

Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?

Franzius, Claudio

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Franzius, C. (2008). *Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?* (ZERP-Diskussionspapier, 4). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62918-1>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
an der Universität Bremen

ZERP

Claudio Franzius

**Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag:
Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?**

ZERP-Diskussionspapier 4/2008

IMPRESSUM

Herausgeber: Zentrum für Europäische
Redaktion: Rechtspolitik an der
Vertrieb: Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen

Schutzgebühr: € 8,- (zzgl. Versandkosten)

Nachdruck: Nur mit Genehmigung des
Herausgebers

ISSN: 0947 — 5729

Bremen, im Juli 2008

Inhaltsverzeichnis

I. Warum?	2
1. Warum „nur“ ein Vertrag?.....	2
2. Warum Grundrechte, warum europäische Grundrechte?	3
a) Werteordnung	3
b) Schranken der Hoheitsgewalt	4
c) Warum ist die Europäische Grundrechte-Charta ein Problem?.....	5
II. Europa zwischen Universalität und Partikularität.....	7
1. Bedeutungsanstieg der Unionsgrundrechte	7
a) Zwingende Vorgaben.....	7
b) Völkerrechtliche Sanktionen.....	8
c) Europäisierung der Menschenwürde?.....	10
2. Was bleibt von den nationalen Grundrechten?	11
a) Reduzierung auf Notrechte?	11
b) Rechtsschutz als eiserne Ration des Rechtsstaates	12
c) Kollisionsrecht der Weltgesellschaft	13
III. Kompensation demokratischer Defizite?	15

Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?

Der Deutsche Bundesrat hat heute dem Vertrag von Lissabon zugestimmt. Hierfür ist nicht irgendein Tag gewählt worden. Deutschland hält an Symbolen fest: Vor 59 Jahren ist das Grundgesetz verkündet worden und einen Tag später in Kraft getreten. Liegt darin ein gutes Omen für Europa? Heute mag ein hoffnungsvolles Zeichen für das nationale Europaverfassungsrecht gesetzt worden sein. So wird der Bundespräsident seine Unterschrift nicht verweigern dürfen und das Bundesverfassungsgericht im Zustimmungsgesetz keinen Verstoß gegen das Grundgesetz feststellen können. Also kein Grund zur Mäkelei?

Der Bundesrat hat erwartungsgemäß seine Zustimmung erteilt. Die Länder sind nicht nur Abstimmungszwängen ausgesetzt gewesen. Sie sind echte Gewinner des Reformvertrags. Das gilt zumindest insoweit, als der Bundesrat erneut an Kompetenzen gewonnen hat. Und dieser vom Bund nicht ohne Argwohn beäugte Kompetenzzuwachs hat es in sich. So ist der Bundesrat mit dem Klagerecht vor dem Europäischen Gerichtshof europarechtlich zu einer zweiten Kammer erstarkt¹ und damit geworden, was er unter dem Grundgesetz nicht werden durfte. Also ein Grund zum Feiern?

Ich will die Antwort davon abhängig machen, ob auf zwei Fragen eine überzeugende Antwort gefunden werden kann (I.). Warum, das ist die erste Frage, warum „nur“ ein Vertrag und: Warum europäische Grundrechte? Die Beantwortung dieser beiden Fragen erlaubt eine Verortung der Europäischen Union zwischen Universalität und Partikularität (II.). Abschließend ist zu fragen, ob wir über die Grundrechte-Charta zu einer Kompensation demokratischer Defizite gelangen könnten (III.). Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Europa kann nicht zu einer bloßen Rechtsgemeinschaft zurückkehren und auf die Idee einer politischen Ordnung für Europa verzichten. Die Verfassung des europäischen Gemeinwesens unterscheidet sich aber von der Verfassung eines Staates.

1 Art. 5 Abs. 3 EU i.V.m. Art. 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

I. Warum?

1. Warum „nur“ ein Vertrag?

Kommen wir also zum Warum. Warum „nur“ ein Vertrag? Wir können es uns leicht machen und sagen: Weil die Union kein Staat ist, keiner werden will² und keiner werden soll, kann sie keine Verfassung haben und auch keine bekommen. Die Verfassung ist aber nicht auf den Staat bezogen, sondern in den Worten des Schweizer Völkerrechtlers *Emer de Vattel* der Plan der Nation im Streben nach Glück.³ Dieses Kollektiv, dieses Makrosubjekt im *Kosellekschen* Singular gibt es in der Europäischen Union nicht. Und es hat nicht den Anschein, dass wir es wollen. Dennoch statten wir das Europarecht mit einem Vorrang gegenüber dem nationalen Recht aus. Nur schreiben wir es nicht in den Vertrag hinein.⁴ Allerdings lässt sich aus dem Umstand allein, dass der Vorrang des Europarechts ungerügt⁵ bleibt, nur wenig herleiten. Auch im Grundgesetz ist der Vorrang der Verfassung nicht ausdrücklich geregelt, er wurde im Kaiserreich und in der Weimarer Republik nicht einmal akzeptiert. Gleichwohl sprechen wir seit 1871 von Verfassung, mit der schon damals besonderen Schwierigkeit, einen Bundesstaat zu verfassen.

Heute ebnet sich die Differenz zwischen Vertrag und Verfassung zunehmend ein, freilich ohne aufgelöst zu werden.⁶ Aber die Suche nach einer echten Verfassung, gepaart mit dem „Verfassungsfieber“ genannten Gefühl eigener Zukunftsgestaltung, ist für die Union wohl vergeblich.⁷ Das ist unschädlich, soweit klar ist, dass die große Zeit entstehender Nationalstaaten unwiederbringlich vorüber ist. Die Frage nach dem Letztentscheidungsrecht war schon damals – und ist heute mehr denn je – falsch gestellt.⁸

Europa darf in keinen Konsens des „wir haben uns alle lieb“ verfallen. Es

2 Bedauernd S. Broß, Überlegungen zur europäischen Staatswerdung, JZ 2008, 227.

3 Dazu H. Hofmann, Über das Wesen der Verfassung, JöR 54 (2003), 1 (6 ff.).

4 EuGH Rs. 6/64 Costa, Slg. 1964, 1251; Rs. 11/70 Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125. Die Begründung, weniger das Ergebnis, akzeptiert das Bundesverfassungsgericht nicht: BVerfGE 89, 155 Maastricht.

5 A. v. Bogdandy, Europäische Verfassungsprinzipien, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsgericht, 2003, S. 149 (193).

6 Vgl. G. Frankenberg, Die Rückkehr des Vertrags. Überlegungen zur Verfassung der Europäischen Union, in: FS Habermas, 2001, S. 507 ff.

7 Vgl. H. Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, JZ 1999, 1065; anders H. Brunkhorst, Unbezähmbare Öffentlichkeit, in: Joerges/Mahlmann/Preuß (Hrsg.), Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas, 2008.

8 Vgl. H. Hofmann, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, Der Staat 44 (2005), 171 (185 f.). Zu Problemen mit dem Souveränitätsbegriff T. Stein/H. Buchstein/C. Ofte (Hrsg.), Souveränität, Recht, Moral. Die Grundlagen politischer Gemeinschaft, 2007.

muss die Antagonismen aushalten. Die Verabschiedung des Politischen in der universellen Vernunft ist allemal verfrüht, wie aber das Politische denken? Und sollte der rechtliche Rahmen durch die Grundrechte angeleitet werden? Etwa nach dem Motto: Wir haben keine Verfassung, lang lebe die Konstitutionalisierung.⁹ Wussten wir es nicht ohnehin besser? Nicht der demokratische Ursprungsakt ist entscheidend, sondern das evolutionäre Projekt rechtsstaatlicher, mithin grundrechtlicher Bindung.¹⁰ Deshalb hatten wir in Deutschland mit dem europäischen Verfassungsvertrag keine Probleme, die Franzosen aber schon. Und das Motto des Vertrags von Lissabon könnte deshalb lauten: Was demokratisch nicht geht, machen wir über die Grundrechte. Damit handeln wir uns aber *andere* Akteure ein, denn was in den subjektiven Rechten geschützt wird, entscheiden letztverbindlich Gerichte. Und das sind die Verfassungsgerichte in Europa, darunter auch der nicht immer geliebte Europäische Gerichtshof.¹¹

2. *Warum Grundrechte, warum europäische Grundrechte?*

a) *Werteordnung*

Ich will die Frage, ob man ein Gericht lieben kann, einmal offen lassen. Schauen wir heute auf das Grundgesetz, so ist dieses vor allem eine Erfolgsgeschichte der Grundrechte. Erstmals in der deutschen Geschichte werden die Grundrechte ernst genommen. Art. 1 Abs. 3 GG bindet die gesamte Staatsgewalt an die Grundrechte, d.h. auch den Gesetzgeber unter der Kontrolle durch eine Verfassungsrechtsprechung, die mit dem Instrument der Verfassungsbeschwerde durch den einzelnen Bürger aktiviert werden kann.¹²

Den *Urknall* für das, was wir heute die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung nennen, bildete in Deutschland das berühmte *Lüth-Urteil*¹³ des Bundesverfassungsgerichts, von dem der ehemalige Präsident der Stanford-University, *Gerhard Casper*, meinte, wenn er ein Urteil des Gerichts auf eine einsame Insel mitnehmen könnte, würde er dieses wählen.¹⁴ Wir begnügen uns

9 Ähnlich R. Bellamy, *The Constitution is dead, long live Constitutionalism*, *Constellations* 13 (2006), 181.

10 Zur Schärfung der Unterscheidung Möllers, *Verfassung*, in: v. Bogdandy (FN 5), S. 1 (3 ff.).

11 Beispielhaft für die Spezifizierung der Dienstleistungsfreiheit EuGH Rs. C-346/06 Ruffert, *Slg.* 2008, I-0000 Rn. 36 ff.

12 Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Problematisch ist die Urteilsverfassungsbeschwerde, für deren Abschaffung A. Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz III*, Art. 93 Rn. 166.

13 BVerfGE 7, 198. Würdigung: H. Schulze-Fielitz, *Das Lüth-Urteil – nach 50 Jahren*, *JURA* 2008, 52.

14 Casper, *Die Karlsruher Republik*, *ZRP* 2002, 214 (215).

in Deutschland nicht mit der Abwehrfunktion der Grundrechte, sondern weisen ihnen überschießende Gehalte zu. Rechten, das ist vor allem im angelsächsischen Recht tief verwurzelt, wird eine Identität bildende Funktion zugesprochen, die in der Bonner Republik unter dem Topos der grundrechtlichen Wertordnung eine etatistische Wendung behielt. In Deutschland hatte sich mit der Schreckensherrschaft des Nationalsozialismus das Politische diskreditiert, stattdessen wurde der Konsens im Rechtsstaat gepflegt. Erst allmählich wurde deutlich, dass sich ein Gemeinwesen nicht über das Ganze des Rechts im Staat integriert, sondern politischer Konfliktbewältigung bedarf.¹⁵ Bezogen auf die Grundrechte: Nicht das Zuschütten, sondern das Aushalten von Dissens markiert das normative Potential der Grundrechte oder: Die Reife eines politischen Gemeinwesens kennzeichnet der Konsens im Konflikt.¹⁶

Damit ich nicht missverstanden werde: Ich spreche mich nicht gegen die Orientierung an Werten aus. Ihre Suche in den objektiven Schichten der Grundrechte markiert jedoch einen bundesdeutschen Sonderweg¹⁷ der Konstitutionalisierung, die nicht unbesehen auf die Europäische Union projiziert werden sollte.¹⁸

b) *Schranken der Hoheitsgewalt*

Seit langer Zeit haben wir in der Europäischen Union einen europäischen Grundrechtsschutz. Der Europäische Gerichtshof wollte verhindern, dass Gemeinschaftsrecht am Maßstab nationaler Grundrechte geprüft wird. Deshalb entwickelte er aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten die Unionsgrundrechte mit einer wichtigen Folge: Das Bundesverfassungsgericht verzichtet auf die Grundrechtskontrolle, *solange* ein gleichwertiger Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene besteht.¹⁹

15 Zur Bedeutung von Konflikten für die Demokratie pointiert C. Mouffe, *Über das Politische*, 2007 und C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2008.

16 Siehe auch H. Dreier, *Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Grundrechtsdemokratie*, in: FS H.-P. Schneider, 2007, S. 70 (96); zuvor G. Frankenberg, *Tocquevilles Frage. Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration*, in: Schuppert/Bunke (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, S. 31 ff.; zur Einordnung A. v. Bogdandy, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, VVDStRL 62 (2003), 156.

17 R. Wahl, *Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. 1, 2004, § 19; für das Verwaltungsrecht C. Schönberger, „*Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*“, in: Stolleis (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz*, 2006, S. 53 ff.

18 Skeptisch auch A. v. Bogdandy, *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?*, JZ 2001, 157.

19 BVerfGE 73, 339 (376). Ähnlich für das Verhältnis der Unionsgrundrechte zu den Rechten der EMRK jetzt EGMR, Urteil v. 30.6.2005, No. 45036/98 *Bosphorus*, NJW 2006, 197. Natürlich liegt es nahe, diesen Gedanken auf die UN-Ebene zu übertragen: A. v. Arnould, UN-

Warum also europäische Grundrechte? Das hat mit einem anderen Urknall zu tun, dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *van Gend & Loos* aus dem Jahr 1963.²⁰ Geschaffen wurde etwas bis dahin nicht für möglich gehaltenes: eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen der europäischen Hoheitsgewalt und dem Einzelnen, ohne dafür einen mitgliedstaatlichen Transformationsakt zu verlangen. Zwar ist die Europäische Union kein Staat, aber sie übt Herrschaft aus und dazu benötigen wir Rechte, die europäische Herrschaft in Grenzen setzen. Europäische Hoheitsgewalt legitimiert sich darüber, dass der Einzelne dieser nicht mehr *in toto* auf die vertragsschließenden Mitgliedstaaten zurückführbaren Herrschaft individuelle Grenzen setzen kann. Das zentrale Problem der Union bleibt, dass die Maximierung individueller Freiheit kollektiv nicht hinreichend aufgefangen wird und wir mit strukturellen Asymmetrien zu leben haben, die in seiner historischen Ausprägung als Wohlfahrtsstaat der Nationalstaat überwinden konnte.

c) *Warum ist die Europäische Grundrechte-Charta ein Problem?*

Hier wird im Grunde schon sichtbar, warum die Grundrechte-Charta auch Probleme birgt. Denn wir wissen gar nicht genau, was *europäische* Hoheitsgewalt ausmacht. Es wäre einfach, hier zu sagen, handeln europäische Stellen, dann sind diese an die europäischen Grundrechte gebunden. Und überall, wo deutsche Behörden handeln, greifen die Gewährleistungen des Grundgesetzes. Eine solche Grenzziehung würde übersehen, dass die Anwendung nationalen Rechts längst europäisiert ist, Verwaltungsbeamte und Richter längst europäische Beamte und Richter sind. Europa liegt nicht im fernen Brüssel und auch nicht in europäischen Hauptstädten, sondern steckt in Entscheidungen des Alltags. Es ist diese Allgegenwärtigkeit, die eine Lokalisierung des europäischen Grundrechtsadressaten erschwert.

Die Grundrechte-Charta löst das Problem nicht. Sie kann es allerdings auch nicht, wenn wir von einem komplementären Ineinandergreifen der Rechtsordnungen ausgehen.²¹ Natürlich ist es misslich, dass der Text nicht im Vertrag integriert wurde. Und die Charta trägt auch nicht zu einem besseren Verständnis der Grundrechte im Verhältnis zu den Grundfreiheiten bei.²² Vor allem

Sanktionen und gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz, AVR 44 (2006), 201.

20 EuGH Rs. 26/62 *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1.

21 Siehe nur I. Pernice, *Theorie und Praxis des Verfassungsverbundes*, in: Calliess (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbundes*, 2007, S. 61 ff.

22 Hilfreiche Unterscheidung bei T. Kingreen, *Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht*, EuGRZ 2004, 570 (574 f.): Grundfreiheiten als transnationalen Integrationsnormen und Grundrechten als supranationalen Legitimationsnormen.

aber dürfte sich die Hoffnung konvergenter Grundrechtsmaßstäbe als trügerisch erweisen, mag auch der Einwand eines *race to the bottom* nicht immer überzeugen. Erinnert sei an die Auseinandersetzung zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Bundesverfassungsgericht in der Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht und der Pressefreiheit.²³ Die liberale Seite der Grundrechte scheint beim Bundesverfassungsgericht nicht immer in den besten Händen zu liegen.²⁴

Aber eines ist gewiss. Es wäre ein Irrglaube, zu meinen, ein „Mehr“ an europäischen Grundrechten könne stets nur von Vorteil sein. Die Erweiterung der Grundrechte liegt nicht unbedingt in einer Erweiterung der Maßstäbe, sondern kann auch Unitarisierungen befördern, zumal in der Frage nach dem *quis iudicabit*. Wird eine Abwägung konfligierender Interessen erforderlich, dann entscheiden in Europa nicht selten die Gerichte an Stelle eines politischen Ausgleichs. Ob der Richter über die hinreichende Abwägungslegitimation verfügt, ist aber fraglich. Wir sollten uns von der Illusion verabschieden, das soziale Europa über die Rechtsprechung zu schaffen.²⁵

Die Probleme spitzen sich mit der Adressatenfrage zu. Zwar ist im Gegensatz zu den Grundfreiheiten eine unmittelbare Bindung privater Akteure an die Grundrechte bisher nicht anerkannt.²⁶ Das entspricht dem Dogma einer eingeschränkten Horizontalwirkung der Grundrechte in Deutschland.²⁷ Aber die Charta fährt auch die vom EuGH entwickelte Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte nicht zurück. Eine solche Bindung liegt nahe, wo die Mitgliedstaaten als Agenten des Gemeinschaftsrechts tätig werden, ist aber vom Gerichtshof erheblich ausgedehnt worden: Auch dort, wo sich ein Mitgliedstaat auf einen vertraglichen Rechtfertigungsgrund zur Einschränkung

23 EGMR, Urteil v. 24.6.2004, No. 59320/00 Caroline, EuGRZ 2004, 404.

24 Offen räumt W. Hoffmann-Riem, Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, 492 ein, über das Abwägungsparadigma der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung besser mehrpolige Rechtsverhältnisse in den Griff zu bekommen. Ob der Hinweis auf die mehrpolige Grundrechtsslage einen nationalen Vorrang des Grundrechtsschutzes begründet, ist so klar nicht: G. Ress, Horizontale Grundrechtskollisionen, GS Bleckmann, 2007, S. 313 (321 ff.). Ausführlicher als hier möglich H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008.

25 Ansätze sind in der Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft durchaus erkennbar, grundlegend EuGH Rs. C-184/99 Grzeleyk, Slg. 2001, I-6193 und zuletzt verb. Rs. C-11/06 und C-12/06 Morgan und Bucher, Slg. 2007, I-0000 Rn. 22 ff.

26 Anders bei den Grundfreiheiten, vgl. zuletzt EuGH Rs. C-438/05 Viking, Slg. 2007, I-0000 Rn. 56 ff. Begründung: S. Wernicke, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002.

27 Rechtsvergleichend U. Preuß, The Guarantee of Rights: Horizontal Rights, in: Troper/Chagnollaud (Hrsg.), *Traité International de Droit Constitutionnel*, Tome III: Suprématie de la Constitution, i.E. und die Beiträge in A. Sajó/R. Uitz (Hrsg.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, 2005.

von Grundfreiheiten beruft, soll die Eingriffsschranke nicht den nationalen, sondern den europäischen Grundrechten entnommen werden.²⁸ Und wenn der Text die Rechtsprechung nicht korrigieren soll, wäre mit der in Art. 51 Abs. 1 GRCh enthaltenen Beschränkung der mitgliedstaatlichen Bindung auf die *Durchführung* von Unionsrecht nichts gewonnen.²⁹ Ein Stück weit geben die Mitgliedstaaten den nationalen Grundrechtsschutz selbst aus der Hand.

II. Europa zwischen Universalität und Partikularität

Wir sehen also, dass zur Euphorie kein Anlass besteht. Angestoßen durch die Wahrung europäischer Rechtseinheit, müsste der Grundrechtsschutz stärker auf die Erhaltung einer Maßstabsvielfalt ausgerichtet werden. Gelingt das nicht, produziert das Vernunftideal weitere Hochzonungszwänge, deren Logik an kein soziales Substrat mehr zurückgebunden ist. Mit anderen Worten: Die Unionsgrundrechte dürfen nicht einfach den nationalen Grundrechtsschutz übernehmen. Sonst hängen sie buchstäblich in der Luft. Die neue Ausbalancierung von Einheit und Vielfalt kann an den Grundrechten nicht vorbeigehen. Wir müssten uns dann allerdings von der regulativen Idee verabschieden, den handelnden Akteuren eine übergreifende Einheit aufzugeben.³⁰

1. *Bedeutungsanstieg der Unionsgrundrechte*

Dass ein pluralistisches Verständnis des Grundrechtsschutzes weiterführt, will ich exemplarisch an drei Fallgruppen deutlich machen.

a) *Zwingende Vorgaben*

Zunächst zu einem bedeutsamen Wandel in der Rechtsprechung. Setzt die Bundesrepublik Deutschland europäische Rechtsakte um, die *zwingende Vorgaben* enthalten, müssen die nationalen Rechtsakte nicht den nationalen, sondern den europäischen Grundrechten standhalten. Leise hat das Bundesverfassungsgericht die Unterscheidung der zentralen Handlungsformen des Europa-

28 EuGH Rs. C-260/89 ERT, Slg. 1991, I-2925 Rn. 42 f.; Rs. C-368/95 Familiapress, Slg. 1997, I-3689 Rn. 24 ff.; krit. T. Kingreen, Grundfreiheiten, in: v. Bogdandy (FN 5), S. 631 ff.

29 Ob sich der EuGH nicht doch vom eindeutigen Text beeindrucken lässt, bleibt abzuwarten. Aber es ist unwahrscheinlich, dass er sich auf konsenterte Bindungskonstellationen beschränkt, vgl. D. Scheuing, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162.

30 Siehe auch H. Brunkhorst, Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft. Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit, in: ders. (Hrsg.), Legitimationsprobleme der Weltgesellschaft (i.E.).

rechts eingeebnet. Es wird nicht gefragt, ob eine Verordnung oder Richtlinie vorliegt, sondern inwieweit der Rechtsakt den nationalen Stellen eigenverantwortlich auszufüllende Handlungsspielräume belässt. Nur wenn der Gesetzgeber solche Spielräume nutzen kann, sind die deutschen Grundrechte als Maßstab heranzuziehen. Das war beim europäischen Haftbefehl³¹ der Fall, nicht aber bei der Implementierung des europäischen Emissionshandelssystems.³² Und wir müssen sehen, dass die Realisierung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 3 EU n.F.) den Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte reduziert. Das wurde bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung deutlich.³³

Was bedeutet das? Dass sich der Grundrechtsschutz in weiten Teilen auf die europäische Ebene verschieben muss, ist unbestritten. Aber es stellt sich die Frage, was er hier bewirken kann. Der Europäische Gerichtshof ist nicht das Bundesverfassungsgericht und hält sich in der Kontrolle europäischer Rechtsakte zurück. Vielleicht ist darin ein Respekt vor den Mitgliedstaaten zu sehen. Jedenfalls ist Sekundärrecht wegen eines Grundrechtsverstößes bisher nicht für nichtig erklärt worden, wohl aber wegen einer Verletzung der Kompetenzordnung.

b) Völkerrechtliche Sanktionen

Das mag sich ändern. Für die nationale Politik ist die europäische Ebene nicht zuletzt deshalb attraktiv, weil im Arkanum der Ratssitzungen auch solche Ergebnisse erstrebt werden, die in den nationalen Arenen gegenüber einer hier eben doch intakten Öffentlichkeit kaum gerechtfertigt werden könnten. Statt beispielsweise Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen unter einer parlamentarischen Debatte im Bundestag umzusetzen, erfolgt die Umsetzung über die europäische Bande durch den Erlass einer unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltenden Verordnung. Darüber können völkerrechtliche Anti-terror-Maßnahmen wie das Einfrieren von Konten verdächtiger Personen zu einem effektiven Instrument in der Hand der europäischen Mitgliedstaaten werden.³⁴ Die Verordnung nimmt eine Verstärkerwirkung ein. Sie verstärkt die Resolutionen freilich zu einem hohen Preis: Der Grundrechtsschutz läuft

31 BVerfGE 113, 273 (315 ff.).

32 BVerfG, NVwZ 2007, 942 im Anschluss an BVerwGE 124, 47. Anders in Frankreich, wo der Conseil d'Etat die Umsetzung der Emissionshandelsrichtlinie zum Anlass nahm, den untergesetzlichen Rechtsakt dem EuGH vorzulegen, dazu F. Mayer/E. Lenski/M. Wendel, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'Etat vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.), EuR 2008, 63.

33 BVerfG, NVwZ 2008, 543.

34 Krit. K. Schmalenbach, Normentheorie vs. Terrorismus, JZ 2005, 349.

auf den Ebenen der Weltgesellschaft leer.

Deshalb zum *zweiten* Stichwort, dem Grundrechtsschutz gegenüber völkerrechtlichen Sanktionen. Auf der internationalen Ebene gibt es beim Sicherheitsrat neu eingerichtete *focal points*, wo der Betroffene die Streichung von der Antiterrorliste verlangen kann. Das kann – die Praxis zeigt es – auch erfolgreich sein, nur: Um einen wirksamen Schutz der Grundrechte geht es hier nicht. Das europäische Gericht erster Instanz hat in einer viel beachteten Entscheidung die Überprüfung von Verordnungen des Rates zur Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrates auf das *ius cogens*, also zwingendes Völkerrecht, beschränkt. Abgesehen von den notorischen Unsicherheiten, was außer dem Folterverbot darunter fällt, ist das ein reduzierter Grundrechtsschutz, der im Verhältnis zu den nationalen Grundrechten den *solange*-Vorbehalt des Bundesverfassungsgerichts aktivieren müsste.³⁵ Und warum sollen die Unionsgrundrechte hier kein Prüfungsmaßstab sein? Natürlich muss die Welt nicht an europäischen Werten genesen. Aber die Verpflichtung auf einen eigenen Katalog an Grundrechten ist immer auch ein Stück anerkannte Partikularität. So hat denn auch Generalanwalt *Maduro* dem Gerichtshof empfohlen, die Antiterror-Verordnung wegen eines Verstoßes gegen die Unionsgrundrechte für nichtig zu erklären.³⁶

Betrachten wir die Alternative: Die Vorstellung, dass nationale Verfassungsgerichte im Respekt vor dem Völkerrecht auf die Gewährung individuellen Rechtsschutzes verzichten, erscheint geradezu abwegig. Natürlich kann man bezweifeln, ob sich das Bundesverfassungsgericht durch den Gerichtshof überzeugen lässt und den Rechtsschutz nationalen Gerichten überantworten, gegebenenfalls kraft europäischer und damit der Kontrolle des EuGH unterstellten Verpflichtung. Jedenfalls erweist sich für den Generalanwalt der elegante Weg, den Mitgliedstaaten der Union die Durchführung der UN-Resolutionen zu überlassen, als versperrt. Es könne nicht der nationale Grundrechtsmaßstab herangezogen werden, weil die mitgliedstaatliche Maßnahme in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt. Verschließt sich der Gerichtshof der Gewährung eines hinreichenden Rechtsschutzes auf europäischer Ebene, wird es nur eine Frage der Zeit sein, bis ein nationales Verfassungsgericht auf die Souveränität des letzten Wortes³⁷ pocht und der Union die Gefolgschaft aufkündigt. Wie auf die politischen Prozesse angemessen Rück-

35 Zum Völkerrecht H. P. Aust/N. Naske, Rechtsschutz gegen den UN-Sicherheitsrat durch europäische Gerichte, ZöR 61 (2006), 587.

36 Schlussanträge des Generalanwalts P. P. Kadi v. 16.1.2008, Rs. C-402/05 P Kadi, Slg. 2008, I-0000 Rn. 41 ff.; dazu C. Franzius, Wer macht in Europa Menschenrechtspolitik? Recht und Politik im Zeichen des Terrors, in: Rudolf (Hrsg.), Europa und die Menschenrechte (i. E).

37 Überbewertung: BVerfGE 111, 307 (319) mit Blick auf das Völkerrecht.

sicht genommen werden kann, zeigt der Vorschlag, die Nichtigkeit der Verordnung auf den Rechtsmittelführer zu begrenzen. Zwar dürfte die Verordnung dann politisch kaum noch zu halten sein. Doch radikale Lösungen im Stil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Haftbefehl können im Verhältnis von Recht und Politik nicht überzeugen.³⁸

c) *Europäisierung der Menschenwürde?*

Man könnte in diesem Zusammenhang auch auf die europäische Menschenwürde verweisen. Bisher gab es diese nicht so richtig, aber in der Fokussierung auf gemeinsame Werte taucht sie in Art. 2 EU n.F. an prominenter Stelle auf. Zuvor hatte schon der Europäische Gerichtshof angemerkt, dass in der Anwendung des Primärrechts nicht gegen die Menschenwürde verstoßen werden dürfe, weil diese aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auf die Unionsebene gehoben und hier vom Gerichtshof anerkannt sei.³⁹ Deshalb nenne ich als *dritten* Punkt die Europäisierung der Menschenwürde.

Dem Gerichtshof ist die Problematik entsprechender Hochzoningseffekte bewusst. Es geht in diesem Zusammenhang auch nicht darum, wie wahrscheinlich eine Maßstabskonvergenz ist. Eine solche Konvergenz kann mit guten Gründen prognostiziert werden. Allein: Wollen wir den nationalen Maßstab zugunsten eines europäischen Maßstabs aufgeben? Und ist es richtig, im Prinzip jede Berufung des Mitgliedstaats auf eine Ausnahme im Vertrag an Unionsrecht zu messen? Zugespitzt: Sollte ein deutsches Luftsicherheitsgesetz vom Europäischen Gerichtshof auf die Vereinbarkeit mit einer europäischen und deshalb vielleicht abwägungsoffenen Menschenwürde⁴⁰ geprüft werden? Das mag an der Realität vorbei gehen, steckt aber in der Logik des gemeinsamen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, der im Zwang zum Konsens das demokratische Entwicklungspotential eines „konstitutiven Außerhalb“⁴¹ zu verschütten droht.

Was wir daran sehen sollten, ist, dass die Union auf eine schiefe Bahn gerät, orientiert sie sich weiterhin am Staat. Vielleicht ist es deshalb auch nicht verkehrt, wenn der Vertrag auf die überschießende Symbolik von Fähnchen und Wimpeln verzichtet. Allerdings werden auch strukturelle, durchaus handfeste und sozial erhebliche Asymmetrien nicht gänzlich zu vermeiden sein.

38 Richtig deshalb das Sondervotum von G. Lütke-Wolff, BVerfGE 113, 273 (327 ff.).

39 EuGH Rs. C-36/02 Omega, Slg. 2004, I-9609.

40 Zum Abwägungsverbot BVerfGE 115, 118 und deren Einordnung J. v. Bernstorff, Pflichten-kollision und Menschenwürde, Der Staat 47 (2008), 21 (24 ff.).

41 Vgl. im Anschluss an Henry Staten zur Beschreibung des „Anderen“ Mouffe (FN 15), S. 23 ff.

Das wird etwa an der Regelung zu den Diensten von allgemeinem *wirtschaftlichen* Interesse deutlich. Alle Erweiterungen, die Art. 14 AEU mit der kryptischen Kompetenzbestimmung im neuen Satz 2 übernimmt, erstrecken sich nur auf diejenigen Dienstleistungen, für die ohnehin eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Union besteht. Doch seien wir ehrlich: Für eine Rahmenrichtlinie zu öffentlichen Dienstleistungen fehlt es an den politischen Mehrheiten, weniger an einer Rechtsgrundlage.⁴²

2. *Was bleibt von den nationalen Grundrechten?*

Und kehren wir die Frage um: Was bleibt von den nationalen Grundrechten? Stellen wir uns nur die elaborierte Eigentumsdogmatik vor. Ist oder wird das alles Rechtsgeschichte? Natürlich können Inhalte der nationalen Grundrechte in die europäischen Grundrechte fließen und die Europapolitik prägen. Aber es geht hier um etwas anderes. Es geht um die Vorstellung einer geschlossenen Welt, in der Rechtsakte einer klaren, aber eben nur *einer* Vorrangordnung ausgesetzt sind und damit beherrschbar bleiben. Ich beschränke mich wiederum auf drei Stichworte.

a) *Reduzierung auf Notrechte?*

Erstens: Die Grundrechte des Grundgesetzes würden ersetzt, ließe ein Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon diese zu Notrechten verkümmern. Schon die Vermutung, es könne sich um Notrechte handeln, suggeriert eine Hierarchie, die es im Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten ebenso wenig gibt wie zwischen Bund und Ländern. Darin liegt ein Vorteil unserer föderalen Ordnung. Wir können die Europäische Union viel leichter mit einer föderalen als mit einer demokratischen Ordnung vergleichen.⁴³ Es mutet deshalb merkwürdig an, dass gerade das Vereinigte Königreich in der Grundrechte-Charta ein Unitarisierungspotential vermutet, dessen Verwirklichung weniger die Briten als die Deutschen im Schicksal der Landesgrundrechte beobachten konnten. Was uns offenbar nicht gelingt, ist herauszuarbeiten, worin sich Grundrechte eines staatlichen Gemeinwesens von den Grundrechten einer föderalen Ordnung, die kein Staat sein muss, unterscheiden. Wir arbeiten mit der Projektion des Bundesstaates, nicht aber einem Bund, der sich aus 27 und einer Ordnung zusammensetzt, damit aber eine ungleich stärkere Maßstabsvielfalt

42 C. Franzius, Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, *Der Staat* 45 (2006), 547 (579 f.).

43 Zum Versuch einer Verbindung S. Oeter, *Föderalismus*, in: v. Bogdandy (FN 5), S. 59 ff.

akzeptiert.⁴⁴

b) *Rechtsschutz als eiserne Ration des Rechtsstaates*

Ich komme zum *zweiten* Stichwort: dem Rechtsschutz als der Ratio des Rechtsstaates. Seine Gewährung kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass die angegriffene Maßnahme einen politischen Spielraum der steuernden Rechtsordnung ausfüllt. Die hier kritisch beschriebenen Hochzongungseffekte folgen dem Ideal der staatstheoretischen Vernunft. Was für den Staat gut ist, so lässt sich die Geschichte der europäischen Integration lesen, kann für Europa nicht schlecht sein. Diese Gleichung geht immer weniger auf, wie das politische Scheitern des Verfassungsvertrags gezeigt hat. Und materielle Aufladungen des Europarechts, wie die neue Werteklausel des Art. 2 EU mit der unionsverfassungsrechtlichen Verpflichtung auf die Achtung der Menschenwürde, sind deshalb nicht unproblematisch. Auch wenn es gilt, einen negativen Ektatismus⁴⁵ zu vermeiden: Die Kollisionsfälle werden unabhängig davon zunehmen, ob man auf vertikale Hierarchisierung oder horizontale Verbundbildung setzt. Und die Rede vom richterlichen Lernverbund⁴⁶ beschreibt das Problem, liefert aber noch keine Lösung.

Hinter den offenen Fragen tritt ein theoretischer Umbau hervor. Man wird sich von der Vorstellung verabschieden müssen, dass es eine zentrale Instanz auf Erden gibt, denen eine Letztentscheidungsgewalt zugewiesen werden kann. In diese Richtung kann Europa immerhin auch gedeutet werden. Sein Erfolg liegt darin begründet, keine hierarchische Meta-Struktur eingeführt und gezeigt zu haben, dass es das „jenseits“ auch ohne normativ einfallslose Kopien des Modells von Staatlichkeit geben kann. Nicht, dass die Mitgliedstaaten entbehrlich werden. Doch sie haben sich nicht nur gewandelt. Eine Rückkehr in die Welt souveräner Staaten ist verbaut.⁴⁷

Nirgendwo wird das deutlicher als bei der Gewährung von Rechtsschutz gegen Antiterror-Maßnahmen. Das Spannungsverhältnis entsteht mit der Verzahnung der Rechtsordnungen. Beanspruchen die europäischen Gerichte eine

44 Zur Europäischen Union als Bund siehe den gleichnamigen Beitrag von C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81; ferner U. Preuß, Europa als politische Gemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 489 (508 ff.) und jetzt O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2007.

45 Wendung: M. Kumm, in: Joerges/Mahlmann/Preuß (FN 7).

46 F. Merli, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 392 (418).

47 Man kann die tradierten Begriffe nicht beliebig dehnen, um unter der Beobachtung eines Wandels die historische Bedeutung zu ignorieren: D. Grimm, Souveränität – zur aktuellen Leistungsfähigkeit eines rechtlich-politischen Grundbegriffs, in: Stein u.a. (FN 8), S. 304.

umfassende Prüfungs- und Verwerfungskompetenz, so droht die prekäre Normativität des Völkerrechts untergraben zu werden. Versagt der Europäische Gerichtshof aber den Grundrechtsschutz, stellt er sich nicht nur in Widerspruch zur Qualifizierung der Union als Rechtsgemeinschaft, sondern provoziert Konflikte mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Bundesverfassungsgericht, das nach Art. 19 Abs. 4 GG effektiven Rechtsschutz gegenüber in Anwendung des Europarechts ergangenen Akten öffentlicher Gewalt gewähren müsste.⁴⁸ So gesehen, sind die Entscheidungen europäischer Gerichte mitbestimmend für das Maß der Konstitutionalisierung der Vereinten Nationen. Das schließt im Falle des Rechtsschutzes gegen Antiterrormaßnahmen nicht aus, alternative Formen des Rechtsschutzes in Betracht zu ziehen, zumal wegen der vertraulichen Informationen nur ein begrenzter Zugang zu den Tatsachengrundlagen⁴⁹ besteht.

c) *Kollisionsrecht der Weltgesellschaft*

Aber machen wir uns nichts vor. Was wir brauchen, ist ein Kollisionsrecht der Weltgesellschaft. Das ist mehr als nur ein völkerrechtliches Thema. Besondere Schwierigkeiten entstehen mit der Verortung der Europäischen Union, die sich vom Völkerrecht in gleicher Weise wie vom Staatsrecht emanzipiert, aber auf den Umgang mit der dualen Struktur zurückwirkt. Das soll mein *dritter* Punkt sein.

Europa ist schwierig, weil supranationale Herrschaft transnational zu legitimieren gesucht wird. Es ist eben nicht so, dass eine neue Herrschaft der alten übergestülpt wird, sondern von Anfang an ging es immer auch um die Öffnungen zur Seite hin, also die horizontale Dimension.⁵⁰ Ja, wir können so weit gehen, in der Vereinigung der Völker – und nicht der Staaten – einen Verzicht auf Zentralisierung der Hoheitsgewalt zu sehen. Der Kern der europäischen Idee liegt in der Komplementarität der Teilrechtsordnungen. So betrachtet, hat die viel beschriebene Fragmentierung – jedenfalls auch – eine positive Seite. Probleme entstehen, weil der darin enthaltene Gedanke einer Pluralisierung nicht mehr ohne weiteres auf die territorial definierte Staatenwelt zurückge-

48 So B. Fassbender, Art. 19 Abs. 4 GG als Garantie innerstaatlichen Rechtsschutzes gegen Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrates, AöR 132 (2007), 257 (261 ff.).

49 Zu Recht für einen stärkeren Tatsachenbezug O. Lepsius, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), 319 (335 f., 349 ff.).

50 Vgl. I. Pernice, Die horizontale Dimension des Verfassungsverbundes, in: FS Meyer, 2006, S. 359; J. Bast, Transnationale Verwaltung des Migrationsraums, Der Staat 46 (2007), 1; C. Franzius, Horizontalisierung als Governance-Struktur, in: Botzem u.a. (Hrsg.), Governance als Prozess (i.E.).

führt werden kann.

Da ist es wieder, unser Problem. Wir ahnen, dass Grenzen bleiben, wissen aber nicht mehr, wo wir sie ziehen sollen. In dieser Unsicherheit liegt, was anderswo – ebenso vage wie richtig – Governance genannt wird.⁵¹ Dass die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft verschwimmt, ist nicht neu. Wir haben uns auch mit dem Einkochen der Unterscheidung von Sein und Sollen längst arrangiert und beobachten fasziniert die Überlagerung territorialer durch funktionale Differenzierung.⁵² An die Stelle der Staatenwelt rückt die postmoderne Welt autokonstitutioneller Teilregime, die miteinander kollidieren.⁵³ Gerade die Europäische Union verdeutlicht, dass der Rechtspluralismus kein leichtfertig zu propagierender Ausweg ist.⁵⁴ Anders gesagt: Nationale Grundrechte können nicht einfach übernehmen, was die Kritik an der Einheit europäischer Grundrechte übrig lässt. In Vielfalt geeint, dieser aus dem Text verbann- te Leitspruch des Verfassungsvertrags verlangt ein *neues* Kollisionsrecht der Rechtsordnungen.⁵⁵

Warum ist das so? Nun, weil auch in Europa mit der Globalisierung eine Sektoralisierung einhergeht: Partialinteressen entziehen sich eines Ausgleichs mit Allgemeininteressen. Und die *Pointe* kollisionsrechtlichen Denkens – ich kann das hier nur andeuten⁵⁶ – liegt darin, eben diesen Ausgleich keiner übergreifenden Instanz zuordnen zu können, d.h. weder einem Weltparlament in New York noch den nationalen Parlamenten auf der Ebene des Staates. An dieser Stelle kann ein Vorteil der Europäischen Union liegen, wenn es gelingt, sie als gesellschaftliche Kraft des Bewahrens und Erneuerns in Form zu bringen. Das setzt voraus, sie ihrerseits als Abkürzung einer Vielzahl von Funktions- systemen zu verstehen, die um Einfluss konkurrieren und Rationalitäten- konflikte markieren. Insoweit ist der ausdifferenzierte Grundrechtskatalog, der

51 Aufschlussreich S. Botzem u.a. (Hrsg.), Governance als Prozess (i.E.); krit. C. Joerges, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS-Sonderheft 41 (2008), i.E.

52 Vgl. M. Stolleis, Was kommt nach dem Nationalstaat und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?, in: Hèritier/Stolleis/Scharpf (Hrsg.), European and International Regulation after the Nation State, 2004, S. 17 ff.

53 Grundlegend A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen, 2006.

54 Das mag im Völkerrecht anders sein, siehe aber M. Koskenniemi, International Law: Between Fragmentation and Constitutionalism, Manuskript; anders K.-H. Ladeur/L. Viellechner, Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte, AVR 46 (2008), 42 mit der Fokussierung auf staatliche Grundrechte.

55 Vgl. C. Joerges/F. Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, ZERP-Diskussionspapier 2/2008, S. 9 f.

56 Zum transnationalen Verwaltungsrecht als Kollisionsrecht A. Fischer-Lescano, Transnationales Verwaltungsrecht, JZ 2008, 373 (375, 380 ff.).

trotz aller Rücksichtnahmen gegenüber den Souveränitätsbekundungen der Mitgliedstaaten auf territoriale Grenzziehungen verzichtet, ein richtiger Weg.

III. Kompensation demokratischer Defizite?

Können die Grundrechte also demokratische Defizite lindern? Können die Gerichte (wieder) übernehmen, was politisch nicht zu erreichen war? Es wäre nicht das erste Mal in der Geschichte beider Gemeinwesen. Deutschland und die Europäische Union sind sich näher als es manchem lieb ist.

Einige Irrtümer sind beseitigt worden. Die Maximierung individueller Freiheit kann den kollektiven Ausgleich nicht ersetzen.⁵⁷ Und die kollektive Absteckung der Freiheitssphären kann nicht allein dem Europäischen Parlament überantwortet werden. Ja, es wurde – und wird – in Zweifel gezogen, ob die Union demokratische Legitimation selbst produzieren könne.⁵⁸ Zwar wird die interpretationsoffene Formulierung des Art. 6 Abs. 1 EU a.F., wonach die Europäische Union auf dem Grundsatz der Demokratie beruhe, durch die Art. 9 ff. EU n.F. modifiziert und spezifiziert. Ob das einen Umstieg von Demokratie auf Gerechtigkeit⁵⁹ trägt, erscheint jedoch fraglich.

Der Vertrag von Lissabon macht in Art. 10 Abs. 2 EU jedoch unmissverständlich klar, dass sich das unionale Demokratieprinzip auf zwei Stränge stützt, wie es das Bundesverfassungsgericht bereits im Maastricht-Urteil herausgearbeitet hat.⁶⁰ Der eine Strang ist kurz, aber dünn: Es sind die Wahlen zum Europäischen Parlament. Und der andere Strang ist lang, lang und verwickelt.⁶¹ Vor allem hat er das erstaunliche Phänomen zu verarbeiten, dass sich der europäische Gesetzgeber im Rat aus den nationalen Exekutiven zusammensetzt. Diese stärker zu kontrollieren, obliegt den nationalen Parlamenten. In Deutschland ist und bleibt das der Deutsche Bundestag. Sollten die Bundesländer das begreifen, ist mir um die Grundrechte nicht bange und der heutige Tag ein Grund zum Feiern.

57 C. Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 25 ff.

58 Dazu C. Offe/U. Preuß, *The Problem of Legitimacy in the European Polity. Is Democratization the Answer?*, *Constitutionalism Webpapers*, ConWEB No 6/2006.

59 J. Neyer, *Die halbierte Gerechtigkeit in der Europäischen Union*, *Leviathan* 35 (2007), 30.

60 BVerfGE 89, 155 (182 ff.); dazu A. v. Bogdandy, *Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung*, *KritV* 83 (2000), 284.

61 Vgl. G. Lübke-Wolff, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 246 (259).

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

* siehe unsere Homepage: www.zerp.uni-bremen.de (Publikationen)

- DP 7/91: *Gerd Winter* (Hrsg.), Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Dezember 1991 (P)
- DP 3/92: *Ines Katharina Gerwien*, Die Kontrolle von Pestiziden in exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und Malaysias, Oktober 1992 (P)
- DP 7/93: *Michelle Everson*, To the Constitutional Position of the Citizen of the United Kingdom, Dezember 1993 (P)
- DP 3/94: *Monika Jagels-Sprenger*, Der Fall PVC. Ein ungewisses Risiko und seine rechtliche Bewältigung, März 1994 (P)
- DP 4/94: *Geoffrey Woodroffe/Philip Rawlings/Chris Willett*, Financial Services in the United Kingdom, März 1994 (P)
- DP 5/94: *Edda Castelló*, Untersuchung von Beschwerdesystemen für Finanzdienstleistungen, März 1994 (P)
- DP 8/94: *E. Alexandridou/M.-T. Marinos/C. Mastrokostas/G. Triantaphyllakis*, Financial Services in Greece, Juli 1994 (P)
- DP 1/97: *Dorothee Eidmann*, Ausländer und Verwaltung. Eine Skizze am Beispiel des Ausländeramtes in Bremen, Januar 1997 (P/E)
- DP 2/97: *Josef Falke/Armin Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt, März 1997 (P/E)
- DP 3/97: *Edwige Lefebvre*, A Historical Profile of Belgium: From Urban to Modern Belgian Citizenship, Juli 1997 (P/E)
- DP 4/97: *Edwige Lefebvre*, The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burgher, Juli 1997 (P/E)
- DP 5/97: *Edwige Lefebvre*, French Republicanism in Algeria: „Citoyen-Colon“ versus „Sujet-Musulman-Français“, Juli 1997 (P/E)
- DP 6/97 *Ulrich K. Preuß/Armin Höland* (eds.), The Normative Foundation of the Polity, Oktober 1997 (P/E)
- DP 7/97 *Konstanze Plett*, Rechtliche Hindernisse auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen, Oktober 1997 (E)
- DP 1/98: *Wolf Sauter*, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications, and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach?, Januar 1998 (P/E)
- DP 1/99 *Jürgen Neyer/Dieter Wolf/Michael Zürn*, Recht jenseits des Staates, März 1999 (E)

- DP 2/99 *Josef Heimann*, „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Oktober 1999 (P/E)
- DP 1/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Zusammenfassung einer empirischen und rechtlichen Untersuchung der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben, März 2000 (P/E)
- DP 2/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Association-Level Agreements and Favourability Principle, Dezember 2000 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)

- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, März 2008 (P/E)
- DP 2/08 *Christian Joerges/Florian Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem "sozialen Defizit" des Integrationsprojekts, Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval, März 2008 (E)
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, Juni 2008 (P/E)