

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

10 70. Jahrgang
15. Mai 2015
Seiten 477–528

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Johannes Masing, Karlsruhe/Freiburg*

Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes

Grundrechtsschutz ist im Spannungsfeld von Menschenrechtskonvention, Grundrechtecharta und den Verfassungsgrundrechten vielschichtig und anspruchsvoll geworden. Die Kodifikationen haben unterschiedliche Funktionen und können verschiedenen Inhalt haben. Für ihr Zusammenwirken können und müssen in Fortentwicklung der auf allen Ebenen noch entwicklungs-offenen Rechtsprechung Abgrenzungslinien entwickelt werden, die nicht schlicht hierarchisch-unitarisierend geprägt sind, sondern eine gute Balance zwischen Einheit und föderaler Vielfalt herstellen.

I. Einleitung

Wie einheitlich oder bunt soll das Europa der Zukunft sein? Diese Frage entscheidet sich nicht zuletzt am Grundrechtsschutz. Wann darf das Tragen der Burka, das Anbringen eines Kreuzifixes verboten werden? Wieweit dürfen Rechts- oder Linksradike demonstrieren – oder Lehrer werden, wann darf eine Partei verboten werden? Wann dürfen Geheimdienst, Polizei, Unternehmen oder private Bürger welche Informationen sammeln und weitergeben? Gibt es ein politisches Streikrecht, ist ein Flashmob zulässig? Welche Standards gelten für die Gleichbehandlung homo- und heterosexueller Paare? Gibt es ein Menschenrecht auf Sozialhilfe – in welchem Umfang? Auch für Asylbewerber? Welche grundrechtlichen Anforderungen gelten für die Organisation des Rundfunks oder der Hochschulen? Ist ein Deal im Strafrecht, eine Verurteilung in Abwesenheit zulässig? Abtreibung, Embryonenforschung, Gentechnik?

Mit der Gestaltung des Grundrechtsschutzes entscheidet sich, wieweit diese Fragen europäischer Vereinheitlichung unterliegen. Gewährt die Europäische Union jedem Bürger in jedem Bereich die gleichen Grundrechte, schafft sie einen übergreifenden einheitlichen Grundrechtsstatus für jeden Unionsbürger? Dann wäre der Zugriff auf all diese Fragen eröffnet. Um nicht weniger geht es bei der Frage nach dem Anwendungsbereich der Europäischen Grundrechtecharta, die mit dem Lissabon-Vertrag 2009 in Kraft getreten ist. Wäre die Charta umfassend auch seitens der Mitgliedstaaten

anwendbar, würde dies – wirksamer als viele Kompetenzerweiterungen in den Verträgen – einen enormen Unitarisierungsschub in Gang setzen.

Die Charta begrenzt indes ihre Anwendbarkeit gegenüber den Mitgliedstaaten. Hierüber besteht im Grundsatz Einigkeit – auch zwischen dem *BVerfG* und dem *EuGH*. Die hierin liegenden Herausforderungen bilden eine Schlüsselfrage der Zukunft und bedürfen eines Zusammenwirkens in konstruktivem Geist. Die Einigkeit im Grundsätzlichen bildet hierfür einen guten Ausgangspunkt – und zugleich einen Fluchtpunkt, der es erlaubt, auf der bisherigen Rechtsprechung aufzubauen (unten V und VI). Um die Herausforderungen jedoch in ihrer vollen Dimension zu erfassen, bedarf es zuvor allerdings einer auch kritischen Auseinandersetzung mit Entwicklungen der europäischen Rechtsprechung, die naheliegende Lösungen des Grundrechtsverbunds verschüttet haben (unten III und IV). Voranzustellen ist ein kurzer Aufriss des Gesamtrahmens der europäischen Grundrechtsarchitektur (II).

II. Die Grundarchitektur des Europäischen Grundrechtsschutzes

Die Frage nach dem Anwendungsbereich der Grundrechtecharta fügt sich in eine anspruchsvolle Architektur im Dreieck von EMRK, Grundrechtecharta (GRCh) und Verfassungsgrundrechten.

1. Das Verhältnis von EMRK und Verfassungsgrundrechten

Das Verhältnis zwischen EMRK und den Verfassungsgrundrechten ist vom Grundsatz her klar: Es bestimmt sich nach dem Verhältnis von internationalem Recht und innerstaatlichem Recht. Die Konvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der nach Maßgabe innerstaatlicher Umsetzung wirksam wird. Die letztlich maßgebliche Entscheidung über die Art und Weise, wie die Konvention implementiert und ausgelegt wird, liegt bei den jeweiligen Staaten¹.

¹ *EGMR* v. 6.2.1976 – Swedish Engine Drivers Union, Nr. 5614/72, Rn. 50; v. 21.2.1986 – James u.a., Nr. 8793/79, Rn. 84; vgl. auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 5. Aufl. 2012, § 3 Rn. 1; *Ehlers*, in: *ders.* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 11.

* Der Autor ist Richter des Bundesverfassungsgerichts und lehrt öffentliches Recht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

a) Geschichteter Grundrechtsschutz mit Flexibilität

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Konvention ist der Anspruch ein umfassender: Die in ihr versprochenen Menschenrechte sollen von den Konventionsstaaten umfassend und auf allen Ebenen gewährleistet werden. Dieser umfassenden Inpflichtnahme korrespondiert umgekehrt eine große Offenheit, wie diese Verbürgungen zu konkretisieren sind. Die Konvention adressiert sich an die Mitgliedstaaten als solche und enthält keine Bestimmungen darüber, wie ihre Verpflichtungen umzusetzen sind, insbesondere wie die Menschenrechte institutionell innerstaatlich zu gewährleisten sind². Weder schreibt sie vor, ob und gegebenenfalls vor welcher Instanz sich die Bürger innerstaatlich auf die Menschenrechte der Konvention berufen können, noch wer innerstaatlich in welcher Weise über ihre Durchsetzung zu wachen hat³. Insbesondere verlangt sie aus sich heraus nicht die Schaffung einer Gerichtsbarkeit mit verfassungsgerichtlichen Kompetenzen zur Durchsetzung der Konvention auch gegenüber dem Gesetzgeber⁴. Zwar mag sich dieses angesichts der Detaillierung der Rechtsprechung heute in gewissem Umfang als praktisch kaum mehr vermeidbare Implementationsvoraussetzung nahelegen, jedoch lässt die Konvention die grundsätzliche Frage, wieweit Menschenrechte durch politisch-parlamentarische oder durch gerichtliche Entscheidung und als einfaches oder höherrangiges Recht umgesetzt werden, offen und legt deren Beantwortung in die Hände der Konventionsstaaten⁵.

Entsprechend zielt die EMRK auch inhaltlich nicht auf die Schaffung eines Menschenrechtsschutzes als einheitliche Rechtsmaterie. Weder versteht sie sich als Alternative oder Konkurrenz zu den nationalen Grundrechten, noch ist sie darauf angelegt, diese als höherrangige Normen zu überwölben. Sie beansprucht keine unmittelbare Hierarchisierung und keinen Anwendungsvorrang⁶. Die Konvention will die Vielfalt der verschiedenen Formen des Grundrechtsschutzes, ihre dahinterliegenden unterschiedlichen Wertungen und gegebenenfalls Lehren und Abgrenzungen prinzipiell nicht fusionieren und zusammenführen, sondern sie durch gemeineuropäische Grundrechtsstandards absichern und unterfangen. Als Reaktion auf die Verwüstungen des Zweiten Weltkriegs und die Unmenschlichkeit zerstörerischer Nationalismen liegt in ihr durchaus das Streben nach einer politischen Kohäsion der europäischen Staaten in Festigung ihrer humanitären Grundlagen. Insoweit liegt in ihr und sollte mit ihr seit jeher auch eine gewisse Annäherung der Rechtsordnungen geschaffen werden. Die Konvention ist dabei aber nicht ein Instrument der Homogenisierung. Ausdrücklich erkennt Art. 53 EMRK die Hoheit der Vertragsstaaten an, selbst einen anspruchsvollen Grundrechtsschutz einzurichten, den die Konvention nicht begrenzen will⁷.

Entsprechend unterschiedlich ist der Ort und Rang, den die verschiedenen Staaten der EMRK einräumen. In den Niederlanden geht sie der Verfassung vor, wobei sie für den Einzelnen den einzigen Schutz gegen nationale Gesetze dar-

stellt⁸. Österreich hat die EMRK in Verfassungsrang erhoben⁹. Hier können sich die Bürger gegenüber den Gerichten auf die Konvention ebenso berufen wie auf die eigene Verfassung. Damit kann die Konvention in beiden Ländern materiell grundsätzlich auch unmittelbar gegenüber dem Gesetzgeber in Stellung gebracht werden, was prozessual freilich wiederum abhängig ist von der jeweiligen Ausgestaltung des Rechtsschutzes, die insoweit sehr unterschiedlich ist¹⁰. Ähnlich verhält sich das in den Ländern, in denen die Konvention in einer Zwischenschicht zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht angesiedelt wird, indem sie jedenfalls über dem einfachen Gesetzesrecht steht¹¹. Andere Länder wie insbesondere Deutschland weisen der Konvention demgegenüber nur einfachen Gesetzesrang zu¹². Auch hier kann sich der Bürger – wie, soweit ersichtlich, inzwischen überall – gegenüber den Gerichten auf die Konvention berufen, kann diese aber nicht unmittelbar gegen Gesetze in Stellung bringen¹³. Freilich wird in der Praxis auch hier durch entsprechende Auslegungsregeln der Konvention gegenüber anderen Gesetzen eine Sonderstellung eingeräumt – und für deren effektive Umsetzung faktisch eingeräumt werden müssen –, die ihre Berücksichtigung bei der Auslegung einfachen Rechts wirksam ermöglicht¹⁴. Für Konstellationen, in denen einfaches Gesetzesrecht und Maßgaben der Konvention in Konflikt geraten, bedarf es dann eigener Regelungen: Im Vereinigten Königreich legen die Gerichte in diesen Fällen die fraglichen Gesetze dem Parlament vor, damit dieses Abhilfe schafft¹⁵; in Deutschland geht die Konvention gegenüber Landesrecht als Bundesrecht vor (Art. 31 GG) und ermöglicht man im Übrigen über eine Interpretation des Rechtsstaatsprinzips, etwaige Verstöße gegen die EMRK vor dem *BVerfG* unter Berufung auf die Grundrechte i. V. mit Art. 20 Abs. 3 GG geltend zu machen – ersichtlich in der Erwartung, dass man dort in der Regel zu einer verträglichen Lösung kommen wird¹⁶.

Entsprechend verschieden ist insoweit auch das Verhältnis zwischen dem Schutz durch Verfassungsgrundrechte und dem Schutz der Konvention ausgestaltet. In Ländern, in denen ein ausdrücklicher Grundrechtskatalog nicht existiert, kann die Konvention insoweit die maßgebliche Grundlage des innerstaatlichen Grundrechtsschutzes überhaupt darstellen¹⁷. In anderen Ländern tritt der Konventionsschutz neben einen – mehr oder weniger ausgebauten – verfassungsrecht-

² Peters/Altwickler, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 3.

³ Vgl. dazu *EGMR* v. 8. 7. 1986 – Lithgow u. a., Nr. 9006/80 u. a., Rn. 205.

⁴ *EGMR* v. 26. 3. 1987 – Leander, Nr. 9248/81, Rn. 77 m. w. N.

⁵ Siehe zu unterschiedl. Umsetzungen nur Keller u. a. (Hrsg.), *A Europe of Rights*, Oxford 2008, S. 31 ff.

⁶ Vgl. Art. 53 EMRK; Hervorhebung d. Subsidiarität in *EGMR* v. 26. 10. 2000 – Kudla, Nr. 30210/96, Rn. 152; *EGMR* v. 10. 5. 2001 – Z. u. a., Nr. 29392/95, Rn. 103.

⁷ *EGMR* v. 30. 1. 1998 – United Communist Party of Turkey, Nr. 19392/92, Rn. 28; *Frowein/Penkert*, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 53.

⁸ Zum Vorrang vgl. Art. 94 Grundwet; siehe auch *de Wet*, in: Keller (Fn. 5), S. 235 f.; vgl. Art. 120 Grundwet, wonach Gerichte nicht befugt sind, die Verfassungsmäßigkeit v. Gesetzen zu prüfen.

⁹ Siehe dazu Art. II Nr. 7, 59. Bundesverfassungsg, österr. BGBl. 1964/59.

¹⁰ Zur Ausgestaltung in Österreich vgl. *Thurnherr*, in: Keller (Fn. 5), S. 326 f.

¹¹ So z. B. in Frankreich (Art. 55 der Verfassung); Griechenland (Art. 28 Abs. 1 der Verfassung); der Schweiz (vgl. zum Streitstand *Thurnherr*, in: Keller [Fn. 5], S. 330); der Slowakei (Art. 7 Abs. 5, Art. 154c Abs. 1 der Verfassung); und in Spanien (Art. 95, Art. 96 der Verfassung), siehe dazu *Soriano*, in: Keller (Fn. 5), S. 403 f.

¹² Art. 59 Abs. 2 GG; siehe dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 3 Rn. 6; für Norwegen und Schweden: *Wiklund*, in: Keller (Fn. 5), S. 187 f.; zu den Besonderheiten im Vereinigten Königreich: *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 3 Rn. 5.

¹³ *Mayer*, in: *Karpenstein/Mayer*, EMRK, 2012, Einl. Rn. 78.

¹⁴ *BVerfGE* 111, 307 (328 f.); für Italien: *Panara*, in: *Bogdandy/Villalón/Huber* (Hrsg.), IPE II, 2008, § 18 Rn. 62.

¹⁵ Sektion 4 HRA; siehe auch *Besson*, in: Keller (Fn. 5), S. 51 m. w. N. auf Rspr.

¹⁶ *BVerfGE* 111, 307 (322 ff.).

¹⁷ Zum Vereinigten Königreich vgl. *Grote* ZaöRV 1998, 309 ff.; vgl. zur Situation in Österreich *Wiederin*, in: *Bogdandy/Villalón/Huber* (Hrsg.), IPE I, 2007, § 7 Rn. 121.

lichen Grundrechtsschutz. Hierbei können die verschiedenen Schutzzschichten einander sehr verschiedenartig zugeordnet sein, was nicht allein Frage des materiellen Rangs der Konvention, sondern insbesondere auch eine Frage des Prozessrechts ist. So kann der Konvention eher ergänzend eine subsidiäre Rolle zugewiesen sein, wenn auf staatlicher Ebene wirksame Durchsetzungsmechanismen für die Grundrechte gewährleistet werden, die nicht in gleicher Weise für die Konvention gelten. Die Konvention kann aber auch in den Vordergrund treten, wenn nach innerstaatlichem Recht für die Anforderung der Grundrechte weniger effektive Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen als auf Konventionsebene. In anderen Ländern werden dabei die Verfassungsgrundrechte und die Konventionsrechte annähernd vollständig zu einer Einheit zusammengeführt¹⁸. Dabei kann die Frage der Gewährleistung der Grundrechte ein Stück weit – etwa bezüglich der Gesetzeskontrolle – dem *EGMR* überlassen bleiben¹⁹. In anderen Ländern hat dieses aber auch umgekehrt dazu geführt, dass durch eine Stärkung des innerstaatlichen Rechtsschutzes – sei es hinsichtlich der Garantien der EMRK selbst²⁰, sei es hinsichtlich der nationalen Verfassungsgrundrechte²¹ – die Durchsetzung der Freiheitsrechte zunächst in das Land selbst zurückverlegt wurde. Gerade angesichts der Vielgestaltigkeit der Implementierung und der hierin zum Ausdruck kommenden verschiedenen Grundentscheidungen zum Charakter des Menschenrechtsschutzes im Spannungsfeld von politischer und rechtlicher Verantwortung wird deutlich, dass die EMRK einen gemeinsamen Boden an Rechtsstaatlichkeit – eine Basis gemeinsamer Prinzipien freiheitlicher Ordnung – sichern will, nicht aber als Schritt zu einer übergreifenden europäischen Teilrechtsordnung zu verstehen ist. Das muss auch das inhaltliche Verständnis ihrer Garantien leiten. Die Konvention zielt allein auf die Gewährleistung von Mindestgarantien²². Sie ist Fundament, aber nicht Ziel des Grundrechtsschutzes. Nicht darauf angelegt, den Grundrechtsschutz in Europa eigenständig zu durchformen, zielt sie nicht auf eine optimierende Verfeinerung und Perfektionierung, sondern auf die Gewährleistung von Basisstandards. Auf der Grundlage der Konvention hat jeder Mitgliedstaat seinen eigenen Menschenrechtsschutz aufzubauen. Dieser kann die Anforderungen der Konvention auf vielfältige Weise konkretisieren, Grundrechtskonflikte unterschiedlich auflösen und über die Garantien der Konvention auch hinausgehen²³. Das Verständnis als Mindestgarantie beziehungsweise als Basisstandard meint dabei selbstverständlich nicht eine Zurücknahme des Schutzanspruchs nur auf solche Fälle, die die Grenze zur Menschenverachtung oder zum Umkippen der Rechtsord-

nung in ein freiheitswidrig-autoritäres Regime markieren. Mindestgarantie darf nicht mit Minimalgarantie verwechselt werden. In Europa wollte man nach dem Zweiten Weltkrieg durchaus Basisstandards, die auch im Rechtsalltag Bedeutung entfalten können – sonst hätte es der Einrichtung eines eigenen Gerichts nicht bedurft; die Rechtsprechung hat dies durch beherrzte Entscheidungen zu Recht schon früh klargestellt. Dies stellt aber nicht in Frage, dass es mit ihr allein darum geht, eine Basis zu sichern, nicht aber die Vielfalt der nationalen Grundrechtsregime zusammenzuführen.

An dem Verständnis der EMRK als Basisstandard ändert nichts, dass es Konventionsstaaten gibt, die auf eigene Grundrechte verzichten und stattdessen allein oder in weiten Teilen auf die Konvention bauen²⁴. Auch in diesem Fall ist ein zurückgenommenes – und dabei ja deshalb nicht gehaltenes – Verständnis der Konvention sachgerecht. Denn gerade in solchen Ländern kann darin die Entscheidung liegen, den Schutz der Menschenrechte soweit möglich in die politische Verantwortung der demokratischen Akteure zu legen statt in die Hände der Gerichte. Dass rechtlich einforderbar dann nur die Basisstandards der Konvention sind, ist konsequent.

Dem widerspricht nicht, dass in anderen Ländern wie Österreich oder auch der Schweiz die EMRK als anspruchsvolles Instrument eines verfeinerten Grundrechtsschutzes rezipiert und in die Rechtsordnung integriert wird²⁵. Es ist insoweit durchaus denkbar, dass hier mit Hilfe der Konvention auf einzelstaatlicher Ebene ein differenzierter und durch Gerichte durchsetzbarer Grundrechtsstandard entwickelt wird, der über Basisstandards weit hinausgeht – entweder im Gleichlauf mit den eigenen Grundrechten oder als Ersatz für solche. Insoweit ist die Konvention für verschiedene Auslegungen offen. Gerade aber auch das passt mit einem flexiblen Verständnis der Konvention als völkerrechtlicher Vertrag gut zusammen. Wichtig ist freilich, dass insoweit nicht alle Konkretisierungen, die auf der jeweiligen staatlichen Ebene entwickelt werden, dann auch auf völkervertragsrechtlicher Ebene als die einzig möglichen angesehen werden. Sie sind staatliche Konkretisierungen, die damit nicht auch automatisch für alle verbindliche Mindestgarantien werden, welche dann auch der *EGMR* durchzusetzen hätte.

Zusammenfassend ist damit das Verhältnis von mitgliedstaatlichem Grundrechtsschutz und Konventionsschutz als Modell eines geschichteten Grundrechtsschutzes zu begreifen: Unterhalb der nationalen Grundrechte etabliert die Konvention eine weitere Grundrechtsschicht, die als Reserve und Kontrolle wirkt. Sie ist gegenständlich umfassend, inhaltlich aber zurückgenommen.

b) Herausforderungen an das Verhältnis von Einheit und Vielfalt

Trotz der völkerrechtlichen Flexibilität ist schon diese Doppelung des Grundrechtsschutzes in Blick auf die Offenhaltung von Vielfalt in der Praxis sehr anspruchsvoll. Denn durch die Einrichtung des *EGMR* und die Individualbeschwerde²⁶ entwickelt die Konvention doch eine erhebliche Dynamik, die bereits hier zu erheblichen Reibungen

¹⁸ So z. B. in Österreich: *Grabenwarter*, in: IPE II (Fn. 14), § 20 Rn. 64; und der Schweiz: *Keller*, in: IPE II (Fn. 14), § 23 Rn. 64; *Thurnherr*, in: *Keller* (Fn. 5), S. 364.

¹⁹ So urspr. in der Schweiz; vgl. (auch zur weiteren Entwicklung) *Keller*, in: IPE II (Fn. 14), § 23 Rn. 62 ff.

²⁰ So im Vereinigten Königreich durch den HRA 1998 vgl. *Grote* ZaöRV 1998, 309 (346); so im Zuge der Rspr. inzwischen auch in der Schweiz, vgl. a. a. O.

²¹ So wurde durch die *question prioritaire de constitutionnalité* in Frankreich nun auch die Möglichkeit eröffnet, in einem konkreten Rechtsstreit die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes durch den *Conseil constitutionnel* nachträglich prüfen zu lassen; Art. 23–2 (al.2), Art. 23–5 (al.2) *Ordonnance n° 58–1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, version consolidée au 26 janvier 2015; für Deutschland vgl. Fn. 16.

²² *F. Kirchhof* NJW 2011, 3681 (3682 f.).

²³ Vgl. dazu Art. 53 EMRK; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 2 Rn. 14.

²⁴ Siehe für das Vereinigte Königreich *Grote* ZaöRV 1998, 309 f.; für Österreich *Grabenwarter* (Fn. 14), § 20 Rn. 64.

²⁵ Siehe für Österreich *Wiederin* (Fn. 17), § 7 Rn. 120 f.; für die Schweiz *Keller* (Fn. 14), § 23 Rn. 61 ff.

²⁶ Art. 34 Satz 1 EMRK; dazu *P. Schäfer*, in: *Karpenstein/Mayer* (Fn. 13), Art. 34 Rn. 31 ff.

führen kann. Da jeder Bürger einzelfallbezogen und bezogen auf innerstaatliche Gerichtsentscheidungen die Konventionsgrundrechte geltend machen kann, kommt solcher Schutz im Ergebnis der Anerkennung eines vereinheitlichten europäischen Grundrechtsstatus doch zumindest schon nahe²⁷ – auch wenn die Konvention unmittelbar die Staaten als solche verpflichtet.

Die Einwirkungsbefugnisse auf die innerstaatlichen Rechtsordnungen, die damit dem Gerichtshof zuwachsen, reichen weit. Zwar kann der *EGMR* formell nur den Einzelfall mit Wirkung gegenüber dem jeweiligen Mitgliedstaat entscheiden. Bei sachgerechter Auslegung der Konvention sind die Vertragsstaaten völkerrechtlich aber durchaus verpflichtet, erforderlichenfalls auch strukturelle Konsequenzen zu ziehen. Und jedenfalls faktisch kann den in dieser Art konkretisierten Anforderungen der Konvention nur dann genügt werden, wenn die innerstaatlichen Gerichte die Konvention unmittelbar berücksichtigen können. Eine Balance zwischen Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes kann im Modell der Schichtung folglich nur inhaltlich gesucht werden: Die Garantien der Konvention sind von ihrem Schutzgehalt her zurückgenommen zu interpretieren und stehen als Mindestgarantien einer auch substantiell unterschiedlichen Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes in den Staaten grundsätzlich nicht entgegen.

Selbst bei einem völkerrechtlichen Gericht ist dies, wie die Erfahrung lehrt, nicht leicht. Es gibt nicht wenige Entscheidungen, in denen man zweifeln kann, ob dies gelungen ist²⁸. Hierum wird immer wieder hart gerungen werden müssen – die vage Formel der margin of appreciation ist nur ein erster Ausgangspunkt²⁹. Sie muss so verstanden werden, dass hiermit nicht nur die unvertretbare Letztbewertung im Einzelfall gemeint ist, sondern auch unterschiedliche Abwägungsregeln, Beweislast- und Vorrangregelungen ermöglicht werden, die Raum auch für unterschiedliche Grundrechtsdogmatiken lassen. Es ist aber zu erkennen, dass der Gerichtshof sich in diese Richtung bewegt und seine Rechtsprechung zunehmend in Respekt vor der Vielfalt mitgliedstaatlicher Grundrechtstraditionen auszuüben sucht³⁰. Die Flexibilität des völkerrechtlichen Charakters der Konventionsverpflichtungen macht das vom Grundsatz her auch möglich.

2. Das Verhältnis von Europäischer Grundrechtecharta und Verfassungsgrundrechten

Ganz anders ist das Verhältnis zwischen der Europäischen Grundrechtecharta und den Grundrechten der Mitgliedstaaten angelegt – zumindest vom Grundsatz her. Die Unionsgrundrechte sollen Schutz gegenüber Rechtsakten der

Europäischen Union gewährleisten. Das Grundmodell liegt hier nicht in einer Schichtung, sondern einer Teilung: Gegenüber den Mitgliedstaaten schützen die Verfassungsgrundrechte den Bürger, gegenüber der Union die Charta. Dem entsprechend geht es dort auch nicht um Mindeststandards, sondern um einen vollwertigen Grundrechtsschutz. Das sieht man schon äußerlich: Kaum ein anderer Grundrechtskatalog enthält so viele Grundrechtsversprechen wie die Charta³¹.

Die unterschiedliche Stoßrichtung des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes gegenüber der EMRK wird auch in dessen Entstehungsgeschichte deutlich. Den Römischen Verträgen 1957 schienen Unionsgrundrechte verzichtbar. Ausgehend noch vom Völkerrecht schien es unproblematisch, bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts den Mitgliedstaaten den Grundrechtsschutz zu überlassen. Änderungsdruck entstand erst, als der *EuGH* den Vorrang des Unionsrechts vor jedem nationalen Recht, auch den Grundrechten, proklamierte³² und zugleich den Kreis der unmittelbar anwendbaren Vorschriften über die Verordnungen hinaus in weitem Umfang auf Primärrecht und Richtlinien erstreckte³³. Das verständliche Ziel dieser Rechtsprechung: Die Einheitlichkeit des Unionsrechts sollte durch nationale Verfassungen nicht unterlaufen werden. Das Problem war dann allerdings: In Fällen, in denen das Unionsrecht zwingende Vorgaben machte, fiel danach Grundrechtsschutz zunächst ganz aus: Nationale Grundrechte durften nicht angewendet werden, europäische Grundrechte gab es nicht. Die Solange I-Entscheidung des *BVerfG* erkannte deshalb den Vorrang des Unionsrechts vor den Grundrechten bekanntlich nicht an³⁴. Man wartete, bis der *EuGH*, hierdurch angetrieben, einen europäischen Grundrechtsschutz geschaffen hatte. Durch Richterrecht schuf dieser grundrechtsgleiche allgemeine Rechtsgrundsätze. Erst als das Grundrechtsvakuum hierdurch gefüllt war³⁵, entschied das *BVerfG*, den nationalen Grundrechtsschutz gegenüber zwingendem Unionsrecht – unter Vorbehalt für extreme Ausnahmefälle – zurückzunehmen³⁶. Dies ist die bis heute geltende Solange II-Rechtsprechung. Das Modell für das Verhältnis von Einheit und Vielfalt schien klar: Für vereinheitlichtes Unionsrecht gilt der Grundrechtsschutz der Union, für das unterschiedliche einzelstaatliche Recht die jeweiligen Verfassungsgrundrechte. Föderal geteilter Grundrechtsschutz. Die Europäische Grundrechtecharta sollte diesen Prozess dann feierlich durch einen nun auch ausformulierten Grundrechtskatalog krönen³⁷.

²⁷ Vgl. Masing, in: Festschrift für Papier, 2013, S. 355 (356).

²⁸ Vgl. hierzu *Björnstjern* AVR 51(2013), 339 (348 ff.); *Grabenwarter* AfP 2004, 209 (315); *Hartwig* RabelsZ 1999, 561 (565 f.) mit Nachw. aus der Rspr.; *Hawg*, Bildberichterstattung, 2011, S. 92 ff.; *R. Jaeger*, Abw. Meinung in: *EGMR* v. 7. 2. 2012 – Axel Springer AG, Nr. 39 954/08; *F. Priest* AJDA 1999, 922.

²⁹ Masing, in: Festschrift für Krämer, 2009, S. 60 (73); vgl. auch *Brems* ZaöRV 1996, 240 (312 ff.).

³⁰ Siehe nunmehr *EGMR* v. 18. 3. 2011 – Lautsi u. a., Nr. 30 814/06, Rn. 68 ff.; im Gegensatz noch zu *EGMR* v. 3. 11. 2009 – Lautsi u. a., Nr. 30 814/06, Rn. 144; siehe auch *EGMR* v. 7. 2. 2012 – Caroline v. Hannover II, Nr. 40 660/08, 60 641/08, Rn. 104, 118 im Gegensatz zu *EGMR* v. 24. 6. 2004 – Caroline v. Hannover, Nr. 59 320/00; *EGMR* v. 10. 11. 2005 – Leyla Sahin, Nr. 44 774/98, Rn. 109; v. 29. 6. 2007 – Folgerø, Nr. 15 472/02, Rn. 89; v. 4. 12. 2008 – Dogru, 27 058/05, Rn. 71 ff.; v. 3. 11. 2011 – S. H. u. a., Nr. 57 813/00, Rn. 62; v. 12. 4. 2011 – Stübing, Nr. 43 547/08, Rn. 59 f.; v. 16. 12. 2010 – A, B und C, Nr. 25 579/05, Rn. 185, 191; v. 19. 7. 2012 – Koch, Nr. 497/09, Rn. 69 ff.; v. 8. 11. 2012 – Peta Deutschland, Nr. 43 481/09, Rn. 49; v. 1. 7. 2014 – S.A.S., Nr. 43 835/11, Rn. 129, 154 f.

³¹ Vgl. etwa: *Ehlers*, in: *ders.* (Fn. 1), § 14 Rn. 12 f.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 17 Rn. 8 f.

³² *EuGH*, Rs. C-6/64, Slg. 1964, 1251 (1269) – Costa/E.N.E.L.; Rs. C-11/70, Slg. 1970, 1125, Rn. 3 – Intern. Handelsgesellschaft; Rs. C-409/06, Slg. 2010, I-8015, Rn. 61 – Winner Wetten.

³³ *EuGH*, Rs. C-26/62, Slg. 1963, 3, Rn. 7 ff. – Van Gend en Loos; Rs. 9/70, Slg. 1970, 825, Rn. 5 ff. – Leberpfennig; Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629, Rn. 22 f. – Ratti; Rs. 8/81, Slg. 1982, 53, Rn. 27 ff. – Becker; im Keim enthielten die Verträge das Problem des Grundrechtsschutzes freilich von Anfang an: Für die Entscheidungen und Verordnungen, die von Beginn an unmittelbare Rechtswirkung entfalten sollten, hätte man die Frage nach einem Grundrechtsschutz von Anfang an stellen können. Sie schien damals – auch angesichts der noch wenig ausgeprägten Kontrolle der Grundrechte durch die Gerichte, zumal im Wirtschaftsrecht – aber noch nicht dringlich.

³⁴ *BVerfGE* 37, 271 (285) – Solange I; dazu *Cornils*, in: *Menzel* (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S. 234 ff.

³⁵ Vgl. *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993; *Ehlers*, in: *ders.* (Fn. 1), § 14 Rn. 3 ff.; *Walter*, ebda, § 1 Rn. 27 ff.

³⁶ *BVerfGE* 73, 339 (387) (Ls. 2) – Solange II; *BVerfGE* 102, 147 (164 ff.) (Ls. 2) – Bananenmarktordnung.

³⁷ Vgl. ABl. 2007 C 303/2; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 31), § 17 Rn. 6.

3. Das Verhältnis von Grundrechtecharta und EMRK

In der Unterscheidung zwischen geschichtetem und geteiltem Grundrechtsschutz wird zugleich deutlich, dass es konsequent ist, wenn künftig auch die Europäische Union der Menschenrechtskonvention beitrifft³⁸. Wenn die Union als eigener Hoheitsträger eigene Grundrechte kennt und braucht, gibt es keinen Grund, diese nicht auch durch die Mindestgarantien der EMRK zu unterlegen – auch wenn sich der *EuGH* hiergegen mit Händen und Füßen wehrt³⁹. Dabei ist es dann vielleicht auch gar nicht erstrebenswert, dass Charta und Konvention identisch ausgelegt werden⁴⁰: Wie die Grundrechte der Mitgliedstaaten sonst kann und sollte die Charta vielleicht über die Konvention zum Teil hinausgehen: Warum auch sollten die Grundrechte der Union nicht weiter reichen als etwa in Russland oder der Türkei?

Konsequent ist auch, dass damit die Individualbeschwerde gegen Rechtsakte der Union eröffnet wird⁴¹. Es gibt keinen Grund, warum der Bürger gegenüber Rechtsakten der Union weniger prozessuale Mittel haben sollte als gegenüber Rechtsakten der Mitgliedstaaten. Der zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilte Grundrechtsschutz hat in der Konvention ein gemeinsames Fundament, das beiden gegenüber in gleicher Weise individuelle Rechtsbehelfe eröffnet. Und hierbei kann dann auch sachlich keine privilegierte Vermutung für die Union – wie zunächst nach der Bosphorus-Rechtsprechung⁴² – mehr gelten⁴³.

III. Vom Grundrechtsvakuum zum Grundrechtsüberdruck

An die Stelle des früheren Grundrechtsvakuums in der Europäischen Union droht heute allerdings ein Grundrechtsüberdruck zu treten⁴⁴: Für die Unionsgrundrechte wird zunehmend ein Geltungsanspruch erhoben, der sich nicht mehr allein auf die Unterlegung der unionsrechtlichen Entscheidungen beschränkt, sondern zunehmend auf alle, auch die nationalen Entscheidungsebenen ausgreift.

1. Die Anwendung der Charta durch die Mitgliedstaaten

Seinen Ort hat das Problem in der Frage, wann die Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta gebunden sind⁴⁵. Dabei

liegt auf der Hand, dass die Grundrechtecharta nicht nur die Organe der Union selbst bindet. Für die Mitgliedstaaten gilt die Charta jedenfalls dann, wenn sie quasi als deren Vollstreckungsorgane tätig werden. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass das Unionsrecht oft nicht durch europäische, sondern durch die Behörden der Mitgliedstaaten umgesetzt wird. Ohne Zweifel gilt die Charta – und nur die Charta – folglich dann, wenn staatliche Behörden einen eindeutigen, auf Unionsebene abschließend und zwingend definierten Rechtsbefehl umsetzen.

Gilt das aber auch, wo die Mitgliedstaaten Entscheidungsfreiräume haben – zum Beispiel bei der Umsetzung einer Richtlinie, die viele Fragen in das politische Ermessen der einzelnen Staaten legt? Oder wenn die Staaten von Ermessensbefugnissen zur Verfolgung nationaler Interessen Gebrauch machen – etwa bei der Einschränkung von Grundfreiheiten? Die Grundrechtecharta versucht, diese Frage in Art. 51 Abs. 1 zu lösen: Danach gilt die Charta für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“.

2. Eine föderale Deutungsmöglichkeit

Eine naheliegende Auslegung dieser Vorschrift wäre es, eine „Durchführung“ des Unionsrechts grundsätzlich nur anzuerkennen, wenn und soweit die Mitgliedstaaten zwingendes Unionsrecht anwenden, also den Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum bleibt⁴⁶. Dies würde die Charta auf die Funktion beschränken, die die Unionsgrundrechte ihrer Entstehung nach ausfüllen sollten: Schutzgewähr dort, wo die nationalen Grundrechte wegen der Einheit und Unverbrüchlichkeit des Unionsrechts nicht greifen können. Es läge hierin die konsequente Durchführung eines kompetenziell geteilten Grundrechtsschutzes in der klaren Alternativität eines Entweder/Oder: Ein stimmiges föderales Modell, das nicht auf Hierarchie, sondern auf Kompetenzabgrenzungen fußt.

Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Telos stützen eine solche Interpretation. Entgegen vorhergehenden Formulierungsentwürfen wählte man in Art. 51 Abs. 1 GRCh bewusst den engen Begriff der „Durchführung“⁴⁷. Damit sollte der zu offen erscheinende Begriff der „Anwendung“ vermieden und auf die Terminologie des *EuGH* zur Durchsetzung von Verordnungen abgestellt werden⁴⁸. Auch das gesamte Normumfeld liest sich wie eine einzige, geradezu beschwörende Bemühung, den Grundrechtsschutz auf die

³⁸ Art. 6 Abs. 2 EUV; Art. 59 Abs. 2 EMRK; zum Beitrittsprozess *Obwexer* EuR 2012, 115 ff.; *Polakiewicz* EuGRZ 2013, 472 ff.

³⁹ *EuGH*, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759; *EuGH*, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014.

⁴⁰ Dazu *Ehlers*, in: *ders.* (Fn 1), § 14 Rn. 29; *Jarass*, in: *ders.*, GRCh, 2. Aufl. 2013, Art. 52 Rn. 62; vgl. zudem *Lenaerts*, in: *De Rome à Lisbonne*, 2013, S. 107 (130 f.).

⁴¹ *Ruffert* EuR 2004, 165 (174); *Vondung*, Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes, 2012, S. 131 ff., 225.

⁴² *EGMR* v. 30. 6. 2005 – Bosphorus, Nr. 45 036/98, Rn. 154; vgl. dazu *Bröhmer* EuZW 2006, 71; *Heer-Reißmann* NJW 2006, 192; *Lavranos* EuR 2006, 78.

⁴³ Nicht eingegangen werden kann hier freilich auf die damit verbundenen Verfahrensprobleme, die nicht trivial sind. So drängt der *EuGH* mit guten Gründen darauf, hierbei in gewisse Verfahren eingebunden zu werden. Dabei ist freilich zugleich das Problem zu lösen, dass hierüber nicht ein weiterer Zentralisierungsschub instituiert wird. Angesichts dessen, dass der Beitritt der Union zur EMRK förmlicher Vertragsänderungen sowohl der Unionsverträge als auch der EMRK bedarf, ist – zumal nach dem letzten Gutachten des *EuGH* – mit einem schnellen Beitritt freilich nicht zu rechnen.

⁴⁴ *Huber*, in: *Pernice/Schwarz* (Hrsg.), Europa in der Welt, 2013, S. 329 (354); *Masing*, in: *Festschrift für Papier*, 2013, S. 355.

⁴⁵ Vgl. dazu z. B. *Callies* JZ 2009, 113; *W. Cremer* NVwZ 2003, 1452; *ders.* EuGRZ 2011, 545; *Danwitz* EuGRZ 2013, 253 (258 ff.); *ders.*, in: *Festschrift für Stern*, 2012, S. 669; *Huber* NJW 2011, 2385; *ders.*, in: *Pernice/Schwarz* (Fn. 44), S. 329 (356 ff.); *Kingreen* JZ 2013, 801; *F. Kirchhof* NVwZ 2014, 1537; *Lenaerts* EuConst 2012, 375; *ders.* EuR 2012, 3; *Ohler* NVwZ 2013, 1433; *Rosas* Jurisprudence 2012, 1269; *Thym* JZ 2011, 148; *ders.* NVwZ 2013, 889; *W. Weiß* EuZW 2013, 287; *Griebel* DVBl 2014, 204.

⁴⁶ *Ziegenhorn* NVwZ 2010, 803 (807 f.); so zunächst auch *Kingreen*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUU, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRCh Rn. 12; vgl. ähnl. im Rahmen einer freilich noch etwas anders gelagerten Diskussion *S. Augsberg* DÖV 2010, 153 (158 f.); *Callies* JZ 2009, 113 (120); *W. Cremer* EuGRZ 2011, 545 (550 ff.); in d. Sinne auch *Britz*, <http://www.uni-giessen.de/fbz/fb01/professuren/britz/mediathek/dateien/grundrechtsschutz-ak-euro-paischesverfassungsrecht.pdf>, S. 5 ff., 9 f. (letzter Abruf 20. 2. 2015).

⁴⁷ Vgl. zunächst Kritik an weiter Formulierung: CHARTE 4372/00 Convent 39 vom 16. Juni 2000, in: *Bernsdorff/Borowsky*, Der Grundrechtekonvent, Bd. 2, 2003, S. 1422 ff.; sowie Rückkehr zu enger Formulierung: CHARTE 4373/00 Convent 40 vom 23. Juni 2000, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-4373-2000-INIT/de/pdf>, S. 5 (letzter Abruf 20. 2. 2015); vgl. auch: *Borowsky*, in: *Meyer*, GRCh, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 2 ff.

⁴⁸ Vgl. nur *EuGH*, Rs. 205/82 u. a., Slg. 1983, 2633, Rn. 17 – Michkontor; Rs. C-217/88, Slg. 1990, I-2879, Rn. 33 – Kommission/Deutschland.

bereits begründeten Kompetenzen zu stützen und sie nicht zur Kompetenzerweiterung werden zu lassen. „Ausschließlich“ bei der Durchführung sei die Grundrechtecharta anwendbar, nur „entsprechend“ der „jeweiligen Zuständigkeiten und unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten, die der Union in den Verträgen übertragen werden.“⁴⁹ Zu alledem wird, mehrfach redundant, nochmals in einem eigenen Absatz betont, dass die Charta „den Geltungsbereich des Unionrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus“ ausdehnt und „weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union begründet“, noch „die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben“ ändert⁵⁰. Hinter diesem Willen steht ein klares Regelungsziel: Grundrechtsschutz ist Annex zur politischen Entscheidungsverantwortung. Die Frage, welcher Grad von Vereinheitlichung in der Union gelten soll, soll auf politischer Ebene durch Sachrecht entschieden werden – nicht aber an der Politik vorbei durch Ableitungen aus den Grundrechten⁵¹. Dem Grundrechtsschutz soll keine *eigene* unitarisierende Wirkung zukommen. Vielmehr werden rechtsstaatliche und demokratische Verantwortung miteinander verzahnt: Wer entscheidet, dessen Grundrechtsbindungen kommen zum Tragen.

3. Die Interpretation des EuGH

Dieser Versuch der Begrenzung der Charta ist freilich umsonst geblieben. Der *EuGH* ist einer solchen Auslegung nicht gefolgt und versteht den Begriff der Durchführung wesentlich weiter⁵². Wie weit genau, ist noch nicht abschließend geklärt – es wird darauf ankommen, wie sich die Rechtsprechung entwickelt⁵³. Jedenfalls aber erstreckt der Gerichtshof die Charta auch auf Regelungen, für die die Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume haben. So verlangte er wie selbstverständlich, dass bei der Auslegung einer ausländerechtlichen Richtlinie die Umsetzung nach Maßgabe der Grundrechtecharta zu erfolgen habe⁵⁴, und entschied wenig später, dass das in einer Asylverordnung eingeräumte Ermessen durch die Unionsgrundrechte eingeschränkt sein könne⁵⁵.

Der Gerichtshof kann hierfür freilich an seine alte Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen anknüpfen. Schon deren Anwendbarkeit beschränkte er nicht auf zwingendes Unionsrecht⁵⁶. Vielmehr brachte er sie seit langem auch als Maßgaben für die Nutzung von Umsetzungsspielräumen zur Geltung und verlangte ihre Beachtung sogar schon dann, wenn ein Staat auch nur Grundfreiheiten der Union einschränkt⁵⁷. Der Gerichtshof stellt sich nun auf

den Standpunkt, dass diese Rechtsprechung auch auf die Grundrechtecharta zu übertragen sei. Er kann sich hierfür in der Tat immerhin auf der Charta beigegebene Erläuterungen berufen, die gemäß Art. 52 Abs. 7 GRCh bei der Auslegung gebührend zu berücksichtigen sind⁵⁸. Tatsächlich bringen diese ein Zwielicht in die für sich so klare Bestimmung des Art. 51 Abs. 1 GRCh. Zwielichtig ist indes schon der Rechtscharakter dieser Erläuterungen. Sie werden ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet, sollen aber trotzdem zu berücksichtigen sein. Eine gewisse Unschärfe erhalten aber auch ihre inhaltlichen Konturen. Ersichtlich wurde mit den Erläuterungen, die aus dem Apparat des Präsidiums nachträglich eingebracht und verschleiern formuliert sind, versucht, die enge Formulierung zu korrigieren. Es ist anzunehmen, dass die hierin liegende Brisanz und das Spannungsverhältnis zwischen Art. 51 Abs. 1 GRCh und der Rechtsprechung des *EuGH* von nur wenigen Kennern voll verstanden wurde⁵⁹. Angesichts der begrenzten Bedeutung, die den allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Richterrecht bis dahin beigemessen wurde, überrascht das kaum. Zwar hatte diese Rechtsprechung durchaus auch damals schon punktuell Aufmerksamkeit und ihre Ausweitung Widerspruch geweckt⁶⁰. Das prinzipielle Potential eines unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes, der die mitgliedstaatlichen Grundrechte systematisch hierarchisch überlagern könnte, wurde dabei aber auch im fachrechtlichen Schrifttum von kaum jemandem erfasst – und möglicherweise auch vom Gerichtshof selbst, jedenfalls zunächst, nicht intendiert. Zumindest ergibt sich hierfür nichts aus den Entscheidungen, die je in sehr begrenztem Kontext eher ergebnisorientiert Schutzlücken zu schließen suchten, aber praktisch nie einen Vorranganspruch gegenüber mitgliedstaatlichen Grundrechten beanspruchten oder gar in ausdrücklichen Gegensatz zu diesen traten.

Wohin diese Rechtsprechung führen kann, wenn sie nun dekontextualisiert zur systematischen Grundlegung für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Charta verallgemeinert wird, zeigt die 2013 ergangene Entscheidung des *EuGH* in der Sache Åkerberg Fransson⁶¹. In ihr wird die Anwendung des allgemeinen innerstaatlichen Steuerstrafrechts – in concreto: Schwedens – als Durchführung von Unionsrecht angesehen, weil die Mitgliedstaaten der unspezifischen Pflicht unterliegen, die Eintreibung solcher Steuern zu gewährleisten, und insoweit mittelbar auch Finanzinteressen der Union berührt sind. Eine solche Logik kennt kaum mehr Grenzen. Wenn man dieser Entscheidung eine weite Lesart unterlegt, gibt es eigentlich keine Maßnahme mehr, die nicht als Durchführung von Unionsrecht aufgefasst werden kann – bis hin zur Entscheidung, ob eine CD mit illegal beschafften Steuerdaten gekauft werden darf oder nach welchen Kriterien welches Personal zur Eintreibung von Steuern eingestellt wird⁶².

49 Art. 51 Abs. 1 Satz 1, 2 GRCh.

50 Art. 51 Abs. 2 GRCh.

51 Vgl. die Aussagen der Mitglieder des Grundrechtekonvents *Friedrich* und *Goldsmith*, in: *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 298 f.; siehe auch *Britz* (Fn. 46), S. 11; *Masing*, in: *Festschrift für Papier*, 2013, S. 355 (370 f.).

52 *EuGH*, Rs. C-578/08, Slg. 2010, I-1839, Rn. 43 f. – Chakroun; Rs. C-411/10, C-493/10, Rn. 64 ff. – N. S.; Rs. C-617/10, Rn. 21 ff. – Åkerberg Fransson; Rs. C-176/12, Rn. 42 f. – Association de médiation sociale.

53 Vgl. etwa die unterschiedlich argumentierenden Urteile *EuGH*, Rs. C-40/11, Rn. 79 ff. – Iida; und Rs. C-617/10, Rn. 17 ff. – Åkerberg Fransson; vgl. auch die Beiträge von Richtern des *EuGH* *Danwitz* *EuGRZ* 2013, 253 (260 f.); *ders./Paraschas* *FILJ* 2012, 1396 (1400 ff.); *Lenaerts* *EuR* 2012, 3; *Rosas* *Jurisprudence* 2012, 1269 ff.

54 *EuGH*, Rs. C-578/08, Slg. 2010, I-1839, Rn. 43 f. – Chakroun.

55 *EuGH*, Rs. C-411/10, C-493/10, Rn. 64 ff. – N. S.

56 VO mit Ermessensspielraum: *EuGH*, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609, Rn. 19 – Wachauf; RiL mit Umsetzungsspielraum: *EuGH*, Rs. C-20/00, C-64/00, Slg. 2003, I-7411, Rn. 88 ff. – Booker Aquaculture; Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Rn. 104 f. – Parlament/Rat.

57 *EuGH*, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 ff. – ERT.

58 Siehe auch Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 EUV; vgl. dazu *EuGH*, C-279/09, Slg. 2010, I-13849, Rn. 32, 20 – DEB; vgl. auch *U. Becker*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 52 Rn. 21; *Borowsky*, in: *Meyer* (Fn. 47), Art. 52 Rn. 47 ff.; *Danwitz/Paraschas* *FILJ* 2012, 1396 (1422 f.).

59 Vgl. *Huber*, in: *Pernice/Schwarz* (Fn. 44), S. 329 (358).

60 Vgl. *Britz* *NVwZ* 2004, 173; *dies.* *EuGRZ* 2009, 1 (4 f.); *W. Cremer* *NVwZ* 2003, 1452; *Mager* *JZ* 2003, 202 (204); *Ruffert* *EuGRZ* 2004, 466 (468 f.).

61 *EuGH*, Rs. C-617/10 – Åkerberg Fransson; vgl. die Besprechungen von *Dannecker* *JZ* 2013, 616; *Eckstein* *ZIS* 2013, 220; *Fontanelli* *EuConst* 2013, 315; *R. Geiß* *DÖV* 2014, 265; *Gstrein/Zeitzmann* *ZEuS* 16 (2013), 239 (247 ff.); *F. Lange* *NVwZ* 2014, 169; *Kadelbach* *KritV* 96 (2013), 276; *Kingreen* *EuR* 2013, 446; *Rabe* *NJW* 2013, 1407; *Reestman/Besslink* *EuConst* 2013, 169; *Thym* *NVwZ* 2013, 889; *R. Winter* *NZA* 2013, 473.

62 *Frenzel* *Der Staat* 2014, 1 (20).

Das *BVerfG* hat sich veranlasst gesehen, hier zur Vorsicht zu mahnen: Wollte man diese Entscheidung dahin verallgemeinern, dass jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionrechts ausreichte, wäre dies eine Überziehung der Charta, die als ultra vires oder auch Identitätsverletzung der deutschen Verfassungsordnung nicht hinnehmbar wäre⁶³. Man sieht an dieser Reaktion, dass man solcher Interpretation mit ernster Sorge gegenübersteht.

4. Die Forderung nach einem allgemeinen unionsrechtlichen Grundrechtsstatus

Solche Sorge beruht nicht auf Übertreibungen. Denn in der Literatur, vereinzelt aber auch im Gerichtshof, finden sich durchaus Stimmen, die diesen Ausgriff bewusst herbeiführen wollen. So plädierte Generalanwältin *Sharpston* im Zambano-Verfahren ganz offen und mit Pathos dafür, die europäischen Grundrechte zur Grundlage eines einheitlichen Grundrechtsstatus für alle Unionsbürger in ganz Europa zu machen: *civis europaeus sum* – folglich habe jeder überall die gleichen Grundrechte. Die dortige Argumentation war dabei besonders kühn: Denn dort ging es gar nicht unmittelbar um die Grundrechtecharta, sondern um die Unionsbürgerschaft. Die Grundrechte sollten hier schon aus dem Status als Unionsbürger hergeleitet werden. Art. 51 GRCh konnte so einfach übergangen werden⁶⁴.

Dies ist freilich nicht, wie zu betonen ist, die Position des *EuGH* selbst. Nimmt man dessen Rechtsprechung insgesamt in den Blick, ist vielmehr durchaus noch offen, wohin diese führen wird. Auch und gerade in der jüngeren Rechtsprechung finden sich wiederholt Entscheidungen, die ersichtlich enger geführt sind⁶⁵, und nicht selten wird die Anwendung der Charta schon a limine verneint⁶⁶. In praktisch allen Fällen hätte man angesichts stets bestehender Berührungspunkte mit Unionsrecht eine Anwendung der Charta leicht begründen können – hat es aber nicht getan. Ersichtlich ist die Suche nach genauen Kriterien noch im Fluss. Dem Vorschlag von *Sharpston* ist der Gerichtshof jedenfalls mit Bedacht nicht gefolgt. Insoweit geht es folglich nicht um eine Generalkritik an der Grundrechtsprechung des *EuGH*, sondern um deren Fortentwicklung in konstruktivem Geist (siehe auch unten, V). Die nähere Abgrenzung der Grundrechtsebenen verbleibt damit eine zentrale und weithin noch offene Herausforderung der Zukunft. Dabei wird es darauf ankommen, dass diese nicht in einem bekenntnishaften Gegenüber von europäisch oder national oder in dem Verständnis eines institutionellen Machtkampfes zwischen *BVerfG* und *EuGH* angegangen wird, sondern sachbezogen aus der Perspektive einer guten Balance zwischen föderaler Kohäsion und Vielfalt.

IV. Ein Weg mit Schwierigkeiten

Bevor insoweit Perspektiven angerissen werden, ist zunächst auf Schwierigkeiten einzugehen, die die weite Auslegung des Art. 51 Abs. 1 GRCh mit sich bringt. Denn diese müssen dabei nun bewältigt werden.

1. Horizontale Dreiteilung des Grundrechtsschutzes

Eine erste Schwierigkeit betrifft das Grundverhältnis zwischen Unionsrecht und staatlichen Grundrechten: Wenn die Unionsgrundrechte auch bei Umsetzungsspielräumen anwendbar sind, treten sie nicht an die Stelle der Verfassungsgrundrechte, sondern neben sie. Denn wenn Regelungen in Frage stehen, für die das Unionsrecht Vielfalt vorsieht, gibt es keinen Grund mehr, dass nicht wenigstens ergänzend auch die Grundrechte der Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen können. Der *EuGH* hat diese Konsequenz inzwischen ausdrücklich gezogen: Soweit das Schutzniveau der Charta nicht beeinträchtigt wird, „steht es nationalen Behörden und Gerichten frei, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden“⁶⁷. Das schafft freilich ein ganz neues Grundverhältnis: Der Grundrechtsschutz ist hier nun auch für die Unionsgrundrechte nicht mehr geteilt, sondern geschichtet.

Freilich gilt dieses Verhältnis der Schichtung nicht immer zwischen unionsrechtlichem und staatlichem Grundrechtsschutz. Es gilt nur dort, wo die Durchführung von Unionsrecht mit Umsetzungsspielräumen verbunden ist. Wir haben damit horizontal eine Dreigliederung: *Ausschließlicher* Grundrechtsschutz durch die *Union*, soweit keine Umsetzungsspielräume bestehen, *ausschließlicher* Grundrechtsschutz durch die *Mitgliedstaaten*, soweit Maßnahmen nicht als Durchführung des Unionsrechts zu beurteilen sind, und *konkurrierender* Grundrechtsschutz auf *beiden* Ebenen, soweit Maßnahmen als „Durchführung“ des Unionsrechts zu verstehen sind, dabei aber Freiräume nutzen. Die Grundrechte stehen nicht mehr in einem föderal klar abgegrenzten Nebeneinander, sondern überlappen sich teilweise⁶⁸. Dass hierbei Abgrenzungsprobleme und Fragen der Verhältnisbestimmung auftreten müssen, liegt auf der Hand.

2. Dreifache vertikale Schichtung im Bereich des konkurrierenden Grundrechtsschutzes

Eine Verkomplizierung begründet auch die Schaffung eines Überlappungsbereiches, also die Anerkennung eines konkurrierenden Grundrechtsschutzes. Denn bei Berücksichtigung der Menschenrechtskonvention haben wir hier nun auch vertikal eine dreifache Schichtung. Es liegen hier drei verschiedene Schutzstandards übereinander: Als Mindestgarantie die Konvention, als unionsrechtlicher weiterer Rahmen die Charta und darauf aufruhend der nationale Grundrechtsschutz. In dem hiernach verbleibenden Freiraum erwarten wir dann von dem Gesetzgeber, dass er systematisch stringente Regelungen treffen und politische Gestaltungskraft zeigen soll. Man kann voraussehen, dass dies zu erheblichen Reibungsverlusten führen wird.

Da Grundrechtsschutz im Kern auf die Gewährleistung universeller, nicht zufällig als vorstaatlich verstandener Freiheiten und Rechte zielt, werden Auslegung und Abschichtung nur selten auf verfassungspolitisch bewusst gesetzte Differen-

⁶³ *BVerfGE* 133, 277 (316).

⁶⁴ Generalanwältin *Sharpston*, Schlussantrag Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 83 f. – Zambano; vgl. dazu *Masing*, in: Festschrift für Papier, 2013, S. 355 (365 f.).

⁶⁵ Vgl. etwa *EuGH*, Rs. C-40/11, Rn. 79 ff. – Iida; Rs. C-87/12, Rn. 41 – Ymeraga u. a.; Rs. C-206/13, Rn. 24 ff. – Siragusa; Rs. C-198/13, Rn. 34 ff. – Julian Hernández u. a.; in Anknüpfung an *EuGH*, Rs. C-309/96, Slg. 1997, I-7493, Rn. 21 f. – Annibaldi.

⁶⁶ Vgl. nur *EuGH*, Rs. C-14/13, Rn. 28 ff. – Cholakova; Rs. C-488/12, Rn. 16 – Nagy u. a.; Rs. C-371/13, Rn. 16 ff. – SC Schuster & Co Ecologic; Rs. C-224/13, Rn. 11 ff – Lorrain; Rs. C-258/13, Rn. 21 – Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio.

⁶⁷ *EuGH*, Rs. C-617/10, Rn. 29 – Åkerberg Fransson; Rs. C-399/11, Rn. 60 – Melloni.

⁶⁸ Vgl. auch *Kingreen* JZ 2013, 801 (806); *Borowsky*, in: *Meyer* (Fn. 47), Vor Titel 7 Rn. 24.

zen zwischen den verschiedenen Ebenen gestützt werden können. Vielmehr kann im Modell der Schichtung das regulierende Prinzip für das Verhältnis der verschiedenen Ebenen nur in einem „Mehr“ oder „Weniger“, in „streng“ oder „weniger streng“ bzw. „Mindestschutz“ oder „Vollschutz“ gesucht werden. Diese Kriterien sind jedoch äußerst unbestimmt und lassen vorhersehbare Abschichtungen kaum zu.

Dabei ist ein „Mehr“ oft auch argumentativ schwierig. So dürfte das Recht der Mitgliedstaaten, strengeren Grundrechtsschutz zu gewährleisten, oft schon deshalb leerlaufen, weil sich dies in die Abgrenzungskriterien der europarechtlichen Grundrechtsdogmatik vielfach nicht mehr anschlussfähig einfügen lassen wird. Das gilt umso mehr, wenn nun mit dem Unionsrecht nicht nur auf Ergebnisse beschränkte völkerrechtliche Maßgaben, sondern vorrangbeanspruchende und damit auch dogmatisch zwingend zu beachtende Strukturen zu beachten sind. Das Flexibilitätsarsenal, das man im Umgang mit der völkerrechtlichen EMRK zur Bewältigung von Spannungslagen zur Verfügung hat, entgleitet hier⁶⁹. Besonders problematisch wird dies in Konstellationen, in denen – wie oft – verschiedene Grundrechte miteinander abzuwägen sind. Denn ein „Mehr“ an Grundrechtsschutz auf der einen begründet hier ein „Weniger“ auf der anderen Seite⁷⁰. Ein solches Schichtenmodell, rückgebunden an drei Gerichtsbarkeiten, die gegebenenfalls über dieselben individuellen Fälle zu entscheiden haben, droht zu einer institutionellen Überforderung zu geraten.

3. Rahmenschutz oder vollwertiger Grundrechtsschutz

Ein weiteres Problem des konkurrierenden Grundrechtsschutzes liegt in dem Verhältnis von Rahmenschutz und vollwertigem Grundrechtsschutz: Soweit die Unionsgrundrechte Raum für nationale Grundrechte lassen, verstehen sie sich nur als Rahmen, also – ähnlich wie die EMRK – als Mindeststandards. Demgegenüber sollen sie in ihrer primären Stoßrichtung gegenüber den Organen der Union vollwertigen und abschließenden Grundrechtsschutz gewährleisten. Das schafft Spannungen⁷¹: Entweder schafft der Gerichtshof einen anspruchsvollen Grundrechtsschutz gegenüber der Union – dann aber befördert er zugleich eine unitarisierende Bevormundung der Mitgliedstaaten. Oder aber er schont die Mitgliedstaaten und bleibt mit seinen grundrechtlichen Vorgaben zurückhaltend – dann aber bleibt auch der Grundrechtsschutz gegenüber der Union schwach. Das Gericht kommt so in einen schwierigen Spagat. Ein dritter Weg wäre die Entwicklung doppelter Standards. Das aber würde die Schwäche des Grundansatzes überdeutlich machen.

4. Prozessrechtliche Probleme

Der konkurrierende Grundrechtsschutz zieht auch prozessrechtliche Schwierigkeiten nach sich⁷². Die Fachgerichte

müssen nun gegebenenfalls zwei Vorlagen hintereinanderschalten, bevor sie entscheiden können. Schon das führt zu erheblichen Verzögerungen und damit Rechtsschutzkosten. Hinzu kommt, dass die bisherigen Vorlagekriterien kaum geeignet sind, um die Konstellation des konkurrierenden Grundrechtsschutzes zu bewältigen. Wollte man nämlich die Kriterien der Acte Claire-Rechtsprechung strikt auch hier zur Anwendung bringen, so müssten die Fachgerichte immer dann schon vorlegen, wenn nur die Möglichkeit besteht, dass die Unionsgrundrechte anwendbar sind und hierbei wiederum nur die Möglichkeit besteht, dass sich hieraus für den jeweiligen Fall Maßgaben ergeben. Nähme man das ernst und bezöge das – etwa im Presserecht, im Asylrecht oder im Datenschutzrecht – auch auf Einzelfallabwägungen, käme man kaum mehr auf einen grünen Zweig. Man mag einwenden, dass hier wie sonst die Vorlagepraxis zu „pragmatischen Lösungen“ finden und der Gerichtshof Einzelfallfragen an die Fachgerichte zurückgeben wird⁷³. Ob in dem Ausbau solcher „Pragmatik“, die schnell an den Rand der Doppelbödigkeit führt, eine Lösung liegt, ist schon prinzipiell fragwürdig. Jedenfalls ist zu berücksichtigen, dass Grundrechtsfragen angesichts ihres offenen, das Fachrecht allgemein überlagernden Charakters auch als Einzelfragen besonders häufig aufkommen und sich so das Problem hier in qualitativ neuer Dimension stellt⁷⁴.

Deutlich werden die Schwierigkeiten auch im Verfassungsprozessrecht. Klar ist nur: Im Überlappungsbereich von Unions- und Verfassungsgrundrechten gilt die Solange II-Rechtsprechung jedenfalls nicht. Alles andere ist unklar. Vieles liegt daran, wie der Prüfungsmaßstab des Verfassungsgerichts verstanden wird: Wenn dieser sich auf die Prüfung der Verfassungsgrundrechte beschränkt, kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass ein daneben herlaufender unionsrechtlicher Grundrechtsschutz prinzipiell nicht entscheidungserheblich ist. Entscheidungen würden dann unter dem Vorbehalt ergehen, dass nichts anderes aus den Unionsgrundrechten folge – was zu entscheiden Sache des *EuGH* bliebe, gegebenenfalls aufgrund fachgerichtlicher Vorlage. Denkbar wäre aber auch, eine Grundrechtsprüfung nur für zulässig zu halten, wenn Konflikte mit Unionsgrundrechten nicht erkennbar sind. Dabei kann man den Begriff des Konflikts eng fassen und auf Konstellationen beschränken, in denen die mitgliedstaatlichen Grundrechte etwas *gebieten*, was die Unionsgrundrechte *verbieten* (oder umgekehrt); Vorlagen würden dann nur begrenzt erforderlich. Denn Fälle, in denen der Grundrechtsschutz einfach nur hinter dem unionsrechtlichen Schutz zurückbleibt oder über ihn hinausgeht, wären dann nicht erfasst. Man kann aber auch der Auffassung sein, dass ein Konflikt schon dann vorliegt, wenn die nationalen Grundrechte nur etwas *erlauben*, was durch die Unionsgrundrechte verboten ist; die Verfassungsgrundrechte würden dann als ein Instrumentarium verstanden, das jedenfalls nicht hinter den Unionsgrundrechten zurückbleiben dürfte. In diesem Fall wären Vorlagen in weit größerem Um-

⁶⁹ So können die Vorgaben des *EGMR* zur Freistellung des Eigentümers von Bejagungspflichten seiner Grundstücke aus Gewissensgründen (vgl. *EGMR* v. 26. 6. 2012 – Herrmann, Nr. 9300/07) durch einfaches Gesetz umgesetzt werden, ohne deshalb die Regeln der Sozialpflicht des Eigentums grundsätzlich in Frage zu stellen; nach Maßgabe der Charta wäre das kein geeigneter Lösungsweg. Auch musste die deutsche Rspr. sich nicht das Verständnis der Sicherheitsverwahrung als „Strafe“, wie es der Rspr. des *EGMR* zugrunde liegt, zu eigen machen, sondern konnte die entsprechenden Maßgaben flexibel anderweitig umsetzen (vgl. *BVerfGE* 128, 326 [378 ff. m.w.N.]); auch dies dürfte auf der Grundlage einer vereinheitlichten Grundrechtsprechung kaum möglich sein.

⁷⁰ Vgl. z. B. *Lübbe-Wolff*, *L'affaire Görgülü*, 2007, <http://www.apr-strasbourg.org/docs/20070321-fiches.pdf>, S. 9f. (letzter Abruf 20. 2. 2015).

⁷¹ Vgl. bereits *Bogdandy* JZ 2001, 157 (161 ff.).

⁷² Vgl. etwa *Kingreen* JZ 2013, 801 (809); *Thiemann* JURA 2012, 902 (907 ff.).

⁷³ Vgl. *EuGH*, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 30 – Omega; und Rs. C-208/09, Rn. 91 – Sayn-Wittgenstein, in denen der *EuGH* dem Mitgliedstaat einen Beurteilungsspielraum zugestand.

⁷⁴ So könnte – blickt man auf die Rspr. des *EGMR* und des *BVerfG* – etwa bei der Abwägung zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht angesichts der Offenheit der meisten Fallkonstellationen annähernd jedes Verfahren vorgelegt werden – ein Ergebnis, das offensichtlich niemand will und wollen kann. Siehe zum grds. Problem *Wegener*, in: *Callies/Ruffert* (Fn. 46), Art. 267 AEUV Rn. 32; Generalanwalt *Jacobs*, Schlussantrag Rs. C-338/95, Slg. 1997, I-6495, Rn. 60 ff. – S. I. Wiener.

fang geboten. Schließlich könnte man auch vertreten, dass das Verfassungsgericht ungeklärte Grundrechtsfragen zunächst immer dem *EuGH* vorlegen müsste, um zu eruieren, welcher Entscheidungsspielraum ihm bleibt. Wenn hierfür dann schon die nur mögliche Anwendbarkeit der Charta reicht, müsste – wie seitens der Fachgerichte – praktisch jedes Verfahren vorgelegt werden.

V. Perspektiven

1. Der zweitbeste Weg

Wirklich überzeugend ist der Ansatz des *EuGH* folglich nicht – und jedenfalls schafft er erhebliche Probleme. Allerdings ist dem Gerichtshof zuzugestehen, dass eine Auslegung, nach der die Unionsgrundrechte die Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen auch in Umsetzungsspielräumen binden, für manche Konstellationen auch gute Gründe auf ihrer Seite hat⁷⁵. Das ist besonders deutlich, wenn es um die Ausfüllung administrativer Spielräume geht. Soweit eine Materie in ihren politischen Grundentscheidungen unionsrechtlich determiniert ist und der Verwaltung nur noch eine flexible Umsetzung im Einzelfall ermöglicht werden soll, hat es erhebliche Plausibilität, solche Umsetzungsspielräume als Durchführung von Unionsrecht zu verstehen. Dass man dann aber auch nicht darauf abstellen kann, ob diese Spielräume – unter Umständen je nach Mitgliedstaat verschieden – von der Verwaltung selbst oder zunächst vom Gesetzgeber ausgefüllt werden, ist gleichfalls konsistent. Wenn es etwa, wie in der Entscheidung „Wachauf“, um die rechtsstaatliche Implementierung der bis in die Details unionsrechtlich vorgezeichneten Milchmengenkontingentierung geht, hat es einiges für sich, die Staaten auch in den Umsetzungsfreiräumen auf die Beachtung der Grundrechtecharta zu verpflichten⁷⁶. Ähnlich mag man das für Umsetzungsspielräume von Richtlinien sehen, wenn und soweit diese den Staaten im Grunde nur die Durchführung und Einpassung eines sachlich prinzipiell entschiedenen Regelungsprogramms ermöglichen⁷⁷, und ähnlich vielleicht sogar auch für die Einschränkung von Grundfreiheiten, soweit mit den Grundrechten nur die sich aus den Grundfreiheiten ohnehin ergebenden Bindungen abgebildet beziehungsweise näher differenzierend materialisiert werden. Zu Recht hat die Rechtsprechung des Gerichtshofs hier die Anwendung der Grundrechte bisher von den Grundfreiheiten her bestimmt und damit dem Ansatz der Charta, dass nicht die Grundrechte, sondern das Fachrecht beziehungsweise Primärrecht über den Grad der Vereinheitlichung entscheidet, Rechnung getragen⁷⁸. Jedenfalls angesichts der Ambivalenzen, die Art. 52 Abs. 7 GRCh und die Erläuterungen in den Vertragstext hineinragen, wird man sich dem Grundansatz des *EuGH* methodisch deshalb nicht schon als solchem verschließen müssen. Insoweit wird praktisch betrachtet nach zuträglichen Lösungen auf dem zweitbesten Weg zu suchen sein, das heißt unter Anerkennung eines Überlappungsbereichs und damit der Rechtsprechung des *EuGH*⁷⁹.

⁷⁵ Vgl. dazu *Eblers*, in: *ders.* (Fn. 1), § 14 Rn. 74; *Jarass*, in: *ders.* (Fn. 40), Art. 51 Rn. 23; *Kühling*, in: *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 657 (682 f.).

⁷⁶ *EuGH*, Rs. C-5/88, Slg. 1989, 2609, Rn. 19 – Wachauf.

⁷⁷ So die Sachlage in *EuGH*, Rs. C-442/00, Slg. 2002, I-11 915, Rn. 29 ff. – Caballero.

⁷⁸ *EuGH*, Rs. C-390/12, Rn. 30 ff. – Pflieger; so letztlich auch *EuGH*, Rs. C-260/89, Slg. 1991, 2951, Rn. 42 f. – ERT.

⁷⁹ So im Ergebnis auch die überw. Lit.; vgl. nur *Frenzel* *Der Staat* 2014, 1 (11 ff.); *Kingreen* *JZ* 2013, 801 (806).

2. Herausforderungen auf zwei Ebenen

Es ist hier nicht der Ort, im Einzelnen weiterführende Lösungen und Abgrenzungslinien vorzuschlagen. Es sei aber doch darauf verwiesen, dass die Lösungen auf zwei Ebenen *parallel* gesucht werden müssen.

a) Sachhaltige Kriterien für den Begriff der „Durchführung“ in Art. 51 Abs. 1 GRCh

Zum einen ist der Bereich des konkurrierenden Grundrechtsschutzes mit seinen Schwierigkeiten möglichst begrenzt zu halten und der Begriff der „Durchführung“ des Unionsrechts an inhaltlich anspruchsvolle Voraussetzungen zu binden. Die teilweise Anerkennung eines Überlappungsbereichs darf nicht dazu verleiten, Lösungen nur noch auf der Ebene der Grundrechtskonkurrenz zu suchen und die prinzipiellen Geltungsgrenzen der Charta zu überspielen. Das entspricht auch der Rechtsprechung des *EuGH*. Keineswegs ist längst entschieden, dass für die Anwendbarkeit der Charta schon jeder Berührungspunkt mit Unionsrecht, einer Richtlinie oder den Grundfreiheiten reicht. Die Entscheidungen stehen jeweils in sehr spezifischen Kontexten, und die große Zahl von Entscheidungen, in denen auch der *EuGH* die Charta nicht heranzieht, zeigt, dass die Grenzen weiter ernst zu nehmen sind. Es ist Aufgabe der Wissenschaft, hier konstruktiv weiterzudenken. Weiterführend ist deshalb nicht die Diskussion, ob etwa die Einschränkung von Grundfreiheiten oder die Umsetzung von Richtlinien zur Anwendbarkeit der Charta führt, sondern die Frage *wann*. Die Rechtsprechung ist hier noch suchend und braucht Impulse, die mehr sind als ein gerichtspositivistisches Nachbeten des bereits Entschiedenen.

Das föderale Grundprinzip, das prinzipiell auch der *EuGH* anerkennt⁸⁰, bleibt ein geteilter Grundrechtsschutz. Die Grundrechtecharta schafft bewusst keinen einheitlichen Grundrechtsstatus für den *civis europaeus*⁸¹. Dies ist nicht nur heuristischer Ausgangspunkt, sondern muss die Anwendungspraxis auch sachlich leiten. Als – konkretisierungsbedürftiger – Impuls für weitere Abgrenzungsversuche lässt sich formulieren, dass die Mitgliedstaaten nur dann Unionsrecht durchführen, wenn sie in substantieller Weise durch europäisches Fachrecht determiniert sind beziehungsweise insoweit konkrete Pflichten erfüllen. Man kann insoweit auch auf den Schutzzweck dieses Fachrechts abstellen und darauf, inwieweit hierbei materiell eine Vereinheitlichung intendiert ist. Dabei reichen nur vage Auswirkungen auf die Grundfreiheiten oder auf allgemeine Ziele der Union jedenfalls nicht aus. Durchgeführt wird Unionsrecht nur dort, wo mit den staatlichen Maßnahmen ein politisch definiertes Rechtsprogramm entfaltet wird. Der Konnex zwischen politischer Verantwortung und rechtsstaatlicher Bindung muss gewahrt bleiben. Das Fachrecht, und nicht die Grundrechte bestimmen über das Maß der Rechtsvereinheitlichung in der Union.

b) Schonende Ausgestaltung des konkurrierenden Grundrechtsschutzes

Zum andern muss auch im Bereich des konkurrierenden Grundrechtsschutzes den staatlichen Grundrechten ein substantieller Platz verbleiben. Soweit die Charta auf Umset-

⁸⁰ Vgl. nur *EuGH*, Rs. C-400/10 PPU, Slg. 2010, I-8965, Rn. 51 f. – McB; C-256/11, Slg. 2011, I-11 315, Rn. 71 – Dereci u. a.; Rs. C-40/11, Rn. 78 – Iida; vom eigenen – freilich insoweit nicht eingelösten – Anspruch selbst *EuGH*, Rs. C-617/10, Rn. 29 – Åkerberg Fransson.

⁸¹ So auch *Kühling*, in: *Bogdandy/Bast* (Fn. 75), S. 685.

zungsspielräume und damit auf Bereiche bezogen wird, in denen die rechtliche Gestaltung primär Aufgabe der Mitgliedstaaten ist, ist es nur konsequent, wenn diesen primär auch selbst die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes obliegt. Wie bei der Gestaltung der Umsetzungsfreiräume insgesamt sollen hier die Mitgliedstaaten die Vorhand haben – wobei die Vorhand nicht den Vorrang meint. Angesichts des gemeinsamen Fundaments in der EMRK darf dabei möglicherweise als Regel angenommen werden, dass dieser Schutz den durch die Charta gewährleisteten Schutz abdeckt. Insofern spricht hier vieles für die Vermutung, dass der mitgliedstaatliche Grundrechtsschutz grundsätzlich von einer Kontrolle durch den *EuGH* dispensiert ist, solange nicht qualifizierte Anzeichen bestehen, dass dieser grundsätzlich unzureichend ist.⁸² Dies muss sich dann freilich auch in einer spezifischen Fassung der Vorlagepflichten niederschlagen. Eine Vorlage kann hier nicht immer schon dann geboten sein, wenn sich ein auf nationaler Ebene stehender Grundrechtskonflikt auch unionsrechtlich reformulieren lässt.

Für den Überlappungsbereich von europäischem und nationalem Grundrechtsschutz kann auch Art. 53 GRCh Lösungen bieten. Anders als im Bereich des zwingenden Unionsrechts, in dem – wie im Fall Melloni – einheitliche Regeln abschließend Geltung beanspruchen, bestehen im Bereich des konkurrierenden Grundrechtsschutzes, in dem auch das Unionsrecht selbst Vielfalt vorsieht, keine Bedenken dagegen, dass Art. 53 GRCh den Mitgliedstaaten weitergehenden Grundrechtsschutz eröffnet. Im Fall Jeremy F. hat dies der *EuGH* auch bereits anerkannt. Dies lässt sich auch für Konstellationen fortdenken, in denen Grundrechtskonflikte – wie etwa zwischen Presserecht und Persönlichkeitsrecht – verschieden aufgelöst werden. Wenn hier eine Rechtsordnung bei der Abwägung von Grundrechten dem einen den Vorrang einräumt, so hat dies gemäß Art. 53 GRCh auch hinsichtlich der Abwägung nach der Charta Bestand. Außerhalb der Einheit des Unionsrechts kann es hier auch bei der Auflösung von Grundrechtskonflikten Pluralität geben.

Öffnet man so den Bereich des konkurrierenden Grundrechtsschutzes für Vielfalt, lassen sich viele der oben aufgeworfenen Schwierigkeiten meistern. Es würde im Übrigen gewährleisten, dass Grundrechtskonflikte zunächst auf der Ebene der Mitgliedstaaten aufgegriffen und gelöst würden, bevor der *EuGH* mit ihnen konfrontiert ist. Dass der Rückgriff auf einen solchen Erfahrungsschatz von Vorteil sein kann, hat die Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung gezeigt.

VI. Föderale Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes

Die Frage nach dem europäischen Grundrechtsschutz kann aber nicht auf die schwierigen Fragen der Auslegung beschränkt werden. Um dessen Gesamtdimension zu erfassen, bedarf es noch einmal eines Schritts zurück: Ist nicht jedes

„Mehr“ an Grundrechtsschutz ein Gewinn? Tatsächlich entfaltet die feierliche Verbriefung der Europäischen Grundrechtecharta in der Praxis oftmals eine Suggestivkraft, die jede föderale Anfrage schnell als kleingeistigen Kritizismus – oder als institutionellen Beharrungskampf – erscheinen lässt.

Indes, vor Kompetenzzuschreibung durch Pathos ist zu warnen – schon gar, wenn sie von Eliten zur Beförderung von Entwicklungen am politischen Prozess vorbei eingesetzt wird. Die Schaffung eines übergreifenden Grundrechtsstatus ist ein massiver Schritt der Zentralisierung. Politische Spielräume werden mit einem Netz vereinheitlichter europäischer Konfliktbewertung und Abwägungsvorgaben vorstrukturiert, die über spezifisch geschichtliche Erfahrungen und tief verankerte Regelungsmuster und Befindlichkeiten der Zivilgesellschaft leicht hinweggehen. Die Schaffung eines zentralisierten Grundrechtsschutzes hat immer zu einer starken Unitarisierung geführt – ob in den USA oder in Deutschland. In Deutschland sind so Landesmaterien wie das Polizei-, Versammlungs- oder Datenschutzrecht, das Presse- oder das Hochschulrecht weitgehend vereinheitlicht worden. Ist eine solche Unitarisierung auch für Europa wünschenswert? Ist es wirklich angemessen, die Regelungen zur Abtreibung, zur Stammzellenforschung oder zur Organisation des Rundfunks bzw. auch der Hochschulen in allen Mitgliedstaaten gleichen verfassungsrechtlichen Maßgaben zu unterwerfen? Wenn man sich in Erinnerung ruft, welche politische Emotionen Entscheidungen wie „Soldaten sind Mörder“, „Kruzifix“, „Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften“, „Pendlerpauschale“ hervorriefen, drängen sich Zweifel auf. Dies gilt erst recht, wenn hierbei die Konsequenzen eines solchen zentralistisch-hierarchischen Modells für die Detaildimension der Grundrechte ins Auge genommen werden, wie die Anforderungen an den Rechtsschutz bei Beschlagnahme, an den Deal im Strafrecht, die Abwägung zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, die Befreiung von Unternehmen von Erbschaftsteuer, die Sorgerechtsentziehung oder die Bürgschaften gegenüber Banken.

Hiergegen lässt sich nicht einwenden, einen einheitlichen Grundrechtsstatus begründe auch die EMRK, so dass ein weiterer Unitarisierungsschub nicht zu erwarten sei. In der Tat nähert die Menschenrechtskonvention die Rechtsordnungen ein Stück weit einander an – und das ist auch ein Gewinn. Aber als völkerrechtlicher Vertrag greift sie nicht unmittelbar in die Rechtsordnungen selbst ein, sondern belässt die Umsetzung den einzelnen Staaten in Vielfalt. Sie gibt keine unmittelbar anwendbare Dogmatik vor, sondern verlangt nur die Herstellung von Ergebnissen, die – sei es vom Gesetzgeber, von der Verwaltung oder den Gerichten – in *verschiedener* Weise implementiert werden können. Als völkerrechtliche Maßgabe lässt sie wesentlich weiteren Raum für verschiedenartige Lösungen – und selbst hier fällt das in der Praxis manchmal schon schwer. Dass aber die EMRK grundrechtlicher Vielfalt gegenüber letztlich in erheblichem Umfang offen sein muss, ergibt sich im Übrigen schon aus der Zahl und Heterogenität der Konventionsstaaten – gegenüber 47 Staaten, die etwa Russland und die Türkei einschließen, brechen sich übermäßige Unitarisierungstendenzen schnell. Die über 56 000 Beschwerden, die beim *EGMR* allein im letzten Jahr neu hinzugekommen sind, sprechen insoweit für sich⁸³.

⁸² Dieser Vorschlag wird bewusst nicht als „umgekehrte Solange-Vermutung“ bezeichnet, um eine Verwechslung mit dem Modell des Max-Planck-Instituts in Heidelberg zu vermeiden: Der dort unterbreitete Vorschlag greift ein anderes Problem auf und zielt in die entgegengesetzte Richtung: Nach dem Modell des MPI geht es um eine Ausweitung der Charta über ihre Begrenzung in Art. 51 Abs. 1 GRCh hinaus; die Begrenzung der Charta soll danach Wirksamkeit beanspruchen können, solange die Mitgliedstaaten im Übrigen einen wirksamen Grundrechtsschutz gewährleisten; vgl. *Bogdandy* u. a. *ZaöRV* 2012, 45.

⁸³ Siehe http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2014_ENG.pdf (letzter Abruf 20. 2. 2015).

Selbstverständlich bedarf es für die Union eines weiterreichenden Grundrechtsschutzes, und dafür gibt es die Grundrechtecharta. Wird sie aber ihres föderalen Charakters entkleidet und zur gemeinsamen Basis der mitgliedstaatlichen Ordnungen allgemein transformiert, erscheint dies in Blick auf die Verschiedenartigkeit des Grundrechtsschutzes in Europa unheimlich. Schon das Grundverständnis von Recht und Politik und des Verhältnisses von Gerichten und politischen Organen unterscheidet sich fundamental. Als Kontrastfolie zu den stark verrechtlichten Anforderungen an die Gesetzgebung in Deutschland sei nur auf das Vereinigte Königreich verwiesen, das vorrangiges Verfassungsrecht schon grundsätzlich⁸⁴ nicht anerkennt und eine verfassungsgerichtliche Kontrolle parlamentarischer Entscheidungen als fundamentalen Fremdkörper ansieht. Selbst bei der fachgerichtlichen Kontrolle ringt man dort noch darum, z. B. gegenüber den Sicherheitsbehörden – also dort, wo uns wirksamer Grundrechtsschutz besonders wichtig scheint – über den sogenannten *Wednesbury-Test* hinaus zu kommen⁸⁵; man beschränkt sich weithin auf eine denkbar zurückgenommene Willkürkontrolle. Auch in Frankreich sitzt die Angst vor dem Richterstaat in Erinnerung an das Ancien Régime tief⁸⁶. Die erst kürzlich eingeführte und verfahrensrechtlich deutlich begrenzte Ex-post-Kontrolle von Gesetzen wird als grundstürzend empfunden⁸⁷. Entsprechend fallen verfassungsgerichtliche Würdigungen oftmals begründungsarm und apodiktisch kurz aus⁸⁸. Erst recht frappieren die Unterschiede, wenn man die rechtliche Durchdringung und die inhaltlichen Verständnisse von etwa Pressefreiheit, Datenschutzrecht, allgemeinem Persönlichkeitsrecht oder Versammlungsrecht in den Blick nimmt bzw. gar für deren Einschränkung maßgebliche Begriffe wie die „öffentliche Sicherheit“. Sind schon hier zwischen sich sehr nahe stehenden Staaten die Unterschiede gewaltig, dürfte das erst recht im Verhältnis zu Staaten mit ganz anderer Geschichte und kulturellem Hintergrund gelten, von deren Rechtspraxis hier nur wenige Personen überhaupt nähere Kenntnisse haben.

Eine europäische Vereinheitlichung kann den Grundrechtsschutz bei solchen Diskrepanzen allenfalls auf einem schwachen Niveau für alle verbindlich machen. Viele Instrumente, die in Deutschland für den Grundrechtsschutz essentiell sind⁸⁹, passen in anderen Rechtsordnungen schon strukturell nicht – ebenso wie traditionsreiche Institutionen und Institute, die in jenen Ländern Vertrauen verbürgen, vielleicht bei uns fehlen. Eine Egalisierung des Grundrechtsschutzes wird hier Rechtsstaatlichkeit im Ergebnis eher schwächen als stärken und riskiert, zu einem „watering down“ zu führen. Die unbedingte Pflicht zur Auslieferung von in Abwesenheit verurteilten Straftätern zur Strafver-

büßung ist hierfür ein Beispiel⁹⁰. Die Gefahr, dass rechtstaatliche Grenzen europaweit nur noch dort vermittelbar sind, wo der Verfolgung von Sicherheitsgewähr oder Wohlstandsicherung keine sachhaltigen Grenzen auferlegt werden, und dass Grundrechte zu wohlklingenden Großformeln verblasen, ist groß. Das scheinbare „Mehr“ an europäischem Grundrechtsschutz kann ganz schnell zu einem „Weniger“ werden.

Leben und Realität erhalten die Menschenrechte nur in einem konkreten Umfeld. Insoweit stellt sich auch die Idee des Föderalismus solcher Unitarisierung entgegen. Neben der *Einheit* des Grundrechtsschutzes für das *gemeinsam gestaltete* Unionsrecht bedarf es der *Vielfalt* des Grundrechtsschutzes, wo auch nach dem Unionsrecht Vielfalt gelten soll – nicht unter unionsrechtlicher Kuratel, sondern in Eigenständigkeit. Dies erlaubt gerade in einem an verschiedenen Geschichten reichen Gebilde wie der Europäischen Union, je eigene Erfahrungen selbstbestimmt zu verarbeiten. Zugleich schafft es ein Laboratorium, in dem mit verschiedenen Lösungsmöglichkeiten experimentiert werden kann. Die Staaten werden sich auch dann weiter aufeinander zu bewegen – aber insoweit im produktiven freien Austausch der verschiedenen Erfahrungen und ohnehin durchwirkt durch die Menschenrechtskonvention.

Es spricht viel dafür, dass die Zukunft Europas in einem Bundesstaat liegt. Aber auch in einem europäischen Bundesstaat kann ein föderal geteilter Grundrechtsschutz, wie ihn die Grundrechtecharta konzipiert, gedeihlicher sein als ein zentral überwirkender. Jedenfalls ist es nicht Aufgabe der Gerichtsbarkeit, föderale Vielfalt durch Hierarchisierung und Zentralisierung des Grundrechtsschutzes zu homogenisieren. Es besteht hier erneut die Gefahr, dass an der Öffentlichkeit und Politik vorbei Kompetenzen auf die Zentralebene verschoben werden, denen ein tragfähiger politischer Rückhalt fehlt. Die Generalanwältin *Sharpston* forderte vor dem *EuGH* eine Entscheidung nach dem Vorbild der *Gitlow-Entscheidung* des *US Supreme Court*⁹¹, mit der dieser 1925 die in der Bundesverfassung garantierte Presse- und Meinungsfreiheit für die Einzelstaaten verbindlich machte⁹² und einen Prozess anstieß, der zu einer annähernd vollständigen Anwendbarkeit der Bundesgrundrechte führte⁹³. Hiergegen bleibt zu erinnern: Die *Gitlow-Entscheidung* erging nach 130 Jahren gemeinsamer Geschichte der USA als Bundesstaat, nach einem Bürgerkrieg und 50 Jahre nach einer Verfassungsänderung, die die Erstreckung der Bundesgrundrechte auf die Staaten ausdrücklich demokratisch beschlossen hatte – im Übrigen deshalb, weil ein gemeinsamer Rahmen, wie in Europa die Menschenrechtskonvention, fehlte. Der *EuGH* ist der Forderung *Sharpstons* nicht gefolgt. Zu Recht. In Europa würde eine solche Entscheidung Vielfalt und Akzeptanz zerschlagen – und die Chance eines Zusammenwachsens eher zerstören als fördern. Nichts anderes aber gälte für eine Uminterpretation der Charta, die schleichend zu demselben Ergebnis führte. Es liegt am *EuGH* und uns *gemeinsam*, in föderalem europäischem Geist die Grundrechtsvielfalt zu bewahren.

⁸⁴ Als vorrangige Regelungen ließen sich lediglich die „Rule of Law“ und der Grundsatz „Parliament cannot bind its successors“ diskutieren; vgl. dazu *Sydow*, *Parlamentssuprematie und Rule of Law*, 2005, S. 7 ff.

⁸⁵ Vgl. *Craig*, *Administrative Law*, 7. Aufl. 2012, S. 646 ff.

⁸⁶ Vgl. *Dubamel*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2009, S. 242.

⁸⁷ Vgl. *Carcassonne* *Pouvoirs* 2011, 73; *de Montalivet* *Droit administratif* 3 (2010), 17.

⁸⁸ Vgl. nur die Entscheidung zum Verbot des Tragens der Burka im öffentl. Raum, deren Begründung sich im Kern auf eine halbe Seite beschränkt, *Cons. const.*, *Entsch. Nr. 2010–613 DC* vom 7. 10. 2010. Übersetzung unter http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2010613DCde2010_613dc.pdf (letzter Abruf 20. 2. 2015).

⁸⁹ Vgl. etwa Instrumente wie den Gesetzesvorbehalt, Bestimmtheitsanforderungen, den Richtervorbehalt oder die Angemessenheitsprüfung.

⁹⁰ Art. 4a Rahmenbeschluss 2002/584/JI, *ABl. Nr. L 190*, 1 ff.; eingeführt durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI, *ABl. Nr. L 81*, 24 ff.; dazu *EuGH*, *Rs. C-399/11*, *Rn. 55 ff.* – Melloni.

⁹¹ *Sharpston* (Fn. 64), *Rn. 172 ff.*

⁹² *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925).

⁹³ Es folgten *DeJonge*, 299 U.S. 353 (1937); *Cantwell*, 310 U.S. 296 (1940); *Duncan*, 391 U.S. 145 (1968); *McDonald*, 561 U.S. 742 (2010).