176 ff. (*P. Szczekalla*).

²⁵ EuGH, Urteil vom 21.09.1989 – verb.Rs. 46/87 u. 227/88 (*Hoechst/Kommission*) – E 1989, 2859 = NJW 1989, 3080 – *Kein Schutz von Geschäftsräumen-I*.

²⁶ EuGHMR, Urteil vom 23.11.1992 (Kammer) – 72/1991/324/396 – 13710/88 (*Niemietz/Deutschland*) – E 251-B, 23, 33 ff. §§ 29-33 – *Anwaltskanzlei-durchsuchung* = EuGRZ 1993, 65 = NJW 1993, 718 = ÖJZ 1993, 389. Siehe aber auch schon EuGHMR, Urteil vom 24.2.1989 (Kammer) – 17/1987/140/194 – 10461/83 (*Chappell/Vereinigtes Königreich*) – E 152-A, 21 ff. §§ 50 ff. – *Videotauschclub*, betr. eine Mischnutzung.

²⁷ Siehe bspw. EuGH, Urteil vom 15.10.2002 – verb.Rs. C-238/99 P u.a. (*Limburgse Vinyl Maatschappij NV [LVM] u.a./Kommission*) – E 2002, I-8375 Rdnr. 258 ff. (274) = WuW 2002, 1257 – *PVC-Verfahren*.

²⁸ EuGH, Urteil vom 16.6.2005 – Rs. C-105/03 (*Maria Pupino*) – DVBl. 2005, 1189 = EuZW 2005, 433 m. Anm. C. Herrmann, ebd., 436 ff. – *Vernehmung kindlicher Zeugen*.

²⁹ BVerfG, Urteil vom 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04 – DVBl. 2005, 1119 – *Europäischer Haftbefehl*.

³⁰ Hier: Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – ABl. L 190 vom 18.07.2002, S. 1.

³¹ Europäischen Haftbefehlgesetz vom 21.7.2004 (Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union) – BGBl. I v. 26.7.2004, S. 1748.

³² Vgl. *J. Limbach*, Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur. Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 2000, 417 (418).

³³ Unter Hinweis auf *W. Hoffmann-Riem*, Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 2002, 473 (473), der selbst eine Formulierung von *U. Steiner*, Richterliche Grundrechtsverantwortung in Europa, in: M.-E. Geis/D. Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung. FS Maurer, 2001, S. 1005 (1014), abwandelt.

f) Diskussion: „Ausbrechende“ Rechtsakte, „kluge Rechtsprechungspolitik“, „Grundrechtsinterpretation im Gleichschritt“ und „grundrechtliche Dolchstoßlegenden“

In der Diskussion wies zunächst Prof. Dr. *Hans-Werner Rengeling* (Universität Osnabrück) darauf hin, dass ein Gemeinschaftsrechtsakt nach der Rechtsprechung des BVerfG „ausbrechen“ müsse, um unanwendbar zu sein. Seine bloße Kompetenzwidrigkeit reiche also offenbar nicht aus. Außerdem wollte er wissen, wie weit die Bindungswirkung der Gemeinschaftsgrundrechte reiche, gerade im Hinblick auf das *Kreil*-Verfahren³⁴. *Hirsch* meinte, dass „ausbrechen“ vielleicht doch mit „*ultra vires*“ übersetzt werden könne. Dabei würden Evidenzgesichtspunkte eine Rolle spielen müssen. Eine endgültige Klärung könne aber wohl nur eine „Solange III“-Entscheidung bringen. Möglicherweise werde diese die Mahnung an den EuGH enthalten, dass das BVerfG auch hier seine Rechtsprechung nicht mehr ausübe, „solange sich der EuGH ernsthaft mit Kompetenzfragen beschäftigt“. Im *Kreil*-Verfahren habe es eine lange Diskussion im Richterkollegium über die Frage gegeben, ob man überhaupt entscheiden könne. Bei der Definition des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts sei es um die streitgegenständliche Richtlinie gegangen, die keinen generellen Ausschluss aus allen Berufsgruppen zugelassen habe. Auf die Zusatzfrage von *Rengeling*, was denn gelte, wenn eine Richtlinie gar nicht existiere, meinte *Hirsch* sibyllinisch, dass die Existenz der Richtlinie die Entscheidung jedenfalls erleichtert habe.

Auf die folgende Bemerkung von Prof. Dr. *Claus Dieter Classen* (Universität Greifswald), dass es doch nur um unterschiedliche Perspektiven gehe, wenn dem „Vater Görgülü“ in der Vergangenheit Unrecht getan worden sei, während jetzt die Sorge um das Kindeswohl im Vordergrund stehe, erwiderte *Hirsch* knapp, dass jedes Gericht meine, richtig entschieden zu haben. Prof. Dr. *Dieter H. Scheuing* (Universität Würzburg) machte in seinem grundlegenden Diskussionsbeitrag zum Verhältnis zwischen EMRK und Grundgesetz darauf aufmerksam, dass es in denjenigen Fällen, in welchen zwei Private beteiligt seien, gar keinen Mindeststandard geben könne. Es bestehe jedenfalls aller Anlass, der EMRK Verfassungsrang zu gewähren. Eine Beschränkung des EuGHMR auf die Entscheidung von Grundsätzen sei nicht durchführbar, da sich die eigentlichen Probleme bei der Anwendung dieser Grundsätze im Einzelfall ergäben. Besser sei es allemal, die Große Kammer des EuGHMR anzurufen. Kritik übte *Scheuing* an der *Bosphorus*-Entscheidung des *EuGHMR*³⁵: Hier finde jetzt gar kein Grundrechtsschutz mehr statt. Das könne gegenüber Deutschland eigentlich auch gehen. Jedenfalls im Falle eines Beitritts sei hier aber wohl eine Änderung notwendig. Denn dann stehe der EuGH nämlich auch formell auf gleicher Stufe wie jedes andere Verfassungsgericht auch. Insgesamt handele es sich zwar um eine „kluge Rechtsprechungspolitik“. Diese sei aber „keinesfalls kohärent“. *Hirsch* bezweifelte in seiner Antwort einen „Mehrwert für den Grundrechtsschutz“, wenn 15 Richter am EuGH den Grundrechtsschutz festlegten und das Ergebnis dann noch von Straßburg überprüft werde, wo möglicherweise auch ein ukrainischer Richter sitze. Dabei gab er offen zu, dass dies natürlich kein dogmatischer Einwand sei. Er frage sich aber, ob es wirklich ein sinnvolles Konstrukt darstelle, wenn man nochmals eine Überprüfung vorsehe. Er halte *Bosphorus* jedenfalls für eine „sehr gute Entscheidung“.

Prof. Dr. *Ulrich Everling* (Universität Bonn) meinte, dass *Bosphorus* wie *Solange II* zu verstehen sei. Das sei schon deshalb gut, weil der *EuGHMR* in seinen Fällen ertrinke. Auch früher habe es schon Kontakte zwischen EuGH und EuGHMR sowie ein Bestreben gegeben, die EMRK zu wahren. Im *Hoechst*-Fall³⁶ habe etwa der stellvertretende Vorsitzende der damaligen Kommission für Menschenrechte prognostiziert, dass der EuGHMR Geschäftsräume nicht in den Schutzbereich der Wohnungsgarantie einbeziehen werde. Auch bei der EMRK seien Hoheitsrechte im Sinne von *Art. 24 GG* übertragen worden. Eine Änderung der Rechtsprechung sei möglich, weil es einen Wandel von der reinen Staatsgerichtetheit zur Bürger- und Staatengerichtetheit gegeben habe. Mit der Anordnung der Entlassung eines Gefangenen durch den *EuGHMR*³⁷ seien jedenfalls eindeutig Hoheitsrechte in Anspruch genommen worden. Schließlich nehme die EMRK am Vorrang des Gemeinschaftsrechts teil. *Hirsch* bedankte sich für diesen hochinteressanten Beitrag, der es auch verdiene, mit dem BVerfG erörtert zu werden.³⁸ Abweichungen zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK hielt er allerdings „möglicherweise“ für notwendig. So frage er sich, ob man bei den Kartellgeldbußen tatsächlich und ohne weiteres alle Garantien wie bei den „üblichen“ strafrechtlichen Vergehen verlangen könne. Es gebe nun einmal „spezifische Eigenschaften“ des Gemeinschaftsrechts in einigen Gebieten, bei denen es durchaus fraglich sei, ob man bei der Interpretation der Grundrechte wirklich „im Gleichschritt marschieren“ solle.

³⁴ Siehe oben, Fußn. 18.

³⁵ Vgl. oben, Fußn. 24.

³⁶ Siehe oben, Fußn. 25.

³⁷ Vgl. *EuGHMR*, Urteil vom 8.4.2004 (Große Kammer) – 71503/01 (As[s]janidse/Georgien) – *EuGRZ* 2004, 268 mit Besprechung *M. Breuer*, ebd., 257 ff. – *Verantwortlichkeit des Gesamtstaats für autonome Teilrepublik/Anordnung von Abhilfemaßnahmen bei Nichtfreilassung nach rechtskräftigem Freispruch*.

³⁸ Von dessen Präsidenten, Prof. Dr. *Hans-Jürgen Papier*, wurde der Vorstoß *Everlings* indes vor kurzem gerade nicht aufgegriffen, siehe *P. Szczekalla* (oben, Fußn. 23), 1429.

Prof. Dr. *Oliver Dörr* (Universität Osnabrück) wartete mit einer anderen, eher positiven Interpretation der *Görgülü-Entscheidung*³⁹ auf und widersprach indirekt *Everling*: Deutsche Fachgerichte müssten zukünftig Entscheidungen des EuGHMR „qua Verfassung beachten“, was auch verfassungsbeschwerdefähig sei. Mehr gehe wirklich nicht. Das BVerfG dürfe nämlich deutsche Hoheitsgewalt gar nicht unmittelbar am Maßstab der EMRK prüfen. *Hirsch* widersprach dem jedenfalls insoweit, als die Fachgerichte die EuGHMR-Entscheidungen „nur berücksichtigen, nicht aber beachten müssten“. Prof. Dr. *Ulrich Fastenrath* (Universität Dresden) kritisierte die bisherige, für ihn „sehr deutsche Diskussion“. Man könne fast den Eindruck haben, dass sich die sich Gerichte „hinterrücks erdolchen“, so dass sich hier vielleicht sogar die Frage nach der Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots stelle. Immerhin gehe es um den europäischen *ordre public*, der eine gemeinsame Wurzel aufweise. Die Grundrechte müssten völkerrechtsfreundlich ausgelegt werden. Bei der Frage, ob es überhaupt eine Diskrepanz geben könne, müsse der EuGHMR die *margin* ernst nehmen. Jeder Richter meine, dass er den Stein der Weisen gefunden habe. Das machten „jetzt sogar OLG-Richter in Naumburg“. *Hirsch* bemerkte dazu, dass er selbst auch sehr „für Abrüstung“ sei. Prof. Dr. *Eibe Riedel* (Universität Mannheim) strich in seinem Diskussionsbeitrag einen Gegensatz zwischen Homogenitäts- und Pluralitätsinteresse heraus und stellte drei Lösungsansätze vor: einen Vorrang der EMRK, eine umfassende Prüfung durch das BVerfG (wie von *Limbach* vorgeschlagen) und schließlich informelle Kontakte zwischen den Gerichten. *Hirsch* hielt den Vorrang für politisch nicht durchsetzbar. Bei offiziellen Kontakten werde die Rechtsprechung zudem „leider“ oft ausgeklammert, weil der gegenseitige Respekt zu groß sei. Daneben gebe es aber durchaus informelle Gespräche, bei denen man versuche, den Kollegen zu überzeugen. Prof. Dr. *Christian Starck* (Universität Göttingen) wies auf die „exzessive Umsetzung“ des *Kreil-Urteils*⁴⁰ hin, wonach Frauen auch in U-Booten dienen könnten. Über die *Caroline-Entscheidung*⁴¹ habe er sich gefreut und sie als Bestätigung seiner einschlägigen Kommentierung empfunden. *Hirsch* gab daraufhin zu, dass er sich persönlich auch über diese Entscheidung gefreut habe. Was den Zugang von Frauen zu den Streitkräften anbelangt, machte er schließlich auf die Rechtfertigung einer Sperrung der *Royal Marines* für Frauen aufmerksam,⁴² „auch wenn Frau *Sirdar* als Köchin sicher sehr gut mit dem Messer kämpfen kann“.

2. Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des europäischen Verfassungsvertrages

Prof. Dr. *Peter-Christian Müller-Graff* (Universität Heidelberg) wies eingangs seines Referates darauf hin, dass das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten schon bisher Gegenstand der Rechtsprechung gewesen sei.⁴³ Möglicherweise gebe es aber neue Anregungen durch den *EVV*. Gegenwärtig gewährleiste das positive Recht jedenfalls nur die Grundfreiheiten, während die Grundrechte „nur im primären Unionsrecht“ in *Art. 6 Abs. 2 EUV* Erwähnung fänden. Auf der Grundlage der bisherigen Literatur unter Kontrolle anhand der Normtexte untersuchte *Müller-Graff* sodann das generelle Verhältnis zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten (a)), die jeweilige dogmatische Struktur (b)) sowie ein „Kooperations-“ (c)) und ein Konfliktverhältnis (d)) zwischen beiden Normgattungen.

a) Generelles Verhältnis: Begrenzte Differenzthese (Schutz v. Chancen und Integrationsfunktion)

Das generelle Verhältnis zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten sei durch Unterschiede und Überschneidungen oder Ergänzungen gekennzeichnet. Im geltenden Gemeinschaftsrecht handele es sich jeweils um unmittelbar anwendbare, subjektive Rechte. Die Rechtsträger könnten sich darauf berufen, und Behörden sowie Gerichte müssten sie *ex officio* anwenden. Die Unterschiede seien „sachgegenständlich“: Grundfreiheiten seien „chancengewährende“, Grundrechte „schutzgewährende“ Rechte. Der EMRK komme „im Huckepack“ Vorrang zu, meinte *Müller-Graff* unter Hinweis auf die *Carpenter-Entscheidung*⁴⁴, deren Überzeugungskraft er ausdrücklich dahingestellt sein ließ, die er später aber dann doch wieder mahnend aufgriff⁴⁵. Es sei eine „institutionelle Integrationsaufgabe“, die Grundfreiheiten „funktionsfähig“ zu machen oder zu erhalten.

³⁹ Siehe oben, Fußn. 20.

⁴⁰ Siehe oben, Fußn. 18.

⁴¹ Vgl. oben, Fußn. 19.

⁴² Siehe EuGH, Urteil vom 26.10.1999 – Rs. C-273/97 (*Sirdar/The Army Board and Secretary of State for Defence*) – E 1999, I-7403 = DVBl. 2000, 37 – *Köchin bei den Royal Marines*.

⁴³ Namentlich nannte er dabei die Fälle EuGH, Urteil vom 18.6.1991 – Rs. C-260/89 (ERT/DEP) – E 1991, I-2925 – *Griechisches Fernsehmonopol*, 15.12.1995 – Rs. C-415/93 (*Bosman*) – E 1995, I-4921 = DVBl. 1996, 167 L – *Ablösesummen und Ausländerklauseln*, 26.6.1997 – Rs. C-368/95 (*Familiares*) – E 1997, I-3689 – *Kreuzwörterrätsel-I („Laura“)*, 11.7.2002 – Rs. C-60/00 (*Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department*) – E 2002, I-6279 = DVBl. 2002, 1342 – *Aufenthaltsrecht für Ehefrau aus Drittstaat bei grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung des Ehemannes*, 12.6.2003 – Rs. C-112/00 (*Schmidberger/Österreich*) – E 2003, I-5659 = DVBl. 2003, 1200 – *Brenner-Blockade*, und 14.10.2004 – Rs. C-36/02 (OMEGA Spielhallen- u. Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Stadt Bonn) – DVBl. 2004, 1476 – *Laserdrome*. Allgemein zum Verhältnis und für eine grundrechtstheoretische Gleichstellung *P. Szczekalla*, *Wirtschaftliche Grundrechte und EG-Grundfreiheiten – Grundrechte und -freiheiten ernst genommen* –, in: T. Bruha/H.A. Petzold/C. Nowak (Hrsg.), *Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt: Neuere Entwicklungen und Perspektiven* (2004), S. 79 ff. m.w.N.

⁴⁴ Siehe oben, Fußn. 43.

⁴⁵ Vgl. unten, Text bei Fußn. 52 und 54.

Grundrechten komme dagegen keine über sie hinausgehende Integrationsfunktion zu. Ein „institutionelles Grundrechtsverständnis“ als „Teilelement einer Wertegemeinschaft“ weise keine vergleichbare Belastbarkeit auf, selbst wenn vereinzelt ein Rekurs auf Prinzipien stattfinde, etwa im *Familiapress-Urteil*⁴⁶.

Im *EVV* stünden die Grundrechte nun aber vor den Grundfreiheiten. Außerdem würden die Grundfreiheiten teilweise in den Grundrechtsteil der Verfassung übernommen. Darin könne zunächst ein „Wechsel der Grundorientierung“ hin zu einem „wertgebundenen und prinzipiengestärkten Auslegungsverständnis“ zum Ausdruck kommen. Jede Rechtsfrage lasse sich schließlich in eine Grundrechtsfrage umformulieren, wie die langjährige Beschäftigung mit Verfassungsbeschwerden in Deutschland zeige. Argumentativ sei ein solcher Wechsel zwar möglich. Aber ob mit ihm ein Erkenntnisgewinn einhergehe, sei durchaus zweifelhaft. Allenfalls ein „Herrschaftsgewinn eines bestimmten Gerichts“ sei denkbar. Außerdem sei ein solcher Wechsel unionsrechtlich nicht notwendig. Denn die Ziele der Union in *Art. I-3 EVV* („Frieden, Werte, Wohlergehen“) gewannen erst durch die Unterziele in *Art. I-4 EVV* („Grundfreiheiten und Nichtdiskriminierung“) konkrete Gestalt. Die Feinjustierung obliege ferner grundsätzlich dem politischen Beurteilungsspielraum. Gegenüber einer denkbaren „normpositiven Erschütterung“ seiner „Differenzthese“ durch die Einfügung von Grundfreiheiten in den Grundrechtsteil verwies *Müller-Graff* auf deren nur selektive Einbeziehung in *Art. II-75 Abs. 2 EVV* (ohne Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit).

b) Dogmatische Struktur: Begrenzte Parallethese gegen ausgreifende Grundrechtskontrolle

Bei der Untersuchung der dogmatischen Struktur, also von Rechtsnatur, Rechtsinhaberschaft, Adressaten, Inhalt, Schranken und gegebenenfalls Schranken-Schranken, wählte *Müller-Graff* eine in der Literatur vertretene, so genannte Parallethese als Ausgangspunkt.⁴⁷ Eine gewisse Parallelität entfalte sich zwar allmählich in der Rechtsprechung, ohne dabei aber schon zum Abschluss gekommen zu sein, meinte der Referent unter Hinweis auf die *Schmidberger*-Entscheidung⁴⁸. Was die Rechtsnatur betreffe, müssten Grundrechtsgehalte nicht notwendig die Gestalt eines subjektiven Rechts aufweisen. Aus Umwelt- und Verbraucherschutz ein subjektives Recht abzuleiten, falle jedenfalls schwer. Eine „Schutzpflichtdimension“ sei wegen der Kompetenzbegrenzung ebenfalls zweifelhaft.⁴⁹ Nach *Art. II-115 Abs. 5 EVV* könnten Grundsätze umgesetzt werden, müssten es aber nicht. Bei der Rechtsinhaberschaft gebe es zudem jedenfalls teilweise eine Beschränkung auf Unionsbürger. Unterschiede zeigten sich auch bei den Adressaten: Grundfreiheiten richteten sich jedenfalls auch an private Verbände. Grundrechte wiesen demgegenüber die Gemeinschaftsorgane und teilweise auch die Mitgliedstaaten als Adressaten auf, führte der Referent unter Hinweis auf die so genannten *ERT*-⁵⁰ und *Wachauf*-Formeln⁵¹ („Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ bzw. „Durchführung“) näher aus. Zweifelhafte sei, ob der *EVV* diese Bindung eingrenze: Zwar spreche *Art. II-111 Abs. 1 EVV* nur von der „Durchführung des Rechts der Union“, und Durchführung sei „nicht notwendig Umsetzung einer Richtlinie“ oder „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“. In den gemäß *Art. II-111 Abs. 7 EVV* „gebührend zu berücksichtigen[en]“ Erläuterungen finde aber die weitere *ERT*-Formel Verwendung. Der EuGH sei jedenfalls gut beraten, restriktiv zu urteilen und von einer „ausgreifenden Grundrechtskontrolle“ wie im *Carpenter*-Verfahren⁵² Abstand zu nehmen.

c) Kooperationsverhältnis: Grundrechte als Verstärkung von Grundfreiheiten („Münchhausens Sumpftechnik“)

Unter „Kooperation“ von Grundrechten und Grundfreiheiten wollte *Müller-Graff* im Wesentlichen einerseits die Schranken-Schrankenfälle wie im Verfahren *Familiapress*⁵³ und zum anderen die tatbestandliche Verstärkung von Grundfreiheiten durch Grundrechte wie im Fall *Carpenter*⁵⁴ verstanden wissen, wobei er aber auch eine umgekehrte Verstärkung von Grundrechten durch Grundfreiheiten für denkbar hielt. Der letztgenannte Fall erinnerte ihn an „Münchhausens Sumpftechnik“: Die familiäre Sphäre, die dort mit der Ausweisung der Ehefrau weggefallen sei, sei jeder Gewerbetätigkeit vorgelagert, und zwar unabhängig von einer Tätigkeit im Inland oder in Europa. Jeder Grundrechtseingriff belaste das Leben in dem Mitgliedstaat, in welchem er stattfinde, und damit auch die Grundfreiheiten. Mit dem Schutz auch der „vorgelagerten allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten“ sei der EuGH jedenfalls über das „Erfordernis der Transnationalität“ hinausgegangen.

⁴⁶ Siehe oben, Fußn. 43.

⁴⁷ Vgl. *A. Bleckmann*, Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: R. Bieber/A. Bleckmann/F. Capotorti (Hrsg.), Das Europa der zweiten Generation. GS Sasse, Bd. II, 1981, S. 665 ff.

⁴⁸ Siehe oben, Fußn. 43.

⁴⁹ *A.A. P. Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“ (2002), insbes. S. 551 ff.

⁵⁰ Vgl. oben, Fußn. 43.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 13.7.1989 – Rs. 5/88 (Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft) – E 1989, 2609 – *Zusätzliche Milchabgabe und Pachtbeendigung-I*.

⁵² Siehe oben, Fußn. 43.

⁵³ Vgl. oben, Fußn. 43.

⁵⁴ Siehe oben, Fußn. 43.

d) Konfliktverhältnis: Keine Nivellierung mitgliedstaatlicher Grundrechtsschutz-Standards

Konflikte zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten sah *Müller-Graff* im Bereich der unmittelbaren Anwendbarkeit zum einen bei grundfreiheitsbeschränkendem Verhalten der adressierten Privaten, welche sich auf ihre Grundrechte berufen. Im *Bosman*-⁵⁵ und *Angonese*-Fall⁵⁶ hätten sich dabei jeweils die Grundfreiheiten durchgesetzt. Zum anderen gebe es Konflikte, wenn grundfreiheitsbeschränkendes Verhalten staatlicher Stellen mit der Achtung des staatlichen Grundrechtsschutzes in einem Mitgliedstaat begründet werde. Im *Schmidberger*- und *Omega*-Fall⁵⁷ seien die Grundfreiheiten dabei jeweils überwunden worden. In der von ihm nur „beigezogenen“ *Blockade*-Entscheidung⁵⁸ sei die Grundrechtsfrage demgegenüber zu Recht nicht aufgeworfen worden, weil diese mit Gewalt verbunden gewesen sei, so der Referent, der sich damit der Sache nach zunächst als Anhänger einer grundrechtlichen Tatbestandstheorie (Art Friedlichkeitsvorbehalt) und Gegner eines weiten Gewaltbegriffs (Ausschluss physischer Blockaden) auswies,⁵⁹ im weiteren Verlauf den Einsatz von Gewalt dann aber doch an der Erforderlichkeit und damit auf der Rechtfertigungsebene scheitern lassen wollte.

Zur herrschenden Lehre, wonach kein allgemeines Vorrangverhältnis zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten bestehe, meinte *Müller-Graff*, dass der EuGH im Fall *Omega* zu Recht die Achtung der Grundrechte als Teil der öffentlichen Ordnung angesehen habe. Im Übrigen sei nach dem Urheber einer Beschränkung zu differenzieren. Ebenfalls zu Recht habe der EuGH in dieser Entscheidung einen weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten angenommen: In Großbritannien nehme man nun einmal an simulierten Tötungen keinen Anstoß. Insoweit gelte es, eine Nivellierung der unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Standards zu vermeiden, wobei die jeweilige Schutzmaßnahme aber geeignet, erforderlich und angemessen sein müsse. Bei grundfreiheitsbeschränkendem Verhalten Privater sei grundsätzlich von deren Privatautonomie auszugehen. Eine Prüfung könne dabei ähnlich der *Keck*-Formel⁶⁰ vorgenommen werden, wobei eine erste Ausnahme zu machen sei, wenn die Verbindung mit einem Grundrecht nicht deutlich genug sei, was etwa im *Bosman*-Fall ein Problem dargestellt habe. Ansonsten sei es „grundsätzlich eine legitime Ausübung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit“, wenn Private Grundfreiheiten beschränkten. Eine zweite Ausnahme sei aber noch bei einer missbräuchlichen Ausübung von Grundrechten zu machen, was beispielsweise auf den *Angonese*-Fall zutrefte, wo die Beschränkung auf ein ganz bestimmtes Dokument als Nachweis der Mehrsprachigkeit „schwer zu begreifen“ sei.

Fraglich sei, ob mit dem *EVV* ein Vorrang der Grundrechte anzunehmen sei. Eine solche schlichte oder pauschale Zweifelsregel helfe aber selbst in den Deckungsfällen des *Art. 1-75 Abs. 2 EVV* nicht, wie der Fall *Schmidberger* zeige. Die „operativen Binnenmarktziele“ hätten jedenfalls „mindestens dasselbe Gewicht“ für „übergeordnete, nicht operable Leitziele“. Ziele und Wege ließen sich in den Grundnormen nicht auseinander dividieren.

3. Die Kompetenzverteilung im neugeschaffenen europäischen Mehrebenensystem

Prof. Dr. *Ralph Alexander Lorz* (Universität Düsseldorf) rief in seinem fundierten Vortrag zunächst die Ausgangslage bei der Kompetenzverteilung in Erinnerung, vom „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ in *Art. 5 Abs. 1 EGV* über die *Art. 308* und *95 EGV* als mögliche „Türöffner oder Universalschlüssel“, die „*implied powers*“ und den „*effet utile*“ bis hin zu Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip in *Art. 5 Abs. 2* und *3 EGV*. Bei den letztgenannten Prinzipien brachte der Referent der Praxis der Evidenzkontrolle Verständnis entgegen: Die Zurückhaltung des EuGH lasse sich damit erklären, dass es ein Organ der Gemeinschaft sei, welches über das Bestehen einer Kompetenz entscheide. Seiner Darlegung der Reform der Kompetenzverteilung im Verfassungsentwurf schickte *Lorz* zunächst einige Bemerkungen zur bleibenden Aktualität desselben voraus, bevor er auf die Kategorisierung der Kompetenzen und die Verbesserung der Transparenz, die gleichwohl zu verzeichnende strukturelle Kontinuität sowie die prozedurale Kontrolle mit dem *Tabakwerbe*-Urteil⁶¹ als möglichem Vorbild einging. Diesem sei bei einem genauen Blick indes kein Modellcharakter beizumessen, da der Binnenmarkt gerade nicht gefördert, sondern vielmehr ausgeschlossen werde. In seinen „Vergleichsbetrachtungen“ nahm sich der Referent zunächst Deutschland mit seiner vorerst gescheiterten und in ihrer Neuauflage nicht prognostizierbaren Föderalismuskommission sowie mit der Rolle der jün-

⁵⁵ Vgl. oben, Fußn. 43.

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 6.6.2000 – Rs. C-281/98 (*Angonese*) – E 2000, I-4139 = DVBl. 2000, 1268 – *Sprachprüfung*.

⁵⁷ Siehe jew. oben, Fußn. 43.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 9.12.1997 – Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich) – E 1997, I-6959 = DVBl. 1998, 228 mit Besprechungsaufsatz *P. Szczekalla*, ebd., 219 ff.

⁵⁹ Vgl. zu beidem *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze (2005), Rdnr. 509 ff., 740, 751, 1008 m.w.N.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 24.11.1993 – verb.Rs. C-267/91 u. C-268/91 (*Keck* und *Mithouard*) – E 1993, I-6097 Rdnr. 15 ff. – *Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis*.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 5.10.2000 – Rs. C-376/98 (Deutschland/Europäisches Parlament und Rat) – E 2000, I-8419 = DVBl. 2000, 1682 – *Tabakwerbe-Richtlinie-I*.

geren Rechtsprechung des BVerfG⁶² vor, um sodann vor allem auf die Vereinigten Staaten von Amerika mit den dortigen verfassungsrechtlichen Vorgaben (Kompetenzkatalog und Senatsmodell) und den verschiedenen Phasen der Rechtsprechung des Supreme Court (von 1930 bis 1995, 2000 bis 2005 und heute) mit der *necessary and proper* sowie der *interstate commerce clause* einzugehen.⁶³ In Deutschland stelle die Kompetenzverteilung ein ausgesprochenes Dauerthema dar, was bereits Zweifel daran wecke, dass der deutsche Föderalismus insoweit ein Vorbild für Europa sein könne. Die frühere vollständige Aufgabe der Kontrolle der Kompetenzausübung durch den Supreme Court veranlasste *Lorz* zu der Bemerkung, dass *Carpenter*⁶⁴ unter diesen Vorzeichen wohl auch dort Bestand gehabt hätte. Schließlich warf der Referent noch einen Blick auf die neue, „nachgeführte“ Bundesverfassung der Schweiz und dortige Reformbestrebungen.

Der *EVV* sei vor dem Hintergrund der dargestellten Erfahrungen „schon recht nahe an die Grenzen des Machbaren herangekommen“, so die abschließende Einschätzung, welcher *Lorz* aber noch einige „Diskussionspunkte“ anfügte: Die zunehmende Verflechtung stelle ein allgemeines Problem des europäischen Föderalismus dar. Nach allen Erfahrungen bringe ein Kompetenzkatalog dabei eher wenig. Denkbar sei eine engere Fassung der Kompetenzbestimmungen, besser eine ausdrückliche Spere, was aber nur punktuell gehe, etwa bei Tabakwerbung und Gesundheitsschutz. Eine Reduktion auf eine Grundsatzkompetenz hielt *Lorz* für „sehr grobschlächtig“. Erfolg versprechend könne aber eine Präzisierung der Handlungsformen sein. Schließlich sei an einen „Schlichtungsausschuss“ zu denken. Zwar sei gegen ein europäisches Kompetenzgericht Kritik im Schrifttum laut geworden. Von Kommission und Gerichtshof könne wegen ihrer institutionellen Einbindung indes keine effektive Kontrolle erwartet werden, meinte der Referent abschließend und seine Eingangsbemerkungen aufgreifend.

4. Die justiziellen Grundrechte in der Europäischen Verfassung

Prof. Dr. *Hans-Ullrich Paeffgen* (Universität Bonn) zeigte in seinem Referat zunächst die nahezu textliche Identität von Grundrechtscharta, Verfassungsvertragsentwurf und EMRK auf. Das führe aber auch dazu, dass einige Grundprobleme immer noch nicht geklärt seien, etwa im Bereich des Disziplinarrechts. Man möge zwar sagen, dass die Charta Schwächen aufweise, müsse sich dabei aber gleichzeitig fragen, welche Verfassung dies nicht tue. Die „eigentliche Schwäche“ liege allerdings in der fehlenden prozessualen Absicherung: Es gebe keine Grundrechtsbeschwerde, und *Art. III-365 Abs. 4 EVV* schaffe insoweit nur begrenzte Abhilfe.

In Ergänzung zu dem Vortrag von *Hirsch* gab *Paeffgen* nochmals einen Überblick über den Ursprung des Grundrechtsschutzes von den Anfängen an (mitgliedstaatliche Integrationsvorbehalte, Grundrechtsschutz als Beitrittsvoraussetzung, aber kein Katalog im Gemeinschaftsrecht selbst) bis hin zum gegenwärtigen und künftigen Verhältnis zwischen EuGH und EuGHMR. Eher kritisch bewertete er dabei die *Bosphorus*-Entscheidung des EuGHMR⁶⁵: Sie erschien ihm als „weitere geschickte Vermeidungsstrategie“, bei der sich BVerfG und EuGHMR im Hinblick auf die Kontrolle der Anwendung von Gemeinschaftsrecht einander annäherten. Die Begrenzung der Prüfung gebe den Beschwerdeführern zwar „Steine statt Brot“. Immerhin sei die fallweise Prüfung durch den Gerichtshof von der *per se*-Unzulässigkeits-Rechtsprechung des BVerfG zu unterscheiden. Besonders betonte der Referent weiter die „exuberanten Ausweitungen der Dritten Säule“, deren Befugnisse justiziabel sein müssten. Auch handelten OLAF, Eurojust und andere „immer grundrechtsintensiver“, selbst wenn die „schweren Grundrechtseingriffe wie Freiheitsentziehungen“ immer noch auf nationaler Ebene stattfänden. Fraglich sei, wie weit der EuGH bereit sei, in der Dritten Säule „in die Bresche zu springen“. „Einstweilen“ hielt der Referent eine „Reservezuständigkeit“ des BVerfG für „unentbehrlich“.

III. Diskussion: Grundrechte und Kompetenzen, Beitritt zur EMRK und Vorlageverfahren, autonome Grundrechtsvorlesungen und Private als Grundfreiheitsadressaten

In der die Arbeitssitzung abschließenden Diskussion kamen noch einmal nahezu alle gegenwärtig brennenden Fragen zur Sprache, wobei alle Referate angesprochen werden konnten und auch tatsächlich wurden sowie glücklicherweise alle Referenten für Antworten zur Verfügung standen.

1. Grundrechte als negative Kompetenznormen und neue Rechtsschutzlücken

⁶² Namentlich BVerfG, Urteil vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – DVBl. 2003, 44, 259 L mit Anm. *M. Kenntner*, ebd., 259 ff. – *Altenpflegegesetz*; 27.7.2004 – 2 BvF 2/02 – DVBl. 2004, 1233 – *Juniorprofessur*; 26.1.2005 – 2 BvF 1/03 – DVBl. 2005, 301 – *Studiengebühren*.

⁶³ Besondere Erwähnung fand dabei auch ein Votum des damaligen Bundesberufungsrichters und jetzigen *Chief Justice* des *U.S.S.C.*, *John Roberts*, zur offenbar nur in Kalifornien heimischen *Arroyo*-Kröte (vgl. dazu auch *P. Bahners*, F.A.Z. Nr. 168 vom 23.7.2005, S. 43 [„Das Paradies der freien Seele“]; *dens.*, F.A.Z. Nr. 178 vom 03.08.2005, S. 36 [„Campephilus principalis Specht und echt“], sowie *K. Gelinsky*, F.A.Z. Nr. 203 vom 1.9.2005, S. 44 [„Als ob wir alle tüchtige Geschäftsleute wären. Die Kröte als Vorzeichen: Was hat Richterkandidat Roberts im Streit um die amerikanische Handelsklausel vor?“]): Weil „die glücklose Kröte“ nicht wandere, könne ihr Schutz auch nicht mit der Handelsklausel bundesrechtlich bewirkt werden.

⁶⁴ Siehe oben, Fußn. 43.

⁶⁵ Vgl. oben, Fußn. 24.

Der *Verfasser* dieses Berichts machte zunächst auf den Zusammenhang zwischen Kompetenzen und Grundrechten (als „negative Kompetenznormen“ und als Rechtmäßigkeitserfordernis für Grundrechtsbeschränkungen) aufmerksam, welcher dazu führe, dass ein spezielles Kompetenzgericht entgegen *Lorz* kaum praktikabel sei. Im Hinblick auf den von *Müller-Graff* eher restriktiv verstandenen „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ als Voraussetzung für ein Eingreifen der Gemeinschaftsgrundrechte wollte er zudem wissen, ob nicht die in *Art. IV-438 Abs. 4 EVV* angeordnete Maßgeblichkeit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ein zusätzliches Argument dafür enthalte, dass insoweit doch alles beim Alten bleibe. Schließlich wies er auf eine möglicherweise viel gravierendere Rechtsschutzlücke hin, bei der eine Auflösung der Grundrechte in den Antiterror-Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen in New York drohe, einem Ort, der auch geographisch näher am wirklichen „Bermuda-Dreieck“ liege: Denn in seinen ersten beiden Hauptsache-Entscheidungen zur Zulässigkeit von Kontensperrungen habe das *Europäische Gericht erster Instanz (EuG)* gerade erst einen nur durch zwingendes Völkerrecht begrenzten Vorrang der einschlägigen Sanktionen sogar vor der EMRK angenommen.⁶⁶ *Hirsch* zog daraufhin beide Entscheidungen aus seiner Aktentasche und stimmte dem Problemaufriss im Ergebnis zu, ging allerdings davon aus, dass hier noch nicht das letzte Wort gesprochen und ein Rechtsmittel zum EuGH wahrscheinlich sei. *Paeffgen* sah die Fälle als Anwendungsbeispiele einer *political question*-Doktrin. In ihnen klinge auch die *Bosphorus*-Entscheidung des *EuGHMR* an, in welcher es ja ebenfalls um Sanktionen der Vereinten Nationen gegangen sei. Prof. Dr. *Peter Gilsdorf* (Stuttgart) meinte, dass sich die Beschlüsse des Sicherheitsrates unter der Voraussetzung ihrer Notwendigkeit durchsetzen würden. Bei den Irak-Exporten sei man schon sehr weit gegangen und habe selbst für „Waren auf dem Meer“ keinerlei Fristen vorgesehen. Das Problem ließe sich für einen Teilbereich aber in der Entschädigungsfrage entschärfen, welche die Wirksamkeit nicht in Frage stelle (Stichwort: Haftung für rechtmäßiges Verhalten).

Müller-Graff plädierte trotz *Art. IV-438 Abs. 4 EVV* für ein „Zurückschneiden des Grundrechtsschutzes“, zumal diese Vorschrift eine vergleichbare Norm voraussetze. *Lorz* gab zu, dass Kompetenzen und Grundrechte miteinander verwoben seien. Hier gehe es aber um materiell-rechtliche Fragen, für deren Entscheidung ein gemeinsamer Senat doch ganz sinnvoll sein könne, auch wenn er den Schwerpunkt seiner Ausführungen gerade nicht auf ein neues Kompetenzgericht legen wollte.

Everling bemerkte, dass Kompetenzfragen nun einmal Machtfragen seien, was auch für Gerichte gelte. Entgegen *Müller-Graff* seien die Grundrechte nach *Art. 52 Grundrechtscharta* so auszulegen wie bisher. Wenn man das ändern wolle, dann verändere man auch den Binnenmarkt. Die Ausführungen von *Lorz* zum Kompetenzgericht seien zwar „theoretisch alle richtig“, aber „in der Praxis nicht tauglich“. Es müsse dann nämlich zu einer Trennung von Sach- und Kompetenzfragen kommen. Man brauche zusätzliche Richter, die in einem Fall entscheiden und danach wieder nach Hause fahren. In den USA habe man so etwas versucht und sei damit gescheitert. Schließlich verlängere ein Kompetenzgericht die Verfahren noch einmal um ein Jahr. *Riedel* wollte von den Referenten wissen, wie man denn die *hard cases* entscheiden solle. Kritisch äußerte er sich zur Unterscheidung zwischen chancengewährenden und Schutz-Rechten bei *Müller-Graff*.

2. Harte und weiche Kompetenznormen und die gefühlte Zentralisierung und Globalisierung

Prof. Dr. *Uwe Kischel* (Universität Greifswald) wollte von *Lorz* wissen, welche Formulierungen zu zentripetalen Tendenzen bei der Kompetenzverteilung führten. Er frage sich, ob man wirklich „harte Kompetenzabgrenzungen“ unter Verzicht auf Finalität haben wolle. Schließlich seien alle Kompetenzfragen letztlich Fragen der Finalität der EU. *Lorz* wollte zunächst und insoweit keinen Dissens erkennen, als es darum gehe, dass aus „weichen Formulierungen“ zentripetale Tendenzen folgten. Einen Dissens sah er „vielleicht“ darin, dass ihm zufolge „härtere Formulierungen“ durchaus möglich seien. Er habe schon eine Wette laufen, welche auf die erste Entscheidung des BVerfG ausgerichtet sei, die nicht explizit mangels Erforderlichkeit kassiere. Und selbst wenn er das erleben sollte, könne es wieder als absoluter Ausnahmefall angesehen werden.

Weitere Fragen griffen wieder das Themenfeld „Kompetenzgericht“ auf (Tendenz zur Europäisierung von Machtfragen [Dr. *Dirk Hanschel*, Heidelberg] und konkrete Ausgestaltung eines solchen Gerichts zur Vermeidung tendenziöser Entscheidungen [Dr. *Sebastian Graf von Kielmansegg*, Mannheim]). *Lorz* meinte, dass sich ein Kompetenzgericht typischerweise aus Richtern aller Beteiligten zusammensetze und damit ein „Mischgremium“ darstelle, in welchem „viele Ebenen“ vertreten seien. Eine Tendenz zur Zentralisierung folge aus der Globalisierung. Gleichzeitig gebe es aber auch einen Trend zur Dezentralisierung, welcher auf ein „Gefühl bei den Bürgern“ zurückgehe. Bei 80.000 Rechtsakten der EU stehe nämlich die „gefühlte Zentralisierung“ im Vordergrund. Wünschenswert sei eine Zentralisierung im Übrigen in den Außenbeziehungen der EU.

Als Beispiel des praktizierten Föderalismus verwies Prof. Dr. *Günter Püttner* (Universität Tübingen) auf das Beamtenrechtsrahmengesetz, das gar kein Rahmen, sondern vollständig sei, was aber niemand beanstandet habe. Zur Kompetenzverteilung erinnerte er im Übrigen an eine Äußerung seines akademischen Lehrers, wonach der Föderalismus die Fortsetzung des *Morgenthau*-Plans mit anderen Mitteln sei. *Lorz* verzeichnete demgegenüber heutzutage in der ganzen westlichen Welt ein Miss-

⁶⁶ EuG, Urteile vom 21.9.2005 – Rs. T-306/01 (Ahmed Ali Yusuf und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission), sowie Rs. T-315/01 (Yassin Abdullah Kadi/Rat und Kommission), <<http://www.curia.eu.int/>>, Rdnr. 231 ff. bzw. 181 ff. – *Kontensperre bei angeblichen Taliban/Al Qaida-Unterstützern-I- und -II (Hauptsache)*.

trauen gegenüber der Zentralgewalt. Die Bürger vertrauten mehr solchen Einheiten, die ihnen näher stehen. Insoweit verzeichnete er doch eine „föderalistische Tendenz“. Das könne allerdings in 10 oder 20 Jahren bei entsprechenden Blockaden auch wieder ganz anders aussehen. Widerspruch meldete er gegenüber *Everlings* Einschätzung an, dass ein Kompetenzgericht prinzipiell unmöglich sei. Natürlich könne man bei einem Vorlageverfahren fragen, wer das überwache. Irgendwann sei man dann bei einem infiniten Regress. Man müsse schon einen hohen Preis für ein zusätzliches Verfahren zahlen, etwa im Hinblick auf dessen Länge oder die Gefahr eines „Bermuda-Vierecks“. Die Frage sei nur, ob dies am Ergebnis schließlich etwas ändere. Jedenfalls müsse man auch die Konsequenzen sehen, wenn man den EuGH als Kompetenzgericht belasse. Man dürfe insoweit nicht zu viel erwarten. Er plädierte zumindest für Transparenz. Außerdem müsse man die „politische Sphäre“ stärker betonen, schließlich seien es ja die Mitgliedstaaten, welche die Rechtsakte beschließen.

Scheuing widersprach der Aussage von *Lorz*, dass die Kompetenzregeln des Verfassungsvertrages die Transparenz erhöhten. Weil man immer im Teil III des Verfassungsvertrages nachschlagen müsse, seien die Vorschriften „genau so kompliziert wie bisher“. *Lorz* entgegnete, dass Transparenz zwar nicht erreicht, aber immerhin erhöht worden sei. Insoweit wollte er wiederum keinen Dissens erkennen und bemühte dafür die Metapher des Schaukastens, welcher auch seine Vorzüge habe. Die Festlegung von Kompetenzkategorien im Teil I des Verfassungsvertrags ergebe auch dann Sinn, wenn die Zuordnung im Einzelnen nicht klar sei.

3. Sinnhaftigkeit eines EMRK-Beitritts und eines Vorlageverfahrens

Auf die Frage von Dr. *Tonio Gas* (Universität Osnabrück) nach der Sinnhaftigkeit eines Beitritts der EU zur EMRK meinte *Hirsch*, dass ein solcher Beitritt zur Vermeidung von Divergenzen zwar sinnvoll, materiell-rechtlich aber nicht erforderlich sei. Es handele sich vielmehr nur um eine Frage der Rechtssicherheit. *Kischel* wollte weiter wissen, was man mit der Erhöhung der Bedeutung der EMRK eigentlich verlange. Prozessuale Lösungen, etwa eine *Strasbourg question*-Doktrin, oder eine EMRK-konforme Auslegung lösten die harten Fälle auch nicht. Fraglich sei, wie weit man die EMRK eigentlich über das Verfassungsrecht heben wolle, gerade im Vergleich zu anderen Menschenrechts- und völkerrechtlichen Verträgen. Es sei zumindest auch seltsam, wenn Völkervertragsrecht über dem Völkergewohnheitsrecht stehe. Bei der Ansicht von *Hirsch*, dass ein Beitritt der EU zur EMRK unter der Geltung der Grundrechtscharta nicht sinnvoll sei, fragte sich *Kischel*, warum Deutschland mit seinem Grundgesetz dann die EMRK ratifiziert habe. *Hirsch* stellte zunächst klar, dass die Ursache für das Bedürfnis nach einer Bedeutungserhöhung der EMRK in Deutschland in ihrer Transformation im Range eines einfachen Bundesgesetzes liege. Das BVerfG sehe sich deshalb nicht in der Lage, ihr einen Übergesetzes- oder gar Verfassungsrang beizumessen. Er könne sich aber eine noch stärkere Auslegung des Grundgesetzes im Lichte der Rechtsprechung des EuGHMR vorstellen. Dabei solle man es aber der Rechtsprechung überlassen, Divergenzen wie im Fall *Caroline*⁶⁷ zu vermeiden. Einen Beitritt der EU zur EMRK nach der Grundrechtscharta halte er nicht für sinnvoll, weil der deutsche Grundrechtskatalog durch die nationale Kultur geprägt sei, während die Gemeinschaft schon einen europäischen Standard aufweise, welcher auch eher dem EMRK-Katalog vergleichbar sei. *Hirsch* gab allerdings zu, dass diese Position nicht ganz stimmig sei, wenn man andere Länder mit ausgeprägtem Grundrechtskatalog einbeziehe, welche auch der EMRK beigetreten seien. Der Beitritt stelle letztlich aber eine politische Entscheidung dar und sei rechtlich nicht zwingend.

Paeffgen verteidigte ein Vorlageverfahren vom EuGH zum EuGHMR: Die Verfahrensverlängerung stelle ein „hinzunehmendes Übel“ dar gegenüber dem Umstand, dass sonst zwei Gerichte gegeneinander urteilen. Zur von ihm als Kompromiss vorgeschlagenen Divergenzrüge meinte *Hirsch*, dass man darüber durchaus reden könne. Eine Vorlage an den EuGHMR nach Beitritt wie von *Paeffgen* vorgeschlagen lehnte *Scheuing* hingegen ab: Hier müsse der EuGHMR ansonsten immer zweimal entscheiden. Besser sei insoweit eine Abgabe. Im Übrigen müssten die Gerichte auch auf nationaler Ebene „auf eigenes Risiko“ entscheiden. Im Hinblick auf das von *Paeffgen* gerügte Fehlen einer Grundrechtsbeschwerde plädierte *Scheuing* für eine differenzierende Betrachtungsweise: Besser als eine direkte Anrufung von EuGH/EuG nur bei Grundrechten sei eine angemessene Ausgestaltung der Nichtigkeitsklage. Schließlich habe auch der EuGHMR im *Bosphorus*-Fall Schwierigkeiten gehabt, den bestehenden Rechtsschutz noch als ausreichend anzusehen. Der EuGH müsse alles überprüfen können, und nicht nur Grundrechte. Eine solche erweiterte Nichtigkeitsklage hielt *Paeffgen* für eine „interessante Variante“, über die er aber noch weiter nachdenken müsse. Zum von *Paeffgen* erwähnten Vorlageverfahren vom EuGH zum EuGHMR erklärte *Hirsch*, dass es in der Praxis keine Fälle gebe, die ausschließlich Grundrechtsfragen betreffen. Er frage sich deshalb, wie man diese Fälle auseinander dividieren solle. Man müsse mit der bestehenden Konfliktsituation leben, solange kein Beitritt erfolgt sei. Je mehr Grundrechtsschutz der eine bekomme, desto weniger bekomme der andere. Eine Beschränkung auf Grundsätze sei nicht möglich. Solange die Konstruktion so bleibe, bleibe es auch bei der prekären Lage.

Prof. Dr. *Christian Walter* (Universität Jena) wies darauf hin, dass in der *Bosphorus*-Entscheidung noch eine Anknüpfung im nationalen Recht existiert habe. Was mache man aber, wenn ein solcher Akt nicht mehr erforderlich sei, wollte er wissen. Außerdem sprach er verfahrensrechtliche Probleme vor dem EuGH an, namentlich den einstweiligen Rechtsschutz und die Rolle

⁶⁷ Vgl. oben, Fußn. 19.

der Generalanwälte. Fraglich sei, ob die Feststellung, dass der EuGH dem EuGHMR folge, auch dann noch gelte, wenn es um seine eigene Prozessordnung gehe. Zur von *Müller-Graff* angesprochenen *margin* im *Omega*-Verfahren⁶⁸ wollte *Walter* wissen, wann diese eingreife und wie weit diese reiche. Eventuell könne man die „ausgefeilte Dogmatik des EuGHMR“ fruchtbar machen, und zwar für Grundrechte und Grundfreiheiten gleichermaßen. Im *Schmidberger*-Verfahren⁶⁹ sei es demgegenüber um eine andere Konstruktion gegangen, nämlich um zwei Privatpersonen und eine Entlastung des Mitgliedstaats, dem verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten eröffnet worden seien. *Müller-Graff* meinte, dass es bei fehlender Gemeinsamkeit einen größeren Beurteilungsspielraum geben müsse, und einen entsprechend geringeren bei weitgehender Gemeinsamkeit. Erstaunlich sei allerdings, dass sich der EuGH in manchen Fällen zurückziehe und in anderen durchentscheide. *Hirsch* stellte klar, dass Akte, welche nicht durch die Mitgliedstaaten vollzogen werden würden, auch nicht der Kontrolle durch den EuGHMR zugänglich seien. Regelungen der Verfahrensordnung seien bereits Gegenstand des Plenums des EuGH gewesen. Nach durchaus kontroverser Diskussion habe man sich aber nicht zu einer Änderung entschließen können, zumal die einschlägigen belgischen⁷⁰ und französischen⁷¹ Fälle des EuGHMR zu den dortigen Generalanwälten nicht direkt auf den EuGH übertragbar gewesen seien.⁷² Das wäre bei einem Beitritt aber wohl nicht mehr aufrecht zu erhalten.

4. Von der Unmöglichkeit einer autonomen deutschen Grundrechtsvorlesung

Püttner fragte provokativ in die (Hochschullehrer-) Runde, ob man es heute überhaupt noch verantworten könne, Studenten eine Vorlesung „Grundrechte des Grundgesetzes“ anzubieten. *Lorz* griff diesen Ball auf und stellte fest, dass Grundrechtsvorlesungen mittlerweile nur noch „mit Blick auf Europa“ möglich seien. Das gelte jedenfalls dort, wo eine „dichte Rechtsprechung“ des EuGHMR bestehe.

5. Private als Grundfreiheits-Adressaten

Weitere Fragen betrafen den EuGH als gesetzlichen Richter (Prof. Dr. *Ulrike Seif*, Universität Passau) und die Einbeziehung Privater in den Kreis der Grundfreiheits-Adressaten. *Müller-Graff* ging im Grundsatz von einer legitimen Ausübung der Privatautonomie aus und hielt nur bei einem Missbrauchsverdacht eine entsprechende Prüfung für erforderlich. Während er die scharfe Kritik in der Literatur⁷³ an der Einbeziehung für müßig hielt, weil der EuGH die Frage zunächst für Verbände und dann im *Angonese*-Fall⁷⁴ für Privatpersonen bereits entschieden habe, sah *Hirsch* die Frage viel grundsätzlicher: Er glaube nicht, dass der Schritt zum europäischen Staatsbürger als Adressat der Grundfreiheiten vom EuGH bewusst getan worden sei. Der *Bosman*-Fall⁷⁵ habe jedenfalls eine Verbandsregelung mit gewisser allgemeiner Bindungswirkung zum Gegenstand gehabt, nicht aber ein Individuum. Im *Blockade*-Fall⁷⁶ habe der EuGH sogar ausdrücklich in das Urteil geschrieben, dass die Bauern nicht selbst Adressaten der Grundfreiheiten seien, sondern dass es um die Verantwortlichkeit des französischen Staates gehe. An dieser sehr fundamentalen Aussage werde der EuGH festhalten. Einen Zwischenruf zur *Angonese*-Entscheidung parierte *Hirsch* mit dem Hinweis darauf, dass es sich dabei um eine Sparkasse gehandelt habe und dass es auch Ausnahmen geben könne. Jedenfalls dürfe die Rechtsprechung „nicht durch punktuelle Entscheidungen über den Haufen geworfen“ werden.

IV. Ausblick

Die 30. Tagung für Rechtsvergleichung hat gezeigt, dass Verfassungs- und insbesondere Grundrechtsfragen trotz oder gerade wegen des zumindest gebremsten Ratifikationsprozesses des Verfassungsvertragsentwurfs keinesfalls verstummt sind oder

⁶⁸ Siehe jew. oben, Fußn. 43.

⁶⁹ Vgl. oben, Fußn. 43.

⁷⁰ Siehe EuGHMR, Urteil vom 20.2.1996 (Große Kammer) – 58/1994/505/587 – 19075/91 (Vermeulen/Belgien) – E 1996-I, 224 §§ 29 ff. – *Recht auf Stellungnahme zu den Schlussanträgen des Staatsanwalt beim belgischen Kassationsgerichtshof*.

⁷¹ Vgl. EuGHMR, Urteil vom 31.3.1998 (Große Kammer) – 21/1997/805/1008 und 22/1997/806/1009 – 23043/93 und 22921/93 (Reinhardt und Slimane-Kaïd/Frankreich) – E 1998-II, 640 §§ 104 ff. – *Keine Waffengleichheit bei Weitergabe des Berichts des Berichterstatters nur an den Generalanwalt*. Jüngst bestätigt durch EuGHMR, Urteile vom 28.06.2005 (S II) – 64460/01 (Bach/Frankreich), sowie 60145/00 (Fourchon/Frankreich), <<http://www.echr.coe.int/>>.

⁷² Siehe dazu etwa EuGH, Beschluss vom 4.2.2000 – Rs. C-17/98 (Emesa Sugar NV/Aruba) – E 2000, I-675 – *Kein Recht auf Stellungnahme zu den Schlussanträgen der Generalanwälte am EuGH*. Zu einer Überprüfung durch den EuGHMR ist es – bisher – nicht gekommen, vgl. *EuGHMR*, Zulässigkeitsentsch. vom 13.1.2005 (S III) – 62023/00 (Emesa Sugar NV/Niederlande), <<http://www.echr.coe.int/>> – *Kein Recht auf Stellungnahme zu den Schlussanträgen der Generalanwälte am EuGH: Unzulässigkeit der Beschwerde, da Steuer- und Zollverfahren (nichtstrafrechtlicher Art) nicht unter Art. 6 Abs. 1 EMRK fallen (sollen)*. Vgl. dazu *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla* (oben, Fußn. 59), Rdnr. 1180 m.w.N.

⁷³ Namentlich von *R. Streinz/S. Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, *EuZW* 2000, 459 ff. Vgl. auch *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla* (oben, Fußn. 59), Rdnr. 331 ff., 402 ff. m.w.N.

⁷⁴ Siehe oben, Fußn. 56.

⁷⁵ Vgl. oben, Fußn. 43.

⁷⁶ Siehe oben, Fußn. 58.

einfach der Rechtsgeschichte überlassen werden können. Neben *vorerst* befriedeten Bezirken wie dem Verhältnis von *EuGHMR* und *EuGH* sind (nicht ganz) unvermittelt neue Kampfzonen sichtbar geworden, in denen sich die Rechtsgemeinschaft ebenfalls bewähren muss. Ob ihr dies gelingt, bleibt in Anwendung des (hier) *Schwarzeschen* Prophezeiungstheorems abzuwarten. Das einmal gewonnene Vertrauen des *EuGHMR* wird sich jedenfalls nicht grenzenlos strapazieren lassen.