

## Kapitel 6 Eine Typologie der Bindungskonstellationen der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte

### A. Einleitung

Nachdem Vorfragen wie der theoretische Hintergrund der Grundrechtsbindung im Unionsrecht und der dogmatische Kontext des Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta geklärt wurden, kann nunmehr die Rechtsprechung des EuGH systematisch dahingehend untersucht werden, ob sich Kriterien für die Entscheidung über die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ableiten lassen und ob sich die Rechtsprechung entsprechend derartiger Kriterien als überzeugend bewerten lässt. Im vorliegenden Kapitel bietet sich gestützt auf die Rechtsprechung an, anhand von vier Kriterien vorzugehen. Jedoch eröffnet sich deren Anwendungswise erst aus einer Art Gesamtüberblick<sup>1</sup> über die Rechtsprechung. So untersucht der EuGH Aspekte des nationalen Rechts im Rahmen eines Kriteriums des Charakters der nationalen Regelung, prüft – im wohl wichtigsten zweiten Schritt – das Kriterium der unionsrechtlichen Regelungsdichte und wendet zuletzt in Kombination das Kriterium der Zielkonvergenz zwischen nationalem Recht und Unionsrecht sowie das Kriterium der Beeinflussung von Unionsrecht an, wenn keine klare Lösung aus der Anwendung des zweiten Kriteriums hervorgeht. Zu prüfen ist, ob sich die Rechtsprechung so überzeugend kategorisieren lässt.

Teil der Erkenntnisse dieses Kapitels soll auch sein, gewissen resignativen Tendenzen entgegenzutreten. Teils wird so davon ausgegangen, dass der EuGH einer weitgehend offenen Suchformel folgt und eine nur schwer näher bestimmbarer ausreichend spezifische Verbindung zum Unionsrecht suche. Es biete sich so an, „im Zweifel“, d.h. im Sinne einer Vermutung, sicherheitshalber von einer Anwendbarkeit der Charta auszugehen, sobald ein hinreichender Bezug zum Unionsrecht bestehe.<sup>2</sup> Eine allgemeine Vermutungsregel ist indes vor dem Hintergrund, dass sich eine dogmatisch überzeugende Lösung der Frage des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte für mitgliedstaatliches Handeln bereits aus rechtspolitischen bzw. theoretischen Erwägungen aufdrängt,<sup>3</sup> nicht befriedigend und, wie gezeigt werden soll, letzten Endes auch nicht erforderlich.

1 Als Anmerkung zum hier gewählten Vorgehen ist festzuhalten, dass die Untersuchung zwar eine möglichst umfassende Auswertung der Rechtsprechung anstrebt, jedoch insbesondere vor dem Hintergrund der teils in andere Rechtsfragen ausfasernden Themenstellungen wie etwa der Verfahrensautonomie kein Anspruch auf Vollständigkeit möglich ist.

2 Borowsky, Artikel 51, in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Kommentar, 4. Aufl. 2014, Rn. 30b mit Verweis auf eine entsprechende Empfehlung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages.

3 Siehe bereits Kapitel 2 Abschnitt D.

Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass nicht nur Spielräume für nationale Grundrechtsentfaltung bei Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte bestehen, wie im vorangehenden Kapitel anhand Artikel 53 Grundrechtecharta geklärt werden konnte. Überdies existiert, wie gezeigt wird, auch ein abgrenzbarer Bereich mitgliedstaatlichen Handelns, in dem die Unionsgrundrechte keine Anwendung finden und in denen die Mitgliedstaaten ihre nationalen Grundrechte ohne Bindung an das Unionsrecht zur Anwendung bringen können. Somit besteht auf zweifache Weise Gestaltungsspielraum für mitgliedstaatliche Grundrechtsentfaltung, wobei erneut auf die Wichtigkeit des rechtspolitischen Willens zur Nutzung solcher Spielräume hinzuweisen ist, wie sie in der zuvor vorgenommenen vergleichenden Untersuchung verschiedener Föderalstaaten zu Tage getreten ist.

#### B. Zu den Kriterien des EuGH zur Festlegung der Bindungsreichweite der Unionsgrundrechte

In mehreren Entscheidungen weist der EuGH auf die Kriterien hin, die ihn bei der Prüfung der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auf mitgliedstaatliches Handeln leiten. In der Folge sind die Kriterien aus diesen Entscheidungen zu extrahieren und näher zu untersuchen. Während in neuerer Lehre nämlich durchaus differenziertere Typologien als die ursprüngliche, zu strenge, bereits erörterte Zweiteilung der Bindungskonstellationen zu finden sind, wird auch hier teils wenig auf die Aussagen des EuGH selbst zu den ihn leitenden Kriterien abgestellt.<sup>4</sup> Es ergibt sich hieraus eine Struktur für die daraufhin zu erstellende Typologie der Bindungskonstellationen.

Bereits in *Annibaldi* als früher einschlägiger Entscheidung befand der EuGH, dass das einschlägige nationale Gesetz zwar die gemeinsame Agrarmarktorganisation beeinflussen könne, jedoch nicht die Durchführung des Unionsrechts beziehe bzw. andere Ziele verfolge, und zuletzt keine spezifische Unionsrechtsregelung über – im Mittelpunkt des Falles stehende – Enteignungen vorliege.<sup>5</sup> Der Gerichtshof deutet daher bereits an, dass der Vergleich der Zielsetzungen von Unionsrecht und nationalem Recht, die Auswirkungen des letzteren auf das erstere und das Bestehen einschlägiger unionsrechtlicher Regelungen relevant sind.

<sup>4</sup> Vgl. etwa *Sarmiento*, Common Market Law Review 2013, 1267 (1279 ff.), der zwischen *triggering rules*, *mandating rules*, *optioning rules* und *exclusionary rules* unterscheiden will, jedoch zugleich erneut eine Residualkategorie *beyond the Charter* einführen muss. Im Kontrast dazu nimmt *Dougan*, Common Market Law Review 2015, 1201 (1232), die in der genannten Rechtsprechung entwickelten Kriterien durchaus ernst, warnt jedoch, dass diese sich in künftiger Rechtsprechung erneut verlieren könnten bzw. es sich lediglich um ein „Experiment“ des EuGH handeln könnte.

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-309/96 (*Annibaldi*), EU:C:1997:631, Rn. 21-23.

In *Iida* führte er dies – unter Verweis auf *Annibaldi* – näher aus.<sup>6</sup> So entschied der Gerichtshof, dass zur Beantwortung der Frage der Bindung an die Unionsgrundrechte zu prüfen sei, „ob [mit einer nationalen Regelung] eine Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat und ob mit ihr nicht andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden, selbst wenn sie das Unionsrecht mittelbar beeinflussen kann, sowie ferner, ob es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann“.<sup>7</sup> Diese Formel wiederholte der EuGH auch in zwei Entscheidungen nach der Grundsatzentscheidung in *Fransson*, was nicht nur zusätzlich bekräftigt, dass es sich bei *Fransson* um keinen Bruch mit der vorangehenden Rechtsprechung handelt,<sup>8</sup> sondern auch zugleich klärt, dass es sich dabei um allgemein anwendbare und auch künftig gültige Kriterien handelt, auf die der Gerichtshof sich zu stützen gedenkt.<sup>9</sup> Im Gegensatz zu *Fransson* sind in der genannten Rechtsprechung Kriterien zu finden, die sich zur Einteilung der gesamten relevanten Rechtsprechung des Gerichtshofes heranziehen lassen.<sup>10</sup> Zwar hält der EuGH selbst fest, dass es sich um keinen abschließenden Katalog handelt,<sup>11</sup> jedoch lässt sich zumindest die bisherige Rechtsprechung unter die genannten Kriterien einordnen.

Führt man die in *Iida* entwickelten Kriterien näher aus, prüft der EuGH daher:

- den Charakter einer nationalen Regelung und ob sie die Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt (Kriterium des Charakters der nationalen Regelung);
- die Ziele, die durch die nationale Regelung verfolgt werden, und den Umfang ihrer Übereinstimmung mit den unter das Unionsrecht fallenden Zielen (Kriterium der Zielkonvergenz);

6 Ebenfalls die dadurch herbeigeführte Klärung von *Fransson* begrüßend *Snell*, European Public Law 2015, 285 (297).

7 EuGH, Rs. C-40/11 (*Iida*), EU:C:2012:691, Rn. 79.

8 Siehe bereits Kapitel 5 Abschnitt D.

9 EuGH, Rs. C-206/13 (*Siragusa*), EU:C:2014:126, Rn. 25; EuGH, Rs. C-198/13 (*Hernández*), EU:C:2014:2055, Rn. 37. Vgl. auch *Holoubek/Lechner/Oswald*, Art. 51, in: Grundrechtecharta-Kommentar, Rn. 30.

10 Vgl. hingegen für ein erstes, primär auf die *Fransson*-Entscheidung gestütztes Modell der Vorgangsweise des Gerichtshofes *Ward*, Article 51, in: *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*, Rn. 118. *Ward* schlägt vor, in einem ersten Schritt die anwendbare Bestimmung des Unionsrechtes abgesehen von Chartabestimmungen zu isolieren und diese näher dahingehend zu prüfen, ob der Streitfall vor dem mitgliedstaatlichen Gericht in deren Anwendungsbereich fällt. Ein solches Vorgehen sei nicht erforderlich bei Maßnahmen, die der Durchsetzung des materiellen Unionsrechts dienen, wie eben in *Fransson*. Um der – wie auch von der Autorin eingestanden wird (Rn. 116) – schwierigen Frage nach der notwendigen Regelungsintensität der isolierten Unionsrechtsbestimmung nachzugehen, wird hier ein komplexeres Modell entwickelt. Auch die Autorin sieht sich sofort dazu gezwungen, die allgemeine Anwendbarkeit ihres Drei-Stufen-Modell für Fälle wie *McB* und *N.S.* einzuschränken, da in solchen Fällen jedenfalls die Vorgaben des Artikel 51 Abs. 1 erster Satz erfüllt seien (Rn. 119).

11 EuGH, Rs. C-206/13 (*Siragusa*), EU:C:2014:126, Rn. 25.

- das Vorliegen einer lediglich mittelbaren Beeinflussung des Unionsrechts durch die nationale Regelung bzw. positiv gewendet, ob eine ausreichend unmittelbare Beeinflussung des Unionsrechtes durch die nationale Regelung erfolgt (Kriterium der Beeinflussung von Unionsrecht);
- das Bestehen einer Regelung des Unionsrechts, die für den relevanten Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann (Kriterium der unionsrechtlichen Regelungsdichte).

Während somit das erste Kriterium auf das nationale Recht gerichtet ist, ohne dass dabei zu vergessen ist, dass der EuGH sich zu Recht nicht zur Auslegung von nationalem Recht befugt sieht,<sup>12</sup> wendet sich das vierte volumnäßig dem Unionsrecht zu. Im Rahmen des zweiten Kriteriums sind die Ziele zu vergleichen, die von beiden vorliegenden Regelungen verfolgt werden. Das dritte Kriterium verlangt nach einer direkten Auswirkung des nationalen Rechts auf das Unionsrecht und bedarf daher wie das zweite Kriterium einer Betrachtung sowohl des nationalen als auch des Unionsrechtes. Zuletzt ist als vierstes Kriterium der Konkretisierungsgrad durch Unionsrecht in der in Frage stehenden Situation zu prüfen.

Unklar bleibt sowohl in *Iida* als auch in den Folgeentscheidungen, in welchem Verhältnis die genannten Kriterien zueinander stehen<sup>13</sup> und ob der Gerichtshof im Einzelfall die Erfüllung aller Kriterien verlangt oder sich z.B. mit einer graduell deutlichen Erfüllung von drei oder weniger der vier angegebenen Kriterien zufrieden gibt.<sup>14</sup> Die in diesem Kapitel entwickelte Typologie der Rechtsprechung hingegen zeigt aufgrund einer Einstufung der Rechtsprechung in die vier Kriterien, dass das Verhältnis der Kriterien komplexer ist. Das erste Kriterium des Charakters der nationalen Regelung dient weniger als streitentscheidendes Kriterium als dass es vielmehr eine Reihe von Fragen beantwortet, die sich bezüglich bestimmter Probleme des nationalen Rechts – beispielsweise der Abwesenheit einer klaren Durchführungsabsicht im nationalen Recht oder der nachträglichen Determinierung nationalen Rechts durch später hinzutretendes Unionsrecht – ergeben. Es klärt somit Vorfragen und soll hier deswegen als erster Prüfungsschritt vorgeschlagen werden.<sup>15</sup>

Als zweites bietet sich eine Anwendung des vierten Kriteriums der unionsrechtlichen Regelungsdichte an. In einer umfassenden Rechtsprechung hat der Gerichtshof hier unterschiedliche Konstellationen herausgearbeitet und folgt dabei weitgehend konstant dem Grundsatz, nur bei eindeutiger unionsrechtlicher

12 EuGH, Rs. C-400/10 PPU (McB), EU:C:2010:582, Rn. 51-52; EuGH, Rs. C-483/09 und C-1/10 (Gueye), EU:C:2011:583, Rn. 69; EuGH, Rs. C-339/10 (Asparuhov Estov), EU:C:2010:680 Rn. 11 ff.; EuGH, Rs. C-343/13 (Modelo Continente Hipermercados), EU:C:2015:146, Rn. 19.

13 Siehe auch *Holoubek/Lechner/Oswald*, Art. 51, in: Grundrechtecharta-Kommentar, Rn. 31.

14 Vgl. auch *Bucher*, ZEuS 2016, 203 (223).

15 Siehe Abschnitt C.

Determinierung einer Situation, dann jedoch auch mit allen entsprechenden Folgen eine Bindung an die Unionsgrundrechte anzunehmen. Die Wahl als zweiter Prüfungsschritt scheint dadurch gerechtfertigt, dass bereits eine Vielzahl von Fällen sich anhand dieses Kriteriums entscheiden lässt.<sup>16</sup>

Zuletzt sind das zweite und das dritte Kriterium der Zielkonvergenz und der Beeinflussung von Unionsrecht gemeinsam anzuwenden. Wie die Auswertung der Rechtsprechung zeigt, zieht der Gerichtshof beide Kriterien nur dann als eine Art „Notventil“ heran, wenn der zweite Prüfungsschritt keine eindeutige Lösung hervorgebracht hat, und hat auf ihrer Grundlage bisher noch in keinem Fall entschieden, dass eine Bindung an die Unionsgrundrechte vorliege. Darüber hinaus wendet der EuGH die Kriterien auch in Verknüpfung miteinander an, was ihre gemeinsame Behandlung rechtfertigt.<sup>17</sup>

Es zeigt sich im Rahmen des weiteren Vorgehens, dass die Rechtsprechung des EuGH sich weitgehend kohärent in diese Kriterien bzw. Prüfungsschritte einordnen lässt, und dass – wenngleich mit gewissen Einschränkungen – der Gerichtshof generell dem Grundsatz zu folgen scheint, nur in ausreichend durch Unionsrecht determinierten Situationen eine Bindung mitgliedstaatlichen Handelns an die Unionsgrundrechte anzunehmen.

## C. Zum Kriterium des Charakters der nationalen Regelung

Fraglich ist als Erstes, ob aus der Perspektive des nationalen Rechts eine nationale Regelung bestimmte Charakteristika aufweist, die zu Unionsgrundrechtsbindung führen oder diese ausschließen. Problematisch erweist sich indes ein Abstellen auf Charakteristika des nationalen Rechts, da die Gefahr einer uneinheitlichen Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung des nationalen Rechts droht.<sup>18</sup> Vor diesem Hintergrund überzeugt, dass der Gerichtshof unter diesem Kriterium lediglich allgemeine Grundsätze zu erfassen scheint, anhand derer das nationale Recht zu beurteilen ist, und sich für die Beurteilung der Unionsgrundrechtsbindung schwerpunktmäßig der im folgenden Abschnitt näher zu untersuchenden unionsrechtlichen Determinierung einer bestimmten Situation zuwendet. Vier Elemente bieten sich an dieser Stelle zur näheren Untersuchung und Unterstützung der vorgebrachten These an.

16 Siehe Abschnitt D.

17 Siehe Abschnitt E.

18 Vgl. etwa daher zu Recht ablehnend Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-241/15 (Bob-Dogi), EU:C:2016:131, Rn. 95, in Bezug auf das Argument, die Unionsgrundrechte könnten nicht auf einen bestimmten Rechtsakt anwendbar sein, da dieser Teil des nationalen Strafrechts sei.

So könnte als Ansatzpunkt der Ausdruck einer Absicht im nationalen Recht herangezogen werden, Unionsrecht umsetzen oder durchführen zu wollen. Bereits die Kontroverse rund um die *Fransson*-Entscheidung lässt diese Option jedoch als wenig vielversprechend erscheinen. Denkbar wäre als Zweites auch, nationale Umsetzungs- oder Durchführungsrechtsakte des Unionsrechts näher zu untersuchen und womöglich je nachdem unterschiedlich zu behandeln, ob es sich um einen nationalen Rechtsakt im Bereich einer Verordnung oder um einen Umsetzungsakt einer Richtlinie handelt. Wie jedoch ein näherer Blick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zeigt, ist wohl ein Vorgehen entlang der Regelungsdichte des Unionsrechts erfolgversprechender, erweist sich doch, dass unabhängig von der Art des determinierenden Unionsrechtsaktes dieselben Argumente greifen und dementsprechend auch der EuGH wohl überzeugend keine Unterscheidung entlang dieser Linie gezogen hat. Drittens stellt sich die Frage, ob eine nationale Regelung zur Durchführung dienen kann, wenn erst später Unionsrecht hinzutritt. Die Rechtsprechung zur in Bezug auf existierendes nationales Recht hinzutretenden unionsrechtlichen Determinierung zeigt, dass ein schrittweises, im Ergebnis überzeugendes Vorgehen vom EuGH gewählt wird. Zuletzt kann das nationale Recht viertens selbst eine Regelung treffen, bestimmte innerstaatliche Sachverhalte mit unionsrechtlich geregelten gleichzusetzen und somit unter bestimmten Voraussetzungen für die Fallentscheidung unionsrechtliche Grundsätze aktivieren, was auch die Anwendung der Unionsgrundrechte mit sich bringen kann.

## I. Zum Kriterium der Umsetzungs- oder Durchführungsabsicht des nationalen Rechts in Bezug auf Unionsrecht

Als Kriterium, um zu untersuchen, ob eine nationale Regelung der Durchführung des Unionsrechts dient und an den Unionsgrundrechten gemessen werden soll, bietet sich zumindest theoretisch ein Abstellen auf eine im Rechtsakt ausgedrückte entsprechende Absicht an. Einfache Fälle sind jene, in denen eine nationale Regelung ausdrücklich als Umsetzung etwa einer Richtlinie vorgesehen wurde.<sup>19</sup> Hingegen kann dies nicht als notwendiges Kriterium vorausgesetzt werden, wie sich anhand der Diskussion um die Entscheidung in *Fransson* zeigt.

In *Fransson* schlug der Generalanwalt vor, es genüge nicht, wenn staatliches Recht in den Dienst unionsrechtlich vorgegebener Ziele gestellt werde, vielmehr sei eine unmittelbar durch Unionsrecht motivierte staatliche Rechtssetzungstätigkeit erforderlich, um ein qualifiziertes Interesse des Unionsrechts an der zentrali-

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-176/12 (AMS), EU:C:2014:2, Rn. 43; EuGH, Rs. C-528/13 (Léger), EU:C:2015:288, Rn. 47.

sierten Übernahme der Gewährleistung dieses Rechtes zu begründen.<sup>20</sup> Daher befand der Generalanwalt die Unionsgrundrechte für nicht anwendbar, da keine präzise Festlegung von Sanktionen erfolgte, sondern der Mitgliedstaat aufgrund unionsrechtlicher Regelungen, die zu einer effizienten Mehrwertsteuererhebung verpflichten, lediglich sein Steuersystem mitsamt dessen Sanktionsregeln allgemein in den Dienst des Unionsrechts stellen musste.<sup>21</sup> Dieser Vorschlag, der sich nicht aus der vorangehenden Rechtsprechung des EuGH ergibt,<sup>22</sup> wurde indes aus guten Gründen nicht vom Gerichtshof übernommen.<sup>23</sup>

Zwar deutet in manchen Entscheiden der EuGH durchaus an, dass der Zweck einer nationalen Regelung eine Rolle bei der Feststellung der Unionsgrundrechtsbindung spielt.<sup>24</sup> Jedoch dürfte dies, wie noch anhand der einschlägigen Rechtsprechung näher erörtert wird,<sup>25</sup> eher als zusätzlich abzuwägendes Argument dienen, wenn keine eindeutige unionsrechtliche Determinierung zur Einstufung einer Situation gefunden werden kann. Aus derartiger Rechtsprechung ergibt sich jedenfalls nicht, dass das Kriterium des Regelungszwecks des nationalen Rechts für sich allein ausschlaggebende Wirkung entfaltet. Bereits bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs von Richtlinien in Bezug auf einen nationalen Umsetzungsakt stellt der EuGH zu Recht nicht auf formalistische Bedingungen wie etwa einen wörtlichen Bezug auf die umzusetzende Richtlinie im nationalen Rechtsakt ab, sondern auf dessen Inhalt.<sup>26</sup>

Zugleich ist dies auch im Hinblick auf die Folgen überzeugend, die sich aus einer solchen ausschlaggebenden Wirkung ergäben. Stellt man auf diese ab, wäre in *Fransson* nicht das gesamte mitgliedstaatliche Steuersystem im Anwendungsbereich des Unionsrechts an die Unionsgrundrechte gebunden gewesen, sondern nur ein besonderes System für die Einhebung des unionsrelevanten Anteils der Mehrwertsteuer.<sup>27</sup> Dies überzeugt nicht nur wenig, weil es einen unangemessenen Aufwand darstellen würde, ein eigenes System für unionsrechtlich determinierte Abgaben zu schaffen. Darüber hinaus stünde es auch im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum Grundsatz der Verfahrensautonomie. Diesem zufolge dürfen die Mitgliedstaaten in Fällen, in denen das Unionsrecht Rechte und Pflichten begründet, jedoch die Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen

20 Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón, EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2012:340, Rn. 60.

21 Rn. 58-59.

22 Wie auch der Generalanwalt selbst einräumt, Rn. 30 ff. Vgl. auch *Ritleng*, Revue trimestrielle de droit européen 2013, 267 (278-279).

23 Der Gerichtshof stellt so beispielsweise nicht darauf ab, dass es keine konkreten unionsrechtlichen Vorgaben für die notwendige Sanktionierung von Verstößen gibt, EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2013:105, Rn. 28.

24 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-40/11 (Iida), EU:C:2012:691, Rn. 79; EuGH, Rs. C-206/13 (Siragusa), EU:C:2014:126, Rn. 25.

25 Siehe Abschnitt E.

26 EuGH, Rs. C-81/05 (Cordero Alonso), EU:C:2006:529, Rn. 33.

27 *Hancox*, Common Market Law Review 2013, 1411 (1427).

Geltendmachung den Mitgliedstaaten überlässt, autonom tätig werden, sind jedoch an die Schranken des Grundsatzes der Äquivalenz und jenes der Effektivität gebunden. Auch hierfür wird richtigerweise nicht das Bestehen eines gesonderten, speziell für unionsrechtliche Ansprüche geschaffenen Verfahrenssystems gefordert.<sup>28</sup>

Im Ergebnis kann so nicht auf den Ausdruck einer Durchführungsabsicht im nationalen Recht abgestellt werden. Das Kriterium, ob die Durchführung einer unionsrechtlichen Bestimmung bezweckt wird, ist somit objektiv in Bezug auf die Förderung eines unionsrechtlichen Zwecks und nicht subjektiv auf den Willen des Gesetzgebers abstellend zu verstehen.<sup>29</sup> Eine solche Durchführungsabsicht ersetzt insbesondere nicht die Untersuchung der Determinierungsreichweite des Unionsrechts im konkreten Einzelfall. Davon auszugehen, dass die Unionsgrundrechte anwendbar sind, wenn nationales Recht – unabhängig davon, wie ausdrücklich dies auf der Ebene des nationalen Rechts kenntlich gemacht wird – im Dienst<sup>30</sup> des Unionsrechts steht, verspricht somit eingänglich weniger Vorhersehbarkeit, jedoch im Endergebnis eine dogmatisch überzeugendere Lösung.

## II. Nationales Recht als Umsetzung unterschiedlicher Arten von Unionsrechtsakten

Eine wichtige Unterscheidung trennt im Unionsrecht als Formen des Sekundärrechtes Verordnungen und Richtlinien, wie Artikel 288 AEUV aufführt. Verordnungen sind gemäß Artikel 288 Abs. 2 AEUV nur noch administrativ durchzuführen und nicht mehr normativ umzusetzen, während bei Richtlinien gemäß Artikel 288 Abs. 3 AEUV ein zweistufiges Vorgehen der normativen Umsetzung in nationales Recht und in der Folge die administrative Durchführung des entsprechenden nationalen Rechts erfolgt.<sup>31</sup>

Fraglich ist jedoch, ob aus diesem Grund die Durchführung von Unionsrecht bei Verordnungen als grundsätzlich unterschiedlich von jener bei Richtlinien anzusehen ist. Denkbar wäre dies etwa, weil die Konzeption von Richtlinien sich von jenen Fällen von Ermessensspielräumen unterscheidet, die durch Verordnungen gewährt werden.<sup>32</sup> Jedoch hat der EuGH keine erkennbare derartige Trennung vorgenommen. Zwar bezog er zuerst zum Fall von Verordnungen Stel-

28 Vgl. zugleich auch näher zur Anwendung der Unionsgrundrechte Abschnitt D.III.1.

29 So auch Ohler, NVwZ 2013, 1433 (1434).

30 Vgl. zum Konzept des „service“ auch Ritleng, Revue trimestrielle de droit européen 2013, 267 (274).

31 Die sonst viel diskutierte Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien ist in diesem Kontext hingegen nicht von zentraler Bedeutung, da lediglich der Umfang der Determinierung der entsprechenden nationalen Regeln durch Unionsrecht im Mittelpunkt steht, siehe auch Matz-Lück, Rechtsakte, ins: Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 166. Zur Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte in einem solchen eindeutigen Fall unionsrechtlicher Determinierung Maier, Grundrechtsschutz, 127.

32 Wallrab, Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte, 84.

lung,<sup>33</sup> übertrug die eigene Argumentation jedoch auch auf den Fall von Richtlinien.<sup>34</sup> Auch eine nähere Betrachtung der in der Literatur typischerweise erörterten Begründungsschienen für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte im Bereich der Durchführung von Verordnungen und Richtlinien weist, wie sich im Folgenden zeigt, auf keine grundlegenden Unterschiede hin, die eine streng getrennte Behandlung rechtfertigen würde.

### 1. Argumente für die Bindung an die Unionsgrundrechte bei Verordnungen

Die Bindung von Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte bei Verordnungen wird in der Lehre üblicherweise mit vergleichbaren Argumenten begründet, wie sie bereits auf allgemeiner Ebene zuvor in der vorliegenden Untersuchung erörtert wurden. So kann zwischen Begründungen an sich und der sich daraus ergebenden Reichweite der Bindung unterschieden werden.

Die klassische Begründung für die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten liegt im Einbezug des Handelns der Mitgliedstaaten in die Unionsrechtssphäre durch Verordnungen. Mitgliedstaaten würden so praktisch in einer „agency situation“ tätig.<sup>35</sup> Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten sei so als logische Fortsetzung der Grundrechtsgebundenheit der Union zu sehen.<sup>36</sup> Eine weitere Argumentationsschiene stützt sich auf den Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts. Die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre in Gefahr, wenn keine einheitliche Sicherstellung der Unionsgrundrechte bei Auslegung und auch Ergänzung von Verordnungen im Bereich des Ermessens der Mitgliedstaaten sichergestellt wäre.<sup>37</sup>

Bezüglich des Umfanges der Grundrechtsbindung ist auf den Grad an unionsrechtlicher Determinierung des nationalen Handelns abzustellen. Bei der administrativen Anwendung von Verordnungen im Einzelfall sind Mitgliedstaaten so jedenfalls an die Unionsgrundrechte gebunden.<sup>38</sup> Fraglich könnte auf den ersten Blick erscheinen, wie weit die Bindung aufgrund dieser Begründung auch stichhaltig ist, wo eine Verordnung den Mitgliedstaaten ausdrücklich Ermessen einräumt oder selbst keine Regelung trifft im Vertrauen auf mitgliedstaatliche Ergänzung der Verordnungsvorschriften. Derartiges Zusammenwirken von Unionsrecht und innerstaatlichem Recht kann jedoch nicht einen Weg für das Unionsrecht eröffnen, sich mittels dezentraler Durchführung von den eigenen Grundrechtsverpflichtungen zu entbinden.<sup>39</sup>

33 EuGH, Rs. C-2/92 (Bostock), EU:C:1994:116.

34 EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat (Familienzusammenführung)), EU:C:2006:429.

35 Klassisch Weiler, Fundamental Boundaries, in: The European Union and Human Rights, 67.

36 Mehde, EuGRZ 2008, 269 (273).

37 Wallrab, Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte, 83.

38 Rengeling/Szczechalla, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 305.

39 Weiler, Fundamental Boundaries, in: The European Union and Human Rights, 68.

## 2. Argumente für die Bindung an die Unionsgrundrechte bei Richtlinien

In vergleichbarer Weise, wenngleich etwas umfassender diskutiert, präsentiert sich die Frage der Grundrechtsbindung bei Richtlinien. Im Unterschied zu Verordnungen sind hier auch zumindest in der Vergangenheit Stimmen zu vermerken, die eine Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien völlig ablehnten. Als Hauptargument wurde vorgebracht, es würden nur Hoheitsakte durch die nationale Hoheitsgewalt gesetzt.<sup>40</sup> Eine derart formelle, nur auf den Ursprung eines Rechtsaktes fokussierte Betrachtungsweise ist wohl bereits auf der Grundlage früherer Rechtsprechung und um so mehr im Lichte späterer Entscheidungen wie *Fransson* in Frage zu stellen.

Für eine Grundrechtsbindung auch im Bereich von Umsetzungsspielräumen wird typischerweise und auch überzeugender die Veranlassung durch Richtlinien ins Treffen geführt. Zwar ist bei Richtlinien nur das vorgegebene Regelungsziel verbindlich. Jedoch ist der Unionsgesetzgeber bei der Auswahl der entsprechenden Vorgaben auch an die Beachtung der Unionsgrundrechte gebunden. Somit ist die Verpflichtung, die Unionsgrundrechte zu beachten, dem Richtlinienziel „immanent“ und begrenzt somit die Verpflichtung zur Umsetzung und die Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten.<sup>41</sup>

Darüber hinaus kann mitgliedstaatliches Handeln bei der Umsetzung und Durchführung von Richtlinien funktional umfassend der unionsrechtlichen Sphäre zugeordnet werden. Die Richtlinie ist daher primär als Instrument zu sehen, das den Unionsgesetzgeber befähigt, ein unionsrechtliches Regelungsziel in unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen durch die Unterstützung der jeweiligen nationalen Hoheitsgewalt zu verwirklichen.<sup>42</sup> Umsetzungsspielräume sind unter diesem Gesichtspunkt zu sehen; sie dienen daher der praktischen Wirksamkeit von Richtlinien und ermöglichen die systemgerechte Einpassung in nationale Rechtsordnungen.<sup>43</sup> Auch reduziert sich im entsprechenden Bereich die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einer Richtlinie. Nationale Rechtsakte der Umsetzung sind somit nicht losgelöst von der Unionsgewalt. Dies zeigt sich einerseits bei der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen, die sogar bei Bestimmungen existieren kann, die einen Ermessensspielraum gewähren, solange sie hinreichend klare und bestimmte Mindestanforderungen enthalten.<sup>44</sup> Andererseits entfalten Richtlinien auch über die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts Rechtswirkungen in der

40 Blumenwitz, NJW 1989, 621 (625); *Di Fabio*, JZ 2000, 737 (741). Siehe *Rengeling/Sczcekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 311 und Fußnote 136 m.w.N.

41 Bleckmann, Nationale Grundrechte, 30-31.

42 von Danwitz, JZ 2007, 697 (698).

43 Ibid.

44 Bleckmann, Nationale Grundrechte, 31.

nationalen Rechtsordnung.<sup>45</sup> Auf dieser Grundlage ist es gerechtfertigt, die Bindung an die Unionsgrundrechte auch auf die Durchführung von Richtlinien durch Mitgliedstaaten und die richtlinienkonforme Auslegung auszudehnen, da nur dies dem Interesse eines „umfassenden Grundrechtsschutzes“ dient.<sup>46</sup>

Zugleich wird im Bereich von Richtlinien auch eine nuanciertere Position vertreten, was in derartigen Rechtsakten gewährte Gestaltungsspielräume betrifft. So soll eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte gelten, soweit in einer Richtlinie inhaltlich umfassende und abschließende Regelungen vorgegeben werden.<sup>47</sup> Mögliche Grundrechtsverletzungen seien hier in letzter Instanz in den unionsrechtlichen Vorgaben angelegt; die Mitgliedstaaten handelten lediglich als verlängerter Arm der Union. Dies gelte auch für unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmungen, die notwendigerweise einen unbedingten und hinreichend genauen Inhalt aufweisen. Bei von der Richtlinie eingeräumten Ermessensspielräumen hingegen seien die nationalen Grundrechte einschlägig und nicht jene des Unionsrechts. Gerade das Vorliegen eines Ermessensspielraums bei der Umsetzung entziehe einer Begründung der Unionsgrundrechtsbindung über die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts den Boden. Auch entstehe keine Lücke im Grundrechtsschutz, da die Anwendung nationaler Grundrechte eintrete, wo aufgrund von Ermessensspielräumen der unionsrechtliche Grundrechtsschutz zurücktrete.<sup>48</sup> Zugleich werde so auch eine Verdoppelung des Grundrechtsschutzes mit dem zusätzlichen Problem potenzieller Konflikte zwischen den Schutzstandards der beiden Grundrechtsordnungen vermieden.<sup>49</sup>

Letzterem Punkt kann jedoch entgegengesetzt werden, dass sich die Union und ihre Organe aufgrund der eigenen Grundrechtsbindung nicht auf Grundrechtsschutz durch die Mitgliedstaaten verlassen dürfen. Eine Verdoppelung des Grundrechtsschutzes bzw. Koordinationsprobleme sind wohl als nachrangig gegenüber dem Primat eines lückenlosen Grundrechtsschutzes zu betrachten.<sup>50</sup> Zugleich ist unabhängig von einer Verdoppelung des Grundrechtsschutzes die Bindung an Unionsgrundrechte auch im Bereich von Gestaltungsspielräumen bei der Umsetzung von Richtlinien der „einige Weg“, einen Mindeststandard an Grundrechtsschutz gegen letztlich vom Unionsrecht verursachte Verletzungen unionsweit sicherzustellen.<sup>51</sup>

45 Zu beiden Einwirkungsformen von Richtlinien auf die nationale Rechtsordnung EuGH, Rs. C-397/01 bis 403/01 (Pfeiffer), EU:C:2004:584, Rn. 105 und 110.

46 Bleckmann, Nationale Grundrechte, 31.

47 Kingreen, Art. 51 GRCh, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 12.

48 Thym, NJW 2006, 3249 (3250).

49 Zu solchen möglichen Konflikten Britz, EuGRZ 2009, 1 (5).

50 Vgl. auch Bleckmann, Nationale Grundrechte, 32, für den sich dies auch aus der *Solange*-Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts ableiten lässt, siehe BVerfGE 37, 271 – Solange I; 73, 339 – Solange II; 89, 155 – Maastricht; 102, 147 – Bananenmarkt.

51 Kühling, Fundamental Rights, in: Principles of European Constitutional Law, 498.

Überdies sind die Verpflichtungen des Unionsgesetzgebers aus den Grundrechten zu berücksichtigen. Als Folge muss die Gesamtheit eines unionsrechtlichen Rechtsaktes im Einklang mit den Grundrechten stehen; auch die Mitgliedstaaten sind daher bei der Umsetzung und Anwendung – auch über die Vorgaben des Sekundärrechts hinaus – an die Grundrechte gebunden. Die Einräumung von Beurteilungsspielräumen ist somit jedenfalls zulässig, darf jedoch nicht ausdrücklich oder implizit zum Erlass nationaler Umsetzungsmaßnahmen ermächtigen, die gegen die Unionsgrundrechte verstößen.<sup>52</sup> Dabei muss das betroffene Grundrecht das Einräumen eines Gestaltungsspielraumes im vorgesehenen Umfang erlauben.<sup>53</sup> Es besteht also unter Umständen sogar eine begrenzte Anleitungsverantwortung des Unionsgesetzgebers. Aus den Grundrechten kann sich insoweit auch eine Verpflichtung für den Unionsgesetzgeber ergeben, Öffnungsklauseln vorzusehen, bzw. für die Mitgliedstaaten, diese zu nützen.<sup>54</sup> Zugleich ist der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten in einem solchen Fall erneut klar durch die Unionsgrundrechte begrenzt.<sup>55</sup>

Abschließend ergeben sich so grundsätzlich ähnliche Argumentationsschienen für die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten im Rahmen der Durchführung durch Richtlinien und Verordnungen. Zwar zeigen sich bei Richtlinien mehr kritische Stimmen. Jedoch ist deren Vorbringen entweder auf eine wenig überzeugende formalistische Betrachtungsweise gestützt oder zielt auf durch das Unionsrecht gewährte Ermessensspielräume ab. Hingegen ist für letztere festzuhalten, dass die besseren und letzten Endes selben Argumente im Fall von Verordnungen wie Richtlinien für eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte sprechen. Es überzeugt so, dass auch der EuGH keine Trennlinie zwischen Fällen der Unionsgrundrechtsbindung von Mitgliedstaaten bei Verordnungen und bei Richtlinien gezogen hat.<sup>56</sup> Offen bleibt hingegen, welcher Determinierungsgrad einer konkreten Situation durch Unionsrecht – sei es durch die Bestimmungen von Verordnungen oder Richtlinien – erforderlich ist, um die Grundrechtsbindung auszulösen. Dies kann erst im Rahmen der im Anschluss zu erarbeitenden Typologie umfassend beantwortet werden. Auf die Qualität und den Umfang der

52 Epiney, ZAR 2007, 61 (63).

53 Ibid., 64. Überzeugend führt Epiney hier aus, dass es wohl kaum machbar und auch wenig zielführend wäre, eine abstrakte Verpflichtung abzuleiten, eine in allen Fällen abschließende Umschreibung der Möglichkeiten grundrechtskonformer Umsetzung oder Durchführung vorzunehmen; jedoch könnte sich aus dem Gesamtzusammenhang ergeben, dass sich eine ausdrückliche Regelung grundrechtskonformer Umsetzungs- oder Durchführungsmaßstäbe als notwendig erweist, um zu verhindern, dass eine Regelung als implizite Ermächtigung zur grundrechtswidrigen Umsetzung oder Durchführung verstanden werden kann. Siehe auch Szczekalla, NVwZ 2006, 1019 (1020).

54 Vgl. hierzu noch Abschnitt D.II.3.b.

55 Matz-Lück, Rechtsakte, in: Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 170.

56 EuGH, Rs. C-20/00 und C-64/00 (Booker Aquaculture), EU:C:2003:397, Rn. 88.

Determinierung durch das Unionsrecht abzustellen, überzeugt auch im Hinblick auf das Vorgehen des EuGH bei anderen Rechtsakten, wie sich in der Folge zeigt.

### 3. Andere Rechtsakte

Ein Überblick über die anderen, vom Gerichtshof beurteilten bzw. von der Lehre besprochenen Rechtsakte zeigt ein ähnliches Herangehen wie bei Richtlinien und Verordnungen. Wird so bereits die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte bei der Anwendung von Verordnungen bejaht,<sup>57</sup> lässt sich auch kaum ein Argument erdenken, um beim Vollzug von Beschlüssen anders vorzugehen.<sup>58</sup> Im Lichte der umfassenden Grundrechtsbindung der Union anerkannte der EuGH ebenfalls, dass Instrumente der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik sowie der früheren Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wie gemeinsame Standpunkte und Rahmenbeschlüsse grundsätzlich am Maßstab der Unionsgrundrechte zu prüfen seien.<sup>59</sup> Die Bindung an die Unionsgrundrechte bei Rahmenbeschlüssen folgt konzeptuell dem Vorbild von Richtlinien, etwa was die grundrechtskonforme Auslegung solcher Rechtsakte betrifft.<sup>60</sup> Unionsgrundrechtsbindung umfasst auch das Erlassen eines Europäischen Haftbefehls im Einzelfall bzw. anderes Handeln einer vollstreckenden Justizbehörde als Durchführung des Unionsrechts.<sup>61</sup>

Zusammenfassend gleicht sich somit die grundsätzliche Argumentationsstruktur, warum Unionsgrundrechtsbindung vorliegt, während eher die Frage nach dem Umfang der unionsrechtlichen Determinierung zu stellen ist als die Frage nach der Art des nationalen Umsetzungsaktes bzw. nach der Form des jeweiligen unionsrechtlichen Handelns.

## III. Später zu bestehendem nationalen Recht hinzutretende Determinierung durch Unionsrecht

Ein weiterer Problemkreis ergibt sich bezüglich des Charakters einer nationalen Regelung als Durchführung des Unionsrechts, wenn eine bereits bestehende Regelung durch hinzutretendes Unionsrecht – typischerweise durch Richtlinien – in dessen Anwendungsbereich gelangt und somit die Unionsgrundrechte anwendbar

57 *Rengeling/Sczcekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 305.

58 *Jarass*, NVwZ 2012, 457 (458); *Rengeling/Sczcekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 318.

59 EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistía), EU:C:2007:115, Rn. 53-54; EuGH, Rs. C-303/05 (Advocaten voor de Wereld), EU:C:2007:261, Rn. 47. Vgl. zur Abgrenzung der Zuständigkeit des EuGH Schlussanträge des Generalanwalts Wahl, EuGH, Rs. C-455/14 (H/Rat und Kommission), EU:C:2016:212, Rn. 91.

60 EuGH, Rs. C-483/09 und C-1/10 (Gueye), EU:C:2011:583, Rn. 55.

61 Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-261/09 (Mantello), EU:C:2010:501, Rn. 88.

werden. Im Detail geht die Rechtsprechung – letzten Endes überzeugend – auch hier von einer weitgehenden Bindung an die Unionsgrundrechte aus, solange eine ausreichende unionsrechtliche Determinierung vorliegt. Nicht zu verwechseln ist die Problematik hingegen mit jener der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen, die erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist in Frage kommt.<sup>62</sup>

Bereits bei Verwaltungssanktionen, die Unionsrecht durchführen oder Verstöße etwa gegen die finanziellen Interessen der Union mit Strafe belegen, kann die Verpflichtung, die Unionsgrundrechte zu beachten, kaum in überzeugender Weise davon abhängig gemacht werden, ob eine Norm bereits vor Inkrafttreten des entsprechenden Unionsrechts bestand oder erst in Umsetzung der unionsrechtlichen Verpflichtung erlassen wurde.<sup>63</sup>

Bei Richtlinien zeigt sich die Problematik der schrittweisen unionsrechtlichen Determinierung noch deutlicher, da Inkrafttreten der Richtlinie und Ablaufen der Umsetzungsfrist zeitlich auseinanderfallen. Die Verpflichtungen aus Richtlinien wie das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung und die Pflicht zur unmittelbaren Anwendung einzelner Richtlinienbestimmungen greifen grundsätzlich erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist der entsprechenden Richtlinie. Gewisse Vorwirkungen können Richtlinien allerdings entfalten, die auch die Frage nach einer unionsrechtlichen Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten aufwerfen. Auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie bzw. in Abwesenheit von vorzeitigen Umsetzungsmaßnahmen können für die Mitgliedstaaten und ihre Organe Verpflichtungen aus Richtlinien erwachsen. Das Frustrationsverbot untersagt Mitgliedstaaten, während der Umsetzungsfrist Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, das Ziel der Richtlinie ernstlich in Frage zu stellen.<sup>64</sup> Überdies sollen die Mitgliedstaaten schon während der Umsetzungsfrist schrittweise auf das Regelungsziel der Richtlinie hinwirken.<sup>65</sup>

Daraus kann sich unter bestimmten Voraussetzungen in der Rechtsprechung eine auch über das Datum des Inkrafttretens hinaus auf zuvor erlassene Umsetzungsakte erstreckte Bindung an die Unionsgrundrechte ergeben. Ausgeschlossen sind hier Maßnahmen, die nicht zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen wurden.<sup>66</sup> Handelt es sich hingegen um Umsetzungsmaßnahmen bzw. Maßnahmen, die geeignet sind, die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der Richtlinie zu

62 Siehe zu dieser *Maier*, Grundrechtsschutz, 127.

63 Schlussanträge des Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-489/10 (Bonda), EU:C:2011:845, Rn. 20.

64 EuGH, Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), EU:C:1997:628, Rn. 45; EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), EU:C:2005:709, Rn. 67.

65 EuGH, Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), EU:C:1997:628, Rn. 44.

66 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-427/06 (Bartsch), Slg. 2008, I-7245, Rn. 24-25. In *Bartsch* verneinte der EuGH bereits, dass es sich um eine Maßnahme zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG vor Ablauf deren Frist handelte, und befand somit die Unionsgrundrechte für nicht anwendbar.

gewährleisten,<sup>67</sup> bejaht der EuGH die Unionsgrundrechtsbindung teils auch für vor Ablauf der Umsetzungsfrist getroffene Maßnahmen.

In einer Reihe von Entscheidungen zu der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine nationale Garantieeinrichtung zu schaffen, um Abfindungszahlungen aus einem Arbeitsverhältnis bei Beendigung desselben trotz Zahlungsunfähigkeit eines Arbeitgebers sicherzustellen,<sup>68</sup> äußerte sich der EuGH zu nationalen Maßnahmen, die bereits vor Erlass einer Richtlinie ergangen waren.<sup>69</sup> Der Gerichtshof entschied, dass auch solche Maßnahmen am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen seien, wenn der entsprechende Sachverhalt sich nach Inkrafttreten einer Richtlinie, aber vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist ereignete und zu einer Anwendung der entsprechenden Maßnahme führte.<sup>70</sup> Zugleich war jedoch in der einschlägigen Richtlinie eine Bestimmung enthalten, die die Anwendung von Richtlinievorgaben nur auf Insolvenzfälle vorsah, die sich nach Inkrafttreten der Richtlinie ereigneten.<sup>71</sup> Daraus schloss der EuGH, dass nur Insolvenzen in den Rahmen der Richtlinie fielen bzw. nur in solchen Fällen der Anwendungsbereich des Unionsrechts und somit der Unionsgrundrechte eröffnet war, in denen eine Insolvenz bei Umsetzung der Richtlinie vor Ende der Umsetzungsfrist, aber nach dem Inkrafttreten der Richtlinie erfolgt war, bzw. in denen eine Insolvenz nach Ende der Umsetzungsfrist eingetreten war, wenn gar keine vorzeitige Umsetzung der Richtlinie stattgefunden hatte.<sup>72</sup>

Hieraus lässt sich schließen, dass Mitgliedstaaten im Ergebnis nicht verpflichtet sind, vor Ablauf der Umsetzungsfrist Umsetzungsmaßnahmen zu ergreifen; wenn sie dies jedoch tun, sind diese ab Inkrafttreten der Richtlinie am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen, sofern bei Richtlinien eine Anwendung von einzelnen Bestimmungen bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist vorgesehen ist.<sup>73</sup> Begründen lässt sich dies auch aus der Perspektive des einzelnen Grundrechtsträgers, für den es nicht darauf ankommen kann, ob eine nationale Rechtsvorschrift speziell zum Anlass der fristgerechten Richtlinienumsetzung erlassen worden ist.<sup>74</sup>

67 Vgl. hierzu Schlussanträge des Generalanwalts Bobek, EuGH, Rs.C-439/16 PPU (Milev), EU:C:2016:760, Rn. 51.

68 Einschlägig sind hierfür die Richtlinie 80/987/EWG (ABl. 1980 L 283, 23 ff.) bzw. die letztere abändernde Richtlinie 2002/74/EG (ABl. 2002 L 270, 10 ff.).

69 Inhaltlich befassten sich die Entscheidungen mit Ablehnungen der Auszahlung von Kündigungsentschädigungen seitens des spanischen Garantiefonds, der nur gerichtliche Urteile oder Verwaltungsentcheidungen als anspruchsbegründend anerkannte, nicht jedoch gerichtliche Vergleiche zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Jedoch hatte der EuGH bereits zuvor entschieden, dass eine derartige Bedingung für Entschädigungen gegen das unionsrechtliche Gleichbehandlungsgebot widerspreche, EuGH, Rs. C-442/00 (Caballero), EU:C:2002:752, Rn. 30 ff.

70 EuGH, Rs. C-177/05 (Guerrero Pecino), EU:C:2005:764, Rn. 26; EuGH, Rs. C-81/05 (Cordero Alonso), EU:C:2006:529, Rn. 31-32; EuGH, Rs. C-246/06 (Velasco Navarro), EU:C:2008:19, Rn. 32.

71 Artikel 2 Abs. 1 Unterabs. 2 Richtlinie 2002/74 EG.

72 EuGH, Rs. C-246/06 (Velasco Navarro), EU:C:2008:19, Rn. 28-29.

73 EuGH, Rs. C-81/05 (Cordero Alonso), EU:C:2006:529, Rn. 32.

74 Bleckmann, Nationale Grundrechte, 51; Maier, Grundrechtsschutz, 131.

Hingegen lässt sich zumindest aus dieser Rechtsprechung nicht entnehmen, dass auch in Fällen, in denen Richtlinien keine Anwendung einzelner Bestimmungen vor Ablauf der Umsetzungsfrist vorsehen, eine generelle Bindung von vorzeitigen Umsetzungsakten an die Unionsgrundrechte vorliegt. Somit tritt zwar im Ergebnis die Bindungswirkung an die Unionsgrundrechte jedenfalls mit Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie ein, erfasst jedoch auch schon vorher erlassene Umsetzungsmaßnahmen. Diese fallen ab Inkrafttreten der Richtlinie in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, wenn die Richtlinie Bestimmungen enthält, deren Anwendung vor Ablauf der Umsetzungsfrist vorgeschrieben ist, und müssen daher die Erfordernisse des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes beachten.<sup>75</sup> Im Umkehrschluss hingegen ist, da der Gerichtshof eben bei solchen Bestimmungen über die vorzeitige Anwendung von Richtlinienbestimmungen explizit die Eröffnung des Anwendungsbereiches des Unionsrechts bzw. der Richtlinie betont, davon auszugehen, dass in Ermangelung solcher Vorgaben der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet ist und die Unionsgrundrechte somit nicht anwendbar sind.

Jedoch lässt sich auf der Grundlage des Frustrationsverbotes argumentieren, dass auch mitgliedstaatliche Maßnahmen, die das Erreichen des Ziels einer Richtlinie ernstlich in Frage stellen,<sup>76</sup> in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen und somit wohl anhand der Unionsgrundrechte geprüft werden können. Diese Vorwirkung mit Bindung an die Unionsgrundrechte ist allerdings darauf beschränkt, die rechtzeitige Erfüllung des jeweiligen Richtlinienziels in der nationalen Rechtsordnung sicherzustellen, und kann sich nicht darauf erstrecken, etwa konkrete Richtlinienbestimmungen bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist zur Anwendung zu bringen.<sup>77</sup> Dennoch kann sich eine zumindest grobe Prüfung auf die Unionsgrundrechtskonformität ergeben, wenn eine Richtlinie als Ziel die Verwirklichung von Grundrechten beinhaltet, wie etwa die Richtlinie (EU) 2016/343 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafsachen.<sup>78</sup> In diesem Zusammenhang untersuchte der EuGH die von einem mitgliedstaatlichen Höchstgericht nach Beginn der Umsetzungsfrist der Richtlinie herausgegebenen Auslegungshinweise zu den Vorgaben über die Prüfung von Rechtsbehelfen gegen eine

75 AA Dougan, *Common Market Law Review* 2015, 1201 (1224), der etwa für bereits lange vorangegangene Rechtsakte, die womöglich gar dem nachfolgenden Unionsrecht widersprechen, den Begriff der „Umsetzung“ („implementation“) unangebracht findet.

76 EuGH, Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), EU:C:1997:628, Rn. 45; EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), EU:C:2005:709, Rn. 67.

77 Maier, *Grundrechtsschutz*, 142 f.

78 ABI. 2016 L65, 1 ff.

Anordnung der Untersuchungshaft.<sup>79</sup> Er befand, dass diese Hinweise, da sie es den untergeordneten Gerichten ausdrücklich frei stellten, EMRK-konform vorzugehen, und keine bestimmte Entscheidung vorgaben, nicht geeignet seien, die Erreichung der Richtlinienziele ernstlich in Frage zu stellen.<sup>80</sup>

An der soeben beschriebenen Rechtslage ändert sich auch nichts im Fall von Richtlinien, die selbst Unionsgrundrechte umsetzen wie die Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG, die unter anderem ein Verbot der Altersdiskriminierung festlegt.<sup>81</sup> Vor Ablauf der Richtlinienumsetzungsfrist kann eine entsprechende Bestimmung der Richtlinie nicht unmittelbar angewendet werden,<sup>82</sup> es sei denn, eine Bestimmung sähe ausdrücklich eine Anwendung etwa ab Inkrafttreten der Richtlinie auf bestimmte Sachverhalte vor. Unionsgrundrechte müssen zwar grundsätzlich nicht im Primär- oder Sekundärrecht niedergelegt werden, um zu gelten.<sup>83</sup> Das nationale Umsetzungsrecht muss jedoch auch in einem solchen Fall aufgrund der sekundärrechtlichen Positivierung des Grundrechtes erst ab Ablauf der Umsetzungsfrist am Maßstab der Unionsgrundrechte gemessen werden.<sup>84</sup> Dies kann nur dann umgangen werden, wenn die entsprechenden nationalen Regelungen aus einem anderen Grund in den Anwendungsbereich des Unionsrechtes fallen. In *Mangold* argumentierte der Gerichtshof, dass das Diskriminierungsverbot aus Altersgründen so nicht nur auf die Vorwirkungen der Richtlinie 2000/78/EG gestützt werden könne, sondern dass auch die nationalen Vorschriften zur Umsetzung einer anderen Richtlinie ergangen seien.<sup>85</sup> Dies überzeugt grundsätzlich, wenngleich im Einzelfall eine eindeutige Zuordnung durchgeführt werden muss, inwieweit der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist. Sofern dies der Fall ist, lässt sich jedoch die Unionsgrundrechtsbindung damit begründen, dass nicht nur Mitgliedstaaten aus eigener Untätigkeit im Rahmen ihrer Umsetzungsverpflichtung keinen Nutzen ziehen sollen, sondern auch den betroffenen Individuen der Schutz der Unionsgrundrechte nicht verwehrt werden soll.<sup>86</sup>

79 EuGH, Rs. C-439/16 PPU (Milev), EU:C:2016:818, Rn. 33 f. Vgl. hingegen Schlussanträge des Generalanwalts Bobek, EuGH, Rs. C-439/16 PPU (Milev), EU:C:2016:760, Rn. 52, der wenig überzeugend die Auslegungshinweise bereits nicht als Maßnahme zur Umsetzung oder Maßnahme, die die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der Richtlinie sicherstellen soll, einstuft.

80 EuGH, Rs. C-439/16 PPU (Milev), EU:C:2016:818, Rn. 35.

81 ABl. L 303 v. 2.12.2000, 16 ff.

82 Von Danwitz, JZ 2007, 697 (705).

83 Vgl. die Anerkennung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung in EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), EU:C:2005:709, Rn. 74.

84 Von Danwitz, JZ 2007, 697 (705).

85 EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), EU:C:2005:709, Rn. 75. Bei der Richtlinie handelt es sich um Richtlinie 1999/70/EG (ABl. 1999 L 175, 43 ff.). Vgl. allgemein zur Entscheidung *Dougan*, *Mangold*, in: *A Constitutional Order of States? - Essays in Honour of Alan Dashwood*, *passim*; skeptisch *Reich*, EuZW 2006, 20 (22).

86 So *Streinz/Michl*, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 10, die zugleich jedoch für einen eng zu fassenden Durchführungs begriff des Unionsrechts plädieren.

Als mögliches Problem ist hier, wie zuvor besprochen,<sup>87</sup> auf die Auswirkungen auf die Rechtstellung von Dritten hinzuweisen.<sup>88</sup>

Als absolute Schranke ist zuletzt der zeitliche Anwendungsbereich des Unionsrechts selbst zu sehen.<sup>89</sup> Auch eine sich später intensivierende unionsrechtliche Regelung kann nicht den Grundsatz überlagern, dass völkerrechtliche Verträge wie letzten Endes der AEUV und der EUV in Ermangelung einer ausdrücklich gegenteiligen Regelung nicht auf Handlungen oder Tatsachen anwendbar sind, die sich vor deren Inkrafttreten<sup>90</sup> bzw. vor dem Beitritt eines Staates zur Europäischen Union ereignet haben.<sup>91</sup> Dies gilt auch für die Grundrechtecharta bzw. erst durch diese geregelte Rechte, deren Anwendung der EuGH auf Sachverhalte, die sich vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon zugetragen haben, verneint.<sup>92</sup>

Insgesamt überzeugt das abgestufte Vorgehen des EuGH, das der schrittweisen Bindung von Mitgliedstaaten durch Richtlinien auch im Bereich der Unionsgrundrechtsbindung folgt. Konsequent verfolgt der Gerichtshof damit eine Lösung, die auf die unionsrechtliche Determinierung abstellt und weder formalistisch nur das Ablauen der Umsetzungsfrist einer Richtlinie als Beginn jeglicher Bindung setzt noch nicht angemessen begründbare Vorwirkungstheorien entwickelt. Dies ist auch konsistent mit der im Bereich der begrenzten Ausübung von Kompetenzen durch die Union gefundenen Lösung.<sup>93</sup>

#### IV. Verweise im nationalen Recht auf Unionsrecht

Der EuGH erachtet sich als zuständig für Auslegungsfragen nationaler Gerichte, wenn ein Sachverhalt zwar nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, jedoch das nationale Recht durch einen Verweis auf den Inhalt unionsrechtlicher Vorschriften die auf einen rein innerstaatlichen Sachverhalt anwendbaren Regelungen bestimmt.<sup>94</sup> Begründet wird dies mit dem Interesse, dass aus dem Unionsrecht übernommene Bestimmungen unabhängig von den Voraussetzungen

<sup>87</sup> Vgl. Kapitel 4 Abschnitt D.

<sup>88</sup> Diesbezüglich skeptisch zur *Küçükdeveci*-Rechtsprechung des EuGH Wackerbarth/Kreße, EuZW 2010, 252. Siehe zu den Bedenken *Herresthal*, EuZW 2007, 396 (398).

<sup>89</sup> Vgl. hierzu allgemein etwa im Bereich der EU-Erweiterung Kokott, Champ d'application, in: La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), 358 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>90</sup> EuGH, Rs. C-466/11 (Cerrà u.a.), EU:C:2012:465, Rn. 22-23.

<sup>91</sup> Siehe hier in Bezug auf eine vor dem Beitritt des Mitgliedstaates vollständig abgeschlossene Straftat EuGH, Rs. C-218/15 (Paoletti u.a.), EU:C:2016:748, Rn. 40.

<sup>92</sup> Vgl. so zu Ansprüchen auf bezahlten Jahresurlaub aus einer Periode vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und Artikel 31 Abs. 2 Grundrechtecharta EuGH, Rs. C-316/13 (Fenoll), EU:C:2015:200, Rn. 46-47.

<sup>93</sup> Siehe Abschnitt D.V.

<sup>94</sup> EuGH, Rs. C-3/04 (Poseidon Chartering), EU:C:2006:176, Rn. 15; EuGH, Verb. Rs. C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/08 (Salahadin Abdulla u.a.), EU:C:2010:105, Rn. 48.

ihrer konkreten Anwendung einheitlich ausgelegt werden müssen, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern, wenn durch die Verweistechnik sichergestellt werden soll, dass innerstaatliche und durch das Unionsrecht geregelte Sachverhalte gleich behandelt werden.<sup>95</sup>

Fraglich ist hingegen, inwieweit so – durch einen Verweis des nationalen Recht auf das Unionsrecht, wodurch eine parallele Auslegung erzielt werden soll – auch eine Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auf einen ansonsten nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallenden Sachverhalt erreicht werden kann. Der Gerichtshof führt in seiner Rechtsprechung aus, dass sich hierfür ein ausreichend eindeutiger Verweis im nationalen Recht auf die Anwendung unionsrechtlicher Grundsätze finden lassen muss.

Grundsätzlich handelt es sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt, auf den weder Unionsrecht noch Unionsgrundrechte anwendbar sind, wenn nach nationalem Recht keine Behandlung eines solchen völlig auf den Mitgliedstaat bezogenen Sachverhalts vorgesehen ist, die eine Gleichbehandlung mit einem unionsrechtlich geregelten Sachverhalt sicherstellen soll, bzw. das nationale Gericht sich auch nicht auf Unionsrecht stützen müsste, um den Inhalt des anwendbaren nationalen Rechts zu bestimmen.<sup>96</sup>

In *Cicala* hingegen fand sich neben nationalen Vorschriften zur Begründungspflicht für Verwaltungsentscheidungen ein entsprechender Verweis.<sup>97</sup> Allerdings bezog sich das einschlägige nationale Gesetz nur allgemein auf die „Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung“, ohne nähere Bezugnahme etwa auf die unionsrechtliche Begründungspflicht des Artikel 41 Abs. 2 lit. c Grundrechtecharta.<sup>98</sup> Die anzuwendenden Vorschriften erklärten somit nicht die genannten unionsrechtlichen Vorschriften für unmittelbar anwendbar und enthielten auch keinen „unbedingten“ Verweis auf das Unionsrecht zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte, aufgrund dessen die unionsrechtlichen Vorschriften ohne Einschränkung auf den Ausgangssachverhalt anwendbar geworden wären.<sup>99</sup> Eine solche Anwendung könnte nach Ansicht des Gerichtshofs somit nur erfolgen, wenn dargelegt werden könne, dass aufgrund eines Verweises die entsprechenden nationalen Vorgaben beispielsweise zur Begründungspflicht auch bei innerstaatlichen Sachverhalten verdrängt würden, um ebensolche und durch das Unionsrecht geregelte Sachverhalte gleich zu behandeln.<sup>100</sup> In *Romeo* ergänzte der Gerichtshof, dass das Ziel einer nationalen, verweisenden Vorschrift die Gleichbehandlung innerstaatlicher mit unionsrechtlich geregelten Sachverhalten sein müs-

95 EuGH, Rs. C-583/10 (Nolan), EU:C:2012:638, Rn. 46; EuGH, Verb. Rs. C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/08 (Salahadin Abdulla u.a.), EU:C:2010:105, Rn. 48.

96 EuGH, Rs. C-92/14 (Tudorcan), EU:C:2014:2051, Rn. 41.

97 EuGH, Rs. C-482/10 (Cicala), EU:C:2011:868, Rn. 24.

98 Rn. 25.

99 Rn. 26-27.

100 Rn. 28.

se.<sup>101</sup> Insbesondere muss ein Verweis „unmittelbar und unbedingt“ sein und darf das nationale Recht nicht erlauben, dass die durch den EuGH ausgelegten Bestimmungen durch andere Bestimmungen des nationalen Rechts verdrängt werden.<sup>102</sup>

Der Gerichtshof legt somit einen hohen Standard an und verlangt einen unbedingten, klaren Verweis, der zur unwiderruflichen Verdrängung innerstaatlicher Vorschriften führt. Dies spiegelt letzten Endes auf überzeugende Art und Weise wider, dass die Bindung an die Unionsgrundrechte letztlich Ausdruck der Eigenständigkeit des Unionsrechts ist. Soll daher im nationalen Recht bei innerstaatlichen Sachverhalten das Unionsrecht durch innerstaatlichen Anwendungsbefehl zur Anwendung kommen, muss dies nicht nur unzweifelhaft in der entsprechenden Norm zum Ausdruck gelangen; es muss sich daraus auch Vorrang und Einheitlichkeit des Unionsrechtes – mitsamt des auf die Unionsebene verlagerten Grundrechtsschutzes – daraus ergeben.

## V. Zwischenergebnis

Abschließend weist das Kriterium des Charakters der nationalen Regelung somit auf relevante Vorfragen hin, die bezüglich einer nationalen Regelung zu beantworten sind, bevor im Detail die tatsächlich entscheidende Frage der unionsrechtlichen Determinierung zu prüfen ist.

Eine ausdrückliche Absicht, Unionsrecht umsetzen oder durchführen zu wollen, wird vom EuGH nicht verlangt, um von einer Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte auszugehen. Überdies unterscheidet der Gerichtshof auch nicht auf der Grundlage, welche Art unionsrechtlichen Rechtsaktes das nationale Recht durchführt, d.h. ob es sich um einen Rechtsakt zur Umsetzung einer Richtlinie oder zur Ergänzung oder Anwendung einer Verordnung handelt. Daneben kann – quasi als Ergänzung zur vorher festgestellten Irrelevanz einer Durchführungsabsicht im nationalen Recht – nationales Recht, das ursprünglich nicht unionsrechtlich determiniert erlassen wurde, aufgrund späterer unionsrechtlicher Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechtes mitsamt Anwendung der Unionsgrundrechte fallen. Bestimmt schließlich das nationale Recht, dass auf innerstaatliche Sachverhalte unionsrechtliche Grundsätze wie etwa die Unionsgrundrechte zur Anwendung kommen sollen, so ist dies mit einem eindeutigen, unmittelbaren und unbedingten Verweis zu regeln und bringt entsprechend den Vorrang und die einheitliche Anwendung der unionsrechtlich bestimmten Auslegungslösung mit sich.

101 EuGH, Rs. C-313/12 (Romeo), EU:C:2013:718, Rn. 32.

102 Rn. 33 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

Somit kann abschließend zusammengefasst werden, dass das Kriterium des Charakters der nationalen Regelung primär Merkmale aufführt, die – mit Ausnahme des Verweises zur Anwendbarkeit unionsrechtlicher Grundsätze auf innerstaatliche Sachverhalte – eben nicht auf eine Unionsgrundrechtsbindung schließen lassen bzw. eine solche weder herbeiführen noch ausschließen. Das Hauptaugenmerk für die Feststellung der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte liegt für den Gerichtshof indes – zu Recht – auf der genauen Feststellung des unionsrechtlichen Determinierungsgrades einer Situation, d.h. dem in der Folge zu untersuchenden Kriterium der unionsrechtlichen Regelungsdichte. Vor dem Hintergrund der Einheitlichkeit des Unionsrechts erschiene es störend, Charakteristika des nationalen Rechts für die Frage der Reichweite der Bindung an die Unionsgrundrechte heranzuziehen. Einzige Ausnahme stellt hier der ausdrückliche Verweis zur Anwendung des Unionsrechtes auf innerstaatliche Sachverhalte dar.

#### D. Zum Kriterium der unionsrechtlichen Regelungsdichte

Unter dem Dach des Begriffes der unionsrechtlichen Regelungsdichte lassen sich eine Vielzahl von qualitativ unterschiedlichen Regelungssituationen unterscheiden. In der Folge sollen diese in einer – bewusst vage zu verstehenden – Reihe untersucht werden, die die unterschiedlichen Situationen grob absteigend nach dem Grad der unionsrechtlichen Determinierung auflistet. Insgesamt zeigt sich, dass für den EuGH konstant die unionsrechtliche Determinierungsdichte als zentrales Argument dient, um eine Bindung an die Unionsgrundrechte zu bejahen oder zu verneinen. Einen Überblick bietet ein abschließendes Schema.

Einleitend ist an dieser Stelle eine klare Unterscheidung zwischen der Zuständigkeit des Gerichtshofs und der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte wegen der unionsrechtlichen Regelungsdichte zu treffen. So bestehen durchaus Bereiche wie etwa in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, in denen durch Unionsrecht Regelungen geschaffen werden, jedoch der Gerichtshof nicht zuständig ist.<sup>103</sup> Bei anderen Gelegenheiten kann nationales Recht durch Verweise auf Unionsrecht die Zuständigkeit des EuGH eröffnen; in diesen Fällen sind aber nicht immer die Unionsgrundrechte anwendbar.<sup>104</sup> Somit dürfen die beiden Konzepte nicht verwechselt werden, wenngleich die Zuständigkeit des Gerichtshofs einen ersten Hinweis auf die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte liefern kann.

103 Latzel, EuR 2015, 658 (658 Fußnote 2) m.w.N. Der Gerichtshof stellte hierzu fest, dass etwa Artikel 47 Grundrechtecharta nicht selbständig eine Zuständigkeit des Gerichtshofes begründen könne, wenn die Verträge diese ausschliessen; jedoch seien solche Ausschlussklauseln im Lichte des Artikel 47 Grundrechtecharta eng auszulegen, EuGH, Rs. C-72/15 (Rosneft), EU:C:2017:236, Rn. 74.

104 Hierzu bereits ausführlich Abschnitt C.IV.

## I. Mitgliedstaatlicher Vollzug von Unionsrecht ohne eigenen Ermessensspielraum

Im Grundsatz kaum bestritten ist die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte, so weit ein reiner Vollzug bzw. eine reine Anwendung unionsrechtlicher Vorschriften vorliegt, ohne dass weitere rechtsetzende, ergänzende Schritte durch mitgliedstaatliche Stellen erforderlich werden. Als einzige zu prüfende Voraussetzung ist in einem solchen Fall bei einem Verwaltungsverfahren zu prüfen, ob es effektiv um die Anwendung von Unionsrecht geht.<sup>105</sup>

Ein typisches Beispiel für einen Vollzug von Unionsrecht durch mitgliedstaatliche Behörden ohne eigenen Ermessensspielraum stellen Zollvorschriften dar. So hielt eine Generalanwältin überzeugend fest, die Voraussetzung, im Anwendungsbereich der Verträge tätig zu werden, sei „zweifellos“ erfüllt, wenn Mitgliedstaaten für den administrativen Vollzug des Zollrechts zuständig seien.<sup>106</sup> Der EuGH bestätigte diese Auffassung kurz, aber deutlich, indem er die Bindung an die Unionsgrundrechte und damit verbunden seine eigene Auslegungskompetenz für die Fälle feststellte, in denen Modalitäten betroffen seien, nach denen die nationalen Behörden den Zollkodex der Union „anzuwenden“ hätten.<sup>107</sup> Indes ist eine Anwendungssituation ohne jegliches Ermessen von jener zu unterscheiden, in der die Mitgliedstaaten noch ausführende Verfahrensregeln zu treffen haben.<sup>108</sup>

Die richterliche Anwendung von Voraussetzungen, die im Unionsrecht niedergelegt sind, ist ebenfalls als Durchführung des Unionsrechts zu sehen, wobei sich in der Folge die entsprechende Prüfung anhand der Unionsgrundrechte auf die unionsrechtlichen Vorgaben und – in Ermangelung entsprechender Anhaltspunkte – nicht auf das Handeln der Gerichte richtet.<sup>109</sup> Ebenso ist die Art und Weise, in der Behörden Aussagen und sonstige Beweise prüfen, an die Unionsgrundrechte gebunden, wenn dies gestützt auf entsprechende Bestimmungen einer Richtlinie erfolgt.<sup>110</sup>

105 Jarass, *Charta*, Artikel 51, Rn. 19.

106 Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, EuGH, Rs. C-62/06 (ZF Zefeser), EU:C:2007:264, Rn. 52.

107 EuGH, Rs. C-349/07 (Sopropé), EU:C:2008:746, Rn. 35. Im konkreten Fall waren allerdings in der Folge zusätzliche nationale Vorschriften zur Ausgestaltung des Zollverfahrens zu prüfen. Ähnlich dürfte der Fall zu behandeln sein, in dem etwa im Rahmen einer auf der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik beruhenden Mission mitgliedstaatliche Schiffe o.ä. für die Union tätig werden und daher der Grundrechtecharta auch außerhalb des Unionsterritoriums unterworfen sind, siehe gestützt auf die Rechtsprechung des EGMR m.w.N. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-263/14 (Parlament/Rat), EU:C:2015:729, Rn. 68.

108 Vgl. hierzu Abschnitt D.III.1.

109 EuGH, Rs. C-416/10 (Križan), EU:C:2013:8, Rn. 111-112. Vgl. auch ausführlicher Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-416/10 (Križan), EU:C:2012:218, Rn. 182 ff.

110 EuGH, Verb. Rs. C-148/13, C-149/13 und C-150/13 (A, B und C), EU:C:2014:2406, Rn. 53.

Bereits in dieser eher eindeutigen Konstellation betonte der Gerichtshof den Grundsatz, dass keine Grundrechtsklausel erforderlich ist, um die Bindung an die Unionsgrundrechte auszulösen. Die Verpflichtung mitgliedstaatlicher Behörden, die Unionsgrundrechte zu beachten, wenn sie auf Unionsrecht gestützt Entscheidungen erlassen, gelte auch für Fälle, in denen die anwendbare Regelung „eine solche Formalität“, d.h. etwa eine Bestimmung zur Berücksichtigung der Verteidigungsrechte, nicht ausdrücklich vorsieht.<sup>111</sup> Dies überzeugt vor dem Hintergrund der vollumfänglichen Bindung jeglicher Ausübung unionaler Hoheitsgewalt an die eigenen Grundrechtsstandards, die nicht von einer entsprechenden Klausel im jeweiligen Rechtsakt abhängen kann.<sup>112</sup>

## II. Gewährung von Ermessensspielräumen für Mitgliedstaaten in unionsrechtlichen Regelungen

In einer Reihe von Konstellationen entschied der EuGH, dass auch dort, wo Unionsrecht lediglich einen entscheidungslenkenden Rahmen vorgibt, eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte anzunehmen ist. Die Ergänzung des Unionsrechts durch nationale Regelungen kann unterschiedliche Formen annehmen, so etwa jene des Ausfüllens eines Ermessensspielraumes oder etwas eingeschränkter die Auswahl einer von mehreren durch das Unionsrecht vorgesehnen Handlungsoptionen. Teils ergibt sich aus den Unionsgrundrechten heraus sogar eine Handlungspflicht im Rahmen eines Ermessensspielraumes. Zu untersuchen sind in der Folge die – inhaltlich jedoch ähnlichen Regeln folgenden – Konstellationen einer Unionsgrundrechtsbindung im Bereich von Rechtfertigungsgründen für Grundfreiheitsbeschränkungen, von Grundrechten als selbständigen Rechtfertigungsgründen für Grundfreiheitsbeschränkungen, von Verordnungen und von Richtlinien.

### 1. Bindung an die Unionsgrundrechte im Rahmen der Rechtfertigungsgründe für grundfreiheitsbeschränkende mitgliedstaatliche Maßnahmen

Als klassische Situation ist hier jene Konstellation zu untersuchen, in der Mitgliedstaaten Ermessen ausüben, indem sie sich auf Rechtfertigungsgründe bei grundfreiheitseinschränkendem Handeln berufen. Zu unterscheiden hiervon sind die Fallkonstellationen der Bereichsausnahmen, etwa von Freizügigkeitsvorgaben wie Artikel 45 Abs. 4 AEUV bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, in denen zumin-

<sup>111</sup> EuGH, Verb. Rs. C-129/13 und C-130/13 (Kamino International Logistics), EU:C:2014:2041, Rn. 31.

<sup>112</sup> Vgl. bereits zur theoretischen Grundlage dieser notwendigen umfassenden Bindung Kapitel 2 Abschnitt C.III.

dest für die Frage des Zugangs zur Beschäftigung<sup>113</sup> die unionsrechtlichen Vorgaben nicht anwendbar sind.<sup>114</sup> In letzteren Fällen handeln Mitgliedstaaten nicht im Rahmen unionsrechtlich gewährter Ermessensspielräume, sondern außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts,<sup>115</sup> wenngleich der EuGH durch seine autonome Auslegung von Begriffen wie etwa jenes der „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ die Grenzen der Bereichsausnahme festlegt.<sup>116</sup> Diese Grenzfestlegung durch den EuGH geht aber nicht damit einher, dass die Bereichsausnahmen wie Rechtfertigungsgründe wirken bzw. eine unionsrechtlich bedingte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen wäre.<sup>117</sup>

Hinweise, wann eine Regelung vom Unionsrecht determinierte Ermessensspielräume gewährt und wann sie als tatsächliche Ausnahmeverordnung, die den Anwendungsbereich des Unionsrecht und somit der Unionsgrundrechte beschränkt, anzusehen ist, gab Generalanwältin Kokott in *Marks & Spencer*. Eine im Mehrwertsteuerrecht gewährte Ausnahmeregelung sah vor, dass auf der vorausgehenden Stufe gezahlte Steuer zurückgestattet werde und ermäßigte Sätze beibehalten werden könnten, die niedriger als der in einer anderen Bestimmung festgelegte Mindestsatz für ermäßigte Steuersätze seien.<sup>118</sup> Eine Auslegung als Bereichsausnahme widerspräche hier dem Wortlaut der Bestimmung und dem Gebot, Ausnahmeverordnungen eng auszulegen.<sup>119</sup> Aus früherer Rechtsprechung zum Mehrwertsteuerrecht schloss die Generalanwältin, dass Ausnahmeregelungen nur insoweit die Bindungswirkung allgemeiner Rechtsgrundsätze und der Unionsgrundrechte aufhöben, als sie Ausnahmen vom Unionsrecht zuließen, d.h. beispielsweise nicht als – fehlerhafte – Umsetzung einer Richtlinie zu sehen seien;<sup>120</sup> jedoch sind in der Folge die Unionsgrundrechte erneut auf die mitgliedstaatlichen Maßnahmen im Bereich der Ausnahmeregelung anzuwenden.

Für die genannte Konstellation ist die Entscheidung in *ERT* besonders viel diskutiert worden. Bereits vor *ERT* gibt es jedoch Entscheide des Gerichtshofes und Schlussanträge der Generalanwälte, die den Weg vorzeichnen, sodass *ERT* wohl nicht als alleinstehende, revolutionäre Entscheidung zu lesen ist. Dennoch ist in der Folge auch diese Entscheidung näher zu beleuchten, bevor auf die Folgerecht-

<sup>113</sup> Vgl. hingegen zur Anwendung des Diskriminierungsverbots in Bezug auf Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen, sobald der Zugang zur Beschäftigung gewährt wurde, EuGH, Rs. 152/73 (Sotgiu), EU:C:1974:13, Rn. 4; EuGH, Rs. C-195/98 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), EU:C:2000:655, Rn. 37.

<sup>114</sup> Siehe auch bei *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2010, 265 (269) m.w.N.

<sup>115</sup> So auch m.w.N. *Fuchs*, Bereichsausnahmen, 115.

<sup>116</sup> Vgl. zusammenfassend zu den Vorgaben der eigenen Rechtsprechung EuGH, Rs. C-270/13 (Haralamidis), EU:C:2014:2185, Rn. 43 ff.

<sup>117</sup> *Fuchs*, Bereichsausnahmen, 116 f., die zeigt, dass einzelne Urteile des EuGH in der Vergangenheit durch ihre Formulierung diesen Eindruck erwecken hätten können.

<sup>118</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-309/06 (Marks & Spencer), EU:C:2007:785, Rn. 26.

<sup>119</sup> Rn. 29.

<sup>120</sup> Rn. 35.

sprechung, die – in der Begründung überzeugend – dieselbe Lösung auf eine Reihe weiterer Konstellationen ausdehnte, eingegangen wird. Zuletzt sind noch die Argumente für und gegen eine Grundrechtsbindung im Bereich der Rechtfertigungsgründe für grundfreiheitsbeschränkende Maßnahmen sowie deren Folgen zu erörtern, um das Vorgehen des Gerichtshofs zu bewerten.

a) *Rechtsprechung und Schlussanträge der Generalanwälte vor der Entscheidung in ERT*

Während alles überragend wohl die Entscheidung in *ERT* wahrgenommen wird, darf nicht vergessen werden, dass bereits zuvor insbesondere die Generalanwälte erste Grundlagen für die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte im Bereich unionsrechtlich gewährter Ermessensspielräume schufen. Beschränkungen von Grundfreiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit boten bereits früh die Gelegenheit, auf grundrechtliche Ideen bzw. deren Verankerung im Unionsrecht zurückzugreifen, um die exakte Beschränkung der mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume festzulegen. Somit wird die Reichweite unionsrechtlicher Schranken der Grundfreiheit mitbegrenzt, d.h. ein Wertungswiderspruch vermieden, da ansonsten ein weitergehender Eingriff in eine Grundfreiheit vorgenommen werden könnte, als unionsgrundrechtlich zulässig wäre.<sup>121</sup>

Bereits deutlich vor der richtungweisenden Entscheidung in *ERT* griff der EuGH so in *Rutili* zum Maßstab der Bestimmungen der von allen Mitgliedstaaten ratifizierten EMRK, welcher eine „besondere Ausprägung“ eines allgemeineren Grundsatzes zur Beschränkung der ausländerpolizeitlichen Befugnisse der Mitgliedstaaten darstelle.<sup>122</sup> Auf ähnliche Weise argumentierte Generalanwalt Warner in *Henn und Darby*, dass für die Auslegung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Sittlichkeit gemäss Artikel 36 AEUV im Bereich der Warenverkehrsfreiheit die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigt werden solle.<sup>123</sup> Allerdings bleiben die Ausführungen des Generalanwalts zu offen, um eindeutig die Aussage ableiten zu können, mitgliedstaatliche Maßnahmen im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten seien anhand von – hier durch die EMRK inhaltlich ausgefüllten – unionsrechtlichen Grundrechtsstandards zu messen. So zog er die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR ohne detailliertere Begründung lediglich als Ausleghilfe für den unionsrechtlichen Begriff heran.

In *Cinéthèque* bezog sich der Generalanwalt, obwohl er letztlich keine Verletzung der entsprechenden Vorgaben erkannte, auf die EMRK. Diese gebe dem Gerichtshof, ohne selbst für die Union bindend oder Teil des Unionsrechts zu sein,

121 Cremer, Funktionen, in: Europäischer Grundrechtsschutz, Rn. 147.

122 EuGH, Rs. 36/75 (*Rutili*), EU:C:1975:137, Rn. 32.

123 Schlussanträge des Generalanwalts Warner, EuGH, Rs. 34/79 (*Henn und Darby*), EU:C:1979:246, 3821-3822.

Leitlinien für die Feststellung der im Unionsrecht anwendbaren Rechtsgrundsätze an die Hand. Daher sollten sowohl die vertraglich festgelegten Rechtfertigungsgründe für Grundfreiheitseinschränkungen als auch die Gründe in Form von zwingenden Interessen des Allgemeinwohls im Lichte der Konvention ausgelegt werden.<sup>124</sup> Der Gerichtshof selbst hingegen stufte in *Cinéthèque* eine den Warenverkehr einschränkende, aber zur Förderung der Filmindustrie gerechtfertigte nationale Maßnahme als in den Bereich des Ermessens des nationalen Gesetzgebers fallend ein und sah somit den Bereich des Unionsrechts nicht eröffnet, in dem er für die Einhaltung der Grundrechte zu sorgen hatte.<sup>125</sup> Dabei wendete er wohl die Unionsgrundrechte vor allem deswegen nicht an, weil es sich um einen Anwendungsfall eines ungeschriebenen Rechtfertigungsgrunds im Rahmen einer Grundfreiheitsbeschränkung handelte, während in *ERT* ein vertraglich verankerter Rechtfertigungsgrund geprüft wurde.<sup>126</sup> Hingegen hielt er in späterer Rechtsprechung eine solche Unterscheidung nicht aufrecht und behandelte ungeschriebene und geschriebene Rechtfertigungsgründe in Bezug auf die Anwendung der Unionsgrundrechte gleich.<sup>127</sup>

Noch kurz vor der Entscheidung in *ERT* schlug Generalanwalt *Van Gerven* in *Grogan* vor, dass zwar bis jetzt aufgrund von Fällen wie *Cinéthèque* und *Demirel* noch nicht eindeutig geklärt sei, inwieweit der Gerichtshof nationale Regelungen auf Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrecht in Bezug auf Grundrechte prüfen könne; in *Wachauf* hingegen habe der Gerichtshof präzisiert, dass die Mitgliedstaaten die Erfordernisse der Grundrechte aus dem Unionsrecht bei der Durchführung der unionsrechtlichen Regelungen zu beachten hätten. Wie in *Demirel* reiche im vorliegenden Fall auch aus, dass eine nationale Regelung im Rahmen des Unionsrechts liege, wobei es sich hier um eine Berufung auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung einer grundfreiheitseinschränkenden Maßnahme handle. Zwar könnten diese Begriffe in erheblichem Ausmaß von den Mitgliedstaaten definiert werden, jedoch erfolge die für die gesamte Union einheitliche Abgrenzung dieser Begriffe unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze auch in Bezug auf Grundrechte nach dem Unionsrecht.<sup>128</sup> Der EuGH hingegen entschied, dass es sich im vorliegenden Fall um keine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs handle.<sup>129</sup> Daher erinnerte er zwar an seine Rechtsprechung in *ERT*, der zufolge er dem vorlegenden Gericht alle Auslegungskriterien auch in Bezug auf die Wahrung der Grundrechte im Unionsrecht

124 Schlussanträge des Generalanwalts *Slynn*, EuGH, Rs. 60/84 und 61/84 (*Cinéthèque*), EU:C:1985:122, 2616.

125 EuGH, Rs. 60/84 und 61/84 (*Cinéthèque*), EU:C:1985:329, Rn. 26.

126 *Snell*, European Public Law 2015, 285 (289).

127 EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), EU:C:1997:325, Rn. 24.

128 Schlussanträge des Generalanwalts *van Gerven*, EuGH, Rs. C-159/90 (*Grogan*), EU:C:1991:249, Rn. 31.

129 EuGH, Rs. C-159/90 (*Grogan*), EU:C:1991:378, Rn. 24.

an die Hand zu geben habe, wenn eine nationale Regelung „in den Anwendungsbereich“ des Unionsrechts falle. Jedoch handle es sich hier aufgrund des Sachverhalts eben um eine nationale Regelung außerhalb des „Bereichs“ des Unionsrechts.<sup>130</sup> Die enttäuschend ausweichende Antwort des EuGH wurde teils damit begründet, dass der Gerichtshof die einschlägige Dienstleistungsfreiheit zu jenem Zeitpunkt noch nicht auf unterschiedslos anwendbare nationale Maßnahmen ausgeweitet hatte.<sup>131</sup> Hingegen erscheint durchaus plausibel, dass der EuGH auch bis zu einem gewissen Grad aus rechtspolitischen Gründen eine Stellungnahme zum irischen Abtreibungsverbot vermeiden wollte.<sup>132</sup>

Es ergibt sich somit zuletzt vor der Entscheidung in *ERT* ein eher widersprüchliches Bild, in dem zwar die Grundelemente mitgliedstaatlicher Bindung an die Unionsgrundrechte im Bereich der Rechtfertigung grundfreiheitsbeschränkender Massnahmen sich in den Äußerungen der Generalanwälte durchaus abzeichneten, jedoch in *Cinéthèque* der Gerichtshof ohne überzeugende Erklärung abwich bzw. in *Grogan* nicht zur Frage der Anwendung der Unionsgrundrechte auf mitgliedstaatliches Handeln im Bereich von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses Stellung bezog. Überzeugender ist trotz des Bezugs auf die eigene Rechtsprechung in *Cinéthèque* die Entscheidung in *Demirel*, in der der EuGH ebenso festhielt, nicht zuständig für die Prüfung der Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit der EMRK zu sein, die nicht „im Rahmen“ des Unionsrechts liegen. Damit bezeichnete der Gerichtshof jedoch eine Situation, in der es zu jenem Zeitpunkt keine einschlägige unionsrechtliche Vorschrift für die Voraussetzungen der Familienzusammenführung für in der Union lebende türkische Arbeitnehmer gab, d.h. die nationalen Vorschriften nicht „zur Durchführung“ des Unionsrechts erlassen wurden.<sup>133</sup>

### b) Zur Entscheidung in *ERT*

Zwar knapp, aber letzten Endes überzeugend stellte der Gerichtshof in *ERT* die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte fest, wenn Mitgliedstaaten im Bereich vertraglicher Ausnahmen von den Grundfreiheiten agieren. Zugleich wies er bereits darauf hin, dass ähnliche Konstellationen ähnlich zu behandeln sein dürfen. Im Fall ging es um einen Rechtsstreit zwischen der griechischen staatlichen Monopolrundfunkgesellschaft und einem privaten Sender, der gegen die Genehmigungspflicht vor der Sendeaufnahme verstoßen hatte. In den Vorlagefragen an

130 Rn. 31.

131 Von Papp, Integrationswirkung von Grundrechten, 128 ff.

132 So Bleckmann, Nationale Grundrechte, 87, mit Verweis auf die im selben Jahr ergangene Entscheidung EuGH, Rs. C-76/90 (Säger), EU:C:1991:331, Rn. 12, in der der EuGH die Beschränkung auf diskriminierende Maßnahmen aufhob.

133 EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), EU:C:1987:400, Rn. 28.

den EuGH fragte das nationale Gericht, ob auch unabhängig von sekundärem Unionsrecht die Mitgliedstaaten die Unionsgrundrechte schützen müssten.

Der Gerichtshof erinnerte mit Verweis auf die Entscheidungen in *Nold* und *Johnston* daran, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu rechnen seien und zu diesem Zweck von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von „Hinweisen“ aus völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten auszugehen sei. Die EMRK habe hier besondere Bedeutung, und insbesondere könnten in der Union keine Massnahmen als rechtens anerkannt werden, die mit den so anerkannten Menschenrechten unvereinbar seien.<sup>134</sup> Der EuGH bezog sich auf die Entscheidung in *Cinéthèque*, um festzuhalten, dass er eine nationale Regelung, die nicht „im Rahmen“ des Unionsrechts ergangen sei, nicht im Hinblick auf die EMRK prüfen könne; jedoch habe er dem nationalen Gericht dann alle Auslegungskriterien an die Hand zu geben, die zur Beurteilung der Grundrechtskonformität einer Maßnahme im Lichte der vom Gerichtshof zu sichernden Grundrechte notwendig seien.<sup>135</sup> „Insbesondere“ in Fällen, in denen ein Mitgliedstaat sich auf vertragliche Rechtfertigungsgründe im Bereich der Binnenmarktfreiheiten berufe, seien derartige Rechtfertigungen „im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen“; nur grundrechtskonforme Maßnahmen könnten daher unter die vorgenommenen Ausnahmen fallen.<sup>136</sup> Bereits an dieser Stelle klärte der EuGH so implizit einerseits, dass auch die Unionsgrundrechte anzuwenden sind, wenn Mitgliedstaaten aufgrund von Vertragsbestimmungen Ermessen genießen; ausdrücklicher hielt er andererseits durch die Verwendung des Begriffes „insbesondere“ fest, dass es sich bei der Konstellation des Handelns im Bereich vertraglicher Rechtfertigungsgründe nur um eine von offensichtlich mehreren möglichen Situationen handle, in denen die Unionsgrundrechte zur Anwendung kommen.

Weniger eindeutig als jenes des Gerichtshofes, wenngleich inhaltlich mit ähnlicher Schlussfolgerung erscheint hier das Vorbringen des Generalanwalts in *ERT*. Konfrontiert mit der Frage, ob Artikel 10 EMRK zur Freiheit des Empfanges von Informationen Vorgaben treffe für die Ausgestaltung eines Fernsehmonopols, hielt er fest, dass „in erster Linie“ der EuGH nicht zur Beurteilung von Verletzungen der EMRK berufen sei, und „Normen der Mitgliedstaaten“ zu prüfen primär nicht ihm, sondern den Organen der EMRK zukomme.<sup>137</sup> Erst danach gestand er zu, dass die EMRK – ohne genauer auf den Anwendungsbereich unionsrechtlicher Grundrechtsstandards einzugehen – „Hinweise“ geben könne, jedoch im vorliegenden Fall keine solchen zu liefern vermöge, die über die Vorgaben, die sich bereits aus der Dienstleistungsfreiheit und ähnlichen Grundfreiheitsnormen

134 EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), EU:C:1991:254, Rn. 41.

135 Rn. 42.

136 Rn. 43.

137 Schlussanträge des Generalanwalts Lenz, EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), EU:C:1991:26, Rn. 50.

ergäben, hinausgingen.<sup>138</sup> Letzten Endes erachtete der Generalanwalt somit den Gerichtshof wohl dennoch zur Prüfung der nationalen Normen anhand der Unionsgrundrechte befugt, führte jedoch die Gründe insbesondere in Bezug auf den Anwendungsbereich dieser Grundrechte nicht angemessen aus.

c) *Die Ausweitung der Grundsätze der Entscheidung in ERT auf andere Konstellationen*

In mehreren Fällen folgte der Gerichtshof der eigenen, offen gewählten Formulierung und erläuterte, dass auch weitere Konstellationen im Bereich der Grundfreiheiten, in denen die Mitgliedstaaten aufgrund unionsrechtlich gewährter Ermessensspielräume tätig werden, die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auf mitgliedstaatliches Handeln nach sich ziehen.

Zunächst bestätigte er die Entscheidung in *ERT* in *TV 10*. Generalanwalt *Lenz* schlug bereits vor, die *ERT*-Rechtsprechung auf die Rechtfertigung einer Einschränkung von Grundfreiheiten durch nationale Maßnahmen, hier ein Umgehungsverbot nationaler Vorschriften für Privatsender, anzuwenden.<sup>139</sup> Der Gerichtshof folgte diesem Vorschlag, wenngleich in etwas knapperer Form.<sup>140</sup>

In *Familiapress* stellte der EuGH darüber hinausgehend in Bezug auf eine mitgliedstaatliche Verbotsregelung bestimmter ausländischer Zeitschriften mit Preisträtseln knapp<sup>141</sup> fest, dass auch dann, wenn Mitgliedstaaten sich auf zwingende Erfordernisse, d.h. nicht ausdrücklich im Vertrag festgeschriebene Rechtfertigungsgründe für Grundfreiheitsbeschränkungen, berufen, die Rechtfertigung „im Lichte der“ Unionsgrundrechte auszulegen sei.<sup>142</sup> Dies überzeugt dogmatisch, handelt es sich doch unabhängig von der präzisen Verankerung eines Rechtfertigungsgrundes im Primärrecht jedenfalls um eine Konstellation, in der Unionsrecht mitgliedstaatliches Handeln erlaubt, aber mit einem Ermessensspielraum umgrenzt.<sup>143</sup>

In *Carpenter* stellte der Gerichtshof fest, dass eine Ausweisungsentscheidung der Ehegattin eines Dienstleistungserbringers im unionsrechtlichen Sinn einen Eingriff in dessen unionsrechtlich gewährleistete Grundrechte darstelle. Ein Mitgliedstaat könne sich nur zur Rechtfertigung einer eigenen Regelung auf Gründe

138 Rn. 51.

139 Schlussanträge des Generalanwalts *Lenz*, EuGH, Rs. C-23/93 (TV 10), EU:C:1994:251, Rn. 83.

140 EuGH, Rs. C-23/93 (TV 10), EU:C:1994:362, Rn. 24-26.

141 Wie *Groussot/Pech/Petursson*, Eric Stein Working Paper 2011, 1 (11) zeigen, dient die Entscheidung in *ERT* geradezu nur noch als implizite Prämisse in der Entscheidung des Gerichtshofes.

142 EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), EU:C:1997:325, Rn. 24-25; *Spaventa*, Federalisation, in: 50 Years of the European Treaties - Looking Back and Thinking Forward, 349. Vgl. auch die dazugehörigen Schlussanträge des Generalanwalts *Tesáuro*, EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), EU:C:1997:150, Rn. 26.

143 Hingegen teils skeptisch zur Zuordnung von Grundrechten zum Schutzbereich der Grundfreiheiten *Jarass*, Charta, Artikel 51, Rn. 21.

des Allgemeininteresses berufen, wenn die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit behindernde Regelung mit den Unionsgrundrechten in Einklang stehe.<sup>144</sup> Ähnlich hielt der EuGH in einer Vielzahl weiterer Entscheide fest, dass potenziell die Freizügigkeit behindernde innerstaatliche Regelungen nur durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden könnten, wenn die Regelung den Unionsgrundrechten Rechnung trüge.<sup>145</sup> Dies gilt auch für Drittstaatsangehörige in der vergleichbaren Situation im Rahmen der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG,<sup>146</sup> da dem Gerichtshof zufolge auch hier die Charta anwendbar sei.<sup>147</sup>

Die Grundrechtsbindung in unionsrechtlich gewährten Ermessensspielräumen gilt auch für Abkommen mit Drittstaaten, soweit diese den Grundfreiheiten vergleichbare Bestimmungen enthalten. In *Panayotova* entschied der Gerichtshof, dass nationale Verfahrensvorschriften für die Erteilung einer vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung die Ausübung eines in einem solchen Abkommen gewährleisteten Niederlassungsrechts weder unmöglich machen noch außergewöhnlich erschweren dürften.<sup>148</sup> Bei nach den anwendbaren unionsrechtlichen Vorschriften getroffenen Entscheidungen dieser Art sei der unionsrechtliche Grundsatz der effektiven gerichtlichen Kontrolle einzuhalten,<sup>149</sup> was sich als Grundrechtsbindung verstehen lässt. Etwas deutlicher hielt der Generalanwalt fest, dass Mitgliedstaaten auch bei der Einschränkung von in derartigen Abkommen verliehenen Rechten im Geltungsbereich des Unionsrechts handelten und damit die Unionsgrundrechte zu beachten hätten.<sup>150</sup>

Auch nach Inkrafttreten der Charta führte der EuGH diese Rechtsprechungslinie fort. Erste Hinweise, dass auch im Lichte des Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta weiterhin bei grundfreiheitsbeschränkenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen die Unionsgrundrechte anzuwenden seien, gab der Gerichtshof in *Sayn-Wittgenstein*.<sup>151</sup> Bei der Prüfung, ob eine einschränkende Regelung beim Namensrecht unter Berufung auf die vertraglich gewährleistete öffentliche Ordnung gerechtfertigt werden könne, hielt der Gerichtshof fest, dass das Ziel der

144 EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), EU:C:2002:434, Rn. 40-41. Vgl. zwar zustimmend, aber etwas unklar Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl, EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), EU:C:2001:447, Rn. 84-85.

145 EuGH, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos), EU:C:2004:262, Rn. 97; EuGH, Rs. C-441/02 (Kommission/Deutschland), EU:C:2006:253, Rn. 108; EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), EU:C:2010:708, Rn. 52. Vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, EuGH, Rs. C-81/09 (Idryma Typou), EU:C:2010:304, Rn. 81.

146 ABl. 2008 L 348, 98 ff.

147 EuGH, Rs. C-554/13 (Zh. und O.), EU:C:2015:377, Rn. 69, bzw. etwas ausführlicherer Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston, EuGH, Rs. C-554/13 (Zh. und O.), EU:C:2015:94, Rn. 59.

148 EuGH, Rs. C-327/02 (Panayotova), EU:C:2004:718, Rn. 26.

149 Rn. 27.

150 Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro, EuGH, Rs. C-327/02 (Panayotova), EU:C:2004:110, Rn. 46.

151 *Jacqué, L'application de la Charte*, in: European Yearbook on Human Rights, 134.

Regelung, den Gleichheitsgrundsatz zu wahren, mit dem Unionsrecht vereinbar sei, da letzteres unbestreitbar den Gleichheitsgrundsatz wahre, wie sich unter anderem an Artikel 20 Grundrechtecharta zeige.<sup>152</sup> So stellten die Unionsgrundrechte – auch die Chartagrundrechte – einen Rechtmäßigkeitsmaßstab für mitgliedstaatliches Handeln im unionsrechtlich gewährten Ermessensspielraum dar.<sup>153</sup>

Endgültig bestätigte der EuGH diese Fortsetzung der vor Inkrafttreten der Charta etablierten Rechtsprechung in *Pfleger* anhand einer mitgliedstaatlichen Regelung, die den Betrieb von Glücksspielautomaten ohne vorherige Erteilung einer behördlichen Erlaubnis verbot. Bereits einleitend erläuterte der Gerichtshof, dass die Unionsgrundrechte zu beachten seien, wenn Mitgliedstaaten unter Berufung auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses grundfreiheitseinschränkend handelten, verwies dabei aber auf die Entscheidung in *ERT*, in der vertragliche Rechtfertigungsgründe im Mittelpunkt standen.<sup>154</sup> Dogmatisch überzeugend<sup>155</sup> führte er daher seine Linie fort, nicht zwischen vertraglichen Rechtfertigungsgründen und zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu unterscheiden, so weit es um die Bindung an die Unionsgrundrechte geht. So entschied der EuGH, dass bei einer nationalen Regelung, die die Grundfreiheiten einzuschränken geeignet sei, die „im Unionsrecht vorgesehenen Ausnahmen“ nur als Rechtfertigung gelten könnten, wenn den Unionsgrundrechten Genüge getan werde, da „offensichtlich“ ein Handeln im Geltungsbereich des Unionsrechts und folglich der Charta vorliege.<sup>156</sup>

*d) Zur Debatte um die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte im Bereich der Rechtfertigungsgründe und den Folgen einer solchen Anwendbarkeit*

Die in *ERT* am klarsten zum Ausdruck kommende Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte im Bereich der Rechtfertigungsgründe für grundfreiheitsbeschränkende Maßnahmen wird seit dem Entscheid intensiv in der Lehre diskutiert, was sich erneut anhand der Debatte um die Formulierung des Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta zeigte.<sup>157</sup> In der Folge ist auf diese Dis-

152 EuGH, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), EU:C:2010:806, Rn. 89. Siehe auch später EuGH, Rs. C-438/14 (Bogendorff von Wolffersdorff), EU:C:2016:401, Rn. 71.

153 Vgl. auch deutlicher als der Gerichtshof im selben Fall Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen, EuGH, Rs. C-391/09 (Runevič-Vardyn und Wardyn), EU:C:2010:784, Rn. 77.

154 EuGH, Rs. C-390/12 (Pfleger u.a.), EU:C:2014:281, Rn. 35.

155 Vgl. so auch Wollenschläger, EuZW 2014, 577 (580).

156 Rn. 36. Bekräftigt durch Schlussanträge des Generalanwalts Wahl, EuGH, Rs. C-497/12 (Gullotta), EU:C:2015:168, Rn. 61-62; EuGH, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), EU:C:2015:386, Rn. 74; EuGH, Rs. C-235/14 (Safe Intervenios), EU:C:2016:154, Rn. 109; EuGH, Rs. C-201/15 (AGET Iralklis), EU:C:2016:972, Rn. 65. Vgl. auch EuGH, Rs. C-157/15 (Achbita), EU:C:2017:203, Rn. 38; im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit bzw. Beschränkungen letzterer durch eine Sanktionsregelung für nicht angemeldete Bargeldeinfuhren Schlussanträge des Generalanwalts Watheler, EuGH, Rs. C-255/14 (Chmielewski), EU:C:2015:308, Rn. 37.

157 Siehe bereits Kapitel 5 Abschnitt C.II.1.

kussion sowie die Folgen, die sich aus der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte ergeben, einzugehen.<sup>158</sup>

Gegen eine Bindung an die Unionsgrundrechte wird vorgebracht, dass im Rahmen der Ausnahmen von den Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten aus dem Anwendungsbereich des Unionsrechts entlassen seien und selbständig Hoheitsgewalt ausübten.<sup>159</sup> Gerade weil das Unionsrecht über die Rechtfertigungsgründe Gestaltungsspielräume eröffne, dürften diese nicht durch die Anwendung der Unionsgrundrechte erneut beschnitten werden.<sup>160</sup> Die Anwendung der Unionsgrundrechte auf Handeln der Mitgliedstaaten sei nicht gerechtfertigt allein durch die Notwendigkeit, eine grundrechtskonforme Auslegung der Grundfreiheitsausnahmen sicherzustellen.<sup>161</sup> Auch der Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts könne hier nicht als Begründung dienen, da es sich eben um Ausnahmen von den Grundfreiheiten handle, deren Ziel es sei, auf mitgliedstaatlicher Ebene unterschiedliche Lösungen zu gestatten.<sup>162</sup>

Etwas differenzierter wird auch vertreten, dass womöglich zwischen vertraglich festgelegten Rechtfertigungsgründen und nicht geschriebenen Rechtfertigungsgründen zu unterscheiden sei. Einerseits wird vorgebracht, dass bei den nicht geschriebenen Ausnahmen, den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls, eine umfassende Bindung an die Unionsgrundrechte bestehen müsse, da hier die Mitgliedstaaten keine originär nationalen Regelungsinteressen verfolgten, sondern lediglich temporär Allgemeininteressen der Union in Ermangelung von Rechtsangleichung schützten.<sup>163</sup> Die Gegenansicht geht davon aus, dass gerade bei den nicht im Vertrag aufgeführten zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls die Begründung einer Bindung an die Unionsgrundrechte noch schwächer sei als im Fall der vertraglich geregelten Rechtfertigungsgründe. Diese Erfordernisse bildeten nämlich einen Teil der jeweiligen Grundfreiheit und ihre Anwendung führe dazu, dass eine mitgliedstaatliche Maßnahme aus dem An-

158 Neben der Grundfrage der Bindung an die Unionsgrundrechte ist auch der Umfang der Kontrollbefugnis des EuGH Diskussionen unterworfen. So akzeptierte etwa in früherer Lehre *Weiler*, Fundamental Boundaries, in: The European Union and Human Rights, 70f., grundsätzlich eine Grundrechtsbindung im Bereich der Ausnahmen von den Grundfreiheiten, wollte diese aber auf eine Mindestgarantie der in der EMRK verbürgten Rechte beschränken. *Ruffert*, EuGRZ 1995, 518 (529), schlug eine reine *prima facie* Kontrolle durch den EuGH vor. Dem wird im späteren Schriftum der Vorschlag einer „margin of appreciation“ Doktrine wie jener des EGMR gegenübergestellt, siehe *Kühling*, Fundamental Rights, in: Principles of European Constitutional Law, 499 und Fußnote 114.

159 *Kingreen/Störmer*, EuR 1998, 263 (283).

160 *Kanitz/Steinberg*, EuR 2003, 1013 (1023). Siehe auch *Cremer*, NVwZ 2003, 1452 (1455).

161 *Kingreen/Störmer*, EuR 1998, 263 (283).

162 *Kingreen*, Art. 51 GRCh, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 17. So im Ergebnis bzw. auch im Bezug auf das Recht auf ein wirksames Rechtsmittel *Kühling*, Fundamental Rights, in: Principles of European Constitutional Law, 498.

163 *Ruffert*, EuR 2004, 165 (177-178).

wendungsbereich der Grundfreiheit herausfalle, was auch gegen eine Anwendung von Unionsgrundrechten spreche.<sup>164</sup>

Für eine Grundrechtsbindung sowohl im Bereich der vertraglichen als auch der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe kann hingegen vorgebracht werden, dass die durch Ausnahmen geschaffenen Freiräume für die Mitgliedstaaten diese nicht aus dem Anwendungsbereich des Unionsrechts entlassen.<sup>165</sup> Die Mitgliedstaaten können so nicht völlig nach eigenem Gutdünken handeln. Es lässt sich – gerade gegenüber der zuletzt genannten Ansicht – durchaus argumentieren, dass die ungeschriebenen Ausnahmen die Grundfreiheiten nämlich nicht tatbestandlich begrenzen, sondern lediglich die Aufrechterhaltung von Beschränkungen der Grundfreiheiten gestatten, sofern die entsprechenden Bedingungen erfüllt sind.<sup>166</sup> Für die eventuell erfolgende Rechtsangleichung verfügt die Union über die in Artikel 114 und 115 AEUV festgelegten Kompetenzen.<sup>167</sup>

Zusätzlich obliegt die Kontrolle, ob die Voraussetzungen der Ausnahmen erfüllt sind, auch in jedem Fall dem EuGH. Die Rechtfertigungsgründe sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs unionsrechtlich autonom auszulegen.<sup>168</sup> Aufgrund der besonderen Bedeutung des Grundrechteschutzes überzeugt, dass der Gerichtshof im Rahmen der besagten Kontrolle auch die Grundrechtskonformität prüfen können muss.<sup>169</sup> Wenn die Unionsgrundrechte nicht Teil der Voraussetzungen für Rechtfertigungen wären, könnte das Unionsrecht im Ergebnis Grundrechtsverletzungen gestatten oder zumindest dulden. Diese Auswirkung der umfassenden Grundrechtsunterworfenheit der Union bringt der Gerichtshof auch selbst zum Ausdruck, wenn er feststellt, dass keine Maßnahme in der Union als rechtens anerkannt werden könne, die nicht mit den unionsrechtlich anerkannten und gewährleisteten Grundrechten vereinbar sei.<sup>170</sup> Diese Argumente schwächen überdies eine Trennung bzw. unterschiedliche Behandlung zwischen geschriebenen und nicht geschriebenen Rechtfertigungsgründen. Vor diesem Hintergrund überzeugt auch, dass der EuGH, wie zuvor gezeigt, keine solche unter-

164 Siehe mit dieser Ansicht etwa *Davies*, European Law Review 2005, 371 (376 f.). Für *Snell*, European Public Law 2015, 285 (303), stellt genau dies den Grund dafür dar, dass der EuGH in *Cinéthèque* letztlich die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte verneinte.

165 *Wallrab*, Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte, 91 ff.; *Große-Wentrup*, Grundrechtecharter, 60-61. Die Ausnahmen von den Grundfreiheiten als Ausnahmen vom Unionsrecht zu erachten und somit kurzerhand eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte in diesem Bereich auszuschließen wird dabei wohl zu Recht als zirkelschlussartig betrachtet, da dadurch bereits vorausgesetzt wird, was eigentlich begründet werden solle, so *Kühling*, Fundamental Rights, in: Principles of European Constitutional Law, 498. Siehe auch *Rauchegger*, Interplay, in: The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument, 109.

166 *Wallrab*, Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte, 92-93.

167 *Große-Wentrup*, Grundrechtecharter, 60-61.

168 *Streinz/Michl*, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 11.

169 *Weiler/Lockhart*, Common Market Law Review 1995, 51 (77).

170 EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), EU:C:2003:333, Rn. 73.

schiedliche Herangehensweise in Bezug auf die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte entwickelt hat.<sup>171</sup>

Kein überzeugendes Argument stellt darüber hinaus der Umfang des durch die Rechtfertigungsgründe gewährten Gestaltungsspielraumes dar. Bereits folgt aus eben diesem Umfang, dass kein zu weitgehender Eingriff des Unionsrechts in nationale Regelungskompetenzen erfolgt.<sup>172</sup> Systematisch wird mit der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten eine „Grundaussage“ getroffen, und sind in der Folge lediglich die Einschränkungsmöglichkeiten zu erörtern; der erhebliche Spielraum, der Mitgliedstaaten bei der Einschränkung der Grundfreiheiten zukommt, ändert daran nichts.<sup>173</sup> Auch bei anderen Durchführungsformen können die Mitgliedstaaten über umfassendes Ermessen verfügen, ohne dass dies die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auszuschließen vermag.<sup>174</sup>

Nachdem sich somit die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte dogmatisch solide abstützen lässt,<sup>175</sup> ist noch auf die Folgen einer solchen Bindung einzugehen. Wenngleich die Folgen als Argumentationsgrundlage für eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte nicht ausreichen, ist doch bei näherer Betrachtung bemerkenswert, dass typischerweise die Rechtsprechung des EuGH zu den jeweils zulässigen Einschränkungsmöglichkeiten der Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten bereits die meisten relevanten Vorgaben enthält, sodass sich durch die Bindung an die Unionsgrundrechte kaum neue Anforderungen ergeben.<sup>176</sup>

Insbesondere im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Gerichtshofes für derartige mitgliedstaatliche Maßnahmen werden typischerweise bereits weitgehend Erwägungen eingebracht, wie sie sich auch bei der Prüfung der Grundrechtskonformität ergeben. Nicht ohne Grund wird so die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte teils als logische Verlängerung der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesehen.<sup>177</sup> Darauf aufbauend gilt auch, dass, so weit Mitgliedstaaten gerechtfertigte und somit zulässige Regelungen treffen, die die Grundfreiheiten einschränken, sie auch strafrechtliche Sanktionen zur Durch-

171 Siehe bereits Abschnitt D.II.1.c. Siehe auch *Snell*, European Public Law 2015, 285 (303).

172 *Weiler/Lockhart*, Common Market Law Review 1995, 51 (78).

173 *Jarass*, Charta, Artikel 51, Rn. 21.

174 *Jarass*, NVwZ 2012, 457 (460).

175 Nicht ganz auszuschließen ist an dieser Stelle das Bestehen von rechtspolitischen Gründen, die den Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH in dieser Konstellation bilden, auch wenn sie eine dogmatisch eindeutige Abstützung nicht ersetzen können. So schlägt etwa *Snell*, European Public Law 2015, 285 (305), vor, dass ein gewisses Misstrauen des EuGH gegenüber den Mitgliedstaaten in Bezug auf deren Grundrechtsschutz durchaus in der Rechtsprechung erkennbar sei.

176 So auch Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston, Rs. C-390/12 (Pfleger), EU:C:2013:747, Rn. 70; EuGH, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), EU:C:2015:386, Rn. 91.

177 *Spaventa*, Federalisation, in: 50 Years of the European Treaties - Looking Back and Thinking Forward, 350. Vgl. hingegen *Holoubek/Lechner/Oswald*, Art. 51, in: Grundrechtecharta-Kommentar, Rn. 19, die den EuGH in dieser Rechtsprechungslinie als „noch auf der Suche“ nach einer eigenständigen Begründung einstufen.

setzung derartiger Regelungen vorsehen dürfen, solange diese wiederum verhältnismäßig und grundrechtskonform sind.<sup>178</sup>

Als ebenso kontextuell bedeutsame Erwägungen, die jedoch letzten Endes nicht eine dogmatisch überzeugende Begründung der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ersetzen können, sind Stellungnahmen bezüglich des durch den EuGH zu gewährenden Spielraumes einzuordnen. In der Tat kann der Gerichtshof gewisse Spielräume bei der Prüfung einräumen, ob im Rahmen der nationalen Grundrechtsanwendung beim Ausfüllen der unionsrechtlichen Ermessensspielräume aus unionsrechtlicher Sicht angemessen vorgegangen wurde.<sup>179</sup> Hingegen zeigen sich in der Rechtsprechung des EuGH teils auch „zentralisierendere“ Effekte, wenn der Gerichtshof Fälle volumnäßig selbst entscheidet und wenig zur Prüfung bzw. endgültigen Rechtsanwendung den nationalen Gerichten überlässt.<sup>180</sup>

## 2. Grundrechte als selbständige Rechtfertigungsgründe für Einschränkungen von Grundfreiheiten

Während sich der EuGH bereits in *Grogan* zu dem Thema hätte äußern können, ob Grundrechte als selbständige Rechtfertigungsgründe für grundfreiheitsbeschränkende Maßnahmen zur Verfügung stehen, wich er bei jener Gelegenheit einer klaren Antwort aus.<sup>181</sup> Die bejahende Antwort des EuGH kam letztlich in *Schmidberger*. Bereits Generalanwalt *Jacobs* unterschied zwischen den Fallkonstellationen in *ERT* und dem vorliegenden Fall, da sich hier ein Mitgliedstaat auf die Beachtung von Grundrechten aus seiner Verfassung berufe, um Beschränkungen des Warenverkehrs zu rechtfertigen,<sup>182</sup> nämlich die Meinungs- und Versammlungsfreiheit, aufgrund welcher mitgliedstaatliche Behörden eine den Gütertransport und somit den freien Warenverkehr einschränkende Demonstration genehmigt hatten.<sup>183</sup> Dies scheine der erste solche Fall zu sein, könne in Zukunft jedoch häufiger vorkommen.<sup>184</sup> In diesem Lichte schlug der Generalanwalt einen zweistufigen Ansatz wie bei der Beurteilung der „traditionellen“ Rechtfertigungsgründe vor, um zuerst das angestrebte Ziel und in der Folge die Verhältnismäßigkeit der verwendeten Mittel zu prüfen.<sup>185</sup> Bei der Beurteilung des angestrebten Ziels sei zu berücksichtigen, dass es Abweichungen zwischen den Grundrechtska-

178 Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston, Rs. C-390/12 (Pfleger), EU:C:2013:747, Rn. 74.

179 Kokott/Sobotta, EuGRZ 2010, 265 (270).

180 *Spaventa*, Federalisation, in: 50 Years of the European Treaties - Looking Back and Thinking Forward, 351 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

181 EuGH, Rs. C-159/90 (Grogan), EU:C:1991:378, Rn. 24.

182 Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs, EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), EU:C:2002:437, Rn. 94.

183 Rn. 88.

184 Rn. 89.

185 Rn. 95.

talogen der Mitgliedstaaten trotz des „Grundkonsenses“ der EMRK gebe,<sup>186</sup> was dazu führen könne, dass trotz Bestehen eines nationalen Grundrechts ein Ziel im Unionsrecht als nicht schützenswert, i.e. „unrechtmäßig“, eingestuft werden könnte.<sup>187</sup> Im vorliegenden Fall könne jedoch klar ein ähnliches, durch den EuGH geschütztes Recht erkannt werden.<sup>188</sup> In einem solchen Fall verfolge ein Mitgliedstaat, der ein unionsrechtlich anerkanntes Grundrecht schützen wolle, „automatisch“ ein legitimes Ziel, da das Unionsrecht den Mitgliedstaaten nicht verbieten könne, Ziele zu verfolgen, die es selbst zu verfolgen habe.<sup>189</sup>

Der Gerichtshof verwies umfassend auf die bisherige Rechtsprechung zur Bindung der Union und der Mitgliedstaaten an die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts.<sup>190</sup> Als Folge stelle der Schutz dieser Rechte auch ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet sei, um eine Beschränkung von Verpflichtungen aus den Grundfreiheiten zu rechtfertigen.<sup>191</sup> Da beide vorliegenden Normen grundsätzlich eingeschränkt werden könnten,<sup>192</sup> seien die bestehenden Interessen anhand der Umstände des Einzelfalls im Lichte des Ermessens der innerstaatlichen Behörden<sup>193</sup> abzuwägen, ob das rechte Gleichgewicht gewahrt worden sei.<sup>194</sup>

Somit klärte der EuGH in *Schmidberger*, dass Grundrechte als Rechtfertigung in Frage kämen, aber dass – wiewohl dies beim Generalanwalt deutlicher zum Ausdruck kam – deren Prüfung und Anerkennung als im Unionsrecht schützenswerte Interessen ihm obliege. Daher sind Mitgliedstaaten auch zum Ergreifen von Maßnahmen berechtigt, die Grundfreiheiten einschränken, wenn dadurch der Schutz von Grundrechten bezoickt wird.<sup>195</sup> Dabei kommen die Grundrechte in ihrer schutzrechtlichen Dimension zur Anwendung, was einen weiten Ermessensspielraum des jeweiligen Mitgliedstaates zur Folge hat und daher nur in bestimmten Fällen zu einer Handlungspflicht führt.<sup>196</sup> Während diese Grundthese als anerkannt betrachtet werden darf,<sup>197</sup> bleiben – auch im Lichte der Folgerechtsprechung – einzelne Fragen offen. Unklar blieb etwa in *Schmidberger*, ob Grundrechte in die Kategorie der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe als „zwingende Allgemeinwohlinteressen“ einzuordnen seien.

186 Rn. 97.

187 Rn. 98.

188 Rn. 101.

189 Rn. 102.

190 EuGH, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), EU:C:2003:333, Rn. 71-73.

191 Rn. 74.

192 Rn. 78-80.

193 Rn. 82.

194 Rn. 81.

195 *Koch*, EuZW 2003, 598 (598).

196 *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 417; *Schindler*, Kollision, 141.

197 *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170 (173).

In der späteren Rechtssache *Omega* nahm der EuGH den Einwand Deutschlands, seine Maßnahme sei aufgrund der Menschenwürde gerechtfertigt, im Rahmen der im Vertrag niedergelegten Ausnahme der öffentlichen Ordnung auf.<sup>198</sup> Er bezog sich im Rahmen der Prüfung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung<sup>199</sup> auf die Ausführungen der Generalanwältin, die den Schutz der Menschenwürde als allgemeinen Grundsatz der Unionsrechtsordnung hergeleitet hatte, weswegen das von Deutschland vorgebrachte Ziel, die Menschenwürde zu schützen, „unzweifelhaft“ mit dem Unionsrecht vereinbar sei, ohne dass die besondere Stellung der Menschenwürde als eigenes Grundrecht im deutschen Verfassungsrecht eine besondere Rolle spiele.<sup>200</sup> Der Schutz der von der Union und den Mitgliedstaaten zu beachtenden Grundrechte sei ein berechtigtes Interesse, das eine Einschränkung von Grundfreiheiten rechtfertigen könne.<sup>201</sup>

Die Ansicht, dass Grundrechte als Rechtfertigungsgründe primär unter die öffentliche Ordnungsklausel zu rechnen seien, wird auch in der Lehre unterstützt.<sup>202</sup> Hingegen bringen andere vor, die Grundrechte stellen eine eigene, neue Kategorie von Rechtfertigungsgründen dar.<sup>203</sup> Zugleich wird auch argumentiert, die Schaffung einer neuen Rechtfertigungskategorie könne auch auf die Bedeutung des Grundrechtsschutzes in der Unionsrechtsordnung gestützt werden, der nicht nur primärrechtlich abgesichert und somit auf gleicher Ebene wie die Grundfreiheiten verankert sei, sondern auch die gesamte Unionsrechtsordnung durchdringe.<sup>204</sup> Die späteren Entscheidungen des EuGH in *Viking* und *Laval* weisen zumindest ansatzweise ebenfalls Elemente einer Differenzierung auf. In beiden Fällen unterschied der EuGH so zwischen den Begriffen „berechtigter Interessen“ und „zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls“. In *Viking* erläuterte der EuGH so, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme zum Schutz der Arbeitnehmer zusammen aus dem berechtigten Interesse „Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme“ und dem zwingenden Interesse des Allgemeinwohls „Schutz der Arbeitnehmer“ bestünde.<sup>205</sup> Ähnlich ging der EuGH in *Laval* vor.<sup>206</sup> Hingegen hat eine solche Lesart der beiden Entscheidungen keine ersichtlichen Unterschiede der Auswirkungen der Unionsgrundrechte auf die Auslegung und Anwendung der bestehenden Rechtferti-

198 Vgl. hierzu auch die Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl, EuGH, Rs. C-36/02 (*Omega*), EU:C:2004:162, Rn. 65-66, in denen sie näher Stellung bezieht zu den Grundrechten als ergänzende, zusätzliche Elemente des relevanten Unionsrechts, die demselben praktisch „inhärent“ seien.

199 EuGH, Rs. C-36/02 (*Omega*), EU:C:2004:614, Rn. 30 ff.

200 Rn. 34.

201 Rn. 35 mit Verweis auf *Schmidberger*. Vgl. auch später EuGH, Rs. C-244/06 (*Dynamic Medien*), EU:C:2008:85, Rn. 42.

202 *Bulterman/Kranenborg*, European Law Review 2006, 93 (100 ff.).

203 *Morijn*, European Law Journal 2006, 15 (39).

204 *Bleckmann*, Nationale Grundrechte, 92.

205 EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking*), EU:C:2007:772, Rn. 77.

206 EuGH, Rs. C-341/05 (*Laval*), EU:C:2007:809, Rn. 93 und 103.

gungsgründe zur Folge.<sup>207</sup> Praktisch bleiben die Folgen eines solchen dogmatischen Richtungsstreits gering.

Bedeutender scheint in diesem Rahmen die Kritik an einer möglichen Hierarchisierung von Grundfreiheiten und Grundrechten.<sup>208</sup> Skeptisch kommentiert wird hier vor allem anhand der Rechtsprechung in *Viking* und *Laval*, dass der EuGH das entsprechende Grundrecht als Erfordernis des Allgemeininteresses eingestuft habe und es somit nicht als auf einer Stufe mit den Grundfreiheiten stehend behandelt habe.<sup>209</sup> Der EuGH filterte so den Kerngehalt des jeweiligen Grundrechtes heraus und ordnete ihn als zwingenden Grund des Allgemeininteresses ein.<sup>210</sup> In *Schmidberger* hingegen nahm der Gerichtshof eine vergleichsweise gleichwertige Abwägung der verschiedenen Interessen im Sinne einer praktischen Konkordanz unabhängig von der Möglichkeit der Einstufung eines Grundrechtes als zwingendes Allgemeininteresse vor. Zu Recht wird dies als besser mit der Gleichrangigkeit von Grundfreiheiten und Grundrechten vereinbar erachtet.<sup>211</sup> In einer späteren Entscheidung überzeugt vor diesem Hintergrund, dass der Gerichtshof zu einer Abwägungslösung, die jener in *Schmidberger* ähnelt, zurückgekehrt ist.<sup>212</sup> In *Kommission/Deutschland* rügte die Kommission einen Verstoß gegen Sekundärrecht und die Dienstleistungs- sowie Niederlassungsfreiheit, während Deutschland argumentierte, die Durchführung bestimmter Vergabeverfahren unter Ausschluss unionsweiter Ausschreibungen sei im Rahmen der auch unionsrechtlich geschützten Tarifautonomie<sup>213</sup> als gerechtfertigt zu erachten. Der EuGH hielt mit Verweis auf *Schmidberger* fest, dass zu untersuchen sei, ob „das rechte Gleichgewicht“ bei der Berücksichtigung der jeweiligen „Interessen“ gewahrt worden sei.<sup>214</sup>

Es stellt sich zuletzt die Frage, ob diese Fallkonstellation als eigenständige Form der Bindung mitgliedstaatlicher Maßnahmen an das Unionsrecht anerkannt werden soll. Grundsätzlich für die Bindung an die Unionsgrundrechte spricht, dass der EuGH in jedem Fall prüft, ob ein vorgebrachtes Grundrecht eine gewisse – wenngleich nicht notwendigerweise formal identische – Verankerung auf Unionsebene aufweisen kann.<sup>215</sup> Grundrechte, die keine Entsprechung

207 So letzten Endes auch *Morijn*, European Law Journal 2006, 15 (39).

208 So etwa *Reynolds*, Common Market Law Review 2016, 643 (665).

209 Zu dieser Gleichrangigkeit *Lenaerts*, European Constitutional Law Review 2012, 375 (392-393).

210 EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking*), EU:C:2007:772, Rn. 77; EuGH, Rs. C-341/05 (*Laval*), EU:C:2007:809, Rn. 103.

211 *Trstenjak/Beysen*, European Law Review 2013, 293 (313). Vgl. etwas weniger skeptisch zu einer Hierarchisierung die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-341/05 (*Laval*), EU:C:2007:291, Rn. 84 und 86, in denen die Errichtung einer Hierarchie für beim aktuellen Stand des Unionsrechts für nicht „zulässig“, aber zugleich auch für „nicht unbedingt abwegig“ befunden wird. Letzten Endes befürwortete der Generalanwalt aber ein Vorgehen wie in *Schmidberger*.

212 *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170 (179).

213 Artikel 28 i.V.m. Artikel 52 Abs. 4 Grundrechtecharta.

214 EuGH, Rs. C-271/08 (*Kommission/Deutschland*), EU:C:2010:426, Rn. 52.

215 EuGH, Rs. C-36/02 (*Omega*), EU:C:2004:614, Rn. 34.

auf Unionsrechtsebene haben, dürften somit ausgeschlossen sein, wenngleich dies ein eher theoretisches Problem bleiben dürfte.

Außerdem unterwirft der EuGH nationale Grundrechtsrechtfertigungen im Rahmen seiner Prüfung auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Hier stellte der Gerichtshof klar, dass der so ausgeübte Grundrechtsschutz in den Mitgliedstaaten nicht außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts stehe, sondern mit den Grundfreiheiten vereinbar sein müsse und daher dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht werden müsse.<sup>216</sup> Ansonsten könnten Mitgliedstaaten sich auf den Schutz nationaler Grundrechte berufen, um die eigenen Argumente für eine Grundfreiheitsbeschränkung der Überprüfung durch den EuGH zu entziehen.<sup>217</sup> Überdies könnten die Mitgliedstaaten diverse anerkannte Rechtfertigungsgründe wie den Gesundheits- oder Verbraucherschutz als Ausprägung einer auf nationaler Ebene verankerten grundrechtlichen Schutzwürdigkeit darstellen, um unionsrechtliche Vorgaben auszuhebeln.<sup>218</sup> Dies ändert sich auch nicht dadurch, dass der Gerichtshof teils Zurückhaltung bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ausübt. Insbesondere berücksichtigt er bei der Abwägung das in der nationalen Rechtsordnung gewährte Schutzniveau.<sup>219</sup> Zugleich zeigt sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch klar, dass der EuGH auch gewillt ist, gewisse von den Mitgliedstaaten durch Grundrechtsschutz gerechtfertigte Maßnahmen als nicht verhältnismäßige Einschränkungen der Grundfreiheiten einzustufen.<sup>220</sup>

In der formalen Einstufung der vorliegenden Untersuchung ist somit letzten Endes die den Mitgliedstaaten zustehende Möglichkeit der Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen durch Grundrechte schützende Maßnahmen als Fall zu sehen, in dem eine Bindung an die Unionsgrundrechte vorliegt. Hingegen stellt dies keine besondere Fallkonstellation, sondern primär einen Unterfall des Handelns in unionsrechtlich gewährten Ermessensspielräumen dar. Primär zu untersuchen ist daher stets die Einschränkung einer unionsrechtlichen Grundfreiheit, bevor die Unionsgrundrechte im Rahmen der Nutzung des dem Mitgliedstaat noch offenstehenden Ermessensspielraums anzuwenden sind.

### 3. Ermessensspielräume in Verordnungen

Wenngleich bereits festgestellt wurde, dass die Begründung der Bindung von Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte sich nicht anhand der Rechtsnatur des be-

<sup>216</sup> EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), EU:C:2003:333, Rn. 77; EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), EU:C:2004:614, Rn. 36; EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), EU:C:2007:772, Rn. 46; EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), EU:C:2007:809, Rn. 94.

<sup>217</sup> Frenz, Europäische Grundrechte, Rn. 263.

<sup>218</sup> Streinz/Michl, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 12.

<sup>219</sup> EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), EU:C:2004:614, Rn. 39.

<sup>220</sup> EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), EU:C:2007:772, Rn. 107; EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), EU:C:2007:809, Rn. 88.

treffenden Unionsrechtsaktes unterscheiden lässt, sondern ihr die Reichweite der unionsrechtlichen Determinierung zugrunde liegt,<sup>221</sup> soll hier dennoch die Grundrechtsbindung bei Ermessensspielräumen bei Verordnungen und bei Richtlinien getrennt aufgezeigt werden, da sich typischerweise etwas unterschiedliche Problemstellungen zeigen. Dies ändert nichts daran, dass die Grundsätze dieselben bleiben, und bei gleicher unionsrechtlicher Determinierung auch gleich weitreichende Unionsgrundrechtsbindung anzunehmen ist.

Aufgrund ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit im nationalen Recht ist bei Verordnungen davon auszugehen, dass Unionsgrundrechtsbindung, sofern die Bestimmungen einer Verordnung ausreichend präzise sind, bereits aufgrund der Anwendung von Unionsrecht ohne Ermessensspielraum besteht.<sup>222</sup> Jedoch ist auch in jenen Fällen die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte gerechtfertigt, in denen ein Ermessensspielraum vorliegt, um etwa Verordnungen zu ergänzen oder darin vorgesehene Handlungsoptionen zu nützen.<sup>223</sup> Im Einzelfall können sich derartige Handlungsoptionen, präzisiert durch die Vorgaben der Unionsgrundrechte, auch zu Handlungspflichten verdichten.

*a) Die Ergänzung von Verordnungen und die Gewährung von Handlungsoptionen*

Grundsätzlich sind bei Verordnungen zwei Arten von Ermessensspielräumen zu unterscheiden, die den Mitgliedstaaten offenstehen können. Einerseits kann eine Verordnung Aspekte nicht volumnäßig regeln und damit den Mitgliedstaaten Spielräume eröffnen, die jedoch im Einklang mit den Unionsgrundrechten zu füllen sind. Andererseits kann eine Verordnung etwas enger nur bestimmte Handlungsoptionen eröffnen, aus denen die Mitgliedstaaten zu wählen haben, wobei auch hier die Unionsgrundrechte zu beachten sind.

Allgemein ist genau zu untersuchen, inwieweit ein den Mitgliedstaaten eingeräumtes Ermessen überhaupt noch den Spielraum zur Beachtung der Unionsgrundrechte lässt. Anderenfalls ist ein womöglich grundrechtsverletzendes Handeln den Unionsorganen bzw. dem Unionsgesetzgeber zuzurechnen und somit die relevante Verordnung auf ihre Kompatibilität mit den Unionsgrundrechten zu prüfen.<sup>224</sup>

Bezüglich in Verordnungen eröffneten Ermessensspielräumen zur Ergänzung finden sich mehrere ausdrückliche Beispiele, in denen vom Gerichtshof und von

221 Siehe bereits Abschnitt C.II.

222 Siehe bereits Abschnitt D.I.

223 Siehe für den zweiten Fall etwa EuGH, Rs. C-528/15 (Al Chodor u.a.), EU:C:2017:213, Rn. 36.

224 EuGH, Rs. C-33/08 (Agrana Zucker), EU:C:2009:367, Rn. 31. Ausführlicher vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, EuGH, Rs. C-33/08 (Agrana Zucker), EU:C:2009:99, Rn. 85. In Bezug auf die ähnlich gelagerte Verantwortung des Unionsgesetzgebers bei Richtlinien vgl. Teetzmann, EuR 2016, 90 (97 ff.).

Generalanwälten eine Bindung an die Unionsgrundrechte bejaht wird. Im Bereich der Agrarpolitik gilt dies etwa für die Erstzuteilung von Milchquoten<sup>225</sup> und auf die Neuzuteilung von freigesetzten Referenzmengen ohne Übertragung der dazugehörigen Flächen, die abgesehen von gewissen Vorgaben nicht näher in ihren Modalitäten festgelegt ist.<sup>226</sup>

Auch wenn eine nationale Behörde nach Artikel 3 Abs. 1 Bst. b der Verordnung 765/2006<sup>227</sup> über einen Antrag auf Freigabe von aufgrund von Sanktionsmaßnahmen gegen einen Drittstaat eingefrorenen Geldern entscheidet und diese unter ihr „angemessen erscheinenden Bedingungen“ genehmigen kann, ist dies als Umsetzung von Unionsrecht zu werten und sind die Unionsgrundrechte anwendbar, insbesondere beim hier einschlägigen, zu erleichternden Zugang zu juristischen Dienstleistungen der Artikel 47 Abs. 2 Satz 2 Grundrechtecharta, der das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf mitsamt der Möglichkeit, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen, vorsieht.<sup>228</sup>

Die Unionsgrundrechte kommen nach Ansicht des Gerichtshofes auch dann zur Anwendung, wenn im Rahmen der Verordnung 2201/2003<sup>229</sup> deren Artikel 11, der die Rückgabe eines Kindes an eine sorgeberechtigte Person regelt, durch einen Mitgliedstaat so umgesetzt wurde, dass einem spezialisierten Gericht die Zuständigkeit für die Prüfung von Fragen der Rückgabe des Kindes oder des Sorgerechtes übertragen wird, auch wenn im Hauptverfahren über die elterliche Verantwortung über das Kind schon ein anderes Gericht zuvor befasst wurde. Zu prüfen sei hier nach Ansicht des Gerichtshofes, ob die praktische Wirksamkeit der Verordnung beeinträchtigt werde.<sup>230</sup> Selbst wenn dies nicht der Fall sei, müsse eine Zuweisung der Zuständigkeit jedenfalls mit den Grundrechten des Kindes nach Artikel 24 Grundrechtecharta in Einklang stehen.<sup>231</sup>

Handlungsoptionen eröffnen Verordnungen häufig im Bereich der Agrarpolitik. Bereits in der Entscheidung *Klensch*, d.h. vor der vielzitierten Entscheidung in *Wachauf*, beschloss der Gerichtshof, dass bei der Ausübung einer Wahlmöglichkeit das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot beachtet werden müsse.<sup>232</sup> Da der Anwendungsbereich von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Unionsgrundrechten sich – zumindest in dogmatisch überzeugender Weise – nicht unter-

225 EuGH, Rs. C-292/97 (Karlsson u.a.), EU:C:2000:202, Rn. 35.

226 EuGH, Rs. C-186/96 (Demand), EU:C:1998:609, Rn. 35.

227 ABl. 2006 L 134, 1 ff.

228 EuGH, Rs. C-314/13 (Pettiev), EU:C:2014:1645, Rn. 24-25.

229 ABl. 2003 L 338, 1 ff.

230 EuGH, Rs. C-498/14 PPU (Bradbrooke), EU:C:2015:3, Rn. 51.

231 Rn. 52.

232 EuGH, Rs. 201/85 und 202/85 (Klensch), EU:C:1986:439, Rn. 11. Die Verordnung 857/84/EWG (ABl. 1984 L 90, 13 ff.) sah für die Regulierung der nationalen Milchproduktion unterschiedliche Optionen für die Vergabe individueller Quoten im Rahmen des nationalen Quotenregimes vor.

scheiden lässt,<sup>233</sup> kann daraus auch auf die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte geschlossen werden.

Dieselbe Verordnung stand im Mittelpunkt der Entscheidung in *Duff*. Sie schuf die Möglichkeit, bei der Zuteilung individueller Quoten die besondere Situation einzelner Produzenten zu berücksichtigen. Generalanwalt *Cosmas* schlug vor, dass der Unionsgesetzgeber im vorliegenden Fall den Mitgliedstaaten Ermessen eingeräumt habe, zwischen zwei Formeln bei der Zuteilung von spezifischen Referenzmengen zu wählen; beide Formeln müssten „im Lichte der allgemeinen Grundsätze des [Unions]rechts in gleicher Weise rechtmäßig“ sein; somit könne die Wahl einer Formel keinen Verstoß gegen derartige Grundsätze darstellen, wobei diese natürlich auch für die Organe der Mitgliedstaaten verbindlich seien, wenn diese durch das Unionsrecht eingeräumte „Befugnisse ausüben“. Die Bindung habe jedenfalls für letztere genau den gleichen Inhalt wie für Unionsorgane.<sup>234</sup> Der Gerichtshof folgte dem Generalanwalt inhaltlich und stützte sich auf *Wachauf*, um die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte „bei der Durchführung“ der unionsrechtlichen Regelungen festzustellen.<sup>235</sup>

Die klassische Konstellation der Gewährung von Handlungsoptionen lässt sich am Beispiel der Entscheidung in *Wachauf* beobachten.<sup>236</sup> Gemäß Artikel 7 Abs. 4 der Verordnung 857/84<sup>237</sup> konnten die Mitgliedstaaten bei Auslaufen eines Pachtvertrages vorsehen, dass eine durch den Pächter erwirtschaftete Milchquote, die auf den Betrieb entfällt, ganz oder teilweise dem Pächter gutgeschrieben wird, wenn er die Milchproduktion forsetzen will. Während somit die Frage des Schicksals der Milchquote beim Auslaufen eines Pachtvertrages grundsätzlich unionsrechtlich geregelt war, konnten sich Grundrechtsprobleme als Folge ergeben, insbesondere, wenn einem Pächter die Quote nicht gutgeschrieben wurde, bzw. auch keine Entschädigung gewährt wurde.<sup>238</sup> Der Gerichtshof befand, dass

233 Siehe bereits Kapitel 5 Abschnitt B.II.4.

234 Schlussanträge des Generalanwalts *Cosmas*, EuGH, Rs. C-63/93 (Duff u.a.), EU:C:1996:51, Rn. 59. Vgl. ähnlich die Schlussanträge des Generalanwalts *Cosmas*, EuGH, Rs. C-38/94 (Country Landowners Association), EU:C:1995:373, Rn. 29.

235 EuGH, Rs. C-63/93 (Duff u.a.), EU:C:1996:51, Rn. 29. Vgl. auch die Entscheidung in EuGH, Rs. C-351/92 (Graff), EU:C:1994:293, Rn. 18, in der der EuGH festhielt, sämtliche Maßnahmen, die die gemeinsame Organisation der Agrarmärkte beträfen, seien nach Artikel 40 Abs. 3 AEUV und somit im Lichte der Unionsgrundrechte zu beurteilen, unabhängig davon, ob sie von einer unionalen oder mitgliedstaatlichen Behörde getroffen worden seien.

236 Vgl. allerdings auch früh zumindest durch die Generalanwälte eine ähnliche Anwendung der Unionsgrundrechte auf etwa die Situation der Zuteilung eines Teils einer Milchquote zur nationalen Reserve, die den Mitgliedstaaten durch unionsrechtliche Vorgaben ermöglicht wird, so Schlussanträge des Generalanwalts *Darmon*, EuGH, Rs. C-90/90 und C-91/90 (Neu), EU:C:1991:182, Rn. 24; siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts *Lenz*, Rs. C-98/91 (Herbrink), EU:C:1992:502, Rn. 40.

237 ABl. 1984 L 90, 13 ff., in der durch Verordnung 590/85 (ABl. 1985 L 90, 13 ff.) geänderten Fassung.

238 Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs*, EuGH, Rs. 5/88 (Wachauf), EU:C:1989:179, Rn. 22, der – im Gegensatz zum EuGH, der nicht näher auf das Problem eingeht – auch den Grundsatz der Nichtdiskriminierung erörtert, der wegen der im vorliegenden Fall verlangten Einwilligung des Verpächters zur Inanspruchnahme der nationalen Regelung über die Betriebsaufgabe auch einschlägig gewesen wäre.

die unionsrechtliche Regelung nicht im Widerspruch zu den zu respektierenden Unionsgrundrechten stand: Sie gewährte die Möglichkeit, dem Pächter eine angemessene Vergütung, berechnet aufgrund der Gesamtheit oder des entsprechenden Teils der Referenzmenge, zuzusprechen, soweit sein Beitrag zum Aufbau der Milchwirtschaft im Betrieb dies rechtfertigte.<sup>239</sup> Somit eröffne die Verordnung einen „Ermessensspielraum“, der weit genug sei, entweder den Pächter die Referenzmenge ganz oder zum Teil behalten zu lassen, oder eine Entschädigung zu gewähren, wenn er sich zur Aufgabe der Milcherzeugung verpflichte.<sup>240</sup> Die Fallkonstellation gewährt somit zwei Handlungsoptionen, wobei bei beiden die Unionsgrundrechte zu beachten sind. Zugleich ist festzuhalten, dass der Begriff des Ermessensspielraums durchaus gut gewählt erscheint, bleibt doch ein eingeschränkter, aber doch fortbestehender Umsetzungsspielraum beim Mitgliedstaat etwa im Rahmen der detaillierten Festsetzung der Umstände der Entschädigung, solange effektiv der Grundrechtsschutz sichergestellt bleibt.

Auch außerhalb der Agrarpolitik lassen sich Fälle der Gewährung von Handlungsoptionen finden. Bei der Umsetzung von Verordnung 2252/2004<sup>241</sup> über die Gestaltung der maschinenlesbaren Personaldatenseite eines Passes kann ein Mitgliedstaat entscheiden, im Rahmen der rechtlich zulässigen Optionen vorgegebene Felder auch für die Wiedergabe des Geburtsnamens vorzusehen. Allerdings muss bei der Bezeichnung der Felder die Information angegeben werden, dass im Feld der Geburtsname wiedergegeben wird.<sup>242</sup> Zwar sind die Mitgliedstaaten befugt, neben dem nach dem nationalen Personenstandsrecht festgelegten Namen des Passinhabers weitere Elemente wie den Geburtsnamen hinzuzufügen, jedoch müssen nach Ansicht des EuGH die Modalitäten der Ausübung solcher Befugnisse als durch die Verordnung gewährte Handlungsoptionen die Unionsgrundrechte, hier insbesondere das Recht des Betroffenen auf Privatleben, wahren. Im Fall war hierfür eine klare Unterscheidung des Namens des Inhabers von zusätzlichen Elementen erforderlich.<sup>243</sup> Diese Bedingung war für den Gerichtshof etwa dann nicht erfüllt, wenn in einem Pass die Eintragung des Geburtsnamens mittels einer Abkürzung angezeigt wird, die nicht in eine der verlangten Sprachen übersetzt ist.<sup>244</sup>

Zuletzt werden beispielsweise im Rahmen der Durchführung der Verordnung 575/2013<sup>245</sup> über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen Finanzinstitute verpflichtet, bestimmte Werte für das Verhältnis zwischen dem festen und variablen Vergütungsbestandteil bzw. die Zahl der Personen of-

239 EuGH, Rs. 5/88 (Wachauf), EU:C:1989:321, Rn. 21.

240 Rn. 22.

241 ABl. 2004 L 385, 1 ff.

242 EuGH, Rs. C-101/13 (U), EU:C:2014:2249, Rn. 45.

243 Rn. 49.

244 Rn. 47.

245 ABl. L 176, 1 ff.

fenzulegen, deren Vergütung über einem bestimmten Betrag liegt.<sup>246</sup> Darüber hinaus muss auf Anforderung durch einen Mitgliedstaat oder die zuständige Behörde die Gesamtvergütung jedes Mitglieds des Leitungsorgans oder der Geschäftsleitung durch die Finanzinstitute offengelegt werden.<sup>247</sup> Hingegen sind die entsprechenden letzteren Vorschriften lediglich in der Form gestaltet, dass sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eines solchen Vorgehens eröffnen, jedoch keine unbedingte Offenlegung vorschreiben. Somit besteht ein Ermessensspielraum, bei dessen Wahrnehmung – als Durchführung des Unionsrechts – zumindest nach Ansicht des Generalanwalts die Unionsgrundrechte, insbesondere Artikel 7 und 8 Grundrechtecharta gelten.<sup>248</sup>

Abschließend überzeugt die vom EuGH angenommene Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte in von Verordnungen gewährten Ermessensspielräumen vor dem Hintergrund, dass diese – wie in den Beispielen ersichtlich wird – durch die Verordnungen determiniert werden, sei es etwas allgemeiner im Fall der Ergänzung von Verordnungen, sei es detaillierter beim Eröffnen präziser Handlungsoptionen.

### *b) Auferlegung von Handlungspflichten*

Aus der allgemeinen Verpflichtung, in durch das Unionsrecht gewährten Ermessensspielräumen die Unionsgrundrechte zu beachten, kann sich im konkreten Fall auch eine Handlungspflicht, d.h. eine Einengung des offenstehenden Ermessens, ergeben. Während ursprünglich von Seiten eines Generalanwalts skeptisch hierzu Stellung bezogen wurde, anerkannte die Rechtsprechung des Gerichtshofes dieses Phänomen. Dies überzeugt auch aus dem Grund, dass, sofern die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte für Ermessensspielräume bejaht wird, die konkreten Auswirkungen der Grundrechtsbindung auf die Mitgliedstaaten nur noch eine nachgeordnete, anhand der konkreten Fallkonstellation zu beantwortende Frage sind, die die Grundrechtsbindung selbst nicht mehr in Zweifel ziehen kann.

Für Grenzen der Bindung an die Unionsgrundrechte bei Ergänzungspflichten der Mitgliedstaaten in vom Unionsrecht gewährten Ermessensspielräumen plädierte Generalanwalt *Gulmann* in *Bostock*. Ähnlich wie in *Wachauf* erlaubte das Unionssekundärrecht im Bereich von Milchquoten, die wirtschaftlichen Interessen von Pächtern zu berücksichtigen, indem es den nationalen Behörden offen stand, den Pächtern zu ermöglichen, die erwirtschaftete Referenzmenge ganz oder zum Teil zu behalten, oder bei Aufgabe der Milcherzeugung durch den

246 Artikel 450 Abs. 1 Bst. d und i der Verordnung.

247 Artikel 450 Abs. 1 Bst. j der Verordnung.

248 Schlussanträge des Generalanwalts *Jääskinen*, EuGH, Rs. C-507/13 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), EU:C:2014:2394, Rn. 47 und 107.

Pächter letzterem eine Entschädigung zu gewähren.<sup>249</sup> Hingegen stellte sich die Frage, ob Mitgliedstaaten verpflichtet sein könnten, eine Vergütungsregelung einzuführen. Der Generalanwalt argumentierte, da keine allgemeine Verpflichtung in der entsprechenden Verordnung enthalten war bzw. erst später eingeführt wurde, die wirtschaftlichen Interessen der Pächter zu schützen, sei diese Schutzaufgabe den mitgliedstaatlichen Rechtssystemen zu überlassen.<sup>250</sup> Überdies sei eine Bindung an die Unionsgrundrechte auch nicht durch das Erfordernis der gleichförmigen und wirksamen Anwendung des Unionsrechts zu rechtfertigen, habe doch das Unionsrecht selbst es den Mitgliedstaaten überlassen, eine Lösung in Übereinstimmung mit den jeweils vorherrschenden Verhältnissen zu wählen.<sup>251</sup>

Hingegen überzeugt es bereits nicht, eine ausdrückliche Regelung zu verlangen, um Grundrechtsbindung auszulösen. Dies entspricht nicht dem Charakter der Grundrechte als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für unionsrechtliches Tätigwerden.<sup>252</sup> Überdies schließt die Gewährung eines Ermessensspielraumes nicht die Bindung an die Unionsgrundrechte aus, können doch auch diese in ihrer Anwendung den Mitgliedstaaten weiterhin unterschiedliche, grundrechtskonforme Handlungsmöglichkeiten offen lassen.

Im Ergebnis überzeugender bejahte daher der EuGH die Bindung an die Unionsgrundrechte. Zwar gehe der Fall in seiner Gestaltung über die Rechtssache *Wachauf* hinaus, da nunmehr konkret nach der Verpflichtung des Mitgliedstaates gefragt werde, eine Vergütungsregelung einzuführen.<sup>253</sup> Dennoch seien wie in *Wachauf* festgestellt die Unionsgrundrechte auf mitgliedstaatliches Handeln bei der Ergänzung einer Verordnung im Rahmen des dabei gewährten Ermessensspielraumes anzuwenden.<sup>254</sup> Jedoch gehe die Grundrechtsverpflichtung nicht so weit, dass für den Pächter ein eigener zivilrechtlicher Vergütungsanspruch gegenüber dem Verpächter geschaffen werden müsse.<sup>255</sup> Dessen ungeachtet lässt sich aus dieser Fallkonstellation der Schluss ziehen, dass die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten auch zu Handlungspflichten im Ermessensspielraum führen kann, begründet der EuGH doch seine Verneinung einer Pflicht zur Einführung einer Vergütungsregelung mit der konkreten Ausgestaltung des Eigentumsgrundrechtes im Unionsrecht und nicht als grundsätzlich ausgeschlossen.

Auch in späterer Rechtsprechung bestätigt der EuGH dieses Vorgehen. In einer etwas anders gearteten Konstellation kann die Bindung an die Unionsgrundrechte auch zur Folge haben, dass Handlungspflichten aus Verordnungen nicht auszuführen sind, wenn im Rahmen von *ordre public*-Klauseln Raum dafür

249 Schlussanträge des Generalanwalts Gulmann, EuGH, Rs. C-2/92 (Bostock), EU:C:1993:141, Rn. 29.

250 Rn. 33.

251 Rn. 34.

252 Vgl. etwa EuGH, Gutachten 2/94 (EMRK-Beitritt), EU:C:1996:140, Rn. 34.

253 EuGH, Rs. C-2/92 (Bostock), EU:C:1994:116, Rn. 15.

254 Rn. 16.

255 Rn. 20.

besteht, den Grundrechten gerecht zu werden. Grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Bestimmungen von Verordnungen im Einklang mit Unionsgrundrechten auszulegen. So kann auch eine grundrechtswidrige Maßnahme die Verpflichtungen aus einer Verordnung nicht erfüllen.<sup>256</sup> Im Rahmen der Verordnung 44/2001/EG<sup>257</sup> steht es Mitgliedstaaten offen, grundrechtswidrigen Gerichtsentscheiden die Anerkennung zu verweigern.<sup>258</sup> Erörtert wird in diesem Zusammenhang nunmehr, ob gar eine Pflicht zur Verweigerung der Vollstreckung einer Entscheidung bestehe, die unter einem offensichtlichen Verstoß gegen Grundrechte zustande gekommen sei.<sup>259</sup> Geht man von der vorangehenden Rechtsprechung aus, bejahte der EuGH dies wohl zu Recht, indem er betonte, ein nationales Gericht habe bei einer solchen Durchführung des Unionsrechts den Anforderungen von Artikel 47 Grundrechtecharta gerecht zu werden.<sup>260</sup> Dies dürfte gegebenenfalls auch eine Pflicht zur Vollstreckungsverweigerung umfassen.

Weiterführende Handlungspflichten können sich auch aus der konkreten Ausgestaltung eines Ermessensspielraumes im Rahmen einer Verordnung ergeben. In N.S. hielt der EuGH fest, dass Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung 343/2003<sup>261</sup> den Mitgliedstaaten ein Ermessen einräume, selbst in die Prüfung eines Asylantrages einzutreten und dadurch zum zuständigen Mitgliedstaat zu werden, das zugleich integraler Bestandteil des vom AEUV vorgesehenen und vom Unionsgesetzgeber ausgearbeiteten Gemeinsamen Europäischen Asylsystems sei.<sup>262</sup> Die Mitgliedstaaten müssten bei der Ausübung dieses Ermessens die übrigen Bestimmungen dieser Verordnung beachten.<sup>263</sup> Darüber hinaus sei auch in Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung klargestellt, welche Folgen die Verordnung für Abweichung vom unter Artikel 3 Abs. 1 aufgestellten Grundsatz vorsieht; so werde der Mitgliedstaat, der entscheide, einen Asylantrag selbst zu prüfen, zum zuständigen Mitgliedstaat im Sinne der Verordnung und müsse gegebenenfalls den oder die anderen Mitgliedstaaten, die vom Asylantrag betroffen seien, unterrichten.<sup>264</sup> Diese Gesichtspunkte sprächen dafür, das verliehene Ermessen als Teil des von der Verordnung vor-

256 EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), EU:C:1989:204, Rn. 10.

257 ABl. L 12 v. 16.1.2001, 1ff.

258 EuGH, Rs. C-283/05 (ASML Netherlands BV), EU:C:2006:787, Rn. 23 ff.

259 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-394/07 (Gambazzi), EU:C:2008:748, Rn. 43; vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-420/07 (Apostolides), EU:C:2008:749, Rn. 108. Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-559/14 (Meroni), EU:C:2016:120, Rn. 28, die festhält, dass ein Grundrechtsverstoß – typischerweise gegen Artikel 47 Grundrechtecharta – auch einen Verstoß gegen die *ordre public*-Klausel nach sich zöge.

260 EuGH, Rs. C-559/14 (Meroni), EU:C:2016:349, Rn. 44. EuGH, Rs. C-681/13 (Diageo Brands), EU:C:2015:471, Rn. 50.

261 ABl. 2003 L 50, 1ff.

262 EuGH, Rs. C-411/10 (N.S.), EU:C:2011:865, Rn. 65. Vgl. auch EuGH, Rs. C-578/16 PPU (C.K. u.a.), EU:C:2017:127, Rn. 59.

263 EuGH, Rs. C-411/10 (N.S.), EU:C:2011:865, Rn. 66.

264 Rn. 67.

gesehenen Verfahrens zur Bestimmung des für einen Asylantrag zuständigen Mitgliedstaats aufzufassen; es stelle daher nur ein Element des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems dar; übe ein Mitgliedstaat dieses Ermessen aus, führe er damit das Unionsrecht im Sinne von Artikel 51 Abs. 1 Grundrechtecharta durch.<sup>265</sup>

Dies bestätigte auch die Generalanwältin. Fraglich scheine im Lichte der *Wachauf* und *ERT* Rechtsprechungslinien, ob die Ermessensentscheidung über den Selbsteintritt bei der Prüfung von Asylanträgen für die Zwecke des Artikel 51 Abs. 1 Charta als eine mitgliedstaatliche Durchführungshandlung der Verordnung im Sinne der *Wachauf* Rechtsprechung einzuordnen sei.<sup>266</sup> Dies sei zu bejahen; der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten stehe dem nicht entgegen, da entscheidend die Verordnung eine abschließende Regelung zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates vorsehe. Die Möglichkeit, Asylanträge selbst zu prüfen, sei somit integraler Bestandteil dieser Regelung, was darin zum Ausdruck komme, dass die Verordnung die Rechtsfolgen einer solchen Entscheidung umfassend regle.<sup>267</sup> Dies werde auch durch das Ergebnis in *Wachauf* bestätigt; bei der dort vorliegenden Verordnung habe der Gerichtshof hervorgehoben, dass die Weigerung zur Gewährung einer Vergütung an einen ausscheidenden Pächter als Verletzung des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes gewertet werden könnte, wenn der Pächter dadurch entschädigungslos um die Früchte seiner Arbeit gebracht würde. Weil die Verordnung aber ausreichendes Ermessen ließ, um eine angemessene Vergütung zu gewähren, sei die in der Verordnung enthaltene Regelung im Ergebnis als grundrechtskonform zu bewerten gewesen.<sup>268</sup> Da sich der EuGH grundsätzlich mit der Konformität der Verordnung befasst habe, habe er „zumindest implizit“ bestätigt, dass auch mitgliedstaatliche Entscheidungen in Ausübung des von einer Verordnung gewährten Ermessens soweit irgend möglich in Übereinstimmung mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes stehen müssten; damit habe der EuGH zugleich bestätigt, dass solche Entscheidungen „für die Zwecke des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes als Durchführungshandlungen“ einer Unionsrechtshandlung zu werten seien.<sup>269</sup>

In der Lehre wird festgestellt, dass hier der EuGH im Vergleich zur strengerer Rechtsprechung zur Richtlinienumsetzung ungewöhnlich umfassend zur Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte bei der Anwendung von Verordnungen Stellung bezog. Insbesondere stelle der Gerichtshof klar, dass in Fällen, in denen die grundrechtskonforme Auslegung einer Verordnung an ihre Grenzen stoße, ein Mitgliedstaat die Unionsgrundrechte verletze, wenn er dennoch die Ver-

265 Rn. 68.

266 Rn. 79.

267 Rn. 80.

268 Rn. 81.

269 Rn. 82.

ordnung durchföhre.<sup>270</sup> Damit werde eine Verordnung außer Kraft gesetzt, während die bisherige Rechtsprechung sich auf Richtlinien und deren Auslegung konzentriert habe. Der Bereich der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten werde so ausgedehnt.<sup>271</sup> Hingegen können wohl – wie gezeigt bzw. auch durch die Generalanwältin angedeutet – bereits vorangehende Fälle dahingehend verstanden werden, dass stets eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte in von Verordnungen geschaffenen Ermessensspielräumen vorlag und der EuGH lediglich zuvor noch keine Gelegenheit zu einer derart klaren Stellungnahme erhalten hatte. Auch besteht hier kein fundamentaler Unterschied zwischen Richtlinien und Verordnungen. Der EuGH hat dementsprechend überzeugend sogar bei Rahmenbeschlüssen bei gerichtlichen Entscheidungen über die Übergabe einer Person an den Ausstellungsstaat eines Europäischen Haftbefehls befunden, dass eine Verpflichtung bestehen kann, eine Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung von Häftlingen im Licht der Grundrechtecharta zu würdigen.<sup>272</sup>

Eine geeignetere Einstufung dieser Konstellation geht davon aus, dass Parallelen zur Bindung an die Unionsgrundrechte im Bereich der Rechtfertigungen von Grundfreiheitsbeschränkungen bestehen. In beiden Fällen gewährt das Unionsrecht Ermessen für die Feststellung, ob Eingriffe vorgenommen werden, legt aber zugleich Voraussetzungen hierfür fest.<sup>273</sup> Es überzeugt vor diesem Hintergrund auch kaum, wenn ein solches „horizontales Solange“ als neue Variante der Grundrechtsbindung aufgefasst wird, bei dem die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung 343/2003 nicht automatisch von der Beachtung der Grundrechte in anderen Mitgliedstaaten ausgehen können, sondern, wenn sie nicht die konkrete Situation und mögliche Grundrechtsgefährdungen dort berücksichtigen, durch die Überführung eines Asylwerbers selbst womöglich eine Grundrechtsverletzung begehen.<sup>274</sup> Insbesondere überzeugt es auch nicht, dies mit der Situation der Mindestharmonisierung zu vergleichen, indem die Mitgliedstaaten politische Entscheidungen im Rahmen der eigenen Kompetenzen zu treffen hätten und das Unionsrecht nur die Regeln der Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten festlege, jedoch der Gerichtshof die Beachtung der Grundrechte verlange.<sup>275</sup>

270 Rn. 113.

271 *Canor*, Common Market Law Review 2013, 383 (388).

272 EuGH, Rs. C-404/15 (Aranyosi und Căldăraru), EU:C:2016:198, Rn. 88. Vgl. hingegen die skeptische Stellungnahme in Bezug auf das durch den Europäischen Haftbefehl geschaffene System gegenseitigen Vertrauens in Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Verb. Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), EU:C:2016:140, Rn. 79 ff.

273 *Hoffmann/Rudolphi*, DÖV 2012, 597 (599).

274 So aber *Canor*, Common Market Law Review 2013, 383 (395-396). Vgl. hingegen *Lenaerts*, Common Market Law Review 2017, 805 (810).

275 *Canor*, Common Market Law Review 2013, 383 (396). Siehe zur Bindung an die Unionsgrundrechte bei unionsrechtlicher Mindestharmonisierung noch ausführlich Abschnitt D.IV.

Im Ergebnis bedeutet in Fällen wie N.S. die Bindung an die Unionsgrundrechte faktisch die Verengung eines Ermessensspielraumes weg von einer Handlungsoption hin zu einer konkreten Handlungsverpflichtung. Eine solche Handlungsverpflichtung anerkannte auch die Generalanwältin in K, so dass ähnlich wie in N.S. im Lichte des Gebots der Beachtung der Unionsgrundrechte die Mitgliedstaaten unter besonderen Umständen verpflichtet sein könnten, die humanitäre Klausel des Artikel 15 der Verordnung 343/2003,<sup>276</sup> die eigentlich nur ein Recht zur Überprüfung beinhaltet, als Verpflichtung anzuwenden, wenn sonst eine ungerechtfertigte Beschränkung eines Rechts aus der Grundrechtecharta ernsthaft drohte.<sup>277</sup> Hingegen ist zugleich festzuhalten, dass der Gerichtshof in späterer Rechtsprechung präzisiert hat, dass keine Verpflichtung zum Selbsteintritt in N.S. vorgeschrieben worden sei, sondern lediglich – womit erneut der Ermessensspielraum des jeweiligen Mitgliedstaates betont wird – die Verpflichtung, einen Asylwerber nicht zu überstellen, während Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung nur eine Befugnis ausdrücke.<sup>278</sup> Letzten Endes ändert dies jedoch nichts an der grundlegenden Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte in derartigen Fallkonstellationen.

Ermessensspielräume in Verordnungen bringen also durchaus begründet umfassende Unionsgrundrechtsbindung mit sich, die unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Ermessensspielraums vorliegt, ob es sich um das Ergänzen einer Verordnung oder die Wahrnehmung von Handlungsoptionen oder Handlungspflichten, die sich aus der Anwendung der Unionsgrundrechte ergeben, handelt. Ein vergleichbares Bild zeigt sich auch bei Richtlinien.

#### 4. Ermessensspielräume in Richtlinien

Grundsätzlich sind Richtlinien bezüglich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den Mitgliedstaaten die Wahl der hierfür erforderlichen Mittel.<sup>279</sup> Fraglich ist, inwieweit die innerstaatliche Durchführung von Richtlinien ebenfalls der Bindung an die Unionsgrundrechte unterliegt. Der EuGH hat dies in einer Reihe von Konstellationen bejaht.

Insbesondere bei Richtlinien ist die – beispielsweise in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts feststellbare<sup>280</sup> – Tendenz problematisch, bei Umset-

276 ABl. 2003 L 50, 1 ff.

277 Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, EuGH, Rs. C-245/11 (K), EU:C:2012:389, Rn. 65.

278 EuGH, Rs. C-4/11 (Puid), EU:C:2013:740, Rn. 29-30.

279 Zu diesem Begriff bzw. zur bereits daraus sich ergebenden Bindung an unionsrechtliche Vorgaben siehe auch *Maier*, Grundrechtsschutz, 65 f.

280 Zur Anwendung nationaler Grundrechte auf den nicht unionsrechtlich determinierten Teil eines Umsetzungsaktes von Richtlinien, bei dem der nationale Gesetzgeber von seiner Gestaltungsfreiheit bezüglich Form und Mitteln oder einer Öffnungsklausel Gebrauch macht, BVerfGE, Beschl. v. 9.7.1992, 2 BvR 1096/92; BVerfGE, Beschl. v. 27.7.2004, 1 BvR 1270/04. Ausdrücklich zur An-

zungsakten von Richtlinien einen unionsrechtlich determinierten und originär nationalen Teil unterscheiden zu wollen. Nicht nur dürfte eine solche Entscheidung im Einzelfall schwierig zu treffen sein, sie betrifft auch eine Auslegung einer Richtlinie und obliegt somit eigentlich dem EuGH. Während hier teils argumentiert wird, dass der EuGH keine solche Zuordnung vornimmt, da für ihn der Umsetzungsakt vollumfänglich der Bindung an die Unionsgrundrechte unterliege,<sup>281</sup> dürfte dies wohl zu weit gehen. Vielmehr zeigt ein Blick in die Rechtsprechung, dass der Gerichtshof von einer durchaus weitgehenden, aber primär auf Umsetzungs- und Auslegungsspielräume bezogenen Unionsgrundrechtsbindung ausgeht, die dabei aber nicht unbegrenzt ausfällt.

#### a) Umsetzungsspielräume

Bei der Umsetzung von Richtlinien müssen die Mitgliedstaaten gemäß der Rechtsprechung des EuGH nicht nur die inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie beachten, sondern auch die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes des Unionsrechts, was auch für die Anwendung nationaler Umsetzungsbestimmungen gilt.<sup>282</sup> Dies lässt sich anhand mehrerer Konstellationen in der Rechtsprechung aufzeigen.

Zwar erheben auch die nationalen Grundrechte Anspruch auf Geltung, wo Richtlinien Umsetzungsspielräume oder sonstige Öffnungsklauseln zugunsten der Mitgliedstaaten enthalten.<sup>283</sup> Eine Konfliktsituation ergibt sich allerdings nur dann, wenn die gewählte Umsetzung einer Richtlinie z.B. zur Einhaltung von nationalen Grundrechten erforderlich ist, jedoch den Unionsgrundrechten widerspricht.<sup>284</sup> Auch in solchen Fällen sind hingegen letzten Endes vorrangig die Unionsgrundrechte zu beachten.<sup>285</sup>

Zugleich wird in der Lehre teils nach einem eindeutigen Kriterium gesucht, um die Bindung mitgliedstaatlichen Handelns an die Unionsgrundrechte im Rahmen der Umsetzungsspielräume bei der Richtlinienumsetzung zu begrenzen. Als Kriterien für die Grundrechtsbindung wird etwa vorgeschlagen, darauf abzustellen, ob die Grundrechtsgefährdung durch eine Maßnahme des Mitgliedstaates dem „Herrschungsbereich des Unionsrechts“ entstamme und bei unvoreingenommener Betrachtung der unionsrechtlichen Regelungen nicht „außerhalb des objektiv Erwartbaren“ liege.<sup>286</sup> Überlegenswert erscheine auch, die Bindung durch

wendung der Grundrechte des Grundgesetzes bei unionsrechtlich gewährten Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers BVerfGE 121,1 (15).

281 Matz-Lück, Rechtsakte, in: Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 187.

282 EuGH, Rs. C-241/15 (Bob-Dogi), EU:C:2016:385, Rn. 34.

283 Lindner, EuZW 2007, 71 (72 ff.); Streinz/Michl, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 8.

284 Matz-Lück, Rechtsakte, in: Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 175-176.

285 Vgl. bereits Kapitel 5 Abschnitt E.

286 Streinz/Michl, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 7.

die Unionsgrundrechte auf verbindliche Grenzen des Ermessens zu beschränken.<sup>287</sup> Nicht erfasst sein sollen Regelungen, die nur „bei Gelegenheit“ der legislativen Durchführung von Unionsrecht wie z.B. bei der Richtliniendurchsetzung vom nationalen Gesetzgeber erlassen werden und die nicht im Unionsrechtsakt „angelegt“ seien,<sup>288</sup> bzw. „andere Belange“, die im Rahmen der Umsetzung einer Richtlinie zusätzlich geregelt werden.<sup>289</sup> Da in der Praxis Schwierigkeiten bei solchen Abgrenzungen zu erwarten sind,<sup>290</sup> führt wohl eine detaillierte Untersuchung der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze am weitesten bei der Klärung des Umfangs der Unionsgrundrechtsbindung im Bereich von Umsetzungsspielräumen von Richtlinien.

Klar ist, dass die Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte gebunden sind, wo ihnen obligatorische Wahlmöglichkeiten in einer Richtlinie eröffnet werden<sup>291</sup> oder sie explizit vorgesehene Ausnahmetatbestände nutzen, da somit immer noch das Unionsrecht den Handlungsrahmen vorgibt.<sup>292</sup> Im Fall der Richtlinie über die Familienzusammenführung 2003/86/EG<sup>293</sup> bekämpfte das Parlament eine Bestimmung der Richtlinie, die den Mitgliedstaaten erlaubte, die Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen von einer maximal zweijährigen Frist rechtmäßigen Aufenthalts der zusammenführenden Person abhängig zu machen; eine weitere Bestimmung erlaubte, dass ein Mitgliedstaat, dessen Recht das Kriterium der Aufnahmefähigkeit berücksichtigte, eine Wartefrist von höchsten drei Jahren vorsehen konnte. Nach Ansicht des Parlaments verstieß diese Regelung gegen Artikel 8 EMRK.

Der Gerichtshof verneinte einen Verstoß gegen Artikel 8 EMRK; die Richtlinie schließe das Recht auf Familienzusammenführung nicht aus, sondern räume den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum ein, im Rahmen dessen ihnen eine grundrechtskonforme Umsetzung möglich sei.<sup>294</sup> Weder seien die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie zu einer Grundrechtsverletzung verpflichtet noch ermäch-

287 Cremer, EuGRZ 2011, 545 (552).

288 Streinz/Michl, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 9; Ladenburger, Artikel 51, in: Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Rn. 35; Frenz, Europäische Grundrechte, Rn. 250.

289 Jarass, Charta, Artikel 51, Rn. 18; vgl. auch etwa Epiney, Cahiers de Droit Européen 2014, 283 (296), für die nur jene Teile der Umsetzungsakte von Unionsgrundrechtsrechtsbindung erfasst sein sollen, die ein „ensemble, logique“ bilden.

290 Wollenschläger, Grundrechtsregimekonkurrenzen, in: Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa, 64-65. Vgl. hierzu auch Jarass, Charta, Artikel 51, Rn. 23, der zusätzlich auf Abgrenzungsprobleme hinweist, die sich daraus ergeben könnten, wenn zugleich eine Grundfreiheit eingeschränkt werde, was ohnedies den diesbezüglich weit gefassten Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte eröffnen würde.

291 Siehe m.w.N. Maier, Grundrechtsschutz, 68 f.

292 EuGH, Rs. C-110/15 (Nokia Italia u.a.), EU:C:2016:717, Rn. 44; siehe auch Lindner, EuZW 2007, 71 (72). Hierbei handelt es sich um den konkreten materiellen Richtlinieninhalt, Maier, Grundrechtsschutz, 69.

293 ABl. L 251 v. 3.10.2003, 12 ff.

294 EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat (Familienzusammenführung)), EU:C:2006:429, Rn. 104.

tigt.<sup>295</sup> Auch die Mitgliedstaaten müssten bei der Umsetzung von Richtlinien die Erfordernisse des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes beachten.<sup>296</sup> Sollten Gerichte der Mitgliedstaaten die Gültigkeit einer Richtlinie in Hinblick auf den Grundrechtsschutz anzweifeln, seien sie verpflichtet, dem Gerichtshof entsprechende Fragen im Rahmen eines Vorbentscheidungsverfahrens vorzulegen.<sup>297</sup>

Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, sich bei der Umsetzung einer Richtlinie nicht auf eine grundrechtswidrige Auslegung derselben zu verlassen.<sup>298</sup> Die Auslegung von Richtlinien erfolgt im Lichte der einschlägigen Unionsgrundrechte.<sup>299</sup> Dies ist beispielsweise auch dort der Fall, wo eine Richtlinie einen Ausgleich zwischen den entsprechenden Rechten bei Nutzung einer urheberrechtlich geschützten Zeichnung zu Parodiezwecken im Rahmen der entsprechenden Ausnahmeregelung verlangt, sodass womöglich die Zeichnung durch die Parodie nicht in die Nähe von Aussagen gerückt werden darf, die gegen das in den Unionsgrundrechten verankerte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft verstößen.<sup>300</sup>

Insbesondere haben Mitgliedstaaten auch innerhalb eines Ermessensspielraumes Richtlinien so umzusetzen, dass dies den Unionsgrundrechten gerecht wird.<sup>301</sup> Daraus können sich auch Verpflichtungen ergeben.<sup>302</sup> Ein Entscheidungsspielraum bei der Umsetzung einer Richtlinie muss daher zur Abwägung zwischen Grundrechten und anderen Regelungszielen je nach konkretem zu regelndem Fall genutzt werden.<sup>303</sup> Dasselbe gilt für den Fall kollidierender, im Unions-

295 Rn. 103.

296 Rn. 105.

297 Rn. 106.

298 EuGH, Rs. C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, Rn. 68; EuGH, Rs. C-305/05 (Ordre des barreaux), EU:C:2007:383, Rn. 28; EuGH, Rs. C-528/13 (Léger), EU:C:2015:288, Rn. 41; EuGH, Rs. C-580/13 (Coty Germany), EU:C:2015:485, Rn. 34; EuGH, Verb, Rs. C-356/11 und C-357/11 (O und S), EU:C:2012:776, Rn. 77. Vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, EuGH, Rs. C-316/09 (MSD Sharp & Dohme), EU:C:2010:712, Rn. 74. Teils wird dies als geschickte Strategie des Gerichtshofes beurteilt, eine direkte Überprüfung von Sekundärrechtsakten – mit möglicherweise folgenschwerer Aufhebung derselben – zu vermeiden; stattdessen werde so der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten umfunktioniert und beschränkt, so dass diese eine Richtlinie, die potenziell den Unionsgrundrechten zuwider laufen könnte, „retten“ müssen, so *Canor*, Common Market Law Review 2013, 383 (389).

299 EuGH, Rs. C-427/15 (NEW WAVE CZ), EU:C:2017:18, Rn. 25; vgl. auch Stellungnahme des Generalanwalts Mazák, EuGH, Rs. C-357/09 PPU (Kadzoev), EU:C:2009:691, Rn. 52.

300 EuGH, Rs. C-201/13 (Deckmyn), EU:C:2014:2132, Rn. 29-30.

301 Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro, EuGH, Rs. C-53/04 (Marroso und Sardino), EU:C:2005:569, Rn. 37; EuGH, Rs. C-553/07 (Rijkeboer), EU:C:2009:293, Rn. 64. Solange ein derartiger Ermessensspielraum gewährt wird, verstößt eine solche Richtlinie auch nicht gegen den Vertrag, EuGH, Rs. C-166/98 (Socridis), EU:C:1999:316, Rn. 19. Zugleich gebietet aus diesem Grund auch die Effektivität des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes nicht, dass bereits der Unionsgesetzgeber bei Erlass einer Richtlinie eine weitgehende Vereinheitlichung des Grundrechtsschutzes anstreben muss, um potenzielle Verstöße der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung zu verhindern, *Teetzmann*, EuR 2016, 90 (102).

302 Wenngleich der EuGH typischerweise den weiterhin bestehenden Ermessensspielraum betont, vgl. etwa EuGH, Rs. C-558/14 (Khachab), EU:C:2016:285, Rn. 28.

303 EuGH, Rs. C-421/07 (Damgaard), EU:C:2009:222, Rn. 25 und 27.

recht gewährleisteter Grundrechte, zwischen denen ein angemessener Ausgleich zu suchen ist.<sup>304</sup> Auch kann das Unionsrecht eine Umsetzung vorgeben, aufgrund welcher eine Abwägung zwischen dem Zweck der nationalen Umsetzungsregelung und den Unionsgrundrechten möglich sein muss.<sup>305</sup> Generell sind somit innerhalb des von einer Richtlinie gewährten Umsetzungsspielraumes Mitgliedstaaten klar durch die Vorgaben der Unionsgrundrechte eingeschränkt und müssen diese berücksichtigen. Während etwa Artikel 5 der Richtlinie 95/46/EG<sup>306</sup> den Mitgliedstaaten die Bestimmung der Voraussetzungen überlässt, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmässig sein soll, bleibt der Spielraum der Mitgliedstaaten begrenzt. Der EuGH stellte so fest, dass ein Mitgliedstaat nicht mittels einer nationalen Regelung für eine ganze Kategorie personenbezogener Daten das Ergebnis der Abwägung der einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen abschliessend vorschreiben könne, ohne Raum für eine im Einzelfall anders ausfallende Entscheidung zu lassen.<sup>307</sup>

Auch in einem weiter gefassten Bereich liegt Unionsgrundrechtsbindung vor bzw. fällt mitgliedstaatliches Verhalten als Durchführung in diesen Bereich.<sup>308</sup> Der EuGH hielt so fest, dass Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte gebunden seien bezüglich aller Maßnahmen, die die Erreichung des Richtlinienziels gewährleisten sollten, „einschließlich derjenigen, mit denen nach der eigentlichen Umsetzung die bereits erlassenen nationalen Rechtsvorschriften ergänzt oder geändert werden“.<sup>309</sup> Auch der Bereich unzureichend umgesetzter Richtlinien ist von der Grundrechtsbindung erfasst.<sup>310</sup>

Zuletzt kann, auch wenn keine ausdrückliche Regelung über die Möglichkeit, in einem bestimmten Verfahrensstadium einen Rechtsbehelf zu ergreifen, getroffen wird, dies einen Ermessensspielraum für die Umsetzung einer Richtlinie oder, wie in *Jeremy F.*, eines Rahmenbeschlusses<sup>311</sup> schaffen.<sup>312</sup> Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung, aufgrund welcher ein Rechtsbehelf eingelegt werden kann gegen eine Entscheidung über die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls oder gegen eine Entscheidung, mit der einer Ausweitung eines solchen Haftbefehls oder einer weiteren Übergabe zugestimmt wird, bedeutet nicht, dass der Rahmenbeschluss es den Mitgliedstaaten verwehrt, einen solchen Rechtsbehelf

304 EuGH, Rs. C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, Rn. 68. Dies betrifft auch die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte, EuGH, Rs. C-484/14 (Mc Fadden), EU:C:2016:689, Rn. 83.

305 EuGH, Rs. C-582/14 (Breyer), EU:C:2016:779, Rn. 63.

306 ABl. 1995 L 281, 31 ff.

307 EuGH, Rs. C-468/10 (ASNEF), EU:C:2011:777, Rn. 47.

308 EuGH, Rs. C-2/92 (Bostock), EU:C:1994:116, Rn. 16; EuGH, Rs. C-351/92 (Graff), EU:C:1994:293, Rn. 17-18.

309 EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), EU:C:2005:709, Rn. 51.

310 *Streinz/Michl*, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 10.

311 Hier der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. 2002 L 190, 1 ff. in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI, ABl. 2009 L 81, 24 ff., geänderten Fassung.

312 EuGH, Rs. C-168/13 PPU (Jeremy F.), EU:C:2013:358, Rn. 37.

einzu führen, oder dass er sie dazu verpflichtet.<sup>313</sup> Im Rahmen eines so gewährten Ermessensspielraumes<sup>314</sup> gilt aber bei der Umsetzung, wie sich auch ausdrücklich aus Artikel 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses ergibt, sowohl für den Ausstellungs- als auch den Vollstreckungsmitgliedstaat die Verpflichtung, die Unionsgrundrechte zu achten.<sup>315</sup> Somit hat das im Rahmenbeschluss „geregelte“ Verfahren der Übergabe – wohl also in seiner Gesamtheit, also auch, wenn die Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume nutzen – unter gerichtlicher Kontrolle stattzufinden.<sup>316</sup> Dies gilt auch für jene Fälle, in denen die im Rahmenbeschluss vorgesehnen Fristen für die Vollstreckung überschritten werden, da in solchen Fällen zu Zwecken der vollen Wirksamkeit des Europäischen Haftbefehls nach Ansicht des EuGH dennoch weiterhin eine Entscheidung über dessen Vollstreckung ergehen kann.<sup>317</sup>

### b) Spielräume bei der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts

Abgesehen von der Umsetzung von Richtlinien durch den nationalen Gesetzgeber sind alle anderen mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Stellen im Mitgliedstaat ebenso verpflichtet, das Ziel einer Richtlinie zu erreichen. Hierfür müssen insbesondere nationale Gerichte und Verwaltungsbehörden im Rahmen des „mittelbaren Vollzuges“<sup>318</sup> das nationale Recht richtlinienkonform auslegen und anwenden.<sup>319</sup> Auch dabei kann die Bindung an die Unionsgrundrechte sich auf den im Auslegungsverfahren vorliegenden Ermessensspielraum der mitgliedstaatlichen rechtsauslegenden und rechtsanwendenden Stellen auswirken. Eine nationale Vorschrift, die nicht konform mit einer Richtlinie bzw. den Unionsgrundrechten ausgelegt werden kann, muss ein nationales Gericht womöglich gar unangewendet lassen.<sup>320</sup>

Deutlich kam dies in *Strafverfahren gegen X* zum Ausdruck. Hier erläuterte bereits Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomer* das Legalitätsprinzip im Strafrecht

---

313 Rn. 38.

314 Siehe hierzu Rn. 52.

315 Rn. 40 ff. Zugleich weist der Gerichtshof darauf hin, dass die Mitgliedstaaten auch bei Verfahren der Strafverfolgung und -vollstreckung, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, die Grundsätze der EMRK und eigene verfassungsrechtliche Grundrechtsgarantien beachten müssten, Rn. 48. Klar ergibt sich so, dass der vorliegende Fall im Unterschied hierzu in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.

316 Rn. 46.

317 EuGH, Rs. C-237/15 PPU (Lanigan), EU:C:2015:474, Rn. 41. Zur Bindung an die Unionsgrundrechte etwa, wenn ein Betroffener über die besagten Fristen hinaus von einem Mitgliedstaat in Haft gehalten wird, Rn. 52-53. Siehe auch EuGH, Rs. C-640/15 (Vilkas), EU:C:2017:39, Rn. 43.

318 Schaller, Verpflichtungssadressaten, 44-45. Zum Begriff des mittelbaren Vollzugs siehe *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 (9). In der Rechtsprechung EuGH, Verb. Rs. C-74/95 und C-129/95 (Strafverfahren gegen X), EU:C:1996:491, Rn. 25; EuGH, Rs. C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, Rn. 68.

319 EuGH, Rs. C-106/89 (Marleasing), EU:C:1990:395, Rn. 8.

320 Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-232/09 (Danosa), EU:C:2010:486, Rn. 110.

als „eine der Wirksamkeit der [Unions]richtlinien innewohnende Grenze“.<sup>321</sup> Dies gelte als „Grundrecht“ für die Fälle, in denen eine Richtlinie zwar nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden sei, diese dann aber trotzdem nicht die Wirkung haben könne, ein Verhalten mit Strafe zu belegen, das innerstaatlich nicht mit Strafe bedroht gewesen sei.<sup>322</sup> Dies gelte im vorliegenden Fall auch für den Fall, dass eine Richtlinie umgesetzt und bereits vollzogen worden sei, wenn als Folge die Verantwortlichkeit eines Betroffenen begründet oder verschärft werde, was sonst nicht der Fall gewesen wäre.<sup>323</sup> Da nationale Gerichte verpflichtet seien, die Richtlinie bei der Auslegung von nationalen Regelungen heranzuziehen, die als Ergebnis der Umsetzung einer Richtlinie erlassen worden seien, entstehe hier ein Konflikt zwischen diesem Grundsatz und jenem, der extensive Auslegung im Strafrecht verbiete.<sup>324</sup> Als Lösung des Konflikts müsse hier die Verpflichtung, bei der Auslegung auf den Inhalt der Richtlinie abzustellen, ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts, insbesondere im Grundsatz der Rechtsicherheit und im Rückwirkungsverbot, finden.<sup>325</sup> Somit sei das nationale Strafrecht „nach den diesem Bereich der Rechtsordnung eigenen Kriterien und Prinzipien“ auszulegen, insbesondere dem Grundsatz der Rechtssicherheit, dessen Umsetzung in das Strafrecht das Legalitätsprinzip darstelle.<sup>326</sup> Es sei daher auch aufgrund desselben Grundsatzes verboten, eine Unionsrichtlinie heranzuziehen, um *contra reum* die Straftatbestände über die im nationalen Strafrecht beschriebenen strafbaren Handlungen hinaus auszudehnen.<sup>327</sup>

Der Gerichtshof erinnerte, dass eine Richtlinie nicht Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen könne und daher die Pflicht, das nationale Recht möglichst nah in der Auslegung am Wortlaut und Zweck einer Richtlinie auszurichten, ihre Grenzen insbesondere dort habe, wo eine solche Auslegung die strafrechtliche Verantwortlichkeit einzelner aufgrund der Richtlinie und unabhängig von zu ihrer Durchführung erlassener Rechtsvorschriften begründet oder verschärft.<sup>328</sup> Insbesondere in einem Fall wie dem vorliegenden, wo es um den Umfang strafrechtlicher Verantwortlichkeit gehe, die sich aus „speziell zur Durchführung einer Richtlinie erlassenen Rechtsvorschriften“ ergebe, verbiete der Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit von strafbaren Handlungen und Strafen als Folge der Rechtssicherheit eine Verfolgung, wo sich Strafbarkeit nicht eindeutig aus dem Gesetz ergebe; dieser Grundsatz gehöre zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

321 Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer, EuGH, Verb. Rs. C-74/95 und C-129/95 (Strafverfahren gegen X), EU:C:1996:491, Rn. 54.

322 Rn. 53.

323 Rn. 56.

324 Rn. 60.

325 Rn. 61.

326 Rn. 62.

327 Rn. 63.

328 EuGH, Verb. Rs. C-74/95 und C-129/95 (Strafverfahren gegen X), EU:C:1996:491, Rn. 23-24.

zen, die auf den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten basieren, und sei zusätzlich auch in völkerrechtlichen Verträgen wie Artikel 7 EMRK verankert.<sup>329</sup>

### III. Durchführung von Unionsrecht durch mitgliedstaatliche Verfahren und Sanktionsbewehrung

Neben Ermessensspielräumen schafft das Unionsrecht in anderen Fällen lediglich Ansprüche oder Pflichten, während die Schaffung von Durchsetzungsmechanismen dem mitgliedstaatlichen Recht überlassen bleibt. Hier ist sowohl an zivil- als auch straf- und verwaltungsverfahrensrechtliche Regelungen zu denken.<sup>330</sup> Auch in diesen Konstellationen sind gemäß Rechtsprechung des EuGH die Unionsgrundrechte anwendbar.<sup>331</sup> Unterscheiden lässt sich hier die Situation, in der im Unionsrecht Ansprüche geschaffen werden, die verfahrensrechtliche Umsetzung aber den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verfahrensautonomie überlassen bleibt, von jener unionsrechtlicher Pflichten, die die Mitgliedstaaten aufgrund des Loyalitätsgebotes mit Sanktionen zu belegen haben, um ihre Einhaltung sicherzustellen.<sup>332</sup> Die Rechtsprechung im ersten Problemkreis lässt sich überdies in zwei Untergruppen fassen, da in manchen Fällen der Begriff der Verfahrensautonomie, in anderen die Anwendung des Grundrechts des Artikel 47 Grundrechtecharta für den Gerichtshof im Vordergrund steht. Letzten Endes sind die genannten Einteilungen notwendigerweise aber nicht völlig eindeutig, wie auch die Unterscheidung der vorliegenden beiden Konstellationen zu jener von unionsrechtlich gewährten Ermessensspielräumen sich ebenfalls nicht eindeutig aufrechterhalten lässt. Die hier gewählte Aufteilung bietet sich hingegen an, da die Rechtsprechung sich so zumindest in identifizierbare Fallgruppen, wenngleich eben nicht eindeutig abtrennbare Kategorien einordnen lässt.

Als grundlegende Vorbemerkung kommen mitgliedstaatliche Maßnahmen, wie sie in der Folge zu diskutieren sind, nicht in jeder Situation zur Durchsetzung unionsrechtlicher Ziele zum Einsatz und sind im letzteren Fall nicht an die Unionsgrundrechte gebunden. Dies entschied der EuGH beispielsweise in *Ymeraga*, da das dortige mitgliedstaatliche Freizügigkeitsgesetz zwar zur Anwendung kam, jedoch die Situation des Betroffenen weder in den Rahmen des Sekundärrechts noch des Artikel 20 AEUV zur Freizügigkeit der Unionsbürger fiel und somit eine Weigerung, Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, auch

329 Rn. 25.

330 *Epiney*, Cahiers de Droit Européen 2014, 283 (296).

331 Vgl. auch zur Inanspruchnahme des Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 267 AEUV bzw. zur darin erfolgenden Darstellung des Sachverhalts und Rechtsrahmens durch ein nationales Gericht EuGH, Rs. C-614/14 (Ognyanov), EU:C:2016:514, Rn. 23.

332 Vgl. auch *Latzel*, EuR 2015, 658 (660), der von „Kollateralpflichten“ spricht.

keine Verwehrung des tatsächlichen Genusses des Kernbestands der Unionsbürgerrechte darstellte, es sich somit also um keine Durchführung des Unionsrechts handelte.<sup>333</sup> Dies führt zu dem Ergebnis, dass dieselbe mitgliedstaatliche Regelung je nach Anspruch bzw. Pflicht, auf die das entsprechende Verfahren abzielt, in den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte fallen kann oder nicht. Letzten Endes handelt es sich dabei jedoch um nichts anderes als die logische Folge der zuvor festgestellten Irrelevanz einer auf Unionsrecht bezogenen Durchführungsabsicht des anwendbaren nationalen Rechts.<sup>334</sup>

### *1. Verpflichtung zur unionsrechtskonformen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten*

In dieser Konstellation ist, wie zuvor bemerkt, zwischen Rechtsprechung zu unterscheiden, die sich eher auf den Grundsatz der Verfahrensautonomie beruft, und jener, in der der EuGH sich eher auf Artikel 47 Grundrechtecharta stützt. Hingegen sind die zugrundeliegenden Grundsätze erkennbar ähnlich ausgestaltet.

#### *a) Rechtsprechung zur Verfahrensautonomie*

Grundsätzlich nimmt die Leitplankenwirkung des Unionsrechts in Bereichen, in denen die Bestimmung von Verfahrensmodalitäten den Mitgliedstaaten obliegt, aber dem Einzelnen aus dem Unionsrecht womöglich Verteidigungsrechte erwachsen, die Form der Erfordernisse der Äquivalenz und der Effektivität an.<sup>335</sup> Sofern nichts Näheres im Unionsrecht zu den Verteidigungsrechten festgelegt ist, geht der Gerichtshof so davon aus, dass im Anwendungsbereich des Unionsrechts die Bedingungen des nationalen Rechtes für die mitgliedstaatlichen Verwaltungen zur Anwendung kommen, sofern sie für den Einzelnen in vergleichbaren unter das nationale Recht fallenden Situationen gelten und die Ausübung der durch Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.<sup>336</sup> Als Teil des geforderten Einklangs mit dem Unionsrecht muss die praktische Wirksamkeit eines Sekundärrechtsaktes sowie der Gesamtzusammenhang der Rechtsprechung zur Wahrung der Verteidigungsrechte und des Systems des Rechtsaktes durch die Mitgliedstaaten beachtet werden.<sup>337</sup>

Dabei gilt die Verfahrensautonomie im Anwendungsbereich des Unionsrechts für Mitgliedstaaten nicht absolut, sondern findet ihre Grenze in den allgemeinen

333 EuGH, Rs. C-87/12 (Ymeraga), EU:C:2013:291, Rn. 42-43.

334 Siehe bereits Abschnitt C.I.

335 EuGH, Verb. Rs. C-317/08, C-318/08, C-319/08 und C-320/08 (Alassini), EU:C:2010:146, Rn. 49; EuGH, Rs. C-166/13 (Mukarubega), EU:C:2014:2336, Rn. 52.

336 So etwa in jüngerer Rechtsprechung EuGH, Rs. C-383/13 PPU (G. und R.), EU:C:2013:533, Rn. 35.

337 Rn. 36-37.

Grundsätzen des Unionsrechtes und insbesondere der Wahrung der Unionsgrundrechte wie dem Recht auf Rechtsschutz gemäß Artikel 47 Grundrechtecharta.<sup>338</sup> Dies gilt unabhängig von der Art des nationalen Verfahrens<sup>339</sup> und insbesondere in Fällen, in denen beispielsweise eine besonders klar vom Unionsrecht vorgesehene Sanktionsregelung im nationalen Recht niedergelegt ist bzw. angewendet wird.<sup>340</sup> Auch führt der Grundsatz der Verfahrensautonomie dazu, dass es dort, wo in Ermangelung einschlägiger unionsrechtlicher Regelungen nationales Verfahrensrecht auf den Vollzug von unionsrechtlichen Vorgaben angewendet wird, zu einer Doppelbindung an nationale und unionale Grundrechte kommt, die im Regelfall unbedenklich ist und Artikel 53 Grundrechtecharta unterliegt.<sup>341</sup> Im Falle einer echten Kollision hingegen greift der Anwendungsvorrang des Unionsrechts.<sup>342</sup>

Als grundlegende Entscheidung ist hier *Steffensen* hervorzuheben. Bereits die Generalanwältin schlug vor, dass im Rahmen des Grundsatzes der Effektivität, dem nationale Verfahrensregeln gerecht werden müssen, eine Überprüfung einer Beweisregelung auch im Lichte der Grundrechte, die dem nationalen Rechtsschutzsystem zugrunde liegen, zu erfolgen habe.<sup>343</sup> Das in Artikel 12 der betreffenden Richtlinie 89/397/EWG<sup>344</sup> verankerte Recht auf ein wirksames Rechtsmittel sei dabei Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und der EMRK zugrunde liege und im Rahmen des Unionsrechts zu berücksichtigen sei.<sup>345</sup> Der Verwertbarkeit von Gutachten, gegen die kein Gegengutachten eingeholt werden könne, stehe daher das Unionsrecht dann entgegen, wenn dadurch ein tatsächlicher und wirksamer Rechtsschutz gegen Maßnahmen der zuständigen Behörden praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werde.<sup>346</sup> Jedoch sei hier durch das nationale Gericht zu prüfen, ob ein Gegengutachten überhaupt das einzige geeignete Mittel für den Rechtssuchenden wäre, um sich wirksam verteidigen zu können.<sup>347</sup>

338 EuGH, Rs. C-61/14 (Orizzonte Salute), EU:C:2015:655, Rn. 46 und 49. Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón, EuGH, Rs. C-570/08 (Symvoulio Apochetefseon Lefkosias), EU:C:2010:301, Rn. 46; zum Wettbewerbsrecht Schlussanträge des Generalanwalts Wahelet, EuGH, Rs. C-428/14 (DHL Express (Italy)), EU:C:2015:587, Rn. 46.

339 Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar, EuGH, Rs. C-49/14 (Finanmadrid), EU:C:2015:746, Rn. 83.

340 Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-418/11 (Texdata), EU:C:2013:50, Rn. 70.

341 Siehe bereits Kapitel 5 Abschnitt E. Vgl. auch *Fassbender*, NVwZ 2010, 1049 (1052).

342 *Streinz/Michl*, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 8. Siehe auch in diesem Zusammenhang zum Begriff einer Kollision zwischen nationalen und unionalen Grundrechten *Weiß*, EuZW 2006, 263 (266).

343 Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl, EuGH, Rs. C-276/01 (Steffensen), EU:C:2003:228, Rn. 60-61.

344 ABl. 1989 L 186, 23 ff.

345 Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl, EuGH, Rs. C-276/01 (Steffensen), EU:C:2003:228, Rn. 62.

346 Rn. 63.

347 Rn. 64-65.

Der EuGH urteilte, dass es im vorliegenden Fall um die Beachtung des durch das Unionsrecht garantierte Recht auf Einholung eines Gegengutachtens und die Frage der Auswirkungen einer solchen Rechtsverletzung auf die Zulässigkeit des Beweismittels im Rahmen eines Rechtsbehelfes gehe; deshalb fielen die anwendbaren nationalen Beweisregeln in den Geltungsbereich des Unionsrechts, und die Prüfungsbefugnis des EuGH sei eröffnet.<sup>348</sup> Es handle sich im vorliegenden Fall insbesondere um das Recht auf ein faires Verfahren.<sup>349</sup>

Die Entscheidung in *Steffensen* beantwortete die Frage, inwieweit nationale Gerichte und Behörden im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie neben den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität auch die Unionsgrundrechte als Schranke beachten müssen.<sup>350</sup> In Anbetracht der hohen Zahl von Fällen, in denen diese mitgliedstaatlichen Organe Unionsrecht anwenden und auslegen, führt dies zu einem weiten Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte.<sup>351</sup> Befürchtet wurde, dass die Anwendung der Artikel 6 und 13 EMRK insbesondere zu einer umfassenden Einschränkung der nationalen Verfahrensautonomie führen könnte.<sup>352</sup> Hingegen lässt sich die Unionsgrundrechtsbindung ungeachtet derartiger Befürchtungen dadurch begründen, dass das nationale Verfahrensrecht dem Vollzug des Unionsrechts dient.<sup>353</sup> Überdies wird dies auch dadurch gestützt, dass der nationale Richter hier nicht nur verfahrensrechtliche Regelungen grundrechtskonform auslegt, sondern zugleich seiner Verpflichtung nachkommt, als nationale Stelle dem Richtlinienziel mitsamt dem ihm immanenten Unionsgrundrechts-schutzziel gerecht zu werden, womöglich auch im Gegensatz zum nationalen Gesetzgeber oder zur nationalen Exekutive.<sup>354</sup> Befürchtungen bezüglich eines zu weiten Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte ist zu entgegnen, dass dieser nicht nur auf einer soliden Begründung beruht, sondern auch, dass die praktischen Auswirkungen nicht zu überschätzen sind. Neben dem Grundsatz der Effektivität bleibt nicht unbedingt ein besonders umfassender eigener materieller Anwendungsbereich für die entsprechenden Verfahrensgrundrechte.<sup>355</sup> So entschied der EuGH bereits selbst, dass sich etwa der Grundsatz des gerichtlichen Schutzes „auch“ aus Artikel 47 Grundrechtecharta, aber vor allem aus dem Ef-

348 EuGH, Rs. C-276/01 (*Steffensen*), EU:C:2003:228, Rn. 71.

349 Rn. 72.

350 Diese „neue“ Konstellation begrüßend *Kühling*, Fundamental Rights, in: Principles of European Constitutional Law, 499.

351 Vgl. hierzu auch *Epiney*, Cahiers de Droit Européen 2014, 283 (296).

352 In diesem Sinne skeptisch *Schaller*, EuZW 2003, 671 (672).

353 So *Ladenburger*, Artikel 51, in: Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Rn. 35 ff.

354 So *Scheuing*, EuR 2005, 162 (165). Vgl. auch *Ladenburger*, Artikel 51, in: Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 769 Rn. 39.

355 Siehe als Beispiel etwa EuGH, Rs. C-200/14 (*Câmplean*), EU:C:2016:494, Rn. 70. *Bleckmann*, Nationale Grundrechte, 69. Vgl. auch *Maier*, Grundrechtsschutz, 124.

fektivitätsgrundsatz ergebe.<sup>356</sup> Zugleich ist festzuhalten, dass für die Gerichte der Mitgliedstaaten nur eine Bindung besteht, soweit die Unionsgrundrechte auf zu prüfende Rechtshandlungen wegen der unionsrechtlichen Zielbestimmung eines Verfahrens anwendbar sind; dies gilt jedoch nicht unbedingt für ein Gerichtsverfahren in seiner Gesamtheit, sofern dieses noch andere Ansprüche behandelt.<sup>357</sup>

Diese Grundsätze hat eine reiche Rechtsprechung weiter präzisiert. Beispielsweise überlässt das Unionsrecht im Zollrecht unterschiedlichste Aspekte des Verfahrens den Mitgliedstaaten. Bereits früh anerkannte ein Generalanwalt in diesem Zusammenhang, dass zumindest die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts wie insbesondere der Grundsatz des Vertrauensschutzes auch für den Fall der Verweigerung der Gewährung von Ausfuhrerstattungen zur Anwendung kämen.<sup>358</sup> Auch ein Verfahren zur Nacherhebung von Zöllen<sup>359</sup> oder zur Erstattung einer unter Verstoß gegen Artikel 110 AEUV erhobenen Steuer<sup>360</sup> stellen eine Entscheidung im Anwendungsbereich des Unionsrechts und somit der Unionsgrundrechte dar.<sup>361</sup> Zuletzt wurde das Fehlen einer Regelung für höhere Gewalt als potenzielle Einschränkung des Eigentumsrechtes als Problem im Rahmen der Umsetzung von Unionsrecht im nationalen Recht eingestuft, auf das die Unionsgrundrechte Anwendung finden sollten.<sup>362</sup>

Als weiteres Beispiel sind die Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie befugt, das Verfahren zur Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe zu regeln, sofern keine einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben existieren, müssen jedoch dabei die Unionsgrundrechte beachten. Dennoch verlangt das Unionsrecht hier beispielsweise nicht, dass eine Rückforderung allein auf der Grundlage der entsprechenden Rückforderungsentscheidung der Kommission erfolgen können muss.<sup>363</sup>

Auch wenn eine Rahmenvereinbarung im Anhang einer Richtlinie wie die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie

356 EuGH, Verb. Rs. C-317/08, C-318/08, C-319/08 und C-320/08 (Alassini), EU:C:2010:146, Rn. 49; EuGH, Rs. C-169/14 (Sánchez Morcillo), EU:C:2014:2099, Rn. 35.

357 Streinz/Michl, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 7.

358 Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven, EuGH, Rs. C-371/92 (Ellinika Dimitriaka), EU:C:1994:8, Rn. 39. Der Generalanwalt weist hier zugleich darauf hin, dass ein eventuell höheres Schutzniveau im Unionsrecht zur Verdrängung der vorerst möglichen Anwendung des nationalen Grundsatzes führen müsse.

359 EuGH, Verb. Rs. C-129/13 und C-130/13 (Kamino International Logistics), EU:C:2014:2041, Rn. 32.

360 EuGH, Rs. C-200/14 (Câmpean), EU:C:2016:494, Rn. 70; EuGH, Rs. C-288/14 (Ciup), EU:C:2016:495, Rn. 51; EuGH, Rs. C-205/15 (Toma), EU:C:2016:499, Rn. 28.

361 Vgl. als weiteres Beispiel EuGH, Rs. C-161/15 (Bensada Benalla), EU:C:2016:175, Rn. 23, zu den Modalitäten eines nationalen Verfahrens zum Entzug des Aufenthaltsstitel eines Unionsbürgers, was der Unionsbürgerrichtlinie unterfalle.

362 Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, EuGH, Rs. C-213/99 (De Andrade), EU:C:2000:486, Rn. 43.

363 EuGH, Rs. C-527/12 (Kommission/Deutschland), EU:C:2014:2193, Rn. 39.

1999/70/EG<sup>364</sup> den Mitgliedstaaten im Rahmen des Grundsatzes der Verfahrensautonomie die Gestaltung von Verfahrensregeln überlässt, sind diese dabei in ihrem Ermessen von den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität eingeschränkt.<sup>365</sup> Daher kann auch von einer Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte ausgegangen werden.

Die Notwendigkeit einer unionsrechtlichen Zielsetzung des entsprechenden Verfahrens lässt sich an einigen Entscheidungen genauer aufzeigen. Wenn das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung OLAF Informationen aus einer eigenen Untersuchung an nationale Behörden weiterleitet, fällt die weitere Verfahrensweise zwar vollständig in deren Verantwortungsbereich. Jedoch sind beim Vorgehen die Unionsgrundrechte zu beachten.<sup>366</sup> Der EuGH sieht somit das entsprechende Verfahren als durch eine unionsrechtliche Zielsetzung determiniert an. Bei der Aberkennung eines Abgeordnetenmandats durch eine nationale Entscheidung hingegen verfügt beispielsweise das Europäische Parlament nicht über die Befugnis, die Einhaltung der Unionsgrundrechte zu prüfen.<sup>367</sup> Hier dürfte keinerlei unionsrechtliche Zielsetzung des entsprechenden Verfahrens vorliegen und somit auch kein Grund für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte.

Nicht immer verlangt der EuGH allerdings eine besonders eindeutig im Unionsrecht verankerte Zielsetzung. Auch eine Entscheidung im Rahmen eines Verfahrens, in dem ein Drittstaatsangehöriger aufgrund nationalen Rechts eine Aufenthaltserlaubnis beantragt, da er an einer gefährlichen Krankheit leidet und im Herkunftsland keine angemessene Behandlungsmöglichkeit vorhanden ist, kann unter das Unionsrecht fallen und anhand Artikel 47 Grundrechtecharta zu prüfen sein.<sup>368</sup> Im entsprechenden Fall stufte der Gerichtshof nämlich die ablehnende Entscheidung im Mitgliedstaat, obwohl der Anwendungsbereich anderer Richtlinien im Gegensatz zu Anträgen auf internationalen Schutz<sup>369</sup> nicht eröffnet war, als eine behördliche Maßnahme ein, mit der der illegale Aufenthalt und eine Rückkehrverpflichtung eines Drittstaatsangehörigen festgestellt wurde, was unter den Begriff der Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 3 Zf. 4 der Richtlinie 2008/115/EG<sup>370</sup> falle.<sup>371</sup> Es ist somit stets umfassend das gesamte potenziell einschlägige Sekundärrecht zu prüfen, bevor davon ausgegangen wird, dass die Unionsgrundrechte nicht anwendbar seien.

364 ABl. 1999 L 175, 43 ff.

365 EuGH, Rs. C-212/04 (Adeneler), EU:C:2006:443, Rn. 95; vgl. auch EuGH, Verb. Rs. C-22/13, C-61/13 bis C-63/13 und C-418/13 (Mascolo u.a.), EU:C:2014:2401, Rn. 63.

366 EuGH, Rs. C-521/04 P (Tillack/Kommission), EU:C:2005:240, Rn. 38.

367 EuG, Rs. T-353/00 (Le Pen/Parlament), EU:T:2003:112, Rn. 91; bestätigt durch EuGH, Rs. C-208/03 P (Le Pen/Parlament), EU:C:2005:429.

368 EuGH, Rs. C-562/13 (Abdida), EU:C:2014:2453, Rn. 31.

369 Artikel 2 Bst. g der Richtlinie 2004/83/EG, ABl. 2004 L 304, 12 ff.

370 ABl. 2008 L 348, 98 ff.

371 EuGH, Rs. C-562/13 (Abdida), EU:C:2014:2453, Rn. 39.

Außerdem ist von der Bindung an die Unionsgrundrechte sowohl der Erlass als auch die Anwendung verfahrensrechtlicher Regelungen betroffen. Dies stellte der Gerichtshof etwa für den Fall klar, dass eine Richtlinie<sup>372</sup> zwar die Möglichkeit für Rechtsinhaber vorsieht, gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler, deren Dienste durch Dritte zur Verletzung etwa von Urheberrechten genutzt werden, zu beantragen, jedoch die Modalitäten wie z.B. die zu erfüllenden Voraussetzungen und das einzuhaltende Verfahren im nationalen Recht zu regeln sind. Sowohl die Schaffung der nationalen Regeln als auch deren Anwendung sei an die Unionsgrundrechte gebunden.<sup>373</sup>

Abgesehen von Verfahrensregelungen im strengen Sinn können auch einschlägige Regelungen des materiellen Zivilrechts eines Mitgliedstaates von der Unionsgrundrechtsbindung erfasst sein. In *Möllendorf und Möllendorf-Niehuus* ging es um die Anwendung der Verordnung 881/2002/EG.<sup>374</sup> Bestimmten Personen oder Organisationen, die insbesondere mit dem Al-Qaida-Netzwerk in Verbindung standen, durften so weder direkt noch indirekt wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Die Verkäufer einer Immobilie konnten aus diesem Grund keine volle Eigentumsübertragung einer Liegenschaft erwirken und machten geltend, dass sie durch die Pflicht zur Erstattung des Kaufpreises in ihrem Eigentumsrecht verletzt worden seien.

Bereits der Generalanwalt prüfte den Fall am Maßstab des in der Unionsrechtsordnung als Rechtsgrundsatz geschützten Eigentumsrechtes, während er zugleich auf dessen Beschränkungsmöglichkeit hinwies.<sup>375</sup> Der Gerichtshof hielt fest, dass zwar nur das Eigentum der direkt von der Verordnung aufgelisteten Personen und Organisationen unmittelbar betroffen sei.<sup>376</sup> Die mittelbaren Auswirkungen der Verordnung seien daher Fragen des nationalen Rechts.<sup>377</sup> Jedoch erinnerte der EuGH daran, dass nach ständiger Rechtsprechung auch die Mitgliedstaaten bei der Durchführung unionsrechtlicher Regelungen die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Unionsrechtsordnung zu beachten hätten und deswegen diese Regelungen so weit wie möglich so anwenden müssten, dass diese Erfordernisse nicht missachtet werden.<sup>378</sup>

Erneut zeigt sich hier, dass keine Absicht hinter nationalem Recht stehen muss, Unionsrecht umzusetzen. Auf den ersten Blick sollte das Zivilrecht wohl auch nicht unbedingt den Zielen der Verordnung dienen. Es kam lediglich in Zu-

<sup>372</sup> Hier Richtlinie 2001/29/EG, ABl. 2001 L 167, 10 ff. bzw. deren Artikel 8 Abs. 3.

<sup>373</sup> EuGH, Rs. C-314/12 (UPC Telekabel), EU:C:2014:192, Rn. 44-45. Vgl. auch EuGH, Rs. C-70/10 (Scarlet Extended), EU:C:2011:771, Rn. 41.

<sup>374</sup> ABl. 2002 L 139, 9 ff.

<sup>375</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-117/06 (Möllendorf und Möllendorf-Niehuus), EU:C:2007:267, Rn. 98.

<sup>376</sup> EuGH, Rs. C-117/06 (Möllendorf und Möllendorf-Niehuus), EU:C:2007:596, Rn. 75.

<sup>377</sup> Rn. 76.

<sup>378</sup> Rn. 78 mit Verweis auf *Booker Aquaculture*.

sammenhang mit der Verordnung zur Anwendung. Der EuGH scheint hier jedoch von einer umfassenden Verpflichtung der grundrechtskonformen Durchführung einer Verordnung auszugehen, die sich auch auf die mittelbaren Regelungen des nationalen Rechts erstreckt, deren Anwendung einen notwendigen Bestandteil eines durch unionsrechtliche Zielsetzungen geprägten Verfahrens darstellt.

### b) Rechtsprechung zu Artikel 47 Grundrechtecharta

In einer zweiten Linie von Rechtsprechung betont der Gerichtshof weniger den Begriff der Verfahrensautonomie, sondern gelangt zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, indem er sich auf die Notwendigkeit stützt, in Verfahren, die auf unionsrechtlich begründete Ansprüche ausgerichtet sind, auf der Grundlage von Artikel 47 Grundrechtecharta angemessenen Rechtsschutz und den Schutz der Verteidigungsrechte sicherzustellen. Als Grundsatz führt der Gerichtshof hier aus, dass stets die Verteidigungsgrundrechte des Unionsrechts anwendbar sein müssen, wann immer eine Verwaltung gegenüber einer Person eine sie beschwerende Maßnahme erlässt, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.<sup>379</sup> Zugleich können die sich aus dem Unionsrecht ergebenden Verpflichtungen, wie der EuGH ausdrücklich festhält, dabei über die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität hinausgehen.<sup>380</sup>

Letzteres ist jedoch nicht immer der Fall. In *Târsia* befand der Gerichtshof, dass das Unionsrecht im Lichte der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität einer Regelung im nationalen Recht nicht entgegenstehe, nach der ein nationales Gericht keine Möglichkeit zur Wiederaufnahme in Bezug auf eine mit dem Unionsrecht nicht im Einklang stehende, rechtskräftige gerichtliche Entscheidung bei einer zivilrechtlichen Klage hatte, während diese Möglichkeit bei einer verwaltungsrechtlichen Klage bestand.<sup>381</sup> Er erachtete es nicht als erforderlich, auf Artikel 47 Grundrechtecharta einzugehen, obwohl dieser in der Vorlagefrage und vom Generalanwalt angesprochen wurde, der sogar eine Verletzung der Bestimmung feststellte.<sup>382</sup> Eine völlig klare Unterscheidung zwischen dem Inhalt der unterschiedlichen Normen scheint letztlich kaum möglich.<sup>383</sup>

379 EuGH, Verb. Rs. C-129/13 und C-130/13 (Kamino International Logistics), EU:C:2014:2041, Rn. 30-31.

380 EuGH, Rs. C-12/08 (Mono Car Styling), EU:C:2009:46, Rn. 49; EuGH, Rs. C-510/13 (E.ON Földgáz Trade), EU:C:2015:18, Rn. 50. Bekräftigend EuGH, Rs. C-456/13 P (T & L Sugars), EU:C:2015:284, Rn. 50.

381 EuGH, Rs. C-69/14 (Târsia), EU:C:2015:662, Rn. 41.

382 Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen, EuGH, Rs. C-69/14 (Târsia), EU:C:2015:269, Rn. 43.

383 Vgl. auch *Safjan/Düsterhaus*, Yearbook of European Law 2014, 3 (15), die von einer „eher dynamischen“ (*someewhat dynamic*) Beziehung ausgehen. Vgl. auch zur Frage der Berücksichtigung von Unions- und Mitgliedstaatskompetenzen *Neframi*, Principle of Conferral, in: *Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe*, 105 f.

Einen Sonderfall stellt es dar, wenn das Unionsrecht selbst ausdrücklich eine Verpflichtung vorsieht, angemessenen Rechtsschutz im nationalen Recht sicherzustellen. In *Johnston* hielt der EuGH fest, dass aufgrund von Artikel 6 der Richtlinie 76/206/EWG<sup>384</sup> die Mitgliedstaaten durch wirksame Maßnahmen sicherstellen müssten, dass jeder, der sich durch eine Diskriminierung für behindert halte, seine Rechte auch tatsächlich gerichtlich geltend machen könne.<sup>385</sup> Diese Vorgabe sei auch im Lichte des allgemeinen Rechtsgrundsatzes des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes zu verstehen,<sup>386</sup> an dem somit die innerstaatliche Umsetzung zu prüfen war.<sup>387</sup> Hingegen ist eine solche ausdrückliche Regelung nicht erforderlich; Artikel 47 Grundrechtecharta ist auch dann auf nationale Verfahren anwendbar, wenn es der Zweck einer Richtlinie ist, eine möglichst rasche und wirksame Nachprüfung bestimmter Entscheidungen sicherzustellen.<sup>388</sup>

Sofern eine klare unionsrechtliche Ausrichtung eines Verfahrens auf nationaler Ebene vorliegt, erstreckt sich die Unionsgrundrechtsbindung potenziell auf eine Reihe von Aspekten, wie die Rechtsprechung des Gerichtshofes zeigt. Dies gilt „insbesondere“, also nicht ausschließlich, für Beweisvorschriften im nationalen Verfahren.<sup>389</sup> Klar erfasst sind von der Grundrechtsbindung des Unionsrechts darüber hinaus nationale Bestimmungen über die Klagebefugnis, soweit sie als „Filter“ für den Zugang zu Gericht in Mitgliedstaaten in Verfahren dienen, die auf durch das Unionsrecht verliehene Rechte gerichtet sind.<sup>390</sup> Der Grundsatz des gerichtlichen Schutzes aus Artikel 47 Grundrechtecharta bezieht sich für den EuGH sowohl auf die Bestimmung der Gerichte, die für die Entscheidung von auf Unionsrecht gestützten Klagen zuständig sind, als auch auf die Festlegung der Verfahrensmodalitäten,<sup>391</sup> so etwa auf ein zwingend durchzuführendes Verwaltungsverfahren auf nationaler Ebene, wenn eine Finanzverwaltungsbehörde den Verdacht einer missbräuchlichen Praxis im Bereich der Mehrwertsteuer<sup>392</sup> hegt.<sup>393</sup> In *Schrems* stellte der EuGH fest, dass im Lichte von Artikel 47 Grundrechtecharta bei beschwerenden Entscheiden einer aufgrund der Vorgaben der Daten-

<sup>384</sup> ABl. 1976 L 39 , 40 ff.

<sup>385</sup> EuGH, Rs. 222/84 (*Johnston*), EU:C:1986:206, Rn. 17. Vgl. auch zum Erlass verfahrensrechtlicher Vorschriften, die auf Klagen zur Geltendmachung von in einer Richtlinie niedergelegten Rechten gerichtet sind, EuGH, Rs. C-243/15 (*Lesoochranárske zoskupenie*), EU:C:2016:838, Rn. 52.

<sup>386</sup> EuGH, Rs. 222/84 (*Johnston*), EU:C:1986:206, Rn. 18.

<sup>387</sup> Rn. 20.

<sup>388</sup> EuGH, Verb. Rs. C-439/14 und C-488/14 (*Star Storage*), EU:C:2016:688, Rn. 42 ff.

<sup>389</sup> EuGH, Rs. C-264/08 (*Direct Parcel Distribution Belgium* ), EU:C:2010:43, Rn. 33-34; EuGH, Rs. C-437/13 (*Unitrading*), EU:C:2014:2318, Rn. 27.

<sup>390</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón, EuGH, Rs. C-510/13 (*E.ON Földgáz Trade*), EU:C:2014:2325, Rn. 43.

<sup>391</sup> EuGH, Verb. Rs. C-317/08, C-318/08, C-319/08 und C-320/08 (*Alassini*), EU:C:2010:146, Rn. 49; EuGH, Rs. C-169/14 (*Sánchez Morcillo*), EU:C:2014:2099, Rn. 35.

<sup>392</sup> Hier aufgrund der unionsrechtlichen Regelung in Richtlinie 2006/112/EG, ABl. 2006 L 347, 1 ff.

<sup>393</sup> EuGH, Rs. C-662/13 (*Surgicare*), EU:C:2015:89, Rn. 33.

schutzrichtlinie 95/46/EG<sup>394</sup> eingerichteten mitgliedstaatlichen Kontrollstelle jedenfalls eine Anfechtungsmöglichkeit vor mitgliedstaatlichen Gerichten gewährt werden müsse.<sup>395</sup>

Auch wenn in einem verfahrensrechtlich detailliert ausgestalteten Unionsrechtsakt bestimmte Aspekte nicht geregelt sind, können auf diese die Unionsgrundrechte anwendbar sein. In *Mukarubega* sah die Richtlinie 2008/115/EG<sup>396</sup> über die Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger Formerfordernisse wie etwa die Schriftlichkeit für Rückkehrentscheidungen und andere Entscheidungen vor, regelte jedoch nicht klar, ob und unter welchen Bedingungen das Recht auf Anhörung zu wahren sei bzw. welche Konsequenzen aus einer Missachtung dieses Anspruchs gezogen werden sollten.<sup>397</sup> Die Verpflichtung der Wahrung der Verteidigungsrechte ist somit den mitgliedstaatlichen Verwaltungen auferlegt, wenn sie Maßnahmen im Geltungsbereich des Unionsrechts treffen.<sup>398</sup> Sind weder Bedingungen der zu gewährleistenden Rechte noch die Folgen der Missachtung unionsrechtlich festgelegt, obliegt die Regelung dem nationalen Recht, aber unter Achtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes.<sup>399</sup>

Offen blieb die Entscheidung in *Zakaria*. Artikel 13 Abs. 3 der Verordnung 562/2006<sup>400</sup> schreibt ein Rechtsmittel für den Fall vor, dass Personen die Einreise in den Schengenraum verweigert wird, während Artikel 6 allgemein ein die Menschenwürde wahrendes Vorgehen der Grenzbehörden einmahnt. Im vorliegenden Fall hingegen wollte der Betroffene ein Rechtsmittel einlegen, um feststellen zu lassen, dass seine Kontrolle auf grobe, provozierende und die Menschenwürde missachtende Art und Weise erfolgt war, und um Schadenersatz zu erlangen, da er durch die entstandene Verzögerung sein Flugzeug verpasst hatte. Hingegen war im mitgliedstaatlichen Recht kein angemessenes gerichtliches Rechtsmittel für ablehnende Entscheidungen und überdies keine Möglichkeit vorgesehen, Verfahrensmängel im Rahmen einer letztlich positiven Einreiseentscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen.<sup>401</sup> Der Gerichtshof erachtete allerdings die Angaben in der Vorlageentscheidung als nicht hinreichend, um die Einschlägigkeit von Artikel 6 der Verordnung für den Rechtsstreit zu beurteilen. Somit blieb die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte unklar, und der EuGH überließ die Lösung dieser Frage dem nationalen Gericht.<sup>402</sup>

394 Artikel 28 Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie (ABl. 1995 L 281, 31 ff.).

395 EuGH, Rs. C-362/14 (Schrems), EU:C:2015:650, Rn. 64.

396 ABl. 2008 L 348, 98 ff.

397 EuGH, Rs. C-166/13 (*Mukarubega*), EU:C:2014:2336, Rn. 41.

398 Rn. 50.

399 Rn. 51. Siehe auch EuGH, Rs. C-249/13 (Boudjlida), EU:C:2014:2431, Rn. 41; EuGH, Rs. C-560/14 (M), EU:C:2017:101, Rn. 25.

400 ABl. 2006 L 105, 1 ff.

401 EuGH, Rs. C-23/12 (*Zakaria*), EU:C:2013:24, Rn. 21-22.

402 Rn. 39-40.

Die Entscheidung überzeugt nicht nur aufgrund des zu zurückhaltenden Vorgehens des Gerichtshofes wenig. Artikel 6 der Verordnung erfüllt keine andere Funktion, als als Grundrechteklausel auf die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte hinzuweisen, die aber ohnedies unabdingbar mit der Anwendung von Unionsrecht verknüpft ist.<sup>403</sup> Im Rahmen dieser Bestimmung ein besonders detailliertes Vorgehen zu fordern, ist daher wenig stimmig. Überdies ergibt sich aus dem Vorbringen des nationalen Gerichtes genug, um weitergehend Stellung zu beziehen als der EuGH dies tat. Wenn Artikel 13 Abs. 3 der Verordnung vorschreibt, dass gerichtlicher Rechtsschutz bei einer negativen Entscheidung über die Einreise einer Person zu gewährleisten ist, sind zweierlei Argumentationslinien vorstellbar. Einerseits könnte man argumentieren, dass damit zum Ausdruck gebracht wird, dass das Unionsrecht hier vorgibt, *nur* bei negativen Entscheidungen sei eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit vorzusehen. Ein gänzlicher Ausschluss jeglicher Überprüfbarkeit von positiven Einreiseentscheidungen dürfte jedoch ebenfalls nicht zulässig sein, so man die Entscheidungen des EuGH zu Artikel 47 Grundrechtecharta ernst nimmt, die bei jeder für ein Individuum belastenden Entscheidung im Rahmen eines Verfahrens, das auf einen unionsrechtlich verbürgten Anspruch gerichtet ist, Rechtsschutzmöglichkeiten verlangt. Eine solche Beschwerung kann wohl auch bei einer letztlich positiven Entscheidung angenommen werden, im Rahmen derer andere Rechte des betroffenen Individuums möglicherweise verletzt werden und ihm somit eine Belastung widerfährt.

Andererseits könnte man auch argumentieren, dass das Unionsrecht die Frage von positiven Einreiseentscheidungen bewusst nicht geregelt hat, woran auch die Generalklausel des Artikel 6 der Verordnung nichts ändern würde. Somit wären auf Verfahrensmängel im Vorfeld einer positiven Einreiseentscheidung nationale Grundrechte bzw. die EMRK anwendbar. Hingegen ist das Verfahren ohnedies auf einen unionsrechtlich verbürgten Anspruch – die Einreise in den Schengenraum, für die die Voraussetzungen unionsrechtlich geregelt sind – gerichtet. So mit wäre von einer Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte bei grundsätzlicher Achtung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten auszugehen.

In G hielt der EuGH fest, dass im Rahmen der Verordnung 44/2001<sup>404</sup> über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen zwar die entsprechenden innerstaatlichen Verfahren nicht systematisch durch Unionsrecht geregelt worden seien und somit die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verfahrensautonomie regelungsbefugt seien. Jedoch müssten die Vorgaben des Unionsrechts, insbesondere die Verordnung selbst, beachtet werden.<sup>405</sup> Dies dürfte – im Lichte des hier vom Gerichtshof hervorgehobenen Bestrebens der Verord-

403 Siehe bereits zu solchen Klauseln Abschnitt D.I.

404 ABl. 2001 L 12, 1 ff.

405 EuGH, Rs. C-292/10 (G), EU:C:2012:142, Rn. 45.

nung, die Durchführung von Verfahren unter Wahrung der Verteidigungsrechte sicherzustellen,<sup>406</sup> – die Bindung an die Unionsgrundrechte für die Mitgliedstaaten mit sich bringen. Eine ebensolche Durchführung des Unionsrechts, die im Licht der Unionsgrundrechte zu prüfen ist, liegt auch bei einem Verfahren im nationalen Recht vor, in dem gemäß der Vorgaben der Verordnung 44/2001<sup>407</sup> gegen eine Vollstreckbarkeitsentscheidung einer in einem anderen Mitgliedstaat erlangten Entscheidung vorgegangen wird.<sup>408</sup>

Die dogmatische Abstützung dieser Konstellation der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte zeigt sich besonders deutlich in der Entscheidung in *DEB*. Gestützt auf den Effektivitätsgrundsatz befand der Gerichtshof, der Anspruch einer juristischen Person auf wirksamen Zugang zu den Gerichten bzw. auf einen wirksamen Rechtsbehelf in einem Verfahren, in dem ihre unionsrechtlich gewährten Rechte oder Freiheiten verletzt wurden, sei am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen und könne auch einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe umfassen.<sup>409</sup> Zwar kann es als Neuerung gesehen werden, dass somit auch Vorschriften über Prozesskostenhilfe in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. Jedoch ergibt sich dies daraus, dass die Effektivität des Unionsrechts auch einen effektiven Rechtsschutz verlangt, was bereits einen etablierten allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt; dieser ist lediglich nunmehr durch Artikel 47 Grundrechtecharta ergänzt worden, in dem auch falls erforderlich die Gewährung von Prozesskostenhilfe vorgesehen ist.<sup>410</sup>

Angedacht wird hier teilweise, dass auch allgemein im Anwendungsbereich unionsrechtlicher Regelungen wie etwa dem Wettbewerbsrecht aus Artikel 47 Grundrechtecharta besondere Verpflichtungen abzuleiten sein könnten. So könnte einem Kunden eines Kartellaußenseiters, der seinen Schaden, der auf Preisabschirmeffekten beruht, gegenüber Kartellbeteiligten gerichtlich geltend machen will, nicht die Durchführung eines Gerichtsverfahrens unter Berufung auf den vermeintlich zu hohen Aufwand verweigert werden.<sup>411</sup>

Hingegen bleiben klare Grenzen, wie die Einschränkung der Rechtsprechung in *DEB* durch den EuGH in *Torralbo Marcos* zeigt. Die Unionsgrundrechte seien so nicht anwendbar, wenn es sich um einen Antrag auf Prozesskostenhilfe für die

406 Rn. 47.

407 ABl. 2001 L 12, 1 ff.

408 EuGH, Rs. C-156/12 (GREP), EU:C:2012:342, Rn. 31.

409 EuGH, Rs. C-279/09 (DEB), EU:C:2010:811, Rn. 28 und 31. Im Fall ging es um einen unionsrechtlich garantierten Staatshaftungsanspruch, vgl. *Stotz*, Beachtung der Grundrechte, in: Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag, 425. Zwar lässt der Gerichtshof hier den Begriff „auschließlich“ weg, wenn er Artikel 51 Abs. 1 Grundrechtecharta wiederibt, siehe Rn. 30. Die Relevanz dieser Auslassung ist allerdings schwer einzustufen, so *Groussot/Pech/Petursson*, Eric Stein Working Paper 2011, 1 (20). Da der Entscheid sich dogmatisch in das Gesamtsystem der Rechtsprechung einfügen lässt, dürfte wohl eher von einer nicht relevanten Auslassung auszugehen sein.

410 *Jacqué, L'application de la Charte*, in: European Yearbook on Human Rights, 138.

411 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-557/12 (Kone), EU:C:2014:45, Rn. 70.

Einreichung einer Beschwerde auf Grundlage des nationalen Rechts handle.<sup>412</sup> Das Ziel des gerichtlichen Vorgehens bestand im Fall zwar „letztlich“ darin, gemäß Artikel 3 der Richtlinie 2008/94/EG<sup>413</sup> im Falle der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens Zugang zu Leistungen der aufgrund der Richtlinie eingerichteten Garantieeinrichtung zu erhalten.<sup>414</sup> Jedoch überlasse es die Richtlinie dem nationalen Recht sowie einer Entscheidung der zuständigen nationalen Behörde, ob ein Arbeitgeber als zahlungsunfähig einzustufen sei.<sup>415</sup> Im konkreten Fall erging der angefochtene Beschluss weder darüber, ob das Unternehmen zahlungsunfähig war, noch über das Bestehen eines Anspruches des betroffenen Arbeitnehmers gegenüber der Garantieeinrichtung.<sup>416</sup> Der Anwendungsbereich des Unionsrechts war nicht allein deswegen eröffnet, weil der Betroffene mit seinem Vorgehen die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit begehrte, um Leistungen der Garantieeinrichtung erlangen zu können.<sup>417</sup> Die vom Betroffenen angestrebte Zwangsvollstreckung war im angefochtenen Beschluss überdies abgelehnt worden, weil eine solche von einer Entscheidung des zuständigen Handelgerichts abhänge, vor dem der Betroffene seine Rechte geltend machen müsste.<sup>418</sup>

Artikel 47 Grundrechtecharta strahlt also nicht in das gesamte Verfahrenssystem eines Mitgliedstaates aus. Es muss sich um ein Verfahren handeln, in dem unmittelbar über einen unionsrechtlich begründeten Anspruch oder zumindest den Zugang zu einem solchen Anspruch entschieden wird. Ein nationales Verfahren, das lediglich in Zusammenhang mit einem solchen Verfahren steht, d.h. vor einem anderen Gericht stattfindet und über einen anders gearteten Anspruch, nämlich hier ein Begehr auf Zwangsvollstreckung, entscheidet, ist nicht an den Unionsgrundrechten zu messen. Dies lässt sich durchaus vergleichen mit der Konstellation von Verweisen auf die Regelung durch nationales Recht im Unionsrecht. Auch hier gilt für Vorfragen, aufgrund derer noch allein im nationalen Recht eine Entscheidung zu treffen ist, dass das nationale Recht bis zur Entscheidung außerhalb des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte bleibt.<sup>419</sup>

412 EuGH, Rs. C-265/13 (Torralbo Marcos), EU:C:2014:187, Rn. 34. Siehe auch EuGH, Verb. Rs. C-532/15 und C-538/15 (Eurosaneamientos u.a.), EU:C:2016:932, Rn. 54.

413 ABl. 2008 L 283, 36 ff.

414 EuGH, Rs. C-265/13 (Torralbo Marcos), EU:C:2014:187, Rn. 35.

415 Rn. 37.

416 Rn. 42.

417 Rn. 40.

418 Rn. 41.

419 Siehe hierzu noch näher Abschnitt VI.

## 2. Unionsrechtliche Verpflichtung zur Strafbewehrung aufgrund des Loyalitätsgebotes

Auch in Bereichen, in denen die Mitgliedstaaten aufgrund des in Artikel 4 Abs. 3 EUV verankerten Loyalitätsgebots verpflichtet sind, Verstöße gegen unionsrechtliche Vorgaben auf wirksame Weise zu ahnden, fallen die einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts in den Anwendungsbereich des Unionsrechts und sind somit am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen.<sup>420</sup> Im Rahmen der judikativen Durchführung des Unionsrechts sind die Mitgliedstaaten daher auch dann an die Unionsgrundrechte gebunden, wenn ein Gericht nationales Verfahrensrecht anwendet, um Verstöße gegen Unionsrecht zu sanktionieren.<sup>421</sup> In *Garenfeld* entschied der EuGH, dass im Rahmen der judikativen Durchführung auch in dem Fall die Unionsgrundrechte zu beachten seien, in dem ein Gericht nationale Strafvorschriften anwende, um Verstöße gegen Unionsrecht zu sanktionieren. Das unionsrechtlich verankerte Bestimmtheitsgebot sei so zu beachten, wenn Mitgliedstaaten die Missachtung unionsrechtlicher Vorschriften unter Strafe stellen.<sup>422</sup> Damit wird insbesondere für die strafverfahrensbezogenen Grundrechte ein umfassender Anwendungsbereich geschaffen.<sup>423</sup> In der Folge soll anhand von Beispielfällen genauer abgegrenzt werden, in welchen Fallkonstellationen eine Bindung an die Unionsgrundrechte anzunehmen ist und in welchen der EuGH dies verneint hat.

### a) Fallkonstellationen im Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte

Eine Reihe von Fällen zeigt, wann für den Gerichtshof eine eindeutig im Unionsrecht verankerte Zielsetzung vorliegt, auf die die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Loyalitätspflicht hinzuwirken haben, was die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte begründet.

So kann etwa eine Rahmenvereinbarung im Anhang einer Richtlinie wie die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG<sup>424</sup> ein allgemeines Ziel wie jenes der Verhinderung von Missbräuchen schaffen, jedoch die Wahl der Mittel zur Erreichung den Mitgliedstaaten insbesondere in Bezug auf Sanktionen überlassen. Als Folge müssen die mitglied-

420 So bereits früh Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven, EuGH, Rs. 326/88 (Hansen), EU:C:1989:609, Rn. 11; vgl. auch zur Frage von Sanktionsbewehrung und Unionskompetenzen *Neframi*, Principle of Conferral, in: Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe, 90 ff..

421 *Jarass*, Charta, Artikel 51, Rn. 20.

422 EuGH, Rs. C-405/10 (Garenfeld), EU:C:2011:722, Rn. 48. Vgl. auch EuGH, Rs. C-119/15 (Biuro podrój Partner), EU:C:2016:987, Rn. 25.

423 *Jarass*, NVwZ 2012, 457 (460). Skeptisch hingegen etwa *Ladenburger*, Artikel 51, in: Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Rn. 45.

424 ABl. 1999 L 175, 43 ff.

staatlichen Stellen verhältnismäßige und zugleich hinreichend effektive und abschreckende Sanktionsmaßnahmen ergreifen,<sup>425</sup> was auch die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte mit sich bringen dürfte.

Sieht die Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG<sup>426</sup> vor, dass aufgrund des in der Richtlinie vorgesehenen Verfahrens eine Rückführung durchgeführt und ein Einreiseverbot ausgesprochen wird, kann auch der Verstoß gegen letzteres strafrechtlich durch die Mitgliedstaaten sanktioniert werden. In einem solchen Fall fällt nicht nur die Situation eines betroffenen Drittstaatsangehörigen in Bezug auf seine Rückführung, sondern auch die strafrechtlichen Sanktionen zur Durchsetzung des zuvor ausgesprochenen und vom Drittstaatsangehörigen missachteten Einreiseverbotes in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.<sup>427</sup> Somit sind die Unionsgrundrechte zu achten.<sup>428</sup>

Darüber hinaus muss es sich auch gerade für die Anwendung der strafrechtlichen Unionsgrundrechte tatsächlich um strafrechtliche Sanktionen handeln. In *Bonda* stellte der EuGH fest, dass vom Begriff strafrechtlicher Sanktionen jene Fälle etwa in der Agrarpolitik zu unterscheiden seien, in denen Betriebsinhaber zeitlich begrenzt von der Gewährung einer Beihilfe ausgeschlossen werden für einen Zeitraum, in dem sie falsche Angaben über die beihilfefähige Fläche gemacht haben bzw. in der Folge zu gewährende Beihilfen angemessen gekürzt werden. Bei letzteren handle es sich in Bezug auf eine eventuelle Anwendung des unionsrechtlichen Doppelbestrafungsverbots nicht um strafrechtliche Sanktionen.<sup>429</sup> Hingegen schliesst dies nicht die grundsätzliche Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte in Fällen der Strafbewehrung zu unionsrechtlichen Zwecken aus. Während der Gerichtshof sich hierzu nicht näher äußerte, führte die Generalanwältin überzeugend aus, dass auch bei reinen Verwaltungssanktionen die Unionsgrundrechte Mitgliedstaaten binden, wenn sie als Durchführung von Unionsrechtsnormen wie hier Artikel 138 Abs. 1 der Verordnung 1973/2004<sup>430</sup> verhängt werden und zur Durchführung der Mitgliedstaaten aufgrund von Artikel 325 Abs. 1 AEUV dienen, Verstöße gegen die finanziellen Interessen der Union effek-

<sup>425</sup> EuGH, Rs. C-212/04 (Adeneler), EU:C:2006:443, Rn. 93-94; vgl. auch EuGH, Rs. C-362/13 (Fiamingo), EU:C:2014:2044, Rn. 60 und 62; EuGH, Verb. Rs. C-22/13, C-61/13 bis C-63/13 und C-418/13 (Mascolo u.a.), EU:C:2014:2401, Rn. 76-77.

<sup>426</sup> ABl. 2008 L 348, 98 ff.

<sup>427</sup> EuGH, Rs. C-290/14 (Skerdjan Celaj), EU:C:2015:640, Rn. 31.

<sup>428</sup> Rn. 32. Der EuGH bezieht sich hier allerdings aus unklaren Gründen auf die einschlägigen Garantien der EMRK und die Genfer Flüchtlingskonvention, anstatt auch die Unionsgrundrechte direkt anzusprechen. Bereits zuvor äußerte er sich ähnlich undeutlich in EuGH, Rs. C-329/11 (Achughbabian), EU:C:2011:807, Rn. 49. Wenig überzeugend scheint es, hieraus die alleinige Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte abzuleiten, bringt hierfür doch der EuGH kein Argument vor und hätte er doch ohnehin in einem solchen Fall die diesbezüglichen Aspekte zur Entscheidung an das nationale Gericht zurückverweisen müssen.

<sup>429</sup> EuGH, Rs. C-489/10 (Bonda), EU:C:2012:319, Rn. 46.

<sup>430</sup> ABl. 2004 L 345, 1 ff.

tiv und angemessen zu sanktionieren.<sup>431</sup> Ebensowenig handelt es sich etwa in dem Fall um Strafen, in dem bei Beteiligung eines Steuerpflichtigen an einer Steuerhinterziehung als Folge derselbe ein Recht wie etwa jenes auf Vorsteuerabzug, das sich aus dem gemeinsamen Mehrwertsteuersystem ergibt, aufgrund fehlender Voraussetzungen nicht mehr in Anspruch nehmen kann.<sup>432</sup>

Zuletzt zeigt ein genauerer Blick auf die yieldiskutierte Entscheidung des EuGH in *Fransson*, dass auch hier keine umfassenden Neuerungen eingeführt wurden bzw. die Entscheidung sich in die sonstige Rechtsprechung zur Strafbelehrung aufgrund des Loyalitätsgebots einfügen lässt.<sup>433</sup> Eher scheint der EuGH zu versuchen, eine Anleitung zu bieten, wie im Einzelfall der Anwendungsbereich des Unionsrechts als Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte festzustellen ist, indem das Interesse der Union an einer ordnungsgemäßen Einhebung der Mehrwertsteuereinnahmen, die auch ihr zustehen, als Begründung vorgebracht wird.<sup>434</sup>

Im konkreten Fall wurden einem schwedischen Fischer aufgrund falscher bzw. teils fehlender Angaben im Rahmen seiner Steuererklärung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens Steuerzuschläge auferlegt; kurz darauf wurde er aufgrund desselben Sachverhalts wegen Steuerhinterziehung in einem schweren Fall angeklagt. Es stellte sich die Frage, ob womöglich eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbots vorliegen könnte, und ob diese Frage im Lichte der Unionsgrundrechte zu beantworten war.<sup>435</sup>

Grundsätzlich klärt die Entscheidung vor allem, wie aufgrund von Bestimmungen wie Artikel 325 AEUV und dem Gebot der loyalen Zusammenarbeit aus Artikel 4 Abs. 3 AEUV mitgliedstaatliche Sanktionsregelungen gegen Verstöße den Unionsgrundrechten zu unterwerfen sind. Daher ist auch keine konkrete Art und Weise vonnöten, in der das Unionsrecht Mitgliedstaaten vorschreibt, wie sie einer Verpflichtung nachzukommen haben.<sup>436</sup>

Der Generalanwalt schlug zwar noch vor, es genüge nicht, wenn staatliches Recht in den Dienst unionsrechtlich vorgegebener Ziele gestellt werde; vielmehr sei eine unmittelbar durch Unionsrecht motivierte staatliche Rechtssetzungstätigkeit erforderlich, um ein qualifiziertes Interesse des Unionsrechts an der zentralisierten Übernahme der Gewährleistung dieses Rechtes zu begründen.<sup>437</sup> Im Fall befand der Generalanwalt daher den Zusammenhang zwischen Unionsrecht und

431 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-489/10 (Bonda), EU:C:2011:845, Rn. 17.

432 EuGH, Verb. Rs. C-131/13, C-163/13 und C-164/13 (Previti), EU:C:2014:2455, Rn. 61.

433 AA *Lavranos*, European Law Reporter 2013, 133 (139).

434 Vgl. auch *Streinz*, JuS 2013, 568 (570).

435 Siehe im Detail EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2013:105, Rn. 12 f.

436 *Stotz*, Beachtung der Grundrechte, in: Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag, 424.

437 Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón, EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2012:340, Rn. 60.

der Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch den Mitgliedstaat für zu schwach.<sup>438</sup> Die einschlägige Richtlinie verpflichte lediglich zu einer effizienten Mehrwertsteuererhebung; die Bekämpfung von Verstößen gegen steuerliche Pflichten sei lediglich eine unumgängliche Voraussetzung, aufgrund derer der Mitgliedstaat sein allgemeines Steuersystem mitsamt der Sanktionsregeln in den Dienst des Unionsrechts stellen müsse.<sup>439</sup> Hingegen vermag dies bereits vor dem Hintergrund nicht zu überzeugen, dass der Gerichtshof nie eine unmittelbar durch das Unionsrecht veranlasste Rechtsetzung gefordert hat, um Unionsgrundrechtsbindung zu begründen.<sup>440</sup>

Der Gerichtshof hingegen stellte fest, dass die im Fall festgesetzten steuerlichen Sanktionen und das eingeleitete Strafverfahren gegen Herrn *Åkerberg Fransson* „teilweise im Zusammenhang“ mit der Verletzung von Mitteilungspflichten auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer stünden.<sup>441</sup> Er argumentierte in der Folge entlang von zwei Schienen. Einerseits gehe aus den Artikeln 2, 250 Abs. 1 und 273 der Richtlinie 2006/112/EG<sup>442</sup> über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem in Verbindung mit Artikel 4 Abs. 3 EUV hervor, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die geeignet seien, die Erhebung der Mehrwertsteuer sowie die Bekämpfung von Betrug sicherzustellen.<sup>443</sup> Dies überzeugt auch vor dem Hintergrund, dass bereits in früherer Rechtsprechung festgestellt wurde, dass das Mehrwertsteuerrecht unbestreitbar unter das Unionsrecht fällt; an diesem grundlegenden Befund ändert sich nichts dadurch, dass die Mitgliedstaaten in Ermangelung einer unionsrechtlichen Regelung ihre eigenen Verfahrensregeln anwenden können.<sup>444</sup> Dies hätte auch in *Fransson* zitiert werden können, da der Fall somit die vorangehende Rechtsprechung präzisiert.<sup>445</sup>

Andererseits verpflichtet dem Gerichtshof zufolge Artikel 325 AEUV die Mitgliedstaaten, abschreckende und wirksame Maßnahmen gegen rechtswidrige Handlungen gegen die finanziellen Interessen der Union zu ergreifen; insbesondere seien im Falle von Betrug dieselben Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten zu ergreifen wie jene, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richteten. Da die Eigenmittel der Union unter anderem die Einnahmen aus der Anwendung

438 Rn. 57.

439 Rn. 58.

440 Vgl. bereits Abschnitt C.I.

441 EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2013:105, Rn. 24.

442 ABl. L 347 v. 11.12.2006, 1 ff.

443 EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2013:105, Rn. 25.

444 EuGH, Rs. C-85/97 (SFI), EU:C:1998:552, Rn. 31.

445 *Stotz*, Beachtung der Grundrechte, in: Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag, 425.

Auch vor diesem Hintergrund ist die manchmal vorgebrachte Lesart der Entscheidung, der zu Folge sich die Begründung hauptsächlich auf den speziellen Fall der Mehrwertsteuereinhebung bezieht, in dem eine weitergehende Harmonisierung festgestellt wird als bisher angenommen, wenig überzeugend; so aber *Gstrein/Zeitzmann*, ZEuS 2013, 239 (260).

eines einheitlichen Satzes auf die nach Unionsrecht bestimmte Mehrwertsteuer-Eigenmittelbemessungsgrundlage umfassten, bestehe ein „unmittelbarer Zusammenhang“ zwischen Mehrwertsteuereinhebung und Zurverfügungstellung der Mittel für den Haushalt der Union, da Versäumnisse bei ersterer zur Verringerung letzterer führe.<sup>446</sup> Daher führten steuerliche Sanktionen und ein Verfahren wegen Steuerhinterziehung aufgrund falscher Angaben zur Mehrwertsteuer die genannten Bestimmungen des Unionsrechts durch.<sup>447</sup> Auch die Tatsache, dass die entsprechenden nationalen Regelungen nicht zur Umsetzung der Richtlinie erlassen wurden, ändere daran nichts, da durch sie ein Verstoß gegen Bestimmungen der Richtlinie geahndet und damit die Verpflichtung aus dem Vertrag zur Ahndung von die finanziellen Interessen der Union gefährdenden Handlungen erfüllt werde.<sup>448</sup>

Während die konkreten Abstützungspunkte der Entscheidung kritisiert werden können, ist das grundsätzliche Vorgehen des EuGH überzeugend.<sup>449</sup> Befürchtungen, denen zufolge Straf- und Strafprozessrecht in Gebieten wie dem Lebensmittelrecht oder Umweltrecht ohne ausreichende Begründung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts geraten könnten, scheinen vor diesem Hintergrund wenig überzeugend.<sup>450</sup>

Im Detail ist die Abstützung des EuGH auf die Bestimmungen der Richtlinie 2006/112/EG tatsächlich etwas ungenau. Die genannten Bestimmungen legen fest, welche Umsätze der Mehrwertsteuer unterfallen; dass jeder Steuerpflichtige eine Mehrwertsteuererklärung abzugeben hat; und dass die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung von Inlandsumsätze und innergemeinschaftlichen Umsätzen weitere Pflichten vorsehen können, um die genaue Erhebung der Steuer sicherzustellen. Somit schafft lediglich die letzte Bestimmung, Artikel 273 der Richtlinie, eine Situation, in der Mitgliedstaaten eine Umsetzungsbevollmächtigung gewährt wird, während die anderen Bestimmungen nur marginal relevant erscheinen.<sup>451</sup>

Auch Artikel 325 wird etwas ungenau in seiner Gesamtheit zitiert, enthält jedoch einerseits die Verpflichtung für die Union und die Mitgliedstaaten, Betrügereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen zu bekämpfen,<sup>452</sup> andererseits die Verpflichtung der Mit-

446 EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2013:105, Rn. 26.

447 Rn. 27.

448 Rn. 28.

449 Vgl. hingegen *Terhechte*, Art. 51 GRC, in: Kommentar Europäisches Unionsrecht, Rn. 10, der *Fransson* als sehr spezifischen Fall zu lesen vorschlägt, aus dem sich wenig Allgemeingültiges entnehmen lasse.

450 So *Neframi*, Principle of Conferral, in: Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe, 95 f.; aA jedoch etwa *Rabe*, NJW 2013, 1407 (1408); *Maier*, Grundrechtsschutz, 172 f.

451 So auch *Fontanelli*, European Constitutional Law Review 2013, 315 (325). Noch kritischer *Kindgreen*, EuR 2013, 446 (451).

452 Artikel 325 Abs. 1 AEUV.

gliedstaaten, hierbei die gleichen Maßnahmen zu ergreifen, die auch zur Bekämpfung von Betrügereien gegen ihre eigenen finanziellen Interessen ergreifen.<sup>453</sup> Während teils, um das Vorgehen des EuGH zu kritisieren, vorgebracht wird, Artikel 325 beinhaltet somit nur die Pflicht der Gleichbehandlung von Betrügereien für die Mitgliedstaaten,<sup>454</sup> scheint dies der Bestimmung aber nicht gerecht zu werden. In der Tat sind die nationalen Strafmaßnahmen hier recht unzweifelhaft als Maßnahmen zur Abwehr von Betrügereien einzustufen, soweit sie sich auf Mehrwertsteuerangelegenheiten beziehen und somit – wie korrekt vom Gerichtshof ausgeführt – die finanziellen Interessen der Union betreffen.<sup>455</sup>

Während im Detail daher geringfügige Ungenauigkeiten beim Vorgehen des EuGH festgestellt werden können, ist doch die Argumentation insgesamt überzeugend. Insbesonders richtet sich das Augenmerk – trotz der an manchen Stellen nicht immer klaren Sprache des EuGH<sup>456</sup> – nicht so sehr auf eine ohnehin nur schwer feststellbare subjektive Absicht staatlichen Handelns, sondern sucht nach einem objektiven Maßstab des Beitrags zum Unionsrecht, der durch das mitgliedstaatliche Handeln geleistet wird.

In späterer Rechtsprechung wie *Taricco* bestätigte der EuGH seine Erkenntnisse aus *Fransson*.<sup>457</sup> So seien die Mitgliedstaaten aufgrund der Mehrwertsteuerrichtlinie in Verbindung mit Artikel 4 Abs. 3 EUV zur korrekten Erhebung der Mehrwertsteuer, aber auch zur Betrugsbekämpfung verpflichtet, sowie aufgrund von Artikel 325 AEUV zur Bekämpfung von Betrug gegen die finanziellen Interessen der Union mit den gleichen abschreckenden und wirksamen Maßnahmen wie bei Betrug gegen ihre eigenen finanziellen Interessen.<sup>458</sup> Das Unionsrecht könnte somit überdies trotz des Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten, wenn es unerlässlich sei, zum Erlass strafrechtlicher Sanktionsregelungen verpflichten; im Gegenzug seien allerdings auch die Unionsgrundrechte anwendbar, wenn etwa wegen des Vorrangs des Unionsrechts nationale Bestimmungen unanwendbar sind und Sanktionen verhängt werden, die gegen ein Individuum bei Anwendung der nationalen Bestimmungen wohl nicht verhängt worden wären.<sup>459</sup>

Noch klarer als in *Fransson* stellt sich die Situation dar, wenn das Unionsrecht ausdrücklich Sanktionen für die Verletzung von unionsrechtlichen Vorgaben wie

453 Artikel 325 Abs. 2 AEUV.

454 *Kingreen*, EuR 2013, 446 (451).

455 So auch *Fontanelli*, European Constitutional Law Review 2013, 315 (325).

456 Vgl. hier *ibid.* (326), der in der englischen Fassung auf die irreführende Verwendung der Begriffe „designed“ und „intended“ hinweist, mit der durch den EuGH das Verhältnis zwischen nationaler Maßnahme und Unionsrecht beschrieben wird.

457 Siehe auch EuGH, Rs. C-419/14 (WebMindLicenses), EU:C:2015:832, Rn. 66-67; EuGH, Verb. Rs. C-217/15 und C-350/15 (Orsi und Baldetti), EU:C:2017:264, Rn. 16. Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Watheler, EuGH, Rs. C-419/14 (WebMindLicenses), EU:C:2015:606, Rn. 104 ff.

458 EuGH, Rs. C-105/14 (*Taricco*), EU:C:2015:555, Rn. 36-37 mit Verweis auf *Fransson*.

459 Rn. 39 und 53. Der Gerichtshof spricht zuerst (Rn. 53) nur von Grundrechten, klärt jedoch später (Rn. 54-55), dass es sich um Artikel 49 Grundrechtecharta handelt.

beispielsweise Offenlegungspflichten vorsehen bzw. die in Frage stehenden mitgliedstaatlichen Rechtsbestimmungen unmittelbar diese Sanktionen festlegen.<sup>460</sup> In *Texdata* bereitete es daher dem Gerichtshof kaum Schwierigkeiten, eine mitgliedstaatliche Sanktionsregelung, deren Erlass im Unionsrecht ausdrücklich den Mitgliedstaaten zur Sicherstellung der Einhaltung einer in der Richtlinie vorgesehenen Offenlegungspflicht überlassen wurde, als Durchführung des Unionsrechts einzustufen, die die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte begründete.<sup>461</sup> Dennoch ist eine solche Eindeutigkeit wohl wie in *Fransson* ersichtlich nicht unbedingt erforderlich und wohl auch als Anforderung zu hoch gesetzt. Bereits ein vorhersehbarer, naher Zusammenhang zwischen unionsrechtlicher Vorgabe und mitgliedstaatlicher Sanktionierungspflicht ebendieser reicht aus.<sup>462</sup>

*b) Fallkonstellationen außerhalb des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte*

Keine Konstellation der Strafbewehrung, die die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auslöst, liegt hingegen vor, wenn kein unionsrechtliches Interesse erkennbar ist, das durch die Sanktionierung geschützt werden soll.<sup>463</sup> In *Maurin* etwa wurde der Verkauf von abgelaufenen Lebensmitteln im nationalen Recht sanktioniert, nicht jedoch ein Verstoß gegen die Vermarktung von Lebensmitteln, die den im Unionsrecht geregelten Etikettierungsvorschriften widersprachen. Als Folge wurde die Norm nicht als der Durchführung des Unionsrechts gesehen<sup>464</sup> und die Unionsgrundrechte waren nicht anwendbar.<sup>465</sup> Daher ist hier streng die Anwendung nationaler Vorschriften mit Bezug auf das mit Sanktionen zu versehende Unionsrecht von jeder anderen Anwendung nationaler Vorschriften zu unterscheiden, selbst wenn es sich um dasselbe Verfahren handelt.<sup>466</sup>

Ebenso wenig bestand in *Kremzow* ein Unionsinteresse für die nationale Sanktionsregelung. Eher undeutlich äußerte sich der Gerichtshof. Er hielt primär fest, dass er keine Zuständigkeit besitze hinsichtlich einer Regelung, die „nicht in den Bereich des [Unions]rechts“ falle,<sup>467</sup> und stützte sich schwerpunktmäßig darauf,

460 So Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-418/11 (Texdata), EU:C:2013:50, Rn. 69-70. Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-81/15 (Kapnoviomichania Karelia), EU:C:2016:66, Rn. 42.

461 EuGH, Rs. C-418/11 (Texdata), EU:C:2013:588, Rn. 74-75.

462 Siehe beispielsweise zu einer mitgliedstaatlichen Sanktionsregelung für das Nichtbefolgen eines Ersuchens, die einer Behörde ermöglichen soll, in einer Richtlinie vorgesehene Informationspflichten einzuhalten, EuGH, Rs. C-682/15 (Berlioz Investment Fund), EU:C:2017:373, Rn. 41.

463 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-27/11 (Vinkov), EU:C:2012:326, Rn. 59, zum Beispiel von Sanktionsvorschriften für Verstöße gegen nationale Verkehrsvorschriften.

464 So bereits Schlussanträge des Generalanwalts La Pergola, EuGH, Rs. C-144/95 (Maurin), EU:C:1996:165, Rn. 4.

465 EuGH, Rs. C-144/95 (Maurin), EU:C:1996:235, Rn. 11-12.

466 *Streinz/Michl*, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 7; *Jarass*, Charta, Artikel 51, Rn. 20.

467 EuGH, Rs. C-299/95 (Kremzow), EU:C:1997:254, Rn. 15.

dass die rein hypothetische Aussicht auf die Ausübung von Freizügigkeitsrechten keinen ausreichenden Bezug zum Unionsrecht herstelle.<sup>468</sup> Hingegen führte er in der Folge zu den mitgliedstaatlichen Strafvorschriften aus, die Verurteilung des Betroffenen sei darüber hinaus auch nach innerstaatlichen Vorschriften erfolgt, die nicht dazu „bestimmt“ seien, die Beachtung unionsrechtlicher Normen sicherzustellen.<sup>469</sup> Er ging also nur in einem Nachsatz auf die Bestimmung der innerstaatlichen Normen ein, der überdies durch die Begriffswahl an eine Anforderung denken lässt, mitgliedstaatliches Strafrecht müsste ausdrücklich zur Umsetzung von Unionsrecht erlassen worden sein, die in dieser Form nicht existiert.<sup>470</sup>

Eindeutiger argumentierte der Generalanwalt. Ihm zufolge war das vorgebrachte Argument der durch Strafsanktionen verursachten Beschränkung der Ausübung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht stichhaltig, da so die Strafmaßnahme mit der Regelung des Straftatbestandes verwechselt werde, welche keinen Bezug zum Unionsrecht beinhalte; darüber hinaus würden ansonsten jegliche Freiheitsstrafen in den „Anwendungsbereich“ des Unionsrechtes fallen, da sie den Betroffenen an der Wahrnehmung von Grundfreiheiten hinderten oder ihn zumindest darin begrenzten. Ein solches Vorgehen sei nicht begründet, da die Unionsrechtsordnung „nicht allumfassend“ sei und grundsätzlich nicht die Strafgesetzgebung der Mitgliedstaaten berühre.<sup>471</sup> Der Generalanwalt geht somit richtigerweise davon aus, dass nur allenfalls Unionsgrundrechtsbindung über die Strafsanktion begründet werden hätte können, wenn die entsprechende nationale Norm bereits auf den Schutz unionsrechtlicher Interessen gerichtet gewesen wäre.

#### IV. Mindestharmonisierung durch unionsrechtliche Regelungen

Von den Fallkonstellationen der Gewährung von Ermessensspielräumen und der Durchführung von Unionsrecht mittels verfahrenstechnischer Ausgestaltung oder Strafbewehrung durch die Mitgliedstaaten sind jene Fälle zu unterscheiden, in denen das Unionsrecht bewusst nur eine unvollständige Harmonisierung vornimmt, um absichtlich gewisse mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Erreichung eines höheren Schutzniveaus zuzulassen. Zu erwägen ist hier, ob der überlassene Bereich als vom Unionsrecht begrenzt zu sehen ist, was für eine – letztlich der Konstellation unionsrechtlich gewährten Ermessens ähnelnde – Unionsgrundrechtsbindung spräche, oder als außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts liegend. Als typische Konstellation ergibt sich bei Richtlinien das Problem

468 Rn. 16.

469 Rn. 17, mit Verweis auf Rechtssache *Maurin*.

470 Siehe Abschnitt C.I.

471 Schlussanträge des Generalanwalts La Pergola, EuGH, Rs. C-299/95 (Kremzow), EU:C:1997:58, Rn. 7.

der Reichweite der Unionsgrundrechtsbindung des Handelns der Mitgliedstaaten, wenn derartige Rechtsakte lediglich Mindeststandards vorschreiben, jedoch weitergehende Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Erreichung eines Schutzzieles bzw. bestehende derartige Maßnahmen zulassen. Zwar werden – nicht immer widerspruchsfrei<sup>472</sup> – Argumente für und gegen eine Bindung an die Unionsgrundrechte in solchen Situationen vorgebracht. Letztlich bejaht die Rechtsprechung eine solche aber auf die besseren Gründe gestützt.

Grundsätzlich können zwar Argumente dafür vorgebracht werden, dass die Bindung an die Unionsgrundrechte über die Mindestregelungen durch das Unionsrecht nicht hinausgehe,<sup>473</sup> was auch für Zuständigkeitsabgrenzungen gelte.<sup>474</sup> Relativ lose auf eine Veranlassung des mitgliedstaatlichen Handelns bzw. die Relevanz des übergeordneten unionsrechtlichen Regelungsziels abzustellen, werde der besonderen Situation der Mindestharmonisierung nicht gerecht, die eben bewusst eine Nichtregelung durch das Unionsrecht festschreibe. So widersprüche eine Unionsgrundrechtsbindung in solchen Fällen dem sonstigen Vorgehen des EuGH, nicht allein das Bestehen einer relevanten unionsrechtlichen Zielsetzung als ausreichend für eine Bindung anzunehmen<sup>475</sup> und sich überdies stets auf den konkreten Umfang der Ausübung einer Kompetenz und nicht lediglich deren theoretisches Bestehen zu stützen.<sup>476</sup>

Hingegen sprechen die besseren Argumente für eine Unionsgrundrechtsbindung bei einer Mindestharmonisierung, sofern eine angemessene Differenzierung getroffen wird. Obwohl unionsrechtlich nur das Erreichen eines bestimmten Mindeststandards gefordert wird, lassen sich nämlich auch nationale Maßnahmen, die über das unionsrechtliche Mindestziel hinausgingen, der Unionssphäre zuordnen. Dies kann auf die unionsrechtliche Veranlassung des nationalen Handelns zurückgeführt werden. Dies gilt auch für bereits bestehende nationale Maßnahmen, da es aus der Sicht des Grundrechtsträgers nicht auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens einer nationalen Maßnahme ankommen kann.<sup>477</sup> Das Regelungsziel bleibt nämlich letztlich für die Mitgliedstaaten auch jenseits des zu er-

472 Siehe etwa *Latzel*, EuR 2015, 658 (660), für den gegen eine Bindung an die Unionsgrundrechte spricht, dass so ein Raum zur Verwirklichung nationaler Identität nach Artikel 4 Abs. 2 EUV verschlossen werde; allerdings werde im überschließenden Bereich dennoch Unionsrecht durchgeführt, und nur, da Einheit, Vorrang und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht gefährdet würden, könnten sich nationale neben den Unionsgrundrechten entfalten. Dies überzeugt bereits nicht, da die Frage der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte eine Vorfrage zur Gefährdung der Einheit, des Vorrangs und der Wirksamkeit darstellt (siehe ausführlich bereits Kapitel 5 Abschnitt E). Letztlich verweist der Autor jedoch auf die Entscheidung in EuGH, Rs. C-446/12 bis C-449/12 (Willems), EU:C:2015:238, was anzudeuten scheint, dass die Unionsgrundrechte wie in der genannten Entscheidung *nicht* zur Anwendung kommen sollen.

473 *Jarass*, Charta, Artikel 51, Rn. 25.

474  *Ladenburger*, Artikel 51, in: *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Rn. 35.

475 Siehe Abschnitt D.VII.

476 Siehe Abschnitt D.V. bzw. Abschnitt D.VII. Siehe auch *Maier*, Grundrechtsschutz, 92.

477 Siehe bereits hierzu Abschnitt C.III.

reichenden Mindeststandards verbindlich, was wiederum die immanente Beschränkung durch die Unionsgrundrechte umfasst.<sup>478</sup>

Ähnlich wie bei Ermessensspielräumen der Mitgliedstaaten im Rahmen von Richtlinien wird darüber hinaus teils vorgebracht, dass ein lückenloser Grundrechtsschutz Priorität genießen müsse. Dies genügt allerdings für sich genommen nicht, um eine Bindung der Mitgliedstaaten an das Unionsrecht auszulösen.<sup>479</sup> Grundrechtsschutz muss das Unionsrecht nur dann bieten, wenn es die Regelungsverantwortung übernimmt, nicht jedoch in jedem Fall so weitgehend wie irgendwie möglich.<sup>480</sup> Eine Argumentation aufgrund der etwas vagen Idee der „Verzahnung“ der beiden Rechtssphären setzt die beiden unterschiedlichen Konstellationen der Gewährung von Ermessensspielräumen und der Mindestharmonisierung ohne einleuchtende Begründung gleich.<sup>481</sup> Jedoch überzeugt es letztlich mehr, eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte für Regelungen anzunehmen, die über eine unionsrechtliche Mindestharmonisierung hinausgehen, da kein sachlicher Grund zur Unterscheidung der Situation der Ermessensgewährung durch das Unionsrecht ersichtlich ist. In dieser Hinsicht wird durchaus zutreffend vorgebracht, dass das mitgliedstaatliche Handeln nicht vereinfachend der mitgliedstaatlichen Sphäre zugerechnet werden könne, weil es über die unionsrechtlich geforderten Mindeststandards hinausgehe; die beiden Rechtssphären blieben eng verbunden,<sup>482</sup> was sich auch am Beispiel der sogleich noch zu diskutierenden, in *Booker Aquaculture* im Zentrum stehenden Regelung zeigt. Nicht jede ein höheres Schutzniveau verfolgende Regelung entspringt so nämlich einem besonderen, eigenen Entschluss der Mitgliedstaaten.<sup>483</sup> Vielmehr bewegen sich die Mitgliedstaaten – zumindest, wenn es sich tatsächlich um eine Situation der Mindestharmonisierung handelt – im Bereich, den ihnen das Unionsrecht vorgibt, sodass letztlich die Grundrechtsverantwortung auch durch das Unionsrecht zu tragen ist.

Allerdings ist diese Aussage, wie an der Rechtsprechung gezeigt werden kann, zu nuancieren. Eine tatsächliche Mindestharmonisierung liegt nur vor, soweit die Union im Bereich einer „normalen“ geteilten Kompetenz handelt und somit überhaupt eine unionsrechtliche Determinierung über die geschaffenen Mindestregeln hinaus möglich ist. Hingegen ist der Fall dort anders gelagert, wo zu einer eigentlich mitgliedstaatlichen Kompetenz eine geteilte Kompetenz der Union tritt,

478 *de Cecco*, Common Market Law Review 2006, 9 (17 ff.).

479 Ablehnend daher im Ergebnis *Maier*, Grundrechtsschutz, 94 f.

480 Vgl. bereits Kapitel 2 Abschnitt C.I.

481 *Maier*, Grundrechtsschutz, 92 Fußnote 243, weist überdies richtigerweise darauf hin, dass Mitgliedstaaten durchaus außerhalb des Anwendungsbereichs der betreffenden Richtlinie aus anderen Gründen erneut im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln könnten, womit dann aus anderen Gründen wiederum die Unionsgrundrechte anwendbar sein könnten.

482 *Weyer*, EuZW 2004, 455 (457).

483 *Bleckmann*, Nationale Grundrechte, 42.

im Rahmen welcher Mindestvorschriften erlassen werden dürfen wie etwa im Bereich der Sozialpolitik im Rahmen des Artikel 153 Abs. 2 Bst. b AEUV. Hier ist das Unionsrecht bereits kompetenzrechtlich nicht befugt, durch seine Grundsätze – und insbesondere seine Grundrechte – auf das mitgliedstaatliche Handeln jenseits der eigenen Mindestvorschriften Einfluss zu nehmen, abgesehen von der üblichen Ausnahme, dass die kompetenzkonform erlassenen Unionsvorschriften nicht verletzt werden dürfen. Im Bereich anderer geteilter Kompetenzen hingegen tritt das Unionsrecht nicht vollumfänglich seine Regelungsbefugnis an das nationale Recht ab, sondern definiert und umschreibt durch die Ausübung der eigenen Kompetenz einen Bereich, in dem Mitgliedstaaten Ermessen unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben ausüben können.

Die Rechtsprechung des EuGH ist geprägt von einer nicht immer kohärenten Vorgangsweise und der eher knappen Begründung der entsprechenden Entscheidungen, kann jedoch abgesehen von einer Ausnahme als in die hier vorgeschlagene Richtung weisend bewertet werden. Als früher Entscheid setzten sich in *Booker Aquaculture* Unternehmen gegen die Vernichtung von Fischbeständen zur Wehr; das Vereinigte Königreich hatte die in der auf die Fischereikompetenz gestützten Richtlinie 93/53/EWG<sup>484</sup> vorgeschriebenen Maßnahmen zur Bekämpfung von Fischseuchen umgesetzt, ohne zugleich von der Erlaubnis Gebrauch zu machen, beim Auftreten bestimmter Fischseuchen die Mästung erkrankter Bestände bis zur Vermarktungsgröße zu gestatten. Durch dieses Nichtergreifen erlaubter Maßnahmen ergab sich somit ein über die Mindestvorgaben hinausgehendes Schutzniveau der Regelung im nationalen Recht. Der EuGH äußerte sich hier etwas undeutlich, sodass die Entscheidung teils im Sinne einer Unionsgrundrechtsbindung des Mitgliedstaats verstanden wurde.

Der Generalanwalt sprach sich bereits für eine Bindung aus. Er hielt anfangs fest, dass für Maßnahmen, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fielen, keine solche Verpflichtung zur Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts bestehe.<sup>485</sup> Nach einigen Ausführungen zur Grundrechtsbindung bei der Umsetzung von Richtlinien fuhr er fort, die vorliegende Richtlinie stelle mit der Regelung, dass die Mitgliedstaaten auch strengere Bestimmungen beibehalten oder anwenden könnten, klar, dass die allgemeinen Vorschriften des Vertrages hierfür zu beachten seien.<sup>486</sup> Es sei somit ausgeschlossen, dass ein Mitgliedstaat argumentiere, er könne die Unionsgrundrechte außer Acht lassen, wenn er über die wortgetreue Umsetzung der Richtlinie hinaus die zu ergreifenden Maßnahmen durch weitere, strengere ergänze, um das Ziel der Tilgung von Fischseu-

484 ABl. L. 175 v. 19.7.1993, 23 ff.

485 Schlussanträge des Generalanwalts Mischo, EuGH, Verb. Rs. C-20/00 und C-64/00 (*Booker Aquaculture*), EU:C:2001:469, Rn. 44.

486 Rn. 54.

chen voll und ganz zu erreichen.<sup>487</sup> Die Richtlinie dringe in das innerstaatliche Recht ein, wo sie eine Bezugsnorm werde, nach der Umsetzungsmaßnahmen sich zu richten hätten.<sup>488</sup> Dabei sei sie jedoch nicht „allein“, sondern „untrennbar“ mit den Normen verbunden, nach denen sie sich selbst zu richten habe, wozu „selbstverständlich“ auch die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts gehörten.<sup>489</sup> Somit habe ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung einer Richtlinie die Grundrechte zu beachten.<sup>490</sup>

Der EuGH stellte eher kurz fest, dass bei der „Durchführung“ unionsrechtlicher Regelungen nach ständiger Rechtsprechung wie *Wachauf* und *Bostock* die Mitgliedstaaten auch die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Unionsrechtsordnung beachten und die Regelungen „soweit wie möglich“ in Übereinstimmung mit diesen Erfordernissen anwenden müssten.<sup>491</sup> Das Vereinigte Königreich habe die Mindestmaßnahmen der Richtlinie getroffen und von der zusätzlich eingeräumten Möglichkeit der Mästung von mit bestimmten Krankheiten befallenen Fischen bis zur Vermarktungsgröße keinen Gebrauch gemacht, was jedoch keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentumsrecht darstelle.<sup>492</sup> Die unscharfe Formulierung des EuGH lässt zwei Lesarten zu. Zwar könnte der EuGH hier nur die Vorgaben der Richtlinie selbst auf ihre Konformität mit dem Eigentumsrecht untersucht haben. Plausibler erscheint aber, dass der EuGH hier, obwohl er im Ergebnis keine Grundrechtsverletzung feststellte, eine Grundrechtsprüfung der mitgliedstaatlichen Maßnahmen vornahm, ohne jedoch eine völlig klare Begründung hierfür zu liefern. Da im Fall eine Mindestharmonisierung im Rahmen einer klassischen geteilten Kompetenz vorlag, überzeugt dies aber.

Die Entscheidung in *Karner* erbringt keinen eindeutigen Hinweis für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auf Maßnahmen von Mitgliedstaaten, die über eine im Unionssekundärrecht vorgesehene Mindestharmonisierung hinausgehen. Der EuGH bejahte die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte, nahm jedoch die in der einschlägigen, auf die Binnenmarktkompetenz gestützten Richtlinie enthaltene Befugnis für Mitgliedstaaten, strengere Maßnahmen zu treffen, nur als Ansatzpunkt, um zu entscheiden, dass für derartige strengere Maßnahmen der „elementare Grundsatz“ des freien Warenverkehrs, wie er in Artikel 34 AEUV niedergelegt sei, zu beachten sei,<sup>493</sup> und stützte sich letztlich auf diesen für seine Entscheidung.

In zwei weiteren maßgeblichen Entscheidungen äußerte sich der EuGH zur Prüfung von Maßnahmen, die über die Grenzen einer Mindestharmonisierung

<sup>487</sup> Rn. 55.

<sup>488</sup> Rn. 57.

<sup>489</sup> Rn. 58.

<sup>490</sup> Rn. 59.

<sup>491</sup> EuGH, Rs. C-20/00 und C-64/00 (Booker Aquaculture), EU:C:2003:397, Rn. 88.

<sup>492</sup> Rn. 89-90.

<sup>493</sup> EuGH, Rs. C-71/02 (Karner), EU:C:2004:181, Rn. 34.

hinausgehen, anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, dessen Anwendbarkeit ebenfalls Schlüsse in Bezug auf die Bindung an die Unionsgrundrechte erlaubt.<sup>494</sup> In *Borsana* entschied der Gerichtshof, dass es nicht seine Sache sei, sich zur Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu äußern, da es sich um Maßnahmen zum verstärkten Schutz von Arbeitsbedingungen und damit um im Lichte des Vertrags zulässige Maßnahmen zur Ausübung von durch den Mitgliedstaat „behaltenen Kompetenzen“ handle.<sup>495</sup> Während eine Richtlinienbestimmung vorsah, dass Arbeitnehmer einem Karzinogen nur begrenzt aufgrund einer Risikobewertung ausgesetzt werden sollten, verlangte die nationale Regelung eine möglichst geringe Exposition unabhängig von einer solchen Bewertung. Die Richtlinie stützte sich auf Artikel 153 AEUV und hielt auch in einer ihrer Bestimmungen verstärkend fest, dass es sich um Mindestvorschriften handle.<sup>496</sup> In *Deponiezweckverband Eiterköpfe* befand der EuGH, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei nicht anzuwenden auf verstärkte Schutzmaßnahmen der Mitgliedstaaten, die über die Mindestanforderungen einer Richtlinie hinausgingen.<sup>497</sup> In diesem Fall ging es um strengere nationale Vorgaben zur Abfallentsorgung, die auf der Grundlage von Artikel 193 AEUV erlassen wurden.

Mehrere Erklärungsansätze erscheinen plausibel. Wenig überzeugt, dass lediglich kein entgegenstehendes Interesse zur Abwägung zur Verfügung stand bzw. vorgebracht wurde und der EuGH nur aus diesem Grund eine Verhältnismäßigkeitsprüfung abgelehnt haben soll.<sup>498</sup> Dafür sind die Äußerungen des EuGH zu eindeutig auf die Vorfrage der Anwendbarkeit des Grundsatzes gerichtet. Andere verstehen die Entscheidungen daher dahingehend, dass der EuGH eine solche Prüfung abgelehnt hat, woraus geschlossen wird, dass auch eine Prüfung am Maßstab der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze für den EuGH nicht erforderlich sei.<sup>499</sup> Wenn gleich plausibel aufgrund des Wortlauts der Entscheidungen, ergeben sich hieraus erneut Bedenken in Bezug auf die Gleichbehandlung der einschlägigen Rechtsgrundlagen. Es besteht nämlich ein Unterschied zwischen Artikel 153 AEUV und Artikel 193 AEUV. In Artikel 153 Abs. 2 Zf. b AEUV ist eine Kompetenz der Union nur für Mindestvorschriften in Form von Richtlinien vorgesehen, die qualitativ unterstützend und ergänzend<sup>500</sup> zur mitgliedstaatlichen Kompetenz für Sozialpolitik bleibt. Hingegen regelt im Bereich der geteilten Zuständigkeit für die Umweltpolitik Artikel 193 AEUV die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, als Ausnahme von der ansonsten geltenden

<sup>494</sup> EuGH, Rs. C-2/97 (Borsana), EU:C:1998:613; EuGH, Rs. C-6/03 (Deponiezweckverband Eiterköpfe), EU:C:2005:222.

<sup>495</sup> EuGH, Rs. C-2/97 (Borsana), EU:C:1998:613, Rn. 40.

<sup>496</sup> Rn. 35.

<sup>497</sup> EuGH, Rs. C-6/03 (Deponiezweckverband Eiterköpfe), EU:C:2005:222, Rn. 63.

<sup>498</sup> Bleckmann, Nationale Grundrechte, 46. So auch Jarass, Charta, Artikel 51, Rn. 25.

<sup>499</sup> Jarass, NVwZ 2012, 457 (461).

<sup>500</sup> Vgl. die Formulierung des Artikel 153 Abs. 1 AEUV.

Sperrwirkung unionsrechtlichen Sekundärrechts höhere Schutzstandards im nationalen Recht aufrecht zu erhalten oder zu schaffen. Somit überzeugt die Verneinung der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in *Borsana*, da in diesem Fall Unionsrecht nur in der Form von Mindestvorschriften in einem den Mitgliedstaaten überlassenen Kompetenzbereich vorlag. Auch die noch zu erörternde Entscheidung in *Hernández* stützt diese Ansicht. Hingegen kann dem EuGH in *Deponiezweckverband Eiterköpfe* nicht gefolgt werden. Zwar wird angemerkt, dass die im Fall einschlägige Ermächtigung der Mitgliedstaaten des Artikel 193 AEUV, verstärkte Schutzmaßnahmen zu ergreifen, wohl als rein deklatorische Erinnerung verstanden werden sollte, dass die Mitgliedstaaten – soweit kein Konflikt mit den Verträgen entsteht – ohnedies frei seien zu handeln, da EU-Maßnahmen prinzipiell in diesem Bereich als nicht vollständig harmonisierend zu verstehen seien.<sup>501</sup> Allerdings wird im Rahmen dieser Erläuterung nicht auf die unterschiedliche Rechtsnatur der der jeweiligen Mindestharmonisierung zugrunde liegenden Rechtsgrundlagen eingegangen. Überdies bleibt die Entscheidung ebenso wie die genannte Argumentation schwer vereinbar mit der Folgerechtsprechung.

Deutlich befand der EuGH nämlich in *Hernández*, dass eine unionsrechtliche Bestimmung, die vorsieht, dass eine auf Artikel 153 AEUV gestützte Richtlinie „nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten ein[schränke], für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen“, nicht eine „im Recht der Union begründete Rechtsetzungsbefugnis“ schaffe, sondern lediglich die nach nationalem Recht bestehende Befugnis der Mitgliedstaaten anerkenne, „außerhalb“ der mit dieser Richtlinie festgelegten Regelung günstigere Bestimmungen vorzusehen.<sup>502</sup> Eine solche Vorschrift des nationalen Rechts fällt dann in die unionsrechtlich bestätigte alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und somit nicht in den „Geltungsbereich“ der entsprechenden Richtlinie.<sup>503</sup> Dies kann als eine Absage an die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte gewertet werden, führt doch der EuGH im folgenden Absatz aus, dass „[i]m Übrigen“ auch ein anderes Argument nicht zur Anwendbarkeit der Grundrechtecharta führen kann,<sup>504</sup> woraus sich implizit ergibt, dass seine vorangehenden Ausführungen diese Anwendbarkeit ebenso nicht begründen konnten. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH in der Folge befand, dass im vorliegenden Fall gar kein über die unionsrechtlichen Vorgaben der Mindestharmo-

501 Bucher, ZEuS 2016, 203 (210) mit Verweis auf Kokott/Sobotta, EuGRZ 2010, 265.

502 EuGH, Rs. C-198/13 (*Hernández*), EU:C:2014:2055, Rn. 44.

503 Rn. 45.

504 Rn. 46. Der EuGH verneint hier, dass es ausreicht, dass die Union im entsprechenden Bereich gemäß Artikel 153 Abs. 2 AEUV über Zuständigkeiten verfügt. Vgl. auch hierzu näher Abschnitt D.VII.

nisierung hinausgehendes mitgliedstaatliches Vorgehen vorlag.<sup>505</sup> In Bezug auf *Hernández* wird teils vertreten, dass hier insbesondere eine Unterscheidung zwischen Klauseln, die lediglich eine bestehende Kompetenz der Mitgliedstaaten bestätigen, und anderen, die tatsächlich eine unionsrechtlich begründete Regelungskompetenz für verstärkte Schutzmaßnahmen der Mitgliedstaaten schaffen, durch den EuGH getroffen werde.<sup>506</sup> Die Entscheidung biete letztlich lediglich eine Klarstellung in Bezug auf den widersprüchlichen Wortlaut der Entscheidung in *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, in der der EuGH noch davon ausging, Artikel 193 AEUV „ermächtige“ die Mitgliedstaaten zu stärkeren Schutzmaßnahmen. Somit sei nun klar, dass bei Klauseln über verstärkte Schutzmaßnahmen generell keine Unionsgrundrechtsbindung vorliegen könne.<sup>507</sup> Hingegen geht dieses Vorgehen zu wenig auf die Unterschiede zwischen den einzelnen, gerade in den genannten Entscheiden einschlägigen Rechtsgrundlagen ein. Letztlich kann es auch die Folgerechtsprechung, die eben eine Grundrechtsbindung bejaht, nur unzulänglich erklären.

Im Gegensatz zu *Hernández* bejahte der EuGH nämlich die Bindung an die Unionsgrundrechte in *Muladi*. Hier hielt der EuGH fest, dass trotz Mindestharmonisierung die Mitgliedstaaten strengere Maßnahmen beibehalten oder erlassen können, solange diese die Ziele einer Richtlinie nicht in Frage stellten und im Einklang mit dem AEUV stünden, etwa wenn für Fahrer bestimmter Kraftfahrzeuge durch nationales Recht unter gewissen Umständen die Absolvierung zusätzlicher, über die Anforderungen der einschlägigen Richtlinie hinausgehender Weiterbildungskurse auferlegt wurde.<sup>508</sup> In der Folge wendete der EuGH bereits als erstes Indiz einer Unionsgrundrechtsbindung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an, um zu untersuchen, ob die mitgliedstaatliche Maßnahme, eine über die unionsrechtlich festgelegten Mindestanforderungen für die Grundqualifikation und Weiterbildung von Kraftfahrern hinausgehende Verpflichtung zur Teilnahme an gewissen Weiterbildungskursen, einen zwingenden Grund des All-

505 So gewährte das nationale Recht einen besonderen Anspruch, der ursprünglich dem Arbeitgeber gegenüber dem Staat zustand, wenn Gerichtsverfahren über den Kündigungsschutz sich wegen eines „anormalen Funktionierens“ der Gerichtsbarkeit über 60 Tage hinaus hinzogen, und der infolge eines gesetzlichen Forderungsübergangs vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden konnte. Dennoch war nach Ansicht des EuGH zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmer von einer im Rahmen der Richtlinie 2008/94/EG (ABl. 2008 L 283, 36 ff.) geschaffenen Garantieeinrichtung bereits Zahlungen im Umfang der unionsrechtlichen Verpflichtung zum Mindestschutz der Arbeitnehmer erhalten hatten. Ob der vorgenannte zusätzliche Anspruch gewährt wird oder nicht, könne in einem solchen Fall die in Übereinstimmung mit der Richtlinie geleisteten Zahlungen „weder berühren noch einschränken“ und sei somit ein rein nationales Handeln ohne Bindung an die Unionsgrundrechte, EuGH, Rs. C-198/13 (*Hernández*), EU:C:2014:2055, Rn. 43.

506 *Bucher*, ZEuS 2016, 203 (226).

507 *Ibid.* (229).

508 EuGH, Rs. C-447/15 (*Muladi*), EU:C:2016:533, Rn. 43.

gemeininteresses verfolgt.<sup>509</sup> Dann ging er dazu über, die betroffene Maßnahme auch am Maßstab der Berufsfreiheit des Artikel 15 Grundrechtecharta zu prüfen, ohne allerdings dieses Vorgehen umfassender zu begründen.<sup>510</sup> Da die betreffende Richtlinie auf die Binnenmarktkompetenz gestützt war, überzeugt auch dieses Vorgehen. Auffallend an der Entscheidung ist, dass der EuGH nicht, obwohl dies theoretisch denkbar scheint, wie in *Karner* letztlich die mitgliedstaatliche Maßnahme statt anhand der Richtlinie einfach anhand der Grundfreiheiten prüfte und daher deutlich die Anwendbarkeit des Unionsrechts und letztlich der Unionsgrundrechte für diesen Fall einer Mindestharmonisierung annahm. Darüber hinaus blieben für den EuGH die Ziele der Richtlinie besonders maßgeblich für das mitgliedstaatliche Handeln jenseits der Mindestharmonisierung durch das Unionsrecht, was die hier vorgeschlagene Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten der Mindestharmonisierung basierend auf der jeweiligen Rechtsgrundlage unterstützt.

Somit sind letztlich die Mitgliedstaaten bei unionsrechtlicher Mindestharmonisierung grundsätzlich aufgrund ähnlicher Gründe an die Unionsgrundrechte gebunden wie im Fall der Gewährung von Ermessensspielräumen. Keine Bindung liegt hingegen in den Fällen vor, in denen Mitgliedstaaten über unionsrechtliche Mindestvorschriften hinausgehen, wenn die unionsrechtliche Kompetenz, die ausgeübt wurde, lediglich den Erlass von Mindestvorschriften vorsieht wie Artikel 153 Abs. 2 Bst. b AEUV und somit die selbständige Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten im nicht vom Unionsrecht abgedeckten Bereich gar nicht berührt wird.

## V. Begrenzt durch die Union ausgeübte Kompetenzen

In dieser Konstellation sind jene Fälle zusammenzufassen, in denen der Gerichtshof die Grenzen der Grundrechtsbindung anhand des Grundsatzes auslotet, dass nur die Ausübung, nicht jedoch die reine Existenz unionsrechtlicher Kompetenzen<sup>511</sup> zu unionsrechtlicher Determinierung des mitgliedstaatlichen Handelns und somit zur Bindung an die Unionsgrundrechte führen kann. Da die Anwendung der Unionsgrundrechte sich grundsätzlich an der Ausübung und Existenz von Unionskompetenzen orientieren muss, legt die Ausübung einer Kompetenz auch die Auslegungsgrenze für den EuGH nieder. So stellte der EuGH fest, dass er nur zur Auslegung einer Verordnung die Charta heranziehen könne, ohne dass das

<sup>509</sup> Rn. 44. Hier irritiert allerdings aus dogmatischer Perspektive, dass der EuGH zur Begründung auf eine Entscheidung verweist, in der es nicht um Mindestharmonisierung, sondern lediglich partielle Harmonisierung durch eine Richtlinie und um eine mitgliedstaatliche Handlung im nicht harmonisierten Bereich ging, die als Beschränkung des Dienstleistungsverkehr in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fiel, siehe EuGH, C-212/11 (Jyske Bank Gibraltar), EU:C:2013:270, Rn. 60.

<sup>510</sup> Rn. 51.

<sup>511</sup> Siehe hierzu auch gleich Abschnitt D.VII.

nationale Recht als solches zu beurteilen sei.<sup>512</sup> In der einschlägigen Rechtsprechung lassen sich mehrere Grundsätze identifizieren.

### 1. Schaffung von Verpflichtungen durch das Unionsrecht

Als wichtiges Kriterium prüft der EuGH, ob in einem betroffenen Sachbereich durch das Unionsrecht Verpflichtungen geschaffen werden; anderenfalls sind die Unionsgrundrechte nicht anwendbar.<sup>513</sup> Werden beispielsweise keine Verpflichtungen im Landschaftsschutzbereich auferlegt, spricht dies bereits gegen eine Bindung der nationalen Normen in diesem Bereich an die Unionsgrundrechte.<sup>514</sup> Eine durch nationales Recht eingeführte besonders lange Probezeit bei unbefristeten Arbeitsverträgen fällt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, wenn die einschlägige Richtlinie 1999/70<sup>515</sup> und die in deren Anhang enthaltene Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge nur befristet geschlossene Verträge erfassen,<sup>516</sup> während keine Regelung bezüglich von Probezeiten getroffen wird.<sup>517</sup> Auch auf eine staatliche Genehmigungsgebühr ist die Grundrechtecharta nicht anwendbar, wenn die einschlägigen Richtlinien wie etwa die Richtlinie 20/2002/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste<sup>518</sup> diesen Bereich nicht regeln.<sup>519</sup> Ebenso kann der Anwendungsbereich der Richtlinie 2011/64/EU über die Verbrauchssteuern auf Tabakwaren<sup>520</sup> nicht durch die Anwendung der Unionsgrundrechte wie etwa Artikel 20 und 21 Grundrechtecharta auf neue Bereiche, nämlich die Festlegung des von Einzelhändlern solcher Erzeugnisse anzuwendenden Mindestpreises, ausgeweitet werden.<sup>521</sup>

Hingegen ist nicht nur die Schaffung von Verpflichtungen im strengen Sinn ausschlaggebend für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte. In *Sabou* entschied der Gerichtshof, dass das Unionsrecht bzw. die Unionsgrundrechte auch dann anwendbar seien, wenn ein Mitgliedstaat im Rahmen der Richtlinie 77/799/EWG<sup>522</sup> ein Amtshilfeersuchen an einen anderen Mitgliedstaat richtet, ohne dazu verpflichtet zu sein, also gewissermaßen ein unionsrechtlich gewährtes

512 EuGH, Rs. C-400/10 PPU (McB), EU:C:2010:582, Rn. 52.

513 EuGH, Rs. C-206/13 (Siragusa), EU:C:2014:126, Rn. 26.

514 Rn. 27.

515 ABl. 1999 L 175, 43 ff.

516 EuGH, Rs. C-117/14 (Nisttahuz Poclava), EU:C:2015:60, Rn. 35.

517 Rn. 36-37. Die Unterscheidung liegt für den EuGH darin, dass eine Probezeit der Überprüfung der Eignung und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers dient, während bei einer Befristung das Ende des Arbeitsverhältnisses durch objektive Bedingungen festgelegt wird.

518 AB. 2002 L 108, 21 ff.

519 EuGH, Rs. C-416/14 (Fratelli De Pra), EU:C:2015:617, Rn. 53.

520 ABl. 2011 L 176, 24 ff.

521 EuGH, Rs. C-221/15 (Etablissements Fr. Colruyt), EU:C:2016:704, Rn. 30.

522 ABl. 1977 L 336, 15 ff.

Recht wahrnimmt, ein unionsrechtlich geregeltes Verfahren durchzuführen.<sup>523</sup> Sobald sich ein Mitgliedstaat entschließe, Amtshilfe in Anspruch zu nehmen, seien die Regeln über das Auskunftsersuchen und die Verwendung der vom Mitgliedstaat erlangten Informationen grundsätzlich als innerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts zu erachten, da die Regeln der Richtlinie gälten, die, wie im fünften Erwägungsgrund der Richtlinie festgehalten, bestimmte Verpflichtungen vorsehe.<sup>524</sup> Fragen zu den Verpflichtungen eines Mitgliedstaates gegenüber dem Steuerpflichtigen betreffen daher die „Umsetzung“ des Unionsrechts.<sup>525</sup> Dies gilt auch, wenn sich im Einzelfall kaum konkrete Verpflichtungen aus den anwendbaren Unionsgrundrechten ergeben.<sup>526</sup>

## 2. Unterstützungs- und Koordinierungskompetenzen und kofinanziertes Handeln

Darüber hinaus ist auch bei reinen Unterstützungs- und Koordinierungskompetenzen der Union grundsätzlich nur von einer Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte auszugehen, wenn Verpflichtungen vorliegen.<sup>527</sup> In der Lehre wird hier angenommen, dass etwa bei durch die Union kofinanziertem Handeln der Mitgliedstaaten dieses wohl nur erfasst sei, wenn die entsprechenden Vorschriften dies ausdrücklich festlegen.<sup>528</sup> Der EuGH befand in einem Entscheid, dass auch ein rein national geschaffener Programmleitfaden sich an den Unionsgrundrechten misst, wenn er aufgrund unionsrechtlicher Verpflichtungen geschaffen wurde.<sup>529</sup> Gemäß der Verordnung 1083/2006 über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsi-

523 So Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-276/12 (Sabou), EU:C:2013:370, Rn. 42.

524 EuGH, Rs. C-276/12 (Sabou), EU:C:2013:678, Rn. 26. Der EuGH wendete hier nicht die Charta, sondern die Rechtsgrundsatzgrundrechte an, da der entsprechende Sachverhalt sich vor Inkrafttreten der Charta ereignet hatte (Rn. 25).

525 Rn. 27. So entschied der EuGH, dass die Richtlinie dem Steuerpflichtigen bereits grundsätzlich keine spezifischen Rechte verleihe und die Mitgliedstaaten nicht zur Konsultation des Steuerpflichtigen verpflichte, sondern nur die Zusammenarbeit der Finanzbehörden und die Erteilung von Auskünften zum Gegenstand habe. Auch aus dem möglicherweise beschwerenden Charakter des mitgliedstaatlichen Handelns, das eine Anwendung der Verteidigungsrechte erforderlich machen könnte, ergeben sich nach Ansicht des Gerichtshofes keine zu berücksichtigenden Ansprüche, da im Rahmen der Steuerprüfung zwischen der Ermittlungsphase, in der Informationen gesammelt werden, und der kontradiktorischen Phase zwischen Steuerverwaltung und dem Steuerpflichtigen zu unterscheiden sei, die erst mit der Versendung des Vorschlages einer Berichtigung an letzteren beginne, Rn. 36.

526 Rn. 36.

527 *Thym*, NVwZ 2013, 889 (893), der in diesem Zusammenhang davon ausgeht, dass ohne Harmonisierung daher Bereiche wie die Bildungspolitik oder das Sozialhilferecht nicht in den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte fallen dürften.

528 *Ladenburger*, Artikel 51, in: Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Rn. 42.

529 EuGH, Rs. C-562/12 (Liivimaa Lihaveis), EU:C:2014:2229, Rn. 65.

onsfonds<sup>530</sup> waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen Begleitausschuss einzusetzen und sämtliche auf die Anwendung des operationellen Programms abziegenden Maßnahmen wie etwa den Programmleitfaden auf die Bestimmungen der einschlägigen Verordnungen abzustimmen.<sup>531</sup> Wie auch in der Lehre vorgeschlagen,<sup>532</sup> geht der Gerichtshof hier nicht formalistisch vor, sondern stützt sich erneut auf die Reichweite der Verpflichtungen durch das Unionsrecht. Hingegen genügt es nicht, wenn beispielsweise bestimmte Arbeitsvertragsformen zur Unterstützung der Unternehmer durch Strukturfonds finanziert werden, um diese dadurch dem Unionsrecht zu unterwerfen.<sup>533</sup>

Vergleichbar behandelte der EuGH Regelungen, die grundsätzlich in der Unionsverwaltung gelten, jedoch auch die Mitwirkung der Mitgliedstaaten zu ihrer Durchführung benötigen.<sup>534</sup> In *Melchior* war der Gerichtshof mit der Frage konfrontiert, ob die Beschäftigungsbedingungen sonstiger Bediensteter der Union in Einklang mit einer nationalen Regelung stehen, die für den Anspruch auf Arbeitslosengeld Arbeitszeiten und Tage der Arbeitslosigkeit im Zusammenhang mit einer Beschäftigung bei Unionsorganen nicht berücksichtigte. Zwar wich der EuGH einer konkreten Antwort zur Grundrechtecharta aus und entschied auf der Grundlage des Loyalitätsgebots der Mitgliedstaaten gegen die nationale Regelung;<sup>535</sup> jedoch kann hieraus trotzdem aufgrund des bisher Festgestellten der Schluss gezogen werden, dass das nationale Recht in diesem Fall unionsrechtlichen Verpflichtungen gerecht werden hätte müssen, was auch die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte zu begründen vermag.<sup>536</sup>

### *3. Die Rolle der Zielsetzung bei der Ermittlung der Grenzen der unionsrechtlichen Regelung*

Auch die Zielsetzung eines bestimmten Vorgehens bestimmt die Reichweite unionsrechtlicher Determinierung. Wenn etwa in Verordnung 2252/2004<sup>537</sup> die Nut-

530 ABl. 2006 L 210, 25 ff.

531 EuGH, Rs. C-562/12 (Liivimaa Lihaveis), EU:C:2014:2229, Rn. 64.

532 *Jarass*, NVwZ 2012, 457 (458), schlägt so überzeugend vor, dass etwa Fördermaßnahmen und Verträge nicht aufgrund ihrer atypischen Form vom Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte ausgeschlossen sein sollten.

533 EuGH, Rs. C-117/14 (Nistatahu Poclava), EU:C:2015:60, Rn. 42.

534 EuGH, Rs. C-647/13 (Melchior), EU:C:2015:54, Rn. 22.

535 Rn. 29; vgl. auch die Entscheidung in EuGH, Rs. C-408/14 (Wojciechowski), EU:C:2015:591, Rn. 53. Etwas deutlicher als der Gerichtshof erläutert der Generalanwalt, dass die Charta anwendbar sei, wenn Artikel 4 Abs. 3 EUV im Zusammenhang mit dem entsprechenden Unionssekundärrecht zu einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten führt und die Situation deswegen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-408/14 (Wojciechowski), EU:C:2015:393, Rn. 65.

536 So auch im Ergebnis Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-647/13 (Melchior), EU:C:2014:2301, Rn. 59.

537 ABl. 2004 L 385, 1ff. in der durch Verordnung 444/2009, ABl. 2009 L 142, 1ff., berichtigt im ABl. 2009 L 188, 127 ff. geänderten Fassung.

zung und Speicherung biometrischer Daten gemäß Artikel 4 Abs. 3 nur für die Zwecke der Verordnung, nämlich die Erfüllung von Mindestsicherheitsnormen bei der Ausstellung von Pässen und Reisedokumenten durch die Mitgliedstaaten, geregelt ist, so fallen Nutzungen der so gesammelten biometrischen Daten zu anderen Zwecken nicht in den Regelungsbereich der Verordnung.<sup>538</sup> Damit sind auch die Unionsgrundrechte auf derartige Fallgestaltungen nicht anwendbar.<sup>539</sup> Der Gerichtshof hätte an dieser Stelle wohl besser begründen können, inwieweit die Regulierung derselben Datenmenge in einem Stadium dem Unionsrecht unterfällt, in einem späteren hingegen nicht. Dessen ungeachtet überzeugt die Entscheidung grundsätzlich, bleiben doch weiterhin nationale Grundrechte und die EMRK auf das mitgliedstaatliche Handeln anwendbar.<sup>540</sup>

#### 4. Grenzen der unionsrechtlichen Regelung

Im Einzelfall untersucht der Gerichtshof den genauen unionsrechtlichen Regelungsumfang, um den Umfang der Unionsgrundrechtsbindung abzugrenzen. So entschied der EuGH etwa in *Gueye*, dass in einem Rahmenbeschluss keine Harmonisierung für Form und Höhe des Strafrahmens vorgesehen war und daher nationale strafrechtliche Regelungen über die Verhängung eines Närerungsverbotes bei Straftaten häuslicher Gewalt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fielen.<sup>541</sup> Der einschlägige Rahmenbeschluss enthielt weder Bestimmungen über die Art und Höhe von Strafen, die Mitgliedstaaten für die Ahndung von Straftaten vorsehen mussten, noch Hinweise, dass der Unionsgesetzgeber die vertraglich gewährten Befugnisse zur Harmonisierung mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften hätte nutzen wollen.<sup>542</sup> Er enthielt Verpflichtungen zur Sicherstellung, dass Opfer sich tatsächlich angemessen am Strafprozess beteiligen können, was für den Gerichtshof jedoch nicht etwa die Verhängung eines Närerungsverbotes auch gegen den Willen des Opfers ausschloss.<sup>543</sup> Auch gewähre der Rahmenbeschluss dem Opfer das Recht, gehört zu werden, was eine objektive Beschreibung des Tathergangs und das Einbringen des eigenen Standpunktes umfasse, jedoch nicht Rechte bezüglich der Entscheidung über Höhe und Art der dem Täter aufzuerlegenden Strafen verleihe.<sup>544</sup> Auch das im Rahmenbeschluss vorgesehene „angemessene Schutzniveau“ für Opfer führe praktische Schutzmaßnahmen an, um die angemessene Beteiligung des Opfers am Strafprozess ohne Gefahr für die

<sup>538</sup> EuGH, Rs. C-446/12 bis C-449/12 (Willems), EU:C:2015:238, Rn. 48.

<sup>539</sup> Rn. 50.

<sup>540</sup> Siehe auch den ausdrücklichen Hinweis des Gerichtshofs darauf, Rn. 51.

<sup>541</sup> EuGH, Rs. C-483/09 und C-1/10 (Gueye), EU:C:2011:583, Rn. 51 und 52. Vgl. auch näher hierzu *Ward*, Article 51, in: *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*, Rn. 96.

<sup>542</sup> EuGH, Rs. C-483/09 und C-1/10 (Gueye), EU:C:2011:583, Rn. 50-51.

<sup>543</sup> Rn. 56.

<sup>544</sup> Rn. 60.

eigene Sicherheit zu gewährleisten, enthalte jedoch keine Verpflichtung, die Einfluss auf die verhängbaren Strafen nimmt.<sup>545</sup> Auch müsse kein Schutz gegen mittelbare Auswirkungen gewährt werden, die in einem späteren Stadium aus den Strafen resultieren könnten.<sup>546</sup>

Es fiel für den Gerichtshof auch nicht unter das einschlägige Unionsrecht, wenn auf der Grundlage des unionsrechtlichen Visakodex ein Antrag auf ein Visum aus humanitären Gründen gestellt wurde, um in der Folge einen Asylantrag zu stellen und somit einen Aufenthaltstitel zu erlangen, dessen Gültigkeit nicht auf die vorgesehenen 90 Tage beschränkt wäre.<sup>547</sup> Da derartige Aufenthaltstitel weiterhin vom nationalen Recht geregelt würden, seien somit auch die Unionsgrundrechte nicht anwendbar.<sup>548</sup>

In ähnlicher Weise können bestimmte Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen im Sinne der Richtlinie 2003/109/EG<sup>549</sup> auferlegen, zuerst nicht unter einen in der Richtlinie verwendeten Begriff, hier jenen der Integrationsanforderungen, fallen, sich jedoch in der Folge aus anderen Gründen im Anwendungsbereich des Unionsrechts und somit der Unionsgrundrechte befinden. Artikel 5 Abs. 2 der Richtlinie 2003/109/EG<sup>550</sup> erlaubt den Mitgliedstaaten ausdrücklich durch einen Verweis auf Regelungen im nationalen Recht, die Erlangung der Rechtstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten Integrationsanforderungen zu unterwerfen.<sup>551</sup> Davon sind nach Ansicht des Gerichtshofes jedoch Integrationspflichten, deren Erfüllung nach Erlangung dieser Rechtstellung verlangt wird, nicht erfasst. Deswegen sei durch die Richtlinie weder geboten noch untersagt, solche Pflichten im nationalen Recht zu regeln.<sup>552</sup> Letztlich handelten die Mitgliedstaaten für den EuGH aber dann erneut im Anwendungsbereich der Richtlinie bzw. des Unionsrechts, wenn der Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikel 11 Abs. 1 der Richtlinie anwendbar sei.<sup>553</sup> So können auch unterschiedliche Regelungen des Unionsrechts unabhängig voneinander untersucht und herangezogen werden, um den genauen Determinierungsgrad festzustellen.

In einem anderen Beispiel entschied der EuGH, dass die Tatsache, dass Tarifverträge unter bestimmten Umständen trotz ihrer potenziell wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen nicht unter Artikel 101 AEUV fallen, nicht ohne Weiteres darauf schließen lasse, auch Richtlinienbestimmungen seien nicht anwend-

<sup>545</sup> Rn. 65.

<sup>546</sup> Rn. 67.

<sup>547</sup> EuGH, Rs. C-638/16 PPU (X und X), EU:C:2017:173, Rn. 43.

<sup>548</sup> Rn. 44-45. AA Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-638/16 PPU (X und X), EU:C:2017:93, Rn. 73 ff.

<sup>549</sup> ABl. 2004 L 16, 44 ff.

<sup>550</sup> ABl. 2004 L 16, 44 ff.

<sup>551</sup> EuGH, Rs. C-579/13 (P und S), EU:C:2015:369, Rn. 35.

<sup>552</sup> Rn. 38.

<sup>553</sup> Rn. 39.

bar. Richtlinien folgten jeweils ihren eigenen Anwendungsvoraussetzungen.<sup>554</sup> Im Fall berührte die Bestimmung von Einrichtungen und Unternehmen in einem Tarifvertrag nicht den Kern des Rechts auf Kollektivverhandlungen.<sup>555</sup> Die betroffenen Vertragsvergabevorgänge waren daher, obwohl sie einen Tarifvertrag durchführten, nicht dem Anwendungsbereich der einschlägigen Richtlinien entzogen.<sup>556</sup>

Bei anderer Gelegenheit stellte der Gerichtshof fest, dass bei der Regelung bestimmter „besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen“ im Rahmen von Artikel 70 der Verordnung 883/2004<sup>557</sup> vom Unionsrecht nicht die inhaltlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Anspruchs auf diese Leistungen festgehalten werden. Diese sind somit vom nationalen Gesetzgeber zu bestimmen.<sup>558</sup> Da sich solche Voraussetzungen auch nicht aus anderen Akten des Sekundärrechts wie etwa der Richtlinie 2004/38/EG<sup>559</sup> ergeben, sind die Mitgliedstaaten dafür zuständig, die Ausgestaltung des Umfangs der mit derartigen Leistungen sichergestellten sozialen Absicherung zu definieren.<sup>560</sup> Bei der Regelung der genannten Voraussetzungen bzw. des Umfangs solcher Leistungen führen die Mitgliedstaaten somit kein Unionsrecht durch und sind nicht an die Unionsgrundrechte gebunden.<sup>561</sup>

Bestimmt überdies eine nationale Regelung nur allgemein Gebühren im Bereich der Rechtspflege, wird dadurch noch kein Unionsrecht durchgeführt, wenn das Unionsrecht keine spezielle Regelung in diesem Bereich trifft und sich auch keine Regelung des Unionsrechts auf die nationale Regelung auswirken könnte.<sup>562</sup> Ein Sachverhalt wird auch dann nicht vom Unionsrecht erfasst, wenn eine Person weder die Voraussetzungen für die Ausstellung einer Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers nach Artikel 10 der Richtlinie 2004/38/EG<sup>563</sup> erfülle noch einen Antrag auf Erteilung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten nach der Richtlinie 2003/109/EG<sup>564</sup> gestellt habe.<sup>565</sup> Eine Entscheidung über eine solche Situation führt daher kein Unionsrecht durch, sondern nur nationales Recht, und es besteht somit keine Unions-

<sup>554</sup> EuGH, Rs. C-271/08 (Kommission/Deutschland), EU:C:2010:426, Rn. 48.

<sup>555</sup> Rn. 49.

<sup>556</sup> Rn. 50.

<sup>557</sup> ABl. 2004 L 166, 1 ff.

<sup>558</sup> EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), EU:C:2013:565, Rn. 41.

<sup>559</sup> ABl. 2004 L 158, 77 ff.

<sup>560</sup> EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), EU:C:2014:2358, Rn. 90. Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Watheler, EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), EU:C:2014:341, Rn. 146.

<sup>561</sup> EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), EU:C:2014:2358, Rn. 91. Skeptisch hingegen, weil der EuGH nicht auf die Freiüigkeitsproblematik im Sachverhalt einging, *Groussot/Petursson*, New Constitutional Framework?, in: The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument, 152; *Nic Shuibhne*, Common Market Law Review 2015, 889 (914 f.).

<sup>562</sup> EuGH, Rs. C-265/13 (Torralbo Marcos), EU:C:2014:187, Rn. 32.

<sup>563</sup> ABl. 2004 L 158, 77 ff.

<sup>564</sup> ABl. 2003 L 16, 44 ff.

<sup>565</sup> EuGH, Rs. C-40/11 (Iida), EU:C:2012:691, Rn. 80.

grundrechtsbindung.<sup>566</sup> Auch wenn ein im Unionsrecht vorgegebenes Recht in diesem Zusammenhang über seinen dortigen Umfang hinaus durch nationales Recht ausgeweitet wird, stellt dies insoweit keine Durchführung von Unionsrecht dar.<sup>567</sup>

Die Unionsgrundrechtecharta ist auch nicht anwendbar auf eine nationale Regelung, die den Steuersatz für Renteneinkünfte festlegt. Es ist hier nämlich nicht der Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG eröffnet, da es zwar um ein Versorgungssystem, das im Wesentlichen von der früheren Beschäftigung des Betroffenen abhängt, und somit um einen Entgeltsbestandteil im Sinne des Artikel 157 Abs. 2 AEUV geht, jedoch im Konkreten um den Steuersatz für Einkünfte und somit nicht um Aspekte des Dienstverhältnisses.<sup>568</sup> Auch sei nach Ansicht des EuGH keine steuerrechtliche Richtlinie auf diese Konstellation anwendbar.<sup>569</sup> Somit ist die nationale Regelung auch nicht am Maßstab des Artikel 21 Abs. 1 Grundrechtecharta zu messen.<sup>570</sup>

Zuletzt ist eine eher sorgfältig abwägende Tendenz der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den potenziell weitreichenden Kompetenzen im Bereich der Grundfreiheiten des Binnenmarktes und der Unionsbürgerschaft festzustellen.<sup>571</sup> Ob ein Sachverhalt vom Unionsrecht geregelt wird, lässt sich für die Frage der Unionsgrundrechtsbindung anhand derselben Kriterien beantworten wie etwa bei den Grundfreiheiten. In *Pelckmans Turnhout* entschied der Gerichtshof, dass ein Rechtsstreit keinen Bezug zum Unionsrecht aufwies und somit die Unionsgrundrechte nicht anwendbar seien.<sup>572</sup> Bereits wiederholt sei nämlich entschieden worden, dass die Warenverkehrsfreiheit keine Anwendung auf nationale Ladenschlussregelungen finde, die für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die im Inland tätig sind, und die den Absatz in- und ausländischer Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.<sup>573</sup> Bezuglich der Dienstleistungsfreiheit fügte der Gerichtshof hinzu, dass überdies die beschränkenden Wirkungen der nationalen Maßnahme „zu ungewiss und zu mittelbar“ seien, um geeignet zu sein, diese Freiheit zu behindern.<sup>574</sup> Somit kommen die „klassischen“ Re-

566 Rn. 81.

567 Rn. 79-80.

568 EuGH, Rs. C-122/15 (C), EU:C:2016:391, Rn. 25.

569 Rn. 29.

570 Rn. 30. Vgl. zum Nichtvorliegen einer Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-122/15 (C), EU:C:2016:65, Rn. 66. Siehe auch zu im Sinne einer einschlägigen Richtlinie nicht „wirksam“ entstandenen Emissionszertifikaten und zur damit verbundenen Nichtanwendbarkeit der Unionsgrundrechte EuGH, Rs. C-321/15 (ArcelorMittal Rodange) EU:C:2017:179, Rn. 37. Vgl. als Gegenbeispiel zu Regelungen in einem Kollektivvertrag, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG fällt, EuGH, Rs. C-539/15 (Bowman), EU:C:2016:977, Rn. 19; siehe auch EuGH, Rs. C-406/15 (Milkova), EU:C:2017:198, Rn. 50.

571 Zur Interaktion der Grundfreiheiten und der Unionsbürgerschaft mit den Unionsgrundrechten siehe hingegen bereits Kapitel 4.

572 EuGH, Rs. C-483/12 (Pelckmans Turnhout), EU:C:2014:304, Rn. 23.

573 Rn. 24.

574 Rn. 25.

geln zur Bestimmung der Anwendbarkeit einer Grundfreiheit auch zur Anwendung, um die Reichweite der Unionsgrundrechte zu bestimmen.

Wenngleich hier daran zu denken wäre, umfassend mitgliedstaatliche Regelungen als Einschränkungen von Grundfreiheiten oder des unionsbürgerlichen Freiheitlichkeitsrechts einzustufen und dadurch im Bereich der erforderlichen Rechtfertigung die Unionsgrundrechte anwendbar zu machen, hält sich der Gerichtshof in mehreren Entscheiden klar zurück, wenn kein klarer Anknüpfungspunkt an unionsrechtlich determinierte Bereiche erkennbar ist.<sup>575</sup> In Entscheiden wie *Currà, Dereci, Asparuhov Estov* und *Chartry* zeigt so der EuGH, dass seine Grundrechtsprüfungsbefugnis im Rahmen der Charta nur in den Grenzen der Unionszuständigkeiten besteht und im Vorabentscheidungsverfahren dann nicht gegeben ist, wenn ein Sachverhalt nicht unter das Unionsrecht fällt, d.h. der Gerichtshof zur Beantwortung der Frage nicht zuständig ist.<sup>576</sup> Ein minimaler Anknüpfungspunkt an die Grundfreiheiten, die Freiheitlichkeit oder an die Anwendung nationaler Maßnahmen, mit denen Unionsrecht durchgeführt wird, ist somit weiterhin unabdingbar.<sup>577</sup>

Unterschiedliche Beispiele lassen sich anführen. Dies gilt beispielsweise bei einer rein vom nationalen Recht bestimmten Änderung eines Flächennutzungsplans<sup>578</sup> oder bei der Auslegung und Anwendung eines nur im nationalen Recht verankerten Rechtsgrundsatzes.<sup>579</sup> Ebenso ist dies der Fall bei Unionsbürgern, die mangels Ausübung ihrer Freiheitlichkeitsrechte nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen bzw. auf die somit das unionsrechtlich begründete Recht auf Familienleben in Bezug auf die Frage des Familiennachzuges drittstaatsangehöriger Familienmitglieder nicht aktiviert wird.<sup>580</sup> Die mögliche Beeinträchtigung des Grundrechtes auf Familienleben an sich kann nicht den Anwendungsbereich des Unionsrechtes bzw. der Unionsgrundrechte eröffnen.<sup>581</sup> Ebenso ist das einschlägige Sekundärrecht zum Familiennachzug für Unionsbürger bzw. für sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhaltende Drittstaatsangehörige nicht an-

575 Bzw. wie *Rosas*, European Yearbook on Human Rights 2013, 97 (105), es formuliert, „[t]here must be a provision or a principle of Union primary or secondary law not contained in the Charter which is directly relevant to the case.“ Vgl. auch *Rosas*, Charter Case Law, in: The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument, 18; *Safjan/Düsterhaus/Guérin*, Revue trimestrielle de droit européen 2016, 219 (233) m.w.N. aus der Rechtsprechung.

576 *Skouris*, Aspekte des Grundrechtsschutzes, in: Vom Recht auf Menschenwürde - 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 87.

577 EuGH, Rs. C-457/09 (Chartry), EU:C:2011:101, Rn. 25. Vgl. auch EuGH, Rs. C-483/11 und C-484/11 (Boncea u.a.), EU:C:2011:832, Rn. 34. Siehe auch zum Problem unzureichender Informationen im Vorabentscheidungsverfahren, aufgrund welcher der EuGH die Anwendbarkeit von Unionsrecht nicht eindeutig feststellen kann und daher die Unionsgrundrechte nicht anwenden kann, EuGH, Rs. C-395/15 (Douceidi), EU:C:2016:917, Rn. 67.

578 EuGH, Rs. C-339/10 (Asparuhov Estov), EU:C:2010:680, Rn. 14.

579 EuGH, Rs. C-343/13 (Modelo Continente Hipermercados), EU:C:2015:146, Rn. 19.

580 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), EU:C:2011:734, Rn. 72.

581 Stellungnahme des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), EU:C:2011:626, Rn. 38.

wendbar, wenn ein Unionsbürger nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht und sich stets im Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit aufgehalten hat.<sup>582</sup> Auch Budgetgesetze, die massive Gehaltskürzungen von öffentlich Bediensteten mit sich bringen und somit potenziell in grundrechtlich geschützte Positionen eingreifen, sind in Ermangelung eines konkreten, unionsrechtlichen Anhaltspunktes nicht am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen.<sup>583</sup> Unionsrecht und die Unionsgrundrechte sind auch nicht auf einen rein innerstaatlichen Sachverhalt bezüglich eines Kreditvertrages anwendbar, der vor Beitritt des betreffenden Mitgliedstaates zur Europäischen Union abgeschlossen wurde und auf den somit auch nicht das entsprechende Sekundärrecht anwendbar sein kann.<sup>584</sup> Dasselbe gilt für eine möglicherweise dem Doppelbestrafungsverbot zuwiderlaufende, aber ohne unionsrechtlichen Bezug anzuwendende nationale Strafrechtsnorm.<sup>585</sup> Die Tatsache, dass ein Landwirt Einkommen aus seiner Tätigkeit sowie aus Beihilfen aus Mitteln der Union bezieht, genügt für sich noch nicht, den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte zu eröffnen, wenn eine steuerrechtliche Regelung sich auf das Gesamteinkommen bezieht und nicht eine gesonderte Behandlung für derartige Subventionen vorsieht.<sup>586</sup>

Zwar ist hier nicht allein auf das Vorbringen des nationalen Gerichts in seiner Vorlage an den Gerichtshof abzustellen.<sup>587</sup> Ein Sachverhalt darf aber nicht allein die Auslegung und Anwendung jener Norm betreffen, die in der Grundrechtecharta steht.<sup>588</sup> Auch Verfahrensvorschriften für Rechtsbehelfe gegen Sanktionen, die wegen Verstößen gegen die rein nationalen Verkehrsvorschriften verhängt wurden, weisen keinen Bezug zum Unionsrecht auf und können somit nicht im Lichte der Unionsgrundrechte geprüft werden.<sup>589</sup> Bei Schadenersatzansprüchen, die von italienischen Staatsangehörigen wegen erlittener Deportation und Zwangsarbeit gegen Deutschland vor italienischen Gerichten eingebbracht worden waren, ergab sich ebensowenig ein Gesichtspunkt, um die sachliche Zuständigkeit des EuGH zu begründen.<sup>590</sup> Mit ähnlicher Begründung wies der EuGH ein Vorbringen bezüglich der Anwendbarkeit der Grundrechtecharta auf eine Rege-

582 EuGH, Rs. C-87/12 (Ymeraga), EU:C:2013:291, Rn. 33. Siehe auch m.w.N. aus der Rechtsprechung Kokott/Sobotta, *Yearbook of European Law* 2015, 60 (70).

583 EuGH, Rs. C-128/12 (Sindicato dos Bancários do Norte), EU:C:2013:149, Rn. 12. Siehe auch EuGH, Rs. C-264/12 (Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins), EU:C:2014:2036, Rn. 20. Skeptisch hierzu, jedoch ohne nähere Einlassung *Groussot/Petursson*, *New Constitutional Framework?*, in: *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, 153.

584 EuGH, Rs. C-92/14 (Tudoran), EU:C:2014:2051, Rn. 46-47.

585 EuGH, Rs. C-45/14 (Balázs und Papp), EU:C:2014:2021, Rn. 21.

586 EuGH, Rs. C-505/13 (Yumer), EU:C:2014:2129, Rn. 27-28.

587 Einen solchen, vom EuGH nicht aufgenommenen Vorschlag formulieren die Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón, EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2012:340, Rn. 56.

588 EuGH, Rs. C-258/13 (Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio), EU:C:2013:810, Rn. 21.

589 EuGH, Rs. C-27/11 (Vinkov), EU:C:2012:326, Rn. 59.

590 EuGH, Rs. C-466/11 (Currà u.a.), EU:C:2012:465, Rn. 17.

lung im nationalen Arbeitsrecht zurück, die eine ungerechtfertigte Kündigung ohne ausführende Begründung zuzulassen schien.<sup>591</sup> Insbesondere merkte der Gerichtshof wiederholt an, dass stets nur eine Anwendung der Bestimmungen der Charta vom vorlegenden nationalen Gericht vorgeschlagen wurde, ohne Hinweis darauf, dass andere Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden oder auszulegen wären.<sup>592</sup>

### 5. Richtlinien mit grundrechtlichem Inhalt

Einen Sonderfall stellen Richtlinien dar, die Vorgaben zur Einhaltung der Grundrechte enthalten. Zwar dürfen Richtlinien, die Diskriminierungen bekämpfen, nicht erweiternd ausgelegt werden, um den Geltungsbereich über die in einer Richtlinie abschließend aufgeführten Gründe hinaus auszudehnen.<sup>593</sup> In *Kaltoft* entschied der Gerichtshof daher, dass die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG<sup>594</sup> nicht auf Diskriminierungen aufgrund von nicht in der Richtlinie genannten Gründen wie etwa Adipositas ausgedehnt werden könne; daher sei auch die Grundrechtecharta im vorliegenden Fall nicht anwendbar.<sup>595</sup> Bei der Datenschutzrichtlinie hingegen fallen auch Regelungen, die einen Eingriff in solche Grundrechte darstellen können und eng genug mit dem Regelungszweck der Richtlinie verbunden sind, in den Anwendungsbereich des Unionsrechtes bzw. der Unionsgrundrechte.<sup>596</sup> In *Österreichischer Rundfunk* erachtete zwar beispielsweise der Generalanwalt die Unionsgrundrechte für nicht anwendbar, da sie aufgrund der Rechtsgrundlage der Richtlinie kein selbständiger Regelungsgegenstand der Datenschutzrichtlinie seien. Dies würde bedeuten, dass keine Verarbeitung personenbezogener Daten vorliege, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fiele.<sup>597</sup> Der EuGH hingegen betrachtete die Gewährleistung des freien Verkehrs personenbezogener Daten als Hauptziel der Richtlinie, während auch der Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung sicherzu-

591 Vgl. auch z.B. zu Gehaltskürzungen für öffentliche Bedienstete im nationalen Recht u.ä. EuGH, Rs. C-369/12 (Corpuł Național al Polițiștilor), EU:C:2012:725; EuGH, Rs. C-434/11 (Corpuł Național al Polițiștilor), EU:C:2011:830; EuGH, Rs. C-462/11 (Cozman), EU:C:2011:831; EuGH, Rs. C-134/12 (Corpuł Național al Polițiștilor), EU:C:2012:288.

592 EuGH, Rs. C-614/12 (Dutka), EU:C:2014:30, Rn. 14. Vgl. auch EuGH, Rs. C-332/13 (Weigl ), EU:C:2014:31, Rn. 13; EuGH, Rs. C-265/13 (Torralbo Marcos), EU:C:2014:187, Rn. 33.

593 EuGH, Rs. C-13/05 (Chacón Navas), EU:C:2006:456, Rn. 56; EuGH, Rs. C-303/06 (Coleman), EU:C:2008:415, Rn. 46.

594 ABl. 2000 L 303, 16 ff.

595 EuGH, Rs. C-354/13 (Kaltoft), EU:C:2014:2463, Rn. 37 und 39.

596 Vgl. jedoch die ausweichende Stellungnahme des EuGH in EuGH, Rs. C-446/12 bis C-449/12 (Willems), EU:C:2015:238, Rn. 52, die nur auf die Fragen des nationalen Gerichts abstellt und nicht eigenständig den Anwendungsbereich der Datenschutzrichtlinie untersucht.

597 Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano, EuGH, Verb. Rs. 465/00, C-138/01 und C-139/01 (Österreichischer Rundfunk), EU:C:2002:662, Rn. 56.

stellen sei.<sup>598</sup> Eine Prüfung nationaler Maßnahmen im Lichte der Unionsgrundrechte war so zulässig.

Ging es in *Österreichischer Rundfunk* noch um Datenverarbeitung und –weitergabe im klar wirtschaftlichen Kontext, bezog sich *Lindqvist* auf eine ehrenamtlich erstellte Website mit Informationen zu in einer Kirchgemeinde tätigen Mitgliedern. Der Generalanwalt schloss hieraus, dass kein direkter Zusammenhang mit den Grundfreiheiten vorliege und somit der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet sei.<sup>599</sup> Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten durch die Einstufung der ehrenamtlich Tätigen als Dienstleistungsempfänger in den bewusst durch Bestimmungen der Richtlinie eingeschränkten Anwendungsbereich derselben zu bringen überzeuge nicht.<sup>600</sup> Die Wahrung der Grundrechte sei kein „selbstständiger“ Regelungszweck der Richtlinie, und ein solches Vorgehen dehne ihren Anwendungsbereich auf Datenverarbeitungen aus, die nichts mit dem Funktionieren des Binnenmarkts zu tun hätten.<sup>601</sup> Der EuGH hingegen ging umgekehrt heran und befand keine der Ausnahmeregelungen der Richtlinie für anwendbar, die jeweils Datenverarbeitungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen hätten.<sup>602</sup> Die Mechanismen, um die verschiedenen Zielsetzungen der Richtlinie wie Harmonisierung der nationalen Regelungen über die Verarbeitung personenbezogener Daten und der Wahrung der Grundrechte abzuwägen, seien teils in der Richtlinie festgelegt, teils dem Erlass nationaler Umsetzungsregelungen bzw. deren Anwendung durch nationale Behörden überlassen.<sup>603</sup> Daher seien die nationalen Behörden dazu verpflichtet, sich im Rahmen des gewährten Umsetzungsspielraumes auf eine unionsgrundrechtskonforme Auslegung der Richtlinie zu stützen.<sup>604</sup>

In *Google Spain* führte der EuGH diesbezüglich weiter aus, dass die Bestimmungen der Richtlinie im Lichte der Grundrechte auszulegen – und somit wohl auch anzuwenden und umzusetzen – seien, soweit sie die Verarbeitung personenbezogener Daten beträfen, die „zu Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und insbesondere des Rechts auf Achtung des Privatlebens führen“ könnten.<sup>605</sup>

Insgesamt stellt der EuGH daher streng auf die Grenzen der unionsrechtlichen Determinierung ab, sofern Kompetenzen der Union begrenzt sind bzw. ausgeübt wurden. Zentrales Kriterium ist die Schaffung von Verpflichtungen durch das

598 EuGH, Verb. Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01 (Österreichischer Rundfunk), EU:C:2003:294, Rn. 70.

599 Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano, EuGH, Rs. C-101/01 (*Lindqvist*), EU:C:2002:513, Rn. 36.

600 Rn. 37.

601 Rn. 38 und 40.

602 EuGH, Rs. C-101/01 (*Lindqvist*), EU:C:2003:596, Rn. 39 ff.

603 Rn. 82.

604 Rn. 87.

605 EuGH, Rs. C-131/12 (*Google Spain*), EU:C:2014:317, Rn. 68. Vgl. auch EuGH, Rs. C-274/99 P (Connolly/Kommission), EU:C:2001:127, Rn. 37.

Unionsrecht, wenngleich dieses Kriterium durch mehrere der genannten Grundsätze ergänzt wird.

## VI. Verweise im Unionsrecht auf die Regelung durch nationales Recht

Bereits in der Grundrechtecharta enthalten mehrere Bestimmungen den Verweis auf die Ausgestaltung des jeweiligen Rechtes durch „einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“, so etwa die unternehmerische Freiheit des Artikel 16 Grundrechtecharta, das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen des Artikel 28 Grundrechtecharta und das Recht auf Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung des Artikel 30 Grundrechtecharta.<sup>606</sup> Aber auch in anderen Rechtsakten wird nationalem Recht die Regelungsbefugnis für gewisse Fragen ausdrücklich übertragen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes lässt erkennen, dass sich zwei Arten derartiger Verweise unterscheiden lassen, auf die entsprechend den zuvor erörterten Grundsätzen zu reagieren ist.<sup>607</sup>

Als erster Fall können Verweise im Unionsrecht vollumfänglich auf Vorentscheidungen abstellen, die im nationalen Recht getroffen werden. In einem solchen Fall sind die Unionsgrundrechte nicht auf die nationale Rechtsanwendung anwendbar, die dem Treffen einer Entscheidung vorangeht. In *McB* etwa legt Artikel 2 Nr. 11 Bst. a der Verordnung 2201/2003 fest, dass die Widerrechtlichkeit des Verbringens eines Kindes in einen anderen Staat von einem nach nationalem Recht zugesprochenen Sorgerecht abhängt.<sup>608</sup> Die Verordnung legt jedoch selbst nicht die Voraussetzungen des Erwerbs des Sorgerechts fest, sondern überlässt dies dem Recht des Mitgliedstaates.<sup>609</sup> Für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte bedeutet dies, dass der Gerichtshof nicht das nationale Recht, soweit es hier das Sorgerecht regelt, sondern das Unionsrecht und dessen Auslegung prüft.<sup>610</sup> Untersucht werden musste so, ob die Chartagrundrechte eine Auslegung der Verordnung mitsamt der darin festgelegten Verweisung auf nationales Recht zuließen.<sup>611</sup> Im Ergebnis gelangte der Gerichtshof zu der Ansicht, dass einem leiblichen Vater das Recht zustehen müsse, sich vor dem Verbringen eines Kindes an ein Gericht wenden zu können, um ein Zuerkennungsrecht des Sorgerechts zu

606 Vgl. auch mit etwas anderer Formulierung Artikel 27 Grundrechtecharta zum Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen, Artikel 34 Grundrechtecharta zur sozialen Sicherheit und sozialen Unterstützung, Artikel 35 Grundrechtecharta zum Gesundheitsschutz und Artikel 36 Grundrechtecharta zum Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Vgl. ebenfalls Artikel 52 Abs. 6 Grundrechtecharta, der generell vorschreibt, dass den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten „in vollem Umfang Rechnung zu tragen“ ist.

607 Vgl. aA *Ward*, Article 51, in: *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*, Rn. 3-4, die von unklaren Auswirkungen auf die Anwendung des Artikel 51 Grundrechtecharta ausgeht.

608 EuGH, Rs. C-400/10 PPU (*McB*), EU:C:2010:582, Rn. 42.

609 Rn. 43.

610 Rn. 52.

611 Rn. 52.

beantragen, da dies den Wesensgehalt des Rechts auf Privat- und Familienleben ausmache.<sup>612</sup> Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Frage der Auslegung bzw. der Prüfung der Grundrechtskonformität des unionsrechtlichen Sekundärrechtsaktes im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens, nicht um ein Problem der mitgliedstaatlichen Durchführung von Unionsrecht.<sup>613</sup>

Als zweite Konstellation kann hingegen ein Verweis auf nationales Recht lediglich einen Ermessensspielraum zur Definition von Begriffen geben, der dann als vom Unionsrecht vorgegeben zu betrachten ist und die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte mit sich bringt. Dies zeigt die Entscheidung in *Kamberaj*.<sup>614</sup> Wenn der Unionsgesetzgeber für bestimmte Angelegenheiten ausdrücklich das nationale Recht mit der Regelung betraut, gilt grundsätzlich die Bindung an die Unionsgrundrechte für Mitgliedstaaten.<sup>615</sup> Wie der EuGH am Beispiel der Begriffe der sozialen Sicherheit, der Sozialhilfe und des Sozialschutzes in Artikel 11 der Richtlinie 2003/109/EG<sup>616</sup> zeigte, könne es zwar nicht Sache des Gerichtshofes sein, im Fall eines solchen Verweises auf die Regelung durch nationales Recht eine autonome und einheitliche Definition zu geben, da der Unionsgesetzgeber eben die Unterschiede in der Definition zwischen den Mitgliedstaaten unberührt lassen wollte.<sup>617</sup> Jedoch sah der EuGH dennoch bestimmte Leitplanken des Unionsrechts für die Ausübung des mitgliedstaatlichen Ermessens vor, so die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und die Unionsgrundrechte.<sup>618</sup> Dies überzeugt, da letzten Endes von einer vergleichbaren Situation wie jener eines unionsrechtlich gewährten Ermessensspielraumes auszugehen ist.

Auch in *Delvigne* befand der Gerichtshof, dass der Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments zwar vorsehe, dass sich das Wahlverfahren vorbehaltlich der Vorschriften des Aktes nach innerstaatlichen Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates bestimme.<sup>619</sup> Auch lege der Akt selbst nicht ausdrücklich und genau fest, wer das Wahlrecht habe, sodass „beim derzeitigen Stand des Unionsrechts“ die Mitgliedstaaten zuständig seien, diese Personen zu bestimmen. Jedoch habe dies unter Beach-

612 Rn. 55.

613 So auch *Ward*, Article 51, in: The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary, Rn. 51 und 83.

614 Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar, EuGH, Rs. C-579/13 (P und S), EU:C:2015:39, Rn. 76.

615 EuGH, Rs. C-571/10 (Kamberaj), EU:C:2012:233, Rn. 80.

616 ABl. 2003 L 16, 44 ff.

617 EuGH, Rs. C-571/10 (Kamberaj), EU:C:2012:233, Rn. 77.

618 Rn. 78 und 80. In diesem Sinne daher zu Recht skeptisch, ob ein Mitgliedstaat daher beispielsweise Wohngeld völlig vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen könne, Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-571/10 (Kamberaj), EU:C:2011:827, Rn. 85. Vgl. zum anwendbaren Grundrecht in der Entscheidung auch Abschnitt D.X.

619 Artikel 7 des Akts zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments von 1976, im Anhang zum Beschluss 76/787/EGKS, EWG, Euratom vom 20.9.1976, ABl. 1976 L 278, 1ff., geändert durch den Beschluss 2002/772/EG, Euratom vom 25.6.2002 und vom 23.9.2003, ABl. 2003 L 283, 1ff.

tung des Unionsrechts zu geschehen.<sup>620</sup> Somit seien die Mitgliedstaaten zur Sicherstellung der Einhaltung der Vorgaben des Unionsrechts wie etwa einer unmittelbaren, freien und geheimen Wahl verpflichtet und liege etwa bei einer Regelung eines Mitgliedstaates über den Ausschluss von der Wahl von Unionsbürgern, da sie rechtskräftig wegen einer Straftat verurteilt worden sind, eine Durchführung von Unionsrecht vor.<sup>621</sup>

Zugleich sind nur jene Fragen von der Unionsgrundrechtsbindung erfasst, die in den Ermessensspielraum fallen, den ein Verweis auf die Regelung durch nationales Recht einrichtet. In *Torralbo Marcos* etwa lehnte der EuGH die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ab, obwohl die einschlägige Richtlinie 2008/94/EG<sup>622</sup> die Frage, ob ein Arbeitgeber im Sinne der Richtlinie als zahlungsunfähig gelten müsse, dem nationalen Recht sowie einer Entscheidung oder Feststellung der nationalen Behörde überliess.<sup>623</sup> Jedoch war hier keine Grundrechtsfrage im durch den Verweis auf nationales Recht eröffneten Ermessensspielraum zu beantworten, da das Verfahren, in dem Unionsgrundrechte zur Anwendung hätten kommen sollen, weder die Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit des relevanten Unternehmens klären sollte noch das Bestehen des Anspruches eines Arbeitnehmers auf Leistungen aus der in der Richtlinie vorgesehenen Garantieeinrichtung.<sup>624</sup> Ein Verfahren über eine Zwangsvollstreckung nach nationalem Recht hätte, wie das Gericht im einschlägigen Verfahren entschieden hatte, vor einem anderen Gericht eingeleitet werden müssen.<sup>625</sup>

Damit sind abschließend für die Frage der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte im Bereich von Verweisen des Unionsrechts auf die Regelung durch nationales Recht zwei Konstellationen zu unterscheiden. Betrifft der Verweis eine Vorfrage, aufgrund derer im nationalen Recht nach nationalen Vorgaben eine Entscheidung zu treffen ist und erst auf der Grundlage der getroffenen Entscheidung das Unionsrecht anwendbar wird, so bleibt das nationale Recht bis zur Entscheidung außerhalb des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte. Schafft der Verweis auf nationales Recht hingegen einen Ermessensspielraum, innerhalb dessen beispielsweise eine Definition eines Begriffes durch das nationale Recht erfolgen darf, sind hierauf die Unionsgrundrechte als Schranken des mitgliedstaatlichen Ermessens anwendbar, soweit Fragen innerhalb dieses Ermessensspielraumes betroffen sind.

620 EuGH, Rs. C-650/13 (Delvigne), EU:C:2015:648, Rn. 31.

621 Rn. 32-33. Letztlich zustimmend auch *Gundel*, EUR 2016, 176 (187). Vgl. hingegen zur Nichtanwendbarkeit der Charta auf die einschlägigen Bestimmungen des französischen Strafrechts, insofern als eine Reform es theoretisch möglich gemacht hätte, dem Betroffenen durch Rückwirkung der Reform erneut das Wahlrecht zuzugestehen, Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón, EuGH, Rs. C-650/13 (Delvigne), EU:C:2015:363, Rn. 86-87.

622 ABl. 2008 L 283, 36 ff.

623 EuGH, Rs. C-265/13 (Torralbo Marcos), EU:C:2014:187, Rn. 37.

624 Rn. 42.

625 Rn. 41.

## VII. Nicht ausgeübte Unionskompetenzen und Handeln von Mitgliedstaaten in Bereichen allgemein einschlägiger unionsrechtlicher Bestimmungen

Im Rahmen dieser Gruppierung lässt sich eine Reihe von Entscheidungen zusammenfassen, in denen der EuGH seinen Grundsatz, auf die unionsrechtliche Determinierung des nationalen Rechts im Einzelfall abzustellen, weiter ausgebaut hat, indem er betonte, dass dann keine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte entsteht, wenn in einem Bereich mitgliedstaatlichen Tätigwerdens zwar unionsrechtliche Bestimmungen bestehen wie etwa nicht ausgeübte Kompetenzgrundlagen oder sonstwie in bestimmten Fragen anwendbare Normen, jedoch die Mitgliedstaaten unabhängig davon handeln. Auch wenn die Unterscheidung nicht völlig eindeutig getroffen werden kann, ist zumindest eine Einteilung je nachdem möglich, ob der Schwerpunkt der Entscheidungsgründe auf dem Bestehen einer nicht ausgeübten Unionskompetenz oder auf mitgliedstaatlichem Handeln in Bereichen allgemein einschlägiger unionsrechtlicher Bestimmungen erfolgt.

### 1. Bestehen einer nicht ausgeübten Unionskompetenz

Zugrunde liegen dürfte auch bei dieser Konstellation der Grundsatz, dass jedenfalls keine Bindung vorliegen kann, soweit die Mitgliedstaaten innerhalb rein nationaler Kompetenzen handeln.<sup>626</sup> Zwar gibt es Stimmen, die vor allem aus Gründen der Vorhersehbarkeit unter anderem eine Bindung an die Unionsgrundrechte umfassend für jene Bereiche fordern, in denen Unionskompetenzen existieren, unabhängig von ihrer Ausübung.<sup>627</sup> Als ein mögliches Argument kann man sich etwa in Anbetracht des umfassenden Rechtekatalogs der Grundrechtecharta die Frage stellen, warum die Union derart viele Rechte in verschiedenen Schutzdimensionen garantieren sollte, wenngleich sie aufgrund ihrer beschränkten Kompetenzen wohl manche davon kaum je verletzen kann.<sup>628</sup> Jedoch kann diese Erwägung nicht zur Ausdehnung des Kompetenzbereichs der Union führen bzw. führt sie auch nicht zur Schaffung einer allgemeinen Kompetenz der Union in Grundrechtsfragen.<sup>629</sup> Gegenstimmen sprechen sich daher – auch vor dem Hintergrund des hier festgestellten, weitgehend kohärenten Vorgehens des EuGH durchaus überzeugend – gegen eine derartige Ausweitung der Grundrechtsbindung aus, da es nicht genüge, dass eine Unionskompetenz bestehe; sie müsse

626 Goldsmith, Common Market Law Review 2001, 1201 (1205); vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen, EuGH, Rs. C-400/10 PPU (McB), EU:C:2010:544, Rn. 56-57.

627 Vgl. bereits zur entsprechenden Rechtsansicht von Generalanwältin Sharpston Kapitel 5 Abschnitt C.V.6.

628 Mangas Martin, Artículo 51, in: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Comentario Artículo por Artículo, 822.

629 Ibid., 823-824.

auch ausgeübt werden.<sup>630</sup> Eine begrenzte Bindung an das Unionsrecht muss lediglich bejaht werden, wenn Mitgliedstaaten in einem solchen Bereich nicht ausgeübt der Unionskompetenz aufgrund von Artikel 4 Abs. 3 EUV zumindest nicht Maßnahmen treffen, die das Erreichen eines Ziels der Union vereiteln.<sup>631</sup> Dabei ist jedoch wohl nur insoweit eine Bindung an die Unionsgrundrechte anzunehmen, als diese einen inhärenten Bestandteil eines solchen Ziels der Union darstellen. Zusammenfassend dehnt sich unzweifelhaft der Anwendungsbereich der Grundrechte mit der Erweiterung der Unionskompetenzen aus.<sup>632</sup> In der Rechtsprechung hingegen gibt es klare Anhaltspunkte dafür, dass ungeachtet dessen das bloße Bestehen einer Kompetenz der Union nicht ausreicht, um eine Grundrechtsbindung herbeizuführen.

So hielt der EuGH fest, dass etwa die reine Existenz unionsrechtlicher Regelungen in einem Bereich wie beispielsweise dem Arbeitsrecht nicht ausreicht, den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte zu eröffnen. Ein Sachverhalt, der nicht in den Bereich besagter Regelungen fällt, ist mangels eines Bezugs zum Unionsrecht rein nach nationalem Recht zu beurteilen.<sup>633</sup>

Auch in *Maurin* stellten sowohl der Generalanwalt als auch der Gerichtshof auf die konkret ausgeübte Kompetenz und nicht deren potenzielle Reichweite ab. Da die Harmonisierung im Bereich von Lebensmitteln hier nur Ettiketierungsvorschriften betraf, konnten nationale Strafvorschriften nur soweit in den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte fallen, als sie einen Verstoß gegen derartige Vorschriften unter Strafe stellten.<sup>634</sup> Hingegen war noch keine Harmonisierung im Bereich des Verkaufs abgelaufener Lebensmittel erfolgt, die entsprechende Strafvorschriften in den Anwendungsbereich des Unionsrechts bringen und die Zuständigkeit des Gerichtshofes bzw. die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte bewirken hätte können.<sup>635</sup>

Ebenso fällt die Überwachung der Einhaltung nationaler Vorschriften über Zusatzstoffe und Stoffe mit Ernährungszweck nicht in den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte, wenn die entsprechende Richtlinie nur allgemein einer wirksamen Überwachung der für eine besondere Ernährung bestimmten Lebensmittel dienen soll, jedoch nicht selbst die Anforderungen an die Zusammenset-

630 *Ladenburger*, Artikel 51, in: Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Rn. 28; *Streinz/Michl*, Artikel 51, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 15; *Jarass*, Charta, Artikel 51, Rn. 25.

631 Siehe zum insoweit über den Bereich der ausgeübten Unionskompetenzen hinausragenden Anwendungsbereich des Unionsrechts *Neframi*, Principle of Conferral, in: Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe, 85.

632 *Mangas Martin*, Artículo 51, in: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Comentario Artículo por Artículo, 820.

633 EuGH, Rs. C-361/07 (Polier), EU:C:2008:16, Rn. 11 und 14.

634 Schlussanträge des Generalanwalts La Pergola, EuGH, Rs. C-144/95 (Maurin), EU:C:1996:165, Rn. 4.

635 EuGH, Rs. C-144/95 (Maurin), EU:C:1996:235, Rn. 11-12.

zung von Lebensmitteln oder die bei der Herstellung zulässigen Zusatzstoffe und Stoffe mit Ernährungszweck festlegt.<sup>636</sup>

Auch bei völkerrechtlichen Verträgen der Union lässt sich feststellen, dass als Maßstab für den EuGH, um die eigene Auslegungszuständigkeit und zugleich die mitgliedstaatliche Bindung an die Unionsgrundrechte zu bestimmen, das Ausmaß der Ausübung unionsrechtlicher Kompetenzen und nicht deren reine Existenz maßgeblich ist. In *Pringle* befand der Gerichtshof daher, dass die Grundrechtecharta nicht anwendbar sei, wenn Mitgliedstaaten beim Abschluss des Vertrags zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus nicht innerhalb der Kompetenzen handelten, die der Union verliehen wurden, d.h. bereits von vorneherein kein Unionsrecht durchführen könnten.<sup>637</sup> Zugleich können die Unionsinstitutionen hingegen an die Unionsgrundrechte gebunden sein, wenn sie in derartigen Konstellationen involviert sind, unabhängig davon, ob die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen.<sup>638</sup>

In weiteren Fällen beantwortete der EuGH die Frage der Grundrechtsbindung zugleich mit jener seiner eigenen Zuständigkeit, obwohl grundsätzlich weiterhin zwischen diesen beiden Fragen zu differenzieren ist.<sup>639</sup> Da der EuGH jedoch klar auf die Ausübung von Kompetenzen abstellt, ist sein Vorgehen überzeugend. Grundsätzlich hielt er so fest, dass bei völkerrechtlichen Verträgen bereits nur eine Auslegungskompetenz des Gerichtshofes bestehe, wenn ein Vertrag durch die Union abgeschlossen und somit integrierender Bestandteil der Rechtsordnung der Union wurde oder soweit die Union die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten übernommen habe und der Vertrag somit für die Union bindend geworden sei.<sup>640</sup> Eine Zuständigkeit des EuGH scheidet hingegen aus, wenn völkerrechtliche Vertragsbestimmungen zwischen Mitgliedstaaten Bindungen „außerhalb des unionsrechtlichen Bereichs“ schaffen.<sup>641</sup> Ein solches Handeln außerhalb der ausgeübten Kompetenzen der Union bedeutet darüber hinaus auch, dass die Unionsgrundrechte nicht anwendbar sind.<sup>642</sup>

In einer weiteren Entscheidung ging der EuGH ähnlich parallel vor. Im Rahmen der Errichtung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems wurden nur bestimmte Zuständigkeiten unionsrechtlich geregelt. Die Frage von Strafen für eine unerlaubte Einreise nach Artikel 31 der Genfer Flüchtlingskonvention<sup>643</sup> verblieb

636 EuGH, Rs. C-107/97 (Arkopharma), EU:C:2000:253, Rn. 68-69.

637 EuGH, Rs. C-370/12 (Pringle), EU:C:2012:756, Rn. 180. Vgl. Auch hierzu näher *Ward*, Article 51, in: The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary, Rn. 90. Skeptisch hingegen wegen der Involvierung von EU-Institutionen *Chalmers/Trotter*, European Law Journal 2016, 9 (43 f.).

638 EuGH, Rs. C-8/15 P bis C-10/15 P (Ledra Advertising/Kommission und EZB), EU:C:2016:701, Rn. 67.

639 Siehe die Einleitung zu Abschnitt D.

640 EuGH, Rs. C-533/08 (TNT Express Nederland ), EU:C:2010:243, Rn. 60-62 m.w.N.

641 EuGH, Rs. C-117/14 (Nistahuz Pooclava), EU:C:2015:60, Rn. 43.

642 Rn. 44.

643 Abkommen über die Rechtstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, UNTS Vol. 189, 150 ff.

hingegen im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten. Der EuGH befand, dass die Mitgliedstaaten somit sowohl nicht der Auslegungszuständigkeit des EuGH unterworfen als auch nicht an die Unionsgrundrechte gebunden seien.<sup>644</sup> Weder die Betonung in Artikel 78 AEUV, dass die Asylpolitik im Einklang mit der Flüchtlingskonvention stehen muss, noch der Verweis in Artikel 18 Grundrechtecharta zum Recht auf Asyl auf die Flüchtlingskonvention ändere daran etwas.<sup>645</sup> Ein Unionsinteresse an einer künftigen einheitlichen Auslegung könnte für den EuGH allenfalls dann bestehen, wenn Bestimmungen internationaler Übereinkünfte in das nationale Recht und das Unionsrecht übernommen würden, was jedoch im vorliegenden Fall bezüglich Artikel 31 der Konvention nicht der Fall sei.<sup>646</sup> Zwar sei bei solchen Verweisen auf die Konvention im Unionsrecht die Zuständigkeit des Gerichtshofes für die Auslegung gegeben, jedoch sei im vorliegenden Fall Artikel 14 Abs. 6 der Richtlinie 2004/38/EG,<sup>647</sup> der sich auf Artikel 31 bezieht, ebensowenig vom vorliegenden Gericht genannt worden wie eine andere unionsrechtliche Vorschrift.<sup>648</sup>

## 2. Mitgliedstaatliches Handeln in Bereichen allgemein einschlägiger unionsrechtlicher Bestimmungen

Bei einer weiteren Gruppe von Entscheiden stützt sich der EuGH primär auf das Bestehen zwar grundsätzlich thematisch relevanter, aber nicht mit tatsächlichen rechtlichen Auswirkungen verbundener Unionsrechtsbestimmungen. Dabei wird der EuGH typischerweise mit Argumenten konfrontiert, in denen eine allgemeine Anwendbarkeit einer Unionsvorschrift vorgebracht wird, um die Bindung der Mitgliedstaaten, die in demselben Bereich handeln, an die Unionsgrundrechte zu begründen.<sup>649</sup>

So genügen beispielsweise Artikel 151 AEUV, der die Ziele der Union im Bereich der Sozialpolitik enthält, und Artikel 153 Abs. 2 AEUV, der die Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers in diesem Bereich regelt, als solche nicht, um den Anwendungsbereich des Unionsrechts und der Unionsgrundrechte für nationale Vorschriften über die Probefrist bei unbefristeten Arbeitsverträgen in Ermange-

<sup>644</sup> EuGH, Rs. C-481/13 (Qurbani), EU:C:2014:2101, Rn. 24.

<sup>645</sup> Rn. 25.

<sup>646</sup> Rn. 26.

<sup>647</sup> ABl. 2004 L 158, 77 ff.

<sup>648</sup> Rn. 28.

<sup>649</sup> Vgl. etwa bereits früh hierzu Schlussanträge des Generalanwalts Darmon, EuGH, Rs. C-337/91 (Van Gemert-Derks), EU:C:1993:123, Rn. 18-19. Der Generalanwalt argumentierte hier, dass die Verankerung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Geschlechter im Primärrecht für sich genommen nicht genüge, um die Prüfungsbefugnis des EuGH anhand der Unionsgrundrechte für eine mitgliedstaatliche Regelung zu eröffnen, die unterschiedliche, womöglich diskriminierende Leistungen für Hinterbliebene vorsah, da besagte Leistungen ausdrücklich vom Anwendungsbereich des entsprechenden Sekundärrechts ausgenommen waren.

lung anderer unionsrechtlicher Regelungen zu eröffnen. Weder schaffen diese Bestimmungen besondere Verpflichtungen<sup>650</sup> noch genügt es, dass der Schutz der Arbeitnehmer bei der Beendigung des Arbeitsvertrages abstrakt betrachtet ein geeignetes Mittel zur Erreichung der unionsrechtlichen Ziele in diesem Bereich ist.<sup>651</sup>

In die entgegengesetzte Richtung gehen jedoch manche Meinungen bei der Beurteilung der Entscheidung des Gerichtshofes in *Karner*. Wie der Generalanwalt<sup>652</sup> stufte auch der Gerichtshof die vorliegende mitgliedstaatliche Maßnahme als Verkaufsmodalität ein, die nicht unter das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung von Artikel 34 AEUV falle.<sup>653</sup> Jedoch fiel für ihn die Regelung dennoch in den „Anwendungsbereich“ des Unionsrechts und war anhand der Unionsgrundrechte zu prüfen.<sup>654</sup> Anhand des Falles wurde vorgeschlagen, dass es eine eigene Kategorie von Fällen der Bindung von Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte gebe, wenn eine spezifische materielle Vorschrift des Unionsrechts auf den Sachverhalt anwendbar sei.<sup>655</sup> Im Fall hingegen deutet mehr darauf hin, dass nicht allein die Existenz einer einschlägigen Richtlinie, sondern vor allem die Einstufung der staatlichen Massnahme als Grundfreiheitsbeschränkung, wenngleich nur als Verkaufsmodalität, für den Gerichtshof den Ausschlag gab.<sup>656</sup> Die Begründung des Gerichtshofes ist allerdings knapp und lässt keine endgültigen Schlussfolgerungen zu. Überdies befand der EuGH in *Pelckmans Turnhout*, dass die Grundrechtecharta nicht auf eine Maßnahme zur Anwendung kommen könne, die als Verkaufsmodalität nicht unter Artikel 34 AEUV bzw. nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts falle.<sup>657</sup> Somit kann der Entscheidung in *Karner* wohl keine dem entgegenstehende Bedeutung mehr zugemessen werden und gelten die Unionsgrundrechte in neuerer Rechtsprechung nicht für mitgliedstaatliche Maßnahmen, die als Verkaufsmodalitäten einzustufen sind.<sup>658</sup>

In einer Reihe von Entscheiden wurde Artikel 19 AEUV als Argument vorgebracht, um den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte zu eröffnen. Die alleinige Existenz des Artikel 19 AEUV genügt jedoch für den Gerichtshof nicht, um nationale Maßnahmen, die nicht in den Rahmen der auf der Grundlage die-

650 EuGH, Rs. C-117/14 (Nistahuz Poclava), EU:C:2015:60, Rn. 40.

651 Rn. 41.

652 Schlussanträge des Generalanwalts Alber, EuGH, Rs. C-71/02 (Karner), EU:C:2003:208, Rn. 66. Der Generalanwalt schlug daher nur eine Prüfung anhand der Unionsgrundrechte vor, wenn angenommen würde, es handle sich um eine grundfreiheitsbeschränkende Maßnahme (Rn. 74).

653 EuGH, Rs. C-71/02 (Karner), EU:C:2004:181, Rn. 43.

654 Rn. 49.

655 Skeptisch *Groussot/Pech/Petursson*, Eric Stein Working Paper 2011, 1 (14).

656 Ibid. (14).

657 EuGH, Rs. C-483/12 (Pelckmans Turnhout), EU:C:2014:304, Rn. 26.

658 *Snell*, European Public Law 2015, 285 (297f.), der zugleich kritisiert, dass der Gerichtshof nicht ausdrücklich auf *Karner* Bezug nimmt.

ses Artikels erlassenen unionsrechtlichen Maßnahmen fallen, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts zu bringen. Es bedarf mehr, als dass die nationale Maßnahme in einen Bereich fällt, in dem die Union über Zuständigkeiten verfügt.<sup>659</sup> Auch in *Bartsch* urteilte der EuGH, dass die Ermächtigungsnorm des Artikel 19 AEUV eine potenzielle Diskriminierung aus Gründen des Alters nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts bringen könne, wenn diese sich vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG ereignet habe und daher nicht in den Rahmen des erlassenen Sekundärrechts falle.<sup>660</sup>

Ähnlich entschied der EuGH bezüglich anderer Kompetenzgrundlagen. Artikel 168 AEUV schaffe zwar eine Kompetenzgrundlage für ein Handeln der Union im Bereich der Gesundheitspolitik, genüge jedoch an sich noch nicht, um beispielsweise Verpflichtungen im Bereich der Impfung von Minderjährigen für die Mitgliedstaaten und somit die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte zu begründen.<sup>661</sup> Im Lichte dieser Rechtsprechung überzeugt auch, dass argumentiert wird, Artikel 101 und 102 sowie 106 AEUV führen nicht dazu, jegliches mitgliedstaatliche Handeln in Bezug auf öffentliche Unternehmen zu erfassen.<sup>662</sup>

Dasselbe gilt für programmatische Bestimmungen des Unionsrechts. In *Demirel* lehnte der EuGH eine Bindung der Mitgliedstaaten an Unionsrecht ab, sofern die entsprechende Bestimmung des Unionsrechts nicht ausreichend bestimmt war und daher die mitgliedstaatlichen Regelungen nicht zu deren „Durchführung“ erlassen wurden.<sup>663</sup> Im Fall handelte es sich um die Frage, ob sich aus den zu jener Zeit geltenden Bestimmungen des Assoziierungsrechts zwischen der Union und der Türkei ein Verbot neuer Beschränkungen für die Familienzusammenführung herleiten lasse. Da Artikel 7 des Assoziierungsabkommens zwischen der EU und der Türkei<sup>664</sup> nur „ganz allgemein“ vorsah, dass die Parteien alle geeigneten Maßnahmen zur Erreichung der Vertragsziele ergreifen bzw. Maßnahmen, die die Ziele gefährden, unterlassen, und somit auch Einzelnen nicht unmittelbar Rechte einräumen könne, beinhaltete er auch kein Verbot der Einführung neuer Beschränkungen.<sup>665</sup>

Während unmittelbare Wirkung bzw. die Einräumung von Rechten an Einzelne somit wohl nicht als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte einzustufen ist, gibt sie doch Aufschluss über den Grad an Determinierung mitgliedstaatlichen Handelns im betroffenen Bereich. Wo Bestimmungen als rein programmatisch eingestuft werden, kann somit davon ausgegangen werden, dass

659 EuGH, Rs. C-198/13 (Hernández), EU:C:2014:2055, Rn. 36.

660 EuGH, Rs. C-427/06 (Bartsch), Slg. 2008, I-7245, Rn. 18.

661 EuGH, Rs. C-459/13 (Široká), EU:C:2014:2120, Rn. 19.

662 *Ladenburger*, Artikel 51, in: Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charter, Rn. 48.

663 EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), EU:C:1987:400, Rn. 28.

664 ABl. 1964 L 217, 3687ff.

665 EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), EU:C:1987:400, Rn. 24.

die unionsrechtliche Regelungsdichte nicht ausreicht, um eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte zu begründen.

### VIII. Soft Law

Soft Law tritt im Unionsrecht in unterschiedlichen Formen wie etwa Grün- und Weißbüchern, Entschlüsseungen des Rates oder Leitlinien auf.<sup>666</sup> Bereits im Vertrag weist jedoch Artikel 288 Abs. 5 AEUV anhand von Empfehlungen und Stellungnahmen als Rechtsakten darauf hin, dass Soft Law „nicht verbindlich“ ist.<sup>667</sup> Untersucht werden muss nunmehr, ob unionsrechtliches Soft Law dennoch das Handeln der Mitgliedstaaten determinieren und womöglich eine Bindung an die Unionsgrundrechte auslösen kann. Generell wird in der Lehre beim Thema Soft Law, sogar wenn zugleich die Grundrechtsthematik angesprochen ist, kaum auf das Thema einer möglichen Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte aufgrund von einschlägigem unionsrechtlichem Soft Law eingegangen.<sup>668</sup> Hingegen ist eine solche zumindest grundsätzlich zu prüfen, da dem Soft Law eben nicht jegliche Rechtswirkungen abgesprochen werden können.

Zwar entschied der Gerichtshof, dass derartige Maßnahmen keine bindende Wirkung entfalten „sollen“ und auch keine Rechte begründen können, die Einzelne vor nationalen Gerichten durchsetzen können.<sup>669</sup> Jedoch sind sie rechtlich nicht völlig unbedeutlich. Innerstaatliche Gerichte seien so verpflichtet, bei der Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit Empfehlungen zu „berücksichtigen“, insbesondere dann, wenn diese Aufschluss geben über die Auslegung von zu ihrer Durchführung erlassenen innerstaatlichen Normen oder wenn sie unionsrechtliche Vorschriften ergänzen sollen.<sup>670</sup>

In ähnlicher Form kann Soft Law daher auch eine indirekte Wirkung auf die unionsrechtliche Determinierung von nationalem Recht zugeordnet werden. Zwar vermag Soft Law als solches keine Bindung an Unionsrecht herbeizuführen. Bereits aus der *Fransson*-Entscheidung lässt sich in Anlehnung an vorherige Rechtsprechung erkennen, dass der Gerichtshof eine Verpflichtung verlangt, die das Unionsrecht den Mitgliedstaaten auferlegt;<sup>671</sup> an die Mitgliedstaaten gerichte-

666 Siehe für einen Überblick *Schwarze*, Soft Law, in: Das soft law der europäischen Organisationen, 234 ff.

667 Dies gilt auch für Soft Law im Bereich der Grundrechte, das deren Wirkung stärken könnte, vgl. zur entsprechenden Diskussion bezüglich Soft Law im Bereich der Gleichheitsrechte *Knauff*, Soft Law, 481 ff.

668 Vgl. etwa *Sarmiento*, European Soft Law, in: Das soft law der europäischen Organisationen, 280 ff.; *Rosas*, Soft Law, in: Das soft law der europäischen Organisationen, 313 ff.

669 EuGH, Rs. 322/88 (Grimaldi), EU:C:1989:646, Rn. 16; EuGH, Verb. Rs. C-317/08, C-318/08, C-319/08 und C-320/08 (Allassini), EU:C:2010:146, Rn. 40.

670 EuGH, Rs. 322/88 (Grimaldi), EU:C:1989:646, Rn. 18; EuGH, Verb. Rs. C-317/08, C-318/08, C-319/08 und C-320/08 (Allassini), EU:C:2010:146, Rn. 40.

671 EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), EU:C:2013:105, Rn. 28.

te Empfehlungen reichen nicht aus, um in deren Anwendungsbereich ergangene nationale Regelungen den Unionsgrundrechten zu unterstellen.<sup>672</sup> Auch in der Folgerechtsprechung stellt der Gerichtshof deutlich fest, die Unionsgrundrechte seien grundsätzlich nur in einem Sachbereich anwendbar, in dem das Unionsrecht auch Verpflichtungen schaffe.<sup>673</sup>

Gemäß der vorgenannten Rechtsprechung des Gerichtshofes kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass Soft Law im Unionsrecht überhaupt keine Wirkung zukommt. Die mögliche Wirkung ist dahingehend als beschränkt zu verstehen, dass es – typischerweise – bei der Auslegung verbindlicher Normen zu berücksichtigen ist. Aus dieser Wirkungsweise lässt sich der Schluss ziehen, dass in der Tat Soft Law nicht als solches den Anwendungsbereich des Unionsrechts bzw. der Unionsgrundrechte für mitgliedstaatliches Handeln begründen kann. Jedoch kommt ihm insofern rechtlich relevante Wirkung zu, als es zur Inhaltsfindung unionsrechtlicher Normen beitragen kann.<sup>674</sup> Dies wiederum klärt die Determinierung nationalen Rechts<sup>675</sup> durch das Unionsrecht und somit die Reichweite der Unionsgrundrechte, ohne dass diese jedoch durch Soft Law alleine verändert werden kann.

## IX. Mitgliedstaatliches Handeln in vom Unionsrecht nicht erfassten Regelungskonstellationen

Gewisse Bereiche sind ausdrücklich durch das Unionsrecht oder aufgrund seiner Struktur von einer Anwendung von Unionsrecht und somit auch von jener der Unionsgrundrechte ausgenommen. Angesprochen wurden in diesem Zusammenhang bereits jene Fälle, in denen das Unionsrecht nicht Ermessensspielräume, sondern Bereichsausnahmen schafft,<sup>676</sup> und Verweise auf nationales Recht im Unionsrecht, die bestimmte Vorfragen der Regelung durch nationales Recht ohne Bindung an die Unionsgrundrechte überlassen.<sup>677</sup> Einige weitere Fallkonstellationen lassen sich hier aufzählen.

Da sich so etwa Inländergleichbehandlung außerhalb der Reichweite des Unionsrechts findet, ist ein Mitgliedstaat, der bei der Beseitigung einer Grundfreiheitseinschränkung Inländergleichbehandlung herstellt, insoweit ebenfalls nicht

672 Stotz, Beachtung der Grundrechte, in: Festschrift für Manfred A. Dauses zum 70. Geburtstag, 424.

673 EuGH, Rs. C-206/13 (Siragusa), EU:C:2014:126, Rn. 26.

674 Vgl. hier instruktiv, wenngleich wohl im Ergebnis zu weitreichend *Senden*, Soft Law, 355 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung zum Beispiel des konkreten Inhalts des Loyalitätsgebotes in einer bestimmten Situation, der durch Soft Law näher definiert werden kann.

675 Nicht relevant ist hier die – in der Lehre häufig diskutierte – Frage der Selbstbindung der ohnedies an die Unionsgrundrechte gebundenen Kommission durch Soft Law, vgl. hierzu etwa Schwarze, Soft Law, in: Das soft law der europäischen Organisationen, 240.

676 Siehe Abschnitt D.II.1.

677 Siehe Abschnitt D.VI.

an die Unionsgrundrechte gebunden.<sup>678</sup> Ebenso fehlt ein ausreichender Bezug zum Unionsrecht, der selbiges mitsamt der Unionsgrundrechte anwendbar werden ließe, wenn die Behandlung der Familienangehörigen inländischer Staatsbürger ausschließlich in den Regelungsbereich des nationalen Rechts fällt, da sie nicht Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind und ihnen somit nicht Rechte der sozialen Sicherheit auf der Grundlage des Unionsrechts zustehen.<sup>679</sup>

Einen etwas anders gelagerten Fall stellen bestimmte Vorbehalte zugunsten mitgliedstaatlicher Regelungsautonomie dar. Dabei ist anhand des Einzelfalls zu untersuchen, inwieweit bestehendes Unionsrecht in seiner Anwendung ausgeschlossen wird bzw. damit auch die Unionsgrundrechte. In *Annibaldi* untersuchte so etwa der Generalanwalt Artikel 345 AEUV, der die Regelung der Eigentumsordnung aus Gründen des Allgemeininteresses grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlasse. Diese sei somit eine interne Angelegenheit der Mitgliedstaaten, „so weit [Regelungen] nicht in den Anwendungsbereich des [Unions]rechts fallen, weil bei ihrer Anwendung auslandsbezogene Elemente eine Rolle spielen [...] oder weil sie besonderer, nicht eigentumsrechtlicher Natur sind“. Wenn eine Vorlagefrage daher das Eigentumsrecht betreffe, habe der EuGH besagte Frage nicht nur im Hinblick auf Artikel 345 AEUV zu beantworten, sondern auch zu untersuchen, ob die Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechtes falle.<sup>680</sup> Eine reine Beeinträchtigung des Klägers in seinem Eigentumsrecht sei hierfür nicht ausreichend.<sup>681</sup> Die Regelung weise keine Anhaltspunkte dafür auf, dass ihr Erlass „auf eine Vorschrift des [Unions]rechts gestützt wurde oder dass sie die Einhaltung der Vorschriften des [Unions]rechts gewährleisten soll“. Darüber hinaus weise die Lage des italienischen Klägers auch kein auslandsbezogenes Element auf.<sup>682</sup> Somit sei der Gerichtshof nicht zuständig zur Beantwortung der gestellten Frage.

Als genereller Grundsatz ergibt sich hier, dass der EuGH die reine Beeinträchtigung eines Unionsgrundrechtes nicht als Grundlage für die Anwendbarkeit des Unionsrechts und der Unionsgrundrechte akzeptiert, sondern die Einschlägigkeit einer weiteren unionsrechtlichen Norm verlangt.

678 *Jarass*, *Charta*, Artikel 51, Rn. 24.

679 Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven, EuGH, Rs. C-206/91 (Poirrez), EU:C:1992:403, Rn. 13, der allerdings wohl etwas zu vorsichtig formuliert, die entsprechende mitgliedstaatliche Regelung falle „nicht ganz“ in den Rahmen des Unionsrechts.

680 Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas, EuGH, Rs. C-309/96 (Annibaldi), EU:C:1997:631, Rn. 21.

681 Rn. 22.

682 Rn. 23.

## X. Nicht an die Mitgliedstaaten gerichtete Chartagrundrechte

Als besonders niedrige Form der unionsrechtlichen Determinierung mitgliedstaatlichen Handelns und zugleich der Vollständigkeit halber ist zuletzt der Fall von Chartagrundrechten zu erörtern, die sich nicht an die Mitgliedstaaten richten. Es sind dies jene Grundrechte, die ausdrücklich nur die Union und nicht die Mitgliedstaaten binden.<sup>683</sup> Es handelt sich dabei dogmatisch betrachtet um eine Ausnahme von der Grundregel der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte nach Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta.<sup>684</sup> Während sich hier auf den ersten Blick keine Schwierigkeiten bezüglich der Anwendbarkeit derartiger Unionsgrundrechte auf die Mitgliedstaaten zu ergeben scheinen, bedarf die diesbezüglich nicht immer ausreichend klare Rechtsprechung des EuGH einer näheren Untersuchung. Insbesondere ist klar zu unterscheiden, wann sich Chartagrundrechte tatsächlich ausschließlich an die Union richten, und wann sich bei bestimmten Rechten dennoch eine Bindung der Mitgliedstaaten bei Umsetzungsakten eines solchen Rechtes ergeben kann.

Die Entscheidung in *Kamberaj* zeigt diesen zweiten Fall. So entschied der Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Maßnahmen der sozialen Sicherheit im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2003/109<sup>685</sup> als Teil der Unions- bzw. Chartagrundrechte auch Artikel 34 Grundrechtecharta zu beachten hätten.<sup>686</sup> Zwar halten Artikel 34 Abs. 1 und 3 Grundrechtecharta fest, dass „die Union“ das Recht auf Zugang zu Leistungen der sozialen Sicherheit und zu sozialen Diensten bzw. auf soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung „anerkennt und achtet“. Jedoch betont die Bestimmung zugleich in Abs. 1, 2 und 3, dass die entsprechenden Ansprüche nach Maßgabe des Unionsrechts, aber auch entsprechend den „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ bestehen. Wohl auf dieser Grundlage sind für den Gerichtshof die Union und „damit [auch] die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union“ zur Achtung des entsprechenden Rechts verpflichtet.<sup>687</sup> Dies lässt den Schluss zu, dass Rechte aus der Grundrechtecharta nicht leichthin als nur für die Union anwendbar und als Ausnahme von Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta zu verstehen sind. Viel mehr bleiben Grundrechte wie jenes des Artikel 34 Grundrechtecharta nach den maßgeblichen Grundsätzen, ins-

<sup>683</sup> Siehe für einen Überblick *Gerkrath*, Charta, in: Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa, 11.

<sup>684</sup> *Schorkopf*, Grundrechtsverpflichtete, in: Europäischer Grundrechtsschutz, Rn. 28. Vgl. auch etwa zum Artikel 41 Abs. 4 Grundrechtecharta, wonach nur die „Organe“ der Union Anliegen in der jeweiligen Sprache bearbeiten müssen, *Holoubek/Lechner/Oswald*, Art. 51, in: Grundrechtecharta-Kommentar, Rn. 11.

<sup>685</sup> ABl. 2003 L 16, 44 ff.

<sup>686</sup> EuGH, Rs. C-571/10 (Kamberaj), EU:C:2012:233, Rn. 79-80.

<sup>687</sup> Rn. 80.

besondere gestützt auf die unionsrechtliche Determinierung im Einzelfall, auch für Mitgliedstaaten anwendbar, wenn die Union im Rahmen ihrer Kompetenzen Maßnahmen setzen kann.

Der Fall eines ausschließlich auf die Union anwendbaren Chartagrundrechts präsentiert sich hingegen am Beispiel des Rechts auf eine gute Verwaltung in Artikel 41 Grundrechtecharta. Trotz anfänglicher etwas unklarer Rechtsprechung und damit verbundener Auffassungsunterschiede unter den Generalanwälten hat der EuGH letztlich eine überzeugende Lösung herbeigeführt.

In *Cicala* entschied der EuGH bereits in einer Nebenbemerkung, dass Artikel 41 Abs. 2 lit. c Grundrechtecharta zur Begründungspflicht für Verwaltungsentcheidungen sich seinem Wortlaut nach nicht an die Mitgliedstaaten, sondern ausschließlich an Organe und Einrichtungen der Union richte.<sup>688</sup> Missverständlich äußerte sich der Gerichtshof hingegen in der Folge in *M.* Einleitend hielt er fest, die Wahrung der Verteidigungsrechte sei ein tragender Grundsatz des Unionsrechtes und heute unter anderem auch als Recht auf eine gute Verwaltung in Artikel 41 Grundrechtecharta verankert.<sup>689</sup> In der Folge bezeichnete er das Recht auf gute Verwaltung des Artikel 41 Grundrechtecharta als aufgrund des Wortlautes „allgemein anwendbar“,<sup>690</sup> ohne klarzustellen, dass er sich dabei auf den materiellen Inhalt bezogen haben dürfte und nicht auf den Adressatenkreis. Er fuhr fort, dass „[d]emgemäß“ ein Recht auf Anhörung in allen Verfahren, die zu einer beschwerenden Entscheidung führen könnten, gelten müsse.<sup>691</sup> Zwar scheint so denkbar, dass der EuGH hier den Kreis der durch Artikel 41 Grundrechtecharta Verpflichteten näher erörtert. Faktisch hingegen klären die folgenden Ausführungen lediglich den materiellen Gehalt des Rechts auf Anhörung und stellen schließlich – ohne sich etwa zum diesbezüglich problematischen Wortlaut des Artikel 41 Abs. 1 Grundrechtecharta zu äußern – die Anwendbarkeit des Rechtes gegenüber nationalen Behörden im auf der Grundlage der Bestimmungen des gemeinsamen europäischen Asylsystems durchgeführten Verfahren fest.<sup>692</sup> Der Gerichtshof geht hier also beim Recht auf Anhörung vom entsprechenden Rechtsgrundatzgrundrecht aus.<sup>693</sup>

In der Folge wurden unterschiedliche Lesarten der Entscheidung des Gerichtshofes vertreten. Auf der Grundlage, dass die Rechtsprechung im Allgemeinen be-

688 EuGH, Rs. C-482/10 (*Cicala*), EU:C:2011:868, Rn. 28.

689 EuGH, Rs. C-277/11 (*M.*), EU:C:2012:744, Rn. 81-82.

690 Rn. 84.

691 Rn. 85.

692 Rn. 89.

693 Bereits der Generalanwalt befand, dass das Recht auf rechtliches Gehör nicht nur als Chartagrundrecht des Artikel 41 Grundrechtecharta gegenüber Unionsinstitutionen, sondern auch als allgemeiner Rechtsgrundatz gegenüber den Behörden der Mitgliedstaaten Anwendung finden müsse, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts Entscheidungen fällten, unabhängig davon, ob in den einschlägigen Rechtsvorschriften ausdrücklich dies sicherstellende Verfahrensvorschriften enthalten seien, Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-277/11 (*M.*), EU:C:2012:253, Rn. 32.

tont habe, dass Betroffene stets die Möglichkeit haben müssten, ihre Verteidigungsrechte nicht nur durch die nationalen Behörden beachtet zu wissen, sondern diese auch unmittelbar geltend machen zu können, schloss der Generalanwalt in *G. und R.*, dass Artikel 41 Grundrechtecharta „offensichtlich“ auf die zuständigen nationalen Behörden Anwendung finden müsse, wenn diese die Rückführungsrichtlinie umsetzten.<sup>694</sup> Andere befanden, allein der Wortlaut einer Chartabestimmung wie jener von Artikel 41 Grundrechtecharta könne nicht eine Ausnahme für ein Grundrecht vom allgemeinen Anwendungsbereich der Grundrechte schaffen, wie er in Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta definiert werde.<sup>695</sup> Für Generalanwältin *Sharpston* hingegen war in *Y.S.* Artikel 41 Grundrechtecharta nicht auf mitgliedstaatliche Behörden anwendbar. Artikel 41 Abs. 2 Grundrechtecharta, der den Umfang des Rechtes auf gute Verwaltung näher definiert, verweise nämlich indirekt auf das Recht, wie es in Abs. 1 derselben Bestimmung ausgedrückt wird, in dem wiederum nur Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union als Adressaten aufgeführt sind.<sup>696</sup> In der Rechtsache *M.* hingegen habe der EuGH lediglich auf den materiellen Inhalt des Rechts auf rechtliches Gehör und die dadurch Berechtigten abgestellt bzw. dessen langjährige Verankerung im Unionsrecht betont, ohne dass die Aussage zu Artikel 41 Abs. 2 Grundrechtecharta und dessen allgemeiner Anwendbarkeit als eine Erweiterung des Adressatenkreises zu lesen sei.<sup>697</sup>

Auch in der Entscheidung in *H.N.* blieb jedoch die Stellungnahme des Gerichtshofes mehrdeutig. Er hielt fest, dass das in Artikel 41 Grundrechtecharta niedergelegte Recht auf eine gute Verwaltung einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts widerspiegle,<sup>698</sup> bevor er die mitgliedstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen einer Richtlinie am Maßstab dieses Grundrechts prüfte. Während der EuGH wohl am wahrscheinlichsten das Rechtsgrundsatzgrundrecht auf gute Verwaltung anwendete, bedeutete dies für manche, dass Artikel 41 Grundrechtecharta auch auf Mitgliedstaaten anwendbar sei, wenn diese Unionsrecht durchführen.<sup>699</sup>

<sup>694</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Watheler, EuGH, Rs. C-383/13 PPU (*G. und R.*), EU:C:2013:553, Rn. 52.

<sup>695</sup> Siehe m.w.N. Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-161/15 (Bensada Benallal), EU:C:2016:3, Rn. 32; siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-560/14 (*M.*), EU:C:2016:320, Rn. 27.

<sup>696</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston, EuGH, Verb. Rs. C-141/12 und C-372/12 (*Y.S.*), EU:C:2013:838, Rn. 89.

<sup>697</sup> Rn. 90. Vgl. implizit auch Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston, EuGH, Rs. C-141/15 (Doux), EU:C:2016:676, Rn. 81.

<sup>698</sup> EuGH, Rs. C-604/12 (*H.N.*), EU:C:2014:302, Rn. 49.

<sup>699</sup> *Bogojević/Groussot/Medzmarashvili*, Common Market Law Review 2015, 1635 (1654). Vgl. auch für eine Übersicht über die entsprechenden Ansichten von verschiedenen Generalanwälten Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-18/14 (CO Sociedad de Gestión y Participación), EU:C:2015:95, Rn. 62 Fußnote 48.

Letzten Endes überzeugend und diesmal eindeutig<sup>700</sup> folgte der Gerichtshof jedoch in seiner Entscheidung in Y.S. dem Vorbringen der Generalanwältin und entschied, der Wortlaut von Artikel 41 Abs. 1 und 2 Grundrechtecharta ergebe, dass das Recht auf gute Verwaltung in Artikel 41 nicht an die Mitgliedstaaten, sondern nur an Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union gerichtet sei.<sup>701</sup> Zugleich äußerte er sich auch zum Verhältnis zwischen Rechtsgrundsatzrechten und Chartagrundrechten und hielt fest, dass zwar etwa das Recht auf eine gute Verwaltung in Artikel 41 Grundrechtecharta einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts widerspiegle. Jedoch sei er im vorliegenden Fall nur um die Auslegung des Chartagrundrechtes, hier um dessen Adressatenkreis, angefragt worden, weswegen zum Rechtsgrundsatzgrundrecht nicht Stellung zu beziehen sei.<sup>702</sup> Hierfür ergab sich hingegen Gelegenheit in *Mukarubega*. Der Gerichtshof hielt in dieser Entscheidung fest, dass der Anspruch, in jedem Verfahren gehört zu werden, nicht nur im Rahmen des Rechts auf gute Verwaltung in Artikel 41 Grundrechtecharta, der sich nur an die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union richtet, verbürgt sei, sondern auch und vielmehr einen „integralen Bestandteil“ der Achtung der Verteidigungsrechte darstelle, welche wiederum ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts sei.<sup>703</sup> Dogmatisch überzeugend löste der Gerichtshof so das Problem, den Anwendungsbereich der beiden unterschiedlichen Grundrechtsarten hier getrennt zu behandeln und zugleich sicherzustellen, dass auch mitgliedstaatliche Stellen über den Umweg eines Rechtsgrundsatzgrundrechtes im Rahmen der Durchführung von Unionsrecht an das Recht auf rechtliches Gehör gebunden sind.

Damit ist abschließend von einer eher engen Gruppe von Chartagrundrechten auszugehen, die als eindeutige Ausnahme von Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta aufzufassen sind und somit nie auf die Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen.<sup>704</sup> Zugleich zeigt sich, dass die durch den EuGH aufrecht erhaltene Unterscheidung zwischen Rechtsgrundsatzgrundrechten und Chartagrundrechten sich hier dahingehend als sinnvoll erweist, dass zwar ein unterschiedlicher Anwendungsbereich der beiden Grundrechte im Fall des Rechts auf Gehör ausnahmsweise tatsächlich anzunehmen ist,<sup>705</sup> jedoch das Rechtsgrundsatzgrundrecht als gegenüber dem Mitgliedstaat anwendbar in die Bresche treten kann, die durch das nicht anwendbare Chartagrundrecht verursacht wird.<sup>706</sup>

700 Vgl. auch zur Diskrepanz mit der bereits erörterten Entscheidung in M. skeptisch *Gundel*, EuR 2015, 80 (86).

701 EuGH, Verb. Rs. C-141/12 und C-372/12 (Y.S.), EU:C:2014:2081, Rn. 67. Vgl. auch EuGH, Rs. C-141/15 (Doux), EU:C:2017:188, Rn. 60.

702 EuGH, Verb. Rs. C-141/12 und C-372/12 (Y.S.), EU:C:2014:2081, Rn. 68.

703 EuGH, Rs. C-166/13 (*Mukarubega*), EU:C:2014:2336, Rn. 44-45.

704 Vgl. hingegen *Schorkopf*, Grundrechtsverpflichtete, in: Europäischer Grundrechtsschutz, Rn. 28.

705 Vgl. bereits Kapitel 5 Abschnitt B.II.4.

706 Kritisch hingegen *Kecsmar*, Revue de l'Union européenne 2016, 239 (244), dessen Ansicht zufolge inhaltlich das Rechtsatzgrundrecht im Schutzmfang hinter dem Chartagrundrecht zurückbleibe.

## XI. Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt sich anhand des Kriteriums der unionsrechtlichen Regelungsdichte ein weitgehend kohärentes Vorgehen des EuGH, stets das Hauptaugenmerk auf die anwendbaren Regelungen des Unionsrechtes in einer Situation zu richten und auf dieser Grundlage über die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte zu entscheiden. Statt einer notwendigerweise allzu umfassenden Zusammenfassung des im Rahmen der Typologieerstellung Gesagten bietet sich nunmehr für den vorliegenden Abschnitt an, eine stichwortartige, schematische Übersicht zu schaffen. So sollen für jede Konstellation mitgliedstaatlichen Handelns, wie sie zuvor erörtert wurde, die Bedingungen für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte – soweit erforderlich mit Hinweis auf den entsprechenden Abschnitt – aufgeführt werden.

Konstellation mitgliedstaatlichen Handelns	Bedingungen für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte
Vollzug ohne Gestaltungsspielraum	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Effektive Anwendung von Unionsrecht (I.)</li> </ul>
Gewährung von Ermessensspielräumen	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Nichtvorliegen einer Bereichsausnahme (II.1.);</li> <li>– Handeln im Bereich eines Rechtfertigungsgrundes (ev. in Form eines Grundrechtes II.2.) oder</li> <li>– Ergänzung von Verordnung (II.3.a.) oder</li> <li>– Nutzung von unionsrechtlich vorgegebenen Handlungsoptionen (II.3.a. und II.4.a., gegebenenfalls Handlungspflicht im Rahmen eines Ermessensspielraumes II.3.b.) oder</li> <li>– Nutzung eines Umsetzungsspielraumes bei Richtlinie (II.4.a., auch Umsetzungsmaßnahmen, deren Abänderung, Handeln im Bereich unzureichender Richtlinienumsetzung, implizite Gewährung von Ermessensspielraum) oder</li> <li>– Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts (II.4.b.)</li> </ul>
Durchführung durch Verfahren und Sanktionsbewehrung	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Durchsetzung unionsrechtlicher Ziele bzw. auf unionsrechtlichen Anspruch oder auf Zugang zu solchem Anspruch (III.2.) ausgerichtetes Verfahren (III.1.)</li> <li>– Anwendung materiell-rechtlicher Regeln als notwendiger Bestandteil eines ebensolchen Verfahrens (III.1.) oder</li> <li>– Ausdrückliche Vorgabe zu wirksamen Maßnahmen für Rechtsschutz im Unionsrecht (III.2.) oder</li> <li>– Bewehrung der Missachtung von Unionsrecht mit strafrechtlichen Sanktionen (ausdrücklich vorgegeben oder aus einschlägigem Unionsrecht ableitbar, Unionsinteresse aber erforderlich, III.3.)</li> </ul>

Konstellation mitgliedstaatlichen Handelns	Bedingungen für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte
Mindestharmonisierung	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Bindung an Unionsgrundrechte bei Maßnahmen, die über unionsrechtlichen Mindestschutz hinausgehen außer bei Ausübung einer auf Mindestvorschriften begrenzten Unionskompetenz (IV.)</li> </ul>
Begrenzt ausgeübte Unionskompetenzen	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vorliegen von unionsrechtlichen Verpflichtungen bzw. Handeln in unionsrechtlich harmonisierten Bereichen (V.) oder</li> <li>– Wahrnehmen eines unionsrechtlich gewährten Rechts (V.)</li> <li>– Eingriff in Grundrecht und enge Verbindung mit Regelungszweck bei Unionsgrundrechte umsetzenden Richtlinien (V.)</li> <li>– Klarer Anknüpfungspunkt bei Grundfreiheit einschränkungen (V.)</li> </ul>
Verweise auf nationales Recht	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Keine Bindung an Unionsgrundrechte bei Regelung von Vorfragen im nationalen Recht (VI.)</li> <li>– Unionsgrundrechtsbindung wenn Verweis zur Schaffung nationaler Definition als unionsrechtlich gewährter Ermessensspielraum (VI.)</li> </ul>
Nicht ausgeübte Unionskompetenzen und allgemeine Bestimmungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Keine Bindung an Unionsgrundrechte (VII.)</li> </ul>
Soft Law	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Keine Bindung an Unionsgrundrechte, allenfalls den Inhalt von Unionsrecht klärende Funktion (VIII.)</li> </ul>
Handeln in nicht vom Unionsrecht erfassten Bereichen	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Keine Bindung an Unionsgrundrechte bei Inländergleichbehandlung, Regelungsvorbehalt zugunsten Mitgliedstaaten oder reiner Beeinträchtigung eines Unionsgrundrechts (IX.)</li> </ul>
Nicht an Mitgliedstaaten gerichtete Chartagrundrechte	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Unionsgrundrechtsbindung bei nicht tatsächlich nur an Union gerichteten Grundrechten bei Umsetzung mittels Unionssekundärrecht (X.)</li> <li>– Keine Bindung an Unionsgrundrechte bei jenen Chartagrundrechten, die Ausnahme von Artikel 51 Abs. 1 erster Satz bilden (X.)</li> </ul>

## E. Zu den Kriterien der Zielkonvergenz und der Beeinflussung von Unionsrecht

Nennt der EuGH in seiner Rechtsprechung zwei weitere Kriterien zur Bestimmung, wann mitgliedstaatliches Handeln an die Unionsgrundrechte gebunden ist,<sup>707</sup> so bietet sich im Lichte der Rechtsprechung an, beide Kriterien gemeinsam

707 Siehe Abschnitt B.

zu untersuchen. Es zeigt sich nämlich, dass der Gerichtshof kaum je nur ein Kriterium getrennt prüft.<sup>708</sup> Zwar finden sich abtrennbare Stellungnahmen in der Rechtsprechung zu beiden Kriterien. Jedoch scheinen beide Kriterien Teil einer zusätzlichen Abwägung darzustellen, die der EuGH in jenen Fällen trifft, in denen er aufgrund des Kriteriums der unionsrechtlichen Regelungsdichte keine eindeutige Lösung erreichen kann.<sup>709</sup> Der Auffangcharakter dieser gemeinsamen Abwägung zeigt sich daran, dass zumindest bisher in keinem Fall, in dem der EuGH zur Untersuchung dieser letzten beiden Kriterien schritt, am Ende die Bindung an die Unionsgrundrechte bejaht wurde.

## I. Zur Zielkonvergenz

Öfters wird in der Rechtsprechung angesprochen, nationales Recht müsse zur Umsetzung von Unionsrecht „bestimmt“ sein, um die Anwendung der Unionsgrundrechte zu bewirken.<sup>710</sup> Während bereits geklärt wurde, dass dies nicht bedeutet, nur bei Ausdruck einer eindeutigen Durchführungsabsicht von Unionsrecht sei mitgliedstaatliches Handeln an die Unionsgrundrechte gebunden,<sup>711</sup> weist dies dennoch darauf hin, dass der EuGH ein gewisses Maß an Zielkonvergenz zwischen mitgliedstaatlichem und unionalem Handeln verlangt, um eine Bindung an die Unionsgrundrechte anzunehmen. Hingegen darf diese Vorgabe nicht damit verwechselt werden, dass kein sachlicher Zusammenhang zwischen den nationalen Vorschriften und den Zielen des jeweiligen Unionsgrundrechts bestehen muss.<sup>712</sup>

Besonders umfassend äußerte sich der EuGH erstmals in *Annibaldi* zur Frage der Zielkonvergenz. Nach einer Untersuchung der verschiedenen relevanten unionsrechtlichen Bestimmungen<sup>713</sup> schränkte der EuGH ein, dass sich der hier einschlägige Gleichbehandlungsgrundsatz nur auf die mit einer gemeinsamen Organisation der Agrarmärkte verfolgten Ziele und nicht auf unterschiedliche Produktionsbedingungen aufgrund einzelstaatlicher Regelungen allgemeiner Art beziehe; die Schaffung einer solchen Organisation entziehe die landwirtschaftlichen Produkte nicht jeder nationalen Regelung, die andere Ziele verfolge als die ge-

708 Vgl. insbesondere die zentralen Entscheidungen in EuGH, Rs. C-309/96 (*Annibaldi*), EU:C:1997:631 und EuGH, Rs. C-206/13 (*Siragusa*), EU:C:2014:126.

709 Im Lichte dieser Ausführungen dürfte es durchaus ein nützlicher Ansatzpunkt sein, wenn manche bereits im Kontext der *Fransson*-Entscheidung eine Untersuchung nationaler Regelungen auf ihre „aim and effects“, d.h. Ziel und Auswirkungen im Verhältnis zum Unionsrecht, vorgeschlagen haben, so bereits *Fontanelli*, European Constitutional Law Review 2013, 315 (333-334). Hingegen bleibt die genaue Anwendung dieses Kriterienpaares bei *Fontanelli* unklar.

710 Siehe z.B. früh Schlussanträge des Generalanwalts Lenz, EuGH, Rs. C-398/95 (*Syndesmos ton en El-ladi Touristikón*), EU:C:1997:102, Rn. 52.

711 Siehe Abschnitt C.I.

712 *Jarass*, NVwZ 2012, 457 (458).

713 EuGH, Rs. C-309/96 (*Annibaldi*), EU:C:1997:631, Rn. 14-19.

meinsame Organisation und sich auf Produktionsbedingungen in Bezug auf Umfang und Kosten der nationalen Produktion und somit auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes in einem bestimmten Sektor auswirke.<sup>714</sup> Somit lasse im vorliegenden Fall nichts darauf schließen, dass mit dem betroffenen Gesetz „eine Durchführung des Unionsrechts auf dem Gebiet der Landwirtschaft, der Umwelt oder der Kultur bezweckt wurde“.<sup>715</sup> Mit dem Regionalgesetz würden andere Ziele verfolgt,<sup>716</sup> und darüber hinaus bestehe auch keine spezifische unionsrechtliche Regelung für die Enteignung; somit falle das Regionalgesetz in einen Bereich, der zum Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten gehöre.<sup>717</sup> Es sei beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts daher ein Sachverhalt gegeben, der nicht unter das Unionsrecht falle.<sup>718</sup>

Insbesondere ist bereits hier die Verknüpfung zwischen Auswirkungen auf das bestehende Unionsrecht und Zielsetzungskonvergenz zwischen nationalem Recht und Unionsrecht erhellend. Werden durch nationales Recht grundsätzlich andere Ziele verfolgt als im Unionsrecht, stört nicht, dass ein solches „allgemeines“ Gesetz, das eben hier nicht auf die Organisation des Agrarmarktes abzielt, sondern Zwecke des Umwelt- und Kulturgüterschutzes verfolgt, „mittelbar“ das Funktionieren einer gemeinsamen Agrarmarktorganisation beeinflussen kann.<sup>719</sup>

In *Siragusa* hielt der Gerichtshof in ähnlicher Weise fest, die Ziele der nationalen Regelung, nämlich der Landschaftsschutz, seien nicht dieselben wie jene des vom nationalen Gericht vorgebrachten Unionsrechts, das primär auf den Umweltschutz mithilfe der Gewährung des Zugangs der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und der Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen gerichtet war.<sup>720</sup> Dabei führte er eine Art quantitatives Kriterium ein. Er beurteilte die Zielkonvergenz zwischen nationaler Maßnahme und einschlägigem Unionsrecht insbesondere deswegen als negativ, weil das Ziel des nationalen Rechts, der Landschaftsschutz, lediglich einen „Faktor“ von mehreren im Rahmen der unionsrechtlich zu Umweltschutzzwecken vorgesehenen Umweltverträglichkeitsprüfung darstellte.<sup>721</sup>

In *Hernández* unterschied der EuGH zwischen dem zentralen Ziel und Gegenstand der Richtlinie 2008/94/EG,<sup>722</sup> der Sicherstellung von dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber zustehenden Forderungen, und dem Ziel einer nationalen Regelung, die den Anspruch des Arbeitgebers ge-

714 Rn. 20.

715 Rn. 21.

716 Rn. 22.

717 Rn. 23.

718 Rn. 24.

719 Rn. 22.

720 EuGH, Rs. C-206/13 (*Siragusa*), EU:C:2014:126.

721 Rn. 28.

722 ABl. 2008 L 283, 36 ff.

gen den Staat sicherte, den dieser aufgrund eines anormalen Funktionierens der Rechtspflege erwarb, etwa durch die 60 Tage übersteigende Dauer eines Kündigungsschutzverfahrens.<sup>723</sup> Diese Unterscheidung der Zielsetzungen bleibe auch dann bestehen, wenn der entsprechende Betrag aufgrund eines gesetzlich geregelten Forderungsübergangs vom Arbeitnehmer beansprucht werden kann, da der Betrag doch weiterhin auf einer dem Arbeitgeber vom Staat gewährten Entschädigung beruhe.<sup>724</sup> Als weiteres Merkmal, das gegen eine solche identische Zielsetzung spricht, erfasste der entsprechende Anspruch nicht das Arbeitsentgelt während der ersten 60 Tage eines Kündigungsschutzverfahrens, während ein Schutz der Zahlung des Arbeitsentgeltes aus den letzten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses in Artikel 3 und 4 der Richtlinie 2008/94/EG geboten war. Nach Ablauf der 60 Tage eines solchen Verfahrens schützte hingegen der Anspruch das Arbeitsentgelt ohne jede Obergrenze.<sup>725</sup> Somit konnte ein anderes Ziel der nationalen Regelung als jenes des Mindestschutzes der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, wie im Unionsrecht vorgesehen, festgestellt werden, nämlich dafür zu sorgen, dass der Staat Schäden ersetzt, die durch 60 Tage überschreitende Verfahrensdauern vor Gerichten entstanden sind.<sup>726</sup>

Gerade in *Hernández* wird erkennbar, dass die Untersuchung der Zielsetzungen nicht immer ganz klar von den zuvor untersuchten Konstellationen der unionsrechtlichen Determinierung unterschieden werden kann, löst doch auch der EuGH den Fall letzten Endes zugleich auf der Grundlage, dass keine ausreichende unionsrechtliche Determinierung vorlag.<sup>727</sup>

Abschließend untersucht daher der EuGH im Rahmen des Kriteriums der Zielkonvergenz die Zielsetzungen von Unionsrecht im Vergleich zum nationalen Recht und lehnt eine ausreichende Konvergenz ab, wenn die Ziele nicht übereinstimmen bzw. wenn eine Übereinstimmung nur für ein Teilziel etwa eines nationalen Rechtsaktes vorliegt. In Ermangelung einer positiven Entscheidung, die den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte als eröffnet betrachtet, bleibt jedoch unklar, welches Maß an Zielkonvergenz letzten Endes ausreichend wäre.<sup>728</sup> Vermutet werden kann überdies nur, dass auch eine gewisse Beeinflussung des Unionsrechtes durch die nationale Regelung eine weitere notwendige Bedingung darstellt. Dies ergibt sich aus der noch zu diskutierenden entsprechenden Betonung des Zusammenhangs beider Kriterien in der Rechtsprechung.<sup>729</sup>

723 EuGH, Rs. C-198/13 (*Hernández*), EU:C:2014:2055, Rn. 38-39.

724 Rn. 39.

725 Rn. 40.

726 Rn. 41.

727 Vgl. insbesondere Abschnitte D.IV. und D.VII.

728 Vgl. insofern auch skeptisch insbesondere zu *Annibaldi* Dougan, Common Market Law Review 2015, 1201 (1235). Siehe in dieser Hinsicht etwas missverständlich die Entscheidung in EuGH, Rs. C-406/15 (Milkova), EU:C:2017:198, Rn. 50, die aber letztlich auf eine Richtlinienbestimmung gestützt die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte bejaht.

729 Siehe hierzu sogleich Abschnitt E.III.

## II. Zur Beeinflussung des Unionsrechts

Die Ursprünge dieses Kriteriums dürften im Binnenmarktrecht zu verorten sein. Bereits früh betonte etwa ein Generalanwalt, dass bei einer Maßnahme mit „Auswirkungen“ auf einen vom Unionsrecht erfassten Bereich die Beurteilung und die Rechtfertigung einer solchen Maßnahme anhand von Begriffen und Grundsätzen des Unionsrechts nicht mehr in die ausschließliche Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers fallen könne.<sup>730</sup> In *Peralta* verwies der EuGH darauf, dass die beschränkenden Wirkungen der mitgliedstaatlichen Maßnahme für die Warenverkehrsfreiheit „zu ungewiss und zu mittelbar“ seien, als dass von einer Eignung, den Handel zu beschränken, auszugehen sei. Ohne dass der Gerichtshof dies ausdrücklich sagte, dürfte er aus diesem Grund auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie die Unionsgrundrechte für nicht anwendbar erachtet haben.<sup>731</sup> Auch bei völkerrechtlichen Regeln stellte der Gerichtshof fest, dass ein Sachverhalt nur unter das Unionsrecht mitsamt einer Anwendung der Unionsgrundrechte fallen könne, wenn diese Regeln eine Auswirkung auf die Auslegung des Unionsrechts hätten.<sup>732</sup>

Erneut ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof daher wohl eine gewisse rein „mittelbare“ Beeinflussung als nicht ausreichend einstuft, um die Bindung an die Unionsgrundrechte zu bewirken.<sup>733</sup> So führte der Gerichtshof in zwei Entscheiden aus, dass der Zusammenhang zwischen einem Unionsrechtsakt und einer nationalen Maßnahme jedenfalls darüber hinausgehen müsse, dass die fraglichen Sachbereiche „benachbart“ sind oder der eine „mittelbare“ Auswirkungen auf den anderen haben kann.<sup>734</sup> In einer weiteren Reihe von Fällen schloss der EuGH Fälle einer rein hypothetischen Auswirkung auf das Unionsrecht aus. In *Kremzow* befand der Gerichtshof, die Lage des betroffenen Klägers weise „keinerlei Bezug“ zu den Freizügigkeitsbestimmungen des Unionsrechts auf. Die rein hypothetische Aussicht auf Ausübung dieses Rechts stelle keinen Bezug zum Unionsrecht her, der dessen Anwendung rechtfertigen könne, weil sich eine Haftstrafe negativ auf dieses Recht auswirkte.<sup>735</sup> Ähnlich entschied der EuGH im Falle eines Drittstaatsangehörigen, dem eine Aufenthaltskarte verweigert wurde. Es konnte nicht festgestellt werden, dass durch die Entscheidung der tatsächliche Genuss der Unionsbürgerrechte von Tochter oder Ehefrau des Drittstaatsangehö-

730 Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven, EuGH, Rs. C-159/90 (Grogan), EU:C:1991:378, Rn. 31. Vgl. auch für einen ähnlichen Vorschlag in der Lehre bei negativen Auswirkungen auf die Umsetzung („implementation“) des Unionsrechts *Štrus/Peršak*, Charter of Fundamental Rights, in: The Reconceptualization of European Union Citizenship, 334-335.

731 EuGH, Rs. C-379/92 (Peralta), EU:C:1994:296, Rn. 24.

732 EuGH, Rs. C-466/11 (Currà u.a.), EU:C:2012:465, Rn. 19.

733 EuGH, Rs. C-206/13 (Siragusa), EU:C:2014:126, Rn. 24.

734 EuGH, Rs. C-198/13 (Hernández), EU:C:2014:2055, Rn. 34. Siehe auch EuGH, Rs. C-562/12 (Liivimaa Lihavais), EU:C:2014:2229, Rn. 62.

735 EuGH, Rs. C-299/95 (Kremzow), EU:C:1997:254, Rn. 16.

rigen beeinträchtigt würde, während eine rein hypothetische Aussicht auf die Ausübung von Freizügigkeitsrechten keinen ausreichend engen Bezug zum Unionsrecht herstellte.<sup>736</sup> Nicht ausreichend sind somit Auswirkungen des nationalen Rechts, die nur auf rein hypothetischer Ebene eine Einschränkung für das Unionsrecht und dessen Inanspruchnahme durch Individuen hervorrufen.

Etwas unklar bleibt in diesem Zusammenhang die Aufführung des Kriteriums der Beeinträchtigung des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts durch auf Mitgliedstaatsebene unterschiedlich ausgeprägten Grundrechtschutz. Dieses führt der EuGH in *Siragusa* und *Hernández* zusätzlich an, klärt aber, da er es für eindeutig nicht erfüllt erachtet, dieses Vorbringen nicht weiter.<sup>737</sup> Problematisch scheint hier die Vermischung der Vorfrage, ob überhaupt die Unionsgrundrechte anwendbar sind, mit der dogmatisch nachgeordneten Frage, inwieweit das Unionsrecht einen verbindlichen Grundrechtsschutzstandard festlegt bzw. das Festlegen eines höheren nationalen Schutzstandards möglich ist.<sup>738</sup> Sollten hier Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts als selbständige Kriterien die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte begründen können, fragt sich, inwieweit sich daraus nicht eine letztlich unbegründete Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte ergibt. Auch kommt den Unionsgrundrechten in einer solchen Konstellation keine entscheidungsrelevante Funktion mehr zu, liegt doch bereits von vorneherein eine Beeinträchtigung von Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts durch mitgliedstaatliches Handeln vor.<sup>739</sup>

Im Ergebnis prüft der EuGH in mehreren Entscheiden getrennt von der Untersuchung der unionsrechtlichen Regelungsdichte auch das Ausmaß der Auswirkungen des nationalen Rechts auf das Unionsrecht und stellt fest, dass etwa zu mittelbare und hypothetische Auswirkungen nicht genügen, um eine Bindung an die Unionsgrundrechte zu begründen. In Ermangelung einer Entscheidung, die die Beeinflussung des Unionsrechtes durch nationales Recht als ausreichend erachtet, bleibt jedoch im Dunkeln, ab wann solche Auswirkungen genügen. Auch die dogmatische Abstützung dieses Vorbringens ist als problematisch anzusehen. Zugleich zeigt sich bei dieser Gelegenheit, dass die Fragen der Zielkonvergenz und der Beeinflussung des Unionsrechts vom EuGH als verbunden angesehen werden. Hierauf ist nun näher einzugehen.

736 EuGH, Rs. C-40/11 (Iida), EU:C:2012:691, Rn. 76-77.

737 EuGH, Rs. C-206/13 (Siragusa), EU:C:2014:126, Rn. 32-33; EuGH, Rs. C-198/13 (Hernández), EU:C:2014:2055, Rn. 47.

738 Vgl. hierzu bereits ausführlich Kapitel 5 Abschnitt E.

739 *Dougan*, Common Market Law Review 2015, 1201 (1242 f.) bzw. Kapitel 5 Abschnitt E.II.3.

### III. Zum Verhältnis zwischen Zielkonvergenz und Beeinflussung des Unionsrechts

Die Kriterien der Zielkonvergenz und der Beeinflussung des Unionsrechts sind im Lichte der Rechtsprechung des EuGH als verbunden anzusehen bzw. sind Teil einer gemeinsamen Abwägung, im Rahmen welcher die gesamte Begründung einer Bindung an die Unionsgrundrechte auch dadurch geschwächt werden dürfte, wenn ein Kriterium besonders klar nicht erfüllt ist, selbst wenn das Vorliegen des anderen zu bejahen ist. Zum mindesten stellte der EuGH dies klar für jene Fälle fest, in denen zwar Auswirkungen auf Unionsrecht möglich scheinen, jedoch völlig andere Zielsetzungen im nationalen Recht verfolgt werden. Dies lässt sich bereits aus der Entscheidung in *Siragusa* ersehen. Der EuGH schien hier einen engen Zusammenhang zwischen Übereinstimmung der Zielsetzungen und Auswirkungspotenzial einer nationalen Regelung auf das Unionsrecht zu sehen, ging er doch nahtlos von der Feststellung, die Zielsetzungen stimmten nicht ausreichend überein, zu der Aussage über, eine mittelbare Beeinflussung genüge nicht, den Anwendungsbereich des Unionsrechts zu eröffnen, wie bereits in *Annibaldi* festgestellt.<sup>740</sup>

Noch klarer ist die Entscheidung in *Annibaldi*. Werden dem EuGH zufolge durch nationales Recht grundsätzlich andere Ziele verfolgt als im Unionsrecht, stört nicht, dass ein solches „allgemeines“ Gesetz, das eben hier nicht auf die Organisation des Agrarmarktes abzielt, sondern Zwecke des Umwelt- und Kulturgüterschutzes verfolgt, „mittelbar“ das Funktionieren einer gemeinsamen Agrarmarktorganisation beeinflussen kann.<sup>741</sup> Daraus lässt sich schließen, dass auch dann nicht die Unionsgrundrechte anwendbar sein können, wenn Auswirkungen mitgliedstaatlicher Vorschriften auf einen unionsrechtlich geregelten Bereich vorliegen, jedoch gänzlich andere Ziele verfolgt werden.<sup>742</sup>

### IV. Zwischenergebnis

Die Kriterien der Zielkonvergenz und der Beeinflussung von Unionsrecht durch nationale Regelungen sind als eine Art „Notventil“ aufzufassen. Grundsätzlich hat in beiden Fällen der Gerichtshof gewisse Schwellenwerte eingeführt, sodass etwa bei der Zielkonvergenz nicht nur ein Teilziel einer nationalen Regelung mit dem Unionsrecht übereinstimmen darf bzw. es sich nicht nur um hypothetische Auswirkungen einer nationalen Regelung auf das Unionsrecht handeln darf. Zugleich sieht der EuGH die beiden Kriterien als verbunden an, sodass im Rahmen

740 EuGH, Rs. C-206/13 (Siragusa), EU:C:2014:126, Rn. 29.

741 EuGH, Rs. C-309/96 (Annibaldi), EU:C:1997:631, Rn. 22.

742 *Jarass*, Charta, Artikel 51, Rn. 25 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-309/96 (Annibaldi), EU:C:1997:631, Rn. 20-22.

einer Abwägung das Vorliegen von Auswirkungen auf das Unionsrecht nicht ausreicht, wenn das Kriterium der Zielkonvergenz gar nicht erfüllt ist. Die Qualifikation als „Notventil“ drängt sich aus dem Grund auf, dass der Gerichtshof noch in keinem Fall aufgrund dieser Abwägung der beiden Kriterien zur Entscheidung gelangt ist, die Unionsgrundrechte seien anwendbar. Eher scheint die Abwägung dann ins Spiel zu kommen, wenn keine andere Konstellation der unionsrechtlichen Regelungsdichte vorliegt und nur noch besondere Fälle aufgefangen werden sollen, in denen eine Unionsgrundrechtsbindung zu rechtfertigen sein sollte. Dies mag zu einer gewissen Flexibilität für künftige, noch nicht vorhersehbare Konstellationen führen, jedoch bleibt das Ziel des EuGH bei der Einführung dieser beiden Kriterien weitgehend im Dunkeln. Bedenklich ist darüber hinaus, dass der EuGH bei dieser Gelegenheit den Pfad der bisher weitgehend kohärenten Rechtfertigung der Grundrechtsbindung auf Grundlage der unionsrechtlichen Determinierung der Situation ohne klar erkennbaren Grund oder Bedarf verlässt, während die dogmatische Abstützung dieses Vorgehens fehlt bzw. wenig überzeugt. Die hier erörterten Fälle hätten sich wie zuvor gezeigt auch dadurch entscheiden lassen, dass keine Konstellation der unionsrechtlichen Regelungsdichte gegeben war, die eine Bindung an die Unionsgrundrechte befürworten hätte lassen.

## F. Ergebnis

Ziel des vorliegenden Kapitels war die Schaffung einer umfassenden Typologie der Rechtsprechung, aus der sich die Grundsätze des Vorgehens des EuGH ermitteln lassen bzw. in der Entscheidungen auf ihre Kohärenz mit der Rechtsprechung in ihrer Gesamtheit geprüft werden konnten. Bereits im zweiten Kapitel der Untersuchung wurde die Notwendigkeit festgestellt, über ein – teils in der bisherigen Literatur vorherrschendes – allzu streng auf eine geringe Zahl einander gegenüberstehender Konstellationen abststellendes oder zu sehr begriffsorientiertes Vorgehen hinauszugehen und eine umfassende Typologie zu erstellen. Eine solche erlaubt die Bewertung, ob der Gerichtshof stets die notwendige Begründung liefert, um eine Verlagerung des Grundrechtsschutzes von der Ebene der Mitgliedstaaten auf jene des Unionsrechtes zu rechtfertigen. Im dritten Kapitel konnte anhand einer Untersuchung verschiedener Föderalstaaten gezeigt werden, dass in jedem Fall bei Fragen der Grundrechtsentfaltung in Föderalsystemen das Bestehen von Spielräumen, aber auch der Wille zu deren Nutzung für die effektive Grundrechtsentfaltung auch auf dezentraler Ebene entscheidend ist. In der Folge konnte, erneut dem Unionsrecht mit seiner eigenen Problematik des Anwendungsbereichs zugewandt, nachgewiesen werden, dass es zwar durchaus Interaktionen zwischen den Grundrechten und den Grundfreiheiten, der Unions-

bürgerschaft sowie anderen unionsrechtlichen Normen im Bereich der Drittwirkung gibt. Jedoch bleibt der Anwendungsbereich des Unionsrechts – obwohl eine abschließende Festlegung desselben eine Unmöglichkeit bleibt – letztlich getrennt von den Unionsgrundrechten erfassbar. Im vorangehenden fünften Kapitel wurde als Vorarbeit zur Schaffung der nunmehr abgeschlossenen Typologie Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta im Detail im Hinblick auf die Geschichte der Unionsgrundrechte, auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung und deren Wortlaut und Kontext untersucht. Wie auch eine anschließende Analyse der Entscheidung in *Fransson* bestätigt, ergibt sich ein Bild der Kontinuität, in dem weder das Inkrafttreten der Charta mit einer ersten ausdrücklichen Bestimmung zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte noch die teils als umwälzendes Ereignis empfundene Entscheidung in *Fransson* in Wirklichkeit zu einem Bruch mit der vorangehenden Rechtsprechungs- und Rechtsentwicklung führt. Die Erforderlichkeit einer soliden Begründung der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten ergibt sich auch aus den umfassenden Folgen in Situationen der Doppelbindung, wie sie im Rahmen des Artikel 53 Grundrechtecharta bzw. durch den EuGH in der Entscheidung in *Melloni* aufgezeigt wurden. Somit ergab sich für das vorliegende Kapitel die Aufgabe, eine umfassende Typologie der Rechtsprechung zu erstellen, um einerseits zu prüfen, ob sich Inkohärenzen feststellen lassen, und andererseits, ob eine konstant überzeugende Begründungskraft besteht. Nicht zuletzt sollte so auch gezeigt werden, inwieweit neben den Spielräumen, die Artikel 53 Grundrechtecharta schafft, auch eigene Bereiche bestehen, in denen die Mitgliedstaaten kein Unionsrecht „durchführen“ und somit überhaupt nicht an die Unionsgrundrechte gebunden sind.

Die nunmehr geschaffene Typologie erlaubt einige allgemeine Schlussfolgerungen, bevor auf die gefundene Kategorisierung eingegangen wird. Der Überblick zeigt, dass ein lediglich auf allgemeine, bereits zuvor besprochene Argumente abstellender Zugang<sup>743</sup> wohl weniger Erkenntnisse geliefert hätte als eine umfassende Diskussion der vom EuGH getroffenen Entscheidungen. So wiederholt die Rechtsprechung teils fast gebetsmühlenartig<sup>744</sup> Elemente wie die Entscheidung in *Fransson*, den Wortlaut von Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta und von diversen Angstklauseln ebenso wie jenen der Erläuterungen<sup>745</sup> sowie den Hinweis auf die subsidiäre Anwendbarkeit von EMRK und nationalen Grundrechten auf rein nationale Rechtsakte,<sup>746</sup> ohne dass dies unbedingt Aufschluss über die Entscheidungsgründe im Einzelfall zu geben vermag. Generell zeigt sich

743 Siehe Kapitel 2.

744 Vgl. zu derartigen Auslegungsformeln im anderen Kontext der Personenfreizügigkeit instruktiv *Burri, Interpretive Formulas*, 551 ff.

745 Vgl. z.B. in jüngerer Rechtsprechung EuGH, Rs. C-198/13 (Hernández), EU:C:2014:2055, Rn. 32-33.

746 So z.B. EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), EU:C:2011:734, Rn. 72-73; EuGH, Rs. C-87/12 (Ymeraga), EU:C:2013:291, Rn. 41; EuGH, Rs. C-168/13 PPU (Jeremy F.), EU:C:2013:358, Rn. 48. Vgl. hierzu

ein überzeugendes Festhalten des EuGH am Kriterium der unionsrechtlichen Determinierung, aus dem sich wie erörtert<sup>747</sup> erst die Grundrechtsverantwortung des Unionsrechts ergibt. In diesem Zusammenhang zeigen sich einige Grundsätze, die sämtliche Konstellationen der mitgliedstaatlichen Grundrechtsbindung überschatten: Ausdrückliche Grundrechtsklauseln in Sekundärrechtsakten beispielsweise sind, ungeachtet der Tatsache, dass der Gerichtshof regelmäßig solche Klauseln anspricht,<sup>748</sup> wenig ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage der Grundrechtsbindung, da die Unionsgrundrechte ohnedies bei jedem Handeln im Rahmen des Unionsrechts maßgeblich sein müssen.<sup>749</sup> Klar macht der EuGH dies bei Fällen von direkter Anwendung des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Behörden, die ungeachtet formeller Klauseln zu Unionsgrundrechten und deren Beachtung an selbige gebunden sind.<sup>750</sup> Ebenso gilt, dass Unionsrecht selbst stets am Maßstab der Unionsgrundrechte gemessen werden kann, etwa im Fall von Sekundärrecht, das Grundsätze aus der Charta durchführt.<sup>751</sup> Auch zeigt sich, dass sich wie bereits zuvor erörtert<sup>752</sup> keine systematischen Unterschiede im Anwendungsbereich zwischen Rechtsgrundsatzgrundrechten und Chartagrundrechten feststellen lassen, mit Ausnahme des Falles von Chartagrundrechten, die ausdrücklich nur auf die Union anwendbar sind.<sup>753</sup> Anhand der Rechtsprechung zu völkerrechtlichen Verträgen wird deutlich, dass die Zuständigkeit des Gerichtshofs zur Auslegung von Normen häufig mit der Bindung an die Unionsgrundrechte einhergeht, jedoch dies nur ein Indiz und keinesfalls immer der Fall ist.<sup>754</sup>

Kurz gefasst stellt der Gerichtshof letzten Endes zentral auf die unionsrechtliche Determinierung einer bestimmten Situation ab, um eine Bindung mitgliedstaatlichen Handelns an die Unionsgrundrechte festzustellen. Dieses Vorgehen zieht sich größtenteils kohärent durch die gesamte überblickbare Rechtsprechung und lässt daher auch deren Kategorisierung bzw. die Extrahierung von Grundsätzen zu. Zur Erstellung der Typologie wurden zuerst anhand den eigenen Angaben des Gerichtshofs über die heranzuziehenden Elemente vier Kriterien bestimmt, die dem Vorgehen in der Rechtsprechung zugrunde liegen. In der Folge wurden diese Kriterien des Charakters der nationalen Regelung, der unionsrecht-

auch *Mangas Martin*, Artículo 51, in: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Comentario Artículo por Artículo*, 817.

747 Siehe bereits Kapitel 2 Abschnitte D und E.III.

748 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, Rn. 69.

749 Vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, EuGH, Rs. C-309/06 (Marks & Spencer), EU:C:2007:785, Rn. 30; EuGH, Rs. C-349/07 (Sopropé), EU:C:2008:746, Rn. 38; EuGH, Rs. C-383/13 PPU (G. und R.), EU:C:2013:533, Rn. 32; Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Verb. Rs. C-78/16 und C-79/16 (Pesce u.a.), EU:C:2016:340, Rn. 138.

750 EuGH, Verb. Rs. C-129/13 und C-130/13 (Kamino International Logistics), EU:C:2014:2041, Rn. 31.

751 EuGH, Rs. C-356/12 (Glatzel), EU:C:2014:350, Rn. 76.

752 Siehe bereits Kapitel 5 Abschnitt B.II.4.

753 Siehe Abschnitt D.X.

754 Siehe Abschnitt D.VII.1 bzw. dogmatisch erläutert in der Einleitung zu Abschnitt D.

lichen Regelungsdichte, der Zielkonvergenz zwischen nationaler und unionsrechtlicher Regelung und der Beeinflussung von Unionsrecht durch die nationale Regelung in der genannten Reihenfolge angeordnet, da sich dieses Vorgehen logisch aus der Rechtsprechung ergibt.

Das Kriterium des Charakters der nationalen Regelung umfasst nämlich primär Vorfragen, die allgemein für nationale Regelungen zu klären sind, bevor im Detail die unionsrechtliche Determinierung einer Situation untersucht werden kann. Auf dieser Prüfungsebene lässt sich etwa zeigen, dass keine ausdrückliche Umsetzungs- oder Durchführungsabsicht von Unionsrecht im nationalen Recht vorliegen muss; dass auch nicht grundsätzlich anders vorzugehen ist, je nachdem, ob ein nationaler Akt als Durchführungsakt auf Richtlinien, Verordnungen oder andere Rechtsakte des Unionsrechts gerichtet ist; und dass auch später hinzutretende unionsrechtliche Determinierung Unionsgrundrechtsbindung von nationalen Rechtsakten auslösen kann, wobei insbesondere bei Richtlinien zeitlich genau abgestuft vorzugehen ist. Zuletzt kann im nationalen Recht gar Unionsgrundrechtsbindung durch ausreichend eindeutige, unmittelbare und unbedingte Verweise auf die Gleichbehandlung eines Sachverhaltes mit unionsrechtlich determinierten Situationen hergestellt werden.

Sind diese Vorfragen geklärt, ergeben sich im Rahmen des Kriteriums der unionsrechtlichen Regelungsdichte eine Reihe von Konstellationen, in denen eindeutig und überzeugend begründet die Unionsgrundrechtsbindung mitgliedstaatlichen Handelns bejaht werden kann. Es handelt sich hierbei – grob zusammengefasst – um Fälle des mitgliedstaatlichen Vollzuges ohne eigenen Ermessensspielraum; um die unterschiedlichen Fälle unionsrechtlich gewährter Ermessensspielräume; um die Durchführung von Unionsrecht durch mitgliedstaatliche Verfahrensregelungen und Sanktionsbewehrung; um mitgliedstaatliche Maßnahmen, die über die Standards unionsrechtlicher Mindestharmonisierung in Bereichen, in denen das Unionsrecht zu mehr als zum Erlass von Mindestvorschriften befugt ist, hinausgehen; um jenes Handeln in den Regelungsbereichen, in denen unionsrechtliche Kompetenzen tatsächlich ausgeübt wurden; und um Verweise im Unionsrecht auf die Regelung durch nationales Recht, soweit nur wie bei Ermessensspielräumen etwa die Schaffung einer nationalen Definition innerhalb unionsrechtlicher Schranken genehmigt wird. Keine Bindung an die Unionsgrundrechte liegt vor bei Verweisen im Unionsrecht auf die Regelung durch nationales Recht, sofern das nationale Recht völlig unabhängig von Unionsrecht zur Regelung gewisser Vorfragen befugt ist; bei Handeln im Bereich nicht ausgeübter Unionskompetenzen und allgemeiner, nur vage einschlägiger unionsrechtlicher Bestimmungen; bei Vorliegen von unionsrechtlichem Soft Law, das nur zur Klärung bindender Vorschriften des Unionsrechts dienen kann; bei Handeln in vom Unionsrecht nicht erfassten Bereichen; und im Fall von tatsächlich ausschließlich an die Union gerichteten Unionsgrundrechten.

Nur wenn sich eine Situation nicht im Rahmen der soeben aufgeführten Typologie der unionsrechtlichen Determinierung einordnen lässt, greift der Gerichtshof auf die Kriterien der Zielkonvergenz und der Beeinflussung von Unionsrecht zurück. Hierbei prüft er einerseits, ob die Ziele von nationalem Recht und Unionsrecht zumindest über eine teilweise Konvergenz einzelner „Faktoren“ hinausgehend übereinstimmen. Andererseits verlangt er auch eine nicht allzu mittelbare oder gar nur hypothetische Beeinflussung von Unionsrecht durch nationales Recht. Zwar kann insgesamt der Gedanke, eine gewisse Flexibilität beizubehalten, begrüßt werden. Jedoch überzeugen die beiden letzten Kriterien wenig vor dem Hintergrund, dass sie das allgemein kohärente Vorgehen des EuGH auf Grundlage der unionsrechtlichen Determinierungsdichte ohne ersichtliche Notwendigkeit und ohne befriedigende Begründung durchbrechen.

Somit ist als finale Schlussfolgerung festzuhalten, dass insgesamt das Vorgehen des EuGH von Kontinuität und solider Begründungsstärke begleitet ist. Während auf einzelne, weniger überzeugende Entscheide im Rahmen der Typologie hingewiesen wurde, bleibt als diesen harmonischen Befund störendes gewichtigeres Element lediglich die Anwendung der Kriterien der Zielkonvergenz und der Beeinflussung von Unionsrecht durch nationales Recht. Während sich der Gerichtshof hierdurch eine Art „Notventil“ offenzuhalten scheint, geschieht dies auf Kosten der Kohärenz, bleibt doch die Anwendung der genannten Kriterien schwer zu begründen, sofern die Begründungsschiene der unionsrechtlichen Determinierung ernst genommen und konstant verfolgt werden soll.

## G. Schlussbemerkung

Nimmt man an dieser Stelle das Ergebnis der vorangehenden vergleichenden Betrachtung verschiedener Föderalstaaten wieder auf, drängt sich eine Schlussfolgerung mit besonderer Intensität auf, die als Schlussbemerkung für die gesamte vorangehende Untersuchung dienen kann. Es kann nämlich auf gute Argumente gestützt pessimistischen Stimmen eine Absage erteilt werden, die die gegenwärtige Entwicklung des Unionsgrundrechtsschutzsystems primär als Bedrohung, wenn nicht gar Verdrängung der mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutzsysteme betrachten. Zwar kann durchaus auf die oft geringe praktische Bedeutung von Landes-, Gliedstaats- oder Kantonsgrundrechten hingewiesen werden. Jedoch befinden sich die Mitgliedstaaten gegenüber dieser Situation in der vorteilhaften Lage, tatsächlich, wie nunmehr dargestellt, über eine unabhängige Sphäre eigener Grundrechtsentfaltung zu verfügen, nämlich jene Bereiche ihres Rechts, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. Zusätzlich dazu hat die Untersuchung gezeigt, dass auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts, in dem für mitgliedstaatliche Grundrechte dogmatisch betrachtet eine ähnliche Rechtsla-

ge vorherrscht wie in den untersuchten Föderalstaaten, erneut Spielräume für die Grundrechtsentfaltung verbleiben, sofern die Vorgaben des übergeordneten Rechts beachtet werden. In der Praxis werden diese Spielräume nicht immer genutzt, wie etwa das Beispiel des deutschen und schweizerischen Rechts zeigt. Eine vergleichbare Entwicklung wie im US-amerikanischen Verfassungsrecht in den Bereichen, in denen nationale und Unionsgrundrechte parallel zur Anwendung kommen bzw. dafür Spielräume bestehen, wäre aber eben so gut möglich und durchaus zu begrüßen. Im Rahmen des geschilderten Neuen Gerichtsföderalismus haben die gliedstaatlichen Gerichte Bedeutendes zur Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes beigetragen.<sup>755</sup> Nichts spricht dagegen, dass im vorgegebenen, häufig Spielräume lassenden Rahmen des Unionsrechts nationale Gerichte eine ähnliche Rolle spielen, anstatt der Trübsal eines mehr gefühlten als realen Bedeutungsverlustes anheim zu fallen.<sup>756</sup> Somit demonstriert gerade der Neue Gerichtsföderalismus im US-amerikanischen Verfassungsrecht eindrucksvoll, dass Grundrechtsentfaltung letzten Endes auch eine Frage des Wollens ist – und somit die Verantwortung bei den Mitgliedstaaten und nicht zuletzt deren Gerichten liegt, den so zugespielten Ball auch anzunehmen und die Chance auf ein im besten Sinne föderal orientiertes europäisches Grundrechtsschutzsystem zu verwirklichen.

---

755 Siehe auch *Kingreen*, JZ 2013, 801 (811).

756 Bildhaft hierzu *ibid.* (801).

