

Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte

Grundlagen einer unionsrechtlichen *Solange*-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten

*Armin von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickschen, Simon Hentrei und Maja Smrkolj**

I.	Einleitung	46
II.	Drei Probleme des unionalen Grundrechtsschutzes gegenüber Mitgliedstaaten	49
	1. Medienfreiheit: Ein gefährdetes Grundrecht	50
	2. Grundrechte in den Mitgliedstaaten: (K)eine Angelegenheit der EU?	52
	3. Wo endet der "Anwendungsbereich" des Unionsrechts?	55
III.	Die Unionsbürgerschaft als dogmatische Grundlage für einen grundrechtlichen Wesensgehaltsschutz	58
	1. Die Idee einer europäischen Bürgerschaft	59
	2. Der "Kernbestand" der Unionsbürgerschaft	60
	3. Grundlegender Status und Grundrechte	63
IV.	Grundzüge einer umgekehrten <i>Solange</i> -Doktrin	66
	1. Artikel 2 EUV und der Wesensgehalt der Grundrechte	67
	2. Die Vermutung wesensgehaltkonformen Verhaltens	70
	3. Drei Einwände, drei Erwiderungen	73
V.	Ausblick: Eine neue Stufe im europäischen Verfassungspluralismus	77

Abstract

Der Beitrag entwirft einen innovativen Ansatz für den Schutz der EU-Grundrechte in den Mitgliedstaaten. Ausgangspunkt ist der an der Medienfreiheit illustrierte Befund, dass die Grundrechtslage in einigen Mitgliedstaaten zunehmend Anlass zur Sorge gibt. Die Kommission antwortet hierauf zurückhaltend und verweist auf den begrenzten Anwendungsbereich

* Prof. Dr. iur. Armin von Bogdandy ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und Präsident des OECD Kernenergiegerichts, Paris. Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickschen, Simon Hentrei und Maja Smrkolj sind wissenschaftlich Mitarbeitende am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Dieser Beitrag beruht auf einer umfassenderen Studie zur Medienfreiheit in der EU für das Auswärtige Amt. Dank für wertvolle Anregungen gilt Jürgen Bast, Jan Bergmann, Jochen von Bernstorff, Iris Canor, Matthias Goldmann, Gábor Halmai und Marc Jacob.

der Grundrechtecharta. Der EuGH reagiert hierauf, indem er im Interesse des Grundrechtsschutzes das Konzept des unionsrechtlichen “Anwendungsbereichs” überdehnt. Diese tatsächlichen Missstände und dogmatische Inkonsistenzen in der Rechtsprechung legen eine Modifizierung und Fortentwicklung des unionalen Grundrechtsschutzes gegenüber den Mitgliedstaaten nahe. Zu diesem Zweck schlägt dieser Beitrag vor, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft zusammenzuführen. Als “Rettungsschirm” schlägt der Beitrag vor, die “Wahrung der Menschenrechte” im Sinne von Art. 2 EUV auch in die Hände der Unionsbürger und nationalen Gerichte zu legen. Demnach wird der “Kernbestand” der Unionsbürgerrechte im Sinne der jüngsten EuGH-Rechtsprechung durch den in Art. 2 EUV geschützten Wesensgehalt der Grundrechte bestimmt und im Rahmen einer umgekehrten *Solange*-Doktrin als Vermutung gegenüber den Mitgliedstaaten positioniert: *Solange* die Mitgliedstaaten den durch Art. 2 EUV geschützten Wesensgehalt der Grundrechte gewährleisten, bleiben sie außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta autonom. Wird diese Vermutung wesensgehaltskonformen Verhaltens allerdings widerlegt, ist es Aufgabe der nationalen Gerichte mit der Rückendeckung des EuGH, dem Einzelnen zu seinen grundlegenden Rechten zu verhelfen.

I. Einleitung

Die Stellung der Grund- und Menschenrechte im europäischen Rechtsraum zeichnet eine tiefe Ambivalenz aus. Auf der einen Seite haben diese Rechte ihr früheres Schattendasein im Unionsrecht hinter sich gelassen.¹ Jüngste Meilensteine sind das Inkrafttreten der Grundrechtecharta (GRC) und der anstehende Beitritt der EU zur EMRK. Die Union bekennt sich sogar zu dem Ziel, den Menschenrechten weltweit zur Geltung zu verhelfen (Art. 21 Abs. 2 *lit.* b) EUV),² und tritt gegenüber Beitrittskandidaten als

¹ Mit einem wirkmächtigen Plädoyer *P. Alston/J. H. H. Weiler*, An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy, EJIL 9 (1998), 658; für die Berücksichtigung im Rahmen von legislativen Folgenabschätzungen siehe Europäische Kommission, Commission Staff Working Paper – Operational Guidance on Taking Account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments, SEC (2011) 567 final, 6.5.2011; mit einem historischen Überblick über die frühe politische Entwicklung *J. Rideau*, Le rôle de l’Union européenne en matière de protection des droits de l’homme, 1999, 29 f.

² Dazu *F. Hoffmeister*, Menschenrechts- und Demokratiekláuseln in den vertraglichen Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft, 1998; *D. Zaru*, EU Reactions to Violations of Human Rights Norms by Third States, European Yearbook on Human Rights (2011), 225.

strenger Prüfer auf.³ Nach Art. 2 EUV *gründet* sich die Union insgesamt auf den Menschenrechtsschutz. Auf der anderen Seite gibt die Grundrechtslage in einigen Mitgliedstaaten erheblichen Anlass zur Sorge. Diskutiert wurde dies bislang vor allem für die Situation von Migranten und Minderheiten.⁴ Dieser Beitrag richtet sein Augenmerk auf ein anderes Problemfeld: die Medienfreiheit.

Die EU reagiert auf Grundrechtsprobleme in den Mitgliedstaaten bislang kaum,⁵ obwohl sie gemäß Art. 7 EUV Verantwortung für die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen trägt. Der Schutz liegt in den Händen nationaler und internationaler Institutionen. Über die rechtlichen und politischen Gründe dafür lässt sich viel spekulieren.⁶ Sicherlich ist das in Art. 7 EUV vorgesehene Verfahren überaus schwerfällig und kaum problemadäquat.⁷ Die Kommission, als "Hüterin der Verträge" nun auch in der Verantwortung für die Grundrechtecharta, scheint zudem zurückhaltend, den politisch sensiblen Vorwurf einer Grundrechtsverletzung zu erheben. Den Binnenmarkt zu schützen, entspricht offenbar mehr ihrem Selbstverständnis.⁸ Allgegenwärtig ist dabei die Beteuerung, der begrenzte Anwendungsbereich der EU-Grundrechte erlaube kein anderes Vorgehen.⁹

³ Näher *G. de Búrca*, *Beyond the Charter. How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union*, *Fordham Int'l L. J.* 27 (2004), 679 (699 f.).

⁴ Siehe etwa die Briefe des Menschenrechtskommissars des Europarates an den bulgarischen (17.11.2010, CommDH [2010] 47) und den Rumänischen Premierminister (7.10.2010, CommDH [2010] 53), insbesondere hinsichtlich der Lage ethnischer und religiöser Minderheiten, sowie an den italienischen Innenminister (25.8.2009, CommDH [2009] 40 und 2.7.2009, CommDH [2010] 23) zur Behandlung von Einwanderern und Asylsuchenden. Zum 2010 bekannt gewordenen Fall der Roma in Frankreich *M. Dawson/E. Muir*, *Individual, Institutional and Collective Vigilance in Protecting Fundamental Rights in the EU: Lessons from the Roma*, *CML Rev.* 48 (2011), 751; zur Lage in griechischen Flüchtlingslagern, UN High Commissioner for Refugees, *Observations on Greece as a Country of Asylum*, December 2009, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b4b3fc82.html>; EGMR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 21.1.2011, (noch nicht in Slg.).

⁵ Zu dieser Diskrepanz zwischen Beitritts- und Mitgliedstaaten *A. Albi*, *Ironies in Human Rights Protection in the EU. Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums*, *ELJ* 15 (2009), 46 (48 f.); *C. Hillion*, *Enlargement of the European Union – The Discrepancy between Membership Obligations and Accession Conditions as Regards the Protection of Minorities*, *Fordham Int'l L. J.* 27 (2004), 715 f.; *A. Williams*, *EU Human Rights Policies: A Study in Irony*, 2004, 97 f.

⁶ Etwa *S. Greer/A. Williams*, *Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?*, *ELJ* 15 (2009), 462 (473).

⁷ Sehr kritisch *S. Greer/A. Williams* (Anm. 6), 474: "dead letter"; näher noch unten II. 2.

⁸ Kritisch Europäisches Parlament, Entschließung vom 10.3.2011 zum ungarischen Mediengesetz, Rn. 3, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0094+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>.

⁹ Siehe die Rede von *N. Kroes* in der außerordentlichen Sitzung des LIBE-Ausschusses des Europäischen Parlaments, Straßburg, 17.1.2011, *SPEECH/11/22*, abrufbar unter <http://>

Nach herkömmlicher Lesart ist eine solche Zurückhaltung in der Tat kein Defizit, sondern angesichts der in Art. 4 Abs. 2 EUV gewährleisteten Verfassungsautonomie erforderlich.¹⁰ Allerdings erscheint es uns angesichts jüngerer Entwicklungen an der Zeit, dieses Verständnis fortzuentwickeln und auszudifferenzieren. Dies ist sowohl aus der Perspektive der Grundrechtsbetroffenen als auch in systemischer Hinsicht geboten: Eine massive Verschlechterung der Grundrechtslage in einigen Mitgliedstaaten gefährdet letztlich die Grundlagen der Union, etwa das Prinzip gegenseitiger Anerkennung¹¹ oder die Prämisse, dass die Union legitimatorisch auf funktionierende politische Systeme ihrer Mitgliedstaaten aufbauen kann.¹²

Die von uns vorgeschlagene Fortentwicklung lautet, die "Wahrung der Menschenrechte" i. S. v. Art. 2 EUV auch in die Hände der Unionsbürger und nationaler Gerichte zu legen. Dies ist ein bewährter Mechanismus, der seit *Van Gend en Loos* zum Einsatz kommt: Es wird "die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen" genutzt.¹³ Anknüpfungspunkt ist die jüngste Rechtsprechung im Fall *Ruiz Zambrano*: Laut EuGH "steht Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird".¹⁴ Dieser "Kernbestand", so wird im Folgenden gezeigt, muss unserer Auffassung nach den Wesensgehalt der Grundrechte umfassen, wie ihn Art. 2 EUV zum Maßstab jeglicher Hoheitsgewalt im europäischen Rechtsraum macht. Ein mitgliedstaatlicher Eingriff in diesen Wesensgehalt, auch in den vielbeschworenen "rein innerstaatlichen Sachverhalten", kann dann als Verletzung

europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/22&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=de.

¹⁰ So J. H. H. Weiler, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries*, in: J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, 1999, 102 (105 f.); A. von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization?*, *CML Rev.* 37 (2000), 1307 (1316 f.); M. Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl., 2011, Art. 51 GRC Rn. 24 a; C. Schönberger, *Unionsbürger*, 2005, 128 f.

¹¹ Dazu EuGH Rs C-411 & 493/10, Slg. 2011, I-0000, Rn. 83 – *N.S.*; auch das Bundesverfassungsgericht ließ bereits verlauten, dass die Einhaltung der Werte des Art. 2 EUV durch andere Mitgliedstaaten Bedingung für die Kooperation deutscher Behörden im Rahmen des Europäischen Haftbefehls sei. Siehe BVerfGE 113, 273 (301) (*Europäischer Haftbefehl*), Rn. 78.

¹² Dazu A. von Bogdandy, *The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship*, *EJIL* 19 (2008), 241.

¹³ EuGH Rs C-26/62 Slg. 1963, 1, Rn. 24 – *Van Gend en Loos*.

¹⁴ "[...] l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union." EuGH Rs C-34/09 Slg. 2011, I-0000, Rn. 42 – *Ruiz Zambrano*.

des Kernbestands der Unionsbürgerschaft angesehen werden. Darauf aufbauend entwirft dieser Beitrag eine "umgekehrte" *Solange*-Doktrin, nunmehr der europäischen gegenüber der mitgliedstaatlichen Ebene: Außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta bleibt ein Mitgliedstaat grundrechtlich autonom, *solange* er den Standard des Art. 2 EUV gewährleistet. Die Einhaltung wird vermutet. Sollte diese Vermutung jedoch widerlegt werden, können mitgliedstaatliche Gerichte die Wesensgehalte der unionsrechtlichen Grundrechte gegen jegliche mitgliedstaatliche Maßnahme durchsetzen, worauf der Einzelne aufgrund seines Unionsbürgerstatus ein einklagbares Recht hat.

Dieser Vorschlag zielt auf eine bedeutende Rechtsfortbildung und bedarf daher umsichtiger dogmatischer Entfaltung. Der erste Abschnitt zeigt am Beispiel der Medienfreiheit die Problematik des bisherigen EU-Grundrechtsschutzes gegenüber den Mitgliedstaaten (II.). Der zweite Schritt gilt der bisherigen Entwicklung und dem derzeitigen Stand der Unionsbürgerschaft als dogmatischem Anknüpfungspunkt (III.). Anschließend werden die wesentlichen Elemente unseres Vorschlags ausgearbeitet und potentielle Einwände entkräftet (IV.), bevor der Beitrag mit einem Ausblick auf das Konzept des Verfassungsppluralismus schließt (V.).

II. Drei Probleme des unionalen Grundrechtsschutzes gegenüber Mitgliedstaaten

Die Entwicklung von Grundrechten durch den EuGH wurde weithin als entscheidender Schritt zu einer begrüßenswerten Konstitutionalisierung der EU gepriesen.¹⁵ Dass sich die spätere Rechtsprechung dann partiell auch auf mitgliedstaatliches Handeln erstreckte, stieß demgegenüber auf Skepsis.¹⁶ In der Tat ist in einer auf Verfassungsppluralismus geeichten Union¹⁷ die zentrale Durchsetzung von Grundrechten ein hochsensibles Thema. Dass es

¹⁵ Siehe nur die Beiträge von *J. N. Cunha Rodrigues*, *T. Tridimas*, *M. Kumm* und *B.-O. Bryde*, in: *M. Maduro/L. Azoulai* (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law*, 2010, 87 f.

¹⁶ Mit einem Überblick über die diesbezügliche Debatte im Grundrechtekonvent *M. Borowsky* (Anm. 10), Rn. 24 a.

¹⁷ Zu diesem Konzept *N. MacCormick*, *Beyond the Sovereign State*, *Modern Law Review* 56 (1993), 1 (6, 9); *M. Maduro*, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in: *N. Walker* (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, 501; *N. Walker*, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Review* 65 (2002), 317; *M. Kumm*, *Who Is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, *CML Rev.* 36 (1999), 351.

gleichwohl notwendig ist, erneut in diese schwierigen Gewässer aufzubrechen, zeigt der folgende Abschnitt. Zunächst kommt die kritische Situation der Medienfreiheit in einigen Mitgliedstaaten zur Sprache (1.). Der zweite Schritt erörtert, warum hiervon die Union selbst betroffen ist (2.). Schließlich wird die bisherige Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten skizziert, die eine Reihe von Problemen aufweist (3.).

1. Medienfreiheit: Ein gefährdetes Grundrecht

Die Freiheit der Medien ist „wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft“.¹⁸ Gleichwohl sehen maßgebliche Institutionen im europäischen Rechtsraum die Freiheit der Medien gefährdet: Bereits 2004 veröffentlichte der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) des Europäischen Parlaments einen Bericht, der insbesondere Beeinträchtigungen des Medienpluralismus in Italien und anderen Mitgliedstaaten gewidmet war.¹⁹ Alarmiert ist auch das Plenum des Europäischen Parlaments in seiner Entschließung zur ungarischen Mediengesetzgebung, verbunden mit dem Ersuchen an die Europäische Grundrechteagentur, einen jährlichen Bericht zur Situation der Medienfreiheit in den Mitgliedstaaten zu erstellen.²⁰ Mehrere Nichtregierungsorganisationen teilen diese kritische Einschätzung. Die von ihnen erstellten Ranglisten zur Pressefreiheit verzeichnen einen signifikanten Abstieg einiger EU-Mitgliedstaaten.²¹ Vor allem aber sind es internationale Institutionen, etwa der Europarat und die OSZE, deren jüngste Berichte Probleme der Medienfreiheit in der EU beleuchten, wie Medienkonzentration, offene politische Einflussnahme auf öffentlichen und privaten Rundfunk, unverhältnismäßige Sanktionen, die Zweckentfremdung von Antiterrorgesetzgebung gegen die Presse, unzureichender Quellenschutz und nicht aufgeklärte Gewaltakte gegen Journalis-

¹⁸ EuGH Rs C-71/02 Slg. 2004, I-3025, Rn. 50 – *Karner*; EGMR, *Handyside v. UK*, 7.12.1976, Series A No. 24, Rn. 49.

¹⁹ LIBE, Bericht zu Gefahren der Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, Doc. A5-0230/2004 (Final). Dieser führte zu einer entsprechenden Entschließung des EP, ABl. C 104 E vom 30.4.2004, 1026.

²⁰ Siehe die Präambel der Entschließung, oben Anm. 8.

²¹ Im „World Press Index 2010“ der Nichtregierungsorganisation „Reporter ohne Grenzen“ werden zwar 13 EU-Mitgliedstaaten unter den „Top 20“ geführt, andere dagegen rangieren erschreckend weit unten, darunter Spanien (39.), Frankreich (44.), Italien (49.), Rumänien (52.) und Griechenland sowie Bulgarien (70.), abrufbar unter <http://en.rsf.org/press-freedom-index-2010,1034.html>. Ähnlich der Bericht von Freedom House, *Freedom of the Press 2011: A Global Survey of Media Independence*, 2.5.2011, abrufbar unter www.freedomhouse.org.

ten.²² Einige dieser Aspekte sind besonders besorgniserregend mit Blick auf die Mediengesetze in Ungarn.²³

Wohlgemerkt: Es wird hier nicht behauptet, die Zeiten autoritärer Regime und der Zensur seien nach Europa zurückgekehrt. Der europäische Rechtsraum zeichnet sich im Allgemeinen weiterhin durch ein hohes Maß an Medienfreiheit aus. Trotzdem bleibt die Frage, wie den skizzierten, beunruhigenden Entwicklungen am besten zu begegnen ist. Zahlreiche Missstände waren bereits Gegenstand von Verfahren vor dem EGMR oder könnten dies noch werden.²⁴ Dieser macht sicher einen gewichtigen Teil der Antwort aus, ist doch sein Beitrag für den Menschenrechtsschutz und die Herausbildung gemeineuropäischer Verfassungsprinzipien unbestritten.²⁵ Die folgenden Ausführungen werden jedoch darlegen, warum und wie eine ergänzende Strategie mit unionsrechtlichen Instrumenten angestrebt werden sollte.

²² Siehe dazu Parlamentarische Versammlung des Europarates, Ausschuss für Kultur, Wissenschaft und Bildung, Respect for Media Freedom, 6.1.2010, Doc. 12102, abrufbar unter <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12102.htm>; Menschenrechtskommissar des Europarates, Opinion on Hungary's Media Legislation in Light of Council of Europe Standards on Freedom of the Media, CommDH(2011)10, 25.2.2011, abrufbar unter <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1751289>; OSZE, Analysis of the Hungarian Media Legislation, 28.2.2011, abrufbar unter <http://www.osce.org/fom/75990>.

²³ Act CLXXXV of 2010 on media services and mass media vom 31.12.2010, geändert durch Act XIX vom 22.3.2011 und Act CIV of 2010 on the freedom of the press and the fundamental rules on media content vom 9.11.2010, geändert durch Act XIX vom 22.3.2011; Übersetzungen der ungarischen Regierung ins Englische unter http://www.kormany.hu/download/c/b0/10000/act_civ_media_content.pdf; <http://www.nmhh.hu/dokumentum.php?cid=25694&letolt> und <http://www.kormany.hu/download/1/8c/10000/sz%C3%B6vegszer%C5%B1%20v%C3%A1ltozat.doc>. Für eine Analyse siehe Council of Europe, Opinion of the Commissioner for Human Rights on Hungary's Media Legislation in Light of Council of Europe Standards on Freedom of the Media, CommDH(2011)10, 25.2.2011. Einige, jedoch nicht alle kritischen Punkte der Gesetze hat das ungarische Verfassungsgericht mit Urteil vom 19.12.2011 für verfassungswidrig erklärt. Es ist noch keine Übersetzung des Urteils vorhanden.

²⁴ Siehe etwa EGMR, *Gutiérrez Suárez v. Spain*, 1.6.2010 (noch nicht in Slg.); EGMR, *Karsai v. Hungary*, 1.12.2009 (noch nicht in Slg.); EGMR (GK), *Goodwin v. UK*, 27.3.1996, ECHR 1996-II; EGMR (GK), *Tillack v. Belgium*, 27.11.2007, ECHR 2007-XIII.

²⁵ Dazu J. A. Frowein, The Transformation of Constitutional Law Through the European Convention of Human Rights, Is. L. R. 41 (2008), 489; D. Harris/M. O'Boyle/C. Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. 2009, 30 f.; L. Scheeck, The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights, ZaöRV 65 (2005), 837.

2. Grundrechte in den Mitgliedstaaten: (K)eine Angelegenheit der EU?

Inwieweit sind Grundrechtsdefizite in den Mitgliedstaaten eine Angelegenheit des Unionsrechts? Diese Frage wird kontrovers diskutiert.²⁶ Nach einer engen funktionalistischen Lesart dienen die EU-Grundrechte vor allem der Sicherung von Vorrang und einheitlicher Anwendung des Unionsrechts.²⁷ Eine Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten scheint demnach nur insoweit gerechtfertigt, als diese durch Unionsrecht determiniert sind. Letztlich zielt der Grundrechtsschutz wiederum auf die Union als Adressaten.

Diese Ansicht kann jedoch heute nicht mehr überzeugen: Die Union ist kein funktionaler, allein auf Marktintegration ausgerichteter "Zweckverband".²⁸ Angesichts ihrer Kompetenzbreite muss man sie als zieloffenes Gemeinwesen ansehen, in dem Entscheidungen größter gesellschaftlicher Wichtigkeit getroffen werden. Dies spiegelt sich nicht zuletzt darin wider, dass Binnenmarkt und wirtschaftlicher Fortschritt – für 50 Jahre primäre Ziele der Integration – sich nun in Art. 3 EUV erst an dritter Stelle wiederfinden, während die Union zuallererst "den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern" hat. Der immense Einfluss der Union auf die Lebensverhältnisse ihrer Bürger stellt sie vor erhöhte Legitimitätsanforderungen. Eine Antwort darauf können EU-Grundrechte sein, welche die Autonomie des Einzelnen stärken.²⁹ Grundrechte haben aber auch eine zweite, Demokratie ermöglichende Funktion: Ausweislich des Titels II des EUV beruht die demokratische Legitimation der EU auf zwei Strängen. Der eine führt direkt über das Europäische Parlament zu den politischen Prozessen auf EU-Ebene, der andere erfolgt über die nationalen

²⁶ Siehe dazu *J. H. H. Weiler* (Anm. 10), 119 f.; *P. Eeckhout*, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, *CML Rev.* 39 (2002), 945; *J. Kübling*, *Grundrechte*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, 657 ff.; *M. Borowsky* (Anm. 10).

²⁷ Mit dieser Prämisse etwa *J. Coppel/A. O'Neill*, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, *CML Rev.* 29 (1992), 669; in der neueren Literatur *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEU*, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRC Rn. 11 f.; *H. J. Papier*, *Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeiten*, *DVBl* 124 (2009), 473 (480).

²⁸ *H. P. Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 197; ähnlich ("regulatory state") *G. Majone*, *The European Community as a Regulatory State*, in: *Collected Courses of the Academy of European Law*, Bd. 1, 1994, 321.

²⁹ So *D. Chalmers*, *Looking Back at ERT and Its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda*, in: M. Maduro/L. Azoulay (Anm.15), 148.

politischen Systeme (Art. 10 Abs. 2 EUV).³⁰ Ausgangspunkt beider Stränge ist letztlich das Individuum, d. h. der Unionsbürger und gleichzeitig Staatsangehöriger der Mitgliedstaaten.³¹ Dessen Beteiligung an den politischen Prozessen der Union und der Mitgliedstaaten wird ermöglicht und geschützt durch Grundrechte.³² Für die Medienfreiheit bedarf dies keiner weiteren Erklärung: Die Demokratie in der EU wäre ernsthaft beeinträchtigt, wenn Unionsbürger ihre Meinung in Mitgliedstaaten nicht frei ausdrücken oder sich nicht durch unabhängige Medien informieren könnten.³³

Die zentrale Durchsetzung eines einheitlichen Grundrechtsstandards gegenüber den Mitgliedstaaten birgt aber die Gefahr weiterer Zentralisierung.³⁴ Eine bundesstaatliche Entwicklung der EU nach dem Vorbild der USA oder Deutschland wird derzeit allgemein abgelehnt: "In Vielfalt geeint" ist ihr Leitspruch und Pluralismus sowie Achtung der mitgliedstaatlichen nationalen Identität sind in ihr Verfassungsrecht eingeschrieben (Art. 2 und 4 Abs. 2 EUV). Entsprechend sehen die Verträge keine umfassende Bindung der Mitgliedstaaten an den grundrechtlichen *Acquis* vor, wie er in Art. 6 Abs. 1 EUV und der Grundrechtecharta seinen Ausdruck gefunden hat. Stattdessen sind die Mitgliedstaaten "ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union" an die Grundrechte der Charta gebunden (Art. 51 Abs. 1 GRC).

Art. 51 Abs. 1 GRC regelt diese Frage aber nicht abschließend. Außerhalb seines Anwendungsbereichs sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 EUV generell zur "Wahrung der Menschenrechte" verpflichtet und gemäß Art. 7 EUV einem politischen Durchsetzungsmechanismus unterworfen.³⁵ Diese Verpflichtung ist kein trojanisches Pferd eines europäischen Superstaats,³⁶ sondern eine Funktionsbedingung für ein komplexes Gemeinwe-

³⁰ A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, 556 f.

³¹ J. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, 2011, 67; S. Dellavalle, *Between Citizens and Peoples*, *Annual of German & European Law* II/III (2004/2005), 171; A. Kemmerer, *Legitimationssubjekte: Staatsbürger und Unionsbürger*, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, 204 (205 ff.); I. Pernice, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 148 (160); anders freilich aus staatsrechtlicher Sicht *BVerfGE* 123, 267, Rn. 231 und 280.

³² J. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, 175 f.

³³ Ebenso S. Kadelbach, *Unionsbürgerschaft*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Anm. 26), 611 ff.

³⁴ Näher J. A. Frowein/S. Schulhofer/M. Shapiro, *The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration*, in: M. Cappelletti/M. Seccombe/J. Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law*, Bd. 1, 1986, 231; P. M. Huber, *Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte*, *NJW* 64 (2011), 2385 (2386).

³⁵ Siehe noch unten IV. 1.

³⁶ Siehe zu solchen Befürchtungen D. Murswiek, *Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung*, *NVwZ* 28 (2009), 481.

sen.³⁷ Der Mechanismus des Art. 7 EUV leidet allerdings an erheblichen Schwächen. Problematisch ist nicht, dass er noch nie in der Praxis angewendet wurde;³⁸ zu Recht ist er auf seltene Ausnahmefälle zugeschnitten.³⁹ Seine Ausgestaltung weckt aber bei den Mitgliedstaaten Erwartungen, dass er niemals angewendet werden *wird*.⁴⁰ Was auf den ersten Blick als sinnvoller Raum politischer Opportunitätserwägungen erscheinen mag, birgt in der Praxis die substantielle Gefahr, zur mitgliedstaatlichen Gewohnheit gegenseitigen “Wegschauens” zu führen. Die allgemeine Zurückhaltung gegenüber dem Verfahren des Art. 259 AEUV (Vertragsverletzungsverfahren auf Antrag eines Mitgliedstaats) ist bekannt.⁴¹ Zudem baut die einer Rüge nach Art. 7 EUV inhärente Stigmatisierung eine hohe Hemmschwelle auf: Die Kommission, anfänglich noch bereitwillig,⁴² scheint inzwischen dem Mechanismus eher abgeneigt und plädiert für eine äußerst restriktive Interpretation.⁴³ Die Erfahrungen der *Haider*-Affäre haben offenbar bei den Mitgliedstaaten wie den EU-Organen deutliche Spuren hinterlassen.⁴⁴

³⁷ GA *Maduro* in EuGH Rs C-380/05 Slg. 2008 I-349, Rn. 19 – *Centro Europa 7*.

³⁸ Die Handlungen gegen Österreich im Jahr 2000 nach der Wahl *Jörg Haider*s waren unilaterale Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Siehe dazu *W. Sadurski*, Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider, *Columbia Journal of European Law* 16 (2009-2010), 385 (400); *F. Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, 2002.

³⁹ *W. Sadurski* (Anm. 38), 423.

⁴⁰ Mit der Diagnose, dass Art. 7 EUV eher symbolischen Charakter habe, *O. de Schutter*, Les droits fondamentaux dans le traité d’Amsterdam, in: Y. Lejeune (Hrsg.), *Le traité d’Amsterdam*, 1998, 153 (179 f.); *T. Stein*, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat, in: V. Götz/P. Selmer/R. Wolfrum (Hrsg.), *Liber amicorum Günther Jaenicke – zum 85. Geburtstag*, 1998, 871 (898); *J. Crawford*, Democracy and the Body of International Law, in: G. H. Fox/B. R. Roth (Hrsg.), *Democratic Governance and International Law*, 2000, 91, 112 Anm. 85.

⁴¹ Dazu *K. Lenaerts*, *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl. 2006, 148.

⁴² Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zu Artikel 7 des Vertrags über die Europäische Union, 15.10.2003, KOM/2003/606 final, 3.

⁴³ “The clause only would apply if there was a complete breakdown of national jurisdictional orders and fundamental rights systems.” Freedom of Expression and Information in Italy: Declaration in the European Parliament Plenary by EU Media Commissioner Viviane Reding, 8.10.2009, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20091008+ITEM-005+DOC+XML+V0//EN&language=EN>.

⁴⁴ Ausweislich des Berichts der “Drei Weisen” wurden die ergriffenen Maßnahmen in der österreichischen Öffentlichkeit als politisch motivierte Sanktionen durch ausländische Regierungen gegen die österreichische Bevölkerung wahrgenommen und führten so zur Stärkung nationalistischer Ressentiments. Siehe *M. Abtisaari/J. Frowein/M. Oreja*, Bericht über das Eintreten der österreichischen Regierung für die gemeinsamen europäischen Werte, angenommen in Paris am 8.9.2000, Rn. 116.

3. Wo endet der “Anwendungsbereich” des Unionsrechts?

Wie in vielen anderen Konstellationen bahnt der EuGH mittels einer beständigen Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte einen Weg, tatsächlichen oder vermeintlichen Defiziten zu begegnen. Wenngleich es überzeugt, einen hohen Grundrechtsstandard anzustreben, bedarf es eines Pfads, der das Ziel nicht zulasten dogmatischer Konsistenz und der Achtung nationaler Identitäten erreicht.

Nach ständiger Rechtsprechung gelten die EU-Grundrechte für die Mitgliedstaaten nur im “Anwendungsbereich” des EU-Rechts.⁴⁵ Dies umfasst im Wesentlichen drei Konstellationen. Die erste besteht in der bloßen Durchführung unionsrechtlicher Vorgaben durch mitgliedstaatliche Stellen.⁴⁶ Diese sogenannte “agency”-Situation ist unbestritten, handeln hier doch die Mitgliedstaaten quasi stellvertretend für die Union.⁴⁷ Die zweite Konstellation umfasst die Umsetzung von Unionsrecht durch den nationalen Gesetzgeber. Hier kontrolliert der EuGH nationale Maßnahmen an europäischen Grundrechten auch dann, wenn unionsrechtlich nur eine Mindestharmonisierung vorgesehen oder ein mitgliedstaatlicher Ermessensspielraum eingeräumt ist.⁴⁸ Diese Rechtsprechung ist in der Literatur umstritten.⁴⁹ Sie kann aber durch die Erwägung gerechtfertigt werden, dass EU-Sekundärrecht nicht die Mitgliedstaaten ermächtigen kann, EU-Grundrechte zu verletzen.⁵⁰ Im hier interessierenden Fall der Medienfreiheit ist es die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, die für nationale Umsetzungsmaßnahmen den Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 2 GRC eröffnet.⁵¹ Allerdings findet die Richtlinie gemäß ihres Art. 1 nur auf audiovisu-

⁴⁵ EuGH Rs C-299/95 Slg. 1997, I-2629, Rn. 15 – *Kremzow*; Rs C-60 & 61/84 Slg. 1985, 2605, Rn. 26 – *Cinéthèque*.

⁴⁶ EuGH Rs C-5/88 Slg. 1989, 2609, Rn. 19 – *Wachauf*; Rs C-201/85 Slg. 1986, 3477, Rn. 9-11 – *Klensch*; Rs. C-2/92 Slg. 1994, I-955, Rn. 16 – *Bostock*.

⁴⁷ Siehe *J. Kühling* (Anm. 26), 680 f.

⁴⁸ EuGH Rs C-442/00 Slg. 2002, I-11915, Rn. 31 – *Rodríguez Caballero*; Rs C-276/01 Slg. 2003, I-3735, Rn. 69 f. – *Steffensen*; Rs C-379 & C-380/08 Slg. 2010, I-0000, Rn. 79 – *ERG*.

⁴⁹ Siehe *S. Callies*, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte, JZ 64 (2009), 113.

⁵⁰ *J. Kühling* (Anm. 26), 682; EuGH Rs C-540/03 Slg. 2006, I-5769, Rn. 103 f. – *Parliament/Council*.

⁵¹ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. 2010 L 95/1. Wie Artikel 4 Abs. 1 in Erinnerung ruft: “Die Mitgliedstaaten können Mediendiensteanbieter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen nachzukommen, sofern diese Vorschriften im Einklang mit dem Unionsrecht stehen.” (Hervorhebung)

elle Medien Anwendung, d. h. im Wesentlichen Fernsehen und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf. Mitgliedstaatliche Eingriffe in die Presse, Online-Presse oder das Radio werden daher nicht von dieser Konstellation erfasst.⁵²

Mit Blick auf solche Begrenzungen des Anwendungsbereichs tendiert der EuGH in jüngerer Zeit dazu, diese zweite Konstellation noch weiter auszuweiten. So legte er in *ORF* den Anwendungsbereich einer Richtlinie sehr extensiv aus, offenbar als Türöffner für eine Grundrehtediskussion.⁵³ Nach der *Küçükdeveci*-Rechtsprechung erfasst der Begriff der "Umsetzung" sogar vorher existierende mitgliedstaatliche Gesetzgebung, die durch einen EU-Rechtsakt geregelte Bereiche berührt.⁵⁴ Dies ist allerdings kaum zu begründen, was das Schweigen des Gerichtshofs zur dogmatischen Grundlage erklärt. Zu Recht wird diese Rechtsprechung in der Literatur kritisiert.⁵⁵ Jüngst scheinen die Richter stärker die Grenzen ihrer Zuständigkeit zu betonen, bislang jedoch nur mit rhetorischen Konsequenzen.⁵⁶

Am umstrittensten ist die dritte Konstellation: Nach der *ERT*-Doktrin müssen sich nationale Beschränkungen eines unional gewährten Rechts an den EU-Grundrehten messen lassen.⁵⁷ Diese Doktrin war immer schon Gegenstand einer Kritik,⁵⁸ die nunmehr aus dem Art. 51 Abs. 1 GRC zusätzliche Argumente ableitet.⁵⁹ Zu den Schwächen dieser Rechtsprechung

durch Verfasser). Einen aktuellen Beispielfall liefert die ungarische Mediengesetzgebung, die in Umsetzung von Art. 28 der Richtlinie bestimmte Medien zu einer "ausgewogenen Berichterstattung" verpflichtet. Siehe dazu den Brief von *Neelie Kroes* an die ungarische Regierung; abrufbar unter <http://nol.hu/media/file/attach/61/10/00/000001061-1855.pdf>.

⁵² Einige EU-Rechtsakte decken weitere Randaspekte des Medienrechts ab. Vgl. Art. 9 der Richtlinie 95/46/EG, Abl. 1995 L 281/31, der ein spezielles Verfahren für die Verarbeitung personenbezogener Daten vorsieht, die allein zu journalistischen Zwecken erfolgt. Siehe zu EU-Kompetenzen im Medienrecht *C. Drechsler*, Verantwortung der Europäischen Union für eine freie Berichterstattung in den Medien, *Osteuropa-Recht* 57 (2011), 53.

⁵³ EuGH Rs C-465/00 Slg. 2003, I-4989, Rn. 31-47 – *ORF*; kritisch *C. D. Classen*, Annotation, *CML Rev.* 41 (2004), 1377 (1381 f.).

⁵⁴ EuGH Rs C-555/07 Slg. 2010, I-0000, Rn. 23-26 – *Küçükdeveci*; das geht noch über das Urteil in der Rs C-144/04 Slg. 2005, I-9981, Rn. 51 – *Mangold* hinaus.

⁵⁵ Siehe z. B. *L. Manthey/C. Unseld*, Grundrechte vs. "effet utile" – Vom Umgang des EuGH mit seiner Doppelrolle als Fach- und Verfassungsgericht, *ZEuS* 14 (2011), 323 (334 f.).

⁵⁶ Siehe EuGH Rs C-400/10 PPU Slg. 2010, I-0000, Rn. 52 ff – *McB*.

⁵⁷ EuGH Rs C-260/89 Slg. 1991, I-2925, Rn. 43 – *ERT*; Rs C-368/95 Slg. 1997, I-3689 – *Familiapress*; Rs C-245/01 Slg. 2003, I-12489 – *RTL Television*.

⁵⁸ Etwa *F. Jacobs*, Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice, *EL Rev.* (2001), 331 (337); *P. M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der *ERT*-Rechtsprechung, *EuR* 43 (2008), 190; *H. Sommer*, Bausteine eines Grundrechtskollisionsrechts für das europäische Mehrebenensystem, *EuGRZ* 38 (2011), 195 (196).

⁵⁹ Siehe *M. Borowsky* (Anm. 10), Rn. 29 f.; *F. Picod*, in: L. Burgorgue-Larsen *et al.* (Hrsg.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Partie II La Charte des droits fonamen-

zählt, dass sie noch nicht einmal eine wirkliche Lösung anbietet: Indem sie hauptsächlich an die Ausübung der Grundfreiheiten anknüpft, können nichtwirtschaftliche Aktivitäten und rein innerstaatliche Sachverhalte kaum plausibel erfasst werden.⁶⁰ Entsprechend gibt es auch hier wieder dogmatisch zweifelhafte, expansive Tendenzen: In seiner bekannten *Carpenter*-Entscheidung schützte der EuGH das Familienleben des Klägers mittels der Dienstleistungsfreiheit in einer Situation, die im Grunde "rein innerstaatlich" war.⁶¹ In *Karner* hielt er die *ERT*-Doktrin für einschlägig, obwohl er zuvor entschieden hatte, dass keine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit vorlag.⁶²

Generalanwältin *Sharpston* unterwarf diese dogmatischen Ungereimtheiten in ihren Schlussanträgen zu *Ruiz Zambrano* grundlegender Kritik.⁶³ Ihr Alternativvorschlag bestand darin, den Anwendungsbereich der EU-Grundrechte an die ausschließlichen oder geteilten Unionskompetenzen zu knüpfen, unabhängig davon, ob diese ausgeübt worden sind.⁶⁴ Ob die von ihr zutreffend erkannten Defizite dadurch tatsächlich behoben würden, ist allerdings zweifelhaft: Erstens ist fraglich, ob dieser Ansatz mit dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 GRC vereinbar ist.⁶⁵ Zweitens würde er wahrscheinlich nicht zu mehr Klarheit und Konsistenz führen; die Rechtsprechung zu den Unionskompetenzen wird bekanntlich ihrerseits in diesem Sinne kriti-

taux, 2005, Art. II-111 Rn. 15; nach wohl herrschender Auffassung trägt ERT aber auch unter der GRC, ausführlich *P. Craig*, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, *CML Rev.* 48 (2011), 395 (430); *M. Cartabia*, in: W. B. T. Mock/G. Demuro (Hrsg.), *Human Rights in Europe*, 2010, Art. 51, 320; *H. D. Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 19; *J. Kühling* (Anm. 26), 682 f.; *A. Mangas Martín*, in: A. Mangas Martín (Hrsg.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2008, Art. 51, 817.

⁶⁰ Die letztgenannte Situation führt zur wohlbekanntenen Inländerdiskriminierung, die ggf. durch nationales Recht verboten ist und seit Jahren kontrovers diskutiert wird. Trotzdem ist der EuGH in dieser Hinsicht zurückhaltend, siehe EuGH Rs C-212/06 Slg. 2008, I-1683, Rn. 38 – *Gouvernement wallon*.

⁶¹ EuGH Rs C-60/00 Slg. 2002, I-6279 – *Carpenter*; kritisch *U. Mager*, Anmerkung, *JZ* 58 (2003), 204; *S. Acierno*, *The Carpenter Judgment – Fundamental Rights and the Limits of the Community Legal Order*, *E.L. Rev.* 28 (2003), 398 (402 f.).

⁶² EuGH, *Karner* (Anm. 18); eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit wurde mit der sog. *Keck*-Rechtsprechung abgelehnt. Siehe EuGH Rs C-267 & 268/91 Slg. 1993, I-6097 – *Keck*. Kritisch *R. Uermann-Witzack*, *Völkerrechtliche Verfassungselemente*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Anm. 26), 219; *T. Kingreen*, *Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?*, *EuR* 45 (2010), 338 (357).

⁶³ GA *Sharpston* in *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 156 f.

⁶⁴ GA *Sharpston* in *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 163 f.

⁶⁵ Siehe die Kritik von *J. Bergmann*, *Neuerungen beim EU Grundrechtsschutz*, *VBilBW* 32 (2011), 169 (172).

siert.⁶⁶ Schließlich gestand *Sharpston* in ihren Schlussanträgen ein, dass ihr Vorschlag weitreichende Konsequenzen für die föderale Balance hätte und im vorliegenden Fall durch den EuGH (noch) nicht aufgegriffen werden sollte.⁶⁷

Diese Überlegungen sollten hinreichend erwiesen haben, dass ein anderer Ansatz notwendig ist. Er muss die dogmatischen Widersprüche überwinden, den Grundrechtsschutz verbessern und gleichzeitig die Verfassungsidentitäten der Mitgliedstaaten wahren. Statt von sachverhaltsbedingten Zufälligkeiten abzuhängen, sollte ein solcher Ansatz sich nur auf die wirklich kritischen Fälle konzentrieren. Dies entwickeln die folgenden Ausführungen.

III. Die Unionsbürgerschaft als dogmatische Grundlage für einen grundrechtlichen Wesensgehaltsschutz

Unser Ansatz besteht darin, die "Wahrung der Menschenrechte" im Sinne von Art. 2 EUV zu subjektivieren und in die Hände der Unionsbürger und der nationalen Gerichte zu legen. Dabei sind die Vertragsziele und Werte der Union nicht unmittelbar anwendbar, jedoch sind sie Leitlinien bei der Interpretation anderer Normen.⁶⁸ Wir behaupten, dass systemische Verletzungen des Wesensgehalts der Menschenrechte nach Art. 2 EUV durch *jede* Ausübung öffentlicher Gewalt im europäischen Rechtsraum Verletzungen von Art. 20 AEUV darstellen. Der Ansatz beruht somit auf einer Zusammenführung der Entwicklungen im EU-Grund- und Menschenrechtsschutz einerseits und der Unionsbürgerschaft andererseits. Die Idee der Unionsbürgerschaft ist über die Jahre immer mehr zum Fluchtpunkt der unionalen Legitimation geworden (1). Der Gerichtshof trägt dem in einer innovativen Rechtsprechung Rechnung, namentlich durch die jüngste Entwicklung eines "Kernbestands" der Unionsbürgerschaft, der auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte Anwendung findet (2). Dieser, so die These, bietet einen dogmatischen Ausgangspunkt, um die Bürger gegen diejenigen Grundrechtsverletzungen zu schützen, welche ihre Unionsbürgerschaft der praktischen Wirksamkeit berauben würden (3).

⁶⁶ Siehe im Hinblick auf die Außenbeziehungen *B. de Witte*, Too Much Constitutional Law in the European Union's Foreign Relations?, in: M. Cremona/B. de Witte (Hrsg.), EU Foreign Relations Law, 2008, 3 (11).

⁶⁷ GA *Sharpston* in *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 171 f.

⁶⁸ Siehe in dieser Hinsicht EuGH Rs C-402/05 P & C-415/05 P Slg. 2008, I-6351, Rn. 304 – *Kadi*.

1. Die Idee einer europäischen Bürgerschaft

Die Idee einer europäischen Bürgerschaft begleitet die Integration seit ihren ersten Schritten.⁶⁹ *Walter Hallstein* nutzte bereits 1951 den Begriff der europäischen *Staatsangehörigkeit*, um die Freizügigkeit der Arbeiter in der Kohle- und Stahlindustrie zu skizzieren.⁷⁰ 13 Jahre später fand der Begriff der *Marktbürgerschaft* Eingang in den juristischen Diskurs.⁷¹ Dieses Konzept beschrieb freilich nur die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten.⁷² Trotz dieser unverkennbaren reduktionistischen Züge⁷³ trug es maßgeblich zu einer vertiefenden Diskussion bei.⁷⁴ Der Begriff *Unionsbürgerschaft* selbst geht auf einen der Gründungsväter der Europäischen Union, *Altiero Spinelli*, zurück. Auf sein Betreiben erfolgte 1984 die Verankerung des Begriffs im parlamentarischen Vertragsentwurf zur Gründung der EU.⁷⁵

Es dauerte lediglich weitere acht Jahre, bis die Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht Aufnahme in das positive Recht fand. Obgleich viele ihr zunächst mit Skepsis begegneten,⁷⁶ entfaltete sie schon bald Wirkung. Visionäre Arbeiten in der Wissenschaft⁷⁷ und die anschließende Rechtsprechung des EuGH führten zu einem Aufbruch in eine neue Ära:

⁶⁹ Für eine historische wie vergleichende Einordnung der Unionsbürgerschaft *C. Schönberger* (Anm. 10).

⁷⁰ *W. Hallstein*, Der Schuman-Plan, 1951, 18: Eine dritte Bestimmung betrifft die Freizügigkeit der Facharbeiter der Montanindustrie innerhalb der Gemeinschaft ... [die] den Gedanken einer gemeinsamen europäischen – fast hätte ich gesagt – “Staats”angehörigkeit in einer besonderen Ausprägung realisiert.

⁷¹ Der Begriff wurde geprägt von *H. P. Ipsen/G. Nicolaysen*, Haager Konferenz für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 18 (1965), 339 (340).

⁷² *H. P. Ipsen* (Anm. 28), 187 (250 f.).

⁷³ *S. Kadelbach* (Anm. 33), 614 f.

⁷⁴ Siehe nur *E. Grabitz*, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970; *A. Lhoest*, Le Citoyen à la une de l'Europe, RMC 18 (1975), 431.

⁷⁵ Europäisches Parlament, Entschließung zum Vertragsentwurf zur Gründung der Europäischen Union, ABl. C 77 vom 19.3.1984, 33.

⁷⁶ Bekannt *J. H. H. Weiler*, Citizenship and Human Rights, in: *J. A. Winter et al.* (Hrsg.), *Reforming the Treaty on European Union*, 1996, 57 (65): “little more than a cynical exercise in public relations on the part of the High Contracting Parties”.

⁷⁷ *C. Closa*, The concept of Union Citizenship in the Treaty on European Union, CML Rev. 29 (1992), 1137 ff.; *S. O’Leary*, The Evolving Concept of Community Citizenship, 1996; *Y. Soysal*, Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe, 1994; *A. Wiener*, Making Sense of the New Geography of Citizenship: Fragmented Citizenship in the European Union, *Theory & Society* 26 (1997), 529 ff.; *J. Shaw*, Citizenship of the Union: Towards a Post-National Membership?, *Collected Courses of the Academy of European Law VI-1*, 1995, 237 ff.

Der Bürger als solcher, nicht als Produktionsfaktor des gemeinsamen Marktes oder als dessen passiv Begünstigter, begann, den europäischen Rechtsraum zu prägen. Das Inkrafttreten des Lissabonvertrags treibt diese Entwicklung weiter voran, indem die EU nun an prominenter Stelle (2. Abs. der Präambel der Grundrechtecharta) durch die Begründung der Unionsbürgerschaft “den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns” stellt. Das Bürgerschaftskonzept ist darüber hinaus zentraler Baustein der demokratischen Legitimation der Europäischen Union (Art. 9-11 EUV).⁷⁸

Insofern liegt es nahe, den Unionsbürgern effektive Mittel an die Hand zu geben, um gegen gravierende Beeinträchtigungen ihres Status vorzugehen, sei es auf europäischer oder mitgliedstaatlicher Ebene. Man könnte sogar daran denken, dies auf sämtliche Werte des Art. 2 S. 1 EUV zu erstrecken. Das Bundesverfassungsgericht folgt in der Tat einer ähnlichen Idee, wenn es aus Art. 38 Abs. 1 GG ableitet, dass der Wahlberechtigte “verfassungsrechtlich relevante Defizite der demokratischen Legitimation der Europäischen Union” rügen kann.⁷⁹ Subjektive Rechte etwa auf “Demokratie” oder “Rechtsstaatlichkeit” sind jedoch schwer zu begründen, wie die Kritik am Ansatz des Bundesverfassungsgerichts gezeigt hat.⁸⁰ Auf europäischer Ebene jedenfalls scheint die Zeit noch nicht reif für einen solchen Schritt, bedenkt man, dass es keine entsprechende Rechtsprechung des EuGH gibt. Deshalb beschränken wir unseren Ansatz auf einen Wert des Art. 2, nämlich die “Wahrung der Menschenrechte”.⁸¹ Zum einen entspricht es einer langen Tradition in Europa, dass Gerichte in diesem Kontext eine wichtige Rolle spielen. Zum anderen enthält die Luxemburger Rechtsprechung Ansatzpunkte für eine solche Entwicklung, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

2. Der “Kernbestand” der Unionsbürgerschaft

Der EuGH hat die Unionsbürgerschaft sukzessive zu einem der wichtigsten Institute des europäischen Rechtsraums ausgebaut. In dem berühmten *Grzelczyk*-Urteil erklärte er, dass “der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu

⁷⁸ A. Levade, *Citoyenneté de l’Union européenne et identité constitutionnelle*, R.A.E. 18 (2011), 98 ff.

⁷⁹ Siehe BVerfGE 123, 267, 331 – *Lissabon*.

⁸⁰ Für einen Überblick siehe H. Klein, in: T. Maunz/G. Dürig (Hsrg.), GG, 62. Aufl. 2011, Art. 38 Rn. 146 ff.

⁸¹ Die anderen Werte “Menschenwürde”, “Freiheit” und “Gleichheit” sind nach unserem Verständnis Teil der “Menschenrechte”.

sein”.⁸² Generalanwältin *Sharpston* hält diese Entwicklung zu Recht für “potenziell ähnlich bedeutsam wie die wegweisende Aussage im Urteil *Van Gend en Loos*”.⁸³ Der EuGH ist bemerkenswerter Weise bereit, diese Entwicklung auch gegen teils großen Widerstand voran zu treiben.⁸⁴ Man kann dies als einen Versuch verstehen, angesichts der aktuellen Krisen der Europäischen Union ein Rechtsinstitut zu stärken, auf dem die Union legitimatorisch ruht.

So hat der EuGH namentlich das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aus Art. 21 AEUV zu einem unmittelbar anwendbaren Individualrecht fortentwickelt, das gegen “ungerechtfertigte Beeinträchtigung” oder “schwerwiegende Nachteile” schützt, und zwar auch gegenüber dem jeweiligen Herkunftsstaat.⁸⁵ Während die meisten Fälle zunächst ein deutliches Element physischer Grenzüberschreitung enthielten, wurde dieses Kriterium im Laufe der Zeit unschärfer.⁸⁶ Letztendlich führte dies im Fall *Ruiz Zambrano* zur Einführung einer zusätzlichen Anwendungskategorie: dem aus Art. 20 AEUV abgeleiteten Schutz eines “Kernbestands” von Unionsbürgerschaftsrechten ohne jegliches grenzüberschreitendes Element.

Herr *Ruiz Zambrano* und seine Frau waren vor dem kolumbianischen Bürgerkrieg nach Belgien geflohen. Die Anträge des Mannes auf Anerkennung eines regulären Aufenthaltsstatus lehnten die Behörden ab. In der Zwischenzeit hatte seine Frau zwei Kinder geboren, die nach belgischem Recht belgische Staatsangehörige und damit Unionsbürger waren. Da sie Belgien allerdings nie verlassen hatten, wäre die Anwendbarkeit des Unionsrechts nach überkommener Dogmatik an dem Erfordernis eines grenz-

⁸² “ [...] le statut de citoyen de l’Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres [...].” EuGH Rs C-184/99 Slg. 2001, I-6193, Rn. 31 – *Grzelczyk*. Diese Formulierung wird seitdem, wenn auch leicht abgewandelt, stets wiederholt, siehe Rs C-413/99 Slg. 2002, I-7091, Rn. 82 – *Baumbast*; *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 41.

⁸³ GA *Sharpstons* Schlussanträge in *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 68.

⁸⁴ In *Ruiz Zambrano* (Anm. 14) erhoben die Kommission und neun Mitgliedstaaten den Einwand, dass der Fall außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts liege.

⁸⁵ EuGH Rs C-406/04 Slg. 2006, I-6947, Rn. 39 – *De Cuyper*; Rs C-208/09 Slg. 2010, I-0000, Rn. 67 – *Sayn-Wittgenstein*. Analyse im Detail bei *E. Spaventa*, Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects, CML Rev. 45 (2008) 13 (22 ff.); *F. Wollenschläger*, A New Fundamental Freedom Beyond the Market, ELJ 17 (2011), 1 (25 ff.); zur Einordnung der Entwicklung als transnationale Integrationsfunktion der subjektiv-öffentlichen Rechte *T. Kingreen* (Anm. 62), 347 ff.

⁸⁶ Siehe EuGH Rs C-148/02 Slg. 2003, I-11613, Rn. 26 – *Garcia Avello*; Rs C-200/02 Slg. 2004, I-9925, Rn. 26 – *Zhu and Chen*; Rs C-135/08 Slg. 2010, I-0000, Rn. 42 – *Rottmann*. Tiefgehend *D. Kochenov*, A Real European Citizenship: The Court of Justice Opening a New Chapter in the Development of the Union in Europe, Columbia Journal of European Law 18 (2011, i. E.).

überschreitenden Sachverhalts gescheitert.⁸⁷ In dieser Konstellation entwickelte der EuGH eine neue Kategorie in seiner Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft: Demnach “steht Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird”.⁸⁸ Da von elterlicher Sorge abhängig, seien die Kinder gezwungen, die Union zu verlassen, sollte ihrem Vater ein Aufenthaltsstatus verwehrt bleiben. Das, so der Gerichtshof, laufe aber darauf hinaus, ihnen den Kernbestand ihrer Unionsbürgerrechte vorzuenthalten.⁸⁹ Spätere Urteile haben dieses Prinzip bestätigt, jedoch mit deutlichen Einschränkungen: Der “Kernbestand” ist berührt, wenn die Effektivität der Unionsbürgerschaft unterminiert wird. Demnach ist die Ausweisung eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds ausgeschlossen, wenn dadurch der Unionsbürger *de facto* gezwungen wird, das Gebiet der Union zu verlassen.⁹⁰ In der Praxis hat sich gezeigt, dass es sehr schwierig ist, diese Schwelle zu überwinden.⁹¹

Zweifellos ist die Entwicklung des “Kernbestands” ein spektakuläres Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung. Insoweit ist es bedauerlich, wenn auch angesichts der grundlegenden Bedeutung nachvollziehbar, dass sich der EuGH nicht zu einer näheren dogmatischen Begründung durchringen konnte.⁹² Sicher aber kann man aus der Rechtsprechung ableiten, dass der EuGH die Unionsbürgerschaft nicht mehr nur als transnationales Konzept sieht, welches dem Bürger vor allem unionsweite Freizügigkeit erlauben soll.⁹³ Vielmehr hat der “grundlegende Status” auch eine interne Dimension: Die Union schützt ihre Bürger gegen diejenigen Statusverletzungen ihres

⁸⁷ So argumentierten dann auch die Kommission und die neun Mitgliedstaaten, die Stellungnahmen abgaben (*Ruiz Zambrano* [Anm. 14], Rn. 37).

⁸⁸ *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 42.

⁸⁹ *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 44.

⁹⁰ EuGH Rs. C-256/11 Slg. 2011, I-0000, Rn. 66 ff. – *Dereci*.

⁹¹ Siehe EuGH Rs C-434/09 Slg. 2011, I-0000, Rn. 49 ff. – *McCarthy*, wonach die Ausweisung des Ehegatten nicht unter den “Kernbestand” fällt; *Dereci* (Anm. 90) überließ die konkrete Anwendung den vorlegenden Gerichten, gab allerdings eine restriktive Linie vor.

⁹² Kritisch *K. Hailbronner/D. Thym*, Urteilsanmerkung, CML Rev. 48 (2011), 1253 (1259 ff.); *A. Lansbergen/N. Miller*, European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution?, EuConst 7 (2011), 287 (306 f.). *N. Nic Shuibhne*, Seven Questions for Seven Paragraphs, E.L. Rev. 36 (2011), 161; positiver *M. Nettesheim*, Der “Kernbereich” der Unionsbürgerschaft, JZ 66 (2011), 1030 (1031 ff.); *D. Kochenov* (Anm. 86).

⁹³ Für genau dieses Modell aber *C. Schönberger* (Anm. 10), 79.

Heimatstaates, welche die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit berauben.⁹⁴

3. Grundlegender Status und Grundrechte

Wie verhält sich diese Entwicklung zum Grundrechtsschutz? Der Ansatz, die Unionsbürgerschaft und EU-Grundrechte zu verbinden, ist nicht neu.⁹⁵ Innerhalb des EuGH wurde diese Idee zum ersten Mal von Generalanwalt *Jacobs* in dessen Schlussanträgen zum Fall *Konstantinidis* entwickelt. Unter dem berühmt gewordenen Slogan “*civis europaeus sum*” sprach er jedem Unionsbürger das Recht zu, in Ausübung seiner Freizügigkeit europäische Grundrechte geltend zu machen.⁹⁶ Die Richter folgten dieser Spur allerdings zunächst nicht und entschieden den Fall auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit.⁹⁷ Ironischerweise scheinen allerdings beide Protagonisten mittlerweile ihre Ansicht geändert zu haben: In einem neueren Aufsatz plädiert *Jacobs* für eine strikte Trennung von Unionsbürgerschaft und Grundrechten.⁹⁸ Die Grundrechtsdimension in den neueren Bürgerschaftsfällen des EuGH ist dagegen offensichtlich, wenngleich er diese bislang in den Begründungen nicht offen thematisiert.⁹⁹ Häufig kann man dies allerdings den entsprechenden Schlussanträgen¹⁰⁰ oder den Vorlagefragen mit-

⁹⁴ Ebenso *D. Dittert*, Les droits des citoyens de l’Union: vers un statut détaché de tout élément transfrontalier?, R.A.E. 18 (2011), 223 (226); *P. Van Elslande*, European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited, EuConst 7 (2011), 308 (313 ff.).

⁹⁵ Dazu *S. O’Leary*, The Relationship Between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law, CML Rev. 32 (1995), 519; *M. Benlolo Carobot*, Les fondements juridiques de la Citoyenneté Européenne, 2008, 606 ff., 614 ff.; *S. Kadelbach* (Anm. 33), 623 ff.; *GA Colomer* in Rs C-228/07 Slg. 2008, I-6989, Rn. 25 ff. – *Petersen*.

⁹⁶ *GA Jacobs* in Rs C-168/91 Slg. 1993, I-1191, Rn. 46 – *Konstantinidis*. Die Reaktionen hierauf waren geteilt. Unterstützend *N. Reich/S. Harbacevica*, Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons, CML Rev. 40 (2003), 615 (634 ff.); *D. H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 40 (2005), 162 (179); kritisch *U. R. Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005, 372 ff.; *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, 353 ff.

⁹⁷ EuGH Rs C-168/91 Slg. 1993, I-1191 – *Konstantinidis*.

⁹⁸ *F. G. Jacobs*, *Wachauf* and the Protection of Fundamental Rights in EC Law, in: *M. Maduro/L. Azoulay* (Anm. 15), 138.

⁹⁹ Eine Ausnahme stellt *Baumbast* (Anm. 82), Rn. 91, dar, wo der Gerichtshof darauf hinwies, dass Einschränkungen der Unionsbürgerschaft mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar sein müssen.

¹⁰⁰ Siehe nur *GA Jacobs*, Schlussanträge in *Garcia Avello* (Anm. 86), Rn. 27, der einen Streit um Nachnamen im Licht des Rechts auf persönliche Identität betrachtete. Vgl. weiter

gliedstaatlicher Gerichte¹⁰¹ entnehmen, in denen die Grundrechtsrelevanz von eher technisch anmutenden Fragen aufbereitet wird. Auf diesem Weg findet die Rechtsprechung des EGMR, etwa zum Recht auf Familienleben oder zum Recht auf den eigenen Namen, Eingang in die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft.¹⁰²

Was spricht dafür, Unionsbürgerschaft und Grundrechte zu verbinden? Erstens entspricht es der historischen Entwicklung von Grundrechten als Bürgerrechten in den europäischen Staaten.¹⁰³ Zweitens besteht gerade im Unionsrecht ein noch engerer historischer und teleologischer Zusammenhang: Beide Diskurse entwickelten sich zeitgleich als Reaktion auf die drängende Legitimationsfrage. Unionsbürgerschaft und Grundrechte sind deshalb zwei sich gegenseitig verstärkende Konzepte, die im Grundsatz dasselbe Ziel verfolgen, nämlich die Union dem Individuum anzunähern.¹⁰⁴ In systematischer Hinsicht findet sich diese Überlegung heute positivrechtlich verankert in der Grundrechtecharta, die nicht nur die sogenannten Bürgerrechte enthält, sondern auf die Unionsbürgerschaft als Ganzes verweist (2. Abs. der Präambel). Schließlich kann eine ernstzunehmende Unionsbürgerschaft nicht gänzlich von Grundrechtsfragen getrennt werden: Konzeptionell wäre es merkwürdig, gerade die fundamentalsten Rechte des Einzelnen (siehe Art. 2 EUV) vom "grundlegenden Status" des Unionsbürgers auszunehmen. Praktisch zeigt die zitierte Rechtsprechung, dass die Ausübung der Unionsbürgerschaft oft stark vom Grundrechtsschutz abhängt. Im Hinblick auf die Medienfreiheit leuchtet das unmittelbar ein, ist sie doch unverzichtbar für die demokratischen Partizipationsrechte der Unionsbürger.¹⁰⁵

Allerdings gilt es der Versuchung zu widerstehen, jede Grundrechtsfrage als "schwerwiegenden Nachteil" im Rahmen der Freizügigkeit oder als Verletzung des "Kernbestands" der Unionsbürgerschaft zu formulieren. Dies würde letztlich zu einer generellen Überprüfung mitgliedstaatlichen Handelns anhand der EU-Grundrechte führen und wäre mit Art. 51 GRC unvereinbar.¹⁰⁶ Wie die jüngste Rechtsprechung zeigt, ist sich der EuGH dieser Problematik wohlbewusst, konnte sich aber bislang nicht zu einer ein-

GA Geelhoed, Schlussanträge in *Baumbast* (Anm. 82), Rn. 58; GA Tizzano in *Zhu and Chen* (Anm. 86), Rn. 94; GA Sharpston in *Sayn-Wittgenstein* (Anm. 85), Rn. 3.

¹⁰¹ Für ein aktuelles Beispiel siehe den derzeit anhängigen Fall EuGH Rs C-40/11 – *Iida*.

¹⁰² Ein eindrückliches Beispiel ist *Sayn-Wittgenstein* (Anm. 85), das auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK verweist.

¹⁰³ Im Detail *C. Schönberger* (Anm. 10), 196 f., der auch auf die damit einhergehenden Schwierigkeiten hinweist.

¹⁰⁴ O'Leary (Anm. 95), 549 ff.

¹⁰⁵ S. Kadelbach (Anm. 33), 466.

¹⁰⁶ Siehe *N. Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 46 (2011), 550 (557 f.).

deutigen Haltung durchringen: In *Ruiz Zambrano* und *McCarthy* nahm der Gerichtshof – anders als die Stellungnahmen der Generalanwälte – keinen Bezug auf Grundrechte.¹⁰⁷ In *Dereci* entschied er, der “Kernbestand” der Unionsbürgerschaft sei nicht allein durch die “bloße Tatsache” betroffen, dass es für einen Unionsbürger “wünschenswert erscheinen könnte”, mit seiner Familie auf dem Gebiet der Union zu leben. Dies lasse jedoch die Frage offen, ob sich die Kläger auf das Recht auf Schutz des Familienlebens berufen können. Das vorlegende Gericht müsse prüfen, ob der Fall unter das Unionsrecht falle und, falls es dies bejahe, Art. 7 GRC anwenden, andernfalls Art. 8 EMRK.¹⁰⁸ Dass der EuGH die Frage offen lässt, ob der Anwendungsbereich des Unionsrechts und damit der Grundrechte eröffnet ist, erscheint zumindest ungewöhnlich. Eine mögliche Erklärung könnte sein, dass der Gerichtshof dadurch schlicht sein Bewusstsein für Grundrechte demonstrieren wollte. In einer extensiveren Deutung könnte das Urteil eine Art *ERT*-Doktrin für den “Kernbestand” der Unionsbürgerschaft begründen. Der Mehrwert einer solchen Konstruktion ist jedoch fraglich. Schließlich könnte man die Begründung auch als Zeichen dafür sehen, dass die Große Kammer über die Reichweite des “Kernbestands” und die Bedeutung der Grundrechte in diesem Kontext zutiefst gespalten war.

Unser Ansatz hingegen weist einen dogmatisch überzeugenden Weg, das Spannungsverhältnis zwischen der Effektivität der Unionsbürgerschaft und dem begrenzten Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte aufzulösen: Grundsätzlich führt der “Kernbestand” der Unionsbürgerschaft demnach nicht zu einem Grundrechtsschutz durch die Union. Außerhalb des durch Art. 51 Abs. 1 GRC gezogenen Rahmens sind solche Fälle dem nationalen Recht und der EMRK zu überlassen.¹⁰⁹ Allerdings fällt eine nationale Grundrechtsverletzung unter das Unionsrecht und den “Kernbestand”, wenn sie die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt.¹¹⁰ Dies ist unser dogmatischer Ausgangspunkt. Im folgenden Abschnitt soll er verallgemeinert und in einer umgekehrten *Solange*-Doktrin ausbuchstabiert werden.

¹⁰⁷ Siehe Schlussanträge von GA *Sharpston* in *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 54 ff.; GA *Kokott* in *McCarthy* (Anm. 91), Rn. 59 ff.; eine bewusste Entscheidung gegen die Nennung vermutet *M. Nettesheim* (Anm. 92), 1032 f.

¹⁰⁸ EuGH, *Dereci* (Anm. 90), Rn. 68-72.

¹⁰⁹ So für Art. 7 GRC: GA *Mengozi* in *Dereci* (Anm. 90), Rn. 37 ff. Dies ist nicht zuletzt ein Instrument der Konfliktvermeidung, da die EGMR-Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK offenbar weniger großzügig ist als die Judikatur des EuGH zur Unionsbürgerschaft. Siehe dazu *A. Lansbergen/N. Miller* (Anm. 92), 303 ff.

¹¹⁰ Siehe *H. van Eijken/S. A. de Vries*, A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after *Ruiz Zambrano*, *E.L.Rev.* 36 (2011), 704, 718; *P. van Elsuwege* (Anm. 94), 323.

IV. Grundzüge einer umgekehrten *Solange*-Doktrin

Der vorangegangene Abschnitt hat gezeigt, dass Art. 20 AEUV dem Unionsbürger ein Recht gewährt, vor mitgliedstaatlichen Gerichten gegen diejenigen Grundrechtsverletzungen vorzugehen, die seinem “grundlegenden Status” die praktische Bedeutung nehmen. Im Folgenden schlagen wir vor, dies in eine Form zu gießen, die von der *Solange II*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts inspiriert ist. Bekanntlich übt dieses seine Gerichtsbarkeit über die Anwendung von europäischem Sekundärrecht nicht mehr aus, “solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt”.¹¹¹ Diese Doktrin, wenn gleich vom Bundesverfassungsgericht etwas umständlich formuliert, sollte der EuGH in ihren Grundzügen aufnehmen und auf die Mitgliedstaaten anwenden.¹¹² Außerhalb des Anwendungsbereichs der Charta kann sich ein Unionsbürger grundsätzlich nicht auf EU-Grundrechte berufen, *solange* die Vermutung gilt, dass der *Wesensgehalt der Grundrechte* im betreffenden Mitgliedstaat gewährleistet ist. Sollte dies allerdings widerlegt werden, bietet der “Kernbestand” der Unionsbürgerschaft im Sinne der *Ruiz Zambrano*-Rechtsprechung ein einklagbares Individualrecht.

Der Wesensgehalt der Grundrechte, so unser Argument, wird durch Art. 2 EUV zur Grundvoraussetzung für die Ausübung öffentlicher Hoheitsgewalt im europäischen Rechtsraum. Er lässt sich induktiv aus der Rechtsprechung des EGMR, des EuGH und nationaler Verfassungsgerichte ermitteln und ist deutlich begrenzter als der umfassende Grundrechtsschutz, der durch Art. 6 EUV und die Charta gewährleistet wird (1.). Das zweite Standbein unserer umgekehrten *Solange*-Doktrin ruht auf den Prinzipien der Subsidiarität und der Achtung mitgliedstaatlicher Identität (Art. 4 Abs. 2 und 5 Abs. 1 EUV). In deren Licht genießen die Mitgliedstaaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta die Vermutung wesensge-

¹¹¹ BVerfGE 73, 339, 376 (1986) (*Solange II*); 102, 147, 164 (2000) (*Bananenmarkt*); 125, 260, 306 (2010) (*Vorratsdatenspeicherung*); leicht verkürzt BVerfGE 123, 267, 335 (2009) (*Lisabon*). Ursprünglich hatte es eben diese Kompetenz bekanntermaßen postuliert. Siehe BVerfGE 37, 271, 280 (1974) (*Solange I*).

¹¹² Mit einem ähnlichen Vorschlag GA *Maduro* in *Centro Europa 7* (Anm. 37), Rn. 17 ff.; für eine Anwendung auf die Charta selbst *P. Cruz Villalón*, ‘All the Guidance’, ERT and Wachauf, in: M. P. Maduro/L. Azoulai (Anm. 15), 168; *P. Kirchhof*, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 64 (2011), 3681 (3686).

haltkonformen Verhaltens. Diese ist aber durch eine systemische Verletzung widerlegbar (2.). Der letzte Abschnitt wird schließlich mögliche Einwände gegen unseren Ansatz vorwegnehmen und entkräften (3.).

1. Artikel 2 EUV und der Wesensgehalt der Grundrechte

Grundlage unseres Ansatzes ist Art. 2 EUV, wonach sich die Union auf bestimmte Werte gründet, darunter “die Wahrung der Menschenrechte”. Dies setzt einen rechtlichen Standard, der auf *jede* Ausübung öffentlicher Gewalt im europäischen Rechtsraum, sei es durch die Union oder durch die Mitgliedstaaten, Anwendung findet.¹¹³ Art. 2 EUV enthält keine dem Art. 51 Abs. 1 GRC vergleichbare Einschränkung. An ihm sind nicht nur die Beitrittsstaaten zu messen (siehe Art. 49 EUV), sondern, wie Art. 7 EUV verdeutlicht, auch die Mitgliedstaaten.¹¹⁴ Historisch beruht er schließlich auf den Kopenhagener Kriterien, niedergelegt in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 21. und 22.6.1993 zur Vorbereitung des Beitritts von Transformationsstaaten mit jüngerer autoritärer Vergangenheit.¹¹⁵ Da es unmöglich war, nur für die neuen Mitgliedstaaten ein strengeres Rechtsregime einzuführen, findet der Maßstab des Art. 2 EUV für alle gleichermaßen Anwendung.¹¹⁶

Doch was bedeutet “Wahrung der Menschenrechte”? Da konkrete rechtliche Konsequenzen an die Nichtbefolgung geknüpft sind (Art. 7 EUV), kann einerseits nicht bloß gefordert sein, sich einer abstrakten *Idee* der Menschenrechte zu verschreiben.¹¹⁷ Andererseits kann es aber nicht bedeuten, dass die Mitgliedstaaten umfassend an den gesamten *Acquis* der Uni-

¹¹³ Ebenso *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), *Das Recht der EU*, (Looseblattsammlung, Stand Juli 2010), Art. 2 EU Rn. 18; *M. Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEU*, 2. Aufl. 2011, Art. 7 EU Rn. 4; *S. Schmahl*, Die Reaktion auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett – Eine europa- und völkerrechtliche Analyse, *EuR* 5 (2000) 819 (822); *F. Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV, 2000, 69 ff., 99 ff.; *A. Verhoeven*, How Democratic Need European Union Members Be?, *EL Rev.* 23 (1998) 217 (222-224, 234); Declaration of the Presidency of the Convention, 6.2.2003, CONV 528/03, 11.

¹¹⁴ Außerdem nehmen Art. 32 Abs. 1 und 42 Abs. 5 EUV Bezug auf Art. 2 EUV. Zum Verhältnis von Art. 7 und 49 EUV, siehe *M. Rötting*, Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union, 2009, 232 ff.

¹¹⁵ Siehe Europäischer Rat (Kopenhagen) vom 21.-22.6.1993, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SN 180/1/93, 13; näher *W. Sadurski* (Anm. 38), 391 ff.

¹¹⁶ Vgl. das Gleichheitsgebot in Art. 4 Abs. 2 EUV.

¹¹⁷ *M. Hilf/F. Schorkopf* (Anm. 113), Art. 2 EU, Rn. 36.

onsgrundrechte, ausgedrückt in der Charta und Art. 6 EUV, gebunden sind, denn dieser gilt ausweislich Art. 51 Abs. 1 GRC für die Mitgliedstaaten “ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts”. Dieser *Acquis* ist im Hinblick auf die in Art. 11 Abs. 2 GRC gewährleistete Medienfreiheit sogar weiter entwickelt als im Rahmen von Art. 10 EMRK, da die Charta die Medienfreiheit als eigenständiges Recht anerkennt.¹¹⁸ Dementsprechend gewährt der EuGH ein hohes Schutzniveau, auch z. B. hinsichtlich wirtschaftlicher Aspekte dieser Freiheit.¹¹⁹

Es ist also für Art. 2 EUV ein Verständnis zwischen diesen beiden Extremen zu entwickeln. Unser Vorschlag lautet, dass Art. 2 EUV auf den Schutz von menschenrechtlichen *Essentialia* zielt.¹²⁰ Dies entspricht dem Wortlaut der Norm: Während die konkreten Systeme des Grundrechtsschutzes in den verschiedenen Mitgliedstaaten aufgrund ihrer rechtlichen und kulturellen Eigenheiten erhebliche Unterschiede aufweisen,¹²¹ sind die in Art. 2 EUV geschützten Werte “allen Mitgliedstaaten gemeinsam”. Um einen solchen gemeinsamen Nenner zu definieren, bietet sich das Konzept des Wesensgehalts der Grundrechte an.¹²² Dieser Begriff beruht auf einer langen Tradition und findet in vielen Rechtsordnungen Verwendung. Er ist nicht nur in Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC und zahlreichen Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten festgeschrieben,¹²³ sondern wurde auch von mehreren Verfassungsgerichten als Schranke des unionsrechtlichen Vorrangs formuliert.¹²⁴ Als solcher ist er Teil des *ordre public* im Europäischen Rechtsraum.

¹¹⁸ M. Borowsky (Anm. 10), Art. 11 GRC, Rn. 15.

¹¹⁹ M. Borowsky (Anm. 10), Art. 11 GRC, Rn. 16 und 20.

¹²⁰ M. Hilf/F. Schorkopf (Anm. 113), Art. 2 EU, Rn. 36.

¹²¹ Siehe oben II. 2.

¹²² Dies soll nicht als essentialistische Vorstellung von einem *a priori* zu definierenden, universellen Wesensgehalt missverstanden werden. Vielmehr kann man sich einem “Europäischen Wesensgehalt” induktiv nähern. Siehe im Detail J. von Bernstorff, Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen, *Der Staat* 50 (2011), 165 (167 ff.).

¹²³ Art. 19 Abs. 2 GG; Art. 4 Abs. 4 Tschechische Grundrechtecharta; Art. 8 Abs. 2 Ungarische Verfassung; Art. 3 Abs. 3 Polnische Verfassung; Art. 18 Abs. 3 Portugiesische Verfassung; Art. 49 Abs. 2 Rumänische Verfassung; Art. 13 Abs. 4 Slowakische Verfassung; Art. 53 Abs. 1 Spanische Verfassung.

¹²⁴ BVerfGE 37, 271, 280 (1974) (*Solange I*); BVerfGE 58, 1, 40 (1981) (*Eurocontrol*); BVerfGE 73, 339, 376 (1986) (*Solange II*); Polnischer Verfassungsgerichtshof, Az. K 18/04, Urteil vom 11.5.2005, 41 EuR (2006), 236 (239 ff.); Dänischer Oberster Gerichtshof, Case I 361/1997, Urteil vom 6.4.1998, EuGRZ 26 (1999), 49 (50); Spanisches Verfassungsgericht, Az. 1/2004, Urteil vom 13.12.2004, EuR 40 (2005), 339 (343); Italienisches Verfassungsgericht, Az. 183/1973, Urteil vom 18.12.1973, EuGRZ 1/2 (1975), 311 (315); Italienisches Verfassungsgericht, Az. 170/84, Urteil vom 8.6.1984 (*Granital*), in: A. Oppenheimer (Hrsg.), *The Relationship Between European Community Law and National Law*, Bd. I, 1994, 643 (651); Italienisches Verfassungsgericht, Az. 232/1989, Urteil vom 13./21.4.1989 (*Fragd*), in: A. Oppenheimer

Nicht zuletzt findet er sich auch in der Rechtsprechung des EGMR.¹²⁵ Um Missverständnissen vorzubeugen: Es geht hier nicht um die essentialistische Vorstellung eines universell gültigen Wesensgehalts von Grundrechten. Vielmehr kann man sich einem “Europäischen Wesensgehalt” induktiv nähern, indem man die Rechtsprechung der höchsten Gerichte Europas im Hinblick auf solche Grundrechtseingriffe analysiert, die nicht gerechtfertigt werden können.¹²⁶

Was bedeutet das konkret? Auf jeden Fall zählen die gemäß Art. 15 Abs. 2 EMRK notstandsfesten Rechte zum Wesensgehalt.¹²⁷ Darüber hinaus ist eine umfassendere Untersuchung notwendig.¹²⁸ Für unseren Zweck sind drei Verwendungsweisen besonders wichtig: Erstens nutzt der Gerichtshof den Begriff einer Verletzung des Wesensgehalts, um eine absolute Grenze der Abwägung hervorzuheben, z. B. wenn ein bestimmter Eingriff ein Recht “zerstört” oder jedweden Inhalts entleert.¹²⁹ Zweitens dient er der Reduktion eines ansonsten bestehenden Einschätzungsspielraums eines Mitgliedstaates.¹³⁰ Schließlich kann in der Rechtsprechung eine Differenzierung zwischen Wesensgehalt und “Peripherie” eines Rechts nachgewiesen werden: In dem für diesen Beitrag besonders interessanten Bereich der Meinungsfreiheit geht der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung davon aus, dass “es wenig Spielraum [...] für Beschränkungen politischer Meinungsäußerung oder Debatten über Fragen öffentlichen Interesses” gibt.¹³¹ Auf dieser Grundlage hat der EGMR, ohne in eine Abwägung einzutreten, wiederholt erklärt, dass z. B. ein “pauschales Verbot” bestimmter Medien oder “drakonische” Maßnahmen, die von der Berichterstattung über bestimmte Themen abschrecken, nicht gerechtfertigt werden können.¹³² Au-

mer (note 124), 653 (657); Tschechisches Verfassungsgericht, Az. Pl ÚS 19/08, Urteil vom 22.11.2008, Rn. 110 und 196.

¹²⁵ Siehe im Detail *J. von Bernstorff* (Anm. 122), 169 ff.

¹²⁶ *J. von Bernstorff* (Anm. 122), 167 ff.

¹²⁷ Siehe im Hinblick auf Art. 3 EMRK, EGMR (GK), *Gäffen v. Germany*, 1.6.2010, EuGRZ 37 (2010), 417, Rn. 87.

¹²⁸ Ausführlich *J. von Bernstorff* (Anm. 122), 171.

¹²⁹ Siehe etwa EGMR (GK), *Hutten-Czapska v. Poland*, 19.6.2006, ECHR 2006-VIII, Rn. 202 ff. Dies findet sich auch beim UN-Menschenrechtsausschuss, siehe *M. Nowak*, UN Covenant on Civil and Political Rights, 2005, Art. 5 Rn. 6.

¹³⁰ Siehe EGMR, *F. v. Switzerland*, 18.12.1987, Series A No. 128, Rn. 32.

¹³¹ EGMR (GK), *Sürek and Özdemir v. Turkey*, 8.7.1999, EGMR 1999-IV, abrufbar unter <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>, Rn. 46; EGMR, *Wingrove v. UK*, 25.11.1996, ECHR 1996-V, Rn. 58. Übersetzung durch die Verfasser.

¹³² EGMR, *Demirel v. Turkey*, 9.12.2008 (noch nicht in Slg.); EGMR, *Ürper v. Turkey*, 20.10.2009 (noch nicht in Slg.), Rn. 38 ff.

ßerhalb dieser “politischen” Sphäre erfolgt die Prüfung dagegen weitaus offener für staatliche Interventionen.¹³³

Eine solche Differenzierung zwischen politischer und sonstiger Medienfreiheit teilt auch der EuGH.¹³⁴ Im Hinblick auf Art. 2 EUV findet sie sich zudem durch eine systematische Auslegung bestätigt: Erstens ist die Freiheit der politischen Meinungsäußerung nicht nur Teil der Menschenrechte, sondern zudem “wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft”,¹³⁵ eines weiteren europäischen Grundprinzips des Art. 2 EUV. Zweitens weist die Anwendungspraxis der Europäischen Kommission in Beitrittsverfahren in dieselbe Richtung, indem sie sich auf Defizite konzentriert, die die demokratische Funktion der Medien bedrohen.¹³⁶

Um das erste Standbein unseres Vorschlags zusammenzufassen: Art. 2 EUV schützt über seinen Begriff der Menschenrechte den Wesensgehalt der europäischen Grundrechte. Im Hinblick auf die Medienfreiheit verbietet dieser Maßnahmen, welche die freie öffentliche Auseinandersetzung über Fragen der *res publica* massiv beschränken.¹³⁷

2. Die Vermutung wesensgehaltkonformen Verhaltens

Das zweite Standbein unseres Ansatzes besteht in der außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta geltenden Vermutung, dass die Mitgliedstaaten den in Art. 2 EUV gewährleisteten Wesensgehalt der Grundrechte einhalten. *Solange* diese Vermutung nicht widerlegt ist, können sich Unionsbürger nicht auf Art. 20 AEUV berufen, um eine Verletzung von Art. 2 EUV zu rügen.

Eine solche Vermutungsregel ist ein wesentlicher Bestandteil der *Solange II*-Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts.¹³⁸ Der EGMR und

¹³³ EGMR, *Schorsch v. Austria*, 13.11.2003, ECHR 2003-XI, Rn. 30; näher J. A. Frowein/W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 10 Rn. 27.

¹³⁴ Siehe EuGH, *Karner* (Anm. 18), Rn. 51; EuGH Rs C-380/03 Slg. 2006, I-11573, Rn. 155 ff. – *Deutschland gegen Parlament und Rat*.

¹³⁵ EuGH *Karner* (Anm. 18); EGMR, *Handyside v. UK* (Anm. 18).

¹³⁶ Europäische Kommission, Turkey 2010 Progress Report, 9.11.2010, COM(2010) 660, 20 ff.; European Commission, FYROM 2010 Progress Report, 9.11.2010, COM(2010) 660, 17; beide drücken “ernsthafte Besorgnis” über Einschüchterung und Druck auf die Medien aus.

¹³⁷ Ebenso J. Kühling (Anm. 26), 698; ähnlich J. H. H. Weiler (Anm. 10), 105, der darauf hinweist, dass dies wahrscheinlich restriktiver ist als US-amerikanische Vorstellungen.

¹³⁸ Oben Anm. 111.

andere nationale Verfassungsgerichte kennen ähnliche Figuren.¹³⁹ Sie spielt eine Schlüsselrolle in der grundrechtlichen Konstruktion des europäischen Rechtsraums: Auf der einen Seite begründet sie die Kontrollperspektive, Rechtsakte der EU gegebenenfalls an nationalen Grundrechten zu prüfen. Dies trug nach verbreiteter Auffassung sowohl zur beständigen Vertiefung der Luxemburger Grundrechtsjudikatur bei, als auch zu deren beachtlicher Resistenz gegenüber politischem Druck, wie der Fall *Kadi* zeigt.¹⁴⁰ Auf der anderen Seite stellte die Vermutungsregel aber auch klar, dass es zu keiner Überprüfung in jedem Einzelfall kommen würde. Dies half nicht nur, einen offenen Jurisdiktionskonflikt zu vermeiden, sondern ermöglichte es der EU auch, einen autonomen Grundrechtsstandard zu entwickeln, der im Einzelfall etwa von dem des Grundgesetzes abweichen kann.¹⁴¹ Damit wurde die *Solange*-Rechtsprechung zu einem Eckpfeiler des europäischen Verfassungspluralismus.¹⁴²

Dies macht die Figur zu einer wichtigen Komponente unseres Ansatzes: Die Achtung der mitgliedstaatlichen Identitäten (Art. 4 Abs. 2 EUV) verlangt, dass sich die EU außerhalb des Anwendungsbereichs der Charta zurücknimmt und nicht die in den Mitgliedstaaten gewachsene Balance zwischen Individualrechten und Allgemeininteresse durch ihre eigene ersetzt. Im Lichte des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 EUV) sollte sich das Unionsrecht darauf beschränken, ein Auffangnetz zu spannen und das Alltagsgeschäft des Grundrechtsschutzes dem nationalen Recht und nationalen (Verfassungs-)Gerichten zu überlassen. Schließlich steht eine solche Zurückhaltung auch im Einklang mit der vertraglichen Konzeption der Unionsbürgerschaft, die zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzutritt, diese aber nicht ersetzt (Art. 20 Abs. 1 AEUV).¹⁴³

¹³⁹ Siehe EGMR (GK), *Bosphorus v. Ireland*, 30.6.2005, ECHR 2005-VI, Rn. 159 ff.; für einen Überblick über die Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte P. M. Huber, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum* Bd. II, 2008, § 26 Rn. 34 ff.; W. Sadurski, 'Solange, chapter 3': *Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*, ELJ 14 (2008), 1.

¹⁴⁰ Dazu D. Halberstam/E. Stein, *The UN, the EU and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order*, CML Rev. 46 (2009), 13 (63).

¹⁴¹ Mit genau dieser Überlegung BVerfGE 73, 339, 376, oben (Anm. 111).

¹⁴² So M. P. Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in: N. Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, 501 (509 ff.); M. Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, CML Rev. 36 (1999), 351 (361); C. F. Sabel/O. Gerstenberg, *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, ELJ 16 (2010), 511.

¹⁴³ Ähnlich GA Sharpston in *Ruiz Zambrano* (Anm. 14), Rn. 148.

Wie lässt sich die Vermutung widerlegen? Im Lichte des Gesagten reicht eine einzelne Grundrechtsverletzung grundsätzlich nicht aus, es sei denn sie lässt sich auf systemische Defizite zurückführen.¹⁴⁴ Eine Widerlegung der Vermutung wesensgehaltskonformen Verhaltens bedarf daher der Darlegung von Mängeln, die in Quantität oder Qualität dem System des betroffenen Mitgliedstaates anhaften und von diesem nicht durch eine adäquate Reaktion beseitigt werden können.¹⁴⁵ Derartige Grundrechtsverletzungen stellen nicht nur die Grundlagen des europäischen Rechtsraums infrage, sondern berauben auch die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Bedeutung.¹⁴⁶ Die Vermutungsregel bedeutet daher keine Instrumentalisierung des Individuums für allgemeine Zwecke, sondern eine Fokussierung auf diejenigen Fälle, die tatsächlich das Einschreiten der EU erfordern.

Dies folgt der in der Literatur etablierten Auslegung des Merkmals “schwerwiegende und anhaltende Verletzung” aus Art. 7 Abs. 2 EUV. Beispielhafte Kategorien umfassen die Weigerung, ein rechtskräftiges Urteil des EGMR in einem wesensgehaltrelevanten Bereich umzusetzen,¹⁴⁷ die Missachtung, Umgehung oder Einschüchterung eines nationalen Gerichts in einem solchen Fall¹⁴⁸ und bewusste, rücksichtslose oder offensichtliche Missachtung des grundrechtlichen Wesensgehalts durch oberste Staatsorgane.¹⁴⁹

Praktisch angewandt könnte unsere Konzeption also wie folgt funktionieren: Glaubt ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, in seinen Rechten verletzt worden zu sein, kann er sich an ein nationales Gericht wenden. Dort kann er seinen nationalen Grundrechtsstandard – und möglicherweise den der EMRK – einklagen, außerhalb des Anwendungsbereichs der Charta jedoch nicht die Unionsgrundrechte. Die Berufung auf den über die Unionsbürgerschaft subjektivierten Art. 2 EUV bleibt ihm verschlossen, *solange* der betreffende Mitgliedstaat den Wesensgehalt der Grundrechte gewährleistet. Gelingt es ihm, die Vermutung zu widerlegen, kann er sich auf den Kernbestand des Unionsbürgerstatus und damit die gesamten unionsrechtlichen Durchsetzungsmechanismen, etwa Vorrang und Staatshaftung, berufen. Es ist die Aufgabe der nationalen Gerichte, den Sachverhalt festzustel-

¹⁴⁴ In dieselbe Richtung GA *Maduro* in *Centro Europa 7* (Anm. 37), Rn. 22.

¹⁴⁵ Mit einer ähnlichen Definition im Bereich der Verlegung Asylsuchender, EuGH, *N.S.* (Anm. 11), Rn.86.

¹⁴⁶ In dieselbe Richtung GA *Maduro* in *Centro Europa 7* (Anm. 37), Rn. 22.

¹⁴⁷ So COM (2003) 606, 9; *M. Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 7 EUV, Rn. 6.

¹⁴⁸ In beiden Konstellationen käme die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 2 EUV erschwerend hinzu. Zu diesem Zusammenspiel auch COM (2003) 606, 9.

¹⁴⁹ Siehe dazu und für weitere Fallgruppen *H. Schmitt von Sydow*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze, *Kommentar zum EUV und EGV*, 2003, Art. 7 EU, Rn. 20 ff.

len und die entsprechenden Vorschriften des Unionsrechts anzuwenden. Nach Art. 267 AEUV sind sie jedoch befugt (und im Fall letztinstanzlicher Gerichte verpflichtet), dem EuGH Fragen der Auslegung von Art. 2 EUV und Art. 20 AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen. Dieser Mechanismus hat nicht nur den bekannten Vorteil, die Auslegung des EuGH mit der Durchsetzbarkeit nationaler Gerichtsentscheidungen zu verbinden.¹⁵⁰ Er bietet auch nationalen Richtern Rückendeckung durch den EuGH, der im Namen einer auf Grundrechte gegründeten Union spricht.¹⁵¹ Unser Vorschlag zielt also letztlich darauf ab, mitgliedstaatliche Gerichte in kritischen Situationen zu stärken.

3. Drei Einwände, drei Erwiderungen

Unser Ansatz lässt drei Einwände erwarten. Den ersten kann man auf den Vorwurf zuspitzen, eine solche Rechtsfortbildung seitens des EuGH sei *ultra vires*. Der diesbezügliche juristische Diskurs ist insbesondere von der deutschen Rechtsprechung und Lehre geprägt worden.¹⁵² Deshalb konzentrieren wir uns auf die Kriterien, die das Bundesverfassungsgericht für richterliche Rechtsfortbildung unter dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV) formuliert hat. Ausgangspunkt ist die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, welche die Rechtsfortbildung als Teil des Mandats des EuGH anerkennt.¹⁵³ Sie ist innerhalb der Grenzen juristischer Methodik gerechtfertigt, insbesondere “wo Programme ausgefüllt, Lücken geschlossen, Wertungswidersprüche aufgelöst werden oder besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen wird”.¹⁵⁴ Auf der anderen Seite hält das Gericht Rechtsfortbildung durch den EuGH für *ultra vires*, wenn sie gegen oder ohne ausreichende gesetzliche Vorschriften “neue Regelungen schafft”, vor allem dort, wo “politische Grundentscheidungen”

¹⁵⁰ Siehe J. H. H. Weiler, *The Least Dangerous Branch*, in: J. H. H. Weiler (Anm. 10), 188 (192 ff.); K. J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, 2001.

¹⁵¹ Man kann insoweit etwa an das ungarische Verfassungsgericht denken, das jüngst einiger Kompetenzen beraubt und um regierungsnaher Richter erweitert wurde. Dazu European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the New Constitution of Hungary*, Opinion No. 618/2011 of 20.6.2011, CDL-AD(2011)016, Rn. 91 ff.

¹⁵² Siehe auch P. Craig (Anm. 59), der sich maßgeblich auf Konzepte stützt, die von der *querelle allemande* herrühren.

¹⁵³ BVerfGE 126, 286 (*Honeywell*), Rn. 62. Zur Unvermeidlichkeit entsprechender Rechtsfortbildung grundsätzlich M. Jacob, *Precedent: Lawmaking Through International Adjudication*, GLJ 12 (2011), 1005.

¹⁵⁴ BVerfGE 126, 286 (*Honeywell*), Rn. 64.

getroffen werden oder “strukturelle Verschiebungen im System konstitutioneller Macht- und Einflussverteilung stattfinden”.¹⁵⁵

Ein naheliegender Kritikpunkt könnte deshalb lauten, dass unser Ansatz den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte zu Lasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen erweitere und so Art. 51 Abs. 2 GRC missachte. Der Einwand verfährt aber nicht: Wie dargelegt betrifft unser Ansatz nicht den umfassenden *Acquis* der Unionsgrundrechte, wie er in Art. 6 EUV und der Charta zum Ausdruck kommt, sondern ausschließlich den Wesensgehalt der Grundrechte, der in Art. 2 EUV normiert ist. Es steht außer Frage, dass letzterer *jede* Ausübung öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten erfasst und von der EU durchgesetzt werden kann. Somit begründet unser Ansatz weder neue Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten, noch neue Zuständigkeiten für die Union als solche. Er betrifft nicht die Verbandskompetenz der EU, sondern einzig die Organkompetenz des EuGH.

Jedoch kommt an dieser Stelle ein weiterer Gesichtspunkt ins Spiel: Der politische Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV könnte ausschließlichen Charakter haben und andere Wege zur Durchsetzung des Art. 2 EUV versperren. Dies ließe sich womöglich mit Art. 269 AEUV untermauern, der den Gerichtshof von der Nachprüfung der materiellen Voraussetzungen des Art. 7 EUV ausschließt. Allerdings ist auch dieser Einwand letztlich nicht überzeugend. Festzuhalten ist zunächst, dass der Vertrag von Lissabon nunmehr die unionalen Grundprinzipien des Art. 2 EUV der Zuständigkeit des EuGH und damit seinem verfassungsrechtlichen Auftrag unterstellt, die “Wahrung des Rechts” zu sichern (Art. 19 Abs. 1 EUV).¹⁵⁶ Folglich füllt unser Vorschlag lediglich ein “Programm” aus, das die “Herren der Verträge” vorgegeben haben. Dieses dogmatische Argument lässt sich zudem durch eine institutionenökonomische Betrachtung untermauern: Es wäre zwar äußerst wünschenswert, dass die Kommission eine aktivere Rolle als Wächterin über die Grundrechte einnimmt, als politische Institution wird sie jedoch bei jedem einzelnen Fall ihre generelle Beziehung zu den Mitgliedstaaten im Auge haben. Demgegenüber genießt der Gerichtshof den zunächst kontraintuitiven Vorteil, dass seine Entscheidungen weniger weitreichend sind: Erstens urteilt er lediglich über einen individuellen Rechtsstreit, was ihm mehr Flexibilität erlaubt. Zweitens ist es ein nationales Gericht, welches das Verfahren nach Art. 267 AEUV anstrengt und den Fall letztlich entscheidet. Eine direkte Konfrontation zwischen der europäischen

¹⁵⁵ BVerfGE 126, 286 (*Honeywell*), Rn. 64.

¹⁵⁶ Zuvor war der EuGH nach Art. 46 *lit. d* EU (Nizza) nur für Art. 6 Abs. 2 EU (Nizza) zuständig und gerade nicht für Art. 6 Abs. 1 EU (Nizza), das damalige Äquivalent des heutigen Art. 2 EUV.

und der mitgliedstaatlichen Ebene wird somit vermieden. Die Stoßrichtung unseres Vorschlags fügt sich zudem bruchlos in die zu Recht gefeierte Entwicklungsgeschichte des Unionsrechts ein. Dass unabhängige Gerichte Individualrechte schützen, ist nicht nur ein Kernelement in den Verfassungen der europäischen Staaten, sondern auch ein etabliertes Merkmal des Unionsrechts: Seit *Van Gend en Loos* ermöglicht der EuGH auf unmittelbar anwendbare Bestimmungen gestützte Individualklagen vor nationalen Gerichten als Ergänzung zum Vertragsverletzungsverfahren.¹⁵⁷ Später entwickelte der Gerichtshof die Staatshaftung für Verstöße gegen das Unionsrecht, obwohl gleichzeitig die Mitgliedstaaten beabsichtigten, durch den Vertrag von Maastricht Strafzahlungen als weiteres Sanktionsinstrument einzuführen (jetzt Art. 260 Abs. 2 AEUV).¹⁵⁸ Beides ist heute selbstverständlich akzeptierter Teil des unionsrechtlichen *Acquis*.¹⁵⁹

Der zweite Einwand könnte sich dagegen richten, dass unser Ansatz an die Unionsbürgerschaft anknüpft. Drittstaatsangehörige, eine besonders schutzbedürftige Gruppe, scheinen damit außen vor, was auf den ersten Blick merkwürdig erscheint, als in Art. 2 EUV von “Menschenrechten” die Rede ist. Dieser Einwand würde aber nur dann greifen, wenn unser Ansatz die rechtliche Situation von Drittstaatsangehörigen verschlechtern würde. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: Der vorgeschlagene Mechanismus entbindet die Union nicht von der “Wahrung der Menschenrechte” im Hinblick auf Drittstaatsangehörige. Soweit ihre Situation in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, können sie sich auf den Großteil der Chartarechte berufen.¹⁶⁰ Auch bleibt das Verfahren nach Art. 7 EUV zu ihren Gunsten anwendbar. Unser Vorschlag privilegiert Unionsbürger nur insofern, als sie allein Gerichtsverfahren gegen systemische Mängel anstrengen können. Der auf diesem Weg durchgesetzte Grundrechtsschutz ist sodann für alle anwendbar.

Dass ein Gemeinwesen die eigenen Bürger im Hinblick auf eine Art “*status activus*” privilegiert, mag man aus sozialphilosophischer Sicht kritisieren.¹⁶¹ Von dieser Warte aus erscheint ein Ansatz, der auch Drittstaatsangehörige erfasst, moralisch attraktiver. Dogmatisch wäre das aber ein weitaus größerer – und für den Gerichtshof zu großer – Schritt, beruht doch das

¹⁵⁷ EuGH, *Van Gend en Loos* (Anm. 13); aufschlussreich dazu E. Stein, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, AJIL 75 (1981), 1 (4).

¹⁵⁸ EuGH Rs C-479/93 Slg. 1995, I-03843 – *Francoovich*.

¹⁵⁹ Zur nachträglichen Billigung durch den Vertragsgeber als potentielle Legitimationsquelle richterlicher Rechtsfortbildung P. Craig (Anm. 59), 406 ff.

¹⁶⁰ Siehe zu einem wichtigen Fall, EuGH, *N.S.* (Anm. 11), Rn.68.

¹⁶¹ Dazu S. Besson/A. Utzinger, Towards European Citizenship, Journal of Social Philosophy 39 (2008), 185 (193 ff.).

politische System der EU auf dem Konzept der Bürgerschaft. Trost mögen insoweit zwei Gedanken spenden: Erstens kann die Unionsbürgerschaft selbst als ein erster Schritt zur Öffnung der Staatsangehörigkeit für eine kosmopolitische Dimension gedeutet werden.¹⁶² Zweitens hat gerade die Sache *Ruiz Zambrano* gezeigt, dass ein besserer Schutz des Unionsbürgers indirekt häufig Drittstaatsangehörigen zugute kommt.

Der dritte Einwand nimmt einen externen Standpunkt ein. Da unser Ansatz dem Schutz der Unionsgrundrechte eine neue Dimension verleiht, könnte er als Konkurrenz oder gar Unterminierung von EMRK, Europarat und EGMR verstanden werden. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: Wie absehbar ist, wird die EU Vertragspartei der EMRK in weitestgehender Gleichstellung mit den staatlichen Mitgliedern.¹⁶³ Effektiver Grundrechtsschutz durch die Gerichte einer Vertragspartei untergräbt die EMRK gerade nicht, sondern stärkt sie. Hauptbezugspunkt für den unionalen Grundrechtsschutz war und ist die Rechtsprechung des EGMR.¹⁶⁴ Daher kann es nur im Interesse des letzteren sein, wenn seine Stimme in der EU dadurch noch mehr Gewicht erlangt, dass sich der EuGH Art. 2 EUV zuwendet.¹⁶⁵ Auf der anderen Seite kann sich eine "Rechtsunion"¹⁶⁶ beim Grundrechtsschutz nicht auf einen externen Mechanismus verlassen, der seiner Natur nach subsidiär ist (vgl. Art. 35 Abs. 1 EMRK), dem in der Regel eine direkte Durchsetzungsmöglichkeit in nationalen Rechtsordnungen fehlt¹⁶⁷ und der derzeit mit ernsthafter Arbeitsbelastung kämpft.¹⁶⁸ Im Zusammenhang mit dem Schutz der Medienfreiheit hat die Parlamentarische Versammlung des Europarates bereits die Europäische Union "als eine supranationale Organi-

¹⁶² Siehe S. Besson/A. Utzinger (Anm. 161), 194.

¹⁶³ So ausdrücklich CoE Informal Group on Accession of the European Union to the Convention, Final version of the draft legal instruments on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDH-EU (2011) 16fin (19.7.2011), abrufbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en.pdf; dazu auch T. Lock, EU Accession to the ECHR, Implications for Judicial Review in Strasbourg, E.L. Rev. 35 (2010), 777 ff.

¹⁶⁴ Vgl. die gemeinsame Mitteilung der Präsidenten Costa und Skouris, Januar 2011, abrufbar unter http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/.

¹⁶⁵ Siehe auch mit einer optimistischen Einschätzung des Verhältnisses zwischen beiden Gerichten S. Douglas-Scott, A Tale Of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis, CML Rev. 43 (2006), 629 (664).

¹⁶⁶ EuGH Rs C-550/09, Slg. 2010, I-0000, Rn. 44 – *E und F*.

¹⁶⁷ Siehe G. Ress, Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order, Tex. Int'l L. J. 40 (2005), 359 ff.

¹⁶⁸ Dazu H. Keller/A. Fischer/D. Kühne, Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals, EJIL 21 (2010), 1025 ff.; R. Wolfrum/U. Deutsch (Hrsg.), The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions, 2009.

sation mit effektiven Regierungsbefugnissen” aufgefordert, sich ihrer Verantwortung zu stellen.¹⁶⁹

V. Ausblick: Eine neue Stufe im europäischen Verfassungspluralismus

Tatsächliche Missstände, theoretische Erwägungen und dogmatische Inkonsistenzen in der Rechtsprechung legen eine Modifizierung und Fortentwicklung des unionalen Grundrechtsschutzes gegenüber den Mitgliedstaaten nahe. Zu diesem Zweck schlägt dieser Beitrag vor, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft zusammenzuführen. Der “Kernbestand” der Unionsbürgerrechte im Sinne der jüngsten EuGH-Rechtsprechung wird durch den in Art. 2 EUV geschützten Wesensgehalt der Grundrechte bestimmt und im Rahmen einer umgekehrten *Solange*-Doktrin gegenüber den Mitgliedstaaten positioniert: *Solange* die Mitgliedstaaten den durch Art. 2 EUV geschützten Wesensgehalt der Grundrechte gewährleisten, bleiben sie außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta autonom. Unterschreiten sie diesen Standard allerdings, ist es Aufgabe der nationalen Gerichte mit der Rückendeckung des EuGH, dem Einzelnen zu seinen grundlegenden Rechten zu verhelfen.

Dieser Ansatz steht im Einklang mit jüngeren Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur, welche der Unionsbürgerschaft ein stärker individualrechtliches als integrationsfunktionales Antlitz geben.¹⁷⁰ Er kann dazu beitragen, eine der legitimatorischen Grundlagen der Union zu stärken. Gleichzeitig mindert er aber den Druck auf den EuGH, im Interesse des Grundrechtsschutzes das Konzept des unionsrechtlichen “Anwendungsbereichs” zu überdehnen. Schließlich und im Unterschied zu den Ansätzen der Generalanwälte *Jacobs* und *Sharpston* entgeht er der Gefahr, über die Grundrechte die mitgliedstaatlichen Verfassungsidentitäten einzuebnen. Kurzum, nach unserer Überzeugung ist dies der Kurs, auf dem die europäische Grundrechtsdogmatik heil zwischen der *Skylla* einer dysfunktionalen Union und der *Charybdis* grundrechtsbasierter Zentralisierung durchsegeln kann. Der europäische Verfassungspluralismus erreicht so eine neue Stufe. Das unionale und die nationalen Systeme des Grundrechtsschutzes könnten fruchtbar zusammenwirken, tolerant gegenüber den Eigenheiten des ande-

¹⁶⁹ Report by the Committee on Culture, Science and Education to the Council of Europe Parliamentary Assembly of 6.1.2010 (Anm. 22), Rn. 107 ff.; CoE Parliamentary Assembly, Respect for Media Freedom, Recommendation 1897 (2010) of 27.1.2010, Rn. 16.

¹⁷⁰ Dazu *E. Spaventa* (Anm. 85), 39.

ren, aber auch in gegenseitiger Wachsamkeit und Hilfsbereitschaft zur Sicherung gemeinsamer Fundamente.