

## Ein Vorschlag zur Erneuerung des Identifikationsangebots der Europäischen Union – Leitlinien für eine künftige europäische Verfassungsentwicklung

Von Eckart Klein und Marten Breuer

### A. Einleitung

Das ambitionierte Projekt eines „Vertrags über eine Verfassung für Europa“ (VVE<sup>1</sup>) ist gescheitert. Dies gilt jedenfalls, wenn man Äußerungen des polnischen Ministerpräsidenten *Marcinkiewicz* vom November 2005 Glauben schenken will.<sup>2</sup> Zwar haben sich die Staats- und Regierungschefs im Juni 2005 nach dem negativen Ausgang der Referenden in Frankreich und in den Niederlanden<sup>3</sup> zunächst lediglich für eine „Zeit der Reflexion“,<sup>4</sup> eine „Denkpause“<sup>5</sup> ausgesprochen. Doch erscheint zunehmend fraglich, ob es sinnvoll ist, mit dem Ratifikationsprozess fortzufahren.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> ABl. 2004 Nr. C 310/1.

<sup>2</sup> „Die EU-Verfassung ist gescheitert“, in: F.A.Z. Nr. 277 vom 28.11.2005, S. 6. Ebenso der ehemalige Präsident des französischen Conseil Constitutionnel, *Robert Badinter*: „Ma conviction personnelle est que le projet de la Constitution en sa version actuelle est mort.“, in: „Vers une Justice Européenne“, Vortrag gehalten am 24.10.2004 an der Humboldt-Universität zu Berlin, online abrufbar unter <[www.rewi.hu-berlin.de/WHI/Rede\\_Homepage\\_Badinter.pdf](http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/Rede_Homepage_Badinter.pdf)>.

<sup>3</sup> Zu den Hintergründen vgl. *J. Schild*, Ein Sieg der Angst – das gescheiterte französische Verfassungsreferendum, in: *integration 2005*, S. 187 ff.; *M. Jopp / G.-S. Kuhle*, Wege aus der Verfassungskrise – die EU nach den gescheiterten Referenden in Frankreich und den Niederlanden, in: *integration 2005*, S. 257 ff.

<sup>4</sup> Erklärung der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Ratifizierung des Vertrags über eine Verfassung für Europa vom 16./17.6.2005, online abrufbar unter <[http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/de/ec/85329.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/85329.pdf)>.

<sup>5</sup> „Nur eine Denkpause für Europa“, F.A.Z. Nr. 138 vom 17.6.2005, S. 1.

<sup>6</sup> In einem Bericht für den Verfassungsausschuss des Europäischen Parlaments heißt es zwar, es werde anerkannt, dass der Ratifizierungsprozess durch die Referenden in Frankreich und den Niederlanden auf „unüberwindliche Schwierigkeiten“ gestoßen sei,

Die Ratifizierung durch Frankreich und die Niederlande würde jedenfalls eine neuerliche Volksabstimmung in beiden Ländern erforderlich machen. Im Falle Frankreichs erscheint ein zweites Referendum vor dem Ende der Amtszeit Staatspräsident *Chiracs* im Frühjahr 2007 von vornherein chancenlos, zu ausgeprägt war der Charakter des französischen „non“ als ein Denkmittel („vote de sanction“) gegenüber der herrschenden politischen Klasse im Allgemeinen und dem Staatspräsidenten im Besonderen.<sup>7</sup> Davon abgesehen ist die generelle Gefahr einer nochmaligen Abstimmungsniederlage in das politische Kalkül mit einzubeziehen. Dass diese Gefahr keineswegs eine rein hypothetische ist, belegt die hohe Abstimmungsbeteiligung von 69,4 Prozent in Frankreich und 63,9 Prozent in den Niederlanden. Diese Zahlen lassen es als ausgeschlossen erscheinen, von einem „Zufallsergebnis“ zu sprechen, das lediglich in einem zweiten Referendum korrigiert werden müsse, um dem wahren Mehrheitswillen zum Ausdruck zu verhelfen. Vielmehr könnte sich bei Franzosen wie Niederländern der Eindruck verstärken, dass sie so lange zu den Urnen gerufen würden, bis endlich das gewünschte Ergebnis herauskäme. Die Gefahr, dass ein solcher Eindruck eine Gegenreaktion im Sinne eines „Jetzt-erst-recht“ provozieren könnte, sollte nicht gering veranschlagt werden,<sup>8</sup> zumal der integrationspolitische Schaden einer zweiten Abstimmungsniederlage noch ungleich höher wäre als der bereits jetzt eingetretene. Schaden würde aber auch der demokratischen Idee als solcher zugefügt. Das demokratische Defizit der Gemeinschaft beklagen, den Willen der Mehrheit in zwei Mitgliedstaaten aber gleichzeitig abwerten, ist blanker Zynismus.

Vor diesem Hintergrund erweisen sich früher entworfene Szenarien, wie mit einer Ablehnung des Verfassungsvertrags in einem der Mitgliedstaaten – gedacht wurde dabei vor allem an das traditionell europaskeptische Großbritannien – umgegangen werden könnte, als juristische Glasperlenspiele. Der Vorschlag eines Austritts der ratifizierungsunwilligen Staaten<sup>9</sup> etwa kommt bei den

---

doch fand sich für diese Position im Ausschuss selbst keine Mehrheit, vgl. „Kein Abrücken von der Verfassung“, in: F.A.Z. Nr. 293 vom 16.12.2005, S. 5.

<sup>7</sup> Vgl. *Schild* (Anm. 3), S. 190; *U. Diedrichs / W. Wessels*, Die Europäische Union in der Verfassungsfälle? Analysen, Entwicklungen und Optionen, integration 2005, S. 287 (290 f.).

<sup>8</sup> Anders *R. Bieber*, Krisenmanagement einer europäischen Verfassungsgebung, in: Festschrift für G. Ress, 2005, S. 1415 (1420): „[Es erscheint] ohne weiteres möglich, einer ersten negativen Abstimmung weitere Abstimmungen zum gleichen Thema so oft folgen zu lassen, bis die erforderliche Mehrheit erreicht wird.“

<sup>9</sup> Vgl. *P. Hector*, Die Europäische Verfassung: Rechtliche Möglichkeiten, falls ein Mitgliedstaat nicht ratifiziert, in: Festschrift für G. Ress, 2005, S. 497 (500 ff.); *A. Maurer*, Austritt, Ausschluss oder institutionelle Anpassung: Optionen nach dem Scheitern des EU-Verfassungsvertrages, IPG 2005, S. 165 (171 ff.); *J. Monar*, Optionen für den Ernstfall: Auswege aus einer möglichen Ratifizierungskrise des Verfassungsvertrages, integration 2005, S. 16 (28 ff.).

Gründungsmitgliedern Frankreich und Niederlande von vornherein nicht in Betracht. Die Realisierbarkeit des Vorschlags, den Verfassungsvertrag nur für einen Teil der EU-Mitgliedstaaten in Kraft zu setzen mit der Folge einer „zeitweiligen Parallelexistenz von EU/EG-Vertrag und Verfassung“,<sup>10</sup> muss angesichts institutioneller Neuerungen im Verfassungsvertrag (Präsident des Europäischen Rates, Art. 1-22 VVE, Außenminister der Union, Art. 1-28 VVE), als äußerst zweifelhaft gelten,<sup>11</sup> zumal Art. IV-447 VVE die Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten vorsieht. Eine „weiche Konstitutionalisierung“, also die Verwirklichung einzelner Reformziele im Rahmen des bestehenden Vertragswerks durch interinstitutionelle Vereinbarungen, Wahrnehmung des Selbstorganisationsrechts der Organe usw.,<sup>12</sup> ist zwar rechtstechnisch fraglos möglich, sieht sich jedoch zwei gravierenden Einwänden ausgesetzt: erstens würde hierdurch eines der – allerdings ohnehin nicht erreichten<sup>13</sup> – Hauptziele des Verfassungsvertrags, die Vereinfachung des Primärrechts,<sup>14</sup> ausdrücklich konterkariert,<sup>15</sup> zweitens wäre es der Legitimität der Union alles andere als zuträglich, wenn das, was sich im Wege der Vertragsänderung nicht hat durchsetzen lassen, gleichsam „durch die Hintertür“ eingeführt werden würde.<sup>16</sup> Vergleichbare Auswege wie in den Fällen des gescheiterten dänischen Referendums zum Vertrag von Maastricht 1992 (Opt-out-Klauseln) oder der Ablehnung des Vertrags von Nizza durch das irische Volk im Jahr 2001 (interpretative Erklärungen)<sup>17</sup> bieten sich in der gegenwärtigen Situation nicht.<sup>18</sup>

Angesichts dessen erscheint es unabdingbar, substantielle Änderungen am Verfassungsvertrag vorzunehmen und diesen neu zur Diskussion zu stellen. Der vorliegende Beitrag spricht sich für die Schaffung eines eigenständigen konstitutionellen „Basisvertrags“ neben den bestehen bleibenden EG- und EAG-Verträgen aus (II.). Der „Basisvertrag“ mit der Grundrechtecharta als integra-

<sup>10</sup> *Bieber* (Anm. 8), S. 1420 f.

<sup>11</sup> Ebenso *Monar* (Anm. 9), S. 23 f.

<sup>12</sup> Vgl. *D. Thym*, Weiche Konstitutionalisierung – Optionen der Umsetzung einzelner Reformschritte des Verfassungsvertrags ohne Vertragsänderung, *Integration* 2005, S. 307 ff.; *Maurer* (Anm. 9), S. 178 ff.; *Monar* (Anm. 9), S. 21 ff. – Am 21.12.2005 hat der Rat beschlossen, seine bislang nichtöffentlichen Sitzungen in gewissem Umfang der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, vgl. Schlussfolgerungen 15834/05 + ADD1. Der Sache nach wird hiermit im Wesentlichen Art. 1-24 Abs. 6 VVE umgesetzt.

<sup>13</sup> Hierzu im Text bei Anm. 40.

<sup>14</sup> Erklärung von Laeken, Bulletin der EU 12/2001, Anlage I: „Für die Europäische Union gelten zurzeit vier Verträge. [...] Im Interesse einer größeren Transparenz ist eine Vereinfachung unerlässlich.“

<sup>15</sup> *Maurer* (Anm. 9), S. 183.

<sup>16</sup> *Thym* (Anm. 12), S. 307 f.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu *Hector* (Anm. 9), S. 498 f.; *Monar* (Anm. 9), S. 24 ff.

<sup>18</sup> Vorsichtig positiv jedoch *Diedrichs / Wessels* (Anm. 7), S. 287 (295).

lem Bestandteil sollte Vorrang vor sonstigem Primärrecht genießen (III.). Auf diese Weise würde den Grundrechten Vorrang vor den Grundfreiheiten des EG-Vertrags eingeräumt (IV.) und der – spätestens mit dem Vertrag von Maastricht begonnene – Wandel von der Wirtschafts- zur Wertegemeinschaft endgültig vollzogen. Hierdurch würde die Europäische Union im Sinne einer „Grundrechtsgemeinschaft“ verfasst werden, die als veritables Identifikationsangebot an die europäischen Bürger gelten könnte.

## B. Ein „Basisvertrag“

Hervorstechendes Merkmal des Verfassungsvertrags ist seine Untergliederung in vier römisch bezifferte Teile.<sup>19</sup> Die eigentlichen Neuerungen enthalten die Teile I und IV, während Teil II die Grundrechtecharta inkorporiert, die auf diese Weise in den Rang verbindlichen Primärrechts erhoben wird. Teil III stellt eine Verschmelzung des EG-Vertrags mit Teilen des EU-Vertrags (GASP, PJZS) dar.<sup>20</sup> Die in der Literatur anzutreffende Redeweise von den Teilen I, II und IV als der „eigentlichen Verfassung“<sup>21</sup> legt die Frage nahe, warum nicht sogleich ein gesondertes Vertragsdokument geschaffen worden ist.

Die Ursprünge hierfür gehen zurück auf den Bericht des im Vorfeld der Vertragsrevision von Nizza eingesetzten sog. Rats der drei Weisen aus dem Jahr 1999.<sup>22</sup> Der Bericht schlug eine Aufspaltung des europäischen Primärrechts in zwei Teile vor: einen „grundlegenden Vertrag“, der „die Ziele, die Grundsätze und die allgemeinen politischen Leitlinien, die Bürgerrechte und den institutionellen Rahmen“ enthalten solle, sowie einen getrennten Text mit den „anderen Vorschriften der derzeitigen Verträge [...], einschließlich der Vorschriften für spezielle Politiken“.<sup>23</sup> Durch die Zweiteilung würde die „grundlegende institu-

<sup>19</sup> In der vom Verfassungskonvent erarbeiteten Fassung (vgl. EuGRZ 2003, S. 357 ff.) begann die Zählung der einzelnen Artikel in jedem Teil neu, die Regierungskonferenz hat sich dann für eine durchlaufende Nummerierung der Artikel entschieden, vgl. CIG 86/04 vom 25.6.2005, S. 1, online abrufbar unter <<http://ue.eu.int/igcpdf/de/04/cg00/cg00086.de04.pdf>>.

<sup>20</sup> Vgl. *Th. Oppermann*, Eine Verfassung für die Europäische Union. Der Entwurf des Europäischen Konvents – 2. Teil, DVBl. 2003, S. 1234 (1243 f.).

<sup>21</sup> *Th. Oppermann*, Valéry Giscard d'Estaing – Vater der Europäischen Verfassung, in: *Liber Amicorum für J. Delbrück*, 2005, S. 519 (522, 533); siehe auch *J. Schwarze*, Der Europäische Verfassungsvertrag, JZ 2005, S. 1130.

<sup>22</sup> Zum Folgenden vgl. auch eingehend *B. De Witte*, Simplification and Reorganization of the European Treaties, CMLRev. 39 (2002), S. 1255 (1270 ff.).

<sup>23</sup> *R. v. Weizsäcker / J.-L. Dehaene / D. Simon*, Die institutionellen Auswirkungen der Erweiterung, abgedruckt in: *Th. Bruha / J.J. Hesse / C. Nowak* (Hrsg.), *Welche Verfassung für Europa?*, 2001, S. 303 (312); auch online abrufbar unter <[http://europa.eu.int/igc2000/repoct99\\_de.pdf](http://europa.eu.int/igc2000/repoct99_de.pdf)>.

tionelle Struktur für die Öffentlichkeit einsichtiger, verständlicher und zugänglicher“.<sup>24</sup> Zugleich sprach sich der Weisenrat für die Möglichkeit einer erleichterten Abänderbarkeit („mit einer neuen superqualifizierten Mehrheit“) des zweiten Teils aus,<sup>25</sup> während der Grundvertrag weiterhin nur durch einstimmigen Beschluss einer Regierungskonferenz und anschließende Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten sollte geändert werden können.

Die Empfehlungen des Weisenrates fanden ihren Niederschlag in einem Gutachten des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz aus dem Jahr 2000.<sup>26</sup> Aufgegriffen wurde dabei der Gedanke eines „Basisvertrags“ mit den „wesentlichen Merkmale[n] der Europäischen Union“. Als Vorteile dieser Konzeption wurden neben der besseren Verständlichkeit des Primärrechts „die Verbesserung der Rechtssicherheit sowie die Schaffung eines Dokuments, dessen symbolischer und identitätsstiftender Gehalt eine harmonische Ergänzung der Grundrechtscharta bilden könnte“, genannt.<sup>27</sup> Hingegen wurde der Vorschlag einer Flexibilisierung des Vertragsänderungsverfahrens abgelehnt. Die der Flexibilisierung zugrunde liegende Logik, so die Studie, entspreche „nicht notwendig und ausschließlich dem mehr oder weniger fundamentalen Charakter der primärrechtlichen Bestimmungen“.<sup>28</sup>

Die Empfehlungen der „drei Weisen“ fanden schließlich auch Eingang in die Erklärung von Laeken (2001), die ja die Grundlage für die Einberufung des Verfassungskonvents schuf. Dort wird als Frage formuliert: „Soll zwischen einem Basisvertrag und den anderen Vertragsbestimmungen unterschieden werden? Muss diese Aufspaltung vorgenommen werden? Kann dies zu einer Unterscheidung zwischen den Änderungs- und Ratifikationsverfahren für den Basisvertrag und die anderen Vertragsbestimmungen führen?“<sup>29</sup> Der Verfassungsvertrag antwortet hierauf mit der besagten Untergliederung in vier Teile und der grundsätzlichen Beibehaltung des bisherigen Vertragsänderungsverfahrens.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> Ebd.

<sup>25</sup> Als Vorbild hierfür kann die im romanischen Rechtskreis verbreitete Figur der *loi organique* gelten, die sich durch eine erleichterte Abänderbarkeit im Verhältnis zur Verfassung, aber erschwerte Bedingungen im Vergleich zum einfachen Gesetzesrecht auszeichnet; vgl. dazu R. Bieber / B. Kahil, „Organic Law“ in the European Union, in: G. Winter (Hrsg.), *Sources and Categories of European Union Law*, 1996, S. 423 ff.

<sup>26</sup> „Ein Basisvertrag für die Europäische Union. Studie zur Neuordnung der Verträge“, online abrufbar unter <[http://europa.eu.int/comm/archives/igc2000/offdoc/drafttreaty\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/archives/igc2000/offdoc/drafttreaty_de.pdf)>.

<sup>27</sup> „Ein Basisvertrag“ (Anm. 26), S. 1 f.

<sup>28</sup> „Ein Basisvertrag“ (Anm. 26), S. 2.

<sup>29</sup> Erklärung von Laeken (Anm. 14).

<sup>30</sup> Genau genommen kennt der Verfassungsvertrag drei Änderungsverfahren (vgl. A.J. Menéndez, *Neither Constitution, Nor Treaty. A deliberative-democratic analysis of*

Die Entscheidung für einen zusammenhängenden, jedoch in verschiedene Teile gegliederten Vertrag fiel im Verfassungskonvent in einem entscheidenden Stadium. Am 28. Oktober 2002, d.h. zu Beginn der „Phase der Vorschläge“, die auf die Phasen des „Zuhörens“ und der „Prüfung“ folgte,<sup>31</sup> präsentierte Konventspräsident *Giscard d'Estaing* einen – offenbar im Wesentlichen von ihm selbst erarbeiteten<sup>32</sup> – „Vorentwurf eines Verfassungsvertrags“,<sup>33</sup> der für die Grundstruktur des Vertragswerks bis in seine endgültige Fassung bestimmend blieb.<sup>34</sup> Ohne dass Gründe genannt würden, geht der Vorentwurf von einem einzigen Vertragsdokument aus, gliedert dieses jedoch in zwei Hauptteile: einen 46 Artikel umfassenden 1. Teil – überschrieben mit „Die Struktur der Verfassung“ – und einen 2. Teil, der „Die Politikbereiche und die Durchführung der Maßnahmen der Union“ regelt (ein kurzer 3. Teil enthält „Allgemeine und Schlussbestimmungen“). Die Grundrechtecharta erscheint hier in Art. 6 des 1. Teils, wobei offenbar zunächst an eine Pauschalverweisung gedacht war; später wurde alternativ vorgeschlagen, die Grundrechtecharta als zweiten Teil in den Verfassungsvertrag einzugliedern,<sup>35</sup> wie letztlich geschehen.<sup>36</sup> Hierdurch erhöhte sich die Zahl der Teile auf schließlich vier. Festzuhalten bleibt somit,

---

the Constitutional Treaty of the European Union, Working Paper 08/2005, online abrufbar unter <[www.arena.uio.no](http://www.arena.uio.no)>, S. 20): das „ordentliche Änderungsverfahren“ mit und ohne Einberufung eines Konvents gem. Art. IV-443 VVE sowie das „vereinfachte Änderungsverfahren“ betreffend Teil III, Titel III gem. Art. IV-445 VVE.

<sup>31</sup> Vgl. *C. Ladenburger*, Die Erarbeitung des Verfassungsentwurfs durch den Konvent – Bericht aus praktischer Beobachtung, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents. Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, 2004, S. 397 (398 ff.).

<sup>32</sup> Vgl. *Ladenburger* (Anm. 31), S. 413.

<sup>33</sup> CONV 369/02; noch im Arbeitsdokument des Präsidiums vom 10.9.2002 (CONV 250/02) werden verschiedene Varianten (zwei eigenständige Verträge, ein einheitlicher Vertrag, Grundlagenvertrag mit Sonderprotokollen usw.) zur Diskussion gestellt (Dokumente des Verfassungskonvents sind online abrufbar unter <<http://european-convention.eu.int>>).

<sup>34</sup> *Menéndez* (Anm. 30), S. 18, setzt den entscheidenden Zeitpunkt noch wesentlich früher an, nämlich auf die Eröffnungsrede *Giscard's* am 26.2.2002. Dort heißt es: „However, there is no doubt that, in the eyes of the public, our recommendation would carry considerable weight and authority if we could manage to achieve broad consensus on a single proposal which we could all present.“ Das Plädoyer für einen einheitlichen Vorschlag zielte allerdings eher darauf ab, dass es dem Konvent nach dem Mandat von Laeken freistand, entweder verschiedene Optionen vorzuschlagen oder aber einen einheitlichen Vorschlag zu präsentieren. Dieser musste nicht notwendigerweise auch in einem einzigen Vertragsdokument bestehen.

<sup>35</sup> Vgl. CONV 528/03 vom 6.2.2003, Art. 5 Abs. 1: „Die Charta der Grundrechte ist integraler Bestandteil der Verfassung. Die Charta ist [im zweiten Teil dieser Verfassung/in einem dieser Verfassung beigefügten Protokoll] wiedergegeben.“

<sup>36</sup> Hierzu statt vieler *R. Streinz / C. Ohler / C. Herrmann*, Die neue Verfassung für Europa, 2005, S. 78 ff.

dass eine wesentliche Fragestellung der Erklärung von Laeken allein durch die Vorgabe des Konventspräsidenten einseitig zugunsten der Einheitslösung entschieden worden ist.

Was spricht nun dafür, den Vorschlag eines „Basisvertrags“ wieder aufzugreifen? Hier ist in erster Linie das in der Laeken-Erklärung formulierte Ziel größerer Transparenz des Primärrechts zu nennen, die unabdingbar ist für die angestrebte Identitätsstiftung. In seiner jetzigen Fassung wird der Verfassungsvertrag diesem Ziel nur mit Blick auf die „eigentliche Verfassung“ der Teile I, II und IV gerecht.<sup>37</sup> Mit 126 Artikeln entsprechen sie mehr oder weniger dem Umfang der mitgliedstaatlichen Verfassungen.<sup>38</sup> Betrachtet man hingegen den Verfassungsvertrag insgesamt mit seinen 448 Artikeln (zuzüglich der 36 Protokolle, welche gem. Art. IV-442 VVE integraler Bestandteil des Vertrags sind, sowie 50 weiterer Erklärungen), und berücksichtigt man ferner, dass der Euratom-Vertrag nicht in den Verfassungsvertrag einbezogen ist, sondern selbständig neben diesem fortbesteht,<sup>39</sup> so wird man dem Konvent kaum bescheinigen können, sein Ziel erreicht zu haben.<sup>40</sup>

Gegen das Projekt eines „Basisvertrags“ ist der Einwand der Realitätsferne erhoben worden, weil sich keine Politikbereiche definieren ließen, deren Bedeutung augenfällig geringer als andere sei.<sup>41</sup> Doch zeigt gerade der Verfassungsvertrag das Gegenteil. Gewiss kann man bei etlichen Vorschriften darüber streiten, in welchen Teil sie gehören.<sup>42</sup> So hat etwa bereits die Regierungskonferenz die Vorschrift über die Symbole der Union vom Teil IV des Konventsentwurfs in den Teil I verlagert.<sup>43</sup> Mag insoweit auch weiteres Nachdenken erforderlich sein, welche Vorschriften tatsächlich in den „Basisvertrag“ aufzu-

<sup>37</sup> Insoweit gelangt *Oppermann* (Anm. 21), S. 533, zu einer positiven Bewertung.

<sup>38</sup> Vgl. Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, mit einer Einführung von A. und C. Kimmel, 6. Aufl., 2005. Siehe auch *C. D. Classen*, *The Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe: A Contribution to the Improvement of Transparency, Proximity, and Efficiency of the European Union*, *GYIL* 46 (2003), S. 323 (327).

<sup>39</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 des Protokolls zur Änderung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft.

<sup>40</sup> Krit. z.B. auch *H.-J. Papier*, *Auf dem Weg zu einer Verfassung für Europa – eine vorläufige Bewertung des Konventsentwurfs* –, in: *Festschrift für G. Ress*, 2005, S. 699 (710 f.); *Schwarze* (Anm. 36), S. 537; siehe auch dens. (Anm. 21), S. 1133 ff.

<sup>41</sup> *I. Pernice*, in: *Welche Verfassung für Europa* (Anm. 23), S. 19 (33).

<sup>42</sup> Vgl. *J. Wouters*, *The European Constitution, Parts I and III: Some Critical Reflections*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 12 (2005), S. 3 ff.

<sup>43</sup> Vgl. Art. IV-1 der Konventsfassung (Anm. 19), jetzt Art. 1-8 VVE. Zu dieser Norm vgl. eingehend *D. Krausnick*, *Symbole der Europäischen Verfassung – die Verfassung als Symbol*, in: *Y. Becker u.a. (Hrsg.), Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*, 2005, S. 132 ff.

nehmen wären, so gibt der Verfassungsvertrag mit seinen Teilen I, II und IV doch eine taugliche Grundlage für die weitere Entwicklung ab.

### C. Die Rangfrage

Durch die Gliederung des Verfassungsvertrags in verschiedene Teile und insbesondere durch die Bündelung der „grundlegenden“ Normen in Teil I stellt sich früher oder später unausweichlich die Frage nach einem etwaigen Hierarchieverhältnis zwischen den einzelnen Teilen, insbesondere im Verhältnis der Teile I und II einerseits und III andererseits.<sup>44</sup> Während sich der von *Jürgen Schwarze* im Rahmen der Konventsarbeit vorgelegte sog. Freiburger Entwurf explizit für einen Vorrang des Verfassungsvertrags vor dem als ergänzend gedachten „Vertrag über die Unionspolitiken“ ausspricht,<sup>45</sup> schweigt der vom Konvent erarbeitete Text zu dieser Frage, so dass mangels anderweitiger Regelung von einer formalen Gleichrangigkeit aller Teile ausgegangen werden muss.<sup>46</sup> Dies bedeutet freilich nicht, dass man nicht im Wege der Auslegung materiell zu einem anderen Ergebnis kommen könnte: Zwar werden die Vorschriften des dritten Teils regelmäßig einen spezielleren Inhalt aufweisen als diejenigen des ersten Teils, so dass nach dem *lex specialis*-Grundsatz an sich Teil III den Vorrang genießen müsste.<sup>47</sup> Doch ist unter Berufung auf den prinzipienhaften Charakter von Teil I bereits vorgeschlagen worden, nach einem Grundsatz „*in dubio pro parte uno*“ (richtig: „*pro parte prima*“) zu verfahren.<sup>48</sup> Auch wird es durchaus nicht für ausgeschlossen gehalten, dass nationale Gerichte diese Frage an den EuGH herantragen würden, so dass dann dieser anstatt des eigentlich demokratisch legitimierten (Vertrags-)Gesetzgebers die Entscheidung zu treffen hätte.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Vgl. *Menéndez* (Anm. 30), S. 22, 23; so schon im Vorfeld des Verfassungsvertrags CONV 250/02, S. 20 f.; *Th. Oppermann*, Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl. 2003, S. 1 (6).

<sup>45</sup> Art. 14 Abs. 1 des Freiburger Entwurfs, abgedruckt in: *J. Schwarze* (Anm. 31), S. 707 ff.

<sup>46</sup> Vgl. *J. Bast*, Einheit und Differenzierung der Europäischen Verfassung – der Verfassungsvertrag als reflexive Verfassung, in: *Becker* (Anm. 43), S. 34 (56); *K. Lenaerts / P. Van Nuffel*, Constitutional Law of the European Union, 2. Aufl., 2005, Rn. 4-0006; *F.C. Mayer*, Verfassungsstruktur und Verfassungskohärenz – Merkmale europäischen Verfassungsrechts?, *Integration* 2003, S. 398 (399); *Schwarze* (Anm. 36), S. 536 f.; jedenfalls „*prima facie*“ auch *Menéndez* (Anm. 30), S. 21.

<sup>47</sup> *Bast* (Anm. 46), S. 56.

<sup>48</sup> *Ph. Dann*, Überlegungen zu einer Methodik des europäischen Verfassungsrechts, in: *Becker* (Anm. 43), S. 161 (174); anders *Mayer* (Anm. 46), S. 399: praktische Konkordanz; für eine verfassungspolitische Lösung im Sinne einer „reflexiven Verfassung“ spricht sind *Bast* (Anm. 46), S. 57 ff., aus.

<sup>49</sup> *Menéndez* (Anm. 30), S. 22 f.

In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass bereits nach geltendem Gemeinschaftsrecht die Frage einer Hierarchiebildung innerhalb des Primärrechts diskutiert wird. Wesentlichen Vorschub zu dieser Debatte hat der EuGH geleistet, indem er es in seinem ersten EWR-Gutachten ausschloss, dass durch völkerrechtliche Abkommen der EG die „Grundlagen der Gemeinschaft selbst“ beeinträchtigt würden.<sup>50</sup> Dies legte die Vermutung nahe, dass der EuGH innerhalb des Primärrechts zwischen grundlegenden und weniger grundlegenden Normen unterscheidet. Während diese Konstruktion in einer ersten Reaktion des Schrifttums überwiegend auf Ablehnung stieß, da eine Rangerhöhung einzelner Normen des Primärrechts mit der Rolle der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ unvereinbar sei,<sup>51</sup> hat jüngst *Andreas v. Arnauld* auf die Möglichkeit einer Selbstbindung der Mitgliedstaaten hingewiesen: Soweit die Mitgliedstaaten erkennen ließen, nicht als *pouvoir constituant*, sondern als *pouvoir constitué* zu handeln, sei es möglich, das danach geschaffene Primärrecht am Maßstab höherrangigen Rechts zu messen.<sup>52</sup> Mit der Rolle der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ sei dies nicht unvereinbar, solange und soweit den Mitgliedstaaten das Recht verbleibe, das höherrangige Primärrecht seinerseits zu ändern.<sup>53</sup> Die Konstruktion *v. Arnaulds* erscheint unmittelbar einsichtig bei jenen völkerrechtlichen Verträgen, die lediglich Vorgaben des EG-Vertrags ausführen und somit ihrer Funktion nach eher dem Sekundärrecht nahe stehen, wie dies etwa beim Direktwahlakt der Fall ist, der den in Art. 190 Abs. 4 EG an sich vorgesehenen Rechtsakt bis zur Schaffung eines europaweit einheitlichen Wahlverfahrens ersetzt.<sup>54</sup> Ob *v. Arnauld* auch in seinen weiteren Ausführungen gefolgt werden kann, dass den geschriebenen und ungeschriebenen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts sowie den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein höherer Rang innerhalb des Primärrechts zukommen kann,<sup>55</sup> mag an dieser Stelle

<sup>50</sup> EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079, Rn. 71; dazu *E. Klein*, in: K. Hailbronner / E. Klein / S. Magiera / P.-C. Müller-Graff, Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV/EGV), Art. N EUV, Rn. 14 f. (Stand: 1994).

<sup>51</sup> Vgl. statt vieler *M. Heintzen*, Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1994, S. 35 (42).

<sup>52</sup> *A. v. Arnauld*, Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts. Gedanken im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, EuR 2003, S. 191 (198); grundsätzlich zustimmend *M. Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union, 2005, S. 551 ff.

<sup>53</sup> Vgl. *v. Arnauld* (Anm. 52), S. 202. Die Frage nach etwaigem höherrangigem Primärrecht ist folglich von der Thematik der materiellen Grenzen einer Vertragsänderung durch die Mitgliedstaaten zu unterscheiden, vgl. ebd. S. 210 ff. Ausführlich hierzu *Sichert* (Anm. 52), passim.

<sup>54</sup> Vgl. *v. Arnauld* (Anm. 52), S. 200.

<sup>55</sup> Vgl. *v. Arnauld* (Anm. 52), S. 200 ff., 203 ff., 205 ff. An der Identifizierbarkeit des Selbstbindungswillens zweifelnd *Sichert* (Anm. 52), 552.

offen bleiben. Entscheidend ist der Befund, dass die Bildung von Normhierarchien innerhalb des Primärrechts ein bereits nach der geltenden Vertragslage existierendes Phänomen ist.

Damit ist auch zugleich belegt, dass die Begründung höherrangigen Vertragsrechts – wenngleich „im Völkerrecht ein nicht gerade häufiges Phänomen“<sup>56</sup> – jedenfalls rechtstechnisch nicht ausgeschlossen ist. Hierzu sei auch auf Art. 103 UN-Charta verwiesen, der den Vorrang der Charta-Pflichten vor anderweitig begründeten völkerrechtlichen (Vertrags-)Verpflichtungen der UN-Mitgliedstaaten festlegt. Auch wenn nicht gänzlich geklärt ist, ob ein Verstoß gegen Art. 103 UN-Charta die Rechtsfolge der Nichtigkeit oder aber lediglich der Unanwendbarkeit des widersprechenden völkerrechtlichen Vertrags nach sich zieht,<sup>57</sup> wird hierdurch im Ergebnis sich durchsetzendes und jedenfalls insoweit „höherrangiges“ Recht begründet.<sup>58</sup> Entscheidend kommt es rechtlich auf die Kombination des entsprechenden Willens der Mitgliedstaaten mit ihrer Vertragsherrschaft an.

Rechtspolitisch lässt sich für eine Rangerhöhung des „Basisvertrags“ dessen grundlegender Charakter anführen. Insbesondere die Bezeichnung als „Verfassung“ oder „Verfassungsvertrag“ ruft jedenfalls beim deutschen Verfassungsrechtler einen „erste[n] Reflex“<sup>59</sup> im Sinne eines im Range erhöhten Rechtstextes hervor. Das Grundgesetz hat in den Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 die Entscheidung des US Supreme Court im Fall „Marbury v. Madison“<sup>60</sup> aus dem Jahr 1803 nachvollzogen, und die jüngere Verfassungsgeschichte der meisten anderen europäischen Staaten weist ähnliche Entwicklungen auf. Der Vorrang

<sup>56</sup> CONV 250/02, S. 20.

<sup>57</sup> Hierzu *Sichert* (Anm. 52), S. 530 f.; *J. Delbrück*, in: G. Dahm / J. Delbrück / R. Wolf-rum, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl., 2002, S. 689 f., jeweils m.w.N.

<sup>58</sup> Wie hier *R. Bernhardt*, in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2nd ed., Vol. II, 2002, Art. 103 Rn. 6; *T. Flory*, in: J.-P. Cot / A. Pellet, *La Charte des Nations Unies, Commentaire*, 3. Aufl., 2005, Art. 103, S. 2134; *Delbrück*, (Anm. 57), S. 689; anders – wenngleich zumeist ohne nähere Begründung – *W. Heintschel v. Heinegg*, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 5. Aufl., 2004, § 12 Rn. 18; *A. Paulus*, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, 2001, S. 309; *I. Seidl-Hohenveldern / T. Stein*, *Völkerrecht*, 10. Aufl., 2000, Rn. 202 (in der 11. Aufl., wird diese Auffassung offenbar nicht mehr vertreten). – Zu Art. 103 UN-Charta vgl. auch jüngst EuG, Rs. T-306/01, EuGRZ 2005, S. 592, Rn. 233 ff. – *Yusuf u.a. / Rat und Kommission*.

<sup>59</sup> *Oppermann* (Anm. 44), S. 6.

<sup>60</sup> Vgl. hierzu die Analysen von *W. Brugger*, *Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison*, JuS 2003, S. 320 ff.; *W. Heun*, *Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre „Marbury v. Madison“*, *Der Staat* 42 (2003), S. 267 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, *Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa*, JZ 2003, S. 269 ff.; *E. Klein*, *Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereinigten Staaten zu Beginn des vorigen Jahrhunderts*, ZaöRV 34 (1974), S. 83 ff.

der Verfassung ist somit heute „europaweit in größerem Maße allgemein anerkannt“,<sup>61</sup> er kann als „Ausdruck moderner Rechtsstaatlichkeit“<sup>62</sup> in Europa gelten.<sup>63</sup> Ob der Basisvertrag insgesamt oder aber nur in Teilen Vorrang beanspruchen würde, hinge natürlich in erheblichem Maße – neben dem Willen der Vertragsparteien – von dessen Inhalt ab und lässt sich daher nicht abstrakt festlegen.<sup>64</sup>

Gegen den Vorrang eines „Basisvertrags“ vor sonstigem Primärrecht hat *Thomas Oppermann* zu bedenken gegeben, hierdurch würde das bisherige Sekundärrecht zu einer neuen Kategorie des „Tertiärrechts“ absinken und so das Unionsrecht noch komplizierter und schwerer durchschaubar werden als heute.<sup>65</sup> Diese Einschätzung ist allerdings nicht zwingend. Dreistufige Rangverhältnisse zwischen Rechtsnormen sind aus dem nationalen Recht hinlänglich bekannt, in Deutschland gilt dies z.B. für das Verhältnis Verfassung – Gesetz – Verordnung. Nennenswerte Probleme sind insoweit nicht zu verzeichnen. Angesichts der oben konstatierten Auslegungsschwierigkeiten für das Verhältnis der Teile I und III des Verfassungsvertrags ließe sich sogar umkehrt argumentieren, dass eine ausdrückliche Vorrangregelung den Vorzug größerer Rechtssicherheit für sich hätte. Ein weiterer Einwand *Oppermanns* lautet, es würden sich „prekäre Rangprobleme“ ergeben, „wenn die Grundrechte des Basisvertrages prinzipiellen Vorrang gegenüber den Grundfreiheiten des Binnenmarktes beanspruchen wollten“.<sup>66</sup> Wie sogleich zu zeigen sein wird, erweist sich dieser Gesichtspunkt freilich bei näherem Hinsehen eher als ein Argument *für* denn *gegen* eine Hierarchisierung des Primärrechts.

#### D. Grundrechte *versus* Grundfreiheiten

Die Diskussion um das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Gemeinschaftsrecht ist nicht neu. Während sich der EuGH vor allem in den 1990er Jahren dem Vorwurf einer gewissen „Grundrechtsblindheit“ ausgesetzt sah, da er den Grundfreiheiten im Falle einer Kollision mit den Gemeinschafts-

<sup>61</sup> So v. *Arnauld* (Anm. 52), S. 197.

<sup>62</sup> *R. Arnold*, Das Prinzip der Kontrolle des Gesetzgebers in der Verfassungsgerichtsbarkeit Mittel- und Osteuropas als Ausdruck gemeineuropäischen Verfassungsrechts, *JOR* 43 (2002), S. 17 (28).

<sup>63</sup> Vgl. ferner *G. Brunner*, Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, *JöR* 50 (2002), S. 191 (195 ff.).

<sup>64</sup> So auch CONV 250/02 vom 10.9.2002, S. 20.

<sup>65</sup> *Oppermann* (Anm. 44), S. 6.

<sup>66</sup> *Ebd.*

grundrechten einseitig und vorschnell den Vorrang gewähre,<sup>67</sup> wird man diese Position zumindest angesichts jüngerer Urteile nicht mehr aufrechterhalten können.<sup>68</sup> So erklärte der EuGH in den Fällen *Schmidberger*<sup>69</sup> und *Omega*<sup>70</sup> Einschränkungen der Grundfreiheiten unter Berufung auf die Gemeinschaftsgrundrechte für gerechtfertigt. Ein erneutes Nachdenken über das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten erscheint daher angebracht.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der Ansatz von Generalanwältin *Christine Stix-Hackl*, die es in ihren Schlussanträgen zum Fall *Omega* als „diskussionswürdig“ bezeichnete, „ob man angesichts der im Allgemeinen von den Grund- und Menschenrechten geschützten fundamentalen Rechtsgüter, des Selbstverständnisses der Gemeinschaft als auf die Achtung dieser Rechte gegründete Gemeinschaft und vor allem im Hinblick auf die nach heutigem Verständnis wohl notwendige Rückbindung an den Menschenrechtsschutz als Legitimitätsvoraussetzung jeglichen Staatswesens den Grund- und Menschenrechten prinzipiell einen gewissen Wertvorrang vor ‚allgemeinem‘ Primärrecht einräumen könnte.“<sup>71</sup> Die Generalanwältin ist auf diesen Gedanken nicht näher eingegangen, doch verlangt seine Formulierung an hervorgehobener Stelle nach einer inhaltlichen Befassung.

Das europarechtliche Schrifttum steht der bereits anderwärts<sup>72</sup> erhobenen Forderung nach einer stärkeren Ausrichtung der Europäischen Union auf die Grundrechte teilweise skeptisch gegenüber. Besonders prononciert hat sich *Armin v. Bogdandy* gegen ein Integrationsziel „Grundrechtsgemeinschaft“ ausgesprochen.<sup>73</sup> Zwar erkennt er an, dass der „Gemeinsame Markt [...] keine überzeugende Vision für die weitere Integration“ biete.<sup>74</sup> Auch räumt er ein, dass die Ausübung von Hoheitsgewalt heutzutage nur noch grund- und menschen-

<sup>67</sup> Vgl. *M. Nettesheim*, Grundrechtliche Prüflichte durch den EuGH, EuZW 1995, S. 106 f.; in diesem Sinne auch noch *A. Schultz*, Das Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten des EGV, 2005, S. 118 ff.

<sup>68</sup> Die Einschätzung des Schrifttums ist in dieser Frage gespalten; wie hier z.B. *J. Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 327 ff. m.w.N.

<sup>69</sup> Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659.

<sup>70</sup> Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609.

<sup>71</sup> GA in *C. Stix-Hackl*, in: Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 50 – *Omega*.

<sup>72</sup> Vgl. insbes. *E. Denninger*, Menschenrechte und Staatsaufgaben – ein „europäisches“ Thema, JZ 1996, S. 585 (587).

<sup>73</sup> *A. v. Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union, JZ 2001, S. 157 ff.; krit. auch *P.-C. Müller-Graff*, Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in: Festschrift für H. Steinberger, 2002, S. 1281 (1288 ff., insbes. 1291 f.).

<sup>74</sup> v. *Bogdandy* (Anm. 73), S. 170.

rechtlich legitimiert werden kann, dennoch spricht er sich dagegen aus, die Grundrechte als *raison d'être* der Union zu verstehen.<sup>75</sup> Insoweit warnt er davor, ein solcher Schritt „würde die Machtbalance zwischen rechtsprechenden und politischen Institutionen der Union aus dem Gleichgewicht bringen“.<sup>76</sup> Als Beleg seiner These beruft sich *v. Bogdandy* auf einen Unterschied zwischen der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten und der Grundrechtsjudikatur: Da die Grundfreiheiten vom EuGH nur vorbehaltlich einer sekundärrechtlichen Regelung direkt angewendet würden, bedeute dies, dass die Mitgliedstaaten durch den Rat einen Sachverhalt auch anders regeln könnten als vom EuGH auf der Grundlage der Grundfreiheiten entschieden. Solche Entscheidungen seien daher nicht „in Stein gemeißelt“, denn sie könnten jederzeit durch eine spätere Verordnung oder Richtlinie abgeändert werden. Hierin sieht *v. Bogdandy* den „entscheidende[n] Unterschied zu Grundrechtsentscheidungen sowohl des EuGH und des EuGHMR als auch nationaler Gerichte“, da die „Abwägung der beteiligten Interessen [...] dem politischen Prozess überlassen“ bleibe und somit „nicht dem Zugriff des normalen politischen Prozesses“ entzogen sei.<sup>77</sup>

Dem ist in verschiedener Hinsicht zu widersprechen. Zunächst einmal wird hier suggeriert, eine grundrechtsorientierte Rechtsprechung führe dazu, eine Sachfrage dem politischen Prozess zu entziehen und einem richterlichen Deziisionismus zu überantworten. Auch wenn die prinzipielle Gefahr eines „judicial activism“ hier nicht geleugnet werden soll, belegen doch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Prognoseentscheidungen, Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum<sup>78</sup> sowie die Figur des „margin of appreciation“ in der Rechtsprechung des EGMR,<sup>79</sup> dass durchaus Instrumente vorhanden sind, dem entgegenzuwirken. Überhaupt ist fraglich, worin der Vorzug einer an den Grundfreiheiten orientierten EuGH-Rechtsprechung liegen soll: Die Argumentation *v. Bogdandy*s scheint darauf hinauszulaufen, dass dem Gemeinschaftsgesetzgeber hierdurch ein größerer Gestaltungsspielraum verbleibe. Doch ist dieser beim Erlass von Sekundärrecht seinerseits an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden, was auch *v. Bogdandy* nicht bestreitet. Ein größerer Gestaltungsspielraum bestünde folglich nur, wenn man eine Durchsetzung der Grundfrei-

<sup>75</sup> *v. Bogdandy* (Anm. 73), S. 171.

<sup>76</sup> *v. Bogdandy* (Anm. 73), S. 170.

<sup>77</sup> *v. Bogdandy* (Anm. 73), S. 166.

<sup>78</sup> Dazu etwa *B.-O. Bryde*, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: P. Badura / H. Dreier, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 533 ff., insbes. 553 ff.; *E. Benda / E. Klein*, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., 2001, Rn. 263 ff.

<sup>79</sup> Hierzu z.B. *Y. Arai-Takahashi*, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, 2002.

heiten auf Kosten der Gemeinschaftsgrundrechte, also eine Relativierung des Grundrechtsschutzes auf Gemeinschaftsebene in Kauf nähme. Indes geht *v. Bogdandy* an anderer Stelle davon aus, es gebe „nur wenig Anhaltspunkte, dass der durch den EuGH vermittelte Grundrechtsschutz geringer sei als der durch die nationalen Verfassungsgerichte gewährte“.<sup>80</sup> Dass dies jedenfalls der heutigen Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH entspricht, wurde oben dargelegt.

Der Warnung vor einer Verschiebung des institutionellen Gleichgewichts infolge einer „Grundrechtshypertrophie“ soll hier die These entgegengestellt werden, dass sich durch die Festschreibung eines Vorrangs der Gemeinschaftsgrundrechte vor den Grundfreiheiten weniger ändern würde als befürchtet. Entscheidend hierfür ist die Erkenntnis, dass Grundrechte und Grundfreiheiten keineswegs zwangsläufig in einem Gegensatzverhältnis zueinander stehen. Gemeinschaftsgrundrechte können mit den Grundfreiheiten kollidieren, etwa wenn im Fall der Brennerblockade die Warenverkehrsfreiheit auf die Meinungsfreiheit als Schranke stößt.<sup>81</sup> Doch stellt sich der Export von Waren durch den Kläger des Ausgangsverfahrens ebenfalls als Grundrechtsausübung (hier: der Berufsfreiheit) dar, so dass insoweit Grundrechte und Grundfreiheiten parallel laufen.<sup>82</sup> Eine solche Parallelität besteht andererseits nicht stets: Grundfreiheiten und Grundrechte dienen unterschiedlichen Schutzzwecken, nämlich der Herstellung eines Binnenmarktes einerseits und dem Schutz des Einzelnen vor hoheitlicher Beeinträchtigung andererseits. *Jochen Gebauer* hat daher Recht mit seiner Analyse, dass in den Grundfreiheiten „grundrechtliche Kerne“ enthalten sein können, wobei in vielen Fällen „die grundfreiheitliche Wirkung einer Vorschrift die grundrechtliche Wirkung [überdeckt]“.<sup>83</sup> Ein Vorrang der Gemeinschaftsgrundrechte vor den Grundfreiheiten beträfe demnach von vornherein nur die genuin grundfreiheitliche Dimension; soweit mit den Grundfreiheiten parallel laufende Grundrechte betroffen wären, stünden sich zwei Grundrechte auf gleicher Stufe gegenüber. Die Konzentration des Abwägungsprozesses auf

<sup>80</sup> *v. Bogdandy* (Anm. 73), S. 164.

<sup>81</sup> EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 – *Schmidberger*; hierzu eingehend *S. Kadelbach / N. Petersen*, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten, EuGRZ 2003, S. 693 ff.

<sup>82</sup> Zum parallelen Eingreifen von Grundrechten und Grundfreiheiten vgl. auch *W. Frenz*, Grundfreiheiten und Grundrechte, EuR 2002, S. 603 (609 f.); *Schultz* (Anm. 67), S. 104 ff.; *GA in C. Stix-Hackl*, in: Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 50 – *Omega*.

<sup>83</sup> *Gebauer* (Anm. 68), S. 360; *Schultz* (Anm. 67); S. 109 ff. macht zutreffend darauf aufmerksam, dass es bei parallel laufenden Grundrechten und Grundfreiheiten nach geltendem Gemeinschaftsrecht zu einer echten Konkurrenz nicht kommen kann, da es insoweit an einer Regelungslücke fehlt, die Voraussetzung für den Rückgriff auf die ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechte wäre.

die grundrechtliche Dimension hätte insoweit eine Offenlegung der betroffenen Grundrechtspositionen und eine erhöhte Transparenz der Abwägungsprozesse zur Folge.<sup>84</sup>

Mit dem hier vorgeschlagenen normhierarchischen Vorrang der Gemeinschaftsgrundrechte gegenüber den Grundfreiheiten kann und soll dem Eindruck entgegengewirkt werden, das Gemeinschaftsprojekt sei allein auf die Schaffung eines funktionierenden Binnenmarktes ausgerichtet. Man mag, so *Erhard Denninger*, auf eine neue Gewichtung im Verhältnis von Menschenrechts- und Aufgabenbestimmung „vielleicht verzichten, wenn man die Integration Europas dauerhaft auf dem Niveau eines bürokratisch/technokratisch agierenden Zweckverbandes halten will“.<sup>85</sup> Wer aber die Konsequenz aus der Tatsache ziehen will, dass die Gemeinschaft diese Entwicklungsstufe seit langem verlassen hat, in nahezu alle Rechtsbereiche ausgreift und dabei zahlreiche grundrechtsbeschränkende Maßnahmen trifft, der wird sich kaum der Argumentation *Stix-Hackls* von der „notwendigen Rückbindung an den Menschenrechtsschutz als Legitimitätsvoraussetzung jeglichen Staatswesens“<sup>86</sup> verschließen können.<sup>87</sup>

Aus dem dargestellten Ansatz ergeben sich auch dogmatisch positive Konsequenzen für das Verhältnis von Grundfreiheiten zu den Grundrechten, zumal der EMRK. Es wird auf dieser Basis dem EuGH leichter fallen, Wertungswidersprüche bei der Auslegung der Grundfreiheiten zu den menschen- und grundrechtlichen Verpflichtungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei Vollzug des Gemeinschaftsrechts zu vermeiden. Insbesondere im Fall des angestrebten künftigen Beitritts der Union zur EMRK (vgl. Art. I-9 Abs. 2 VVE<sup>88</sup>) kann so die Wahrscheinlichkeit von Rechtsprechungsdivergenzen zwischen den zwei Gerichtshöfen, zu denen es in der Vergangenheit vereinzelt gekommen ist,<sup>89</sup> minimiert werden.

<sup>84</sup> Ebenso – wenngleich nicht unter der Prämisse einer Rangerhöhung der Gemeinschaftsgrundrechte argumentierend – *Gebauer* (Anm. 68), S. 408 ff.

<sup>85</sup> *Denninger* (Anm. 72), S. 587.

<sup>86</sup> Oben Anm. 71; vgl. auch *S. Schmahl*, Die „Rule of Law“ in den Vereinten Nationen. Überlegungen anhand der Lockerbie-Affäre, *RuP* 2001, S. 219 ff. sowie *G. Hafner*, The Rule of Law and International Organizations, in: *Liber Amicorum für J. Delbrück*, 2005, S. 307 ff.

<sup>87</sup> Dies gilt über den Bereich des Gemeinschaftsrechts hinaus auch für die unionsrechtlichen Säulen, vgl. dazu EuGH, Rs. C-105/03, EWS 2005, S. 405, Rn. 58 f. – *Pupino* sowie *A. Egger*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte in der III. Säule, *EuZW* 2005, S. 652 (655).

<sup>88</sup> Vgl. hierzu *M. Königeter*, Völkerrechtliche und innerstaatliche Probleme eines Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, in: *Becker* (Anm. 43), S. 230 ff.

<sup>89</sup> Vgl. nur *M. Breuer*, Offene Fragen im Verhältnis von EGMR und EuGH. Zur Entscheidung des EGMR im Fall *Emesa Sugar*, *EuGRZ* 2005, S. 229 (232) m.w.N. Zum Verhältnis der Gerichtshöfe aus Sicht des EGMR siehe nun das grundlegende Urteil im

## E. Schlussbetrachtung

Die hier befürwortete Schaffung eines „Basisvertrags“, dessen Grundrechte normhierarchisch den Grundfreiheiten vorgingen, hätte in praktischer Hinsicht keine völlige Neuausrichtung der Europäischen Union zur Folge. Hingegen erscheint die Annahme berechtigt, dass dies zu einem veränderten Selbstverständnis der Union und damit zugleich zu einer veränderten Wahrnehmung in der europäischen Öffentlichkeit führen würde. Eine Union, deren identitätsstiftender Kern die Grund- und Menschenrechte wären, könnte, so die hier verfochtene These, als ein ernst zu nehmendes Identifikationsangebot an die europäischen Bürgern gelten. Möglicherweise wäre dies der Weg,<sup>90</sup> dem – vorerst – gescheiterten Verfassungsvertrag in veränderter Gestalt doch noch zum Durchbruch zu verhelfen.

---

Fall *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* /J. Irland vom 30.6.2005, NJW 2006, S. 197 ff.

<sup>90</sup> Skeptisch zu den Realisierungschancen eines „Basisvertrags“ jedoch *Schwarze* (Anm. 21), S. 1136 f.