

– *Solange horizontal* – Der Schutz der EU-Grundrechte zwischen Mitgliedstaaten

*Iris Canor**

Abstract	249
I. Einleitung	250
II. Rechte ernstgenommen	255
1. Richtlinien: Die “Ermessensspielraum”-Doktrin	255
2. Verordnungen: Beseitigung des liberalen Defizits	259
III. Horizontales <i>Solange</i> : Jeder Mitgliedstaat wacht über den anderen	264
IV. Horizontales <i>Solange</i>	269
1. Ersetzt “ <i>mutual confidence</i> ” “ <i>mutual trust</i> ”?	269
2. “Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser”	271
3. Hierarchie der europäischen Grundrechte?	273
4. Eine substantielle europäische öffentliche Politik?	280
V. Institutionelle Perspektiven, Rechtspolitik und Verfassungstheorie	285
1. Institutionelle Auswirkungen des horizontalen <i>Solange</i>	285
2. Legislative Auswirkungen des horizontalen <i>Solange</i>	288
3. Horizontales <i>Solange</i> – Ein sanfter Konstitutionalismus	291
VI. Fazit	293

Abstract

Dieser Aufsatz legt dar, dass der EuGH bereits gemäßigte, jedoch keineswegs triviale Schritte unternommen hat, das *Verfassungsgericht* von Europa zu werden, insbesondere im Fall *N.S.*, in dem der Gerichtshof den Grundsatz der Union zurückgewiesen hat, der automatischen Verlass auf das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens gebietet. Wie ich darlege, ergibt sich daraus eine Prüfung, die ich die “horizontale *Solange*-Prüfung” nenne. Sie besteht aus zwei Stufen. Die erste, oder substantielle, Stufe bildet die *Solange*-Komponente: Die Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten wird aufrechterhalten, *solange* alle Mitgliedstaaten systematisch wesentliche *eu-*

* Professor, The Haim Striks School of Law, College of Management – Academic Studies (COMAS), Israel.

Dieser Beitrag ist die Übersetzung eines Textes mit dem Titel: My Brother’s Keeper? Horizontal Solange: “An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe”, CMLR 50 (2013), 383 ff.

ropäische Grundrechte befolgen. Falls nachgewiesen werden kann, dass eine systematische Verletzung wesentlicher europäischer Grundrechte in einem Mitgliedstaat stattgefunden hat, sollten andere Mitgliedstaaten ihre Kooperation mit diesem Mitgliedstaat aussetzen. Die zweite, oder institutionelle, Stufe bildet die "horizontale" Komponente. Nationale Gerichte müssen darin überprüfen, ob die anderen Mitgliedstaaten den europäischen Grundrechtsschutzstandard einhalten. Ich betrachte im vorliegenden Aufsatz die exakten substantiellen Konturen der Prüfung sowie seine möglichen Implikationen für verwandte Rechtsgebiete der europäischen Rechtsordnung. Die Prüfung ermöglicht es dem EuGH zudem, die unterschiedlichen europäischen Grundrechtssysteme miteinander in ein ausführbares und vollständig integriertes, dialogisches justizielles Netz zu verknüpfen und die genaue Richtung zu steuern und zu gestalten, in die die europäische Gesetzgebung sich entwickeln sollte.

I. Einleitung

Der Erfolg der Europäischen Union wird überwiegend an ihrer Fähigkeit gemessen, dauerhaften Frieden, Einheit, Gleichberechtigung und Freiheit sicherzustellen und nicht zuletzt auch daran, ihre Mitgliedstaaten zusammenzuführen, um auf der Basis gemeinsamer Grundwerte und in Solidarität zu handeln.¹ Heutzutage lässt sich eine erfolgreiche, flächendeckende Transformation sehr verschiedener Mitgliedstaaten in eine Gemeinschaft, die auf gemeinsamen Prinzipien und Grundwerten basiert, zumindest formell konstatieren.² Dennoch sind die Mitgliedstaaten nach wie vor bestrebt, ihre nationale Identität zu wahren.³ Daher existiert weiterhin eine Lücke zwischen der ambitionierten Idee, wie sie in den Formulierungen der verfassungsrechtlichen Bestimmungen des Unionsvertrags zum Ausdruck gebracht wird, und dem Verhalten der Mitgliedstaaten, auf das er anzuwenden

¹ Art. 2 EUV, Art. 6 EUV und Art. 67 Abs. 2 AEUV. A. von Bogdandy, *Founding Principles*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law*, 2. überarb. Aufl. 2011, 53.

² J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, Yale L. J. 100 (1991), 2403, 2480; J. H. H. Weiler, *Editorial – Integration through Fear*, EJIL 23 (2012), 1: "One of the greatest achievements of the past decades ... has been to shift European integration from something that Europe does to something that Europe is."

³ Art. 4 Abs. 2 EUV. Siehe: A. von Bogdandy/S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, CML Rev. 48 (2011), 1417; B. Guastafarro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, Jean Monnet Working Paper 01/12, <centers.law.nyu.edu>.

ist. Diese Lücke ist hauptsächlich den sozialen, ideologischen, wirtschaftlichen und politischen Differenzen geschuldet, die in der Union immer noch bestehen. Da der Grundrechtsschutz den Identitätskern der Union bildet,⁴ werden Grundrechte auch weiterhin eine wichtige Rolle bei dem Versuchen spielen, diese Lücke zu schließen und die konkurrierenden Kompetenzansprüche der Union und ihrer Mitgliedstaaten zu klären.⁵

Der vom Europäischen Gerichtshof eingeschlagene Kurs, sowohl die substantiellen als auch die institutionellen Aspekte dieser Konkurrenz um Zuständigkeitsbereiche zu klären, ist hart kritisiert worden. Dem EuGH wurde vorgeworfen, die Waage zu weit in Richtung der Union zu neigen und lediglich Lippenbekenntnisse zum echten Grundrechtsschutz abzugeben.⁶ Es wurde ihm vorgeworfen, die Kompetenzen der Union auf Kosten jener der Mitgliedstaaten auszuweiten und sich selbst als höchstes Rechtsprechungsorgan in der EU zu positionieren.

Wie jedoch die neueste Rechtsprechung (vor allem nach der “Kadi-Revolution”)⁷ verdeutlicht, versucht der EuGH, das Ruder herumzudrehen und *das* Verfassungsgericht der Union zu werden, das echten Grundrechtsschutz bietet.⁸

Anscheinend lieferte der Gerichtshof seinen Fachkollegen und Kritikern solch überzeugende Argumente, dass manche Experten nun vorschlagen, dem Gerichtshof noch größere Befugnisse zu geben. Indem sie argumentieren, dass der Gerichtshof eine “umgekehrte *Solange*”-Doktrin entwickeln soll, schlagen sie praktisch vor, dass dem EuGH die Befugnis gegeben werden soll, die *europäischen* Grundrechte vor Verstößen durch Mitgliedstaaten

⁴ M. Dawson/E. Muir/M. Claes, Enforcing the EU’s Rights Revolution: The Case of Equality, EHRLR 3 (2012), 276.

⁵ Über das Annahmeverfahren und die Auswirkungen der Charta, siehe S. Peers/A. Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy, 2004.

⁶ J. Coppel/A. O’Neill, The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CML Rev. 29 (1992), 669 (and Legal Studies 12 (1992), 227).

⁷ EuGH Rs C-402/05 P Slg. 2008, I-6351 – *Kadi v. Council and Commission*. In der Tat hatte sich der Gerichtshof in *Kadi* hohe Ziele gesetzt, indem er den UN-Sicherheitsrat als Zielscheibe nahm und seine Missachtung des Menschenrechtsschutzes exponierte. Unter vielen Kommentaren, siehe für eine kritische Betrachtung G. de Búrca, The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*, Harv. Int’l L. J. 51 (2010), 1. Es sollte erwähnt werden, dass es auch vor dem *Kadi*-Fall Autoren gab, die für den Gerichtshof als echten Beschützer von Menschenrechten Partei ergriffen, siehe J. H. H. Weiler/N. Lockhart, “Taking Rights Seriously” Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence, CML Rev. 32 (1995), 51 und 579.

⁸ J. Kenner, The Court of Justice of the European Union and Human Rights in 2010: Entering a Post-Lisbon Age of Maturity?, European Yearbook on Human Rights 2011, 173.

zu schützen, die *innerhalb des Rahmens ihrer eigenen autonomen Hoheitsgewalt agieren*.⁹

Nur die Zukunft kann zeigen, ob der Gerichtshof tatsächlich jemals die umgekehrte *Solange*-Doktrin anwenden wird.¹⁰ In diesem Beitrag wird nahegelegt, dass der Gerichtshof bereits gemäßigte, jedoch keineswegs triviale Schritte dahingehend gemacht hat, das *Verfassungsgericht* von Europa zu werden, insbesondere im *N.S.* Fall.¹¹

Der Gerichtshof entschied, dass ein Mitgliedstaat gehindert ist, einen Asylbewerber an einen anderen Mitgliedstaat (zurück) zu überstellen gemäß den Regelungen der Dublin II-Verordnung, wenn es im aufnehmenden Mitgliedstaat systemische Fehlentwicklungen im Asylverfahren und bezüglich der Aufnahmebedingungen gibt, aus denen sich ein ernsthaftes Risiko

⁹ A. von Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöbler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkolj, Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev. 49 (2012), 489.

¹⁰ Indirekt könnten die (niedrigen) Chancen, dass der EuGH die umgekehrte *Solange*-Doktrin anwenden wird, durch die von A. G. Cruz Villalón kürzlich angenommene Position veranschaulicht werden. Wenngleich er den Anwendungsbereich der Charta weit auslegte, insistierte der A. G. dennoch, dass der Anwendungsbereich der Charta beschränkt ist auf die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten, die ihren *eigentlichen Ursprung im Unionsrecht haben*. Er war der Meinung, dass es einen *Grad von Verbindung* geben sollte zwischen den von den Mitgliedern ausgeübten Zuständigkeiten und Unionsrecht; EuGH Rs C-617/10, anhängig, A. G., Rn. 51, 57 – *Åklagaren v. Fransson*. Ein anderer, indirekter Hinweis kann aus EuGH Rs C-571/10 Slg. 2012, noch nicht veröffentlicht, Rn. 63 – *Kamberaj* abgeleitet werden, in der der Gerichtshof entschied, “die Empfehlung, die in Artikel 6 Absatz 3 EUV enthaltene Verweisung auf die EMRK verpflichte das nationale Gericht nicht dazu, im Konfliktfall zwischen einer Bestimmung des nationalen Rechts und der EMRK die Bestimmungen dieses Übereinkommens direkt anzuwenden und die nationale Bestimmung, die mit dem Übereinkommen unvereinbar ist, unangewendet zu lassen.”, siehe S. Peers, Case Note, CML Rev. 50 (2013), 529.

¹¹ EuGH Rs C-411/10 und C-493/10 Slg. 2011, noch nicht veröffentlicht – *N.S. v. Secretary of State for Home Department* und *M.E. v. Refugee Applications Commissioner* (nachstehend: *N.S.*). Siehe Anmerkungen, M. den Heijer, Case Note, CML Rev. 49 (2012), 1735; T. Zuijdwijk, M.S.S. v. Belgium and Greece (European Court of Human Rights): The Interplay between European Union Law and the European Convention of Human Rights in the Post-Lisbon Era, Ga. J. Int'l & Comp. L. 39 (2012), 807, 821; S. Lieven, Case Report on C-411/10, *N.S.* and C-493/10 *M.E. and Others*, 21.12.2011, European Journal on Migration and Law 14 (2012), 223; J. Buckley, NS v. Secretary of State for the Home Department, 2 EHRLR (2012), 205; G. Mellon, The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10), European Public Law 18 (2012), 655; R. Bank/C. Hruschka, Die EuGH-Entscheidung zu Überstellungen nach Griechenland und ihre Folgen für Dublin-Verfahren (nicht nur) in Deutschland, ZAR 32 (2012), 182.

für den Asylbewerber ergibt, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung unterworfen zu werden.¹²

Die Begründung des Gerichtshofs basiert auf einem Test, den ich den “horizontalen *Solange*”-Test nennen werde und der aus zwei Stufen besteht. Die erste, oder substantielle, Stufe bildet die *Solange*-Komponente. Der Gerichtshof erschafft eine Rechtskonstruktion, nach der eine Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten aufrechterhalten wird, *solange* alle Mitgliedstaaten systematisch wesentliche *europäische* Grundrechte befolgen. Falls Beweise vorliegen, dass eine systematische Verletzung wesentlicher europäischer Grundrechte in einem Mitgliedstaat stattgefunden hat, sollten andere Mitgliedstaaten ihre Kooperation mit diesem Mitgliedstaat unterbrechen und ansonsten verbindliche Rechtsvorschriften aussetzen. Demnach erlaubt das horizontale *Solange*-Prinzip dem EuGH eine geradezu elegante Untergrabung des Tabus der Kompetenzteilung.

Die zweite, oder institutionelle, Stufe bildet die “horizontale” Komponente. Der Gerichtshof entscheidet, dass nationale Gerichte zu überprüfen haben, ob die anderen Mitgliedstaaten den europäischen Grundrechtsschutzstandard einhalten. Das horizontale *Solange*-Prinzip ist daher weniger akademisch. Tatsächlich erscheint das horizontale *Solange*-Prinzip sehr viel durchführbarer als das umgekehrte *Solange*, sowohl rechtlich als auch politisch. Nachstehend werde ich mich auf die Kernstücke des horizontalen *Solange*-Tests konzentrieren.

Das horizontale *Solange* ermöglicht es dem EuGH, die Konstruktion der europäischen Normenpyramide zu vollenden. Dieser Normenpyramide zufolge “übertrumpft” der Schutz der europäischen Grundrechte konfligierende nationale politische Entscheidungen, wie sie im Sekundärrecht zum Ausdruck gebracht werden.¹³ Der Baustein, den das horizontale *Solange* dieser Pyramide hinzufügt, gibt den europäischen Grundrechten zusätzliches Gewicht gegenüber der effektiven Anwendung von sekundärrechtlichen Rechtsvorschriften. Er verpflichtet die Mitgliedstaaten, Verpflichtun-

¹² Die Dublin II-Verordnung (Verordnung des Rates (EC) Nr. 343/2003) legt die Kriterien und Verfahren fest, um zu bestimmen, welcher Mitgliedstaat zuständig ist, ein Asylgesuch zu prüfen, das ein Drittstaatsangehöriger in einem der Mitgliedstaaten gestellt hat (O.J. 2003, L 50/1). Die Verordnung sieht vor, dass der Mitgliedstaat, in dem der Asylsuchende zuerst in das Gebiet der Gemeinschaft eingereist ist, zuständig für die Prüfung des Asylantrages ist. Auf Grund der tatsächlichen Umstände im Fall *N.S.* (Anm. 11) hat der Gerichtshof jedoch entschieden, dass die Englische Entscheidung, einen Asylbewerber nach Griechenland zurückzuschicken, um dort über seine Flüchtlingseigenschaft zu entscheiden, das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung in der Charta der Grundrechte der EU verletzen würde.

¹³ *J. B. Lüsberg*, Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?, CML Rev. 38 (2001), 1171.

gen, die sich aus Rechtsvorschriften der EU ergeben, nicht anzuwenden, wenn deren Befolgung eine Kooperation mit Mitgliedstaaten, die systematisch wesentliche und durch die Charta geschützte Grundrechte verletzen, zur Folge hätte. Indem es ein legitimierendes Netz nationaler Interdependenz in europäischer rauer See webt (II.), verschafft das horizontale *Solange*-Prinzip dem Gerichtshof Anerkennung als ernstzunehmendem Hüter europäischer Grundrechte. Während er sich vom grundlegenden Fall des EGMR *Soering*¹⁴ inspirieren lässt sowie vom jüngsten Fall *M.S.S.*,¹⁵ ergibt sich aus dem horizontalen *Solange*, dass ein Mitgliedstaat riskiert, für die Grundrechtsverletzungen eines anderen Mitgliedstaats haftbar gemacht zu werden. Der Gerichtshof bietet daher Anlass, über das Ausmaß an Überzeugung und Vertrauen, das zwischen den Mitgliedstaaten vorherrschen sollte, nachzudenken (III.).

Ferner werde ich die genauen substantiellen Konturen des Tests sowie seine möglichen Implikationen für verwandte Rechtsgebiete der europäischen Rechtsordnung (IV.) betrachten. Angesichts der *CILFIT*-Entscheidung¹⁶ hat das horizontale *Solange*-Prinzip wichtige institutionelle Implikationen. Es erlaubt dem EuGH, nationale Gerichte mit Überwachungskompetenzen über andere Mitgliedstaaten auszustatten, während der EuGH selbst die letzte Instanz in Bezug auf diese Kompetenzen bleibt. Er ermöglicht es dem EuGH zudem, die unterschiedlichen europäischen Grundrechtssysteme miteinander in ein ausführbares und vollständig integriertes, dialogisches justizielles Netz zu verknüpfen und die genaue Richtung zu steuern und zu gestalten, in die die europäische Gesetzgebung sich entwickeln sollte (V.).

¹⁴ *Soering v. United Kingdom*, 161 Eur. Ct. H. R. (Ser. A) (1989).

¹⁵ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Antrag Nr. 30696/09, 21.1.2011, noch nicht veröffentlicht (EGMR). Der EGMR entschied, dass die Deportation des Antragstellers durch eine Vertragspartei (Belgien) in eine andere Vertragspartei (Griechenland), in der die Haftbedingungen erniedrigender Behandlung gleichkommen, einer Verletzung des Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowohl durch Belgien als auch durch Griechenland gleichkamen. Siehe *V. Moreno-Lax*, Dismantling the Dublin System: *M.S.S. v. Belgium and Greece*, *European Journal on Migration Law* 14 (2012), 1; *T. Zuidwijk* (Anm. 11). Für eine Analyse der neueren Rechtsprechung des EGMR, siehe *C. Michaelsen*, The Renaissance of Non-refoulement? The Othman (Abu Qatada) Decision of the European Court of Human Rights, *ICLQ* 61 (2012), 750.

¹⁶ EuGH Rs 283/81 Slg. 1982, 3415 – *Srl CILFIT*.

II. Rechte ernstgenommen¹⁷

1. Richtlinien: Die “Ermessensspielraum”-Doktrin

Auf seinem Weg zum wahren Beschützer der europäischen Grundrechte musste der EuGH sich harter Kritik stellen. Er wurde beschuldigt, nur Lippenbekenntnisse bezüglich des Grundrechtsschutzes abzugeben und lediglich allgemeine rhetorische Rechtsgrundsätze in das Rechtssystem der Union einzuführen, während er stets die vollständige Erreichung des Gemeinsamen Marktes und die Verwirklichung seiner vier Freiheiten favorisierte.¹⁸ Trotz der ernsthaften Bemühungen des Gerichtshofs, sich gegen solche Anschuldigungen zu verteidigen,¹⁹ besteht diese negative Wahrnehmung seiner Einstellung in Bezug auf Grundrechte weiterhin in zweierlei Hinsicht fort.²⁰ Erstens kann noch immer argumentiert werden, dass der Gerichtshof fast nie europäisches Sekundärrecht – insbesondere Richtlinien und Verordnungen – ausschließlich aufgrund einer Verletzung von substantiellen Grundrechten annulliert hat.²¹ Tatsächlich hat der Gerichtshof kaum jemals Fälle benannt, in denen das Sekundärrecht Grundrechte verletzt hat, und er hat sich bislang fast noch nie dafür ausgesprochen, Rechtsakte der Gemeinschaft zu annullieren. Daher wurde argumentiert, dass der Gerichtshof eher dazu neigt, die durch die europäische Gesetzgebung beschlossenen europäischen Politiken intakt zu lassen und die Spannweite der Tätigkeitsgebiete und Kompetenzen der Gemeinschaft zu erweitern, anstatt Grundrechte zu schützen. Zweitens wurde argumentiert, dass ernsthafte Verletzungen europäischer Grundrechte durch die Mitgliedstaaten in Bereichen, die in ihre

¹⁷ Angelehnt an J. H. H. Weiler/N. Lockhart (Anm. 7).

¹⁸ J. Coppel/A. O'Neill (Anm. 6).

¹⁹ J. H. H. Weiler/N. Lockhart (Anm. 7). Vor kurzem hat der Gerichtshof bestätigt, dass der Menschenrechtsschutz an sich ein legitimes Interesse darstellt, welches eine Einschränkung der Freizügigkeitsbestimmungen rechtfertigt (EuGH Rs C-112/00 Slg. 2003, I-5659 – *Schmidberger*). Er hat ebenfalls die Wirkung des Status der Unionsbürgerschaft vergrößert und Mitgliedstaaten instruiert, sich nicht auf Bestimmungen des Sekundärrechts der Gemeinschaft zu berufen, die den allgemeinen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts zuwiderlaufen (EuGH Rs C-413/99 Slg. 2002, I-7091 – *Baumbast*). Für die Anwendbarkeit des Diskurses über europäische Grundrechte im Bereich des europäischen internationalen Privatrechts, siehe R. Lamont, *Linking Child Abduction and the Free Movement of Persons in European Law*, *Journal of Family Law and Practice* 1 (2010), 39, 42.

²⁰ Für eine weitere kritische Betrachtung, siehe G. de Búrca, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, *AJIL* 105 (2011), 649.

²¹ Siehe aber in Bezug auf Richtlinien: EuGH Rs C-236/09 Slg. 2011, I-773, Rn. 32-33 – *Test-Achats*. In Bezug auf Verordnungen, siehe EuGH Rs C-92 und 93/09 Slg. 2010, I-11063 – *Schecke*.

eigene autonome Zuständigkeit fallen, außerhalb der Reichweite der Überprüfungscompetenz des Gerichtshofs liegen.

Erst in jüngster Zeit zeigte der Gerichtshof Bereitschaft, sich mit dieser Kritik und diesen beiden Anschuldigungen auseinanderzusetzen. Während er seine Entscheidung wiederholte, dass *Verordnungen* immer in einer Weise interpretiert werden sollten, die mit den Grundrechten vereinbar ist, fügte der EuGH hinzu, dass ein Mitgliedstaat unter Umständen, in denen diese "Vereinbarkeits-Interpretation"-Methode ihre Grenzen erreicht, als Verletzer der Charta gesehen werden kann, wenn er sich entscheidet, den Verordnungen trotzdem Folge zu leisten.²² Die Neuerung liegt unter anderem in der Tatsache, dass die Rhetorik des Gerichtshofs einen relativ einfachen Erfolg dadurch erreicht, dass er bereit ist, die Auswirkungen einer EU-Verordnung "auszusetzen" und ihre automatische Durchführung, auf die sich die politischen Institutionen geeinigt haben, zu lähmen.

Man kann annehmen, dass der Gerichtshof, indem er sich auf das horizontale *Solange*-Prinzip beruft, ein Instrument entwickelt, das die Grenzen seiner bisherigen Rechtsprechung bezüglich der Konstellationen, in denen Mitgliedstaaten an *europäische* Grundrechte gebunden sind, deutlich ausweitet. Auf den ersten Blick sieht es so aus, als ob der Gerichtshof seine bekannte und seit langem bestehende Rechtsprechung bestätigt hat, nämlich dass sich Mitgliedstaaten nicht auf eine Interpretation eines Sekundärrechtsaktes berufen sollten, die mit Grundrechten kollidieren würde, die durch das europäische Rechtssystem geschützt sind.²³ Aber eine genaue Betrachtung zeigt, dass fast alle Präzedenzfälle, auf die der Gerichtshof sich bezieht, sich mit *Richtlinien* und nicht mit ausnahmslos verbindlichen *Verordnungen* befassen.²⁴

²² EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 113.

²³ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 77.

²⁴ In *N.S.* zum Beispiel berief sich der Gerichtshof auf die folgenden zwei Präzedenzfälle, die sich beide mit Richtlinien befassen, um seine Entscheidung in Bezug zur Dublin-Verordnung zu begründen: EuGH Rs C-101/01 Slg. 2003, I-12971, Rn. 87 – *Lindqvist* und EuGH C-305/05 Slg. 2007, I-5305, Rn. 28 – *Ordre des barreaux francophones et germanophones and Others*. Allerdings hat der Gerichtshof jüngst Bezug genommen auf diese Auslegungsregel auch im Zusammenhang mit Verordnungen, jedoch nur als rhetorisches Instrument, ohne praktische Auswirkungen auf das Ergebnis des Falls. Siehe EuGH Rs C-400/10 PPU Slg. 2010, I-8965, Rn. 49-62 – *J. McB. v. L.E.*; EuGH Rs C-491/10 PPU Slg. 2012, I-14247, Rn. 60-66 – *Zarraga v. Pelz*; EuGH Rs C-394/07 Slg. 2009, I-2563 – *Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc.*; siehe auch: *P. Craig/G. de Búrca*, EU Law, Text, Cases and Materials, 5. Aufl. 2011, 383 f.; *M. Klamert*, Judicial Implementation of Directives and Anticipatory Indirect Effect: Connecting the Dots, CML Rev. 43 (2006), 1251; *C. Dekar*, J. MCB. v. L.E.: The Intersection of European Union Law and Private International Law in Intra-European Union Child Abduction, Fordham Int'l L. J. 34 (2011), 1430.

Sicher ist, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs bezüglich des Grundrechtsschutzes im Zusammenhang mit europäischem Sekundärrecht, das eine weitere Durchführung durch die Mitgliedstaaten benötigt – hauptsächlich Richtlinien, aber auch Verordnungen, die eine Ermessensausübung der Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten eröffnen – eine intellektuelle Gratwanderung war. Angesichts der besonderen Beschaffenheit dieses Sekundärrechts ist es dem Gerichtshof gelungen, eine direkte gerichtliche Nachprüfung zu vermeiden. Durch einen innovativen und anspruchsvollen hermeneutischen Trick, d.h. den Entwurf einer “Konformitätsregelung der Durchführung”, hat der Gerichtshof Sekundärrecht bewahrt, das auf den ersten Blick so hätte aufgefasst werden können, als lege es den Mitgliedstaaten Verpflichtungen auf, die dem europäischen Grundrechtsschutzstandard entgegenstehen (und daher für ungültig hätten erklärt werden müssen). Gemäß dieser Konformitätsregelung der Durchführung sollen Mitgliedstaaten ihr Möglichstes tun, Sekundärrecht “zu retten”, indem sie Durchführungsmaßnahmen wählen, die konform mit europäischen Grundrechten sind. Oft würden diese Maßnahmen über eine bloße “grundrechtsfreundliche” Interpretation des gemeinschaftlichen Sekundärrechts weit hinausgehen. Das Gericht hat einen *Vorbehalt* in jeden dieser Sekundärrechtsakte hineingelesen, manchmal sogar *contra legem*, der es dem Mitgliedstaat aufgibt, Durchführungsmaßnahmen zu wählen, die europäischen Grundrechten entsprechen.²⁵

In der Tat war die Anwendung dieser Regel auf dieses Sekundärrecht ein anspruchsvoller Schachzug. Der Gerichtshof hat den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten dazu genutzt, deren Ermessen zu schmälern – im Gegensatz zum großen Gestaltungsspielraum, den sein Pendant, der EGMR, unter Berufung auf dieselbe Doktrin seinen Vertragsparteien zugestanden hat. Dadurch hat er den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt, das europäische Sekundärrecht “zu retten”, das ansonsten aufgrund der Anordnung zur Verletzung von Grundrechten hätte annulliert werden müssen.²⁶ Damit konnte der Gerichtshof alles erreichen: Als ernsthafter Hüter der europäischen Grundrechte wahrgenommen zu werden und gleichzeitig, aus

²⁵ Nur unter außergewöhnlichen Umständen hat der Gerichtshof eine Klausel einer Richtlinie für ungültig erklärt, siehe kürzlich EuGH *Test-Achats* (Anm. 21), Rn. 32-33 (es sollte festgehalten werden, dass der Gerichtshof eine Klausel in einer Richtlinie für ungültig erklärt hat, die es den Mitgliedstaaten ermöglichte, ihre diskriminierenden Politiken beizubehalten, was wiederum indirekt zu einer Erweiterung des Europarechts zu Lasten der Kompetenzen der Mitgliedstaaten führte).

²⁶ *P. Craig/G. de Búrca* (Anm. 24), 383 f.

Sicht des Gerichtshofs nicht weniger wichtig, die Annullierung von Unionspolitiken zu vermeiden.²⁷

Diese Technik galt jedoch als nicht übertragbar auf Verordnungen, die unmittelbare Wirkung haben und keine Durchführungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten benötigen. Daher bestand die Kritik weiterhin: Dem Gerichtshof wurde vorgeworfen, er sei nicht gewillt, Grundrechte ernst zu nehmen und bei angemessener Gelegenheit Verordnungen mit der Begründung für ungültig zu erklären, dass sie einen Verstoß gegen Grundrechte darstellen.²⁸ *Kadi* war vermutlich der erste Fall, in dem der EuGH, auf dem Gebiet des Anti-Terrorkampfes, gewillt war, eine Verordnung wegen ernsthafter Grundrechtsverletzungen außer Kraft zu setzen.²⁹ Da jedoch richterliche Entscheidungen auf einer Vielzahl von Erwägungen beruhen, könnte man dem Gerichtshof auch nach seinem *Kadi*-Urteil den Titel eines ernsthaften Hüters von Grundrechten absprechen. Aufgrund der einzigartigen Sachlage des Falls – eine EU-Verordnung, die eine UN-Sicherheitsratsresolution umsetzt – könnte man argumentieren, dass der Hauptbeweggrund des Gerichtshofs ein institutioneller war, nämlich die Autonomie der Gemeinschaft gegen externe Intervention zu schützen.³⁰ Außerdem machte der Gerichtshof keine Nägel mit Köpfen: Er stellte zwar fest, dass tatsächlich eine Reihe von ernsthaften Verletzungen grundlegender Menschenrechte stattgefunden hatte, schob aber die unmittelbare Wirkung der Ungültigkeitserklärung der Verordnung auf und gab den politischen Gemeinschaftsinstitutionen eine weitere Chance, die Grundrechtsverletzungen zu beheben, während er die europäische Verfahrensweise (das Einfrieren der Ver-

²⁷ P. Craig/G. de Búrca, (Anm. 24), 383 f.: “This technique used by the ECJ requiring EU legislation to be interpreted and implemented in compliance with fundamental human rights has the effect both of insulating EU legislation against challenge and ... of imposing human rights obligations, as a matter of EU law, on national authorities.” Für eine Empfehlung, die EGMR-Version der Ermessensspielraum-Doktrin auch für die EU zu übernehmen, siehe J. Gerards, Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine, *ELJ* 17 (2011), 80. Zur Anwendung der Ermessensspielraum-Doktrin durch den EuGH, wobei den Mitgliedstaaten ein größeres Ermessen gewährt wird, wenngleich in einem unterschiedlichen Zusammenhang, siehe EuGH Rs C-244/06 Slg. 2008, I-505, – *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*.

²⁸ A. William, *EU Human Rights Policies: A Study in Irony*, 2004. Diese Folgerung wurde durch eine statistische Analyse der Rechtsprechung des EuGH erneut verstärkt: “fundamental rights are not a ground of review which featured prominently or brought any success in actions against the Community institutions”, P. T. Tridimas/G. Gari, *Winners and Losers in Luxembourg: A Statistical Analysis of Judicial Review before the European Court of Justice and the Court of First Instance (2001-2005)*, *E.L. Rev.* 35 (2010), 131, 171.

²⁹ EuGH *Kadi v. Council and Commission* (Anm. 7).

³⁰ J. H. H. Weiler, Editorial – *Kadi: Europe’s Medellín?*, *EJIL* 19 (2008), 895.

mögensgegenstände von mutmaßlichen Terroristen) zumindest vorübergehend unangetastet ließ.³¹

Tatsächlich folgte auf *Kadi* eine Reihe von Fällen, in denen sowohl das Gericht erster Instanz (neuerdings das “Gericht”) als auch zu einem geringeren Grad der EuGH eine Anzahl von Verordnungen gegen mutmaßliche Terroristen wegen Grundrechtsverletzungen annullierten. Allerdings beschäftigten sich alle diese Verordnungen mit dem spezifischen Gebiet der Terrorbekämpfung und der “smart sanctions.”³² Zudem ließe sich argumentieren, dass diese Verordnungen einzigartig sind: Es handelt sich nämlich um Verordnungen, die ein Bündel von “*Entscheidungen*” zusammenfassen, die sich einzeln mit einem bestimmten Verdächtigten befassen.³³ Daher ging es bei diesen Entscheidungen unterm Strich lediglich darum, eine Verordnung zu annullieren, insofern sie einen bestimmten Antragsteller betraf.

2. Verordnungen: Beseitigung des liberalen Defizits

In *N.S.* schien der Gerichtshof durch Anwendung der horizontalen *Solange*-Technik erstmals bereit, die Argumentation, die zuvor hauptsächlich für Richtlinien vorgesehen war, auf dieses neue Gebiet (Verordnungen) zu verlagern. Er wandte seine neue Argumentation auf eine spezifische Art von Verordnungen an, nämlich solche, die lediglich die Methode für eine verbindliche Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten regulieren, während sie den Staaten die Freiheit lassen, wichtige politische Entscheidungen autonom zu treffen. Dies sind komplexe Konstruktionen, in denen EU-Praktiken die Politik der Mitgliedstaaten nicht ersetzen, sondern stattdessen *zusammen* mit ihnen angewendet werden. Daher führte beispielsweise die Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten innerhalb des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems nicht zu einer Harmonisierung der grundlegenden Kriterien, die von jedem Mitgliedstaat angewendet werden, während sie sich im Einzelnen mit den Asylanträgen auseinandersetzen. Das Gemeinsame

³¹ EuGH *Kadi v. Council and Commission* (Anm. 7), Rn. 373-376. In EuGH Rs T-315/01 Slg. 2005, II-3649 – *Kadi v. Council and Commission* und jüngst in EuGH Rs T-85/09 Slg. 2010, II-5177 – *Kadi v. Commission*, war der Gerichtshof vermehrt dazu bereit, eine Reihe von EU-Gesetzen, sowohl unabhängige EU-Maßnahmen, die nicht ausdrücklich vom UN-Sicherheitsrat gefordert waren, sowie von der UN angeordnete Maßnahmen, aufgrund von Verletzungen verschiedener Rechte, insbesondere des Anspruchs auf ein ordnungsgemäßes Verfahren und des Eigentumsrechts, aufzuheben.

³² *P. T. Tridimas/G. Gari* (Anm. 28), 134.

³³ Statistisch wurde bewiesen, dass es wahrscheinlicher ist, dass die Gerichte Entscheidungen annullieren als Verordnungen, *P. T. Tridimas/G. Gari* (Anm. 28), 171.

Europäische Asylsystem reguliert lediglich die Kooperation zwischen Staaten, indem es festlegt, welcher Mitgliedstaat verantwortlich für die Untersuchung des Asylantrags ist.³⁴ Im Wesentlichen überlässt das System es der Zuständigkeit und Verantwortung der Mitgliedstaaten, Asylanträge auf der Basis ihres nationalen Rechts zu untersuchen oder zum Beispiel über die Lebensbedingungen der Asylsuchenden in den Aufnahmeeinrichtungen zu entscheiden.³⁵ Dennoch kann das Gemeinsame Europäische Asylsystem, ähnlich wie andere Bereiche von Justiz und Innerem – wie der Europäische Haftbefehl und das Europäische Internationale Privatrecht – nur erfolgreich sein, wenn das “Sprungbrett”, auf dem es basiert, nämlich die teilnehmenden Staaten, die Verpflichtungen, die in ihren eigenen Zuständigkeitsbereich fallen, einwandfrei erfüllen.³⁶

Im Gegensatz zu seiner Argumentation in Bezug auf Richtlinien und Verordnungen mit Ermessensspielraum hat der Gerichtshof in *N.S.* bezüglich dieser Art von Verordnungen entschieden, dass wenn ein Mitgliedstaat, der innerhalb seiner Zuständigkeiten agiert, systematisch europäische Grundrechte verletzt, andere Mitgliedstaaten dazu *verpflichtet* sind, die Politik der Zusammenarbeit, wie sie durch die europäische Verordnung geregelt ist, auszusetzen, nicht zu berücksichtigen und zu missachten. Mitglied-

³⁴ *E. Guild*, *The European Geography of Refugee Protection: Exclusions, Limitations and Exceptions from the 1967 Protocol to the Present*, EHRLR 4 (2012), 413; *E. Guild*, *The Europeanization of Europe’s Asylum Policy*, IJRL 18 (2006), 630 ff.; *T. J. O’Dowd*, *Mutual Recognition in European Immigration Policy: Harmonised Protection or Co-ordinated Exclusion?*, in: F. A. N. J. Goudappel/H. Raulus, *The Future of Asylum in the European Union, Problems, Proposals and Human Rights*, 2011, 73 (75). Siehe auch *E. Ezra*, *European Integration and Refugee Protection: The Development of Asylum Policy in the European Union*, 2004, <doc.ub.uni-muenchen.de>: “[A] harmonized asylum law did not emerge [from the Dublin Convention].” Man sollte beachten, dass die Mitteilung der Kommission vom 10.6.2009 Ende 2014 als Frist für die formelle Festschreibung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung aller Einzelentscheidungen der für Asylanträge zuständigen Behörden über die Gewährung eines Schutzstatus durch die EU festsetzt; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Dienste der Bürger, COM(2009), 262 final, Abs. 5.2.1; *J. Mink*, *EU Asylum Law and Human Rights Protection: Revisiting the Principle of Non-refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-treatment*, *European Journal of Migration and Law* 14 (2012), 119.

³⁵ Siehe aber den jüngsten geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Standards zum Empfang von Asylsuchenden vom 1.6.2011, COM(2011), 320 final, <www.eur-lex.europa.eu>. Siehe auch *Generaldirektion Interne Politikbereiche der Union*, Division of Competences between the European Union and Its Member States Concerning Immigration, <www.europarl.europa.eu>; *K. Hailbronner*, *Detention of Asylum Seekers*, *European Journal of Migration and Law* 9 (2007), 160.

³⁶ Für weitere Beispiele, siehe *L. M. Poiares Maduro/B. de Witte/M. Kumm*, *The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal Political Issues of a Fiscal Crisis*, <globalgovernanceprogramme.eui.eu>.

staaten sind verpflichtet, die Charta, die Primärrecht darstellt, zu respektieren. Unkritische, blinde Befolgung von Verordnungen unter Umständen, in denen ihre Einhaltung eine Einwilligung in ernsthafte Verletzungen europäischer Grundrechte impliziert, würde einer Verletzung dieser Pflicht gleichkommen.³⁷

In *N.S.* musste der Gerichtshof die besonderen Bestimmungen in der Verordnung, die überprüft wurde, nicht für ungültig erklären. Die Verordnung selbst stellte eine Ausnahme dar, die es dem aufnehmenden Mitgliedstaat erlaubte, von seinem Ermessen Gebrauch zu machen.³⁸ Dennoch betrachteten die Mitgliedstaaten und die Institutionen der Europäischen Union die Dublin II-Verordnung als verbindlich.³⁹ Zudem benannte diese Ermessensausnahme nicht explizit die Verletzung von Grundrechten durch den designierten Staat als möglichen Auslöser für ihre Anwendung. Die Entscheidung ging nicht so weit, das von der Verordnung geschaffene System gänzlich aufzuheben. Nichtsdestoweniger hat es das System drastisch neu definiert, indem es den Mitgliedstaaten unter bestimmten Umständen eine völlig *neue Verpflichtung* – einen zwingenden Grund für die Nichtanwendung – auferlegte.⁴⁰ Darüber hinaus hat der Gerichtshof das von der europäischen Verordnung geschaffene System grundlegend transformiert, indem er den Automatismus, mit dem die Mitgliedstaaten es angewendet haben, außer Kraft setzte. Wenngleich der Gerichtshof die Bestimmungen der Verordnung nicht für nichtig erklärte, reduzierte er ihren Anwendungsbereich auf diese Weise doch deutlich.

Natürlich werden Verordnungen hierdurch nicht *eo ipso* unwirksam. Jedoch könnten sowohl die Verordnungen als auch die aus diesen Verordnungen stammenden Verpflichtungen jedweder Substanz oder Wirkung beraubt werden.⁴¹ Diese Konsequenzen widersprechen wiederum der automatischen

³⁷ Zu einer Erörterung, nach der auch europäische Institutionen für solche Menschenrechtsverletzungen haftbar gemacht werden könnten, siehe *T. J. Brooks*, Can Frontex Be Held Liable for Human Rights Violations? Potential Application of Recent European Case Law to the Activities of an Inter-governmental Agency, <www.ssrn.com>.

³⁸ Art. 3 Abs. 2 Dublin II-Verordnung (Anm. 12).

³⁹ *C. Contartese*, The (Rebuttable) Presumption of the European Union Member States as 'Safe Countries' under the Dublin Regulation, in: C. M. Akrivopoulou/N. Garipidis, Human Rights and Risks in the Digital Era: Globalization and the Effects of Information Technologies, IGI Global 2012, 240.

⁴⁰ Siehe ähnlich *P. Gragl*, The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg's *M.S.S.* Judgment and Its Implications for the European Union's Legal Order, European Yearbook on Human Rights 2012, 123.

⁴¹ Wie *Thomas Hammarberg*, der Beauftragte für Menschenrechte des Europarates, feststellte: "The gravely dysfunctional asylum procedures in Greece have brought Dublin system to a genuine collapse.", *T. Hammarberg*, The Dublin Regulation Undermines Refugee Rights,

unmittelbaren Wirkung und dem Vorrang, den die Gemeinschaftsverordnungen innerhalb der nationalen Rechtssysteme genießen. Tatsächlich könnte eine solche Entscheidung durch einen Mitgliedstaat einer *de facto* Aufhebung eines politischen Ziels der EU gleichkommen. Konkret in *N.S.* umging die Entscheidung des Gerichtshofes das Interesse der Gemeinschaft – wie in ihrem Sekundärrecht zum Ausdruck gebracht – an einem speziellen Mechanismus, der die Behandlung von Flüchtlingen effektiv regeln sollte, indem er die mögliche negative Wirkung des “*forum shopping*” durch diese Flüchtlinge bekämpft.

Tatsächlich werden Verordnungen oft Ausnahmen enthalten, durch die systematische Grundrechtsverletzungen durch andere Mitgliedstaaten als Rechtfertigung für Nichtkooperation interpretierend herangezogen werden können. Diese Ausnahmen könnten sich explizit auf Grundrechtsverletzungen durch andere Mitgliedstaaten beziehen. Solch eine spezifische Ausnahme ist im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl enthalten.⁴² Alternativ könnten diese Ausnahmen implizit in allgemeinere Ausnahmeregelungen, die in den Verordnungen vorkommen könnten, hineingelesen werden. Ansonsten werden Grundrechte auch oft zumindest in der Präambel von Verordnungen angesprochen. Der Gerichtshof verwendet diese Präambeln möglicherweise als Ausgangspunkt, um die Ausnahmeregelung für ernsthafte Grundrechtsverletzungen durch die Hintertür einzuführen.

Dennoch, und das ist die Crux der Entscheidung: Die Berufung des Gerichtshofs auf das horizontale *Solange*-Prinzip scheint nicht abhängig zu sein von der Existenz von Ermessensbestimmungen als Teil der Verordnung. Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass eine unwiderlegbare Vermutung eines Mitgliedstaats, dass andere Mitgliedstaaten Grundrechte einhalten, unvereinbar ist mit der Pflicht des Mitgliedstaats, Verordnungen grundrechtskonform auszulegen und anzuwenden.⁴³ Darüber hinaus ist das Gericht der Auffassung, dass “wenn [eine] Verordnung ... eine unwiderlegbare Vermutung der Beachtung der Grundrechte aufstellen würde, sie selbst

Council of Europe Commissioner for Human Rights Comment, 22.11.2010, <www.commissioner.cws.coe.int>.

⁴² Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JHA des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen Mitgliedstaaten vom 18.7.2002, Official Journal of the European Communities L 190/1, der die Justizbehörden nicht dazu verpflichtet, eine Person zu übergeben, wenn sie der Überzeugung sind, dass eine solche Übergabe zu einer Verletzung der Grundrechte dieser Person durch den entscheidenden Staat führen würde. Siehe auch “Strengthening Mutual Trust In the European Judicial Area – A Green Paper on the Application of EU Criminal Justice Legislation In the Field of Detention”, COM(2011), 327 final, 4 f.; EuGH Rs C-303/05 Slg. 2007, I-3633 Rn. 53 – *Advocaten voor de Wereld* VZW.

⁴³ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 99.

als eine Regelung angesehen werden [könnte], die die Garantien in Frage stellt, mit denen der Schutz und die Beachtung der Grundrechte durch die Union und ihrer Mitgliedstaaten sichergestellt werden sollen.”⁴⁴ Diese Entscheidung scheint eine allgemein gültige zu sein, gemäß der man in jede Verordnung einen Vorbehalt hineinlesen sollte, nach dem jede einzelne vorbehaltlich *einer Verpflichtung* der Nichtanwendung – falls die europäischen Grundrechte nicht ausreichend von allen Beteiligten beachtet werden – durchgeführt wird. Dieser Vorbehalt sollte selbst dann in eine Verordnung hineingelesen werden, wenn dies eine gewisse interpretative “Akrobatik” verlangen würde, weil die Verordnung keine derartigen Ausnahmen zulässt, oder sogar in solchen Fällen, in denen man zu einer *contra legem* Auslegung greifen müsste. Falls das aus irgendeinem Grund unmöglich ist, sollte die Verordnung nicht angewendet werden. Staaten, die diese Verpflichtung missachten, indem sie blind den Bestimmungen der Verordnung folgen und damit Individuen ernsthaften und systematischen Grundrechtsverletzungen durch andere Mitgliedstaaten aussetzen, könnten für einen Verstoß gegen das EU-Recht verurteilt werden.

So wird die widerlegbare Vermutung seiner Grundrechtskonformität zu einem integralen Bestandteil des europäischen Sekundärrechts, unabhängig von textlichen Einschränkungen. Verordnungen, die es im Ermessen der Mitgliedstaaten belassen, ob sie sich der Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten verweigern, wenn diese Grundrechte verletzen, sollten neu so gelesen werden, als beinhalteten sie eine zwingende Verpflichtung, die die Zusammenarbeit in Fällen verbietet, in denen systematische Verletzungen wesentlicher Grundrechte vorkamen. Bei Verordnungen, die kein Einfallstor für Grundrechte erkennen lassen, besteht eine starke Vermutung ihrer Vereinbarkeit mit verfahrensrechtlichen und substantiellen europäischen Grundrechten. Dementsprechend ist in all den seltenen Fällen, in denen ein Mitgliedstaat *offenkundig* und *systematisch* zentrale europäische Grundrechte verletzt, das Interesse an einer europäischen, verfassungsrechtlichen, öffentlichen Ordnung größer als das Interesse an europäischer Zusammenarbeit und der Durchführung europäischer Politiken.⁴⁵

⁴⁴ EuGH N.S. (Anm. 11), Rn. 100.

⁴⁵ Entsprechend *Bosphorus v. Ireland*, 30.6.2005, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2005-VI (Rn. 156).

III. Horizontales *Solange*: Jeder Mitgliedstaat wacht über den anderen⁴⁶

In *N.S.* folgte der EuGH der Argumentation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Soering*.⁴⁷ In *Soering* entschied der EGMR, dass, sollte eine Vertragspartei wissentlich einen Flüchtling in ein anderes Land ausliefern, obwohl substantielle Gründe für die Annahme bestünden, dass er dort von Folter oder unmenschlicher Behandlung bedroht sei, die Vertragspartei das in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltene Folterverbot und das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung verletzen würde.⁴⁸ Der EGMR räumte demzufolge als Erster die Möglichkeit ein, eine Vertragspartei für die von einem *anderen* Staat begangene Verletzung von grundlegenden Menschenrechten verantwortlich zu machen. Ähnlich befand der EuGH in *N.S.*, dass es eine inhärente Verpflichtung eines Mitgliedstaates gibt, in Fällen von ernsthaften Verletzungen europäischer Grundrechte *nicht* mit anderen Mitgliedstaaten zusammenzuarbeiten, selbst wenn eine EU-Verordnung dies explizit verlangt. Wenn ein Mitgliedstaat eine Einzelperson dem Risiko aussetzt, durch einen anderen Mitgliedstaat in seinen Grundrechten verletzt zu werden, indem er schlicht seine sich aus dem Sekundärrecht ergebenden Verpflichtungen befolgt, ohne auch in den Fällen Ermessen auszuüben, in denen die Verordnung dahingehend verstanden wird, dass sie uneingeschränkte Verpflichtungen festlegt, würde dieses Befolgen einer Verletzung von europäischem Recht gleichkommen.⁴⁹

Wenngleich der Gerichtshof direkt nur Mitgliedstaaten anspricht, die ein Ermessen ausüben, das ihnen eingeräumt wurde, indem er sie dazu verpflichtet, Umstände zu beachten, die in den Zuständigkeitsbereich anderer Mitgliedstaaten fallen, schlägt er doch eine Brücke zwischen dem Europarecht und der Art und Weise, in der ein Mitgliedstaat seine unabhängigen Kompetenzen ausübt. Ohne direkt auf diese Verpflichtungen der anderen Mitgliedstaaten einzugehen, setzt der Gerichtshof *europäische* Grundrechts-

⁴⁶ “Und einer soll über den anderen herfallen”, Levitikus 26, 37.

⁴⁷ EGMR *Soering v. United Kingdom* (Anm. 14). Siehe auch *R. B. Lillich*, *The Soering Case*, *AJIL* 85 (1991), 128.

⁴⁸ Im konkreten Fall entschied der Gerichtshof, dass Großbritanniens Auslieferung des Antragstellers an die Vereinigten Staaten, um dort für “einen Kapitalmord”, ein Verbrechen, das gemäß des geltenden Rechts von Virginia mit “Tod oder lebenslanger Gefängnisstrafe” bestraft wird, vor Gericht zu stehen, eine Verletzung des Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellen würde, wobei der Gerichtshof nicht auf die Todesstrafe als solche abstellte, sondern auf das “death row phenomenon”.

⁴⁹ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 106.

schutzstandards, mit Hilfe derer ein Mitgliedstaat Verpflichtungen erfüllen soll, die innerhalb seines eigenen, unabhängigen Kompetenzbereiches liegen.⁵⁰ Daher, und dies ist eine weitere Neuerung, die scheinbar von vorherigen Entscheidungen abweicht,⁵¹ ist der Gerichtshof offenbar gewillt, die Konstellationen zu erweitern, in denen *europäische* Grundrechte die souveränen Zuständigkeiten von Mitgliedstaaten beeinflussen, und dabei indirekt und elegant Artikel 51 der Charta zu umgehen.⁵²

Es ist geboten, an den langen Kampf bezüglich der Frage zu erinnern, wie und von wem die exakten Konturen der Aktivitäten der Mitgliedstaaten innerhalb des “Anwendungsbereiches des EU-Rechts”, die gemäß europarechtlicher Standards überprüft werden, definiert werden sollen.⁵³ Ohne jeden Anspruch, letzte Klarheit oder Konsistenz in die höchst komplexe Rechtsprechung zu den Unionskompetenzen zu bringen, gibt es offensichtlich Situationen, in denen sich europäische Gemeinschaftspolitiken, wie z.B. im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem, stark auf Sachverhalte beziehen, die anfangs von den Mitgliedstaaten, die innerhalb ihrer eigenen, unabhängigen Kompetenzen agieren, geregelt wurden. Sachverhalte wie diese passen nicht leicht in eine der drei Konstellationen, die der EuGH in der Vergangenheit benannt hat, um die an europäische Grundrechte gebundenen Mitgliedstaaten so anzusehen, als agierten sie innerhalb des “Anwendungsbereiches des Europarechts.” Diese Konstellationen sind weder solche, in denen Staaten vorbehaltlos Verpflichtungen, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, *durchführen*, noch sind es Konstellationen, in denen Mitgliedstaaten vom EU-Recht *abweichen*. Stattdessen stellen diese Situationen eine vierte Kategorie dar, in der EU-Recht lediglich die Art und Weise der Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten regelt, während es die

⁵⁰ Zum Beispiel die Aufnahmebedingungen der Flüchtlinge in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten.

⁵¹ Ich argumentiere, dass EuGH *N.S.* (Anm. 11) von EuGH *J. McB. v. L.E.* (Anm. 24), Rn. 52 (Hervorhebung hinzugefügt), abweicht: “Daraus folgt, dass die Charta im Rahmen der vorliegenden Rechtssache allein zum Zweck der Auslegung der Verordnung Nr. 2201/2003 heranzuziehen ist, *ohne dass das nationale Recht als solches zu beurteilen war.*” Dieser Punkt wird weiter diskutiert.

⁵² EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 68 f. Für eine sehr viel moderatere Analyse des möglichen Effekts der Konvention auf die nationalen Rechtsordnungen, siehe *W. Weiß*, Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon, *EuConst* 7 (2011), 64 (88).

⁵³ *M. Saffan*, Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of Conflict?, *EUI Working Paper LAW* 22 (2012); *J. Kokott/C. Sobotta*, The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon, *EUI Working Paper AEL* 6 (2010); *X. Groussot/L. Pech/G. T. Petursson*, The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States’ Action: In Search of Certainty in EU Adjudication, *Eric Stein Working Paper* 1/2011.

Politikentscheidungen in der autonomen Kompetenz der Mitgliedstaaten belässt.⁵⁴ Diese Situation deutet eine sehr niedrige Integrationsstufe an, die als “minimale Harmonisierung” bezeichnet worden ist.⁵⁵

Europäische Politiken sind eng mit den autonomen Politiken und Zuständigkeitsbereichen der Mitgliedstaaten verwoben. Trotz der Tatsache, dass diese Situationen nicht in die “Ausführungs”-, “Durchführungs”- oder “Abweichungs”-Formeln passen, hat der Gerichtshof auch über diese Kompetenzen der Mitgliedstaaten den Schutzschirm europäischer Grundrechte gespannt.

Anstatt darauf zu bestehen, dass der Mitgliedstaat, in dem der Verstoß stattgefunden hat, es unterlässt, die in Europa geschützten Grundrechte zu verletzen, hat der Gerichtshof den Mitgliedstaat, der in diesem Fall unmittelbarer Prozessbeteiligter war – das Vereinigte Königreich – angewiesen, der europäischen Verordnung nicht zu folgen. Auch insoweit beschloss der EuGH, dem Beispiel des EGMR in *Soering* zu folgen. Während der EGMR in *Soering* für die Aktivitäten des Drittstaates nicht zuständig war, da der Staat – d.h. die Vereinigten Staaten mit ihrer permissiven Politik hinsichtlich der Todesstrafe – keine Vertragspartei der Europäischen Menschenrechtskonvention war, war der EuGH in *N.S.* zuständig für die Aktivitäten des betroffenen Staates (Griechenland mit seinen inadäquaten Haftbedingungen für Flüchtlinge). Während der EGMR sich in *Soering* sehr bemühte, zu erklären, dass er die EMRK nicht extraterritorial auf die Vereinigten Staaten anwende,⁵⁶ musste der EuGH vor keiner “territorialen Begrenzung” zurückschrecken und hatte keinen Grund, über den Standard des Grundrechtsschutzes, der in jedem Mitgliedstaat vorherrschen sollte, zu schweigen. Nichtsdestoweniger nutzte der EuGH diese Möglichkeit nicht. Er regte noch nicht einmal in einem *obiter dictum* an, die Art und Weise zu überprüfen, in der ein Mitgliedstaat innerhalb seiner eigenen Zuständigkeiten Macht ausübt.⁵⁷

⁵⁴ Gegensätzlich *T. von Danwitz/K. Paraschas*, A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights, *Fordham Int'l L. J.* 35 (2012), 1396 (1399).

⁵⁵ *H. Battjes*, *European Asylum Law and International Law*, 2006, 162; *J. Mink* (Anm. 34), 138.

⁵⁶ Siehe *M. Milanovic*, *The Extraterritorial Application for Human Rights Treaties*, 2011, 8; *M. Giuffré*, *Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamma and others v. Italy* (2012), *ICLQ* 61 (2012), 728 (734).

⁵⁷ Zugegebenermaßen wäre das typische Verfahren für solch eine Verurteilung entweder indirekt über eine Vorabentscheidungsanfrage von Seiten der griechischen Gerichtshöfe (Art. 267 AEUV), oder direkt durch ein von der Kommission oder einem Mitgliedstaat eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren erfolgt (Art. 258, 259 AEUV).

Vermutlich glaubte der EuGH noch immer an die Existenz einer “substantiellen Beschränkung”, in die er nicht eingreifen wollte.⁵⁸ Anscheinend hat der Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsverfahren beschränkte Handlungsmöglichkeiten.⁵⁹ Aber jenseits der verfahrensspezifischen Hindernisse scheint es, als ob der Gerichtshof eine direkte Äußerung über die Ausübung der eigenverantwortlichen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten immer noch als jenseits des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts und damit außerhalb seiner Jurisdiktion verortet.⁶⁰ Um es anders auszudrücken: Der Gerichtshof ist noch immer nicht gewillt, die Grenzziehung zwischen Belangen, die in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, und Belangen, die im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten bleiben, aufzugeben. In der Tat schlugen von Bogdandy et al. kurz nach dieser Entscheidung einen alternativen, weitreichenderen Weg – umgekehrtes *Solange* – vor, der dem EuGH die Zuständigkeit zuspricht, in Angelegenheiten, die innerhalb der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten geblieben sind, über Verstöße gegen europäische Grundrechte zu entscheiden.⁶¹ Wie *N.S.* verdeutlicht, ist der Gerichtshof aber offenbar abgeneigt, Haftbedingungen von Flüchtlingen, die in einem Mitgliedstaat vorherrschen, zu überprüfen und zu entscheiden, ob diese Bedingungen einem Verstoß gegen europäische Grundrechte gleichkommen. Der Gerichtshof nahm noch nicht einmal die Gelegenheit wahr, darauf hinzuweisen, dass solch eine Entscheidung möglich sei.

Dennoch entschied der Gerichtshof indirekt, dass ein Mitgliedstaat die Grundrechte der Europäischen Union auch dann respektieren muss, wenn er innerhalb seiner Hoheitsgewalt handelt.⁶² Der Gerichtshof legte indirekt

⁵⁸ Der Gerichtshof hat noch keine endgültige Meinung über den Anwendungsbereich der Charta *ratione materiae* abgegeben, Meinung von A. G. Kokott in EuGH Rs C-489/10 (noch nicht veröffentlicht), Rn. 15 – *Prokurator Generalny v. Lukasz Marcin Bonda*. Für einige erste Vorschläge, EuGH *J. McB. v. L.E.* (Anm. 24), Rn. 52; Meinung von A. G. Cruz Villalón in EuGH *Åklagaren v. Fransson* (Anm. 10), Rn. 25-64.

⁵⁹ Obwohl das Vorabentscheidungsverfahren nach *von Bogdandy et al.* am passendsten für die Konstellation ist, in welcher der Gerichtshof fähig wäre, in das Verhalten der Mitgliedstaaten in Ausübung ihrer eigenen Kompetenzen einzuschreiten, stellen sich *von Bogdandy et al.* ein (meiner Meinung nach wenig wahrscheinliches) Szenario vor, in dem solch eine Vorabentscheidung durch einen innerstaatlichen Gerichtshof erfolgt, der der Rechtsordnung des vorgeblich verletzenden Staates angehört, *A. von Bogdandy et al.* (Anm. 9), 514.

⁶⁰ Für eine sachbezogene Kritik, siehe *J. Mink* (Anm. 34). Für einen anderen Bereich, in dem der Gerichtshof weniger Skrupel zeigt, in nationale Kompetenzen einzugreifen, siehe *P. Van Cleynenbreugel*, *Judge-made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework*, *E.L.Rev.* 37 (2012), 90.

⁶¹ *A. von Bogdandy et al.* (Anm. 9).

⁶² Tatsächlich erzeugte *Soering* auch ähnliche Nebeneffekte bezüglich der amerikanischen Einstellung zur Todesstrafe. Zumindest indirekt hat der durch die Konvention geschützte

nahe, dass eine gemeinsame europäische Identität als Mindeststandard angesehen werden sollte, dem alle Mitgliedstaaten verpflichtet sind. Selbstverständlich könnte jeder Staat immer noch seine kulturellen Affinitäten und Besonderheiten, wie durch Artikel 4 Absatz 2 EUV geschützt, bewahren. Nichtsdestoweniger können Abweichungen von *europäischen* Grundrechten, selbst wenn diese durch nationale Verfassungen gerechtfertigt werden, nur geduldet werden, wenn sie das solide Fundament der in Europa geschützten zentralen Grundrechte weiter vorantreiben und verfeinern, aber nicht, wenn sie vom Schutzstandard abweichen, der mit den gemeinsamen europäischen Grundrechten vorgegeben wurde.

Auch wenn dies kein Teil der Urteils-Begründung des Gerichtshofs ist, kann das gleiche Ziel erreicht werden, indem man sich auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit, wie in Artikel 4 Absatz 3 EUV festgelegt, beruft: “Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.”

Die Begründung dafür ist, dass die Effektivität des Verfahrens, um ein Unionsziel zu erreichen, z.B. das Gemeinsame Europäische Asylsystem, gewährleistet werden muss. Maßnahmen auf nationaler Ebene, die das Erreichen von Unionszielen unmöglich machen würden, stellen eine Verletzung des Artikel 4 Absatz 3 EUV dar.⁶³

Aber es gilt auch zu beachten, dass, angenommen es gäbe ein systemisches verfassungsrechtliches Versäumnis in einem bestimmten Mitgliedstaat, dieses nicht zwangsläufig als “schwerwiegende und anhaltende Verletzung von Menschenrechten” im Sinne des Artikel 7 Absatz 2 EUV bezeichnet werden müsste.⁶⁴ In diesem Sinne ermöglicht *N.S.* die Umgehung der hohen Schwelle von Artikel 7 EUV und eröffnet damit eine weitere Eingriffsoption.

Menschenrechtsstandard die USA in dem Sinne beeinflusst, dass die USA in Fällen von Auslieferungen dafür garantieren müssen, dass keine Todesstrafe für die ausgelieferte Person verhängt wird.

⁶³ Siehe allgemein, EuGH Rs C-329/11 (noch nicht veröffentlicht), Rn. 43 – *Achughbaban*.

⁶⁴ W. Sadurski, Adding Bite to a Bark: The History of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider, *Columbia Journal of European Law* 16 (2010), 385.

IV. Horizontales Solange

1. Ersetzt “mutual confidence” “mutual trust”?

In *N.S.* erwähnt der Gerichtshof dreimal in der Englischen Fassung, dass die Mitgliedstaaten “mutual confidence” zueinander haben sollen. Dieses Prinzip ist so wichtig, dass der Gerichtshof es zugleich als Teil des Wesensmerkmals der Union inthronisiert.⁶⁵ Eine schnelle Anfrage bei der Suchmaschine des Gerichtshofs (Curia) zeigt, dass sich der Gerichtshof in der Vergangenheit fast nie auf “mutual confidence” zwischen den Mitgliedstaaten als Teil seiner wesentlichen Begründung gestützt hat.⁶⁶ Der Gerichtshof hat sich eher am Rande auf dieses Prinzip bezogen.⁶⁷ Ein besser bekanntes Prinzip, auf das sich der Gerichtshof im Hinblick auf die Beziehung zwischen den Mitgliedstaaten oft bezogen hat, war die Notwendigkeit des “mutual trust” zwischen ihnen.⁶⁸

⁶⁵ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 83.

⁶⁶ Der EuGH hat den Ausdruck “mutual confidence” lediglich in 16 Fällen vor *N.S.* verwendet. Er wurde hauptsächlich als Teil der für die Fälle relevanten Rechtsvorschriften verwendet, deren abgeleitete Rechtsvorschriften auf diesen Ausdruck hinwiesen, aber er spielte keine Rolle in der Argumentation. Alternativ wies der Gerichtshof auf diesen Ausdruck in Zusammenhang mit den Dienstvorschriften hin.

⁶⁷ In dem einzigen anderen Fall, in dem der Gerichtshof in seiner Argumentation auf “mutual confidence” zwischen den Mitgliedstaaten hinwies, EuGH Rs 46/76 Slg. 1977, 5 Rn. 38 – *Baubuis v. The Netherlands State*, kam der Gerichtshof zum Schluss, passim, dass das gegenseitige Vertrauen (französisch: confiance réciproque) zwischen Mitgliedstaaten den freien Handel mit Horntieren und Schweinen, die Untersuchungen durch andere Mitgliedstaaten unterzogen wurden, fordert. Interessanterweise berief sich der Gerichtshof nach *N.S.* bereits auf das Prinzip des englischen “mutual confidence” (französisch: confiance mutuelle, deutsch: gegenseitiges Vertrauen) in Bezug auf die Interpretation des Rahmenbeschlusses bezüglich des Europäischen Haftbefehls, siehe EuGH Rs C-192/12 PPU (noch nicht veröffentlicht), Rn. 62, 77 – *West*; siehe auch Meinung von A. G. *Bot* in EuGH Rs C-399/11 (anhängig), Rn. 114 ff. – *Melloni*.

⁶⁸ Der EuGH hat den Ausdruck “mutual trust” in 49 Fällen vor *N.S.* verwendet. Eine systemische Analyse all dieser Fälle läge außerhalb des Rahmens dieses Artikels. Eindeutig tauchte der Begriff “mutual trust” mitunter nur als Teil der vom Gerichtshof zitierten Rechtsvorschriften auf, und manchmal tauchte er nur als Teil der Argumente der Parteien auf und spielte nicht immer eine entscheidende Rolle in der Argumentation des Gerichts. Nichtsdestotrotz genügt es zu sagen, dass der Gerichtshof viele Male seine Argumentation auf den Begriff gestützt hat und dass manche dieser Fälle tatsächlich grundlegende Fälle wurden, siehe z. B. EuGH Gutachten 1/75 Slg. 1975, 1355 (1364); EuGH C-116/02 Slg. 2003, I-14693, Rn. 72 – *Gasser*; EuGH Rs C-420/07 Slg. 2009, I-3571, Rn. 73 – *Apostolides v. Orams*.

Im multilingualen System, das die Union auszeichnet,⁶⁹ ist es riskant, den textlichen Veränderungen der Begründungen des Gerichtshofs zu viel Bedeutung beizumessen.⁷⁰ Der Gerichtshof selbst hat weder die Bedeutung des Begriffs “mutual confidence” definiert, noch erklärt, warum er im Englischen von “mutual trust” zu “mutual confidence” gewechselt hat, noch ob eine solche Änderung der Formulierung auch eine Transformation der Intensität der Beziehungen zwischen den Staaten impliziert. Da sich der Gerichtshof zu dieser Veränderung nicht geäußert hat, könnte dies auch lediglich eine Übersetzungspanne sein.⁷¹

Es könnte dennoch hilfreich sein, sich an *Luhmanns* Unterscheidung zwischen Zuversicht “confidence” und Vertrauen “trust” zu erinnern.⁷² Nach *Luhmann* hängt diese Unterscheidung von Wahrnehmung und Zuordnung ab. Zuversicht findet statt, wenn wir keine Alternativen in Betracht ziehen und uns auf unsere Erwartungen verlassen. Wir vertrauen darauf, dass unsere Erwartungen nicht enttäuscht werden. Im Fall von Enttäuschung wird die Schuld extern zugewiesen, da wir uns nicht entschieden, sondern etwas erwartet haben, und die Enttäuschung daher nicht das Resultat unserer falschen Zuversicht war. Vertrauen setzt eine Risikosituation voraus. Man kann vermeiden, dieses Risiko einzugehen, doch das würde bedeuten, dass man bereit ist, auf die damit verbundenen Vorteile zu verzichten.

Seit langem drängt der Gerichtshof auf eine sich ändernde Haltung der Mitgliedstaaten zueinander, weniger Misstrauen, mehr Vertrauen, und unterstützt die gegenseitige Anerkennung der jeweiligen Rechtsordnungen. Indem er sich auf Vertrauen konzentriert hat, hat der Gerichtshof jedoch eine notwendige operative Voraussetzung ausgelassen, nämlich die Notwendigkeit einer uneingeschränkten Zuversicht (“confidence”) der Mitgliedstaaten zueinander als Basis von Vertrauen (“trust”) untereinander und

⁶⁹ *M. Horspool*, *Over the Rainbow: Languages and Law in the European Union*, in: A. Arnulf/C. Barnard/M. Dougan/E. Spaventa, *A Constitutional Order of States?*, *Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, 2011, 99.

⁷⁰ Viele Autoren messen dieser Formulierung keine Bedeutung bei und beziehen sich auf das besser bekannte Prinzip des gegenseitigen Vertrauens (“mutual trust”), siehe *S. Lieven* (Anm. 11), 233; *S. Peers*, *The NS and ME Opinions: The Death of “mutual trust”?*, <www.statewatch.org>.

⁷¹ In der französischen Version des Urteils wird das Wort “confiance” sowohl für “confidence” und “trust” verwendet. In der deutschen Version des Urteils wird das Wort “Vertrauen” sowohl für “confidence” als auch “trust” verwendet.

⁷² *N. Luhmann*, *Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives*, in: D. Gambetta, *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, elektronische Ausgabe, Department of Sociology, University of Oxford, 2000, Kap. 6, 94 ff., <<http://www.sociology.ox.ac.uk>>.

zum europäischen System. Möglicherweise hat der Gerichtshof die Gefahr eines Teufelskreises erkannt, der sich in Europa einschleichen könnte. Solch ein Teufelskreis aus strukturellen und operativen Dysfunktionen könnte möglicherweise die Zuversicht (“confidence”) erodieren lassen und damit eine der essentiellen Grundvoraussetzungen für Vertrauen (“trust”) untergraben.⁷³ Weniger Verlässlichkeit wird es schwerer machen, Situationen zu bewältigen, die Vertrauen voraussetzen. Solche Ereignisse könnten negative Auswirkungen haben auf das von der EU anvisierte Aktivitätsspektrum.

Wie dem auch sei, der Gerichtshof hat einen Prüfungsmechanismus für die Mitgliedstaaten über die Rechtsordnung der anderen Mitgliedstaaten eingeführt. Mitgliedstaaten werden *daran gehindert*, sich auf die Vermutung zu berufen, dass die anderen Mitgliedstaaten *europäische* Grundrechte einhalten.⁷⁴ Sie sind verpflichtet, die aktuelle Situation in den anderen Mitgliedstaaten *einzuschätzen* und müssen das Risiko von *systemischen* Schwachstellen in den Rechtssystemen der anderen Mitgliedstaaten *bewerten*. In Fällen, in denen systemische Verstöße vorkommen, soll ein Mitgliedstaat sich von den durch die Gemeinschaft sekundärrechtlich vorgeschriebenen Politiken abwenden. Ich wende mich nun den substantiellen Elementen des horizontalen *Solange*-Tests zu.

2. “Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser”⁷⁵

Ich bin der Auffassung, dass der Gerichtshof praktisch eine Art von horizontalem *Solange*-Test für die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten eingeführt hat. “Horizontal”, da der Test nicht nur in den Situationen angewendet werden soll, für die er ursprünglich erdacht war (vertikale Konflikte zwischen Rechtsordnungen, die eine hierarchische Beziehung haben und hierarchischen Vorrang beanspruchen), sondern auch für die parallelen, horizontalen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten.⁷⁶ Tatsächlich ist

⁷³ N. Lubmann (Anm. 72), 101. Siehe auch M. den Heijer (Anm. 11), 1746.

⁷⁴ EuGH N.S. (Anm. 11), Rn. 91, 94, 105.

⁷⁵ Wird Vladimir Iljitsch Lenin zugeschrieben, <www.philipjohnston.com>.

⁷⁶ Ich verwende “horizontal” im Sinne der Beziehung zwischen den Mitgliedstaaten untereinander, im Gegensatz zu “vertikal”, was eine Beziehung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU impliziert. Oft konnotiert der Begriff horizontal die Fähigkeit einer privaten Partei, sich auf Normen berufen zu können, die einer anderen privaten Partei Verpflichtungen auferlegen, siehe E. Spaventa, The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law, in: A. Arnulf *et al.* (Anm. 69), 199. Vor kurzem entschied sich der EGMR für eine analoge horizontale Beziehung zwischen den Vertragsparteien: der EGMR entschied, dass die Schweiz, dadurch, dass sie eine andere Vertragspartei, Italien, nicht dazu anhielt, einem italienischen Bürger Unterstützung anzubieten, seinen Namen von der UN-

der größte Beitrag des Tests in horizontalen Konflikten nicht notwendigerweise der Anspruch auf Vorrangigkeit, sondern die Beibehaltung des Gleichgewichts. „*Solange*“, da der Gerichtshof voraussetzt, dass jeder Mitgliedstaat mit einem anderen Mitgliedstaat so lange zusammenarbeitet, wie bei dem Letzteren keine größeren operativen Probleme auftreten, die zu einer systemischen Verletzung europäischer Grundrechte führen. Sollte diese Vermutung widerlegt werden und es substantielle Gründe für die Annahme geben, dass eine systemische Verletzung zentraler gemeinschaftlicher Grundrechte in einem bestimmten Mitgliedstaat stattfindet, werden andere Mitgliedstaaten, in denen diese Vermutung herrscht, Gefahr laufen, selbst als Verletzer des Unionsrechts angesehen zu werden, wenn sie die Kooperation mit dem die Grundrechte verletzenden Staat weiter fortführen und nachgewiesen werden kann, dass sie aufgrund einer falschen Vermutung im Hinblick auf die Einhaltung europäischer Grundrechte durch den anderen Mitgliedstaat handelten. Tatsächlich führt dieses Urteil eine dezentralisierte Überprüfung (im Stil der Union) der Aktivitäten der Mitgliedstaaten innerhalb ihrer Kompetenzbereiche und außerhalb des Anwendungsbereichs des Rechts der Union ein, basierend auf den europäischen Grundrechtsstandards.

Jedoch kann dieser horizontale *Solange*-Ansatz so betrachtet werden, als definiere er die Bedingungen einer dialogischen Beziehung zwischen den Mitgliedstaaten und als reflektiere er die Kernelemente, um einen Mechanismus zur Lösung von Konflikten in Bewegung zu setzen. Im Gegensatz zu der Annahme, dass eine solche Kontrolle notwendigerweise Verdacht, Vorsicht und Misstrauen verbreiten werde, wird argumentiert, dass der Gerichtshof durch die Einführung des horizontalen *Solange*-Ansatzes die dynamische Natur dieser gegenseitigen Beziehung zwischen den Mitgliedstaaten unterstrichen hat. Dieses wiederum ist eine *conditio sine qua non* für die Bildung von ehrlichem und aufrichtigem Vertrauen.⁷⁷ Worum es hier geht, ist keine politische Entscheidung, ob gegenseitiges Vertrauen einem effizienten Grundrechtsschutz vorzuziehen ist oder umgekehrt. Aufrichtiges gegenseitiges Vertrauen, das über naive und überoptimistische Zuversicht hinausgeht, kann nur darauf basieren, dem wirksamen Schutz von zentralen Grundrechten den Vorrang zu geben.⁷⁸

Liste zu entfernen, selbst gegen Art. 8 der Konvention verstieß, *Nada v. Switzerland*, 12.9.2012, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2012 (Rn. 194), online verfügbar <hudoc.echr.coe.int>.

⁷⁷ Entsprechend *G. de Búrca* (Anm. 7).

⁷⁸ Das Deutsche Verfassungsgericht entschied ausdrücklich, dass eine Achtung der Werte des Art. 2 EUV durch andere Mitgliedstaaten eine Voraussetzung für deutsche Behörden sei, innerhalb des Rahmens des Europäischen Haftbefehls zu kooperieren, siehe BVerfGE 112, 90

Dies stellt eine signifikante Wandlung gegenüber der Vergangenheit dar. Die Geschichte des Gemeinsamen Marktes zeigt, dass der Gerichtshof oft, wenn der politische Wille zur Einigung über gemeinsame regulatorische Standards fehlte, dafür bekannt war, die Staaten zu “ermutigen”, einen Kompromiss zu finden, indem er das Konzept des gegenseitigen Vertrauens in die Entscheidungen des jeweiligen anderen einführte.⁷⁹ Um seine Autorität zu unterstreichen und um den notwendigen Druck auszuüben, ließ der Gerichtshof kaum Abweichungen von der Verpflichtung der gegenseitigen Anerkennung der getroffenen Entscheidungen und der in einem anderen Rechtssystem festgelegten Prioritäten zu. Heutzutage ordnet der Gerichtshof kein gegenseitiges Vertrauen mehr an, wenn es substantielle Beweise für eine systemische Verletzung von wichtigen europäischen Grundrechten gibt, und erlaubt eine eher zurückhaltende und sogar abgestufte Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten.

3. Hierarchie der europäischen Grundrechte?

Der vom Gerichtshof in *N.S.* unterbreitete Kontrollstandard, der von einem Rechtssystem auf die Rechtssysteme anderer Mitgliedstaaten angewendet werden soll, lautet: “dass die *systemischen* Mängel ... in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr läuft, einer *unmenschlichen oder erniedrigenden* Behandlung ... ausgesetzt zu werden.”⁸⁰ Ich werde keine detaillierte Analyse dieses Standards durchführen, sondern

(Rn. 77), <www.bverfg.de>; siehe auch *A. Torres Pérez*, Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg’s Door, *EuConst* 8 (2012), 105; *F. Billing*, The Parallel between Non-removal of Asylum Seekers and Non-execution of a European Arrest Warrant on Human Rights Grounds: The CJEU Case of *N.S. v. Secretary of State for the Home Department*, *European Criminal Law Review* 2 (2012), 77; *S. Peers* (Anm. 70); *O. Pollicino*, European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: A Case Law-based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems, *GLJ* 9 (2008), 1313; *O. Pollicino*, The New Relationship between National and the European Courts after the Enlargement of Europe: Towards a Unitary Theory of Jurisprudential Supranational Law?, *YEL* 29 (2010), 65; *C. Morgan*, Where Are We Now With EU Procedural Rights?, *EHRLR* 4 (2012), 427.

⁷⁹ Für eine gegensätzliche Tendenz, nach der sich der Gerichtshof im Bereich Glücksspiele und Spiele Richtung Hinterfragung der Grundlagen der gegenseitigen Anerkennung bewegt, siehe *V. Hatzopoulos*, The Court’s Approach to Services (2006–2012): From Case Law to Case Load?, *CML Rev.* 50 (2013), 459.

⁸⁰ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 94.

einige paradigmatische Betrachtungen über die richterlichen Äußerungen in diesem Fall anstellen.⁸¹

Zunächst ist es wichtig zu betonen, dass der Gerichtshof den Schutzschirm für Grundrechte von Ausländern erweitert hat. Der horizontale *So-lange*-Test ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Gerichtshof die Unionsbürger schützt, die normalerweise die Subjekte der Aktivität des Gerichtshofs im Bereich des europäischen Grundrechtsschutzes darstellen.⁸² Tatsächlich hat der Gerichtshof in der Vergangenheit positiv auf Aufrufe reagiert, die Unionsbürgerschaft mit gemeinschaftlichen Grundrechten zu verknüpfen und begonnen, eine neue Rechtsprechung über die Unionsbürgerschaft zu entwickeln, deren "Substanz" die europäischen Grundrechte sind.⁸³ Dennoch sollte dieses Umschwenken des Gerichtshofs nicht dahingehend verstanden werden, dass es europäische Grundrechte transformiere in Richtung einer übermäßigen Abhängigkeit vom Bürgerschaftsstatus (selbst in Fällen, in denen es an grenzüberschreitenden Elementen mangelt). Der Gerichtshof hat berechtigterweise nicht gezögert, den Schutz der Charta auf Drittstaatsangehörige zu erweitern,⁸⁴ und ist gewillt, europäische Politiken den Menschenrechten von Ausländern unterzuordnen.

Zweitens befindet sich der Gerichtshof in der altbekannten Konfrontation zwischen seinem Wunsch, auf dieser präzisen Durchführung des Unionsrechts zu bestehen und seinem Bestreben, als Beschützer von Grundrechten wahrgenommen zu werden. Die vom Gerichtshof vorgeschlagene Lösung bedeutet nicht, *jede Verletzung*⁸⁵ oder nur den *geringsten Verstoß*⁸⁶ oder *geringfügige Verstöße*⁸⁷ gegen Grundrechte zum Anlass zu nehmen, die anderen Mitgliedstaaten von der Erfüllung ihrer im Gemeinschaftsrecht

⁸¹ Für weitere Untersuchungen, siehe *J. Buckley* (Anm. 11), 209.

⁸² *A. von Bogdandy et al.* (Anm. 9), 489: "Citizenship and fundamental rights are [...] two mutually strengthening concepts which essentially pursue the very same objective, i.e. to bring the Union closer to the individual." *T. Kostakopoulou*, *The European Court of Justice, Member State Autonomy and European Union Citizenship: Conjunctions and Disjunctions*, in: B. de Witte/H. W. Micklitz (Hrsg.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, 2012, 175 ff.

⁸³ EuGH Rs C-34/09 Slg. 2011, I-1177 – *Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)*. Für eine Verbindung zwischen Bürgerschaft und Solidarität, siehe *M. Ross*, *The Struggle for EU Citizenship: Why Solidarity Matters*, in: A. Arnull *et al.* (Anm. 69), 283.

⁸⁴ Siehe auch *A. von Bogdandy et al.* (Anm. 9), 516; *V. Guiraudon*, *European Courts and Foreigners' Rights: A Comparative Study of Norm Diffusion*, *International Migration Review* 34 (2000), 1088, 1094; *D. Kochenov*, *The Present and the Future of EU Citizenship: A Bird's Eye View of the Legal Debate*, Jean Monnet Working Paper 02/12, <centers.law.nyu.edu>.

⁸⁵ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 82.

⁸⁶ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 84.

⁸⁷ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 85.

festgelegten Verpflichtungen zu befreien, sondern auch für Situationen zu gelten, in denen der begründete Verdacht besteht, dass es *systemische* Fehler im Verfahren der Union gibt, die zu *unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung* wie in Artikel 4 der Charta festgeschrieben führen.⁸⁸

Der Gerichtshof ist sich offensichtlich der Neuerung seines Schrittes bewusst. Er möchte weder die gesamte Struktur des Gemeinschaftsrechts gefährden noch die Rolle untergraben, die das Sekundärrecht der Gemeinschaft in der Aufrechterhaltung dieser Struktur spielt. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs trägt zur gegenwärtigen Tendenz bei, sowohl in der Rechtstheorie als auch in der nationalen Rechtsprechung, zu gewährleisten, dass der Schutz von europäischen Grundrechten sich gegenüber europäischer Politik durchsetzt. Doch dadurch, dass er die Grenzen seines Urteils betont, versucht der Gerichtshof, die Öffnung, die er zur Hinterfragung europäischer Politiken vorgesehen hat, eng oder sogar fast geschlossen zu halten. Die vorliegende Entscheidung wird nur in Ausnahmefällen Anwendung finden. In Anbetracht der möglichen negativen Effekte, die die Struktur der Gemeinschaft erleiden könnte, könnten geringe oder geringfügige Verstöße es nicht rechtfertigen, die Verordnungen der EU zu missachten. Ein anderes Urteil, so die Logik des Gerichtshofs, würde der Einführung von Durchführungskriterien zur Europapolitik gleichkommen, denen der Uniongesetzgeber nicht zugestimmt hat und die in der europäischen Gesetzgebung nicht vorkommen. Durch die Anwendung eigener Rechtssetzung in *N.S.* hat der Gerichtshof Raum geschaffen für zukünftigen richterlichen Aktionismus, indem er es nationalen Gerichten erlaubt, Verordnungen umzuformulieren und neue Verpflichtungen hinzuzufügen, denen die Mitgliedstaaten so nie zugestimmt haben.

Dennoch sind die Probleme hinsichtlich der exakten Konturen dieser Ausnahmefälle auf theoretischer Ebene ohne weiteres ersichtlich. Die Formel des Gerichtshofs erzeugt eine Anzahl von Stolperfallen, deren Lösung keineswegs klar ist. Benötigt der Gerichtshof zur Begründung zwei Parameter, ein qualitatives und ein quantitatives, bevor er einem Mitgliedstaat erlauben kann, einer europäischen Regelung zu gehorchen? Ist es notwendig, zu zeigen, dass ein Verstoß gegen ein elementares Menschenrecht stattgefunden hat *und* dass dieser Verstoß nicht als Einzelfall betrachtet werden kann, sondern dass ein systemischer Fehler beim Schutz der Menschenrechte vorliegt?

Wenngleich der Gerichtshof zu Recht den Fallstricken der Vergangenheit in Bezug auf zu "hohe" oder "niedrige" Menschenrechtsschutzstandards

⁸⁸ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 86.

ausweicht,⁸⁹ sind seine Unterscheidungskriterien unklar. In Anbetracht dessen, dass im gegebenen Fall *langfristige* Verletzungen eines *absoluten* Menschenrechts stattfanden (unmenschliche und erniedrigende Behandlung), bleiben die exakten Konturen des Urteils des Gerichtshofs Spekulation.

Den ersten Teil des Tests betrachtend, d.h. die Bewertung der Wichtigkeit des vorgeblich verletzten Rechts, ist unklar, in welchem Maß der Gerichtshof gewillt ist, sich einer Transformation in Richtung eines wahrhaftigen europäischen Verfassungsgerichts zu unterziehen. Meiner Meinung nach gehört es zu den Aufgaben eines wahrhaftigen europäischen Verfassungsgerichts, eigenhändig eine Hierarchie zwischen den verschiedenen in der Charta genannten Grundrechten aufzustellen. Interessanterweise hat der Gerichtshof die sehr viel weiter reichende Formel des Generalanwalts vorsichtig vermieden, nach der “die Überstellung von Asylbewerbern an einen Mitgliedstaat, in dem eine Verletzung der Grundrechte der Asylbewerber ernsthaft droht, mit *der Grundrechtecharta unvereinbar ist.*”⁹⁰ Der Gerichtshof bezog sich ausdrücklich auf Artikel 4 der Charta, der Folter und unmenschliche und erniedrigende Behandlung verbietet, was offensichtlich zu den wichtigsten unveräußerlichen Rechten der Charta gehört. Er lässt jedoch die Frage offen, welche anderen Rechte in diese Kategorie fallen, in der eine Aufhebung einer im Sekundärrecht zum Ausdruck gebrachten europäischen Politik gerechtfertigt ist.⁹¹ Daher sind die exakten Konturen der Entscheidungen des Gerichtshofs für Fälle, die Verletzungen von weniger bedeutsamen Grundrechten beinhalten, noch immer vage.

Obwohl explizit dazu aufgefordert, war der Gerichtshof nicht willens, eine Hierarchie zwischen Artikel 4 auf der einen Seite und Artikel 1 (Würde des Menschen), Artikel 18 (Asylrecht) und Artikel 47 (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf) der Charta auf der anderen Seite aufzustellen.⁹² Es ist durchaus möglich, dass der Gerichtshof alle diese Rechte als gleichwertig angesehen hat. Er entschied sich jedoch, in diesem Punkt mehrdeutig zu bleiben. Es könnte ebenfalls möglich sein, dass der Gerichtshof die Kombi-

⁸⁹ J. H. H. Weiler, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, Wash. L. Rev. 61 (1986), 1103.

⁹⁰ Schlussantrag A. G. *Trstenjak*, Rn. 116 (Hervorhebung hinzugefügt), in EuGH *N.S.* (Anm. 11). A. G. *Trstenjak* hat jüngst absichtlich ihre weitergehende Ansicht trotz der *N.S.* Entscheidung des Gerichtshofs wiederholt, siehe Schlussantrag von A. G. *Trstenjak*, Rn. 65, EuGH Rs C-245/11, noch nicht veröffentlicht – K.

⁹¹ Art. 15 Abs. 2 EMRK verbietet Abweichungen von den folgenden grundlegenden Menschenrechten: Recht auf Leben (außer infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen), Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, Verbot der Sklaverei und rückwirkender Strafgesetzgebung, die alle unter Art. 3 EMRK fallen können.

⁹² EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 114.

nation dieser drei Rechte als schwerwiegender wahrgenommen hat als den Verstoß gegen Artikel 4 der Charta. Oder der Gerichtshof wird möglicherweise in zukünftigen Entscheidungen zu diesen Rechten weitere hinzufügen, die als andere Formen von *Misshandlungen* bezeichnet werden könnten, die der Gerichtshof nicht zulassen wird.⁹³ Beispiele hierfür könnten sein: Bedrohung eines Individuums aufgrund seiner Hautfarbe, Religion, Nationalität, Mitgliedschaft in einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Meinung. Der Gerichtshof könnte den Bereich der Kernrechte erweitern und Rechte hinzufügen, die Richter Heydon des Obersten Gerichtshofs von Australien “basic survival and dignity rights, including rights to property, work and access to social safety net” nannte.⁹⁴ Umgekehrt könnte man spekulieren, ob der Gerichtshof sich weigern würde, alle Rechte, die in der Charta genannt werden, als gleichwertig anzusehen.⁹⁵ Der Oberste Gerichtshof Australiens hat eine klare Position eingenommen, als er entschied, dass Flüchtlinge auch Rechte genießen, die “include, but are by no means limited to, rights relating to education, the practice of religion, employment, housing and access to courts”.⁹⁶

Der zweite Teil des Tests fordert, dass der Verstoß *systemisch* ist. Um sich als systemischer Verstoß gegen Menschenrechte zu qualifizieren, ist es nicht notwendig, dass eine bestimmte Anzahl von Personen betroffen ist. Dennoch wurde die exakte Schwelle für die Qualifizierung als “systemische Mängel in einem Nationalsystem” nicht definiert. Gemäß der *Solange*-Überprüfung sollte ein Mitgliedstaat das Vertrauen der anderen Mitgliedstaaten genießen, *solange* er im Allgemeinen Grundrechte schützt, selbst wenn in einigen Fällen (wichtige) Grundrechtsverletzungen entdeckt werden könnten, da solch ein isolierter Verstoß nicht als *systemischer* Mangel

⁹³ Der EGMR hat in der Vergangenheit entschieden, dass das Verbot der Misshandlung wahrhaftig *absolut* ist und weder Abweichungen noch irgendeiner rechtlichen Einschränkung unterworfen werden darf, *Chahal v. The United Kingdom*, Rep. 1996-V, fasc. 22, Rn. 79 (EGMR). Für eine weitere Diskussion siehe auch *J. Mink* (Anm. 34), 128.

⁹⁴ Richter *Heydon*, *M70/2011 v. Minister for Immigration & Citizenship*, American Law Reports 18 (2011), 119, 157 (Austl.), 280. Siehe ähnliche Argumente in *M. R. Alborzi*, *Evaluating the Effectiveness of International Refugee Law: The Protection of Iraqi Refugees*, 2006, 264.

⁹⁵ A. G. *Trstenjak* war gewillt, einen Verstoß gegen das in Art. 7 der Charta festgelegte Recht auf Achtung des Familienlebens, wenngleich nur eine besonders gravierende Einschränkung dieses Rechts, als möglichen Grund zur Aussetzung der Kooperation zwischen den Staaten zu berücksichtigen. Schlussantrag in *EuGH – K* (Anm. 90), Rn. 73-76. Für eine Differenzierung zwischen den in der Charta genannten Rechten und Prinzipien, siehe *T. von Danwitz/K. Paraschas* (Anm. 54), 1410.

⁹⁶ *M70/2011 v. Minister for Immigration & Citizenship* (Anm. 94); Siehe auch *J. C. Hathaway*, *EU Accountability to International Law: The Case of Asylum*, *Mich. J. Int'l L.* 33 (2011), 1.

eingestuft werden würde. Es ist dennoch unklar, ob der Gerichtshof eine Art *Solange*-Überprüfung vorschlägt, oder ob er das *Bosphorus*-Modell vorzieht, nach dem nicht die Anzahl der Verstöße zählt, sondern die Schwere des Verstoßes.⁹⁷ Ein *deutlich fehlerhafter* Schutz von *irgendeinem* Grundrecht – von Fall zu Fall überprüft – würde zur Kooperation ausreichen, um eine Weigerung der anderen Mitgliedstaaten zu rechtfertigen, selbst wenn dies eine Missachtung der Rechtsetzungspolitik der Union bedeuten würde. Gemäß dem *Bosphorus*-Modell muss im Zusammenhang mit den *systemischen* Kriterien die Frage nach der Schwere des Verstoßes gestellt werden – der Verstoß gegen das Menschenrecht muss so unverhältnismäßig sein, dass er eine Nichtkooperation mit den anderen Mitgliedstaaten rechtfertigt – und muss sich nicht an einem quantitativen Standard orientieren, der kontinuierliche Missachtung bestimmter Rechte voraussetzt. Kürzlich vertrat Generalanwalt *Trstenjak* die Meinung, dass „...*nur eine besonders eingreifende Beschränkung* des Rechts [auf Achtung des Familienlebens] als eine unerlaubte Beschränkung eingeordnet werden kann, die geeignet wäre, die Zuständigkeitsregeln der Verordnung ... zu berühren ...“⁹⁸ Tatsächlich ist die Intensität eines Verstoßes die *lingua franca*, die sowohl vom EGMR als auch vom EuGH verwendet wird. Der EGMR zum Beispiel rechtfertigte eine Nichtkooperation zwischen Staaten in Fällen „einer offensichtlichen *Rechtsverweigerung (déni de justice flagrant)*“.⁹⁹ Nationale Gerichte haben das Urteil des EGMR dahingehend verstanden, dass *evidente* oder *besonders gravierende* Verstöße gegen Menschenrechte eine Verweigerung rechtfertigen, mit anderen Staaten, seien sie Vertragsparteien oder Drittstaaten, zu kooperieren. Es scheint, als hätte sich der EuGH im *Gambazzi*-Fall auch in diese Richtung bewegt.¹⁰⁰

Ferner scheinen sowohl der EGMR als auch der EuGH zu der Meinung zu tendieren, dass manchen Menschenrechten ein stärkeres Gewicht zukommt als anderen, und dass manche Verstöße gravierender sind als andere. Diese Fragen sollten nicht als „transzendentaler Nonsens“¹⁰¹ betrachtet werden, da die Beantwortung dieser Fragen meiner Meinung nach zu den

⁹⁷ EGMR *Bosphorus v. Ireland* (Anm. 45).

⁹⁸ Schlussantrag, in EuGH – *K* (Anm. 90), Rn. 75.

⁹⁹ *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Ser. A Vol. 240 (1992), Rn. 110 (EGMR); siehe auch im Fall über Kindesentführung, *Maumousseau and Washington v. France*, 6.12.2007, (EGMR) <cmiskp.echr.coe>.

¹⁰⁰ *Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc.* (Anm. 24), Rn. 27. *B. Hess*, *The Brussels I Regulation: Recent Case Law of the Court of Justice and the Commission's Proposed Recast*, CML Rev. 49 (2012), 1975, 1095.

¹⁰¹ Entsprechend *M. R. Cohen*, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, Colum. L. Rev. 35 (1935), 809.

primären verfassungsrechtlichen Aufgaben der Verfassungsgerichte zählt. Der EuGH könnte sonst Gefahr laufen, bestimmte Rechte, die er als schützenswert einstuft, “wie Rosinen herauszupicken”, während er anderen weniger Schutz zuteilwerden lässt.¹⁰²

Interessanterweise scheinen die Bausteine des umgekehrten *Solange*-Tests, wie vor kurzem von *von Bogdandy et al.* vorgeschlagen, demzufolge der Gerichtshof die Mitgliedstaaten dazu auffordern sollte, die *Essenz* der Grundrechte *systematisch* in den Bereichen, die in ihren internen Zuständigkeitsbereich fallen, zu respektieren,¹⁰³ auf den ersten Blick dem zweiteiligen, kumulativen Test zu ähneln, den der EuGH in *N.S.* vorgeschlagen hat. Der erste Teil des umgekehrten *Solange*-Tests bezieht sich auf die *Essenz* der Rechte. Laut *von Bogdandy et al.*, schließt diese “Essenz” alle unveräußerlichen Menschenrechte – wie in der Europäischen Konvention festgeschrieben – ein, ebenfalls derogierbare Rechte, die einen der folgenden drei Untertests erfüllen: (1) wenn ein Recht zerstört oder seines Inhalts beraubt wird; (2) wenn nur ein verminderter Ermessensspielraum zugestanden wird; (3) wenn die “Essenz” und nicht die “Peripherie” des Rechts verletzt wurde. Der zweite Teil des umgekehrten *Solange*-Tests setzt *systemische* Fehler voraus, die die Kriterien eines gravierenden und beharrlichen Verstößes gegen die *Essenz* der Rechte erfüllen.¹⁰⁴ Nichtsdestoweniger kann der Gerichtshof gemäß dem umgekehrten *Solange*-Test nicht “rely on the full EU fundamental rights acquis as enshrined in Article 6 TEU and in the Charter, but exclusively on the essence of fundamental rights as referred to in Article 2 TEU.”¹⁰⁵

Eine weitergehende Analyse des Urteils des Gerichtshofs in *N.S.* offenbart jedoch, dass es unklar ist, ob der Gerichtshof tatsächlich der vorgeschlagenen Methodik gefolgt ist. Wie oben dargelegt, können andere Interpretationen vorgeschlagen werden, um den ersten Teil zu erfüllen, nämlich eine Unterscheidung zwischen zentralen und peripheren Menschenrechten, die so eine Hierarchie zwischen den verschiedenen in der Charta genannten Menschenrechten erzeugt. Es bleibt unklar, ob Verstöße gegen andere Grundrechte als Artikel 4 der Charta als wichtig genug erachtet werden würden, um eine Aussetzung der Kooperation zwischen Mitgliedstaaten zu rechtfertigen. Darüber hinaus weist der Gerichtshof implizit die vom um-

¹⁰² Für eine gegensätzliche Sichtweise *G. Cuniberti/I. Rueda*, *Abolishing of Exequatur, Addressing the Commission’s Concerns*, *RabelsZ* 75 (2011), 286, 300.

¹⁰³ *A. von Bogdandy et al.* (Anm. 9), 509.

¹⁰⁴ *A. von Bogdandy et al.* (Anm. 9), 510. Obwohl die Autoren die oben genannte feine Unterscheidung nicht treffen, erscheint es mir, als ob sie im Wesentlichen einen “umgekehrten *Bosporus*”-Test und keinen “umgekehrten *Solange*”-Test vorschlagen.

¹⁰⁵ *A. von Bogdandy et al.* (Anm. 9), 515.

gekehrten *Solange*-Ansatz vorsichtig gezeichnete kritische Linie zwischen Artikel 2 EUV und der Konvention auf der einen Seite und der Charta auf der anderen Seite zurück. Der EuGH hingegen verlässt sich weitgehend sowohl auf die Charta als auch auf das System der Konvention.

4. Eine substantielle europäische öffentliche Politik?¹⁰⁶

Es wird interessant sein, die Rolle zu überprüfen, die das horizontale *Solange*-Prinzip in anderen Bereichen des Europarechts haben könnte, die gleichartig strukturiert sind und Ähnlichkeit mit der Konfiguration des europäischen Asylrechts aufweisen. Ein möglicher Kandidat wäre das internationale Privatrecht der EU. Es ist angemessen, Parallelen zu ziehen zwischen diesen beiden Rechtsfeldern, da beide auf die Koexistenz europäischer unabhängiger Politiken aufmerksam machen, die sich weitgehend auf die Ausübung nationaler autonomer Kompetenzen verlassen. In beiden Fällen spielen europäische Politiken nur eine Rolle in Verbindung und Verknüpfung der unabhängigen Politiken der Mitgliedstaaten.¹⁰⁷ Zusätzlich kämpfen beide Rechtsgebiete gegen die negativen Auswirkungen des "Forum Shopping". Darüber hinaus ist es eine inhärente Eigenschaft des internationalen Privatrechts der EU, dass ein Mitgliedstaat als Quasi-Kontrolleur des Rechtssystems eines anderen Mitgliedstaates agiert. Deswegen sind beide Bereiche grundsätzlich verrechtlicht, und dies spiegelt sich in der zentralen Rolle wider, die nationale Gerichte im Rahmen der Implementierung dieser Politiken spielen. Daher ist es nicht verwunderlich, dass das Konzept des "gegenseitigen Vertrauens" der Rechtssysteme zwischen den Mitgliedstaaten oft vom Gerichtshof im Zusammenhang mit internationalem Privatrecht verwendet wird.¹⁰⁸

¹⁰⁶ "Zwischen Wahrheit und Stabilität – Wahrheit (sollte) vorgehen", Paraphrase der Worte des Präsidenten des israelischen Obersten Gerichts *Zamora*, der diese Entscheidung in einem vollkommen unterschiedlichen Kontext traf, nämlich im Zusammenhang mit der Frage nach Präzedenzfällen, CA 376/46, *Rosenbaum v. Rosenbaum* [1948] IsrSC 2 235, 254 (Israel).

¹⁰⁷ Zum Beispiel streben die Bereiche der gegenseitigen Anerkennung und der Vollstreckung von ausländischen Urteilen die Regulierung von grenzüberschreitenden Aspekten des freien Verkehrs von gerichtlichen Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten an, während souveräne Zuständigkeiten zur Regulierung der Gerichtsverfahren, die ihre nationalen Gerichte leiten, bei den Mitgliedstaaten belassen werden.

¹⁰⁸ Für eine Gruppierung europäischer Immigrationsbelange mit Aspekten des europäischen internationalen Privatrechts (und mit auf Auslieferung gerichteter Politik), siehe die Sonderausgabe der EHRLR, wie von *N. Mole* erklärt, *The Complex and Evolving Relationship between the European Union and the European Convention of Human Rights*, EHRLR 4 (2012), 363.

Der EuGH war beispielsweise vor kurzem direkt mit einer horizontalen *Solange*-Situation konfrontiert, als es zu entscheiden galt, ob das Gericht eines Mitgliedstaats die Vereinbarkeit einer von einem Gericht in einem anderen Mitgliedstaat erlassenen Anordnung im Hinblick auf die Rückführung eines entführten Kindes mit der Charta überprüfen dürfe.¹⁰⁹ Aus der Perspektive der Charta betrachtet, mag die Antwort auf den ersten Blick klar erscheinen: ein Gericht kann nicht dazu angehalten werden, eine Anordnung durchzusetzen, die Grundrechte verletzt. Die europäische Rechtssetzung – die Brüssel-II-*bis*-Verordnung¹¹⁰ – gab jedoch eine ebenfalls klare, allerdings gegensätzliche Antwort: Der vollstreckende Gerichtshof wird jedweder Möglichkeit beraubt, das Urteil zu überprüfen, einschließlich eindeutiger Verstöße gegen Grundrechte. Der EGMR scheute sich interessanterweise nicht, die Konventionsrechte über die allgemeinen Ziele des internationalen Privatrechts zu stellen, als er über eine ähnliche Frage zu entscheiden hatte. Er entschied, den Vertragsparteien unabhängige, auf der Konvention basierende Verpflichtungen aufzuerlegen und nicht, Entscheidungen zu vollstrecken, die unter Verletzung der Rechte des Kindes oder des entführenden Elternteils getroffen wurden.¹¹¹ Der EuGH hingegen hält sich an die Ziele, die der europäische Gesetzgeber bezüglich beschleunigter Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen formuliert hat. Er macht eine nahezu unwiderlegbare Vermutung der Vereinbarkeit von nationalen Gesetzen und Urteilen mit europäischen Grundrechten und der Charta geltend.¹¹² Daher sieht der EuGH keine grenzübergreifende horizontale Über-

¹⁰⁹ In EuGH *Zarraga v. Pelz* (Anm. 24) entschied der EuGH, dass die Anordnung der Rückführung eines Kindes nach Spanien – dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes – durch den spanischen Gerichtshof unmittelbar vollziehbar in Deutschland war, ungeachtet der Weigerung eines deutschen Gerichts, das Kind gemäß einem Gesuch nach dem Haager Übereinkommen über Kindesentführung zurückzuführen. Deutschland verweigerte die Vollstreckung des Urteils auf der Grundlage, dass das spanische Urteil unter Verstoß von Menschenrechten getroffen wurde, nämlich des Art. 24 der EU Grundrechtecharta, da das Kind nicht in den spanischen Verfahren angehört wurde. Für weitere Beispiele siehe *J. J. Kuipers, The (Non) Application of the Charter of Fundamental Rights to a Certificate for the Return of a Child*, EHRLR 4 (2012), 397.

¹¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortlichkeit, O.J. 2003, L 338/1.

¹¹¹ *Neulinger v. Switzerland* (Beschwerde Nr. 41615/07), 6.12.2007 (EGMR); *X v. Latvia* (Beschwerde Nr. 27853/09), 13.12.2011 (der Fall wurde an die Große Kammer verwiesen, *X v. Latvia* (Beschwerde Nr. 36376/04, 4.6.2012 (EGMR)); *Karrer v. Romania* (Beschwerde Nr. 16965/10), 21.2.2012 (EGMR).

¹¹² EuGH *Zarraga v. Pelz* (Anm. 24), Rn. 60: “die Verordnung nicht gegen diese Charta verstoßen darf”. Diese Argumentation kann von *N.S.* auf einer tatsächlichen Grundlage unterschieden werden, nämlich, dass der Gerichtshof nicht überzeugt war, dass ein Verstoß gegen durch die Charta geschützte Grundrechte tatsächlich stattgefunden hatte oder dass der Ge-

prüfung der Gerichte der Mitgliedstaaten untereinander vor, sondern ist mit einer internen eigenständigen Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils und des nationalen Rechtssystems zufrieden.¹¹³ Selbst ein potentiell schwerwiegender Verstoß gegen Grundrechte scheint diese Kompetenzzteilung nicht zu beeinflussen. Daher entscheidet sich der EuGH scheinbar für eine vollständige Zurückweisung eines möglichen horizontalen *Solange-Tests*.

Tatsächlich bahnt sich eine Reform im prozessualen europäischen internationalen Privatrecht an, die auf die Abschaffung von europäischer öffentlicher Ordnung als mögliche Entschuldigung für eine Nichtkooperation zwischen den Mitgliedstaaten abzielt.¹¹⁴ Die einzige Ausnahme, die prozes-

richtshof das vorgeblich verletzte Recht nicht für ein vorrangiges absolutes Recht der Art hielt, die ein Aussetzen europäischer Politik rechtfertigen würde. Das in Frage stehende Recht in diesem Fall war das Recht des Kindes, angehört zu werden. Der Gerichtshof ermutigte nationale Gerichte dazu, die Kinderrechte zu schützen, während er alle Umstände des einzelnen Falls in Betrachtung zieht; daher hat der EuGH dieses Recht sicherlich nicht als unabdingbar wahrgenommen.

¹¹³ EuGH *Zarraga v. Pelz* (Anm. 24), Rn. 74: "Das zuständige Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats kann sich in Anbetracht der vom genannten Gericht des Ursprungsmitgliedstaats ausgestellten Bescheinigung der Anerkennung und Vollstreckung der betreffenden Entscheidung nicht entgegenstellen." Der Gerichtshof kam auch in einem anderen Rechtsfeld zu einem ähnlichen Ergebnis, nämlich im Recht der Auslieferung, EuGH *Advocaten voor de Wereld VZW* (Anm. 42), Rn. 57.

¹¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates, über Zuständigkeit, geltendes Recht, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltspflichten, O.J. 2009, L 7/1. Siehe allgemeiner Kommissionsvorschlag für eine Neufassung der Verordnung über gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, COM(2010), 748 endg. vom 14.12.2010, 7. Die Kommission schlug vor, dass das Recht, Anerkennung oder Vollstreckung eines Urteils eines Mitgliedstaates aufgrund einer offenkundigen Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung des vollstreckenden Mitgliedstaates in Frage zu stellen, beseitigt werden sollte. Diesem Vorschlag wurde jedoch nicht Folge geleistet, Verordnung (EG) Nr. 1215/2012 des Rates, über Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), O.J. 2012, L 351/1; P. A. Nielsen, *The New Brussels I Regulation*, CML Rev. 50 (2013), 503. Es ist noch immer fraglich, bis zu welchem Ausmaß es bereits eine sich entwickelnde, echte *europäische* öffentliche Ordnung innerhalb der grenzüberschreitenden Bereiche des europäischen internationalen Privatrechts gibt oder diese in Vorbereitung ist. Der Gerichtshof identifiziert nach und nach einen Grundbestand von europäischen Werten und Prinzipien, die zur europäischen öffentlichen Ordnung gehören und langfristig, so scheint es, die nationalen öffentlichen Ordnungen ersetzen werden. Wahrscheinlich wird die europäische öffentliche Ordnung gewisse prozessuale Grundrechte umfassen, aber sie wird sich auch auf bestimmte substantielle Grundrechte beziehen, die auf den Kernwerten der europäischen Gesellschaft basieren. Das Inkrafttreten der Charta brachte europäische Menschenrechte in den Vordergrund und verwandelte sie in die "Hauptinspirationsquelle" des Gerichtshofs für die Entwicklung einer eigenständigen Grundrechtskonstruktion. Entlang der Linie von *N.S.* werden wahrscheinlich nicht die gesamte Charta, sondern nur signifikant wichtige Rechte, die die Kernwerte reflektieren, auf denen die Gemeinschaft aufgebaut ist,

suales europäisches internationales Privatrecht langfristig dulden wird, wäre der Verstoß gegen die prozessualen Grundrechte, auf denen das Recht auf ein faires Verfahren basiert.¹¹⁵

Internationales Privatrecht wird oft so betrachtet, als basiere es auf technischen, eng formulierten und eher unpolitischen Anordnungen, die nicht viel Raum lassen für die Ermessensausübung.¹¹⁶ Dennoch ist es ein Rechtsgebiet, das sich auch stark auf Grundrechte auswirken kann.¹¹⁷ Angesichts der Einführung des horizontalen *Solange*-Tests durch den Gerichtshof sollten die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten, die ansonsten, wenn syste-

Teil dieses herausgehobenen, wenngleich selektiven Clubs werden. Im Allgemeinen siehe C. Liebscher, *Arbitral & Judicial Decision: European Public Policy after Eco Swiss*, Am. Rev. Int'l Arbitration 10 (1999), 81; H. Muir-Watt, *Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness under the Brussels and Lugano Conventions*, Tex. Int'l L. J. 36 (2001), 539; H. Meidanis, *Public Policy and the ordre public in the Private International Law of the EC/EU: Traditional Positions of the Member States and Modern Trends*, E.L.Rev. 30 (2005), 95.

¹¹⁵ Offensichtlich bedeutet dies, der prozessualen öffentlichen Ordnung Präferenz zu geben und die materielle öffentliche Ordnung zu vernachlässigen. Art. 46 des Vorschlags der Kommission für eine Neufassung (Anm. 114) hat zu umfassenden akademischen Diskussionen geführt. Für eine umfassende Übersicht, siehe B. Hess/T. Pfeiffer, *The Interpretation of the Public Policy Exception as Referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law*, Brüssel, Europäisches Parlament, 2011, <www.europarl.europa.eu>. Obwohl Hess und Pfeiffer zeigen, dass die Anwendung der Ausnahme der (substantiellen) öffentlichen Ordnung in der Praxis der nationalen Gerichtshöfe keine wichtige Rolle spielt, sollte die "substantive public policy exception" meiner Meinung nach für den seltenen Fall erhalten bleiben, dass sie trotzdem eine Rolle spielen könnte. Dies ist auch die von Hess vertretene Meinung (Anm. 100), 1104. Für weitere Kritiken, siehe R. A. García, *Abolition of Exequatur: Problems and Solutions*, Yearbook for Private International Law 12 (2010), 335. Siehe auch P. Schlosser, *The Abolition of Exequatur Proceedings, Including Public Policy Review*, IPRax 2 (2010), 101; P. Beaumont/E. Johnston, *Can Exequatur Be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?*, Journal of Private International Law 6 (2010), 249; G. Cuni-berti/I. Rueda (Anm. 102), 286; X. E. Kramer, *Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area*, Nederlands Internationaal Privaatrecht 29 (2011), 633. Für eine gegensätzliche Meinung, nach der die Abschaffung der Voraussetzung von Exequatur erweitert werden sollte, siehe K. Boele-Woelki/M. Jänterä-Jareborg, *Protecting Children against Detrimental Family Environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation*, in: K. Boele-Woelki/T. Einhorn/D. Girsberger/S. Symeonides (Hrsg.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, 2012, 125, 156. Am Ende des Tages haben jedoch die Neufassungsverordnungen den ordre public-Vorbehalt beibehalten, Art. 45 der Verordnung (EG) Nr. 1215/2012 (Anm. 114).

¹¹⁶ H. Muir-Watt, *Private International Law beyond the Schism*, Transnational Legal Theory 2 (2011), 347.

¹¹⁷ H. Muir-Watt (Anm. 114); J. Meeusen, *Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?*, European Journal of Migration and Law 9 (2007), 287; P. Kinsch, *Choice of Law Rules and the Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, <www.ssrn.com>; J. J. Kuipers (Anm. 109); R. Lamont (Anm. 19), 42.

mische Verstöße gegen wichtige Rechte der Charta in anderen Mitgliedstaaten offengelegt werden, durch die Unionsgesetzgebung zur Kooperation aufgerufen sind, meiner Meinung nach die Fähigkeit haben, Kontrolle über den anderen Mitgliedstaat auszuüben. Sie sollten ebenfalls die Fähigkeit haben, Ermessen auszuüben und die Kooperation auszusetzen, indem sie eine Anwendung des materiellen Rechts des anderen Mitgliedstaats oder die Vollstreckung oder Anerkennung der Urteile dieses Mitgliedstaats ablehnen. Das Fehlen einer eindeutigen Anordnung im Sekundärrecht des europäischen internationalen Privatrechts für solch eine Überprüfung könnte zugegebenermaßen eine viel intensivere hermeneutische "Akrobatik" von Seiten der nationalen Gerichte und des EuGHs verlangen.¹¹⁸ Es könnte ebenfalls ein Tätigwerden gegen den expliziten Willen des Unionsgesetzgebers nach sich ziehen, wie in den Änderungen enthalten, die er der europäischen Sekundärgesetzgebung in diesem Bereich hinzufügt. Diese Gerichte werden daher aufgerufen, in "kreativer" Weise den Fall substantieller Verletzungen wesentlicher anderer Grundrechte hineinzulesen in die schon enthaltene Ausnahme für Verstöße gegen die Regeln eines fairen Verfahrens.¹¹⁹ Wie oben dargelegt, sollte es dennoch nicht erlaubt werden, das horizontale *Solange*-Credo zu umgehen. Jede andere Lösung würde zu einem klaren Spannungsverhältnis zwischen dem EGMR und dem EuGH führen: Wenn ein Mitgliedstaat, der zum Beispiel dem EuGH folgt und ein Urteil aus einem anderen Mitgliedstaat automatisch vollstreckt, ungeachtet der Tatsache, dass dieses Urteil unter Beachtung der *Brüssel-II-bis-Verordnung* offenkundig europäische Grundrechte verletzt – könnte das als Verletzung der Konvention angesehen werden.

Daher argumentiere ich, dass das weitverbreitete Verständnis über die Grundlage, auf der die gesamte Union aufgebaut werden soll, eine gemein-

¹¹⁸ Für einen Versuch, nichtsdestotrotz einen solchen Anker zu finden, siehe die Meinung von A. G. Kokott in der EuGH Rs C-92/12 PPU, noch nicht veröffentlicht, Rn. 73-86 – *Health Service Insurance v. S.C.* (in welchem der A. G. der Meinung war, dass die *Brüssel-II-bis-Verordnung* dem Schutz der Grundrechte des Kindes untergeordnet sein sollte). Siehe aber den Fall EuGH *J. McB. v. L.E.* (Anm. 24). Verordnungen, die sich mit materiellrechtlichen Angelegenheiten des internationalen Privatrechts befassen, behalten den *ordre public* als Rechtfertigung für das Forum bei, um die Anwendung von ausländischem Recht zu verweigern, siehe Art. 21, Verordnung (EG) Nr. 593/2008, über das auf vertragliche Verpflichtungen anzuwendende Recht (Rom I), O.J. 2008, L 177/6; Art. 26, Verordnung (EG) Nr. 864/2007, über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (Rom II), O.J. 2007, L 199/40.

¹¹⁹ Manche Kommentatoren sprechen sich für die Notwendigkeit einer expliziten Beibehaltung des Schutzes der materiellen öffentlichen Ordnung aus, *P. Beaumont/E. Johnston* (Anm. 115), 259 ff., 276 ff.; *J. Kramberger Škerl*, *European Public Policy (with an emphasis on exequatur proceedings)*, *Journal of Private International Law* 7 (2011) 461, 490. Für eine nuanciertere Sichtweise siehe *B. Hess/T. Pfeiffer* (Anm. 115).

same Akzeptanz eines bestimmten Schutzgrades wichtiger Rechte der Charta sein sollte. Es ist eine *conditio sine qua non*, auf der die weiteren Politiken der Union und der Mitgliedstaaten basieren sollten. Dies ist das ausgewogene Gleichgewicht, das die EU zwischen den Anforderungen des allgemeinen Interesses, wie im Sekundärrecht definiert, und den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes des Einzelnen herstellen sollte. Die vom EuGH in *N.S.* entwickelte Lösung hinterfragt tatsächlich den Vorrang des Sekundärrechts der EU, unterstreicht aber den Vorrang der Grundrechte in der EU.

V. Institutionelle Perspektiven, Rechtspolitik und Verfassungstheorie

1. Institutionelle Auswirkungen des horizontalen *Solange*

Während der Gerichtshof im berühmten *Foto Frost-Fall*¹²⁰ darauf beharrte, den Gerichten der Mitgliedstaaten die Befugnis zu verweigern, europäisches Sekundärrecht für ungültig zu erklären, war er in *N.S.* gewillt, ihnen die Entscheidung einzuräumen, wann das Ziel, das mit einer Verordnung erreicht werden soll, außer Acht gelassen werden darf bzw. muss. Dies ist keine triviale Angelegenheit. Eine solche Entscheidung auf der Ebene der Mitgliedstaaten könnte die Auswirkung haben, eine Verordnung zwar beizubehalten, sie aber ihrer ursprünglichen Bedeutung zu berauben, wenigstens für einen bestimmten Zeitraum, unter bestimmten Umständen oder in bestimmten Mitgliedstaaten. Selbstverständlich würde der Gerichtshof seine allumfassenden Kontrollbefugnisse durch den Vorentscheidungsmechanismus noch immer bewahren und so der finale Garant des europäischen *ordre public* bleiben.

Im Einklang mit der *CILFIT* Rechtsprechung¹²¹ gelingt es dem Gerichtshof durch Einführung des horizontalen *Solange*-Mechanismus aber, gleichzeitig Befugnisse abzugeben und neue Befugnisse für sich zu beanspruchen. Der Gerichtshof gestattet den nationalen Gerichten einen möglichen Interventionsspielraum bezüglich der Validität der grundlegenden Prinzipien des Sekundärrechts. Gleichzeitig nutzt der Gerichtshof seine Überwachungsbefugnisse, um maßvoll und basierend auf *europäischen* Kriterien die autonome Ausübung der Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten zu überwachen. Der Gerichtshof hätte ganz klar die Entscheidungskompetenz

¹²⁰ EuGH Rs 314/85 Slg. 1987, 4199 – *Foto Frost*.

¹²¹ EuGH *Srl CILFIT* (Anm. 16).

über die Anwendbarkeit einer Verordnung ausschließlich für sich beanspruchen können. Entlang der *Foto Frost*-Argumentationslinie hätte er entscheiden können, dass Urteile, die eine Nichtbeachtung von europäischen Verordnungen implizieren, so wahrgenommen werden sollten, als ob sie über die Gültigkeit der Verordnungen entscheiden würden, und nicht nur über ihre Interpretation, und daher immer ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH erfordern würden.¹²² Aber nationalen Gerichten eine anfängliche Überprüfungscompetenz zuzusprechen, hilft, das Justizsystem der EU weiterzuentwickeln, in dem die nationalen Gerichte weiterhin eine wichtige Rolle spielen.¹²³ Indem er den nationalen Gerichten einen groben Maßstab darüber an die Hand gibt, ob eine systemische Verletzung wichtiger Grundrechte stattgefunden hat – der voraussichtlich in folgenden Entscheidungen noch weiter entwickelt werden wird – hat der EuGH sie mit weitreichenden Überprüfungscompetenzen ausgestattet. Dadurch verwandelt er nationale Gerichte in Beauftragte für die Anwendung von europäischen Grundrechten. Auf diese Art gelingt es dem EuGH, Sicherungsmechanismen einzubauen, die sicherstellen, dass die nationalen Gerichte nicht zu sehr in die Rechtssysteme ihrer Kollegen eingreifen. Indem er sie dazu ermutigt, europäische Menschenrechte anzuwenden und die eigenständigen Wächter europäischer Grundrechte zu werden, verpflichtet der Gerichtshof die nationalen Gerichte als Teil des Rechtssystems der EU.

Weiterhin ermutigt der Gerichtshof die nationalen Gerichte in dem vorliegenden Fall, sich auf die Rechtsprechung des EGMR und auf UNHCR-Berichte zu beziehen.¹²⁴ Dies markiert eine neue Phase in der Beziehung zwischen dem EuGH, dem EGMR und den nationalen Gerichten. Feststellungen des EGMR über Menschenrechtsverstöße durch Mitgliedstaaten in der Ausübung ihrer Kompetenzen könnten als entscheidende *Tatsachenfeststellung* dienen, auf die andere nationale Gerichte ihre faktenbezogene Bewertung bezüglich möglicher systemischer Verstöße gegen wichtige Menschenrechte stützen könnten. Dies verstärkt das vom EuGH und EGMR entwickelte unterstützende rechtswissenschaftliche System. Dies ist natürlich ein weiterer wichtiger Schritt, um das europäische justizielle Netz zu stärken, wieder unter Führung des EuGH.¹²⁵ Andererseits ist es immer

¹²² EuGH *Foto Frost* (Anm. 120).

¹²³ Es ist bemerkenswert, dass der EuGH bereits im EuGH Gutachten 1/09 (noch nicht veröffentlicht), Rn. 66, die Rolle der nationalen Gerichte gemäß Art. 19 Abs. 1 EUV betonte, obwohl sie nicht explizit in dieser Vertragsbestimmung genannt werden. Siehe S. Peers/M. Costa, *Judicial Review of EU Acts after the Treaty of Lisbon*, *EuConst* 8 (2012), 82, 98.

¹²⁴ EuGH *N.S.* (Anm. 11), Rn. 90.

¹²⁵ Für eine Analyse eines "konstruktiven Menschenrechtspluralismus", der entstehen kann, gemeinsames Engagement verschiedener Regierungen mit Menschenrechten vorausge-

noch unklar, welche Rolle andere Informationsquellen wie NGOs, die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte¹²⁶ und andere nationale Organisationen, die Menschenrechte überwachen, spielen sollen.

Darüber hinaus sind die spezifische Form der vorhandenen Beweise, die Abwesenheit klarer Regeln bezüglich der Bewertungsmethoden für solche Beweise und das Gewicht, das den Ergebnissen zugesprochen wird, sowie das Recht des untersuchten Mitgliedstaats auf rechtliches Gehör und ein ordnungsgemäßes Verfahren, sensible Themen, die die umfassendere Frage der Legitimität der richterlichen Kontrolle jenseits des Staats berühren.¹²⁷ Es werden ebenfalls Kernaspekte der Souveränität der Mitgliedstaaten berührt, was sich als Quelle großer Spannungen zwischen den Mitgliedstaaten herausstellen könnte, deren Gerichte bis heute kaum die gegenseitige Rechtsprechung angewendet haben – eine Praxis, die manchmal als Zeichen von Respekt und “Comity” beschrieben wurde.¹²⁸

Der Gerichtshof nimmt erhebliche Eingriffe in die traditionelle Rolle der nationalen Gerichte vor, innerhalb derer sie europäische Grundrechte in Bereichen, die in das Kompetenzspektrum der Mitgliedstaaten fallen, schützen. Folglich könnte ein nationales Gericht seine Überprüfungs Kompetenzen missbrauchen und die Kriterien, beabsichtigt oder unbeabsichtigt, falsch anwenden. Da es darüber hinaus wahrscheinlich ist, dass *systemische* Mängel sehr schwer zu beweisen sind, könnte ein übereifriges nationales Gericht möglicherweise eine falsche und herabwürdigende Entscheidung treffen bezüglich einer Situation in einem anderen Mitgliedstaat. Aber dies macht das gesamte Vorhaben nicht zu einem Misserfolg. Ein solcher Ansatz führt wahrscheinlich auf lange Sicht betrachtet nationale Rechtssysteme enger

setzt, siehe C. Costello, Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human Rights and EU Law, *Ind. J. Global Legal Stud.* 19 (2012), 257. Für eine umfassende, globale Theorie, siehe P. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, 2012.

¹²⁶ O. De Schutter/V. van Goethem, The Fundamental Rights Agency: Towards an Active Fundamental Rights Policy of the Union, *ERA Forum* 7 (2006), 587; A. von Bogdandy/J. von Bernstorff, The EU Fundamental Rights Agency in the European and International Human Rights Architecture, *CML Rev.* 46 (2009), 1035; G. Toggenburg, The Role of the New EU Fundamental Rights Agency: Debating the Sex of Angels or Improving Europe’s Human Rights Performance?, *E.L.Rev.* 33 (2008), 385; A. Arnulf, Does Europe Need a Fundamental Rights Agency?, *E.L.Rev.* 31 (2007), 285.

¹²⁷ Siehe allgemein A. von Staden, The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review, *Jean Monnet Working Paper* 10/11, <www.centers.law.nyu.edu>

¹²⁸ C. Drabozal, Some Reflections on the Economics of Comity, <www.ssrn.com>; H. Lambert, Transnational Judicial Dialogue, Harmonization and the Common European Asylum System, *ICLQ* 58 (2009), 519; G. Canivet/M. Andenas/D. Fairgrieve (Hrsg.), *Comparative Law before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004.

ZaöRV 73 (2013)

zusammen. Man kann erwarten, dass falsche Urteile von anderen nationalen Gerichten oder dem EuGH korrigiert werden. Insgesamt ist es wahrscheinlich, dass nationale Gerichte in den Rechtssystemen ihrer Pendanten versierter sein und ihnen mehr Vertrauen schenken werden. Europäische Grundrechte werden die Diskussion unter den Jurisdiktionen befördern. Das System wird in dem Sinne multilateral werden, als dass ein nationales Gericht indirekte Auswirkungen auf andere nationale Gerichte haben könnte. Da es wahrscheinlich ist, dass sie einander höflich ansprechen werden, wird dies helfen, die Etablierung eines echten europäischen horizontalen Justiznetzwerks voranzutreiben, in dem die nationalen Gerichte als Treuhänder der europäischen Grundrechte agieren.

Der EuGH wird diesen Dialog von oben überwachen und erneut zur Verstärkung der vertikalen Kooperation zwischen den Gerichten beitragen, anstatt zur Subordination der nationalen beitragen.

2. Legislative Auswirkungen des horizontalen *Solange*

N.S. ist ein grundlegender Fall in der Entwicklung der Rechtsprechung zum europäischen Grundrechtsschutz. Das Urteil hat jedoch weit größere Implikationen für die Europäische Union. Manche dieser Auswirkungen sind offensichtlich und unmittelbar, andere spekulativer und langfristiger.

Man kann verschiedene juristische Interessen erkennen, die den Gerichtshof zur horizontalen *Solange*-Doktrin inspirierten. Denkbarerweise hat der Gerichtshof die durch den Vertrag von Lissabon verliehene Bindungswirkung der Charta ernstgenommen.¹²⁹ Möglicherweise strebt der EuGH danach, seine Vorherrschaft als ernsthafter Schiedsrichter für Grundrechte zu demonstrieren, während der Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention näherrückt.¹³⁰ Auf einer differenzierteren Ebene instrumentalisiert der Gerichtshof – möglicherweise unterbewusst – den Menschenrechtsdiskurs, um seine leitende Rolle in der Absicherung der Autonomie der Union gegenüber den Mitgliedstaaten weiter zu entwickeln, indem er weiter in ihre Hoheitskompetenzen eingreift, während er gleich-

¹²⁹ T. von Danwitz/K. Paraschas (Anm. 54).

¹³⁰ J.-P. Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CML Rev. 48 (2011), 995. Über die Probleme des möglichen Beitritts der EU zur EMRK in Bezug zu Einwanderungsangelegenheiten, siehe A. Weiss, EU Accession to the European Convention on Human Process: The State of Play and the Added Value for Victims of Human Rights Violations in Europe, EHRLR 4 (2012), 391. Vgl. jetzt das Ergebnis der Verhandlungen zwischen dem Europarat und der EU (Final report to the CDDH), Council of Europe, 47+1 (2013)008 vom 5.4.2013.

zeitig seinen eigenen Kompetenzbereich erweitert. Es könnte jedoch auch sein, dass der Gerichtshof erneut eine politikgestaltende Rolle einnimmt und die politischen Institutionen an den Verhandlungstisch “schubst”. Er erreicht dies, indem er sie auffordert, ihre früheren politischen Abmachungen zu überdenken, die in der europäischen Sekundärgesetzgebung ihren Niederschlag gefunden haben, und die der Gerichtshof als schlecht funktionierend wahrnimmt und daher eine Änderung anmahnt.¹³¹ Möglicherweise sind dies nicht die einzigen Erklärungen für die Entscheidungen des Gerichtshofs. Ich will dennoch auf diese letztlich spekulative Einschätzung der derzeitigen justiziell-politischen Dimension der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufmerksam machen.

Im Fall *Soering* war der EGMR höchstwahrscheinlich von seiner klaren und starken Opposition gegen die Todesstrafe motiviert und durch die Hoffnung, indirekt zur Reduzierung der Anzahl der Länder, die sie zulassen, beizutragen. Jedoch wird das *N.S.* Urteil leider nicht die Aufnahmebedingungen von Asylsuchenden in Griechenland beeinflussen. Das Urteil wird höchstwahrscheinlich den gegenteiligen Effekt erzielen. In dem Gefühl, dass es eine zu starke Last unter dem Gemeinsamen Europäischen Asylsystem trägt, hat Griechenland keinen Anreiz, die Aufnahmebedingungen zu verbessern.¹³² Dennoch wird der griechische Antrag (eingereicht vor dem Urteil), die europäische Verordnung zu überprüfen, was von den anderen Mitgliedstaaten abgelehnt wurde,¹³³ bessere Chancen haben, ernstgenommen zu werden. Das Urteil des Gerichtshofs mag die Verhandlungspositionen annähern. Die anderen Mitgliedstaaten werden zugänglicher sein, die Ausgestaltung der Verordnung unter dem Eindruck des Urteils des Gerichtshofs zu überdenken. Die Wirkung von *N.S.* war es, Griechenland bei der Erreichung seines politischen Ziels zu helfen, da es Mitgliedstaaten nun nicht mehr gestattet ist, Flüchtlinge zurück nach Griechenland zu überweisen.

Wahrscheinlich war der Gerichtshof über das oft kritisierte Gemeinsame Europäische Asylsystem selbst nicht glücklich¹³⁴ und strebte danach, die

¹³¹ Siehe im Allgemeinen, *R. D. Kelemen*, Eurolegalism and Democracy, *JCMS* 50 (2012), 55.

¹³² Tatsächlich wurde in *N.S.* argumentiert, dass eine übermäßige Einwanderung nach Griechenland, die nicht angemessen von Griechenland behandelt würde, auf andere Länder übergreifen würde, *EuGH N.S.* (Anm. 11), Rn. 87.

¹³³ *S. Lieven* (Anm. 11), 229, nachdem sich Frankreich, Deutschland und das Vereinigte Königreich einem Veränderungsvorschlag der Dublin-Verordnung entgegenstellten.

¹³⁴ Für eine von vielen kritischen Äußerungen siehe *C. Boswell*, European Values and the Asylum Crisis, *International Affairs* 76 (2000), 537; *C. Costello*, The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?, *European Journal of Migration and Law* 7 (2005), 35

Mitgliedstaaten an den Verhandlungstisch zu bringen, in der Hoffnung, dass das Urteil sie gewillter stimmen würde, neue Kompromisse zu finden. Der Gerichtshof interveniert, um den fehlenden Willen der Mitgliedstaaten auszugleichen; er übt Druck auf sie aus und treibt sie an, weitere Veränderungen der Verordnung auszuhandeln.¹³⁵

In Fällen, in denen nationale Regierungen abgeneigt sind, Gesetznormen mit starker normativer Wirkung auf EU-Ebene zuzustimmen, da sie argumentieren, dass diese sie übermäßig beschränken würden, und dadurch lediglich "lakonische" Regeln auf EU-Ebene annehmen würden, die ihnen großen Ermessensspielraum beließen, könnte eine klare Positionierung des EuGH Konsequenzen für die nationalen Regierungen haben, die als gesetzgebende Gewalt der EU agieren. Innerhalb der Rechtsordnung der Gemeinschaft, im Gegensatz zur regionalen Rechtsordnung oder der Rechtsordnung der globalen Welt, verschleiert *N.S.* daher eine viel allgemeinere Frage: Bis zu welchem Ausmaß darf die bewusste oder unbewusste Verminderung des Schutzniveaus von Grundrechten in einem Mitgliedstaat einen anderen Mitgliedstaat dazu zwingen, den gesetzgeberischen Kapriolen des Ersteren (die im Übrigen durch den üblichen politischen Kuhhandel innerhalb des Rates missachtet wurden) zuzustimmen, ohne eines Verstoßes gegen Artikel 4 Absatz 3 EUV schuldig zu werden?¹³⁶

ff.; S. Craig/M. Fletcher, Deflecting Refugees: A Critique of the EC Asylum Procedures Directive, in: P. Shah (Hrsg.), *The Challenge of Asylum to Legal Systems*, 2005; M. Garlick, *The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?*, IJRL 18 (2006), 601, 628: "The Dublin II system, along with strict safe third country provisions, have effectively operated in practice to pass responsibility among EU Member States for determining asylum claims. These provisions have not worked to facilitate effective burden-sharing. The arrangements in Europe cannot be said to be a satisfactory solution for Europe, neither in terms of the impact on Member States collectively, nor in human terms for the people who are often caught in limbo or denied their rights through the flaws and inappropriate applications of the system."

¹³⁵ Siehe auch M. den Heijer (Anm. 11), 1751. Für einen ähnlichen Vorschlag in Bezug auf die Auswirkungen der Entscheidung des EGMR, siehe V. Moreno-Lax (Anm. 15), 28. Zur indirekten Gesetzgebungskompetenz des Gerichts siehe H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, 1986; U. Everling, *The ECJ as a Decision-making Authority*, Mich. L. Rev. 82 (1994), 1294; J. H. H. Weiler/N. Lockhart (Anm. 7); P. T. Tridimas, *The European Court of Justice and Judicial Activism*, E.L.Rev. 21 (1996), 199; K. J. Alter, *The European Union's Legal System and Domestic Policy*, *International Organization* 54 (2000), 489. Für eine Kritik im Hinblick auf den politischen justiziellen Aktivismus, der dem Gerichtshof oft zugeschrieben wird, siehe A. Grimmel, *Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice*, ELJ 18 (2012), 518; H. de Waele, *The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment*, *Hanse Law Review* 6 (2010), 3.

¹³⁶ Entsprechend siehe auch EuGH *Apostolides v. Orams* (Anm. 68), in dem die Einstellung eines nationalen Gerichts hinsichtlich einer politischen Frage Gerichte in anderen Mitgliedstaaten dazu nötigte, der Position des ersten Gerichts quasi automatisch zu folgen, wäh-

3. Horizontales Solange – Ein sanfter Konstitutionalismus

Es ist hier nicht nötig, die reichhaltige und aufschlussreiche Literatur über Verfassungstheorien bezüglich der Beziehungen der interagierenden Rechtsordnungen im Allgemeinen und der Interaktion zwischen den Rechtsordnungen der EU und denen der Mitgliedstaaten im Einzelnen zu wiederholen.¹³⁷ Aus der internen europäischen Perspektive heraus wurde die starke Forderung nach Konstitutionalisierung des EuGH in *Costa*¹³⁸ oft vor dem Hintergrund der pluralistischen Antwort des deutschen Bundesverfassungsgerichts in *Solange I*¹³⁹ und seinem Nachspiel diskutiert. In Bezug auf die externe Perspektive der Interaktion zwischen Europarecht und anderen Rechtsordnungen wurde der Standpunkt des Gerichts Erster Instanz oft vor dem Hintergrund der Position des EuGH in *Kadi* diskutiert.¹⁴⁰ Eine Betonung des Beitrags des horizontalen *Solange* zum Verständnis der Verfassungsstruktur der Europäischen Union wird hier genügen.

Es ist wichtig zu beachten, dass der EuGH, wie oben argumentiert, nicht den Weg wählt, das Spiel der Konfliktbewältigung zwischen Rechtssystemen zu spielen, indem er vorgibt, der Konflikt sei durch die Anwendung kreativer Auslegungsvorschriften leicht zu lösen. Stattdessen ist der Gerichtshof willens, den Konflikt durch Anwendung einer hierarchiebasierten Theorie zu lösen, in der ein Rechtssystem ein anderes übertrumpft. Auf den ersten Blick hätte es tatsächlich so aussehen können, als sei das horizontale

rend es keinen vereinbarten europäischen Standpunkt gab, der von allen Mitgliedstaaten bezüglich dieser politischen Frage geteilt wurde.

¹³⁷ Für einzelne Beispiele siehe *N. McCormick*, The Maastricht Urteil: Sovereignty Now, *ELJ* 1 (1995), 259; *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited?, *CML Rev.* 36 (1999), 703; *N. Walker*, Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate, in: K. Tuori/S. Sankari (Hrsg.), *The Many Constitutions of Europe*, 2010, 143; *G. de Búrca* (Anm. 7); *M. Kumm*, The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism In and Beyond the State, in: J. L. Dunoff/J. P. Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, 2009, 258; *A. von Bogdandy*, Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and the Domestic Constitutional Law, *I.CON* 6 (2008), 397; *L. M. Poiares Maduro*, Three Claims of Constitutional Pluralism, <www.wzb.eu>; *R. A. Wessel*, Relationship between International and EU Law: Towards a Content-based Approach?, in: E. Cannizzaro/P. Palchetti/R. A. Wessel (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, 2012, 7; *J. H. H. Weiler*, Prologue: Global and Pluralist Constitutionalism – Some Doubts, in: *G. de Búrca/J. H. H. Weiler* (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, 8.

¹³⁸ EuGH Rs 6/64 Slg. 1964, 585 – *Costa*.

¹³⁹ BVerfGE 37, 271; [1974] 2 CMLR 540.

¹⁴⁰ EuGH *Kadi v. Council and Commission* (Anm. 7).

Solange-Prinzip nur ein weiterer Ausdruck für die ursprüngliche Forderung des Vorrangs von europäischem Recht vor nationalen Rechtssystemen. Es hätte als weiteres Beispiel dafür dienen können, wie der EuGH die Mitgliedstaaten erneut an ihre vollständige Unterordnung unter die Vorherrschaft der Charta erinnert. Es hätte nämlich als Neuformulierung der unverblühten Forderung nach einer starken Konstitutionalisierung des Europarechts und seinen Anspruch auf hierarchische Vorrangstellung wahrgenommen werden können.

Dennoch zeigt ein genaueres Hinsehen, dass der EuGH in Wirklichkeit willens ist, stattdessen eine Form von sanftem Konstitutionalismus oder konstitutionellem Pluralismus anzuwenden. Es gibt tatsächlich mehrere Indikatoren dafür, dass das horizontale *Solange*-Prinzip die Annahme eines sanften Konstitutionalismus impliziert. Indem er Ideen des *Solange*-Ansatzes übernimmt, akzeptiert der Gerichtshof seine richterliche Rolle im Prozess der Gestaltung der Beziehungen zwischen den verschiedenen Rechtssystemen. Der Gerichtshof nimmt die den Mitgliedstaaten begegnenden Schwierigkeiten ernst, die durch den Immigrationsanstieg mit ernsthaften strukturellen Problemen konfrontiert sind. Der EuGH ist auf die konstitutionellen Sensibilitäten der Mitgliedstaaten eingestellt.

Der verwendete Begriff der "systemischen Mängel" in Bezug auf Grundrechte gibt zu erkennen, dass der offensichtliche systemische Misserfolg der Mitgliedstaaten, Individuen die Minimalanforderungen an menschlicher Behandlung zukommen zu lassen, jegliche gerichtlichen Erwägungen zugunsten von Respekt gegenüber der anderen Rechtsordnung zurückstehen lässt. All das, während es dem EuGH vorsichtig gelingt, ein direktes Eingreifen in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten zu vermeiden, indem er sich darauf beschränkt, die Auswirkungen solch ernster Verstöße seitens nationaler Kompetenzen auf das europäische Rechtssystem zu unterstreichen.

Indem er darauf besteht, die Anwendung der Charta ausschließlich auf solche Fälle zu beschränken, in denen es zu systemischen Verstößen gegen wesentliche Menschenrechte kam, signalisiert der Gerichtshof zusätzlich seine Bereitschaft, die uneingeschränkte Autorität des Primärrechts der Europäischen Union als "Grundnorm" aufzuweichen. Man könnte argumentieren, dass der Gerichtshof lediglich eine "Grundnorm" – die gesamte Charta einschließlich ihrer Art, Rechte auszubalancieren – mit einer anderen, verfeinerten "Grundnorm" – des Verbots von systemischen Verstößen gegen wesentliche Grundrechte der Charta – ersetzt hat. Doch entgegen des unbedingten Konstitutionalismus, der oft mit der Klarheit der konstitutionellen "Grundnorm" identifiziert wird, lädt die Integration des *Solange*-

Tests in die Anwendung der Charta zu einem Dialog über die exakten Konturen der vorrangigen Wirkung der Charta ein.

Schlussendlich zeigt sich der EuGH auch institutionell zur funktionalen Arbeitsteilung zwischen den nationalen Gerichten und sich selbst bereit, indem er die nationalen Gerichte dazu auffordert, am Prozess teilzunehmen, um festzulegen, ob der *Solange*-Test tatsächlich erfüllt wurde. Der EuGH erleichtert die Arbeitsteilung zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Gerichten unter Anerkennung der Abwesenheit von festgelegten *ex ante*-Regeln. Der EuGH öffnet somit die Tür zum institutionellen Pluralismus.

Nicht weniger wichtig aber, fügt der "horizontale" Teil des Tests dem konstitutionellen Verständnis der Europäischen Union eine völlig neue Perspektive hinzu. Er wird nicht nur dahingehend verstanden, dass er die Beziehung zwischen verschiedenen Rechtsordnungen reguliert, sondern er betrifft auch die gegenseitige Kontrolle der Mitgliedstaaten bezüglich ihrer verfassungsmäßigen Ordnungen. Jedes damit befasste nationale Gericht kann andere Rechtssysteme kontrollieren und in Reaktion auf das Verhalten eines Staates eine einzuhaltende Regel vorschlagen. Diese Reaktion wird selbst Teil des Diskurses. Dies ist der Fall, da die Prinzipien bezüglich des horizontalen *Solange* für alle involvierten Gerichte den besten Weg bieten, in einem pluralistischem Kontext das Versprechen von Konstitutionalismus, an dessen Einhaltung sie gebunden sind, zu erfüllen. Die horizontale Dimension fügt eine zusätzliche, pluralistische, Dimension von verfassungsrechtlicher Argumentation hinzu bezüglich der Art, in der Dinge in anderen Mitgliedstaaten gehandhabt werden. Dennoch garantiert das horizontale *Solange*-Prinzip keinen uneingeschränkten Pluralismus, da das Risiko verfassungsrechtlicher Konflikte letztlich vom EuGH unter Kontrolle gehalten werden wird.

VI. Fazit

Der horizontale *Solange*-Test impliziert, dass der gemeinsame Nenner von Grundwerten des europäischen Rechtsraums nicht durch die Mitgliedstaaten geschmälert werden kann, selbst wenn sie ihre eigenen Hoheitsrechte ausüben.¹⁴¹ Um diese Doktrin erfolgreich einzuführen, muss jeder Mit-

¹⁴¹ Das horizontale *Solange-Prinzip* sollte als Definition der Grenzen von Art. 67 AEUV verstanden werden: "Die Union bildet einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden."

gliedstaat "der Hüter seines Bruders" sein. Dies mag einen bestimmten Grad an Misstrauen zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf Kerngrundrechte und Werte nach sich ziehen. Dennoch wird dieser Rechtsmechanismus auf lange Sicht wohl Annäherung und gegenseitiges Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten bewirken, was eines der Ziele der Europäischen Union ist. Solches Vertrauen soll aus seinem eigenem Antrieb heraus wachsen, auf der Basis von tatsächlichem Respekt und gemeinsamer Befolgung der gemeinsamen Werte, auf denen Europa gegründet wurde.¹⁴²

Tatsächlich ist das horizontale *Solange*-Prinzip für den seltenen Gebrauch konzipiert. Was wirklich wichtig ist, ist die Zuweisung eines vorbehaltenen Kontrollmechanismus für die Mitgliedstaaten, anstatt ihnen blindes gegenseitiges Vertrauen zu erlauben. Dieses ruft die Erwartung unter den Mitgliedstaaten hervor, dass der Mechanismus tatsächlich selten angewendet wird, ohne aber die Nichtbeachtung ernster Verstöße gegen europäische Grundrechte befürchten zu müssen. Nichtsdestoweniger werden nationale Gerichte bei solchen vereinzelt vorkommenden Verstößen davon befreit, von anderen Mitgliedstaaten verursachte Verstöße aufrechtzuerhalten oder mitzutragen. Dies wird erreicht, indem die in der Sekundärgesetzgebung vorgeschriebenen europäischen Politiken und entsprechende Verpflichtungen ausgesetzt werden und es daher nicht zugelassen wird, dass solche Verstöße Auswirkungen haben jenseits des spezifischen Rechtssystems, in dem es zu dem Verstoß kam.

Die europäische Integration erzeugt eine tiefe gegenseitige Abhängigkeit zwischen nationalen Politiken, die bisher noch nicht vollständig in europäische Politiken umgesetzt wurden. Falls nationale Politiken nicht fähig sind, die bestehende europäische Interdependenz in bestimmten Angelegenheiten zu berücksichtigen und aufzunehmen, muss die Europäische Union dennoch immer die angemessenen und legitimen demokratischen Lösungen für solche Belange finden.¹⁴³ In Fällen, in denen die Europäische Union dafür keine Lösungen liefert, wird das horizontale *Solange*-Prinzip helfen, diese Lücke zu schließen, indem es bestimmte nationale Politiken der Einhaltung von europäischen zentralen Grundrechten unterordnet und diese nationalen Politiken gerichtlichen Kontrollen aussetzt. Selbst wenn sie ihre eigenen Hoheitsrechte ausüben, können Mitgliedstaaten keine zentralen europäischen Grundrechte in einer systematischen Art und Weise außer Kraft setzen.

¹⁴² J. Kramberger Škerl (Anm. 119), 490.

¹⁴³ Entsprechend L. M. Poiares Maduro/B. de Witte/M. Kumm (Anm. 36).