

D. Einzelne abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze

Ziel des folgenden Abschnittes ist es, einzelne Verfassungsgrundsätze näher herauszuarbeiten und zu beschreiben. Dabei geht es um solche Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts, die trotz gelockerter Primärrechtsbindung bei der Umsetzung von Völkerrecht abweichungsfest sind.

I. Methodisches Vorgehen

Hinsichtlich der abweichungsfesten Wirkung stützt sich die Untersuchung dabei auf die Definition der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze im Kapitel C. Zunächst sind demnach potentielle Verfassungsgrundsätze im Primärrecht zu identifizieren. Anschließend soll für potentielle Verfassungsgrundsätze untersucht werden, inwiefern sie sich unter der herausgearbeiteten Definition subsumieren lassen. Vorwegzuschicken ist, dass es im Rahmen dieser Arbeit nicht darum gehen kann, eine erschöpfende Liste von abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen zu erarbeiten. Schließlich fällt es schon in den verfassungsdogmatisch ausgeprägten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen schwer, abschließend den konkreten materiellen Verlauf der Grenzen der offenen Verfassungsrechtsordnungen zu klären.⁸⁷¹ Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung sollten die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze auch nicht als starrer Katalog und ohne Rücksicht auf die dynamische Entwicklung der unionalen Verfassungsrechtsordnung im Mehrebenensystem ausgelegt werden.

871 Vgl. zu einer Übersicht dazu *Huber*, in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum II, Offene Staatlichkeit*, 2008, § 26, Rn. 83 ff. Eine Liste an gesicherten Gehalten mit Blick auf das Verhältnis der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen zum Unionsrecht stellt das *BVerfG* im Lissabon-Urteil auf, BVerfGE 123, 267, 357 f., Rn. 249 – *Vertrag von Lissabon*. Gegen eine gerichtliche abschließende Definition eines starren Katalogs an nicht-übertragbaren Gehalten hingegen das tschechische Verfassungsgericht, Ústavní soud České republiky, Pl. ÚS 29/09, Rn. 110 ff., dazu *Meyer/Wendel*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 4, Rn. 75 ff., 109.

1. Identifikation

Während die Begriffe *Grundsatz* und *Prinzip* in den Verträgen häufig verwendet werden,⁸⁷² kennt das Primärrecht den Begriff der Verfassungsgrundsätze nicht. Allein anhand des Wortlauts des Primärrechts bieten sich damit *prima facie* viele Grundsätze oder auch Prinzipien an,⁸⁷³ die als potentielle abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze in Betracht gezogen werden können. Der Fokus soll jedoch auf solchen potentiellen Verfassungsgrundsätzen liegen, für die es in der Rechtsprechung und der bisherigen Analyse der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze nach der *Kadi*-Rechtsprechung deutliche Hinweise gibt.

a) Rechtsprechung

Ausgehend von der Rechtsprechung kommen dabei neben dem Grundsatz des Grundrechtsschutzes⁸⁷⁴ auch die Grundsätze der Freiheit und der Demokratie in Betracht. Denn der *EuGH* sah in *Kadi I* nicht nur die Grundrechte als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze an, sondern auch die seinerzeit in Art. 6 Abs. 1 EUV (Nizza) niedergelegten Grundsätze der Freiheit und der Demokratie.⁸⁷⁵

Weiterhin beruht die Herleitung der Prüfungskompetenz in *Kadi I* auf der Autonomie der Unionsrechtsordnung und der Zuständigkeit des Ge-

872 Das Unionsprimärrecht in Form der letzten konsolidierten Fassung (ABl. 2016 C 202) enthält einschließlich der Überschriften den Begriff Grundsatz 45 Mal im Singular und im Plural 102 Mal. Der Begriff Prinzip wird im Singular 23 Mal, im Plural 3 Mal verwendet. Die französische Fassung enthält 171 Mal den Begriff principe(s), während das englische princip(les) ebenfalls 171 Mal Verwendung findet. Zur häufigen Verwendung des Worts Prinzip durch den Vertragsgeber schon von *Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 13, 25 f.

873 Nach von *Bogdandy* können die Begriffe Grundsatz und Prinzip im Unionsrecht synonym verstanden werden, von *Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 13, 25 f.

874 Auch der Generalanwalt bezog sich lediglich ausdrücklich auf den Grundrechtsschutz, GA *Poires Maduro*, SchlA Rs. C-402/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:11, Slg. 2008, I-6351, Rn. 24, 31, 41 ff.; GA *Poires Maduro*, SchlA Rs. C-415/05 P (Al Barakaat), ECLI:EU:C:2008:30, Slg. 2008, I-6351, Rn. 24, 31, 41 ff.

875 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285, 303, 304.

richtshofs zur Auslegung des Unionsrechts.⁸⁷⁶ Oben wurde wegen der Relevanz beider Punkte für das Verhältnis der Unionsrechtsordnung zum Völkerrecht dafür plädiert, einzelne Verfassungsgrundsätze auch daraufhin zu prüfen, ob sie die Autonomie der Unionsrechtsordnung und die Zuständigkeit des Gerichtshofs widerspiegeln.⁸⁷⁷ Weitergehend dazu soll auch diskutiert werden, ob beide Punkte nicht selbst eigenständige, abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze darstellen (II.).⁸⁷⁸

Wenig hilfreich erscheint es hingegen, sich von vornherein allein auf begrifflich in der Rechtsprechung hervorgehobene Grundsätze⁸⁷⁹ oder Grundlagen „der Union“⁸⁸⁰ oder „der Gemeinschaft selbst“⁸⁸¹ zu konzentrieren. Als „grundlegend“ bezeichnete Bestimmungen sind in ihrer Wirkung nicht per se auf das Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht ausgerichtet.⁸⁸² Zudem kann von der sprachlichen Hervorhebung in einzelnen Urteilen noch nicht automatisch auf eine allgemeine dogmatische Relevanz geschlossen werden.⁸⁸³ Wichtiger als die Betonung einzelner Grundsätze erscheint die Rolle, die der *EuGH* ihnen im Verhältnis zum Völkerrecht beimisst. Das betrifft beispielsweise die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts, die für den Beitritt der Union zur EMRK im Protokoll Nr. 8 zu Art. 6 Abs. 2 EUV⁸⁸⁴ niedergelegt sind. Im Gutachten 2/13 (EMRK II) fasst der *EuGH* unter diese Merkmale mit Blick auf das

876 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285, 303, 282.

877 *Supra* Kapitel C. II. 1. d).

878 Die Autonomie zu den Verfassungsgrundsätzen zählend *Kämmerer*, *EuR* 2009, S. 114, 119.

879 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 304 („les principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire“, „the principles that form part of the very foundations of the Community legal order“).

880 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303 („fondement de l'Union, foundation of the Union“).

881 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 282, 290 („des fondements mêmes de la Communauté“, „the very foundations of the Community“).

882 Vergleich die Untersuchung des Begriffs „grundlegende Bestimmung“ aus dem Fall *Eco Swiss* (*EuGH*, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 36.) *supra* Kapitel B. V. 5. c) bb).

883 *Supra* Kapitel B. VI. 3.

884 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. Das Protokoll ist Bestandteil des Vertrags von Lissabon, OJ C 326. S. 13 ff.

Verhältnis des Unions- zum Völkerrecht insbesondere die unionale Verfassungsstruktur in Form ihrer institutionellen Struktur nach den Art. 13 bis 19 EUV.⁸⁸⁵ Außerdem fasst er unter Rekurs auf die Verfassungsgrundsätze aus *Kadi I* darunter den Grundrechtsschutz, der innerhalb der Union angesichts der Autonomie der Unionsrechtsordnung gewährleistet sei.⁸⁸⁶ Wegen der Wirkung für das Verhältnis zwischen Unions- und Völkerrecht kommt daher nach dem Gutachten 2/13 neben den Grundrechten auch die institutionelle Struktur der Union als potentieller Verfassungsgrundsatz in Betracht (IX.). Generalanwältin *Kokott* hat dies als Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges umschrieben.⁸⁸⁷ Einen weiteren Anhaltspunkt für die Relevanz dieser Strukturmerkmale lässt sich dem Gutachten 1/76 zum Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt entnehmen.⁸⁸⁸ Überdies kommt auch der allgemeine Gleichheitssatz nach der Rechtsprechung als potentieller Verfassungsgrundsatz mit abweichungsfester Wirkung in Frage (VII.).⁸⁸⁹

b) Primärrecht

Ausgehend von der Analyse der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze in Kapitel C sind für die Identifikation einzelner Verfassungsgrundsätze im Primärrecht insbesondere die Werte des Art. 2 EUV in den Blick zu nehmen. Die Vorschrift, die unabhängig von einer Vorbehaltswirkung im

885 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 165, vgl. auch Rn. 158; dazu supra Kapitel B. IV.

886 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 169, 170.

887 GA *Kokott*, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 171.

888 Der *EuGH* verneint die Möglichkeit, dass durch einen völkerrechtlichen Vertrag die innere Verfassung modifiziert werden darf. Eine solche Modifizierung liege in der „Veränderung wesentlicher Strukturelemente der Gemeinschaft im Hinblick auf die Vorrechte der Organe, das Verfahren der Beschlussfassung in diesen und die Stellung der Mitgliedstaaten zueinander“, *EuGH*, Gutachten 1/76 (Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt), ECLI:EU:C:1977:63, Slg. 1977, 741, Leitsatz 5, sowie Rn. 10 ff.

889 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 289; *EuGH*, Rs. C-122/95 (Rahmenabkommen über Bananen), ECLI:EU:C:1998:94, Slg. 1998, I-973, Rn. 62. In der Rechtssache C-122/95 ging es um das Diskriminierungsverbot aus Art. 40 Abs. 3 UAbs. 2 EGV-Maastricht, „das nur spezifischer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, der zu den elementaren Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört“ (*EuGH*, a. a. O.), supra Kapitel B. V. 5. b).

Wortlaut als *ordre public* der Europäischen Union bezeichnet wird,⁸⁹⁰ ist eine Nachfolgerin des Art. 6 EUV (Nizza). Auf Art. 6 Abs. 1 EUV (Nizza) rekurrierte der *EuGH* in *Kadi I* schon für die Verfassungsgrundsätze. Art. 2 S. 1 EUV schützt als Werte nicht nur die Grundrechte, die Freiheit und die Demokratie, denen schon der *EuGH* die abweichungsfeste Wirkung zuschrieb, sondern auch die Achtung der Menschenwürde, die Gleichheit und die Rechtsstaatlichkeit. Zwar kann die abweichungsfeste Wirkung der Verfassungsgrundsätze, die insbesondere Regelungen zum Abweichen vom Primärrecht betrifft, nicht aus der Vorschrift abgelesen werden. Art. 2 S. 1 EUV kann wegen seiner Stellung für die unionale Verfassungsordnung aber der begrifflichen Identifikation der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze dienen.⁸⁹¹

Aus dem Katalog des Artikels sollen im Folgenden die Rechtsstaatlichkeit (III.), die Grundrechte (V.) sowie die Grundsätze der Freiheit (VI.), der Gleichheit (VII.) und der Demokratie (VIII.) auf ihre mögliche Eigenschaft als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze hin untersucht werden. Einen weiteren Anhaltspunkt für einen potentiell abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz gibt der primärrechtlich stark verankerte Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (IV.).

c) Literatur

Für die Identifizierung potentieller, abweichungsfester Verfassungsgrundsätze finden sich auch in der Literatur zur *Kadi*-Rechtsprechung Ansatzpunkte. *Lavranos* sieht die Verfassungsgrundsätze aus *Kadi I* in einer Linie mit den „Grundlagen der Gemeinschaft selbst“ aus dem Gutachten 1/91 (EWR I)⁸⁹² und geht – anders als hier⁸⁹³ – von einer Hierarchie zwischen solchen Grundlagen und dem übrigen Primärrecht aus.⁸⁹⁴ Er listet nichterschöpfend solche Grundsätze auf, die dem Schutz der institutionellen Architektur der Union dienen, einige der fundamentalen politischen Werte

890 *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 33. Die Werte als unzweifelhaft „konstitutionelle Elemente“ beschreibend *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 654.

891 *Supra* Kapitel C. II. 4.

892 *EuGH*, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg. 1991, I-6079, Rn. 71.

893 Die Verfassungsgrundsätze bilden keine besondere Rangstufe innerhalb des Primärrechts., *supra* Kapitel C. II. 5. b).

894 *Lavranos*, in: Fontanelli/Martinico/Carrozza (Hrsg.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, 2009, S. 119, 126 ff.

und Prinzipien darstellen sowie zu den wichtigen⁸⁹⁵ Grundrechten gehören.⁸⁹⁶ Mit Blick auf die Autonomie, die Zuständigkeit des Gerichtshofs und den Schutz der Grundrechte stimmt diese Liste mit den bisher identifizierten potentiellen Verfassungsgrundsätzen überein. Inwiefern Kompetenzzuweisungen dazu gehören, soll unter dem Stichwort der Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges (IX.) geklärt werden. Offen bleibt bei der Aufzählung *Lavranos* jedoch, wie der genaue Inhalt der begrifflich als Verfassungsgrundsätze identifizierten Grundätze auszulegen ist.

Eine weitere Liste mit potentiellen Verfassungsgrundsätzen nach *Kadi I* stellt *Kämmerer* auf. Er zählt zu den „Kernelemente[n] der primärrechtlichen Ordnung“, die zu den Verfassungsgrundsätzen erhoben würden, die Rechtsgemeinschaft samt rechtlicher Kontrollen, die Autonomie der Rechtsordnung einschließlich der Gewaltenteilung und die Vereinbarkeit aller Akte mit den Grundrechten.⁸⁹⁷ Auch diese drei Punkte lassen sich unter die bereits aufgeführten potentiellen Verfassungsgrundsätze fassen. Anknüpfend an *Kämmerer* sieht auch *Thiemann* die Verfassungsgrundsätze als aus der Rechtsprechung entwickelte Figur an.⁸⁹⁸ Zu den Verfassungsgrundsätzen zählt sie dabei die Autonomie der Unionsrechtsordnung.⁸⁹⁹

Unabhängig von der besonderen abweichungsfesten Wirkung der Verfassungsgrundsätze gegenüber den Hauptanwendungsfällen der Art. 347 und 351 AEUV ist für die Identifikation auch die Liste der Prinzipien der Unionsrechtsordnung nach *von Bogdandy* instruktiv.⁹⁰⁰ Demnach rücken die Rechtsstaatlichkeit, die gleiche Freiheit, der Grundrechtsschutz sowie die Demokratie in den Fokus.

Außerhalb des Bereichs der abweichungsfesten Wirkung nach der *Kadi*-Rechtsprechung fällt auch die Liste geschützter Gehalte, die *Corthaut* zum *ordre public* der Unionsrechtsordnung zählt.⁹⁰¹ Die Liste bezieht sich nicht auf die Schnittstelle der Unionsrechtsordnung zum Völkerrecht und

895 „several basic“.

896 *Lavranos*, in: Fontanelli/Martinico/Carrozza (Hrsg.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, 2009, S. 119, 128. Im Einzelnen listet *Lavranos* auf: die Kompetenzzuweisung nach den Verträgen, die Autonomie der Rechtsordnung, die exklusive Jurisdiktion des *EuGH*, die gerichtliche Prüfung von Rechtsakten im Lichte der Grundrechte und den Schutz der Grundrechte.

897 *Kämmerer*, *EuR* 2009, S. 114, 119.

898 *Thiemann*, *Kooperation und Verfassungsvorbehalt im Ausgleich*, 2016, S. 152.

899 *Dies.*, S. 110 ff., 144, 152.

900 *Von Bogdandy*, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 13, 36 ff.

901 *Corthaut*, *EU Ordre Public*, 2012, S. 253 ff.

kann daher nur Ausgangspunkt der Untersuchung sein, welche Gehalte abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze sind. Untersucht werden können demnach die politische Ordnung der Union, verfassungsrechtliche Werte aus dem Herz der politischen Ordnung der Union, die wirtschaftliche Ordnung der Union, die soziale Ordnung der Union und die kulturelle Ordnung.

2. Inhaltliche Konkretisierung

a) Die herausgearbeiteten Merkmale

Nachdem einzelne potentielle Verfassungsgrundsätze begrifflich identifiziert sind, geht es darum, inwieweit sie abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze darstellen. Dafür kommt es zunächst auf ihre Vereinbarkeit mit den herausgearbeiteten Merkmalen der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze an. Demnach muss der Grundsatz dem Unionsverfassungsrecht nach dem Verständnis des *EuGH* entstammen (1).⁹⁰² Weiterhin muss er zur Überprüfung von sekundärrechtlichen Rechtsakten zur Umsetzung des Völkerrechts konkret aufgrund eines hinreichenden normativen Gehalts herangezogen werden können (2). Es muss ein solcher Grundsatz sein, der zur Überprüfung eines Sekundärrechtsaktes auch angewandt werden kann. Erforderlich ist dafür eine gewisse dogmatische Tiefe.⁹⁰³ Zudem muss der Grundsatz drittens einen abweichungsfesten Gehalt aufweisen. Damit einher geht die einschränkende Wirkung, insbesondere für die Hauptanwendungsfälle der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze bei gelockerter Primärrechtsbindung nach Art. 347 und 351 AEUV (3.). Die Völkerrechtsfreundlichkeit der Union kann dabei sowohl auf der Stufe der Identifikation des jeweiligen abweichungsfesten Verfassungsgrundsatzes relevant werden als auch bei der Prüfung anhand der jeweiligen Dogmatik des Grundsatzes.⁹⁰⁴ Überdies muss der einzelne Verfassungsgrundsatz die Merkmale der Autonomie und der Zuständigkeit des Gerichtshofs widerspiegeln (4). Die Gehalte des einzelnen Verfassungsgrundsatzes sind dabei

902 Supra Kapitel C. II. 1. a).

903 Supra Kapitel C. II. 1. b). „Ein Grundsatz ist umso überzeugender, weil besser anwendbar, je konkreter der identifizierte normative Gehalt ist [...]“ (*Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 603).

904 Zur Beachtung der Völkerrechtsfreundlichkeit bei der Prüfung anhand der Verfassungsgrundsätze supra Kapitel C. II. 7. b).

autonom anhand des Unionsrechts und im Rahmen der Zuständigkeit des *Gerichtshofs* zu bestimmen.

b) Der abweichungsfeste Gehalt und die Berücksichtigung der Völkerrechtsfreundlichkeit

Wegen der abweichungsfesten Wirkung der Verfassungsgrundsätze gegenüber dem Völkerrecht ist besonders die Völkerrechtsfreundlichkeit zu beachten. Deren besonderer Stellenwert für die Offenheit der Unionsrechtsordnung lässt sich ableiten aus einer systematischen Gesamtschau diesbezüglicher Vorschriften wie Art. 3 Abs. 5 Satz 2 und 47 EUV sowie Art. 216 Abs. 2, 206, 347 und 351 AEUV.⁹⁰⁵ Bei der Operationalisierung der Verfassungsgrundsätze kommt es auf die Einbeziehung der Völkerrechtsfreundlichkeit der Union an zwei Stellen an. Diese sind die vorgelagerte Identifizierung eines abweichungsfesten Verfassungsgrundsatzes und anschließend die Anwendung eines solchen.

Bereits im Zuge der Bestimmung, ob ein abweichungsfester Verfassungsgrundsatz vorliegt, ist die abweichungsfeste Wirkung mit Blick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit der Unionsrechtsordnung insgesamt zu gewichten. Der Schutz der in Kapitel C definierten Grundsätze für die Unionsrechtsordnung einerseits, und deren Völkerrechtsfreundlichkeit andererseits, können als Optimierungsgebote verstanden werden. Schon die Annahme, dass ein Grundsatz die eigentlich vorgesehene Öffnungsentscheidung der Rechtsordnung im Fall seiner Verletzung aushebelt, verlangt daher einen schonenden Ausgleich zwischen der Öffnungsentscheidung und der Sicherung des jeweiligen Grundsatzes.⁹⁰⁶ Ein abweichungsfester Gehalt des Grundsatzes liegt demnach nur dann vor, wenn der vermeintliche Verfassungsgrundsatz die grundsätzliche Öffnungsentscheidung der Unionsrechtsordnung überwiegt. In den Fällen der Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV muss nach Wertung der Unionsrechtsordnung das Schutzinteresse zugunsten des Verfassungsgrundsatzes schwerer wiegen, als die eigentliche Vorgabe die Primärrechtsbindung zu lockern.

905 *Thieman*, Kooperation und Verfassungsvorbehalt im Ausgleich, 2016, S. 106.

906 Vgl. zum Ausgleich zwischen Optimierungsgeboten allgemein *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. A., 1996, S. 78 ff. Für einen Ausgleich insbesondere mit Blick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit der Union *Thieman*, Kooperation und Verfassungsvorbehalt im Ausgleich, 2016, S. 255 f. Da es für den Ausgleich im Einzelfall auf den jeweiligen Verfassungsgrundsatz ankommt, soll die genaue Durchführung des Ausgleichs hier offenbleiben.

Es wird mithin deutlich, dass das Völkerrecht nicht erst bei der Prüfung anhand der als solche feststehenden Verfassungsgrundsätze relevant wird. Vielmehr sollte schon bei der Bestimmung der einzelnen Verfassungsgrundsätze die Völkerrechtsfreundlichkeit und Offenheit der Union berücksichtigt werden. Schließlich können die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze als Ausnahmeregelungen mit den Zielen der Regelungen, von denen sie eine Ausnahme bilden, ins Verhältnis gesetzt werden. Gegenüberstehen sich dadurch das Schutzziel der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze und gegebenenfalls das völkerrechtliche Ziel der jeweils eingeschränkten Regelung. Ziel der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze ist der Schutz solcher Grundprämissen der Unionsrechtsordnung, von denen nicht abgewichen werden könnte, ohne die Homogenität und Widerspruchsfreiheit der Union zu gefährden.⁹⁰⁷ Die Regelungen von denen die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze eine Ausnahme bilden sind hauptsächlich Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV.⁹⁰⁸ Die Lockerung der Primärrechtsbindung in beiden Vorschriften dient demgegenüber dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit der Union zugunsten ihrer Mitgliedstaaten.⁹⁰⁹

Nimmt man mit dem *EuGH* die abweichungsfeste Wirkung der Verfassungsgrundsätze für die Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV an, ist damit zugleich die Annahme verbunden, dass die beiden Vorschriften für die von ihnen geregelten Fälle nicht schon von sich aus eine abschließende Aussage zu Art und Umfang der Beachtung der Völkerrechtsfreundlichkeit geben.⁹¹⁰ Daher erscheint es möglich zur Bestimmung einzelner Verfassungsgrundsätze danach zu fragen, inwieweit ihr geschützter Gehalt syste-

907 Supra Kapitel C. II. 3.

908 Supra Kapitel C. II. 2.

909 Vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. A., Art. 347 AEUV, Rn. 3; *Lorenzmeier*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Recht der EU*, 65. EL, Art. 351 AEUV, Rn. 64; siehe zur Völkerrechtsfreundlichkeit der Unionsrechtsordnung auch Art. 3 Abs. 5 S. 2, 21 Abs. 1 S. 1 EUV.

910 Anders stellt sich die Situation bezüglich der Abwägbarkeit der Völkerrechtsfreundlichkeit im Fall des Treaty-Override in der deutschen Rechtsordnung dar. Nach der Entscheidung des *BVerfG* hat für das Grundgesetz bereits der Verfassungsgeber die Abwägung zwischen der Völkerrechtsfreundlichkeit und der Kompetenz des Gesetzgebers zur Abänderbarkeit des einfachen Rechts vorgenommen und zugunsten der Abänderbarkeit entschieden, *BVerfG*, Entscheidung vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12 – Rn. 49 ff. – *Treaty-Override*, dazu *Heinke*, *Der Staat* 2016, S. 393, 408 ff.; *Payandeh*, *NJW* 2016, S. 1279, 1281 f. Für eine Berücksichtigung der Völkerrechtsfreundlichkeit plädiert hingegen Richter *in König* in ihrer abweichenden Meinung.

matisch und von seinen Zielen her in der Lage ist, die grundsätzlich Öffnungsentscheidung der Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV einschränkend zu präzisieren.

Wenn ein bestimmter Gehalt zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen gehört, der im Fall der Verletzung die Lockerung der Primärrechtsbindung nach Art. 347 AEUV oder Art. 351 AEUV einschränkt, so liegt es wegen der Wirkung der Verfassungsgrundsätze nahe, dass die Sicherung des Gehalts die völkerrechtsfreundlichen Ziele der Art. 347 AEUV oder 351 AEUV überwiegt. Für den Fall des Grundrechtsschutzes als abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz geht der *EuGH* in *Kadi I* – ohne nähere Begründung⁹¹¹ – von solch einem Überwiegen aus.⁹¹² Basierend auf dem herausgearbeiteten Konzept der Verfassungsgrundsätze überwiegt innerunional die Sicherung der Homogenität der auf Grundrechtsschutz gegründeten Unionsrechtsordnung die Völkerrechtsfreundlichkeit, wie sie in Art. 351 AEUV Ausdruck findet.⁹¹³ Es erscheint daher zur Bestimmung einzelner Verfassungsgrundsätze hilfreich, die Völkerrechtsfreundlichkeit, wie sie in den Hauptanwendungsfällen geschützt wird, dem Ziel und der Stellung des potentiellen Grundsatzes gegenüberzustellen. Erst wenn der Grundsatz die Homogenität und die Widerspruchsfreiheit der Unionsrechtsordnung sichert, überwiegt er als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz die primärrechtlich verankerte Völkerrechtsfreundlichkeit der Unionsrechtsordnung.

Für die Beachtung der Völkerrechtsfreundlichkeit ist von der Identifizierung eines abweichungsfesten Verfassungsgrundsatzes dessen prüfungsmäßige Anwendung zu unterscheiden. Auch in deren Rahmen sollte je nach der jeweiligen Dogmatik des Grundsatzes die Völkerrechtsfreundlichkeit nochmals mit eingestellt werden. Das betrifft dann insbesondere die Berücksichtigung der völkerrechtlichen Ziele der Rechtsakte, die auf ihre Vereinbarkeit mit abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen geprüft

911 Der *EuGH* geht schlicht davon aus, dass eine Beeinträchtigung der Grundrechte „keinesfalls“ zulässig sei, *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 304: „L'article 307 CE ne pourrait en effet en aucun cas permettre la remise en cause des principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire“; „Article 307 EC may in no circumstances permit any challenge to the principles that form part of the very foundations of the Community legal order“.

912 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285, 303, 304.

913 Vgl. *Lorenzmeier*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Recht der EU*, 65. EL, Art. 351 AEUV, Rn. 64.

werden. Erst nach der Feststellung, dass ein abweichungsfester Verfassungsgrundsatz vorliegt, kann es um die Berücksichtigung der völkerrechtlichen Ziele der jeweiligen Maßnahme im Rahmen der Dogmatik des jeweiligen Grundsatzes gehen.

Daher erscheint es ungenau, wenn die Völkerrechtsfreundlichkeit der Union bei der Prüfung anhand der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze mit diesen abgewogen werden soll. Vielmehr ist die Völkerrechtsfreundlichkeit schon in einem vorgelagerten Schritt einzubringen, um zu prüfen, ob ein Grundsatz überhaupt abweichungsfest ist.⁹¹⁴ Dabei geht es also um die Identifizierung und Konkretisierung einzelner abweichungsfester Verfassungsgrundsätze. Anschließend ist die Völkerrechtsfreundlichkeit dann relevant wenn es nach der Dogmatik des jeweiligen Verfassungsgrundsatzes darum geht, ob eine Verletzung des Verfassungsgrundsatzes vorliegt.

c) Die restriktive Auslegung und der Einfluss anderer Rechtsebenen oder Teilverfassungen

Insgesamt ist bei der Konkretisierung einzelner abweichungsfester Verfassungsgrundsätze auf den Ausnahmecharakter ihrer Anwendung und die damit verbundene restriktive Auslegung zu achten. Die inhaltliche Ausgestaltung einzelner Verfassungsgrundsätze kann zudem durch andere Rechtsebenen oder „Teilverfassungen“⁹¹⁵ beeinflusst werden. Dies kommt für die Grundrechte insbesondere mit Blick auf die EMRK nach Art. 53 GRC in Form der völkerrechtlichen Aufladung in Frage.⁹¹⁶

914 So scheinbar *Lorenzmeier* nach dem der „Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der Union [...] im Rahmen der Güterabwägung zumindest in der „Kadi-Situation“ hinter dem Menschenrechtsschutz zurückstehen [wird] müssen“, *Lorenzmeier*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Recht der EU*, 65. EL, Art. 351 AEUV, Rn. 64; ähnlich *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. A., Art. 347 AEUV, Rn. 3.

915 Vgl. *Häberle/Kotzur*, *Europäische Verfassungslehre*, 8. A., 2016, Rn. 402.

916 Zur möglichen völkerrechtlichen Aufladung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt *infra* Kapitel E. IV. 3. c).

II. Autonomie und Zuständigkeit des EuGH

Im Umgang mit dem Völkerrecht gehört die Betonung der Autonomie der Unionsrechtsordnung und seiner Zuständigkeit zu einer Konstanten in der Rechtsprechung des *Gerichtshofs*.⁹¹⁷ Autonomie meint in diesem Zusammenhang insbesondere die Autonomie der Unionsrechtsordnung vom Völkerrecht und das trotz ihrer völkerrechtlichen Fundierung. Damit beschreibt die Autonomie die Stellung der Unionsrechtsordnung im Mehrebenensystem und wird dabei als Teilkomponente des supranationalen Prinzips der Union verstanden.⁹¹⁸ Eine positivrechtliche Verankerung findet sich für die Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht. Dies entspricht dem weitgehenden Schweigen der Verträge zum Verhältnis zwischen Unionsrechtsordnung und Völkerrecht. Nach der Rechtsprechung eng mit der Autonomie verknüpft ist die Zuständigkeit des *EuGH* zur autonomen Auslegung des Unionsrechts. Diese Zuständigkeit wird an Art. 19 Abs. 1 EUV festgemacht.⁹¹⁹ Mit Blick auf das Verhältnis der Unionsrechtsordnung zum Völkerrecht bedeutet diese Zuständigkeit, dass der *EuGH* für sich in Anspruch nimmt die Auslegung des Unionsrechts allein und letztverbindlich vorzunehmen.⁹²⁰

Demgemäß stützt der *EuGH* das Ziehen der Grenzen anhand der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze auf die Autonomie und seine Zuständigkeit. Die Wirkung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze erklärt sich gerade mit Blick auf das gerichtliche Vorverständnis zum Ver-

917 Supra Kapitel B. V. 2.; zur Definition der Autonomie und der Zuständigkeit des *EuGH* mit Blick auf das Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht supra Kapitel C. II. 1. d); zu den vielen Verfahren des Gerichtshofs im Zusammenhang mit der Autonomie und seiner Auslegungshoheit *Jaeger*, EuR 2016, S. 203, 216 f.; zur Entwicklung von der Selbstbehauptung der Unionsrechtsordnung gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hin zur Selbstbehauptung gegenüber dem Völkerrecht *Thiemann*, Kooperation und Verfassungsvorbehalt im Ausgleich, 2016, S. 113 ff.

918 *Terbechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 34.

919 EuGH, Rs. C-459/03 (*MOX Plant*), ECLI:EU:C:2006:345, Slg. 2006, I-4635, Rn. 123.

920 Die Betonung der Auslegungshoheit findet sich ausgehend vom Gutachten 1/91 (EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg. 1991, I-6079, Rn. 30 ff, 35.) und *Mox Plant* (EuGH, Rs. C-459/03 (*MOX Plant*), ECLI:EU:C:2006:345, Slg. 2006, I-4635, Rn. 123.) auch in *Kadi I* (EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285, 303, 282).

hältnis der durch den *EuGH* ausgelegten Rechtsordnung zum Völkerrecht. Über die grundlegende Funktion der Autonomie und der Zuständigkeit des *Gerichtshofs* hinaus wird im Anschluss an *Kadi I* vertreten, dass die Autonomie und die Zuständigkeiten des *EuGH* Verfassungsgrundsätze darstellen.⁹²¹ Die Autonomie und die Zuständigkeitsordnung, über die der *EuGH* exklusiv zu wachen hat, seien als Verfassungsgrundsätze „Kernelemente der primärrechtlichen Ordnung“.⁹²²

Die herausgearbeiteten Kriterien der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze erfüllen die beiden Grundsätze allerdings nur teilweise. Indem der *Gerichtshof* die Autonomie und seine Auslegungshoheit als Prüfungskriterien anlegt, rechnet er sie klar dem Primärrecht zu. Allerdings erscheint es fraglich, ob die Autonomie und die Zuständigkeit des Gerichtshofs über die Betonung der autonomen und letztverbindlichen Auslegung hinaus den geforderten prüfungstauglichen Gehalt aufweisen. Ihre typische Anwendung finden die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze nach *Kadi I* bei der Überprüfung von Sekundärrechtsakten. Schon die autonome Überprüfung dieser Sekundärrechtsakte erfüllt dabei die Maßgabe der Autonomie, gerade ihre Durchführung ist Ausdruck der Zuständigkeit des *EuGH*.⁹²³ Über die bloße Durchführung der Überprüfung hinaus tragen die Autonomie und die Zuständigkeit wohl nicht zum materiellen Prüfungsmaßstab der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze bei. Sie gehören zwar zu den Voraussetzungen der Prüfung, die insbesondere und trotz Art. 347 AEUV oder Art. 351 AEUV als getrennt von völkerrechtlichen Verpflichtungen durchgeführt wird,⁹²⁴ ein materiellrechtlicher Einfluss auf die Prüfung selbst kann der Autonomie und der Auslegungshoheit aber wohl nicht entnommen werden. Das zeigt sich auch darin, dass die Betonung der Autonomie und der Zuständigkeit des *EuGH* die inhaltliche Prüfung einleitet, aber danach nicht wieder aufgegriffen wird.⁹²⁵ Dieser Befund spiegelt sich auch in der Beobachtung *van Rossems*, die Autono-

921 *Lavranos*, in: Fontanelli/Martinico/Carrozza (Hrsg.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, 2009, S. 119, 128.; *Kämmerer*, *EuR* 2009, S. 114, 119; in diese Richtung auch *Thiemann*, *Kooperation und Verfassungsvorbehalt im Ausgleich*, 2016, S. 144.

922 *Kämmerer*, *EuR* 2009, S. 114, 119.

923 Vgl. *EuGH*, Rs. C-284/16 (*Achmea*), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 32, 33.

924 Vgl. *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 315–317.

925 Die Autonomie findet sich in *Kadi I* einmal im Leitsatz und zweimal bei der Einleitung des Prüfungsmaßstabes, *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Ls. 4, Rn. 282, 316. Die Zustän-

mie sei mehr qualitativ für die Unionsrechtsordnung als quantitativer Bestandteil derselben.⁹²⁶

Die oben beschriebenen abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze setzen die autonome Rechtskontrolle aller Unionsrechtsakte, auch solcher zur Umsetzung von Pflichten der Mitgliedstaaten aus älteren völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 351 AEUV, voraus. Ebenso setzen sie die Zuständigkeit zur Durchführung dieser Rechtskontrolle durch den *EuGH* voraus. Daher bilden die Autonomie und die Zuständigkeit nach den oben herausgearbeiteten Kriterien keine selbstständigen, als Prüfungspunkte heranziehbaren abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze. Sie sind vielmehr essentielle Voraussetzungen für die Prüfung anhand der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze. Abweichungsfest erscheinen beide allenfalls, wenn die Autonomie und die Zuständigkeit als Grundprämissen einer gerichtlichen Überprüfung selbst durch einen Rechtsakt zur Umsetzung des Völkerrechts gefährdet werden sollten. Insoweit übertrüge sich die abweichungsfeste Wirkung der einzelnen abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze auf die Prämissen ihrer Anwendung. Dies könnte der Fall sein, wenn Unionsgerichte von der Überprüfung im Rahmen des unionalen Rechtsbehelfssystems generell ausgeschlossen würden.⁹²⁷

Darüber hinaus ist die Autonomie und die Zuständigkeit als Prämisse wohl ebenfalls betroffen, wenn es um die Vereinbarkeit eines internationalen Rechtsprechungsorgans mit der Unionsrechtsordnung geht. Sieht ein geplantes Übereinkommen ein solches Rechtsprechungsorgan vor, kommt es bei der Prüfung nach Art. 218 Abs. 11 AEUV auf das gesamte Primär-

digkeit des *EuGH* wird ebenfalls nur bei der Einleitung des Prüfungsmaßstabes relevant, *EuGH*, a. a. O., Rn. 282, 287, 315–317. In *Kadi II* rekurriert der *EuGH* auf den Prüfungsmaßstab nach *Kadi I* und damit sinngemäß auch auf die Rolle der Autonomie und Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Überprüfung von Umsetzungsrechtsakten; einzeln aufgegriffen werden beide Punkte für die Prüfung nicht mehr, *EuGH*, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P u. C-595/10 P (*Kadi II*), ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 97 unter Verweis auf das Ergebnis der Bestimmung des Prüfungsmaßstabes in *Kadi I* bei Rn. 326.

926 *Van Rossem*, in: Wessel/Blockmans (Hrsg.), *Between Autonomy and Dependence*, 2013, S. 13, 18.

927 Zum unionalen System gerichtlicher Rechtsbehelfe gehört über Art. 267 AEUV auch das mitgliedstaatliche Gerichtssystem (*EuGH*, Rs. C-284/16 (*Achmea*), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 35–37). Der Fall *Achmea* betraf hingegeben keinen völkerrechtlichen Vertrag mit einem Drittstaat i. S. v. Art. 351 AEUV, sodass es nicht um die Lockerung der Primärrechtsbindung ging (Vgl. *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 2018, Heft 156, S. 27).

recht an,⁹²⁸ damit auch auf die Autonomie.⁹²⁹ Insoweit geht es aber weniger um die Anwendung der Autonomie als Verfassungsgrundsatz, der die Lockerung der Primärrechtsbindung, insbesondere der Art. 351 der 347 AEUV, zurücknimmt. Vielmehr geht es um die Autonomie als Bestandteil des Primärrechts, das insgesamt zum Prüfungsmaßstab des Gutachtenverfahrens zählt.⁹³⁰

III. Rechtsstaatlichkeit

Für die Frage, inwiefern die Rechtsstaatlichkeit der Unionsrechtsordnung einen abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz bildet, kommt es darauf an, ob die Gehalte der Rechtsstaatlichkeit abweichungsfest sind. Die einzelnen Inhalte der Rechtsstaatlichkeit (1.) sind also auf ihre Vereinbarkeit mit den herausgearbeiteten Merkmalen der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze hin zu untersuchen (2.).

1. Inhalt und Verankerung im Primärrecht

Die prominent in Art. 2 S. 1 EUV verankerte und auch schon in der Präambel in Bezug genommene Rechtsstaatlichkeit (*l'État de droit*/ rule of law) der Union zeigt „die Steuerung des Unionshandelns durch das Recht“⁹³¹ an. Dabei erfolgt die Steuerung durch die Rechtsstaatlichkeit präzisierenden Subprinzipien.⁹³² Diese wurden und werden mangels inhaltlicher Ausfüllung des Begriffs in den Verträgen durch die Rechtsprechung des *EuGH* entwickelt und ausgelegt. Die unionale Rechtsstaatlichkeit erstreckt sich dabei nicht nur auf rein unionsrechtliche Verfahren,

928 So bereits *EuGH*, Gutachten 1/75 (OECD lokale Kosten), ECLI:EU:C:1975:145, Slg. 1975, 1355, Leitsatz 2. Vgl. Art. 196 Abs. 2 *EuGH*-VerfO.

929 *Thiemann*, Kooperation und Verfassungsvorbehalt im Ausgleich, 2016, S. 110 ff.

930 Zur Abgrenzung der Abwendung der Verfassungsgrundsätze vom Prüfungsmaßstab im Verfahren nach Art. 218 Abs. 11 AEUV *supra* Kapitel C. III. 3. c).

931 *Terbechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 18. Vor der Verankerung in den Verträgen wurde die Rechtsstaatlichkeit der Unions-/Gemeinschaftsrechtsordnung vom *EuGH* ausgehend vom Urteil *Les Verts* (*EuGH*, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Slg. 1986, 1339, Rn. 23) geprägt ohne den Begriff Rechtsstaat/État de droit selbst zu verwenden, dazu *Pech*, Jean Monnet Working Paper 04/09, S. 1, 10 ff.

932 Ausführlich dazu *Pech*, Jean Monnet Working Paper 04/09, S. 1, 53 ff.

sondern auch – das verdeutlichen die jüngsten Urteile *Juízes Portugueses*, *Achmea* und *LM* - auf das Gerichtssystem der Mitgliedstaaten, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV.⁹³³

Zu den Subprinzipien wird die als Zeichen der Rechtsgemeinschaft/-union beschriebene gerichtliche Überprüfung von Unionshandlungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Verträgen gezählt.⁹³⁴ Unter die Rechtsstaatlichkeit fallen daher auch die Rechtsbehelfe und Verfahren, die dem *Gerichtshof* in die prozessuale Lage der Überprüfung bringen.⁹³⁵ Unterfall der Rechtsstaatlichkeit ist überdies die Gewaltenteilung, die der *EuGH* sowohl für die Mitgliedstaaten⁹³⁶ als auch in der unionalen Spielart für das Verhältnis zwischen den Unionsorganen basierend auf Art. 13 Abs. 2 EUV⁹³⁷ anerkannt hat. Zudem werden die ursprünglich den allgemeinen Rechtsgrundsätzen⁹³⁸ zugeordneten Grundsätze der Rechtssicherheit,⁹³⁹ des Vertrauensschutzes,⁹⁴⁰ des Rückwirkungsverbots,⁹⁴¹ der Verhältnismä-

933 EuGH, Rs. C-64/16 (*Associação Sindical dos Juízes Portugueses*), ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 31, 32, 37; EuGH, Rs. C-284/16 (*Achmea*), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 36; EuGH, Rs. C-216/18 PPU (*Europäischer Haftbefehl gegen LM*), ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 50; die Entwicklung dieser Rechtsprechung treffend nachzeichnend *Schorkopf*, NJW 2019, S. 3418, 3419 ff.

934 EuGH, Rs. 294/83 (*Les Verts*), ECLI:EU:C:1986:166, Slg. 1986, 1339, Rn. 23; EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 281. Vgl. *Skouris*, EuR-Beiheft 2 2015, S. 9, 12.

935 *Petersmann*, EUI Working Paper Law 2016/17, S. 1, 22 f.; EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 281; EuGH, Rs. C-550/09 (*Strafverfahren gegen E und F*), ECLI:EU:C:2010:382, Slg. 2010, I-6213, Rn. 44.

936 EuGH, Rs. C-279/09 (*DEB*), ECLI:EU:C:2010:811, Slg. 2010, I-13849, Rn. 58.

937 EuGH, Rs. C-413/11 (*Germanwings/Amend*), ECLI:EU:C:2013:246, Rn. 16.

938 Zur unterschiedlichen Verwendung der Begriffe allgemeine Grundsätze und allgemeinen Rechtsgrundsätze *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 9, 10; supra Kapitel C. II. 5. d).

939 EuGH, verb. Rs. 212/80, 213/80, 214/80, 215/80, 216/80 u. 217/80 (*Meridionale Industria Salumi u.a.*), ECLI:EU:C:1981:270, Slg. 1981, 2735, Rn. 10; EuGH, Rs. C-352/09 P (*Thyssen Krupp Nirosta/Kommission*), ECLI:EU:C:2011:191, Slg. 2011, I-2359, Rn. 81.

940 EuGH, verb. Rs. 212/80, 213/80, 214/80, 215/80, 216/80 u. 217/80 (*Meridionale Industria Salumi u.a.*), ECLI:EU:C:1981:270, Slg. 1981, 2735, Rn. 10.

941 EuGH, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 u. C-403/02 (*Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri*), ECLI:EU:C:2005:270, Slg. 2005, I-3565, Rn. 68, 69.

ßigkeit⁹⁴² sowie der strafrechtlichen Garantien ne bis in idem⁹⁴³ der Rechtsstaatlichkeit zugeordnet.⁹⁴⁴ Unter die Rechtsstaatlichkeit wird auch der Bestimmtheitsgrundsatz gefasst, der den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entstammt und mit der Rechtssicherheit eng verzahnt ist.⁹⁴⁵ Die Literatur zählt zu den Subprinzipien außerdem den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes.⁹⁴⁶ Auch die nach Art. 2 und Art. 6 EUV zu schützenden Grundrechte wurden ursprünglich aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleitet und werden zur Rechtsstaatlichkeit gezählt.⁹⁴⁷ Der Grundrechtsschutz soll im Folgenden, ausgehend von der getrennten Nennung in Art. 2 Satz 1 EUV und Art. 6 Abs. 1 EUV (Nizza),⁹⁴⁸ allerdings gesondert betrachtet werden. Zur Rechtsstaatlichkeit im europäischen Kontext ist zudem die Unabhängigkeit der an Gesetz und Recht gebundenen Rechtsprechung ebenso zu zählen wie das rechtliche Gehör.⁹⁴⁹

Die vorstehend nicht abschließend aufgeführten Unterprinzipien verdeutlichen die Vielgestaltigkeit der Rechtsstaatlichkeit und auch deren einzelne Subprinzipien können ihrerseits weiter präzisiert werden. Gemein ist den Gehalten der Rechtsstaatlichkeit die Machtbegrenzungsfunktion, die schon rechtspolitisch für die Unionsrechtsordnung essentiell erscheint.⁹⁵⁰ Es geht damit stets darum, dass die Ausübung der Herrschaftsgewalt dem Recht beziehungsweise der Herrschaft des Rechts (rule of law) unterliegt.⁹⁵¹ Wird die unionale Gewaltenteilung an Art. 13 EUV ausgerichtet, so ist daher zu berücksichtigen, dass sie inhaltlich im Bereich der Rechts-

942 *Skouris*, EuR-Beiheft 2 2015, S. 9, 12 f.; *Pech*, Jean Monnet Working Paper 04/09, S. 1, 54.

943 EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 16.

944 *Skouris*, EuR-Beiheft 2 2015, S. 9, 12 f.

945 *Potacs*, EuR 2016, S. 164, 171; vgl. EuGH, Rs. C-352/09 P (Thyssen Krupp Nirosta/Kommission), ECLI:EU:C:2011:191, Slg. 2011, I-2359, Rn. 81.

946 *Terbechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 21, 23 ff.

947 *Skouris*, EuR-Beiheft 2 2015, S. 9, 10. So zum Beispiel ne bis in idem nach Art. 50 GRC oder allgemein die Rechte aus den Artikeln 47 bis 50 GRC.

948 Dafür, dass die Rechtsstaatlichkeit iSv. Art. 6 Abs. 1 EUV (Nizza) die Grundrechte nicht als Subprinzip erfasst da die Grundrechte gesondert aufgeführt sind schon *Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union, 2000, S. 96.

949 Vgl. für die „Unabhängigkeit der Rechtsprechung in Bindung an Gesetz und Recht samt rechtlichem Gehör“ *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 303; für die Unabhängigkeit der Gerichte *Zuleeg*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 1045, 1059.

950 *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 400.

951 Vgl. so schon zu Art. 6 Abs. 1 EUV vor dem Vertrag von Lissabon: *Pech*, Jean Monnet Working Paper 04/09, S. 1, 18; allgemein *ders.*, a. a. O., S. 1, 54.

staatlichkeit mehr ist als der bloße Schutz des „institutionellen Arrangements“ der Unionsorgane hinsichtlich ihrer Zuständigkeit.⁹⁵²

Die Vielgestaltigkeit der sich unter dem Schirm der Rechtsstaatlichkeit auffächernden Subprinzipien verdeutlicht zudem, dass sich die Rechtsstaatlichkeit schwerlich abschließend inhaltlich beschreiben lässt.⁹⁵³ Auch wenn sie eindeutig zu der „Identität der Union“ zählt,⁹⁵⁴ kann die Beleuchtung von abweichungsfesten Gehalte der Rechtsstaatlichkeit daher ebenfalls nicht abschließend oder definitiv sein. Die Zuschreibung abweichungsfester Wirkung muss daher, um überzeugen zu können, in jedem Fall begründet werden.

2. Erfüllung der Kriterien der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze

Die exemplarisch herausgestellten Inhalte der Rechtsstaatlichkeit lassen sich daraufhin überprüfen, ob sie die Kriterien der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze erfüllen. Überraschend ist insoweit, dass *EuGH* in *Kadi I* die Rechtsstaatlichkeit nicht explizit als möglichen abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz aufführt.⁹⁵⁵ Der *Gerichtshof* nennt als (Verfassungs-) Grundsätze, von denen auch zugunsten der Lockerung der Primärrechtsbindung nach Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV nicht abgewichen werden könne, lediglich den Schutz der Grundrechte, der Freiheit und der Demokratie.⁹⁵⁶ Die Rechtsstaatlichkeit ist in dem dabei zitierten Art. 6 Abs. 1 EUV (Nizza) aber ebenso aufgeführt wie im heutigen Art. 2 S. 1 EUV. Allein eine Begründung, weshalb grundsätzlich die Rechtsstaatlichkeit nicht ebenso wie der Schutz der Grundrechte zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen zählt, ist nicht ersichtlich.⁹⁵⁷ Schon die Herlei-

952 Vgl. *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 31.

953 Vgl. *Pech*, Jean Monnet Working Paper 04/09, S. 1, 70.

954 *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 1067.

955 Schon der Generalanwalt hatte in *Kadi I* die Relevanz der Rechtsstaatlichkeit hervorgehoben GA *Poiães Maduro*, SchlA Rs. C-402/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:11, Slg. 2008, I-6351, Rn. 53; GA *Poiães Maduro*, SchlA Rs. C-415/05 P (Al Barakaat), ECLI:EU:C:2008:30, Slg. 2008, I-6351, Rn. 53; vgl. *Rosas*, EUI Working Papers, RSCAS 2011/31, S. 1, 19 ff.

956 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303, 304.

957 Dazu schon kurz supra Kapitel C. II. 4. c). Für eine Zugehörigkeit der Rechtsstaatlichkeit auch *Lenaerts* in *Lenaerts/Birkenkötter*, „Dass der *EuGH* als internationales Gericht angesehen wird, ist ein großes Missverständnis“ – Interview mit

tung der Prüfung anhand der Verfassungsgrundsätze fußt auf der Überprüfbarkeit der Umsetzungsrechtsakte auf ihre Vereinbarkeit mit den Verträgen.⁹⁵⁸ Es kann daher angesichts der Gewichtigkeit der Rechtsstaatlichkeit für die Unionsrechtsordnung und wegen der ausdrücklichen Normierung im Primärrecht kaum angenommen werden, dass die Rechtsstaatlichkeit keine Gehalte aufweist, die potentiell als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze geschützt sind.

a) Primärrecht und konkreter Prüfungsgehalt

Durch die Verankerung der Rechtsstaatlichkeit im Primärrecht (Art. 2 S. 2 Alt. 5 EUV) und durch ihre Auslegung als Primärrecht durch den *EuGH* gehören die oben genannten Subprinzipien jedenfalls zum Primärrecht und erfüllen damit das erste Merkmal der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze. Auch das zweite Merkmal, die prüfungstaugliche dogmatische Tiefe hinter einzelnen Subprinzipien, erscheint, jedenfalls für die meisten oben Genannten, nicht als besonders problematisch. Es ist dabei allerdings darauf zu achten, dass es um unionale Ausprägung der jeweiligen Unterkategorie der Rechtsstaatlichkeit geht. Während dies bei dem Rückwirkungsverbot oder *ne bis in idem* noch weniger schwierig erscheint, muss bei der Gewaltenteilung auf die genuine Ausgestaltung auf Unionsebene geachtet werden.

b) Abweichungsfester Gehalt

Deutlich schwieriger und im Einzelfall zu begründen, erscheint die Antwort auf die Frage, ob das jeweilige Unterprinzip die spezifische abweichungsfeste Wirkung auch zu entfalten vermag. Um das dritte Merkmal der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze zu erfüllen, muss das Subprinzip schwerer wiegen als die Ziele der jeweiligen Vorschriften, die über die abweichungsfeste Wirkung eingegrenzt werden sollen.⁹⁵⁹

Prof. Dr. Koen Lenaerts, Verfassungsblog, 2014/12/10, <http://verfassungsblog.de/dass-der-eugh-als-internationales-gericht-angesehen-wird-ist-ein-grosses-missverstaendnis-interview-mit-prof-dr-koen-lenaerts/>, zuletzt am 04.11.2020.

958 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 281, 282, 304.

959 Vgl. *supra* Kapitel D. I. 2. b).

Von den Subprinzipien der Rechtsstaatlichkeit dürfte beispielsweise das Ziel des Bestimmtheitsgebots als Teil der Rechtssicherheit und der Rechtsstaatlichkeit⁹⁶⁰ der Unionsrechtsordnung in der Lage sein, die grundsätzlich Öffnungsentscheidung der Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV einschränkend zu präzisieren. Ein Rechtsakt, auch ein solcher zur Umsetzung von Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus älteren völkerrechtlichen Verträgen, muss bei belastenden Regelungen für den Adressaten hinreichend bestimmt sein. Die Lockerung der Primärrechtsbindung in Art. 351 AEUV (oder auch in Art. 347 AEUV) kann wohl nicht soweit gehen, dass infolgedessen durch die Unionsrechtsordnung unbestimmte, belastende Regelungen umgesetzt werden können. Ein die Lockerung der Primärrechtsbindung in den Hauptanwendungsfällen überwindendes Gewicht ist wohl auch dem Grundsatz *ne bis in idem* zuzumessen.

c) Autonomie und Zuständigkeit des Gerichtshofs

Die einzelnen Subprinzipien sind, auch wenn einzelne von ihnen bereits gemeineuropäischen Standard darstellen dürften,⁹⁶¹ zunächst unionsautonom und daher insbesondere mit Blick auf den supranationalen Charakter der Union auszulegen. Das betrifft zum Beispiel die Gewaltenteilung, die den Besonderheiten der unionalen Organstruktur Rechnung zu tragen hat. Die Überprüfung der einzelnen Subprinzipien auf ihren abweichungsfesten Gehalt kann zudem nur in den weiten Grenzen der Zuständigkeit des Gerichtshofs erfolgen. Für die Prüfung anhand der Subprinzipien der Rechtsstaatlichkeit besteht mit Blick auf Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV insoweit kein Zweifel. Diese Zuständigkeit überträgt sich in formeller Hinsicht auf die zulässigen Verfahrensarten und Verfahrensgegenstände.

IV. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, wie er in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV primärrechtlich verankert ist, kann die Union nur in den Sachbereichen handeln, in denen ihr von den Mitgliedstaaten

960 Vgl. EuGH, Rs. C-352/09 P (Thyssen Krupp Nirosta/Kommission), ECLI:EU:C:2011:191, Slg. 2011, I-2359, Rn. 81.

961 Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 1069.

eine Kompetenz eingeräumt wurde.⁹⁶² Es geht damit um die begrenzte Verbandskompetenz der Union.⁹⁶³ Unter den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung fällt auch, dass die Unionsorgane je nach zugrundeliegender Einzelermächtigung die vorgesehenen Rechtshandlungen und Verfahren zum Erlass der Rechtsakte einhalten.⁹⁶⁴ Dies sollte auch primärrechtlich Formerfordernisse erfassen. Dementsprechend ist der Grundsatz eine Ausformung der unionsrechtlichen Rechtsstaatlichkeit. Daneben ist der Grundsatz über Art. 13 Abs. 2 EUV auch stark mit dem institutionellen Gleichgewicht und damit der Zuordnung der Befugnisse der Unionsorgane verbunden.⁹⁶⁵ Insoweit die Begrenzung der Organkompetenz und das institutionelle Arrangement vom Rechtsstaatsprinzip unterscheidbar sind,⁹⁶⁶ soll sich mit ersteren der Übersichtlichkeit halber unter dem Stichwort der Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges auseinandergesetzt werden.⁹⁶⁷

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung in Form der Verbandskompetenz und den gegebenenfalls verpflichtenden Verfahrens- und Formerfordernissen entstammt also dem Primärrecht. Nach der Einordnung des *EuGH* spiegelt der Grundsatz die Verfassungsstruktur der Union wieder⁹⁶⁸ und ist damit Anknüpfungspunkt für die Verfassungsgrundsätze. Der Erlass von Unionsrechtsakten ist hinsichtlich der Zuständigkeit, der Verfahrensvorgaben und der Formvorgaben im Primärrecht vorgegeben und daher prüfungsmäßig auf seine Einhaltung kontrollierbar. Damit erfüllt der Grundsatz die ersten beiden Kriterien der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze.

Hinsichtlich des abweichungsfesten Gehalts kommt es wiederum darauf an, inwiefern der Inhalt des Grundsatzes systematisch und von seinen Zie-

962 *Chalmers/Davies/Monti*, European Union Law, 2. A., 2010, S. 211 ff.; *Bergmann*, in: Bergmann (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 5. A., 2015, *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*; *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 29.

963 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. A., 2016, Rn. 156.

964 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. A., 2016, Rn. 157.

965 Vgl. EuGH, Rs. C-409/13 (Rat/Kommission), ECLI:EU:C:2015:217, Rn. 64; *Hatje/von Förster*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 10, Rn. 29.

966 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. A., 2016, Rn. 160; *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 31.

967 Dazu *infra* Kapitel D. IX.

968 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 165.

len her in der Lage ist, die grundsätzliche Öffnungsentscheidung, insbesondere der Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV, einschränkend zu präzisieren.⁹⁶⁹ Die Einhaltung der Verbandszuständigkeit, aber auch von gegebenenfalls für die Rechtssetzung vorgeschriebenen Verfahrens- und Formvorgaben, soll sicherstellen, dass die Union ihrem Mandat gegenüber den Mitgliedstaaten entsprechend handelt. Es geht darum, dass die Unionsrechtsordnung nur Ausgangspunkt für solche Rechtsakte sein kann, für die eine Kompetenz der Mitgliedstaaten übertragen wurde.⁹⁷⁰ Die Sicherung dieses Ziels dürfte die grundsätzliche Öffnungsentscheidung der Unionsrechtsordnung, insbesondere in den Fällen der Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV, einschränken. Es war wohl kaum die Intention der Mitgliedstaaten, dass durch die Lockerung der Primärrechtsbindung zugunsten der Völkerrechtsfreundlichkeit der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung umgangen werden kann. Dies liefe dem grundlegenden Ziel dieses Grundsatzes zu wieder. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung dient gerade dazu, die Übertragung der Unionskompetenzen zu unterstreichen und dadurch die Stellung der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zu sichern.⁹⁷¹ Die Wahrung der formalen Anforderungen für die Rechtssetzung gehört als Ausdruck des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung zu den Prämissen der Souveränitätsübertragung an die Union und der Kompetenzausübung. Der Grundsatz ist aus mitgliedstaatlicher Perspektive essentiell für die Rückkopplung der unionalen an die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen.⁹⁷² Auch aus völkerrechtlicher Perspektive erscheint das Hochhalten des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung, zum Beispiel bei der Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten der Mitgliedstaaten, als wenig problematisch. Seine Verletzung würde vielmehr verdeutlichen, dass es noch in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt, das Völkerrecht umzusetzen.

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung ist ein für die Unionsrechtsordnung autonom auszulegender Begriff, der wie beispielsweise auch in *Kadi* ⁹⁷³ in das Prüfprogramm des *Gerichtshofs* fällt. Die vom Ge-

969 Supra Kapitel D. I. 2. b).

970 Vgl. *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. A., Art. 5 EUV, Rn. 4; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. A., Art. 5 EUV, Rn. 6.

971 Vgl. *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. A., Art. 5 EUV, Rn. 5.

972 Für Deutschland: BVerfGE 123, 267, 357 f., Rn. 243 – *Vertrag von Lissabon*.

973 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 203, 224.

richtshof angelegte autonome Auslegung des Grundsatzes spielt dabei vor dem Hintergrund der mitgliedstaatlichen Ermächtigungsklauseln eine Rolle. Mitgliedstaatliche Homogenitätsklauseln mögen für die Zugehörigkeit des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen sprechen. Die Auslegung des Grundsatzes als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz bleibt aber eine Unionsrechtliche. Insoweit hegt die Beachtung der gerichtlich ausgeübten autonomen Auslegung die oben beschriebene Aufladung abweichungsfester Verfassungsgrundsätze durch andere Rechtsordnungen oder Teilverfassungen ein.⁹⁷⁴

Indem der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung mithin die Merkmale der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze einhält, ist der Grundsatz ein abweichungsfester Verfassungsgrundsatz im zuvor definierten Sinne.⁹⁷⁵

V. Schutz der Grundrechte

Durch die Entwicklung des Konzepts der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze aus der *Kadi*-Rechtsprechung ergibt sich bereits, dass der Schutz der Grundrechte grundsätzlich ein abweichungsfester Verfassungsgrundsatz ist.⁹⁷⁶ In *Kadi I* und *II* wurden als einzelne Grundrechte der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 47 GRC), das Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GRC) und das Eigentumsrecht (Art. 17 GRC) geprüft.⁹⁷⁷ Damit misst der *Gerichtshof* diesen Grundrechten die abweichungsfeste Wirkung gegenüber dem Umsetzungsrechtsakt im Kontext des Art. 351 AEUV zu. Über diese vereinzelt Grundrechte hinaus erscheint es aber fraglich, in welchem Umfang weitere Grundrechte

974 Zu der Aufladung supra Kapitel D. I. 2. c).

975 Letztlich spiegelt sich hierin auch wieder, dass das von *Kadi I* ausgehende Konzept der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze auch selbst mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung vereinbar ist, dazu supra Kapitel C. II. 4. d).

976 Ohne eine Präzisierung, wie der Grundrechtsschutz als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz ausgestaltet ist *Lavranos*, in: Fontanelli/Martinico/Carrozza (Hrsg.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, 2009, S. 119, 126 ff.

977 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 333–335, 354 ff.; EuGH, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P u. C-595/10 P (*Kadi II*), ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 98 ff., 111 ff., 119, 132; vgl. *Tamblé*, EuR 2016, S. 666, 678 f.

die abweichungsfeste Wirkung genießen. Dazu kann wiederum auf die herausgearbeiteten Kriterien der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze zurückgegriffen werden.

1. Primärrecht

Primärrechtlich kann zur näheren Definition des Grundrechtsschutzes als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz über Art. 2 S. 1 EUV an Art. 6 EUV und an die Grundrechtecharta geknüpft werden. Alle von Art. 2 S. 1 EUV, Art. 6 EUV und der Charta erfassten Grundrechte entstammen dem Primärrecht. Mit dem Verweis des Art. 2 S. 1 EUV auf die Grundrechte wird deren machtbegrenzende Funktion für die unionale Verfassungsordnung herausgestellt.⁹⁷⁸ Die Menschenwürde wie aber auch die Freiheit, Gleichheit und die (materielle) Rechtstaatlichkeit sind in Art. 2 S. 1 EUV gesondert aufgeführt. Dass Art. 2 S. 1 EUV von den Menschenrechten und nicht vom Grundrechtsschutz spricht, ändert für die Anknüpfung des Verfassungsgrundsatzes des Grundrechtsschutzes in seiner abweichungsfesten Form an Art. 2 S. 1 EUV nichts. Denn unter dem Menschenrechtsschutz im Sinne der Vorschrift sind wohl jedenfalls die in der Grundrechtecharta erfassten Grundrechte zu verstehen.⁹⁷⁹ Auch die Anknüpfung in *Kadi I* erfolgte an den Wortlaut des Art. 6 EUV (Nizza), der ebenfalls von Menschenrechten sprach.⁹⁸⁰

Über die Rechte der Charta hinaus ist überdies fraglich, in welchem Umfang weitere Unionsgrundrechte die abweichungsfeste Wirkung genießen könnten. Wird hierfür an Art. 2 S. 1 EUV geknüpft, ist zu berücksichtigen, dass der dort genannte Schutz der Menschenrechte bisweilen eng und abgestuft ausgelegt wird. Der Inhalt des Menschenrechtsschutzes der Vorschrift könne nicht durch den gesamten grundrechtlichen Besitzstand der Union, insbesondere Art. 6 EUV, aufgeladen werden.⁹⁸¹ Andererseits werden die notstandsfähigen Rechte der EMRK explizit unter den Men-

978 Vgl. *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 400.

979 *Potacs*, EuR 2016, S. 164, 171; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 2 AEUV, Rn. 27.

980 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303; Art. 2 EUV (Lissabon) geht auf Art. 6 EUV (Nizza) zurück, vgl. *Jacqué*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. A., Art. 2 EUV, Rn. 1.

981 So *Hilf/Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Recht der EU, 65. EL, Art. 2 EUV, Rn. 36.

schenrechtsschutz gefasst.⁹⁸² Für die inhaltliche Konkretisierung des Grundrechtsschutzes als abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz kann aber gleichwohl zunächst am gesamten grundrechtlichen Acquis der Verträge angeknüpft werden. Schon von der Handhabbarkeit wird der geschriebene Grundrechtskatalog für die Konkretisierung aber eher in Frage kommen als die insoweit nachrangigen⁹⁸³ Grundrechte aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Diese knüpfen nach Art. 6 Abs. 3 EUV zudem ebenfalls an die EMRK.

2. Konkreter Prüfungsgehalt

Die einzelnen Grundrechte müssen einen konkreten Prüfungsgehalt aufweisen, um an den Umsetzungsrechtsakt angelegt werden zu können. Dabei erscheint es hilfreich, auf die Unterscheidung zwischen Rechten und Grundsätzen nach Art. 52 GRC zurückzugreifen. Rechte im Sinne der Vorschrift, als subjektive Rechte verstanden, erfassen Grundrechte in ihrer Abwehr- aber auch in ihrer Leistungsfunktion.⁹⁸⁴ Grundsätze sind demgegenüber nach Art. 52 Abs. 1 S. 2 und Abs. 5 GRC durch die Gesetzgebung zu präzisieren. Ob ein Chartagrundrecht oder -grundsatz vorliegt, ist anhand der Auslegung zu bestimmen.⁹⁸⁵ Nach den Erläuterungen zur Charta sind Art. 25, 26 und 37 GRC⁹⁸⁶ und Teile der Art. 23, 33 und 34 GRC⁹⁸⁷ als Grundsätze einzustufen.⁹⁸⁸ Wegen der Präzisierungsbedürftigkeit und der

982 *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, 65. EL, Art. 2 EUV, Rn. 37.

983 *Wollenschläger*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 8, Rn. 100. Den Grundrechten aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen mit Blick auf die Chartagrundrechte unterstützende Funktion beimessend auch *Tridimas*, *Cahiers de droit européen*, 2016, S. 419, 423 ff.

984 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 52 GRC, Rn. 4; *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte, 3. A., Art. 52 GRC, Rn. 68.

985 Dazu ausführlich *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 52 GRC, Rn. 16.

986 Art. 25 GRC betrifft die Rechte älterer Menschen, Art. 26 GRC regelt die Integration von Menschen mit Behinderung und Art. 37 GRC betrifft den Umweltschutz.

987 Art. 23 GRC regelt die Gleichheit von Frauen und Männern, Art. 33 betrifft das Familien und Berufsleben und Art. 34 GG betrifft die soziale Sicherheit und die soziale Unterstützung.

988 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte ABl. EU 2007 C 303, 17, 35.

eingeschränkten Justiziabilität⁹⁸⁹ kommen Grundsätze wohl nicht als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze in Frage. An ihnen könnte ein Umsetzungsakt, der im Rahmen der Lockerung der Primärrechtsbindung erlassen wurde, nicht hinreichend präzise gemessen werden. Im Fall einer schwierig zu ermittelnden Verletzung eines Grundsatzes könnte dies eine Einschränkung der vertraglich vorgesehenen Lockerung der Primärrechtsbindung kaum begründen. Ein konkreter Prüfungsgehalt dürfte allerdings dann gegeben sein, wenn durch den Umsetzungsrechtsakt der jeweilige Grundsatz ganz aufgehoben werden sollte. Demgegenüber haben die (Grund-)Rechte im Sine des Art. 52 GRC schon nach der Wertung der Grundrechtecharta einen prüfungstauglichen Gehalt, der auch für die Überprüfung als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze ausreicht.

3. Abweichungsfester Gehalt

Für den abweichungsfesten Gehalt kommt es darauf an, ob das Grundrecht im Fall seiner Verletzung schwerer wiegt als die grundsätzliche Öffnungsentscheidung und damit die Völkerrechtsfreundlichkeit der Union.⁹⁹⁰ Das ist nach Wertung des Gerichtshofs jedenfalls für die Grundrechte auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 47 GRC), auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GRC) und auf das Eigentum (Art. 17 GRC) der Fall.⁹⁹¹ Der Gerichtshof rekurriert für Grundrechte, die abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze bilden, auf Art. 6 EUV (Nizza). Angelehnt an diese Rechtsprechung lässt sich ein abweichungsfester Gehalt jedenfalls für die Grundrechte annehmen, die unter den Grundrechtsschutz nach der Nachfolgevorschrift Art. 2 S. 1 EUV (Lissabon) fallen. Damit kommen alle Grundrechte der Grundrechtecharta in Betracht, nicht hingegen die als Grundsätze einzustufenden Bestandteile der Charta.

Knüpft man für die Bestimmung einzelner abweichungsfester Verfassungsgrundsätze allein an die Rechtsprechung, so gehören die Grundrechte der Grundrechtecharta wohl ohne Zweifel dazu. Mit Blick auf das Überwiegen der grundsätzlichen Öffnungsentscheidung in den Hauptanwen-

989 Dazu eingehend *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte, 4. A., 2014, Art. 52 GRC, Rn. 45c.

990 Supra Kapitel D. I. 2. b).

991 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 333–335, 354 ff.; EuGH, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P u. C-595/10 P (Kadi II), ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 98 ff., 111 ff., 119, 132; vgl. *Tamblé*, EuR 2016, S. 666, 678 f.

dungsfällen werfen auch die Grundrechte der Titel I, II, III und VI der Charta keine Bedenken ob ihrer Zugehörigkeit zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen auf. Für das Eigentumsgrundrecht hat der *EuGH* die Zugehörigkeit in der *Kadi*-Rechtsprechung deutlich herausgestellt.⁹⁹² Auch ist durch den Verweis des Gerichtshofs nicht erkennbar, weshalb die Grundrechte der übrigen Titel der Charta, abzüglich der Grundsätze, nicht zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen zählen sollten. Der Ausschluss der Grundsätze gemäß der Dogmatik der Charta führt bereits dazu, dass einige Gewährleistungen der Charta, deren Zugehörigkeit zum Grundrechtsschutz nach Art. 2 S. 1 EUV angezweifelt wird,⁹⁹³ nicht zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen zu zählen sind. Für die übrige, große Anzahl an Chartagrundrechten erscheint ihre Stellung im Primärrecht und ihr Zweck als Essentialia der Machtbegrenzung in der unionalen Verfassungsordnung⁹⁹⁴ als so schwerwiegend, dass damit eine Begrenzung der Lockerung der Primärrechtsbindung zu begründen ist. Dies bedeutet dann aber auch, dass soziale Grundrechte der Charta, sofern sie als Rechte und nicht als Grundsätze im Sinne der Charta anzusehen sind,⁹⁹⁵ abweichungsfeste Wirkung entfalten. Die Nichtnennung der Solidarität in Art. 2 S. 1 EUV⁹⁹⁶ kann wohl nicht dazu führen, dass als Grundrechte einzustufende Rechte des Titels IV der Charta nicht zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen gehören. Eine andere Frage ist dann allerdings, inwiefern es sich insbesondere bei den Gewährleistungen des Titels IV der Charta um Rechte und nicht nur um Grundsätze im Sinne der Charta handelt.⁹⁹⁷

992 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303, 354 ff.

993 Zweifelnd, ob der Grundrechtsschutz des Art. 2 S. 1 EUV auch „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“ erfasst *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Recht der EU*, 65. EL, Art. 2 EUV, Rn. 36. Für die inhaltliche Bestimmung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze ist Art. 2 S. 1 EUV aber nicht allein entscheidend, dazu *supra* Kapitel C. II. 4. c).

994 Vgl. *Häberle/Kotzur*, *Europäische Verfassungslehre*, 8. A., 2016, Rn. 400.

995 *Supra* Kapitel D. V. 2.

996 Dazu *von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 13, 69 ff.

997 Zur notwendigen „grundrechtsdogmatischen Aufarbeitung“ des Titels IV zur Solidarität schon *Kühling*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 657, 668 ff., zum Umgang mit originären Leistungsrechten der Charta a. a. O., S. 679.

4. Autonomie und Zuständigkeit des Gerichtshofs

Grundrechte als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze sind gemäß ihrer autonomen unionsrechtlichen Dogmatik auszulegen. Nach den Vorgaben des Art. 52 Abs. 3 GRC ist daher ausdrücklich die Auslegung nach der EMRK relevant. Das gilt nach Art. 53 GRC ebenso für die Haltung des Schutzniveaus mit Blick auf mitgliedstaatliche oder völkerrechtliche Grundrechte. Wegen der vom Grundsatz her dem *EuGH* überlassenen und in seine Zuständigkeit fallenden Auslegung der Unionsgrundrechte⁹⁹⁸ erfüllt die Kontrolle der Grundrechte als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze die Merkmale der Autonomie und der Zuständigkeit. Diese Zuständigkeit überträgt sich in formeller Hinsicht auf die zulässigen Verfahrensarten und Verfahrensgegenstände. Das verdeutlicht prominent die Überprüfung der GASP-Maßnahmen, auf deren Grundlage Personen sanktioniert werden sollen (Art. 275 Abs. 2 EUV). Über die Ausnahme des Art. 275 Abs. 2 AEUV können daher auch Rechtsakte der GASP, die als Grundlagen für auf Personen gerichtete Sanktionen nach Art. 215 Abs. 2 AEUV dienen, anhand der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze überprüft werden.⁹⁹⁹

5. Prüfung und Beachtung des Völkerrechts

Wird ein Grundrecht als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz zur Überprüfung eines Rechtsaktes zur Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen angelegt, so geht es zunächst um die Prüfung des Grundrechts. Erst wenn nach der Dogmatik des Grundrechts ein ungerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich vorliegt, kann das Grundrecht als Verfassungsgrundsatz seine abweichungsfeste Wirkung gegenüber den Regelungen zur Lockerung der Primärrechtsbindung entfalten.¹⁰⁰⁰ Wichtig ist dabei, dass das jeweilige Grundrecht überhaupt anwendbar ist. Für Charta-grundrechte ist also Art. 51 Abs. 1 GRC zu beachten. Setzen daher die Mitgliedstaaten unter Lockerung der Primärrechtsbindung nach Art. 351

998 Vgl. *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 282; *EuGH*, Gutachten 2/13 (*EMRK II*), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 170.

999 Vgl. *Tamblé*, *EuR* 2016, S. 666, 673 f.; dafür, dass die Prüfung dabei auch über die Prüfung subjektiver Rechte hinaus geht, plädieren *Henze/Jahn*, *EuZW* 2017, S. 506, 510.

1000 Siehe hierzu schon *supra* Kapitel C. II. 1. c).

AEUV eine völkerrechtliche Sanktion um, sind sie, da insoweit wohl eine Durchführung von Unionsrecht vorliegt, an die Chartagrundrechte als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze gebunden.¹⁰⁰¹ Das Schutzniveau der Grundrechte ändert sich ob der mit den Umsetzungsakten verfolgten völkerrechtlichen Ziele jedoch nicht.¹⁰⁰²

Zudem lässt sich für die Prüfung anhand der Grundrechte als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze eine genauere Aussage über die Art der Beachtung des Völkerrechts treffen. Denn die gleichmäßigere Grundrechtsprüfung erlaubt eine gewisse Verortung der Einbeziehung völkerrechtsfreundlicher Wertungen. So ist die Völkerrechtsfreundlichkeit der Union bei der Grundrechtsprüfung regelmäßig im Rahmen der Abwägung in der Verhältnismäßigkeit mit einzustellen.¹⁰⁰³

VI. Grundsatz der Freiheit

Der *EuGH* hat anknüpfend an die Formulierung des Art. 6 Abs. 1 EUV (Nizza) neben dem Grundrechtsschutz auch den Grundsatz der Freiheit als abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz eingestuft.¹⁰⁰⁴ Um den Grundsatz in der Prüfung anlegen zu können, muss er inhaltlich präzisiert werden.

Die Freiheit wird in der Präambel im vierten Erwägungsgrund genannt und in Art. 2 S. 1 GRC als Wert bezeichnet. Damit ist sie für die Unionsrechtsordnung im Ganzen wichtig, obwohl in den europäischen Verträgen mangels Konkretisierung kein niedergeschriebenes, aufgegliedertes „spezifisches Freiheitskonzept“ auszumachen ist.¹⁰⁰⁵ Inhaltlich umfasst die Frei-

1001 Zu dieser Konstellation *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. A., Art. 351 AEUV, Rn. 5.

1002 GA *Poiares Maduro*, SchlA Rs. C-402/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:11, Slg. 2008, I-6351, Rn. 46; GA *Poiares Maduro*, SchlA Rs. C-415/05 P (Al Barakaat), ECLI:EU:C:2008:30, Slg. 2008, I-6351, Rn. 46; vgl. *Tamblé*, EuR 2016, S. 666, 676.

1003 Supra Kapitel C. II. 7.

1004 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303.

1005 *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 35; *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, 65. EL, Art. 2 EUV, Rn. 25. Zur schwachen Kontur des Freiheitsbegriffs im Dreiklang des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 ff. AEUV) *Monar*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 749, 758 f.

heit im Sinne der Verträge und insbesondere nach Art. 2 S. 1 EUV sowohl die garantierte Abwesenheit von Fremdbestimmung oder gar Tyrannei in der Union als auch die Freiheit von der Union.¹⁰⁰⁶ Für den Einzelnen bedeutet dies als Rechtssubjekt unter Gleichen angesehen zu werden und als solches frei handeln zu können.¹⁰⁰⁷ Ausgestaltet findet sich der unionale Grundsatz dementsprechend in den Unionsgrundrechten und Grundfreiheiten.¹⁰⁰⁸ Darüber hinaus ist auch die generell freiheitliche Gestaltung des Binnenmarktes, wie sie das Wettbewerbsrecht regelt, seit Beginn des Integrationsprozesses eine Ausprägung des unionalen Freiheitsgrundsatzes.¹⁰⁰⁹ Da also der Grundsatz der Freiheit im Ganzen schwerlich fassbar ist, sind für die Frage, inwieweit der Grundsatz einen abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz bildet, die einzelnen Ausgestaltungen durch die Freiheitsgrundrechte, die Grundfreiheiten und den Grundsatz des freien Wettbewerbs in den Blick zu nehmen. Die letzten beiden Gesichtspunkte werden der Übersichtlichkeit halber unter dem Stichwort der Strukturmerkmale des Binnenmarktes behandelt.

Soweit der Grundsatz der Freiheit von den Freiheitsgrundrechten der Grundrechtecharta ausgestaltet ist, wird der abweichungsfeste Gehalt schon durch den Grundrechtsschutz als abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz erfasst. Insbesondere die Rechte aus Titel II der Charta sind nach diesem Verständnis nicht notwendigerweise „über“ den Grundsatz der Freiheit als abweichungsfester Verfassungsgrundsätze geschützt. Darin zeigt sich wieder, dass sich die Werte des Art. 2 S. 1 EUV inhaltlich überlagern.¹⁰¹⁰ Als vom Grundrechtsschutz unterscheidbare Ausgestaltungen des Grundsatzes der Freiheit kommen aber insbesondere die Grundfreiheiten als möglicherweise abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze in Betracht. Zusammenfassend ist der Gehalt der Freiheit, was die Freiheitsgrundrech-

1006 *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 35; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 2 EUV, Rn. 18; *Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. A., Art. 2 EUV, Rn. 3.

1007 *Von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 13, 56 f.

1008 *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 35.

1009 *Von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 13, 57.

1010 *Supra* Kapitel D. V. 1. Vgl. *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, 65. EL, Art. 2 EUV, Rn. 24; alle Werte des Art. 2 S. 1 EUV als „eher freiheitlich“ einstufend *Schwarz*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, 3. A., Art. 2, Rn. 4.

te anbelangt, bereits über den Schutz der Grundrechte als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz einzustufen.

VII. Grundsatz der Gleichheit

Ein Anhaltspunkt, der die Gleichheit in den Fokus potentieller abweichungsfester Verfassungsgrundsätze rücken lässt, ist neben Art. 2 S. 1 EUV und den Ausgestaltungen der Gleichheit in der Grundrechtecharta die Betonung des Grundsatzes in der *Kadi*-Rechtsprechung.¹⁰¹¹ Auch für einen Hauptanwendungsfall der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze, Art. 347 AEUV, wird eine Einschränkung durch das Diskriminierungsverbot ausdrücklich eingefordert.¹⁰¹²

Inhaltlich bleibt der Grundsatz der Gleichheit in Art. 2 EUV nicht völlig konturlos. Bereits in Art. 2 S. 2 EUV findet der Grundsatz durch die Nichtdiskriminierung und die Gleichheit von Frauen und Männern eine Präzisierung. Darüber hinaus findet die „klassische Garantie der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz“¹⁰¹³, die auch über die allgemeinen Rechtsgrundsätze entwickelt wurde,¹⁰¹⁴ ihre Ausgestaltung in vielen Vorschriften. So spiegelt sich der Grundsatz nicht nur in Art. 18 AEUV und Art. 9 EUV sondern auch in den Grundfreiheiten.¹⁰¹⁵ In Bezug auf die Grundfreiheiten überschneidet sich der Grundsatz der Gleichheit mit dem der Freiheit, was in dem engen Zusammenhang zwischen der Freiheit der Rechtsgenossen und deren Gleichheit untereinander begründet ist.¹⁰¹⁶ Prominent ist der Grundsatz der Gleichheit auch im Rahmen der Unionsgrundrechte geschützt. In der Grundrechtecharta steht sie unter Titel III und wird auch in der Präambel genannt. Die unionale Gleichheit wird im Mehrebenensystem zudem durch die Auslegung des Art. 14 EMRK beeinflusst.

1011 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 289; EuGH, Rs. C-122/95 (Rahmenabkommen über Bananen), ECLI:EU:C:1998:94, Slg. 1998, I-973, Rn. 62.

1012 *Dittert*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. A., Art. 347 AEUV, Rn. 26 m. w. N.; EuGH, Rs. C-423/98 (*Albore*), ECLI:EU:C:2000:401, Rn. 21; supra Kapitel B. V. 5. b).

1013 *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, 65. EL, Art. 2 EUV, Rn. 31.

1014 EuGH, Rs. C-127/07 (*Arcelor*), ECLI:EU:C:2008:728, Slg. 2008, I-9895, Rn. 23.

1015 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 2 EUV, Rn. 23.

1016 *Von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 13, 56 ff.

Die Präzisierung des Gehalts des Gleichheitsgrundsatzes verdeutlicht erneut, dass sich die Werte des Art. 2 S. 1 EUV inhaltlich überschneiden. Um den Grundsatz der Gleichheit dahingehend zu untersuchen, ob er ein abweichungsfester Verfassungsgrundsatz ist, kann er daher von den bereits gefundenen Verfassungsgrundsätzen abgegrenzt werden. Soweit der Gleichheitsgrundsatz durch die Gleichheitsgrundrechte der Charta konkretisiert wird, ist dieser Gehalt des Grundsatzes bereits vom abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz des Grundrechtsschutzes erfasst. Sind die Gleichheitsgrundrechte demnach (Grund-) Rechte im Sinne von Art. 52 GRC und nicht lediglich Grundsätze, ist ihnen anknüpfend an *Kadi I* eine abweichungsfeste Wirkung beizumessen.¹⁰¹⁷ Für Grundfreiheiten sei auf die Untersuchung im Rahmen der Strukturmerkmale des Binnenmarktes verwiesen.¹⁰¹⁸

In Folge dieser Einstufung der Gleichheit als Grundrecht einerseits, und als Grundfreiheit andererseits, liegt es nahe für die übrigen Diskriminierungsverbote in den Verträgen auf ihren grundrechtlichen Gehalt abzustellen. Ist das Diskriminierungsverbot ein Unterfall des Rechts auf Gleichheit im Sinne der Grundrechtecharta, genießt es wie das Grundrecht wegen der verfassungsrechtlich essentiellen Stellung der Grundrechte die abweichungsfeste Wirkung. Ist es hingegen nicht als Recht, sondern lediglich als Grundsatz im Sinne der Grundrechtecharta einzustufen, dürfte es nach obiger Definition häufig am konkret überprüfbaren Gehalt fehlen.¹⁰¹⁹

VIII. Grundsatz der Demokratie

Anknüpfend an den Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 EUV (Nizza) hat der *EuGH* den Grundsatz der Demokratie als abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz eingestuft.¹⁰²⁰ Der Demokratiegrundsatz, der schon im vierten Erwägungsgrund zum EUV genannt wird, ist allgemein in Art. 2 S. 1 EUV verankert. Die notwendige inhaltliche Präzisierung erfolgt vor allem in Titel II des EUV.¹⁰²¹ Erfasst sind damit insbesondere die unionale Spielart

1017 Supra Kapitel D. V.

1018 Infra Kapitel D. X.

1019 Supra Kapitel D. V. 2.

1020 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303.

1021 Vgl. *Terbechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 36; *Potacs*, *EuR* 2016, S. 164, 171.

der repräsentativen Demokratie in Art. 10 EUV, die Willensbildungsprozesse in Art. 11 Abs. 1 bis 3 EUV, die Beteiligung der nationalen Parlamente in Art. 12 EUV und das europäische Volksbegehren in Art. 11 Abs. 4 EUV.¹⁰²² Im AEUV wird der Grundsatz der Demokratie zudem in einzelnen Verfahren und Institutionen ausgestaltet.¹⁰²³ Darüber hinaus ist der Grundsatz der Demokratie, als auf dem Gedanken der Selbstbestimmung und Gleichheit beruhend,¹⁰²⁴ inhaltlich mit den Grundsätzen der Freiheit und Gleichheit aus Art. 2 S. 1 EUV verbunden. Gleichwohl ist die Ausgestaltung der unionalen Demokratie, vor allem bezüglich der demokratischen Rückbindung an die als heterogen angesehenen Völker der Mitgliedstaaten, bekanntlich nicht frei von Kritik.¹⁰²⁵ Als abweichungsfest kommen durch die positivrechtliche Anknüpfung der Verfassungsgrundsätze aber von vorneherein nur die Ausformungen des unionalen Demokratiegrundsatzes in Frage, die auch primärrechtlich niedergelegt sind. Wünschenswerte demokratische Züge der Unionsrechtsordnung, die sich (noch) nicht aus dem Primärrecht ergeben, können über die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze nicht geschützt werden.

Die Ausgestaltungen des Demokratiegrundsatzes im Primärrecht sind, was die Einhaltung der Vorschriften des Titels II des EUV angeht, für eine Prüfung hinreichend dogmatisch präzise. Denn die Vorschriften geben jeweils vor durch welche Organe die Bürger am Willensbildungsprozess auf Unionsebene partizipieren und durch welche Verfahren dies geschieht. Damit erfüllen sie die ersten beiden Kriterien für die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze.

Wie schon zuvor ist allerdings entscheidend, ob den Ausformungen des Grundsatzes der Demokratie auch eine abweichungsfeste Wirkung beizumessen ist. Dabei ist zunächst die besondere Rolle der Demokratie für die

1022 *Hatje*, EuR-Beiheft 2 2015, S. 39; *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 862.

1023 *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 865; *Jacqué*, Droit institutionnel de l'Union européenne, 8. A., 2015, Rn. 137 ff.

1024 *Hatje*, EuR-Beiheft 2 2015, S. 39, 40.

1025 Zu Demokratiedefiziten hinsichtlich der Erfolgswertgleichheit der Stimmen, der Rolle der Opposition und dem Mitgestaltungspotential der europäischen politischen Parteien sowie fehlender Kompetenzen des europäischen Parlaments statt vieler *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 279, sowie eingehend Rn. 867 ff.; eine fehlende Gesamtkonzeption der repräsentativen Demokratie bemängelnd *Terbechte*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 36 f.

moderne Verfassungslehre zu berücksichtigen.¹⁰²⁶ Die Unterwerfung der unionalen Verfassungsordnung unter das pluralistische, demokratische Herrschaftsmodell erscheint, unabhängig von der Hinlänglichkeit dessen inhaltlicher Ausgestaltung, in der Lage, die Lockerung der Primärrechtsbindung einzuschränken. Damit hat jedenfalls der Schutz der demokratischen Ordnung der Union im Ganzen den geforderten abweichungsfesten Gehalt. Indem die Vorschriften, welche die unionale Demokratie ausgestalten, insbesondere die des Titel II des EUV, die Entscheidung über das demokratische Herrschaftsmodell in der Union treffen, liegt auch insoweit ein abweichungsfester Gehalt vor. Unabhängig davon, wie berechtigt die Kritik an der Ausgestaltung der Demokratie in der Union ist, sind die niedergelegten Ausformungen für die Verfassungsrechtsordnung doch grundlegend.¹⁰²⁷ Ihnen ist daher ein Gewicht beizumessen, das die grundsätzliche Öffnungsentscheidung und Lockerung der Primärrechtsbindung im Sinne der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze überwiegt. Neben den Gehalten des Titels II des EUV gilt dies wohl auch für die unbedingt gefassten Ausformungen des Demokratiegrundsatzes im AEUV. Beispiele sind hierfür das Petitionsrecht nach Art. 227 AEUV oder die Pflicht zur Begründung von Rechtsakten nach Art. 296 Abs. 2 AEUV.¹⁰²⁸ Im Einzelnen kommt es dann darauf an, ob die Präzisierungen des Grundsatzes der Demokratie gemäß ihrer Dogmatik verletzt sind. Schwierigkeiten bereitet dabei, dass der genaue Inhalt des unionalen Demokratiemodells in Art. 10 Abs. 1 EUV nicht sehr konkret definiert ist.¹⁰²⁹ Eine Verletzung dürfte aber vorliegen, wenn die durch Art. 10 Abs. 1 und 2 EUV aufgezeigten Legitimationsstränge im Zuge einer Fremdherrschaft durchschnitten oder erheblich beeinträchtigt würden.¹⁰³⁰

Überdies ist für die Frage nach den abweichungsfesten Gehalten des Demokratiegrundsatzes auch die Überschneidung mit dem bereits als abweichungsfest identifizierten Grundrechtsschutz zu beachten. Sind Konkretisierungen des Demokratiegrundsatzes als Grundrechte im Sinne des Art. 52 GRC über die Grundrechtecharta geschützt, sind sie deswegen als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze anzusehen. Das kommt beispiels-

1026 Vgl. *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 837.

1027 Vgl. *Zuleeg*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 1045, 1056 f.

1028 Zur Begründungspflicht von *Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 13, 67.

1029 Vgl. *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 862.

1030 Vgl. zum Gewährleistungsgehalt von Art. 10 Abs. 1 EUV *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 10 AEUV, Rn. 2.

weise für Art. 12 Abs. 2 GRC mit Blick auf Art. 10 Abs. 4 EUV in Betracht.¹⁰³¹ Ähnliches gilt auch für die Meinungsfreiheit¹⁰³² und die Versammlungsfreiheit.¹⁰³³

Abweichungsfest bedeutet dabei nicht, dass die getroffenen Regelungen nicht geändert werden könnten. Die in der Primärrechtsordnung niedergelegten, geschützten Gehalte der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze sind schließlich, wie das Primärrecht, nach Art. 48 EUV änderbar.¹⁰³⁴ Bei einer Weiterentwicklung des Inhalts des unionalen Demokratiegrundsatzes sind daher auch neue Gehalte über die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze geschützt.

Die mit abweichungsfester Wirkung ausgestatteten Bestandteile des unionalen Demokratiegrundsatzes sind zudem unionsautonom auszulegen. Hier ist besonders darauf zu achten, dass es um ein eigenständiges, unionales Verständnis von Demokratie geht und daher auf die Ausgestaltung auf europäischer Ebene ankommt.¹⁰³⁵ Mithin spiegelt der Grundsatz der Demokratie auch die Autonomie der Unionsrechtsordnung und die Zuständigkeit des *EuGH* wieder.

IX. Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges

Die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges kommen mit Blick auf das Konzept der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze insbesondere durch ihre Hervorhebung in der Stellungnahme zum Gutachten 2/13 in Betracht.¹⁰³⁶ In ihrer Stellungnahme untersucht Generalanwältin *Kokott*

1031 Zum Zusammenhang zwischen beiden Vorschriften *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 866.

1032 Vgl. *EuGH*, Rs. C-368/95 (*Familiapress*), ECLI:EU:C:1997:325, Rn. 26.

1033 Vgl. *EuGH*, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 79.

1034 Vgl. *Ohler*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Recht der EU*, 65. EL, Art. 48 EUV, Rn. 25; *Nettesheim*, *EuR* 2006, S. 737, 742 f.; *Herrnfeld*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. A., Art. 48 EUV, Rn. 14; änderungsfeste Gehalte identifiziert demgegenüber *Sichert*, *Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union*, 2005, S. 665 ff.

1035 Vgl. *Meyer/Wendel*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (*EnzEuR* Bd. 1), 2014, § 4, Rn. 83; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. A., Art. 2 AEUV, Rn. 20. Zur Rolle des unionalen Demokratiegrundsatzes bei der Ausgestaltung völkerrechtlicher Verträge der Union zum Freihandel *Petersmann*, *EUI Working Paper Law* 2016/17, S. 1, 16 ff.

1036 Dazu bereits kurz *supra* Kapitel B. IV. 1.

den Fall, in dem die Union der EMRK schon beigetreten ist. Für diesen Fall seien die „Strukturmerkmale[n] des institutionellen Gefüges der Union“¹⁰³⁷ solche Gehalte, wegen denen es im Fall ihrer Kollision mit der EMRK angemessener Lösungsansätze bedürfe.¹⁰³⁸ Für den Umgang mit solchen Kollisionen verweist die *Generalanwältin* auf die Anwendung der Verfassungsgrundsätze in *Kadi I*.¹⁰³⁹ Damit misst sie implizit den Strukturmerkmalen des institutionellen Gefüges ähnliches Gewicht bei wie den Grundrechten, die nach *Kadi I* abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze bilden. Die Strukturmerkmale erscheinen dementsprechend als Teile der Verfassungsgrundsätze. Dies ist nach obiger Konzeption dann der Fall, wenn die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges die Merkmale der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze erfüllen. Um dies zu prüfen, kommt es zunächst auf den Gehalt der Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges an.

1. Inhalt und Verankerung im Primärrecht

Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges wurden im Rahmen der hypothetischen Überlegungen der *Generalanwältin* nicht genau definiert. Mangels direkter Verankerung der Begrifflichkeit im Primärrecht kann sich dessen Inhalt anhand der Begriffsbestandteile genähert werden. Strukturmerkmale im Bereich des unionalen Verfassungsrechts werden von *Zuleeg* als Anforderungen definiert, „die quer durch die europäische Rechtsordnung zu beachten sind“¹⁰⁴⁰. Es geht damit um allgemeine und klar identifizierbare Merkmale. Die Verträge gehen nach Art. 4 Abs. 2 EUV davon aus, dass verfasste Rechtsordnungen wie die der Mitgliedstaaten eine identifizierbare Struktur aufweisen. Solche Strukturen folgen hinsichtlich ihrer Institutionen für die Union aus dem Titel III des EUV, also Art. 13

1037 GA *Kokott*, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 171: „les caractéristiques structurelles de l’édifice institutionnel de l’Union“, „structural features of the institutional framework of the EU“.

1038 GA *Kokott*, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 171.

1039 GA *Kokott*, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 171, Fußnote 114.

1040 *Zuleeg*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 1045, 1064 f.

bis 19 EUV.¹⁰⁴¹ Dies scheint begrifflich und inhaltlich nahe bei der „besonders ausgefeilten institutionellen Struktur“¹⁰⁴², dem „institutionellen Rahmen“¹⁰⁴³ oder den „wesentliche[n] Strukturelemente[n]“¹⁰⁴⁴ zu liegen, die in den Gutachtenverfahren 2/13 und 1/76 hervorgehoben wurden. Dementsprechend umfassen die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges die Vorschriften, durch welche die Anforderungen an die Stellung der Organe zueinander festgelegt werden. Hervor tritt dabei schon nach seinem Wortlaut Art. 13 EUV, der den „institutionellen Rahmen“ und die darin maßgeblichen Organe bestimmt. Die Stellung der Organe im institutionellen Gefüge wird dann über Art. 13 EUV hinaus durch die Vorschriften zum jeweiligen Organ im Titel III EUV sowie im AEUV deutlich. Letztlich regeln diese Vorschriften die Art und Weise der Machtverteilung in der Union.¹⁰⁴⁵ Hierzu ist wohl auch die Notwendigkeit einer fortdauernden Funktionsfähigkeit der Union im Rahmen der den Organen zugestandenen Machtverteilung zu zählen.¹⁰⁴⁶ Die Bezugnahme auf die Unionsorgane wie auch die Anknüpfung an Titel III des EUV verdeutlichen, dass sich die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges lediglich auf die horizontale¹⁰⁴⁷ Machtverteilung beziehen.

Zudem lässt sich die inhaltliche Bestimmung dessen, was unter die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges fällt, durch die Abgrenzung von bereits untersuchten Verfassungsgrundsätzen präzisieren. Im Unterschied zur Rechtsstaatlichkeit zeichnet die Strukturmerkmale des insti-

1041 Vgl. EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 165.

1042 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 158; „une structure institutionnelle particulièrement élaborée“, „a particularly sophisticated institutional structure“.

1043 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 165; „le cadre institutionnel“, „the institutional framework“.

1044 EuGH, Gutachten 1/76 (Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt), ECLI:EU:C:1977:63, Slg. 1977, 741, Leitsatz 5, sowie Rn. 12.

1045 Vgl. zur Rolle der Machtbegrenzung in der Europäischen Verfassungslehre Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 400.

1046 EuGH, Rs. 804/79 (Seefischerei), ECLI:EU:C:1981:93, Slg. 1981, 1045, Rn. 23: „und es müssen dabei [es ging um die Untätigkeit des Rates] ferner die Strukturprinzipien, die der Gemeinschaft zugrunde liegen, berücksichtigt werden. Diese Prinzipien verlangen, dass die Gemeinschaft unter allen Umständen imstande bleibt, ihren Verantwortlichkeiten unter Beachtung der vom Vertrag geforderten wesentlichen Gleichgewichtsverhältnisse nachzukommen.“; dazu Schwarze, EuR-Beiheft 1 2016, S. 193, 205.

1047 Zur vertikalen Machtverteilung und Gewaltenteilung in der europäischen Verfassungslehre Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 281.

tutionellen Gefüges weniger die Machtbegrenzungsfunktion im Sinne der klassischen Gewaltenteilung aus als mehr das institutionelle Arrangement zwischen den Organen.¹⁰⁴⁸ Aus der institutionellen Struktur folgt für die Organe, dass ihre Maßnahmen sich auf die Befugnisse und die Stellung des jeweiligen Organs beziehen müssen. Dies wird auch als institutionelles Gleichgewicht beschrieben.¹⁰⁴⁹ Die Aufgabenerfüllung innerhalb der Union ist demnach zwischen den zusammenarbeitenden Unionsorganen aufgeteilt und nicht auf ein Organ konzentriert.¹⁰⁵⁰ Weiterhin können die Strukturmerkmale des intentionellen Gefüges vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung abgegrenzt werden. Denn erstere sind nicht auf die Zuweisung der Kompetenzen zwischen Mitgliedstaaten und Union angelegt, sondern auf die innerunionale Zuweisung der Organkompetenzen. Unter der Begrifflichkeit der Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges werden demnach die in Titel III EUV vorgegebene Struktur zur Machtverteilung der in den Verträgen definierten Organe und das dazugehörige institutionelle Gleichgewicht gefasst.

2. Erfüllung der Kriterien der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze

a) Primärrecht und konkreter Prüfungsgehalt

Die in Titel III EUV vorgegebene Struktur zur Machtverteilung der vorgegebenen Organe lässt sich gemeinsam mit der Ausgestaltung der Organkompetenzen im AEUV unproblematisch dem Primärrecht entnehmen. Das institutionelle Gleichgewicht hingegen ist nicht präzise im geschriebenen Unionsrecht niedergelegt.¹⁰⁵¹ Sein Inhalt, das Verbot des Unterlaufens der primärrechtlich vorgegebenen Organstruktur durch die Organe selbst, gehört aber als Bestandteil der ständigen Rechtsprechung des *EuGH* zum

1048 *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 31; *Hatje/von Förster*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 10, Rn. 26.

1049 *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 31; *EuGH*, Rs. 9/56 (Meroni I), ECLI:EU:C:1958:7, Slg. 1958, 11, 44; *EuGH*, Rs. 138/79 (Roquette Frères), ECLI:EU:C:1980:249, Slg. 1980, 3333, Rn. 33.

1050 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 13 EUV, Rn. 9.

1051 *Hatje/von Förster*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 10, Rn. 27.

Primärrecht.¹⁰⁵² Damit zählen die institutionellen Strukturmerkmale unproblematisch zum Primärrecht und erfüllen mithin das erste Kriterium der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze.

Hinsichtlich des eigenständigen Prüfungsgehalts ist zunächst festzustellen, dass die Vorgaben aus dem Primärrecht über Existenz und Aufgabenzuweisung der einzelnen Organe, insbesondere aus Art. 13 EUV, im Einzelnen überprüft werden können. Ob sich jedoch dem institutionellen Gleichgewicht ein präziser, prüfungsfähiger Gehalt entnehmen lässt, ist schwieriger zu bestimmen. Solange die dogmatischen Konturen dieses Konzepts der Rechtsprechung unscharf bleiben,¹⁰⁵³ kann dem institutionellen Gleichgewicht dementsprechend auch nicht maßstabssetzende Funktion zukommen. Ansatzweise kann es jedoch dann prüfungsrelevant sein, wenn durch es andere Verfassungsgrundsätze institutionell und prozessual abgesichert und ausgestaltet werden. Schließlich bildet das institutionelle Gleichgewicht die Grenze für horizontale Kompetenzverschiebungen¹⁰⁵⁴ und wirkt dadurch freiheitswährend und legitimierungssichernd für das Organgefüge der Union.¹⁰⁵⁵

b) Abweichungsfester Gehalt und Autonomie

Für die Frage, ob die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges einen abweichungsfesten Gehalt aufweisen, kommt es darauf an, ob eine Verletzung der vorgegebenen Struktur zur Machtverteilung der in den Verträgen definierten Organe schwerer wiegt als die grundsätzliche Öffnungsentscheidung und damit die Völkerrechtsfreundlichkeit der Union.¹⁰⁵⁶

Die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges, gerade die Vorgaben des Art. 13 Abs. 1 EUV, sichern die Effizienz des europäischen Entscheidungsprozesses und bilden den „Kristallisationskern des europäischen Gemeinwillens“¹⁰⁵⁷. Damit haben sie für das verfassungsgemäße Funktionieren der Union ein solches Gewicht, dass sie im Ganzen schwerer wiegen dürften als die grundsätzliche Öffnungsentscheidung der Unions-

1052 Vgl. zur Rechtsprechung *Jacqué*, Droit institutionnel de l'Union européenne, 8. A., 2015, Rn. 369 ff.

1053 Dazu m. w. N. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, 65. EL, Art. 13 EUV, Rn. 31 ff.

1054 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 13 EUV, Rn. 16.

1055 *Calliess*, a. a. O., Rn. 18.

1056 Vgl. *supra* Kapitel D. I. 2. b).

1057 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 13 EUV, Rn. 2.

rechtsordnung gegenüber dem Völkerrecht. Der abweichungsfeste Gehalt der institutionellen Struktur der Union besteht dabei, entsprechend ihrer positivrechtlichen Verankerung, aus der Existenz der Organe, ihrer Zuständigkeit und generell dem durch die Verträge vorgegebenen Machtgefüge.¹⁰⁵⁸ Im Zusammenhang mit anderen abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen erscheint die abweichungsfeste Qualität der institutionellen Strukturmerkmale insbesondere dann als gegeben, wenn dadurch die Gehalte anderer abweichungsfester Verfassungsgrundsätze wie der Demokratie oder des Grundrechtsschutzes gesichert werden. Wegen der inhaltlichen Überschneidung mit der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie¹⁰⁵⁹ haben die institutionellen Strukturmerkmale dabei auch an der Verankerung in Art. 2 EUV teil.

Wie die von Art. 13 EUV vorgegebene institutionelle Struktur durch eine Vertragsänderung geändert werden kann,¹⁰⁶⁰ so ist auch der geschützte, abweichungsfeste Gehalt wandelbar und nicht statisch. Aus dem Gutachten 1/91 (EWR I) lässt sich jedoch ableiten, dass der *EuGH* eine Änderung seiner Zuständigkeit dann nicht hinnimmt, wenn dadurch sein Streitschlichtungsmonopol und die Auslegungshoheit für unionsrechtliche Fragen ausgehöhlt würde.¹⁰⁶¹ Die Stellung des *EuGH* als Organ in der Unionsrechtsordnung ist dabei nicht zu verwechseln mit seiner Zuständigkeit zur Überprüfung von Unionsrechtsakten als Prämisse der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze. Zu den Strukturmerkmalen des institutionellen Gefüges gehört die Einrichtung des *EuGH* als Organ. Als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz ist dieses Strukturmerkmal, wie alle zuvor genannten, jedenfalls soweit geschützt, als dass es nicht aufgehoben werden kann. Die Prämisse dieses Schutzes ist, dass der *EuGH* im Rahmen seiner Zuständigkeit zur Überprüfung von Unionsrechtsakten das Unionsrecht und damit auch die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges autonom auslegt.

1058 Dazu passt, dass auch *Kämmerer* zu den Verfassungsgrundsätzen nach *Kadi I* die unionale Gewaltenteilung zählt, *Kämmerer*, EuR 2009, S. 114, 119.

1059 Vgl. *EuGH*, Rs. 138/79 (Roquette Frères), ECLI:EU:C:1980:249, Slg. 1980, 3333, Rn. 33.

1060 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A., Art. 13 EUV, Rn. 3, 29.

1061 *Supra* Kapitel B. V. 2.; *EuGH*, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg. 1991, I-6079, Rn. 46, 71.

X. Strukturmerkmale des Binnenmarktes

Neben den organisationsrechtlichen Strukturen der Unionsrechtsordnung rückt auch deren wirtschaftsverfassungsrechtliche Ausgestaltung in den Fokus. Unter den Strukturmerkmalen des Binnenmarktes werden im Folgenden die Vorschriften des Primärrechts verstanden, die das Handeln der wirtschaftlichen Akteure auf dem Binnenmarkt verfassungsgestaltend beeinflussen. In Abgrenzung zu anderen Politikbereichen oder dem Organgefüge geht es damit um die wirtschaftliche Ausrichtung der Unionsverfassung. Deren Kernstück ist der Binnenmarkt, der für die wirtschaftliche Integration der mitgliedstaatlichen Wirtschaftsordnungen steht. Prägend ist dabei das Freiheitspostulat, das sich zum einen in den garantierten Grundfreiheiten und zum anderen in der Wettbewerbsfreiheit widerspiegelt.¹⁰⁶² Ausdrückliches Ziel ist die wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV. Mit den Grundfreiheiten¹⁰⁶³ und den Wettbewerbsregeln¹⁰⁶⁴ sollen hier die Bestimmungen für den Binnenmarkt i. S. v. Art. 26 Abs. 2 AEUV herausgegriffen werden, die mit dem Grundsatz der Freiheit eng verbunden sind. Schließlich steht der Grundsatz der Freiheit schon nach *Kadi I* im Verdacht, zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen zu gehören.¹⁰⁶⁵ Zudem sind beide Regelungsbereiche besonders wichtig für den Integrationsprozess.¹⁰⁶⁶

Im Anschluss an den Freiheitsgrundsatz¹⁰⁶⁷ lässt sich daher fragen, inwieweit die Grundfreiheiten und die Wettbewerbsorientierung des Binnenmarktes zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen zählt. Die Fragestellung ergibt sich nicht nur wegen der Hervorhebung der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsverfassung in der Rechtsprechung (1/91)¹⁰⁶⁸,

1062 Von Bogdandy, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 13, 57.

1063 Art. 34, 45, 49, 56 und 63 AEUV.

1064 Art. 101 bis 109 AEUV.

1065 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303.

1066 Zu Grundfreiheiten als „spezifische Integrationsinstrumente“ *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 43.

1067 Dazu bereits supra Kapitel D. VI.

1068 EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg. 1991, I-6079, Rn. 46, 71.

2/13¹⁰⁶⁹) und Literatur,¹⁰⁷⁰ sondern auch vor dem Hintergrund, dass die Regelungen seit Beginn des Integrationsprozesses zum unionsrechtlichen Acquis gehören.¹⁰⁷¹ Wegen ihrer Beschreibung als abweichungsfest kämen als Verfassungsgrundsätze identifizierte Strukturmerkmale des Binnenmarktes auch der Wirtschaftsverfassung inhaltlich nahe. Die Wirtschaftsverfassung wird als ein „normativ herausgehobener Ausschnitt des Wirtschaftsrechts“¹⁰⁷² verstanden, der vor direktem politischen Einfluss weitgehend änderungsfest sei.¹⁰⁷³ Allerdings geht es im Vorliegenden nicht um eine Änderungsfestigkeit, sondern um die abweichungsfeste Wirkung mit Blick auf die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen. Bevor es um die abweichungsfeste Wirkung der Grundfreiheiten und der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften gehen kann, kommt es jeweils auf ihre verfassungsrechtliche Verortung an.

1069 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 172: „Zur Verfolgung der in Art. 3 EUV angeführten Ziele der Union dient wiederum eine Reihe grundlegender Bestimmungen wie diejenigen über den freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, die Freizügigkeit, die Unionsbürgerschaft, den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sowie die Wettbewerbspolitik. Diese Bestimmungen, die sich in den Rahmen eines unionseigenen Systems einfügen, sind so strukturiert, dass jede von ihnen in ihrem speziellen Bereich und mit ihren besonderen Merkmalen zur Verwirklichung des Integrationsprozesses beiträgt, der die Daseinsberechtigung der Union selbst darstellt.“

1070 Zu den Grundfreiheiten: *Kingreen*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 711 ff.; zur Wettbewerbsverfassung: *Drexel*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 905 ff.; *Müller-Graff*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 9, Rn. 1; zu den Grundfreiheiten und der Gewährleistung des unverfälschten Wettbewerbs als „Funktionsgarantien“ der Systementscheidung für eine marktwirtschaftliche Ordnung *Hatje*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 801, 802.

1071 Die Warenverkehrsfreiheit (Art. 30), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 48), die Niederlassungsfreiheit (Art. 52) die Dienstleistungsfreiheit (Art. 59) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 67) waren zumindest im Ansatz bereits im EWG-Vertrag geregelt. Das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung waren bereits in Art. 85 und 86 des EWG-Vertrags niedergelegt.

1072 *Hatje*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 801, 804.

1073 *Hatje*, a. a. O.

1. Grundfreiheiten

a) Primärrecht und konkreter Prüfungsgehalt

Die Grundfreiheiten sind im Primärrecht verankert¹⁰⁷⁴ und durch eine tiefgehende Dogmatik und die Auslegung der Rechtsprechung weitgehend prüfungstauglich.¹⁰⁷⁵ Sie erfüllen daher die ersten zwei Merkmale der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze. Fraglich erscheint allerdings, ob sie teleologisch die völkerrechtsfreundliche und grundsätzliche Öffnungsentscheidung des Vertrages einschränken können. Damit geht es um einen möglichen abweichungsfesten Gehalt der Grundfreiheiten. Ein solcher liegt insbesondere dann vor, wenn die jeweilige Grundfreiheit im Fall ihrer Verletzung schwerer wiegt als die grundsätzliche Öffnungsentscheidung und damit die Völkerrechtsfreundlichkeit der Union.¹⁰⁷⁶

b) Abweichungsfester Gehalt und Autonomie

Die vom Unionsrecht vorgesehene Wirtschaftsordnung mit dem Binnenmarkt baut hinsichtlich der negativen Integration maßgeblich auf den Grundfreiheiten auf, Art. 26 Abs. 2 AEUV.¹⁰⁷⁷ Dabei spielen die Grundfreiheiten für die Ausgestaltung des freiheitlichen Binnenmarktes im Integrationsprozess und in der Entwicklung des Unionsrechts schon seit langem eine überragende Rolle.¹⁰⁷⁸ Nicht zufällig werden sie vom *Gerichtshof*¹⁰⁷⁹ und der Literatur¹⁰⁸⁰ als grundrechtsähnlich eingestuft. Ihnen kommt eine individualschützende Funktion zu.¹⁰⁸¹ Wegen dieser Ähnlichkeit und Bedeutung der Grundfreiheiten für die freiheitliche Ausrichtung

1074 Zu den Grundfreiheiten siehe Titel II und IV des Dritten Teils des AEUV.

1075 Zuzugeben ist, dass die Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten bei weitem nicht frei von Widersprüchen ist, dazu *Kingreen*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 705, 727 ff.

1076 Vgl. *supra* Kapitel D. I. 2. b).

1077 Vgl. *Korte*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. A., Art. 26 AEUV, Rn. 10.

1078 Vgl. *Kingreen*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 705, 711 ff.

1079 EuGH, Rs. 222/86 (Freizügigkeit für Fußballtrainer), ECLI:EU:C:1987:442, Slg. 1987, 4097, Rn. 14.

1080 *Kahl/Schwind*, *EuR* 2014, S. 170, 171 m. w. N.; *Kingreen*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 705, 710.

1081 *Häberle/Kotzur*, *Europäische Verfassungslehre*, 8. A., 2016, Rn. 400.

der Wirtschaftsverfassung der Union liegt es daher nahe, ihnen eine abweichungsfeste Wirkung zuzuschreiben. Allerdings kann allein aus der Relevanz der Vorschriften noch nicht auf ihr Gewicht zum Überwiegen der Öffnungsentscheidung und der Völkerrechtsfreundlichkeit der Rechtsordnung geschlossen werden. Es lässt sich für die Grundfreiheiten, anders als für die Grundrechte, wohl deutlich schwerer eine unionsverfassungsrechtliche Gewichtung feststellen, die eine Einschränkung der primärrechtlich vorgesehenen Lockerung der Bindung an das Primärrecht in den Hauptanwendungsfällen der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze nahelegen würde. Während die verfassungsrechtliche Relevanz der Grundrechte über die Nennung in Art. 2 S. 1 und Art. 6 EUV sowie die Grundrechtecharta ausgedrückt wird, fehlt eine solche Gewichtung für die Grundfreiheiten. Aus Art. 34 f., 45, 49, 56 und 63 AEUV lässt sich nicht entnehmen, dass die Grundfreiheiten die Lockerungs- und Öffnungsentscheidung, insbesondere der Art. 347 und 351 AEUV, einschränken können. In Art. 2 EUV werden die Grundfreiheiten gerade nicht erwähnt. Vor diesem Hintergrund erscheint es angesichts der restriktiven Auslegung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze wenig überzeugend, den Grundfreiheiten über die niedergelegten Vorgaben hinaus ein abweichungsfestes Gewicht beizumessen. Einzig für den Fall, dass durch den Umsetzungsrechtsakt die freiheitliche Marktordnung im Binnenmarkt, wie sie durch die Grundfreiheiten ausgestaltet wird, aufgehoben werden soll, kann eine abweichungsfeste Wirkung zugunsten der Grundfreiheiten angenommen werden. Eine gänzliche Vernachlässigung der Binnenmarktausrichtung, das zeigt Art. 347 AEUV, lässt die Unionsrechtsordnung trotz der Lockerung der Primärrechtsbindung nämlich nicht zu.

Überdies genießen die Grundfreiheiten, insoweit sie inhaltliche Überschneidungen mit den Unionsgrundrechten aufweisen, deren abweichungsfeste Wirkung. Die Grundfreiheiten sind als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote eine „spezielle Ausprägung“ des grundrechtlichen Gleichbehandlungsgebots und der grundrechtlichen Freiheitsrechte.¹⁰⁸² Daher sind einige Gehalte der Grundfreiheiten auch von den Unionsgrundrechten der Charta erfasst. Ist das Grundrecht dabei im Einzelfall als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz einzustufen,¹⁰⁸³ so genießt das auch der grundrechtliche Gehalt der Grundfreiheit die abweichungsfeste Wirkung. Das kann beispielsweise für die Arbeitnehmerfreizügigkeit angenommen werden, soweit sie durch das Grundrecht auf Berufsfreiheit des

1082 *Kabl/Schwind*, EuR 2014, S. 170, 171 m. w. N.

1083 Zu den Kriterien *supra* Kapitel D. V.

Art. 15 Abs. 2 GRC erfasst ist. Beim Vergleich von Grundfreiheiten und Grundrechten ist jedoch immer auch der jeweilige Anwendungsbereich zu beachten.

Außerdem spiegeln die Grundfreiheiten auch die Autonomie der Unionsverfassungsordnung und die Zuständigkeit zu ihrer Auslegung durch den *EuGH* wieder. Schließlich werden die Grundfreiheiten autonom ausgelegt. Indem der *Gerichtshof* eine Grundfreiheit, die Warenverkehrsfreiheit, im Gutachten 1/91 (EWR I) zu den „Grundlagen der Gemeinschaft selbst“ zählt, wird der autonome und gerichtlich geschützte Stellenwert deutlich.¹⁰⁸⁴

Zusammenfassend ist den Grundfreiheiten als weitere Ausgestaltung des Grundsatzes der Freiheit, bis auf den Fall ihrer gänzlichen Aufhebung oder der Deckungsgleichheit mit Grundrechten, keine abweichungsfeste Wirkung zuzuschreiben. Insoweit bilden die Grundfreiheiten keine abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze.

2. Freier Wettbewerb

a) Primärrecht und konkreter Prüfungsgehalt

Im Zuge der Verhandlungen zum Lissabonvertrag wurde das Ziel, dass der Binnenmarkt ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt, aus dem Wortlaut des Art. 3 EUV gestrichen und in Protokoll 27 verschoben.¹⁰⁸⁵ Das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs behält wegen Art. 51 EUV aber gleichwohl Primärrechtsrang.¹⁰⁸⁶ Es sollte gemeinsam mit dem Ziel der in hohem Maße wettbewerbsfähigen und sozialen Marktwirtschaft nach Art. 3 Abs. 3 EUV gesehen werden.¹⁰⁸⁷ Zudem verdeutlicht Art. 119 Abs. 1 AEUV den Leitgedanken der „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“¹⁰⁸⁸. Der freie, unverfälschte Wettbewerb ist zudem

1084 Vgl. *EuGH*, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg. 1991, I-6079, Rn. 46, 71.

1085 *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 643; *Marco Colino*, Competition Law of the EU and UK, 7. A., 2011, S. 27.

1086 *Drexel*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 905, 910 f.

1087 *De Cecco*, State Aid and the European Economic Constitution, 2013, S. 15.

1088 Dieser Leitgedanke ist als „Systemgarantie“ auch relevant für die Wettbewerbsvorschriften und nicht nur für die Wirtschafts- und Währungspolitik, dazu *Drexel*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A.,

eine präzisierende Ausgestaltung des Freiheitsgrundsatzes aus Art. 2 EUV.¹⁰⁸⁹ Die Sicherung der Freiheit geht dabei soweit, dass unionsrechtlich auch individuelle Rechte wegen einer Wettbewerbsverletzung anerkannt werden.¹⁰⁹⁰ Über den Freiheitsgrundsatz hinaus ist der unverfälschte Wettbewerb für den Binnenmarkt im dritten Teil unter Titel VII im Kapitel eins, insbesondere in den Art. 101 bis 109 AEUV niedergelegt. Gerade die Verbotsnormen der Art. 101, 102 und 107 AEUV bilden die verfassungsrechtliche Basis für die wirtschaftliche Betätigung privater und staatlicher Wirtschaftstakteure auf dem Binnenmarkt. Inhaltlich positioniert sich die unionale Wirtschaftsordnung mit diesen Verboten verfassungsrechtlich in groben Zügen zwischen den beiden Extremen eines laissez-faire-Liberalismus und hoheitlichem Interventionismus.¹⁰⁹¹ Das Kartellverbot, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und das Beihilfenverbot strukturieren damit den Markt und den Wettbewerb auf diesem.¹⁰⁹²

Die Verbotsnormen und prozeduralen Vorgaben der Art. 101 bis 109 AEUV, die das unionale Wettbewerbsrecht primärrechtlich niederlegen, sind weit und definieren nur allgemein sowie nur mit Verweis auf eine unabgeschlossene Liste prima-facie Verletzungen das auf dem Markt Verbote. Die Vorschriften werden daher zurecht als versatil und flexibel beschrieben.¹⁰⁹³ Bezüglich ihrer Anwendung lassen die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, wie das Wirtschaftsrecht der Union im Allgemei-

2009, S. 905, 917 f., sowie *Hatje*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 801, 809 f.

1089 *Von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 13, 57.

1090 *Drexel* sieht in der Anerkennung individueller Rechte im Fall *Courage* einen Schritt hin zur Konstitutionalisierung des Wettbewerbsrechts, *Drexel*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 905, 931; EuGH, Rs. C-453/99 (*Courage/Crehan*), ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001, I-3615, Rn. 25 ff.

1091 Vgl. zu der dahinterstehenden Wirtschaftsverfassung und dem Einfluss des Ordoliberalismus *Scharpf*, in: Garben/Govaere (Hrsg.), *The Division of Competences Between the EU and the Member States*, 2017, S. 284, 288.

1092 Vgl. für das Kartellverbot EuGH, Rs. C-8/08 (*T-Mobile Netherlands*), ECLI:EU:C:2009:343, Slg. 2009, I-04529, Rn. 38, mit Verweis auf GA *Kokott*, SchlA Rs. C-8/08 (*T-Mobile Netherlands*), ECLI:EU:C:2009:110, Slg. 2009, I-04529, Rn. 58.

1093 *Ibáñez Colomo*, in: Garben/Govaere (Hrsg.), *The Division of Competences Between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, 2017, S. 112, 115 ff.

nen,¹⁰⁹⁴ einen erheblichen Ermessensspielraum. Die Grenzen dieses Spielraums unterliegen unionsgerichtlicher Kontrolle.¹⁰⁹⁵

Das Wettbewerbsrecht ist mit den Art. 101 bis 109 AEUV klar dem Primärrecht zuzuordnen. Die Vorschriften müssen jedoch über die aufgeführten Verbotstatbestände hinaus präzisiert werden, bevor sie prüfungsmäßig angewandt werden können. Für die Frage nach der Einstufung des Wettbewerbsrechts als abweichungsfestem Verfassungsgrundsatz kommt es daher mit darauf an, inwieweit die präzisierenden Vorschriften zum Verfassungsrecht gezählt werden können. Schließlich gibt es eine ganze Reihe an Verordnungen, Bekanntmachungen und Mitteilungen der Kommission, welche die Auslegung und Anwendung der Art. 101, 102 und 107 AEUV konkretisieren.¹⁰⁹⁶ Diese Vorschriften leiten damit den Ermessensgebrauch der Kommission.¹⁰⁹⁷ Sie nehmen zwar keinen Primärrechtsrang ein, regulieren aber das nicht erlaubte Verhalten auf dem Binnenmarkt in teilweise äußerst präziser Weise.¹⁰⁹⁸ Gleichwohl kommt ihnen, insbesondere den Bekanntmachungen und Mitteilungen, trotz ihrer Steuerungs- und Regulierungswirkung für den Binnenmarkt, wohl mangels Zugehörigkeit zum Primärrecht, keine Verfassungsqualität im Sinne der Verfassungsgrundsätze zu.

Die Kommission nutzt den ihr primärrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum, dessen Ausgestaltung änderbar und gerade nicht primär-

1094 *Jacqué*, Droit institutionnel de l'Union européenne, 8. A., 2015, Rn. 897; *Hatje*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 801, 808 f.

1095 Vgl. zum Beispiel: EuG, Rs. T-162/13 (Magic Mountain Kletterhallen), ECLI:EU:T:2016:341, Rn. 50.

1096 *Ibáñez Colomo*, in: Garben/Govaere (Hrsg.), The Division of Competences Between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future, 2017, S. 112, 118 und 127.

1097 *De Cecco*, State Aid and the European Economic Constitution, 2013, S. 48 f. Die Kommission kann von ihren Bekanntmachungen nicht abweichen ohne einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder den Vertrauensgrundsatz zu riskieren. Bei der Anwendung im Einzelfall muss die Kommission ihr Ermessen aber dann auch ausüben, EuGH, Rs. C-526/14 (Kotnik), ECLI:EU:C:2016:570, Rn. 40, 41.

1098 Beispielsweise die Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130, 1; die Leitlinien geben für verschiedenste Wettbewerbssituationen, wie Alleinvertrieb, Franchising und Koppelungsbindung an wie das Wettbewerbsrecht durchgesetzt werden soll.

rechtlich vorgesehen ist. Auch die Verordnungen 1/2003¹⁰⁹⁹ und 139/2004¹¹⁰⁰ enthalten zum Großteil prozedurale Vorschriften, die verbotenes Marktverhalten nicht selbst definieren. Allerdings kommt diesen Vorschriften kompetenzzuweisende Wirkung zu, da sie die dezentralisierte Durchsetzung des Kartellrechts durch mitgliedstaatliche Behörden und der Kommission festlegen. Die Rolle der Kommission das auf dem Binnenmarkt verbotene Marktverhalten nach den teilweise vagen Vorgaben des Primärrechts festzulegen und durchzusetzen, wird dabei schon vom Primärrecht vorgegeben. Nach Art. 103, 105, 108 und 109 TFEU ist es Aufgabe der Kommission das verbotene Marktverhalten nach Art. 101, 102, 107 AEUV unter Einhaltung der Ermessensgrenzen zu definieren. Während die hinter dem Wettbewerbsrecht der Union stehende ökonomische Theorie in den Details nicht vorgegeben wird, kommt es nach der Konzeption des Primärrechts maßgeblich der Kommission zu, die ökonomische Theorie festzulegen. Erst auf deren Grundlage kann dann ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregelungen festgestellt werden. Die damit einhergehende Aufgabe der Kommission beeinflusst die Durchsetzung des Kartellrechts generell und insbesondere durch mitgliedstaatliche Behörden und Gerichte.¹¹⁰¹ Dies zeigt sich beispielsweise in Art. 16 Abs. 1 der Verordnung 1/2003. Danach dürfen mitgliedstaatliche Gerichte mit Blick auf Art. 101 und 102 AEUV „keine Entscheidungen erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen. Sie müssen es auch vermeiden, Entscheidungen zu erlassen, die einer Entscheidung zuwiderlaufen, die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt“¹¹⁰². Mithin kommt der primärrechtlich vorgegebenen Rolle der Kommission für die Festlegung des verbotenen Wettbewerbsverhalten auf dem Binnenmarkt entscheidende Bedeutung zu. Für die Ordnung des Binnenmarktes ist die Rolle daher verfassungsrelevant.

Während sich die ökonomischen Konzepte zur Anwendung des Wettbewerbsrechts durch die Kommission dem Primärrecht nicht entnehmen lassen, ist die zentrale Rolle der Kommission primärrechtlich niederge-

1099 Verordnung 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, 1.

1100 Verordnung 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 L 24, 1.

1101 Vgl. EuGH, Rs. C-550/07 P (Akzo Nobel), ECLI:EU:C:2010:512, Slg. 2010, I-08301, Rn. 116, 117.

1102 Art. 16 Abs. 1 Verordnung 1/2003.

legt.¹¹⁰³ Damit hat die Ausübung des fehlerfreien Ermessens der Kommission primärrechtliches Gewicht, die zugrunde gelegte ökonomische Theorie hingegen – bis auf die groben Vorgaben, die sich aus dem Primärrecht entnehmen lassen¹¹⁰⁴ – nicht. Durch die primärrechtlichen Verweise auf die Entscheidungshoheit der Kommission ist den finalen Entscheidungen in diesem Bereich wohl ebenso verfassungsrechtliches Gewicht beizumessen wie den Vorschriften der Art. 101 bis 109 AEUV selbst. Denn das nicht erlaubte Verhalten verfasst den Binnenmarkt der Unionsordnung mangels genauerer Vorgaben im Primärrecht in seinen äußersten Grenzen mit. Die Ausübung des Ermessens, dass zu Entscheidungen über das (nicht) erlaubte Verhalten auf dem Binnenmarkt führt, determiniert das ökonomische System des Binnenmarktes selbst. Folglich haben sowohl die Wettbewerbsvorschriften als auch die darin verankerte Rollenzuweisung an die Kommission verfassungsrechtlichen Rang.

Die einzelnen aufgezählten Verbote der Art. 101 bis 109 AEUV, insbesondere in Art. 101 Abs. 1 lit a) bis e) AEUV, erscheinen hinreichend konkret, um sie prüfungsmäßig anzuwenden. Demgegenüber bedarf es zur Prüfung anderer Verbotstatbestände, gestützt auf Verordnungen und Mitteilungen, der Auslegung durch die durchführende Behörde. Da schon am verfassungsrechtlichen Charakter der sekundärrechtlichen Vorschriften oder des soft-laws im Wettbewerbsrecht Zweifel bestehen, kommen diese Vorschriften daher nicht als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze in Betracht. Allerdings hat die zentrale Rolle der Kommission Primärrechtsrang. Ob die Zuständigkeit der Kommission für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts beachtet wurde, kann auch prüfungsmäßig kontrolliert werden. Die ersten beiden Kennzeichen der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze sind damit erfüllt für die primärrechtlichen Vorschriften des Wettbewerbsrechts und der dazugehörigen Rollenzuweisung an die Kommission.

b) Abweichungsfester Gehalt und Autonomie

Fraglich bleibt, ob die Wettbewerbsvorschriften und die darin verankerte Rollenzuweisung an die Kommission einen abweichungsfesten Gehalt aufweisen. Die Kartell- und Wettbewerbsregelungen, wie sie durch die Kommission geprägt werden, müssten schwerer wiegen als die Ziele der Vor-

1103 Art. 103, 105, 108 und 109 TFEU.

1104 Art. 3 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 26, 101, 102, 106 und 107 AEUV.

schriften, die mit der abweichungsfesten Wirkung der Verfassungsgrundsätze eingegrenzt werden sollen.¹¹⁰⁵ Die Lockerung der Primärrechtsbindung in Art. 351 AEUV (oder auch in Art. 347 AEUV) würde dann von denen als verfassungsrechtlich eingestuft Wettbewerbsvorschriften eingeschränkt. Sind die Vorschriften abweichungsfest, würde die Lockerung der Primärrechtsbindung insoweit begrenzt.

Die Rechtsprechung nach *Eco Swiss* hebt die besondere Stellung des Kartellverbots mit Blick auf das Völkerrecht hervor.¹¹⁰⁶ Die primärrechtliche Ausgestaltung des Binnenmarktes und damit der Wirtschaftsordnung der Union als wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) verträgt nur ausnahmsweise eine gewisse Lockerung. Allerdings ist eine solch ausnahmsweise Lockerung ausdrücklich für die Wettbewerbsbedingungen auf dem Binnenmarkt vorgesehen. Dies zeigt die Bezugnahme auf den Binnenmarkt im Notstandsvorbehalt, Art. 347, 348 Abs. 1 AEUV. Hingegen nennt Art. 2 EUV die Wettbewerbsfreiheit gerade nicht. Den einzelnen Verbotstatbeständen gemeinsam mit der Rollenzuweisung an die Kommission werden in den Verträgen auch kein Gewicht derart beigegeben, als dass dadurch die Öffnungsentscheidung gegenüber dem Völkerrecht überwogen würde. Allein die allgemeine Ausrichtung des unionalen Wirtschaftsraums als marktwirtschaftlich, frei und ohne verbotene Wettbewerbsverzerrungen erscheint von grundsätzlichem Gewicht.¹¹⁰⁷ Die Lockerung der Primärrechtsbindung, auch das zeigt Art. 347 AEUV, kann wohl nicht über längere Zeit die marktwirtschaftliche Ordnung des Binnenmarktes aufheben. Zugleich wird durch Art. 348 AEUV deutlich, dass die Rolle der Kommission im Fall der Art. 346 und 347 AEUV abgeschwächt ist.

Außerhalb der besonderen Situation des Art. 348 i. V. m. 346 und 347 AEUV bleibt es aber bei der zentralen Rolle der Kommission für den Binnenmarkt nach Art. 103, 105, 108 und 109 AEUV. Schließlich definieren die ermessensfehlerfreien Verbotsentscheidungen der Kommission den Binnenmarkt mit.¹¹⁰⁸ Wie Generalanwältin *Kokott* unterstrichen hat, kommt der „institutionellen Rolle der Kommission [...] im System der Gründungsverträge eine besondere Bedeutung zu, die eng mit der funda-

1105 Vgl. supra Kapitel D. I. 2. b).

1106 EuGH, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 36 f.; vgl. supra Kapitel B. V. 5. c).

1107 Vgl. EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 172.

1108 Vgl. zur Bedeutung des Kartellverbots für das Funktionieren des Binnenmarktes EuGH, Rs. 6/72 (*Continental Can/Kommission*), ECLI:EU:C:1973:22, Slg. 1973, 215, Rn. 25.

mental Aufgabe verknüpft ist, die Funktionsweise des Europäischen Binnenmarkts zu gewährleisten“¹¹⁰⁹. Gerade das final mit dem Binnenmarkt als unvereinbar festgestellte Marktverhalten kann schwerlich durch Rückgriff auf die Lockerung der Primärrechtsbindung innerunional wieder erlaubt werden. Die primärrechtlich zugewiesene Stellung der Kommission, die Grundausrichtung des Binnenmarktes in Wettbewerbsfragen zu entscheiden, erscheint daher als abweichungsfest. Das gilt natürlich nur bei rechtmäßiger Entscheidung der Kommission.¹¹¹⁰

Gerade weil das Primärrecht die inhaltliche Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung der Kommission überlässt, kommt auch deren Entscheidungen ein solches Gewicht zu, das den Charakter der Wirtschaftsordnung selbst mitbestimmt. Die Stellung der Kommission und ihre finalen, ermessensfehlerfreien Entscheidungen haben daher ein besonderes Gewicht für den primärrechtlich verfassten Binnenmarkt. Sollte diese Rolle und Stellung entgegen der Vorschriften im Primärrecht angetastet werden, so erscheinen sie daher außerhalb der geregelten Fälle des Art. 348 AEUV als abweichungsfest. Das beträfe dann insbesondere Situationen des Art. 351 AEUV. Umfasst ist dabei nicht bloß das „Verbot des Systemwechsels“¹¹¹¹ und der Rechtfertigungszwang für Eingriffe in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit.¹¹¹² Es geht auch um die wettbewerbsrechtliche Verbotsentscheidung des Art. 101 Abs. 2 AEUV die schon in *Eco Swiss* als grundlegend für das Funktionieren des Binnenmarktes eingestuft wurde.¹¹¹³ Die Lockerung der Primärrechtsbindung geht wohl nicht soweit, dass infolgedessen die Grundausrichtung der Wirtschaftsordnung der Uni-

1109 GA Kokott, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 147.

1110 Eine unrechtmäßige Entscheidung ist auch innerunional über Rechtsbehelfe anfechtbar. Kollisionslagen in diesem Feld dürften daher im Rahmen von völkerrechtlichen Abkommen, welche ebenfalls die Wettbewerbsfreiheit absichern sehr selten sein. Denn „bei richtiger Anwendung des Wettbewerbsrechts durch die Kommission bzw. eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats dürfte ein solcher Urteilsspruch [hier des völkerrechtlichen CETA-Gerichts] hingegen nicht ergehen“, EuGH, Gutachten 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 184.

1111 *Hatje*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 801, 811.

1112 Zum Verbot des Systemwechsels und dessen Ausnahmen wie beispielsweise in der Agrarpolitik *Hatje*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 801, 810 f.

1113 Vgl. EuGH, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 36 f.

on als freiheitliche Marktwirtschaft, in der die Kommission das nicht verbotene Marktverhalten für den Binnenmarkt ermessensfehlerfrei bestimmt, angetastet werden kann.

Das primärrechtliche Wettbewerbsrecht wird der Union autonom ausgelegt. Schließlich wird durch die Verträge das unionale Marktmodell bestimmt. Bei der Anwendung und Durchführung der Wettbewerbsregeln überlässt der Gerichtshof der Kommission zwar einen gewissen Ermessensbereich, sie hat dabei jedoch die Ermessensgrenzen zu beachten.¹¹¹⁴ Damit spiegeln die abweichungsfesten Wettbewerbsvorschriften auch die Autonomie und die Zuständigkeit des Unionsrechts wieder.

Zusammenfassend sind die Strukturmerkmale des Binnenmarktes also grundsätzlich abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze. Abweichungsfest sind sie dabei in Gestalt der Grundfreiheiten und des freien Wettbewerbs gerade dann, wenn die freiheitliche, offene Marktordnung im Binnenmarkt angetastet wird. Dies erfasst insbesondere auch die zentrale Stellung der Kommission für die Entscheidungen im Wettbewerbsrecht, soweit die Stellung nicht primärrechtlich wie durch Art. 348 AEUV abgeschwächt ist. Die einzelnen Grundfreiheiten als solche oder die sekundärrechtlichen Präzisierungen der Kartellverbote erscheinen jedoch nicht als abweichungsfest. Fällt ein Aspekt der Grundfreiheiten oder der Wettbewerbsfreiheit jedoch auch unter ein Unionsgrundrecht, so genießt er jedoch dessen abweichungsfeste Wirkung.

XI. Fazit

Die Anwendung der Kriterien zur Identifizierung von abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen verdeutlicht deren Ausnahmecharakter. Neben den Grundrechten, die schon nach *Kadi I* abweichungsfest sind, konnten allerdings einzelne weitere Verfassungsgrundsätze im Sinne der *Kadi I*-Rechtsprechung identifiziert werden.

¹¹¹⁴ Vgl. Art. 31 Verordnung 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, 1.

1. Identifizierte abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze

Die Autonomie der Unionsrechtsordnung und die Zuständigkeit des *EuGH* bilden bis auf den Fall ihrer Aufhebung keine eigenständigen abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze. Sie sind allerdings essentielle Voraussetzungen für deren Prüfung. Einzelne Subprinzipien der Rechtsstaatlichkeit sind hingegen als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze einzustufen. Dazu gehören beispielsweise das Bestimmtheitsgebot und *ne bis in idem*. Auch der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung ist ein abweichungsfester Verfassungsgrundsatz. Im Bereich der Grundrechte sind neben den Grundrechten aus Art. 41, 47 und 17 GRC auch die anderen Rechte der Grundrechtecharta als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze einzustufen.

Ähnlich dazu stellt der Grundsatz der Freiheit, insoweit er im Ganzen schwer fassbar ist, besonders in seiner Konkretisierung als Freiheitsgrundrecht einen abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz dar. Ebenso wird der Grundsatz der Gleichheit zu einem erheblichen Teil durch die Gleichheitsgrundrechte und die Grundfreiheiten präzisiert. Für eine abweichungsfeste Wirkung kommt es insoweit auf die Auslegung dieser beiden Grundsätze an. Der Grundsatz der Demokratie in seiner unionalen Ausgestaltung stellt einen abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz dar. Außerdem bilden die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze. Die Strukturmerkmale des Binnenmarktes sind grundsätzlich abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze. Abweichungsfest sind sie allerdings in Gestalt der Grundfreiheiten und des freien Wettbewerbs gerade dann, wenn die freiheitliche, offene Marktordnung im Binnenmarkt angetastet wird.

2. Inhaltliche Überschneidung der Verfassungsgrundsätze und Rolle des Art. 2 EUV

Die herausgearbeiteten abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze überlappen sich inhaltlich stark. Das gilt insbesondere für die Verfassungsgrundsätze, die in Art. 2 EUV niedergelegt sind. Hier wird deutlich, dass gerade die Gehalte der einzelnen Grundsätze, die auch über die Grundrechte geschützt sind, als abweichungsfest angesehen werden können. Art. 2 EUV kommt damit für die Identifizierung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze eine hervorragende Rolle zu. Schließlich bündelt die Vorschrift die prägenden Gehalte der verfassten Unionsrechtsordnung. Das Herausar-

beiten einzelner abweichungsfester Verfassungsgrundsätze mit Blick auf Art. 2 EUV bildet zudem einen Fall der „wertkonformen Auslegung“¹¹¹⁵ oder „prinzipienkonformen Auslegung“¹¹¹⁶ des Unionsrechts. Die Konzentration darauf, dass Grundsätze, um Verfassungsgrundsätze sein zu können, abweichungsfest sind, erscheint dabei als eine besondere Form der Unumstößlichkeit, die *Potacs* den Werten des Art. 2 EUV allgemein beimisst.¹¹¹⁷ Während sich die abweichungsfesten Gehalte der Grundsätze der Freiheit und der Gleichheit auch durch den Rückgriff auf die Grundrechte herausarbeiten lassen, wird zudem die grundlegende Funktion der Grundrechte für die unionale Verfassungsordnung deutlich.

Indem wichtige Teile der Grundsätze des Art. 2 EUV somit abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz bilden, wird das durch Art. 2 S. 1 und 2 EUV sowie Art. 7 EUV i. V. m. Art. 354 AEUV vorgesehene Homogenitätsgebot zwischen Union und den Mitgliedstaaten auch mit Blick auf das Völkerrecht geschützt.

3. Weitere potentielle Verfassungsgrundsätze mit abweichungsfester Wirkung

Zu betonen bleibt, dass die vorstehende Untersuchung einzelner abweichungsfester Verfassungsgrundsätze nicht abschließend ist.

Als weitere potentiell abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze kommen die Werte des Art. 2 S. 1 EUV in Betracht, die noch nicht untersucht wurden. Daher erscheint der Schutz der Menschenwürde als potentiell abweichungsfester Verfassungsgrundsatz. Anlass dafür, die Menschenwürde als möglichen abweichungsfesten Verfassungsgrundsatz zu überprüfen, gibt darüber hinaus die Verankerung in der Grundrechtecharta, Art. 1 GRC, und die vereinzelte Betonung in der Rechtsprechung.¹¹¹⁸ Gerade hinsichtlich der Menschenwürde erscheint ein Aufladen der unionalen Begrifflichkeit und demgemäß des möglichen geschützten Gehalts über die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze durch die mitgliedstaatlichen Menschenwürdebegriffe denkbar.

1115 Dazu *Potacs*, EuR 2016, S. 164, 172 ff.

1116 Von *Bogdandy*, in *von Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, S. 13, 21.

1117 Vgl. *Potacs*, EuR 2016, S. 164, 172.

1118 Zum Inhalt der Menschenwürdegarantie im europarechtlichen Kontext *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 808 ff.