

## KLEINERE BEITRÄGE, BERICHTE UND DOKUMENTE

### Grundrechtsbindung des Unionsgesetzgebers und Umsetzungsspielräume

*Von Constantin Teetzmann, Freiburg\**

*Der Beitrag behandelt die Frage, wie weit der Unionsgesetzgeber an die Unionsgrundrechte gebunden ist, wenn er bei Richtlinienerlass den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume lässt. Im zweiten Urteil zur Vorratsdatenspeicherung hat der EuGH eine Pflicht des Unionsgesetzgebers aufgestellt, selbst durch objektive Kriterien eine grundrechtskonforme Umsetzung sicherzustellen und damit den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten zu verengen. In Auseinandersetzung mit den Ausführungen von EuGH und Generalanwalt Cruz Villalón zu diesem Urteil wird aus den EU-Verträgen ein Ansatz hergeleitet, nach dem der Unionsgesetzgeber nur gewährleisten muss, dass eine grundrechtskonforme Umsetzung der Richtlinie möglich ist.*

#### I. Einleitung

Erlässt der Unionsgesetzgeber Richtlinien, ist er an Grundrechte gebunden. Richtlinien belassen Umsetzungsspielräume und mit Umsetzung der Richtlinien tritt neben den Unionsgesetzgeber ein zweiter Akteur, der umsetzende Mitgliedstaat, der auch an Grundrechte gebunden ist. Mit dem Zusammentreffen dieser zwei grundrechtsgebundenen Akteure stellt sich das Problem, wie weit Grundrechtecharta und EU-Verträge schon die Union dazu verpflichten, dafür zu sorgen, dass durch eine Richtlinie und deren Umsetzung keine Grundrechte verletzt werden, und wie weit sie die Einhaltung der Grundrechte den Mitgliedstaaten überlassen. Formulieren lässt sich die Frage auch vom Standpunkt gerichtlicher Überprüfung aus: Wann sind schon Richtlinien und wann erst deren Umsetzungsakte anhand der Grundrechte zu prüfen?

Die Beantwortung dieser Frage ist nicht nur ein Problem effektiven Grundrechtschutzes, sondern kann auch erhebliche Auswirkungen auf die Aufgabenverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten haben: Je mehr schon die Union dazu verpflichtet ist, bei Richtlinienerlass die Vereinbarkeit von Richtlinie und Umsetzung mit den Grundrechten zu gewährleisten, desto höher wird die Regelungsdichte auf Unionsebene und desto geringer der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten. Es sollte also ein Konstrukt gefunden werden, das der Aufgabenverteilung in der Union gerecht wird und zugleich effektiven Grundrechtsschutz bietet.

\* Der Autor ist Doktorand bei Prof. Dr. Silja Vöneky am Institut für Öffentliches Recht (Abteilung II: Völkerrecht und Rechtsvergleichung) an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Referendar am Kammergericht Berlin.

Der EuGH hat für dieses Problem im zweiten Urteil zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie kein Bewusstsein gezeigt.<sup>1</sup> Er hat sich ohne Begründung entschieden, die Grundrechte weitgehend auf Ebene der Unionsgesetzgebung absichern zu lassen. Dem EU-Gesetzgeber hat er Vorgaben gemacht, wie in der Richtlinie der Umsetzungsspielraum zum Schutz der Grundrechte zu begrenzen sei. Es seien „präzise und klare Regeln“ oder „objektive Kriterien“ erforderlich.<sup>2</sup> Auf sein Urteil *Wachauf* ist er nicht eingegangen.

In *Wachauf* hatte der EuGH noch einen Maßstab angewandt,<sup>3</sup> der der Aufgabenverteilung in der Union deutlich besser gerecht wird: Lässt der Unionsgesetzgeber beim Erlass von Richtlinien den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum, endet die Verantwortung des Unionsgesetzgebers für die Einhaltung der Grundrechte an diesem Umsetzungsspielraum. Er muss nur dafür sorgen, dass eine grundrechtskonforme Umsetzung möglich ist. Effektiven Grundrechtsschutz in den Umsetzungsspielräumen gewährleistet dann die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten.

Das Ziel, der Aufgabenverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten bei gleichzeitigem effektiven Grundrechtsschutz gerecht zu werden, hat einen normativen Aspekt und einen praktischen. Normativ muss versucht werden, aus den Verträgen Verteilungsregeln zu gewinnen, welche Ebene wie weit für den Grundrechtsschutz verantwortlich ist. Aus diesen Verteilungsregeln lässt sich wiederum der aus *Wachauf* bekannte Maßstab ableiten. Nach einer Erläuterung dieses Maßstabs ist schließlich zu prüfen, ob er auch praktisch einen effektiven Grundrechtsschutz gewährleistet.

## II. Verteilungsregeln für den Grundrechtsschutz

Die Grundrechtsbindung von Union und Mitgliedstaaten ergibt sich aus Art. 51 Abs. 1 GRC. Art. 51 Abs. 1 selbst verweist auf das Subsidiaritätsprinzip. Sucht man nach weiteren Normen, die Vorgaben für den Grundrechtsschutz vor Richtlinien und ihrer Umsetzung treffen, so ist zu schauen, inwiefern die Grundrechtsdogmatik eine Verteilungsregel enthält und ob sich aus der Regelung des Art. 288 AEUV zum Instrument der Richtlinie etwas ergibt. Schließlich ist noch auf das Bestimmtheitsgebot, eine Differenzierung nach Arten von Richtlinien und eine Wesentlichkeitstheorie einzugehen.

### 1. Subsidiarität auch im Grundrechtsschutz

Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC stellt die Grundrechtsbindung der Union unter die Bedingung der Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes. Die Union soll nach Art. 5

1 EuGH, Urteil v. , 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2014:238.

2 EuGH (Fn. 1), Rn. 54, 60, 62, 64-66.

3 EuGH, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2633, ECLI:EU:C:1989:321, Rn. 22 f.; zuletzt fand dies Erwähnung in EuGH, Rs. C-540/03 (Familienzusammenführung), ECLI:EU:C:2006:429, Slg. 2006, I-5809, Rn. 104.

Abs. 3 EUV nur soweit tätig werden, wie die Ziele der Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können. Folge des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC ist, dass als Ziele von Richtlinien nicht nur die in ihr festgelegten, sondern angesichts der Grundrechtsbindung auch die Gewährleistung der Grundrechte gelten. Umsetzungsspielräume helfen, dem Subsidiaritätsprinzip zu genügen: Sie überlassen den Bereich, in dem die Zielverwirklichung durch die Mitgliedstaaten ausreichend gewährleistet ist, den Mitgliedstaaten. Wenn nun für Umsetzungsspielräume gefordert wird, dass der Unionsgesetzgeber Vorgaben zum Schutz der Grundrechte treffen müsse, wird dieser Bereich beschränkt und implizit zum Ausdruck gebracht, dass eine ausreichende Verwirklichung des Ziels Grundrechtsschutz durch die Mitgliedstaaten nicht gewährleistet sei. Dafür besteht kein allgemeiner Anhaltspunkt, zumindest jedoch läuft es als allgemeine Annahme dem Subsidiaritätsgrundsatz zuwider.

Eine Verpflichtung des Unionsgesetzgebers, die Garantien zur Beschränkung seiner Ziele in Richtlinien zu regeln, könnte auch eine unzulässige Kompetenzausweitung mit sich bringen. Dann würde das Verbot des Art. 51 Abs. 2 GRC, aus Grundrechten Kompetenzen abzuleiten, unterlaufen.<sup>4</sup> Die Schlussanträge zeigen entsprechende Tendenzen.<sup>5</sup> Ob der EuGH mit seiner Rechtsprechung Kompetenzen am Ende ausdehnen wird, bleibt abzuwarten. Mit der Forderung von „präzisen und klaren Regeln“ und „objektiven Kriterien“ zwingt aber der EuGH den Unionsgesetzgeber, seine Kompetenzen weit anzuwenden. Subsidiarität sieht anders aus.

Das Subsidiaritätsprinzip verlangt, dass, soweit die Mitgliedstaaten die Vereinbarkeit einer Richtlinienumsetzung mit den Grundrechten ausreichend gewährleisten können, die Union ihnen die grundrechtskonforme Umsetzung überlässt.

## 2. Der unmittelbare Eingriff durch Umsetzung

Nur über die spätere Umsetzung kann die Grundrechtsbindung des Richtliniengesetzgebers erklärt werden. Kern einer möglichen Grundrechtsverletzung ist der unmittelbare Eingriff. Durch den bloßen Erlass einer Richtlinie wird mangels Direktwirkung zulasten der Bürger der von den Grundrechten geschützte Bereich nicht beeinflusst. Erst mit Umsetzung der Richtlinie wird der Rechtskreis des Grundrechtsträgers beschnitten. Erst dann kommt es zu einem unmittelbaren Eingriff. Ohne diesen späteren Eingriff bliebe die Richtlinie für den Grundrechtsträger

4 *L. Wagner*, Assoziative Anmerkungen zu den Schlussanträgen von Generalanwalt Villalón in Sachen Vorratsdatenspeicherung, 19.12.2013, juwiss.de/127-2013 (Zugriff 16.10.2015); *C. D. Classen*, Datenschutz ja – aber wie?, EuR 2014, S. 441, 445.

5 GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 12.12.2013 in der verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2013:845, Rn. 124 ff. Vor allem die Präzisierung der Straftatbestände, die einen Zugriff erlauben (Rn. 126), könnte wohl kaum auf die Binnenmarktharmonisierung gestützt werden und eine Harmonisierungskompetenz für die Strafverfolgung fehlt.

ger irrelevant und eine Beachtung der Grundrechte bei Erlass der Richtlinie wäre nicht erforderlich.

Nimmt man den unmittelbaren Eingriff als Ausgangspunkt, hat die Grundrechtsprüfung vorrangig an der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten anzusetzen. Verstößt die Umsetzung gegen ein Grundrecht, gibt es dafür zwei mögliche Gründe. Entweder hat der Mitgliedstaat seinen Umsetzungsspielraum auf eine Weise genutzt, die grundrechtswidrig war, oder er hatte keine andere Möglichkeit als gegen die Charta zu verstößen, weil er nicht den Umsetzungsspielraum hatte, der eine grundrechtskonforme Umsetzung erlaubt hätte. Erst in dem zweiten Fall wird eine Prüfung der Richtlinie anhand von Grundrechten notwendig.

Die Perspektive des unmittelbaren Eingriffs ist kein Alleinstellungsmerkmal von Abwehrrechten. Ähnlich lassen sich auch Schutzpflichtenkonstellationen darstellen: Die Mitgliedstaaten können einen hinreichenden Schutz der Grundrechte immer gewährleisten, wenn die Union ihnen genug Umsetzungsspielraum lässt. Dabei spricht für die Wahl des Handelns der Mitgliedstaaten als Ausgangspunkt der Betrachtung, dass sie bei Richtlinien die Adressaten der Schutzpflichten sind, die effektiveren Schutz gewährleisten können, da ihr Handeln anders als die Richtlinie keines zusätzlichen Umsetzungsaktes bedarf. Erst, wenn die Union die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten so einschränkt, dass ein Erfüllen der Schutzpflicht nicht mehr möglich ist, wird es notwendig, ihr einen Grundrechtsverstoß vorzuwerfen.

### 3. Die freie Wahl der Mittel bei der Richtlinienumsetzung

Richtlinien verpflichten nach Art. 288 AEUV nur auf Ziele und überlassen den Mitgliedstaaten die Wahl der Mittel. Eine korrespondierende Aufteilung fehlt der Grundrechtsdogmatik. Um die freie Wahl der Mittel aufrecht zu erhalten, muss die Prüfung, wie die Richtlinie sich auf Grundrechte auswirkt, teilweise auf die Kontrolle der Richtlinienumsetzung verlagert werden.

Gegenstand von Grundrechtsprüfungen können Richtlinien nur soweit sein, wie sie Ziele vorgeben. Ist eine Zielvorgabe an sich mit den Grundrechten unvereinbar, verstößt die Richtlinie gegen die Charta. Die Mittel sind bei Erlass der Richtlinie noch nicht bekannt und können nicht schon auf Ebene der Richtlinie geprüft werden. Doch für die Überprüfung der Ziele der Richtlinie sind die Mittel nicht irrelevant. Mit der Zielsetzung zwingt der Unionsgesetzgeber die Mitgliedstaaten, Mittel zu ihrer Umsetzung zu ergreifen. Wenn diese Mittel grundrechtswidrig sind, sind die Ziele der Richtlinie für den Grundrechtsverstoß mitursächlich. Um eine solche Mitverursachung zu verhindern, könnte der Union die Pflicht aufgetragen werden, Regelungen in die Richtlinie aufzunehmen, die sicherstellen, dass von den Mitgliedstaaten Mittel gewählt werden, die mit den Grundrechten vereinbar sind.

In diese Richtung scheinen Generalanwalt Cruz Villalón und EuGH zu gehen. Der Generalanwalt hat die fehlende Kenntnis der Mittel der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie problematisiert, weil ohne Kenntnis der konkreten Ausgestaltung der Verpflichtung zur Speicherung die konkrete Tragweite des Eingriffs nicht beurteilt werden könne.<sup>6</sup> Die konkrete Tragweite soll daher schon durch die Richtlinie vorbestimmt werden. Dem entspricht die eingangs erwähnte Forderung des EuGH nach „präzisen und klaren Regeln“ und „objektiven Kriterien“.<sup>7</sup>

Mit den „objektiven Kriterien“ oder „klaren und präzisen Regeln“ wird die Mittelwahl so gesteuert, dass wesentliche Entscheidungen schon in der Richtlinie getroffen werden. Die einfache Idee der Freiheit der Mittel unter Zielvorgaben, die das Instrument der Richtlinie ausmacht, wird so auf Nebensächlichkeiten reduziert. Es ist der wesentliche Vorteil von Richtlinien, dass umstrittene Fragen den Mitgliedstaaten überlassen werden können. Muss deren politische Beantwortung auf Unionsebene erfolgen, geht dieser Vorteil verloren. Wenn eine Einigung über grundrechtsrelevante Aspekte auf Unionsebene fehlt,<sup>8</sup> wäre mit den Vorgaben des EuGH ein Richtlinienerlass nicht möglich. Die Lösung des EuGH läuft also dem Wesen des Rechtsinstruments Richtlinie zuwider.

Generalanwalt und anscheinend auch der EuGH unterstellen, dass schon bei der Überprüfung von Richtlinien die konkrete Tragweite der Ziele anhand der Mittel beurteilt werden muss. Die Prüfung könnte jedoch auch darauf beschränkt werden, ob die Ziele abstrakt eine Tragweite haben können, die mit den Grundrechten vereinbar wäre. Dann müsste hingenommen werden, dass Grundrechtsverletzungen in Verfolgung ihrer Ziele nicht schon durch die Richtlinie selbst ausgeschlossen werden. Da eine Beurteilung der konkreten Tragweite ohnehin Teil der Überprüfung der von den Mitgliedstaaten gewählten Mittel ist, scheint der Verzicht auf Versuche, durch zusätzliche Regelungen in der Richtlinie die Einhaltung der Grundrechte zu sichern, im Vergleich zur drohenden Beseitigung der freien Mittelwahl das kleinere Übel zu sein.

Die Grundrechtsbindung muss also so zwischen Union und Mitgliedstaaten verteilt werden, dass eine nicht erforderliche Einschränkung der freien Wahl der Mittel verhindert wird. In die Fragestellung dieses Aufsatzes und damit auch in die moderne Beschreibung von Richtlinien übersetzt bedeutet dies: Umsetzungsspielräume müssen so weit wie möglich erhalten bleiben.

#### 4. Unerheblichkeit des Bestimmtheitsgebots

Der Generalanwalt hat seine Argumentation ausgehend vom Bestimmtheitsgebot entwickelt, inwieweit Schutzzvorschriften „gesetzlich vorgesehen“ sein müssten.<sup>9</sup>

6 Ebd., Rn. 121 f.

7 Siehe Fn. 2.

8 So im Fall der Vorratsdatenspeicherung, vgl. Classen (Fn. 4), S. 444 f.

9 GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 12.12.2013 in der verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2013:845, Rn. 107 ff.

Offen ist, wie das Bestimmtheitsgebot dogmatisch in die Überprüfung von Richtlinien eingebunden werden soll. Wie vom Generalanwalt vorgebracht, ist es Teil des Gesetzesvorbehalts nach Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC, der von Richtlinien aber mangels Direktwirkung gegenüber dem Bürger nicht erfüllt werden kann. Auch ist das Problem, wie weit der Unionsgesetzgeber bei Richtlinienerlass schon die Grundrechtskonformität späterer Umsetzung gewährleisten muss, für das Bestimmtheitsgebot nicht anders gelagert als für die sonstigen Grundrechte, sodass hier jede Argumentation mit dem Bestimmtheitsgebot zu einem Zirkelschluss zu werden droht.

Eine Pflicht der Union, Schutzzvorschriften zu bestimmen, könnte vielleicht begründet werden, wenn dem Bestimmtheitsgebot die Funktion zugeordnet wird, beim Normgeber Bewusstsein für die Reichweite des von ihm vorgeschriebenen Grundrechtseingriffs zu erzeugen. Doch diese Funktion lässt sich im Unionsrecht nicht nachweisen: Der EuGH hat Fragen der Bestimmtheit bisher unter dem Grundsatz der Rechtssicherheit geprüft<sup>10</sup> und auch über die Berücksichtigung der EMRK kann nur auf eine EGMR-Rechtsprechung, die auf Vorhersehbarkeit für den Adressaten abstellt,<sup>11</sup> verwiesen werden.

Aus dem Bestimmtheitsgebot lässt sich für das hiesige Problem mithin keine Verteilungsregel gewinnen.

## 5. Keine Differenzierung nach Harmonisierung und allgemeiner Anwendbarkeit

Als weiteren Lösungsansatz hat der Generalanwalt eine Differenzierung von Richtlinien in Harmonisierung und Vorschriften, die allgemein anwendbar sein sollen, aufgezeigt.

Zum Fall der Harmonisierung heißt es, dass, wenn die Union lediglich von einer Mehrzahl der Mitgliedstaaten erlassene Bestimmungen harmonisiere, sie die Verantwortung für notwendige Schutzmaßnahmen den Mitgliedstaaten überlassen könne.<sup>12</sup> Dieses Abgrenzungskriterium führt zu zwei Problemen: Wenn die Mehrheit der Mitgliedstaaten schon Bestimmungen erlassen, die Minderheit aber auf eine Regulierung verzichtet hat, ist für die Grundrechtsträgerinnen in den Mitgliedstaaten der Minderheit kein Unterschied zwischen einer Harmonisierung und einer Anordnung allgemeiner Anwendbarkeit zu erkennen. Nach der Harmonisierung bestehender Vorschriften noch von Verantwortung der Mitgliedstaaten zu

<sup>10</sup> EuGH, Rs. 169/80 (Gondrand Frères), ECLI:EU:C:1981:171, Slg. 1981, 1932, Rn. 17; zuletzt EuGH, Urteil v. 11.6.2009, Rs. C-170/08 (Nijemeisland), Rn. 44.

<sup>11</sup> EGMR, Urteil v. 26.4.1979 – 6538/74 (Sunday Times / Vereinigtes Königreich), ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, EuGRZ 1979, S. 386, Rn. 49; zuletzt EGMR, Urt v. 17.2.2015 – 6987/07 (Guseva / Bulgarien), ECLI:CE:ECHR:2015:0217JUD000698707, Rn. 57.

<sup>12</sup> GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 12.12.2013 in der verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2013:845, Rn. 116. Gegen eine ähnliche Argumentation hatte sich GA *Kokott* noch in den Schlussanträgen vom 8.9.2005 in der Rs. C-540/03 (Familienzusammenführung), ECLI:EU:C:2005:517, Rn. 45 gewandt.

sprechen, fällt auch nicht leicht: Wenn diese in Zukunft auf eine Regulierung gerne verzichten und damit Grundrechtseingriffe beseitigen würden, können sie es angesichts der harmonisierenden Richtlinie nicht mehr.

Bezüglich Rechtsvorschriften, die allgemein anwendbar sein sollen, meint der Generalanwalt, dass die Union, wenn sie solche Vorschriften beschließe, die Verantwortung für hinreichend bestimmte Schutzmaßnahmen tragen müsse.<sup>13</sup> Das Instrument der Richtlinie ist von seiner Natur her nur mittelbar anwendbar, aber darauf kommt es nicht an. Der Generalanwalt hat die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie der Gruppe allgemein anwendbarer Vorschriften zugeordnet. Als allgemein anwendbar soll wohl jede abstrakt-generelle Regelung gelten, die von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen ist. Wenn dann hinreichend bestimmte Schutzmaßnahmen auf Richtlinienebene vorgegeben werden müssten, gingen Umsetzungsspielräume in grundrechtsrelevanten Bereichen gegen null.

Da die vom Generalanwalt vorgeschlagene Differenzierung so kaum praktikabel und ein Anknüpfungspunkt in den Verträgen nicht erkennbar ist, ist sie auch nicht vorzunehmen.

## 6. Keine Wesentlichkeitstheorie für Richtlinien

Denkbar wäre, hinter der Argumentation des Generalanwalts mit den Begriffen der Bestimmtheit und Verantwortung eine Wesentlichkeitstheorie zu sehen. Wenn die Union grundrechtsrelevante Richtlinien erlässt, müsste sie dann auch die wesentlichen Regelungen treffen, mit denen gewährleistet ist, dass es zu keiner Grundrechtsverletzung kommt. Eine Grundlage für eine Wesentlichkeitstheorie im Verhältnis zwischen Unionsgesetzgeber und nationalem Gesetzgeber findet sich für Richtlinien nicht.

Der Generalanwalt geht davon aus, dass Art. 51 Abs. 1 GRC der Sinn genommen würde, wenn der Unionsgesetzgeber nicht seinen Teil der Verantwortung zumindest durch Festlegung von Grundsätzen für die Garantien, die einen Grundrechtseingriff rechtfertigen können, wahrnehmen müsse.<sup>14</sup> Art. 51 Abs. 1 GRC bindet die Union an die Grundrechte. Es könnte sich also aus der Grundrechtsbindung der Union eine Wesentlichkeitstheorie ergeben. Die Grundrechtsbindung wird jedoch nicht sinnlos, wenn sie sich bei Richtlinien darauf beschränkt, dass der Unionsgesetzgeber nicht zu Grundrechtsverletzungen zwingt. Die weitergehende Ermittlung des Umfangs der Grundrechtsbindung ist gerade Problem dieses Aufsatzes und außer dem Subsidiaritätsprinzip bietet Art. 51 Abs. 1 GRC selbst keinen Anhaltspunkt für eine Lösung. Zumindest eine Wesentlichkeitstheorie lässt sich so aus Art. 51 Abs. 1 GRC nicht gewinnen.

13 GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 12.12.2013 in der verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2013:845, Rn. 115, 117.

14 GA *Cruz Villalón* (Fn. 13), Rn. 120.

An die Rechtsprechung zu abgeleiteten Rechtsakten, dass wesentliche Grundzüge im Basisrechtsakt zu regeln seien, lässt sich bei Richtlinien nicht anknüpfen. Diese nunmehr für delegierte Rechtsakte in Art. 290 AEUV kodifizierte Rechtsprechung baute darauf auf, dass die Verträge unmittelbar nur zum Rechtserlass der Basisrechtsakte ermächtigten.<sup>15</sup> Für Richtlinien hingegen geben die Verträge eine zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilte Rechtssetzung vor.

Versucht man hier, die Anwendbarkeit der Wesentlichkeitstheorie über einen Demokratiedenkten zu begründen, scheitert dies daran, dass der Unionsgesetzgeber nicht stärker als die nationalen Gesetzgeber demokratisch legitimiert ist.

Damit besteht im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten für den Erlass von Richtlinien keine Wesentlichkeitstheorie.

### III. Gewährleistung der Möglichkeit grundrechtskonformer Umsetzung

Will man einen Maßstab dafür bilden, wie weit die Union bei Erlass von Richtlinien die Einhaltung der Grundrechte sicherstellen muss, müssen die soeben besprochenen Verteilungsregeln beachtet werden. So ergibt sich die Pflicht der Union, zu gewährleisten, dass eine grundrechtskonforme Umsetzung der Richtlinie möglich ist. Sie wird nun genauer dargestellt, bevor ihre Bedeutung in verschiedenen Umsetzungsspielräumen und schließlich zwei Sonderfälle untersucht werden.

#### 1. Die Pflicht des Unionsgesetzgebers

Eigentlich liegt es im Grundrechtsföderalismus auf der Hand, die Beteiligung mehrerer Ebenen an der Rechtsetzung durch Richtlinie und Umsetzungsakt in einer Grundrechtsdogmatik abzubilden, die sich der Regelungsdichte der jeweiligen Ebene anpasst. Die aus dem Urteil *Wachauf* bekannte Lösung<sup>16</sup> ist der grundrechtskonformen Anwendung von Gesetzen ähnlich: Man nimmt auf Ebene der Richtlinie hin, dass ohne Kenntnis der Umsetzung eine umfassende Bewertung der Grundrechtskonformität nicht möglich ist, und überprüft später die Umsetzung. So wäre der Unionsgesetzgeber nicht dazu verpflichtet, in der Richtlinie Vorschriften zu erlassen, um die Vereinbarkeit der Umsetzung mit den Grundrechten zu gewährleisten, sondern lediglich dazu, bei Erlass der Richtlinie darauf zu achten, dass eine grundrechtskonforme Umsetzung möglich ist.

Diese Lösung entspricht den erörterten Verteilungsregeln: Die Grundrechtsbindung bei Richtlinienerlass folgt der Eingriffsperspektive, indem die Richtlinie nur überprüft wird, wenn dies mangels mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielraums erforderlich ist. Eine Einschränkung von freier Wahl der Mittel der Richtlinienumsetzung und Subsidiaritätsprinzip wird vermieden, da eine Überprüfung der Richt-

15 EuGH, Rs. 25/70 (Köster), ECLI:EU:C:1970:115, Slg. 1970, 1162, Rn. 6.

16 Siehe Fn. 3.

linie nur stattfindet, wenn ohnehin nur Mittel zur Wahl stehen, die zu einem Grundrechtsverstoß führen würden.

## 2. Formen von Umsetzungsspielräumen

Welche Folgen eine Beschränkung der Grundrechtsbindung des Richtliniengesetzgebers auf die Möglichkeit grundrechtskonformer Umsetzung hat, lässt sich für die verschiedenen denkbaren Formen von Umsetzungsspielräumen anhand des Urteils zur Vorratsdatenspeicherung zeigen.

### a) Kein Umsetzungsspielraum

Lässt eine Richtlinie keinen Umsetzungsspielraum, muss allein der Unionsgesetzgeber die Einhaltung der Grundrechte gewährleisten: Die Anlasslosigkeit bezüglich der Person und eine fehlende Differenzierung nach Bedeutung für die öffentliche Sicherheit waren von der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie<sup>17</sup> ohne Umsetzungsspielraum vorgegeben.<sup>18</sup> Unterstellt man, dass eine anlasslose und undifferenzierte Speicherung gegen eine Vereinbarkeit mit den Grundrechten sprach, war dies schon bei der Überprüfung der Richtlinie zu beachten. Wenn eine solche Speicherung zu einem Grundrechtsverstoß führt, hatte der Unionsgesetzgeber gegen die Grundrechte verstößen.

### b) Umsetzungsspielraum ohne Möglichkeit grundrechtskonformer Umsetzung

Lässt der Unionsgesetzgeber Umsetzungsspielräume und ist dennoch eine grundrechtskonforme Umsetzung nicht möglich, verstößt schon die Richtlinie gegen Grundrechte. Als Fall des Fehlens einer solchen Möglichkeit kann die Mindestfrist von einem halben Jahr eingeordnet werden. Geht man davon aus, dass Vorratsdaten weniger als ein halbes Jahr gespeichert werden müssen, damit die Speicherung grundrechtskonform ist, dann konnten die Mitgliedstaaten diese kürzere Speicherung nicht innerhalb ihres Umsetzungsspielraums vornehmen. Der Unionsgesetzgeber hatte seiner Pflicht, eine grundrechtskonforme Umsetzung zu ermöglichen, nicht genügt.<sup>19</sup>

### c) Umsetzungsspielraum mit Möglichkeit grundrechtskonformer Umsetzung

Kein Grundrechtsverstoß ist festzustellen, wenn in der Richtlinie zwar Vorgaben für die Umsetzung getroffen werden, aber eine grundrechtskonforme Umsetzung möglich bleibt. Das ist der Fall, wenn die Vorgaben der Umsetzung Grenzen setzen, die innerhalb dessen liegen, was grundrechtskonform ist. Beispielhaft wären

17 RL 2006/24/EG des EP und des Rates vom 15. März 2006.

18 EuGH, Urteil v. 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 57-59.

19 So auch C. D. Classen (Fn. 4), S. 445.

eine Mindestfrist von einem Jahr und eine Höchstfrist von zwei Jahren, wenn eine Speicherung zwischen einem Monat und drei Jahren mit den Grundrechten vereinbar wäre.

#### *d) Unbeschränkter Umsetzungsspielraum*

Wenn eine Richtlinie Umsetzungsspielraum lässt und keine inhaltlichen Vorgaben trifft, ist dieser Raum ohne Umsetzung ein Vakuum. Für eine grundrechtliche Bewertung fehlt jeder Gegenstand. Als Beispiel kann die fehlende Regelung vom Zugang zu Vorratsdaten und von deren Nutzung dienen. Die Mitgliedstaaten sollten gemäß Art. 4 der Richtlinie Verfahren und Bedingungen des Zugangs unter der Berücksichtigung von Völkerrecht, EMRK und Unionsrecht regeln. Das war nur eine Wiederholung dessen, was sich aus diesen drei Rechtsregimen ohnehin ergibt. Inhaltliche Vorgaben fehlten vollkommen. Der EuGH verlangte vom Unionsgesetzgeber objektive Kriterien zur Beschränkung des Zugangs und eine präzise Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Beschränkungen der Nutzung auf das absolut Notwendige und auf bestimmte Zwecke zu erlassen.<sup>20</sup> Dies hätte jedoch alles der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten überlassen werden können. Ein Grundrechtsverstoß ergab sich aus dem Fehlen von Regelungen in der Richtlinie nicht.<sup>21</sup>

### **3. Sonderfälle möglicher grundrechtskonformer Umsetzung**

Für die Möglichkeit grundrechtskonformer Umsetzung gibt es zwei Sonderfälle, die im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung aufgetreten sind: Einerseits können die von der Richtlinie gesetzten Grenzen des Umsetzungsspielraums so eng sein, dass eine grundrechtskonforme Auslegung der Richtlinie erforderlich ist, um eine grundrechtskonforme Umsetzung zu ermöglichen. Andererseits können die von der Richtlinie gesetzten Grenzen zu weit sein, sodass durch Vorschriften der Richtlinie der Schein erzeugt wird, eine Umsetzung an den Grenzen des Umsetzungsspielraums sei legal, obwohl die Grenze, die explizit vorgegeben wird, außerhalb des Spielraums liegt, den die Grundrechte zulassen.

#### *a) Anpassung des Umsetzungsspielraums durch grundrechtskonforme Auslegung*

Eine grundrechtskonforme Umsetzung einer Richtlinie kann teilweise erst dadurch ermöglicht werden, dass diese grundrechtskonform ausgelegt wird. Die Datensicherheit war nach dem EuGH nicht hinreichend gewährleistet, weil ein Verweis von Art. 7 der Richtlinie auf die Richtlinie 95/46/EG zu einer Berücksichtigungsfähigkeit der Kosten von Sicherheitsmaßnahmen führte, sodass ein hohes

20 EuGH (Fn. 18), Rn. 61 f.

21 So auch C. D. Classen (Fn. 4), S. 445.

Schutz- und Sicherheitsniveau nicht gewährleistet gewesen sei.<sup>22</sup> Die Kosten sollten nach Art. 17 Abs. 1 Uabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG bei der Bestimmung eines angemessenen Schutzniveaus beachtet werden. Würde der Gerichtshof wirklich jedwede wirtschaftliche Erwägung mit einem hinreichend hohen Datenschutzniveau für unvereinbar halten, wären hier schon die Vorgaben der Richtlinie selbst ein Verstoß gewesen. Doch das kann nicht gemeint sein: Eine kategorische Missachtung der ökonomischen Interessen der speichernden Unternehmen hätte gegen deren Grundrechte verstößen. Jedenfalls bestand die Möglichkeit grundrechtskonformer Auslegung. Soll ein hohes Schutzniveau gewährleistet werden, kann Art. 17 Abs. 1 Uabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG so gelesen werden, dass nur ein hohes Schutzniveau angemessen ist. Das heißt nicht, dass Kosten gar nicht zu beachten wären, sie könnten aber einem hohen Schutzniveau entsprechend ausfallen. Mit einer solchen grundrechtskonformen Auslegung des Angemessenheitsmaßstabs der Richtlinie 95/46/EG hätte der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten so ausgeweitet werden können, dass ihnen eine grundrechtskonforme Umsetzung möglich gewesen wäre.

Dieser Sonderfall erfordert eine doppelte Anwendung von Konformitätsregeln, um eine Vereinbarkeit der Richtlinie mit den Grundrechten zu gewährleisten. Der EuGH kennt die grundrechtskonforme Auslegung.<sup>23</sup> Fraglich ist nur, ob eine grundrechtskonforme Auslegung auch im Zusammenhang mit grundrechtskonformer Umsetzung vorgenommen werden soll. Dagegen spräche, dass man mit der Zulassung erst durch Auslegung anzupassender Grenzen von Umsetzungsspielräumen dem Unionsgesetzgeber die Verantwortung für die Einhaltung der Grundrechte durch klare Rechtsvorgaben nähme. Wenn dann umstritten ist, welche Umsetzung mit den Grundrechten vereinbar ist, geriete der umsetzende Mitgliedstaat in ein Dilemma, entweder zu versuchen, durch Ausreizung der Auslegungsregeln den Grundrechten zu genügen und dabei Gefahr zu laufen, wegen eines Richtlinienverstoßes verurteilt zu werden, oder zu versuchen, die Richtlinie wortgetreu umzusetzen und damit einen Grundrechtsverstoß zu riskieren. Doch das ist keine Besonderheit der Richtlinienumsetzung. Vor diesem Dilemma zwischen Grundrechtsverstoß und falscher Auslegung steht der Anwender immer, wenn eine grundrechtskonforme Auslegung in Frage kommt. Akzeptiert man die grundrechtskonforme Auslegung, muss sie auch genutzt werden, um Möglichkeiten grundrechtskonformer Umsetzung zu schaffen und so die Gültigkeit von Richtlinien aufrecht zu erhalten.

22 EuGH (Fn. 18), Rn. 67.

23 Zuletzt EuGH, Urteil v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 (Google Spain/Agencia Española de Protección de Datos), ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 68 m. w. Nachw.

### b) Scheinbare Legalisierung von Grundrechtsverstößen

Vorgaben in Richtlinien, die einem Umsetzungsspielraum, der eine grundrechtskonforme Umsetzung erlaubt, Grenzen setzen, die außerhalb des Grundrechtskonformen liegen, sind für die Möglichkeit grundrechtskonformer Umsetzung irrelevant. Im Fall der Vorratsdatenspeicherung könnte eine solche Vorgabe die Höchstfrist von zwei Jahren gewesen sein. Der EuGH hat das Fehlen eines objektiven Kriteriums für den Spielraum von Mindest- und Höchstfrist kritisiert.<sup>24</sup> Objektive Kriterien waren jedoch nicht erforderlich. Selbst wenn jede Vorratsdatenspeicherung von zwei Jahren grundrechtswidrig gewesen wäre, hatten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, immer die Höchstfrist zu unterschreiten und so die Richtlinie grundrechtskonform umzusetzen. Grundrechtsdogmatisch war es daher nicht erforderlich, die Höchstfrist für nichtig zu erklären, eine Nichtigerklärung hätte aber auch keinen Einfluss auf die freie Wahl der Mittel gehabt, da die Mitgliedstaaten das Mittel Höchstfrist ohnehin nicht hätten wählen können. Das Problem solcher Vorschriften ist jedoch, dass sie einen Schein der Grundrechtskonformität erzeugen.

Vorschriften der Richtlinie können nicht nur Obergrenzen, sondern auch Untergrenzen außerhalb des Spielraums grundrechtskonformer Umsetzung setzen. Der EuGH hat gerügt, dass die Mindeststandards für den Datenschutz des Art. 7 der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie einem hohen Schutz- und Sicherheitsniveau nicht genügten.<sup>25</sup> Auch hier wäre eine grundrechtskonforme Umsetzung durch höhere als die Mindeststandards möglich gewesen.

Wenn der Unionsgesetzgeber Umsetzungsspielräumen Grenzen setzt und ihm unterstellt wird, dass er nach einer Einhaltung der Grundrechte strebt, kann das für die umsetzenden Mitgliedstaaten den Schein erzeugen, dass die explizit normierten Grenzen der Umsetzungsspielräume nicht jenseits dessen liegen, was grundrechtskonform ist. Hätten die Mitgliedstaaten darauf vertraut, dass ein Ausnutzen der Höchstfrist von zwei Jahren oder die Einhaltung lediglich der Mindeststandards mit den Grundrechten vereinbar waren, hätten sie gegen die Grundrechte verstößen. Wenn Grenzziehungen wie die Höchstfrist oder die Mindeststandards keine Anwendung finden können, weil jede die Grenze ausreichende Umsetzung ein Grundrechtsverstoß wäre, kann man zur Beseitigung des Scheins der Grundrechtskonformität die Richtlinie, soweit sie diese Grenzen normiert, als Grundrechtsverstoß einstufen.

## IV. Effektivität pluralen Grundrechtsschutzes

Abschließend sei noch angemerkt, dass eine Beschränkung von Umsetzungsspielräumen durch den Unionsgesetzgeber im Namen des Grundrechtsschutzes weder

24 EuGH (Fn. 18), Rn. 64.

25 EuGH (Fn. 18), Rn. 67.

aus Gründen der Effektivität des Grundrechtsschutzes geboten ist noch unbedingt eine Erhöhung des Schutzniveaus bedeutet.

## 1. Kein Gebot der Vereinheitlichung

Die Lösung von EuGH und Generalanwalt hat den Vorteil einer weitgehenden Einbindung von Grundrechtsfragen schon auf der Ebene der Richtlinie. Sie gewährleistet damit einen einheitlichen Grundrechtsschutz. Wieso aber soll es nicht genügen, wenn die für einen hinreichenden Grundrechtsschutz erforderlichen Vorschriften erst durch die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung festgelegt werden? Ein Grund könnte Folge des Streits um die Grundrechtsbindung von Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Unionsrecht sein. Wenn die Mitgliedstaaten lediglich an nationale Grundrechte gebunden sind,<sup>26</sup> liegt die Umsetzung außerhalb der Reichweite der Charta und des EuGH. Ein effektiver, der Charta entsprechender Grundrechtsschutz könnte dann nur durch einheitlichen Grundrechtsschutz auf Ebene der Richtlinie gewährleistet werden. Betrachtet man nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte als inhaltlich gleichwertig, bedarf es jedoch der Charta soweit nicht, wie Grundrechtsschutz mittels nationaler Grundrechte gewährleistet wird. Wenn die Mitgliedstaaten, wohl der Meinung des EuGH entsprechend,<sup>27</sup> an die Rechte der Charta nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC gebunden sind, macht es für die Effektivität der Charta ohnehin keinen Unterschied, wenn deren Grundrechte erst bei der Umsetzung durchgesetzt werden. Die Effektivität der Grundrechte gebietet also keine Vereinheitlichung.

Ein zweiter Grund könnte die Arbeitsbelastung des EuGH sein: Es wäre Mehrarbeit für den Gerichtshof, die Umsetzung (im Extremfall) aller Mitgliedstaaten einzeln zu prüfen. Verfahren ließen sich aber zusammenziehen oder es könnten Verfahren mit Pilotfunktion durchgeführt werden. Für die Dogmatik ist die Arbeitsbelastung ohnehin irrelevant.

## 2. Ambivalenz einheitlichen Grundrechtsschutzes

Versucht man die Effektivität des Grundrechtsschutzes nicht von Rechtsnormen sondern von ihrer praktischen Wirksamkeit aus zu betrachten, so finden sich Argumente für einen einheitlichen Grundrechtsschutz, denen jedoch vergleichbare Argumente zugunsten eines pluralen Grundrechtsschutzes gegenüberstehen. Der

<sup>26</sup> So eine verbreite Literaturmeinung, siehe zum Streit insgesamt: *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 10.

<sup>27</sup> Nach EuGH, Urteil v. 26.02.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 24 ff. schienen für die Rechtsprechung keine Zweifel mehr zu bestehen. Nach EuGH, Urteil v. 6.3.2014, Rs. C-206/13 (Cruciano Siragusa), ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 25 und EuGH, Urteil v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 89 ist nicht mehr gesichert, dass die Umsetzung von Richtlinien über Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG vollumfänglich an die Charta gebunden ist. Wieder eher dafür spricht allerdings EuGH, Urteil v. 29.4.2015 (Léger), Rs. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, Rn. 46.

einheitliche Grundrechtsschutz erweist sich für die Grundrechte dann als ambivalent.

Für einen Zusammenhang zwischen einheitlichem Schutz und hohem Schutzniveau könnte sprechen, dass der Unionsgesetzgeber stärker für den Grundrechtsschutz sensibilisiert wird, wenn er dazu gezwungen wird, die Grundrechte bei Erlass der Richtlinie auch im Hinblick auf ihre spätere Umsetzung abzusichern. Auch sollen mit einem einheitlichen Grundrechtsschutz mögliche Marktdynamiken vermieden werden, die unter dem Stichwort *race to the bottom* firmieren und mit der Befürchtung eines Wettbewerbs der Mitgliedstaaten um den schlechtesten Grundrechtsschutz verbunden sind.<sup>28</sup>

Diesen möglichen Effekten eines einheitlichen Grundrechtsschutzes stehen vergleichbare, mögliche Effekte eines pluralen Grundrechtsschutzes gegenüber, auf die bei einer Vereinheitlichung verzichtet werden muss.

Für einen guten Grundrechtsschutz in Europa gehen mit einer einheitlichen Regelung zwei Vorteile eines Wettbewerbs verloren. Erstens wird die Selektion der besseren Lösung durch Vergleich mit Konkurrenzlösungen verhindert. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das auf Erforderlichkeit und Angemessenheit verpflichtet, eröffnet einen Wettbewerb um grundrechtsschonende Lösungen.<sup>29</sup> Setzt der EU-Gesetzgeber eine Norm fest, muss die Verhältnismäßigkeit in hypothetischen Vergleichen geprüft werden. Kann der EuGH mindestens 28 Umsetzungsgesetze untersuchen, kann sich ein Markt ergeben, auf dem die Mitgliedstaaten verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten anbieten und der Gerichtshof die Umsetzungen als Vergleichsmaß nutzen kann.

Zweitens gestattet Vereinheitlichung keine experimentelle Innovation durch einzelne Marktteilnehmer. 28 Mitgliedstaaten können, wenn Umsetzungsspielraum besteht, neue Lösungen entwickeln, die im Vergleich zum bisher Bekannten für einen genauso hinreichenden oder besseren Grundrechtsschutz sorgen könnten. Das zeigt sich zum Beispiel an der Vorgabe einer Speicherung im Unionsgebiet. Der EuGH hat das Fehlen dieser Vorgabe in der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie kritisiert.<sup>30</sup> Wenn sich nun aus der Charta zwingend ergäbe, dass eine Speicherung im Unionsgebiet gewährleistet sein muss, reicht eine Festlegung in den Umsetzungsgesetzen. Irrelevant wäre das vielleicht, wenn immer nur eine Regelung dem grundrechtlichen Mindeststandard entspricht. Bei relativ einfachen Fragen, wie dem Standort von Servern, mag das noch der Realität entsprechen. Ergeben sich aber unerwartet Alternativen, die ein gleiches oder gar besseres Schutzniveau gewährleisten, werden sie durch eine Festlegung auf Unionsebene verhindert. Hier würden also Marktdynamiken versperrt.

28 H. Sauer, Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, 2012, S. 1, 3.

29 Siehe zur Parallelkonstellation eines Vergleichs von Kommunen und Ländern: W. Leisner, Der Abwägungsstaat, 1997, S. 187.

30 EuGH (Fn. 18), Rn. 68.

Wenn der Unionsgesetzgeber den Raum mitgliedstaatlicher Umsetzung durch Schutzzvorschriften verengt, droht auch, dass ein über die Richtlinie hinausgehender Grundrechtsschutz durch die Mitgliedstaaten nicht stattfindet. Wird voll harmonisiert, muss sich jeder Mitgliedstaat mit dem zentral festgelegten Schutzniveau begnügen. Werden durch Mindestvorgaben schon hinreichende Sicherungen für den Grundrechtsschutz vorgeschrieben, bedarf es keiner weiteren Berücksichtigung der Grundrechte bei der Umsetzung. Es ist zu befürchten, dass politische Diskurse in den Mitgliedstaaten nicht angestoßen werden und eine Umsetzung jenseits der Mindestvorgaben ausbleibt.

Ein einheitlicher Grundrechtsschutz erzeugt vielleicht einen Gewinn und zugleich vielleicht einen Verlust an Effektivität, ist damit ambivalent, und kann daher auch nicht als Argument für eine Grundrechtsbindung des Richtliniengesetzgebers genutzt werden, die weiter geht als die Pflicht, eine grundrechtskonforme Umsetzung zu ermöglichen.

## V. Schluss

Ursprünglicher Sinn von Richtlinien ist, den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielraum zu belassen. Dieser Spielraum wird recht klein, wenn der EuGH ohne grundrechtsdogmatische Notwendigkeit aus der Grundrechte-Charta herleitet, der Unionsgesetzgeber müsse den Umsetzungsspielraum durch Normierung „objektiver Kriterien“ oder „präziser und klarer Regeln“ beschränken. Diese Verengung von Umsetzungsspielräumen entspricht weder einer Dogmatik, die den Grundrechtseingriff als Ausgangspunkt der Grundrechtsprüfung nimmt, noch dem Grundsatz der Subsidiarität. Sicherlich kann man eine Vereinheitlichung des Grundrechtsschutzes begrüßen, wenn Richtlinien auch Zielvorgaben für die Grundrechtskonformität enthalten. Die Vereinheitlichung bedeutet jedoch einen Verlust an Wettbewerb um Grundrechtsstandards und kann nicht mit einer allgemeinen Anhebung des Grundrechtsschutzes gleichgesetzt werden.

Will man das Instrument der Richtlinie vor einer weiteren Degradierung zur mittelbaren Verordnung schützen, empfiehlt sich dieses Konstrukt: Der Unionsgesetzgeber ist bei Richtlinien nur soweit zum Grundrechtsschutz verpflichtet, dass eine grundrechtskonforme Umsetzung von Richtlinien möglich bleibt. Im Übrigen ist von den Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass die Umsetzung mit den Unionsgrundrechten vereinbar ist. Dass der EuGH den Unionsgesetzgeber wie im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung dazu zwingt, im Namen der Grundrechte Umsetzungsspielräume zu verengen, sollte also nicht zu ständiger Rechtsprechung erwachsen.