

Verfassungsaufgaben

Ein unionsweiter Mobilitäts- und Grundrechtsraum

Anuscheh Farahat

I. Problemstellung	239
II. Normgeflecht und Systematik: Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als eigenständiger Gemeinwohlbelang	242
1. Normkaskade und konstitutive Elemente des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums	243
2. Kernverfassungsrechtliche Perspektive: Der RFSR als unvollendeter Mobilitäts- und Grundrechtsraum	248
III. Verfassungstheoretische Verortung: Die Integration der europäischen Gesellschaft durch das Unionsverfassungsrecht	252
1. Von der intergouvernementalen Konfliktvermeidung zur offenen Konfliktbearbeitung	253
2. Integration durch verfassungsrechtliche Konflikte im RFSR	257
3. Wer wird integriert? Ein- und Ausschlüsse in der europäischen Gesellschaft	262
IV. Dogmatische Gehalte und Konfliktlinien	263
1. Die Realisierung des europäischen Mobilitätsraums nach innen	264
2. Die Schließung des Mobilitätsraums durch Externalisierung und Zugangsverweigerung	271
3. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und die pluralistische Grundrechtsarchitektur der EU	279
4. Solidarität im europäischen Mobilitätsraum	290
V. Der europäische Mobilitäts- und Grundrechtsraum als Ort der Verfassungsintegration? – Bestandsaufnahme und Perspektiven	295

I. Problemstellung

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) galt lange als Sonderfall europäischer Integration. Die primär intergouvernementalen Entscheidungsstrukturen und eine für das Unionsrecht untypisch schwache Position des:der Einzelnen unterschieden ihn von anderen Politikbereichen.¹ Mit den Themenkomplexen „Migration und Grenzen“ und „Polizei und Justiz“ umfasst der RFSR heute drei Aufgaben: ein unionales Migrations- und Grenzregime einschließlich Personenfreizügigkeit im In-

1 Kaarlo Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 217 f.; Peter-Christian Müller-Graff, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in: ders. (Hrsg.), *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, Baden-Baden: Nomos 2005, 11–28 (21); ders., *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lissabonner Reform*, EuR Beiheft 1 (2009), 105–126 (112 f.); Jörg Monar, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 786–797.

neren, gemeinsame Verbrechensbekämpfung und justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen. Die Entwicklung von intergouvernementaler Kooperation zur stärkeren Vergemeinschaftung dieser Politikbereiche erfolgte lange nur zögerlich, weil alle drei Aufgaben als Kernbereich nationaler Souveränität wahrgenommen wurden. Heute aber bildet dieser Politikbereich einen Schlüssel im Ausbau des europäischen Verfassungsraums, in dem sich wichtige Verfassungsfragen mit besonderer Deutlichkeit zeigen. Im Zentrum steht dabei die Ausgestaltung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit sowie zwischen Einzelnen und unionaler wie mitgliedstaatlicher Hoheitsgewalt.

Spätestens seit dem Vertrag von Lissabon 2009 ist der RFSR in der unionsrechtlichen Normalität angekommen. Nur wenige Vorschriften spiegeln noch das intergouvernementale Erbe. Der RFSR ist vielmehr heute ein zentrales Feld geworden, auf dem die EU genuin Gemeinwohlbelange verfolgen und realisieren soll.² Art. 3 Abs. 2 EUV projiziert einen nach innen offenen und nach außen geschlossenen europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum, dessen konkrete Ausgestaltung die Verträge allerdings weitgehend den politischen Entscheidungsprozessen überlassen. Gerade weil dabei Aufgaben angesprochen sind, die zumindest seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts als zentrale Staatsaufgaben galten, verwundert es wenig, dass der RFSR nunmehr zu einem Ort zentraler Auseinandersetzung der europäischen Gesellschaft³ um ihr Selbstverständnis geworden ist. Aus dem gleichen Grund ist hier das Transformationspotential mit Blick auf die Realisierung einer gemeinsamen politischen Ordnung und die Entwicklung transnationalisierter Formen der Souveränitätsausübung besonders groß. Der RFSR ist der Ort, an dem die Union ihren eigenen Verfassungsraum wesentlich schafft sowie territorial absichert und damit auch eigene Souveränität kreiert.⁴

Neben klassischen Konflikten entlang einer föderalen Spannungslage bringt der RFSR neue Konfliktlinien hervor. Eine erste betrifft das Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit. Dies zeigt sich nicht nur in den Bereichen der grenzüberschreitenden Strafverfolgung und der Terro-

2 Zum grundlegenden Ziel der Union, eigenständig Gemeinwohlbelange zu fördern (Art. 3 Abs. 1 EUV), siehe *Weber*, in diesem Band.

3 Zum Begriff der europäischen Gesellschaft *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2021, 16 ff.

4 Zur Diskussion des aktuellen Stands der europäischen Souveränität *Lisa-Marie Lührs*, Europäische Souveränität als mehrdimensionaler Begriff, *EuR* 2022, 673–687.

rismusbekämpfung, sondern auch in Bezug auf das unionale Migrations- und Grenzregime. Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit an den Binnengrenzen verlagert sich durch die Binnenmobilität im europäischen Mobilitätsraum zunehmend nach außen, in das Migrationsregime der EU. Gleichzeitig steht im RFSR zunehmend der:die Einzelne im Zentrum, der:die unmittelbar mit der Hoheitsgewalt konfrontiert ist. In der Literatur wird der:die Einzelne aber bis heute vielfach nur als „Empfänger von Freiheit, Sicherheit und Recht“ thematisiert.⁵ Im europäischen Mobilitätsraum wird die Rolle der Einzelnen jedoch nicht nur relevanter, sondern auch vielfältiger, weil das Verhältnis zwischen EU-Bürger:innen und Nicht-EU-Bürger:innen zunehmend klärungsbedürftig wird. Konflikte zwischen Einzelnen und Hoheitsträgern stellen eine zweite Konfliktlinie dar. Eine dritte Konfliktlinie betrifft die Bedeutung der Solidarität im RFSR. Im Fokus stehen dabei insbesondere Konflikte über die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die gemeinsame Verbrechensbekämpfung und die Teilung der Verantwortung für international Schutzsuchende in der EU. Dieser Fokus sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es hier auch um Fragen der Solidarität mit Nicht-EU-Bürger:innen geht.

Aus diesen zentralen politischen Konfliktlinien folgen zahlreiche verfassungsrechtliche Auseinandersetzungen. Umstritten ist zunächst die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Mehrebenensystem. Darüber hinaus ist aber auch die Reichweite und der Umfang der Grund- und Menschenrechtsbindung der EU strittig. Dies zeigt sich deutlich an den EU-Außengrenzen, wo die rechtliche Verantwortung für sogenannte push-backs, also Zurückweisungen von potentiell Schutzsuchenden in einen Drittstaat ohne vorherige Prüfung der Schutzbedürftigkeit, notorisch unklar ist. Ein dritter Typus verfassungsrechtlicher Konflikte kreist um den Grundsatz des wechselseitigen Vertrauens als ein zentrales Instrument der Realisierung des RFSR. Im Bereich „Polizei und Justiz“ geht es um die Frage, ob und wann verfassungsrechtliche Prinzipien und Garantien auf mitgliedstaatlicher Ebene Systeme gegenseitiger Anerkennung zwischen den Mitgliedstaaten aushebeln können.⁶ Im Bereich „Migration und Grenzen“ dagegen steht die Frage im Vordergrund, wann Grund- und Menschenrechte es gebieten,

5 Tuori (Fn. 1), 317; Monar (Fn. 1), 786 ff.

6 Exemplarisch: EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 – *Melloni*.

den Verteilungsmechanismus der Dublin III-Verordnung⁷ auszusetzen.⁸ Die Relevanz von Konflikten über Geltung und Interpretation von Grund- und Menschenrechten im RFSR spiegelt die zentrale Position, die der:die Einzelne als Rechtsunterworfene:r im RFSR inzwischen einnimmt.

Dieser Beitrag rekonstruiert das Normgeflecht und die zentralen dogmatischen Konfliktlinien des RFSR aus der Perspektive einer konflikttheoretisch-integrationsorientierten Verfassungstheorie. Fluchtpunkt dieser Untersuchung ist eine menschenrechtsorientierte Perspektive, die zum besseren Verständnis der Rolle des:der Einzelnen im RFSR beitragen soll. Der nächste Abschnitt arbeitet zunächst das Normgeflecht und die spezifische Systematik des RFSR mit ihren unionsverfassungsrechtlichen Bezügen heraus (II.). Sodann entfaltet der Beitrag das konflikttheoretisch-integrationsorientierte Verfassungsverständnis, das die Analyse der dogmatischen Konflikte im RFSR anleiten soll (III.). Die Kernidee dieses Verständnisses lässt sich für die Zwecke dieses Beitrags wie folgt formulieren: Die europäische Gesellschaft kann sich durch die Austragung von Konflikten um die Ausgestaltung von Gemeinwohlbelangen als politische Ordnung konstituieren und konsolidieren, wenn sie diese Konflikte in einer Weise bearbeitet, die den gemeinsamen normativen Bezugsrahmen kontinuierlich reflektiert und re-aktualisiert. Die Untersuchung der dogmatischen Kernprobleme des RFSR (IV.) fragt, ob und inwieweit das Kernverfassungsrecht der Union und insbesondere eine auf Art. 2 EUV gegründete grund- und menschenrechtliche Perspektive auf den RFSR eine solche reflexiv-integrative Rolle einnehmen bzw. einnehmen kann. Abschließend resümiert der Beitrag den gegenwärtigen Stand einer verfassungsrechtlichen Integration im RFSR, benennt Entwicklungspotentiale und identifiziert offene Flanken (V.).

II. Normgeflecht und Systematik: Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als eigenständiger Gemeinwohlbelang

Die Verträge beschreiben den RFSR als Versprechen eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums, der inzwischen einen eigenständi-

7 Verordnung (EU) Nr. 2013/604 vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. 2013 L 180/31.

8 Exemplarisch: EuGH, Urteil v. 21.12.2011, Rs. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865 – N.S.; EGMR (Große Kammer), *M.S.S. v. Belgium and Greece*, App. No. 30696/09, Urteil v. 21.1.2011.

gen Gemeinwohlbelang der Union darstellt. Seine konstitutiven Elemente zeigen sich durch eine systematische Verortung der Zentralnorm des Art. 3 Abs. 2 EUV im Normgefüge der Verträge (1.). Im Lichte der kernverfassungsrechtlichen Normen, insbesondere der Art. 1 und 2 EUV zeigt sich, dass der europäische Mobilitäts- und Grundrechtsraum bislang unvollendet geblieben ist (2.a). Art. 2 EUV liefert zudem Argumente für eine konsequent menschenrechtlich informierte Rekonstruktion des RFSR (2.b).

1. Normkaskade und konstitutive Elemente des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums

Nach einer kurzen Skizze der Normkaskade (a) werden die konstitutiven Elemente des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums (b) vorgestellt, bevor sodann die Konkretisierungsleistung der Verträge untersucht wird (c).

a) Normkaskade des RFSR

Nach Art. 3 Abs. 2 EUV „bietet“ die Union „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem [...] der freie Personenverkehr gewährleistet ist“. Art. 67 AEUV konkretisiert die einzelnen Elemente, die zur Realisierung dieses Raums für erforderlich gehalten werden: Achtung der Grundrechte, unionale Migrations- und Grenzkontrolle einschließlich Personenfreizügigkeit im Inneren, gemeinsame Verbrechensbekämpfung und mobilitätsbezogene Kooperation im Privatrecht. Die nachfolgenden Vorschriften formulieren dann die Kompetenzen der Union zur Umsetzung dieser Elemente. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV handelt es sich dabei um einen Standardfall der geteilten Kompetenz, sodass den Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV nur in dem Umfang Spielraum bleibt als die EU von ihren Kompetenzen keinen Gebrauch gemacht hat. Art. 77 bis 80 AEUV enthalten Kompetenzvorschriften in Bezug auf die Personenfreizügigkeit und das unionale Migrations- und Grenzregime. Art. 81 AEUV enthält Kompetenzen der Union im Hinblick auf mobilitätsbezogene Aspekte des Privatrechts. Art. 82 und 83 AEUV betreffen die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie die Mindestharmonisierung bestimmter Vorschriften des Strafverfahrensrechts und materieller Bestimmungen zu besonders schweren Straftaten. Aus kernverfassungsrechtlicher Perspektive liefert schließlich insbesondere

Art. 2 EUV wertvolle Hinweise für das Verständnis und die Interpretation von Art. 3 Abs. 2 EUV und seinen Konkretisierungen in Art. 67 AEUV sowie den nachfolgenden Kompetenzvorschriften. Mit Freiheit und Rechtsstaatlichkeit sind dort zentrale Werte angesprochen, die der RFSR zu realisieren verspricht. Die Verpflichtung zur Wahrung der Menschenrechte in Art. 2 EUV legt zudem ein konsequent grund- und menschenrechtlich-informiertes Verständnis des RFSR nahe. Bevor diese kernverfassungsrechtliche Perspektive näher untersucht wird, sollen zunächst die zentralen Aufgaben und konkretisierenden Elemente des RFSR vorgestellt werden.

b) Konstitutive Elemente des RFSR

Art. 3 Abs. 2 EUV formuliert das Versprechen der Herstellung eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums, der auch Drittstaatsangehörige prinzipiell miteinschließt.⁹ Damit unterscheidet sich der heutige Art. 3 Abs. 2 EUV ganz wesentlich von früheren Vertragsfassungen. Zwar hatte bereits der Amsterdamer Vertrag (1997/99) den RFSR erstmals als eigenständiges Ziel formuliert, der ein „gemeinsames Vorgehen“ im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit sowie die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit erfordere (Art. 29 Abs. 1 EUV Amsterdam). Anders als noch zuvor im Vertrag von Maastricht, war also schon im Amsterdamer Vertrag nicht mehr nur von „Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse“ (Art. K.1 EUV Maastricht) die Rede. Zudem löste bereits der Amsterdamer Vertrag den RFSR aus seiner funktionalen Beziehung zur Realisierung des Binnenmarktes, die in Art. K.1 EUV Maastricht noch in der Formulierung „[z]ur Verwirklichung der Ziele der EU, insbesondere der Freizügigkeit“ präsent war.¹⁰ Volle Eigenständigkeit als Ziel der Union insgesamt erlangte der RFSR jedoch erst mit dem Vertrag von Lissabon. Danach soll der RFSR „in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität“ gewährleistet werden (Art. 3 Abs. 2 EUV). Durch diese Eigenständigkeit ist der RFSR

9 Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 142.

10 Hierzu Adina Maricut, The Institutional Development of the EU's Area of Freedom, Security and Justice: Roles, Behavior, and the Logic of Justification, Budapest: CEU 2016 (Ms.), verfügbar unter https://www.etd.ceu.edu/2016/maricut_adina.pdf, 93–123.

erstmalig nicht mehr auf seine funktionalistische und dienende Funktion gegenüber dem Binnenmarktziel zurückgeworfen.

Art. 67 AEUV konkretisiert die einzelnen Elemente, die zur Realisierung des Gemeinwohlbelangs des RFSR für erforderlich gehalten werden. Dieser Gemeinwohlbelang enthält zwei zentrale, miteinander verbundene Versprechen: einen unionsweiten Mobilitätsraum und einen unionsweiten Grundrechtsraum. Hierzu gehören im Einzelnen neben der Wahrung der Grundrechte, eine gemeinsame Asyl- und Einwanderungspolitik mit einem unional definierten Grenzregime einschließlich Freizügigkeit im Inneren, die gemeinsame Kriminalitätsbekämpfung und mobilitätsbezogene Aspekte des Privatrechts. Diese Elemente erscheinen weder als eigenständige Leistungsversprechen noch als funktional für die Realisierung anderer Ziele der Union, sondern als Voraussetzungen eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums. Das unional definierte Grenzregime ermöglicht den freien Personenverkehr innerhalb des Mobilitätsraums. Die gemeinsame Asyl- und Einwanderungspolitik sorgt dafür, dass auch der Zugang zu diesem Mobilitätsraum von außen gemeinsam gestaltet werden kann, was sowohl Ein- als auch Ausschlüsse produziert. Die Justizkooperation in Zivilsachen erleichtert die Mobilität durch Koordination und punktuelle Annäherung der Rechtssysteme und akzentuiert zugleich die grundrechtliche Säule des Mobilitäts- und Grundrechtsraums. Die gemeinsame Verbrechensbekämpfung soll sicherstellen, dass Straftäter:innen im europäischen Mobilitätsraum nicht aufgrund der begrenzten Reichweite nationaler Exekutivorgane der Strafverfolgung entgehen. Die Mindestharmonisierung schwerer Straftaten dient der Sicherstellung grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Standards im europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum. Insgesamt konzipiert der Vertrag von Lissabon den europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum als eigenständigen Gemeinwohlbelang, dessen Realisierung die verschiedenen Elemente dienen.

c) Primärrechtliche Konkretisierung des RFSR

Art. 67 AEUV enthält weitere Hinweise für die Konkretisierung des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums. Er stellt zunächst klar, dass der RFSR als unionsweiter Mobilitäts- und Grundrechtsraum auch die „Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten“ achtet (Abs. 1). Abs. 2 konkretisiert dann, dass der gemeinsame Mobilitätsraum den Wegfall von Binnengrenzkontrollen beinhaltet, aber auch die Entwicklung einer ge-

meinsamen Politik „in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen“ projiziert. Diese soll sich explizit auf die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten gründen, was Art. 80 AEUV noch einmal konkretisiert. Ausdrücklich und im Unterschied zur weiteren Formulierung einer Solidarität der europäischen Gesellschaft in Art. 2 S. 2 EUV geht es hier nur um die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten. Allerdings sollen die entsprechenden Politiken auch gegenüber Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen „angemessen“ sein. Die englische Sprachfassung spricht von „fair towards third-country nationals“ und bringt damit deutlicher zum Ausdruck, dass hier Gerechtigkeitsaspekte eine Rolle spielen. Einen ähnlichen Hinweis hatte bereits Art. 73i lit. b EG-Vertrag Amsterdam enthalten, wonach der Rat auch Maßnahmen zum „Schutz der Rechte von Staatsangehörigen dritter Länder“ erließ. Das Versprechen eines gemeinsamen Mobilitäts- und Grundrechtsraums verbindet sich also mit dem Projekt einer gemeinsamen Asyl-, Einwanderungs- und Grenzpolitik, die auch die Belange der Drittstaatsangehörigen als betroffene Einzelne in den Blick nimmt.

Für den Bereich der gemeinsamen Kriminalitätsbekämpfung ist die Lektüre des Art. 67 AEUV ebenfalls aufschlussreich. Traditionell im Zentrum der Auseinandersetzung mit dem RFSR stehen die „Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege“, die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und „erforderlichenfalls“ die Angleichung strafrechtlicher Vorschriften. Art. 67 Abs. 2 AEUV hält jedoch ausdrücklich nicht nur „Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität“, sondern – fast wortgleich mit der Formulierung in Art. 29 EUV Amsterdam – auch die Bekämpfung von „Rassismus und Fremdenfeindlichkeit“ für notwendig, um „ein hohes Maß an Sicherheit“ im RFSR zu gewährleisten. Wenngleich die Formulierung der Kriminalitätsbekämpfung und Kooperation im Bereich der Strafrechtspflege eher technisch anmutet, zeigt jedenfalls der Verweis auf die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, dass auch hier die Einzelnen in den Blick genommen werden und zwar auch jene, die nicht notwendigerweise Unionsbürger:innen sind.

Zu den Leistungsversprechen der Union im RFSR gehört es schließlich, den „Zugang zum Recht, insbesondere durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivilsachen“ zu erleichtern (Art. 67 Abs. 3). Ähnlich wie in Art. 67 Abs. 2 AEUV nennt Abs. 3 vor allem Techniken, mit denen das spezifische Versprechen, hier Zugang zum Recht in grenzüberschreitenden

Konstellationen, gewährleistet werden soll, nämlich gegenseitige Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen. Diese erneut recht technische Formulierung im deutschen Wortlaut täuscht über die semantische Bedeutungsvielfalt hinweg, die die englische Formulierung „access to justice“, das französische „l'accès à la justice“ und das spanische „la tutela judicial“ transportieren. Neben der Gewährleistung des Zugangs zu effektivem Rechtsschutz schwingt in diesen Formulierungen ein Gerechtigkeitsversprechen mit, das im europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum einzulösen ist und einmal mehr die Position des:der Einzelnen im RFSR akzentuiert.

Gemessen an der ambitionierten Zielsetzung des Art. 3 Abs. 2 EUV bleiben die einzelnen Kompetenznormen im AEUV eher abstrakt und vage. Umfassende Harmonisierungskompetenzen finden sich vor allem in Art. 77 AEUV im Hinblick auf die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen, die gemeinsame Visapolitik und den gemeinsamen Grenzschutz nach außen, in Art. 78 AEUV im Hinblick auf die Harmonisierung der Schutz- und Verfahrensstandards beim internationalen Schutz und in Art. 79 AEUV im Hinblick auf eine gemeinsame Einwanderungspolitik, eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen und die „Verhütung und verstärkte Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel“. Zwar bleibt den Mitgliedstaaten nach Art. 79 Abs. 5 AEUV das Recht, über die Anzahl jener Migrant:innen zu entscheiden, die zum Zwecke der Erwerbstätigkeit oder Selbständigkeit (also nicht als humanitär Schutzsuchende) in den jeweiligen Mitgliedstaat einreisen dürfen, also erstmalig einen Aufenthaltstitel erhalten. In der Sache hat diese Vorschrift aber nur wenig begrenzende Wirkung, da sie insbesondere den Zugang zum Arbeitsmarkt von bereits aufhältigen Personen und die Kriterien der Einwanderung nicht umfasst. Inhaltlich bleiben die genannten Vorschriften allerdings weitgehend unbestimmt. So verpflichtet Art. 78 Abs. 1 AEUV die Union zwar zur Einhaltung des Grundsatzes des *non-refoulement* von Schutzsuchenden. Im Übrigen bleibt die Beschreibung der konkreten Politiken in Art. 78 Abs. 2 AEUV aber generisch. So werden etwa „Normen über die Aufnahmebedingungen“ genannt, aber keinerlei Konkretisierungen hinsichtlich der damit verbundenen Rechte getroffen. Ebenso wird „ein in der ganzen Union gültige[r] einheitliche[r] Schutzstandard“ genannt, dessen konkrete Voraussetzungen und Schutzzumfang aber in keiner Weise konkretisiert wird. Auch im Bereich der Einwanderungspolitik finden sich eher Blankettnormen als tatsächliche Konkretisierungen des in Art. 67 AEUV umrissenen Programms. So können nach Art. 78 Abs. 2 AEUV unter an-

derem „Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen“ und die „Rechte Drittstaatsangehöriger“ festgelegt werden. Eine nennenswerte Konkretisierung der in Art. 67 AEUV genannten gemeinsamen Einwanderungspolitik wird man hierin kaum erblicken können.

Hinsichtlich der gemeinsamen Verbrechensbekämpfung (Art. 82 AEUV) und der justiziellen Kooperation in mobilitätsbezogenen Fragen des Privatrechts (Art. 81 AEUV) sehen die Verträge primär den Aufbau von Systemen gegenseitiger Anerkennung von Urteilen und Entscheidungen vor. Allerdings finden sich auch hier zunehmend Harmonisierungskompetenzen, die allerdings vergleichsweise eng umrissen sind. Im Privatrecht betrifft dies in erster Linie verfahrensbezogene und kollisionsrechtliche Vorschriften, die in grenzüberschreitenden Konstellationen relevant werden. Im Bereich der Verbrechensbekämpfung tritt neben die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit die Kompetenz zur Harmonisierung verfahrensbezogener Regelungen (Art. 82 Abs. 2 AEUV) und zur Mindestharmonisierung von Straftaten und Strafen im Bereich schwerer Kriminalität (Art. 83 AEUV). Insgesamt sind die Kompetenzvorschriften ebenfalls generisch gehalten. So sollen etwa nach Art. 82 Abs. 2 AEUV „Regeln und Verfahren“ festgelegt werden, „mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird“. Genaue Hinweise zur Ausgestaltung dieser Regeln sehen die Verträge nicht vor. Art. 83 Abs. 2 S. 2 AEUV konkretisiert immerhin die konkreten materiellen Bereiche, in denen die EU eine Kompetenz zur Mindestharmonisierung von Strafvorschriften hat. Im Übrigen bleiben die einschlägigen Vorschriften aber offen für unterschiedliche politische Richtungsentscheidungen.

Art. 3 Abs. 2 EUV entwickelt den RFSR als unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraum damit zu einem eigenständigen Gemeinwohlbelang der Union weiter, dessen politische Ausgestaltung weitestgehend offengehalten wird. Das Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit sowie Einzelnen und Gesellschaft im europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum auszugestalten, ist als Frage politischer Präferenzen konzipiert, die die Verträge erst einmal nicht präterminieren.

2. Kernverfassungsrechtliche Perspektive: Der RFSR als unvollendeter Mobilitäts- und Grundrechtsraum

Aus kernverfassungsrechtlicher Perspektive zeigt sich, dass das Projekt des europäischen Mobilitätsraums (a) und des europäischen Grundrechtsraums (b) unvollendet ist. Zugleich ist die europäische Gesellschaft ein

unabgeschlossenes Projekt, dessen Realisierung durch Art. 2 Abs. 2 EUV angeleitet wird (c).

a) Der unvollendete europäische Mobilitätsraum

Betrachtet man Art. 3 Abs. 2 EUV aus der Perspektive der verfassungsrechtlichen Kernnormen des EUV, insbesondere der Art. 1 und 2 EUV, so fällt zunächst auf, dass die Schaffung eines gemeinsamen Mobilitätsraums mit Infrastrukturen gemeinsamer Territorialität¹¹ der Idee einer „immer engeren Union“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) folgt. Die Eigenständigkeit des RFSR stellt einen wichtigen Schritt in Richtung einer eigenen Territorialität und Souveränität der Union dar.¹² Damit verbunden sind Kompetenzen in Bereichen, die die Mitgliedstaaten vormals als exklusive Bereiche nationalstaatlicher Souveränität betrachtet haben. Dass Art. 4 Abs. 2 EUV gleichwohl von der „alleinigen Verantwortung“ der Mitgliedstaaten für die nationale Sicherheit spricht, entspricht daher nicht mehr den Kompetenzverhältnissen in den Verträgen.

Mit der Formulierung des Ziels eines unionsweiten Mobilitätsraums operationalisiert Art. 3 Abs. 2 EUV das Verhältnis zwischen der in Art. 2 EUV explizit genannten Freiheit und der dort nicht direkt angesprochenen Sicherheit. Dieser Raum soll nach außen geschlossen, aber nach innen geöffnet und weiter integriert werden. Dieser Modus wird in der politikwissenschaftlichen Literatur als „effective integration“ bezeichnet.¹³ Die Kombination aus Mobilität im Inneren und Schließung nach außen ist allerdings nicht so selbstverständlich wie sie bisweilen scheint. Dies zeigt ein Blick auf die Afrikanische Union, die zwar auf eine stärkere Binnenmobilität ausgerichtet ist, damit aber gerade keine gemeinsame Grenz- und Migrationspolitik verbindet. Inwieweit die „effective integration“ im europäischen Mobilitätsraum erfolgreich, geschweige denn abgeschlossen ist, ist allerdings weiterhin eine offene Frage. Viel spricht dafür, dass politische Dynamiken im Inneren der EU und das sich verändernde geopoliti-

11 Zur Territorialität der EU Jürgen Bast, *Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts*, VVDStRL 76 (2017), 278–309 (294–304).

12 Dazu Lührs, *Europäische Souveränität* (Fn. 4), 682.

13 Frank Schimmelfennig, *Rebordering Europe: External Boundaries and Integration in the European Union*, *Journal of European Public Policy* 28 (2021), 311–330 (316).

sche Umfeld der EU hier zu immer neuen Aushandlungsprozessen führen.¹⁴ Dass das Projekt des europäischen Mobilitätsraums jedenfalls bisher unvollendet ist, illustriert bereits der Umstand, dass die Binnengrenzen zwar insoweit keine Rolle mehr spielen als die Reisefreiheit für jedermann, d.h. EU-Bürger:innen *und* Nicht-EU-Bürger:innen, gewährleistet ist. Soweit es jedoch um die Freizügigkeit, d.h. das Recht auf Niederlassung geht, bleiben die Binnengrenzen für die meisten Nicht-EU-Bürger:innen weiterhin ein Mobilitätshindernis.¹⁵

b) Der unvollendete Grundrechtsraum und die menschenrechtliche Perspektive auf den RFSR

Art. 2 EUV liefert darüber hinaus wertvolle Hinweise für die Ausgestaltung des RFSR und bietet damit Orientierung für die Konkretisierung der Vorschriften des RFSR im verfassungsrechtlichen und politischen Diskurs. Mit Freiheit und Rechtsstaatlichkeit werden zwei Werte genannt, deren Realisierung der RFSR nach dem Wortlaut der Verträge dient. Der Wert der Freiheit orientiert nicht nur das Freizügigkeitsregime, sondern unterstreicht auch die zentrale Bedeutung individueller Freiheit gerade auch gegenüber den Herrschaftsansprüchen des Staats im Kontext der Verbrechensbekämpfung. Rechtsstaatlichkeit wiederum ist ein leitendes Motiv für die Koordinierung mobilitätsbezogener Aspekte des Privatrechts und spielt in den Bereichen Asyl- und Migrationsrecht und Verbrechensbekämpfung eine zentrale Rolle für das Verhältnis zwischen Staat und Einzelnen. Der Bezug auf „die Wahrung der Menschenrechte“ in Art. 2 EUV unterstreicht die Position des:der Einzelnen im Unionsverfassungsrecht insgesamt. Für die politische Ausgestaltung des RFSR bedeutet dies, dass den Menschenrechten eine zentrale Begrenzungs- und Orientierungsfunktion für die von der EU und ihren Mitgliedstaaten im RFSR ausgeübte Hoheitsgewalt zukommt. Dies verweist auf die in der EU-Grundrechtecharta (GRC) gewährleisteten Rechte, die jedoch die korrespondierenden Menschenrechte in der

14 Schimmelfennig (Fn. 13), 322 ff.

15 Hierauf weist Sara Iglesias Sánchez hin: Free Movement Law within the European Union: Workers, Citizens, and Third-Country Nationals, in: Marion Panizzon/Gotfried Zürcher/Elisa Fornalé (Hrsg.), The Palgrave Handbook of International Labour Migration, Hampshire: Palgrave Macmillan 2015, 361–381 (372 ff.).

EMRK und im universellen Menschenrechtsschutz widerspiegeln.¹⁶ Eine grund- und menschenrechtliche Perspektive auf den RFSR verlangt daher einen weiten Blick in den internationalen Menschenrechtsschutz. Gerade im RFSR, in dem der:die Einzelne als Adressat:in und Unterworfene:r hoheitlicher Gewalt besonders im Zentrum steht, ist der Bezug auf den Schutz der Menschenrechte von kaum zu überschätzender Bedeutung. Der Verweis auf die Menschenrechte lädt insgesamt zu einer grund- und menschenrechtlichen Rekonstruktion des RFSR sowie zu einer entsprechenden Evaluation der zu seiner Realisierung ergriffenen Maßnahmen ein. Diese grundrechtlichen Bezüge sind bislang in der Literatur noch nicht hinreichend herausgearbeitet. Ebenfalls offen ist, inwieweit der EuGH bisher die zentrale Position des:der Einzelnen im RFSR reflektiert und hinreichende Sensibilität für die Grundrechtsdimension der politischen Ausgestaltung des RFSR aufbringt. Jedenfalls an den Außengrenzen der EU zeigt sich, dass auch der europäische Grundrechtsraum bislang unvollendet ist.

c) Die europäische Gesellschaft als unabgeschlossenes Projekt

Art. 2 EUV formuliert nicht nur die Werte der EU, sondern charakterisiert in Satz 2 die europäische Gesellschaft näher als eine Gesellschaft, die sich durch „Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“ Das Ziel der Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit erfährt durch die Bezugnahme auf Pluralismus und Nichtdiskriminierung als aufgegebene Charakteristika der europäischen Gesellschaft weitere Aufwertung. Art. 2 S. 2 EUV unterstreicht zudem die Solidarität als ein Charakteristikum der europäischen Gesellschaft, auf der die gemeinsame Asyl-, Einwanderungs- und Grenzpolitik laut Art. 67 Abs. 2 AEUV beruht. Diese verfassungsrechtliche Charakterisierung stellt freilich keine empirische Beobachtung des Ist-Zustandes der europäischen Gesellschaft dar. Vielmehr formuliert sie das Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft so, wie sie sein möchte. Als Charakteristikum der europäischen Gesellschaft geht die in Art. 2 AEUV formulierte Solidarität deutlich über die in Art. 67 Abs. 2 und Art. 80 AEUV für den Bereich „Migration und Grenzen“ formulierte Solida-

16 Dazu: Jürgen Bast/Frederik von Harbou/Janna Wessels, *Human Rights Challenges to European Migration Policy: The REMAP Study*, 2. Aufl., Baden-Baden/Oxford: Nomos/Hart 2022, 21, 23 ff.

rität zwischen den Mitgliedstaaten hinaus. Art. 2 S. 2 EUV enthält das ambitionierte Ziel der Interaktion von Union, Mitgliedstaaten und Einzelnen. Dies passt zu einer pluralistischen Konzeption des Gemeinwohls. Zugleich mahnt die Selbstbeschreibung als solidarische Gesellschaft unter Einschluss von Nicht-EU-Bürger:innen die umfassende Realisierung des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums an. Hierfür spricht nicht zuletzt der umfassende und strukturell unabgeschlossene Förderauftrag hinsichtlich der Werte der Union und der Realisierung der europäischen Gesellschaft in Art. 3 Abs. 1 EUV.¹⁷

Während Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 67 AEUV die inhaltliche Ausgestaltung des Gemeinwohlbelangs eines europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums weitgehend offenlassen, erhält er durch die in Art. 2 angesprochenen Werte und das dort formulierte ambitionierte Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft Konturen. Zwar bleibt die Ausgestaltung prinzipiell politisch offen. Die Realisierung des unionsweiten Mobilitätsraums ist allerdings durch den verfassungsrechtlichen Kern des Unionsrechts auf die Achtung grundlegender Werte und die Realisierung des angesprochenen Selbstverständnisses ausgerichtet. Der RFSR formuliert somit eine Gemeinwohlaufgabe der Union, die auch die Verwirklichung hoher grund- und menschenrechtlicher Standards für Unionsbürger:innen und Drittstaatsangehörige zum Ziel hat. Die Einzelnen sind im RFSR daher mehr noch als bisher als Rechtssubjekte und Bürger:innen zu verstehen. Der nächste Abschnitt arbeitet die verfassungstheoretischen Implikationen dieser Orientierungswirkung des Kernverfassungsrechts und der Offenheit des Gemeinwohlbelangs des RFSR heraus. Abschnitt IV. untersucht dann im Anschluss anhand konkreter dogmatischer Konfliktkonstellationen die praktischen Implikationen einer verfassungsrechtlichen Interpretation des RFSR im Lichte des Art. 2 EUV.

III. Verfassungstheoretische Verortung: Die Integration der europäischen Gesellschaft durch das Unionsverfassungsrecht

Die regelungstechnische Offenheit, die der Gemeinwohlbelang des RFSR seit dem Vertrag von Lissabon erlangt hat, korrespondiert mit einer zunehmend offenen Austragung von Konflikten über seine Konkretisierung, die den lange Zeit dominanten Modus der intergouvernementalen Konflikt-

17 Dazu ausführlich Weber, in diesem Band.

vermeidung langsam ablöst (1.). Aus der Perspektive einer integrations- und konfliktorientierten Verfassungstheorie wird deutlich, dass in dieser offenen Konfliktaustragung Potential für die Konstitution der europäischen Gesellschaft als politischer Ordnung steckt (2.). Dies setzt allerdings voraus, dass die europäische Gesellschaft als Gesellschaft von Bürger:innen und Mitgliedstaaten verstanden wird, wobei auch die Rolle von Nicht-Bürger:innen, also Drittstaatsangehörigen, zu klären ist (3.).

1. Von der intergouvernementalen Konfliktvermeidung zur offenen Konfliktbearbeitung

Die grundlegenden Veränderungen der Konfliktstruktur in diesem Bereich durch den Vertrag von Lissabon fördert die Offenheit des Gemeinwohlbelangs des RFSR für die politische Ausgestaltung (a) und führt zu einem neuen, dynamischen Rollenmuster der Unionsorgane (b).

a) Notwendigkeit offener politischer Richtungskonflikte im RFSR

Die Veränderungen der Konfliktstruktur hat *Ana Kocharov* aus einer konflikttheoretischen Perspektive pointiert herausgearbeitet.¹⁸ *Kocharov* beschreibt den dominanten Modus der Integration in der EU vor dem Vertrag von Lissabon als reziproke Deregulierung, die auf die Vermeidung von Konflikten über politische Gestaltung und Präferenzen gerichtet war.¹⁹ Konflikte, die sich aus dem durch die Grundfreiheiten ausgelösten Anpassungsdruck auf die mitgliedstaatlichen Sozialsysteme ergeben hätten,²⁰ seien in erster Linie im Wege individueller Klageverfahren durch den EuGH entschieden worden. Durch diese primär gerichtliche Konfliktbearbeitung seien externe Effekte (wie etwa Lohn- und Produktivitätsunterschiede) dadurch kompensiert worden, dass grenzüberschreitend aktive Unionsbürger:innen ihre Gleichbehandlung in anderen Mitgliedstaaten einklagen konnten.²¹ Etwaige Defizite in den Strukturen für eine offene Aushandlung politischer Richtungsentscheidungen auf europäischer Ebene seien auf die-

18 *Anna Kocharov*, *Republican Europe*, London: Bloomsbury 2019.

19 *Ibid.*, 43 ff.

20 Besonders prominent: EuGH, Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 – *Viking*; Urteil v. 18.12.2007, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 – *Laval*; Urteil v. 3.4.2008, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – *Rüffert*.

21 *Kocharov* (Fn. 18), 79.

se Weise ausgeglichen worden. *Kocharovs* Darstellung, wonach offene Konfliktaustragung über regulative Fragen etwas grundsätzlich Neues in der EU darstellt, ist sicher überpointiert. Die isolierte Fokussierung auf Konflikte, die aus unterschiedlichen Traditionen und Niveaus der Sozialstaatlichkeit hervorgehen, verdeckt insbesondere den Blick für Konfliktbearbeitung in anderen Politikbereichen, wie etwa der Agrarpolitik. Hier hat die EU seit jeher regulativ agiert und politische Konflikte hierüber offen ausgetragen.

Richtig ist allerdings die Beobachtung, dass der Modus der Vermeidung offener politischer Gestaltungskonflikte durch faktisch gestaltende Rechtsprechung, wie er für die Bearbeitung externer Effekte des Binnenmarktes charakteristisch war, im RFSR nicht mehr zur Verfügung steht, weil das Primärrecht den Unionsgesetzgeber zur Ausgestaltung zwingt. Zudem stoßen kooperative Formen der intergouvernementalen Konfliktvermeidung im Lichte des ambitionierten Gemeinwohlbelangs an ihre Grenzen. Der Gemeinwohlbelang eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums kann – anders als die Grundfreiheiten – nicht durch den Grundsatz der Gleichbehandlung realisiert werden, da die betroffenen Einzelnen nicht als Unionsbürger:innen grenzüberschreitend an der ökonomisch-sozialen Ordnung anderer Mitgliedstaaten partizipieren wollen, sondern der Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten und der EU etwa als Straftäter:innen oder Nicht-Bürger:innen gegenüberstehen.²² Es geht also um Einzelne, deren Partizipations- und Mobilitätsoptionen typischerweise eingeschränkt sind und um politische Bereiche, in denen das mitgliedstaatliche Interesse mitunter auf Verhinderung von Mobilität gerichtet ist. Wechselseitige Anerkennung als dezentrales Koordinierungsinstrument spielt zwar im RFSR weiterhin eine Rolle, insbesondere im Rahmen des Europäischen Haftbefehls. Externe Effekte staatlicher Regulierung in einem Mitgliedstaat (etwa eine großzügige Einwanderungspolitik oder unterschiedliche Definitionen schwerer Straftaten) können jedoch in den Politikbereichen des RFSR nicht dadurch kompensiert werden, dass Einzelne ihre Teilhabe an der ökonomisch-sozialen Ordnung anderer Mitgliedstaaten einklagen. Statt Konfliktvermeidung ist Konfliktbearbeitung im Sinne eines gemeinsamen Ringens um politische Richtungsentscheidungen auf unionaler Ebene unerlässlich. Dieser Modus der politisch-regulativen Konfliktbearbeitung wird durch die bereits angesprochene Offenheit und geringe Determinierungskraft der

22 Ibid., 79, 98.

operativen Vorschriften des RFSR begünstigt.²³ Der RFSR eignet sich insofern in besonderer Weise für eine offene Austragung von Konflikten über politische Präferenzen und Gestaltungsoptionen.

b) Variable Rollenmuster im interinstitutionellen Verhältnis

Wie stark sich der Umgang mit Konflikten im RFSR verändert hat, zeigt sich auch im Verhältnis der EU-Institutionen untereinander. In einer umfassenden Studie über das interinstitutionelle Verhältnis im RFSR hat *Adina Maricut-Akbik* gezeigt, dass die „representation claims“, mit denen EU-Institutionen ihr Handeln zu rechtfertigen versuchen, seit dem Vertrag von Lissabon immer vielfältiger und die Positionen innerhalb der jeweiligen Institutionen immer heterogener geworden sind.²⁴ Zwar beanspruchen die EU-Institutionen weiterhin dieselben „constituencies“ zu repräsentieren, die sie bisher repräsentierten. Die Kommission versteht sich etwa als Repräsentantin der Verträge, der Rat als Repräsentant der Mitgliedstaaten und das Parlament als Repräsentant der Bürger:innen der EU. Die inhaltlichen Positionen, die mit der Repräsentation der jeweiligen „constituency“ verbunden werden bzw. dieser zugeschrieben werden, verändern sich jedoch und variieren zunehmend.²⁵ Klassische Rollenzuschreibungen, wonach die Kommission im RFSR stets technokratisch-integrationsorientiert argumentiert, der Rat vor allem Sicherheitsinteressen repräsentiert und das Parlament demgegenüber vor allem grund- und menschenrechtliche Erwägungen einspeist, gehören seit dem Vertrag von Lissabon der Vergangenheit an.²⁶ Die Umstellung auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren verlangt allen Institutionen größere Kompromissbereitschaft ab und erlaubt es insbesondere dem Parlament nicht mehr, in Fundamentalopposition zum Rat oder zur Kommission zu gehen.²⁷ Indem die Institutionen ihre Repräsentationsrolle inhaltlich ausgestalten, gestalten sie auch ihre institutionelle Rolle aktiv.

23 *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 9), 165 (mit Bezug auf die Migrationspolitik).

24 *Maricut* (Fn. 10), 185 ff., 188 ff.

25 Siehe dazu die instruktive Analyse bei *Maricut* (Fn. 10), 188 ff.

26 Dies trifft jedenfalls für die Kommission und das Parlament zu, während der Rat vergleichsweise statischer in seiner Positionierung bleibt, *Maricut* (Fn. 10), 240.

27 *Ibid.*, 186, 206 ff.

Die Vielfalt der im RFSR nunmehr zusammengefassten Bereiche und ihre Aushandlung in einem durch Mehrheitsentscheidungen gekennzeichneten Gesetzgebungsverfahren führt zudem dazu, dass die inhaltlichen Positionen vielfältiger werden. Konflikte über politische Zielsetzungen und Präferenzen im RFSR werden in diesem Umfeld politisiert in dem Sinne, dass die öffentliche Aufmerksamkeit für die dort getroffenen Richtungsentscheidungen zunimmt und politische Mobilisierung aufgrund der jeweiligen Sachfragen erfolgt.²⁸ Dies trägt zu einer stärkeren inhaltlichen Polarisierung bei. Die unterschiedlichen Interessen, die die Institutionen ihren jeweiligen „constituencies“ zuschreiben und in ihrem Interesse zu vertreten beanspruchen, lassen sich als verschiedene Visionen des europäischen Gemeinwohls im RFSR verstehen. Konfligierende Visionen werden im RFSR im politischen Prozess aktiv verhandelt, um zu gemeinsamen politischen Maßnahmen zu gelangen. Diese Perspektive verdeutlicht, dass das unionale Gemeinwohl stets einen die verschiedenen Hoheitsebenen verschränkenden Charakter aufweisen muss, damit die unterschiedlichen „constituencies“ sich in ihm repräsentiert sehen können. Das europäische Gemeinwohl im RFSR sollte vor diesem Hintergrund pluralistisch und nicht monolithisch, konflikttoffen und nicht statisch, als bereits vertragsrechtlich prädeteterminiert, konzipiert werden.

Institutionell spiegelt sich dieses Pluralismuserfordernis im Aufgabenprofil der Mitgliedstaaten im RFSR. Die Verträge versprechen an verschiedenen Stellen die Wahrung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 4 Abs. 2 EUV, Art. 67 Abs. 1 AEUV, Art. 69, Art. 72 AEUV). Im operativen Teil finden sich zudem, insbesondere im Bereich „Polizei und Justiz“, zahlreiche Vorschriften, die den Mitgliedstaaten besondere Mitsprache- und sogar Initiativrechte zusichern (Art. 73, Art. 81 Abs. 3, Art. 86, Art. 82 Abs. 3, Art. 83 Abs. 3 AEUV). Auch die Leitlinienkompetenz des Rates (Art. 68 AEUV) lässt sich in diesem Sinne verstehen. Diese intergouvernementalen Reminiszenzen spiegeln die schwierige Kompromissbildung in diesem Bereich, schmälern aber kaum die Bedeutung der allgemeinen Umstellung auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren. Sie unterstreichen, dass das europäische Gemeinwohl im RFSR immer nur pluralistisch verstanden werden kann und daher im Zusammenspiel zwischen den verschiedenen „consti-

28 Zum Begriff der Politisierung *Pieter de Wilde/Michael Zürn*, Can the Politicization of European Integration be Reversed?, JCMS 50 (2012), 137–153 (140).

tuencies“ auszuhandeln ist. An der inhaltlichen Gestaltungsoffenheit des Gemeinwohlbelangs des RFSR ändert dies jedoch nichts.

2. Integration durch verfassungsrechtliche Konflikte im RFSR

Um besser zu verstehen, welche Bedeutung diese neuen Konfliktstrukturen für den Prozess der europäischen Integration haben, bietet sich eine integrativ-konfliktaffine Verfassungstheorie an. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass eine Verfassung als akzeptierter Konfliktrahmen zur Integration einer Gesellschaft durch die Austragung von Konflikten beitragen kann.²⁹ Zunächst werden Konturen eines solchen verfassungstheoretischen Verständnisses umrissen (a), bevor die Voraussetzungen einer integrativen Wirkung des Verfassungsrechts im RFSR untersucht werden (b).

a) Verfassungsrecht als symbolische Repräsentation politischer Ordnung

Verfassungen lassen sich zunächst als „normatives Skript“³⁰ verstehen, das politisches Handeln und Willensbildungsprozesse orientiert, die Austragung von Konflikten strukturiert und die normativen Grenzen der politischen Ordnung markiert. Verfassungen erfüllen dabei nicht nur institutionelle und instrumentelle, sondern auch repräsentative Funktionen, insofern sie „die politischen Ordnungsvorstellungen des politischen Gemeinwesens symbolisch zum Ausdruck“ bringen.³¹ Die Geltung und Akzeptanz einer Verfassung entsteht kommunikativ durch die gemeinsame Bezugnahme auf die Verfassung im öffentlichen Diskurs. Sinn- und orientierungsstiftend wirken Verfassungstexte also nicht allein schon wegen ihrer Normativität,

29 Die Ausführungen in diesem Abschnitt beruhen auf der ausführlichen Entwicklung dieses Verständnisses in *Anuscheh Farahat*, Transnationale Solidaritätskonflikte: Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung der Eurokrise, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 50–64.

30 *Mónica Brito Vieira/Filipe Carreira da Silva*, Getting Rights Right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal, I-CON 11 (2013), 898–922.

31 *Hans Vorländer*, Integration durch Verfassung?, in: ders. (Hrsg.), Integration durch Verfassung, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2002, 9–42 (18). Ähnlich auch *Uwe Volkmann*, Verfassungslehre, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 41 ff., der aber von der Verfassung als „politischer Gerechtigkeitsordnung“ spricht und damit ein substantielleres Verständnis nahelegt (so auch der Verweis auf die „gute, gerechte und vernünftige Ordnung des Gemeinwesens“ [297 ff.] und der Hinweis auf die Wirkung der Verfassung im Bereich „geistig-moralischer Sinnvermittlung“ [308]).

sondern weil mit ihr im Verfassungsdiskurs bestimmte, historisch-konkrete Ordnungsvorstellungen verbunden und identifiziert werden. Verfassungsdiskurse sind in dieser Lesart regelmäßig gesellschaftliche Selbstverständigungsdiskurse.³²

Diese Selbstverständigungsdiskurse sind in modernen Gesellschaften typischerweise konflikthaft. Aufbauend auf agonalen Demokratietheorien³³ bzw. hegemonietheoretischen Politiktheorien³⁴ hat die jüngere konfliktaffine, integrative Verfassungstheorie nun herausgearbeitet, dass Integration nicht trotz, sondern gerade wegen der offenen Austragung von Deutungskonflikten im Verfassungsdiskurs erfolgt. Die Verfassung ist danach eine mögliche Kandidatin, um die „leere“, d.h. nicht dauerhaft besetzte Stelle der Macht in demokratisch-republikanischen Ordnungen symbolisch zu besetzen und zur dominanten Einheitsvorstellung zu werden.³⁵ Der Begriff der „Leerstelle“ geht auf *Claude Lefort* zurück, der damit Offenheit und Pluralität demokratischer Gesellschaften betont, deren Einheit nicht mehr durch die transzendental begründete Macht des Monarchen repräsentiert wird.³⁶ Voraussetzung dafür, dass die Verfassung diese Leerstelle füllen kann, ist jedoch, dass diese Verfassung selbst bis zu einem gewissen Grade „leer“,

32 Vorländer (Fn. 31), 9, 23. Ähnlich *Peter Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 28 ff., 83 f.

33 Günter Frankenberg etwa bezieht sich insbesondere auf die Arbeiten von Marcel Gauchet und Claude Lefort. Dazu *Marcel Gauchet*, Tocqueville, Amerika und wir, in: Ulrich Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1990, 123–206, und *Claude Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: Ulrich Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1990, 281–297. Günter Frankenberg, Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration, in: Hans Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2002, 43–70 (53 f.).

34 André Brodocz bezieht sich auf das von Ernesto Laclau geprägte hegemonietheoretische Konzept des leeren Signifikanten (*Ernesto Laclau*, Emanzipation und Differenz, Wien, Berlin: Turia + Kant 2007, 65–78) und entwickelt seine Verfassungstheorie somit vor dem Hintergrund einer konfliktaffinen Politik- und Demokratietheorie, wie sie in unterschiedlichen Varianten insbesondere von Chantal Mouffe (*Chantal Mouffe*, Das demokratische Paradox, Wien, Berlin: Turia + Kant 2008), aber auch von Claude Lefort (Fn. 33, 281) oder William Connolly (*William E. Connolly*, Identity/Difference, Ithaca: Cornell University Press 1991, insb. 158 ff.) entworfen wurde. André Brodocz, Die symbolische Dimension der Verfassung, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2003.

35 Frankenberg (Fn. 33), 54. Ähnlich auch der Ansatz von *Pierre Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, Hamburg: Hamburger Edition 2010, 123.

36 Lefort (Fn. 33), 293; bereits zuvor *Claude Lefort*, La dissolution de repères et l'enjeu démocratique, in: ders. (Hrsg.), Le temps présent, Paris: Belin 2007, 551, insb. 560 f.

d.h. offen für unterschiedliche, mitunter konfligierende Deutungen wird. Einheitsbildung durch Verfassungsrecht funktioniert also nicht zwangsläufig über inhaltliche Übereinstimmung, sondern darüber, dass es sich bei jeder der mitunter konfligierenden Deutungen um eine Deutung derselben Verfassung(snorm) handelt.³⁷ Durch unterschiedliche Deutungen desselben Textes wird die Verfassung selbst unterschiedslos gegenüber konfligierenden Positionen, sie kann für die verschiedenen Akteur:innen Unterschiedliches bedeuten und symbolisieren.³⁸ Diese Unterschiedslosigkeit der Verfassung ermöglicht es den Mitgliedern einer politischen Gemeinschaft, sich wechselseitig als Gleiche anzuerkennen und sich gleiche Freiheit zuzuerkennen.³⁹ Durch die widerstreitenden Deutungen derselben Verfassung entsteht die gemeinsame Vorstellung, dass die Identität der politischen Ordnung in der Verfassung repräsentiert wird. Integration erfolgt gewissermaßen „hinter dem Rücken der Akteure“.⁴⁰ Die Auseinandersetzung über die Bedeutung der Verfassung ist danach konstitutiv für die politische Ordnung.⁴¹

b) Voraussetzungen integrativer Konfliktbearbeitung

Damit verfassungsrechtliche Deutungskonflikte eine integrative Wirkung entfalten können, müssen geeignete Verfahren der Konfliktbearbeitung zur Verfügung stehen. Diese müssen so gestaltet sein, dass sie einen kontinuierlichen und prinzipiell unabgeschlossenen Prozess der reflexiven gesellschaftlichen Selbstverständigung über die Bedeutung der Verfassung ermöglichen, in dem alle gesellschaftlichen Gruppen und Akteur:innen

37 *Frankenberg* (Fn. 33), 54.

38 *Ibid.*, 54.

39 *Ibid.*, 55, 60. Zu der hier in Bezug genommenen Anerkennungstheorie grundlegend *Axel Honneth*, *Kampf um Anerkennung*, 8. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2014, insb. 259 ff.

40 *André Brodacz*, *Chancen konstitutioneller Identitätsstiftung*, in: Hans Vorländer (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2002, 101–119 (107).

41 In diese Richtung lässt sich auch *Armin von Bogdandy*s Verweis auf die identitätsbildende Wirkung der „starke[n] Verfassungsgeprägtheit des aktuellen öffentlichen Diskurses“ verstehen, *Armin von Bogdandy*, *Europäische und nationale Identität*, *VVDStRL* 62 (2002), 156–193 (170 f.); von Bogdandy steht fixierten Identitätsvorstellungen jedoch ebenfalls kritisch gegenüber (178 ff.). Die konstitutive Wirkung von sozialen Konflikten betont auch *Kocharov* (Fn. 18), 35.

Gehör finden können. Prozedural setzt dies voraus, dass Foren und Verfahren zur Verfügung stehen, in denen soziale Konflikte artikuliert und damit sichtbar gemacht werden können (*Sichtbarkeit*). Dies umfasst sowohl gerichtliche als auch politische Foren. Dass diese Voraussetzung in der europäischen Gesellschaft bereits gegeben ist, zeigt sich anschaulich an der öffentlichen Auseinandersetzung um den Umgang mit Flüchtlingen. Diese führte zu einer unionsweiten Debatte über Solidarität, Schutzverpflichtungen und Grundrechtsstandards, in deren Folge es nicht nur zu zahlreichen EuGH-Verfahren über die verfassungsrechtliche Dimension dieser Konflikte kam, sondern auch zu einer politischen Mobilisierung über das Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft.⁴² Verfassungsrechtliche Foren und Verfahren sollten für alle Bürger:innen und damit alle (potenziellen) Konfliktparteien effektiv zugänglich sein (*prozedurale Inklusivität*), damit die Verfassung „mit vielen Stimmen zur Sprache kommen kann“⁴³ und sich eine „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“⁴⁴ entwickeln kann. Diesbezüglich bestehen seit dem Vertrag von Lissabon ebenfalls günstige Voraussetzungen, da das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der Union seither mit einigen wenigen Modifikationen auch im RFSR zur Anwendung kommt. Obgleich gerade im Bereich „Migration und Grenzen“ die Entscheidungspraxis oft weiterhin konsensorientiert ist,⁴⁵ kann von einem Vorrang kooperativer Strukturen gegenüber legislativer Integration im RFSR⁴⁶ heute keine Rede mehr sein.⁴⁷ Die zunehmend variierenden Rollenmuster und inhaltlichen Positionen der Unionsorgane lassen erkennen, dass dadurch in der politischen Praxis Räume für genuinen politischen Richtungsstreit und inklusive Willensbildung entstehen, auch wenn die Leitlinienkompetenz nach Art. 68 AEUV beim Rat liegt. Wenn über den Umgang mit Flüchtlingen in der Union gestritten wird, geht es also nicht einfach um die Umsetzung eines vertraglich vorgegebenen Programms,

42 Ausführlich zu diesen und weiteren Konflikten unter IV.

43 Brodacz (Fn. 40), 101, III.

44 Zu diesem Leitbild prägend *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 34 (1979), 297–305 (302 ff.).

45 *Jean-Baptiste Farcy*, Labour Immigration Policy in the European Union: How to Overcome the Tension between Further Europeanisation and the Protection of National Interests?, European Journal of Migration and Law 22 (2020), 198–223 (202 ff., 206 ff., 217 f.).

46 So aber *Tuori* (Fn. 1), 316.

47 Ausnahmen bestehen in Bezug auf Aspekte des Familienrechts (Art. 81 Abs. 3 AEUV) des Straf- und Strafverfahrensrechts (Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV) und die Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 AEUV).

sondern um die Ausgestaltung eines Mobilitäts- und Grundrechtsraums, die zwar am Verfassungsrecht orientiert ist, aber Raum für politische Richtungsentscheidungen lässt. Schließlich verbessert der Umstand, dass der EuGH inzwischen für die Rechtskontrolle im gesamten RFSR zuständig ist, die prozedurale Inklusivität auch im Bereich des Rechtsschutzes. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Konflikte im RFSR überhaupt in der Sprache des Unionsverfassungsrechts thematisiert werden (können) und der EuGH im Sinne reflexiver Kontrolle als Repräsentant des europäischen Verfassungsrechts agieren kann.⁴⁸

Integrative Konfliktbearbeitung setzt darüber hinaus voraus, dass auch ihre Ergebnisse inklusiv sein sollten. Das bedeutet: Sie sollten die Interessen und Deutungsvarianten möglichst vieler Konfliktparteien als legitim anerkennen und argumentativ berücksichtigen (*materielle Inklusivität*).⁴⁹ Transparente Begründungen von Entscheidungen, die die Möglichkeit alternativer Deutungsoptionen sichtbar werden lassen, sind dabei hilfreich. In Ermangelung abweichender Sondervoten sind hier die Schlussanträge der Generalanwält:innen ein vielversprechendes Instrument, um die Inklusivität verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung zu erhöhen. Beispielhaft zeigt sich das in den unterschiedlichen Deutungen des Grundsatzes der Solidarität im Kontext des RFSR durch Generalanwält:innen und EuGH.⁵⁰ Schließlich muss Konfliktbearbeitung die Verfassung für alternative Deutungen und Verfassungswandel offenhalten, um Akzeptanzverlusten vorzubeugen und Raum für politische Willensbildung zu lassen (*Offenheit*).⁵¹ Zugleich muss sie aber im Konfliktfall hinreichende Konkretisierung leisten, um Grenzen für politisches Handeln zu ziehen und Orientierung zu stiften (*Konkretheit*). Diese beiden Anforderungen richten sich vor allem an gerichtliche Konfliktbearbeitung und bringen das kontinuierliche Spannungsverhältnis zwischen Wandel und Kontinuität zum Ausdruck. In der potenziell starken Rolle des EuGH und einer starken Grund- und Menschenrechtsprägung des RFSR kann allerdings auch ein Risiko für Entpolitisierung und Deutungsschließung liegen. Immerhin zielen Grundrechte gerade darauf ab, verbindliche Grenzen für politisches Handeln zu formu-

48 Eine solche Rolle des EuGH schlägt auch Adina Maricut-Akbik vor, *Maricut* (Fn. 10), 253 ff.

49 Ähnlich bei Häberle (Fn. 44), 303 f.

50 Dazu unter IV.4.

51 So auch Brun-Otto Bryde, *Integration durch Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Grenzen*, in: Hans Vorländer (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2002, 329–342 (338 f.).

lieren und prägen politisches Handeln auch durch positive Schutzpflichten. Konkrete politische Lösungen lassen sich jedoch regelmäßig nicht einfach aus den Grundrechten ableiten. In vielen Fällen gibt es mehr als eine einzige rechtlich plausibel begründbare Interpretation.⁵² Damit bleibt Raum für unterschiedliche Deutungen und Konkretisierungsvarianten. Ob eine Bezugnahme auf Menschenrechte tatsächlich entpolitisierend in dem Sinne wirkt, dass politische Entscheidungsträger:innen ihre Entscheidungen als quasi-automatische Folge des Verfassungstextes zu legitimieren versuchen, ist in erster Linie eine Frage der politischen Kultur. Gerade der Rekurs auf Grund- und Menschenrechte kann auch dazu dienen, Diskurse überhaupt erst wieder für politische Argumente zu öffnen, die bisher unter Verweis auf Sachzwänge verschlossen waren und in denen bestimmte Interessen strukturell marginalisiert sind. Dies zeigt sich beispielhaft in Bezug auf die Thematik sicherer legaler Zugangswege zum Unionsgebiet. Die Position von Drittstaatsangehörigen ist hier strukturell der Abschottungslogik unterlegen. Menschenrechtliche Argumente brechen diese strukturelle Benachteiligung auf und eröffnen Räume für alternative politische Gestaltung, die im Detail aber Sache der Gesetzgebung bleibt.⁵³

Verfassungsrechtliche Konflikte im RFSR können also zur Integration der europäischen Gesellschaft beitragen. Wie aber ist die europäische Gesellschaft zu konzipieren und wer wird integriert?

3. Wer wird integriert? Ein- und Ausschlüsse in der europäischen Gesellschaft

Der RFSR ist der Ort, an dem die EU mit dem europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum wesentliche Elemente ihres eigenen Verfassungsraums schafft, nach außen absichert und abschließt. Dies produziert neben Einschlüssen in auch Ausschlüsse aus der europäischen Gesellschaft, etwa in Bezug auf sog. illegal aufhältige Personen oder Menschen, die sich noch nicht in der Union befinden und keines der Kriterien für Schutzstatus oder Aufenthaltsrecht erfüllen. Auch innerhalb des RFSR erfolgen Ausschlüsse gegenüber jenen, die die Sicherheit dieses Mobilitäts- und Grundrechtsraums und der mit ihm verbundenen Werte zu untergraben drohen. Diese

52 *Anuscheh Farahat*, Human Rights and the Political: Assessing the Allegation of Human Rights Overreach in Migration Matters, NQHR 40 (2022), 180–201 (190 ff.).

53 Dazu im Detail unter IV.2.b.

Aus- und Einschlüsse sind konstitutiv für die Herausbildung der europäischen Gesellschaft, wie sie Art. 2 S. 2 EUV postuliert. Hier wird sogar deutlich, dass die Union im europäischen Mobilitätsraum eigene Souveränität herausbildet. Die Modi und Kriterien dieser Ein- und Ausschlussprozesse sind ebenenübergreifend umstritten, d.h. nicht nur auf mitgliedstaatlicher Ebene, sondern auch auf europäischer Ebene und insbesondere auch zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten, zwischen den Bürger:innen und zwischen Mitgliedstaaten und EU. Die europäische Gesellschaft ist daher als verfassungsrechtlich konstituierte Gesellschaft zu verstehen, die Mitgliedstaaten, Bürgerinnen und Bürger sowie alle in der Union ansässigen Drittstaatsangehörigen umfasst.⁵⁴ Der Bürger:innen-Begriff der Verträge (Art. 67 Abs. 3 AEUV) bleibt gleichwohl enger auf die Unionsbürger:innen bezogen.

Ein zweites Charakteristikum der Konfliktstruktur in der EU und insbesondere im RFSR ist die Gleichzeitigkeit verschiedener Verfassungsordnungen auf verschiedenen Ebenen. Föderale Konflikte überschneiden sich daher vielfach mit anderen Konfliktlinien. Dies spricht für ein pluralistisches Verfassungsverständnis im Kontext der EU, das die Persistenz föderaler Konflikte anerkennt, aber zugleich im Sinne multipler Zugehörigkeit die Möglichkeit der Integration zu einer unionalen politischen Ordnung betont. Dies setzt die wechselseitige Anerkennung der Bürgerinnen und Bürger in den Mitgliedstaaten und der Mitgliedstaaten selbst als fortbestehende politische Ordnungen voraus.⁵⁵ Die Idee einer Integration der europäischen Gesellschaft zu einer politischen Ordnung durch Unionsverfassungsrecht ist daher nicht mit einem Aufgehen der nationalen politischen Ordnungen in einer europäischen politischen Ordnung zu verwechseln. Sie ist als entwicklungsoffener und unabgeschlossener Prozess zu verstehen. Die nachfolgende Untersuchung und Evaluierung der konkreten Konflikte im RFSR aus verfassungsrechtlicher Perspektive wird diese Vielgestaltigkeit im Blick behalten müssen.

IV. Dogmatische Gehalte und Konfliktlinien

Versteht man die Herstellung eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums als zentralen Gemeinwohlbelang des RFSR, so ergeben sich

⁵⁴ von Bogdandy (Fn. 3), 18 f.

⁵⁵ Kocharov (Fn. 18), 32 ff.

auf dogmatischer Ebene vier zentrale Konfliktlinien, entlang derer sich verfassungsrechtliche Fragen stellen. Zunächst ist die Realisierung des europäischen Mobilitätsraums nach innen, d.h. die Ausgestaltung der Freizügigkeit, genauer in den Blick zu nehmen (1.). Sodann werden dogmatische Fragen und Konflikte untersucht, die sich bei der Abschließung des europäischen Mobilitätsraums nach außen stellen und insbesondere die Reichweite des Grund- und Menschenrechtsschutzes betreffen (2.). Eine dritte Konfliktlinie betrifft das wechselseitige Vertrauen im europäischen Mobilitätsraum und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum pluralistischen Grundrechtsschutz, insbesondere im Kontext des Europäischen Haftbefehls (3.). Abschließend sind die verfassungsrechtliche Bedeutung und dogmatische Konkretisierung des Grundsatzes der Solidarität zu vermessen (4.).

1. Die Realisierung des europäischen Mobilitätsraums nach innen

Nach Art. 3 Abs. 2 EUV bietet die EU „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum [...] ohne Binnengrenzen“. Für die Realisierung des unionsweiten Mobilitätsraums ist also zunächst einmal der Wegfall der Binnengrenzen zentral. Damit wird der Zielkonflikt zwischen Freiheit und Sicherheit nach innen aufgelöst. Dogmatische Konflikte entzündeten sich in der jüngeren Vergangenheit vor allem an der (temporären) Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen durch einige Mitgliedstaaten in Folge der Flüchtlingsschutzkrise von 2015/16, im Zuge der Terrorbekämpfung und in Folge der COVID-19-Pandemie.⁵⁶ Verfassungsrechtlich geht es dabei um etwaige mitgliedstaatliche Derogationskompetenzen (a) und um das Verhältnis zwischen Freizügigkeit und Reisefreiheit (b).

a) Legislative Mediatisierung und Vorrang kooperativer Reaktion

Zum besseren Verständnis ist es hilfreich, sich zunächst zu vergegenwärtigen, dass der Uniongesetzgeber den in Art. 3 Abs. 2 EUV skizzierten uni-

56 *Elspeth Guild*, Schengen Borders and Multiple National States of Emergency: From Refugees to Terrorism to COVID-19, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 385–404 (388 f.). Sie weist aber auch darauf hin, dass die Wiedereinführung von Grenzkontrollen schon vor 2015/16 ein Thema im RFSR war. So auch *Sandra Mantu*, Schengen, Free Movement and Crisis: Links, Effects and Challenges, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 377–384.

onsweiten Mobilitätsraum und das damit verbundene Verhältnis von Freiheit und Sicherheit durch den Schengener Grenzkodex (SGK)⁵⁷ legislativ gestaltet hat. Art. 25 und 29 SGK erlauben unter eng umrissenen Voraussetzungen als ultima ratio die Wiedereinführung von Grenzkontrollen. Bereits nach der bis Juni 2024 geltenden Fassung des Grenzkodex war dies jedoch nur für jeweils 30 Tage und insgesamt für maximal sechs (Art. 25 SGK) bzw. 24 Monate (Art. 29 SGK) zulässig. Zudem konnte der Rat nach Art. 29 Abs. 2 SGK auf Vorschlag der Kommission „als letztes Mittel [...] zum Schutz der gemeinsamen Interessen“ im RFSR die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen beschließen. Die seit Juni 2024 geltende Neufassung des Grenzkodex hält an diesem grundlegenden Mechanismus fest. Im Zuge der Flüchtlingsschutzkrise 2015/16 haben zahlreiche Mitgliedstaaten, darunter Österreich, unter Berufung auf diese Vorschriften Kontrollen an bestimmten Binnengrenzen wiedereingeführt. Diese Grenzkontrollen überstiegen jedoch die in Art. 25 Abs. 4 SGK vorgesehene Höchstdauer, was zu einem Vorabentscheidungsersuchen führte.⁵⁸

Im Verfahren stellte sich zunächst die Frage, ob Art. 72 AEUV es den Mitgliedstaaten erlaubt, einseitig die Öffnung des europäischen Mobilitätsraums nach innen rückabzuwickeln.⁵⁹ Aus Sicht des EuGH rechtfertigt die Vorschrift keine Derogation, da der Unionsgesetzgeber in Ausübung seiner Zuständigkeiten einen „umfassenden Rahmen“ geschaffen habe,⁶⁰ dessen Ziel es sei „ein angemessenes Gleichgewicht, wie es in Art. 3 Abs. 2 EUV in Aussicht genommen wird“ im europäischen Mobilitätsraum zu gewährleisten und der den Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten hinreichend Rechnung trage.⁶¹ Mit anderen Worten: Art. 72 AEUV ist legislativ mediatisiert. Entsprechend der gesetzgeberischen Gestaltung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit ist es im Falle einer anhaltenden Bedrohung Sache der Mitgliedstaaten, kooperative Maßnahmen zu ergreifen, die dieser Bedrohung entgegenwirken.⁶² Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV, der im offenen Widerspruch

57 Verordnung (EU) 2016/399 vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2006 L 77/I, nunmehr geändert durch Verordnung (EU) 2024/1717 vom 13. Juni 2024, ABl. 2024 L 1717/I.

58 EuGH, Urteil v. 26.4.2022, verb. Rs. C-368/20 und C 369/20, ECLI:EU:C:2022:298 – NW.

59 Diesen Einwand hatte die deutsche Regierung vorgetragen: *ibid.*, Rn. 55.

60 *Ibid.*, Rn. 87, ähnlich Rn. 72.

61 *Ibid.*, Rn. 88 f.

62 *Ibid.*, Rn. 77.

zur geteilten Kompetenz für den RFSR⁶³ von einer „alleinigen Verantwortung“ der Mitgliedstaaten für die nationale Sicherheit spricht, findet nicht einmal Erwähnung. Diese Vorschrift stellt anscheinend für den EuGH keine operative Bestimmung dar, sondern wohl eher einen irrelevanten Atavismus. Die Ausgestaltung des europäischen Mobilitätsraums unterliegt danach einer Kooperationspflicht, die sich verfassungsrechtlich als Ausdruck des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV und des Grundsatzes der Solidarität aus Art. 2 EUV verstehen lässt. Sicherheitsbedrohungen von außen wie von innen sind daher, von kurzfristigen Ausnahmen abgesehen, kooperativ zu lösen.

b) Grund- und menschenrechtliche Argumente für umfassende Reisefreiheit und Freizügigkeit

Die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen wirft eine zweite Frage auf: Welche Rolle spielt das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger:innen im Kontext der durch das Schengen-Regime abgesicherten Reisefreiheit? Diese Frage hat das vorlegende Gericht im oben genannten Fall aufgeworfen.⁶⁴ Der EuGH ist auf Art. 21 AEUV und Art. 45 GRC und ihr Verhältnis zu Art. 3 Abs. 2 EUV sowie Art. 77 AEUV nicht eingegangen, sondern beschränkte sich auf die Auslegung des Sekundärrechts. Konkret bezog er sich auf den 27. Erwägungsgrund des SGK, um zu argumentieren, dass „Ausnahmen und Abweichungen von der Freizügigkeit eng auszulegen“ sind.⁶⁵ Dass der EuGH hier eine Verbindung zwischen Reisefreiheit und Freizügigkeit herstellt, wird erst bei einem Blick auf die in Bezug genommene Rechtsprechung deutlich: Diese bezieht sich nämlich auf die Arbeitnehmer- bzw. Unionsbürgerfreizügigkeit.⁶⁶ Der EuGH interpretiert nun – ohne dies explizit zu machen – Binnengrenzkontrollen als eine Beschränkung der Unionsbürgerfreizügigkeit, also eine Maßnahme, die die grenzüberschreitende Freizügigkeit für Unionsbürger:innen erschwert oder zumindest weniger attraktiv macht. Angesichts des Umstandes, dass die

63 Bruno de Witte, Exclusive Member State Competences: Is There Such a Thing?, in: Sacha Garben/Inge Govare (Hrsg.), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, London: Bloomsbury 2017, 59–73 (70 ff.).

64 EuGH, NW (Fn. 58), Rn. 31, 37, 48.

65 Ibid., Rn. 64.

66 EuGH, Urteil v. 3.6.1986, Rs. 139/85, ECLI:EU:C:1986:223, Rn. 13 – *Kempf*; Urteil v. 10.7.2008, Rs. C-33/07, ECLI:EU:C:2008:396, Rn. 23 – *Jipa*.

Reisefreiheit im Kontext des Schengen-Raums und die unionsbürgerrechtliche Freizügigkeit entstellungsgeschichtlich getrennte Konzeptionen sind, ist diese freizügigkeitsrechtliche Aufladung des Raums ohne Binnengrenzen begründungsbedürftig. Dies gilt umso mehr, als – entgegen einem verbreiteten Missverständnis – Einwanderung nicht primär an der Grenze reguliert wird. Reisefreiheit kann bestehen, ohne dass ein Recht auf Niederlassung besteht; umgekehrt kann eine Person dann einwandern, wenn sie an der Grenze ihren Pass und ggf. ein Visum vorlegen muss.

Aus verfassungstheoretischer Perspektive hat der EuGH mit dieser dürftigen, impliziten Begründung eine Chance verstreichen lassen, das Verhältnis zwischen Freizügigkeit für Unionsbürger:innen und Reisefreiheit für jedermann verfassungsrechtlich zu konkretisieren. Der EuGH macht die verfassungsrechtlichen Konflikte unsichtbar und schmälert damit die diskursive Relevanz des Unionsverfassungsrechts. Dabei bietet gerade die hier vertretene, weite menschenrechtliche Perspektive⁶⁷ auf den RFSR Potenzial, die Freizügigkeit und die Reisefreiheit aus der funktionalen Logik der Realisierung des Binnenmarkts zu lösen und ihnen eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung zuzumessen.⁶⁸ Nach Art. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK (ZP 4 EMRK) hat *jede* Person, die sich rechtmäßig im Gebiet eines Hoheitsstaates aufhält, das Recht, „sich dort frei zu bewegen und ihren Wohnsitz frei zu wählen“.⁶⁹ Nimmt man die Territorialität des Unionsrechts ernst,⁷⁰ verlangt diese Vorschrift damit nicht nur Freizügigkeit, sondern auch Reisefreiheit. Spiegelbildlich folgt daraus aber auch: Für Drittstaatsangehörige mit rechtmäßigem Aufenthalt muss neben der Reisefreiheit die Freizügigkeit im europäischen Mobilitätsraum gewährleistet werden. In verfassungs- und damit menschenrechtskonformer Interpretation verdichtet sich die nach dem Wortlaut gegebene Möglichkeit („kann“)

67 Dazu oben, Text bei Fn. 16.

68 Die Ausweitung der Freizügigkeit auf Drittstaatsangehörige wird in der Literatur schon länger und vor allem unter gleichheitsrechtlichen Aspekten diskutiert. Zuletzt *Petra Weingerl/Matjaž Tratnik*, Climbing the Wall around EU Citizenship: Has the Time Come to Align Third-Country Nationals with Intra-EU Migrants?, *EJIL* 33 (2022), 15–38. Siehe auch *Sara Iglesias Sánchez*, Free Movement of Third Country Nationals in the European Union? Main Features, Deficiencies and Challenges of the new Mobility Rights in the Area of Freedom, Security and Justice, *ELJ* 15 (2009), 791–805.

69 Ebenso Art. 12 Abs. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbÜg).

70 Dazu ausführlich *Bast*, Entterritorialisierung (Fn. 11), 278–309 (294–304).

zur Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen in Art. 45 Abs. 2 GRC⁷¹ zu einer Pflicht des Unionsgesetzgebers, Reisefreiheit *und* Freizügigkeit für Drittstaatsangehörige im Unionsgebiet zu gewährleisten. Dies entspricht dem in Art. 67 Abs. 2 AEUV formulierten Auftrag, Drittstaatsangehörige im europäischen Mobilitätsraum „angemessen“, d.h. fair, zu behandeln⁷² und greift auch den inklusiven Begriff der europäischen Gesellschaft als Gesellschaft aller Ansässigen in Art. 2 EUV auf. In einer verfassungsrechtlich begründeten grund- und menschenrechtskonformen Interpretation der operativen Vorschriften des RFSR liegt daher erhebliches transformatives Potenzial für die Vollendung des europäischen Mobilitätsraums.

Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Freizügigkeitsregime und Reisefreiheit ist allerdings in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bislang keineswegs abgeschlossen. Im Kontext des Auslieferungsrechts gegenüber Drittstaaten im Rahmen des Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) entschied der EuGH, dass ein serbischer Staatsangehöriger, der wegen einer Straftat in Slowenien bereits rechtskräftig verurteilt worden war, aufgrund des in Art. 50 GR-Ch und Art. 54 SDÜ niedergelegten Grundsatzes des *ne bis in idem* von Deutschland nicht an die US-Behörden ausgeliefert werden dürfe.⁷³ Der EuGH legt das Schengener Auslieferungsrecht hier verfassungs- und prinzipienorientiert aus, indem er das Verbot der Doppelbestrafung als einen tragenden Grundsatz (*fundamental principle*) des Unionsrechts ausweist,⁷⁴ der nicht nur Unionsbürger:innen, sondern jede Person im RFSR vor einer Auslieferung an Drittstaaten schützt.⁷⁵ Er schützt sogar unabhängig davon, ob die auszuliefernde Person sich rechtmäßig im Schengenraum aufhält oder nicht.⁷⁶ Für diesen umfassenden Grundrechtsschutz auch in den Beziehungen zu Drittstaaten führt der EuGH an, dass es sich beim Doppelbestrafungsverbot um einen „Ausfluss des Grundsatzes *res iudicata*“ handle, der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gewährleisten solle und allen Personen, die im RFSR rechtskräftig abgeurteilt wurden, ihren „Bürgerfrieden“ sichern solle.⁷⁷ Mit dieser Entscheidung unterstreicht

71 Zum ungenutzten Potenzial dieser Vorschrift *Sánchez* (Fn. 15), 372.

72 *Jürgen Bast*, Solidarität im europäischen Asyl- und Einwanderungsrecht, in: Michele Knodt/Anne Tews (Hrsg.), *Solidarität in der EU*, Baden-Baden: Nomos 2014, 143–162 (145).

73 EuGH, Urteil v. 28.10.2022, Rs. C-435/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:852 – *HF*.

74 *Ibid.*, Rn. 64.

75 *Ibid.*, Rn. 72, 74.

76 *Ibid.*, Rn. 79 ff.

77 *Ibid.*, Rn. 77.

der EuGH die Dimension des RFSR als Grundrechtsraum. Zudem stärkt der EuGH mit dieser Entscheidung das inklusive Verständnis einer europäischen Gesellschaft als Gesellschaft aller in der EU ansässigen Personen. In eine ähnliche Richtung weist eine Entscheidung des EuGH aus dem Kontext des europäischen Haftbefehlsregimes, in der es um die Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürger:innen ging. Die italienische *Corte Costituzionale* hatte die Frage vorgelegt, ob es mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar sei, die in Art. 4 Nr. 6 des Rahmenbeschlusses Nr. 2002/584 vorgesehene Ausnahme von der Überstellungspflicht zur Sicherstellung der erfolgreichen Resozialisierung ausschließlich auf eigene Staatsangehörige und Unionsbürger:innen zu beschränken. Der Gerichtshof entschied, dass der automatische Ausschluss Drittstaatsangehöriger von dieser begünstigenden Regelung gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 20 AEUV verstoße.⁷⁸ Drittstaatsangehörige, die im Vollstreckungsmitgliedstaat ihren Wohnsitz haben oder sich dort aufhalten, seien insoweit in einer vergleichbaren Situation mit Unionsbürger:innen.⁷⁹ Der Vollstreckungsmitgliedstaat könne die Aussetzung der Vollstreckung zum Zwecke der Resozialisierung zwar von einem gewissen Maß der Integration abhängig machen, müsse dabei aber die Intensität der sozialen, familiären, kulturellen und ökonomischen Bindungen des:der Drittstaatsangehörigen im Vollstreckungsmitgliedstaat berücksichtigen.⁸⁰ Insbesondere das Vorliegen eines Daueraufenthaltsstatus-EU sei dabei ein Indiz für eine starke Integration.⁸¹ Der EuGH stellt mit dieser Entscheidung klar, dass die „progressive Inklusion“⁸² Drittstaatsangehöriger primärrechtlich über Art. 20 AEUV geschützt ist. Erneut wird hier das inklusive Verständnis der europäischen Gesellschaft unterstrichen. Allerdings steht insbesondere die Entscheidung in der Rechtssache *HF* im Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des EuGH zur Binnenmobilität im RFSR. Während der EuGH dort das Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV mit der Reisefreiheit im Schengenraum verbunden hat, erscheinen das Freizügigkeitsregime des

78 EuGH, Urteil v. 6.6.2023, Rs. C-700/21, ECLI:EU:C:2023:444, Rn. 51 – O.G.

79 Ibid., Rn. 50. Ein „Aufhalten“ liegt vor, wenn die Person „infolge eines beständigen Verweilens von gewisser Dauer in diesem Mitgliedstaat Bindungen zu diesem Staat von ähnlicher Intensität aufgebaut hat, wie sie sich aus einem Wohnsitz ergeben“ (vgl. Rn. 47 m.w.N.).

80 Ibid., Rn. 52, 62 ff.

81 Ibid., Rn. 67.

82 *Anuscheh Farahat*, Progressive Inklusion: Zugehörigkeit und Teilhabe im Migrationsrecht, Berlin: Springer 2014, 98 ff.

Art. 21 AEUV und des Art. 3 Abs. 2 EUV im Hinblick auf das Schengener Auslieferungsrecht in der Rechtssache *HF* als getrennte Sphären. Vielmehr steht hier die Durchsetzung rechtsstaatlicher Standards, auch in den Außenbeziehungen der EU, im Zentrum. Die Kontrastierung dieser Entscheidungen illustriert anschaulich die doppelte Dimension, aber auch das innere Spannungsverhältnis des RFSR als Mobilitäts- und Grundrechtsraum.

Im Hinblick auf die Mobilitätsdimension bleibt die Frage offen, was unter „freiem Personenverkehr“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 EUV konkret zu verstehen ist. Lässt sich der freie Personenverkehr auf eine bloße Abwesenheit von Kontrollen an den Grenzen reduzieren oder ist im Lichte des Ziels eines europäischen Mobilitätsraums mehr gefordert? Die seit Juni 2024 geltende Neufassung des Schengener Grenzkodex⁸³ sieht vor, einerseits die Mitgliedstaaten stärker unter Rechtfertigungspflicht zu setzen.⁸⁴ Andererseits wollen die vorgeschlagenen Neuregelungen die Mitgliedstaaten dazu motivieren, indirekte Kontrollen, etwa durch den Einsatz von Kontroll- und Überwachungstechnologien,⁸⁵ als Alternative zu Grenzkontrollen anzuwenden.⁸⁶ Dadurch drohen neue Gefahren für die Grundrechte im europäischen Mobilitätsraum, insbesondere im Hinblick auf Art. 7 und 8 GRCh.⁸⁷ Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit wird damit zu einem „innenpolitischen“ Konflikt im europäischen Mobilitätsraum transformiert, der Unionsbürger:innen und Drittstaatsangehörige gleichermaßen erfasst und Mobilität einem Sicherheitsparadigma unterstellt.⁸⁸ Mit Blick auf Drittstaatsangehörige verschärft die Aufforderung zur verstärkten Nutzung allgemeiner polizeilicher Befugnisse auch die Gefahr

83 Verordnung (EU) 2024/1717 vom 13. Juni 2024 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, ABl. 2024 L 1717/I.

84 Art. 25a, 26, 27 und 27a Neufassung des Schengener Grenzkodex.

85 Art. 23 lit. a Neufassung des Schengener Grenzkodex.

86 Art. 26 Abs. 2 lit. a und Art. 23 lit. a Neufassung des Schengener Grenzkodex. Dazu auch *Guild* (Fn. 56), 396 f.

87 Dazu: *Julien Jeandesboz*, Ceci n'est pas un contrôle: PNR Data Processing and the Reshaping of Borderless Travel in the Schengen Area, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 431–456 sowie *Niovi Vavoula*, Artificial Intelligence at Schengen Borders: Automated Processing, Algorithmic Profiling and Facial Recognition in the Era of Techno-Solutism, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 457–484 (insb. 470 ff., 478 ff.).

88 *Mantu* (Fn. 56), 380 f.; *Jeandesboz* (Fn. 87), 434, 436 („regulation of mobility“).

des „racial profiling“ und damit einer Verletzung von Art. 21 GRC.⁸⁹ Liest man Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 67 Abs. 2 AEUV konsequent im Lichte des Art. 2 EUV und der dort formulierten Achtung der Menschenrechte und der Nichtdiskriminierung, so legt dies eine Interpretation von Art. 21 GRC nahe, die die Rechtsprechung des EGMR und die Vorgaben der UN-Rassendiskriminierungskonvention in Bezug nimmt.⁹⁰ Insbesondere sollte der EuGH in seiner Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Grenzkontrollen und alternativen Maßnahmen deren Grundrechtsrelevanz und potenziell diskriminierende Wirkungen miteinbeziehen.⁹¹ Eine stärker verfassungsrechtlich informierte Rechtsprechung könnte diese Orientierungsleistungen besser erbringen und das Unionsverfassungsrecht als normativen Referenzrahmen der europäischen Gesellschaft stärken.

2. Die Schließung des Mobilitätsraums durch Externalisierung und Zugangsverweigerung

Die Schaffung des europäischen Mobilitätsraums nach innen korrespondiert mit seiner Schließung nach außen. Während nach innen der zentrale Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit regelmäßig nicht mehr an den Grenzen ausgetragen wird, sind die gemeinsamen Außengrenzen in den vergangenen Jahren Schauplatz verschärfter Konflikte über den Zugang zum europäischen Mobilitätsraum geworden (a). Diese Konflikte werfen zahlreiche grund- und menschenrechtliche Fragen auf. Eine verfassungsrechtliche Rekonstruktion schärft den Blick für die Verpflichtungen der Union, die Kontrolle der Außengrenzen menschenrechtskonform auszugestalten (b).

a) Freiheit v. Sicherheit als Konflikt zwischen außen und innen

Dogmatische Konflikte entzündeten sich an zwei Strategien, mit denen die EU und die Mitgliedstaaten versuchen, die Schließung des Mobilitätsraums zu gewährleisten, ohne eine umfassend zentralisierte Grenzschutzstruktur

⁸⁹ Diesen Hinweis verdanke ich Leon Züllig. Dazu auch *Vavoula* (Fn. 87), 470 ff. (in Bezug auf technisch unterstützte Sicherheitskontrollen), und *Guild* (Fn. 56), 395 (in Bezug auf die selektive Kontrollpraxis durch Polizeibeamte).

⁹⁰ Dazu *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 149 ff.

⁹¹ So auch *Guild* (Fn. 56), 395.

tur einzurichten. Im Vergleich zur Regelungsdichte beim internationalen Schutz im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS) ist der gemeinsame Schutz der Außengrenzen legislativ bislang eher unterentwickelt. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die konkreten Pflichten der Union und der Mitgliedstaaten gegenüber Schutzsuchenden an der Grenze. Art. 3 lit. b SGK stellt klar, dass die Verordnung unbeschadet „der Rechte der Flüchtlinge und Personen, die um internationalen Schutz suchen, insbesondere hinsichtlich der Nichtzurückweisung“, angewendet wird. Mit dem Verweis auf den Grundsatz der Nichtzurückweisung (*non-refoulement*), der eine Rückschiebung Schutzsuchender im Falle drohender Verfolgung oder schwerer Menschenrechtsverletzungen verbietet, entspricht der SGK den primärrechtlichen Anforderungen aus Art. 78 Abs. 1 AEUV. Art. 4 SGK verpflichtet zur Einhaltung der Grundrechte und verlangt, Beschlüsse nach dem SGK nur „auf Einzelfallbasis“ zu fassen. Dies reflektiert das menschenrechtliche Verbot von Kollektivausweisungen nach Art. 4 ZP 4 EMRK. Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1 und Art. 43 der Asylverfahrensrichtlinie⁹² verpflichtet, Schutzsuchenden an der Grenze Zugang zu einem Asylverfahren zu ermöglichen und ihnen hierzu die notwendigen Informationen zukommen zu lassen (Art. 8 Abs. 1 der Asylverfahrensrichtlinie).

Innerhalb dieses legislativen Rahmens, der den verfassungsrechtlichen Rahmen nur wenig ausgestaltet, versuchen die Mitgliedstaaten und die EU ihre Spielräume beim Schutz der Außengrenzen zu maximieren. Zwei besonders konfliktträchtige Strategien sind zu beobachten: die Umgehung menschenrechtlicher Verpflichtungen und interner Kontrollmechanismen durch Externalisierung der Außengrenzkontrolle und sowie die Verhinderung des Zugangs zu Schutz im europäischen Mobilitätsraum durch Verweigerung der Einreise und Verhinderung des direkten Kontakts.⁹³

Prägnantes Beispiel für die erste Strategie ist der sog. EU-Türkei-Deal, mit dem die EU-Mitgliedstaaten versucht haben, die Türkei gegen finanzielle Unterstützung dazu zu bewegen, die Weiterreise von Schutzsuchenden in die EU zu verhindern. „Irreguläre Migranten“, die über die Türkei auf die

92 Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. 2013 L 180/60.

93 Jürgen Bast, Frederik von Harbou und Janna Wessels identifizieren neben diesen beiden Trends noch einen weiteren Trend der Auslagerung der Schutzverantwortung durch die Definition sicherer Drittstaaten: *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 29 ff. Für die Zwecke dieses Beitrags sollen jedoch die beiden Strategien im Zentrum stehen, die sich direkt auf die Situation an den Außengrenzen beziehen.

griechischen Inseln gelangen, sollen danach umgehend in die Türkei zurückgeschoben werden.⁹⁴ Die Kooperation realisiert damit das Modell der „protection elsewhere“, wonach die EU die Verantwortung für den Schutz von Flüchtlingen in Drittstaaten auslagert und den Zugang zum Territorium der EU möglichst verhindert. Eine ähnliche Zielsetzung verfolgen die verschiedenen Kooperationsmodelle zwischen der EU, Malta und Italien einerseits und Libyen andererseits,⁹⁵ die das Ziel verfolgen, eine Ausreise Schutzsuchender aus den Herkunfts- und Transitstaaten zu verhindern. Dies steht in Widerspruch zum Recht auf Ausreise nach Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK und Art. 12 Abs. 2 IPbürg.⁹⁶

Kooperationsformate dieser Art gelten der Kommission gleichwohl als Vorbild für die weitere Entwicklung des Schutzes der europäischen Außengrenzen.⁹⁷ Hinzu kommen erweiterte Kooperationskompetenzen der EU-Grenzschutzagentur FRONTEX, die auch Einsätze von FRONTEX auf dem Gebiet von Drittstaaten umfassen.⁹⁸ Der Schutz der europäischen Außengrenzen wird somit immer weiter nach außen verlagert, um den europäischen Mobilitätsraum gegen Fluchtmigration abzuschirmen.

Eng verbunden mit dieser Praxis ist der Versuch der Mitgliedstaaten, direkten Kontakt mit Schutzsuchenden im Mittelmeer und damit die daraus folgende Pflicht zur Durchführung eines Asylverfahrens⁹⁹ zu vermeiden. Stattdessen wird die Rettung von Schiffbrüchigen an private Schiffseigner:innen oder libysche Schiffe delegiert, die die Schutzsuchenden direkt

94 Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, Pressemitteilung v. 18.3.2016, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

95 Bast/von Harbou/Wessels (Fn. 16), 31. Für eine ausführliche Analyse der verschiedenen Kooperationspraktiken im Mittelmeer siehe Charles Heller/Lorenzo Pezzani, *Mare Clausum: Italy and the EU's undeclared operation to stem migration across the Mediterranean* (2018), <https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2019/05/2018-05-07-FO-Mare-Clausum-full-EN.pdf>, und Violeta Moreno-Lax/Daniel Ghezelbash/Nina Klein, *Between Life, Security and Rights: Framing the Interdiction of 'Boat Migrants' in the Central Mediterranean and Australia*, *Leiden Journal of International Law* 32 (2019), 715–740.

96 Nora Markard, *Das Recht auf Ausreise zur See: Rechtliche Grenzen der europäischen Migrationskontrolle durch Drittstaaten*, AVR 52 (2014), 449–494 (456 ff.).

97 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM(2016) 385 final.

98 Art. 73 Abs. 3 Verordnung (EU) 2019/1896 vom 13. November 2019 über die Europäische Grenz- und Küstenwache, ABl. 2019 L 295/I.

99 EGMR (Große Kammer), *Hirsi Jamaa et al. v. Italy*, Appl. No. 27765/09, Urteil v. 23.2.2012.

zurück nach Libyen bringen.¹⁰⁰ Die gerichtliche Entscheidung der Frage, ob die EMRK hier trotz der Jurisdiktionsklausel des Art. 1 EMRK anwendbar ist, steht noch aus.¹⁰¹ Gleichwohl lässt sich die Praxis unschwer als ein Versuch verstehen, menschenrechtliche Verpflichtungen, insbesondere den Grundsatz des *non-refoulement*,¹⁰² dadurch zu umgehen, dass Territorialkontakt und direkte physische Kontrolle gezielt umgangen werden, das Geschehen aber weiterhin aktiv gesteuert wird.¹⁰³

Hinzu kommen weitere Formen der Zurückweisung Schutzsuchender ohne individuelle Prüfung des Schutzgesuchs (*push-back*) an den Landaußengrenzen der EU, deren Rechtswidrigkeit der EuGH bereits festgestellt hat, so etwa die langjährige Praxis Ungarns, Schutzsuchende an der Grenze zu Serbien direkt wieder zurückzuweisen.¹⁰⁴ Problematisch sind in diesem Kontext die Vorschläge der Kommission, die rechtsstaatlichen Garantien an ein faires Asylverfahren in Ausnahmesituationen, mit Blick auf die zwischenzeitlich angespannte Lage an der Grenze zwischen Polen und Belarus, vorübergehend abzusenken.¹⁰⁵ Die Praxis der Sicherung der EU-Außengrenzen scheint sich schleichend immer weiter von einer Ausrichtung an den Menschenrechten zu entfernen und in erster Linie auf Abwehr von Schutzsuchenden ausgerichtet zu sein. Der Konflikt zwischen Freiheit und

100 Für einen Überblick über diese Praxis im Rahmen der Seenotrettung: *Violeta Moreno-Lax*, The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy and the „Operational Model“, GLJ 21 (2020), 385–416 (388 ff.). Zur Praxis der „privatisierten“ push-backs: *Charles Heller*, The Nivin Case: Migrants’ Resistance to Italy’s Strategy of Privatized Push-back, *Forensic Oceanography* (2019), 64, <https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2019/12/2019-12-18-FO-Nivin-Report.pdf>.

101 Dazu *Moreno-Lax* (Fn. 100), 398 ff.

102 Zu den diesbezüglichen Rechtsfragen ausführlich *Anuscheh Farahat/Nora Markard*, Places of Safety in the Mediterranean: The EU’s Policy of Outsourcing Responsibility (2020), <https://eu.boell.org/en/2020/02/18/places-safety-mediterranean-eus-policy-outsourcing-responsibility>.

103 So auch das Argument von *Moreno-Lax* (Fn. 100), 403.

104 EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029 – *Kommission/Ungarn*.

105 Europäische Kommission, Asyl und Rückkehr: Kommission schlägt befristete rechtliche und praktische Maßnahmen zur Bewältigung der Notlage an der EU-Außengrenze zu Belarus vor, Pressemitteilung v. 1.12.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_6447.

Sicherheit im europäischen Mobilitätsraum wird so zunehmend in eine Auseinandersetzung zwischen innen und außen transformiert.¹⁰⁶

Diese Transformation hat einen weiteren, politisch erwünschten, Nebeneffekt. Sie vermeidet rechtliche und politische Konflikte im Inneren dadurch, dass sowohl das Europäische Parlament als auch der EuGH als Akteure außen vor bleiben.¹⁰⁷ Dies gilt jedenfalls für die Kooperationsformate mit Drittstaaten in Form von rechtlich nicht bindenden oder informellen Vereinbarungen (*soft law*), die gerichtlich nicht effektiv kontrolliert werden, wie nicht zuletzt das Urteil des EuG zum EU-Türkei-Deal¹⁰⁸ und die erfolglose Revision zum EuGH¹⁰⁹ zeigen. Das Gericht verneinte seine Zuständigkeit unter Verweis darauf, dass die Erklärung kein Akt des Europäischen Rates, d.h. eines Organs der EU, sei.¹¹⁰ Damit hat der EuGH nicht nur den Rechtsschutz für Migrant:innen an den europäischen Außengrenzen massiv beschnitten und die Umgehungsstrategien der Mitgliedstaaten abgesegnet. Er hat durch seine Weigerung, einen Akt eines Unionsorgans zu erkennen, zudem den Weg für jede gerichtliche Thematisierung dieser Praxis unter unionsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten abgeschnitten. Damit beschränkt der EuGH die prozedurale Inklusivität des Unionsverfassungsrechts spürbar.¹¹¹ Stattdessen bestätigt die Entscheidung eine Praxis,

106 Zur Wahrnehmung von Migrant:innen als Sicherheitsrisiko im Kontext des RFSR Cathryn Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford: OUP 2016, 20–21.

107 Sergio Carrera/Leonard den Hertog/Marco Stefan, *The EU-Turkey Deal: Reversing ‚Lisbonisation‘ in EU Migration and Asylum Policies*, in: Sergio Carrera/Juan Santos Vara/Tineke Strik (Hrsg.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Cheltenham: Edward Elgar 2019, 155–174 (156 f.).

108 Elaine Fahey bezeichnet diese Kombination aus zunehmend informeller Kooperation als „hyper-legalisation“, der angesichts der fehlenden gerichtlichen Kontrolle eine „de-legalisation“ korrespondiert. Elaine Fahey, *Hyper-Legislation and De-Legislation in the AFSJ: On Contradictions in EU External Migration Law*, in: Sergio Carrera/Juan Santos Vara/Tineke Strik (Hrsg.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Cheltenham: Edward Elgar 2019, 116–134 (124 ff.).

109 EuGH, Beschluss v. 12.10.2018, verb. Rs. C-208/17 P bis C-210/17 P, ECLI:EU:C:2018:705 – *NF/Europäischer Rat*.

110 EuG, Beschlüsse v. 28.2.2017, Rs. T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128 – *NF/Europäischer Rat*; Rs. T-193/16, ECLI:EU:T:2017:129 – *NG/Europäischer Rat*; Rs. T-257/16, ECLI:EU:T:2017:128, Rn. 50 ff., 71 – *NM/Europäischer Rat*.

111 Thomas Spijkerboer weist zutreffend darauf hin, dass mit der vorliegenden Begründung auch ein Vorgehen gegen den EU-Türkei-Deal im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens ausscheidet: *Bifurcation of Mobility, Bifurcation of Law: Externa-*

die sich durchaus als „step backwards to intergouvernementalism“ im RFSR verstehen lässt.¹¹²

b) Verfassungs- und menschenrechtliche Handlungspflichten der Union an den Außengrenzen

Eine verfassungs- und menschenrechtliche Rekonstruktion dieser Konflikte bietet jedoch die Möglichkeit, die Pflichten der Union und ihrer Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der Außengrenzpolitik zu konkretisieren. Nach Art. 51 Abs. 1 GRC ist die Union nicht nur für das Handeln ihrer Organe und Agenturen, sondern auch dort verantwortlich, wo Unionsrecht mitgliedstaatliches Handeln wesentlich determiniert. Der Unionsgesetzgeber muss also zunächst selbst den Schutz vor Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 4 GRC, Art. 3 EMRK), den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 GRC), das Recht auf Leben (Art. 2 GRC), das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 3 GRC), das Recht auf Asyl (Art. 18 GRC), den Grundsatz der Nichtzurückweisung (Art. 19 Abs. 2 GRC) und den Schutz vor Kollektivausweisungen (Art. 19 Abs. 1 GRC, Art. 4 ZP 4 EMRK) sowie entsprechende Rechtsmittel gewährleisten (Art. 47 GRC). Vor diesem Hintergrund sind die Vorschläge der Kommission zur Absenkung des Schutzstandards besonders kritisch zu bewerten.¹¹³ Auch die Bekämpfung illegaler Einwanderung, wie sie Art. 79 Abs. 1 AEUV einfordert, vermag keine Absenkung des Schutzstandards zu rechtfertigen. Vielmehr können auch Regularisierungen des Aufenthalts ein probates Mittel zur Vermeidung illegaler Einwanderung darstellen, das in besonderen Einzelfällen sogar menschenrechtlich geboten ist.¹¹⁴

Neben der direkten rechtlichen Verantwortlichkeit der Union ist vorgeschlagen worden, Rechenschafts- und Handlungspflichten auch dort anzunehmen, wo der legislative Rahmen „underinclusive“ ist, d.h. durch mehrdeutige oder vage Begriffswahl oder unvollständige Gesetzgebung

lization of Migration Policy before the EU Court of Justice, *Journal of Refugee Studies* 31 (2018), 216–239 (225).

112 *Carrera/den Hertog/Stefan* (Fn. 107), 158.

113 Europäische Kommission, *Asyl und Rückkehr* (Fn. 105).

114 EGMR (Große Kammer), *Jeunesse v. the Netherlands*, App. No. 12738/10, Urteil v. 3.10.2014; EGMR (Große Kammer), *Kurić et al. v. Slovenia*, App. No. 26828/06, Urteil v. 26.6.2012, Rn. 358 f. Zu dieser Rechtsprechungslinie ausführlich *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 197–203.

Spielräume gewährt, die die Mitgliedstaaten systematisch zu menschenrechtswidrigen Maßnahmen nutzen.¹¹⁵ Dies schließt Fälle ein, in denen die EU ihre Kompetenz noch nicht ausgeübt hat, sofern es sich um einen Bereich handelt, in dem die Union – wie im Bereich „Migration und Grenzen“ – bereits gesetzgeberische Gesamtverantwortung übernommen hat. Verfassungsrechtlich lässt sich dies mit Blick auf die Pflicht zur Wahrung der Menschenrechte in Art. 2 EUV begründen, die die Interpretation von Art. 3 Abs. 2 EUV sowie der operativen Bestimmungen in Art. 67 Abs. 1 und Abs. 2, 78 Abs. 1 und 79 Abs. 1 AEUV informieren soll.¹¹⁶ Eine faire Behandlung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 AEUV verlangt daher zumindest die Einhaltung von Menschenrechten. Die EU steht damit selbst unter Zugzwang, wenn sie die menschenrechtswidrige Praxis einiger Mitgliedstaaten durch Untätigkeit billigend in Kauf nimmt.

Folgende konkrete Handlungspflichten ergeben sich hieraus. Zum einen muss die Union dafür Sorge tragen, dass Kooperationen mit Drittstaaten, gleich ob die EU oder die Mitgliedstaaten als Kooperationspartner auftreten, menschenrechtskonform ausgestaltet werden. Die derzeitige Praxis, die solche Kooperation zur bewussten Umgehung menschenrechtlicher Verpflichtungen an den Außengrenzen einsetzt, ist weder verfassungs- noch menschenrechtskonform. Die bislang bestehende Kontrolle der Mitgliedstaaten untereinander im Kontext des Schengen Evaluation Monitoring Mechanism (SEMM) berücksichtigt menschenrechtliche Aspekte nur unzureichend.¹¹⁷ Kooperationen sollten daher künftig stets mit einer Risikoabschätzung verbunden werden, die die Wahrung der Menschenrechte sicherstellt. Vorschläge, wie sich dies institutionell umsetzen ließ, liegen bereits vor.¹¹⁸ Eine verbesserte systematische Berücksichtigung der Menschenrechte würde auch eine aktivere Rolle der Kommission im Sinne ihrer Aufgabe als „Hüterin der Verträge“ einfordern¹¹⁹ sowie eine regelmäßige Einbindung der Europäischen Grundrechteagentur und eine aktive Beteiligung des Par-

115 *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 21.

116 *Ibid.*, 22.

117 *Tineke Strik*, Fundamental Rights as the Cornerstone of Schengen, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 508–534, 515 ff.

118 *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 60; *Strik* (Fn. 117), 516 f. In diese Richtung gehen auch die Forderungen der Europäischen Bürgerbeauftragten: Decision of the European Ombudsman in the Joint inquiry into complaints 506–509–674–927–1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement (18.1.2017), Rn. 25.

119 *Carrera/den Hertog/Stefan* (Fn. 107), 161, 168 f.; *Strik* (Fn. 117), 521 ff.

laments, das bereits jetzt zahlreiche Untersuchungen zu Menschenrechtsfragen in Migrationsfragen vorantreibt.¹²⁰

Aus den Menschenrechten ergibt sich zudem eine Pflicht der Union, effektive und legale Zugangswege zum Asylverfahren in der EU sicherzustellen. Dies kann neben Resettlement-Verfahren und direkten Aufnahmeverfahren die legislative Einführung humanitärer Visa umfassen,¹²¹ wie sie das Europäische Parlament vorgeschlagen hat.¹²² Eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Ausstellung humanitärer Visa zum Schutz vor Verfolgung hatte Generalanwalt Paolo Mengozzi im Lichte der EU-Grundrechtecharta bereits auf der Basis des bestehenden Visakodex¹²³ angenommen, wenn den Antragsteller:innen anderenfalls Verfolgung oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht.¹²⁴ Der EuGH folgte der Auslegung des Generalanwaltes nicht, ohne in der Sache zu entscheiden, weil er aufgrund der spezifischen Konstellation im Ausgangsfall schon den Visakodex für nicht anwendbar hielt.¹²⁵ Er betonte dabei, dass der Unionsgesetzgeber von seiner Kompetenz zur Einführung humanitärer Visa (Art. 79 Abs. 2 lit. a AEUV) bislang keinen Gebrauch gemacht habe.¹²⁶ Man kann dies als Verweis auf demokratische Gestaltungsspielräume sehen. Diese können im Kontext des Unionsverfassungsrechts aber nur so weit reichen, als sie nicht zu einer systematischen Aushebelung des Grund- und Menschenrechtsschutzes führen. Hier zeigt sich, dass der verfassungs- und menschenrechtliche Referenzrahmen in spezifischen Konstellationen vorgibt, dass politisch zu handeln ist, auch wenn die Konkretisierung der menschenrechtlichen Anforderungen der Gesetzgebung überlassen bleibt. Der Versuch, einen menschenrechtlichen Anspruch auf humanitäres Visum zu begründen, blieb vor dem

120 *Strik* (Fn. 117) 517, 530 ff.

121 *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 63.

122 Europäisches Parlament, Entschließung 2018/2271 (INL) vom 11.12.2018 mit Empfehlungen an die Kommission bezüglich humanitärer Visa, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0494_EN.pdf. Europäisches Parlament, 'Humanitarian visas', European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report (Berichterstatte: Juan Fernando López Aguilar), Oktober 2018, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a3b57ef6-d66d-11e8-9424-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

123 Verordnung (EG) Nr. 810/2009 vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex), ABl. 2009 L 243/1.

124 Schlussanträge des GA Mengozzi v. 7.2.2017 in der Rs. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:93, Rn. 163 – *X & X/Belgien*.

125 EuGH, Urteil v. 7.3.2017, Rs. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173 – *X & X/Belgien*.

126 *Ibid.*, Rn. 44.

EGMR allerdings bislang erfolglos, weil der Gerichtshof die Jurisdiktion der Konventionsstaaten bei Antragstellung in einer Botschaft verneinte.¹²⁷ Der EGMR hat jedoch die Notwendigkeit effektiver, legaler Zugangswege wiederholt betont.¹²⁸ Angesichts dessen und des Umstandes, dass der Schutz vor *refoulement* nur bei Zugang zu einem Verfahren effektiv realisiert werden kann,¹²⁹ spricht aus einer unionsverfassungs- und menschenrechtlich informierten Perspektive viel für eine Pflicht des Unionsgesetzgebers, legale Zugangswege zum Asylverfahren in der Union sicherzustellen und bestehende Regelungslücken zu schließen.

3. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und die pluralistische Grundrechtsarchitektur der EU

Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gilt nach dem EuGH zusammen mit dem Grundsatz der wechselseitigen Anerkennung als Grundlage des RFSR,¹³⁰ ja sogar als „raison d'être“ der EU.¹³¹ Er kann inzwischen als ein Verfassungsprinzip der Union verstanden werden¹³² und verlangt von den Mitgliedstaaten, dass sie „abgesehen von außergewöhnlichen Umständen, davon ausgeh[en], dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten“.¹³³ Obgleich der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in den vergangenen Jahren auch im Rahmen des Asylrechts zunehmend an Relevanz gewonnen hat, bleibt sein Hauptanwendungsfeld im RFSR weiterhin der Strafvollzug,

127 EGMR (Große Kammer), *M.N. et al. v. Belgium*, App. No. 3599/18, Urteil v. 21.1.2021, Rn. 118 ff.

128 EGMR (Große Kammer), *N.D. und N.T. v. Spain*, App. No. 8675/15 und 8697/15, Urteil v. 13.2.2020, Rn. 201; EGMR, *Shazad v. Hungary*, App. No. 12625/17, Urteil v. 8.7.2021, Rn. 62; *A.A. et al. v. North Macedonia*, App. No. 55798/16, Urteil v. 5.7.2022, Rn. 112 ff.

129 *Markard* (Fn. 96), 453 ff.

130 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 36 – *LM*; bekräftigt in *HF* (Fn. 73), Rn. 92.

131 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 und 493/10, ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 83 – *N.S.*

132 *Iris Canor*, Suspending Horizontal Solange: A Decentralized Instrument for Protecting Mutual Trust and the European Rule of Law, in: Armin von Bogdandy/Piotr Bogdanowicz/Iris Canor/Christoph Grabenwarter/Maciej Taborowski/Matthias Schmidt (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States: Taking Stock of Europe's Actions*, Berlin: Springer 2021, 183–206, 188.

133 EuGH, *N.S.* (Fn. 131), Rn. 83, unter Verweis auf Urteil v. 10.11.2016, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, Rn. 26 – *Poltorak* (st. Rspr.).

konkret der Europäische Haftbefehl. Im Kontext des Asylrechts steht die Frage im Zentrum, wann supranationale Grund- und Menschenrechte den Mitgliedstaaten gebieten, von der sekundärrechtlichen Pflicht abzusehen, Asylsuchende in den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen.¹³⁴ Im Kontext des Strafvollzugs geht es dagegen um die Frage, wann nationale oder unionale Grundrechte es erlauben, mit Blick auf die Situation im Ziel-Mitgliedstaat, von der eigentlich vorgesehenen Auslieferung einer verdächtigen Person in diesen Mitgliedstaat abzusehen. In beiden Fällen geht es um die erzwungene Mobilität von Individuen im europäischen Mobilitätsraum auf der Basis einer quasi-automatischen Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat¹³⁵ und darum, wer in der quasi-föderalen Ordnung der EU für den Schutz der Grundrechte Einzelner verantwortlich ist.¹³⁶ Diese Fragen werden im Folgenden exemplarisch anhand der Konflikte um den Europäischen Haftbefehl illustriert, da hier die plurale Grundrechtsarchitektur der Union besonders sichtbar wird. Nach einer kurzen Rekonstruktion der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Prinzips des gegenseitigen Vertrauens (a) werden zwei Konfliktkonstellationen näher betrachtet: die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von Ausnahmen im Lichte eines abweichenden nationalen Grundrechtsschutzniveaus (b) und der Zusammenhang zwischen dem gegenseitigen Vertrauen und der Rechtsstaatskrise im Kontext des Strafvollzugs (c). Für beide dogmatischen Konfliktkonstellationen zeigt sich, dass der EuGH die verfassungsrechtlichen Konturen bislang nur wenig geschärft hat.

134 Dazu: *Lisa-Marie Lührs*, Überstellungsschutz und gegenseitiges Vertrauen: Europäischer Grund- und Menschenrechtsschutz im gemeinsamen Europäischen Asylsystem, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

135 *Valsamis Mitsilegas*, The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual, YBEL 31 (2012), 319–372 (322).

136 *Mattias Wendel*, Mutual Trust, Essence and Federalism: Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice, EuConst 15 (2019), 17–47 (22, 36).

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen des gegenseitigen Vertrauens

Grundlage des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten sind die gemeinsamen Werte, auf denen die Union gründet.¹³⁷ Art. 2 S. 2 EUV spricht explizit von Werten, die „allen Mitgliedstaaten [...] gemeinsam sind“ und bezieht sich damit auf das horizontale Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten.¹³⁸ Der Verweis auf Art. 2 EUV in Art. 7 EUV und Art. 49 EUV unterstreicht die zentrale Bedeutung der Achtung dieser Werte und des wechselseitigen Vertrauens in ihre Achtung.¹³⁹ Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens lässt sich als Konkretisierung des in Art. 2 EUV explizit genannten Wertes der Gleichheit verstehen.¹⁴⁰ In der wechselseitigen Anerkennung als Gleiche im Rahmen einer gemeinsamen politischen Ordnung mit geteilter Souveränität liegt zugleich ein Grund für das wechselseitige Vertrauen in die Achtung der gemeinsamen Werte.¹⁴¹ In der Literatur werden weitere Grundlagen für den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Unionsverfassungsrecht diskutiert, darunter besonders prominent der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV.¹⁴² Da Kooperation normativ aber nicht zwingend gegenseitiges Vertrauen voraussetzt,¹⁴³ erscheint die verfassungsrechtliche Anknüpfung an Art. 2 EUV plausibler.

Die grundlegende Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens wird dadurch unterstrichen, dass die Mitgliedstaaten „in allen unter das Unionsrecht

137 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 168 – *EMRK-Beitritt II*; ebenso Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – *Achmea*, Rn. 34; *LM* (Fn. 130), Rn. 35; Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, Rn. 48 – *ML* (st. Rspr.).

138 Lührs, Überstellungsschutz (Fn. 134), 79; ebenso *Wendel* (Fn. 136), 35 ff.

139 *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, Systemic Deficit in the Rule of Law: What is, What Has Been Done, What Can be Done, *CML Rev.* 51 (2014), 59–96 (59 f.).

140 Lührs, Überstellungsschutz (Fn. 134), 80 f.

141 *Ibid.*

142 *Armin von Bogdandy/Luke D. Spieker*, *Reverse Solange 2.0*: Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter, *EuR* 2020, 301–331 (330); *Darmien Gerard*, Mutual Trust as Constitutionalism?, in: Evelien Brower/Damien Gerard (Hrsg.), *Mapping Mutual Trust*, Florenz: EUI Working Paper 2016, 69–79 (76, 79) https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41486/MWP_2016_13.pdf; *Giandomenico Majone*, Mutual Trust, Credible Commitments and the Evolution of Rules for a Single European Market, Florenz: EUI Working Paper RSC 95/1, 1 f., <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/1376>; *Franz Mayer*, Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens: Konzeptualisierung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verfassungsprinzips, *EuR* 2017, 163–185 (179).

143 Lührs, Überstellungsschutz (Fn. 134), 85.

fallenden Bereichen“ dazu verpflichtet sind, diesen Grundsatz zu beachten.¹⁴⁴ Er ist zugleich Voraussetzung für die wechselseitige Anerkennung von Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten.¹⁴⁵ Dies ist insbesondere im Rahmen des RFSR von Bedeutung. Die Funktion der wechselseitigen Anerkennung unterscheidet sich jedoch in den zwei zentralen Bereichen des RFSR – Migrationsrecht und Strafvollzug. Während der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem eine weitreichende sekundärrechtliche Harmonisierung ergänzt, ersetzt er im Bereich der Strafverfolgung legislative Harmonisierungen weitgehend. Harmonisierungen erfolgten bislang nur punktuell im Bereich des Strafverfahrens und der schweren Verbrechen. Die Mitgliedstaaten erkennen jedoch die Urteile und Entscheidungen im Strafvollzug wechselseitig an (Art. 82 Abs. 1 AEUV).¹⁴⁶ Konflikte über gemeinsame politische Regulierungsziele werden so im klassischen Modus der Intergouvernementalität eher vermieden als offen ausgetragen. Normative Argumente hierfür lassen sich im Schutz nationaler Zuständigkeiten nach Art. 72 AEUV und der Achtung der unterschiedlichen Rechtsordnungen und -traditionen in Art. 67 Abs. 1 AEUV finden. Zugleich führt der Wegfall der Grenzkontrollen im europäischen Mobilitätsraum dazu, dass Kooperation notwendig ist, um effektive Strafverfolgung über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg zu gewährleisten. Der zu diesem Zweck eingeführte Europäische Haftbefehl setzt auf das wechselseitige Vertrauen in die Funktionsfähigkeit und Grundrechtskompatibilität der jeweiligen Strafverfolgungs- und Justizsysteme. Konflikte betreffen daher in erster Linie die Frage, unter welchen Bedingungen die unionsrechtlich vorgesehene Kooperation bei der Strafrechtspflege verweigert werden darf.

144 EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 128 – *CETA*.

145 *Agnieszka Frąckowiak-Adamska*, Case Note, CML Rev. 59 (2022), 113–150 (139 ff.).

146 Den Fokus auf Kooperation statt Harmonisierung betont auch *Mitsilegas*, *Limits of Mutual Trust* (Fn. 135), 321. Sara Iglesias Sánchez und Maribel González Pascual betonen jedoch, dass die Notwendigkeit, gegenseitiges Vertrauen zu stärken, inzwischen auch im Bereich des Strafvollzugs zu weiteren legislativen Harmonisierungsschritten führt: *Sara I. Sánchez/Maribel G. Pascual*, Introduction: Fundamental Rights at the Core of the EU AFSJ, in: dies. (Hrsg.), *Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, 1–18 (9).

b) Plurale Grundrechtsarchitektur und gegenseitiges Vertrauen

Konflikte ergeben sich zunächst aufgrund der pluralistischen Grundrechtsarchitektur der EU,¹⁴⁷ die gerade in Auslieferungsfällen zu schwierigen Fragen der Abgrenzung zwischen unionalem und mitgliedstaatlichem Grundrechtsschutz führt. Nach der für die Abgrenzung der verschiedenen Grundrechtsordnungen zentralen Vorschrift des Art. 51 Abs. 1 GRC gelten die Unionsgrundrechte für Unionsorgane sowie für Mitgliedstaaten, allerdings nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“, was für den EuGH mit der Anwendbarkeit des Unionsrechts zusammenfällt.¹⁴⁸ Die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls und die Übergabe der gesuchten Person nach Art. 1 Abs. 1 EU-Rahmenbeschluss 2002/584¹⁴⁹ fällt unproblematisch in den Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta.¹⁵⁰ Konflikte können allerdings entstehen, wenn sich aufgrund nationaler Grundrechte im ausliefernden Mitgliedstaat ein höheres Schutzniveau ergibt als unionsrechtlich geboten und im Ziel-Mitgliedstaat gewährleistet ist. Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit wird dann dogmatisch in einen vertikalen Konflikt zwischen Grundrechtsordnungen transformiert.

Art. 53 GRC sieht im Hinblick auf etwaige Unterschiede im Schutzniveau vor, dass „[k]eine Bestimmung dieser Charta als Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen [ist], die in dem jeweiligen Anwendungsbereich [...] durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.“ Auf den ersten Blick spricht dies für eine Ausnahme von der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls im Einzelfall, wenn sich aus nationalen Grundrechten ein höherer Schutz ergibt. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt eine Ausnahme aufgrund dieser Vorschrift allerdings nur in Betracht, wenn dadurch „weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wurde,

147 Grundlegend zum Grundrechtsföderalismus aus vergleichender Perspektive *Thomas Kleinlein*, Grundrechtsföderalismus, Tübingen: Mohr Siebeck 2020.

148 EuGH, Urteil v. 7.5.2013, Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 21 – *Åkerberg Fransson*. Zur dogmatischen Einordnung dieser Parallelisierung *Michael Dougan*, Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the „Scope of Union Law“, CML Rev. 52 (2015), 1201–1245 (1206).

149 Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI), ABl. 2002 L 190/1.

150 Zu weiteren Konstellationen und Voraussetzungen der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts i.S.v. Art. 51 Abs. 1 GRC nach *Åkerberg Fransson*: *Dougan* (Fn. 148), 1229 ff.

noch der Vorrang die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.“¹⁵¹ Anderenfalls werde die mit dem Rahmenbeschluss beabsichtigte Verbesserung der gegenseitigen Anerkennung und die Effektivität der grenzüberschreitenden Strafverfolgung im RFSR beeinträchtigt.¹⁵² Den EU-Rahmenbeschluss selbst hat der EuGH allerdings bislang nicht auf seine Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten geprüft. Dabei wäre dies eigentlich naheliegend, wenn man bedenkt, dass europäische Grundrechte, auf denen nach der Konzeption des EuGH das wechselseitige Vertrauen gründet, in der Praxis auch konkretisiert und mit Leben gefüllt werden müssen. Zieht der EuGH sie selbst nicht als Maßstab zur Prüfung des Sekundärrechts heran, droht ihre Funktion als normative Grenze für den Unionsgesetzgeber ins Leere zu laufen.¹⁵³ Dabei würde Art. 2 EUV mit seiner menschenrechtlichen Perspektive normative Orientierung für eine Konkretisierung der Unionsgrundrechte im Bereich der Strafverfolgung bieten. Diese Lücke hinsichtlich der kernverfassungsrechtlichen Interpretation des Europäischen Haftbefehlsregime steht in Kontrast zu der verfassungsprinzipiellen Interpretation des Schengener Auslieferungsrechts,¹⁵⁴ mit der der EuGH die Durchsetzung grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Standards innerhalb des Grundrechtsraums stärkt und konkretisiert.

Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Grundrechtsschutz im Kontext des Europäischen Haftbefehlsregimes ist aus einem weiteren Grund unbefriedigend. Angesichts der spezifischen Struktur der Europäischen Gesellschaft als Gesellschaft aus Bürger:innen und der Mitgliedstaaten¹⁵⁵ muss auch das Verfassungsrecht pluralistisch konzipiert werden und setzt eine wechselseitige Anerkennung der bestehenden Grundrechtskulturen der Mitgliedstaaten voraus.¹⁵⁶ Die hierfür notwendige dialogische Selbstverständigung hat der EuGH jedoch bisher kaum vorangetrieben.¹⁵⁷ Zu den diesbezüglichen Lücken gehört, dass der EuGH es versäumt hat, zu konkretisieren, unter welchen Voraussetzungen der Schutz der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 EUV einen abweichenden Grundrechtsschutz rechtfertigen kann. Mitgliedstaatliche Gerichte haben diese Lücke

151 EuGH, *Melloni* (Fn. 6), Rn. 60; ebenso: *Åkerberg Fransson* (Fn. 148), Rn. 29.

152 EuGH, *Melloni* (Fn. 6), Rn. 62.

153 *Aida Torres Pérez*, Melloni in *Three Acts: From Dialogue to Monologue*, EuConst 10 (2014), 308–331 (318).

154 Dazu oben, Text bei Fn. 73 ff.

155 Dazu oben, unter III.3.

156 *Kocharov* (Fn. 18), 32 ff.

157 *Torres Pérez* (Fn. 153), 330.

dankbar genutzt und ihrerseits versucht, nationale Grundrechtsstandards als Ausnahme von der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls über Art. 4 Abs. 2 EUV durchzusetzen.¹⁵⁸ Für die Herausbildung einer europäischen Verfassungsidentität müsste aber gerade die Auseinandersetzung über die Frage, wie der Schutz nationaler Verfassungsidentität in diesem Kontext zu definieren und mit dem Unionsverfassungsrecht zu vereinbaren ist, in einem ebenen-übergreifenden Dialog stattfinden.

Größeres Integrationspotenzial bietet dagegen eine jüngere Rechtsprechungslinie einiger nationaler Verfassungsgerichte, die Unionsgrundrechte künftig selbst anwenden und prüfen wollen, soweit Unionsrecht anwendbar ist.¹⁵⁹ Auf diese Weise bringen sich die nationalen Verfassungsgerichte aktiv in den Selbstverständigungsdiskurs über das Unionsverfassungsrecht ein und zwar sowohl was Fragen der Grundrechtskonkretisierung als auch was Abgrenzungsfragen betrifft.¹⁶⁰ Der EuGH ist dabei nicht nur Dialogpartner, sondern zugleich auch Moderator des Dialogs.¹⁶¹ Er bleibt bei Auslegungszweifeln weiterhin die letztentscheidende Instanz, kann aber aus einem breiteren und durch die jeweiligen nationalen Perspektiven gefilterten Deutungsangebot schöpfen und so zu einem pluralistisch geprägten europäischen Verfassungsdiskurs beitragen. Eine stärkere Multiperspektivität ließe sich auch erreichen, wenn die Verfahren vor dem EuGH selbst inklusiver gestaltet und eine breitere Verfahrensbeteiligung der nationalen Gerichte, Parlamente und zivilgesellschaftlicher Akteur:innen ermöglichen würden.¹⁶²

158 BVerfGE 140, 317 (insb. 337 ff.) – *Identitätskontrolle*; in der Sache ähnlich, aber außerhalb des Systems des Europäischen Haftbefehls und aufgrund des Vorlagebeschlusses dezidiert auf Dialog angelegt: Corte Costituzionale, Beschluss vom 23.11.2016, Nr. 24/2017, und Urteil vom 10.4.2018, Nr. 115/2018. Dazu und zur entsprechenden EuGH-Rechtsprechung *Giovanni Piccirilli*, *The 'Taricco Saga': The Italian Constitutional Court Continues Its European Journey*, *EuConst* 14 (2018), 814–833.

159 BVerfGE 152, 152 (179 ff.) – *Recht auf Vergessen I*; 152, 216 (233 ff.) – *Recht auf Vergessen II*; VfGH, Erkenntnis v. 14.3.2012, U466/11 u.a.; Conseil Constitutionnel, Urteil v. 26.7.2018, Nr. 2018–768 DC, Rn. 10, 12, 38; Corte Costituzionale, Entscheidung v. 7.11.2017, Nr. 267/2017, Rn. 5.2.

160 Für die Konsequenzen im deutschen Strafprozessrecht, das nunmehr in weiten Teilen unionsrechtlich überlagert ist, siehe *Christoph Safferling/Christian Rückert*, Europäische Grund- und Menschenrechte im Strafverfahren: Ein Paradigmenwechsel, *NJW* 2021, 287–292 (290 ff.).

161 *Kleinlein* (Fn. 147), 469 f. (zum Modell der „moderierten Redundanz“).

162 Dazu *Christoph Krenn*, *The Procedural and Organizational Law of the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 116 ff.

Zu einer Selbstverständigung unter Einschluss pluraler Interessen trägt schließlich die parlamentarisch-legislative Auseinandersetzung über die Ausgestaltung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit im europäischen Mobilitätsraum bei. Insofern ist es erfreulich, dass der Unionsgesetzgeber inzwischen im Bereich der Verfahrensrechte mit zahlreichen Akten der Mindestharmonisierung aktiv geworden ist,¹⁶³ auch wenn die vielfach getroffenen Kompromisse die verfassungsrechtliche Debatte über höhere nationale Schutzstandards nicht beenden werden.¹⁶⁴

c) Gegenseitiges Vertrauen und Rechtsstaatskrise

Da der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens sich auf die Achtung der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV bezieht, entstehen Probleme auch dort, wo diese Achtung in einzelnen Mitgliedstaaten in Frage steht. Diese Konstellation betrifft insbesondere die aktuellen Rechtsstaatlichkeitsprobleme in Polen und Ungarn. Konkret geht es darum, inwieweit der Umbau des Justizsystems in einem Mitgliedstaat dazu führt, dass dort die Unabhängigkeit der Justiz – und damit ein wesentlicher Baustein der Rechtsstaatlichkeit – nicht mehr gewährleistet ist. Der EuGH hat inzwischen verschiedene Maßnahmen zur Ernennung und Kontrolle der Richterschaft für unvereinbar mit Art. 2 und 19 EUV, Art. 47 GRC und Art. 6 EMRK erklärt,¹⁶⁵ ohne dass sich in der Praxis bislang Wesentliches geändert hätte.

Der EuGH hatte zuletzt mehrfach zu entscheiden, ob und inwieweit die grundrechtlich und rechtsstaatlich problematischen Umbaumaßnahmen eine Aussetzung der Auslieferungen nach Polen im Rahmen des Europä-

163 Die entsprechenden Richtlinien betreffen u.a. den Zugang zu anwaltlicher Vertretung (RL 2013/48/EU), Prozesskostenhilfe (RL 2016/1919/EU) und Kinderrechte (RL 2016/800/EU). Zu dieser Entwicklung insgesamt: *Valsamis Mitsilegas*, *Mutual Recognition and Fundamental Rights*, in: Sara Iglesias Sánchez/Maribel González Pascual (Hrsg.), *Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, 253–271.

164 So auch *Mitsilegas*, *Mutual Recognition* (Fn. 163), 268.

165 EuGH, Urteil v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 47, 96 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2020:277, Rn. 50 ff., 61, 110 ff., 157, 176, 213 – *Kommission/Polen*. Mit etwas zurückhaltenderer Schlussfolgerung Beschluss v. 6.2.2020, verb. Rs. C-585, 624 & 625/18, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 117 f., 120, 126 ff., 167 – *A.K. et al.*; dazu *Michał Krajewski/Michał Ziółkowski*, *EU Judicial Independence Decentralized*, *CML Rev.* 57 (2020), 1107–1138.

ischen Haftbefehls rechtfertigen.¹⁶⁶ Dabei hat er zunächst das Grundrecht auf faires Verfahren aus Art. 47 Abs. 2 GRC konkretisiert und festgestellt, dass zum Wesensgehalt dieses Rechts ein unabhängiges Gericht gehört.¹⁶⁷ Das Recht auf faires Verfahren konkretisiert aus Sicht des EuGH auch grundlegende Werte des Art. 2 EUV.¹⁶⁸ Damit unterstreicht der EuGH die verfassungsrechtliche Bedeutung und Justiziabilität von Art. 2 EUV,¹⁶⁹ die er zuvor bereits in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* entwickelt hatte.¹⁷⁰ Die Werte des Art. 2 EUV können nun, vermittelt über den Wesensgehalt der Unionsgrundrechte, eingeklagt werden.¹⁷¹ Dieser genuin verfassungsrechtliche Beitrag geht jedoch angesichts der hohen Anforderungen an eine Aussetzung des Europäischen Haftbefehls fast unter.

In einem zweistufigen Test muss das ausliefernde Gericht zunächst prüfen, ob eine echte Gefahr besteht, dass das Grundrecht auf faires Verfahren dadurch in seinem Wesensgehalt verletzt wird, dass „die Justiz dieses Mitgliedstaates systemische oder allgemeine Mängel aufweist“. ¹⁷² Die Anforderung, dass eine Ausnahme vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nur bei „systemischen Mängeln“ zulässig ist, lässt sich als föderale Absicherung in einer pluralistischen Grundrechtsordnung verstehen.¹⁷³ Es geht also nicht um blindes Vertrauen,¹⁷⁴ sondern um „verdientes Vertrauen“. ¹⁷⁵ Eine solche Feststellung allein rechtfertigt aus Sicht des EuGH allerdings kein allgemeines Aussetzen des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls. Vielmehr ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, „ob es unter den gebe-

166 EuGH, *LM* (Fn. 130); Urteil v. 17.12.2020, verb. Rs. C-354/20 PPU und C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 – *L. und P.*

167 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 48, 59, 63; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 39.

168 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 48; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 39.

169 *Wendel* (Fn. 136), 27.

170 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 ff – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

171 *Wendel* (Fn. 136), 28. Für eine frühere wissenschaftliche Konzeption der Verknüpfung von Werten und Wesensgehalten, die dogmatisch allerdings an Art. 20 AEUV anknüpft, *Armin von Bogdandy/Carlino Antpöhler/Johanna Dickschen/Simon Hentrei/Maja Smrkolj/Mathias Kottmann*, Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev. 49 (2012), 489–519 (491, 508 ff.).

172 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 68; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 54.

173 *Wendel* (Fn. 136), 39.

174 Dazu *Koen Lenaerts*, La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust, CML Rev. 54 (2017), 805–840 (837).

175 *Mitsilegas*, Mutual Recognition (Fn. 163), 270. Zum Ende des Automatismus in Überstellungsentscheidungen *Mitsilegas*, Limits of Mutual Trust (Fn. 135), 355 ff.

nen Umständen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die gesuchte Person [...] einer solchen Gefahr ausgesetzt sein wird“.¹⁷⁶ Nur wenn beide Voraussetzungen gegeben sind, darf die Auslieferung im Einzelfall aufgrund „außergewöhnlicher Umstände“ verweigert werden.¹⁷⁷ Ein allgemeines Aussetzen des Mechanismus hält der Gerichtshof dagegen nur dann für zulässig, wenn der Europäische Rat nach Art. 7 Abs. 2 EUV „eine schwere und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV enthaltenen Grundsätze durch einen Mitgliedstaat“ festgestellt hat.¹⁷⁸

Durch den zweistufigen Test wird der Rechtsschutz der Einzelnen im RFSR verkürzt. Die Notwendigkeit einer individuellen Prüfung erscheint wenig angemessen, wenn systemische Mängel nicht den Schutz einzelner Grundrechte betreffen, sondern sich auf die Organisation des Rechtsschutzes und der Rechtsstaatlichkeit insgesamt beziehen.¹⁷⁹ Das Abstellen auf die konkrete Gefährdungssituation im Einzelfall verschiebt die Beweislast zudem erheblich zu Lasten der:des Einzelnen,¹⁸⁰ der:die konkrete Anhaltspunkte vorbringen muss, die belegen, dass sich eine allgemeine Rechtsstaatskrise „konkret auf die Behandlung [der] Strafsache“ auswirken kann.¹⁸¹ Dies steht in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des EGMR,¹⁸² für den eine rechtsstaatswidrige Besetzung des Gerichts allein eine Grundrechtsverletzung darstellt, ohne dass es darauf ankommt, ob die Unabhängigkeit im konkreten Fall gewahrt wurde.¹⁸³ Wie sich dieser menschenrechtliche Standard mit dem Schutz des gegenseitigen Vertrauens im Unionsverfassungsrecht vereinbaren lässt, wird vom EuGH nicht thematisiert.

Die verfassungsrechtlichen Konturen bleiben auch in Bezug auf die institutionelle Seite der Konfliktbearbeitung blass. Der EuGH geht davon aus,

176 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 68; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 55.

177 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 70.

178 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 70, 73; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 57.

179 *Canor* (Fn. 132), 201.

180 *Frąckowiak-Adamska* (Fn. 145), 136; ebenso *Canor* (Fn. 132), 201.

181 EuGH, Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-562/21, ECLI:EU:C:2022:100, Rn. 83 – *X und Y*.

182 Dazu *Robert R. Spano*, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, *ELJ* 2021, 1–17 (14).

183 EGMR (Große Kammer), *Guðmundur Andri Astráðsson v. Iceland*, App. No. 26374/18, Urteil v. 1.12.2020, Rn. 231. Anders EuGH, *X und Y* (Fn. 181), Rn. 56.

dass nicht nur das ausliefernde Gericht,¹⁸⁴ sondern auch er selbst keine Kompetenz hat, eine schwere und anhaltende Verletzung der Grundsätze in Art. 2 EUV im Sinne des Art. 7 EUV im Kontext des Europäischen Haftbefehls festzustellen. Damit ignoriert er die verfassungsrechtliche Funktion des Gerichtshofs, die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ zu sichern (Art. 19 Abs. 1 EUV).¹⁸⁵ Stattdessen wird die Bearbeitung von Konflikten über das Rechtsstaatsprinzip im Rahmen des Europäischen Haftbefehls dem politischen Einstimmigkeitsprinzip unterworfen und damit entjudiziert. Da es aber gerade um eine verfassungsrechtliche Bewertung im Hinblick auf die Voraussetzungen von Rechtsstaatlichkeit geht, überzeugt dies nicht wirklich. Aus diesem Grund ist auch der Verweis auf den Wortlaut des Art. 7 EUV im Lichte von Art. 19 Abs. 1 EUV wenig überzeugend. Der EuGH hätte zumindest das Verhältnis zwischen dem politischen Verfahren des Art. 7 und seiner eigenen Rechtswahrungsfunktion klären müssen. Die gerichtliche Konkretisierung des Art. 2 ist dogmatisch durchaus herausfordernd und kann Probleme sowohl im Hinblick auf die Komplexität von Verfassungsentwicklung als auch im Hinblick auf die Gleichheit der Mitgliedstaaten aufwerfen.¹⁸⁶ Diese Herausforderungen vermögen aber eine Verweigerung der verfassungsrechtlichen Konkretisierung durch den EuGH kaum zu rechtfertigen. Auf institutioneller Ebene weigert sich der EuGH, hier als Forum für zentrale verfassungsrechtliche Konflikte zu fungieren.

Im Lichte von Art. 2 EUV und der zentralen Kompetenz des EuGH zur Wahrung des Rechts sprechen jedoch zahlreiche Gründe dafür, dass der EuGH die Werte des Unionsverfassungsrechts gerade dann operationalisieren muss, wenn Kommission und Rat ihrer Aufgabe bei Schutz der Rechtsstaatlichkeit im Rahmen von Art. 7 EUV nicht hinreichend nachkommen. Die fundamentale Bedeutung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit, der Voraussetzung für die Existenz gegenseitigen Vertrauens ist, und die sensible Position des:der Einzelnen im Strafvollzug stellen weitere Argumente für eine gerichtliche Konfliktbearbeitung dar. Eine Konkretisierung der Werte des Art. 2 EUV durch den EuGH würde verfassungsrechtliche

184 Dafür, dass mitgliedstaatliche Gerichte nicht wechselseitig schwere und anhaltende systemische Defizite verbindlich feststellen können sollten, spricht insbesondere der Grundsatz der Gleichheit der Mitgliedstaaten, *Canor* (Fn. 132), 197 f.

185 So auch *Frąckowiak-Adamska* (Fn. 145), 128.

186 Dazu *Julian Scholtes*, *Constitutionalising the End of History? Pitfalls of a Non-regression Principle for Article 2 TEU*, *EuConst* 19 (2023) 59, 68 ff., 76 ff.

Konturen der Rechtsstaatlichkeit innerhalb der europäischen Gesellschaft stärken. Sie könnte zwar von den betroffenen Mitgliedstaaten bestritten und erneut politisiert werden. Ein konfliktaffines Verfassungsverständnis sollte die Möglichkeit eines kriteriengeleiteten, demokratischen Bestreitens autoritativer Grundrechtsinterpretationen einbeziehen,¹⁸⁷ da dies die gesellschaftlichen Selbstverständigungsprozesse letztlich stärkt. Dies wäre nicht zuletzt vor dem Hintergrund wünschenswert, dass gegenseitiges Vertrauen kein statisches Element und keine normative Fiktion ist, sondern in der kommunikativen Interaktion über gemeinsame verfassungsrechtliche Wertentscheidungen erarbeitet und immer wieder bestätigt werden muss.

4. Solidarität im europäischen Mobilitätsraum

Der Grundsatz der Solidarität in Art. 2 S. 2 EUV ist nicht nur das aspirative Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft, sondern stellt zugleich ein Rechtsprinzip dar, das in den operativen Vorschriften des RFSR in Bezug genommen wird. Art. 67 Abs. 2 und Art. 80 AEUV machen Solidarität explizit zur Grundlage der Politikgestaltung im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS).¹⁸⁸ Art. 80 AEUV konkretisiert Solidarität als „die gerechte Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten, einschließlich in finanzieller Hinsicht.“ Solidarität im europäischen Mobilitätsraum umfasst damit schon auf primärrechtlicher Ebene eine materielle Dimension, die sich zu einer Handlungspflicht des Unionsgesetzgebers verdichten kann.¹⁸⁹ Art. 80 S. 2 AEUV ist jedoch auf die zwischenstaatliche Solidarität beschränkt, anders als Art. 2 S. 2 EUV, der die Solidarität in der europäischen Gesellschaft insgesamt anspricht.

Rechtliche Konflikte über Solidarität im RFSR haben sich in der vergangenen Dekade vor allem aufgrund der strukturell asymmetrischen Verteilung der Verantwortung für die Durchführung von Asylverfahren nach der Dublin III-Verordnung ergeben, die die Staaten an den südlichen und östlichen Außengrenzen der Union überproportional belastet.¹⁹⁰ Der zentrale rechtliche Konflikt betraf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedstaaten sich den Verpflichtungen aus gemeinsamen Systemen

187 In diesem Sinne auch das Modell der „moderierten Redundanz“ bei Kleinlein (Fn. 147), 463 ff.

188 Dazu Bast, Solidarität (Fn. 72).

189 Ibid., 146 ff.

190 Ibid., 149.

der Verantwortungsteilung im GEAS entziehen dürfen. Der EuGH hat diese Frage zunächst dahingehend beantwortet, dass die in der Dublin III-Verordnung festgelegten Kriterien selbst im Falle einer massenhaften Fluchtmigration greifen.¹⁹¹ „[M]it dem Geist der Solidarität“ sei es nämlich nicht vereinbar, wenn die Mitgliedstaaten an den Außengrenzen sich ihrer Verantwortlichkeit dadurch entledigen könnten, dass sie die Asylsuchenden lediglich „durchwinken“, ohne ein Asylverfahren durchzuführen.¹⁹² Andererseits können nicht zuständige Mitgliedstaaten „im Geiste der Solidarität“ ihr Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Dublin III-Verordnung ausüben, um mehr Flüchtlinge aufzunehmen als rechtlich gefordert.¹⁹³ Dies stellt klar, dass die umstrittene Praxis der deutschen Bundesregierung in Reaktion auf die Flüchtlingsschutzkrise, auch Schutzsuchende aufzunehmen, für die Deutschland nach Dublin-Kriterien nicht zuständig war, rechtmäßig war. Anders als die Generalanwältin¹⁹⁴ sieht der EuGH jedoch keinen Grund, die sekundärrechtlich festgelegten Kriterien in Frage zu stellen, und hat auch das Strukturproblem der asymmetrischen Verantwortungsteilung nicht thematisiert. Insbesondere hat der Gerichtshof den Grundsatz der Solidarität bislang nicht zum Maßstab für die sekundärrechtliche Ausgestaltung der Verantwortungsteilung gemacht und die sich hieraus ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht konkretisiert.¹⁹⁵

Die Frage, wann unilaterale Ausnahmen von kollektiven Mechanismen der Verantwortungsteilung zulässig sind, wurde im Kontext der sog. Quoten-Regelung¹⁹⁶ erneut relevant. Mit dieser Regelung hatte der Rat 2015 versucht, zur Entlastung der dortigen Asylbehörden 40.000 Schutzberech-

191 EuGH, Urteil v. 26.7.2017, Rs. C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586, Rn. 83, 89 – *Jafari*, und Urteil v. 26.7.2017, Rs. C-490/16, ECLI:EU:C:2017:585, Rn. 39, 42 – *A.S.*. Dazu *Anuscheh Farahat/Nora Markard*, Recht an der Grenze: Flüchtlingssteuerung und Schutzkooperation in Europa, JZ 72 (2017), 1088–1097.

192 EuGH, *Jafari* (Fn. 191), Rn. 83 ff.

193 *Ibid.*, Rn. 100. Zur Einordnung dieser Aussage in die damalige Debattenlage *Farahat/Markard* (Fn. 191), 1091.

194 So der Vorschlag von GA Sharpston, Schlussanträge v. 6.7.2017, Rs. C-646/16 und C-490/16, *Jafari* und *A.S.*, ECLI:EU:C:2017:443, Nr. 158.

195 Eine solche Konkretisierung ist mit Blick auf das GEAS diskutiert worden: *Esin Küçük*, The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility, ELJ 22 (2016), 448–469 (454 ff.), die aber einer gerichtlichen Konkretisierung skeptisch gegenübersteht (S. 456); *Violeta Moreno-Lax*, Solidarity's Reach, MJ 24 (2017), 740–762 (751 ff.), die eine Konkretisierung durch den EuGH einmahnt.

196 Beschluss (EU) 2015/1601 vom 22. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. 2015 L 248/80.

tigte von Griechenland und Italien auf andere Mitgliedstaaten umzuverteilen. Aus Sicht des EuGH war diese Regelung Ausdruck einer solidarischen Verantwortungsteilung in einer außergewöhnlichen Notlage nach Art. 78 Abs. 3 AEUV, an der sich grundsätzlich alle Mitgliedstaaten „im Einklang mit der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeit unter den Mitgliedstaaten“ beteiligen müssen.¹⁹⁷ Einseitige Abweichungen von einem solchen kollektiven Verteilungsmechanismus sind grundsätzlich nicht zulässig, insbesondere können das vermeintliche Nichtfunktionieren des Mechanismus und die Berufung auf die innere Sicherheit keine nationalen Alleingänge rechtfertigen.¹⁹⁸ Auch die von Polen vorgetragene Argumentation, eine Aufnahme von Flüchtlingen sei in einem „ethnisch nahezu homogenen“ Land nicht zumutbar, wies der EuGH deutlich und unter Verweis auf Art. 21 GRC zurück.¹⁹⁹ Während einseitige Abweichungen damit im Lichte des Solidaritätsgrundsatzes problematisch erscheinen, hat der EuGH umgekehrt aus diesem Grundsatz i.V.m. Art. 78 Abs. 3 AEUV eine Handlungspflicht des Rates abgeleitet, solidarische Verteilungsmechanismen für Notlagen des „plötzlichen Zustroms“ von Schutzsuchenden einzuführen.²⁰⁰

Der Grundsatz der Solidarität hat damit durchaus praktische Relevanz für die Ausgestaltung des GEAS, selbst wenn die Argumentation des EuGH die verfassungsrechtliche Dimension in weiten Teilen kaum in den Blick nimmt.²⁰¹ Jenseits der Feststellung einer Handlungspflicht und der Beteiligungspflicht aller Mitgliedstaaten, hat der Gerichtshof bislang kaum konkretisiert, welche Grenzen oder Vorgaben aus dem Solidaritätsgrundsatz für den Unionsgesetzgeber folgen. Dies steht in bemerkenswertem Kontrast zu den Ausführungen der Generalanwält:innen, die in den einschlägigen Verfahren ausführlich auf den Grundsatz der Solidarität einge-

197 EuGH, Urteil v. 6.9.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 291 – *Slowakei u. Ungarn/Rat*; Urteil v. 2.4.2020, verb. Rs. C-715/17, 718/17 und 719/17, ECLI:EU:C:2020:257, Rn. 88, 181 – *Kommission/Polen, Ungarn u. Tschechien*.

198 EuGH, *Kommission/Polen, Ungarn u. Tschechien* (Fn. 197), Rn. 180.

199 Ibid., Rn. 302 ff.

200 Ibid., Rn. 252.

201 Dies konstatiert auch *Daniel Thym*, Die Rolle des EuGH in der Migrationspolitik: Zwischen „Verwaltungsethos“ und „Verfassungsimagination“, *EuR* 2018, 672–694 (689 f.), der jedoch einer Konkretisierung im Lichte von Verfassungswerten eher skeptisch gegenübersteht (S. 693).

gangen waren²⁰² und Art. 2 EUV in Bezug genommen haben, um eine kollektive Lastenteilung zu begründen.²⁰³ Zum europäischen Projekt gehört es danach gerade, „gemeinschaftlich Verantwortung zu übernehmen und (ja) gemeinsame Belastungen zur Förderung des Gemeinwohls mitzutragen.“²⁰⁴ In dieser Formulierung schwingt eine gehaltvollere Konzeption des Solidaritätsgrundsatzes mit als beim EuGH, der letztlich nur Fragen der Notfall-Solidarität (*emergency solidarity*) thematisiert, während er die sekundärrechtlich produzierte, strukturelle Asymmetrie zwischen den Mitgliedstaaten im Dublin-System hinnimmt.²⁰⁵ Das überschießende Potenzial des Art. 2 S. 2 EUV im Hinblick auf die Solidarität nicht nur unter den Mitgliedstaaten, sondern unter allen (Wohn-)bürger:innen der Union hat der EuGH bislang nicht genutzt.²⁰⁶ Gerade das Argument, Solidarität mit Schutzberechtigten sei in einer „ethnisch homogenen Gesellschaft“ nicht möglich, hätte Gelegenheit geboten, Solidarität im GEAS mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Toleranz als Merkmale der europäischen Gesellschaft in Art. 2 S. 2 EUV zu verbinden.²⁰⁷ Insgesamt bleibt die Position der Einzelnen als Herrschaftsunterworfenen im Dublin-System bislang verfassungsrechtlich unterbelichtet.²⁰⁸ Dabei könnte die Ausweitung der Freizügigkeit im europäischen Mobilitätsraum auf Schutzberechtigte²⁰⁹ nicht nur die Solidaritätskonflikte im GEAS abmildern, sondern auch zu einer stärkeren verfassungsrechtlichen Position des:der Einzelnen beitragen.

202 GA Bot, Schlussanträge v. 26.7.2017, Rs. C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:618, Nr. 17, 23, 254 – *Slovakei u. Ungarn/Rat*; GA Sharpston, Schlussanträge v. 31.10.2019, Rs. C-715/17, 718/17 und 719/17, ECLI:EU:C:2019:917, Nr. 246–255 – *Kommission/Polen, Ungarn u. Tschechien*.

203 GA Sharpston, *ibid.*, Nr. 251.

204 *Ibid.*, Nr. 253.

205 *Evangelia (L.) Tsourdi*, Case Note, CML Rev. 58 (2021), 1819–1844 (1835); zur Dominanz der Notfall-Solidarität im GEAS auch *dies.*, *Solidarity at Work? The Prevalence of Emergency-driven Solidarity in the Administrative Governance of the Common European Asylum System*, MJ 24 (2017), 667–686 (673 ff.).

206 Dazu oben, III.3.

207 In diese Richtung auch *Henri Labaye*, *Solidarity is Not a Value: Provisional Relocation of Asylum-seekers Confirmed by the Court of Justice*, EU Immigration and Asylum Blog, 11.9.2017.

208 Kritisch dazu *Labaye* (Fn. 207). Anders im Urteil A.S. (Fn. 191), in dem der EuGH die subjektive Schutzwirkung der Verteilungskriterien im Dublin-System betont hatte, Rn. 24 ff., 35, unter Verweis auf Urteil v. 7.6.2016, Rs. C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409, Rn. 61 – *Ghezelbash*.

209 Dazu allgemein oben, IV.1., und speziell im Kontext des GEAS *Bast*, *Solidarität* (Fn. 72), 155 f.

Die verfassungsrechtliche Dimension des schillernden Grundsatzes der Solidarität bleibt insgesamt blass. Seine Konkretisierung überlässt der EuGH im Wesentlichen dem Unionsgesetzgeber. Man mag dies als strategische Entscheidung erklären, den Widerstand innerhalb der Mitgliedstaaten gegen das Integrationsprojekt nicht zu verstärken.²¹⁰ Richtig ist auch, dass gesellschaftliche Selbstverständigung durch Verfassungsrecht stets ein kommunikativer Prozess ist, an dem neben Gerichten Gesetzgeber und eine Vielzahl weiterer Akteur:innen beteiligt sein müssen. Ohne ein gerichtliches Deutungsangebot verfassungsrechtlicher Grundsätze kann allerdings kaum ein verfassungsrechtlicher Imaginationsraum entstehen, innerhalb dessen unterschiedliche Deutungen und Konkretisierungen von Solidarität konzeptionell verhandelt werden können. Solidarität bleibt dann entweder ein bloß abstrakter, wenig greifbarer Begriff, der kaum Identifikation zu stiften vermag, oder wird mit den jeweils konkret gefundenen politischen Kompromissen gleichgesetzt, ohne einen Maßstab für die Beurteilung gesetzgeberischen Handelns zu bieten. Dies wäre aber gerade im Lichte der umstrittenen Reformpläne des Dublin-Systems hilfreich, die an den strukturellen Solidaritätsdefiziten wenig ändern und die Interessen der Asylbewerber:innen kaum reflektieren.²¹¹ Ein gehaltvolles verfassungsrechtliches Konzept von Solidarität könnte hier als Leitlinie fungieren. Im Lichte der zentralen Bedeutung von Solidarität für die europäische Gesellschaft (Art. 2 S. 2 EUV) böte sich ein Begriff transnationaler Solidarität an, der darauf zielt, die Kosten und Gewinne der Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen, wie der Herstellung eines europäischen Mobilitätsraums, fair zu verteilen.²¹² Mit einer optimistischen Grundhaltung lassen sich die Ausführungen in den Schlussanträgen und die vorsichtigeren Inbezugnahmen von Solidarität durch den EuGH zumindest als erster Schritt zu einem kommunikativen Prozess der Selbstreflexion in diese Richtung verstehen.

210 So der Versuch bei *Thym* (Fn. 201), 692.

211 Zu den Problemen auch *Tsouri* (Fn. 205), 1838. Zum generellen Problem der Verteilung von Asylbewerber:innen *Francesco Maiani*, The Reform of the Dublin System and the Dystopia of „Sharing People“, MJ 24 (2017), 622–645.

212 Siehe dazu das Solidaritätsverständnis bei *Andrea Sangiovanni*, Solidarity in the European Union, Oxford J. Legal Stud. 33 (2013), 213–241 (217).

V. Der europäische Mobilitäts- und Grundrechtsraum als Ort der Verfassungsintegration? – Bestandsaufnahme und Perspektiven

Der RFSR transformiert die alte Idee der „Integration durch Recht“ fundamental. Statt Integration durch Konfliktvermeidung erfolgt hier tatsächlich Integration durch Politikermöglichkeit,²¹³ die aber durch das Unionsverfassungsrecht ausgerichtet und begrenzt wird. Wesentlich zu diesem Wandel beigetragen hat die Einführung der Mehrheitsentscheidung in weiten Teilen des RFSR, der Wegfall der Binnengrenzen und die offene Ausformulierung des Gemeinwohlbelangs eines nach innen offenen und nach außen geschlossenen europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums in Art. 3 Abs. 2 EUV. Es ist aber derzeit eine offene Frage, ob das Unionsverfassungsrecht bei der Ausgestaltung dieses Gemeinwohlbelangs zum zentralen Referenzrahmen wird, der Imaginationsräume und Identifikationspotentiale für eine weitere Integration der europäischen Gesellschaft und ihrer politischen Ordnung schafft.

Die vorangegangenen Abschnitte haben verdeutlicht, dass die zentralen Konflikte über die Realisierung eines europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums zahlreiche Anknüpfungspunkte für verfassungsrechtliche Aktualisierungen und Auseinandersetzungen bieten. Eine Berücksichtigung und Konkretisierung der menschenrechtlichen Argumente, die sich aus Art. 2 EUV entwickeln lassen, findet allerdings bislang zu wenig statt, so dass die volle verfassungsrechtliche Dimension vieler Konflikte nicht ausbuchstabiert und damit nicht sichtbar wird. In Bezug auf die innereuropäische Mobilität zeigen sich allerdings in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zumindest erste Ansätze, Mobilität im europäischen Mobilitätsraum implizit freizügigkeitsrechtlich zu konzipieren. Dies hat potenziell weitreichende Konsequenzen auch für das Verhältnis zwischen Unionsbürger:innen und Drittstaatsangehörigen und damit für die Ein- und Ausschlüsse in und aus der europäischen Gesellschaft. Hinsichtlich der Schließung des europäischen Mobilitätsraums nach außen zeigt sich dagegen, dass die Rechtsprechung des EuGH bislang materiell unterinklusiv ist, weil menschenrechtlich informierte Argumente bislang nicht hinreichend berücksichtigt werden. Der EuGH ist auch prozedural unterinklusiv, weil er die Zuständigkeit für die Kontrolle informeller Abkommen mit Drittstaaten verneint. Für das Potential des Unionverfassungsrechts, zum kommunika-

213 Dazu oben, I.2.

tiven Referenzpunkt für rechtliche und politische Selbstverständigungsdisurse zu werden, sind dies keine günstigen Voraussetzungen.

Die zunehmend autoritären Politikstrukturen in einigen Mitgliedstaaten stellen eine weitere Herausforderung für die Realisierung des europäischen Grundrechtsraums dar. Es zeigt sich, dass die Herausbildung eines geteilten normativen Referenzrahmens eine fundamentale Transformation der Gemeinwohldefinition in den Mitgliedstaaten voraussetzt, die nun ganz darauf gerichtet sein muss, europäische Politik im Sinne des Fortbestands der Union zu ermöglichen und daher politische Niederlagen als zeitlich und sachlich begrenztes Phänomen zu akzeptieren.²¹⁴ Dies wird besonders deutlich in Bezug auf die Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der Solidarität. Beide erfordern iterative Prozesse des wechselseitigen Austausches, der Kooperation und der Verständigung, um in der Praxis zu belastbaren Konkretisierungen zu führen. Eine verfassungsrechtliche Durchdringung eines solchen Prozesses der Selbstverständigung kann dazu beitragen, diese abstrakten Prinzipien überhaupt zum Referenzpunkt politischer Auseinandersetzung zu machen und eröffnet idealerweise neue Imaginationsräume über den politischen status quo hinaus.

Eine verfassungsrechtliche Selbstverständigung, die diese Kriterien erfüllen würde, zeichnet sich sowohl hinsichtlich des gegenseitigen Vertrauens als auch hinsichtlich der Solidarität bisher nur in Ansätzen ab. Problematisch erscheint insbesondere, dass der EuGH bislang nicht geklärt hat, wann die kritische Schwelle materiell überschritten ist, um den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens aufzuheben. Auch hat er es bislang versäumt, Solidarität als verfassungsrechtlichen Maßstab zur Beurteilung gesetzgeberischer Maßnahmen der EU auszubuchstabieren, sodass er strukturelle Solidaritätsmängel im Sekundärrecht kaum feststellen kann.

Man kann diese Zurückhaltung des EuGH im Lichte des hier vertretenen verfassungstheoretischen Verständnisses als bewusste Strategie der Offenhaltung verfassungsrechtlicher Konzepte für die politische Kompromissbildung interpretieren. Materielle Offenheit allein kann jedoch Integration durch Verfassungsrecht nicht realisieren. Der Ausfall gerichtlicher Konkretisierungsleistung ist vielmehr regelmäßig mit materieller und prozeduraler Unterinklusivität verbunden, sodass verfassungsrechtliche Dimensionen der zugrundeliegenden Konflikte zumindest teilweise unsichtbar bleiben. Dadurch bleibt das unionale Kernverfassungsrecht letztlich eine Schattennorm, die zu wenig Sichtbarkeit und diskursive Relevanz erlangt,

214 Kocharov (Fn. 18), 107, 111.

um zum (umstrittenen) Orientierungspunkt für politisches Handeln zu werden. Das erschwert auch Grenzziehungen durch den EuGH, die die praktische Relevanz und Konsequenz des Verfassungsrechts in der europäischen Gesellschaft sichtbar dokumentieren. Solche Grenzziehungen sind aber notwendig, um überhaupt erst Räume zu erschließen, in denen eine Auseinandersetzung über den Wert- und Prinzipiengehalt der Unionsverfassung und des europäischen Integrationsprojekts erfolgen kann, die über punktuell-pragmatische politische Kompromisse hinausgeht.

