

# EuR

# EUROPARECHT

## Beiheft 3 | 2013

Peter-Christian Müller-Graff | Jürgen Schwarze [Hrsg.]

### **XXV. FIDE-Kongress**

vom 30. Mai bis 2. Juni 2012 in Tallinn

Die deutschen Landesberichte:

Der Grundrechtsschutz nach Lissabon | Energie, Umwelt und

Wettbewerb in der Schnittmenge des Unionsrechts |

Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts



**Nomos**

# EuR

# EUROPARECHT

---

## Beiheft 3 | 2013

Peter-Christian Müller-Graff | Jürgen Schwarze [Hrsg.]

### **XXV. FIDE-Kongress**

vom 30. Mai bis 2. Juni 2012 in Tallinn

Die deutschen Landesberichte:

Der Grundrechtsschutz nach Lissabon | Energie, Umwelt  
und Wettbewerb in der Schnittmenge des Unionsrechts |  
Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts



**Nomos**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-0773-7

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
---------------	---

*Ulrich Hufeld/Hannes Rathke*

Der Grundrechtsschutz nach Lissabon im Wechselspiel zwischen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Europäischer Menschenrechtskonvention und den nationalen Verfassungen .....	7
---	---

*Werner Berg*

Energie, Umwelt, Wettbewerb in der Schnittmenge des Unionsrechts .....	53
--	----

*Friedemann Kainer*

Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Entwicklung und Umsetzungsprobleme des europäisierten Strafrechts in Deutschland .....	87
--	----



## Vorwort

Gegenstand dieses Beiheftes der Zeitschrift *Europarecht* sind die für diese Veröffentlichung bearbeiteten deutschen Landesberichte zu den Themen des XXV. Kongresses der Internationalen Föderation für Europarecht (F.I.D.E.), der vom 30. Mai bis 2. Juni 2012 in Tallinn stattfand. Sie behandeln (im Einklang mit der F.I.D.E.-Methode innerhalb des jeweiligen – am Ende jedes Beitrags aufgenommenen – Fragenrahmens des Generalberichterstatters) die drei Themengruppen: „Der Grundrechtsschutz nach Lissabon im Wechselspiel zwischen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Europäischer Menschenrechtskonvention und den nationalen Verfassungen“ (*Ulrich Hufeld/Hannes Rathke*), „Die Schnittmenge der rechtlichen Regelungen der Europäischen Union im Bereich Energie, Umwelt und Wettbewerb“ (*Werner Berg*) und – mit besonderer Schwerpunktsetzung auf dem Strafrecht – „Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einschließlich Fragen der Informationsgesellschaft“ (*Friedemann Kainer*).

Heidelberg/Freiburg, im Mai 2013

Peter-Christian Müller-Graff

Jürgen Schwarze



# Der Grundrechtsschutz nach Lissabon im Wechselspiel zwischen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Europäischer Menschenrechtskonvention und den nationalen Verfassungen

Von Ulrich Hufeld und Hannes Rathke, Hamburg/Berlin\*

## I. Brisanz und Aktualität des grundrechtlichen Interaction-Rechts

In Tallinn traf sich die *Fédération Internationale pour le Droit Européen* vom 30. Mai bis zum 2. Juni 2012 zu ihrem XXV. FIDE-Kongress.<sup>1</sup> Das erste der drei Generalthemen verhandelte die Konferenz unter dem Titel „Der Grundrechtsschutz nach Lissabon im Wechselspiel zwischen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Europäischer Menschenrechtskonvention und den nationalen Verfassungen“ auf der Grundlage des Fragebogens des Generalberichterstatters *Leonard F.M. Besselink* (Fragebogen siehe unten als Anhang). Einer Rechtfertigung bedurfte das Thema nicht – die deutschen Landesberichterstatter hätten mühelos aktuelle Belege beibringen können für die Dringlichkeit eines systematischen *Interaction-Rechts* zum Schutz der Bürgerfreiheit und Menschenrechte.

So sah sich das VG Köln im Vorjahr mit der Klage eines im Golf von Aden aufgegriffenen, von der Bundesmarine acht Tage an Bord einer Fregatte festgehaltenen Piraten konfrontiert und verschob mit frappierender Leichtfertigkeit die grundrechtlichen Standards. „Art. 104 Abs. 3 GG kann bei einem derartigen Einsatz von Bundeswehrkräften auf Hoher See zur Pirateriebekämpfung im Rahmen eines multinationalen Systems kollektiver Sicherheit nicht ohne Modifikation zur Anwendung kommen.“<sup>2</sup> Den Modifikationshebel stützte die Kammer auf Art. 5 Abs. 3 EMRK. – Wenige Monate vor dem FIDE-Kongress publizierte der Richter des Bundesverfassungsgerichts *Johannes Masing* in der *Süddeutschen Zeitung* den Artikel „Ein Abschied von den Grundrechten“.<sup>3</sup> Der Autor erinnerte an ein „Spezifikum unserer Rechtsordnung“, die „inwendige Durchdringung durch die Grundrechte“, um am Beispiel der projektierten Datenschutzverordnung<sup>4</sup> vor dem „grundstürzenden“ Hebel der unionsrechtlichen „Vollharmonisierung“ zu warnen. „Sollten tatsächlich in all diesen Bereichen die deutschen Grundrechte demnächst nicht mehr anwendbar sein, wäre die Kontrollfunktion des Bundesverfassungsgerichts in wesentlichen Bereichen ausgeschaltet“, auch und gerade für die „inwendige Durch-

\* Prof. Dr. Ulrich Hufeld ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr. Regierungsrat Hannes Rathke, LL.M., ist Mitarbeiter der Verwaltung des Deutschen Bundestages; er gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

1 [www.fide2012.eu](http://www.fide2012.eu).

2 VG Köln, Urt. v. 11.11.2011, JZ 2012, S. 366 (368) mit Anm. C. Globke. Kritik: C. Walter/A. von Ungern-Sternberg, Piratenbekämpfung vor Somalia. Zum Zusammenspiel europäischer und deutscher Grundrechte, DÖV 2012, S. 861 (863 ff.).

3 SZ v. 9.1.2012, S. 10.

4 Vorschlag der Kommission für eine Datenschutz-Grundverordnung v. 25.1.2012, KOM(2012) 11 endg.

dringung“ des Privatrechts.<sup>5</sup> Hier freilich ist nicht leichtfertige Modifikation am Werk, sondern politischer „Zentralisierungswille“ (*Masing*) in Gestalt ausgreifender Regulierungsvorschläge: „Ihrer Wirkung nach haben sie das Potential einer tief greifenden Verfassungsänderung“.<sup>6</sup>

## II. Grundrechtsschutz in der Europäischen Union: Unitarisierung der Maßstäbe und Rechtsschutzföderalismus

Dem Siegeszug der Unionsgesetzgebung folgt unaufhaltsam die Einheitlichkeit der grundrechtlichen Maßstäbe. Die Unionsgrundrechte wirken als Direktiven der Disziplinierung und als Verstärker der Unitarisierung.<sup>7</sup> Das Sekundärrecht gewinnt seine endgültige Gestalt erst in der auch grundrechtlich bestimmten Gültigkeitskontrolle und in der grundrechtlich dirigierte Auslegung.<sup>8</sup> Die Vervollständigungsleistung kann nur – Logik der europäischen Rechtseinheit – mit Rückhalt in der primärrechtlichen Einheit der Unionsgrundrechte gelingen. Deren Einheit beruht wiederum auf einheitlicher Auslegung. Die materiell-rechtlichen Konsequenzen liegen auf der Hand.

Das ist keine originell europäische Entwicklung – in der Europäischen Union wiederholt sich die Unitarisierungsdramaturgie, die den deutschen Föderalismus über Jahrzehnte geprägt hat („unitarischer Bundesstaat“). Indessen zeichnet sich immer deutlicher eine eigentümliche „Verwirklichungsstruktur“ ab: Der europäische Grundrechte-Unitarismus wird charakteristisch begleitet von einem *Rechtsschutz-Föderalismus*, einer komplexen, arbeitsteiligen, dezentralen Struktur, in der sich nicht nur die Durchsetzungschancen der Grundrechtsberechtigten entscheiden. Der Rechtsschutzföderalismus wirkt zurück auf die materiellen Standards. Zwei exemplarische Bewährungsproben lassen die europäische Konstellation der föderal flankierten Unitarisierung des Grundrechtsschutzes in aller Deutlichkeit hervortreten. Deren Herkommen sowohl aus dem Grundrechte-Dreieck im Privatrecht (hier: Urheberrecht; u. 1) als auch dem bipolaren Verhältnis zwischen Bürger und (staatlicher oder unionaler) Hoheitsgewalt (u. 2) erlauben allgemeine Befunde (u. 3).

5 *J. Masing*, SZ v. 9.1.2012, S. 10 (Klammerzusatz dort): „... wird so die Gewährleistung der Meinungs- und Pressefreiheit dem Bundesverfassungsgericht entzogen werden, was auch die Fallkonstellationen einiger der berühmtesten Entscheidungen des Gerichts (Lüth, Lebach oder Benetton-Schockwerbung) erfassen würde“; vgl. auch *J. Masing*, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, S. 2305 (2310 f.), gegen eine „Vollzentralisierung des Datenschutzes“.

6 *J. Masing*, SZ v. 9.1.2012, S. 10. Zur sekundärrechtlichen Grundrechtskonstitutionalisierung via Datenschutz bereits *U. Hufeld*, Die Binnenverwirklichung von Freiheit und Grundrechtsschutz in der Europäischen Union als Grundlage europäischer Glaubwürdigkeit, in: Müller-Graff (Hrsg.), Die Rolle der erweiterten Europäischen Union in der Welt, 2006, S. 285 (289 ff.).

7 Grundlegend zu den Unitarisierungsfaktoren in der Europäischen Union: *P.-C. Müller-Graff*, in: FS Reinhard Mußgnug, 2005, S. 311 (317 ff.); *P. M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 2008, S. 190 ff.

8 Exemplarisch: EuGH v. 26.2.2013, C-399/11 (Melloni): Auslegung im Zeichen der Art. 47 und 48 Abs. 2 GRCh; EuGH v. 1.3.2011, C-236/09 (Unisextarife): Ungültigkeit des Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG wegen Verletzung der Art. 21, 23 GRCh; EuGH v. 9.11.2010, C-92/09 und C-93/09 (Schecke und Eifert): Ungültigkeit einzelner VO-Bestimmungen wegen Verletzung der Art. 7 und 8 GRCh.

## 1. Grundrechtsentfaltung und Grundrechtsschutz im Privatrecht

„Zu den konstituierenden Merkmalen des Urheberrechts als Eigentum im Sinne der Verfassung gehören die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber im Wege privatrechtlicher Normierung sowie seine Freiheit, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können. Im Einzelnen ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausgestaltung des Urheberrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen.“ – „Der Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Normen ist nicht auf Generalklauseln beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften.“

Beide Zitate entstammen dem *Cassina/Le Corbusier*-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Juli 2011.<sup>9</sup> Verweist die Wendung „Eigentum im Sinne der Verfassung“ auf Art. 17 GRCh? „Der Gesetzgeber“ jedenfalls, so zeigt sich im konkreten Fall, ist der Unionsgesetzgeber, „die Grundrechte“ sind in concreto die Unionsgrundrechte. Und als Beschwerdeführerin tritt eine italienische GmbH auf, die Cassina S.p.A. Welchen Beitrag leistet in dieser Lage ein mitgliedstaatliches Verfassungsgericht? Die Antwort lautet, verknappt: Das BVerfG bekräftigt und betont die grundrechtlichen Grundlagen des Urheberrechts (u. b), klärt die Rechtsschutzverantwortlichkeiten der Zivilgerichte und des EuGH (u. c), grenzt die Anwendungsbereiche der Grundrechte des Unionsrechts und des mitgliedstaatlichen Rechts ab (u. d), setzt sich als Hüter des materiellen Schutzniveaus und der judiziellen Arbeitsteilung ein (u. e) – eine paradigmatische Systematisierungs- und Konsolidierungsleistung unter der Voraussetzung, dass die italienische Kapitalgesellschaft in Deutschland das gleiche Recht auf Rechte hat wie eine deutsche GmbH (u. a).

### a) Das Muttergrundrecht der Union europäisiert Art. 19 Abs. 3 GG

Die Mutter aller Unionsgrundrechte ist die Grundfreiheit.<sup>10</sup> Sie ist nicht (nur) transnationale Integrationsnorm, sondern die erste aller supranationalen Legitimationsnormen. Sie ist keine hochgespiegelte Rückversicherungsfreiheit wie das EMRK-Recht, sondern originäre Freiheit, die es integrationsrechtlich gibt oder nicht gibt. Sie geht historisch zurück auf ein umfassendes Programm der Personalisierung, Liberalisierung und Universalisierung der prähistorischen Marktverkehrsfreiheit.<sup>11</sup> Sie ist heute „das“ Statusgrundrecht der gleich freien Unionsbürger.

<sup>9</sup> BVerfGE 129, 78 (101 f.).

<sup>10</sup> Der Satz bestreitet nicht die europarechtskategorialen Unterschiede zwischen Grundfreiheit und Grundrecht, betont aber die inzwischen erreichte Allgemeinheit und Selbstzweckhaftigkeit „der“ Grundfreiheit, ihre daraus erwachsene Legitimationskraft, kurz: ihre Freiheitlichkeit im Sinne klassischer Grundrechtlichkeit.

<sup>11</sup> Ausführlich U. Hufeld, Vom Wesen der Verfassung Europas, JöR 59 (2011), S. 462 ff. (Nachw.).

Erst in der Verknüpfung mit der Unionsbürgerschaft hat sich die Grundfreiheit endgültig emanzipiert von der herkömmlichen Marktbürgerfreiheit hin zur universalen Bürger- und Personenfreiheit. Damit war der Weg frei für die Europäisierung des Art. 19 Abs. 3 GG, der keineswegs nur Markt- und Kaufmannsrechte in Bezug nimmt. Mehr als 50 Jahre nach Inkrafttreten der Römischen Verträge stellt das BVerfG fest, dass der Integrationsgesetzgeber mit der vertraglichen Zustimmung „zu den Vorläuferregelungen zu Art. 18 AEUV und zu den Grundfreiheiten“ eine „Anwendungserweiterung des Art. 19 Abs. 3 GG auf juristische Personen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union“ herbeigeführt hat:<sup>12</sup> Integrationsgesetzgebung als Verfassungsänderung ohne Textänderung<sup>13</sup> mit der Folge, dass allen „juristischen Unionsbürgern“ auch im Verfassungsraum des Grundgesetzes die gleichen ökonomischen und nicht-ökonomischen Freiheiten<sup>14</sup> zukommen wie den „inländischen“ juristischen Personen.

In der *Cassina/Le Corbusier*-Konstellation drängt sich allerdings die Frage auf, welche Verfassungsposition die italienische Kapitalgesellschaft *Cassina* hinzugewinnt. Wenn und weil ihr Urheberrecht, die Verbreitung von *Le Corbusier*-Designmöbeln zu kontrollieren, vollständig – ohne Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten – auf der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG<sup>15</sup> beruht, steht ihr ein unionsrechtlich fundiertes subjektives Eigentumsrecht zu („Verbreitungsrecht“). Hilft es dann *Cassina* noch, „Trägerin von Grundrechten des Grundgesetzes einschließlich des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG zu sein“<sup>16</sup>? Hat das BVerfG eine Tür geöffnet, die in die Obhut des Grundgesetzes führt, oder eine Drehtür auf dem Weg in das unionsgrundrechtliche Obdach?

### b) Die grundrechtliche Basis des Urheberrechts

Das BVerfG hat beide Türen geöffnet in einem Rechtsschutzdesign, das seinerseits urheberrechtlichen Schutz verdient. Der Erste Senat öffnet im *Cassina*-Fall den „Gestaltungsraum“<sup>17</sup> des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, der den Normgeber verpflichtet, Inhalt und Schranken des Eigentums „auszugestalten“ (Eigentum als „normgeprägtes Grundrecht“) – die Tür dreht sich aber in den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 2 GRCh („Geistiges Eigentum wird geschützt“), weil der streitentscheidende § 17 UrhG für das Verbreitungsrecht des Urhebers „gestalterisch“ nichts beiträgt, lediglich Richtlinienrecht abbildet. Und doch führt zugleich eine Tür in den Grundrechtsraum des Grundgesetzes, und damit bleibt das BVerfG als Verfassungsbe-

12 BVerfGE 129, 78 (99 f.).

13 U. Hufeld, Europäische Integration und Verfassungsänderung, in: von Arnould/Hufeld (Hrsg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2011, S. 25 ff.

14 Grundrechtlicher Status der juristischen Person: J. Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 199 Rn. 87 ff.

15 Art. 4 Abs. 1: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern in Bezug auf das Original ihrer Werke oder auf Vervielfältigungsstücke davon das ausschließliche Recht zusteht, die Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise zu erlauben oder zu verbieten.“

16 BVerfGE 129, 78 (94).

17 BVerfGE 129, 78 (101).

schwerde-Gericht Hüter des – so oder so, im Lichte des Art. 14 GG oder des Art. 17 GRCh – grundrechtsbasierten Urheberrechts.

Unter allen Umständen figuriert das BVerfG als Türhüter, der den Eintritt in das Gesetz nicht verweigert. Mit dem *Cassina*-Beschluss setzt sich das Gericht als Hüter der Drehtür ein. Das Fachgericht, das sich *unionsrechtlich* gebunden sieht, wird gleichwohl *verfassungsrechtlich* verpflichtet, die *unionsgrundrechtliche* Basis des Urheberrechts zu rekapitulieren, bei Zweifeln ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV einzuleiten:

„Eine Vorlage kann aus grundrechtlicher Sicht insbesondere dann erforderlich sein, wenn das Gericht Zweifel an der Übereinstimmung eines europäischen Rechtsakts oder einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs [sic!] mit den Grundrechten des Unionsrechts, die einen den Grundrechten des Grundgesetzes entsprechenden Grundrechtsschutz gewährleisten, hat oder haben muss.“<sup>18</sup>

Diese Inpflichtnahme der Zivilgerichtsbarkeit setzt allerdings eine *grundrechtliche Konstitutionalisierung* des Urheberrechts voraus. Das im Urhebergesetz ausgestaltete oder, richtlinienrechtlich determiniert, umgesetzte „Recht des Urhebers, die Verbreitung von Vervielfältigungsstücken seines Werks zu kontrollieren, stellt Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG dar“. Doch die „Eigentumsgarantie gebietet nicht, dem Urheber jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen“.<sup>19</sup> Das Urheberrecht muss auch „konkurrierende Grundrechtspositionen“<sup>20</sup> bedenken – der Gesetzgeber muss *Cassinass* Verbreitungsrecht ebenso optimieren wie die unternehmerische Freiheit von Hoteliers<sup>21</sup> oder *Peek & Cloppenburgs*,<sup>22</sup> Hotelzimmer oder Ruhezonen für Kunden prestige- und preiserhöhungs-trächtig mit *Le Corbusier*-Möbeln auszustatten („praktische Konkordanz“). Auf dieser grundrechtlichen Basis wachsen der staatlichen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit Maßstäbe zu, die in der europäischen Konstellation die an den EuGH adressierte Äquivalenzerwartung bestimmen.

### c) Das Verbot der Dekonstitutionalisierung durch Europäisierung

Konfrontiert mit einer Klage nach dem *Cassina*-Muster, schuldet das Zivilgericht eine Auslegung des Verbreitungsrechts (§ 17 UrhG) im Zeichen doppelter Richtlinienkonformität. Zunächst ist das nationale Umsetzungsgesetz (UrhG) nach Maßgabe der europäischen Urheberrechtsrichtlinie auszulegen; Umsetzungsspielräume sind „grundgesetzkonform auszufüllen“: „Die Fachgerichte müssen den Einfluss der Grundrechte bei der Auslegung zivilrechtlicher Vorschriften des nationalen

18 BVerfGE 129, 78 (104).

19 Beide Zitate: BVerfGE 129, 78 (101).

20 BVerfGE 129, 78 (102).

21 Vgl. KG v. 30.4.1993, GRUR 1996, 968.

22 Vgl. BGH v. 5.10.2006, GRUR 2007, 50; EuGH v. 17.4.2008, C-456/06 (*Peek & Cloppenburg*./ *Cassina* S.p.A.); BGH v. 22.1.2009, GRUR 2009, 840.

Rechts, die unionsrechtlich nicht oder nicht vollständig determiniert sind, zur Geltung bringen“<sup>23</sup> – das ist der Residualraum der verfassungskonformen Auslegung. Diese tritt indessen restlos hinter der richtlinienkonformen Auslegung zurück,<sup>24</sup> wenn das Unionsrecht den Umsetzungsspielraum auf Null reduziert. Soweit aber die Richtlinie determiniert, steht und fällt der Rechtsschutz aufseiten *Cassinass* ebenso wie aufseiten *Peek & Cloppenburgs* mit der Haltbarkeit der Richtlinie am Maßstab der beiderseits einschlägigen Unionsgrundrechte (Art. 17 Abs. 2, Art. 16 GRCh). Determinierende Kraft kann nur die ihrerseits grundrechtskonforme – gültige und grundrechtskonform ausgelegte – Richtlinie entfalten. Die doppelte Richtlinienkonformität führt zu dieser rechtsschutzföderalen Arbeitsteilung zwischen der staatlichen Fachgerichtsbarkeit und der (europäischen und mitgliedstaatlichen) Verfassungsgerichtsbarkeit:

„Die Auslegung unionsrechtlicher Sekundärrechtsakte obliegt auf nationaler Ebene zuvörderst den Fachgerichten. Diese haben dabei gegebenenfalls die Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV – auch in Bezug auf den Schutz der Grundrechte – in Betracht zu ziehen. Halten die Fachgerichte eine vollständige Bindung durch das Unionsrecht ohne Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof für eindeutig, unterliegt dies der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht. Hierbei ist es nicht auf eine bloße Willkürkontrolle beschränkt. Denn mit der Feststellung oder Verneinung eines unionsrechtlichen Umsetzungsspielraums wird zunächst durch die Fachgerichte darüber entschieden, ob Grundrechte des Grundgesetzes berücksichtigt werden müssen und ob das Bundesverfassungsgericht nach seiner Rechtsprechung die Überprüfung nationaler Umsetzungsakte am Maßstab des Grundgesetzes zurücknimmt, solange die Europäische Union einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleisten, der nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im Wesentlichen gleichkommt.“<sup>25</sup>

Der Zivilgerichtsbarkeit wird der Weg in eine Dekonstitutionalisierung durch Europäisierung, der Rückzug aus der Rechtsanwendung „im Lichte der Grundrechte“<sup>26</sup> systematisch verstellt. Das Zivilgericht verletzt das Rechtsschutzrecht *des Grundgesetzes*, wenn es materiell oder prozedural die grundrechtliche Ausleuchtung vernachlässigt, insbesondere die zuständigen Beleuchter nicht einschaltet. So muss „zuvörderst“ das Fachgericht als Vorlagegericht, im Verfahren des Art. 267 AEUV, notfalls im Verfahren des Art. 100 Abs. 1 GG, das Äquivalenzversprechen des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG einfordern, das Versprechen, dass die Union „einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleis-

23 BVerfGE 129, 78 (103).

24 BVerfGE 129, 78 (105).

25 BVerfGE 129, 78 (103); vgl. auch BVerfGE 129, 186 (199) – Mühlenbetriebsinvestition.

26 Vgl. BVerfGE 129, 78 (102).

tet“. Damit wird das Verbot der Dekonstitutionalisierung auch und nicht zuletzt an den EuGH adressiert.

#### d) Das Universum der Unionsgrundrechte

Das Universum der Unionsgrundrechte dehnt sich mit dem Wachstum der Unionsgesetzgebung aus und verdrängt das Pluriversum der mitgliedstaatlichen Grundrechtskataloge. Unter materiell-rechtlichen Vorzeichen schrumpfen die staatlichen Grundrechte zu *Residualmaßstäben* in den noch verbleibenden „Umsetzungsspielräumen“. Sie bleiben aber latent bedeutsam als *Reservemaßstäbe*, soweit die Mitgliedstaaten grundrechtlichen Äquivalenzdruck aufbauen.<sup>27</sup> Im *Cassina*-Beschluss wird die „Solange“-Doktrin bestätigt<sup>28</sup> als Rückzug unter Äquivalenzvorbehalt. Jetzt zeigt sich, dass das BVerfG zwar konsequent „die Überprüfung nationaler Umsetzungsakte am Maßstab des Grundgesetzes zurücknimmt“, soweit der Grundrechtseingriff dem umzusetzenden Sekundärrechtsakt zuzurechnen ist, zugleich aber die Äquivalenzkontrolle ausbauen und veralltäglichen, normalisieren will, auch und gerade im Grundrechte-Dreieck *Cassina* – *Peek & Cloppenburg* – Hoheitsgewalt.

Damit freilich leistet das BVerfG der Ausdehnung des Universums weiter Vor-schub. Absichtsvoll deutet es die Urheberrechtsrichtlinie als gemeinschaftsprivatrechtliche Grundrechtsentfaltung und postuliert Grundrechtsschutz: sät europäische Grundrechtsdogmatik, um EuGH-Rechtsprechung im Grundrechte-Dreieck zu ern-ten. So mag Luxemburg anknüpfen an die Karlsruher Tradition der Konstitutionalisierung kraft objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte mit „Ausstrahlung“ in die Gesamtrechtsordnung. Auch in Straßburg fest etabliert, fügt sie sich in die europäische Konstellation ohne dogmatische Brüche ein; sie ist kein deutscher Sonderweg<sup>29</sup> – der *Cassina*-Beschluss forciert nur ihre längst eingeleitete Europäisierung.

#### e) Das BVerfG bleibt Hüter der Grundrechte

Das BVerfG befestigt seine Position als Grundrechte-Gericht nicht nur im Residualraum des „Umsetzungsspielraums“. Auch in der Zone der unionsrechtlich „vollharmonisierten Regelung“<sup>30</sup> übernimmt es einen Part als Hüter der Grundrechte, erfindet sich neu als Kontrolleur der prozeduralen Arbeitsteilung, der materiell-rechtlichen Grenzziehung und der Grundrechteäquivalenz. Die oben (sub c) zitierte Schlüsselpassage – BVerfGE 129, 78, 103 – kann als neuer Markstein gelten in der *Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and*

27 Polnischer Äquivalenzdruck: Urt. des Verfassungsgerichtshofs v. 16.11.2011, SK 45/09, sub III 2; deutsche Übersetzung: [www.trybunal.gov.pl/sk4509\\_DE.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/sk4509_DE.pdf).

28 BVerfGE 129, 78 (103) mit Verweis auf E 73, 339 (Solange II), E 102, 147 (Bananenmarkt) und E 123, 267 (Lissabon).

29 W. Kahl, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 24 Rn. 31 (Nachw.); vgl. auch P. Cruz Villalón, in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, IPE Bd. I, 2007, § 13 Rn. 83 ff.; mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR A. Peters/T. Altwicker, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, § 2 Rn. 33 ff.

30 BVerfGE 129, 78 (107).

*National Constitutions*, die der FIDE-Kongress 2012 in Tallinn verhandelt hat: Größtes Gewicht legt das BVerfG auf die *Vermessung und Trennung der Räume*, des unionrechtlichen einerseits, des innerstaatlichen andererseits,<sup>31</sup> und beansprucht *verfassungsgerichtliche Vollkontrolle* über die fachgerichtliche, ohne Befassung des EuGH getroffene Entscheidung, „ob Grundrechte des Grundgesetzes berücksichtigt werden“.<sup>32</sup> Im Raum der Union und unter dem Regime der Unionsgrundrechte nimmt das BVerfG die Fachgerichtsbarkeit in die alltägliche Mitverantwortung für einen „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG). Von Verfassungen wegen ist das Fachgericht gehalten, das nationale Recht richtlinienkonform, die Richtlinie (oder Verordnung) unionsgrundrechtskonform auszulegen, unter Umständen den EuGH einzuschalten und mit der Auslegung des Sekundärrechtsakts oder des Unionsgrundrechts zu befassen. In dieser Prozedur erweist sich, ob „die Europäische Union einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleisten, der nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im Wesentlichen gleichkommt“.<sup>33</sup> Damit aber erfüllen die Grundrechte des Grundgesetzes – auch unter dem Regime der Unionsgrundrechte; auch für die Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Normen; auch im Urheberrechtsstreit zwischen *Cassina* und *Peek & Cloppenburg* – eine materielle Gewährleistungsfunktion; im (theoretischen) Grenzfall hat das Fachgericht in einer Vorlage (Art. 100 Abs. 1 GG) darzulegen, „dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist“,<sup>34</sup> dann kippt der Solange-Vorbehalt. Das BVerfG fungiert als Wächter über einen Rechtsschutzföderalismus, der den europäischen Grundrechte-Unitarismus begleitet und stärkt im Spiegel der unanwendbaren, gleichwohl maßstäblichen Grundrechte des Grundgesetzes.

## 2. Der unionsrechtliche Grundrechtseingriff und die Maßstäblichkeit der GRCh

Dass das Schutzniveau der Grundrechte in der Union dem überlieferten verfassungsstaatlichen Grundrechtsschutz entsprechen muss – auf der Linie der Äquivalenzdoktrin (Art. 2, Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) –, findet primärrechtliche Bestätigung auch in Art. 52 Abs. 4 GRCh: „Soweit in dieser Charta Grundrechte anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, werden sie im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt.“ Die Bedeutung des Art. 52 Abs. 4 GRCh als *Interaction*-Norm wird sich in Sachen Vorratsdatenspeicherung erweisen. Hier geht es um staatliche, jedoch den Staaten unionsrechtlich teils aufgebene (Speicherungs-

31 Mit allem Nachdruck, nach dem *Cassina*-Beschluss v. 19.7.2011, auch der Beschluss v. 4.10.2011, BVerfGE 129, 186 (199 f.) – Mühlenbetriebsinvestition; dazu U. Hufeld, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 24.

32 BVerfGE 129, 78 (103).

33 BVerfGE 129, 78 (103).

34 BVerfGE 102, 147 (LS 2) – Bananenmarkt.

pflicht der Diensteanbieter), teils nahegelegte (Datenabruf durch Sicherheitsbehörden), beispiellos drastische und weitreichende Grundrechtseingriffe.

Welchen Beitrag leisten in dieser Lage mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte? Die Antwort lautet, verknappt: Der Wiener Verfassungsgerichtshof entschleierte den in Karlsruhe allzu durchsichtig verschleierte Unitarisierungseffekt des Unionsrechts (u. a) und postuliert mit Karlsruhe eine gemeineuropäische Verständigung auf hohem Schutzniveau (u. b). Das BVerfG bringt gegen eine „Totalerfassung“ die Identitätsgarantie in Stellung, setzt damit absolute Grenzen, die weder der Unionsgesetzgeber noch der EuGH übersteigen kann (u. c).

#### *a) Auf der Suche nach den unionsrechtlichen Determinanten*

Wann immer wir das Internet nutzen, eine E-Mail schreiben, telefonieren, im Festnetz oder mobil, sollen die Diensteanbieter zwar nicht die Inhalte, aber die Verkehrs- und Standortdaten für mindestens sechs Monate speichern. Datenerfassung auf Vorrat, flächendeckende Speicherung, die jedermann täglich trifft – ohne Verdachtsmoment und ohne jeden Anlass –, geht zurück auf die Richtlinie 2006/24/EG vom März 2006.<sup>35</sup> Die Diensteanbieter fungieren als Hilfspersonen der Mitgliedstaaten.<sup>36</sup> Ob und unter welchen Voraussetzungen die Polizeibehörden auf die Daten zugreifen, entscheiden die Mitgliedstaaten. Das deutsche Umsetzungsgesetz von 2007<sup>37</sup> hat die verfassungsgerichtliche Kontrolle zwar grundsätzlich, nicht jedoch in seiner konkreten Ausgestaltung überstanden. Seither widersetzt sich die Bundesjustizministerin dem Gültigkeits- und Umsetzungsanspruch der Richtlinie.<sup>38</sup> Ob die Inpflichtnahme der Unternehmen und die daran anknüpfenden Masseneingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis aller Bürger – insoweit richtlinienrechtlich voll determinierte Grundrechtseingriffe – auf Normbefehl der Europäischen Union zum Normstandard und Normalzustand der europäischen Informationsgesellschaft werden, entscheidet sich grundrechtlich.

Den Wiener VerfGH „bestimmen sowohl Zweifel über die Auslegung der Grundrechte-Charta als auch Bedenken ob der Gültigkeit der Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung dazu, ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten“.<sup>39</sup> Damit konzentriert sich der jahrelange Streit um die Vorratsdatenspeicherung endlich auf die Frage nach den Direktiven des Art. 8 GRCh („Schutz personenbezogener Daten“) und der Vereinbarkeit der Richtlinie mit ihrer Maßstabsnorm. Und endlich erreicht die dringliche, aktuelle Frage das zuständige Gericht.

Demgegenüber hat sich das BVerfG auf die virtuelle Frage eingelassen, ob „eine“ sechsmonatige, vorsorglich anlasslose Speicherung mit Art. 10 und 12 GG vereinbar

35 RL 2006/24/EG v. 15.3.2006, Abl. L 105 v. 13.4.2006, S. 54.

36 BVerfGE 125, 260 (311); Anm. C. Ohler, JZ 2010, 626: „kompetenzielle Differenzierung zwischen privater Datenspeicherung und hoheitlicher Datenverwendung“.

37 Gesetz zur Neuordnung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21.12.2007, BGBl. I S. 3198.

38 Vertragsverletzungsverfahren Kommission/Deutschland: Rs. C-329/12.

39 Beschl. v. 28.11.2012, G 47/12-11 u.a., Rn. 28.

wäre, wenn der Gesetzgeber die Vorratsdatenspeicherung aus freien Stücken gewollt hätte.<sup>40</sup> Damit trat eine Fiktion, ein Gedankenexperiment, ein Konjunktiv an die Stelle realer parlamentarischer Willensbildung. Die Gültigkeit der Richtlinie sollte nicht von Belang, die Befassung des EuGH nicht veranlasst sein, weil die nationale Politik den zwingenden Teil der Richtlinie auch selbstbestimmt hätte beschließen können. Das hat sie aber nicht, sie hat sich, soweit determiniert, zu Recht in „normativer Unfreiheit“<sup>41</sup> gesehen, in der Gebundenheit an unionsrechtliche Imperative. So verknüpfte das BVerfG eine reale Normenkontrolle *im Umsetzungsspielraum* (Abruf von Daten) mit einer virtuellen *im determinierten Umsetzungsraum* (Speicherungspflicht), vielleicht in der Erwartung, dass die Bundesregierung ihrerseits eine Nichtigkeitsklage anstrengen mag gegen Substanz und Umsetzungsgebot der Richtlinie. Der virtuelle, verhohlene, gar ungewollte Grundrechtseingriff verträgt sich nicht mit dem Anliegen des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, der mit dem Zitat ein offenes und politisch reales Eingriffsbekenntnis verlangt. Mit guten Gründen hält das BVerfG die Fachgerichtsbarkeit an, die Zonen der determinierten und der umsetzungsfreien Normgebung penibel auszuloten (o. 1 c). Erst recht aber muss der Deutsche Bundestag Gewissheit haben, in welchem Umfang sein politischer Gestaltungsauftrag aufgehoben und determiniert, in einen legislatischen Anpassungsmodus überführt wird.

Jetzt aber, mit der Wiener Vorlage, stehen die unionsrechtlichen Determinanten in Frage, nicht allein die Richtlinie und ihre Vereinbarkeit mit Art. 8 GRCh (Vorlagefrage 1),<sup>42</sup> sondern auch und vor allem das Schutzniveau des Grundrechts. Der VerfGH will das europäische Grundrecht auf Datenschutz profiliert sehen. Dass die unionsgerichtliche Profilierung die unionsrechtliche Unitarisierung nach sich ziehen wird, setzt er mit dem Vorrang der Richtlinie voraus.<sup>43</sup> Den Ausschlag gibt die Verhältnismäßigkeitskontrolle, wesentlich bestimmt von der Vorentscheidung, ob die Verfolgung schwerer Straftaten Eingriffskosten jeder Höhe rechtfertigt, zu Lasten des Art. 8 GRCh. Der VerfGH meldet Bedenken an gegen die Speicherungsfrist, gegen den Umfang der Vorratsdatenspeicherung („Streubreite“) und wegen des Missbrauchsrisikos, zumal die Speicherung fast ausschließlich Personen treffe, „die keinerlei Anlass für die Datenspeicherung gegeben haben“.<sup>44</sup> Am Ende wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH über die unionsgrundrechtlich haltbaren Determinanten entscheiden, diese wiederum bestimmen den Grad der Unitarisierung.

40 BVerfGE 125, 260 (308 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

41 Vgl. BVerfGE 113, 273 (315) – Europäischer Haftbefehl.

42 Parallel: Vorabentscheidungsersuchen des High Court of Ireland v. 11.6.2012, Rs. C-293/12 (Digital Rights Ireland), mit Fragen zur Vereinbarkeit der Richtlinie mit Art. 21 AEUV, Art. 7, 8, 10 und 41 GRCh. Zusätzlich fragt der High Court, „inwieweit“ das nationale Gericht die nationalen Umsetzungsmaßnahmen am Maßstab der Charta zu prüfen habe.

43 Beschl. v. 28.11.2012, G 47/12-11 u.a., Rn. 36.

44 Beschl. v. 28.11.2012, G 47/12-11 u.a., Rn. 39–46.

*b) Reföderalisierung durch „Wahrung höherer Schutzniveaus“?*

Der Wiener Verfassungsgerichtshof stellt die Grenzfrage der sekundärrechtlich vermittelten Grundrechte-Unitarisierung (Vorlagefrage 2.4):

„Hat unter Berücksichtigung des Art. 52 Abs. 4 der Charta der Grundsatz der Wahrung höherer Schutzniveaus in Art. 53 der Charta zur Konsequenz, dass die nach der Charta maßgeblichen Grenzen für zulässige Einschränkungen durch Sekundärrecht enger zu ziehen sind?“

In der Vorlagebegründung verweist das Gericht auf die Datenschutzgrundrechte in Österreich, Polen und Deutschland, um mit der Frage zu spielen, „ob diese Rechte für den Fall, dass sie weitergehenden Schutz gewähren als Art. 8 Grundrechte-Charta, bei der Beurteilung von Handlungen der Mitgliedstaaten in Durchführung von Unionsrecht bzw. der Gültigkeit von Sekundärrecht den Schranken vorgehen, die sich aus der Grundrechte-Charta selbst ergeben“.<sup>45</sup> Diese Überlegungen gehen ersichtlich auf die strategische Absicht zurück, den EuGH für eine einheitliche Auslegung auf hohem, höchstem Niveau zu gewinnen. Dass der EuGH die „Schutzniveau“-Klausel des Art. 53 GRCh als Hebel der Reföderalisierung einsetzen wird, ist unvorstellbar. Er wird sie umgekehrt – auf der Linie der „Einklang“-Klausel des Art. 52 Abs. 4 GRCh – als Schleusennorm der rücksichtsvollen Unitarisierung nutzen und eine gemeineuropäische Auslegung des Art. 8 GRCh etablieren, in der die Mitgliedstaaten ihre Datenschutzgrundrechte wiedererkennen.<sup>46</sup>

Der EuGH wird keine Mühe haben, den absichtsvoll mit überschießender Kraft geführten Angriff des VerfGH abzufangen und den europäischen Datenschutz zwischen Wien und Karlsruhe einzupendeln. Der EuGH kann die Richtlinie in Sicherheit bringen – mit dem Urteil des BVerfG, das der VerfGH für sich reklamiert,<sup>47</sup> als Legalitätsanker. Das BVerfG hat überzeugend ausbuchstabiert, unter welchen Voraussetzungen eine Vorratsdatenspeicherung grundrechtskonform durchgesetzt werden kann. So wird der EuGH oder, je nach Tenor seines Urteils, der Unionsgesetzgeber in einem zweiten Anlauf von der virtuellen Normenkontrolle in Karlsruhe profitieren: „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die gesetzliche Ausgestaltung einer solchen Datenspeicherung dem besonderen Gewicht des mit der Speicherung verbundenen Grundrechtseingriffs angemessen Rechnung trägt. Erforderlich sind hinreichend anspruchsvolle und normenklare Regelungen hin-

<sup>45</sup> Beschl. v. 28.11.2012, G 47/12-11 u.a., Rn. 50.

<sup>46</sup> Vgl. auch VerfGH, Beschl. v. 28.11.2012, G 47/12-11 u.a., Rn. 50 (Klammerzusatz dort): „Der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass im Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta zwar nicht ein einzelnes Grundrecht der Verfassung eines einzigen Mitgliedstaates maßgeblich sein und die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Charta-Grundrechts beseitigen kann (vgl. SA Bot, 2.10.2012, C-399/11, Melloni, Rn. 96 ff.). Wohl aber kann ein höheres Schutzniveau als jenes nach der Grundrechte-Charta, das sich aus einem wertenden Rechtsvergleich der Verfassungen der Mitgliedstaaten ergibt, maßgeblich sein und dazu zwingen, die einschlägige Garantie der Grundrechte-Charta so auszulegen, dass der Grundrechtsstandard der mitgliedstaatlichen Verfassungen nicht unterschritten wird.“

<sup>47</sup> Beschl. v. 28.11.2012, G 47/12-11 u.a., Rn. 45.

sichtlich der Datensicherheit, der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes.“<sup>48</sup>

Das Urteil *Melloni* vom 26. Februar 2013<sup>49</sup> demonstriert eindrucksvoll, dass „*der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts*“<sup>50</sup> keine Sollbruchstelle akzeptieren kann. Art. 53 GRCh entfaltet ausschließlich Vorwirkung in der Auslegung der Charta-Rechte, keine gegenläufige Kraft nach der Auslegung der vorrangigen Charta. Die *Melloni*-Dramaturgie in drei Akten lässt keinen Zweifel: Auslegung des Sekundärrechts – Auslegung der unionsgrundrechtlichen Maßstabsnorm – Zurückweisung jeglicher Reföderalisierung. Der dritte Akt kann in Zukunft ausfallen. Der Art. 53-Vorbehalt hat seinen Platz im zweiten Akt.<sup>51</sup>

### c) Absoluter Schutz vor „Totalerfassung“

Allerdings hat das BVerfG den Identitätsvorbehalt aktiviert, um jeden weiteren Ausbau der Vorratsdatenspeicherung zu unterbinden. Der Klammerzusatz im folgenden Zitat ist keine Hinzufügung, sondern wesentlicher Teil dieser Schlüsselpassage – explizite Rückanknüpfung an das Lissabon-Urteil<sup>52</sup> vom 30. Juni 2009:

„Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland (vgl. zum grundgesetzlichen Identitätsvorbehalt BVerfG, Urt. des Zweiten Senats vom 30.6.2009 Rn. 240), für deren Wahrung sich die Bundesrepublik in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss. Durch eine vorsorgliche Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten wird der Spielraum für weitere anlasslose Datensammlungen auch über den Weg der Europäischen Union erheblich geringer.“<sup>53</sup>

Der Identitätsvorbehalt<sup>54</sup> markiert die Zone der absoluten Unverfügbarkeit. Das Lissabon-Urteil definiert sie im Rekurs auf Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V. mit Art. 79 Abs. 3 GG als „unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität“.<sup>55</sup> In dieser Zone der schlechthin unübertragbaren Kompetenzen kann es keine Kompromisse geben. An den Kerngehalt kann innerstaatlich niemand rühren, auch der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht. Und was dieser selbst nicht vermag, kann er auch nicht zum Gegenstand einer Integrationsgesetzgebung und Integrationsermächtigung umwidmen. Deutschlands Tabuzone ist änderungs- und deshalb auch integrations-

48 BVerfGE 125, 260 (LS 2).

49 EuGH, Große Kammer, C-399/11.

50 EuGH v. 26.2.2013, C-399/11 (*Melloni*), Rn. 60.

51 Vgl. EuGH v. 26.2.2013, C-399/11 (*Melloni*), Rn. 50: Abgleich der Auslegung (hier: der Art. 47 und 48 Abs. 2 GRCh) mit der EMRK. Zutreffend kritisiert *W. Weiß*, Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, EuZW 2013, S. 287 (291 f.), dass die Prüfung der Vereinbarkeit des Art. 4a Haftbefehlsrahmenbeschluss mit der GRCh knapp ausgefallen sei und die Grundrechtsgeltung „legislativen Funktionslogiken“ zu unterliegen scheine.

52 BVerfGE 123, 267.

53 BVerfGE 125, 260 (324).

54 Ausführlich *U. Hufeld*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 65 ff. (Nachw.).

55 BVerfGE 123, 267 (353 f.).

fest. Unübertragbare Kompetenzen sind „unmögliche Kompetenzen“, die sich die Mitgliedstaaten ihrerseits nicht beschaffen und deshalb einem anderen Hoheitsträger auch nicht verschaffen können. Für diesen Verbotsfall steht paradigmatisch die Totalerfassung durch Datenspeicherung: Sie könnte auch nicht im Wege der Verfassungsänderung ermöglicht werden, weder innerstaatlich (etwa nach dem Muster der akustischen Überwachung von Wohnungen, Art. 13 Abs. 3 GG) noch integrationsgesetzlich; die Kompetenzverschaffung wäre unvereinbar mit Art. 79 Abs. 3 GG, die Inanspruchnahme der Kompetenz zugleich ein *Ultra vires*-Akt.

Insoweit dürfte es freilich quer durch Europa einen – auch vom EuGH geteilten – Konsens geben über „unmögliche Grundrechtseingriffe“. Die Reaktion des EuGH auf die „Solange“-Rechtsprechung bestand darin, dass er sein Wächteramt ausfüllt in der Durchsetzung eines gemeineuropäischen Grundrechtsstandards. Er ist in der Grundrechtsgewährleistung nicht mehr bedrängte Instanz, die überredet werden muss, eine Äquivalenzerwartung zu erfüllen. Er ist aufgestiegen zu einem Komplementärkontrollleur, der seinerseits die Mitgliedstaaten an der Äquivalenzdoktrin festhält – der sich seinerseits dem „vermeintlich absoluten Vorrang der Resolutionen des Sicherheitsrats“ widersetzt<sup>56</sup> und Grundrechte als europäische „Verfassungsgrundsätze“ stark macht.<sup>57</sup> Der Kadi-Fall<sup>58</sup> hat sich als Grenzbelastungsprobe erwiesen, die dem EuGH Gelegenheit gab, einen unionsrechtlichen Identitätsvorbehalt auszuprägen. „Damit hat der Gerichtshof in einem Grenzfall die Selbstbehauptung eigener Identität als Rechtsgemeinschaft über die ansonsten respektierte Bindung gestellt“, konstatiert wiederum das BVerfG im Lissabon-Urteil.<sup>59</sup> Auch dessen Urteil zur Vorratsdatenspeicherung macht bewusst, dass das absolute Verbot des „unmöglichen Grundrechteingriffs“ und die Gewährleistung des Verbots in einer Identitätskontrolle ein gemeineuropäisches Anliegen ist. Man darf vom Gerichtshof erwarten, dass er – mit oder ohne Seitenblick auf die Standards der amerikanischen NSA – das Verbot der Totalerfassung des Bürgers durch Datenspeicherung für seinen Zuständigkeitsbereich aus Art. 1, 7 und 8 der Grundrechtecharta ableitet.

Georg Ress hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass „nationale Identität“ nicht mehr nur national bestimmt wird. „Die nationale Identität artikuliert sich ... interpretatorisch in der gesamteuropäischen Rechtsordnung“ mit der Folge, dass die gerichtliche Kontrolle „nur im Zusammenwirken mit dem EuGH (Vorlagepflicht!) zulässig“ sei.<sup>60</sup> Zusammenwirken schließt aber Subalternisierung aus. Dem mitgliedstaatlichen Verfassungsgericht wird die eigenzuständige Interpretationshoheit

56 EuGH v. 3.9.2008, C-402/05 P (Kadi), Zitat: Rn. 305; vgl. auch EuGH v. 18.7.2013, C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P (Kadi II), Rn. 66 f., 131.

57 EuGH v. 3.9.2008, C-402/05 P (Kadi), Rn. 285, vgl. GA Maduro, Schlussanträge im Kadi-Verfahren v. 16.1.2008, C-402/05 P, Rn. 30: „Sollte der Gerichtshof die angefochtene Verordnung daher für nichtig erklären, weil sie gegen gemeinschaftliche Regeln zum Schutz der Grundrechte verstößt, ergibt sich aus der oben genannten Voraussetzung implizit, dass dann die Mitgliedstaaten keinesfalls die gleichen Maßnahmen, soweit diese in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fielen, erlassen könnten, ohne dabei die vom Gerichtshof geschützten Grundrechte zu verletzen.“

58 EuGH v. 3.9.2008, C-402/05 P (Kadi).

59 BVerfGE 123, 267 (401).

60 G. Ress, Der ausbrechende Rechtsakt, ZÖR 2009, S. 387 (391, 389, Klammerzusatz dort).

über die europäisierte, gleichwohl eigene Verfassungsidentität nicht bestritten, arg. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV. Das BVerfG hat sich im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung prinzipiell zur Vorlagepflicht bekannt<sup>61</sup> und die Mitverantwortung des EuGH vorausgesetzt: Beide Gerichte sind in der je eigenen Zuständigkeit auf Identitätskontrolle verpflichtet. Die potenzierte Vollkontrolle gewährleistet insbesondere den identitätsbestimmenden Schutz der Menschenwürde und der Freiheit, jener Werte, die der Union und allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind: Art. 2 EUV.

### 3. Unitarische „Durchführung“ und föderaler „Umsetzungsspielraum“

Der Rechtsschutzföderalismus in der Europäischen Union erklärt sich aus dem Nebeneinander von *zentraler* Rechtsetzung und *dezentraler* Rechtsanwendung (Verwaltung und Justiz), *zentraler* Rahmen- oder Erstgesetzgebung und *dezentraler* Umsetzungs- oder Fortsetzungsgesetzgebung. Unionsrechtlich determinierte Gesetze, Verwaltungsakte und Urteile nationaler Organe bleiben Staatsakte der Mitgliedstaaten (formelle Zurechnung), auch wenn Kriterien materieller Zurechnung auf eine Urheberchaft der Union verweisen. Das unionsrechtlich voll determinierte Urteil des Zivilgerichts (o. 1) und das teildeterminierte Umsetzungsgesetz des Bundesgesetzgebers (o. 2) sind Rechtsakte der deutschen öffentlichen Gewalt. Deren Gebundenheit an Verfassung, Recht und Gesetz schließt allerdings das Unionsrecht mit ein. Die Öffnung der staatlichen Rechtsordnung betrifft fundamental Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG, führt zu einem *europäisierten Legalitätsprinzip*, das nicht zuletzt an Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh bindet, jene Norm der Charta, die das vormals einheitliche Regime aufteilt und an die Stelle der „nachfolgenden Grundrechte“ (Art. 1 Abs. 3 GG) partiell die vorstehenden (Art. 1–50 GRCh) treten lässt. Die deutschen Staatsorgane entsprechen der Äquivalenzzusage des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, wenn sie die Gebundenheit an Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh mit der gleichen Konsequenz gewährleisten wie jene an Art. 1 Abs. 3 GG. Das ist heikel in der mitgliedstaatlichen „Umsetzung“, in der Formulierung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh „*bei der Durchführung des Rechts der Union*“:

- In der kombinatorischen Umsetzung mit „zwingendes Unionsrecht umsetzendem nationalem Recht“<sup>62</sup> und politischer Zutat ist *der Gesetzgeber*<sup>63</sup> partiell Werkzeug, Durchführungsgesetzgeber i.S. des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh. Seine Bindung an die Unionsgrundrechte löst er ein, indem er sich als Erstinterpret des Unionsrechts Gewissheit verschafft über die Determinanten, die ihn auf richtlinien- und unionsgrundrechtskonforme Umsetzungs- und Anpassungsgesetzgebung verpflichten. In der Erstinterpretation vergewissert er sich zugleich der Reichweite des „Umsetzungsspielraums“, in dem er den Grundrechten des Grundgesetzes folgt. Umsetzungsspielraum-Gesetze sind „an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen, weil sie nicht durch Unionsrecht determiniert

61 BVerfGE 125, 260 (308).

62 BVerfGE 129, 186 (198) – Mühlenbetriebsinvestition.

63 Zur binnenföderalen Umsetzung *Th. Ehrbeck*, Umsetzung von Unionsrecht in föderalen Staaten, 2011.

sind“.<sup>64</sup> Bei Zweifeln an der unionsgrundrechtlichen Konformität der zwingenden Vorgabe sieht sich der Bundestag auf seine Mitwirkungsrechte aus Art. 23 Abs. 2 GG<sup>65</sup> zurückgeworfen. Seine legislative Korrekturkompetenz hat er mit der Gesetzgebungszuständigkeit verloren, auch ein Substitut für sein Normenkontrollrecht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) fehlt; eine eigene parlamentarische Grundrechtsverletzungsklage nach dem Muster der Subsidiaritätsklage (Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll) wäre folgerichtig und sinnvoll.

- *Die Bundesregierung* nimmt ihre Verantwortung aus Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh wahr, wenn sie Zweifel an der „Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte“ (Art. 263 Abs. 1 AEUV) aufgreift und im Wege der Nichtigkeitsklage die Prüfung der Determinanten am Maßstab der primärrechtlichen Charta (Art. 6 Abs. 1 EUV) herbeiführt. Sie kann allenfalls in Grenzsituationen von einer Umsetzungsinitiative (Art. 76 Abs. 1 GG) vorläufig absehen. Ihrer Primärverantwortung für die Unionsgrundrechte kommt sie in den Organen der Union nach. *Die Verwaltung*, gleichermaßen verpflichtet auf Bewirkung und Rechtsschutz, entscheidet im Anwendungsrisiko.<sup>66</sup> Ihr steht das Vorlageverfahren des Art. 267 AEUV nicht zur Verfügung, ihr bleibt nur, auf eine Nichtigkeitsklage der Bundesregierung hinzuwirken.
- *Die Fachgerichte* erfüllen „als funktionale Unionsgerichte“<sup>67</sup> eine Entflechtungsaufgabe im Zeichen des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh, indem sie den *determinierten Umsetzungsraum* und den *Umsetzungsspielraum* trennen. Sie „haben dabei gegebenenfalls die Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV – auch in Bezug auf den Schutz der Grundrechte – in Betracht zu ziehen“.<sup>68</sup> Die deutschen *Umsetzungsakte* (Gesetze, Vollzugsakte) im *Umsetzungsspielraum* sind ausschließlich den Grundrechten des Grundgesetzes verpflichtet, nicht zusätzlich den Unionsgrundrechten.<sup>69</sup> Historisch verbürgt,<sup>70</sup> drängt Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh nicht auf eine in sich widersprüchliche „Unitarisierung im Umsetzungsspielraum“, sondern, außerhalb der „Durchführung“, auf materielle Differenz. Deren Überwindung soll dem Unionsgesetzgeber vor-

64 BVerfG v. 24.4.2013, 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei, Rn. 88, NJW 2013, 1499 (1500); vgl. *D. Thym*, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, S. 889 (892): „Trennungsthese“.

65 Leitentscheidung: BVerfGE 131, 152 – ESM/Euro-Plus-Pakt. Dazu *L. Saberzadeh*, Art. 23 Abs. 2 GG im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, in: Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften, 2013.

66 Näher *U. Hufeld*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 15–19 (Nachw.).

67 *P. M. Huber*, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofes zu den nationalen Gerichten, in: HGR, Bd. VI/2, § 172 Rn. 11 ff.

68 BVerfGE 129, 78 (103) – Cassina/Le Corbusier; BVerfGE 129, 186 (199 f.) – Mühlenbetriebsinvestition.

69 *Th. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV/GRCh, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRCh Rn. 12. Dagegen für Doppelanwendung sowohl der Unionsgrundrechte als auch der deutschen Grundrechte *R. Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV/GRCh, 2. Aufl. 2012, Art. 51 GRCh Rn. 7; *N. Matz-Lück*, Europäische Rechtsakte und nationaler Grundrechtsschutz, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, S. 161 (195–201); *C. Walter/A. von Ungern-Sternberg*, Piratenbekämpfung vor Somalia, DÖV 2012, S. 861 (863), für den Fall, dass „Maßnahmen, die in einer Gemeinsamen Aktion der GASP vorgesehen sind, von den Mitgliedstaaten vorgenommen werden“, jedoch „den Mitgliedstaaten hierbei ein eigenständiger Entscheidungsspielraum verbleibt“.

70 *H.-P. Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV/GRCh, 2012, Art. 51 GRCh Rn. 2 ff., 8 f.; *H.-J. Rabe*, Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten, NJW 2013, S. 1407 (1408).

behalten bleiben, der mit seinem Federstrich Rechtseinheit herstellen, mit dem auch grundrechtseinheitlichen *Gemeinschaftsrecht* das Partikularrecht überschreiben kann; ansonsten „gewährt er Gestaltungsfreiheit und verzichtet auf das Postulat der Einheitlichkeit“. <sup>71</sup>

- *Das Bundesverfassungsgericht* hält die Grundrechte des Art. 1 Abs. 3 GG als Reservemaßstäbe (o. II 1 d) zurück und gibt „auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG“ <sup>72</sup> den Raum frei für die GRCh – droht indessen mit Vollkontrolle, wenn die Fachgerichte ohne Rückversicherung im Vorabentscheidungsverfahren das Umsetzungsgesetz entflechten. <sup>73</sup> *Interaction* als Verfassungsfrage: Der Anwendungsbereich des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und der Residualraum des Art. 1 Abs. 3 GG werden unter verdoppelter verfassungsgerichtlicher Kontrolle vermessen, um zu konkurrenzlos anwendbaren Maßstäben zu finden. Zugleich reduziert das BVerfG die eigene Vorlagepflicht auf Verfahren der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, über die es allein zuständig ohne fachgerichtlichen Vorlauf entscheidet. Hier übernimmt das BVerfG die Entflechtungsaufgabe und teilt sich mit dem EuGH die Grundrechtskontrollgerichtsbarkeit, wenn es nicht in eine virtuelle Normenkontrolle flüchtet (o. II 2 a).

„Durchführung“ (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh) und „Umsetzungsspielraum“ (BVerfG) erweisen sich als Kontrastbegriffe. In der „Durchführung“ bleiben die Mitgliedstaaten dem unitarischen Prinzip verpflichtet. Soweit sie zwingendes Unionsrecht fort- und durchsetzen, handeln sie, strafrechtlich betrachtet, als Tatmittler – für den notwendig einheitlichen Schutz vor der Tatherrschaft der Union sorgen die Unionsgrundrechte (o. II 1 und, für den unionsrechtlich determinierten Bereich der Vorratsdatenspeicherung, o. II 2). Im „Umsetzungsspielraum“ schützen die staatlichen Grundrechte differenziert vor der je eigenen Tatherrschaft der Mitgliedstaaten; die nicht zwingenden, auf offene Umsetzung angelegten Anstiftungsbeiträge der Union müssen für sich genommen wiederum den Unionsgrundrechten entsprechen, diese dringen aber nicht in den Umsetzungsspielraum vor.

Im Urteil *Åkerberg Fransson* vom 26. Februar 2013 <sup>74</sup> entzieht sich der Gerichtshof einer Unterscheidung nach Maßgabe der Tatherrschaft. Bedenkenlos knüpft er an seine alte Rechtsprechung seit ERT (1991) an. <sup>75</sup> Der Unterscheidungsbegriff „Durchführung“ (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh) wird überspielt. An seine Stelle treten die unterscheidungsschwachen Wendungen „Bereich“ („Geltungsbereich“, „Anwendungsbereich“), „unionsrechtlich geregelte Fallgestaltung“ oder „erfasste Situation“ und endlich, im Fall *Åkerberg Fransson* ausschlaggebend, der schlichte

71 N. Matz-Lück, Europäische Rechtsakte und nationaler Grundrechtsschutz, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, S. 161 (193).

72 BVerfGE 129, 186 (199) – Mühlenbetriebsinvestition.

73 BVerfGE 129, 78 (103) – Cassina/Le Corbusier.

74 EuGH, Große Kammer, C-617/10.

75 EuGH v. 26.2.2013, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 18–20. Zustimmung („konsequent und richtig“): W. Weiß, Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, EuZW 2013, S. 287 (288 f.).

„Zusammenhang“.<sup>76</sup> Determinanten, die den Mitgliedstaat in der „Durchführung“ als Tatmittler erscheinen lassen, sollen offenkundig bedeutungslos werden.<sup>77</sup> Das Bundesverfassungsgericht indessen will von der Offenkundigkeit nichts wissen. Mit seiner Entscheidung vom 24. April 2013 zur Antiterrordatei<sup>78</sup> drängt es dem EuGH eine verfassungskonforme Auslegung des *Åkerberg Fransson*-Urteils auf:

„Die angegriffenen Vorschriften sind schon deshalb an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen, weil sie nicht durch Unionsrecht determiniert sind. [...] Nichts anderes kann sich aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtsache *Åkerberg Fransson* ergeben. Im Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof darf dieser Entscheidung keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte. Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechtecharta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche. Vielmehr führt der Europäische Gerichtshof auch in dieser Entscheidung ausdrücklich aus, dass die Europäischen Grundrechte der Charta nur in „unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden“ (EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, C-617/10, Rn. 19).“<sup>79</sup>

### III. Rechtsschutzföderalismus im EMRK-Raum – Unitarisierung der Maßstäbe?

Die Frage nach einem materiellen Grundrechte-Unitarismus und dezentraler Durchsetzungsverantwortung bereitet im Raum der EMRK keine Schwierigkeiten, so scheint es: Die EMRK setzt die 47-fache, staatliche Verantwortung für den Schutz der Grundrechte voraus, anerkennt materielle Differenzen, kulturelle Unterschiede und Entscheidungsvarianten in einem „margin of appreciation“, garantiert letztlich

76 EuGH v. 26.2.2013, C-617/10 – *Åkerberg Fransson*, Rn. 16 ff., bes. Rn. 24: „... im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung von Mitteilungspflichten auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer“, Rn. 25 stellt auf die MwStSyst-RL ab und darauf, „dass jeder Mitgliedstaat verpflichtet ist, alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erhebung der gesamten in seinem Hoheitsgebiet geschuldeten Mehrwertsteuer zu gewährleisten“, Rn. 26 auf Art. 325 AEUV sowie auf die Mehrwertsteuermittel für den Haushalt der Union.

77 H. Rathke, Mangold Reloaded, JuWissBlog v. 5.3.2013, [www.juwiss.de/mangold-reloaded/](http://www.juwiss.de/mangold-reloaded/).

78 BVerfG, Erster Senat, 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499.

79 BVerfG v. 24.4.2013, 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei, Rn. 88 und 91 (mit weiteren, hier nicht mitzitierten Nachw.), NJW 2013, 1499 (1501). Über die Chancen einer „pragmatischen Annäherung von BVerfG und EuGH“: D. Thym, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, S. 889 (892 ff.).

nur Mindestschutz. „Ziel des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes ist nicht eine europaweite Rechtsvereinheitlichung.“<sup>80</sup> Wenn aber für den EMRK-Raum prozedural (Art. 35 Abs. 1 EMRK) und materiell ein Subsidiaritätsprinzip gilt, müssen gegenläufige Entwicklungen besonders zu denken geben. Wie souverän bestimmt der EGMR über das Niveau der Unitarisierung? Sein *Balko*-Urteil (u. 1) macht eine strukturell „unitarisierungsgeneigte“ Konstellation sichtbar, seine Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung (u. 2) hat die weitere Verfeinerung der Rezeptionsdogmatik veranlasst.

## 1. Grundrechtsentfaltung und Grundrechtsschutz im Privatrecht

Nicht *Balko* selbst, Kriminalhauptkommissar in der gleichnamigen RTL-Serie, wohl aber ein Schauspieler, der dank *Balko* und infolge seiner Verhaftung auf dem Münchner Oktoberfest öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zog, hat den Streit um die unitarische Kraft der EGMR-Rechtsprechung neu belebt. Der Konflikt zwischen der Axel Springer AG und dem prominenten Künstler, der seine Privatsphäre abzuschotten sucht, interessiert hier nicht in seinen Einzelheiten,<sup>81</sup> auch nicht als Einzelfall, sondern als altetablierter Justizkonflikt, der als solcher, als richter(recht)lich dominierte Konstellation eine zentrale Oberhoheit des EGMR begünstigt. Das erklärt sich aus der Dichte der EMRK-Kriterien (u. a) und führt zu einer Konstitutionalisierung (u. b), deren Intensität einer Änderung des Grundgesetzes zumindest nahekommmt (u. c).

### a) Konventionskriterien zwischen Pressefreiheit und Privatleben

Anders als dem EuGH, fehlt dem EGMR von vornherein das *Unitarisierungsinstrument Sekundärrecht* – es sei denn, er produziert es selbst. Für die eigentümliche Liaison zwischen Prominenten und Boulevardmedien hat der EGMR fixe „Kriterien“ entwickelt, Standards für den privatrechtlichen Standardkonflikt, der „im Lichte“ der Art. 8 und 10 EMRK entschieden wird unter Berücksichtigung (1) der Relevanz des Pressebeitrags „zu einer Debatte von allgemeinem Interesse“; (2) der „Bekanntheit der betroffenen Person“; (3) des „früheren Verhaltens der betroffenen Person“; (4) der „Art der Erlangung von Informationen und deren Wahrheitsgehalt“; (5) von „Inhalt, Form und Auswirkungen der Veröffentlichung“; (6) der „Schwere der verhängten Sanktion“ gegen den Beschwerdeführer.<sup>82</sup> Als Beschwerdeführer tritt der Prominente oder das Presseorgan auf, je nach Entscheidung des beschwerdegegnerischen Staates.

80 A. Nußberger, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 209 Rn. 20. U. Volkmann, Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung, JZ 2011, S. 835 (841 f.); „Mindeststandard“ und „letzte Rückversicherung gegen die Wiederkehr der Diktatur“; H. Landau/M. Trésoret, Menschenrechtsschutz im Europäischen Mehrebenensystem, DVBl. 2012, S. 1329 (1332).

81 EGMR, Urt. der Großen Kammer v. 7.2.2012 auf die Individualbeschwerde Nr. 39954/08, Rs. S. AG gegen Deutschland, vollständig unter [www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20120207\\_39954\\_08.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20120207_39954_08.html); Auszüge: GRUR 2012, 741.

82 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 89 ff.

In diesem Dreieck figuriert der Konventionsstaat als Schiedsrichter, der sich gehalten sieht, das EGMR-Abwägungsrecht auf den einzelnen Streitfall so anzuwenden, dass er „einen gerechten Ausgleich beim Schutz von zwei durch die Konvention garantierten Werten“ herbeiführt, „die in bestimmten Fällen kollidieren können“.<sup>83</sup> Der abstrakte Kriterienkatalog des EGMR kann sich schwerlich öffnen für staaten- oder kulturenindividuelle Besonderheiten, abgesehen vom Kriterium (2), der Beurteilung des Bekanntheitsgrades, „vor allem wenn es sich um eine hauptsächlich im Inland bekannte Persönlichkeit handelt“.<sup>84</sup> Das *Quasi-Sekundärrecht* der Konventionskriterien erreicht eine Regulierungsdichte, die ein Pressegesetzgeber kaum steigern kann.<sup>85</sup> Soweit pressegesetzliche Regeln des grundrechtskonformen Ausgleichs fehlen, wird dem Richter allerdings Ersatzgesetzgebung aufgedrängt. Wenn der EGMR seinerseits einen Konsens etabliert, ein Konsens wiederum den „margin of appreciation“ abschmilzt,<sup>86</sup> wächst unitarisches Abwägungsrecht heran – und damit die Versuchung des EGMR, in der Kontrolle des Schrankenregimes (Art. 8 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 EMRK) die Kontrolldichte zu verschärfen, um gegen alle Vorinstanzen „sein“ Recht zu schützen.

#### b) Kontrolldichte im Grundrechte-Dreieck

Im Balko-Verfahren stellte die Bundesregierung „nachdrücklich auf den Einschätzungsspielraum ab, der dem Staat im vorliegenden Fall zur Verfügung stehe“, postulierte einen „Korridor von Lösungen“ und verwies zusätzlich auf die innerstaatliche Arbeitsteilung zwischen Zivil- und Verfassungsgerichtsbarkeit: Die Entwicklung hin zu einer eigenen Abwägungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts sei „etwas abgebremst“ worden; daraus erkläre sich auch die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen des Landgerichts Hamburg, des Oberlandesgerichts Hamburg und des BGH zugunsten des Schauspielers.<sup>87</sup> Die Bundesregierung mobilisierte alle Argumente gegen eine Konstitutionalisierung im Übermaß: „Die Tendenz, auf nationaler Ebene die Kontrolldichte eines Verfassungsgerichts zurückzunehmen, müsse erst recht für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gelten.“<sup>88</sup>

Die Mehrheit der Großen Kammer hat sich das aus deutscher Konstitutionalisierungserfahrung geschöpfte argumentum a fortiori nicht zu eigen gemacht. Der Bekräftigung der sechs Abwägungskriterien folgt keine distanzierte Abwägungskontrolle, sondern eine eigene Abwägung, die jene der Hamburger Instanzgerichte überspielt.<sup>89</sup> Offen bleibt, wann das Gericht Distanz hält und wann es sich einschal-

83 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 84.

84 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 98.

85 Vgl. etwa EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 94: „Ferner kann das Ausmaß der Verbreitung der Berichterstattung und des Fotos auch von Bedeutung sein, je nachdem, ob es sich um eine überregionale oder regionale, auflagenstarke oder auflagenschwache Zeitung handelt.“

86 A. Nußberger, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 209 Rn. 21.

87 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 61–63.

88 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 63.

89 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 96 ff.

tet: „Haben die innerstaatlichen Instanzen die Abwägung dieser beiden Rechte in Übereinstimmung mit den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs niedergelegten Kriterien vorgenommen, bedarf es für den Gerichtshof gewichtiger Gründe, um die Ansicht der innerstaatlichen Gerichte durch die eigene zu ersetzen.“<sup>90</sup> Die gewichtigen Gründe werden nicht benannt.

Die Mehrheit der Großen Kammer stützte sich auf zwölf Stimmen. Fünf Richter widersetzten sich vergeblich, trugen aber ihre abweichende Meinung in die Öffentlichkeit. Der EGMR dürfe sich nicht zur „fünften Instanz“ erheben. Den deutschen Gerichten wird im Sondervotum bescheinigt, dass sie „alle maßgeblichen Aspekte der Sache sorgfältig abgewogen haben, mit dem Vorteil ihrer Kenntnis und ihres ständigen Kontakts zur sozialen und kulturellen Realität ihres Landes“. Die Kammer habe „die gleiche Abwägung wie die innerstaatlichen Gerichte vorgenommen“, sei „jedoch zu einem anderen Ergebnis gelangt“. „Aber genau hierin besteht nach seiner Rechtsprechung nicht die Aufgabe des Gerichtshofs“.<sup>91</sup>

### c) EMRK-Konstitutionalisierung als Verfassungsänderung?

Indessen gilt unter dem Grundgesetz, dass der „Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Normen“<sup>92</sup> den „Korridor von Lösungen“<sup>93</sup> im Privatrecht offenhält; es ist „nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts, den Zivilgerichten vorzugeben, wie sie im Ergebnis zu entscheiden haben“.<sup>94</sup> Der EGMR verändert die Statik, verschiebt die Grenzen zwischen Verfassungsrecht und Privatrecht, zwischen Verfassungs- und Zivilgerichtsbarkeit, wenn er unter grundrechtlichen Vorzeichen den Korridor strukturell verengt. Damit gerät er in Konflikt mit dem *Görgülü*-Verfassungsrecht, das im Rekurs auf Art. 1 Abs. 2 GG „eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung“ bejaht, auf die EMRK als „Auslegungshilfe“ jedoch unter Vorbehalt verpflichtet derart, dass die deutschen Gerichte „die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden“ haben, „soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt“.<sup>95</sup>

EMRK-Recht kann gerade im Widerstreit privatrechtlicher Positionen die grundrechtlichen Akzente verschieben, auslegungsvermittelt, nicht aber verfassungsändernd.<sup>96</sup> Der EMRK-Rezeption über Art. 1 Abs. 2, Art. 59 Abs. 2 GG fehlt die Revisionsgewalt, über die der Integrationsgesetzgeber mit Rückhalt in Art. 23 Abs. 1 GG verfügt (o. II 1 a). Die Konvention erhebt Anspruch auf Beachtung, nicht jedoch

90 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 88.

91 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08, abweichende Meinung des Richters *López Guerra*, dem sich die Richter *Jungwirth*, *Jaeger*, *Villiger* und *Poalelungi* angeschlossen haben.

92 BVerfGE 129, 78 (102) – Cassina/Le Corbusier.

93 Vortrag der Bundesregierung, EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 62.

94 BVerfGE 129, 78 (102) – Cassina/Le Corbusier.

95 BVerfGE 111, 307 (328 f.) – *Görgülü*.

96 C. *Walter/A. von Ungern-Sternberg*, Piratenbekämpfung vor Somalia, DÖV 2012, S. 861 (865 ff.).

einen formellen Vorranganspruch; kraft ihrer „Leitfunktion“<sup>97</sup> entfaltet sie ihre dirigierende, unitarisierende Wirkung in den Grenzen methodischer Verfassungenauslegung, kann aber das erste und „letzte Wort“ der deutschen Verfassung<sup>98</sup> nicht brechen. „Das rezipierte Völkerrecht determiniert nicht das ranghöhere Verfassungsrecht.“<sup>99</sup> Das *Balko*-Urteil des EGMR respektiert den verfassungsrechtlich gewollten „Korridor von Lösungen“ im Obersatz,<sup>100</sup> verdrängt aber im Korridor die zivilgerichtliche Lösungskompetenz in einem *overdrive* der Grundrechtskonstitutionalisierung.

## 2. Der staatliche Grundrechtseingriff und die Maßstäblichkeit der EMRK

Nicht ohne Erleichterung hat *Christoph Grabenwarter*, Richter am österreichischen Verfassungsgerichtshof, vermerkt, in Karlsruhe sei nach der Jahrhundertwende die Einbeziehung der EMRK in die verfassungsgerichtliche Grundrechtsprüfung salonfähig geworden und das Urteil zur Sicherungsverwahrung könne als Schlusspunkt einer Rechtsprechungsentwicklung angesehen werden.<sup>101</sup> So zieht die Entscheidung „Sicherungsverwahrung II“<sup>102</sup> – ersichtlich eine Korrektur des nur wenige Jahre zuvor ergangenen Urteils „Sicherungsverwahrung I“<sup>103</sup> – Aufmerksamkeit auf sich nicht nur in der prekären Sachfrage, sondern auch als erste Referenz für ein verallgemeinerungsfähiges *Interaction*- und Rezeptionsrecht. Die EMRK gehört in Deutschland zum Verfassungsrecht der Maßstäbe, ohne Verfassungsrecht zu sein.

### a) Die Schwere des Eingriffs und der Kampf um den Maßstab

„Jede gesellschaftliche Ordnung ist darauf angewiesen, sich vor gefährlichen Straftätern zu schützen.“<sup>104</sup> Mit diesem Satz leitete das BVerfG sein Urteil vom 5. Februar 2004 ein – in einer Unbefangenheit, die noch nicht die spätere Entschlossenheit erkennen ließ, die *gefährliche Person* in der Sicherungsverwahrung strikt zu unterscheiden vom *schuldigen Straftäter* im Strafvollzug. Ähnlich unbefangen operierte die verschärfende Rückwirkungsgesetzgebung der Jahre 1998 bis 2008. So geriet die deutsche Sicherungsverwahrung unter den Druck der Art. 5 und 7

97 BVerfGE 128, 326 (368) – Sicherungsverwahrung II; *U. Volkmann*, Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung, JZ 2011, S. 835 (836 f.).

98 BVerfGE 128, 326 (369) – Sicherungsverwahrung II.

99 *S. Talmon*, Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht, JZ 2013, S. 12 (16).

100 EGMR v. 7.2.2012, Nr. 39954/08 Rn. 87: „Diese Rechte [scil.: Art. 10, Art. 8 EMRK] verdienen in der Tat a priori dieselbe Beachtung.“

101 *Ch. Grabenwarter*, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 2012, S. 507 (513).

102 BVerfGE 128, 326.

103 BVerfGE 109, 133 – Sicherungsverwahrung I; zur Abkehr von dieser Entscheidung mit E 128, 326 – Sicherungsverwahrung II: *U. Volkmann*, Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung, JZ 2011, S. 835 (839 f.) unter der Überschrift „Grundsätzlicher Sinneswandel“. Über Folgeprobleme: *M. Eisenbarth/H. Ringhof*, Die Dauerobservierung ehemals sicherheitsverwahrter Sexualstraftäter – eine präventiv-polizeiliche Zwischenlösung, DVBl. 2013, S. 566.

104 BVerfGE 109, 133 (134) – Sicherungsverwahrung I.

EMRK<sup>105</sup> und griffen Betroffene jene Vorschriften an, die das Recht der Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff. StGB) „für einen bestimmten Personenkreis“<sup>106</sup> nachträglich – nach der Anlasstat – zu Ungunsten der Betroffenen geändert, die unbefristete Verlängerung der vormaligen Höchstfrist (zehn Jahre) und die nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung ermöglicht hatten.<sup>107</sup>

In dieser Lage holte das BVerfG zu einem „Befreiungsschlag“<sup>108</sup> aus. In seinem Urteil zur Sicherungsverwahrung vom 4. Mai 2011 bezeichnete es die Anordnung einer unbefristeten Freiheitsentziehung als „schweren – wenn nicht gar den schwersten vorstellbaren – Eingriff in das sachlich berührte Grundrecht auf Freiheit der Person“<sup>109</sup> (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), um das Rechtsinstitut insgesamt auf eine neue Grundlage zu stellen. Der Schlag sollte freilich weder die „Wertungen“ der EGMR-Rechtsprechung noch die Zweispurigkeit im Sanktionensystem des Strafgesetzbuchs (Strafen/Maßregeln der Besserung und Sicherung) beschädigen. Das Urteil trägt „den Wertungen Rechnung, die der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 7 Abs. 1 EMRK zugrunde liegen“,<sup>110</sup> distanziert aber radikal die Maßregel vom konventionsrechtlichen Begriff der Strafe und den Maßregelvollzug vom Strafvollzug; das Urteil postuliert Grundrechtsschutz auf der Linie des EGMR, jedenfalls ein Schutzniveau auf der Höhe der EMRK und demonstriert Eigenständigkeit in der Entfaltung des Maßstabs. In der Konkurrenz der Gerichte ein Unentschieden auf hohem (Schutz-)Niveau: BVerfG und EGMR haben sich wechselseitig derart konsequent angefeuert, dass sie die Idee der praktischen Konkordanz aller berührten Rechtsgüter perfektioniert und allenfalls denkbare „Spielräume“ des Vollzugsgesetzgebers und der Vollzugsverwaltung auf Null reduziert haben. Das neue *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung* vom 5. Dezember 2012<sup>111</sup> spiegelt nur mehr ein europäisiertes Verfassungsrichterrecht der Sicherungsverwahrung, das so dicht reguliert wie die Verwaltungsvorschrift einer Anstaltsleitung.

### b) Rezeptionsdogmatik: Abstand – Annäherung – Selbststand

Das BVerfG entwickelt präzise – ausdrücklich die Wertungen der EMRK präzisierend<sup>112</sup> – die folgenreichen Unterschiede<sup>113</sup> zwischen der *Freiheitsentziehung durch Sicherungsverwahrung* und *Strafe* (i.S. der EMRK). Das „Abstandsgebot“ ist materiell-rechtlich Dreh- und Angelpunkt der Sicherungsverwahrung, die sich nicht aus dem Schuldprinzip rechtfertigt, sondern „aus dem Prinzip des überwiegenden

105 EGMR, Urt. der Fünften Sektion v. 17.12.2009, EuGRZ 2010, 25.

106 Zur „Rückwirkungsproblematik“ (BVerfGE 128, 326 [389]) und Beurteilung im Lichte des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG ausführlich U. Hufeld, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 Abs. 1, Drittbearbeitung 2012, Rn. 140 ff., 161 ff. (Nachw.).

107 BVerfGE 128, 326 (401) – Sicherungsverwahrung II.

108 U. Volkmann, Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung, JZ 2011, S. 835 (839).

109 BVerfGE 128, 326 (390).

110 BVerfGE 128, 326 (378).

111 BGBl. I S. 2425.

112 BVerfGE 128, 326 (374).

113 BVerfGE 128, 326 (376 ff., 379 ff.).

Interesses“: „Anordnung und Vollzug sind nur dann legitim, wenn das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Freiheitsrecht des Betroffenen im Einzelfall überwiegt.“<sup>114</sup> In seiner heutigen Gebotsdichte ist es zugleich die Frucht der EMRK-Rezeption. Rezeptionsdogmatisch interessiert, wie das Gericht in Karlsruhe seinerseits Abstand hält vom Gerichtshof in Straßburg, sich zugleich rezeptionsoffen annähert, ohne den Selbststand der Grundrechtsdogmatik und seiner Rechtsprechung aufzugeben.

- Den *Abstand* markiert das BVerfG zunächst normenhierarchisch, verweist die EMRK auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung in den Rang, den sie mit ihrem Rechtsanwendungsbefehl (Art. 59 Abs. 2 GG) teilt, in den „Rang eines Bundesgesetzes“.<sup>115</sup> Der *Nachrang der EMRK* setzt auch ihrer „Heranziehung“<sup>116</sup> Grenzen. Das Grundgesetz widersetzt sich methodisch unvertretbarer Interpretation<sup>117</sup> und begrifflich-schematischer „Parallelisierung“,<sup>118</sup> etwa im Umgang mit dem Begriff „Strafe“. Wenn und weil hier „ein autonom gebildeter Begriff des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ in Rede steht, verbietet sich eine „unreflektierte Rezeption“.<sup>119</sup> Die reflektierte Rezeption findet statt „im Rahmen eines aktiven (Rezeptions-)Vorgangs“.<sup>120</sup>
- Die „Heranziehung“ der EMRK als „Auslegungshilfe“ ermöglicht dann aber doch *Annäherung*. Über Streitgegenstand und Reichweite der Rechtskraft im Einzelfall hinaus, wird der Rechtsprechung des EGMR „Orientierungs- und Leitfunktion“<sup>121</sup> zugebilligt. Das BVerfG sieht in Art. 1 Abs. 2 GG eine nicht programmatische, sondern normative „Maxime für die Auslegung des Grundgesetzes“, die allerdings bezogen bleibt auf einen „Mindeststandard“ und „Kernbestand an Menschenrechten“.<sup>122</sup>
- Rezeptionsdogmatik wird aus alledem aber erst in einer „Im Übrigen“-Hinzufügung, die sich für den grundrechtlichen Maßstab der Sicherungsverwahrung als Schlüsselpassage erweist, als beiläufige Neuerung:<sup>123</sup> Ort der „konventionsfreundlichen Auslegung“, Schleuse, die Rechtsprechung des EGMR „möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen“, wird „das Verhältnismäßigkeitsprinzip“.<sup>124</sup> Das führt zu einer

114 BVerfGE 128, 326 (374), dort mit Verweis auf E 109, 133 (159).

115 BVerfGE 128, 326 (367).

116 BVerfGE 128, 326 (368, 370, 372).

117 BVerfGE 128, 326 (371).

118 BVerfGE 128, 326 (370). *H. Landau/M. Trésoret*, Menschenrechtsschutz im Europäischen Mehrebenensystem, DVBl. 2012, S. 1329 (1332 f.).

119 BVerfGE 128, 326 (371).

120 BVerfGE 128, 326 (370), Klammerzusatz dort.

121 BVerfGE 128, 326 (368). *H. Landau/M. Trésoret*, Menschenrechtsschutz im Europäischen Mehrebenensystem, DVBl. 2012, S. 1329 (1331): „hierdurch faktisch ein Übersetzerang“ – eher freilich ein Berücksichtigungsrang unter Vorbehalt, auf Verfassungshöhe und von Verfassungsrechts wegen.

122 BVerfGE 128, 326 (369).

123 *Ch. Grabenwarter*, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 2012, S. 507 (513, 511): „Fortentwicklung“ an der „Schnittstelle zwischen Verfassungsrecht und EMRK“.

124 BVerfGE 128, 326 (371 f.).

gewiss offenen<sup>125</sup> und doch harten Dogmatik. *Das deutsche Grundrecht bleibt* in seiner begrifflichen Ausprägung, in seinem Kontext und mit seinen Schranken *Ausgangspunkt der Prüfung*; die Verhältnismäßigkeitsprüfung gewichtet Beschränkungsinteresse und Eingriffsintensität gleichermaßen, so dass die konventionsfreundliche (Höher-)Gewichtung des Art. 34-Individualbeschwerdeinteresses ebenso verlässlich garantiert werden kann wie die Berücksichtigung gegenläufiger Individual- oder Allgemeininteressen. Vor allem aber schützt der Rezeptionsstandort *das institutionelle Interesse des BVerfG* an einer rezeptionsfreundlichen sowohl wie -flexiblen „Heranziehung“. EMRK-Rezeption via Verhältnismäßigkeit schützt den Selbststand des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts.

### c) „Einpassung“ der EGMR-Rechtsprechung

Noch einmal: Die Rechtsprechung des EGMR sei, so das BVerfG, in die Verhältnismäßigkeitskontrolle „einzupassen“, „möglichst schonend“.<sup>126</sup> Wie die Einpassung unter Schonung eigener Dogmatik gelingen kann, demonstrierte der Zweite Senat bereits mit seinem Beschluss vom 20. Juni 2012 zur *vorbehaltenen* Sicherungsverwahrung.<sup>127</sup> Das strafrechtliche Institut wirkt der Prognoseunsicherheit bei Aburteilung der Anlasstat entgegen. Das Anlassurteil kann, vorausgesetzt, dass der Täter mit hoher Wahrscheinlichkeit für die Allgemeinheit gefährlich ist, die Anordnung der Sicherungsverwahrung auf einen späteren Zeitpunkt verschieben. Damit allerdings erhebt sich die Frage, ob die zweiaktig herbeigeführte Freiheitsentziehung i.S. der Konvention (Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK) und der EGMR-Rechtsprechung („the detention must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the conviction“) hinreichend direkt auf das Vorbehaltsurteil zurückgeht. Das BVerfG bejaht diese Frage, kann deshalb keinen unverhältnismäßigen Eingriff „unter Berücksichtigung der Wertungen der Konvention“ erkennen.<sup>128</sup> Der Kunstgriff besteht darin, dass der Senat eindrucksvoll ausführlich die EGMR-Judikatur rekonstruiert und daraus eine Straßburger *acte éclairé*-Rechtsprechung extrahiert. Die Konventionsnähe der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung wird evident, der EGMR müsste die Kontrolldichte maximieren, wenn er dem Evidenznachweis entgegentreten wollte. Eingebettet in eine umfassendere Verhältnismäßigkeitsprüfung,<sup>129</sup> bleibt letztlich offen, ob noch Auslegungsspielraum bestünde, um eines Tages wieder umzuwerten und eine gegenläufige EGMR-Rechtsprechung „aufzunehmen“.

125 Ch. Grabenwarter, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 2012, S. 507 (511.).

126 BVerfGE 128, 326 (371).

127 BVerfGE 131, 268.

128 BVerfGE 131, 268 (295).

129 BVerfGE 131, 268 (290–305).

### 3. EMRK-Rezeption: Aufwertung durch Aufnahme

Im Beschluss zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom Juni 2012 findet sich eine knappe Formel, Einstieg in eine Routine mit den zwei Rückverweisen auf Görög<sup>130</sup> und Sicherungsverwahrung II,<sup>131</sup> darin eingeschlossen das Bekenntnis „zur Aufnahme der Wertungen über das Verhältnismäßigkeitsprinzip“. Das ist die deutsche *Interaction*-Norm für das Verhältnis zwischen den Konventionsrechten und den Grundrechten des Grundgesetzes in einer auf Fortschreibung angelegten Kurzfassung, zusammengesetzt aus der Rangzuweisung „unter dem Grundgesetz“, dem „Heranziehungs“-Begriff „Auslegungshilfe“, der Ablehnung „schematischer Parallelisierung“ und der (Selbst-)Verpflichtung auf „ein Aufnehmen“ von „Wertungen, soweit diese methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist“.<sup>132</sup>

Diese Norm muss sich Völkerrechtsunfreundlichkeit nicht vorhalten lassen. Sie zieht allerdings eine Trennungslinie zwischen *Revision* und *Rezeption*. Die EMRK-Rezeption führt nicht zur Verfassungsänderung. Der Integrationsmodus des Art. 23 Abs. 1 GG – Integration durch Revision – wird auf den EMRK-Raum nicht erstreckt. Das „letzte Wort“ der Verfassung und des Bundesverfassungsgerichts geht in der Aufnahme des Unionsrechts auf Grenzen der Verfassungsänderung zurück, in der Aufnahme des EMRK-Rechts auf Grenzen der Verfassung. Dem Charakter der Konventionsfreiheiten als Rückversicherungsfreiheiten schadet diese Unterscheidung nicht. Die „Aufnahme der Wertungen“ bewirkt jedenfalls eine Aufwertung der Freiheit.

### IV. Unionsrechtliche EMRK-Rezeption

Die Unionsrechtsordnung entzieht sich nicht einem Grundrechte-Unitarismus im EMRK-Raum. Die Unionsgrundrechte sind doppelt verwurzelt in den Grundrechten „wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“ (Art. 6 Abs. 3 EUV). Von ihren Vorbildern haben sie sich ebenso emanzipiert, wie sie ihren Ursprüngen verbunden bleiben. Den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entsprechend,<sup>133</sup> öffnet sich das Unionsrecht dem Einfluss der EMRK als Rechtserkenntnisquelle für die interpretatorische Entfaltung der Grundrechte. Geleitet von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie den Gewährleistungen der EMRK können in der Unionsrechtsordnung keine Maßnah-

130 BVerfGE 111, 307 (315 ff.).

131 BVerfGE 128, 326 (366 ff. sowie – „zur Aufnahme der Wertungen über das Verhältnismäßigkeitsprinzip“ – 371).

132 BVerfGE 131, 268 (295 f.) – vorbehaltene Sicherungsverwahrung.

133 S.o. II 2.

men als rechtens anerkannt werden, die mit den so anerkannten und gewährleisteten Rechte unvereinbar sind.<sup>134</sup>

## 1. Homogenitätsgebot statt Unitarisierungspflicht

Mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon rückversichert sich die Unionsrechtsordnung ihrer Herkunft über das „Homogenitätsgebot“ der Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh. Die EMRK ist nunmehr nicht lediglich bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts angemessen zu berücksichtigen. Vielmehr werden die Union und ihre Organe sowie ihre Mitgliedstaaten bei Durchführung des Unionsrechts<sup>135</sup> dergestalt gebunden, dass den Rechten der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite beizumessen ist wie den entsprechenden Bestimmungen der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR. Die Selbstverpflichtung zur grundsätzlichen Übernahme des EMRK-Schutzniveaus minimiert Risiken zukünftiger Divergenzen. Vermittels ihres Anwendungsvorrangs wirken die Chartarechte in einer der Bedeutung und Tragweite der Konventionsrechte entsprechenden Auslegung als Verstärker der Konventionsrechte und verleihen diesen eine Wirkung über das Maß hinaus, das ihnen kraft national-einfachgesetzlicher Rechtsanwendungsbefehle zukommt. Die Gleichlaufversicherung hindert die Union nicht daran, ein weitergehendes Schutzniveau zu etablieren (Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh). Mit einem von der Konvention jedoch negativ abweichenden Grundrechtstandard verstößt die Union selber nicht gegen die Konvention, sondern gegen das jeweilige Charta-grundrecht in Verbindung mit der „homogenisierenden Selbstverpflichtung“ aus Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh.

## 2. Homogenität im Dissens: Das Verbot der Doppelbestrafung

Der EuGH sichert das Homogenitätsgebot durch eine weitgehende Rezeption der EMRK-Gewährleistungen. Das gelingt problemlos, solange ein prinzipieller Gleichlauf zwischen Charta- und Konventionsgewährleistungen besteht. Doch stoßen die Homogenitätsbestrebungen an Grenzen, wenn das Unionsrecht gegenüber der EMRK keinen geringeren, sondern qualitativ gleichwertigen, aber in seiner konkreten Erscheinung divergierenden Standard herausgebildet hat.<sup>136</sup> Dass kein vollständiger Gleichlauf zwischen Charta und Konvention angestrebt wird, deutet bereits Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh an, der ein Hinausgehen der Charta über den Standard der EMRK ermöglicht.<sup>137</sup> Beschränkt sich Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh auf eine Homogenität der Chartarechte mit ihren konventionsrechtlichen Pendanten hinsicht-

134 EuGH v. 3.9.2008, C-402/05 P (Kadi), Rn. 283 f.; vgl. auch EuGH v. 18.7.2013, C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P (Kadi II), Rn. 66.

135 Vgl. EuGH v. 15.11.2011, C-256/11 (Dereci), Rn. 72 sowie o. II 2 a.

136 Zur Abgrenzung von Konkurrenzen und Kollisionen H. Sauer, Grundrechtskollisionsrecht für das Europäische Mehrebenensystem, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, S. 1 ff.

137 Im Kontext der Auslieferung auf Grundlage eines Europäischen Haftbefehls die Schlussanträge GA Sharpston v. 18.10.2012, C-396/11 (Radu), Rn. 79 ff.

lich der Bedeutung und Tragweite des Schutzniveaus? Oder sichert die Homogenität auch mitgliedstaatliche *margins* bei Wahrung des Schutzniveaus?

Die Frage nach der Reichweite des Homogenitätsgebotes und dem Umfang einer notwendigen EMRK-Rezeption stellte sich im Fall *Åkerberg Fransson* anlässlich einer sowohl verwaltungs- als auch strafrechtlich geahndeten Steuerrechtsverletzung.<sup>138</sup> Herr Fransson kam seinen steuerlichen Mitteilungspflichten nicht nach, so dass ihm die Steuerbehörde eine Geldbuße auferlegte, die mangels Anfechtung bestandskräftig wurde. Im Folgejahr wurde zudem ein Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung in denselben Veranlagungsjahren eingeleitet, wobei die Staatsanwaltschaft ihre Anklage auf den Sachverhalt stützte, auf dem bereits die Verwaltungssanktion beruhte. Dies stellte das vorlegende Gericht vor die Frage, ob es mit dem in der Charta vorgesehenen Verbot der Doppelbestrafung vereinbar ist, dass ein Mitgliedstaat aufgrund ein und desselben Sachverhalts sowohl eine Verwaltungs- als auch eine Strafsanktion verhängt.<sup>139</sup>

Das Verbot der Doppelbestrafung ist in der Union als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt und verbietet in seiner durch Art. 50 GRCh positivierten Fassung, eine Person wegen einer Straftat, deretwegen sie bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut zu verfolgen oder zu bestrafen.<sup>140</sup> Aus Art. 50 GRCh folgt jedoch kein Verbot der kumulativen Anwendung verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionen für ein und denselben Sachverhalt – sofern jene keinen strafrechtlichen Charakter besitzen.<sup>141</sup> Das unionsrechtliche Verbot der Doppelbestrafung findet seine konventionsrechtliche Entsprechung in Art. 4 Protokoll Nr. 7 zur EMRK, der verbietet, jemanden wegen einer Straftat, wegen der er bereits rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem neuen Strafverfahren erneut abzuurteilen, das auf denselben oder einen im Wesentlichen gleichen Sachverhalt zurückgeht.<sup>142</sup> In der Auslegung des EGMR sind Maßnahmen zur doppelten verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Ahndung, die aufgrund desselben Sachverhalts erfolgt sind, auch dann unzulässig, wenn die erste Sanktion von der zweiten Sanktion in Abzug gebracht wird, um eine Doppelbestrafung zu mildern.<sup>143</sup> Steht damit das Homogenitätsgebot bei Durchführung des Unionsrechts der in den Mitgliedstaaten verbreiteten Dualität von verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen<sup>144</sup> entgegen, weil andernfalls der Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Verbots der Doppelbestrafung in seinem Gewährleistungsumfang enger wäre und

138 Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 12.6.2012, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 13 ff.

139 Vorabentscheidungsersuchen des Haparanda tingsrätt (Schweden) v. 27.12.2010, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*).

140 Vgl. EuGH v. 29.6.2006, C-289/04 P (Showa Denko), Rn. 50 m.w.N.; Schlussanträge GA Kokott v. 15.12.2011, C-489/10 (Bonda), Rn. 37 ff.; EuGH v. 7.1.2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P (Aalborg Portland u.a./Kommission), Rn. 338 ff.

141 EuGH v. 26.2.2013, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 34.

142 EGMR, Urt. der Großen Kammer v. 10.2.2009 auf die Beschwerde Nr. 14939/03, Rs. Zolotukhin gegen Russland, § 82; EGMR, Urt. der großen Kammer v. 8.6.1976 auf die Beschwerde Nrn. 5100/71, 5101/71, 5354/72, 5372, Rs. Engel u.a. gegen die Niederlande, Rn. 82.

143 EGMR, Urt. v. 10.2.2009, Nr. 14939/03, Rs. Zolotukhin gegen Russland, Rn. 82 ff.

144 Vgl. BVerfGE 75, 1 (21 ff.) – ne bis in idem im allgemeinen Völkerrecht.

in einer mit dem Homogenitätsgebot unvereinbaren Weise hinter dem zurückbliebe, was Art. 4 Abs. 1 Protokoll Nr. 7 zur EMRK als Mindeststandard vorsieht?<sup>145</sup>

Die Vereinbarkeit einer zweifachen verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Ahndung desselben Sachverhalts mit dem Verbot der Doppelbestrafung steht beispielhaft für die Grenzen der unionsrechtlichen EMRK-Rezeption. Homogenität erfordert einen hinreichenden Konsens zwischen den Rechtsschichten, so dass „die Pflicht zur Auslegung der Charta im Licht der EMRK nuanciert werden muss, wenn das in Rede stehende Grundrecht oder einer seiner Aspekte (wie die Anwendbarkeit von Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK auf die zweifache verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Ahndung) von den Mitgliedstaaten nicht vollständig übernommen worden ist“.<sup>146</sup> Dem vom EGMR für das Verbot der Doppelbestrafung etablierten Konsens steht jedoch bereits ein Dissens zwischen den EU-Mitgliedstaaten über die Reichweite des Verbots gegenüber, der in der unterbliebenen Ratifikation sowie den Vorbehalten und Auslegungserklärungen zum Protokoll Nr. 7 zur EMRK zum Ausdruck kommt.<sup>147</sup> Diesen Dissens spiegelt auch der lediglich die Protokolle Nr. 1 und Nr. 6 mitumfassende Beitritt der EU zur EMRK wider.<sup>148</sup>

Vor diesem Hintergrund postulierte der Generalanwalt in der Rs. *Åkerberg Fransson* im Kontext des Verbots der Doppelbestrafung ein Rezeptionshemmnis – paradigmatisch für die Grenzen der Harmonisierung im Wege des Art. 52 Abs. 3 GRCh: „Die EMRK „gewährleistet“ nicht wirksam das Verbot der Doppelbestrafung in derselben Weise, wie sie den Kerninhalt der EMRK gewährleistet, der sämtliche Staaten bindet, die Partei der EMRK sind“.<sup>149</sup> Ohne eine Entsprechung in der EMRK müsse das vom EuGH zu wählende Schutzniveau das Ergebnis einer unabhängigen und ausschließlich auf Wortlaut und Tragweite von Art. 50 GRCh beruhenden Auslegung sein. Und eine solche autonome Auslegung kann – unter dem Einfluss der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten<sup>150</sup> und einzelstaatlicher Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten (Art. 52 Abs. 4 und 6 GRCh) – auch zu einem Ergebnis führen, welches das EMRK-Schutzniveau (Art. 53 GRCh) auf alternativen Wegen absichert. So stehen auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Willkürverbot als Ausdruck des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips der Ausübung einer Strafgewalt entgegen, die eine bestandskräftige verwaltungsrechtliche Entscheidung völlig außer Acht ließe.<sup>151</sup>

Die Möglichkeit alternativer Schutzniveausicherung bei Chartarechten ohne unmittelbare Entsprechung in der EMRK legt die Ratio des Homogenitätsgebotes frei:

145 Vgl. Schlussanträge GA Kokott v. 8.9.2011, C-17/10 (Toshiba), Rn. 122 f. und v. 15.12.2011, C-489/10 (Bonda), Rn. 80, zu der Divergenz zwischen den Kriterien der Identität des Rechtsgutes und der Identität des Sachverhalts.

146 Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 12.6.2012, C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 85.

147 Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 12.6.2012, C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 72.

148 Art. 1 Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Appendix I, Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights – Final report to the CDDH v. 10.6.2013, 47+1(2013)008rev 2.

149 Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 12.6.2012, C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 84.

150 Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 12.6.2012, C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 86.

151 Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 12.6.2012, C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 94 f.

Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh sichert den materiellen Einfluss der EMRK-Gewährleistungen und der Rechtsprechung des EGMR als einen der Unionsrechtsordnung zugrundeliegenden Wert an sich. Aus dem „Homogenitätsgebots“ folgt keine „Homogenitätspflicht“, das Schutzniveau der Charta mit dem der EMRK gleichzustellen. Das Gebot befördert den Status der EMRK in der Unionsrechtsordnung nicht von einer Rechtserkenntnisquelle zu einer Rechtsquelle mit unbedingter Pflicht zur Übernahme der Konventionsgewährleistungen.<sup>152</sup> Eine derart unbedingte Unitarisierungspflicht bedeutete eine „wesentliche Änderung des gegenwärtigen Gemeinschaftssystems des Schutzes der Menschenrechte“ sowie eine „grundlegende institutionelle Auswirkung sowohl auf die Gemeinschaft als auch auf die Mitgliedstaaten“ und entspräche materiell einem Beitritt der EU zur EMRK.<sup>153</sup>

### 3. Der EU-Beitritt zur EMRK als Verstärker der EMRK-Rechte

Einen solchen Unitarisierungsschub vermag erst der in Art. 6 Abs. 2 EUV angelegte Beitritt der EU zur EMRK zu leisten.<sup>154</sup> Mit diesem entfielen die Abschirmung der Unionsrechtsordnung vor zwingenden EMRK-Einflüssen und die Beschränkung auf eine bloße Selbstverpflichtung der EU zur materiellen Homogenität in eigener bzw. mit den Mitgliedstaaten geteilter Durchsetzungsverantwortung.

Unter Wahrung der Autonomie des Unionsrechts wird ein für alle Hoheitsträger in der Unionsrechtsordnung einheitliches, kohärentes Grundrechtssystem geschaffen und differierende Prüfungsgenstände – hoheitliches Handeln der Union oder der Mitgliedstaaten – einem einheitlichen Schutzniveau unterworfen, primär dezentral durchgesetzt durch die Gerichte der Mitgliedstaaten und den Gerichtshof, subsidiär zentral abgesichert durch den EGMR.<sup>155</sup> Mit dem Beitritt der EU zur EMRK entstünde EU-weit ein einheitlicher Fluchtpunkt der Grundrechtsgewährleistung für die jeweilig ausgeübten Hoheitsbefugnisse. Infolge des Beitritts werden die Organe der Union und die Mitgliedstaaten bei einem Handeln im Anwendungsbereich auf die EMRK-Gewährleistungen verpflichtet, welche nicht lediglich als Rechtserkenntnisquelle zur EMRK-konformen Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts,<sup>156</sup> sondern – im Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht – als un-

152 Vgl. EuGH v. 24.4.2012, C-571/10 (Kamberaj/IPES u.a.), Rn. 59 ff.; *P. Terhechte*, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 84.

153 EuGH v. 28.3.1996, Gutachten 2/94 (EMRK), Rn. 34 f.

154 Zum Abschluss der Verhandlungen auf Fachebene über den Beitritt der EU zur EMRK und zum Gesamtpaket der ausgehandelten Texte vgl. Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights – Final report to the CDDH v. 10.6.2013, 47+1(2013)008rev 2.

155 Vgl. Council Decision authorising the Commission to negotiate the Accession Agreement of the European Union to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (SEC(2010) 305 final/3) v. 17.3.2010, sub III, 3. Punkt; Entschließung des Europäischen Parlaments v. 19.5.2010 zu den institutionellen Aspekten des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (2009/2241(INI)), Nr. 1, 23.

156 Vgl. EuGH v. 4.12.1974, Rs. 41/74 (Van Duyn), Rn. 22; EuGH v. 24.11.1992, C-286/90 (Poulsen und Diva Navigation), Rn. 9 ff.

mittelbar zu einem Mindestschutzniveau verpflichtendes Recht in die Unionsrechtsordnung wirkten.<sup>157</sup>

Wird die Union mit ihrem Beitritt unterworfenen Vertragspartei, entfällt die Notwendigkeit der kohärenzsichernden „Solange-Rechtsprechung“<sup>158</sup> des EGMR: Mit dem Beitritt der EU fällt die Abschirmung des Unionsrechts vor einem direktiven Einfluss der Konvention und der EGMR ist nicht mehr auf den „Umweg“ über die Mitgliedstaaten angewiesen.<sup>159</sup> Die EMRK entfaltet ihre grundrechtsichernde Wirkung dann nicht mehr aufgrund der unionsrechtlichen Selbstverpflichtung; die Maßstäblichkeit der Konventionsrechte wird dann nicht mehr durch judicial self-restraint auf Fälle beschränkt, in denen der Schutz der Rechte aus der Konvention im Einzelfall offensichtlich ungenügend ist und nicht der Vermutung eines vergleichbaren materiellen sowie individualverfahrensrechtlich durchsetzbaren Grundrechtsschutzes entspricht.<sup>160</sup> Die Konvention wird aus sich heraus und durch die Rechtsprechung des EGMR unmittelbar verpflichtend auf die Unionsrechtsordnung wirken (Art. 1, 32 EMRK) – getragen von dem Willen der sowohl als EU-Mitglieder als auch als Konventionsstaaten firmierenden Staaten.

Notwendige Konsequenz dieses Willens ist die Wirkung der Konvention in den EU-Mitgliedstaaten über ihren bisherigen Konventionsstaaten-Status hinaus: Obgleich der EU-Beitritt den Anwendungsbereich der EMRK nicht über das hinaus erweitert, was dieser erfassen würde, nähme der EGMR die Mitgliedstaaten für deren Handeln in der EU in die Pflicht.<sup>161</sup> Die zusätzliche, durch Unionsrecht begründete Bindung der Mitgliedstaaten an die EMRK führt bei europäischen Sachverhalten zu einer Bedeutungsbeförderung der EMRK, welche durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts einen Vorrang vor dem nationalen Recht erhält.<sup>162</sup> Handeln Mitgliedstaaten in Durchführung des Unionsrechts, sind sie im gleichen Umfang wie die Union deren Grundrechtsregime unterworfen. Der Beitritt der EU zur EMRK sichert den Grundrechtsschutzanspruch des Einzelnen auch gegenüber (mittelbaren) Hoheitsakten der Union qualitativ ab und homogenisiert das grundrechtliche Mindestschutzniveau im Anwendungsbereich des Unionsrechts.

157 B. Schneiders, Die Grundrechte der EU und die EMRK, 2010, S. 253.

158 EGMR, Urteil v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irland), Rn. 151 ff.

159 EGMR, Urteil v. 30.6.2005, Rn. 156, vgl. aber § 3 der „joint concurring opinions“ des Urteils.

160 H. Rathke, Normtheorie und Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem, in: Fakultät für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften der Andrassy Universität Budapest (Hrsg.), Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften, 2009, S. 1 ff.

161 Vgl. Protokoll (Nr. 8) „zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“, ABl. C 83/2010, S. 273; 8th working meeting of the CDDH informal working group on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission, Meeting report v. 19.7.2011, CDDH-UE(2011)16.

162 Str., vgl. P. Szeekalla, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 2 Rn. 21.

## V. Interaction-Recht der Freiheit

Der Zentralisierungsbefund des Verfassungsrichters *Johannes Masing*<sup>163</sup> trifft zu. Sekundärrechtliche Grundrechtskonstitutionalisierung hat „ihrer Wirkung nach“ das Potential einer tiefgreifenden Verfassungsänderung, weil sie auf integrationsgesetzlicher Verfassungsrevision beruht. Sie geht auf Ermächtigungsrecht zurück, auf die Ermächtigung der Europäischen Union, Rechtsetzungsgewalt ihrer Mitglieder zu übernehmen. Das ist ein Vorgang der Verfassungsänderung<sup>164</sup> nicht nur, weil er die Kompetenzausstattung der beteiligten Hoheitsträger verändert, sondern wesentlich auch in seinen Konsequenzen. Die Kompetenzausübung der Union wird in das unionseigene Grundrechtsregime manövriert. Der Erste Senat des BVerfG, dem *Masing* angehört, hat mit zwei Leitentscheidungen<sup>165</sup> seine Entschlossenheit demonstriert, in der Europäisierung das Charakteristikum der deutschen Rechtsordnung zu schützen: ihre „inwendige Durchdringung durch die Grundrechte“. Die Verfassungsjudikatur kann sich nicht den politischen Mehrheiten widersetzen, nicht der Unionsrechtsetzung im Zeichen der Unionsgrundrechte und nicht der Konsequenz der Unitarisierung.<sup>166</sup> Sie kann aber einen Rechtsschutzföderalismus organisieren, der dem unitarischen Maßstab und seinem Zentralorgan in Luxemburg jene „Differenziertheit“ abringt,<sup>167</sup> die Deutschland integrationsverfassungsrechtlich (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) voraussetzt. Erster Senat<sup>168</sup> und Zweiter Senat<sup>169</sup> verwahren sich denn auch gegen einen allzu einseitigen „Dialog“, stellen vorsorglich „Solange II“ in Frage und befestigen die Gegengewichte: *Ultra vires-Kontrolle* und *Identitätskontrolle*.<sup>170</sup>

Der Landesbericht Deutschland macht bewusst: von einem stabilen Gleichgewicht im „Zusammenspiel“ der europäischen Grundrechtskataloge und -gerichtsbarkeiten kann noch immer nicht die Rede sein, wohl aber bahnt sich *Interaction-Recht* an, das den rechtlichen Schutz der Freiheit nicht schwächt, sondern weiter stärkt.

163 S.o. im Text bei Fn. 3 ff.

164 U. Hufeld, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 30 ff.

165 BVerfGE 129, 78 – Cassina/Le Corbusier (s.o. im Text bei Fn. 9 ff.) und BVerfGE 129, 186 – Mühlenbetriebsinvestition.

166 S.o. II, bes. II 1 b und II 2 a.

167 Skeptisch J. Masing, SZ v. 9.1.2012, S. 10: „Eine vergleichbare Differenziertheit kann bei einer Vollzentralisierung, die die Klärung aller Zweifelsfragen der Grundrechtsauslegung allein zentralen europäischen Institutionen vorbehält, nicht ansatzweise aufrechterhalten werden. Es fehlen hierfür nicht nur Bürgernähe und Kapazitäten – sie kann Staaten mit anderen Traditionen auch sachlich nicht abverlangt werden.“

168 BVerfG v. 24.4.2013, 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei, Rn. 88 und 91.

169 H. Landau/M. Trésoret, Menschenrechtsschutz im Europäischen Mehrebenensystem, DVBl. 2012, S. 1329 (1337): „Wenngleich hierin faktisch die Rückkehr zu *Solange I* liegen mag“ – eher freilich eine Rückkehr von Verfassungsrechts wegen, arg. Art. 23 Abs. 1 GG.

170 U. Hufeld, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 57 ff., 65 ff., auch zur Revitalisierung der grundrechtlichen Kontrolle in der Identitätskontrolle.

## Anhang

### FIDE 2012

#### Fragebogen Themenbereich 1

### **Der Grundrechtsschutz nach Lissabon im Wechselspiel zwischen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, europäischer Menschenrechtskonvention und den nationalen Verfassungen**

Leonard F.M. Besselink

Ziel dieses Fragebogens ist es, den Mitgliedstaaten und Institutionen der EU Berichte zum Thema des Grundrechtsschutzes in der EU zu entlocken, um auf diese Weise eine reichhaltige Materialsammlung vergleichender (und vergleichbarer) Information über den Schutz der Grundrechte in der EU zu erhalten und die Wechselwirkung zwischen der Charta der Grundrechte, der europäischen Menschenrechtskonvention (i. F. EMRK) und den nationalen Verfassungen detailliert analysieren zu können.

Die nachfolgenden 14 Fragen betreffen allgemeine Fragestellungen, die in Folge der unterschiedlichen Quellen zum Grundrechtsschutz innerhalb der EU entstehen.<sup>1</sup>

Es ist der ausdrückliche Wunsch der Veranstalter der FIDE 2012, mit der Wahl des allgemeinen Themengebietes der Grundrechte auch Juristen anzusprechen, die sich jenseits des konkreten EU-Rechts mit Fragen der Grundrechte, des Verfassungsrechts und des öffentlichen Rechts der Mitgliedsstaaten befassen.

Um die Anzahl der Fragen vergleichsweise gering zu halten, sind diese in allgemeiner Form abgefasst.

Diese allgemeinen Fragestellungen betreffen unterschiedliche Aspekte verschiedener grundlegender Rechte. Die den Fragen beigefügten Erklärungen dienen dabei lediglich als Beispiele zu einem bestimmten Grundrecht. Die *Berichterstatter* werden ausdrücklich dazu eingeladen, im Rahmen der gestellten Fragen auch Stellung zu nehmen zu anderen Grundrechtsspositionen, die aus der Sicht Ihres Mitgliedsstaates (oder Ihrer Institution) in diesem Zusammenhang von Bedeutung sind. Insbesondere möchten wir Sie einladen, Stellung zu nehmen zu Fragen des effektiven Justizgewährungsanspruches und der rechtlichen Regelungen über die Antidiskriminierung.

Ebenso willkommen sind weitere Ausführungen zu den relevanten Aspekten der unten angeführten Erklärungen.

Die *Berichterstatter* werden gebeten, Ihren Berichten Informationen über einschlägige rechtliche Stellungnahmen und Entscheidungen folgender Institutionen beizufügen:

- Urteile und Fallrecht der nationalen Gerichte;
- Ansichten und Beschlüsse der Exekutive und des/der Volksvertretung/en des jeweiligen Mitgliedstaates;
- in der juristischen Fachliteratur des jeweiligen Mitgliedsstaates vertretene Ansichten.

<sup>1</sup> Obwohl der Bereich des Menschenrechtsschutzes in Außenbeziehungen aufgrund seiner thematischen Spannweite aus dem allgemeinen Themengebiet bewusst ausgenommen wurde, ist vorliegend darauf hinzuweisen, dass dies auf Grundlage der sich aus der internationalen Rechtsordnung ergebenden rechtlichen Grundsätzen in keiner Weise den Grundrechtsschutz innerhalb der EU ausschließt, wie dies der Europäischen Gerichtshof (i.F. EuGH) auch im Fall Kadi festgestellt hat. Sowohl *Kadi I* als auch *Kadi II* sind mithin Gegenstand des vorliegenden allgemeinen Themenbereiches 1.

## Allgemeine Einführung

Setzt man den Respekt und Schutz der Grundrechte durch den Staat bei der Definition demokratischer Rechtsordnungen voraus, so kommt dem Schutz der Menschenrechte in der verfassungsrechtlichen Entwicklung der Europäischen Integration eine grundlegende Bedeutung zu. Ebenso veranschaulicht das Thema des Grundrechtsschutzes die verfassungsrechtliche Wechselwirkung zwischen der Rechtsordnung der EU und ihren Institutionen, den Rechtsordnungen der EU Mitgliedstaaten und den Rechtsordnungen anderer internationaler öffentlicher Einrichtungen, insbesondere der durch die EMRK im Rahmen des Europarates geschaffenen rechtlichen Ordnung. Dies ist insoweit selbstverständlich, als die in der Charta der Grundrechte der EU verankerten Rechte, die EMRK wie auch die nationalen Verfassungen das Fundament des Grundrechtsschutzes der EU bilden. Daraus folgt, dass das Rechtssystem der EU u.a. auf Grundsätzen beruht, deren Rechtsquellen außerhalb der Rechtsordnung der EU (d.h. auf Ebene des Europarates und der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten) liegen.

Zugleich kommt in einigen Mitgliedstaaten der EMRK eine größere Bedeutung zu als anderen Übereinkommen zum Schutz der Grundrechte (z. T. in formeller, z.T. auch in praktischer Hinsicht), obgleich die EU-Charta bei der Anwendung von EU-Recht in den Mitgliedstaaten Anwendungsvorrang hat. Aufgrund dessen enthalten die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten Rechtsquellen, die in *stricto sensu* außerhalb des nationalen Verfassungsrechts liegen.

Der Grundrechtsschutz ist damit heute untrennbar verbunden mit der Frage der europäischen Integration und stellt gleichzeitig eine Bestandsaufnahme der Beziehungen zwischen den Rechtsordnungen der EU und ihren Mitgliedstaaten, sowie den Fragen ihrer wechselseitigen Kompetenzen dar.

## 1. Rechtsnatur und Umfang der geschützten Rechte

Ziel der Zusammenfassung der grundlegenden Rechte der EU in der Charta und des Beitritts zur EMRK ist eine Verminderung möglicher rechtlicher Lücken im Grundrechtsschutz.

---

### Frage

1. Gibt es irgendwelche verbleibende - potentielle oder auch reelle - Lücken hinsichtlich des Schutzbereiches und der Intensität des Grundrechtsschutzes? Können (potentielle) Lücken eines Grundrechtsdokumentes durch den Verweis auf andere Übereinkommen über den Grundrechtsschutz geschlossen werden?

---

### Erklärung:

Die Beantwortung dieser Frage setzt einen Vergleich des Inhaltes und der Intensität des Schutzbereiches eines Grundrechts im Rahmen der Charta der EU, der EMRK (und ihrer Protokolle) und insbesondere der Verfassungen der Mitgliedstaaten voraus, der durch (relative) nationale „Besonderheiten“ geprägt sein kann<sup>2</sup>. Das Hauptaugenmerk sollte sich dabei auf die rechtlichen Lücken richten, die im Falle einer Anwendung des entsprechenden Grundrechts im Rahmen des EU-Rechts entstehen könnten.

---

<sup>2</sup>

Insbesondere können solche „nationalen Besonderheiten“ beispielsweise im Rahmen des Rechts auf Heirat, des Rechts auf Leben, des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat, des Rechts auf private/öffentliche Bildung, des Rechts auf rechtliches Gehör (Berufungsrecht; *ius de non evocando*). einschlägig sein.

Bestehende oder potentielle Lücken in einem Grundrechtsdokument (beispielsweise einer nationalen Verfassung) könnten durch Verweis auf andere Grundrechtsdokumente (z.B. EMRK) und im Falle der Anwendbarkeit von EU-Recht nunmehr auch auf die EU-Charta, geschlossen werden. Ob und inwieweit dies möglich ist und bereits heute geschieht, hängt von der rechtlichen Stellung der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und ihrer gegenseitigen Anwendbarkeit ab. Auch ist eine insoweit unterschiedliche Handhabung der jeweiligen Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen.

Bei unterschiedlicher rechtlicher Intensität eines geschützten (Grund-)Rechts sind zwei grundsätzliche Kernprobleme zu unterscheiden: Zum die Verminderung des (Rechts-)Schutzes, zum anderen aber auch die mit einer oktroyierten Intensivierung des (Rechts-)Schutzes einhergehenden Probleme.

Gesetz dem Fall, dass ein Grundrecht auf einer Ebene einen (erheblich) geringeren Rechtsschutz bietet als die auf einer anderen Ebene regulierten Rechte, würde die vorrangige Anwendung ersterer rechtlicher Ordnung eine (erhebliche) Verkürzung der Rechtsschutzintensität bewirken. Eine solche Konstellation ist denkbar, wenn aufgrund des Grundsatzes der Priorität des EU-Rechts dieses vorrangig anzuwenden ist, die jeweilige Regelung auf EU-Ebene jedoch einen erheblich geringeren Schutz bietet als das entsprechende, in einer nationalen Rechtsordnung geschützte Grundrecht. Dies könnte in letzter Konsequenz zu einer Reservation gegenüber der Priorität des EU-Rechts führen.

Deshalb ist es umso wichtiger in Erfahrung zu bringen, welche national verankerten Grundrechte *Teil der nationalen Identität bilden*<sup>3</sup> und inwieweit sie als solche bisher keine (oder keine ausdrückliche) entsprechende Verankerung im EU-Recht (den Verträgen, der Charta oder der EMRK) gefunden haben.

Andererseits ist die Ansicht, dass die Einführung (neuer) Grundrechtsdokumente mit einer *Erhöhung* des Grundrechtsschutzes einherzugehen hat insbesondere deshalb nicht unbedenklich, weil eine solche Einführung u.a. mit einer Beschränkung der staatlichen (bzw. öffentlichen) Möglichkeiten zum Handeln im öffentlichen Interesse einhergeht. Die war das ursprüngliche Gegenargument der Befürworter des EU-Rechts, sofern sich Rechtssubjekte auf ihre Grundrechte (ursprünglich hauptsächlich unter Berufung auf nationales Verfassungsrecht) beriefen: dies würde die Effektivität und Durchsetzbarkeit der EU-Rechts schmälern.

Heutzutage könnten solche Argumente von nationalen Institutionen hervorgebracht werden, die ihr Recht, im allgemeinen Interesse zu handeln, durch die Art und Weise der Interpretation der Grundrechte seitens der europäischen Gerichte unverhältnismäßig verkürzt sehen. Beispielsweise ist in Großbritannien um die "Rückführung der Grundrechte" und ihre "Rückkehr in die Heimat" aus Straßburg eine ernstzunehmende Debatte entstanden, die u.a. eine Rücknahme der Unterwerfung unter die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (i.F. EGMR) vorschlägt<sup>4</sup>. Dies könnte wiederum Auswirkungen haben auf den Beitritt der EU zur EMRK und auf die Rechtsprechungskompetenz des EuGH bei der Auslegung und Anwendung der EMRK. Es wäre insoweit interessant zu erfahren, ob ähnliche Einwendungen auch in anderen Mitgliedstaaten erhoben werden.

<sup>3</sup> vgl. Artikel 4(2) EUV: „Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“; s.a. EuGH, Urteil vom 22.12.2010, RS C-208/09, *Ilonka (Fürstin von) Sayn-Wittgenstein/ Landeshauptmann von Wien*.

<sup>4</sup> Michael Pinto-Duschinsky, *Bringing Rights Back Home: Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*. Mit einem Vorwort von The Rt Hon Lord Hoffmann. [London] Policy Exchange 2011; ebenfalls zugänglich über den konservativen Think Tank <www.policyexchange.org.uk>.

Ein wichtiger Aspekt der vorliegend zu erörternden ersten Frage ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Gerichte der verschiedenen Mitgliedstaaten in der Anwendung der unterschiedlichen Grundrechtsdokumente eine insoweit *proaktive Annäherungsweise* anwenden, als dass sie Bezug nehmen auf eine Kombination von nationalem Verfassungsrecht, der EMRK, der Charta und anderer Akte zum Schutz der Menschenrechte, dies sowohl in Fällen innerhalb als auch außerhalb Anwendungsbereiches des EU-Rechts.

Ein Beispiel der Einbeziehung anderer Menschenrechtsabkommen bei der Auslegung der EMRK – insbesondere unter Einbeziehung eines Abkommens, dem der beklagte Staat nicht zugehörig ist –, stellt das Urteil des EGMR in der Sache Demir und Baykara/Türkei dar, in der – neben anderen Rechtsabkommen – Artikel 11 der EMRK im Lichte des Artikels 28 der Charta der Grundrechte der EU ausgelegt wird, um so den Schutzbereich des Artikels 11 der EMRK zugunsten eines Rechts auf Kollektivverhandlung auszuweiten<sup>5</sup>. Einen seltenen Fall der Auslegung des EU-Rechts unter Rückbezug auf das nationale Fallrecht stellt insoweit das Urteil der ersten Instanz im Fall *Kadi II* dar.

Einen Bereich potentieller (oder auch realer) Unterschiede bilden die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte. Eine Reihe dieser Rechte sind aufgrund ihrer „grundsätzlichen“ Natur in die EU-Charta aufgenommen worden, wobei dies nicht für die nationalen Verfassungen oder andere Abkommen, denen alle Mitgliedstaaten angehören, zutreffen mag. Insbesondere – jedoch nicht ausschließlich – kann hier auf die sog. Grundrechte der „dritten Generation“ verwiesen werden.

Zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des vorliegenden Fragebogens gibt es noch keine näheren Informationen bezüglich des rechtlichen Rahmens des Beitritts der EU zur EMRK, da die Verhandlungen sogar insoweit der Geheimhaltung unterliegen, als dies die Frage des Beitritts zum *aquis* der EMRK, insbesondere des Beitritts zu ihren Protokollen, betrifft<sup>6</sup>. Es ist deshalb nicht mit Sicherheit vorauszusagen, inwieweit und auf welche Weise eine Entscheidung Auswirkungen auf die hier gestellte Frage haben wird. Bitte passen Sie Ihre Antwort insoweit den entsprechenden Erfordernissen an.

In diesem Rahmen ist es von besonderem Interesse zu erfahren, welche Stellung und Rolle Grundrechtsabkommen außerhalb der EMRK, beispielsweise solche des Europarats (z.B. die (revidierte) Europäische Sozialcharta; die Konvention zum Datenschutz usw.), die Rechtsakte der UNO (z.B. der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, die internationalen Konventionen über die Rechte des Kindes, das Übereinkommen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau, die UN-Rassendiskriminierungskonvention usw.) aber auch solche spezieller Organisationen (z.B. die Konventionen der ILO) in den nationalen Rechtsordnungen der jeweiligen Mitgliedstaaten einnehmen, insbesondere, wenn und sofern diese Rechtsakte jemals eine vorrangige oder subsidiäre Rolle in praktischen oder/und gerichtlichen Fallkonstellationen mit Europarechtsbezug gespielt haben. Dies mag von der Einordnung solcher Verträge und deren Verhältnis in Bezug auf das EU-Recht, die EMRK und dem nationalen Verfassungsrecht im entsprechenden Mitgliedstaat abhängen. Im Europarecht können solche Verträge zumindest theoretisch dem Schutzbereich des Artikels 6 Absatz 3 EUV unterfallen.

<sup>5</sup> EGMR (Große Kammer), Urteil vom 12. November 2008, Beschwerde-Nr. 34503/97

<sup>6</sup> s. insoweit nur das vom Rat veröffentlichte Dokument 11394/10 vom 22 Juni 2010, das das Bedauern über die Missachtung einiger, im Dokument zitierter Verpflichtungen des Verhandlungsmandats seitens einzelner Vertreter der Mitgliedstaaten ausdrückt (unter Zusammenfassung der Verhandlungsdirektiven 1e, 6, 7, 8 und 10b. Ebenso hat Statewatch die Direktive 11 und ein Memo der Kommission veröffentlicht, das Einzelheiten der Regelung der Bezugnahme des EGMR gegenüber dem EuGH bei der Entscheidung über die Wirksamkeit eines streitigen Rechtsaktes der EU behandelt; s. Council Document DS 1930/10 of 22 December 2010, <[www.statewatch.org/news/2011/feb/eu-accession-echr-com-ds-1930-10.pdf](http://www.statewatch.org/news/2011/feb/eu-accession-echr-com-ds-1930-10.pdf)>.

---

**Frage:**

2. Welche Bedeutung kommt den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu: können sie Rechtsquellen des Grundrechtsschutzes darstellen? (Nähere Ausführungen zu der Unterscheidung von "Rechten" und "Grundsätzen" im Rahmen der Charta entnehmen sie bitte Kapitel 3 des vorliegenden Fragebogens)
- 

**Erklärung:**

Als Beispiel kann hier das in Artikel 41 der Charta genannte Recht auf eine gute Verwaltung im Rahmen der Union und ihrer Institutionen, Organe und Einrichtungen, herangezogen werden. Es mögen in einigen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine entsprechenden Regelungen zu finden sein, dennoch wird dies in einigen Fällen durch das Vorhandensein eines gewohnheitsrechtlich anerkannten ungeschriebenen, allgemeinen (oder auch besonderen) Anspruchs auf gute Verwaltung ausgeglichen.

Allgemeine Rechtsgrundsätze können entweder von grundrechtsgleicher Bedeutung sein und eine einem kodifizierten Grundrecht gleiche materiell-rechtliche Bedeutung haben oder aber prozessrechtliche Prinzipien darstellen (z.B. der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Anspruch auf ein faires Gerichtsverfahren, der Grundsatz *audiatur et altera pars*), denen möglicherweise selbst kein verfassungsrechtlicher Rang zukommt, die jedoch einen erhöhten Grundrechtsschutz ermöglichen.

Vor Verabschiedung des Vertrags von Lissabon waren die Grundrechte in den allgemeinen, grundrechtsgleichen Rechtsgrundsätzen anerkannt<sup>7</sup>. Diese sind heute noch in Artikel 6 Absatz 3 EUV enthalten<sup>8</sup> und können als solche auch in Zukunft eine ergänzende Rolle bei der Weiterentwicklung des Rechtsschutzes auf EU-Ebene einnehmen.

Besonderes Beispiel eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (die in manchen Mitgliedstaaten einem Grundrecht gleichgestellt sind) ist der allgemeine Gleichheitssatz/Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Art und Weise der Anwendung dieses Grundsatzes im Rahmen des EU-Rechts - insbesondere hinsichtlich der erheblichen Weite und Bedeutung seines Anwendungsbereichs (z.B. in dem Fall *Mangold* und dessen Folgefällen) - ist Gegenstand kontroverser (juristischer) Auseinandersetzung. Informationen über den Stand des Diskurses in Ihrem Mitgliedstaat sind deshalb sehr willkommen.

Ein Beispiel für die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die nicht dem "klassischen" Grundrechtskatalog angehören, praktisch jedoch einen gleichrangigen Rechtsschutz gewähren, findet sich in den Hoechst-Fällen von 1989<sup>9</sup>. Der EuGH verneinte hier zwar die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Unverletzlichkeit der Wohnung auf Geschäftsräume, erkannte jedoch auf Grundlage allgemeiner Rechtsgrundsätze (Rechtsgrundlage, Proportionalität usw.) prozessrechtliche Garantien an, die in diesem Falle zu einem Ergebnis führten, das dem der Anwendbarkeit des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung auf Büroräume gleichkam.<sup>10</sup> Für den hier behandelten Themenbereich wäre es interessant zu erfahren, ob solche rechtlichen Konstruktionen auch auf innerstaatlicher Ebene vorkommen und ob die Anwendbarkeit

---

<sup>7</sup> Einige waren auch in den Verträgen enthalten.

<sup>8</sup> "Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts."

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 21.09.1989, Hoechst/Kommission, verbundene Rechtssachen 46/87 und 227/88.

<sup>10</sup> s. Rn 19-20 des o.g. Urteils.

allgemeiner Rechtsgrundsätze von Verfassungsrang innerhalb der Mitgliedstaaten ähnlich kontrovers diskutiert wird wie im Kontext des EU-Rechts.

## 2. Drittwirkung und Kollision von Rechten

---

### Fragen

3. Inwieweit wird in den Mitgliedstaaten eine "Drittwirkung" der Grundrechte anerkannt? Wie wird die insoweit gefestigte Rechtsprechung des EuGH bewertet?
  4. Wie werden in den Rechtsprechungen der Mitgliedstaaten und in den Institutionen der EU die Fälle der Kollision von Rechten gelöst, sowohl im Hinblick auf
    - a. die Kollision klassischer Rechten (z.B. Diskriminierungsverbot / Meinungsfreiheit, Religion etc.) als auch
    - b. die Kollision einerseits klassischer Rechte und andererseits sozioökonomischer und kultureller Rechte (z.B. die vier Freiheiten der EU/ Meinungsfreiheit, Religion) und
    - c. die Kollision sozioökonomischer und kultureller Rechte *inter se* (z.B. Streikrecht / Dienstleistungsfreiheit)?
  5. Wie findet, bzw. wie sollte im Kontext der Vielfaltigkeit der Rechtsordnungen der EU, der EMRK und der nationalen Rechtsordnungen (rechtliches "Mehrebenensystem") – ihr Ausgleich untereinander stattfinden?
  6. Welche Rolle nimmt die Gesetzgebung bei der Einräumung einer Drittwirkung von Grundrechten ein? Welche Bedeutung hat sie bei der Ordnung und Priorisierung möglicherweise kollidierender Rechte? Insbesondere, welchen Einfluss haben die Antidiskriminierungsrichtlinien auf die Ausübung anderer Grundrechte in den Mitgliedstaaten?
- 

### Erklärung:

Unter verschiedenen Umständen können unterschiedliche Grundrechte kollidieren oder auch kollidieren. In der Regel entstehen Kollisionen, wenn Grundrechten eine (gewisse) horizontale Wirkung verliehen wird (z.B. Privatleben/ Meinungsfreiheit).

Gegen eine Drittwirkung der Grundrechte wird hervorgebracht, dass auf diese Weise die Grundrechte zur Einschränkung der individuellen Freiheit angewendet werden. Im nationalen Recht kann die Differenzierung zwischen "direkter" und "indirekter" Drittwirkung zur Lösung dieses Widerspruchs beitragen (klassisches Beispiel hierfür ist das *Lüth*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)<sup>11</sup>), eine Unterscheidung, die im EU-Recht wohl nur schwer realisierbar ist.

Auf Ebene des EU-Rechts kommt insbesondere einigen (wirtschaftlichen) Grundfreiheiten, die im Grundrechtskatalog der Charta enthalten sind, Drittwirkung zu - wobei diese Drittwirkung wiederum geeignet ist, eine mögliche Drittwirkung auch anderer, in der Charta enthaltener Grundrechte zu begründen.

Wie in den Mitgliedstaaten, so erlangt die Frage der Drittwirkung auch im Rahmen des EU-Rechts eine besondere Bedeutung in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot und dem Gebot der Gleichbehandlung. Den Legislativen kommt bei der Regelung dieser Drittwirkung eine wichtige Aufgabe zu. Aber auch die nationalen Gerichte nehmen hinsichtlich dieses Grundrechts - zumindest in einigen Mitgliedstaaten - eine wichtige Rolle ein.

---

<sup>11</sup> BVerfG, Urteil 1 BvR 400/51 vom 15. Januar 1958

In seiner Rechtsprechung hat der EuGH die Drittwirkung des Diskriminierungsverbots und des Rechts auf Gleichbehandlung als allgemeine Rechtsgrundsätze des primären EU-Rechts anerkannt (*Mangold* und *Kücükdeveci*). Dies hat sich sowohl im Verhältnis zu den gesetzlichen Diskriminierungsverboten (den Gleichbehandlungs-Richtlinien), als auch hinsichtlich der Rolle der nationalen Gerichte bei der Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatrechtssubjekten als problematisch erwiesen.

Aufgrund der langjährigen Qualifikation der vier Grundfreiheiten als „Grundrechte“ in der Rechtsprechung des EuGH, kommt es im Rahmen des EU-Rechts zu rechtlichen Kollisionen auch außerhalb des Kontextes der grundrechtlichen Drittwirkung. Das Problem der Kollision von Rechten wird traditionell durch eine Abwägung der gegensätzlichen Interessen im entsprechenden Einzelfall gelöst. Dies führt manchmal zur Annahme einer bestimmten „Rangstellung“ von Rechten. Z.B. kennzeichnen Fälle der „politischen Rede“ oder „Personen des öffentlichen Lebens“ in der Regel die Priorität der freien Rede über die Privatsphäre.

Im Rahmen des EU-Rechts hat die Klassifizierung der vier Grundfreiheiten als „Grundrechte“ dazu geführt, dass die „klassischen“ Grundrechte wie z.B. die Meinungs- oder Versammlungsfreiheit nicht als *per se* den wirtschaftlichen Rechten übergeordnete Rechte angesehen werden. Die klassischen Grundrechte finden im EU-Recht häufig als Beschränkungen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten Anwendung, wobei von dem Grundsatz auszugehen ist, dass Einschränkungen der Grundfreiheiten restriktiv auszulegen sind.

Ebenso verhält es sich mit dem Recht auf Arbeitskampf - das in den meisten Mitgliedstaaten aus rechtsgeschichtlichen Gründen als Grundrecht anerkannt ist – und den vier Freiheiten.

Es wäre insoweit von Interesse zu erfahren, ob und inwieweit diese Lösungsansätze der Rechtsprechung der nationalen Gerichte in den Fällen rechtlicher Kollisionen außerhalb des Europarechts entsprechen und auf welche Weise diese in den Fällen mit Europarechtsbezug Beachtung finden.

Probleme entstehen im Hinblick auf die Vielzahl der Rechtsordnungen (rechtliches Mehrebenensystem), wenn im Rahmen der Abwägung kollidierender Rechte das nationale Gericht bei der Bewertung eines Einzelfalles den gegensätzlichen Interessen ein anderes Gewicht beimisst als eines der europäischen Gerichte. Klassisches Beispiel hierfür ist die *Von Hannover-Saga*, in denen der EGMR der Meinungsfreiheit wiederholt einen grundsätzlich geringeren Wert zugesprochen hat als das Bundesverfassungsgericht<sup>12</sup>.

Ein anderes Problem kann bei einer Kollision von Rechten entstehen, wenn ein europäisches Gericht einen Einzelfall auf Grundlage eines einzelnen Aspektes entscheidet, während das nationale Gericht eine Gesamtbewertung aller Umstände des Falles vornehmen muss.

Ein besonderes Beispiel stellt insoweit der Fall *Görgülü* in der Rechtsprechung des EGMR und des *Bundesverfassungsgerichts*<sup>13</sup> dar, in denen eine Partei des Rechtsstreites in Straßburg vor Gericht stand, die Bewertung der Rechte der anderen Partei aber dem Urteil der nationalen Gerichte unterstand<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> BVerfG, Urteil 1 BvR 653/96 vom 15. Dezember 1999; EGMR, Urteil vom 24. Juni 2004, Beschwerde-Nr. 59320/00, *Von Hannover v. Germany*; BVerfG, Urteil 1 BvR 1602/07 vom 26. Februar 2008; gegen letzteres Urteil wandten sich die Kläger an den EGMR mit ihren Beschwerden Nr. 40660/08, 60641/0, 8772/10 vom 22. August 2008 und 15. Dezember 2008.

<sup>13</sup> EGMR, *Görgülü/Deutschland*, Beschwerde-Nr. 74969/01 vom 26. Februar 2004 und BVerfG, Beschluss 2 BvR 1481/04 vom 14. Oktober 2004 – BVerfG 14 Oktober 2004.

<sup>14</sup> Dies könnte auch als Variation der *Von Hannover* - Problematik aufgefasst werden.

Das Kernproblem der beschränkten gerichtlichen Zuständigkeit besteht darin, dass die Rechtsprechungskompetenz des EuGH in der Regel auf Fragen der Auslegung des EU-Rechts beschränkt ist und somit eine Auslegung und Anwendung ausschließlich innerstaatlichen Rechts ausschließt. Das heißt, dass zumindest in einigen Fällen die nationalen Gerichte die geeigneteren Instanzen für eine angemessene Abwägung widerstreitender Interessen sind. Dies ist im Rahmen grundrechtsrelevanter Fälle auch von der Rechtsprechung des EuGH wiederholt anerkannt worden<sup>15</sup>. Seitdem die Charta den Rang primären Unionrechts erlangt hat, scheint der EuGH vermehrt die abschließende Beurteilung der konkreten Rechtsverletzung den nationalen Gerichten zu überlassen<sup>16</sup>.

Der Gesetzgeber kann das Spannungsverhältnis widerstreitender Interessen durch die Regelung der Rechtsausübung im Rahmen eines konkreten Sachverhaltes beeinflussen, indem er insoweit das Verhältnis der „Rangfolge“ der betroffenen Rechte und Freiheiten der privaten Rechtssubjekte zueinander festsetzt. Im EU-Recht (wie auch im nationalen Recht) erlangen solche Regelungen insbesondere im Rahmen der Gleichbehandlungsrichtlinien Bedeutung<sup>17</sup>.

In einer nicht unbeachtlichen Anzahl der Mitgliedstaaten führen die gesetzlichen Regelungen zur Einhaltung des Diskriminierungsverbotes und Durchsetzung der Gleichheitsgrundsatzes zu Eingriffen in die klassischen Freiheitsrechte, wie z.B. in die Religions- und Vereinigungsfreiheit (insoweit z.B. die klischeehafte Frage, ob ein Frauenclub zur Einstellung eines Mannes oder eine auf konfessionellen Grundlagen gegründete Schule, die homosexuelle Akte ablehnt, zur Einstellung eines bekennenden Homosexuellen verpflichtet sein können). Hierbei wäre es von Interesse zu erfahren, welche besonderen Auswirkungen diese Fragen in den jeweiligen Mitgliedstaaten haben.

### 3. Folgen des Inkrafttretens der Charta der Grundrechte der EU

#### Fragen

7. Ist die Charta lediglich als eine konsolidierte Fassung des bereits zuvor (vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon) auf EU-Ebene garantierten Grundrechtsschutzes empfunden? Oder bietet die Charta – unter Beachtung der Rechtsprechung der verschiedenen Gerichte seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon – einen qualitativ erhöhten Grundrechtsschutz (oder quantitativ mehr Rechte)?
8. Hat die in der Charta verankerte Unterscheidung zwischen „Rechten und Freiheiten“ und „Grundsätzen“, insbesondere unter Beachtung der entsprechenden Ausführungen in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (OJ 2007/C 303/02), bisher Ausdruck in der Rechtsprechung, Rechtslehre oder auch im Willen des Gesetzgebers des jeweiligen Mitgliedstaates gefunden?

<sup>15</sup> z.B. EuGH, Urteil vom 26.6.1997 – RS C-368/95 (*Familia Press*); EuGH, Urteil vom 11.12.2007 – RS C-438/05 (*ITF/ Viking Lines*); dagegen z.B. ) EuGH, Urteil vom 12.6.2003 – RS C-112/00 (*Schmidberger*)

<sup>16</sup> EuGH, Urteil vom 22.12.2010 – RS C-279/09 (*DEB*). In einem In einem anderen Kontext: EuGH, Urteil vom 05.10.2010 – RS C-400/10 PPU (*J.McB*) und EuGH, Urteil vom 22.12.2010 – RS C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga/Pelz*) und ECJ Case C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga v. Pelz*.

<sup>17</sup> Richtlinien 2000/43/EU, 2000/78/EU und 2004/113/EU; s. auch: Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008) 426 endgültig. 2008/0140 (CNS), der die Drittwirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes über die Regelungen des Arbeitsmarktes hinaus für anwendbar erklärt.

**Erklärung:**

Die EU-Charta hat sich von dem reinen Bekenntnis, dass der Schutz der Menschenrechte Teil der Grundsätze des EU-Rechts bildet (d.h. Teil der Grundsätze der gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten, der Menschenrechtsabkommen, denen diese beigetreten sind, sowie der in den Gründungsverträgen bereits enthaltenen Grundrechte ist), mittels einer Auslegungshilfe zu einem verbindlichen Rechtsakt gewandelt. Es wäre hierbei von Interesse zu erfahren, auf welche Weise die Charta von den Gerichten, der Gesetzgebung und anderen öffentlichen Institutionen der Mitgliedstaaten angewendet wurde, bevor sie den Status primären EU-Rechts erlangte und ob insoweit Unterschiede bestehen zu ihrer rechtlichen Anwendung nach diesem Zeitpunkt.

Im Rahmen der Frage 8 wären wir Ihnen dankbar für nähere Informationen und Ansichten hinsichtlich der Bedeutung und möglicher Auswirkungen des Protokolls Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich<sup>18</sup>.

Die EU-Charta unterscheidet zwischen der Rechtswirkung von „Grundsätzen“ und „Rechten und Freiheiten“ (s. Artikel 52 Absatz 5 und Artikel 51 Absatz 1, Satz 2), während die Erläuterungen zur Charta bestimmte Regelungen der Charta als „Grundsätze“ bezeichnen. Grundsätze sind „einzuhalten“, bedürfen der Umsetzung durch Legislative und Exekutive und unterliegen der rechtlichen Würdigung nur im Rahmen einer Auslegung und gerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit entsprechend erlassener Maßnahmen. Dies betrifft Artikel 26 (Integration von Menschen mit Behinderung) und Artikel 34 bis 38 der Charta (Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung; Gesundheitsschutz; Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse; Umweltschutz; Verbraucherschutz)<sup>19</sup>.

Diese Unterscheidung bedingt die Frage nach der Rechtsnatur dieser „Grundsätze“ wie auch nach einer entsprechenden Kompetenzverteilung zwischen den jeweiligen Gerichten und Gesetzgebungen/Exekutiven. Auch Fragen des Verhältnisses zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten können hier Bedeutung erlangen: Zum einen könnten die Grundsätze der Charta geeignet sein, insoweit ein *mehr* an gerichtlicher Kompetenz zu begründen, als lediglich „indirekt“ beachtliche grundrechtliche Regelungen nicht in allen Rechtsprechungen als rechtlicher Maßstab für eine Beurteilung einschlägiger Umsetzungsmaßnahmen herangezogen werden könnten. Würde den Grundsätzen jedoch eine weitreichendere rechtliche Wirkung zugesprochen, könnte dies letztendlich auch zu einer *geringeren* gerichtlicher Kontrolle führen, als es der Wortlaut des Artikels 52 Absatz 5 der Charta impliziert.

#### 4. Die Folgen des Beitritts der EU zu der EMRK

Zum Zeitpunkt der Ausarbeitung dieses Fragebogens besteht keine abschließende Sicherheit über das Ergebnis der Verhandlungen über den Beitritt EU zur EMRK. Einige Fragen könnten an Bedeutung verlieren, neue und unvorhergesehene wiederum aufkommen. Bitte erweitern Sie Ihre Berichte entsprechend den Erfordernissen des aktuellen Standes der Diskussion, sofern einschlägige Themen nicht von den unten folgenden Fragen mit umfasst werden.

<sup>18</sup> Im Zeitpunkt der Ausarbeitung dieses Fragebogens ist die Rechtssache C-411/10 *NS*, OJ C 274, 2010 noch vor dem EuGH anhängig. Der Fall betrifft Fragen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin II); hierbei stellen sich grundsätzliche Fragen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Artikel 3 EMRK, der Charta und den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts, wie auch die Frage der Anwendbarkeit von EU-Recht (inkl. dem EU-Grundrechtsschutz) in dem Fall, in dem ein Mitgliedstaat von dem Recht Gebrauch macht, gem. Artikels 3 Absatz 2 der Dublin-II-Verordnung selbstständig über ein Asylgesuch zu entscheiden.

<sup>19</sup> Hierbei unterstellt der Verfasser, dass der Benutzung des Begriffes des „Grundsatzes“ in den Erläuterungen zu Artikel 3 und 14 keine rechtsrelevante Bedeutung dahingehend zukommt, als dass diese als „Grundsätze“ im Sinne des Artikels 51 Absatz 2 auszulegen wären.

---

**Frage:**

9. Trägt der Beitritt der EU zur EMRK insgesamt dem erhöhten Grundrechtsschutz der Bürger bei; überwiegt dieser Vorteil die damit möglicherweise verbundenen prozessualen Probleme, wie z.B. im Falle eines Prozessbeitritts der EU als Mitbeklagter, insbesondere, wenn auf diese Weise eine frühere Beteiligung des EuGH an einem vor dem EGMR anhängigen Fall möglich würde?
- 

**Erklärung:**

Seit dem *Connolly*-Urteil<sup>20</sup> entspricht der vom EuGH angewendete Grundrechts-Standard dem des EGMR in Straßburg. Mit diesem Urteil verließ der EuGH seine autonome Auslegungspraxis der EMRK, im Rahmen welcher die Anforderungen an eine Beschränkung der in der Konvention verbürgten Rechte und die einschlägige Fallrechtsprechung des EGMR weitestgehend keine Beachtung fanden. Artikel 52 Absatz 3 der Charta regelt die Pflicht zur Beachtung der in der EMRK verankerten Mindestanforderungen.

Infolge dessen mag ein Beitritt insoweit keine relevante Erweiterung der Reichweite der geschützten Rechte begründen.

Dennoch verpflichtet ein Beitritt die Institutionen, die in der EMRK garantierten Rechte ohne den bisher angewendeten, theoretischen Rückgriff auf „die Grundsätze des EU-Rechts“ direkt anzuwenden. Darüber hinaus können ihre Rechtsakte Gegenstand einer beim EGMR eingereichten Beschwerde sein (ausgenommen im Fall der restriktiven Auslegung, wie sie das Straßburger Gericht hinsichtlich EU-rechtskonformer Maßnahmen der Mitgliedstaaten auf Grundlage des *Bosphorus*-Falls vornimmt; s. näher hierzu Frage 10).

Andererseits könnten prozessrechtliche Probleme einer effektiven Durchsetzung der in der EMRK verankerten Rechte im EU-Recht entgegenstehen. So kann beispielsweise die Tatsache, dass ein Rechtsakt entweder der EU oder einem Mitgliedstaat oder auch Beiden zugerechnet werden kann, zu Unsicherheiten bei der Frage nach dem richtigen Beklagten, dem verantwortlichen Entscheidungsträger und dem Träger der Beweislast führen - all dies im Hinblick auf die Frage der Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten; eine Frage, die an sich interne Angelegenheit der EU zu sein scheint.

Ebenso wird die Einführung eines besonderen Verfahrens erwogen, das es dem EuGH in einschlägigen Fällen ermöglichen würde, seinerseits eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit oder Wirksamkeit einer Maßnahme der Union im Rahmen des EU-Rechts vorzunehmen<sup>21</sup>. Folgen

---

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 6.3.2001, RS C-274/99

<sup>21</sup> Im Zeitpunkt der Erstellung des Fragebogens liegt nur ein vorläufiger Entwurf des Beitritts-Übereinkommens aus dem vorläufigen Bericht des Treffens der Arbeitsgruppe „Beitritt zur EMRK“ (CDDH-UE) mit der Kommission vom 28. Januar 2011 vor (Straßburg, 28. Januar 2011, CDDH-UE(2011)03):

“1. Prior to a decision by the European Court of Human Rights on the merits of a case in which the European Union is a co-respondent, the Court of Justice of the European Union shall have the opportunity to rule, if it has not yet done so, on the [validity /conformity] of the act of the European Union [if the question of the validity/conformity is raised by the applicant] with [regard to] fundamental rights as set out in the [notification of that case // the case of which notice has been given] to the parties.

2. The Court of Justice of the European Union shall give such a ruling in accordance with internal rules of the European Union which shall, in particular, ensure that the ruling is delivered quickly so that the proceedings before the European Court of Human Rights are not unduly delayed.

3. It is understood that the procedure of the European Court of Human Rights takes into account the proceedings before the Court of Justice of the European Union as referred to in paragraphs 1 and 2.”

eines solchen Verfahrens wären insoweit eine weitere Prozessverzögerung und eine Belastung des Beschwerdeführers, dem insoweit kein Recht zur Anrufung des EuGH (oder ein Widerspruchsrecht hinsichtlich der Entscheidung des EuGH) zustehen soll, auch wenn und obwohl er alle inländischen Rechtsbehelfe im Sinne des Artikels 35 Absatz 1 EMRK erschöpft hat. Dies hat nicht nur Auswirkungen auf die Position des Beschwerdeführers, sondern kann auch die Stellung des beklagten Mitgliedstaates im Verfahren beeinträchtigen.

---

#### Frage

10. Das *Bosphorus*-Urteil des EGMR begründet eine widerlegbare Vermutung zugunsten der Konventionskonformität von Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Rahmen des EU-Rechts.

- Erscheint diese „Kontrolle nach zweierlei Maß“ je nachdem, ob die Maßnahme eines Mitgliedstaates innerstaatlich oder auf Basis des EU-Rechts beschlossen wird, allen Mitgliedstaaten gerechtfertigt und annehmbar?
  - Sind innerstaatliche Gerichte in Fällen, in denen sich die Parteien des Rechtsstreits auf die EMRK berufen haben, in ihrer Rechtsprechung dem *Bosphorus*-Urteil gefolgt?<sup>22</sup>
  - Bewirkt die „*Bosphorus*-Vermutung“ eine Verschiebung der letztinstanzlichen Autorität über die Frage einer Verletzung der in der EMRK garantierten Rechte von Straßburg nach Luxemburg?
  - Ist die „*Bosphorus*-Vermutung“ – insbesondere im Hinblick auf die Absicht eines Beitritts zur EMRK – haltbar?
- 

#### Erklärung:

Im Fall *Bosphorus* hat der EGMR entschieden, dass hinsichtlich der Maßnahmen eines Mitgliedstaates, die lediglich eine Umsetzung ihrer Pflichten im Rahmen der EU darstellen, solange die Vermutung zugunsten einer Konformität mit der EMRK besteht, als der EuGH einen der EMRK gleichwertigen, bzw. „vergleichbaren“ Schutz bietet. Diese Vermutung kann widerlegt werden, sofern im Einzelfall der Schutz der in der EMRK verbürgten Rechte offensichtlich mangelhaft ist.<sup>23</sup> Für alle Maßnahmen außerhalb des Rahmens konkreter rechtlicher EU-Vorgaben bleiben die Mitgliedstaaten in vollem Masse verantwortlich<sup>24</sup>.

---

#### nicht-amtliche Übersetzung:

„1. Vor einer Entscheidung des EGMR in der Hauptsache eines Falles, in dem die EU Mitbeklagte ist, wird dem EuGH, sofern er die noch nicht getan hat, die Möglichkeit eingeräumt, eine Entscheidung über die [Wirksamkeit/Rechtmäßigkeit] eines Rechtsaktes hinsichtlich seiner Grundrechtskonformität zu treffen, [wenn die/der Beschwerdeführer/in die Wirksamkeit/Rechtmäßigkeit] [bezüglich] der Grundrechtskonformität in der [Bekanntmachung des Falles/ in dem Fall, in dem eine Bekanntmachung erfolgt ist] in Frage stellt].

2. Der EuGH trifft diese Entscheidung im Einklang mit den internen Regeln der EU, die insbesondere gewährleisten, dass die Entscheidung, um eine unverhältnismäßige Verzögerung des Prozesses vor dem EGMR auszuschließen, unverzüglich erfolgt.

3. Es wird hierbei vorausgesetzt, dass die Durchführung des Verfahrens vor dem EGMR die in Paragraph 1 und 2 genannten Verfahrenshandlungen des EuGH berücksichtigt.“

<sup>22</sup> Die niederländische *College van Beroep voor het bedrijfsleven* [gewerbliche Beschwerdekammer], AWB 04/161, LJN: BD0646, *Socopa*, deutet an, dass infolge der *Bosphorus*-Rechtsprechung auch ein nationales Gericht die Immunität der nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung von EU-Recht gewährleisten muss, solange die Vermutung der Konventionskonformität nicht im Ausnahmefall widerlegt wird.

<sup>23</sup> EGMR, Urteil vom 30. Juni 2005, Beschwerde-Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm. Ticaret Anonim Şirketi/ Irland*, Rn 149-158; dieser Grundsatz wurde vom EGMR in seinem Urteil vom 29. Januar 2009, Beschwerde-Nr. 13645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A./ Niederlande* hinsichtlich eines Erwidierungsrechts bezüglich der Meinung des Generalanwalts, (dessen Bestehen zuvor streitig war), bestätigt und angewandt.

<sup>24</sup> Dies war der Fall hinsichtlich der „Dublin II“-Verordnung in EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011, Beschwerde-Nr. 30696/09, *M.S.S./ Belgien und Griechenland*, s. Rn 338-340.

## 5. Die Zukunft des nationalen und europäischen Grundrechtsschutzes in der EU als einem „Raum der Grundrechte“

Die Europäische Union ist als ein „Raum der Grundrechte“ (Viviane Reding) bezeichnet worden. Um die Auswirkungen dieser Aussage auf die Frage, ob die EU eine „Menschenrechtsorganisation“<sup>25</sup> ist oder sein sollte, einordnen zu können, bedarf es einer näheren Betrachtung des Verhältnisses zwischen dem einerseits durch die nationalen Verfassungen und Gerichte der Mitgliedstaaten gewährten Rechtsschutz und dem andererseits nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, der Charta und dem Beitritt zur EMRK durch das EU-Recht und die europäischen Gerichte – sowohl in Straßburg als auch in Luxemburg – gewährten Rechtsschutz.

Allgemeine Regelungen dieses Verhältnisses sind in Titel VII der Charta wie auch in den Artikeln 2, 4 und 6 der konsolidierten Fassung des EUV enthalten, die ihrerseits wiederum Ausdruck der vom EuGH in seiner Rechtsprechung entwickelter, allgemeiner Regeln und Grundsätze sind.

Insbesondere umstritten ist in der Theorie wie in der praktischen Rechtsanwendung die Tragweite des Anwendungsbereichs des EU-Rechts, das einer EU-Grundrechtskontrolle unterliegt, in Abgrenzung zum autonomen Handeln der Mitgliedstaaten, auf das das EU-Recht keine Anwendung findet. Zentrale Frage ist hier der genaue Regelungsgehalt des Artikels 51 der Charta.

Weiterhin ist fraglich, ob der Wortlaut des Artikels 53 der Charta („in dem jeweiligen Anwendungsbereich“) hinreichende Begründung für einen Grundrechtsschutz „auf unterschiedlichem Niveau“ ist, der dazu führen kann, dass es staatlichen Organen, sofern diese im Rahmen des EU-Rechts handeln, verboten ist Rechte zu schützen, welche sie im Rahmen der Anwendung von nationalem Recht zu schützen verpflichtet sind; dies lässt u.a. Zweifel an der wahren „Grundrechtlichkeit“ dieser Rechte aufkommen.

In der praktischen Rechtsanwendung bedürfen einige schwierige Fragen einer baldigen Antwort, die in den Urteilen des EuGH und der nationalen Gerichte gefunden werden müssen.

Ein besonderes Beispiel, das die Wechselwirkung der Rechtsquellen und ihrer entsprechenden Anwendbarkeit beleuchtet, ist die Frage der umgekehrten Diskriminierung, die bei der Regelung außerhalb des Bereichs des EU-Rechts liegender Fragen Bedeutung erlangen kann. Verschiedene staatliche Institutionen und Gerichte scheinen die Ansicht zu vertreten, dass die Verweigerung eines Rechts gegenüber einem Staatsbürger in einer ausschließlich innerstaatlichen Angelegenheit, das dem Staatsbürger eines anderen EU-Staats auf Grundlage des EU-Rechts in besagtem Staat zugestanden werden müsste, zu einer Diskriminierung auf nationaler Ebene führt und daher eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebotes darstellt.<sup>26</sup>

Ebenfalls Beachtung verdient die gestiegene grundrechtliche Aktivität durch gesetzgeberische Maßnahmen, die unterstützende Tätigkeit der EU und (beispielsweise) die Einrichtung der Grundrechtsagentur.

<sup>25</sup> Dieser Ausdruck stammt A. von Bogdandy; The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union. in: 37CMLRev 2000, S. 1307-1338.

<sup>26</sup> Diese Ansicht scheint in Belgien in den Fällen *Conseil d'Etat/ Raad van State* und *Cour Constitutionnel/ Grondwettelijk Hof* vertreten worden zu sein, s. die Ansicht des Generalanwaltes Sharpston im Fall 34-09, *Zambrano*, Fn 17. In den Niederlanden haben in *Raad van State* mehrere Gutachten die Auffassung vertreten, dass „Integrations-Anforderungen“, die an einige niederländischen Staatsbürger gestellt werden, von denen aber Staatsangehörige anderer EU-Staaten bei gleichen Voraussetzungen auf Grundlage des EU-Rechts ausgenommen sind, eine Verletzung des in Artikel 1 des *Grondwet*, Artikel 26 des ICCPR und Protokoll Nr. 12 der EMRK verankerten, verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots darstellen.

---

Fragen

---

- 11 Wird die bisherige Auslegung des EuGH bezüglich der allgemeinen Grundsätze zum Anwendungsbereich der Charta, ihrem Verhältnis zu dem Recht der nationalen Verfassungen und anderen Menschenrechtsabkommen, sowie hinsichtlich der Einschränkung der Ausübung der anerkannten Rechte (Titel VII der Charta), insgesamt positiv bewertet?
  - 12 Gibt es eine allgemeine EU-Menschenrechtskompetenz oder sollte es eine solche Kompetenz geben? Welche Folgen sind für die Zukunft des Rechtsschutzsystems der EMRK zu erwarten?
  - 13 Welche Rolle sollte den Institutionen der EU beim Grundrechtsschutz im Rahmen des in sich vielfältigen europäischen Verfassungssystems zukommen?  
Würden Sie auf Grundlage einer konstanten Weiterentwicklung des EU-Rechts und ihrer Grundrechtsaktivität, ebenso unter Bezugnahme Ihrer Ausführungen zu dem vorliegenden Fragenkatalog, der Aussage zustimmen, dass hinsichtlich des Menschenrechtsschutzes eine graduelle aber eindeutige Verschiebung von den Mitgliedstaaten hin zur EU und vom Europarat und der EMRK in Richtung EU stattgefunden hat?
  - 14 Obwohl der Grundrechtsschutz in der EU vor den nationalen Gerichten seinen Anfang fand, dienen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten dem EuGH in seiner Rechtsprechung zum Grundrechtsschutz nicht als wichtige unmittelbare Rechtsgrundlage. Dies gibt Anlass zur Frage, welche Rolle den gemeinsamen und den nationalen konstitutionellen Traditionen heute und in Zukunft zukommen kann.
-

## ANHANG FRAGEN

### 1. Rechtsnatur und Umfang der geschützten Rechte

1. Gibt es irgendwelche verbleibende - potentielle oder auch reelle - Lücken hinsichtlich des Schutzbereiches und Intensität im Rahmen des Grundrechtsschutzes? Können (potentielle) Lücken eines Grundrehtesdokumentes durch den Verweis auf andere Übereinkommen über den Grundrechtsschutz geschlossen werden?
2. Welche Bedeutung kommt den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu: können sie Rechtsquellen des Grundrechtsschutzes darstellen? (Nähere Ausführungen zu der Unterscheidung von "Rechten" und "Grundsätzen" im Rahmen der Charta entnehmen sie bitte Kapitel 3 des vorliegenden Fragebogens)

### 2. Drittwirkung und Kollision von Rechten

3. Inwieweit wird in den Mitgliedstaaten eine "Drittwirkung" der Grundrechte anerkannt? Wie wird die insoweit gefestigte Rechtsprechung des EuGH bewertet?
4. Wie werden in den Rechtsprechungen der Mitgliedstaaten und in den Institutionen der EU die Fälle der Kollision von Rechten gelöst, sowohl im Hinblick auf
  - a. die Kollision klassischer Rechten (z.B. Diskriminierungsverbot / Meinungsfreiheit, Religion etc.) als auch
  - b. die Kollision einerseits klassischer Rechte und andererseits sozioökonomischer und kultureller Rechte (z.B. die vier Freiheiten der EU / Meinungsfreiheit, Religion) und
  - c. die Kollision sozioökonomischer und kultureller Rechte *inter se* (z.B. Streikrecht / Dienstleistungsfreiheit)?
5. Wie findet, bzw. wie sollte im Kontext der Vielfaltigkeit der Rechtsordnungen der EU, der EMRK und der nationalen Rechtsordnungen (rechtliches "Mehrebenensystem") – ihr Ausgleich untereinander stattfinden?
6. Welche Rolle nimmt die Gesetzgebung bei der Einräumung einer Drittwirkung von Grundrechten ein? Welche Bedeutung hat sie bei der Ordnung und Priorisierung möglicherweise kollidierender Rechte? Insbesondere, welchen Einfluss haben die Antidiskriminierungsrichtlinien auf die Ausübung anderer Grundrechte in den Mitgliedstaaten?

### 3. Folgen des Inkrafttretens der Charta der Grundrechte der EU

7. Ist die Charta lediglich als eine konsolidierte Fassung des bereits zuvor (vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon) auf EU-Ebene garantierten Grundrechtsschutzes empfunden? Oder bietet die Charta – unter Beachtung der Rechtsprechung der verschiedenen Gerichte seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon - einen qualitativ erhöhten Grundrechtsschutz (oder quantitativ mehr Rechte)?
8. Hat die in der Charta verankerte Unterscheidung zwischen "Rechten und Freiheiten" und "Grundsätzen", insbesondere unter Beachtung der entsprechenden Ausführungen in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (OJ 2007/C 303/02), bisher Ausdruck in der

Rechtsprechung, Rechtslehre oder auch im Willen des Gesetzgebers des jeweiligen Mitgliedstaates gefunden?

#### 4. Die Folgen des Beitritts der EU zu der EMRK

9. Trägt der Beitritt der EU zur EMRK insgesamt dem erhöhten Grundrechtsschutz der Bürger bei; überwiegt dieser Vorteil die damit möglicherweise verbundenen prozessualen Probleme, wie z.B. im Falle eines Prozessbeitritts der EU als Mitbeklagter, insbesondere, wenn auf diese Weise eine frühere Beteiligung des EuGH an einem vor dem EGMR anhängigen Fall möglich würde?
10. Das Bosphorus-Urteil des EGMR begründet eine widerlegbare Vermutung zugunsten der Konventionskonformität von Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Rahmen des EU-Rechts.
  - Erscheint diese „Kontrolle nach zweierlei Maß“ je nachdem, ob die Maßnahme eines Mitgliedstaates innerstaatlich oder auf Basis des EU-Rechts beschlossen wird, allen Mitgliedstaaten gerechtfertigt und annehmbar?
  - Sind innerstaatliche Gerichte in Fällen, in denen sich die Parteien des Rechtsstreits auf die EMRK berufen haben, in ihrer Rechtsprechung dem Bosphorus-Urteil gefolgt?
  - Bewirkt die „Bosphorus-Vermutung“ eine Verschiebung der letztinstanzlichen Autorität über die Frage einer Verletzung der in der EMRK garantierten Rechte von Straßburg nach Luxemburg?
  - Ist die „Bosphorus-Vermutung“ – insbesondere im Hinblick auf die Absicht eines Beitritts zur EMRK – haltbar?

#### 5. Die Zukunft des nationalen und europäischen Grundrechtsschutzes in der EU als einem „europäischen Raum der Grundrechte“

11. Wird die bisherige Auslegung des EuGH bezüglich der allgemeinen Grundsätze zum Anwendungsbereich der Charta, ihrem Verhältnis zu dem Recht der nationalen Verfassungen und anderen Menschenrechtsabkommen, sowie hinsichtlich der Einschränkung der Ausübung der anerkannten Rechte (Titel VII der Charta), insgesamt positiv bewertet?
12. Gibt es eine allgemeine EU-Menschenrechtskompetenz oder sollte es eine solche Kompetenz geben? Welche Folgen sind für die Zukunft des Rechtsschutzsystems der EMRK zu erwarten?
13. Welche Rolle sollte den Institutionen der EU beim Grundrechtsschutz im Rahmen des in sich vielfältigen europäischen Verfassungssystems zukommen?  
Würden Sie auf Grundlage einer konstanten Weiterentwicklung des EU-Rechts und ihrer Grundrechtsaktivität, ebenso unter Bezugnahme Ihrer Ausführungen zu dem vorliegenden Fragenkatalog, der Aussage zustimmen, dass hinsichtlich des Menschenrechtsschutzes eine graduelle aber eindeutige Verschiebung von den Mitgliedstaaten hin zur EU und vom Europarat und der EMRK in Richtung EU stattgefunden hat?
14. Obwohl der Grundrechtsschutz in der EU vor den nationalen Gerichten seinen Anfang fand, dienen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten dem EuGH in seiner Rechtsprechung zum Grundrechtsschutz nicht als wichtige unmittelbare Rechtsgrundlage. Dies gibt Anlass zur Frage, welche Rolle den gemeinsamen und den nationalen konstitutionellen Traditionen heute und in Zukunft zukommen kann.

## Energie, Umwelt, Wettbewerb in der Schnittmenge des Unionsrechts

Rechtsanwalt Dr. Werner Berg, LL.M., Crowell & Moring LLP<sup>1</sup>

*Der nachfolgende Text (deutscher Landesbericht) zur Schnittmenge der rechtlichen Regelungen der Europäischen Union in Bereich von Energie, Umwelt und Wettbewerb bezieht sich auf den Fragebogen des Generalberichterstatters Peter D. Cameron zum FIDE-Kongress Tallinn 2012 (Fragebogen siehe unten als Anhang).*

### A. Regulierungs- und Wettbewerbspolitik

#### Frage 1:

*Begründen die beschränkten Kompetenzen der ACER und die auf ENTSO-E und ENTSO-G übertragene Verantwortung das Bedürfnis einer erhöhten Kooperation der nationalen Regulierungsbehörden („NRB“) sowohl untereinander als auch im Rahmen der EU, um den europäischen Energie- und Gasmarkt einem größeren, grenzüberschreitenden Wettbewerb – zumindest im Rahmen der Versorgung durch den Großhandelsmarkt – zu öffnen?*

#### Frage 2:

*Oder würde eine Zunahme des Wettbewerbs in erster Linie erhöhte Anforderungen an die Wettbewerbsbehörden stellen, deren Aufgabe es ist, den Fortschritt des Abbaus überwiegend nationaler Märkte, z.B. durch die Unterbindung diskriminierender Engpassmanagementmethoden von Übertragungsnetzbetreibern wie im Fall Svenska Kraftnät, zu gewährleisten?*

In erster Linie ist die Verwirklichung (Förderung) von Wettbewerb im Energiesektor eine Aufgabe der Regulierungsbehörden. Netzgebundene Märkte erfordern eine stärkere Regulierung *ex ante*. Daneben ist eine effektive Wettbewerbskontrolle durch die Kartellbehörden erforderlich.

Netzgebundene Märkte (wie z.B. Telekommunikation oder Bahn) stellen sog. *natürliche Monopole*<sup>2</sup> dar. Dies ergibt sich allein schon aus der wirtschaftlichen Tatsache, dass zwei parallel bestehende Netze in aller Regel nicht profitabel sein werden.

<sup>1</sup> Der Autor dankt Frau Rechtsreferendarin Alina Berger für die zuverlässige Assistenz bei der Erstellung des Manuskripts, Herrn Christoph Kolpatzik, Leiter der Rechtsabteilungen der EWE Energie AG und der swb AG und seinem Kollegen, Herrn Rechtsanwalt Miklos Mudrony, LL.M., für ihre wertvollen Kommentare zum deutschen Bericht.

<sup>2</sup> Als natürliches Monopol wird in der Volkswirtschaftslehre eine Marktconstellation bezeichnet, in der ein einziges Wirtschaftssubjekt ein Gut zu niedrigeren Kosten produzieren kann als ein anderes Wirtschaftssubjekt, s. Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, 9. Auflage 2007, Band 2, S. 88; dies ist bei leitungsbezogenen Versorgungsnetzen wie i.R.d. Stromversorgung der Fall.

Im Bereich der Energieversorgung betrifft dies die Strom- und Gasmärkte. Es besteht nicht erst das Bedürfnis einer Preiskontrolle, sondern u.a. schon der Sicherstellung des Netzzugangs. Damit wird die Hauptaufgabe einer Regulierungsbehörde, die *ex-ante*-Kontrolle, bereits beschrieben.<sup>3</sup> Die genaue Abgrenzung zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden verschwimmt allerdings, da die Zuständigkeiten der erstgenannten immer weiter in den originären Bereich der Wettbewerbsbehörden hineinreichen.<sup>4</sup>

## 1. Nationale Regulierungsbehörden

Energieregulierung bedeutet die Überwachung der Betreiber von Energieversorgungsnetzen („Netzbetreiber“) durch die Regulierungsbehörden. Das Energieversorgungsnetz wird sowohl von Energielieferanten („Netznutzern“) zur Belieferung von Kunden als auch von Kraftwerksbetreibern zur Einspeisung von Elektrizität benötigt. Es besteht mithin die Gefahr, dass der Netzbetreiber seine Monopolstellung zugunsten des einen oder des anderen ausnutzt. Aufgabe der Regulierungsbehörden, in Deutschland also der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörden,<sup>5</sup> ist es, Netzzugang und Netznutzung sicherzustellen.<sup>6</sup> Sie sollen dem Missbrauch vorbeugen und richten sich mithin an einen weiten Adressatenkreis, während Wettbewerbsbehörden<sup>7</sup> einen erfolgten Missbrauch marktbeherrschender Unternehmen sanktionieren.<sup>8</sup>

Mit Ausnahme Deutschlands verfügten bei Erlass des europäischen Beschleunigungspakets von 2003<sup>9</sup> bereits alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union über nationale Regulierungsbehörden. Durch das Beschleunigungspaket wurde die Einrichtung verbindlich vorgeschrieben.<sup>10</sup>

3 So z.B. Angenendt/Gramlich/Pawlik: Neue Regulierung der Strom- und Gasmärkte – Aufgaben und Organisation der Regulierungsbehörde(n), LKV 2006, S. 49, 50.

4 Däuper, Unabhängigkeit und erweiterte Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden in Danner/Theobald, Energierecht, Einführung in das Europäische Energierecht, 67. Ergänzungslieferung 2010, Rn. 51.

5 [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/ElektrizitaetGas\\_node.htm](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/ElektrizitaetGas_node.htm); aufgerufen am 19. Oktober 2011. Auf europäischer Ebene wird man die Generaldirektion Energie als Regulierungsbehörde verstehen können. Sie legt z.B. bindende Leitlinien für die Netzregulierung fest. Der Verfasser geht folglich von einer Doppelfunktion der Kommission aus: Der Generaldirektion Energie als Regulierungsbehörde steht die Generaldirektion Wettbewerb als Wettbewerbsbehörde gegenüber.

6 Angenendt/Gramlich/Pawlik: Neue Regulierung der Strom- und Gasmärkte – Aufgaben und Organisation der Regulierungsbehörde(n), LKV 2006, S. 49, 49; Siehe auch § 3 Nr. 16, 19a EnWG.

7 In Deutschland das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden – zur Kompetenzabgrenzung gegenüber den NRB s. Frage 3.

8 Ritter in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 4. Auflage 2007, VO 1/2003, Art. 12, Rn. 19.

9 Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. 2003 L 176, S. 37; Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. 2003 L 176, S. 57; Verordnung (EG) EG Nr. 1228/2003 des Parlaments und des Rats vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABl. 2003 L 176, S. 1.

10 Art. 23 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. 2003 L 176, S. 37; Art. 25 der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. 2003 L 176, S. 57.

In Deutschland erfolgte dies im Wege einer Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes („EnWG“). Der „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post“ zur Deregulierung der Märkte für Post- und Telekommunikation wurde im Jahr 2005 auch die Zuständigkeit für die Energieregulierung (Strom und Gas) übertragen. Am 13. Juli 2005 wurde sie daher in „Bundesnetzagentur“ („BNetzA“) umbenannt. Seit dem 1. Januar 2006 ist die Bundesnetzagentur zusätzlich für die Überwachung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur zuständig und trägt darum den vollständigen Namen „Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen“.

Die letzten Änderungen auf europäischer Ebene erfolgten durch das dritte Binnenmarktpaket, das am 3. März 2011 in Kraft trat.<sup>11</sup>

## 2. Das dritte Binnenmarktpaket

Die Kommission war zu dem Ergebnis gekommen, dass es in der EU bislang an gemeinsamen (grenzüberschreitenden) Märkten für die netzgebundenen Energieträger Strom und Gas fehlt. Handlungsbedarf wurde vor allem gesehen im Bereich des diskriminierungsfreien Marktzugangs für alle Anbieter, dem Ausbau der grenzüberschreitenden Infrastrukturen sowie der EU-weiten Angleichung von Marktregeln und Netzstandards.

Das Paket besteht aus den beiden Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkttrichtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG sowie den drei Verordnungen zum Strom- und Gasnetzzugang bzw. zur Errichtung der neuen Agentur für die Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden („ACER“).<sup>12</sup> Daneben treten neue Vorgaben zum Verbraucherschutz und zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden.

Ziel des dritten Binnenmarktpakets ist insbesondere die Förderung der Wettbewerbsstrukturen. Diese sah die Kommission durch die natürlichen Monopole der Netzbetreiber gefährdet.<sup>13</sup> Sie favorisierte eine vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung (*ownership unbundling*) durch den Zwangsverkauf von vertikal integrierten Unternehmen.<sup>14</sup>

11 Die Verordnungen sind am 3. März 2011 in Kraft getreten, für die Richtlinien lief die Umsetzungsfrist an diesem Tag ab; zum dritten Binnenmarktpaket sogleich.

12 Verordnung (EG) 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. 2009 L 211, S. 1 und Verordnung (EG) 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. 2009 L 211, S. 15 und Verordnung (EG) 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. 2009 L 211, S. 36 und Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211, S. 55 und Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211, S. 94.

13 Gundel/Germelmann: Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket, EuZW 2009, S. 763, 764.

14 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, KOM/2007/531, endg., S. 3 Begründung I.1.

Alternativ war das Model des sog. ISO (*Independent System Operator*) vorgesehen. Statt der eigentumsrechtlichen Entflechtung kann das vertikal integrierte Unternehmen einen unabhängigen Netzbetreiber als „Treuhänder“<sup>15</sup> benennen. Das Unternehmen muss sich dann vom Übertragungsnetz eigentumsrechtlich nicht trennen, der Netzbetreiber hingegen muss in eigentumsrechtlicher Hinsicht unabhängig sein. Deutschland sah hier Konfliktpotenzial mit der grundgesetzlich verankerten Eigentumsgarantie und erwirkte unter anderen mit Frankreich, dass der Rat 2009 ein weiteres Alternativmodell einfügte, den ITO (*Independent Transmission Operator*). Hierbei wird die eigentumsrechtliche Verbindung zwischen dem vertikal integrierten Unternehmen (dem Netzeigentümer) und dem Übertragungsnetzbetreiber nicht gekappt, er muss nur rechtlich unabhängig sein<sup>16</sup> (z.B. kraft Rechtsform).

### 3. Zusammenschluss in ENTSO-E und -G

Die (verpflichtend unabhängigen) Übertragungsnetzbetreiber, die unter der Aufsicht der NRB stehen, sind in Europäischen Verbänden zusammengeschlossen, dem ENTSO-E für Strom und ENTSO-G für Gas.

Die Aufgabe der ENTSO besteht darin, Netzkodizes etwa für die Netzsicherheit und -zuverlässigkeit, den Netzanschluss, den Netzzugang Dritter und die Interoperabilität auszuarbeiten. Dies geschieht auf Aufforderung der Kommission und in enger Abstimmung mit dem ACER. Die Netzkodizes werden schließlich von der Kommission angenommen. Soweit die Kommission die Netzkodizes nicht annimmt, ist sie verpflichtet, dies ausdrücklich zu begründen.<sup>17</sup> Durch diese Netzkodizes sollen die europäischen Übertragungsnetze fortentwickelt und deren Nutzung geregelt werden.<sup>18</sup> Innerhalb des ENTSO sind Mechanismen regionaler Zusammenarbeit vorgesehen.<sup>19</sup> Daraus ergibt sich eine Art Selbstregulierung, die jedoch weiterhin der Kontrolle durch die NRB untersteht.<sup>20</sup>

15 Hobe: Energiepolitik, EuR 2009, Beiheft 1, S. 219, 225.

16 Lecheler/Gundel: Ein weiterer Schritt zur Vervollendung des Energiebinnenmarktes: die Beschleunigungsrechtsakte für den Binnenmarkt für Strom und Gas, EuZW 2003, S. 621, 627.

17 Art. 6ff. der Verordnung (EG) 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. 2009 L 211, S. 15 und Art. 6ff. der Verordnung (EG) 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. 2009 L 211, S. 36.

18 Gundel: Die Regulierung der europäischen Energiemärkte-Perspektiven nach dem Dritten Binnenmarktpaket, WiVerw 2010, S. 127, 130.

19 Art. 12 der Verordnung (EG) 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. 2009 L 211, S. 15 und der Verordnung (EG) 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. 2009 L 211, S. 36.

20 Gundel/Germelmann: Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket, EuZW 2009, S. 763, 767.

#### 4. Einrichtung der ACER

Kontrolliert und koordiniert werden die NRB auf europäischer Ebene durch die ACER, deren Aufgaben und Rechtsstellung in der Gründungsverordnung Nr. 713/2009 des Europäischen Parlamentes und Europäischen Rates vom 13. Juli 2009<sup>21</sup> beschrieben sind. Ihr obliegt insbesondere die Überwachung der Europäischen Netzbetreiber, die Erarbeitung von Rahmenleitlinien, sowie eine allgemeine Beratung.<sup>22</sup> Allerdings besitzt die ACER nur eine subsidiäre Zuständigkeit.<sup>23</sup> So kann sie z.B. Genehmigungen für die Freistellung neuer Infrastrukturvorhaben von den Entflechtungsvorgaben erteilen;<sup>24</sup> dies gilt jedoch nur soweit die NRB keine Einigung erzielen oder die Agentur selbst anrufen.<sup>25</sup> Daher ging auch der damalige Vizepräsident der Bundesnetzagentur, Johannes Kindler, davon aus, dass die Einrichtung der ACER nicht zu einer Kompetenzverlagerung führen wird.<sup>26</sup>

#### 5. Änderungen für die NRB

Den NRB obliegt die Förderung des freien Wettbewerbs durch die effektive Gewährleistung diskriminierungsfreien Netzzugangs und die Verbesserung der bestehenden Infrastruktur, um die Energieversorgungssicherheit zu gewährleisten. Dieser Aspekt wird in dem aktuellen Paket noch stärker betont als dies in den früheren Versionen der Binnenmarktrechtsakte der Fall war.<sup>27</sup> Beispielsweise erhalten die NRB eine größere Unabhängigkeit, um eine effektivere Regulierung zu gewährleisten.<sup>28</sup>

21 Verordnung (EG) 713/2009 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. 2009 L 211, S. 1.

22 Die Aufgaben der europäischen Regulierungsbehörden auf dem Energiesektor – nationale Kompetenzen und europäische Zusammenarbeit nach Inkrafttreten des dritten Binnenmarktpakets, Präsentation der Bundesnetzagentur: <http://www.enreg.de/content/material/2010/22.4.2010.Groebel.pdf>; aufgerufen am 8. August 2011, S. 26.

23 Diese begrenzte Kompetenz dürfte u.a. auf die sog. Meroni-Rechtsprechung des EuGH zurückzuführen sein, welche den EU-Organen die Übertragung von Befugnissen verbietet, die einen weiten Ermessensspielraum voraussetzen und damit auf die Verwirklichung einer ausgesprochenen Wirtschaftspolitik hinauslaufen, s. hierzu Kühling: Die Zukunft des Europäischen Agentur(un)wesens – oder: Wer hat Angst vor Meroni, EuZW 2008, 129.

24 Gundel/Germelmann: Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket, EuZW 2009, S. 763, 767.

25 Art. 36 Abs. 4 a, b der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211, S. 94.

26 <http://www.euractiv.de/energie-klima-und-umwelt/artikel/was-bedeutet-acer-fr-nationale-regulierer-002828>; aufgerufen am 31. Oktober 2011.

27 Gundel/Germelmann: Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket, EuZW 2009, S. 763, 764.

28 Die Aufgaben der europäischen Regulierungsbehörden auf dem Energiesektor – nationale Kompetenzen und europäische Zusammenarbeit nach Inkrafttreten des dritten Binnenmarktpaketes, Präsentation der Bundesnetzagentur: <http://www.enreg.de/content/material/2010/22.4.2010.Groebel.pdf>; aufgerufen am 8. August 2011.

Daraus ergeben sich erhöhte Anforderungen an die NRB. Ihnen obliegt nun gem. Art. 10 der Elektrizitätsrichtlinie<sup>29</sup>/Gasrichtlinie<sup>30</sup> die Zertifizierung der unabhängigen Netzbetreiber. Zu den Aufgaben der Bundesnetzagentur gehören des Weiteren die Missbrauchsaufsicht sowie die Überwachung der Vorschriften zur Entflechtung der Netzbereiche (*Unbundling*) und zur Systemverantwortung der Versorgungsbetreiber.<sup>31</sup>

Zudem erfolgt eine intensivere Zusammenarbeit der NRB untereinander und innerhalb der ACER.<sup>32</sup> Diese bildet gem. Art. 7 Abs. 3 ihrer Gründungsverordnung<sup>33</sup> einen Rahmen für die Zusammenarbeit der NRB. Eine Zusammenarbeit der NRB untereinander erfolgte bis zum Erlass des dritten Binnenmarktpakets im Rahmen des Rates der europäischen Energieregulierungsbehörden (*Council of European Energy Regulators*, “CEER”) und der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Erdgas (*European Regulators Group for Electricity and Gas*; “ERGEC”). Die ERGEC wurde durch die ACER ersetzt und daher zum 1. Juli 2011 von der Kommission aufgelöst.<sup>34</sup>

Deren beschränkte Kompetenzen fordern folglich an erster Stelle die NRB zur Verwirklichung eines effektiven Wettbewerbs. Sie müssen die Besonderheiten der natürlichen Monopole im Bereich der netzgebundenen Märkte ausgleichen, indem sie den Netzzugang regeln. Allerdings wird die Wettbewerbsaufsicht damit nicht überflüssig. Es besteht ein qualifiziertes Kooperationserfordernis zwischen der Regulierung und der Wettbewerbsaufsicht.<sup>35</sup> Die Verantwortungsverteilung zwischen den verschiedenen Akteuren<sup>36</sup> im Bereich der europäischen Energienetze stellt jedoch insbesondere erhöhte Anforderungen an die NRB.

29 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211, S. 55.

30 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211, S. 94.

31 [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/AllgemeineInformationen/ZustaendigkeitUndAufgabenabgrenzung/zustaendigkeitundaufgabenabgrenzung\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/AllgemeineInformationen/ZustaendigkeitUndAufgabenabgrenzung/zustaendigkeitundaufgabenabgrenzung_node.html); aufgerufen am 19. Oktober 2011.

32 Die Aufgaben der europäischen Regulierungsbehörden auf dem Energiesektor – nationale Kompetenzen und europäische Zusammenarbeit nach Inkrafttreten des dritten Binnenmarktpakets, Präsentation der Bundesnetzagentur: <http://www.enreg.de/content/material/2010/22.4.2010.Groebel.pdf>; aufgerufen am 8. August 2011.

33 Verordnung (EG) 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. 2009 L 211, S. 1.

34 Beschluss 2011/280/EU der Kommission vom 16. Mai 2011 zur Aufhebung des Beschlusses 2003/796/EG der Kommission zur Einsetzung der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Erdgas, ABl. 2011 L 129, S. 14.

35 S. hierzu die Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Vorschlag der EU-Kommission für ein drittes Binnenmarktpaket Strom und Gas vom 2. April 2008, im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zum dritten EU-Binnenmarktpaket Strom und Gas am 9. April 2008 in Berlin, S. 6: „Ohne missbrauchsfreien Netzzugang kein funktionierender Wettbewerb in den vor- und nachgelagerten Märkten, ohne effektive Wettbewerbsaufsicht laufen die Regulierungsbemühungen leer“ s. [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Binnenmarktpaket\\_Energie\\_endg.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/Stellungnahme_Binnenmarktpaket_Energie_endg.pdf).

36 Einerseits also die nationalen Regulierungsbehörden, die im Rahmen der ACER zusammenarbeiten und sich an die Rahmenrichtlinien der Kommission halten müssen, andererseits die Wettbewerbsbehörden, also das Bundeskartellamt und die GD Wettbewerb.

### Frage 3:

*Welche Haltung vertritt Ihr Mitgliedstaat insoweit hinsichtlich der Durchsetzung von (sowohl nationalem als auch EU-) Wettbewerbsrecht durch branchenspezifische NRB, nationale Wettbewerbsbehörden oder durch eine Kombination beider Letztgenannter im Energiesektor?*

Ursprünglich lehnte das Bundeskartellamt die Einführung einer Regulierungsbehörde ab: Der staatliche Einfluss müsse abgebaut und nicht noch erweitert werden. Zur Bekämpfung von Missbräuchen würde es ausreichen, die gesetzliche Vollziehbarkeit zu verbessern und die personelle Ausstattung des Amtes daraufhin auszurichten.<sup>37</sup> Deutschland hatte also einen Sonderweg<sup>38</sup> eingeschlagen mit dem Verzicht auf staatliche Regulierungsinstanzen zugunsten sog. Verbändevereinbarungen.

In diesen Verbändevereinbarungen legten die Spitzenverbände der Energieversorger und der industriellen Verbraucher die Modalitäten des vom Gesetzgeber nicht im Einzelnen geregelten Netzzugangs einschließlich der Kalkulation der Netznutzungsentgelte auf privatwirtschaftlicher Basis fest.<sup>39</sup> Die §§ 6 und 6a<sup>40</sup> des EnWG in der damaligen Fassung<sup>41</sup> beschränkten sich auf die Forderung, dass die Netzzugangsbedingungen guter fachlicher Praxis entsprächen. Dies wurde vermutet, wenn die Praxis den Verbändevereinbarungen entsprach.<sup>42</sup>

Bereits mit dem zweiten Binnenmarktpaket wurde jedoch die Einführung nationaler Regulierungsbehörden unionsrechtlich vorgeschrieben.<sup>43</sup> Seit 2006 nimmt die Bundesnetzagentur diese Aufgabe wahr. Sie ist nach § 1 S. 2 BNetzAG<sup>44</sup> selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie („BMWi“). Daneben können die Länder aufgrund des Föderalstaatsprinzips<sup>45</sup> eigene Landesregulierungsbehörden einrichten, müssen dies aber nicht.<sup>46</sup>

37 WuW vom 9. Juli 2001, Heft 7-8, Seite 657 – 658.

38 Wie in den Fragen 1/2 ausgeführt, bestand in allen anderen EU-Mitgliedstaaten bereits eine NRB.

39 Siehe Scholz, § 34 Energiewirtschaft in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, Rn. 81 mit ausführlicher Erklärung.

40 Diese gelten für den Strommarkt; im Gasmarkt fehlte eine solche Norm. Hier galt der sog. verhandelte Netzzugang nach den allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen, s. Neveling/Gewehr, § 20 Ib EnWG in Danner/Theobald, Energierecht, 68. Ergänzungslieferung 2010, Rn. 3.

41 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG 1998) vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730.

42 Scholz, § 34 Energiewirtschaft in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, Rn. 80.

43 Art. 23 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. 2003 L 176, S. 37; Art. 25 der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. 2003 L 176, S. 57.

44 Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970.

45 Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz („GG“).

46 Zu dieser Kompetenzabgrenzung s. die Antwort zur Frage 4, im Folgenden wird daher nur von der Bundesregulierungsbehörde gesprochen, wobei eine Abgrenzung zu den Wettbewerbsbehörden erfolgt und nicht zu den Landesregulierungsbehörden.

Auf der anderen Seite besteht als Wettbewerbsbehörde das Bundeskartellamt mit den jeweiligen Landeskartellbehörden.<sup>47</sup> Grundsätzlich zuständig ist hierbei gemäß § 48 GWB<sup>48</sup> das Bundeskartellamt, sobald das wettbewerbswidrige Verhalten über das Gebiet eines Landes hinausreicht; die Fusionskontrolle obliegt immer dem Bundeskartellamt. Dennoch kommt den Landesbehörden in der Praxis eine herausragende Bedeutung zu. Für die Beantwortung dieser Frage wird die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern zunächst beiseite gelassen und einheitlich vom Bundeskartellamt gesprochen.

Demzufolge ergibt sich die Notwendigkeit einer Kompetenzabgrenzung zwischen dem Bundeskartellamt einerseits und der BNetzA als nationaler Regulierungsbehörde andererseits. Wie bereits angesprochen, bedeutet Regulierung die Ordnung des Marktes *ex ante*, während die Wettbewerbsbehörden eine Missbrauchskontrolle *ex post* durchführen.<sup>49</sup> Allerdings ist auch die Bundesnetzagentur befugt, i.R.d. § 30 EnWG missbräuchliches Verhalten eines Netzbetreibers zu sanktionieren.<sup>50</sup> Die regulierungsbehördlichen Befugnisse reichen damit weit in den originären Zuständigkeitsbereich der Wettbewerbsbehörden hinein.<sup>51</sup> Dies macht eine genauere Abgrenzung erforderlich.

Das Bundeskartellamt ist die allgemeine Kartellbehörde,<sup>52</sup> während die Befugnisse der BNetzA sektorspezifisch sind, also beschränkt auf die fünf Netzmärkte Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnverkehr.<sup>53</sup> Die weitere Kompetenzabgrenzung erfolgt nach § 111 EnWG. Hiernach ist das EnWG spezieller, soweit es eine abschließende Regelung trifft. Abschließend sind gemäß § 30 Abs. 2 EnWG alle Regelungen des 3. Teils. Dies umfasst die Aufgaben der Netzbetreiber, den Netzanschluss sowie den Netzzugang. Ferner fallen darunter Befugnis- und Sanktionsnormen.

Die Missbrauchsaufsicht der Kartellbehörden beschränkt sich auf die vor- und nachgelagerten Wettbewerbsbereiche: Erzeugung, Handel und Vertrieb von Energie.<sup>54</sup> Wird das Bundeskartellamt hier tätig, ist es gem. § 58 Abs. 3 EnWG verpflichtet, die Bundesnetzagentur zu unterrichten und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

In Deutschland besteht folglich eine Kombination aus NRB und Wettbewerbsbehörden, die in den Bereichen Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Ei-

47 Kartellbehörde ist nach § 48 GWB auch das BMWi, was hier nicht vertieft werden soll.

48 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15. Juli 2005, zuletzt geändert am 26. Juli 2011, BGBl I S. 1554.

49 S. dazu die Antwort zu den Fragen 1 und 2 und ausführlich Ritter in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 4. Auflage 2007, VO 1/2003, Art. 12, Rn. 19.

50 Vgl. insoweit auch Art. 37 Abs. 4 d), 5 a) der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211, S. 55 und Art. 41 Abs. 4 d), 5 a) der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211, S. 94.

51 Däuper, Unabhängigkeit und erweiterte Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden in Danner/Theobald, Energierecht, Einführung in das Europäische Energierecht, Ergänzungslieferung 2010, Rn. 51.

52 Dessen Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 19, 20, 29 GWB, bzw. Art. 102 AEUV i.V.m. §§ 32, 50 GWB.

53 Vgl. § 2 Abs. 1 BNetzAG.

54 Ludwigs: Die Rolle der Kartellbehörden im Recht der Regulierungsverwaltung, WuW 2008, S. 534, 535.

senbahnen zusammenarbeiten. Diese Zusammenarbeit hat sich z.B. in der Herausgabe des Gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers<sup>55</sup> manifestiert.

#### Frage 4:

*Im Hinblick auf die Funktion, Kompetenzen und Aufgaben der NRB, gibt es irgendwelche Besonderheiten oder Probleme im Rahmen der von Ihrem Mitgliedstaat vertretenen Standpunkte (z.B. in der Begrenzung oder Förderung einer Zusammenarbeit mit NRB anderer Mitgliedstaaten oder im Hinblick auf das EU-Netzwerk der Wettbewerbsbehörden)?*

Eine Besonderheit des deutschen Systems ergibt sich aus der föderalen Struktur. Die einzelnen Bundesländer können jeweils eigene Landesregulierungsbehörden einrichten.<sup>56</sup> Ob sie dies tun, mit anderen Bundesländern zusammenarbeiten oder die Bundesnetzagentur im Wege der Organleihe beauftragen, bleibt den Ländern überlassen.<sup>57</sup>

Zentrale Aufgabe der Bundesnetzagentur ist es, durch Entflechtung und Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze die Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten zu schaffen.<sup>58</sup> Wie in den Antworten zu den Fragen 1/2 ausgeführt, sind insbesondere Netzzugang und Netznutzung sicherzustellen.<sup>59</sup> Neben diese Regulierung *ex ante* tritt eine „besondere“ Missbrauchsaufsicht.<sup>60</sup> Die Bundesnetzagentur kann z.B. bindende Anordnungen treffen gegenüber Netzbetreibern, die ihre Stellung missbräuchlich ausnutzen.<sup>61</sup> Dies ist gem. § 30 EnWG beispielsweise der Fall, wenn der Netzbetreiber andere Unternehmen unbillig behindert oder verschiedene Unternehmen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt. Daneben treten allgemeine Auf-

55 [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215\\_Leitfaden\\_Konzessionsrecht\\_BNetzA-BKartA.PDF](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215_Leitfaden_Konzessionsrecht_BNetzA-BKartA.PDF); aufgerufen am 19. Oktober 2011.

56 Länder mit Vollzug durch eine eigene Regulierungsbehörde sind momentan Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen und Sachsen-Anhalt; Länder mit Organleihe bei der Bundesnetzagentur sind Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen; Quelle: [http://www.vshew.de/downloads/kategorie\\_12/Thesen\\_17052010\\_-\\_Beendigung\\_der\\_Organleihe.pdf?PHPSESSID=a3sdssdb7v7s7degqrd8nhouo6](http://www.vshew.de/downloads/kategorie_12/Thesen_17052010_-_Beendigung_der_Organleihe.pdf?PHPSESSID=a3sdssdb7v7s7degqrd8nhouo6); aufgerufen am 19. Oktober 2011.

57 Angenendt/Gramlich/Pawlik: Neue Regulierung der Strom- und Gasmärkte – Aufgaben und Organisation der Regulierungsbehörde(n), LKV 2006, S. 49, 52.

58 [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/AllgemeineInformationen/ZustaendigkeitUndAufgabenabgrenzung/zustaendigkeitundaufgabenabgrenzung\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/AllgemeineInformationen/ZustaendigkeitUndAufgabenabgrenzung/zustaendigkeitundaufgabenabgrenzung_node.html); aufgerufen am 19. Oktober 2011.

59 Neben der wettbewerbsrechtlichen Tätigkeit hat die Bundesnetzagentur auch Aufgaben im technischen Bereich, die hier jedoch nicht vertieft werden sollen; s. hierzu: [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/ElektrizitaetGas\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/ElektrizitaetGas_node.html); aufgerufen am 19. Oktober 2011.

60 Angenendt/Gramlich/Pawlik: Neue Regulierung der Strom- und Gasmärkte – Aufgaben und Organisation der Regulierungsbehörde(n), LKV 2006, S. 49, 52.

61 Zur Zuständigkeitsabgrenzung zum Bundeskartellamt s. bereits die Antwort zu Frage 2.

sichtsmaßnahmen nach § 65 EnWG,<sup>62</sup> wenn ein Unternehmen den gesetzlichen Vorschriften nicht nachkommt.

Seit Inkrafttreten der Richtlinien über den Elektrizitäts- und den Erdgasbinnenmarkt darf grundsätzlich nur noch eine einzige nationale Regulierungsbehörde benannt werden.<sup>63</sup> Allerdings soll dies lediglich sicherstellen, dass es einen zentralen Ansprechpartner gibt.<sup>64</sup> Deutschland kann also als föderal verfasster Staat gem. Art. 35 Abs. 2 der Elektrizitätsrichtlinie<sup>65</sup> und Art. 39 Abs. 2 der Gasrichtlinie<sup>66</sup> seine Landesregulierungsbehörden beibehalten.

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten gegenüber der Bundesnetzagentur erfolgt nach § 54 EnWG. Grundsätzlich ist damit die Bundesnetzagentur zuständig, soweit nicht § 54 Abs. 2 EnWG bestimmte Aufgaben den Landesregulierungsbehörden zuweist. Eine Länderzuständigkeit kommt damit nur in Betracht, wenn das Netz der betroffenen Energieversorgungsunternehmen nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht und weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind.<sup>67</sup> Aus diesem *numerus clausus* der Länderzuständigkeiten ergibt sich u.a., dass nur die Bundesnetzagentur gem. § 57 EnWG mit den Regulierungsbehörden anderer Staaten und der Europäischen Kommission zusammenarbeitet.<sup>68</sup>

Um den bundeseinheitlichen Vollzug des EnWG sicherzustellen, ist in § 60a EnWG die Einrichtung eines Länderausschusses vorgeschrieben. Regelungen über dessen Geschäftsordnung finden sich in den §§ 8, 9, 10 BNetzAG. Die Bundesnetzagentur arbeitet auch unmittelbar mit den Landesregulierungsbehörden zusammen, wie sich z.B. in der Herausgabe einer Gemeinsamen Richtlinie der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung nach § 9 EnWG von 2007 zeigt.<sup>69</sup> Geregelt ist die Zusammenarbeit in § 64a EnWG.

Daneben besteht nach § 60 EnWG i.V.m. § 5 BNetzAG ein Beirat, um die Bundesnetzagentur bei der Erstellung des unionsrechtlich geforderten Monitoring-Be-

62 Angenendt/Gramlich/Pawlik: Neue Regulierung der Strom- und Gasmärkte – Aufgaben und Organisation der Regulierungsbehörde(n), LKV 2006, S. 49, 52.

63 Art. 35 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211, S. 55 und Art. 39 Abs. 1 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211, S. 94.

64 Däuper, Unabhängigkeit und erweiterte Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden in Danner/Theobald, Energierecht, Einführung in das Europäische Energierecht, 67. Ergänzungslieferung 2010, Rn. 49.

65 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211, S. 55.

66 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211, S. 94.

67 Vgl. § 54 Abs. 2 Nr. 9 S. 1 und 2 EnWG; s. hierzu auch Salje, Energiewirtschaftsgesetz 2006, zu § 54 Rn. 33ff.

68 Angenendt/Gramlich/Pawlik: Neue Regulierung der Strom- und Gasmärkte – Aufgaben und Organisation der Regulierungsbehörde(n), LKV 2006, S. 49, 53. Dies umfasst insbesondere die Aktivitäten im Rahmen des CEER und der ACER, s. dazu Antwort zu Fragen 1/2.

69 [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/AllgemeineInformationen/RichtlinieInformatorischeEntflechtung/richtlinieinformatorischeentflechtung\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetGas/AllgemeineInformationen/RichtlinieInformatorischeEntflechtung/richtlinieinformatorischeentflechtung_node.html); aufgerufen am 19. Oktober 2011.

richts<sup>70</sup> zu beraten. Dieser besteht aus jeweils 16 Mitgliedern des Bundestages und 16 Vertretern des Bundesrates.<sup>71</sup>

### Frage 5:

*Angesichts der Zulässigkeit von Ausnahmeregelungen im Bereich der Gas- und Stromregulierung, welche Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten sichern die Ausübung prozessualer Grundsätze, z.B. des Rechts auf rechtliches Gehör und des Justizgewährungsanspruchs, und welche nationalen Institutionen garantieren die Ausübung dieser Rechte?*

Grundsätzlich ist z.B. in § 20 EnWG die Pflicht aller Betreiber von Energieversorgungsnetzen statuiert, jedermann diskriminierungsfrei Zugang zu gewähren. Daneben begründet § 36 EnWG eine Grundversorgungspflicht für alle Haushaltskunden. Von diesen Vorschriften sind unter besonderen Umständen<sup>72</sup> Ausnahmen zulässig. Ob die Voraussetzungen für diese Ausnahmen vorliegen, wird durch die nationale Regulierungsbehörde, in der Regel die Bundesnetzagentur,<sup>73</sup> entschieden.<sup>74</sup> Daneben kann das BMWi in Rechtsverordnungen genauere Regelungen treffen.<sup>75</sup> Sowohl die Bundesnetzagentur als auch das BMWi sind deutsche Behörden i.S.d. § 1 Abs. 4 Bundesverwaltungsverfahrensgesetz („BVwVfG“) und damit als Exekutivorgane gem. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden.

Die Rechtsschutzgarantie ist in Deutschland in Art. 19 Abs. 4 GG, das Recht auf rechtliches Gehör in Art. 103 Abs. 1 GG verankert. Dementsprechend ist in § 67 Abs. 1 EnWG vorgesehen, dass die Regulierungsbehörde den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gibt. Die Anhörung ist damit verpflichtend. Besonders geschützt wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch § 83a EnWG. Danach ist für den Fall einer Verletzung der Anhörungspflicht die Fortsetzung des Verfahrens vorgeschrieben. Rechtsmittel gegen Entscheidungen der BNetzA ist die Beschwerde gem. §§ 75ff. EnWG zu den ordentlichen Gerichten.<sup>76</sup>

### Frage 6:

*Sind die neuesten Vorschläge gegen den Marktmissbrauch im Energiesektor (KOM(2010) 726 endgültig) geeignet, Probleme für die NRB – sei es in eigener*

70 Die Pflicht zur Berichterstattung nach § 63 Abs. 3 EnWG beruht auf Art. 37 Abs. 1 lit. e) der Richtlinie 2009/72/EG, oben Fn. 65, und Art. 41 Abs. 1 lit. e) der Richtlinie 2009/73, oben Fn. 66.

71 S. § 5 BNetzAG.

72 Z.B. nach § 25 EnWG, wenn dem Gasversorgungsunternehmen ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten entstehen würden. Im Übrigen hat nach § 37 EnWG keinen Anspruch auf Grundversorgung, wer zur Deckung des Eigenbedarfs eine Anlage zur Erzeugung von Energie betreibt oder sich von einem Dritten versorgen lässt.

73 Ggf. die Landesregulierungsbehörden, s. hierzu bereits die Abgrenzung in der Antwort zu Frage 4; im Folgenden wird daher einheitlich von der Bundesregulierungsbehörde gesprochen.

74 Vgl. z.B. § 25 S. 2 EnWG.

75 So z.B. § 37 Abs. 3 EnWG.

76 Gem. § 75 Abs. 4 EnWG entscheidet über Beschwerden das für den Sitz der Regulierungsbehörde zuständige Oberlandesgericht, im Fall der BNetzA also das OLG Düsseldorf.

*Verantwortung, sei es in Zusammenarbeit mit den nationalen Finanzregulierungsbehörden – auf nationaler oder EU-Ebene zu begründen?*

Mit der vorgeschlagenen Verordnung („REMIT“ – *Regulation on Energy Market Integrity and Transparency*) soll ein EU-weiter Rechtsrahmen geschaffen werden, um Marktmissbrauch zu unterbinden und dadurch Transparenz und Integrität der Energiegroßhandelsmärkte für Strom und Gas zu stärken.<sup>77</sup> Hintergrund ist die mangelnde Anwendbarkeit der bestehenden Regelungen zum Schutz der Finanzmärkte<sup>78</sup> auf außerbörslich (*over the counter*; „OTC“) getätigte Energiehandelsgeschäfte.<sup>79</sup> In den Art. 2, 3 und 4 des Verordnungsvorschlags werden der Insider-Handel und die Marktmanipulation definiert und verboten.

### 1. Anforderungen des Verordnungsvorschlags an die Mitgliedstaaten

Die Verordnung soll nach ihrer Begründung<sup>80</sup> drei Maßnahmen beinhalten, um Marktmissbrauch wirksam aufzudecken und davor abzuschrecken. Das ist zunächst die Marktüberwachung (sog. *Monitoring*) durch Erhebung, Überprüfung und Austausch der Daten von den Energiegroßhandelsmärkten. Sie erfolgt durch die ACER,<sup>81</sup> soll aber in Zusammenarbeit mit den NRB stattfinden.<sup>82</sup> Daneben sollen die Marktteilnehmer verpflichtet werden, gewisse Daten an die Agentur zu übermitteln.<sup>83</sup> Dies berührt die NRB nicht unmittelbar. Drittens sollen nach der Verordnungsbegründung bei Verdacht auf Marktmissbrauch Untersuchungen, ggf. mit geeigneten Sanktionen, erfolgen, wobei die NRB eine führende Rolle übernehmen sollen.<sup>84</sup> Grundsätzlich wird im Entwurf die Zusammenarbeit der ACER mit den NRB, aber auch mit den nationalen Wettbewerbsbehörden (Bundeskartellamt) und Finanzregulierungsbehörden betont.<sup>85</sup> Finanzregulierungsbehörde ist in Deutschland die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BAFIN“).

77 Übersicht unter [http://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/Kurzanalysen/Energiemaerkte/KA\\_Ueberwachung\\_des\\_Energiemarkts.pdf](http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/Energiemaerkte/KA_Ueberwachung_des_Energiemarkts.pdf); aufgerufen am 19. Oktober 2011.

78 Insbesondere MiFID (Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABl. 2004 L 145, S. 1) und MAD (Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, ABl. 2003 L 96, S. 16).

79 Riewe, Janine, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Ewerk über den Verordnungsentwurf am 1. April 2011, abrufbar unter: <http://www.ewerk.hu-berlin.de/node/3561>; aufgerufen am 19. Oktober 2011.

80 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts, KOM/2010/726 endg., Begründung, Rn. 4.3.3.

81 Vgl. Art. 1, 6, 7 und 8 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts, KOM/2010/726 endg.

82 Vgl. Art. 11 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts, KOM/2010/726 endg.

83 Art. 7 Nr. 4 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts, KOM/2010/726 endg.

84 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts, KOM/2010/726 endg., Begründung, Rn. 4.3.3.

85 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts, KOM/2010/726 endg., Begründung, Rn. 4.2.1. (Subsidiarität), Rn. 4.3.3. (Maßnahmen, um Missbrauch wirksam aufzudecken und davor abzuschrecken) sowie Erwägungsgrund Nr. 21 und Art. 1 Abs. 3 des Verordnungsentwurfs.

Konkrete Aufgaben sollen nach dem Verordnungsvorschlag nur den NRB zugewiesen werden. Diese reichen gem. Art. 10 Nr. 2 lit. a)-g) von der Einsichtnahme in relevante Unterlagen aller Art und Erhalt von Kopien davon über Ermittlungen vor Ort bis zur Beantragung eines vorübergehenden Berufsverbots. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass die NRB über ausreichende Befugnisse verfügen, um diese Untersuchungen durchzuführen.

## 2. Schwierigkeiten für die NRB

Bisher sind die Kompetenzen der NRB im EnWG und dem BNetzAG geregelt. Hiernach kommen der BNetzA bereits umfassende Untersuchungs- und Betretungsrechte, sowie die Befugnis zum Monitoring zu.<sup>86</sup> Selbstverständlich müsste das EnWG an die REMIT angepasst werden, sollte diese in Kraft treten. Momentan dienen die Befugnisse nach § 56 EnWG allein der Erfüllung der Aufgaben, die der BNetzA mit den bisherigen Regelungen des dritten Binnenmarktpakets übertragen wurden. Im Grunde sind dies jedoch keine anderen Befugnisse, als sie den NRB jetzt schon zustehen. Eine genaue Kompetenzabgrenzung wird allerdings erforderlich, wenn wie geplant eine Markttransparenzstelle beim BKartA eingerichtet wird.

## 3. Markttransparenzstelle

In der Begründung zur REMIT steht unter 4.2.1. (Subsidiaritätsprinzip), dass es auf nationaler Ebene Versuche gibt, eine kontinuierliche Überwachung der Energiemärkte zu verwirklichen: Die deutsche Bundesregierung beabsichtigt, eine Markttransparenzstelle zu schaffen, der die Unternehmen tagesaktuell Preisinformationen übermitteln müssen, um so Anreize für Preismanipulationen zu reduzieren.<sup>87</sup> Die deutsche Monopolkommission<sup>88</sup> hatte die Einrichtung einer unabhängigen Marktüberwachung in Deutschland gefordert, die in der Lage ist, Zugang zu börslichen und außerbörslichen Transaktionen für Lieferungen in Deutschland zu erhalten. Diese spezielle, unabhängige Marktüberwachungsstelle soll eine systematische, umfassende Marktbeobachtung vornehmen.<sup>89</sup>

Die Bundesregierung begrüßt grundsätzlich die Einigung über den Vorschlag der Europäischen Kommission zur REMIT-Verordnung und die damit beabsichtigte Schließung von europäischen Verbotslücken für missbräuchliche Handelspraktiken, die von einer marktbeherrschenden Stellung unabhängig sind. Allerdings hat die Bundesregierung – im Einklang mit dem Bundeskartellamt – einige der Regelungen des Verordnungsvorschlags kritisch gesehen, da sie zu mehrfachen Melde-

<sup>86</sup> Vgl. §§ 29-31, 35, 51, 56, 65, 69ff. EnWG.

<sup>87</sup> Drucksache 17/4777, Antwort der Bundesregierung auf Kleine Anfrage der Grünen u.a. und Drucksache 17/6640, Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2009/2010, Rn. 13.

<sup>88</sup> Drucksache 16/14060, Sondergutachten 54 der Monopolkommission gem. § 62 Abs. 1 EnWG, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb.

<sup>89</sup> Drucksache 17/1686, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Absatz 1 des Energiewirtschaftsgesetzes Strom und Gas 2009 – Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb – Drucksache 16/14060 – Stellungnahme der Bundesregierung, S. 7.

pflichten der Marktteilnehmer führen werden und damit die Einrichtung der nationalen Markttransparenzstelle gefährden könnten. Die Bundesregierung hat sich im Rahmen der Verhandlungen daher für eine flexiblere Gestaltung der Verordnung eingesetzt, die eine Integration von nationalen Markttransparenzstellen in die geplante europäische Aufsichtsstruktur ermöglicht.<sup>90</sup>

## B. Förderung und Beihilfen im Rahmen der erneuerbaren Energien

### Frage 7:

*Sind die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EU und die darin fortgeführten, ausschließlich nationalen Beihilfe-Maßnahmen und nationalen Zielvorgaben zur Nutzung erneuerbarer Energiequellen im Einklang mit der Auslegung der Grundsätze und Rechte des Vertrages durch das Gericht? Steht z.B. der Ausschluss des Austausches von Instrumenten, die die ausgegebene Leistung erneuerbarer Energien zwischen Versorgern und Herstellern in verschiedenen Mitgliedstaaten bescheinigen und deren Ziel es ist, die Erfüllung der minimalen Verbrauchsquoten erneuerbarer Energien nachzuweisen oder Einspeisungsquoten zu erwerben, im Widerspruch mit den Grundsätzen des freien Binnenhandels? Führt dieser Ausschluss zu einer Verzerrung des Wettbewerbs auf dem Elektrizitätsmarkt?*

### Frage 8:

*Insbesondere, könnte die Entscheidung des Gerichts im Fall PreussenElektra – unter der Voraussetzung einer zwischenzeitlich erfolgten wesentlichen Steigerung in der Erzeugung von Wind- und Solarenergie und des Ausbaus eines liberalisierten EU Strom- und Gasmarktes – 2012 noch Geltung beanspruchen?*

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EU<sup>91</sup> ist Teil des Europäischen Klima- und Energiepakets, für das auf dem Europäischen Rat im Dezember 2008 nach einjähriger Verhandlung eine politische Einigung erzielt werden konnte und schafft erstmals einen umfassenden Rechtsrahmen zu Erneuerbaren Energien im Bereich Strom, Wärme/Kälte und Verkehr.<sup>92</sup>

Kernpunkt der Richtlinie ist die Festlegung verbindlicher nationaler Mindestanteile Erneuerbarer Energien am Energieverbrauch. Deutschland wird verpflichtet, bis 2020 mind. 18% Strom aus Erneuerbaren Energien zu beziehen. Allerdings bestehen nur wenige Vorgaben, auf welche Weise die nationalen Gesamtziele für den

90 Drucksache 17/6640, Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2009/2010, Rn. 15.

91 Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. 2009 L 140, S. 16.

92 S. dazu die Stellungnahme auf der Internetseite des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, <http://www.bmu.de/eu/international/doc/44741.php>; aufgerufen am 19. Oktober 2011.

Anteil Erneuerbarer Energien erreicht werden müssen.<sup>93</sup> Der ursprüngliche Richtlinienvorschlag der Kommission<sup>94</sup> sah hierzu ein System handelbarer Herkunftsnachweise vor.

## 1. Herkunftsnachweise

Ein Herkunftsnachweis<sup>95</sup> dient dem Nachweis gegenüber dem Endkunden, dass die Energie aus erneuerbaren Quellen stammt.<sup>96</sup> Nach dem Richtlinienvorschlag hätte dieser Handel mit Herkunftsnachweisen genutzt werden können, um die nationalen Zielvorgaben (in Deutschland 18% Strom aus Erneuerbaren Energien) zu erreichen.<sup>97</sup> Wenn also ein Mitgliedstaat diese Zielvorgabe allein nicht oder nicht so kostengünstig erreicht, hätte er hiernach die entsprechende Menge aus einem anderen Mitgliedstaat zukaufen und somit die Zielvorgabe erfüllen können.

Dieses System ist auf Betreiben Deutschlands und Spaniens dahingehend geändert worden, dass der Handel mit Herkunftsnachweisen keinerlei Einfluss mehr auf die nationalen Gesamtziele hat.<sup>98</sup> Beide Staaten sahen mit diesem System die nationalen Einspeisemodelle gefährdet, die auch nach Auffassung der Kommission das effektivste Fördermodell darstellen.<sup>99</sup> Bei einem Einspeisemodell werden die Stromunternehmen verpflichtet, den einheimischen Erzeugern von Ökostrom einen gesetzlich festgelegten Preis zu zahlen.<sup>100</sup> In der Vorgängerrichtlinie<sup>101</sup> war noch die Schaffung eines einheitlichen Fördersystems vorgesehen.<sup>102</sup> Dies wird in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie nun nicht weiter verfolgt.<sup>103</sup>

Vielmehr zielt die Erneuerbare-Energien-Richtlinie nach ihrem Erwägungsgrund 25 darauf ab, die grenzüberschreitende Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu erleichtern, ohne die nationalen Förderregelungen zu beeinträchtigen. Dane-

93 Lehnert/Vollprecht: Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 308.

94 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen KOM/2008/19 endg.

95 Sowohl nach der Definition im Richtlinienvorschlag als auch in der endgültigen Richtlinie.

96 Vgl. hierzu Art. 15 der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. 2009 L 140, S. 16 und Art. 2 (g) des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen KOM/2008/19 endg.

97 Art. 5 Abs. 9 (c) i.V.m. Art. 6 ff. des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen KOM/2008/19 endg.

98 Lehnert/Vollprecht: Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 314.

99 Mitteilung der Kommission – Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen, KOM/2005/627 endg., S. 6.

100 Für weitere Informationen zum Einspeisemodell s. Mitteilung der Kommission – Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen, KOM/2005/627 endg., S. 4.

101 Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 2001 L 283, S. 33.

102 Vgl. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 2001 L 283, S. 33 i.V.m. Erwägungsgrund 16.

103 Lehnert/Vollprecht: Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 312.

ben ermöglicht Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie statistische Transfers von Energie. Auch Herkunftsnachweise müssen nach Art. 15 Abs. 1 weiterhin ausgestellt werden. Damit wird der Handel mit Energie aus Erneuerbaren Energien ermöglicht. Dies berührt jedoch gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 3 und 15 Abs. 2 Satz 8 ausdrücklich nicht die Erfüllung der nationalen Zielvorgaben. Diese sind gemäß Art. 3 Abs. 3 durch optionale Maßnahmen der Kooperation i.S.d. Art. 5 bis Art. 11 und durch nationale Förderregelungen zu erreichen.

## 2. Nationale Förderregelungen in Deutschland

Nationale Förderregelungen sind nach Art. 2 lit. k) der Richtlinie Instrumente, Regelungen oder Mechanismen zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen durch Kostensenkung, Erhöhung des Verkaufspreises oder Steigerung der Absatzmenge. Das deutsche Fördermodell besteht in einer sog. Mischform von Abnahmeverpflichtung und erhöhter Vergütung von Energie aus Erneuerbaren Energien. Dem Erzeuger Erneuerbarer Energien wird hierbei ein gesetzlich festgelegter Preis garantiert, während für die Übertragungsnetzbetreiber eine Anschluss- und Abnahmepflicht begründet wird.<sup>104</sup> Eine Stromabnahmeverpflichtung mit fixen Vergütungen besteht in allen Mitgliedstaaten der EU.<sup>105</sup>

Fraglich ist nun, ob diese stark nationale Ausgestaltung vereinbar ist mit dem europäischen Primärrecht. Bedenken bestehen sowohl im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit als auch auf das Beihilfenregime. Daneben ist fraglich, ob die korrekte Rechtsgrundlage gewählt wurde, da die Richtlinie sowohl auf die Umwelt- als auch auf die Binnenmarktkompetenz (Art. 192 und Art. 114 AEUV) gestützt wurde.<sup>106</sup> Letzteres soll im Folgenden jedoch nicht thematisiert werden.

### a) Vereinbarkeit mit dem Beihilfenregime

Nach der Rechtsprechung des EuGH (PreussenElektra) ist der Beihilfenbegriff des Art. 107 AEUV<sup>107</sup> nicht dahingehend auszulegen, dass er eine nationale Regelung wie das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien („EEG“)<sup>108</sup> mit seiner privatrechtlich ausgestalteten Förderregelung erfasst.<sup>109</sup>

Damit eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 AEUV vorliegt, muss eine Begünstigung staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden, selektiv sein, zu einer Wettbewerbsverfälschung führen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel).<sup>110</sup>

104 Ekardt/Schmeichel: Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht – Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, S. 171, 175.

105 Sensfuß/Ragwitz/u.a.: Endbericht zur Fortentwicklung des Erneuerbaren Energien Gesetzes (EEG) zur Marktdurchdringung Erneuerbarer Energien im deutschen und europäischen Strommarkt, 2007, S. 44.

106 Lehnert/Vollprecht: Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 308f. m.w.N.

107 Zur Zeit des Urteils noch Art. 87 EG.

108 Wobei sich das Urteil noch auf das Vorgängergesetz bezieht, das Stromeinspeisungsgesetz (StromEG).

109 EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rs. C-379/98 („PreussenElektra“), Slg. 2001, S. I-2099.

110 Cremer in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 107 AEUV, Rn. 37.

Die Abnahme- und Preisgarantie stellt für die Erzeuger Erneuerbarer Energien einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber den Erzeugern von Energie aus fossilen Brennstoffen dar. Fraglich ist allein, ob dieser Vorteil staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt ist. Dies hat der EuGH in seiner PreussenElektra-Rechtsprechung mit der Begründung verneint, dass die Abnahmeverpflichtung zu festgelegten Mindestpreisen allein die privaten Elektrizitätsversorgungsunternehmen treffe.<sup>111</sup> Die Unterscheidung zwischen „staatlichen“ und „aus staatlichen Mitteln gewährten“ Beihilfen bedeute „nämlich nicht, dass alle von einem Staat gewährten Vorteile unabhängig davon Beihilfen darstellen, ob sie aus staatlichen Mitteln finanziert werden, sondern dien[e] nur dazu, in den Beihilfebegriff die unmittelbar vom Staat gewährten Vorteile sowie diejenigen, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, einzubeziehen“.<sup>112</sup>

Damit stellt sich die in Frage 8 konkretisierte Frage, ob diese Rechtsprechung heute noch Geltung beanspruchen kann. Die Auslegung des Begriffs „aus staatlichen Mitteln gewährt“ durch den EuGH ist bisweilen als zu formalistisch kritisiert worden. Unter Verweis auf den *effet utile* des Unionsrechts solle es vielmehr ausreichen, dass die Begünstigung auf staatliches Handeln zurückzuführen ist.<sup>113</sup>

Hiergegen spricht jedoch der Wortlaut des Art. 107 AEUV. Danach stellt das Beihilfenregime gerade kein generelles Instrument zur Korrektur aller wettbewerbslenkenden Maßnahmen des Staates<sup>114</sup> dar. Dies ist auch zu begrüßen, da doch der Großteil der Gesetze in irgendeiner Form monetäre Verteilungswirkungen hat und anderenfalls jede begünstigende Gesetzgebung der Beihilfenkontrolle unterworfen wäre.<sup>115</sup> Hierfür gibt es jedoch bereits die Grundfreiheiten (dazu sogleich), eine extensive Auslegung des Beihilfenregimes ist nicht notwendig.

Das Gericht der Europäischen Union hat diese Bestrebung, einer ausufernden Auslegung des Beihilfenbegriffs Einhalt zu gebieten, im Urteil France Télécom bestätigt und fortgesetzt.<sup>116</sup> Hier hatte der französische Wirtschaftsminister der France Télécom in einem Zeitungsinterview zugesichert, bei Finanzierungsproblemen unterstützend einzugreifen. Ein halbes Jahr später hatte der französische Staat der France Télécom tatsächlich einen Aktionärsvorschuss angeboten, der jedoch von der France Télécom nicht angenommen wurde. Die Erklärungen für sich waren aber schon ausreichend, um das *Rating* von France Télécom und damit das Vertrauen

111 EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rs. C-379/98 („PreussenElektra“), Slg. 2001, S. I-2099, Rn. 59.

112 EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rs. C-379/98 („PreussenElektra“), Slg. 2001, S. I-2099, Rn. 58.

113 Zu diesen Stimmen Ekardt/Schmeichel: Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht-Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, S. 171, 208.

114 Mayer, Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zu staatlichen Beihilfen: Eine Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung in den Jahren 2006 bis 2009 anhand von Musterfällen, 1. Auflage 2009, S. 3.

115 Ekardt/Schmeichel: Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht-Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, S. 171, 209.

116 EuG, Urteil vom 21. Mai 2010, verb. Rs. T-425/04, T-444/04, T-450/04 und T-456/0 („Frankreich/Kommission“), Slg. 2010, II-02099.

der Kapitalmärkte positiv zu beeinflussen, sodass eine staatliche Kapitalzuführung überflüssig wurde.<sup>117</sup> Das Gericht sah hierin keine Beihilfe.<sup>118</sup>

Selbst wenn man in der Ausgestaltung der Gesetzeslage zu den Erneuerbaren Energien eine Beihilfe sähe, könnte diese gerechtfertigt sein. Nach den Leitlinien der Kommission zu Umweltschutzbeihilfen soll die Beihilfenkontrolle in erster Linie sicherstellen, dass die Maßnahme zu einer Umweltentlastung führt und diese die negativen Folgen der Wettbewerbsverzerrungen überwiegt.<sup>119</sup>

Daher dürfte weder die Erneuerbare-Energien-Richtlinie selbst im Widerspruch zum Beihilfenregime stehen noch das deutsche Fördersystem mit dem EEG, für das die Richtlinie durch das Bekenntnis zu nationalen Förderregelungen ausdrücklich Raum lässt. Die PreussenElektra-Rechtsprechung hat daher nach wie vor Bestand.

### *b) Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit*

Damit bleibt die Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit zu untersuchen. Diese steht insbesondere seit der Beschwerde eines finnischen Stromerzeugers bei der Kommission wegen der Beschränkung der Förderinstrumente u.a. in Deutschland wieder im Fokus.<sup>120</sup> Gerügt wird, dass finnischer Strom zwar den Übertragungsnetzbetreibern angeboten und damit verkauft werden kann, die betroffenen Exportvolumina aber nicht den nationalen Einspeisetarifen unterliegen.<sup>121</sup> Dem finnischen Erzeuger ist damit im Unterschied zu nationalen Stromerzeugern kein Festpreis garantiert, er muss seine Preise an der Nachfrage auf dem Energiemarkt orientieren. Für die Vereinbarkeit des deutschen EEG mit der Warenverkehrsfreiheit wird angeführt, dass die europäischen Richtlinien<sup>122</sup> solche Preisregelungen gerade gestatten.<sup>123</sup> Auch das europäische Sekundärrecht muss jedoch mit dem Primärrecht in Einklang stehen und es stellt sich daher die Frage, ob es mit den Grundsätzen des Binnenmarktes vereinbar ist, dass in der Richtlinie keine einheitlichen Regelungen getroffen, sondern nationale Fördersysteme zugelassen werden. Dies ist im Folgenden am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit zu prüfen.

Strom hat einen Geldwert, kann Gegenstand von Handelsgeschäften sein und ist damit nach ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>124</sup> von Art. 34 AEUV erfasst, der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen verbietet. Dies umfasst nach der sog. Dassonville-Formel<sup>125</sup> alle nationalen Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder

117 EuG, Urteil vom 21. Mai 2010, verb. Rs. T-425/04, T-444/04, T-450/04 und T-456/0 („Frankreich/Kommission“), Slg. 2010, II-02099, Rn. 45-50.

118 EuG, Urteil vom 21. Mai 2010, verb. Rs. T-425/04, T-444/04, T-450/04 und T-456/0 („Frankreich/Kommission“), Slg. 2010, II-02099, Rn. 310.

119 Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2008 C 82, S. 4, unter 1.1. (6).

120 Oschmann: Neues Recht für Erneuerbare Energien, NJW 2009, S. 263, 266.

121 EFET Presse Erklärung 45/08, 10. Oktober 2008.

122 In diesem Fall die Richtlinie 2001/77/EG, die ersetzt wurde durch die Richtlinie 2009/28/EU, oben Fn. 91.

123 Oschmann: Neues Recht für Erneuerbare Energien, NJW 2009, S. 263, 266.

124 EuGH, Urteil vom 27. April 1994, Rs. C-393/92 („Almelo“), Slg. 1994, S. I-1477, Rn. 28, so bereits in der Rs. 6/64 („Costa/Enel“, Slg. 1964, S. 1253).

125 EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, Rs. 8/74 („Dassonville“), Slg. 1974, S. 837, Rn. 5.

mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern. In der Rechtssache Preussen Elektra hat der EuGH festgestellt, dass Abnahmeverpflichtungen bezüglich nationaler Elektrizität aus Erneuerbaren Energien die Einfuhr durch ausländische Wirtschaftsteilnehmer hindern.<sup>126</sup> Genauso ist die Zahlung der Einspeisetarife ausschließlich an nationale Produzenten geeignet, den grenzüberschreitenden Handel zu beeinträchtigen.<sup>127</sup> Sowohl die Abnahmeverpflichtung wie auch die garantierten Einspeisetarife knüpfen an das Merkmal ‚inländisch‘ an und stellen mithin eine Diskriminierung gegenüber ausländischen Stromproduzenten dar.

Allerdings müsste diese auf einer staatlichen Maßnahme beruhen. Im Bereich der Grundfreiheiten reicht dazu ein Gesetz. Es ist ja gerade keine Gewährung von Geldmitteln aus staatlichen Mitteln erforderlich, um den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit zu eröffnen.<sup>128</sup> Vielmehr soll verhindert werden, dass die Mitgliedstaaten nationale Anordnungen treffen, die ihre eigenen Unternehmen auf dem Markt bevorzugen.

Diese Diskriminierung könnte jedoch gerechtfertigt sein. Nach der überwiegenden Rechtsprechung des EuGH ist dies nur anhand geschriebener Rechtfertigungsgründe möglich,<sup>129</sup> in diesem Fall also Art. 36 AEUV. Für Maßnahmen gleicher Wirkung, wie sie in der Rechtssache „Dassonville“<sup>130</sup> anerkannt wurden, sind als Korrektiv auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe, sog. zwingende Gründe des Allgemeinwohls, anerkannt.<sup>131</sup> Hierzu gehört der Umweltschutz.<sup>132</sup> Generalanwalt Jacobs hatte in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache PreussenElektra ausgeführt, warum eine Rechtfertigung unter Umweltgesichtspunkten als eigene primärrechtliche Ausnahme möglich sein sollte.<sup>133</sup> Der EuGH hingegen stützte sich in dieser Rechtsache darauf, dass die Vorschriften zum Schutz der Umwelt gleichzeitig auch dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen dienen.<sup>134</sup> Dies wiederum ist ein geschriebener Rechtfertigungsgrund nach Art. 36 AEUV. Damit kam der EuGH zu dem Schluss, die Regelung des damaligen Strom-

126 EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rs. C-379/98 („PreussenElektra“), Slg. 2001, S. I-2099, Rn. 70.

127 Zur rechtlichen Einordnung von gesetzlichen Mindestpreisen s. den Leitfaden der Kommission zur Anwendung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr 2010, S. 17, [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art34-36/new\\_guide\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art34-36/new_guide_de.pdf); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

128 Zum Verhältnis der Warenverkehrsfreiheit zum Beihilfenregime s. Müller-Graff, in: Von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 28 EG, Rn. 341-344 und Ekardt/Schmeichel: Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht-Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, S. 171, 188.

129 Dies ergibt sich bereits aus dem ausdifferenzierten System der Verträge, in denen ausdrücklich festgelegt ist, welche Rechtfertigungen für welche Grundfreiheiten gelten. Etwas anderes gilt nur aufgrund der Ausweitung des Art. 34 AEUV zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot in der Rs. „Dassonville“. Hiernach sind auch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen u.U. rechtfertigungsbedürftig. Um einer ausufernden Anwendung der Grundfreiheiten entgegenzuwirken, wurden daher als Korrektiv die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe anerkannt.

130 EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, Rs. 8/74 („Dassonville“), Slg. 1974, S. 837.

131 Leitfaden der Kommission zur Anwendung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr 2010, S. 27, oben Fn. 127.

132 EuGH, Urteil vom 20. September 1988, Rs. 302/86 („Kommission/Dänemark“), Slg. 1988, S. 4607, Rn. 8.

133 Schlussanträge vom 26. Oktober 2000 in der Rs. C-379/98 („PreussenElektra“), Slg. 2001, S. I-2099, Rn. 232 f.; zum Ganzen Alber, Tendenzen der neueren Rechtsprechung des EuGH, Ziffer IV.1.b); abrufbar unter <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=1>; aufgerufen am 21. Oktober 2011.

134 EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rs. C-379/98 („PreussenElektra“), Slg. 2001, S. I-2099, Rn. 75.

einspeisungsgesetzes verstoße „beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Elektrizitätsbinnenmarkt“ nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit.<sup>135</sup> Gleiches müsste dann für eine Richtlinie gelten, die wie die Erneuerbare-Energien-Richtlinie eine solche Regelung zulässt. Die Frage zielt nun darauf, ob dies heute immer noch der Fall ist.

Zu den Umweltbelangen gehören Klimaschutz und Versorgungssicherheit.<sup>136</sup> Letztere ist aber zumindest langfristig auf die Etablierung Erneuerbarer Energien am Markt angewiesen.<sup>137</sup> Da ein einheitliches europäisches Fördersystem wie bereits ausgeführt nicht besteht, scheinen die nationalen Fördermodelle momentan die einzig durchsetzbare Möglichkeit zu sein, Erneuerbare Energien am Markt zu behaupten. Zudem kommt dem Umweltschutz gegenüber dem Jahr 2001 eher eine gesteigerte als eine geringere Bedeutung zu.

Die Umweltvorschriften der EU gelten als die schärfsten der Welt.<sup>138</sup> Gemäß Art. 3 EUV soll die EU auf eine nachhaltige Entwicklung Europas hinwirken, auf ein hohes Maß an Umweltschutz und eine Verbesserung der Umweltqualität hinarbeiten sowie einen Beitrag zu einer globalen nachhaltigen Entwicklung leisten. Das Ziel, den Klimawandel zu bekämpfen, ist in Art. 191 AEUV ausdrücklich verankert. Die EU wird zuweilen als Umweltunion<sup>139</sup> bezeichnet. Damit kann auch heute die Rechtslage zur Förderung Erneuerbarer Energien nicht anders beurteilt werden. Durch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EU werden die Grundsätze des Vertrages nicht verletzt.

## Frage 9:

*Gibt es in Ihrem Mitgliedstaat Besonderheiten bei der Umsetzung der RES-Richtlinie 2009 (Erneuerbare-Energien-Richtlinie), die geeignet sind, Probleme im Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zu verursachen (sofern solche Maßnahmen, z.B. in Form gemeinsamer Projekte – sei es zwischen den Regierungen und ihren Behörden oder auch zwischen privaten Teilnehmern – oder auch statistischer Transfers i.S.d. Richtlinie überhaupt vorgesehen sind)?*

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EU ist in Deutschland durch das „Europarechtsanpassungsgesetz Erneuerbare Energien – EAG EE“ umgesetzt worden. Das Gesetz enthält Änderungen im EEG, im Erneuerbare-Energien-Wärme-

135 EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rs. C-379/98 („PreussenElektra“), Slg. 2001, S. I-2099, Tenor Nr. 2.

136 Ekardt/Schmeichel: Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht-Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, S. 171, 190; zum Begriff der Versorgungssicherheit s. die Antwort zu Frage 12.

137 Ekardt/Schmeichel: Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht-Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, S. 171, 191.

138 So die Aussage auf dem Portal der Europäischen Union zum Thema Umwelt, abrufbar unter [http://europa.eu/pol/env/index\\_de.htm](http://europa.eu/pol/env/index_de.htm); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

139 [http://www.innovations-report.de/html/berichte/umwelt\\_naturschutz/bericht-34073.html](http://www.innovations-report.de/html/berichte/umwelt_naturschutz/bericht-34073.html); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

gesetz, im Energiestatistikgesetz, im Baugesetzbuch und in der Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung.<sup>140</sup>

Dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit („BMU“) zufolge<sup>141</sup> wird die Erneuerbare-Energien-Richtlinie durch das EAG EE 1:1 umgesetzt. Einziger Unterschied zwischen der Richtlinie und dem EEG ist die Tatsache, dass für die Berechnung der Strommenge aus erneuerbaren Energiequellen auf EU-Ebene auch der Strom aus sog. Hybridanlagen<sup>142</sup> zu berücksichtigen ist.<sup>143</sup> Dem steht das deutsche Ausschließlichkeitsprinzip gegenüber, wonach ein Anspruch auf Vergütung gemäß § 16 EEG nur für Strom aus solchen Anlagen besteht, die ausschließlich Erneuerbare Energien nutzen.<sup>144</sup> Folglich kann Strom für die Erreichung der nationalen Zielvorgabe von 18% zu berücksichtigen sein, der nicht zugleich nach dem EEG vergütet wird.<sup>145</sup>

Die flexiblen Kooperationsmechanismen, wie sie z.B. in Art. 6 (statistische Transfers) und Art. 7 (Gemeinsame Projekte) der Erneuerbare-Energien-Richtlinie vorgesehen sind, sind nach Angaben des BMU<sup>146</sup> bisher nicht umgesetzt worden. Diese Instrumente sind optional und nicht zwingend einzuführen. Weitere Besonderheiten gibt es bei der Umsetzung nicht, sodass sich hieraus auch keine Probleme ergeben können.

## C. Klimawandel

### Frage 10:

*Inwieweit hat die Wahl des Emissionshandels (EU ETS) als Instrument zur Verwirklichung der Klimaschutzziele das letzte Wort gegenüber alternativen Methoden wie z.B. der Besteuerung von Kohlendioxid und Energie?*

Ursprünglich favorisierte die Kommission die Einführung einer Kohlenstoff- und Energiesteuer.<sup>147</sup> In der Begründung für den Richtlinienvorschlag zum Handel mit

140 Vgl. dazu die Mitteilung und die weiterführenden Links auf der Internetseite des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, [http://www.bmu.de/erneuerbare\\_energien/downloads/doc/46475.php](http://www.bmu.de/erneuerbare_energien/downloads/doc/46475.php); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

141 Hintergrundinformationen zu dem Kabinettsbeschluss vom 28. September 2010; BMU KI III 4, abrufbar unter: [http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/hg\\_eag\\_ee\\_bf.pdf](http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/hg_eag_ee_bf.pdf); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

142 Dies sind Anlagen, die Strom teilweise aus Erneuerbaren Energien und teilweise aus fossilen Energiequellen erzeugen.

143 Vgl. Art. 5 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. 2009L 140, S. 16.

144 Lehnert/Vollprecht: Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 311.

145 Lehnert/Vollprecht: Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 311.

146 Hintergrundinformationen zu dem Kabinettsbeschluss vom 28. September 2010; BMU KI III 4, abrufbar unter: [http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/hg\\_eag\\_ee\\_bf.pdf](http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/hg_eag_ee_bf.pdf); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

147 So z.B. der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Restrukturierung der gemeinschaftsrechtlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen, KOM/1997/30 endg.

Treibhausgasemissionsberechtigungen von 2001<sup>148</sup> bekräftigte die Kommission, dass die Gemeinschaft einen allgemeinen Rahmen für die Besteuerung von Energieerzeugnissen benötige. Bezüglich der Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom wurde im Folgenden auch ein allgemeiner Rechtsrahmen erlassen.<sup>149</sup> In dieser Richtlinie sind jedoch nur Mindeststeuern festgelegt, sie stellt keine eigene Steuerquelle der EU dar. Eine einheitliche europäische Verbrauchssteuer scheiterte am Widerstand einiger Mitgliedstaaten, die keine weiteren Steuerregelungen auf EU-Ebene haben wollten.<sup>150</sup> Folglich gründete die EU ihre Klimapolitik auf das EU ETS (*Emissions Trading System*). Rechtsgrundlage ist die Emissionshandelsrichtlinie,<sup>151</sup> die der Erfüllung der im Kyoto-Protokoll übernommenen Verpflichtungen dienen soll.<sup>152</sup>

Das EU ETS basiert auf dem sog. „cap and trade“ Prinzip.<sup>153</sup> Hierbei wird eine genau bemessene europaweite Emissionsmenge („cap“) vorgegeben. Entsprechend diesen umweltpolitischen Gesamtzielen stellen die Mitgliedstaaten Nationale Allokationspläne auf, in denen den Handelsteilnehmern eine bestimmte Anzahl an Emissionszertifikaten zugewiesen wird.<sup>154</sup> Der Gesamtwert der Verschmutzungsrechte liegt jedoch unter dem tatsächlichen Emissionsausstoß. Damit stehen die Unternehmen vor der Wahl, ob sie Emissionshandelszertifikate zukaufen<sup>155</sup> oder ihre eigenen Emissionen reduzieren.<sup>156</sup> Die Emission einer Tonne CO<sup>2</sup> erhält einen Preis. Dieser wird bestimmt durch Angebot und Nachfrage der Emissionszertifikate („trade“). Folglich wird der CO<sup>2</sup>-Ausstoß grundsätzlich dort reduziert, wo es am kostengünstigsten ist.<sup>157</sup>

148 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionsberechtigungen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, KOM/2001/581 endg.

149 Sog. EU-Energiesteuer-Richtlinie: Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, ABl. 2003 L 283, S. 51 (geändert durch die Richtlinien 2004/74/EG und 2004/75/EG vom 1. Mai 2004).

150 <http://www.euractiv.com/en/climate-change/swedes-push-co2-tax-eu-helm/article-182201>; aufgerufen am 21. Oktober 2011.

151 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG, ABl. 2003 L 275, S. 32.

152 Präambel Nr. (5) der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG, ABl. 2003 L 275, S. 32.

153 So die Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission zum *Emissions Trading System*, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/index_en.htm); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

154 Art. 9 der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG, ABl. 2003 L 275, S. 32; dazu Kreuter-Kirchhof: Die europäische Emissionshandelsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland, EuZW 2004, S. 711.

155 Die Zertifikate werden an der Leipziger Strombörse (*European Energy Exchange, EEX*) im Auftrag des BMU versteigert.

156 Im Anhang I der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG, oben Fn. 151, sind die erfassten Tätigkeiten aufgelistet. Die jeweiligen Anlagenbetreiber benötigen eine Genehmigung, die mit der Verpflichtung verknüpft ist, Zertifikate in Höhe der Gesamtemissionen einzureichen.

157 Grünbuch der Kommission zum Handel mit Treibhausgasemissionen in der Europäischen Union, KOM/2000/87 endg.

Abgesehen davon, dass das Emissionshandelssystem unter den Mitgliedstaaten konsensfähig war, hat es auch einige Vorteile gegenüber einer einheitlichen europäischen Steuer: Im Bereich der Steuern sind zwei Modelle denkbar, Energieverbrauchssteuern und Emissionssteuern. Der Nachteil einer Energieverbrauchssteuer ist, dass sie nicht an der primären Zielgröße CO<sup>2</sup> anknüpft, sondern unterschiedslos alle Energieträger trafe.<sup>158</sup> Dies ist jedoch nicht im Sinne einer Förderung Erneuerbarer Energien, wie sie dem Klimapaket der EU entspricht. Eine Emissionssteuer würde zwar unmittelbar an den CO<sup>2</sup>-Ausstoß anknüpfen, allerdings wäre angesichts der außerordentlich niedrigen Preiselastizität der Nachfrage bei Benzin und Heizöl wohl nur eine geringe Nachfragesenkung zu erwarten.<sup>159</sup> Zudem wäre es schwierig, überhaupt einen geeigneten Steuersatz zu finden, dieser müsste vermutlich im Wege eines *Trial-and-Error*-Verfahrens ermittelt werden.<sup>160</sup>

Das Emissionshandelssystem hingegen führt zu einer optimalen Preisbestimmung durch den Energiemarkt. Damit wird unmittelbar die Zielgröße CO<sup>2</sup> kontrolliert, deren Einhaltung durch Sanktionen gesichert werden kann.<sup>161</sup> Im EU ETS ist unmittelbar festgelegt, welche positiven Auswirkungen das System haben wird.<sup>162</sup> Die Besteuerung von Kohlendioxid und Energie stellt folglich keine Alternative zum EU ETS dar.

Allerdings hat auch das Emissionshandelssystem seine Schwächen. Da die Staaten zu viele Verschmutzungsrechte zuteilten, konnte der Börsenpreis seine Modernisierungsanreize nur begrenzt entfalten. Auch mussten im Jahr 2010 einige Börsen den Handel kurzfristig einstellen, nachdem offenbar gestohlene Zertifikate in den Umlauf gelangt waren. Schließlich gab es auch Missbräuche des Emissionshandelssystems: Da es auch ausreicht, wenn Emissionen außerhalb Europas gesenkt werden, kam es vermehrt zu Kooperationen mit Entwicklungsländern in Form sogenannter *Clean Development Mechanisms* („CDM“). So gibt es besonders viele Zertifikate für die Reduktion des gefährlichen Treibhausgases Fluoroform („HFC-23“), das bei der Kühlmittelherstellung anfällt. Offenbar sind in China und Indien einige der 19 HFC-23-Produktionsstätten nur in Betrieb geblieben, damit Zertifikate dafür verkauft werden konnten, da die Gutschrift für den Emissionshandel um ein Vielfaches mehr wert sei als die Beseitigung von HFC-23 koste.<sup>163</sup>

Jedenfalls können Steuern und gegebenenfalls auch andere ordnungspolitische Maßnahmen eine sinnvolle Ergänzung zum EU ETS sein. Ein einheitliches europäisches Steuersystem ist, wie bereits angesprochen, zurzeit nicht konsensfähig.

158 Bärwaldt/Leimbach/Müller: Globaler Emissionshandel, Lösung für die Herausforderungen des Klimawandels?, Internationale Politikanalyse der Friedrich Ebert Stiftung, April 2009, S. 6.

159 Bärwaldt/Leimbach/Müller: Globaler Emissionshandel, Lösung für die Herausforderungen des Klimawandels?, Internationale Politikanalyse der Friedrich Ebert Stiftung, April 2009, S. 6.

160 Einführung in das Grundprinzip des Emissionsrechtehandels vom Fraunhofer Institut für System- und Innovationsforschung, abrufbar unter [http://www.co2handel.de/article209\\_553.html](http://www.co2handel.de/article209_553.html); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

161 Vgl. Art. 16 der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG, oben Fn. 151.

162 Kreuter-Kirchhof: Die europäische Emissionshandelsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland, EuZW 2004, S. 711, 712.

163 Mihm, Das Geschäft mit den Emissionsrechten, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 26. September 2011, S. 16.

Nationale Steuern<sup>164</sup> können aber bei der Erreichung der Klimaschutzziele durchaus unterstützend wirken. Daneben gibt es auch auf europäischer Ebene weitere Maßnahmen zur Minderung des CO<sup>2</sup>-Ausstoßes. Solche Maßnahmen schließen beispielsweise die Steigerung der Energieeffizienz ein.<sup>165</sup>

### Frage 11:

*Haben abweichende Ansichten zu oben genannter Entscheidung in gesetzlichen Maßnahmen ihres Mitgliedstaates Niederschlag gefunden und falls ja, in welcher Art und Weise (insbesondere im Hinblick auf eventuelle Widersprüche)?*

Das EU ETS ist eine unionsrechtliche Entscheidung und daher für die Mitgliedstaaten verbindlich. In Deutschland wurde die Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG mit dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz („TEHG“) vom 21. Juli 2011<sup>166</sup> umgesetzt. Gemäß Art. 9 der Emissionshandelsrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten daneben einen Nationalen Allokationsplan („NAP“) erstellen. Hierzu berechtigt in Deutschland § 10 des TEHG. Momentan gilt der NAP II, den das Bundeskabinett am 28. Juni 2006 beschlossen hat. Darin wird die zuteilungsfähige Gesamtmenge an CO<sup>2</sup>-Emissionsberechtigungen definiert und Regeln und Mengen der Zuteilung in den Handelsperioden festgelegt. Gleichzeitig ist der NAP II Grundlage für das Zuteilungsgesetz 2012.<sup>167</sup>

Im TEHG ist zudem die Einrichtung der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt) beim Umweltbundesamt vorgeschrieben. Sie soll die Emissionsberichterstattung bundeseinheitlich überwachen und ist auch für die Erteilung der Emissionszertifikate zuständig.<sup>168</sup>

Ab 2013 erfolgt die Zuteilung der Zertifikate dann einheitlich auf europäischer Grundlage.<sup>169</sup> Das heißt, auf nationaler Ebene können höchstens noch unverbindliche Orientierungswerte erlassen werden.<sup>170</sup> In Deutschland müssen Stromerzeuger

164 Zu den nationalen Regelungen vgl. insoweit die Antwort zu Frage 11.

165 S. z.B. den Aktionsplan für Energieeffizienz der Kommission (2007-2012) und für weitere Informationen die Zusammenfassung der EU-Gesetzgebung unter: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/energy/energy\\_efficiency/index\\_de.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/energy/energy_efficiency/index_de.htm); aufgerufen am 25. Oktober 2011.

166 BGBl. I S. 1475. Das TEHG dient der Umsetzung der letzten Änderungen der Richtlinie von 2009, die ursprüngliche Version der Richtlinie ist bereits durch das TEHG in der Fassung vom 8. Juli 2004 umgesetzt worden.

167 Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen zum Emissionshandel im Hinblick auf die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 vom 7. August 2007, BGBl. I S. 1788.

168 S. zum Ganzen den Internetauftritt der DEHSt: [www.dehst.de](http://www.dehst.de); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

169 Vgl. Art. 9 der Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. 2009 L 140, S. 63.

170 Möglich bliebe z.B. der Erlass eines allgemeinen Klimaschutzgesetzes entsprechend dem Climate Change Act in Großbritannien, wie es das Ecologic Institut in einem Kurzgutachten für den WWFvorschlägt: [http://www.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/pdf\\_neu/WWF\\_Studie\\_Klimaschutzgesetz.pdf](http://www.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/pdf_neu/WWF_Studie_Klimaschutzgesetz.pdf); aufgerufen am 21. Oktober 2011. Bisher gibt es jedoch keine Anhaltspunkte, dass ein solches in Deutschland beabsichtigt ist.

ab 2013 ihre Zertifikate zu 100% ersteigern, für andere Branchen erfolgt der Übergang zum Auktionssystem schrittweise.<sup>171</sup>

Wie auf europäischer Ebene bestehen daneben in Deutschland Steuern und andere ordnungspolitische Maßnahmen.<sup>172</sup> Diese stellen jedoch keine Alternative, sondern eine Ergänzung zum EU ETS dar. Schon seit 1879 werden in Deutschland eingeführte Mineralöle mit dem „Petroleumzoll“ besteuert. Dieser wurde in der Folgezeit in Mineralölsteuer und in Anpassung an die EU-Energiesteuer-Richtlinie<sup>173</sup> Energiesteuer genannt.<sup>174</sup> Daneben bestehen Gesetze zur Energieeffizienz wie das Energiedienstleistungsgesetz vom 4. November 2010,<sup>175</sup> auch dieses beruht jedoch auf unionsrechtlicher Grundlage.<sup>176</sup>

## Sicherheit

### Frage 12:

*In welchem Umfang hat Ihr Mitgliedstaat rechtliche Maßnahmen der EU zur Energiesicherheit auf eine Weise umgesetzt, die sich neben der Sicherung des Binnenmarktes auch die Förderung der Solidarität mit anderen Mitgliedstaaten zum Ziel gesetzt haben?*

Unter dem Begriff Versorgungssicherheit wird die dauerhafte und nachhaltige Bedarfsdeckung verstanden.<sup>177</sup> Bezüglich der Maßnahmen auf europäischer Ebene

171 Mihm, Das Geschäft mit den Emissionsrechten, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 26. September 2011, S. 16; s. Art. 10 bis 10c der Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. 2009 L 140, S. 63.

172 Z.B. im Energie- und Stromsteuergesetz vom 1. März 2011, BGBl. I S. 282.

173 Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, ABl. 2003 L 283, S. 51.

174 Vgl. etwa [http://www.focus.de/finanzen/steuern/verbrauchsteuern/energiesteuer\\_aid\\_27137.html](http://www.focus.de/finanzen/steuern/verbrauchsteuern/energiesteuer_aid_27137.html); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

175 BGBl. I S. 1483 ff. Durch dieses Gesetz soll nach der entsprechenden Pressemitteilung des BMWi vom 12. November 2010 (<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen,did=368034.html>; aufgerufen am 21. Oktober 2011) der nationale Energieeinsparwert erreicht werden, indem die Energieeffizienz gefördert wird.

176 Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 5. April 2006 über Energieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der Richtlinie 93/76/EWG des Rates vom 5. April 2006, ABl. 2006 L 114, S. 64.

177 Monitoring-Bericht des BMWi nach § 51 EnWG zur Versorgungssicherheit im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität vom Januar 2011, S. 3.

muss unterschieden werden zwischen den Energiebereichen Erdöl, Gas und Elektrizität.<sup>178</sup>

## 1. Erdöl

Für den Bereich der Energieversorgung durch Erdöl führt die Generaldirektion Energie<sup>179</sup> die Richtlinie 2009/119/EG<sup>180</sup> an, mit der die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, einen Mindestanteil an Erdöl vorrätig zu halten. Am 1. April 2012 ist das Gesetz zur Neufassung des Erdölbevorratungsgesetzes, zur Änderung des Mineralöldatengesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes<sup>181</sup> in Kraft getreten, das die Bevorratung durch den Erdölbevorratungsverband („EBV“) vorsieht. Dieser kann nach § 2 Abs. 3 des Gesetzes und mit Zustimmung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie von anderen Mitgliedstaaten der EU für einen bestimmten Zeitraum Aufgaben übernehmen, die die Verwaltung ihrer Vorräte betreffen.

## 2. Gas

Der Versorgungssicherheit durch Gas soll insbesondere die Verordnung Nr. 994/2010<sup>182</sup> dienen. Diese ist bereits auf der Grundlage von Art. 194 AEUV erlassen worden, durch den im Vertrag von Lissabon erstmals eine Kompetenz der EU im Bereich Energie geschaffen wurde. Die vorigen Maßnahmen waren überwiegend auf die Binnenmarktkompetenz gestützt worden, wie die Richtlinie 2004/67/EG zur Gewährleistung der sicheren Erdgasversorgung<sup>183</sup> und insbesondere auch die Richtlinie 2009/73/EG<sup>184</sup> des dritten Binnenmarktpakets. Beide dienen ausweislich ihrer Erwägungsgründe der Versorgungssicherheit.<sup>185</sup> Die Öffnung

178 Die Investitionsvorhaben für Energieinfrastruktur sind für die Planung und Verbesserung der Versorgungssicherheit von erheblicher Bedeutung. Daher hat der Rat die Unternehmen verpflichtet, entsprechende Mitteilungen an die Kommission zu machen: Verordnung (EU, EURATOM) Nr. 617/2010 des Rates vom 24. Juni 2010 über die Mitteilung von Investitionsvorhaben für Energieinfrastruktur in der Europäischen Union an die Kommission und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 736/96, ABl. 2010 L 180, S. 7. Auf Klage des Europäischen Parlaments hat der EuGH diese Verordnung für nichtig erklärt, da sei auf die falsche(n) Rechtsgrundlagen gestützt war (Art. 337 AEUV und 187 EAG anstatt Art. 194 AEUV, der die Mitentscheidung des Parlaments vorsieht), ihre Wirkungen aber aufrechterhalten, bis innerhalb angemessener Frist eine neue, auf die richtige Rechtsgrundlage, nämlich Art. 194 Abs. 2 AEUV, gestützte Verordnung in Kraft getreten ist (EuGH, Urteil vom 6. September 2012, Rs. C-490/10 („Parlament/Rat“), noch nicht in der amtlichen Sammlung).

179 [http://ec.europa.eu/energy/security/oil\\_en.htm](http://ec.europa.eu/energy/security/oil_en.htm); aufgerufen am 21. Oktober 2011.

180 Richtlinie 2009/119/EG des Rates vom 14. September 2009 zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Mindestvorräte an Erdöl und/oder Erdölzeugnissen zu halten, ABl. 2009 L 265, S. 9.

181 BGBl. I vom 23. Januar 2012.

182 Verordnung (EU) Nr. 994/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Erdgasversorgung und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/67/EG des Rates, ABl. 2010 L 295, S. 1.

183 Richtlinie 2004/67/EG des Rates vom 26. April 2004 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Erdgasversorgung, ABl. 2004 L 127, S. 92.

184 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211, S. 94.

185 Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2009/73/EG, oben Fn. 184, und Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2004/67/EG, oben Fn. 183.

der Märkte ist nach Aussage der Kommission ein Mittel zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit, weil die Unternehmen dann einen Anreiz für Investitionen in einem stabilen und wettbewerbsorientierten Umfeld sehen.<sup>186</sup> Beide Richtlinien sind im EnWG umgesetzt worden.

Nach Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Nr. 994/2010 muss die in Deutschland zuständige Behörde benannt werden. Das ist gemäß § 54a EnWG das BMWi. Einzelne Aufgaben sind der Bundesnetzagentur übertragen. Nach Art. 4 der Verordnung Nr. 994/2010<sup>187</sup> haben die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten einen Präventions- und Notfallplan zu erstellen. Dieser soll ausweislich des Erwägungsgrundes 36 eine Solidarmaßnahme darstellen, ist jedoch erst 2012 vorzulegen und existiert bisher nicht.

Eine europaweite Zusammenarbeit findet hingegen schon jetzt im Rahmen des ENTSO-G statt. Gem. Art. 8 Abs. 3 der im Rahmen des dritten Binnenmarktpakets erlassenen Verordnung Nr. 715/2009 verabschiedet der ENTSO-G alle zwei Jahre einen gemeinschaftsweiten zehnjährigen Netzentwicklungsplan („TYNDP“). Dieser ist zwar nicht bindend, die ACER überprüft jedoch die nationalen Netzentwicklungspläne auf ihre Kohärenz mit dem gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan.<sup>188</sup>

### 3. Elektrizität

Auch der Elektrizitätsbinnenmarkt ist Bestandteil der Regelungen des dritten Binnenmarktpakets. Neben dessen Richtlinie 2009/72/EG<sup>189</sup> besteht noch die Richtlinie 2005/89/EG zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung.<sup>190</sup> Die Umsetzung erfolgte wie im Gasbereich einheitlich im EnWG. Hiernach ist die Gewährleistung der Elektrizitätsversorgungssicherheit prinzipiell eine Aufgabe der am Strommarkt tätigen Unternehmen.<sup>191</sup> Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/89/EG wurde daneben die Kraftwerks-Netzanschlussverordnung<sup>192</sup> erlassen.

186 Grünbuch der Kommission vom 8. März 2006: Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, KOM/2006/105 endg.

187 Oben Fn. 182.

188 Vgl. Art. 8 Abs. 11 der Verordnung (EG) 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. 2009 L 211, S. 36.

189 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211, S. 55.

190 Richtlinie 2005/89/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Januar 2006 über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen, ABl. 2006 L 33, S. 22.

191 Vgl. § 2 Abs. 1 EnWG sowie S. 4 des Monitoring-Berichts des BMWi nach § 51 EnWG zur Versorgungssicherheit im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität vom Januar 2011.

192 Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie (Kraftwerks-Netzanschlussverordnung KraftNAV) vom 26. Juni 2007, BGBl. I S. 1187.

Spiegelbildlich zum Gasbereich<sup>193</sup> erstellt der ENTSO-E nach Art. 8 Abs. 3 der Verordnung Nr. 714/2009<sup>194</sup> einen gemeinschaftsweiten zehnjährigen Netzentwicklungsplan. In diesem Rahmen erfolgt die solidarische Zusammenarbeit.

### Frage 13:

*Inwieweit hat dies maßgebliche Auswirkungen auf die Anordnung der innerstaatlichen Verantwortung für solche Maßnahmen gehabt (sowohl innerhalb der Regierung und des öffentlichen Sektors, als auch im Verhältnis zwischen privaten und öffentlichen Institutionen)?*

Für die Durchführung der in der Verordnung Nr. 994/2010<sup>195</sup> genannten Maßnahmen zur Gewährleistung der Erdgasversorgung ist gemäß § 54a EnWG das BMWi zuständig, das gemäß § 48 GWB eine deutsche Kartellbehörde ist. Im Rahmen der Verordnung Nr. 994/2010 erstellt das Ministerium sog. Notfall- und Präventionspläne. Einige Aufgaben wie die Risikoanalyse sind gem. § 54a Abs. 2 Nr. 1 EnWG auf die BNetzA übertragen. Diese ist seit dem dritten Binnenmarktpaket die zuständige nationale Regulierungsbehörde.<sup>196</sup> Die Aufgaben werden folglich von den beiden Behörden wahrgenommen, die auch generell für die Wettbewerbsaufsicht und die Regulierung der netzgebundenen Märkte zuständig sind. Insoweit ergeben sich im Bereich des öffentlichen Sektors bezüglich der Erdgasversorgung keine Änderungen in der Anordnung der innerstaatlichen Verantwortung.

Die nationalen Netzentwicklungspläne für die Erdgasnetze – zu deren Erstellung Art. 22 der Richtlinie 2009/73/EG<sup>197</sup> verpflichtet – sind dagegen gemäß § 15a EnWG von den Fernleitungsnetzbetreibern zu entwickeln und der BNetzA vorzulegen. Diese sind in § 3 Nr. 5 EnWG definiert als die Betreiber von denjenigen Netzen, die Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkte aufweisen. Das heißt, es findet eine Verlagerung auf die private Ebene statt. Die Fernleitungsnetzbetreiber selbst arbeiten die Pläne aus, die sodann durch die BNetzA bestätigt werden müssen. Auf europäischer Ebene arbeiten die Fernleitungsnetzbetreiber darüber hinaus im Rahmen des ENTSO-G zusammen. Dieser ist gemäß Art. 8 der Verordnung Nr. 715/2009<sup>198</sup> verpflichtet, die europäischen zehnjährigen Netzentwicklungspläne zu erstellen. Der Netzausbau erlangt so eine europäische Dimension, was der Versorgungssicherheit dient.<sup>199</sup>

193 Mit dem dritten Binnenmarktpaket wurde ein Gleichlauf zwischen den beiden Regelungsgebieten hergestellt.

194 Verordnung (EG) 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. 2009 L 211, S. 15.

195 Oben, Fn. 194.

196 Vgl. insoweit die Ausführungen zu den Fragen 1-3.

197 Oben, Fn. 184.

198 Oben, Fn. 188.

199 Die Aufgaben der europäischen Regulierungsbehörden auf dem Energiesektor – nationale Kompetenzen und europäische Zusammenarbeit nach Inkrafttreten des dritten Binnenmarktpakets, Präsentation der Bundesnetzagentur: <http://www.enreg.de/content/material/2010/22.4.2010.Groebel.pdf>; aufgerufen am 8. August 2011.

Parallel zur Erdgasversorgung sind die Regelungen zur Elektrizitätsversorgung ausgestaltet. Der ENTSO-E erarbeitet gemäß Art. 8 der Verordnung Nr. 714/2009 die zehnjährigen europäischen Netzentwicklungspläne. Gemäß § 12b EnWG arbeiten die Übertragungsnetzbetreiber die nationalen Netzentwicklungspläne aus und legen sie der Bundesnetzagentur zur Bestätigung vor.

Sowohl im Bereich der Erdgas- als auch der Elektrizitätsversorgung werden die (privaten) Netzbetreiber folglich stärker in die Verantwortung genommen.

Für den Bereich der Erdölversorgung wird nach dem aktuellen Gesetzesentwurf der Bundesregierung der Erdölbevorratungsverband („EBV“) die Bevorratung vornehmen. Dieser wurde im Jahre 1978 durch das Erdölbevorratungsgesetz als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Sitz in Hamburg errichtet.<sup>200</sup> Insoweit ergeben sich durch die europäischen Vorgaben keine Änderungen in der nationalen Verantwortungsverteilung.

## Der Vertrag

### Frage 14:

*In welchem Umfang sind die Regelungen des Artikels 194 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (Titel XXI, Energie), der einerseits neue Möglichkeiten eröffnet, andererseits aber auch Beschränkungen hinsichtlich der Wahl der Energiequellen und natürlichen Ressourcen sowie der energie- und umweltrechtlichen Rechtsgrundlagen vorsieht, tatsächlich oder wahrscheinlich geeignet, Entscheidungen Ihres Mitgliedstaates zu beeinflussen?*

Mit Art. 194 AEUV besteht erstmals eine eigene EU-Kompetenz im Bereich der Energiepolitik. Vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zählte Art. 3 lit. u) EG die Bereiche Energie, Katastrophenschutz und Fremdenverkehr zum Tätigkeitsbereich der EU, begründete jedoch keine eigene Kompetenz. Rechtsakte wurden im Wesentlichen auf die Binnenmarktkompetenz in Art. 95 EGV<sup>201</sup> (heute Art. 114 AEUV), auf Art. 100 EGV<sup>202</sup> (jetzt Art. 122 AEUV) sowie auf Art. 175 EGV<sup>203</sup> (jetzt Art. 192 AEUV) gestützt.<sup>204</sup>

Nunmehr ist die Zuständigkeit der EU für den Bereich der Energiepolitik einheitlich in Art. 194 AEUV geregelt. Umstritten ist allerdings, ob dies tatsächlich neue Zuständigkeiten begründet oder ob nicht vielmehr die bestehenden Aufgaben und Zuständigkeiten der EU nur kodifiziert werden. Dem Wortlaut nach sind die Zielvor-

200 <http://www.ebv-oil.org/cms/cms2.asp?sid=57&nid=&cof=57>; aufgerufen am 21. Oktober 2011.

201 So z.B. das dritte Binnenmarktpaket.

202 Maßnahmen bei gravierenden Schwierigkeiten, hierauf wurden beispielsweise die Maßnahmen zur Mindestbevorratung gestützt.

203 Kompetenztitel für die Ziele des Art. 174 EGV: Umweltpolitische Ziele, Schutzmaßnahmen, internationale Zusammenarbeit.

204 Calliess in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 194 AEUV, Rn. 14; diese Auflistung ist nicht abschließend, s. hierzu Kahl: Die Kompetenzen der EU in der Energiepolitik nach Lissabon, EuR 2009, S. 601, 605.

gaben des Art. 194 AEUV sehr vage, was für eine Ausweitung der Kompetenzen sprechen könnte.<sup>205</sup> Allerdings sind auch diejenigen Kompetenzen, auf welche die EU ihre Maßnahmen bisher gestützt hat, insbesondere die Binnenmarktkompetenz, weit formuliert. Dies spricht eher für die Annahme, dass Art. 194 AEUV eine vertragliche Legitimierung der bisherigen Tätigkeitsbereiche der Union darstellt. Für diese Kontinuitätsthese spricht auch die Kommentierung des Verfassungskonvents<sup>206</sup> zum Art. III-256 des Verfassungsvertrags,<sup>207</sup> wonach die Kompetenz diejenigen Maßnahmen abdecken sollte, die bisher angenommen wurden.<sup>208</sup>

Aus rechtlicher Sicht ergibt sich eine wesentliche Änderung daraus, dass im Bereich der Energiepolitik künftig einheitlich das ordentliche Gesetzgebungsverfahren zur Anwendung gelangt.<sup>209</sup> Art. 194 AEUV bietet insoweit neue Möglichkeiten als er eine Unionskompetenz für den Bereich Energie begründet und somit verbindliche Regelungen für alle Mitgliedstaaten gemeinsam auf Unionsebene getroffen werden können und nicht nur für jeden einzelnen Mitgliedstaat.

Fraglich ist weiterhin das Verhältnis des Art. 194 AEUV zur Umweltkompetenz in Art. 192 AEUV. Während dies nach Art. 194 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV ausdrücklich ausgeschlossen ist, kann der Rat nach Art. 192 AEUV einstimmig in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren<sup>210</sup> Maßnahmen erlassen, welche die „Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren“. Versteht man Art. 194 AEUV generell als *lex specialis* für den Bereich der Erneuerbaren Energien, dann wäre ein Rückgriff auf Art. 192 AEUV ausgeschlossen. Es spricht jedoch einiges für eine differenziertere Betrachtungsweise. So ist Art. 194 Abs. 1 lit. c) AEUV dem Wortlaut nach beschränkt auf die ‚Entwicklung‘ Erneuerbarer Energien. Soweit es hingegen um Maßnahmen zur Förderung Erneuerbarer Energien geht, die keine Entwicklung Erneuerbarer Energien darstellen, bliebe demnach Art. 192 AEUV einschlägig.<sup>211</sup> Im Übrigen dürfte auch die Zusammenschau der Ziele in Art. 194 Abs. 1 AEUV und der Vorschrift des Art. 194 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV nahelegen, dass letztere der Verwirklichung der Unionsziele nicht weiter als unbedingt erforderlich im Wege stehen sollte und daher eng auszulegen ist.<sup>212</sup> Insoweit kann also die EU die Wahl bestimmter Energiequellen durchaus vorgeben und zwar (einstimmig) gestützt auf Art. 192 Abs. 1 lit. c) AEUV.

205 Ausführlich zum ganzen Thema Kahl: Die Kompetenzen der EU in der Energiepolitik nach Lissabon, EuR 2009, S. 601, 609.

206 CONV 727/03, Anlage VII, S. 110.

207 Hierbei handelt es sich um die Vorgängervorschrift des nicht in Kraft getretenen Verfassungsvertrags.

208 Ausführlich zum ganzen Thema Kahl: Die Kompetenzen der EU in der Energiepolitik nach Lissabon, EuR 2009, S. 601, 610.

209 S. aber oben, Fn. 178. Zur Auslegung des Art. 194 AEUV s. auch EuGH, Urteil vom 6. September 2012, Rs. C-490/10 („Parlament/Rat“), noch nicht in der amtlichen Sammlung.

210 Nach Anhörung des Europäischen Parlaments, des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen.

211 Hierzu ausführlich Kahl: Die Kompetenzen der EU in der Energiepolitik nach Lissabon, EuR 2009, S. 601, 618.

212 So Simm, Institutional Report zur FIDE-Arbeitsgruppe „Die Schnittmenge der rechtlichen Regelungen der EU im Bereich von Energie, Umwelt und Wettbewerb“, S. 22.

## Anhang

### FIDE 2012

#### FRAGEBOGEN

#### ***Die Schnittmenge der rechtlichen Regelungen der EU im Bereich von Energie, Umwelt und Wettbewerb***

**Von Professor Peter D Cameron, CEPMLP, University of Dundee (UK)**

Das dritte EU Energiepaket, das u.a. eine Richtlinie und eine Verordnung zur Vervollständigung des Elektrizitätsbinnenmarkts enthält, ist gegenwärtig und nicht zuletzt wegen der Schaffung der ACER, der ersten EU-Energieregulierungsbehörde, in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt. Aus unterschiedlichen Gründen findet auch die neue Erneuerbare-Energien-Richtlinie, die insbesondere die Nutzung bestimmter Arten von Energiequellen zur Stromerzeugung (RES-E) zu fördern wünscht, allgemeine Beachtung. Zweck der Energiebinnenmarkts- wie auch der RES-E-Gesetzgebung ist es, energiepolitische Zielvorstellungen mit rechtlich verbindlichen Pflichten gegenüber den EU-Mitgliedstaaten zu verbinden. Obwohl jede der Initiativen anfangs innerhalb einer Generaldirektion der Europäischen Kommission ausgearbeitet wurde, sind sie doch zu verschiedenen Zeiten von verschiedenen Personen geprägt worden. Ihre Umsetzung erfolgt parallel, bisher jedoch ohne nennenswerte Anzeichen einer Koordinierung.

Im Hintergrund besteht ein andauerndes Spannungsverhältnis zwischen dem Wettbewerbsrecht und der branchenspezifischen Energie-Gesetzgebung, das sowohl auf EU- und nationaler Ebene als auch in ihrer wechselseitigen Zusammenwirkung sichtbar wird. Auch enthält die konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der EU einen neuen Titel „Energie“, der die gewachsene Bedeutung der Energiepolitik in der EU und im Rahmen ihres Agenda-Setting unterstreicht. Alle oben erwähnten Fragestellungen werden für die nationalen wie auch für die EU-Gerichte in nächster Zukunft neue Fragen aufwerfen. Der Fragebogen bietet den Berichterstattern Gelegenheit, zu oben genannten Themen – insbesondere hinsichtlich des entsprechenden innerstaatlichen Rahmens, dessen grenzüberschreitender Auswirkungen und dem daraus entstehendem Spannungsverhältnis (sofern ein solches unterstellt wird) – umfassend Stellung zu nehmen.

#### **A. Regulierungs- und Wettbewerbspolitik**

1. Begründen die beschränkten Kompetenzen der ACER und die auf ENTSO-E und ENTSO-G übertragene Verantwortung das Bedürfnis einer erhöhten Kooperation der nationalen Regulierungsbehörden (NRB) sowohl untereinander als auch im Rahmen der EU, um den europäischen Energie- und Gasmarkt einem größeren, grenzüberschreitenden Wettbewerb - zumindest im Rahmen der Versorgung durch den Großhandelsmarkt - zu öffnen?
2. Oder würde eine Zunahme des Wettbewerbs in erster Linie erhöhte Anforderungen an die Wettbewerbsbehörden stellen, deren Aufgabe es ist, den Fortschritt des Abbaus überwiegend nationaler Märkte, z.B. durch die Unterbindung diskriminierender

Engpassmanagementmethoden von Übertragungsnetzbetreibern wie im Fall *Svenska Kraftnät*, zu gewährleisten?

3. Welche Haltung vertritt Ihr Mitgliedstaat insoweit hinsichtlich der Durchsetzung von (sowohl nationalem als auch EU-) Wettbewerbsrecht durch branchenspezifische NRB, nationale Wettbewerbsbehörden oder durch eine Kombination beider Letztgenannter im Energiesektor?
4. Im Hinblick auf die Funktion, Kompetenzen und Aufgaben der NRB, gibt es irgendwelche Besonderheiten oder Probleme im Rahmen der von Ihrem Mitgliedstaat vertretenen Standpunkte (z.B. in der Begrenzung oder Förderung einer Zusammenarbeit mit NRB anderer Mitgliedstaaten oder im Hinblick auf das EU-Netzwerk der Wettbewerbsbehörden)?
5. Angesichts der Zulässigkeit von Ausnahmeregelungen im Bereich der Gas- und Stromregulierung, welche Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten sichern die Ausübung prozessualer Grundsätze, z.B. des Rechts auf rechtliches Gehör und des Justizgewährungsanspruchs, und welche nationalen Institutionen garantieren die Ausübung dieser Rechte?
6. Sind die neuesten Vorschläge gegen den Marktmissbrauch im Energiesektor (KOM(2010) 726 endgültig) geeignet, Probleme für die NRB – sei es in eigener Verantwortung, sei es in Zusammenarbeit mit den nationalen Finanzregulierungsbehörden – auf nationaler oder EU-Ebene zu begründen?

#### **B. Förderung und Beihilfen im Rahmen der erneuerbaren Energien**

7. Sind die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EU und die darin fortgeführten, ausschließlich nationalen Beihilfe-Maßnahmen und nationalen Zielvorgaben zur Nutzung erneuerbarer Energiequellen im Einklang mit der Auslegung der Grundsätze und Rechte des Vertrages durch das Gericht? Steht z.B. der Ausschluss des Austausches von Instrumenten, die die ausgegebene Leistung erneuerbarer Energien zwischen Versorgern und Herstellern in verschiedenen Mitgliedstaaten bescheinigen und deren Ziel es ist, die Erfüllung der minimalen Verbrauchsquoten erneuerbarer Energien nachzuweisen oder Einspeisungsquoten zu erwerben, im Widerspruch mit den Grundsätzen des freien Binnenhandels? Führt dieser Ausschluss zu einer Verzerrung des Wettbewerbs auf dem Elektrizitätsmarkt?
8. Insbesondere, könnte die Entscheidung des Gerichts im Fall *Preussenelektra* – unter der Voraussetzung einer zwischenzeitlich erfolgten wesentlichen Steigerung in der Erzeugung von Wind- und Solarenergie und des Ausbaus eines liberalisierten EU Energie- und Gasmarktes - 2012 noch Geltung beanspruchen?
9. Gibt es in Ihrem Mitgliedstaat Besonderheiten bei der Umsetzung der RES-Richtlinie 2009, die geeignet sind, Probleme im Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zu

verursachen (sofern solche Maßnahmen, z.B. in Form gemeinsamer Projekte - sei es zwischen den Regierungen und ihren Behörden oder auch zwischen privaten Teilnehmern – oder auch statistischer Transfers i.S.d. Richtlinie überhaupt vorgesehen sind)?

### **C. Klimawandel**

10. Inwieweit hat die Wahl des Emissionshandels (EU ETS) als Instrument zur Verwirklichung der Klimaschutzziele das letzte Wort gegenüber alternativen Methoden wie z.B. der Besteuerung von Kohlendioxid und Energie?
11. Haben abweichende Ansichten zu oben genannter Entscheidung in gesetzlichen Maßnahmen ihres Mitgliedstaates Niederschlag gefunden und falls ja, in welcher Art und Weise (insbesondere im Hinblick auf eventuelle Widersprüche)?

### **Sicherheit**

12. In welchem Umfang hat Ihr Mitgliedstaat rechtliche Maßnahmen der EU zur Energiesicherheit auf eine Weise umgesetzt, die sich neben der Sicherung des Binnenmarktes auch die Förderung der Solidarität mit anderen Mitgliedstaaten zum Ziel gesetzt haben?
13. Inwieweit hat dies maßgebliche Auswirkungen auf die Anordnung der innerstaatlichen Verantwortung für solche Maßnahmen gehabt (sowohl innerhalb der Regierung und des öffentlichen Sektors, als auch im Verhältnis zwischen privaten und öffentlichen Institutionen)?

### **Der Vertrag**

14. In welchem Umfang sind die Regelungen des Artikels 194 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (Titel XXI, Energie), der einerseits neue Möglichkeiten eröffnet, andererseits aber auch Beschränkungen hinsichtlich der Wahl der Energiequellen und natürlichen Ressourcen sowie der energie- und umweltrechtlichen Rechtsgrundlagen vorsieht, tatsächlich oder wahrscheinlich geeignet, Entscheidungen Ihres Mitgliedstaates zu beeinflussen?



## Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Entwicklung und Umsetzungsprobleme des europäisierten Strafrechts in Deutschland

*Professor Dr. Friedemann Kainer*

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts insbesondere unter dem Gesichtspunkt seiner strafrechtlichen Dimension war Gegenstand des dritten Themas des XXV. FIDE-Kongresses Tallinn 2012, das auf der Grundlage des Fragebogens des Generalberichterstatters *Valsamis Mitsilegas* behandelt wurde (Fragebogen siehe unten als Anhang).

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist ein Ziel der Europäischen Union (Art. 3 Abs. 2 EUV), das nur durch die kompetenzbegründenden Vertragsregelungen der Art. 67 ff. AEUV näher abgegrenzt werden kann. Es hat sich zwischenzeitlich vom Binnenmarktziel weitgehend abgekoppelt und in der Praxis Züge einer – wenn auch durch begrenzte Ermächtigungen und politische Reserven beschränkten – unionalen Innenpolitik angenommen. Zur Justiz- und Innenpolitik gehört insbesondere auch das europäische Strafrecht, das allerdings nicht auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts beschränkt ist, sondern im Rahmen von Annexkompetenzen auch eine binnenmarktliche oder umweltrechtliche Anknüpfung finden kann.

Der Begriff des Europäischen Strafrechts beschreibt eine Entwicklung, die richtigerweise eher als Europäisierung des Strafrechts bezeichnet werden kann.<sup>1</sup> Ähnlich dem Gemeinschaftsprivatrecht oder dem europäischen Arbeitsrecht fehlt bislang und wohl auch längerfristig eine Kodifikation auf unionaler Ebene; europäisches Strafrecht wirkt nicht über einen Katalog von Straftatbeständen oder Sanktionsnormen, sondern punktuell durch Verordnung oder harmonisierend im Wege von Richtlinien in die nationalen Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinein. Ähnlich wie im Privatrecht stellen sich dabei spezifische Probleme, die teils als bekannte Umsetzungs- und Anwendungsprobleme europäischen Rechts qualifiziert werden und vor allem mit der besonderen Rechtsqualität der Richtlinie verbunden werden können, teils aber auch strafrechtsspezifischer Natur sind. Dazu gehört etwa die besondere Grundrechtssensibilität und die daraus folgende Notwendigkeit strikter Wertungskohärenz von Strafnormen, weiters besonders verfestigte Rechtstraditionen, die Nähe von Strafnormen zu gesellschaftlichen Grundwertungen und schließlich die mit all diesem verbundene Frage der Souveränität der Mitgliedstaaten.<sup>2</sup> Solcherlei Grundwertungen, verfestigte Rechtstraditionen und nationale Souverä-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2011, § 7 Rn. 3.

<sup>2</sup> Auf einer dritten, hier nicht weiter interessierenden Wertungsebene geht es um Fragen des Anwendungsvorrangs unionalen Rechts, etwa der Grundfreiheiten; ein Beispiel hierfür stellen Kollisionsfälle des § 287 I, II StGB mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56, 62 AEUV dar, siehe hierzu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2011, § 9 Rn. 82 sowie ähnlich die Rechtsprechung des EuGH, Rs. C-275/92, Schindler, Slg. C-1994, I-1039.

nitätsvorbehalte schaffen Reserven bei der Harmonisierung, die weitergehende oder gar umfassende Harmonisierungsschritte als schwierig oder im Einzelnen wenig wahrscheinlich erscheinen lassen. Vielfach dürfte daher zumindest vorläufig das Instrument der gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen vorzugswürdig sein.<sup>3</sup> Gleichwohl lässt sowohl das kompetenzielle Gerüst der Europäisierung des Strafrechts wie auch das in Ratsdokumenten und Aktionsplänen oder anderen Kommunikationen der Kommission veröffentlichte Rechtssetzungsprogramm einen Grad an Ambition erkennen, der mit den genannten Schwierigkeiten durchaus in einem Spannungsverhältnis steht. Dies macht das europäische Strafrecht für die wissenschaftliche Untersuchung auch aus allgemein europarechtlicher Sicht interessant. Im Folgenden sollen die Umsetzungsschwierigkeiten der europäischen Anforderungen in nationales Recht näher untersucht werden; aus den angebotenen Lösungen lassen sich allgemeinere Schlüsse ziehen, die am Ende thesenförmig zusammengefasst werden sollen. Am Anfang steht eine Skizze der Entwicklung des europäischen Strafrechts, welche die beachtliche Wegstrecke der bisherigen Rechtsentwicklung zusammenfasst.

## A. Die Entwicklung des Europäischen Strafrechts

Die Europäisierung des Strafrechts steht in engem Zusammenhang mit der Entwicklung der europäischen Integration.<sup>4</sup> Abgesehen von der strafrechtsbedeutsamen Grundrechtsnormierung im Rahmen des 1949 gegründeten Europarats (insbesondere: Verabschiedung der Europäischen Menschenrechtskonvention 1950) und einigen kriminalitätsbezogenen ad-hoc-Maßnahmen<sup>5</sup> stand das europäische Strafrecht zunächst ganz im Kontext der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes.<sup>6</sup> Strafrecht ist aus dieser Sichtweise zunächst ein Mittel zur Effektivierung binnenmarktlicher Wettbewerbsermöglichung. Bei der Schaffung gemeinsamer Regelungen etwa im Bereich des Umweltschutzes wurde deutlich, dass die angestrebten Ziele nicht hinreichend effektiv durch Privat- oder Verwaltungsrecht zu erreichen waren, sondern strafrechtliche Instrumente erforderlich wurden.<sup>7</sup> Zugleich erwies es sich bei der Indienststellung des Strafrechts gegen grenzüberschreitend wirksame Umweltkriminalität als unabdingbar, ein Maß an Einheitlichkeit für die Mindest-

3 Vgl. zur Systematisierung des Strafrechts in Bezug auf die gegenseitige Anerkennung, siehe Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates in Tampere, 1999, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm), B. VI. (gegenseitige Anerkennung), S. 7.

4 Hierzu näher Böse, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit*, EnzEur Bd. 9, 2013, § 1 Rn. 5 ff.

5 Im Jahre 1957 wurde bereits ein europäischer Ausschuss für Strafrechtsprobleme (European Committee on Crime Problems) gegründet, um die gemeinschaftliche Arbeit für das Strafrecht zu etablieren, näher dazu Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 3 Rn. 10. Später gab es unterschiedliche ad-hoc eingesetzte Instrumente, wie die TREVI-Gruppe, Rhodos-Gruppe, CELAD (Comité Européen de la Lutte Antidrogue) oder PWGOT (Police Working Group on Terrorism); näher hierzu z.B. Hill, *European Preoccupation with Terrorism*, in: Pijpers/Regelsberger/Wessels (eds.), *European Political Cooperation in the 1980s – A Common Foreign Policy for Western Europe?*, 1989, p. 171; Gleß/Lüke, *Strafverfolgung über die Grenzen hinweg*, Jura 1998, 70, 71.

6 Vgl. hierzu Safferling, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 9 Rn. 11.

7 Hierzu Heine, ZStW 101 (1989), 722, 724 ff.

anforderungen in den verschiedenen Mitgliedsstaaten zu finden, nicht zuletzt deshalb, da sich die unterschiedlichen Regelungen verzerrend auf den Wettbewerb und den Binnenmarkt auswirken könnten.<sup>8</sup> Strafrechtsnormen finden sich schon in den 70er Jahren beginnend mit völkerrechtlichen Übereinkommen,<sup>9</sup> deren Wirksamkeit durch strafrechtliche Maßnahmen gesichert werden sollte,<sup>10</sup> und später auf der Basis der Binnenmarktharmonisierung.<sup>11</sup> Bedeutsam wurde gemeinschaftsrechtliches Strafrecht schon früh auch im Kapitalmarktrecht mit ähnlicher Zielsetzung.<sup>12</sup>

Der Marktbezug des Umweltschutzes und damit des europäischen Umweltstrafrechts änderte sich graduell, wenn auch nicht grundsätzlich mit Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte im Jahre 1987, durch die ein gesondertes Umweltkapitel in den EGV (Art. 174 – 176 EGV a.F.) aufgenommen wurde. Umweltschutz an sich stellte nicht mehr nur ein Ziel zur Verwirklichung des Binnenmarkts dar, sondern wurde zu einem Vertragsziel entwickelt.<sup>13</sup>

Ganz ähnlich verhält es sich mit den Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik in Schengen betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Übereinkommen), die auf die Aufhebung der Binnengrenzkontrollen gerichtet waren und zum Ausgleich der durch den Wegfall der zwischenstaatlichen Kontrollmöglichkeiten u.a. auf strafjustizieller und polizeilicher Ebene eine verstärkte Zusammenarbeit entwickelten.<sup>14</sup> Das Schengener Durchführungsübereinkommen 1995 normierte u.a. mit dem transnationalen „ne-bis-in-idem“-Grundsatz ein umfassendes Verbot der Doppelbestrafung<sup>15</sup> und konkretisierte die Grundsätze der polizeilichen Zusammenarbeit im Rahmen der transnationalen Strafverfolgung und Vollstreckung in Strafsachen.<sup>16</sup>

1993 nahm die Unionsrechtsordnung mit dem Unionsvertrag von Maastricht mit eigenen – grundsätzlich binnenmarktunabhängigen – Kompetenzgrundlagen das

8 Vgl. *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2011, § 28 Rn. 6.

9 Bsp.: Übereinkommen über die Verhütung von Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen v. 29.12.1972 – BGBl. II 1977, S. 180; Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht v. 22.3.1985 mit dem Montrealer Protokoll vom 16.9.1987 – BGBl. II 1988, S. 902 und BGBl. II 1987, S. 118 oder das Rahmenübereinkommen über Klimaänderungen vom 9.05.1992 – BGBl. II 1993, S. 1784.

10 Vgl. *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2011, § 28 Rn. 2.

11 S. zur Integrationstheorie des europäischen Umweltschutzes *Nettesheim*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union, 49. EL 2012, Art. 191 AEUV Rn. 21 ff.

12 S. *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 24 Fn. 5.

13 Vgl. *Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 191 AEUV Rn. 4 f.; *Nettesheim*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 49. EL 2012, Art. 191 AEUV Rn. 21 ff.

14 Vgl. *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 9 Rn. 9 ff. Zur Konzeption der Schengener Übereinkommen näher *Bieber*, NJW 1994, 294 ff.

15 Siehe Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens: „Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“ Näher zum Schengener Durchführungsabkommen s. *Esser* in, Böse, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, EnzEur Bd. 9, 2013, § 19, unter C, Rn. 8 ff.

16 Siehe Art. 39 ff. und Art. 67 ff. des Schengener Durchführungsübereinkommens, ABl. 2000 Nr. L 239, S. 19 – 62.

Gebiet der inneren Sicherheit in sein Integrationsprogramm auf.<sup>17</sup> Die Zusammenarbeit im Bereich der Justiz und des Inneren war in der ehemals dritten Säule der Union angesiedelt und damit intergouvernemental ausgestaltet mit der Folge, dass die Entscheidungskompetenzen der Mitgliedstaaten im Wesentlichen einstimmig ausgeübt werden mussten und die bewährten Rechtsinstrumente des Gemeinschaftsrechts mit ihren supranationalen Wirkungen nicht zur Verfügung standen.<sup>18</sup> Sachgegenständlich dem Strafrecht zugeordnet verankerte der Maastrichter Unionsvertrag im EG-Vertrag mit der Einführung des Art. 209a EGV a.F. ferner den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft.<sup>19</sup> Der Vertrag von Amsterdam,<sup>20</sup> der 1999 in Kraft trat, leitete bedeutende Vertragsänderungen des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte ein. Zum einen bewirkte der Vertrag eine Erweiterung der Kompetenzen und die Stärkung des Parlaments,<sup>21</sup> vor allem nahm die rechtliche Qualität mit der Einfügung von Rahmenbeschlüssen und anderen Beschlüssen als Handlungsinstrumente in der verbleibenden, auf polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen beschränkten dritten Säule in den Bereichen Justiz und Inneres Anleihen an der Gemeinschaftsmethode und bahnte die weitere Supranationalisierung der dritten Säule vor.<sup>22</sup> Ein Ziel des Amsterdamer Vertrages war es, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Europäischen Union zu schaffen.<sup>23</sup> Auf der politischen Ebene lassen die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates in Tampere 1999 bereits ansatzweise die Entschlossenheit erkennen, über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einen Weg in Richtung einer europäischen Innenpolitik zu betreten, mit Bekenntnis zur Freiheit und mit dem Ziel, Wohlstand und Frieden zu schaffen.<sup>24</sup> Hierzu gehörten sowohl die Entwicklung einer gemeinsamen Asyl- und Einwanderungspolitik als auch die Harmonisierung der unterschiedlichen Justizsysteme, damit Straftäter keine Möglichkeiten finden, die Unterschiede innerhalb der Mitgliedsstaaten für sich zu nutzen.<sup>25</sup> Hierbei wurden vor allem die gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen und Urteilen sowie die notwendige Annäherung der Rechtsvorschriften und des Verfahrens-

17 Siehe zur Entwicklung des Europäischen Strafrechts *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2011, Einführung Rn. 153.

18 *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2011, Einführung Rn. 147.

19 Art. 209a EGV „Zur Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten, ergreifen die Mitgliedstaaten die gleichen Maßnahmen, die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten.“ Vgl. hierzu etwa *Rosenau*, ZIS 2008, 9 ff.

20 Vgl. ABl. 1997 Nr. C 340, S. 173.

21 *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2011, Einführung Rn. 152; vgl. Art. 251 EGV.

22 *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2011, Einführung Rn. 152 f.

23 S. zum Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts *Meyer*, EuR 2011, 169 ff.; vgl. hierzu die Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates in Tampere, 1999, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm).

24 Vgl. die Schlussfolgerungen Europäischen Rates in Tampere, 1999, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm), S. 2, Ziff. 1, 2.

25 Ebd., Ziff. 3-5.

rechts gefordert.<sup>26</sup> Unionsweite Kriminalitätsbekämpfung durch Kriminalitätsverhütung sowie durch die Intensivierung der Zusammenarbeit bei der Bekämpfung (Stichwort Europol<sup>27</sup>) nahm hierbei eine wichtige Rolle ein.<sup>28</sup>

Die Schlussfolgerungen von Tampere, aber auch diejenigen von Santa Maria da Feira im Jahre 2000<sup>29</sup> und der vom außerordentlichen Europäischen Rat 2001 angenommene Aktionsplan schrieben einen weiteren Programmpunkt fest, der sich in die Kriminalitätsbekämpfungsbestrebungen einreichte, nämlich die Bekämpfung von Terrorismus. Insbesondere die Ereignisse des 11. Septembers 2001 wirkten hier als Triebfeder der Entwicklung. Der Europäische Rat nahm nach dem 11. September in einem Gemeinsamen Standpunkt von 2001 über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus<sup>30</sup> eine Definition terroristischer Handlungen vor und entwickelte in diversen Rahmenbeschlüssen diese Definitionen weiter. Der Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rats zur Terrorismusbekämpfung stellte das entscheidende Handlungsinstrument der europäischen Reaktion gegen den Terrorismus in strafrechtlicher Hinsicht dar.<sup>31</sup> Dieser und weitere Rechtsakte<sup>32</sup> zielten auf die Harmonisierung des Strafrechts ab und entwickelten das Strafanwendungsrecht und das Strafverfolgungsrecht fort. Die Ziele der Terrorismus- und Kriminalitätsbekämpfung wurden daher zur Verwirklichung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch auf konzeptioneller Ebene weiter ausgebaut. Das Haager Programm von 2004 beinhaltete das Ziel, unionsweite Sicherheit zu etablieren und Bekämpfungsmöglichkeiten von Terrorismus und Kriminalität zu konkretisieren.<sup>33</sup>

Nachdem im Jahre 2005 die Ratifizierung des Vertrags über die Verfassung für Europa scheiterte,<sup>34</sup> nahm die Union mit dem im Jahre 2009 in Kraft getretenen Lissabonner Vertrag ein neuen Anlauf, der – zum großen Teil auf dem Grundgerüst der 2004 gescheiterten Verfassung – die Struktur der Europäischen Union grundlegend änderte.<sup>35</sup> Der Vertrag von Lissabon beseitigte weitgehend die Säulenstruktur und stellte den europäischen Organen insbesondere die bewährten Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse als Rechtsinstrumente auch dem europäischen Strafrecht zur Verfügung.<sup>36</sup> Das Europäische Strafrecht wurde in den Vertrag über

26 Siehe unter B, S. 7, Ziff. 33-35, ebd.

27 S. zum Thema Europol näher *Ruthig* in, Böse, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, EnzEur Bd. 9, 2013, § 20.

28 Vgl. C, Ziff. 40 ff., ebd.

29 S. [http://www.europarl.europa.eu/summits/fei1\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/fei1_de.htm).

30 S. ABl. 2001 Nr. L 344, S. 93–96.

31 S. ABl. 2002 Nr. L 164, S. 3. Hierzu auch den Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rats vom 28.11.2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, ABl. 2008 Nr. L 330, S. 21.

32 Beschluss des Rates 2003/48/JI, ABl. 2003 Nr. L 16, S. 68; Beschluss des Rates 2002/996/JI, ABl. 2002 Nr. L 349, S. 1; Beschluss des Rates 2005/211/JI, ABl. 2005 Nr. L 68, S. 44.

33 Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union vom 5.11.2004, ABl. 2005 Nr. C 53, S. 1.

34 Zum Ziel eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Verfassungsvertrag s. *Kainer*, in Jopp/Matl (Hrsg.), Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, 2005, S. 283, 298 ff.

35 Vgl. *Satzger*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 1 Rn. 4.

36 Laut *Satzger* in, Böse, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, EnzEur Bd. 9, 2013, § 2 Rn. 7 wird als „regelmäßige Rechtsaktsform auf die Richtlinie zurückgegriffen“.

die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und damit grds. in supranationales Recht überführt (Art. 82 ff. AEUV), behielt jedoch sachgegenständlich nachvollziehbar intergouvernementale Einsprengsel. Das Ziel, dem Bürger einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu bieten, wurde in Art. 67 ff. AEUV verankert. Die Veränderungen bei der Normsetzung, die fortan das Verfahren der Mitentscheidung von Parlament und Rat enthalten, spielen für die Fortentwicklung des Europäischen Strafrechts eine wichtige Rolle, da die Veränderungen den europäischen Strafrechtsnormen die erforderliche demokratische Legitimation gewährleisten.<sup>37</sup>

## B. Grundlagen und Problemfelder des europäischen Strafrechts

Grundlage der Europäisierung des Strafrechts sind die zwischenzeitlich recht weitreichenden Kompetenzen der Europäischen Union auf dem Gebiet der Strafrechtspflege (I). Gerade ihre Reichweite provoziert jedoch legitimatorische Bedenken der unionalen Strafrechtspolitik, die im Folgenden skizziert werden sollen (II) und die Frage aufwirft, welche normative Antworten auf das daraus entstehende Spannungsfeld gegeben werden könnten (III).

### I. Kompetenzen

Die originären Kompetenzen der Europäischen Union im Bereich des Strafrechts und der Strafverfolgung fügen sich ein in die Zielsetzungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Dazu gehört zum einen die Bekämpfung der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität sowie der Schutz der Europäischen Institutionen und Rechtsgüter.<sup>38</sup> Hinzu kommen die bereits genannten Annexkompetenzen der Binnenmarktharmonisierung insbesondere zur Effektivierung der in diesem Rahmen erlassenen Regelungen.<sup>39</sup> Aus der sehr weitgehenden Zielsetzung insbesondere im Bereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründen sich die ausgesprochen weiten Kompetenzfelder, wie sie seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages primärrechtlich in Art. 82 ff. AEUV kodifiziert sind. Grund für diese Übertragung an die Europäische Union war ursprünglich, wie bereits oben dargelegt, die Notwendigkeit zur Kompensation der durch die Grenzöffnung entstandenen Kontrollmöglichkeiten von Kriminalität.<sup>40</sup> Folgerichtig enthält Art. 83 AEUV eine weitreichende Kompetenzgrundlage zur „Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität (...), die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, die auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben“. Die umfassten Kriminalbereiche sind unter anderem

37 Dazu Sieber, ZStW 121 (2009), Heft 1, S. 53.

38 Vgl. Sieber, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, Einleitung Rn. 203.

39 Röben, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Art. 67 AEUV, Rn. 62; Brosinger/Fischer/Früh/Jaeger/Postl, GRUR Int. 2008, 178, 179.

40 S.o. Seite 4, Fn. 11-13.

Terrorismus, Menschenhandel, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.<sup>41</sup> Im Bereich der Strafverfolgung sieht Art. 85 AEUV eine Kompetenz für Eurojust<sup>42</sup> vor, welche die mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsorgane bei der Ermittlung und Verfolgung von schwerer grenzüberschreitender Kriminalität unterstützen soll. Art. 86 AEUV schließlich ermöglicht die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, die nach Abs. 2 zuständig wäre für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie Anklageerhebung in Bezug auf Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union.<sup>43</sup> Eine Erweiterung der Befugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft wäre durch einen Beschluss des Europäischen Rates im Wege der vereinfachten Vertragsänderung nach Art. 86 Abs. 4 AEUV möglich, soweit die Ausdehnung der Befugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft notwendig wäre, um schwere Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension zu bekämpfen. Im Übrigen schafft die Union nach Art. 82 AEUV Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Akte, insbesondere gerichtlicher Entscheidungen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, auch bestimmte strafverfahrensrechtliche Regelungen zu erlassen.

## II. Legitimatorische Problemfelder

Die Existenz von europäischem Strafrecht, zumal auf der Basis der heute weitreichenden Kompetenzen ist keineswegs selbstverständlich vor dem Hintergrund, dass der Staat mit der kriminalisierenden Bestrafung eines Bürgers nicht nur eine Sanktion ausspricht, sondern über sein Tun zugleich ein besonderes Unwerturteil ausspricht und damit über die Freiheit hinaus auch dessen soziale Existenz bestimmt.<sup>44</sup> Es nimmt nicht Wunder, dass vor diesem Hintergrund gerade für das Strafrecht vielfach eine besondere Reserve gegen weitergehende Harmonisierungsbemühungen geltend gemacht wurde. Diese Reserve wird vor allem legitimatorisch begründet, wobei neben dem vom Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung thematisierten Demokratieprinzip vielfach eine „materielle“ Legitimation gefordert wird; die Erfordernisse dieser materiellen Legitimation sind eher dunkel. Sicher dazu gehört die Beachtung der Rechtsstaatsprinzipien, insbesondere also das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, so dass Strafnormen insbesondere immer

41 Vgl. dazu *Vogel*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Art. 83 AEUV, Rn. 53 ff.; *Storbeck*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 47 Rn. 10 ff.; *Zeder*, EuR 2012, 34, 44 f.

42 *Böse*, in Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 85 AEUV, Rn. 3 f.: Eurojust ist eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Einrichtung, an die jeder Mitgliedsstaat als nationales Mitglied einen Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamten mit gleichwertigen Befugnissen entsendet. Eurojust dient als Kooperationseinheit mit dem Auftrag der nationalen Strafverfolgung in den Mitgliedsstaaten auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung. Ausführlicher bei *Zöller*, in Böse, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, EnzEur Bd. 9, 2013, § 21, unter B, Rn. 2 ff.

43 *Vogel*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Art. 86 AEUV, Rn. 37 f.; weitergehende Lit.: *Jokisch/Jahnke*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 2 Rn. 47 ff.; *Zeder*, EuR 2012, 34, 47 f.; *Brüner/Hetzer*, NSTZ 2003, 113 ff.; *Brüner/Spitzer*, NSTZ 2002, 393 ff.

44 Vgl. dazu besorgt *Braum*, ZIS 2009, 418 ff.

dann ausscheiden, wenn ein regulatorisches Anliegen auch mit milderen Mitteln erreicht werden kann. Spezielle Vorbehalte gegen eine Strafrechtssetzung auf unionaler Ebene lassen die Notwendigkeit einer Vorherrschaft national-eigener sozial-ethischer Wertvorstellungen im Strafrecht anklingen,<sup>45</sup> ohne diese aber überzeugend begründen zu können. Wertungsunterschiede sind auch in Nationalstaaten<sup>46</sup> keineswegs unbekannt und schließen Strafrechtssetzung insbesondere dort nicht aus, wo Schutzgüter auf unionaler Ebene bestehen oder allgemein anerkannt sind. Bei schwerer grenzüberschreitender Kriminalität, gerade bei Straftaten gegen unionale und universale Rechtsgüter sollten derlei Wertungsunterschiede nicht geltend gemacht werden können. Die Formulierung eines gemeinsamen Corpus Juris<sup>47</sup> weist in diese Richtung. Wo einsolcher sich aus der Natur der Sache ergebender Wertungskonsens nicht vorliegt, dürfte das Prinzip der Subsidiarität<sup>48</sup> als gefestigtes Rechtsprinzip der richtige Prüfstein zur Wahrung nationaler Identität sein. Darüber hinaus walten die allgemeinen Prinzipien des Unionsrechts, die sich auch aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten speisen,<sup>49</sup> auch im Rahmen des Strafrechts und müssen im Hinblick auf die besondere Eingriffsintensität streng angewendet werden.<sup>50</sup> Bedenken aufgrund rechtsstaatlicher Defizite, wie sie wegen tatsächlicher oder vermeintlicher Mängel unionaler Regelungstechnik oder einer Informalisierung des strafprozessualen Verfahrens durch Bildung von Netzwerken geäußert werden,<sup>51</sup> sind daher ernst zu nehmen.

Viel Diskussion über die Grenzen unionaler Rechtssetzung im Bereich des Straf- und Strafverfahrensrechts hat das Lissabon-Urteil aufgeworfen. Das BVerfG stellt dort in Anknüpfung zu seiner früheren Rechtsprechung fest, dass die Europäische Union als solche kein Staat ist<sup>52</sup> und ihre demokratische Legitimation durch Wahlen auf europäischer Ebene nur in Anknüpfung an die ihrerseits demokratisch legitimierte Übertragungsakte durch die Mitgliedstaaten gewährleistet sei.<sup>53</sup> Das Erfordernis der Legitimation durch vorhersehbare Übertragung wie auch die durch den ewigkeitsgarantierten Fortbestand der deutschen Staatlichkeit vorbehaltene Regelungszuständigkeit des Bundestags für zentrale Lebensbereiche begründen nach Auffassung der Karlsruher Richter Reserven auch für die Europäisierung der Straf-

45 Vgl. dazu *Satzger*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg § 8 Rn. 7 ff.; *Tiedemann*, in Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der EU, 1997, S. 133, 134.

46 Darauf weist etwa *Hefendehl*, ZIS 2006, 229, 232 f., hin.

47 Vgl. zu den strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union den Corpus Juris 2000, abrufbar unter [http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/walter/daten/publikationen/corpus\\_juris\\_deutsch.pdf](http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/walter/daten/publikationen/corpus_juris_deutsch.pdf).

48 Zum Grundsatz der Subsidiarität s. *Lienbacher*, in Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 5 EUV, Rn. 15 ff.; *Hecker*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 10 Rn. 38.

49 *Meyer*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze, Rn. 380; EuGH, NJW 2007, 2237, 2239.

50 Vgl. etwa *Mylonopoulos*, ZStW 123 (2011), 633, 638 ff.

51 S. *Braun*, ZIS 2009, 418, 419 f.

52 BVerfG, NJW 2009, 2267, 2276; *Zimmermann*, JURA 2009, 844, 848.

53 BVerfG, NJW 2009, 2267, 2277; dazu *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397; *Schorkopf*, EuZW 2009, 718, 719 ff.; *Zimmermann*, JURA 2009, 844, 848.

rechtspflege<sup>54</sup> mit der Folge, dass die Grenzen der restriktiv auszulegenden Ermächtigungsgrundlagen<sup>55</sup> ggf. auch Gegenstand einer Kontrolle durch das BVerfG sein könnte.<sup>56</sup>

### III. Normative Folgen einer schwächeren Legitimation europäischen Strafrechts?

Folgt man den oben dargestellten, durchaus zweifelhaften Bedenken, dass die legitimatorische Basis europäischen Strafrechts schwächer ist als dies für das Binnenmarktrecht gilt, dann könnte hieraus die Folge gezogen werden, dass europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht nur unter zusätzlichen Voraussetzungen erlassen werden dürfte. Eine solche zusätzliche Voraussetzung könnte sein, dass die jeweils geschützten Rechtsgüter spezifisch unionale Rechtsgüter sein müssten; dass in jedem Falle geprüft werden müsste, ob die vom BVerfG formulierten Grenzen überschritten wurden oder dass der nationale (deutsche) Gesetzgeber von (deutscher) Verfassungswegen zu möglichst enger Umsetzung verpflichtet wäre. Indes sind derart pauschale Ableitungen aus durchaus theoretisch und abstrakt anmutenden Einwänden gegen unionale Straf- und Strafverfahrensrechtssetzung methodisch wenig überzeugend. Soweit sie im Einzelfall eine berechnete Grundlage haben, müssen sie normspezifisch, also unter Hinweis auf eine konkrete Rechtsregel des europäischen Rechts begründet werden. Der natürliche Ort hierfür ist der Grundrechtsschutz, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Subsidiarität. Darüber hinaus steht nichts dafür, einer rechtsstaatlichen verfassten und demokratisch legitimierten Europäischen Union aus prinzipiellen Gründen legislatorische Betätigung im Bereich des Strafrechts zu versagen. Politisch wirken allgemeine Problemfelder indes deutlich im Rahmen der legislativen und judikativen Umsetzung in den Mitgliedstaaten hin.

#### C. Einzelfelder: Anforderungen und Umsetzungsprobleme

Die oben angestellten allgemeineren Überlegungen sollen im Folgenden am Beispiel einiger Einzelfelder exemplifiziert werden, zunächst anhand der Harmonisierung materieller Strafrechtsnormen, sodann für die justizielle Zusammenarbeit, schließlich für die sich um die Datenspeicherung rankenden Probleme.

54 BVerfG, NJW 2009, 2267, 2273, 2287; Meyer, NStZ 2009, 657, 658; Zimmermann, JURA 2009, 844, 849; Braum, ZIS 2009, 418, 423.

55 BVerfG, NJW 2009, 2267, 2288; dazu Meyer, NStZ 2009, 657, 658; Zimmermann, JURA 2009, 844, 849.

56 Ambos/Rackow, ZIS 8/2009, 397, 400; Meyer, NStZ 2009, 657, 658 f.; Zimmermann, JURA 2009, 844, 849.

## I. Harmonisierung des materiellen Strafrechts

### 1. Terrorismusbekämpfung

Eine der zentralen Bereiche der Rechtsangleichung im Strafrecht ist die Terrorismusbekämpfung, die unter Einschluss des Strafverfahrensrechts (z.B. Informationsaustausch der Strafverfolgungsbehörden), der Bankaufsicht (Finanzierung des Terrorismus) oder der Grenzkontrollen (z.B. biometrische Daten in Pässen und Personalausweisen) auf ganz unterschiedlichen Ebenen stattfindet. Für das Strafrecht wurde im Rahmenbeschluss 2002/475/JI<sup>57</sup> der Begriff der terroristischen Straftat definiert und zudem die Voraussetzungen geschaffen, bereits die öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat, Bemühungen für eine Anwerbung und die Ausbildung zu terroristischen Zwecken unter Strafe zu stellen.<sup>58</sup> Der Rahmenbeschluss 2002/475/JI wurde zunächst durch Änderung des StGB (§ 129a, b) umgesetzt. § 129a StGB richtet sich gegen die Gründung von schwerstkriminellen Organisationen, wobei nach der deutschen Fassung bereits die Gründung und die Mitgliedschaft als Verbrechen bestraft sind.<sup>59</sup> Durch das Umsetzungsgesetz<sup>60</sup> wurde der Anwendungsbereich des Gesetzes um die im Rahmenbeschluss aufgeführten einzelnen Tatbestandsalternativen ergänzt. Ob die Umsetzung in Deutschland dabei den Anforderungen der Rahmenrichtlinie gerecht wird, ist umstritten. Die Kommission hatte in ihren Umsetzungsberichten die Richtigkeit der Umsetzung in Deutschland angezweifelt,<sup>61</sup> ohne dies aber näher zu qualifizieren. Weitere Änderungen machte die durch den Rahmenbeschluss 2008/919/JI erfolgte Ergänzung insbesondere dessen Art. 3 erforderlich. Insoweit erfasst § 111 StGB die Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat im Grundsatz, bleibt jedoch wegen dessen strengerer Anforderungen (Appellcharakter des § 111 StGB) hinter den Anforderungen des Rahmenbeschlusses zurück. Da § 91 StGB auf die Anleitung zu schweren Straftaten durch *Schriften* begrenzt ist, genügt das deutsche Recht Art. 3 Abs. 2 lit. a nicht. Eine Umsetzungslücke besteht auch für die Bestrafung der Anwerbung für terroristische Zwecke (Art. 3 Abs. 2 lit. b), soweit nach europäischem Recht auch die versuchte Anwerbung strafbar sein soll (von § 129a Abs. 5 StGB nicht, von § 30 StGB nur teilweise umfasst).<sup>62</sup> In Bezug auf die in Art. 3 Abs. 2 lit. c strafbare Ausbildung für terroristische Zwecke sieht das deutsche Recht in § 89a, b StGB Regelungen vor, die teilweise noch über das europäische Recht hinausgehen.<sup>63</sup>

57 ABl. 2002 L 164, S. 3, geändert durch Rahmenbeschluss 2008/919/JI vom 28.11.2008, ABl. 2008 L 330, S. 21.

58 Vgl. zu den Änderungen durch den Rahmenbeschluss 2008/919/JI Zimmermann, ZIS 2009, 1 ff.

59 Vgl. Warius, in Herzog: Geldwäschegesetz, 2010, § 1 GWG Rn. 11 ff.

60 BGBl. I 2003, S. 2836.

61 KOM(2004) 409 endg., S. 7; KOM(2007), 681 endg., S. 8.

62 Dazu Kreß/Gazeas, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 19 Rn. 36.

63 Eingeführt durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten v. 30.7.2009.

Eine nicht unbedeutende Rechtsprechung gibt es zu § 129a StGB insbesondere in Bezug auf die verbotene Gründung einer oder die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung.<sup>64</sup> Dabei hat die deutsche Rechtsprechung selbst festgestellt, dass der herkömmliche Vereinigungsbegriff mit der Definition in Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses nicht vereinbar sein dürfte, da der deutsche Begriff stärkere Elemente einer Unterordnung des einzelnen Gruppenmitglieds unter einen gemeinsamen Willen verlangt und auf die Bildung eines einheitlichen Verbandes abstellt.<sup>65</sup> Dagegen genügt für den europarechtlichen Begriff der terroristischen Vereinigung ein Zusammenschluss, der nicht nur zufällig zur unmittelbaren Begehung einer strafbaren Handlung gebildet wird und der nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Zusammensetzung oder eine ausgeprägte Struktur hat;<sup>66</sup> erfasst werden damit auch dezentral und nicht zwingend einheitlich organisierte Gruppen, wie sie etwa für das Netzwerk „al-Quaida“ typisch sein soll. Die Rechtsprechung<sup>67</sup> und eine starke Auffassung in der Literatur<sup>68</sup> haben eine Europäisierung im Wege rahmenbeschlusskonformer Auslegung zwar erwogen,<sup>69</sup> aber nicht vollzogen, zumal in den bisher entschiedenen Fällen ein konkreter Konflikt zwischen Rahmenbeschluss und nationalem Recht nicht aufgetreten ist. Erwogen wurde vor allem eine Modifizierung des bislang gängigen Vereinigungsbegriffes und das Herabsetzen der auf nationaler Ebene gestellten Anforderungen an dessen Voraussetzungen.<sup>70</sup> In diesem Zusammenhang hat der Senat jedoch seine Bedenken gegen eine erweiternde Auslegung des Vereinigungsbegriffs aus vielseitigen Gesichtspunkten geäußert, insbesondere im Hinblick auf das abgestufte System von Vorbereitung, Versuch und Tatvollendung sowie auf den spezifischen Strafzweck der Vereinigungsdelikte.<sup>71</sup> Auswirkungen hatte der Rahmenbeschluss darüber hinaus etwa in der ausländerrechtlichen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte (Auslegung des § 8 Abs. 1 Nr. 5 AuslG), die sich bei der Bestimmung des Terrorismusbegriffs auf die Definition des Rahmenbeschlusses bezieht.<sup>72</sup>

In der deutschen Diskussion werden die expansive Strafrechtsharmonisierung und vor allem die Erstreckung der Strafbarkeit auf Vorfelddelikte im Sinne einer „Verpolizeilichung“ des Strafrechts kritisch behandelt.<sup>73</sup> Bei der Suche nach Legitima-

64 Dass § 129a StGB in der Kriminalstatistik nur geringe Bedeutung hat, spricht angesichts der Schwere der Bedrohung nicht gegen ihre Relevanz; s. aber *Deckers/Heusel*, ZRP 2008, 169.

65 Vgl. BGH, NJW 2006, 1603; BGH, NStZ 2008, 146; BGH, NJW 2009, 3448.

66 S. Schäfer, in MK StGB, § 129a Rn. 27.

67 Vgl. OLG Düsseldorf v. 5.12.2007, III-VI 10/5.

68 Vgl. *Barisch*, Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGB, 2009, S. 109 ff.; *Fröba*, Die Reichweite des § 129b StGB bei der Bekämpfung des transnationalen islamistischen Terrorismus, 2008, S. 128; *Gazeas*, in FS Puppe, 2011, S. 1487, 1499 f.; *Satzger*, in Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2009, Rn. 9; *Krauß*, in LK-StGB, 12. Aufl. § 129b, Rn. 29.

69 Vgl. etwa BGH, NJW 2006, 1603; NJW 2009, 3448, 3460; vgl. auch BGH, NJW 2008, 86. Dagegen aber etwa *Zöller*, JZ 2007, 764 f.

70 Vgl. etwa BGH, NJW 2009, 3448, 3460.

71 So BGH, NJW, 2009, 3448, 3460 Tz. 120.

72 S. etwa BVerwG, NVwZ 2005, 1091, 1094; ähnlich VGH Mannheim, Urt. v. 25.5.2011, 11 S 308/11.

73 Vgl. etwa *Sieber*, NVwZ 2009, 353, 355 ff.; *Jakobs*, in Rosenau/Kim (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, 167 ff.

tionsgründen für die Vorverlagerung des Strafrechtschutzes wird vor allem die Grenze zwischen *Gesinnungsstrafrecht* und Vorbereitungsdelikten diskutiert.<sup>74</sup> In Bezug auf die Grundrechte findet in Deutschland im strafrechtlichen Schrifttum nur sehr eingeschränkt eine Diskussion statt; soweit ersichtlich, hatte die Rechtsprechung bislang keine unmittelbar gegen §§ 129a f. oder 89a f. StGB gerichteten Grundrechtsrügen zu behandeln.<sup>75</sup> Strittig ist schließlich auch die Abgrenzung zwischen dem Unterstützungsdelikt des § 129a Abs. 5 StGB und der Beihilfe (§ 27 StGB).<sup>76</sup>

## 2. Angriffe auf Informationssysteme

Umsetzungsbedarf rief ferner die unionale Regelung zu Angriffen auf Informationssysteme hervor.<sup>77</sup> Entsprechende Regelungen zur Computerkriminalität finden sich im deutschen Strafrecht schon lange vor Inkrafttreten des entsprechenden Rahmenbeschlusses,<sup>78</sup> gleichwohl sollte das 41. Strafrechtsänderungsgesetz von 2007 die deutschen Strafrechtsnormen an die europäischen Vorgaben angleichen. Im Wesentlichen ist der Rahmenbeschluss umgesetzt durch §§ 202a, 202b sowie §§ 303a, 303b StGB. Die Regelungen sind ganz überwiegend EU-rechtskonform. Eine kleine Umsetzungslücke enthält die Strafbarkeit des rechtswidrigen Zugangs zu Informationssystemen nach § 202a StGB, weil im Gegensatz zur europäischen Regelung der Zugang zu einem Informationssystem als solcher nicht ausreicht, sondern auch der Zugang zu Daten erforderlich ist.<sup>79</sup>

Die deutsche Rechtsprechung hat sich verschiedentlich mit der Umsetzung des Rahmenbeschlusses befasst, bislang aber – soweit ersichtlich – nicht zu einer europarechtskonformen Auslegung Stellung genommen. Schwerpunkte der Rechtsprechung lagen in der Beurteilung des sog. *Skimming*,<sup>80</sup> der Entfernung von SIM-Locks von Mobiltelefonen<sup>81</sup> und der Computersabotage insbesondere durch sog. *Distributed Denial of Service Attacks* (DDoS).<sup>82</sup>

Im Rahmen einer Grundrechtsbeschwerde hatte das BVerfG zu prüfen, ob § 202a, b StGB gegen die Berufs- und Wissenschaftsfreiheit verstoßen (Art. 12, 5 GG). Bei dieser Gelegenheit hat sich das Verfassungsgericht mit der Auslegung der §§ 202a f. StGB beschäftigt und festgestellt, dass eine Strafbarkeit nur dann vorliegen könne, wenn der Zugang zu fremden Computersystemen illegalen Zwecken diene,<sup>83</sup> was im Hinblick auf die Regelung des Rahmenbeschlusses („Angriffe“ auf

74 Ausführlich Sieber, NVwZ 2009, 353, 359 f. Sehr kritisch auch Deckers/Heusel, ZRP 2008, 169, 170 f.

75 Vgl. aber etwa BVerfG, NVwZ 2005, 1091, 1093, zur Abgrenzung der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung von der Ausübung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung.

76 Dazu etwa Bader, NStZ 2007, 618 ff.

77 Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates, ABl. 2005 Nr. L 69, S. 67.

78 Vgl. das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 1986.

79 Vgl. Gröseling/Höfing, MMR 2007, 549, 551; Sieber, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 24 Rn. 87.

80 S. BGH, NStZ 2011, 154.

81 Etwa AG Nürtingen, MMR 2011, 121.

82 Etwa LG Düsseldorf, MMR 2011, 624.

83 BVerfG, Urt. v. 18.5.2009, 2 BvR 2233/07 u.a.; s. auch Ernst, NJW 2007, 2661, 2663.

Informationssysteme) und die in den Erwägungsgründen zum Ausdruck kommende Ausklammerung von Bagatelldfällen unionsrechtskonform sein dürfte.<sup>84</sup>

### 3. Organisierte Kriminalität

Ein Schwerpunkt des europäisierten Strafrechts ist die Bekämpfung der organisierten Kriminalität. Das deutsche Recht hat den Rahmenbeschluss 2008/841/JI<sup>85</sup> nicht in zusammenhängender Weise umgesetzt. Die in Art. 2 lit. a, b vorgesehene Strafbarkeit der aktiven Beteiligung an und der Bildung krimineller Vereinigungen ist in § 129 StGB umgesetzt; darüber hinaus führt die bandenförmige Erfüllung von Straftatbeständen vielfach zu einer Strafverschärfung (vgl. §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a, 250 Abs. 1 Nr. 2, 260 Abs. 1 Nr. 2, 260a, 261 Abs. 1, 4, 267 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB). Dabei ist auch hier auf den abweichenden deutschen Vereinigungsbegriff hinzuweisen. Insbesondere verlangt die deutsche Rechtsprechung die Bildung eines für alle Mitglieder verbindlichen Gruppenwillens und die Unterwerfung der Mitglieder unter diesen Willen.<sup>86</sup> Der BGH möchte die engere Fassung des Vereinigungsbegriffs vor allem gegenüber der bloßen Bande beibehalten.<sup>87</sup> Ebenfalls problematisch ist, dass nach deutschem Verständnis die kriminelle Vereinigung nach § 129 StGB nur dann strafbar ist, wenn sie eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt.<sup>88</sup>

Beide genannten Einschränkungen dürften mit dem unionalen Vereinigungsbegriff nicht vereinbar sein. Gleichwohl lehnt die deutsche Rechtsprechung eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung des § 129 StGB weiterhin ab.<sup>89</sup> Hiervon abgesehen gibt es – soweit ersichtlich – keine deutsche Rechtsprechung, die sich mit der unionsrechtskonformen Auslegung im Rahmen der Strafbarkeit krimineller Organisationen beschäftigt. Als Grund für diese Zurückhaltung wird seitens der Literatur geltend gemacht, dass die unionale Definition in einem nicht überbrückbaren Verhältnis zur deutschen Systematik bei der Strafbarkeit zusammenwirkender Personen stünde und der Unterschied zwischen Tatvorbereitung, Versuch und Vollendung aufgegeben würde.<sup>90</sup>

Wie schon bei der Strafbarkeit terroristischer Vereinigungen und der Vorbereitung terroristischer Akte wird in Deutschland über die Verlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld diskutiert. Gerade im Hinblick auf die organisierte Kriminalität wird bemängelt, dass der Rahmenbeschluss über den Kernbereich der organisierten Kriminalität hinausgehe.<sup>91</sup> Hierin dürfte der Grund für die zurückhaltende Rechtspre-

84 ErwG 13 zum Rahmenbeschluss (Fn. 77).

85 ABl. 2008 Nr. L 300, S. 42.

86 Vgl. *Kreß*, JA 2005, 220, 223 ff.; *Kreß/Gazeas*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 18 Rn. 14.

87 Vgl. BGHSt 54, 216, 223 f.; s. auch *Zöller*, JZ 2010, 908, 911 f.

88 S. BGHSt 41, 47, 51; NJW 1995, 3396; auch *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder*, StGB, 28. A. 2010, § 129 Rn. 6.

89 Vgl. BGH, NStZ 2008, 146, 148 f.; NJW 2009, 3348, 3360; NJW 2011, 542, 544.

90 S. dazu *Schäfer*, in MK StGB, § 129 Rn. 36 m.w.N.

91 *Kreß/Gazeas*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 18 Rn. 27.

chung des BGH zu sehen sein. Damit zeigt sich an diesem Beispiel, wie nationale Rechtstradition in der Wertung von Delikten einer Harmonisierung des europäischen Strafrechts entgegen steht und im Übrigen auch nicht einfach überwindbar ist, zumal das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsprinzip Grenzen setzt.<sup>92</sup>

#### 4. Rassismusbekämpfung

Spezifisch Umsetzungsprobleme hat auch strafrechtliche Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit durch den Rahmenbeschluss 2008/913/JI<sup>93</sup> aufgeworfen. In Deutschland erfolgte die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit durch Gesetz vom 16.12.2010, das verspätet erst am 22.3.2011 in Kraft getreten ist. Da die Bundesregierung der Auffassung war,<sup>94</sup> dass die Regelungen des Rahmenbeschlusses in Deutschland bereits im Wesentlichen dem geltenden Recht entsprachen, beließ sie es bei einer Anpassung der Volksverhetzungstatbestände in § 130 Abs. 1, 2 StGB. Insbesondere wurde die bislang geltende Voraussetzung, dass die Volksverhetzung gegen „Teile der Bevölkerung“ gerichtet sein musste, aufgegeben.<sup>95</sup> Nunmehr genügt die Hetze gegen einzelne Mitglieder der Bevölkerung. In Bezug auf den „Billigungs-, Leugnungs- und Verharmlosungstatbestand“ hat der Gesetzgeber von der Option des Art. 1 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses Gebrauch gemacht und § 130 Abs. 3 StGB unverändert gelassen.<sup>96</sup> Nicht umgesetzt wurde Art. 4, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen sollen, dass rassistische oder fremdenfeindliche Motive bei Straftaten allgemein bei der Festlegung des Strafmaßes durch die Gerichte berücksichtigt werden können; entsprechende Motive können nach Auffassung der Bundesregierung in der Strafzumessung berücksichtigt werden.<sup>97</sup>

### I. Justizielle Zusammenarbeit in strafrechtlichen Angelegenheiten durch gegenseitige Anerkennung

Große Herausforderungen für die Rechtssysteme der EU-Mitgliedstaaten wirft der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in strafrechtlichen Angelegenheiten auf.

#### 1. Gegenseitige Anerkennung

Mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wird ein zunächst für die Warenverkehrsfreiheit

92 S. Ostendorf, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4.A. 2013, § 129 Rn. 12.

93 ABl. EG 2008 Nr. L 328, S. 55.

94 So auch Weber, ZRP 2008, 21.

95 Vgl. etwa Hellmann/Gärtner, NJW 2011, 961, 963 f.

96 Kritisch daher Bock, ZRP 2011, 46, 47 f.

97 So die Bundesregierung in der Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 495/10. S. auch Weiß, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 25 Rn. 43.

entwickeltes Prinzip übertragen. In Deutschland ist es im Bereich der Zusammenarbeit in Strafsachen auf verbreiteten Argwohn gestoßen; die Strafrechtswissenschaft befürchtete, dass mit der Anerkennung nicht deutscher Maßnahmen ggf. niedrigere rechtsstaatliche Standards eingeführt werden könnten<sup>98</sup> und zur Gefahr einer punitiven Verschärfung führen könnte.<sup>99</sup> Insbesondere durch die Schaffung von Mindestvorschriften, vor allem aber auch durch den Aufbau gegenseitigen Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit der nationalen Strafverfahren und die Schaffung von Transparenz kann es gelingen, die genannten Hindernisse für eine größere Akzeptanz des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Strafrecht und Strafverfahrensrecht zu beseitigen. Die Nachwirkungen der Vorbehalte gegenüber der gegenseitigen Anerkennung zeigen sich – hierin liegen die Herausforderungen – im nach wie vor bestehenden Anspruch auf eine nationale Anerkennungsentscheidung (Exequatur). Teilweise sind diese Vorbehalte im europäischen Recht anerkannt, wie etwa Art. 4 Nr. 6 Rahmenbeschluss zum europäischen Haftbefehl, wonach die Überstellung davon abhängig gemacht werden darf, dass die Strafverfolgung im Überstellungsstaat verfolgt wird.<sup>100</sup> Teilweise werden sachliche Prüfungsbefugnisse in Anspruch genommen, etwa im Hinblick auf den Grundsatz *ne bis in idem* oder eine Grundrechtsprüfung; immerhin hat der EuGH in seinen Entscheidungen *Mantello*<sup>101</sup> und *Leymann und Pustovarov*<sup>102</sup> für den europäischen Haftbefehl aber festgelegt, dass die Mitgliedstaaten abgesehen von den ausdrücklich in Art. 3 und 4 des Rahmenbeschlusses festgelegten Versagungsgründen die Überstellung nicht ablehnen dürfen.

## 2. Europäischer Haftbefehl

Bei der Umsetzung und Anwendung des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl<sup>103</sup> (i.F. EuHB) taten und tun sich besondere Schwierigkeiten auf. Im ersten Anlauf hat das BVerfG im Umsetzungsgesetz einen Verstoß gegen Art. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3, 16 Abs. 2 und 19 Abs. 4 GG gesehen.<sup>104</sup> In dem Fall eines spanischen Haftbefehls gegen einen Deutsch-Syrer hat das Verfassungsgericht beanstandet, dass das deutsche Gesetz dem grundrechtlichen Verbot der Auslieferung Deutscher (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) nicht hinreichend Rechnung trage. Zwar könne das Grundrecht durch Gesetz beschränkt werden, dabei sei jedoch das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber habe insoweit die vom Rahmenbeschluss eröffneten Umsetzungsspielräume nicht ausgeschöpft. Darüber

98 Vgl. etwa Böse, in FS-Maiwald, 2003, S. 233; Fuchs, ZStW 2004, 368; Gleß, ZStV 2004, 353; Braum, GA 2005, 681; Kaijafa-Gbandi, in Schönemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die Europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 65, 72 ff.; Kotzurek, ZIS 2006, 23. Aus anderer Sichtweise T. Pohl, Vorbehalt und Anerkennung, 2008.

99 S. Schönemann, ZRP 2003, 185, 187 („illiberaler Effekt“). Dagegen zutreffend Vogel, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 46. EL 2011, Art. 82 AEUV Rn. 24.

100 Vgl. hierzu Vogel, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 46. EL 2011, Art. 82 AEUV Rn. 35.

101 Rs. C-261/09, Mantello, Slg. 2010, I-11477 Rn. 36.

102 Rs. C-338/08, P. Ferrero e C., Slg. 2008, I-8983 Rn. 51.

103 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates, ABl. 2002 L 190, S. 1. Zum Europäischen Haftbefehl s. Burchard, in Böse, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, EnzEur Bd. 9, 2013, § 14.

104 BVerfGE 113, 237. Dazu etwa Böhm, NJW 2005, 2588; Hufeld, JuS 2005, 865; Vogel, JZ 2005, 801.

hinaus fehlte der ursprünglichen Regelung unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG ein gerichtliches Überprüfungsverfahren der Bewilligungsentscheidung. Mit dem zweiten Europäischen Haftbefehlsgesetz vom 20.7.2006 hat der Gesetzgeber den Vorgaben des BVerfG Rechnung getragen.

Im Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl regeln Art. 3 und 4 Gründe, aufgrund derer die Überstellung versagt werden kann oder werden muss. Als obligatorische Ablehnungsgründe steht ihr etwa eine Amnestie im Mitgliedstaat, der *ne bis in idem*-Grundsatz sowie das Alter als Haftverschonungsgrund entgegen. Die fakultativen Ablehnungsgründe umfassen in den Fällen des Art. 2 Abs. 4 den Vorbehalt der Strafbarkeit im Vollstreckungsstaat, die Rechtshängigkeit der Sache, eine Verfahrenseinstellung in einem Mitgliedstaat, Verjährung im Vollstreckungsmitgliedstaat u.a. In der deutschen Diskussion und auch in der Rechtsprechung findet sich darüber hinausgehend aber vielfach die Auffassung, dass – insbesondere in Bezug auf die europäischen Grundrechte – eine eigene Sachprüfung stattfinden müsse.<sup>105</sup> Zwar sieht Art. 1 Abs. 3 die Pflicht zur Beachtung der Grundrechte und der allgemeinen Rechtsgrundsätze vor, jedoch bleibt damit noch offen, ob die Sachentscheidung über die Auslieferung ebenfalls einer (zusätzlichen) Grundrechtsprüfung unterliegen darf. Diskutiert wird ferner, ob der Missbrauch des europäischen Haftbefehls als Ablehnungsgrund genügen könne<sup>106</sup> und insbesondere, ob der (europäische) *ordre public* gegen einen europäischen Haftbefehl geltend gemacht werden könne.<sup>107</sup>

Durchaus interessant ist die Handhabung von Ablehnungsgründen durch nationale Gerichte, insbesondere die Verweigerung der Vollziehung aus Gründen des Grundrechtsschutzes oder der Verhältnismäßigkeit. Mit der Entscheidung des BVerfG ist der Weg vorgespurt worden, bei der Bewilligung von Auslieferungsersuchen gegenüber deutschen Staatsangehörigen in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen des IRG (internationales Rechtshilfegesetz) restriktiv vorzugehen. Daher untersuchen deutsche Gerichte auch, ob ein Auslieferungsersuchen gegen europäische Grundrechte verstößt. Dabei können sie sich auf § 73 S. 2 IRG berufen, wonach die Rechtshilfe bei Auslieferungsersuchen (gemeint ist auch der Europäische Haftbefehl) unzulässig ist, wenn ihre Erledigung mit europäischen Grundrechten in Widerspruch steht. So hat beispielsweise das OLG Stuttgart in einem Fall die Auslieferung für unzulässig erklärt, weil die dem Verfolgten drohende Strafe gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde.<sup>108</sup> Das OLG Karlsruhe hat sich auf Art. 8 EMRK berufen in einem Fall, bei welchem die Auslieferung der Mutter zu einem Ausbruch einer lebensgefährlichen Erkrankung ihres Kindes führen könnte.<sup>109</sup> Ob Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses hierfür eine hinreichende Grundlage

105 S. Vogel, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 46. EL 2011, Art. 82 AEUV Rn. 37; ders., JZ 2005, 801, 805; ausführlich zum Grundrechtsschutz etwa Schmahl, EuR 2008, Beiheft 1, 7, 21 ff., monographisch T. Pohl, Vorbehalt und Anerkennung, 2008, S. 94 ff.

106 So das OLG Stuttgart, NJW 2010, 1617, 1619.

107 Dazu Böhm/Rosenthal, in Ahlbrecht u.a. (Hrsg.), Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, Rn. 671.

108 OLG Stuttgart, Beschluss v. 18.11.2009, 1 Ausl. (24) 1246/09, zit. nach OLG Stuttgart, NJW 2010, 1617, 1618.

109 OLG Karlsruhe, NStZ 2005, 351.

darstellt, ist durchaus strittig.<sup>110</sup> Dies ändert aber nichts daran, dass in der Praxis die Verhältnismäßigkeit geprüft wird, wenn auch mit abgeschwächtem Prüfmaßstab. So ist eine Auslieferung nach Auffassung des OLG Stuttgart nur dann unverhältnismäßig, wenn die Strafe „unerträglich hart“ oder „schlechterdings – unter jedem denkbaren Gesichtspunkt – unangemessen“ ist.<sup>111</sup>

### 3. Anerkennung justizieller Entscheidungen

Schließlich kann die gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidungen in strafrechtlichen Angelegenheiten grundrechtsrelevant sein. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen wird in Deutschland kritisiert, weil sie die Strafverfolgung in Europa belastungsintensiver macht, wobei der individuell zu entrichtende Preis für die hiermit verbundenen Effizienzgewinne oft als unverhältnismäßig hoch erachtet wird.<sup>112</sup> Vorgeschlagen wird, die Grundrechtsprüfung etwa im Rahmen der Auslieferung dadurch zu intensivieren, dass sie in jedem Fall als Vollstreckungshindernis ausgestaltet wird, die Grundrechte also sowohl im Entscheidungs- wie auch im Vollstreckungsmitgliedstaat entgegengehalten werden können und gerichtlicher Kontrolle unterliegen. Hinzu kommt, dass das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit teilweise aufgegeben ist, was vielfach als Verstoß gegen den *nullum crimen*-Grundsatz verstanden wird, insbesondere, wenn die verfolgte Tat keinen erkennbaren Bezug zum ersuchenden Staat aufweist.<sup>113</sup>

## II. Datenerfassung, Datenaustausch und Datenschutz

Ein drittes Feld auch strafrechtsrelevanter Europäisierung stellt der rechtlich geregelte Umgang mit Daten dar. Hierzu sind zahlreiche unionale Rechtsinstrumente erlassen worden.<sup>114</sup> Im Hinblick auf Vorratsdatenspeicherung, Austausch personenbezogener Daten, Übermittlung von Fluggastdaten und allgemeiner zum Datenschutz im Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts sollen die sich stellenden Sonderfragen punktiert werden; eine ausführlichere Analyse würden den Rahmen dieser Überlegungen sprengen.<sup>115</sup>

In Deutschland ist der Schutz personenbezogener Daten durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, das aus der allgemeinen Handlungsfreiheit

110 Ausführlich T. Pohl, Vorbehalt und Anerkennung, 2008, S. 122 ff. m.w.N.

111 OLG Stuttgart, NJW 2010, 1617. S. auch BVerfGE 75, 1, 16 f.; 108, 129, 137; 113, 154, 162.

112 S. T. Pohl, Vorbehalt und Anerkennung, 2008, S. 274 f.

113 Vgl. zum Ganzen auch Kaijafa-Gbandi, ZIS 2006, 521, 530 ff.

114 Bspw. Rahmenbeschluss 2005/222/JI vom 24. Februar 2005 über Angriffe auf Informationssysteme, ABl. 2005 Nr. L 69, S. 67; Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr vom 25.1.2012, KOM(2012)10 endg., abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:DE:PDF> (zuletzt abgerufen am 23.07.2013).

115 S. etwa Sobotta, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, 49. EL 2012, Art. 16 AEUV, Rn. 1 ff; Kingreen in Callies/Ruffert, EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 16; Gola, Beschäftigtendatenschutz und EU-Datenschutz-Grundverordnung, EuZW 2012, 332.

(Art. 2 GG) abgeleitet wird und Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist, gewährleistet.<sup>116</sup> Geschützt ist der Bürger vor jeder Form der Erhebung, schlichter Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung von persönlichen – d.h. individualisierten oder individualisierbaren – Informationen.<sup>117</sup> Auf europäischer Ebene ist der Datenschutz in Art. 16 AEUV, Art. 8 GrCh sowie in Art. 8 EMRK grundrechtlich geschützt. Daneben sind Mindeststandards im Europaratsübereinkommen Nr. 108 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten geregelt. Traditionell ist die Bewertung des Datenschutzes aber sehr unterschiedlich.

## 1. Vorratsdatenspeicherung

Deutlich wird dies bei der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung,<sup>118</sup> die auf der Rechtsgrundlage der Binnenmarktharmonisierung (Art. 95 EG a.F., Art. 114 AEUV)<sup>119</sup> u.a. Kommunikationsdienstleistern zur mindestens sechsmonatigen Speicherung von Kundendaten verpflichtet, wurde in Deutschland durch das Gesetz vom 31.12.2007 zunächst weitgehend richtlinienkonform umgesetzt (§§ 113a, b TKG und § 100g StPO). Gegen das Gesetz wurden verschiedene Verfassungsbeschwerden eingereicht, aufgrund derer das BVerfG durch Urteil vom 2.3.2010 schließlich dessen Nichtigkeit feststellte.<sup>120</sup> Seitdem wird in Deutschland die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung nicht umgesetzt. In seiner Begründung hierzu hielt das Verfassungsgericht fest, dass eine Vorratsdatenspeicherung nicht grundsätzlich mit dem Grundgesetz bzw. Art. 10 GG unvereinbar sei; jedoch müsse die Nutzung der Daten durch staatliche Organe auf spezifische Fälle schwerer Kriminalität oder zur Abwehr schwerer Gefahren beschränkt sein. Außerdem müssten die Daten besonders gesichert und zudem dezentral gespeichert werden, ferner bedürfe es hinreichenden Rechtsschutzes. Ansatzpunkt ist die Annahme, dass die Vorratsdatenspeicherung einen „besonderes schweren“ Eingriff in das Grundrecht auf Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses bedeutet.<sup>121</sup>

Nach Auffassung des BVerfG stehen der Umsetzung der Richtlinie verfassungsrechtliche Gründe nicht prinzipiell entgegen. Soweit die Vorgaben des Urteils eingehalten werden, könnte eine Vorratsdatenspeicherung in Deutschland eingeführt werden.<sup>122</sup> Angesichts der stark ablehnenden Haltung der FDP ist es derzeit aber sehr ungewiss, ob es zu einer zeitnahen Neuregelung und damit zu einer Umsetzung der Richtlinie kommt. Insbesondere bestehen erhebliche Zweifel an der Grund-

116 Grundlegend BVerfGE 65, 43 (Volkszählung), ferner BVerfGE 78, 77, 84; 80, 367, 373. Dazu *di Fabio*, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 64. Egl. 2012, Art. 2 Rn. 173 ff.

117 Vgl. dazu die umfangreichen Beispiele bei *di Fabio*, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 64. EL 2012, Art. 2 Rn. 176 Fn. 19.

118 RL 2006/24/EG, ABl. EG 2006 Nr. L 105, S. 54.

119 S. dazu EuGH, Rs C-301/06, Irland/Parlament, EuZW 2009, 212 Rn. 74 ff.

120 BVerfGE 125, 260 ff. = NJW 2010, 833; kritisch dazu etwa *Mösl*, ZRP 2011, 225.

121 BVerfG, NJW 2010, 833, 835 ff. Abzuwarten bleibt, wie der EuGH sich zur Grundrechtskonformität der Richtlinie verhalten wird; derzeit anhängig ist ein Vorlageverfahren ausgehend vom Irischen High Court (Rs. C-293/12, noch nicht entschieden).

122 BVerfG, NJW 2010, 833, 835, 837 ff.

rechtskonformität der Richtlinie selbst, wird der Nutzen der Vorratsdatenspeicherung in Zweifel gezogen und damit die Angemessenheit verneint.<sup>123</sup> An dieser Stelle kommen erhebliche Unterschiede in der Bewertung des Datenschutzes in der Europäischen Union zum Ausdruck. Inzwischen hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet und Ende Mai 2012 beim Gerichtshof eingereicht. Immerhin ist in Deutschland seit 1. Juli 2013 die Abfrage von Bestandsdaten bei Telekommunikationsunternehmen möglich, also Daten, die ohnehin gespeichert sind.<sup>124</sup> Dies wird indes den Zielen der Richtlinie nicht gerecht.

## 2. Austausch personenbezogener Daten

Grundlage der europäischen Politik des Datenaustauschs zwischen nationalen Polizei- und Justizbehörden ist der Ansatz, zur Verbesserung der Strafverfolgung mitgliedstaatlichen Behörden grenzüberschreitenden und gleichberechtigten Zugang zu verfügbaren Informationen zu gewähren und territoriale Grenzen für den Informationsfluss bedeutungslos zu machen.<sup>125</sup> Damit entspricht das Ziel des Informationsaustauschs letztlich dem Gedanken der gegenseitigen Anerkennung. Bereits erlassen worden ist in dieser Richtung der Rahmenbeschluss 2006/960/JI, ein Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluss über den Austausch von Informationen nach dem Grundsatz der Verfügbarkeit liegt vor.<sup>126</sup> In Bezug auf den Grundrechtsschutz stellen sich ähnliche Fragen wie bei der gegenseitigen Anerkennung im Strafrecht: durch den Zugriff auf Informationen droht eine Prüfung der Grundrechtskonformität und insbesondere die Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu entfallen. Zugleich sind grundrechtlich relevante datenschutzrechtliche Fragen aufgeworfen, auch weil eine umfassende Harmonisierung des Datenschutzes in der Europäischen Union bislang nicht erfolgt ist.

Ein besonderes Instrument zum Austausch von Informationen zwischen mitgliedstaatlichen Behörden stellt der Vertrag von Prüm sowie der diesen in den Unionsrahmen überführende Prüm-Beschluss<sup>127</sup> dar, der vor allem der Bekämpfung des Terrorismus, grenzüberschreitender Kriminalität und der illegalen Migration dient. Das Prümer Regelwerk ist durch das Ausführungsgesetz vom 10.7.2006 in der Fassung vom 31.7.2009 in die deutsche Rechtsordnung inkorporiert worden. Dabei hat der Gesetzgeber die unmittelbare Anwendbarkeit des Prüm-Beschlusses angeordnet

123 Vgl. dazu etwa die Veröffentlichung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages (*Derksen*) vom 25.2.2011, WD 11 – 3000 – 18/11, ferner die Studie des Max-Planck-Instituts zu Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung, abrufbar unter <http://www.mpg.de/5000721/vorratsdatenspeicherung.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.07.2013).

124 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 9.01.2013, Drucksache 17/12034, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/120/1712034.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.07.2013); Änderungsantrag zum Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, der FDP und der SPD vom 14.3.2013, abrufbar unter [https://netzpolitik.org/wp-upload/2013-03-14\\_Bestandsdatenauskunft-Aendernugsantrag.pdf](https://netzpolitik.org/wp-upload/2013-03-14_Bestandsdatenauskunft-Aendernugsantrag.pdf) (zuletzt abgerufen am 27.07.2013).

125 Vgl. dazu schon das Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABl. EG 2005 Nr. C 53, S. 1 (sub III 2.1).

126 KOM(2005) 490 endg. Dazu *Meyer*, NStZ 2008, 188 ff.

127 Beschluss des Rates 2008/615/JI, ABl. 2008 Nr. L 210, S. 1.

(§ 1) und lediglich einige zusätzliche Regelungen aufgenommen, welche durch die Benennung von Kontaktstellen die technischen und organisatorischen Voraussetzungen schaffen; darüber hinaus sind datenschutzrechtliche Regelungen aufgenommen worden. Soweit ersichtlich können einige Mitgliedstaaten (darunter Deutschland, Österreich, Luxemburg und Spanien) in automatisierter Form DNA Datenbanken abgleichen. Darüber hinaus werden Fingerabdruckdaten abgeglichen; älteren Berichten zufolge soll dies in nennenswertem Umfang zur Strafverfolgung beigetragen haben.<sup>128</sup>

Die nationale Umsetzung der Beschlüsse zum Austausch von Informationen aus dem Strafregister (Beschluss 2009/315/JI)<sup>129</sup> und zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS, Beschluss 2009/316/JI)<sup>130</sup> gestaltet sich wenig problematisch. Mit der Einrichtung eines Europäischen Strafregisterinformationssystems verfolgt die Europäische Union das Ziel, einen effizienten Austausch von Informationen über Verurteilungen gegen Staatsangehörige der Mitgliedstaaten zu etablieren. Dabei sollen die Daten nicht zentral gespeichert werden, sondern lediglich der grenzüberschreitende Austausch von Informationen ermöglicht werden. Die beiden Rahmenbeschlüsse sehen eine Umsetzungsfrist bis zum April 2012 vor. In Deutschland wurden die Beschlüsse durch Änderung des Bundeszentralregistergesetzes<sup>131</sup> fristgerecht umgesetzt. Änderungsbedarf gegenüber der bisherigen Regelung, die dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen von 1959 entspricht, bestand in verschiedenen Punkten. So wurden Verurteilungen gegen deutsche Staatsbürger bislang nur dann in das Bundeszentralregister eingetragen, wenn sie deutschen Verurteilungen vergleichbar waren, insbesondere die ausländische Entscheidung wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung nicht widersprach und die Tat auch in Deutschland strafbar war.<sup>132</sup> Geprüft wird nunmehr die Vereinbarkeit der Eintragung mit dem europäischen *ordre public*, insbesondere, ob die Verurteilung gegen die europäischen Grundrechte verstieß (§ 53a BZRG). Der elektronische Austausch von Daten nach dem ECRIS-Verfahren hat am 27.4.2012 begonnen.

### 3. Übermittlung von Fluggastdatensätzen

Hingegen hat die deutsche Öffentlichkeit sensibel auf die Übermittlung von Fluggastdatensätzen<sup>133</sup> an die USA reagiert. Vor dem Hintergrund des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung stellt die Erfassung und Übermittlung von Fluggastdatensätzen nach deutschem Verständnis und unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte einen Eingriff dar, der rechtfertigungs-

128 Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Linksfraktion, BT-Drs. 16/14150, S. 4.

129 ABl. 2009 Nr. L 93, S. 23.

130 ABl. 2009 Nr. L 93, S. 33.

131 Gesetz zur Verbesserung des Austauschs von strafregisterrechtlichen Daten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und zur Änderung registerrechtlicher Vorschriften v. 15.12.2011. Vgl. zum Europäischen Strafregister kritisch *Oppong*, GA 2008, 575.

132 Vgl. etwa *Sollmann*, NSTZ 2012, 253, 254.

133 Zum neuen Abkommen vom 17.11.2011 s. *Haase*, ZD-Aktuell 2011, 128.

bedürftig ist.<sup>134</sup> Insoweit hängt die Rechtmäßigkeit der Weitergabe von Fluggastdaten davon ab, ob sie geeignet ist, etwa den Schutz des Flugverkehrs vor terroristischen Angriffen zu bewirken, ein milderes Mittel nicht in Betracht kommt und die Weitergabe auch nicht außer Verhältnis zu dem damit bewirkten Schutz steht. Im Hinblick auf die drohenden Gefahren spricht einiges dafür, die Erfassung und Übermittlung von Fluggastdatensätzen prinzipiell für vereinbar mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu halten. Indes dürften Fragen wie die Speicherdauer, der Datenschutz, die Sicherstellung der zweckgemäßen Verwendung, die Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung und anderes mehr entscheidend sein. Dies zu überwachen ist nach Art. 25 Abs. 6 der Datenschutzrichtlinie<sup>135</sup> Aufgabe der Kommission, die in Zusammenarbeit mit der „Art.-29-Datenschutzgruppe“ darüber entscheidet, welcher Drittstaat ein „angemessenes Schutzniveau“ gewährleistet. Dass die sehr weitgehende Richtlinie über die Verwendung von Fluggastdatensätzen zu Zwecken der Verhütung, Aufdeckung, Aufklärung und strafrechtlichen Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität zunächst im Europäischen Parlament gestoppt wurde,<sup>136</sup> ist vor diesem Hintergrund ein gutes Signal.

#### **4. Schutz des Privatlebens und Datenschutzes bei der Entwicklung zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts**

Insgesamt bestehen im Unionsrecht durchaus hinreichende Sicherungsmaßnahmen, um den ausreichenden Schutz des Privatlebens (im Sinne der Europäischen Konvention für Menschenrechte und der Grundrechtscharta) und des Datenschutzes (im Sinne der Grundrechtscharta) sicherzustellen. Der Datenschutz im Rahmen des EU-Rechts ist heute nicht einheitlich geregelt, sondern über diverse Rechtsinstrumente verteilt. Es existieren bereichsspezifische Datenschutzregeln wie etwa beim SIS (Art. 102 ff. SDÜ) oder bei Europol (Art. 27 ff. Europol-Beschluss). Teilweise greifen Rechtsinstrumente des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf die Datenschutzrichtlinie zurück, beispielsweise für das Visainformationssystem.<sup>137</sup>

Im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit im Strafrecht hat die Union mit dem Rahmenbeschluss über den Schutz personenbezogener Daten<sup>138</sup> daneben eine subsidiäre Regelung getroffen, die allerdings nur über einen schmalen Anwendungsbereich verfügt und deren Effizienz durch zahlreiche Ausnahmen bei den datenschutzrechtlichen Vorschriften, etwa für sicherheitssensible Daten und die innerstaatliche Datenverarbeitung kein hinreichendes Schutzniveau gewährleistet. So ist

134 Der EuGH ist in seiner Entscheidung in der Rs. C-317/04, Parlament/Rat, NJW 2006, 2029, nicht auf die ebenfalls vom Parlament gerügte Verletzung von Grundrechten eingegangen. Vgl. zum Thema *Stelzer*, ZD-Aktuell 2012, 02954.

135 Richtlinie 95/46/EG, ABl. 1995 Nr. L 281, S. 31.

136 Richtlinienentwurf, KOM(2011) 32 endg., zur Entscheidung des Innenausschusses des Parlaments s. ZD-Aktuell 2013, 03490.

137 So ErwG 17 der VO über das VIS, ABl. EG 2008 Nr. L 218, S. 60.

138 Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates, ABl. 2008 L 350, S. 60.

der Anwendungsbereich auf Daten beschränkt, die von den zuständigen Behörden zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Feststellung oder Verfolgung von Straftaten bzw. der Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen erhoben oder verarbeitet werden.<sup>139</sup> Die speziellen Datenschutzregelungen etwa von SIS, Europol etc. bleiben unberührt, teilweise wird der Rahmenbeschluss subsidiär in Bezug genommen.<sup>140</sup> Im Hinblick darauf, dass die Datenerfassung und Datenweitergabe im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen einen hohen Eingriffsgrad aufweisen, wäre eine einheitliche und weniger lückenhafte Regelung vorzugswürdig gewesen.<sup>141</sup> In dieser Hinsicht ist der in der Kommissionsmitteilung<sup>142</sup> entwickelte Ansatz einer Datenschutzgrundverordnung, welche die bestehenden Regelungen der Datenschutzrichtlinie und des Rahmenbeschlusses neu konzipieren könnte, zu begrüßen.

### III. Querschnittsfragen

Abschließend sollen zwei Querschnittsfragen angesprochen werden, welche die Anwendung europäisierten Strafrechts durch mitgliedstaatliche Gerichte stets beschäftigen sollten: Einerseits die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze bei der Auslegung des Unionsrechts, andererseits im Speziellen die Bedeutung des Grundrechtsschutzes.

#### 1. Allgemeine Grundsätze des Unionsrechts bei der Auslegung des europäisierten Strafrechts in der deutschen Rechtsprechung

In seiner Entscheidung *Maria Pupino*<sup>143</sup> hat der EuGH aus der Umsetzungsverpflichtung für Rahmenbeschlüsse in Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. b S. 1 EUV a.F. in Verbindung mit der Pflicht zur Unionstreue ein Gebot der rahmenbeschlusskonformen Auslegung nationalen Rechts abgeleitet, ohne damit die ausdrücklich gezogene Grenze zur (durch Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. b S. 2 EUV a.F. ausgeschlossenen) unmittelbaren Anwendbarkeit zu überschreiten. Insbesondere sind die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbots zwingend zu beachten<sup>144</sup> und kann demnach eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung nicht zu einer Erweiterung der durch nationales Gesetz festgelegten Strafbarkeit führen.<sup>145</sup> Wie auch sonst bei der richtlinienkonformen Auslegung bildet damit der nationale Methodenkanon bei der

139 Vgl. Art. 1 Abs. 2; dazu näher *Eisele*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 50 Rn. 11.

140 So z.B. für das Zollinformationssystem, Art. 20 ZIS-Beschluss.

141 Ebs. *Eisele*, in Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 50 Rn. 12 ff.

142 KOM(2010) 609 endg.; vgl. ferner die Mitteilung der Kommission: Der Schutz der Privatsphäre in einer vernetzten Welt. Ein europäischer Datenschutzrahmen für das 21. Jahrhundert, KOM(2012) 9 endg., sowie den Vorschlag zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) vom 25.1.2012, KOM(2012) 11 endg.

143 EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, NJW 2005, 2839.

144 S. dazu EuGH, Rs. 80/86, *KolpinghuisNijmegen*, Slg. 1987, 3969 Rn. 13.

145 EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, NJW 2005, 2839 Rn. 44 f.; so auch schon EuGH, Rs. C-387/02 u.a., *Silvio Berlusconi* u.a., EuZW 2005, 369 Rn. 74.

*Auslegung* nationaler Rechtsnormen die Grenze der mittelbaren Wirkung; diese sind indes bei der Anwendung strafbegründender Normen und wohl auch strafprozessualer Regelungen wegen des Grundsatzes *nullum crimen* bzw. wegen des erheblichen Eingriffspotentials erheblich enger gezogen als etwa bei wirtschaftsrechtlichen Normen.

In diesen Grenzen hat sich die deutsche Rechtsprechung mehrfach zu der rahmenbeschlusskonformen Auslegung nationalen Rechts bekannt.<sup>146</sup> Ausdrücklich erkennt etwa der BGH die Grundsätze der Entscheidung *Pupino* bei der Auslegung des Vereinigungsbegriffs in § 129 StGB an.<sup>147</sup> Zugleich macht die Entscheidung aber auch Reserven der höchstrichterlichen Rechtsprechung deutlich: Indem der BGH sich einer Erweiterung des durchaus auslegungsfähigen Vereinigungsbegriffs unter Berufung auf *allgemeine Rechtsgrundsätze des deutschen Strafrechts* verschließt, wird der Geltungsanspruch der rahmenbeschlusskonformen Auslegung auf offensichtliche Fälle zurückgewiesen. Denn nähere Sicht auf die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ in dem entschiedenen Fall erhellt, dass es hier um die Abgrenzung des Begriffs der Bande von der kriminellen Vereinigung ging; die Angleichung des Vereinigungsbegriffs an denjenigen der Bande mag zwar zu Wertungswidersprüchen führen, jedoch dürften diese nicht so schwer wiegen, eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung per se zurückzuweisen.<sup>148</sup> Sieht man von dieser Reserve ab, so finden sich in der deutschen Rechtsprechung einige Entscheidungen für eine positive Berücksichtigung der rahmenbeschlusskonformen Auslegung.<sup>149</sup>

Damit reiht sich die neuere Rechtsprechung in die bereits seit 1991 praktizierte richtlinienkonforme Auslegung des BGH von Strafrechtsnormen ein. In der wegweisenden *Pyrolyse*-Entscheidung des BGH hatte sich der Gerichtshof bei der Auslegung des Abfall-Begriffs in § 326 Abs. 1 StGB die entsprechenden Richtlinien und die hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH herangezogen und festgestellt, dass diese „zu berücksichtigen“ seien. In der Folge hat die Rechtsprechung vielfach zur Konkretisierung und Auslegung deutscher Strafbestimmungen auf Richtlinien zurückgegriffen.<sup>150</sup>

## 2. Grundrechtsschutz

Vor dem Hintergrund der skizzierten Grundrechtssensibilität stellt sich schließlich die Frage, ob mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon Mängel des Grundrechtsschutzes in der Entwicklung der EU zumindest teilweise behoben sind. Der Rechtszustand des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vor Inkraft-

146 Vgl. vor allem BGH, NJW 2010, 1079, 1081 f.; zuvor schon BVerfG, StV 2006, 541 (Bindung des Rahmenbeschlusses als „völkerrechtlicher Vertrag“); OLG Stuttgart, NJW 2007, 613, 615 (Auslieferung eines Deutschen, rahmenbeschlusskonforme Auslegung des § 15 I IRG); OLG Stuttgart, BeckRS 2008, 4103 Rn. 23; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2009, 107, 108; BGH, NJW 2010, 2677, 2678 (Auslegung des § 46 im Hinblick auf Rahmenbeschluss 2008/675/JI).

147 BGH, NJW 2010, 1979, 1981 f. Zuvor auch schon BGH, NStZ 2008, 146, 148 f.

148 Vgl. hierzu Zöller, JZ 2007, 764 f.; zuvor schon Kreß, JA 2005, 220, 223 ff.

149 Vgl. die in Fn. 146 genannten Entscheidungen.

150 S. die Aufstellung bei Hecker, Europäisches Strafrecht, 3.A. 2010, § 10 Rn. 64 ff.

treten des Lissabonner Vertrages war geprägt durch seine Aufteilung zwischen erster und dritter Säule. Während erstere weitgehend an die Gemeinschaftsmethode angelehnt war – mit kleineren Modifikationen –, fand auf die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen im Wesentlichen die intergouvernementale Methode Anwendung. Dementsprechend war die Effizienz der Rechtspolitik insbesondere der dritten Säule gering, weil die Rechtssetzung nicht auf die bewährten supranationalen Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft zurückgreifen konnte. Zwar hatte der Gerichtshof in seiner *Pupino*-Entscheidung die Unterschiede ein Stück weit eingeebnet, und es galten auch in der dritten Säule die Grundsätze der Unionstreue. Neben der Rechtswirkung der Rechtsakte war das Verfahren mit dem grundsätzlichen Einstimmigkeitserfordernis hinderlich. Besonders bedenklich waren indes der kaum vorhandene Rechtsschutz vor dem EuGH, damit ein u.U. eingeschränkter Grundrechtsschutz, und die fehlende Mitwirkung des Parlaments; zwar konnte geltend gemacht werden, dass die demokratische Legitimation von Einstimmigkeitsbeschlüssen stets durch die nationalen Parlamente gesichert werden konnte, in der Praxis bleiben die Mitwirkungsrechte jedoch oft eher theoretisch. Mit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages werden diese Probleme adressiert: Das Gesetzgebungsverfahren wird überwiegend in das Mitbestimmungsverfahren überführt, der Rechtsschutz durch den EuGH insbesondere auch durch Vorabentscheidungsverfahren steht künftig (vorbehaltlich etwaiger Übergangsbestimmungen, Art. 10 Abs. 1 Protokoll über Übergangsbestimmungen). Zugleich wird der Grundrechtsschutz durch die Inkorporierung der Grundrechtecharta und perspektivisch durch den Beitritt der Union zur EMRK deutlich verstärkt und zumal durch Art. 67 Abs. 1 AEUV ausdrücklich in Bezug genommen. Damit hat die Europäische Union große Schritte in Richtung eines umfassenden Grundrechtsschutzes getan. Dieser verstärkte Grundrechtsschutz ist seinerseits unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Europäische Union im Rahmen einer nachhaltigen Entwicklung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine stimmige europäische Justiz- und Innenpolitik zu gestalten kann, die wiederum dem Unionsbürger zu Gute kommt.<sup>151</sup>

## D. Fazit

Blickt man auf den erreichten Stand, so zeigt sich eine Zäsur vor allem mit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages, der zu einer rechtsqualitativen, verfahrensrechtlichen und justiziellen Supranationalisierung bei gleichzeitiger Ausweitung der Kompetenzgrundlagen geführt hat.<sup>152</sup> Perspektivisch führt diese Entwicklung zu einem Zusammenwachsen anfänglich eher zögerlich entwickelter Kompetenzinseln eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Geschaffen wurde die Grundlage für eine europäische Innenpolitik, die weite Bereiche traditionell national

151 Vgl. aus Sicht des Strafrechts *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2011, § 2 Rn. 1.

152 Ausführlich *Kainer*, in Jopp/Matl (Hrsg.), Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, 2005, S. 283, 298 ff.

vorbehaltener, weil eng mit dem souveränen Staatsverständnis verbundener Politiken erfasst, die europäische Integration qualitativ auf eine neue Stufe stellt und sie dabei zugleich vom bislang integrationsleitenden Binnenmarktprinzip emanzipiert. Ob die Umsetzung der neuen rechtlichen Instrumente besondere Probleme aufwirft, gab den Anlass zur vorstehenden Untersuchung. Die dabei angestellten Überlegungen, die schon wegen der Fülle sich jeweils stellender Fragen überaus kursorisch bleiben mussten, lassen sich im Vergleich zur binnenmarktlichen Harmonisierung in drei Thesen und einer Folgerung zusammenfassen, welche die Umsetzungs- und damit auch Entwicklungshindernisse für die Europäisierung des Strafrechts punktieren:

1. Zunächst zeigt sich im Strafrecht viel stärker als in anderen Bereichen, dass die unterschiedliche Geschichtlichkeit der Mitgliedstaaten mit der Folge auseinandergehender Grundvorstellungen über Unrecht, Strafverfolgung und Sanktion ein überaus wirkmächtiger Faktor ist, der sich nicht mit vertragsbegründendem Federstrich und Ratifikationsprozess oder gar einzelnen Rechtsetzungsvorhaben kurzfristig ausräumen lässt. Eben dies ist eine Essenz des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts, das im Strafrecht im Kern eine demokratische Entscheidung über das „rechtsethische Minimum“ erkennt<sup>153</sup> und von den deutschen Vertretern im Rat zum „Schutz des ... demokratischen Primär-raums“ Zurückhaltung und eine enge Auslegung der unionalen Kompetenzen für eine Rechtsetzung gefordert wird,<sup>154</sup> die vor dem deutschen Grundgesetz besonderer Rechtfertigung bedarf. Diese vielfach kritisch aufgenommene Rechtsprechung<sup>155</sup> gewinnt ihre Überzeugungskraft weniger aus ihrer rechtsdogmatischen Ableitung als vielmehr aus dem Unionsrecht selbst, insbesondere auch aus dem Gedanken der Subsidiarität und dem konzeptionell unvollständigen Integrationsprinzip der Union, die in der Präambel zum EU-Vertrag auf die Achtung der Geschichte und der Traditionen ihrer Völker verpflichtet ist.

2. Nur als Spiegelbild der ersten Feststellung erweist sich die Tatsache, dass die Strafrechtsintegration, noch mehr vielleicht die Strafverfolgung und die Ermittlungsinstrumente (Datenschutz!) erhebliche Beachtung in der Öffentlichkeit finden und sich eine politische Dimension der Strafrechtspolitik offenbart, die der Marktintegration im Wesentlichen so nicht zukommt. Dies hat zwei Auswirkungen: Zum einen wird die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen auf Unionsebene jedenfalls heute wesentlich stärker von der Öffentlichkeit wahrgenommen und in der Folge öffentlicher Druck auf die nationale und auch europäische Politik ausgeübt; vor allem aber bricht sich an der öffentlichen Forderung nach politischer Diskussion und Auseinandersetzung die nach wie vor zumindest für den Nichtfachmann eher unheimliche (Geheim-)Ratspolitik, die zwar vom Europäischen Parlament kontrolliert und mitbestimmt wird, dessen Arbeit aber weder über hinreichende Publizität verfügt noch genügend Vertrauen genießt. Dies entfaltet das Potential einer dauerhaften Entfremdung der europäischen Innenpolitik insbesondere auf dem Gebiet der

153 BVerfG, NJW 2009, 2267, 2288 Rn. 358.

154 BVerfG, ebd., auch Rn. 360.

155 Vgl. Böse, ZIS 2010, 76; Meyer, NStZ 2009, 657; Kottmann/Wohlfahrt, ZaöRV 2009, 443.

Strafrechtspflege von den Bürgern, die ihrerseits mit Rufen nach Subsidiarität, Privatheit und Grundrechtesschutz reagieren und auch gerichtlich einfordern.

3. Nicht zuletzt fehlt es der unionalen Strafrechtspolitik an der dynamischen Antriebskraft der Marktintegration, die durch subjektive Rechte vor allem in Gestalt der Grundfreiheiten einerseits und dem Eigeninteresse aller Beteiligten an prosperierendem Handel und Wertschöpfung befeuert wird. Die europäische Innenpolitik und zumal die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen bezieht ihre Antriebskraft eher aus punktueller Notwendigkeit gemeinsamen Vorgehens. Diese Abhängigkeit von konkreten Anlässen ist problematisch. Weder gewährt sie für die Übertragung von Zuständigkeiten auf die Union eine verlässliche Legitimation (ist eine unionale Rechtsetzung wirklich erforderlich?) noch ist diese Legitimation dauerhaft (ist der Anlass weggefallen?).

4. Die vorstehenden Überlegungen geben keinen Anlass, an der Zuständigkeit der Union für bestimmte Gebiete der Strafrechtspflege generell zu zweifeln. Weder fehlt es ihr an einer demokratischen oder inhaltlichen Legitimation noch ist die Europäisierung unvereinbar mit der Achtung nationaler Rechtstraditionen. Viel spricht aber dafür, dass die Union mit eben diesen Rechtstraditionen sensibel umgehen sollte und eine Politik verfolgt, die das nationale Grundrechtsverständnis (z.B. informationelle Selbstbestimmung) und nationale Werte einbezieht und den Rechtssetzungsprozess transparent und ergebnisoffen gestaltet. Instrumentell sollte die Richtlinie einer Verordnung vorgezogen werden, Mindestharmonisierung das Mittel der Wahl sein und auf Zentralisierung möglichst verzichtet werden.

## Anhang

### FIDE 2012 Fragebogen

#### Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, einschließlich Fragen der Informationsgesellschaft

Professor Valsamis Mitsilegas

#### Hintergrund und Ziel

Die Entwicklung der Europäischen Union (i.F. EU) in einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (engl. *Area of Freedom, Security and Justice*, i.F. AFSJ) ist eine der weitreichendsten verfassungsrechtlichen Entwicklungen des EU-Rechts. Das gesetzgeberische Handeln der EU in diesem Bereich (insbesondere im Bereich des Strafrechts und des Rechts) stellt eine erhebliche Herausforderung für die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten dar: es hat erhebliche Auswirkungen sowohl auf den Schutz der Grundrechte (und auf das Verhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staat) als auch auf die Staatssouveränität (und das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten). Gleichzeitig ist der Zuwachs der gesetzgeberischen Aktivität der EU im Bereich der alten dritten Säule nicht von hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutzmaßnahmen begleitet worden, die eine Umsetzung des EU-Rechts durch die Mitgliedstaaten in vollem Masse garantieren würde. Ziel dieses Fragebogens ist es, Antworten zu erhalten, die es ermöglichen, die Auswirkungen des EU-Rechts im Bereich des AFSJ auf die rechtlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen Ordnungen der Mitgliedstaaten, den Einzelnen, und den Grundrechtsschutz zu bewerten. In diesem Rahmen werden die Fragen folgende Themengebiete umfassen:

- die rechtliche Umsetzung von EU-Maßnahmen in den Mitgliedstaaten;
- die Auslegung dieser Maßnahmen durch die Gerichte der Mitgliedstaaten und
- die Auswirkungen der Anforderungen des EU-Rechts auf die nationalen Rechtsordnungen und den Schutz der Grundrechte.

Die legislative Tätigkeit der EU auf dem Gebiet der EFSJ ist vielfältig und umfasst einen weiten Regelungsbereich. Aufgrund dessen beschränken sich die Fragen des vorliegenden Fragebogens auf die politischen und rechtlichen Durchsetzungsmaßnahmen der EU und auf solche Maßnahmen, die einen wesentlichen Einfluss auf den Schutz der Grundrechte haben können. In diesem Sinne konzentrieren sich die gestellten Fragen auf folgende vier Bereiche der Entwicklung der EU hin zu einem gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts:

- Harmonisierung des materiellen Strafrechts;
- rechtliche Zusammenarbeit in strafrechtlichen Angelegenheiten durch gegenseitige Anerkennung;
- die Erfassung und der Austausch personenbezogener Daten unter Beachtung der insoweit erheblichen Fragen des Schutzes der Privatsphäre und des Datenschutzes; und
- verfassungsrechtliche Entwicklungen und die Folgewirkungen des Lissabon-Vertrages

**FRAGEN****TEIL I: Harmonisierung des materiellen Strafrechts****Terrorismus**

1. Welche Auswirkungen hat das EU-Recht zur Terrorismusbekämpfung (Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates, ABl. L 164 v. 22.06.2002, S. 3, und Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates, ABl. L 330 v. 9.12.2008, S. 21) auf Ihre nationale Gesetzgebung?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- die gesetzgeberische Umsetzung der Rahmenbeschlüsse;
- die Auslegung nationaler Ausführungsgesetze durch die Gerichte;
- die Anforderungen des EU-Rechts und der Ausführungsgesetze an die nationalen Rechtsordnungen und den Grundrechtsschutz.

**Internetkriminalität**

2. Welche Auswirkungen hat das EU-Recht zur Regelung von Angriffen auf Informationssysteme (Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates, ABl. L 69 v. 16.3.2005, S. 67) auf Ihre nationale Gesetzgebung?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- die gesetzgeberische Umsetzung der Rahmenbeschlüsse;
- die Auslegung nationaler Ausführungsgesetze durch die Gerichte;
- die Anforderungen des EU-Rechts und der Ausführungsgesetze an die nationalen Rechtsordnungen und den Grundrechtsschutz.

3. Inwieweit besteht eine Notwendigkeit zur Schließung rechtlicher Lücken der Internetkriminalität durch neue Rechtsakte der EU? Inwieweit finden solche Probleme Beachtung im Rahmen des Vorschlages für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Angriffe auf Informationssysteme (KOM(2010) 517 endgültig)?

**Organisierte Kriminalität**

4. Welche Auswirkungen hat das EU-Recht zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates, ABl. L 300 v. 11.11.2008, S. 42) auf Ihre nationale Gesetzgebung?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- die gesetzgeberische Umsetzung der Rahmenbeschlüsse;
- die Auslegung nationaler Ausführungsgesetze durch die Gerichte;
- die Anforderungen des EU-Rechts und der Ausführungsgesetze an die nationalen Rechtsordnungen und den Grundrechtsschutz.

## Rassismus und Fremdenfeindlichkeit

5. Welche Auswirkungen hat das EU-Recht zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates, ABl. 2008 L 328 v. 05.12.2008, S. 55) auf Ihre nationale Gesetzgebung?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- die gesetzgeberische Umsetzung der Rahmenbeschlüsse;
- die Auslegung nationaler Ausführungsgesetze durch die Gerichte;
- die Anforderungen des EU-Rechts und der Ausführungsgesetze an die nationalen Rechtsordnungen und den Grundrechtsschutz.

## TEIL II: Justizielle Zusammenarbeit in strafrechtlichen Angelegenheiten durch gegenseitige Anerkennung

6. Welche sind die größten Herausforderungen, die sich den Rechtssystemen der EU-Mitgliedstaaten bei der Übernahme der EU-*aquis* zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in strafrechtlichen Angelegenheiten gestellt haben und stellen?

7. Welche sind die Grenzen des gegenseitigen Vertrauens bei der Vollstreckung des europäischen Haftbefehls

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- Die Gründe zur Verweigerung der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (i.F. EuHB) im Rahmen der nationalen Ausführungsgesetze im Vergleich zu den im Rahmenbeschluss zum EuHB (Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates, ABl. L 190 v. 18.07.2002 S. 1) genannten Ablehnungsgründen;
- die Handhabung von Ablehnungsgründen durch nationale Gerichte (insbesondere Verweigerung der Vollziehung aus Gründen des Grundrechtsschutzes oder der Verhältnismäßigkeit);
- die Handhabung der in Artikel 4, Absätzen 6 und 7 des EuHB-Rahmenbeschlusses geregelten Territorialitätsklausel durch die nationalen Gesetzgeber und Gerichte.

8. Inwieweit bestehen aufgrund der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in strafrechtlichen Angelegenheiten Lücken im Grundrechtsschutz der Mitgliedstaaten des AFSJ?

9. Inwiefern besteht die Notwendigkeit, im Rahmen des Verfahrens des europäischen Strafbefehls auf EU-Ebene Mindestanforderungen hinsichtlich der Rechte des Angeklagten einzuführen?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- ob die Verabschiedung von EU-Maßnahmen zur Stärkung der Verteidigungsrechte, wie im Fahrplan des Rates zur Stärkung der Verfahrensrechte (ABl. C 295 vom 4.12.2009, S. 1) vorgestellt, geeignet wäre, entsprechende Lücken im Grundrechtsschutzes zu schließen;
- welche sind die größten Herausforderungen an die nationalen Rechtssysteme bei der Übernahme der neuen Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren (ABl. L 280, S.1) stellen? zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in strafrechtlichen Angelegenheiten ?

**TEIL III: Datenerfassung, Datenaustausch und Datenschutz****Vorratsdatenspeicherung**

10. Welche sind die Auswirkungen der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (Richtlinie 2006/24/EG, ABl. L 105 v. 13.04.2006, S. 54) auf die nationalen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- die gesetzgeberische Umsetzung der Direktive;
- die Auslegung nationaler Ausführungsgesetze durch die Gerichte und
- die Anforderungen des EU-Rechts und der Ausführungsgesetze an das nationale Verfassungsrecht und den Grundrechtsschutz.

**Der Informationsaustausch zwischen nationalen Behörden**

11. Welche sind die Auswirkungen der EU-Maßnahmen zur Erleichterung des Austausches personenbezogener Daten zwischen den nationalen Polizei- und Justizbehörden auf das Rechtssystem der EU-Mitgliedstaaten?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- die Herausforderungen, die die o.g. Institution des Datenaustausches an die Grundrechte stellt;
- die nationale Umsetzung des Prüm-Beschlusses (Beschluss 2008/615/JI des Rates, ABl. L 210 v. 6.8.2008, S. 1) und
- die nationale Umsetzung der Beschlüsse zum Austausch von Informationen aus dem Strafregister (Beschluss 2005/876/JI des Rates, ABl. L 322 v. 9.12.2005, S. 33) und zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS) (Beschluss 2009/316/JI des Rates, ABl. L 93 v. 7.4.2009, S. 33).

**Fluggastdatensätze**

12. Inwieweit ist die Erfassung und Übermittlung von Fluggastdatensätzen (PNR) mit dem Schutz des Privatlebens und dem Schutz personenbezogener Daten vereinbar?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

- das Fluggastdaten-Abkommen der EU mit den USA von 2007 (ABl. L 204 v. 4.8.2007, S. 18);
- den aktuelle Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (COM (2011) 32 final).(KOM (2011) 32 endgültig)

**Datenschutz**

13. Inwieweit bestehen im EU-Recht und den einschlägigen Umsetzungsmaßnahmen bereits heute hinreichende Sicherungsmaßnahmen, um den ausreichenden Schutz des Privatlebens (im Sinne der Europäischen Konvention für Menschenrechte und der Grundrechtscharta)

und des Datenschutzes (im Sinne der Grundrechtscharta) bei der Entwicklung der EU hin zu einem AFSJ sicherzustellen?

*Berichterstatter* werden gebeten, in Ihren Ausführungen insbesondere zu berücksichtigen:

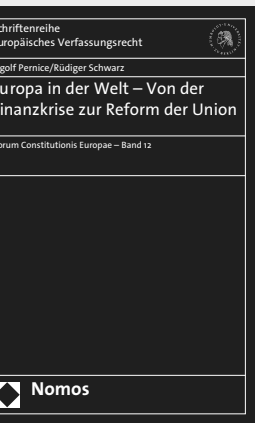
- den Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses über den Schutz personenbezogener Daten (Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates, ABl. L 350 v. 30.12.2008, S. 60) und seine Umsetzung und in den Mitgliedstaaten;
- der Umfang, in welchem die Datenschutzrichtlinie von 1995 (Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 281 v. 23.11.1995, S. 31) in den nationalen Rechtsordnungen bei der Regulierung von Sachverhalten der dritten Säule Beachtung gefunden hat;
- die Anwendung von Datenschutzrecht durch die nationalen Gerichte;
- die Notwendigkeit zur Schließung datenschutzrechtlichen Lücken im Rahmen künftigen EU-Rechts.

#### **Teil IV: Verfassungsrechtliche Aspekte**

14. In welchem Umfang haben die nationalen Gerichte bisher allgemeine Grundsätze des EU-Rechts (insbesondere die mittelbare Wirkung im Sinne der *Pupino* Entscheidung) bei der Auslegung nationaler Rechtsakte, die der Umsetzung Europäischen Strafrechts dienen, angewandt?

15. Inwieweit geht das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf Mängel in der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und des Grundrechtsschutzes in der Entwicklung der EU zu einem gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein?

# Schreibweise des Europäischen Verfassungsrecht



## Europa in der Welt – Von der Finanz- krise zur Reform der Union

Forum Constitutionis Europae – Band 12

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf  
Pernice und Rüdiger Schwarz, M.A.

2013, Band 38, ca. 370 S., brosch., ca. 96,- €  
ISBN 978-3-8487-0462-0

Erscheint ca. Oktober 2013

[www.nomos-shop.de/20900](http://www.nomos-shop.de/20900)

Der Band enthält die überarbeitete schriftliche  
Fassung der Vorträge aus der Reihe „Forum  
Constitutionis Europae“, die im Zeitraum von  
September 2009 bis April 2012 an der Hum-  
boldt-Universität zu Berlin gehalten wurden.  
Neben dem Inkrafttreten des Vertrages von  
Lissabon sind es vor allem die Bewertung und  
Analysen der Schulden- und Finanzkrise, die  
den Fokus der Ausführungen prominenter Ent-  
scheidungsgeber und renommierter Wissen-  
schaftler stehen.



## Die Krise demokratisch überwinden. A Democratic Solution to the Crisis

Reformansätze für eine demokratisch  
fundierte Wirtschafts- und Finanzver-  
fassung Europas. Reform Steps towards  
a Democratically Based Economic and  
Financial Constitution for Europe

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice,  
Dr. Matthias Wendel, Maître en droit (Paris 1),  
Lars S. Otto, LL.M. (LSE), Kristin Bettge, LL.M.,  
Martin Mlynarski und Michael Schwarz

2012, Band 37, 150 S., brosch., 38,- €  
ISBN 978-3-8329-7897-6

[www.nomos-shop.de/19833](http://www.nomos-shop.de/19833)

Hervorgegangen aus einer im Juni 2012 im Eu-  
ropäischen Parlament vorgestellten Studie,  
werden hier Ansätze zur Reform der Europäi-  
schen Wirtschafts- und Finanzverfassung auf-  
gezeigt. Dabei werden insbesondere für die  
fiskalpolitische Säule ein reformiertes Defizit-  
verfahren und für die wirtschaftspolitische  
Säule eine Politik der Konvergenz durch Margen  
präsentiert.

# Benjamin Eichel: Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft



## Der Sport im Recht der Europäischen Union

Rechtliche Wirkungen der Unionskompetenz aus Art. 165 AEUV für die Regelungsbefugnisse von Mitgliedstaaten und Sportverbänden

Von Benjamin Eichel

2013, Band 375, ca. 278 S., brosch., 72,— €

ISBN 978-3-8487-0200-8

Erscheint ca. Oktober 2013

[www.nomos-shop.de/20448](http://www.nomos-shop.de/20448)

Die Arbeit untersucht die Handlungsmöglichkeiten und Verpflichtungen der Unionsorgane bei der Entwicklung einer europäischen Dimension des Sports gemäß Art. 165 AEUV ebenso wie die Auswirkungen für Mitgliedstaaten und Sportverbände im Bereich von Diskriminierungsverbot und Grundfreiheiten sowie Wettbewerbs- und Beihilfenrecht.

## Weitere Bände der Reihe

### Der Effektivitätsgrundsatz

Die Untersuchung zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

von Katrin Kulms

2013, Band 374, 228 S., brosch., 59,— €

ISBN 978-3-8487-0461-3

[www.nomos-shop.de/20895](http://www.nomos-shop.de/20895)

Die Mitgliedstaaten dürfen beim Vollzug des Unionsrechts nur auf nationales Recht zurückgreifen, wenn dieses die Durchsetzung des Unionsrechts nicht unmöglich macht oder unzumutbar erschwert (Effektivitätsgrundsatz). Bisher war ungeklärt, was mit dieser Forderung des EuGH gemeint ist. Diese Lücke füllt die Autorin durch eine umfassende Rechtsprechungsanalyse.

### Brennpunkte der jüngeren Rechtsentwicklung der EU

Ausgewählte Beiträge

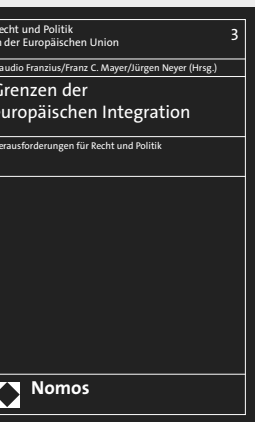
Herausgegeben von Prof. Dr. Jürgen Schwarze

2013, Band 373, 94 S., brosch., 24,— €

ISBN 978-3-8487-0455-2

[www.nomos-shop.de/20863](http://www.nomos-shop.de/20863)

Dieser Band greift aus der aktuellen Rechtsentwicklung einige Brennpunkte exemplarisch heraus: die Wirtschafts- und Währungsunion, die Unionsbürgerschaft, die Grundfreiheiten sowie das europäische Wettbewerbsrecht. Damit werden nicht nur einzelne wesentliche Problembereiche des Europarechts untersucht, sondern zugleich die Rolle des Europarechts als Gestaltungsmittel der europäischen Integration näher analysiert.



## Grenzen der europäischen Integration

Herausforderung für Recht und Politik

Herausgegeben von PD Dr. Claudio Franzius,  
Prof. Dr. Franz C. Mayer und Prof. Dr. Jürgen  
Neyer

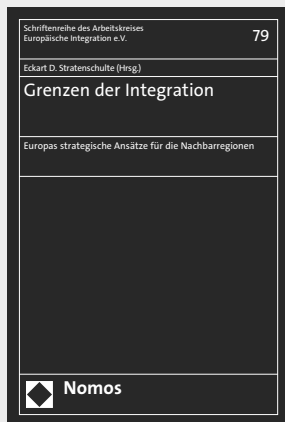
2013, 378 S., brosch., 98,- €

ISBN 978-3-8487-0634-1

Recht und Politik in der Europäischen Union,  
Bd. 3)

[www.nomos-shop.de/21239](http://www.nomos-shop.de/21239)

Die „Euro-Krise“ wirft Fragen nach den Grenzen des Rechts auf. Aber die europäische Integration lässt auch Grenzen der Politik erkennen. Der Band befasst sich mit Grenzen in drei Schwerpunkten: Inwieweit stößt das Recht in der gegenwärtigen Krisenpolitik an Grenzen? Welche Bedeutung spielen Grenzen für die Demokratie? Und wie sind die europäischen Außengrenzen zu verstehen?



## Grenzen der Integration

Europas strategische Ansätze für  
die Nachbarregionen

Herausgegeben von Prof. Dr. Eckart  
D. Stratenschulte

2013, ca. 233 S., brosch., ca. 39,- €

ISBN 978-3-8487-0510-8

(Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische  
Integration e.V., Bd. 79)

Erscheint ca. Oktober 2013

[www.nomos-shop.de/20993](http://www.nomos-shop.de/20993)

Wie kann die EU den Kontinent an seinen Rändern stabilisieren? Dieser Frage geht das Buch in der Analyse verschiedener strategischer Ansätze – von Europäischer Nachbarschaftspolitik bis Schwarzmeersynergie – nach. Weitere Beiträge beschäftigen sich mit dem Verhältnis der EU zu Russland, der Türkei, den USA sowie zu den aufsteigenden Schwellenländern.