

Grundrechtsschutz in Europa

Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte

*Claudio Franzius**

Abstract	383
I. Entwicklungspfade	384
II. Trennung oder Verbindung der Grundrechtsräume?	385
1. Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte	386
a) Bindungskonstellationen und Art. 51 Abs. 1 GRCh	386
b) <i>Åkerberg Fransson</i> und deutsche Irritationen	389
2. Spielräume durch Doppelgeltung der Grundrechte?	394
a) Günstigkeitsprinzip und Art. 53 GRCh	395
b) <i>Melloni</i> und die Antwort des spanischen Verfassungsgerichts	397
III. Grundrechtlicher Konstitutionalismus?	402
1. Hilfe durch Grundrechte	403
2. Schutz der Unionsgrundrechte zwischen den Mitgliedstaaten: Horizontales <i>Solange</i> -Prinzip?	406
IV. Ausblick	410

Abstract

Ob die Grundrechtsräume in Europa getrennt oder verbunden zu denken sind, ist umstritten. Anders als das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geht der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) von einer grundsätzlichen Doppelgeltung der Grundrechtsmaßstäbe aus, knüpft die Anwendbarkeit strengerer nationaler Grundrechtsmaßstäbe aber an den Vorbehalt, dass die Einheit, der Vorrang und die Wirksamkeit des Unionsrechts gewahrt bleibt. Während der EuGH sich fragen muss, ob die Anwendbarkeit nationaler Grundrechte unter einen rigiden Vorrangvorbehalt gestellt werden kann, ist das BVerfG vor die Frage gestellt, ob eine Abschirmung der deutschen Grundrechte gegenüber den Unionsgrundrechten auf Dauer trägt. Weiterführend ist für den Schutz der Unionsgrundrechte zwischen den Mitgliedstaaten das horizontale *Solange*-Prinzip: Es verlangt vom Mitglied-

* Dr. iur., Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin.

staat die Prüfung, ob der andere Mitgliedstaat die Unionsgrundrechte missachtet. Vor dem Hintergrund eines europäischen Pluralismus der Grundrechtsordnungen ist dieser Ansatz überzeugend. Er macht auf die horizontale Dimension des Verfassungsverbundes und den Umstand aufmerksam, dass wir es mit permeablen Grundrechtsordnungen zu tun haben, in denen Antworten des nationalen Grundrechtsschutzes die Betrachtung anderer Rechtsordnungen mit deren Fähigkeit zur Einhaltung der Unionsgrundrechte voraussetzen.

I. Entwicklungspfade

Rechtsordnungen sind in ihrer Entwicklungslogik zu verstehen. Das gilt für die nationalen Rechtsordnungen, aber auch für die Unionsrechtsordnung.¹ So ist die deutsche Verfassungsidentität grundrechtsgeprägt.² Das kann man vom Unionsverfassungsrecht nicht sagen, ist sein binnenmarktrechtlicher Kern doch erst in jüngerer Zeit um Grundrechte ergänzt worden. Hier fällt auf, dass es weniger die Autonomie des Einzelnen, sondern die einheitliche Anwendung des Unionsrechts ist, die im Kern die rechtlichen Sicherungen des Integrationsprojekts durch den EuGH ausmachen. Das gilt auch für die Herausbildung der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze der Unionsrechtsordnung, hervorgerufen durch die Drohung mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte, Unionsrechtsakte am Maßstab der nationalen Grundrechte einer Kontrolle zu unterziehen.³ Was nationale Verfassungsgerichte angestoßen haben, scheint sich seit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta nun aber gegen sie zu richten. Droht zu viel Grundrechtsschutz auf Unionsebene wegen des Vorrangs gegenüber nationalen Grundrechten das "Herz" nationaler Verfassungsordnungen auszuhöhlen? Muss sich Karlsruhe darauf einstellen, auf das Format eines Landesverfassungsgerichts zurückgestuft zu werden?

Ansätze eines Konzepts des unionalen Grundrechtsschutzes schälen sich in der Rechtsprechung des EuGH heraus. Ziel ist es, im Hinblick auf Handlungen der Union oder die Durchführung des Unionsrechts durch die Mit-

¹ Vgl. *R. Wahl*, Das Recht der Integrationsgemeinschaft Europäische Union, in: C. Franzius/S. Lejeune/K. von Lewinski/K. Meßerschmidt/G. Michael/M. Rossi/T. Schilling/P. Wysk (Hrsg.), FS für Michael Kloepfer, 2013, 233 ff.

² *D. Grimm*, Der Datenschutz vor einer Neuorientierung, JZ 68 (2013), 585 (592) am Beispiel des Datenschutzes.

³ Z. B. BVerfGE 37, 271 *Solange I*; Corte Costituzionale v. 13.4.1989, Nr. 232/1989 *Fragd*. Zum prätorischen Grundrechtsschutz EuGH, Rs. 29/69 *Stauder*, Slg. 1969, 419; Rs. 4/73 *Nold*, Slg. 1974, 491; Rs. 44/79 *Liselotte Hauer*, Slg. 1979, 3727.

gliedstaaten zu verhindern, dass der Grundrechtsschutz, der je nach dem betreffenden nationalen Recht unterschiedlich ist, die Einheit, den Vorrang und die Wirksamkeit des Unionsrechts behindert.⁴ Bestehe ein solches Risiko nicht, können die nationalen Grundrechte zur Anwendung gelangen. Das soll am Beispiel der Urteile *Åkerberg Fransson* und *Melloni* beschrieben werden (II.). Für den grundrechtlichen Konstitutionalismus wäre die *Solange*-Doktrin weiter zu entwickeln (III.). Danach ist es nicht angezeigt, die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte auf das Niveau regionaler Akteure zu reduzieren (IV.).

II. Trennung oder Verbindung der Grundrechtsräume?

In welchem Verhältnis stehen die unionale und nationale Rechtsordnung mit Blick auf den Grundrechtsschutz? Weil die Sphären nicht sauber abgrenzbar sind, wirkt eine Stärkung der Unionsgrundrechte auf die Reichweite der nationalen Grundrechte zurück.⁵ Das wird vom BVerfG mit Argwohn betrachtet. Anders als Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz (GG) ordnet Art. 51 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) keine umfassende Bindung der Mitgliedstaaten an. Hierdurch scheint die unitarisierende Wirkung der Unionsgrundrechte mit einem Standard für alle Maßnahmen im Anwendungsbereich des Unionsrechts aber nicht begrenzt werden zu können.⁶ Das dagegen vorgeschlagene Modell eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Grundrechtsverantwortlichkeit zugunsten der nationalen Ebene findet allerdings weder in der Rechtsprechung noch in Art. 51 GRCh eine Stütze.⁷ Föderale Erfahrungen zeigen, dass sich Rechtsordnungen einer Zentralisierung des Grundrechtsschutzes auf Dauer kaum entziehen können. Will man sich damit nicht begnügen, die Urteile *Åkerberg Fransson* und *Melloni* aber richtig deuten,

⁴ EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13 *Siragusa*, Rn. 31 f.; Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-198/13 *Hernández*, Rn. 47. Zum rechtstaatlichen Telos der Grundrechte-Charta H.-J. Cremer, Funktion der Gewährleistungen der Grundrechte-Charta, in: C. Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 2, 2014, § 1 Rn. 9 ff.

⁵ Die Grundrechtsregime treten in ein nicht pauschal zu missbilligendes, weil Einheit gefährdendes, sondern auch produktiv zu verstehendes, weil Vielfalt sicherndes Spannungsverhältnis. Zur föderalen Frage für den Grundrechtsschutz *T. v. Danwitz*, Verfassungsrechtliche Herausforderungen in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, EuGRZ 40 (2013), 253 (259 ff.).

⁶ Statt vieler P. M. Huber, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 64 (2011), 2385 f.

⁷ A. A. F. Kirchhof, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 64 (2011), 3681 (3686).

muss die Frage nach dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte (1.) von der Frage nach der verbleibenden Anwendung der nationalen Grundrechte (2.) unterschieden werden.

1. Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte

a) Bindungskonstellationen und Art. 51 Abs. 1 GRCh

Der EuGH hat relativ früh entschieden, dass eine Bindung an die Unionsgrundrechte nicht nur für die Unionsorgane, sondern auch für die Mitgliedstaaten besteht, soweit diese Unionsrecht vollziehen oder als verlängerter Arm der Union *durchführen*.⁸ In der Folgezeit konzentrierte sich die Debatte auf die Frage nach weiteren Bindungskonstellationen.⁹ Das betraf vor allem die umstrittene "Einschränkungskonstellation" mit der Frage, ob eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte auch dort besteht, wo sie sich für die *Einschränkung* von Grundfreiheiten des Binnenmarkts auf die Ausnahmeregelungen des Vertrags berufen. Der EuGH nimmt eine solche Bindung an, weil die Mitgliedstaaten insoweit im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln.¹⁰ Handeln die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts, bejaht der Gerichtshof eine Bindung auch bei der Ausfüllung von sekundärrechtlich gewährten *Spielräumen*.¹¹

In der *Einschränkungskonstellation* wird eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte aber teilweise abgelehnt.¹² Auch in der *Spielraumkonstellation* steht der Position des EuGH mit einer Bindung (auch) an die Unionsgrundrechte die Position von Teilen des deutschsprachigen Schrifttums gegenüber, das von einer (exklusiven) Bindung an die nationalen Grundrechte ausgeht. Wenn das Primärrecht explizit Spielräume der Mitgliedstaaten anerkennt und deshalb eine Bindung an die Unionsgrund-

⁸ EuGH, Rs. 5/88 *Wachauf*, Slg. 1989, 2609.

⁹ Instruktiv *D. H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 40 (2005), 162 ff.

¹⁰ EuGH, Rs. C-260/89 *ERT*, Slg. 1991, I-2925 Rn. 43.

¹¹ EuGH, Rs. C-540/03 *Parlament/Rat*, Slg. 2006, I-5769 Rn. 104 f.

¹² *P. M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 43 (2008), 190 (194 ff.); *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRCh, Rn. 13 ff.; *H. Sauer*, Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem. Konkurrenzbestimmung – Kollisionsvermeidung – Kohärenzsicherung, in: N. Matz-Lück/M. Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, 2012, 1 (28 ff.).

rechte abzulehnen sei, müsse das auch in den Fällen gelten, wo Sekundärrecht solche Spielräume den Mitgliedstaaten einräume, die nach Maßgabe der nationalen Grundrechte auszufüllen und zu überprüfen sind.

Kurz: Während in der *Durchführungskonstellation* im engeren Sinne unstrittig eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte besteht, wird das für die auf den Binnenmarkt bezogene Einschränkungs- und die sekundärrechtliche Spielraumkonstellation bestritten. Eine Auflösung dieser Konflikte wird dadurch erschwert, dass Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh eine Bindung der Mitgliedstaaten "ausschließlich auf die Fälle der Durchführung von Unionsrecht" beschränkt. Teilweise wird dieser Wortlaut als Beschränkung auf die Durchführungskonstellation verstanden. So betreffe die der Rechtssache *ERT* zugrunde liegende Einschränkungskonstellation nicht die Durchführung von Unionsrecht, das einheitlicher Anwendung bedürfe, weshalb die Mitgliedstaaten hier nicht im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln. Auch für die Ausfüllung von Spielräumen schließe Art. 51 Abs. 1 GRCh eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte aus.¹³

Anders sieht das der EuGH, der in *Pfleger* die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte bei der Einschränkung von Grundfreiheiten des Binnenmarkts bekräftigt.¹⁴ *Gabriele Britz* sieht darin keinen Konflikt mit dem BVerfG, das sich mit der Feststellung eines Verstoßes gegen das Grundgesetz in keinen Widerspruch zum Unionsrecht stelle. Halte das BVerfG eine nationale Maßnahme für grundgesetzkonform, könne das Gericht dies feststellen, weil es den EuGH nicht hindere, in der grundgesetzkonformen Maßnahme einen Verstoß gegen eine Binnenmarktfreiheit zu sehen.¹⁵ Konflikte können sich aber dort entzünden, wo es um sekundärrechtlich eingeräumte Spielräume geht. Nach dem BVerfG kommen die nationalen Grundrechte zur Anwendung, weil der Mitgliedstaat kein Unionsrecht durchführe. Demgegenüber sind nach dem EuGH die Unionsgrundrechte maßgeblich, erlauben aber *daneben* die Anwendung der nationalen Grundrechte.

¹³ Statt vieler *T. Kingreen* (Anm. 12), Rn. 12; *C. Calliess*, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte: Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG, JZ 64 (2009), 113 (120 f.); *S. Augsberg*, Von der Solange- zur Soweit-Rechtsprechung: Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei richtlinienumsetzenden Gesetzen, DÖV 63 (2010), 153 (158 f.). Überwiegend wird mit dem EuGH eine Bindung bejaht, vgl. *H. D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2013, Art. 51, Rn. 18; *J. Kühling*, Grundrechte, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 657 (682 f.).

¹⁴ EuGH, Urt. v. 30.4.2014, Rs. C-390/12 *Pfleger*, Rn. 36.

¹⁵ *G. Britz*, Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 42 (2015), 275 (277 f.).

In der Frage, ob für die Anwendung der Grundrechte von getrennten oder verbundenen Grundrechtsräumen auszugehen ist, liegt eine entscheidende *Weichenstellung*. Die vom BVerfG vertretene Trennungsthese geht davon aus, dass mitgliedstaatliches Handeln nur in dem Maße an die Unionsgrundrechte gebunden ist, wie es durch Sekundärrecht determiniert ist. Der Spielräume gewährende nicht-determinierte Teil eines Sekundärrechtsakts sei dagegen am Maßstab der nationalen Grundrechte zu messen.¹⁶ Demgegenüber greift der EuGH auf die Verbindungsthese zurück, die von einer kumulativen Anwendung der Grundrechtsmaßstäbe ausgeht. Soweit der Vorrang des Unionsrechts sichergestellt sei, können auch nationale Grundrechte zur Anwendung gelangen.¹⁷

Es handelt sich um eine idealtypische Unterscheidung: Die *Trennungsthese* geht von grundsätzlich getrennten Grundrechtsräumen aus und nimmt eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte nur dort an, wo dies zur Sicherung der einheitlichen und effektiven Umsetzung des Unionsrechts erforderlich ist. Fehle es an der Erforderlichkeit, seien nicht die Unionsgrundrechte, sondern die nationalen Grundrechte maßgeblich.¹⁸ In der Tat liegt darin ein genetischer Code der Unionsgrundrechte, die verhindern sollen, dass die Einheit des Unionsrechts durch die Anwendung nationaler Grundrechtsmaßstäbe gefährdet wird. Zuletzt hat der EuGH im Gutachten zur Primärrechtswidrigkeit des Beitrittsabkommens der Europäischen Union (EU) zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) betont, es sei sicherzustellen, dass die Anwendung höherer Schutzstandards auf das beschränkt bleibe, was *erforderlich* ist, um eine Beeinträchtigung des in der Charta vorgesehenen Schutzniveaus sowie des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts zu verhindern.¹⁹

Dass aber auch die *Verbindungsthese* zu sachgerechten Ergebnissen führen kann, zeigen Ansätze in der Rechtsprechung des EuGH, der im Wege einer Selbstbeschränkung der Anwendbarkeit nationaler Grundrechte

¹⁶ BVerfGE 113, 273 (300) *Europäischer Haftbefehl*.

¹⁷ Ähnlich *D. Thym*, Separation versus Fusion – or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice, *EUConst* 9 (2013), 391. *T. Kingreen*, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus *JZ* 68 (2013), 801 (802 f.) spricht von der Alternativitätsthese, der die Kumulationsthese gegenübergestellt wird. Der Sache nach ist dasselbe gemeint.

¹⁸ Explizit *F. Kirchhof*, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte – Die Wiederkehr der Frage eines Anwendungsvorrangs unter anderer Perspektive, *NVwZ* 33 (2014), 1537 “Integrationserforderlichkeit”.

¹⁹ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, Rn. 189.

durchaus Raum belässt.²⁰ Das gilt jedenfalls dann, wenn der Anwendungsbereich der Charta darauf beschränkt wird, als Rechtmäßigkeits- und Auslegungsmaßstab für Sekundärrecht zu dienen. In *McB* heißt es, allein Sekundärrecht sei im Lichte der Charta auszulegen, ohne das nationale Recht als solches zu beurteilen.²¹ Überlagert wird nationales Recht dadurch, dass die Unionsgrundrechte die grundrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechtsaktes bewirken. Das so konkretisierte Sekundärrecht stellt die einheitliche Anwendung des Unionsrechts sicher. Was nicht mit Vorrang gegenüber nationalem Recht determiniert ist, bleibt danach Gegenstand nationaler Grundrechte.²²

b) *Åkerberg Fransson* und deutsche Irritationen

Solche Selbstbeschränkungen scheinen durch das Urteil *Åkerberg Fransson* in Frage gestellt zu sein.²³ Der schwedische Fischer *Åkerberg Fransson* hatte ca. 75.000 Euro an Einkommens- und Mehrwertsteuer hinterzogen, wofür er mit einer Steuersanktion belegt wurde. Art. 22 der für den Zeitraum maßgeblichen RL 77/388/EWG sieht in seinem Absatz 4 vor, dass der Steuerpflichtige in regelmäßigen Abständen eine Steuererklärung abzugeben hat und berechtigt in Absatz 8 die Mitgliedstaaten, weitere Pflichten vorzusehen, die sie als erforderlich erachten, um die genaue Erhebung der Steuer sicherzustellen und Steuerhinterziehungen zu vermeiden. *Åkerberg Fransson* wurde aufgrund dieses Vergehens vor einem Strafgericht angeklagt, das das Verfahren aussetzte und dem EuGH die Frage vorlegte, ob eine Bestrafung wegen der verhängten verwaltungsrechtlichen Sanktion gegen das in Art. 50 GRCh normierte Verbot der Doppelbestrafung verstoße.

Anders als Generalanwalt *Cruz-Villalón*, den die Vorlagefrage "irritierte"²⁴ und der für die Anwendbarkeit der Charta eine bloße *occasio* im Unterschied zur *causa* nicht für ausreichend hielt, aber auch entgegen der Kommission und den am Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten entschied

²⁰ Beispiel: EuGH, Rs. C-256/11 *Dereci*, Slg. 2011, I-11315.

²¹ EuGH, Rs. C-400/10 *McB*, Slg. 2010, I-8965 Rn. 49 ff.

²² Die "parallele" Anwendung der Grundrechtsmaßstäbe sei schon deshalb möglich, weil weder der EuGH noch das BVerfG die Ausschließlichkeit des "eigenen" Maßstabs zur Ausfüllung rechtlich gewährter Spielräume fordert, vgl. *N. Matz-Lück*, Die Umsetzung von Richtlinien und nationaler Grundrechtsschutz, EuGRZ 38 (2011), 207 (209).

²³ EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 *Åkerberg Fransson*; dazu *F. Fontanelli*, Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, EUConst 9 (2013), 315 (322 ff.).

²⁴ *Cruz-Villalón*, Schlussanträge v. 12.6.2012, Rs. C-617/10 *Åkerberg Fransson*, Nr. 56 ff.

die Große Kammer, dass der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte eröffnet sei, weil die zu überprüfende Maßnahme im Geltungsbereich des Unionsrechts liegt.²⁵ Obwohl Schweden durch besagte Richtlinie nicht zu einer bestimmten Ausgestaltung des Sanktionssystems gezwungen war und das anwendbare nationale Recht auch nicht der Umsetzung der Richtlinie diene, hält der Gerichtshof die Charta für anwendbar. Da die durch die Charta garantierten Grundrechte zu beachten sind, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Anwendungsbereich des Unionsrechts (engl. *applicability of European Union law*, franz. *l'applicabilité du droit de l'Union*) fällt, seien "keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar" wären.²⁶

Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasse die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte. Daran knüpft der EuGH in der Folgezeit an, wengleich eine einheitliche Rechtsprechung nicht zu erkennen ist. Während *Pfleger* den weiten Anwendungsbereich auf die *ERT*-Konstellation überträgt, kann *Hernández* im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen "Trennungsthese" gelesen werden.²⁷ Manche Urteile wie das früher ergangene Urteil *McB* lassen sich als kompetenzsensible Begrenzung der Bindung verstehen, die einer vorschnellen Deutung des *Åkerberg Fransson*-Urteils als kompetenzüberschreitende Ausdehnung der Grundrechtejurisdikatur entgegenstehen. Mit anderen Worten: Die Weite des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte ist konkretisierungsbedürftig, aber auch konkretisierungsfähig.²⁸

Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass der EuGH sich auf die *Erläuterungen* zu Art. 51 GRCh berufen kann. Sie haben nicht die Rechtsqualität eines Protokolls, sind aber, wie Art. 51 Abs. 7 GRCh mit der Verpflichtung zur gebührenden Berücksichtigung zeigt, rechtlich nicht bedeutungslos.

²⁵ EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 *Åkerberg Fransson*, Rn. 24 ff.

²⁶ *Åkerberg Fransson* (Anm. 25), Rn. 21; krit. BVerfGE 133, 277 (316) *Antiterrordatei*. Einen "sufficiently specific link" zu einer konkreten Bestimmung des Unionsrechts verlangt *Ladenburger*, *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interactions between the Charter of Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, XXV FIDE Congress, Institutional Report, 2012, 141 (163).

²⁷ EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-198/13 *Hernández*, Rn. 35. In der Rechtsprechung finden sich Anhaltspunkte zu einer restriktiven Handhabung der Reichweite des materiellen Unionsrechts, womit dann auch eine Grenze für die Anwendung der Unionsgrundrechte formuliert ist, z. B. EuGH, Rs. C-256/11 *Dereci*, Slg. 2011, I-11315 Rn. 72.

²⁸ Von "inkrementeller Konkretisierung" spricht *D. Thym*, *Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta*, DÖV 67 (2014), 941 (942 ff.). Zur *Åkerberg Fransson*-Folgerechtsprechung, darunter u. a. *Siragusa*, *Hernández* und *Pfleger*, die tastende Konkretisierung aber kritisierend: *F. Fontanelli*, *Implementation of EU Law through Domestic Measures after Fransson: the Court of Justice Buys Time and "Non-preclusion" Troubles Loom Large*, ELRev 39 (2014), 682 (689 ff.).

Tatsächlich führen sie mit der Bezugnahme auf das *ERT*-Urteil zu einer Erweiterung des Geltungsbereichs von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh, lassen mit dem Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache *Annibaldi*²⁹ aber auch eine Grenze für die Anwendung der Unionsgrundrechte erkennen, weil danach ein nur loser Zusammenhang des Falls mit dem Unionsrecht nicht ausreicht. Keine Hinweise enthalten die Erläuterungen für die umstrittene Behandlung der Spielraumkonstellation.

Zwar lassen sich die Erläuterungen als rechtsstaatlich und demokratisch fragwürdige Erkenntnisquelle kritisieren.³⁰ Letztlich ist es wie mit dem unregulierten, aber weithin akzeptierten Vorrang. Die Mitgliedstaaten hatten seit 1964 in etlichen Vertragsänderungsverfahren gute Gelegenheit, die Rechtsprechung des EuGH zu korrigieren. Sie haben es nicht getan. Im Gegenteil: In den Erläuterungen zu Art. 51 Abs. 1 GRCh wird die Rechtsprechung bekräftigt, was den EuGH anhält, auf diese zurückzugreifen und dadurch – wie in Verfassungsstaaten üblich – für Kontinuität zu sorgen. Erkennbar geht es dem Gerichtshof um eine Parallelisierung mit den Grundrechten als allgemeinen Rechtsgrundsätzen.³¹ Insoweit konnte *Åkerberg Fransson* nicht wirklich überraschen. Aber es bewahrheitet sich, was *Wolfram Cremer* schon früh befürchtete, dass nämlich die Charta nicht hält, was sie verspricht.³² Nicht der Charta-Text setzt sich gegenüber den allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch, sondern letztere bestimmen die Interpretation der Charta. Das geht bis zum Rand des auch im Sprachenvergleich (engl. *implementing*, franz. *mettent en œuvre*) ersichtlich enger gefassten Wortlauts. Überschritten sind die Grenzen aber nicht.

Letztlich dient die Kritik an dem weiten Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte dem Erhalt von Kontrollmöglichkeiten, die unter der kumulativen Geltung der Grundrechte eher dem EuGH zukommen. Im Grunde ist heute klar, dass die Forderung nach einer strikten Trennung der Verantwortungsbereiche unerfüllt bleiben muss, eine gewisse Überlappung

²⁹ EuGH, Rs. C-309/96 *Annibaldi*, Slg. 1997, I-7493.

³⁰ *E. M. Frenzel*, Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration, *Der Staat* 53 (2014), 1 (27 f.).

³¹ *F. Lange*, Verschiebungen im europäischen Grundrechtssystem?, *NVwZ* 33 (2014), 169 (170, 173); *W. Weiß*, Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, *EuZW* 24 (2013), 287 (289).

³² Vgl. *W. Cremer*, Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventionsentwurf für eine Europäische Verfassung, *NVwZ* 22 (2003), 1452 (1455); *W. Cremer*, Der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte unter dem Einfluss von Grundrechtecharta und ihren Vorbehalten, in: U. Kischel/J. Masing (Hrsg.), *Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht*, 2012, 17 (28 ff.).

der Grundrechtssphären vielmehr unvermeidbar ist.³³ Darauf reagiert das BVerfG mit Lockerungen der scharfen Trennung durch Modifikationen des *Solange*-Vorbehalts, sei es, dass eine Überprüfung der nationalen Maßnahme möglich ist, *soweit* es um die Ausfüllung von Spielräumen geht, sei es, dass *jedenfalls* eine Überprüfung der Maßnahme nicht ausgeschlossen wird: Bislang hatte das Gericht eine Prüfung der Umsetzungen zwingenden Sekundärrechts abgelehnt und Verfassungsbeschwerden, die sich gegen die Anwendung von in diesem Sinne verbindlichem Unionsrecht richten, für grundsätzlich unzulässig erklärt.³⁴ Auf die Grundrechte des Grundgesetzes können sich Beschwerdeführer nur berufen, soweit der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Unionsrecht über Gestaltungsfreiheit verfügt, die unionsrechtlich nicht determiniert ist.³⁵ Nunmehr sollen auch Umsetzungen *zwingenden* Sekundärrechts gerügt werden können, um eine Vorlage zum EuGH zu ermöglichen und mit seiner Nichtigkeitserklärung den Weg für eine Überprüfung der angegriffenen Vorschriften am Maßstab des Grundgesetzes frei zu machen. Danach ist die Verfassungsbeschwerde nicht länger unzulässig, soweit die angegriffenen Vorschriften in Umsetzung der Richtlinie ergangen sind. Es müsse aber *entscheidungserhebliches* Unionsrecht vorliegen, damit der Vorrang vor innerstaatlichem Recht ausgelöst wird.³⁶ Das BVerfG prüft also, ob ein Grundrechtsverstoß vorliegt. Ist das der Fall, müsse es dem EuGH vorlegen. Verwirft der EuGH die Norm, könne auch das Umsetzungsgesetz für nichtig erklärt werden. So verschiebt sich der *Solange*-Vorbehalt von der Prüfungs- auf die Verwerfungskompetenz.³⁷ Der österreichische Verfassungsgerichtshof geht noch weiter und zieht die Grundrechtecharta als *verfassungsrechtlichen* Prüfungsmaßstab heran.³⁸

³³ D. Thym (Anm. 28), 941 (947).

³⁴ BVerfGE 102, 147 (164) *Bananenmarkt*.

³⁵ BVerfGE 118, 79 (95 ff.) *Emissionshandel*.

³⁶ BVerfGE 125, 260 (308 f.) *Vorratsdatenspeicherung*.

³⁷ M. Bäcker, *Solange* IIa oder Basta I?, EuR 46 (2011), 103 (107 ff.). Daran kann das von D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte*, JZ 70 (2015), 53 (56 ff.) vorgeschlagene "Fusionsmodell" anknüpfen, wonach das BVerfG auch für zwingende Unionsvorgaben die staatlichen Grundrechte anzuwenden, aber inzident die überstaatlichen Grundrechte mitzuprüfen hätte, was die Auslegung der nationalen Grundrechte stärker an die EMRK und die Charta heranführen würde. Das will gut überdacht sein. Zum einen setzt es zur Vermeidung der unerwünschten Unitarisierungseffekte voraus, dass gewährte Spielräume des Sekundärrechts im Lichte der primärrechtlichen Vielfaltsicherungen vom EuGH akzeptiert werden. Zum anderen erfordert es eine tatsächliche Vorlagebereitschaft des BVerfG, weil nationalen Gerichten keine Verwerfungskompetenz über Unionsrecht zukommt.

³⁸ VfGH, Urt. v. 14.3.2012, U 466/11 Rn. 35 ff. Eine darüber ermöglichte Normenkontrolle lässt die Verpflichtung der Fachgerichte, ein gegen die Charta verstoßendes Gesetz unangewendet zu lassen bzw. bei Zweifeln die Frage dem EuGH vorzulegen, unberührt, vgl. EuGH, Rs. C-188/10 und C-189/10 *Melki und Abdeli*, Slg. 2010, I-5665, Rn. 43 ff.; Urt. v.

Die Zurückhaltung gegenüber der Verbindungsthese, die nur wenig Raum für die Anwendbarkeit nationaler Grundrechte zu belassen scheint, mag einem Politikvorbehalt geschuldet sein.³⁹ Zwar komme es häufig vor, dass der Unionsgesetzgeber im Sekundärrecht nationale Spielräume und unionsrechtliche Vorgaben eng miteinander verzahnt. Es gebe “Schnittstellen” zwischen den Grundrechtsordnungen. Wo es um die Interpretation autonomer Begriffe des Unionsrechts geht, müssen die sekundärrechtlichen Determinationen des Spielraums mit Hilfe der Unionsgrundrechte gefüllt werden. Innerhalb des so ermittelten Spielraums kommen dagegen die nationalen Grundrechte zur Anwendung, die in ihrem Anwendungsbereich strengere Anforderungen stellen können. Das bestätige Art. 53 GRCh, was aber nach der Trennungsthese zu keiner parallelen Anwendung führt, sondern komplementäre Anwendungsfelder zum Ausdruck bringt. Nur wenn das Unionsrecht *zwingende* Vorgaben macht oder – wie es der EuGH formuliert⁴⁰ – *bestimmte* Verpflichtungen der Mitgliedstaaten schafft, trete der nationale Grundrechtsschutz hinter den unionalen Grundrechtsschutz zurück. Damit habe es der Unionsgesetzgeber selbst in der Hand, mit der Regelungsdichte des Sekundärrechts die Anwendungsbereiche der Grundrechte abzustecken und miteinander zu verzahnen. Kritik sei nicht an den EuGH, sondern den europäischen Gesetzgeber bzw. die Regierungen im Rat zu richten.

Jedenfalls sind die Fragen zu trennen: Fällt eine Maßnahme in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, löst es die Bindung an die Unionsgrundrechte aus. Insoweit liegt *Åkerberg Fransson* auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung, ist also schon deshalb nicht *ultra vires*.⁴¹ Danach bildet nicht die Determinierung der Rechtslage durch Unionsrecht die Trennlinie, sondern, ob die Maßnahme *objektiv* dem sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts zuzuordnen ist. Das kann bereits der Fall sein, wenn

11.9.2014, Rs. C-112/13 “A”, Rn. 34 ff. Der “radikale” Ansatz, wie er von *M. Bäcker*, Das Grundgesetz als Implementationshelfer der Unionsgrundrechte, EuR 50 (2015), im Erscheinen, V. 2. zur Heranziehung der Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab des BVerfG vertreten wird, hätte, weil auf die materielle Europäisierung der nationalen Grundrechte verzichtet wird, eine Verdoppelung des Prüfungsmaßstabs zur Folge und birgt die Gefahr, dass der Instanzenzug gewahrt, ohne eine tatsächliche Vorlagepraxis des BVerfG aber die Rolle des EuGH in der Wahrung des Rechts geschwächt wird. Zu den unterschiedlichen Strategien der Grundrechtsoptimierung im europäischen Rechtsraum *C. Franzius*, Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa, EuGRZ 42 (2015), 139 ff.

³⁹ *G. Britz* (Anm. 15), 281.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-144/95 *Maurin*, Slg. 1996, I-2909 Rn. 11 f.; Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13 *Siragusa*, Rn. 26 f.; Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-198/13 *Hernández*, Rn. 35.

⁴¹ *C. Obler*, Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh, NVwZ 32 (2013), 1433 (1436 f.).

das Unionsrecht lediglich einen rechtlichen Rahmen zieht, also auch dort, wo den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume zustehen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie diese Spielräume grundrechtlich auszufüllen sind. Sie bilden keine Grenze für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte, sondern lösen die Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte im Sinne eines “doppelten Grundrechtsstandards” aus. Soweit Konflikte auftreten, werden diese traditionell mit dem Vorrangprinzip zugunsten der Maßgeblichkeit der Unionsgrundrechte gelöst.⁴² Hiergegen ließe sich dann nur noch die Grenze des Identitätsschutzes, sei es unionsrechtlich über Art. 4 Abs. 2 Vertrag über die Europäische Union (EUV) und eine entsprechende Vorlage oder mit dem BVerfG durch einen Integrationsvorbehalt für die Anwendung der nationalen Grundrechte, entgegenhalten.⁴³

2. Spielräume durch Doppelgeltung der Grundrechte?

Was ist von dieser “Doppelgeltungsthese” zu halten? *Åkerberg Fransson* lässt die Konzeption des EuGH erkennen. In Rn. 29 heißt es:

“Hat das Gericht eines Mitgliedstaats zu prüfen, ob mit den Grundrechten eine nationale Vorschrift oder Maßnahme vereinbar ist, die in einer Situation, in der das Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt wird, das Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta durchführt, steht es somit den nationalen Behörden und Gerichten weiterhin frei, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.”

Für die Frage eines solchen Nebeneinanders der Grundrechtsmaßstäbe ist festzuhalten, dass dies nicht den Anwendungsbereich der Charta-Rechte, sondern das Erfordernis einer Spielraumdogmatik für das Verhältnis der Grundrechte zueinander betrifft. Maßgeblich ist nicht Art. 51 GRCh, sondern Art. 53 GRCh. Deshalb stellt sich die Frage, ob das Anliegen, innerstaatliche Lösungen nicht zu versperren, auch über Art. 53 GRCh sichergestellt werden kann. Gefragt wird nicht nach der Reichweite der Unionsgrundrechte, sondern danach, ob neben der Bindung an die Unionsgrund-

⁴² A. A. F. *Kirchhof* (Anm. 18), 1537 (1540).

⁴³ Überzeugend gegen diese Strategie S.-P. *Hwang*, Grundrechte unter Integrationsvorbehalt?, EuR 49 (2014), 400 (406 ff.).

rechte nationale Grundrechtstandards anwendbar bleiben können. Das verlangt die Auseinandersetzung mit Art. 53 GRCh.

a) Günstigkeitsprinzip und Art. 53 GRCh

Ob man sich für die Interpretation des Art. 53 GRCh an Art. 53 EMRK orientieren kann, ist umstritten und wird vom EuGH bezweifelt.⁴⁴ So ist unklar, ob Art. 53 EMRK für mehrpolige Grundrechtsbeziehungen überhaupt anwendbar ist. Teilweise heißt es, hier könne das Günstigkeitsprinzip zugunsten nationaler Standards nicht greifen. Denn die Anhebung des Schutzstandards zugunsten des einen Grundrechtsträgers gehe zu Lasten der Grundrechte des anderen Grundrechtsträgers.⁴⁵ Richtigerweise lässt die EMRK innerstaatliche Grundrechte mit einem strengeren Maßstab unberührt, soweit ihre Beachtung nicht dazu führt, dass Konventionsrechte verletzt werden.⁴⁶

Ein in diesen Grenzen normiertes Günstigkeitsprinzip enthält auch Art. 53 GRCh, wobei sich hier die Frage nach dem Vorliegen eines Überschneidungsbereichs aber anders stellt. Legt man im Anwendungsbereich des Unionsrechts einen strengeren Maßstab nationaler Grundrechte an, wäre die vom Vorrang sichergestellte einheitliche Anwendung des Unionsrechts in Frage gestellt. So gesehen, scheinen sich die Kollisionsregeln des Anwendungsvorrangs und des Günstigkeitsprinzips nicht zu vertragen. Nach der Trennungsthese, die eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte auf Konstellationen beschränkt, wo es zur Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts erforderlich ist, könne Art. 53 GRCh nur eine bescheidene Aussage entnommen werden. Die Vorschrift besage nur, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts ein weitergehender Grundrechtsschutz nicht ausgeschlossen ist. Der Anwendungsbereich des Günstigkeitsprinzips bleibt schmal, weil es gar nicht zu einer Überschneidung kommt.

⁴⁴ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 *EMRK-Beitrittsabkommen*, Rn. 189 f. Für ein Verständnis des Art. 53 GRCh als Regressionsverbot, das die konstitutionelle Eigenständigkeit des Unionsrechts wahrt: *K. Lenaerts*, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 47 (2012), 3 (12, 17).

⁴⁵ Vgl. *S. Oeter*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361 (369, 379). Zu diesem Rezeptionshindernis für die Berücksichtigung der EMRK: BVerfGE 128, 326 (371) *Sicherungsverwahrung*.

⁴⁶ Überblick zum Meinungsstand: *M. Ludwigs*, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, 273 (282 f.).

Danach setze Art. 53 GRCh das Vorliegen von Ermessensspielräumen der Mitgliedstaaten voraus und stehe unter dem Vorbehalt der Unantastbarkeit des Vorrangs.⁴⁷ Im vollständig determinierten Bereich werde das Günstigkeits- durch das Vorrangprinzip ersetzt. Maßgeblich seien allein die Unionsgrundrechte. Soweit es um die Grundrechtskontrolle im nicht-determinierten Bereich gehe, sei dies anders. Hier will der EuGH die Unionsgrundrechte zur Anwendung bringen, die Anwendung der nationalen Grundrechte aber nicht ausschließen. Danach könnte eine Maßnahme wegen eines Verstoßes gegen nationale Grundrechte aufzuheben sein, obwohl sie nicht gegen Unionsgrundrechte verstößt. Das ist der Fall des Art. 53 GRCh und es erscheint zu pauschal, seine Anwendung in mehrpoligen Grundrechtsbeziehungen auszuschließen. Die nationalen Grundrechte sind mit einem strengeren Maßstab anwendbar, soweit das Unionsrecht Spielräume belässt, deren Ausfüllung den Mitgliedstaaten deshalb überlassen sein könnte, weil sie es sind, die dazu aufgerufen sind, eine Balance zwischen den verschiedenen Schutzgütern herzustellen.⁴⁸

Hier sind sie wieder, die beiden Abgrenzungsthesen: Nach der *Trennungsthese* kommt Art. 53 GRCh überhaupt nicht zur Anwendung, weil das Günstigkeitsprinzip zur Ausfüllung der Spielräume nicht erforderlich ist. Einer Ermächtigung zur Anwendung der nationalen Grundrechte bedarf es nicht. Dagegen schließt die *Verbindungsthese*, wonach eine Bindung an die Unionsgrundrechte auch zur Ausfüllung unionsrechtlich eingeräumter Spielräume besteht, die Anwendbarkeit nationaler Grundrechte nicht aus. Sollte sich in der Spielraumkonstellation der Vorrang zu Lasten des strengeren Maßstabs durchsetzen, käme dies einer "Revolution" gleich.⁴⁹ Das verträgt sich nicht mit Art. 53 GRCh, der den Vorrang unionsrechtlicher Maßnahmen unter den Vorbehalt stellt, dass sie den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen Rechnung tragen. Wie *Koen Lenaerts* bemerkt, müsse Art. 53 GRCh im Lichte der Urteile *Omega*⁵⁰ und *Sayn-Wittgenstein*⁵¹ ausgelegt werden, erlaube es also den Mitgliedstaaten, sofern die Durchführungsmaßnahme nicht wesentliche Interessen der Union be-

⁴⁷ Vgl. *C. Calliess* (Anm. 13), 113 (121); *T. Kingreen* (Anm. 17), 801 (807).

⁴⁸ Ist auf Unionsebene eine Abwägung vorgenommen worden, könne diese durch die Anwendung eines höheren Standards des Grundrechtsschutzes aber nicht konterkariert werden, vgl. *K. Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, *EuR* 50 (2015), 3 (12 ff.).

⁴⁹ *L. F. M. Besselink*, The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni, *ELRev* 39 (2014), 531 (542 f.).

⁵⁰ EuGH, Rs. C-36/02 *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 37 f.

⁵¹ EuGH, Rs. C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, Slg. 2011, I-13693 Rn. 92.

einträchtig, den Grundrechtsschutz auf dem Niveau festzulegen, das sie mit ihrer einzelstaatlichen Verfassung als vereinbar ansehen.⁵²

b) *Melloni* und die Antwort des spanischen Verfassungsgerichts

Das spanische Verfassungsgericht hat mit seiner Vorlage in der Rechtssache *Melloni* zwei denkbare Interpretationen des Art. 53 GRCh benannt: Erstens die "Korridorlösung" des Grundrechtsschutzes, wonach die Mitgliedstaaten einen höheren Standard anlegen können. Zweitens die engere Lösung, dass die Staaten ihren eigenen höheren Standard nur in Konstellationen außerhalb des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte anwenden dürfen. Die erste Option, mit der das spanische Verfassungsgericht erkennbar sympathisiert, wird in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Yves Bot* mit dem Verweis auf den Vorrang des Unionsrechts abgelehnt.

Ein Minimum-Standard würde den einheitlichen Schutz der Verfahrensrechte durch Art. 4a des Rahmenbeschlusses unterlaufen und es unmöglich machen, den Europäischen Haftbefehl für in Abwesenheit Verurteilte in Spanien zu vollziehen, Spanien also zu einem "sicheren Hafen" für diejenigen machen, die sich einer Verfolgung entziehen.⁵³ Das Sekundärrecht könne und dürfe einen niedrigeren Standard anordnen, was Art. 4 Abs. 2 EUV nicht tangiere, weil im spanischen Verfassungsgericht keine Übereinstimmung gegeben sei, ob der Wesensgehalt des Rechts auf einen fairen Prozess die Möglichkeit beinhalte, eine Kontrolle durchführen zu müssen, bevor ein in Abwesenheit verurteilter Täter überstellt werden könne, die spanische Regierung dieses Recht nicht zum Bestandteil der spanischen nationalen Identität erklärt habe und schließlich, weil das Gesetzgebungsverfahren im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts hinreichend Sicherungsmöglichkeiten vorsehe, solche Bereiche auszuschließen, wo es zu Konflikten mit der nationalen Verfassungsidentität kommen könne.

Der EuGH folgte den Schlussanträgen mit dem Hinweis auf den Vorrang, wie er in *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁴ und *Winner Wetten*⁵⁵ gegenüber nationalem Verfassungsrecht statuiert wurde. Art. 53 GRCh stehe unter dem Vorbehalt, dass der Vorrang, die Einheit und Wirksamkeit des

⁵² *K. Lenaerts*, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 47 (2012), 3 (15); *K. Lenaerts* (Anm. 48), 3 (21 ff.). Für die Erstreckung des Art. 53 GRCh auch auf zwingende Vorgaben des Unionsrechts *S.-P. Hwang* (Anm. 43), 400 (413 f.).

⁵³ *Y. Bot*, Schlussanträge v. 2.10.2012, Rs. C-399/11 *Melloni*, Nr. 109, 133.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125 Rn. 3.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-409/10 *Winner Wetten*, Slg. 2010, I-08015 Rn. 60 f.

Unionsrechts nicht verletzt werde.⁵⁶ Anderenfalls würden die im Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl festgelegten Prinzipien des gegenseitigen Vertrauens unterminiert werden.⁵⁷ Es dürfte mit dem Verfassungscharakter der Verträge aber kaum vereinbar sein, wenn sich der materielle Inhalt der Unionsgrundrechte an das Schutzniveau anzupassen habe, das die Regierungen (!) im Rahmenbeschluss festgelegt haben. Das Interesse der Union am Funktionieren des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts trägt keine Schwächung des Grundrechtsschutzes, soll die Charta ihre Funktion als Maßstab für das Sekundärrecht nicht verlieren.⁵⁸ Grundrechte dürfen keinen exekutiven Funktionsimperativen unterworfen werden. *Melloni* symbolisiert die verbreitete Einschätzung seiner Richter, dass der EuGH kein Grundrechtsgericht ist.⁵⁹ Nicht zufällig erinnert der Hinweis auf die Schrankentrias des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts an die ältere EuGH-Rechtsprechung, deren Ziel die Integrität und Unangreifbarkeit des Unionsrechts war.

Zwar mildert der Gerichtshof die Aussagen seines Generalanwalts ab, lässt einen strengeren Standard aufgrund des Vorrangs aber nicht zu⁶⁰ und

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-399/11 *Melloni*, Rn. 58 ff.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-399/11 *Melloni*, Rn. 63 im Anschluss an EuGH, Urt. v. 29.1.2013, Rs. C-396/11 *Radu*, Rn. 34 ff. Zur Reichweite des Vertrauens *G. Vermeulen*, How Far Can We Go In Applying the Principle of Mutual Recognition?, in: C. Fijnaut/J. Ouwerkerk (Hrsg.), *The Future of Police and Judicial Cooperation*, 2010, 241 ff.; *H. Battjes/E. Browwer/P. de Morree/J. Ouwerkerk* (Hrsg.), *The Principle of Mutual Trust in European Asylum, Migration and Criminal Law. Reconciling Trust and Fundamental Rights*, 2011.

⁵⁸ Die für den Binnenmarkt entwickelten Konzeptionen lasse sich nicht einfach in den RFSR verlängern. Mag sich die gegenseitige Anerkennung im Binnenmarkt auf Vertrauen stützen, so provoziert das Konzept im Strafrecht eher Misstrauen, vgl. *V. Mitsilegas*, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition In Criminal Matters In the EU*, CML Rev. 43 (2006), 1277 (1280 f.); *M. Nettesheim*, Grundrechtskonzeptionen des EuGH im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 44 (2009), 24 (40 f.); *H.-H. Herrmfeld*, Der Vorrang hält – aber noch eine Frage offen? Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung im Lichte des EuGH-Urteils in der Rs. *Melloni*, in: U. Becker/A. Hatje/M. Potacs/N. Wunderlich (Hrsg.), *Verfassung und Verwaltung in Europa*, FS für Jürgen Schwarze, 2014, 81 (84 ff.).

⁵⁹ Deshalb sind Entscheidungen, die Sekundärrecht für ungültig erklären, selten. Ob sich das ändert, ist unsicher, s. aber EuGH, Rs. C-92/09 und C-93/09 *Schecke* und *Eifert*, Slg. 2010, I-11063; Rs. C-236/11 *Test Achats*, Slg. 2011, I-773. Spektakulär die Entscheidung des EuGH zur Unvereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie mit Art. 8 GRCh, vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 *Digital Rights Ireland u. a.* Zur "Entdeckung" der Grundrechte *G. de Búrca*, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 20 (2013), 168 ff.

⁶⁰ Soll Art. 53 GRCh nach außen dokumentieren, dass die Charta zu keiner Änderung oder Anpassung der nationalen Verfassungen "nach unten" zwingt, also verhindert werden, dass innerstaatliche Normen im Lichte der Charta zum Nachteil des Individuums ausgelegt oder angewendet werden, dann wird seine Zurückstellung im durch Art. 51 GRCh eröffneten

wird dafür kritisiert.⁶¹ Vermeidet der EuGH in *Åkerberg Fransson*, den Ansatz aus *McB* fortzuschreiben, der die Charta als Maßstab auf die Überprüfung und Auslegung von Sekundärrecht zu beschränken sucht, so wird in *Melloni* ein verfassungsrechtlich angreifbarer Weg gewählt, die Charta in ihrem Schutzzumfang auf das sekundärrechtlich Vereinbarte zu begrenzen.⁶² Richtig mag sein, dass Art. 53 GRCh keine Ausnahme vom Vorrang begründet.⁶³ Art. 53 GRCh geht aber nicht in Art. 51 GRCh auf, sondern behält einen Anwendungsbereich für Spielräume im Überlappungsbereich, stützt also die *Verbindungsthese* statt die *Trennungsthese*. Darin mag man ein Kompromissangebot des EuGH erkennen können, das nicht zum Tragen kam, weil eine harmonisierte Regelung vorlag, die einen Spielraum der Mitgliedstaaten nicht zuließ und deshalb keine "Überlappungssituation" entstehen ließ, was für die Anwendbarkeit des Art. 53 GRCh vorausgesetzt wird. Relevant werden kann das "Angebot" der Schutzverstärkung bei der Einräumung von Ermessen, wo die Positionen von BVerfG und EuGH bislang konträr sind. Aus dem *entweder* nationale Grundrechte *oder* Unionsgrundrechte wird ein *sowohl als auch*.⁶⁴ Zwar ist die Ausübung des unionsrechtlich eingeräumten Ermessens eine "Durchführung" im Sinne von Art. 51 GRCh. Aber in der Grenztrias von Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts ist die Anwendbarkeit nationaler Grundrechte nicht ausgeschlossen, was der Sicht des BVerfG entgegenkommt, das zur Ausfüllung des Spielraums deren zwingende Anwendung verlangt.

Der EuGH scheint also zu akzeptieren, dass das BVerfG Spielräume am Maßstab des Grundgesetzes prüft. Das ist die eine Lesart.⁶⁵ Die Begrün-

Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte zu Lasten strengerer Grundrechtsmaßstäbe begründungsbedürftig.

⁶¹ Statt vieler *K. Gaede*, Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren, NJW 66 (2013), 1279 (1281 f.); *N. de Boer*, Case C-399/11, *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2013, CML Rev. 50 (2013), 1083 (1091 ff.); *L. F. M. Besselink* (Anm. 49), 531 (541 ff.).

⁶² Ganz ungewöhnlich ist dieses Vorgehen nicht, vgl. BVerfGE 105, 252 (271 ff.) *Glykol*.

⁶³ Für die Anerkennung eines mitgliedstaatlichen Grundrechtsvorbehalts *S. Griller*, Der Anwendungsbereich der Grundrechtscharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, in: A. Duschaneck/S. Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa. Die Europäische Union nach Nizza, 2002, 131 (167 ff.). Das ist durch Art. 53 GRCh, wie seine Genese zeigt, ersichtlich nicht intendiert, vgl. *M. Borowsky*, in: J. Meyer (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 53 Rn. 10.

⁶⁴ Siehe auch *K. Lenaerts* (Anm. 48), 3 (24): "Die Antwort auf die Frage, ob es den Mitgliedstaaten weiterhin freisteht, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, hängt (...) davon ab, ob durch den Unionsgesetzgeber definierte einheitliche Schutzstandards existieren oder nicht."

⁶⁵ Als Beispiel für eine nicht vollständig durch Unionsrecht determinierte Fallgestaltung wird auf *Åkerberg Fransson* verwiesen. Definiert der Unionsrechtsakt – wie auch EuGH, Ur-

dung in *Melloni* trägt eine weniger versöhnliche Lesart. So kann mit dem Hinweis auf die explizite Aussage des Art. 53 GRCh hinterfragt werden, warum der Vorrang des nur kursorisch an den Unionsgrundrechten gemessenen Sekundärrechts die Beibehaltung eines hohen Schutzniveaus der spanischen Verfassung verbieten soll. Zudem wird in *Melloni* nicht die Legislative, sondern die Exekutive geschützt.⁶⁶ Das unter den Regierungen vereinbarte wechselseitige Vertrauen setzt sich gegenüber den nationalen Grundrechten durch. Das passt nicht zum Vorrang der Verfassung mit der Einsicht, dass Vorrang nur unionsrechtskonformes Sekundärrecht beanspruchen kann. Dann aber hätte man sich eine strengere Prüfung der Unionsgrundrechtskonformität gewünscht, statt sie in *Melloni* mehr oder weniger zu unterstellen.⁶⁷

Inwieweit ein Mitgliedstaat unter dem Vorbehalt des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts noch "eigene" Grundrechtsmaßstäbe anlegen kann, ist alles andere als sicher. Über die Trennung der Anwendungsbereiche wäre der Spielraum für die Anwendung nationaler Grundrechte kaum zu vergrößern. Das gilt aber auch für die *Verbindungs- these*, weil sie es nur selten erlauben dürfte, tatsächlich höhere Standards nationaler Verfassungsordnungen anzulegen. Mit der Trinitatis von Vorrang, Einheit und Wirksamkeit⁶⁸ wird etwas aufgebaut, was einen nahezu grenzenlosen Zugriff des EuGH auf Grundrechtsfragen gestattet. So droht die Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte im nicht vollständig determinierten Bereich ein "Lippenbekenntnis" zu bleiben, weil dieser Maßstab nur gelten soll, sofern durch seine Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie der Gerichtshof auslegt, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.⁶⁹

Es sieht so aus, als ob der EuGH in unsicheren Zeiten die Notwendigkeit sieht, den traditionellen Vorrang zu stärken. Interessant ist die Antwort des spanischen Verfassungsgerichts, das die *Melloni*-Entscheidung des EuGH nur unter dem Rückgriff auf seine Unterscheidung zwischen der *primacia* des Vorrangs und der *supremacia* als der Vorherrschaft der spanischen Ver-

v. 30.5.2013, Rs. C-168/13 *PPU Jeremy F.* unterstreicht – keinen einheitlichen Standard des Grundrechtsschutzes, stehe es den Mitgliedstaaten frei, höhere Schutzstandards in den Schranken des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts anzuwenden.

⁶⁶ Krit. *L. F. M. Besselink* (Anm. 49), 531 (541 f.).

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-399/11 *Melloni*, Rn. 48-52.

⁶⁸ EuGH, Urteile v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 *Åkerberg Fransson*, Rn. 29; Rs. C-399/11 *Melloni*, Rn. 60; Urt. v. 11.9.2014, Rs. C-112/13 "A", Rn. 44.

⁶⁹ *T. Kingreen*, Ne bis in idem: Zum Gerichtswettbewerb um die Deutungshoheit über die Grundrechte – Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 26. 2. 2013 (C-617/10), *EuR* 48 (2013), 446 (452 f.).

fassung⁷⁰ zu akzeptieren bereit ist.⁷¹ Das Sondervotum von *Adela Asúa Barranta* zeigt, dass diese Bezugnahme nicht unumstritten war. Die Entscheidung vom 13.12.2004 habe den Verfassungsvertrag gerade deshalb passieren lassen, weil Art. 53 GRCh den nationalen Grundrechtstandard nicht preisgebe. Der EuGH verwirft in *Melloni* jedoch das spanische Interpretationsangebot von Art. 53 GRCh. Deshalb vermag das spanische Verfassungsgericht der Antwort des EuGH nur unter Vorbehalten zuzustimmen. Der Vorrang des Unionsrechts, so hatte es in der Entscheidung zur Vereinbarkeit des Verfassungsvertrags mit der spanischen Verfassung formuliert, werde durch den Respekt vor den grundlegenden Prinzipien und Werten der spanischen Verfassung begrenzt. Es sieht so aus, als ob das Gericht seine grundlegende Unterscheidung zwischen dem Vorrang (des Unionsrechts) und der Herrschaft (der nationalen Verfassung) als *Grenze* des Vorrangs in Erinnerung rufen wollte. In der Sache geht es um einen Identitätsvorbehalt, der nicht unilateral in Anspruch genommen werden kann, sondern im Vorlageverfahren formuliert werden muss.⁷² Eben das hatte das spanische Verfassungsgericht mit seiner ersten Vorlage an den EuGH getan, als Antwort jedoch eine Verabsolutierung des Vorrangs erhalten, der besagte Vorbehalte auf den Plan ruft.

Mit Art. 4 Abs. 2 EUV und der Achtung der nationalen Verfassungsidentität liegt ein Prinzip vor, dass sich gegen zentripetale Verschiebungen in Anschlag bringen lässt und den Vorrang des Unionsrechts nicht extern, sondern intern relativiert.⁷³ Deren Handhabung ist Sache des EuGH, der darüber keinen gemeineuropäischen Standard etablieren, sondern den Unterschieden in den nationalen Verfassungsordnungen Rechnung tragen kann. Das Innovationspotential der nationalen Grundrechtsordnungen muss nicht immer in eine für alle geltende Verschärfung der unionsgrund-

⁷⁰ Tribunal Constitucional, Erklärung DTC 1/2004 v. 13.12.2004, EuR 2005, 339 (343 ff.); C. Franzius, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum EUV/AEUV (im Erscheinen), Art. 4 EUV Rn. 46; im Kontext der Vorrangproblematik M. Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, 484 ff.

⁷¹ Tribunal Constitucional, Entscheidung 26/2014 v. 13.2.2014, engl. Übersetzung: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>; L. F. M. Besselink (Anm. 49), 531 (539 ff.).

⁷² Für einen "EU law dogma friendly" Gebrauch der Klausel auch B. Guastaferrro, Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause, Jean Monnet Working Paper 01/2012, 67. A. A. D. R. Phelan, Revolt or Revolution. The Constitutional Boundaries of the European Community, 1997, 417 f.

⁷³ Zu unionsrechtlichen Grenzen des Vorrangs F. C. Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Anm. 13), 558 (588); A. v. Bogdandy/S. Schill, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag – Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, ZaöRV 70 (2010), 701 (706 ff.); M. Wendel (Anm. 70), 371 ff.; C. Franzius (Anm. 70), Art. 4 EUV Rn. 32.

rechtlichen Standards münden. Das angemahnte “Lernen” kann auch darin bestehen, sich der föderalen Vielfalt des Bundes bewusst zu werden. Es griffe deshalb zu kurz, die Funktion nationaler Verfassungsgerichte auf die Vorlage des Stoffes zu beschränken, über den letztverbindlich der EuGH entscheidet. Soweit das Vorlageverfahren als Scharnier der Rechtsordnungen⁷⁴ genutzt wird, sollte der Gerichtshof zur Schärfung unionsrechtlich akzeptabler Verfassungsidentitätsvorbehalte beitragen. Spielräume schafft die kumulative Anwendung der Grundrechtsmaßstäbe nur, wenn der EuGH die mitgliedstaatlichen Grundrechtskulturen als ein Reservoir für die Entfaltung eigener Standards zu akzeptieren bereit ist.

Das Problem, so ist zusammenfassend zu betonen, liegt weniger in der Weite von *Åkerberg Fransson*, sondern in der Schmälerung des Grundrechtsschutzes durch *Melloni*. Dürfte Widerstand gegen die konkretisierungsbedürftige, aber auch konkretisierungsfähige *Åkerberg Fransson*-Rechtsprechung wenig Erfolg versprechen, so ist die Haltung des EuGH in *Melloni* gegenüber einem höheren Grundrechtsniveau der nationalen Verfassung doch kritikwürdig und provoziert mit dem Verweis auf den Vorrang des Unionsrechts mitgliedstaatliche Verfassungsidentitätsvorbehalte, die sich in “europarechtsunfreundlicher” Weise entladen könnten.⁷⁵

III. Grundrechtlicher Konstitutionalismus?

Es greift zu kurz, die Grundrechtsfragen im europäischen Rechtsraum auf die Frage nach dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte mit dem Erhalt eines gegebenenfalls weiterreichenden nationalen Grundrechtsschutzes zu verkürzen. Ebenso wenig überzeugt eine Überhöhung von Konflikten zwischen dem Luxemburger Gerichtshof und nationalen Verfassungsgerichten. Denn neben die vertikale Dimension tritt die horizontale Dimension des Grundrechtsschutzes, der sich von hierarchischen Vorstellungen eines grundrechtlichen Konstitutionalismus löst. Weder reicht es

⁷⁴ Zur Verantwortungsteilung im Vorlageverfahren *K. Lenaerts*, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, *Fordham Int'l L. J.* 36 (2013), 1302 (1342).

⁷⁵ Man kann darüber streiten, ob die Identitätskontrolle nach Art. 79 Abs. 3 GG einen anderen Maßstab als Art. 4 Abs. 2 EUV bereitstellt. Davon geht das BVerfG im OMT-Vorlagebeschluss aus, vgl. *Beschl. v. 14.1.2014*, 2 BvR 2728/13 Rn. 29: “Als abwägungsfähiger Belang (...) genügt die nach Art. 4 Abs. 2 EUV gebotene Achtung der nationalen Identität nicht dem Anspruch auf Schutz des unantastbaren und nicht abwägungsfähigen Kernbestands des Grundgesetzes im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG.” Es wäre jedoch ein Missverständnis, die Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 EUV unter einen generellen Abwägungsvorbehalt zu stellen, vgl. *C. Franzius* (Anm. 70), Art. 4 EUV, Rn. 59 f.

aus, den Inhalt der Unionsgrundrechte zu schärfen. Noch macht es Sinn, auf einen vermeintlich “besseren” Grundrechtsschutz durch nationale Gerichte zu setzen.⁷⁶ Der grundrechtliche Blick hat sich vielmehr “zur Seite” zu öffnen. Ob schwerwiegenden Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten durch Grundrechte zu begegnen ist, mag zwar allgemein bezweifelt werden können (1.). Wo in einem Mitgliedstaat aber Verletzungen der Unionsgrundrechte zu befürchten sind, kann der andere Mitgliedstaat unter bestimmten Voraussetzungen von der Beachtung sekundärrechtlicher Verpflichtungen freigestellt sein. Darüber wird ein Grundrechtsvorbehalt des Sekundärrechts statuiert und ein Modell für den Konstitutionalismus in einer pluralen Mehrebenenordnung sichtbar (2.).

1. Hilfe durch Grundrechte

Der plurale Grundrechtsverbund generiert eine Maßstabsvielfalt, die über föderale Ordnungen hinausgeht. Dazu trägt die *Solange*-Rechtsprechung des BVerfG bei, die von vielen Gerichten aufgegriffen wurde.⁷⁷ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich mit einer widerlegbaren Gleichwertigkeitsvermutung in *Bosphorus* aus der umfassenden Kontrolle der EMRK-Konformität von Unionsrechtsakten zurückgezogen.⁷⁸ Dazwischen muss sich der EuGH positionieren: Er muss in der Anwendung der Unionsgrundrechte einerseits der Vermutung einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit des unionalen Grundrechtsschutzes mit dem Grundgesetz, andererseits aber auch der Vermutung einer Gleichwertigkeit mit der EMRK nachkommen, um vor dem EGMR Bestand haben zu können.⁷⁹

Für die Doppelfrage, welcher der Grundrechtsstandards anwendbar und welche der konkurrierenden Überprüfungsinstanzen zuständig sein soll, erscheint die *Bosphorus*-Einrede geeigneter als das *Solange II*-Prinzip. Dieser Ansatz gehe davon aus, dass “jedes der überlappenden Rechtsregime prinzipiell seine eigenen Grund- bzw. Menschenrechtsstandards respektie-

⁷⁶ Vgl. die Argumentation für den Datenschutz bei *G. Britz*, Europäisierung des grundrechtlichen Datenschutzes?, EuGRZ 36 (2009), 1.

⁷⁷ Vgl. *W. Sadurski*, “Solange, chapter 3”: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union, ELJ 14 (2008), 1 (6 ff.).

⁷⁸ EGMR (GK), 30.6.2005, *Bosphorus v. Irland*, Nr. 45036/98, Rn. 159-165.

⁷⁹ Ein effektiver Grundrechtsschutz verlangt die Sichtbarmachung öffentlicher Gewalt, vgl. *M. Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015), 405 (448).

ren und implementieren” soll.⁸⁰ Die Schutzinstanzen anderer überlappender Regime dürfen sich danach nur im Extremfall einmischen. Allerdings ist die Etablierung eines Systems der gegenseitigen Anerkennung von Grundrechtsregimen *voraussetzungsvoll*. Es setzt voraus, dass im anderen Regime rechtsstaatliche Mindeststandards eingehalten werden. Ist das nicht der Fall, muss der EGMR seine eigene Zuständigkeit bejahen und die Beeinträchtigung am Maßstab des eigenen Regimes messen, bis das fremde Regime diesen Mindeststandards genügt. Eben diese Strategie verfolgt der EuGH in den *Kadi*-Fällen⁸¹ und setzte sich – mangels Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes auf der Ebene des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen kaum überzeugend – dem Vorwurf eines Grundrechtsimperialismus aus.⁸² Demgegenüber ist der EGMR mit der Ablehnung eines EMRK-Schutzes gegenüber Aktionen der Vereinten Nationen kritisiert worden.⁸³

Hilfe ist vom EuGH aber nicht nur vor internationalen Grundrechtsgefährdungen⁸⁴ zu erwarten, sondern möglicherweise auch in interstaatlichen

⁸⁰ Für ein Prinzip der Grundrechtstoleranz, wobei auf der materiell-rechtlichen Ebene eine widerlegbare Äquivalenzvermutung des “fremden” Grundrechtsregimes ausgesprochen wird: A. Peters, Die Anwendbarkeit des EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz, AVR 48 (2010), 1 (20 f., 45 ff.). Das bedeutet, dass sich das mit der Frage befasste Gericht nicht für unzuständig erklärt, sondern eine materielle Prüfung vornimmt, so in Abweichung vom ursprünglichen *Solange*-Vorbehalt auch BVerfGE 125, 260 (308 f.) *Vorratsdatenspeicherung*.

⁸¹ EuG, Rs. T-315/01 *Kadi I*, Slg. 2005, II-3649; EuGH, Rs. C-402/05 *Kadi II*, Slg. 2008, I-6351 Rn. 322; EuG, Urt. v. 30.9.2010, Rs. T-85/09 *Kadi III*, Rn. 127; EuGH, Urt. v. 18.7.2013, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P *Kadi IV*; dazu F. Fabbrini/J. Larić, Global Counter-Terrorism Sanctions and European Due Process Rules: The Dialogue Between the CJEU and the ECtHR in: M. Avbelj/F. Fontanelli/G. Martinico (Hrsg.), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Judgement*, 2014, 137 ff.

⁸² Ob die Sprengkraft dieser partikularistischen Logik richtig gesehen wird, ist unsicher. So verweist das BVerfG zur Bekräftigung der eigenen Position auf die *Kadi*-Rechtsprechung, um im Grenzfall die Selbstbehauptung eigener Identität als Rechtsgemeinschaft über die ansonsten respektierte Bindung an das Unionsrecht zu stellen, vgl. BVerfGE 123, 267 (400 f.) *Lissabon*. Mit Blick auf internationale Gerichte hat das italienische Verfassungsgericht die vom IGH in *Deutschland v. Italien* (Entscheidung v. 3.2.2012, I.C.J. Reports 2012, 99) eingeräumte und durch Gesetz umgesetzte Staatenimmunität hinsichtlich der Entschädigung von NS-Kriegsverbrechen in Italien am Maßstab des italienischen Verfassungsrechts geprüft und verworfen, vgl. Corte Costituzionale, Entscheidung 238/14 v. 22.10.2014, <<http://www.cortecostituzionale.it>>.

⁸³ Das betrifft vor allem EGMR (GK), 2.5.2007, Nr. 71412/01 *Behrami* und Nr. 78166/01 *Saramati*, statt vieler M. Milanović/T. Papić, As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights’ Behrami and Saramati Decision and General International Law, ICLQ 58 (2009), 267 ff. Anders EGMR (GK), 7.7.2011, Nr. 27021/08 *Al-Jedda v. Vereinigtes Königreich*.

⁸⁴ Vgl. E. de Wet, From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favoring Human Rights Over United Nations Security Council Sanctions, Chinese Journal of International Law 12 (2013), 787 ff. Für die *Kadi*-Fälle weniger im Sinne der völkerrechtlich kritisierten “Selbstbehauptung” nach außen, sondern im Sinne “der konstitutionellen Qualität des Unionsrechts und

Konflikten. Eine bemerkenswerte Weiterentwicklung der *Solange*-Doktrin würde deren Umkehrung darstellen, womit eine durch Art. 4 Abs. 2 EUV und den unionsrechtlichen Schutz der nationalen Verfassungsidentität begründete Vermutung der Einhaltung der Unionsgrundrechte im Falle *systemischer Defizite* widerlegt wird.⁸⁵ Das würde den unionalen Grundrechtsschutz jenseits des Anwendungsbereichs des Unionsrechts auf Situationen schwerwiegender nationaler Grundrechtsverletzungen *ausdehnen*. Maßgeblich ist die in Art. 2 EUV angelegte Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einhaltung der grundlegenden Werte, auf denen die Union beruht. Gegen eine Auslösung der Unionsgrundrechte durch Art. 2 EUV ließe sich sagen, dass Art. 51 GRCh dadurch nicht überspielt werden könne.⁸⁶ Art. 2 EUV bindet aber jede Hoheitsgewalt, auch die mitgliedstaatliche Hoheitsgewalt. Deshalb wäre die Sanktionierbarkeit durch den EuGH kein Verstoß gegen die Verbandskompetenz, sondern eine Akzentuierung bzw. Neuverteilung der Organkompetenzen.⁸⁷ Zwar sollte nicht jeder Wert “in die Hand von Gerichten” gelegt werden. Wo es aber um den individuellen Menschenrechtsschutz geht, spricht nichts gegen seine gerichtliche Durchsetzung.

Der umgekehrte *Solange*-Vorbehalt wirft eine Reihe ungeklärter Fragen auf. Das beginnt schon mit der Annahme, die nationale Verfassungsidentität als “Schutzschirm” gegenüber einer Entleerung der “eigenen” Grundrechte zu begreifen.⁸⁸ Konkretisierungsbedürftig erscheint aber auch das Kriterium “systemischer Defizite” als Schwelle für den europäischen Schutzschirm in der umgekehrten *Solange*-Doktrin.

der damit verbundenen grundrechtlichen Schutzverantwortung” *M. Kotzur*, Wider den bloßen Verdacht – zur grundrechtssichernden Verantwortung des EuGH im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit, EuGRZ 41 (2014), 589 (591).

⁸⁵ *A. von Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkolj*, Reverse *Solange*: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev. 49 (2012), 489 (508 ff.); ähnlich *K. Lenaerts* (Anm. 74), 1302 (1330).

⁸⁶ *C. Ohler* (Anm. 41), 1433 (1435). Art. 51 GRCh entbindet aber nicht von der Verpflichtung zur Wahrung der Menschenrechte nach Art. 2 EUV. Diese Verpflichtung ist “pluralistisch” zu deuten und, wie es bei *A. von Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkolj*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte – Grundlagen einer unionsrechtlichen *Solange*-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten, ZaöRV 72 (2012), 45 (53) heißt, kein “trojanisches Pferd eines europäischen Superstaates, sondern eine Funktionsbedingung für ein komplexes Gemeinwesen.”

⁸⁷ *A. v. Bogdandy u.a.*, Reverse *Solange*. Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States, CML Rev. 49 (2012), S. 489 (515).

⁸⁸ Plastisch *D. Thym* (Anm. 37), 53 (59) mit dem Hinweis auf bestehenden Raum für Selbstbestimmung innerhalb der Charta: “Im Grundrechtsverbund wird die partikuläre Identitätskonstruktion durch eine Fusion anstelle einer Trennung der Grundrechtssphären ermöglicht.”

ZaöRV 75 (2015)

2. Schutz der Unionsgrundrechte zwischen den Mitgliedstaaten: Horizontales *Solange*-Prinzip?

Eine Alternative besteht in einer abgeschwächten Modifizierung des *Solange*-Prinzips, das mit seiner Erstreckung auf horizontale Grundrechtsbeziehungen in der Rechtsprechung des EuGH angelegt ist. Gemeint ist das Urteil in der Rechtssache *N.S.*⁸⁹ Der EuGH befand, dass die belgischen Asylbehörden die Vermutung, dass die griechischen Behörden im Asylverfahren ihre europäischen Verpflichtungen erfüllen, als widerlegt hätten betrachten müssen. Der Überstellungsmitgliedstaat habe zu prüfen, ob es "systemische Mängel" im Aufnahmemitgliedstaat gebe. Ist das der Fall, sei die Vermutung der Dublin-Verordnung, wonach alle Mitgliedstaaten eine Gleichwertigkeit in der grundrechtskonformen Bearbeitung von Asylanträgen aufweisen, widerlegt und der Asylbewerber dürfe nicht in den nach der Dublin-Verordnung zuständigen und verantwortlichen Mitgliedstaat überstellt werden.

Das ist bemerkenswert. Unter dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten besteht die Kooperation, solange alle Mitgliedstaaten wesentliche Unionsgrundrechte befolgen. Liegen demgegenüber Beweise vor, dass in einem Mitgliedstaat systematische Verletzungen stattfinden, werden andere Mitgliedstaaten von der Beachtung des Unionsrechts suspendiert. Dieser *Solange*-Test hat jedoch eine horizontale Komponente: Nationale Gerichte haben zu überprüfen, ob die anderen Mitgliedstaaten den europäischen Grundrechtsstandard einhalten. Dieses horizontale *Solange*-Prinzip erlaubt es dem Gerichtshof, nationale Gerichte mit Überwachungsbefugnissen über andere Mitgliedstaaten auszustatten.⁹⁰ Hinter die Dublin II-Verordnung kann sich ein Mitgliedstaat nicht verstecken, ohne eine Grundrechtsverletzung zu riskieren.

In dieser Konstellation stellen sich zwei Fragen: Im Unterschied zur Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls räumt die Dublin II-Verordnung dem aufnehmenden Mitgliedstaat ausdrücklich Ermessen ein, das nach der Trennungsthese von den nationalen Grundrechten auszufüllen wäre. Mit dem *N.S.*-Urteil legt der EuGH den Mitgliedstaaten freilich eine neue Verpflichtung auf, die Verordnung unter unionsgrundrechtlichen Vo-

⁸⁹ EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10 *N.S. v. Secretary of State for the Home Department* und *M.E. v. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Slg. 2011, I-13991; bestätigt in EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Rs. C-4/11 *Puid*.

⁹⁰ *I. Canor, My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "An Ever Closer Distrust among the Peoples of Europe"*, CML Rev. 50 (2013), 383 (387 ff.).

raussetzungen unangewendet lassen zu müssen.⁹¹ Der ehemalige Automatismus, der den Mitgliedstaaten die Berufung auf ein “blindes Vertrauen” erlaubte, besteht nicht mehr. Die Verordnung ist nicht unwirksam, kommt aber nur unter besonderen Voraussetzungen zur Anwendung, was eine Prüfung der Grundrechtssituation im anderen Mitgliedstaat erfordert. Auf diese Weise wird der Vorrang des Unionsrechts unter einen Grundrechtsvorbehalt gestellt. Eine ausnahmslose Vermutung, dass der andere Mitgliedstaat die Unionsgrundrechte wahrt, kann vor der Verpflichtung der grundrechtskonformen Anwendung der Verordnung keinen Bestand haben. Es geht also nicht darum, die Überstellung an den Aufnahmemitgliedstaat deshalb zu unterlassen, weil ein Verstoß gegen nationale Grundrechte zu besorgen ist, sondern weil die Prüfung ergibt, dass der andere Mitgliedstaat die Unionsgrundrechte missachtet.

Mit dem neuen Begriff “systemischer Mängel” wird freilich der Vermutung Vorschub geleistet, es müsste gravierende, flächendeckende Fehlfunktionen im Asylsystem des Zielstaates geben, anderenfalls eine Überstellung möglich oder sogar geboten sei. Dem liegt die Fehlvorstellung zugrunde, eine nur im Einzelfall drohende Rechtsverletzung könne Ausnahmen vom Zuteilungssystem der Dublin-Verordnung nicht rechtfertigen. Das droht mit der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK in Konflikt zu geraten, ist aber auch nicht mit Art. 4 GRCh und der Pflicht zu vereinbaren, Vorschriften des Sekundärrechts so auszulegen, dass sie mit den Unionsgrundrechten nicht kollidieren.⁹² Danach sei der vom EuGH zur Suspendierung von sekundärrechtlichen Pflichten für erforderlich gehaltene “systemische Mangel” eine Systemstruktur oder auch das Fehlen einer Struktur, die im Sinne einer “notwendigen, aber nicht notwendig hinreichenden Bedingung dazu führt, dass Fälle, die diese Systemstelle durchlaufen, mit Fehlern resultieren”. Als Gegenbegriff fungiere nicht die Rechtsverletzung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls, sondern die Rechtsverletzung aufgrund einer Verkettung unglücklicher Umstände. Damit wird eine konventions-

⁹¹ K. Lenaerts, Grundrechte-Charta im System eines pluralistischen Grundrechtsschutzes. Europäischer Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Subsidiaritätsgrundsatzes, AnwBl 2014, 772 (774) spricht von einer “Ermessensreduzierung auf Null”.

⁹² Vgl. A. Lübke, “Systemische Mängel” in Dublin-Verfahren, ZAR 34 (2014), 105; A. A. K. Hailbronner/D. Thym, Vertrauen im europäischen Asylsystem, NVwZ 2012, 406. Zu den Unterschieden zwischen der einzelfallbezogenen Widerlegung (EGMR) und der Widerlegung bei systemischen Mängeln (EuGH) J. Callewaert, Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ZEuS 17 (2014), 79 (82 ff.), demzufolge die Einzelfallbetrachtung nicht aufgegeben, aber auf den Ursprungsmitgliedstaat verlagert und damit zeitlich verschoben wird.

rechtlich gebotene Einzelfallbetrachtung nicht aufgegeben.⁹³ Die dagegen ins Feld geführte praktische Wirksamkeit des Dublin-Systems, also die rasche Bestimmung eines zuständigen Mitgliedstaates, könne dadurch sichergestellt werden, dass der Betroffene in die eigene Zuständigkeit übernommen wird.⁹⁴

Es muss gesehen werden, dass es eine besondere Konstellation ist, die einem horizontalen *Solange*-Test unterworfen ist. Es geht nicht um vollständig harmonisierte Politik, sondern um einen Bereich, der durch die Koexistenz unabhängiger Politiken geprägt ist. Hier verlässt sich die Union zwar nicht auf die Ausübung autonomer Kompetenzen, sieht aber nur eine Verbindung der mitgliedstaatlichen Politiken vor. Deshalb dürfte die „N.S. Logik“ gerade dort vermehrt zum Einsatz kommen können, wo den Mitgliedstaaten mehr Kompetenzen verblieben sind. So spielt das gegenseitige Vertrauen im europäischen Strafrecht und im internationalen Privatrecht eine hervorgehobene Rolle. Hier wird inzwischen immer deutlicher, dass eine unwiderlegbare Vermutung der Vereinbarkeit nationaler Entscheidungen mit den Unionsgrundrechten, etwa für den Ausschluss einer Überprüfung der Anordnung der Rückführung eines entführten Kindes, an Grenzen stößt.⁹⁵ Will man entsprechend dem Entwicklungspfad der Unionsrechtsprechung vermeiden, dass ein Sekundärrechtsakt wegen eines Grundrechtsverstoßes aufgehoben wird, so bietet sich eine Überprüfungscompetenz der nationalen Gerichte an, im Falle „systemischer“ Grundrechtsgefährdungen die Unionsgesetzgebung unangewendet zu lassen. Für die Verallgemeinerung des horizontalen *Solange*-Prinzips spricht auch, dass, sollte

⁹³ A. Lübbe (Anm. 92), 105 (107). Verallgemeinern lässt sich diese (umstrittene) asylrechtliche Definition des systemischen Defizits nicht, vgl. A. v. Bogdandy/M. Ioannidis, Das systemische Defizit – Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, ZaöRV 74 (2014), 283 (293).

⁹⁴ EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10 *N.S.*, Slg. 2011, I-13991 Rn. 98, 108. Aufgegriffen in Art. 3 Abs. 2 der Dublin III-Verordnung, wonach der die Zuständigkeit prüfende Mitgliedstaat feststellen muss, ob die Aufnahmebedingungen „systemische“ Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Art. 4 GRCh mit sich bringen. Ein subjektives Recht des Asylbewerbers auf die Ausübung des Selbsteintritts soll es dagegen nicht geben, vgl. EuGH, Urt. 14.12.2013, Rs. C-4/11 *Puid* Rn. 26, 37.

⁹⁵ Überzeugend G. Britz, Grundrechtsschutz in der justiziellen Zusammenarbeit – zur Telfreizügigkeit in Familiensachen, JZ 68 (2013), 105 (108 ff.). Die EuGH-Rechtsprechung ist hier unnötig streng, vgl. etwa EuGH, Rs. C-491/10 *PPU Zarraga*, Slg. 2010, I-14247 Rn. 69 f. Sie droht in Konflikt mit der EGMR-Rechtsprechung zu treten, vgl. EGMR (GK), 13.12.2011, *X. v. Lettland*, Nr. 27853/09 Rn. 98, wonach die „automatische und mechanische“ Rückkehrentscheidung die prozessualen Garantien von Art. 8 EMRK verletzt. Für das Strafrecht *D. Sarmiento*, Reinforcing the (Domestic) Constitutional Protection of Primacy of EU Law: *Tribunal Constitucional*, CML Rev. 50 (2013), 1267 (1293 f.).

ein Mitgliedstaat ohne Überprüfung der offenkundigen Verletzung der Unionsgrundrechte eine Entscheidung aus einem anderen Mitgliedstaat automatisch vollstrecken, dies vom EGMR als Verletzung der Konventionsrechte angesehen werden könnte.⁹⁶

Zwar muss der EuGH seine Rechtsprechung besser auf die EGMR-Rechtsprechung zuschneiden. Schon der erreichte Stand ist jedoch in unionsverfassungsrechtlicher Hinsicht bemerkenswert. Wir kommen nicht nur zu einem Vorbehalt gegenüber dem Vorrang, sondern auch zu einer Modifizierung der *Foto-Frost*-Rechtsprechung, wonach es einem Mitgliedstaat untersagt ist, europäisches Sekundärrecht für ungültig zu erklären. Denn es gibt Entscheidungen, in denen die mitgliedstaatlichen Gerichte befugt sind, das mit dem Sekundärrecht verfolgte Ziel unter einer *selbst* vorgenommenen Überprüfung der Grundrechtslage im anderen Mitgliedstaat zurücktreten zu lassen. Dafür müssen sie gegebenenfalls das Vorlageverfahren nutzen, um dem EuGH seine Rolle als Wahrer der Unionsrechtsordnung zu belassen.

Entscheidend ist, dass neben den Dialog mit dem EuGH ein horizontaler Dialog der nationalen Gerichte tritt, die sich das Faktenmaterial der EGMR-Rechtsprechung zunutze machen können. Dieser Dialog kann eine Sensibilität der politischen Organe stärken, auf Unionsebene keine grenzenlosen Vertrauensbekundungen abzugeben, weil die darüber hergestellte Einheit unter dem Vorbehalt steht, dass es im Vollzug zu keinen systemischen Grundrechtsverletzungen kommt. *Iris Canor* spricht von einem "sanften" Konstitutionalismus.⁹⁷ Der EuGH wählt in *N.S.* nicht das hierarchische Vorrangprinzip, sondern stellt sich – anders als in *Melloni* – auf die konstitutionellen Sensibilitäten der Mitgliedstaaten ein und unterstreicht die Bedeutung des horizontalen Grundrechtsschutzes in der Ausübung nationaler Kompetenzen für das europäische Rechtssystem. Mit der Suspendierung von sekundärrechtlichen Verpflichtungen im Falle systemischer Mängel öffne der Gerichtshof eine Tür zum institutionellen Pluralismus, indem er es dem nationalen Gericht erlaube, das Rechtssystem eines anderen Mitgliedstaates auf dessen Einhaltung der wesentlichen Unionsgrundrechte zu kontrollieren.⁹⁸ Die Prinzipien dieses *horizontalen* Solange bieten, wie

⁹⁶ So bietet das italienische Asylsystem zu wenig Schutz für die familiengerechte Unterbringung von Kindern, vgl. EGMR (GK), 4.11.2014, *Tarakhel v. Schweiz*, Nr. 29217/12. Unter diesem Vorbehalt wird die Rechtsprechung des BVerwG in der Rezeption der EuGH-Rechtsprechung zu systemischen Mängeln des Asylverfahrens – vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.3.2014, 10 B 6/14 Rn. 5 ff. – gestellt.

⁹⁷ *I. Canor* (Anm. 90), 383 (419).

⁹⁸ *I. Canor* (Anm. 90), 383 (420). Gerade die Schwierigkeiten, jemandem das "letzte Wort" zuzuweisen, machen eine wohl dauerhafte Manifestation der pluralistischen Struktur

Canor bemerkt, für alle involvierten Gerichte in der arbeitsteiligen Grundrechtskonkretisierung den besten Weg, in einem pluralistischen Kontext das Versprechen des Konstitutionalismus zu erfüllen. Verfassungsrechtliche Argumente erhielten eine pluralistische Dimension in der Art, wie die Praxis in anderen Mitgliedstaaten aussieht. Das sei kein radikaler Pluralismus.⁹⁹ Denn das Risiko verfassungsrechtlicher Konflikte werde vom EuGH unter Kontrolle gehalten.¹⁰⁰ Vor dem Hintergrund eines europäischen Pluralismus der Grundrechtsordnungen ist dieser Ansatz überzeugend. Er macht auf die horizontale Dimension des Verfassungsverbundes und den Umstand aufmerksam, dass wir es mit permeablen Grundrechtsordnungen zu tun haben, in denen Antworten des nationalen Grundrechtsschutzes die Betrachtung anderer Rechtsordnungen mit deren Fähigkeit zur Einhaltung der Unionsgrundrechte voraussetzen.

IV. Ausblick

Für die Gerichte ist die Austarierung des Grundrechtsschutzes in Europa eine Daueraufgabe, doch es besteht kein Grund, mit dieser Aufgabe eine zentrale Instanz exklusiv zu betrauen.¹⁰¹ Der EuGH hat sich die Aufgabe des Grundrechtsschutzes mit den nationalen Verfassungsgerichten und dem EGMR zu teilen. Er hat in der Wahrung der Grundrechte die Kompetenzordnung zu achten und kann nicht an die Stelle der nationalen Verfassungsgerichte oder des EGMR treten, wodurch seine auf ein Zusammenspiel mit

des europäischen Rechts aus, vgl. *A. Stone Sweet*, A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe, *Global Constitutionalism* 1 (2012), 53 (65).

⁹⁹ Vgl. *N. Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, *M.L.R.* 65 (2002), 317 ff.; *N. Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, 69 ff., 225 ff.; *N. Krisch*, The Case for Pluralism in Postnational Law, in: G. de Búrca/J. H. H. Weiler (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, 203 ff.; *M. Avbelj*, Can European Integration be Constitutional and Pluralist – Both at the Same Time?, in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012, 381 ff.; krit. zur Verabschiedung des Konstitutionalisierungsparadigmas *D. Halberstam*, Systems Pluralism and Institutional Pluralism in Constitutional Law: National, Supranational and Global Governance, in: M. Avbelj/J. Komárek (Anm. 99), 85 (94 ff.); *C. Franzius*, Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, 2014, 98 ff. Wie hier für einen “dialogischen” Pluralismus *A. v. Bogdandy*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* XI, 2013, § 232 Rn. 32.

¹⁰⁰ *I. Canor* (Anm. 90), 383 (420).

¹⁰¹ Ringt man sich zu einer pluralistischen Deutung des Grundrechtsverbunds durch, kann es an die politische Theologie *Carl Schmitts* erinnernde “letzte Worte” nicht geben, vgl. *H. Hofmann*, Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet, *Der Staat* 44 (2005), 171 (185 f.).

ZaöRV 75 (2015)

den anderen Gerichten basierende Legitimation Schaden nehmen würde.¹⁰² Insoweit ist das differenzierungslose Festhalten des EuGH am Autonomiepostulat der Unionsrechtsordnung in ordnungsübergreifenden Grundrechtsfragen¹⁰³ kritikwürdig. Auch sieht es nicht so aus, dass er sich damit begnügen würde, eine Balance zwischen nationalen und unionalen Grundrechten unter dem Dach ebenenübergreifender EMRK-Mindeststandards finden zu wollen. Legitimation für eine offensive Grundrechtejudikatur ist aber nicht "autonom" unter Vernachlässigung der anderen Grundrechtsebenen zu erhalten. Sein Gutachten zur Primärrechtswidrigkeit des zweiten EMRK-Beitrittsabkommens sendet ein fatales Signal.¹⁰⁴

Das BVerfG, so heißt es, treibe die Sorge, sich eines Tages in der Rolle eines Landesverfassungsgerichts wiederzufinden. Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes lässt diese Sorgen unbegründet erscheinen. Auch der Vergleich mit dem amerikanischen Verfassungsrecht hat, nimmt man die zur Verfassungsidentität erstarkten Entwicklungspfade der Teilrechtsordnungen in den Blick, sicherlich Grenzen.¹⁰⁵ Das bedeutet nicht, dass sich der EuGH auf eine Zuschauerrolle beschränken oder als ein "Instanzgericht" im EMRK-Kontext begreifen sollte. Auch der Beitritt zur EMRK hätte nicht dazu geführt, dass die Unionsgrundrechte in den Konventionsrechten aufgehen. Dagegen spricht schon ihre dreifache, prinzipiell gleichrangige Abstützung in der EMRK, der Charta und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Insoweit behalten die Unionsgrundrechte einen Eigenwert.

Viel gewonnen wäre in der Diskussion über den Grundrechtsschutz in Europa, wenn man sich nicht nur auf die institutionelle Balance der Gerichte in der vertikalen Perspektive beschränken, sondern auch die Konsequen-

¹⁰² Vgl. *P. Cruz-Villalón*, Legitimität durch (Verfassungs)Gerichte? Vier Thesen, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, 274.

¹⁰³ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 *EMRK-Beitrittsabkommen*, Rn. 179 ff.

¹⁰⁴ Näher *C. Franzius* (Anm. 38), 139 (144 f.). Zur Kritik auch *M. Wendel*, Mehr Offenheit wagen! Eine kritische Annäherung an das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt, *VerfBlog* 2014/12/21, <<http://www.verfassungsblog.de>>.

¹⁰⁵ Vgl. *B. Grzeszick*, Pluralismus und Föderalismus in der deutschen Staatslehre an der Wende zum 20. Jahrhundert. Zum möglichen Ertrag verfassungshistorischer Vergleiche für Fragen der europäischen Integration, in: D. Heckmann/R. P. Schenke/G. Sydow (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel*, FS für Thomas Würtenberger, 2013, 193 (206 ff.). Mit der Due Process Clause des 14. Zusatzartikels der US-Verfassung liegt eine zumindest Art. 51 GRCh vergleichbare Norm vor. Art. 4 Abs. 2 EUV ist dagegen als Auslegungshilfe für Art. 53 GRCh mit der partiellen Ersetzung des Souveränitäts- durch den Identitätsbegriff ohne historisches Vorbild und für die EU muss sich die historische Entwicklung der USA nicht wiederholen.

zen für die horizontale Gewaltenbalance sehen würde.¹⁰⁶ Bislang war der EuGH von Zurückhaltung geprägt, Rat und Europäischem Parlament die politische Führung streitig zu machen. Sekundärrecht einer weitgehenden Grundrechtskontrolle zu unterwerfen und dem Gesetzgeber detaillierte Vorgaben zu machen, mag deutschen Juristen mit dem BVerfG als “Grundrechtsgericht” vertraut sein. Ob es ratsam ist, diesem Vorbild für die Union zu folgen und politische Diskurse in Grundrechtsdiskurse umzuformulieren, sollte freilich gut überdacht sein. Wer Grundrechte fordert, bekommt Gerichte.¹⁰⁷ Und ob die Gerichte die Legitimationsfragen der Mehrebenenordnung beantworten können, wird in anderen Mitgliedstaaten entschiedener als hierzulande bezweifelt.¹⁰⁸ Ein Stück weit könnten wir von diesen Zweifeln in Deutschland lernen.

¹⁰⁶ Statt vieler *J. Kühling*, Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgericht, *NVwZ* 33 (2014), 681 (684 f.).

¹⁰⁷ Vgl. *C. Franzius*, Europäische Verfassung als Rahmenordnung demokratischer Politik, Zur sozialen Gestaltungsfreiheit der europäischen Gesetzgeber in: *J. Bast/F. Rödl* (Hrsg.), *Wohlfahrtstaatlichkeit und soziale Demokratie in der Europäischen Union*, *EuR Beiheft* 1 (2013), 155 (163 ff.).

¹⁰⁸ Kaum etwas ist stärker entwicklungsgeschichtlich zu begreifen als das prekäre Verhältnis von Recht und Politik, vgl. *R. Wabl* (Anm. 1), 233 (235, 255 ff.).