

# Das pluralistische System des Grundrechtsschutzes

Mattias Wendel\*

I. Einführung	607
II. Normative Grundlagen und systematische Zusammenhänge	611
1. Unionsgrundrechte als Konkretisierung europäischer Grundwerte	611
2. Rechtsnormative Grundlagen europäischen Grundrechtsschutzes	613
III. Theoretischer Rahmen	622
1. Grundlagen	622
2. Europäischer Grundrechtspluralismus	625
IV. Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes in dogmatischen Grundzügen	627
1. Einheit und Vielfalt der Grundrechte	628
2. Einheit und Vielfalt in Auslegung und Anwendung	653
3. Einheit und Vielfalt in der gerichtlichen Durchsetzung	662
V. Ausblick	668

## I. Einführung

Die Union gründet sich „auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität“.<sup>1</sup> Mit diesem Kernsatz bringt die Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) die innere Verbindung von europäischen Werten und Grundrechten ebenso klar zum Ausdruck wie den von ihr erhobenen Anspruch auf Unteilbarkeit und Universalität dieses Wertefundaments. Die in der Charta positivierten Grundrechte bilden heute eine tragende Säule europäischen Verfassungsrechts. Sie gewähren elementare Schutzgarantien gegenüber der europäischen öffentlichen Gewalt und lösen damit das normative Versprechen der Union ein, „den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns“ zu rücken.<sup>2</sup> Mit den Worten des EuGH sind heute „keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären.“<sup>3</sup>

---

\* Der Autor dankt Anna-Katharina Hübers, Lea Dirksen und Lukas Schiele für Unterstützung bei der Finalisierung des Textes.

1 Abs. 2 der Präambel der GRCh.

2 Ebd.

3 EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 21 – *Åkerberg Fransson*.

Die Diskussion um das richtige Maß an Grundrechtsschutz gegenüber der von der Union ausgeübten öffentlichen Gewalt hat wie kaum ein anderes Thema den verfassungsrechtlichen Diskurs über das Recht der europäischen Integration geprägt.<sup>4</sup> Begleitet und befeuert wurde die Diskussion von einer gleichermaßen dynamischen wie facettenreichen Entwicklung. Sie beginnt spätestens mit der Anerkennung der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze im Jahr 1969 durch ein Grundsatzurteil, das seinen Namenspatron berühmt macht, obwohl er doch um seine Anonymität streitet.<sup>5</sup> Die Dynamik setzt sich fort mit der bundesverfassungsgerichtlichen Forderung nach einem geschriebenen Grundrechtskatalog im Jahr 1974,<sup>6</sup> der immer stärkeren prätorischen Auffächerung grundrechtlicher Gewährleistungen durch den EuGH unter zunehmender Rückbeziehung auf die EMRK,<sup>7</sup> der Ausarbeitung der Charta im Grundrechtekonvent 1999/2000<sup>8</sup> und schließlich deren Rechtsverbindlichkeit 2009 im Zuge des Vertrages von Lissabon. Damit sind nur einige wenige Schlaglichter unionaler Grundrechtsgeschichte benannt. Im vergangenen Jahrzehnt kamen bahnbrechende und zuweilen kontrovers diskutierte Entscheidungen hinzu, sei es mit Blick auf die Reichweite der Unionsgrundrechte und ihr Verhältnis zu nationalen Grundrechten,<sup>9</sup> sei es mit Blick auf die Formulierung und Durchsetzung konkreter Schutzstandards, wie z.B. den Schutz der Privatheit unter den Bedingungen der Digitalisierung,<sup>10</sup> das Verbot

4 Vgl. früh bereits *Pierre Pescatore*, Les droits de l'homme et l'intégration européenne, CDE 1968, 629–673; *Manfred Zuleeg*, Fundamental Rights and the Law of the European Communities, CML Rev. 31 (1974), 446–461; *Michel Melchior*, La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire, CDE 1976, 469–476; *Meinhard Hilf*, Probleme des Grundrechtsschutzes in Europa, EuR 12 (1977), 192–199.

5 EuGH, Urteil v. 12.11.1969, Rs. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57 – *Stauder*.

6 BVerfGE 37, 271 – *Solange I*.

7 Zwei Wochen vor *Solange I* bereits grundlegend EuGH, Urteil v. 14.5.1974, Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51 – *Nold*.

8 2000/C 364/01.

9 Grundlegend EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3); Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 – *Melloni*; Urteil v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 – *Siragusa*; Urteil v. 10.7.2014, Rs. C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 – *Julian Hernández*.

10 Vgl. nur EuGH, Urteil v. 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12 u.a., ECLI:EU:C:2014:238 – *Digital Rights Ireland u.a. (Vorratsdatenspeicherung II)*; Urteil v. 13.5.2014, Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 – *Google Spain*; Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 – *Schrems*; Urteil v. 21.12.2016, verb. Rs. C-203/15 u.a., ECLI:EU:C:2016:970 – *Tele2 Sverige u.a. (Vorratsdatenspeicherung III)*; Urteil v. 16.7.2020, Rs. C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 – *Schrems II (Privacy Shield)*.

von Diskriminierungen in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen<sup>11</sup> oder die Reichweite der Religionsfreiheit.<sup>12</sup> Auch die rechtlichen Auseinandersetzungen um die Wirtschafts- und Finanzkrise,<sup>13</sup> die fluchtbedingte Migration<sup>14</sup> oder die Rechtsstaatlichkeitskrise<sup>15</sup> wiesen jeweils eine bedeutende Grundrechtsdimension auf. Die großen Herausforderungen unserer Zeit haben so unmittelbar Eingang in die Grundrechtsjudikatur des EuGH gefunden. Zudem spielen Unionsgrundrechte eine immer größere Rolle als Prüfungsmaßstab nationaler Verfassungsgerichte. Auch das BVerfG hat in seiner bahnbrechenden Rechtsprechung zum *Recht auf Vergessen* die Charta als Prüfungsmaßstab anerkannt<sup>16</sup> und reiht sich damit in eine gesamteuropäische Entwicklung ein.<sup>17</sup>

Gemessen an ihrer grundlegenden Bedeutung wirkt die primärrechtliche Anker norm des unionalen Grundrechtsschutzes, Art. 6 EUV, technisch nüchtern, ja geradezu spröde. Und doch laufen in ihr die wesentlichen Stränge unionalen Grundrechtsschutzes zusammen. Vor allem kommt in ihr die wesensprägende Eigenart des Systems europäischen Grundrechtsschutzes in Gestalt des pluralistischen Wechselspiels zwischen Einheit und Vielfalt zum Ausdruck.<sup>18</sup> Europäischer Grundrechtsschutz speist sich

11 EuGH, Urteil v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 – *Egenberger*; Urteil v. 11.9.2018, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, Rn. 69 – *IR (Katholischer Chefarzt)*.

12 EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031 – *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.*

13 EuGH, Urteil v. 20.9.2016, verb. Rs. C-8/15 P u.a., ECLI:EU:C:2016:701 – *Ledra u.a.*

14 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 u.a., ECLI:EU:C:2011:865 – *N.S. u.a.*; Urteil v. 26.7.2017, Rs. C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586 – *Jafari u.a.*; Urteil v. 19.3.2019, Rs. C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218 – *Jawo*.

15 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality gegen LM*; Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichts)*; Urteil v. 19.11.2019, verb. Rs. C-585/18 u.a., ECLI:EU:C:2019:982 – *A.K. u.a. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts)*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen (Disziplinarordnung für Richter)*.

16 Grundlegend BVerfGE 152, 216 – *Recht auf Vergessen II*.

17 Zu dieser rechtsvergleichenden Perspektive *Mattias Wendel*, Europäischer Grundrechtsschutz und nationale Spielräume, *EuR* 57 (2022), 327–366 (334 ff.).

18 Dazu eingehend *Johannes Masing*, Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, *JZ* 70 (2015), 477–487; *Daniel Thym*, Vereinigt die Grundrechte!, *JZ* 70 (2015), 53–63; *Thorsten Kingreen*, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, *JZ* 68 (2013), 801–811; *Leonard Besselink*, The Parameters of Constitutional Conflict After Melloni, *E.L.Rev.* 39 (2014), 531 ff.; *Thomas Kleinlein*, Grundrechtsföderalismus, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 246 ff.,

aus verschiedenen Grundrechtsordnungen, die einander in nicht unerheblichem Umfang überlappen und föderativ koordiniert und aufeinander bezogen werden müssen. Das daraus erwachsene Schutzsystem ist durch eine besondere Auffächerung der Grundrechtsbeziehungen und eine Diversität in der Anwendung und Durchsetzung der Grundrechte gekennzeichnet. Das zwischen Einheit und Vielfalt oszillierende und damit das Motto der Union – „in Vielfalt geeint“ – unmittelbar verkörpernde System bietet einerseits wechselseitige Stabilisierung, birgt andererseits aber auch Konflikt- und Reibungspotenzial. So entzündeten sich ebenenübergreifende Jurisdiktionskonflikte<sup>19</sup> zwischen Union und Mitgliedstaaten in der Vergangenheit gerade im Feld des Grundrechtsschutzes.<sup>20</sup>

Dem Ansatz dieses Buches folgend, die Grundzüge europäischen Verfassungsrechts ausgehend von den Kernvorschriften des EUV zu entfalten, nimmt der vorliegende Beitrag Art. 6 EUV zum Ausgangspunkt einer Exposition des Systems europäischen Grundrechtsschutzes und seiner pluralistischen Struktur. In einem ersten Schritt werden die rechtlichen Grundlagen des Grundrechtsschutzes in der Union konturiert, zum einen als Konkretisierung des in Art. 2 EUV niedergelegten Wertefundaments, zum anderen als systematische Entfaltung des Art. 6 EUV durch einzelne grundrechtsspezifische Normenkomplexe in Gestalt der Charta der Grundrechte, der EMRK, der allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie, nicht zu vernachlässigen, des grundrechtskonkretisierenden Sekundärrechts (dazu II.). In einem zweiten Schritt erfolgt eine theoretische Verortung des europäischen Grundrechtsschutzes im europäischen Verfassungspluralismus (dazu III.). Darauf aufbauend wird das System des europäischen Grundrechtsschutzes als pluralistisches Schutzsystem rechtsdogmatisch erschlossen. Dabei kann es selbstredend nicht um eine Einzeldarstellung der verschiedenen Schutzgehalte und der hierzu ergangenen Rechtsprechung gehen. Vielmehr fokussiert der Beitrag auf die strukturellen Grundpfeiler und Besonderheiten,

---

277 f., 335 ff. und 434 ff.; Andrea Edenharter, Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 837 ff.; Šejla Imanović, The Architecture of Fundamental Rights in the European Union, Oxford: Hart 2022, 45 ff.; Claus D. Classen, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, EuR 52 (2017), 347–366; Nele Matz-Lück/Mathias Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem: Konkurrenzen und Interferenzen, Berlin: Springer 2011.

19 Eingehend zur Problematik Heiko Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, Berlin: Springer 2008.

20 Klassisch ital. *Corte costituzionale*, Urteil v. 18.12.1973, Nr. 183/1973, Frontini, deutsche Übersetzung in EuR 9 (1974), 255 ff., sowie BVerfGE 37, 271 – *Solange I*.

kurzum das System des Grundrechtsschutzes in der Union. Das stets dynamische Wechselspiel zwischen Einheit und Vielfalt wird dabei in Bezug auf das Zusammenwirken der verschiedenen Grundrechtsebenen, der Auslegung und Anwendung sowie der Durchsetzung der Unionsgrundrechte erschlossen (dazu IV.). Ein Ausblick stellt den europäischen Grundrechtsschutz in den Kontext der Herausforderungen des 21. Jahrhunderts (dazu V.).

## II. Normative Grundlagen und systematische Zusammenhänge

### 1. Unionsgrundrechte als Konkretisierung europäischer Grundwerte

Das System des europäischen Grundrechtsschutzes konkretisiert das in Art. 2 EUV sowie in der Präambel der Charta gelegte Wertefundament der Union. Der EuGH bezeichnet dieses Fundament mittlerweile als „Identität“ bzw. „Gepräge“ der Unionsrechtsordnung.<sup>21</sup> Auch wenn die Operationalisierung der in Art. 2 S. 1 EUV niedergelegten Werte erst seit Kurzem in den Fokus der Rechtsprechung gerückt ist<sup>22</sup> und insbesondere die Rechtsnatur der in Art. 2 S. 2 EUV aufgeführten Grundsätze nach wie vor judikativ

---

21 EuGH, Urteile v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rn. 232 f. – *Ungarn/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)*, sowie Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 264 f. – *Polen/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)*. Während nahezu alle anderen Sprachfassungen den Begriff der „Identität“ verwenden, setzt sich die deutsche mit dem Begriff „Gepräge“ terminologisch gleichermaßen unnötig wie verunglückt, weil auf den Identitätsbegriff als (umstrittenen) Schlüsselbegriff europäischen Verfassungsrechts verzichtend, ab.

22 Grundlegend EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)* (Fn. 21), Rn. 232 u. 124–127, sowie *Polen/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)* (Fn. 21), Rn. 264 u. 142–145. Danach sind die Werte des Art. 2 S. 1 EUV keine bloßen rechtspolitischen Leitlinien, sondern machen den normativen Kern des Unionsrechts aus, wobei sie wiederum konkretisiert werden müssen.

ungeklärt<sup>23</sup> und wissenschaftlich umstritten<sup>24</sup> bleibt, ist jedenfalls festzuhalten, dass alle der in Art. 2 EUV aufgeführten Prinzipien zu ihrer Verwirklichung des effektiven Schutzes eines oder mehrerer (werte-)konkretisierender Grundrechte bedürfen. Zudem ist ein funktionierendes System europäischen Grundrechtsschutzes in seiner Gesamtheit eine Grundbedingung zur Wahrung der Werte der Union insgesamt. Ein effektiver Schutz der Unionsgrundrechte dient so unmittelbar einem der zentralen Ziele der Union in Gestalt der Förderung ihrer Werte (Art. 3 Abs. 1 EUV) und ist zugleich Ausdruck der Verwirklichung einer „immer engeren Union der Völker Europas“ (Art. 1 Abs. 2 EUV).

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das Unionsrecht keinen zweiten Normenkomplex enthält, der das Wertetableau der Union in so umfassender Breite konkretisiert wie die Unionsgrundrechte. Diese Konkretisierung erfolgt zudem in rechtlich präziser Zuordnung. Die einzelnen Titel der Charta spiegeln die durch sie konkretisierten Werte bzw. Prinzipien aus Art. 2 EUV bereits unmittelbar begrifflich wider: Titel I die Achtung der Menschenwürde in Gestalt elementarer Kerngarantien wie z.B. dem Folterverbot („Würde des Menschen“), Titel II die Freiheit in

23 Die Rechtsprechung zu Art. 2 S. 2 EUV steckt noch in den Anfängen. Geklärt ist, dass mindestens einige der darin aufgezählten Grundsätze zugleich rechtsverbindliche Grundprinzipien des Unionsrechts darstellen bzw. spiegeln. So ist nach dem EuGH jedenfalls der „in Art. 2 EUV genannte Grundsatz der Solidarität“ einer der „tragenden Grundsätze des Unionsrechts“, vgl. EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)* (Fn. 21), Rn. 129, sowie vorausgehend unter Bezug auf Konkretisierungen im AEUV Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-848/19 P, EU:C:2021:598, Rn. 38 ff. – *Deutschland/Polen (Energiesolidarität)*. Überdies wird der Grundsatz der Solidarität in der Präambel der GRCh ausdrücklich als Wert aufgeführt. Nichtdiskriminierung und Gleichheit von Frauen und Männern ordnet der EuGH entgegen dem Wortlaut des Art. 2 EUV sogar begrifflich den „Werten“ zu, vgl. *Ungarn/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)* (Fn. 21), Rn. 157 f. Inwieweit der EuGH auch andere Grundsätze des Art. 2 S. 2 EUV als rechtsverbindliche Grundprinzipien konturieren wird, etwa Pluralismus und Toleranz, bleibt abzuwarten.

24 Für eine Einordnung der in Art. 2 S. 2 EUV aufgezählten Maßstäbe als rechtliche Grundprinzipien, die der Auslegung der Werte des Art. 2 S. 1 EUV dienen und integraler Bestandteil des europäischen Verfassungskerns sind Armin von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Berlin: Suhrkamp 2022, 157 f. Anders Meinhard Hilf/Frank Schorkopf, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 78. EL, München: C.H. Beck 2023, Art. 2 EUV, Rn. 43, der in Art. 2 S. 2 EUV lediglich „wertende Merkmale“ deskriptiver Natur niedergelegt sieht. Ähnlich Christian Calliess, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 2 EUV, Rn. 31 („beschreibende Formulierungen“), der aber jenseits von Art. 2 S. 2 EUV jedenfalls den Grundsatz der Solidarität zutreffend als „rechtlich relevantes Prinzip“ einordnet (ebd. Rn. 30).

Gestalt der Freiheitsrechte („Freiheiten“), Titel III die Gleichheit in Gestalt der Gleichheitsrechte und damit zugleich der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichheit von Frauen und Männern („Gleichheit“), Titel IV die Solidarität in Gestalt der sozialen Grundrechte („Solidarität“), Titel V insbesondere Freiheit und Demokratie in Gestalt der Bürgerrechte („Bürgerrechte“) und schließlich Titel VI die Rechtsstaatlichkeit in konkreter Gestalt der Justizgrundrechte („Justizielle Rechte“). Zwischen all diesen Grundrechten gibt es wiederum verstärkende Quer- und Rückbezüge, etwa die rechtsstaatsbasierte Gewährung effektiven Rechtsschutzes als verfahrensrechtliche Verwirklichungsbedingung des substanziellen Schutzes von Freiheit und Gleichheit.

## 2. Rechtsnormative Grundlagen europäischen Grundrechtsschutzes

### a) Art. 6 Abs. 1 EUV: Die Charta als unionsgrundrechtlicher Kerntext

Art. 6 EUV ist die Ankernorm des Grundrechtsschutzes in den europäischen Verträgen. Sie bildet die verschiedenen Dimensionen des in seinem Ursprung plural angelegten europäischen Grundrechtsschutzes unmittelbar ab. Der unionale Grundrechtsschutz fußt derzeit auf zwei Säulen: der Charta und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Beide nehmen wiederum in bedeutendem Umfang normativen Rückbezug auf die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Nach einem Beitritt der EU zur EMRK würde die EMRK als eigenständige dritte Säule unionalen Grundrechtsschutzes hinzutreten.

Art. 6 Abs. 1 EUV verleiht der Charta als dem heute in jeglicher Hinsicht zentralen EU-Grundrechtstext Rechtsverbindlichkeit und rechtliche Gleichrangigkeit mit den Verträgen. Über Art. 6 Abs. 1 EUV wird die Charta so zu einem normativen Herzstück europäischen Verfassungsrechts. Die Charta ging aus dem ersten europäischen Konvent seiner Art hervor. Der sog. „Grundrechte-Konvent“ erarbeitete im Zeitraum von Dezember 1999 bis Oktober 2000 unter dem Vorsitz des ehemaligen Bundespräsidenten und BVerfG-Präsidenten Roman Herzog den noch heute weitgehend unveränderten Stammtext der Charta.<sup>25</sup> Am 7. Dezember 2000 wurde dieser

---

25 Einzelheiten zu Mandat, Zusammensetzung und Arbeitsergebnissen abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_de.htm](https://www.europarl.europa.eu/charter/default_de.htm) (zuletzt abgerufen am 2.12.2022). Die Entstehungsgeschichte der Charta wird eingehend im von Jürgen Meyer (selbst Mitglied des Grundrechte-Konvents) und Sven Hölscheidt herausgege-

von den Präsident:innen des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission in Nizza unterzeichnet und feierlich proklamiert.<sup>26</sup> Im Zuge der geplanten Integration der Charta in den Verfassungsvertrag wurde der Textkorpus im Jahr 2004 nochmals an einigen Stellen angepasst und weiterentwickelt. Insbesondere die zentrale Norm über die Tragweite und Auslegung der in der Charta niedergelegten Garantien – heute Art. 52 GRCh<sup>27</sup> – wurde um mehrere Absätze erweitert.<sup>28</sup> Nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages im Jahr 2005 erhielt die Charta ihre heute gültige Fassung im Zuge der Verhandlungen um den Vertrag von Lissabon. Diese Letztfassung wurde am 12. Dezember 2007 in Straßburg nochmals neu proklamiert<sup>29</sup> und erlangte mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 über Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV Rechtsverbindlichkeit.

Die Geschichte der Charta ist in vielerlei Hinsicht eine Erfolgsgeschichte rechtlicher Positivierungsleistung. Diese Leistung geht weit darüber hinaus, bereits vorhandene Grundrechte lediglich „sichtbarer“ gemacht zu haben, wie es die Präambel als Ziel vorgibt. Durch die Positivierung der Unionsgrundrechte gewannen deren Inhalte und Anwendungsmodalitäten vielmehr weit über das bestehende Niveau hinaus an Kontur und Struktur, konnten Einzelfragen und Rechtsprobleme präziser artikuliert und textlich rückgebunden werden und bildete sich ein zunehmend ausdifferenzierter Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung heraus. Das gilt keineswegs nur für die Rechtsprechung des EuGH, sondern auch für die rechtsalltägliche Anwendung der Charta durch die nationalen Gerichte in tausenden von Einzelfällen.<sup>30</sup> Freilich waren bereits vorher zahlreiche „Grundrechtsgehalte“ durch die Verträge garantiert worden,<sup>31</sup> was Art. 52 Abs. 2 GRCh auch heute noch widerspiegelt. Die Ausdifferenzierung der EU-Grundrechtsjudikatur hat in ihrer Verarbeitung der Charta aber mittlerweile eine Breite und

---

benen Kommentar dargestellt, vgl. Jürgen Meyer/Sven Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2019.

26 2000/C 364/01.

27 Art. II-112 VVE.

28 Hinzu kamen gegenüber der Ursprungsfassung Absätze 4–7.

29 2007/C 303/01.

30 Zur Bedeutung der Charta in der Rechtsprechung nationaler Gerichte rechtsvergleichend Michal Bobek/Jeremias Adams-Prassl (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States, Oxford: Hart 2020.

31 Grundlegend Ingolf Pernice, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden: Nomos 1979, 65 ff.



Tiefe erreicht, die weit über die vormalig rein prätorische Grundrechtsentfaltung hinausreicht.

## b) Art. 6 Abs. 2 EUV: EMRK und EMRK-Beitritt

### aa) Normative Relevanz der EMRK für den EU-Grundrechtsschutz

Die von Art. 6 Abs. 2 EUV angesprochene Schutzdimension verharret dagegen noch im Programmatischen. Die Norm erteilt der Union den verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag, der EMRK beizutreten. Diesen Auftrag hat die Union bislang nicht erfüllt. Anders als ihre Mitgliedstaaten ist die Union noch nicht selbst Vertragspartei der EMRK. In Ermangelung eines Beitritts ist die EMRK für die Union folglich auch noch nicht unmittelbar rechtsverbindlich.<sup>32</sup>

Gleichwohl kommt der EMRK als Zentraltext paneuropäischer Mindeststandards schon heute eine herausragende Rolle für den unionalen Grundrechtsschutz zu. Die Unionsgrundrechte sind materiell vielfach für die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR permeabel. Diese Permeabilität,<sup>33</sup> die höheren Schutzstandards des Unionsrechts nicht entgegenstehen darf,<sup>34</sup> erfolgt zum einen über die in Art. 52 Abs. 3 GRCh ausdrücklich angeordnete EMRK-konforme Auslegung derjenigen Charta-Rechte, die ihre Entsprechung in EMRK-Garantien finden. Das schließt eine dynamische Orientierung an der Rechtsprechung des EGMR ein,<sup>35</sup> auch wenn vereinzelt Differenzen verbleiben können.<sup>36</sup> Zum anderen öffnet sich das

32 Für die Bindungswirkung im Falle eines in Kraft getretenen Beitrittsabkommens s. Art. 216 Abs. 2 AEUV.

33 Zum Konzept *Mattias Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 7 ff., sowie in diesem Rahmen speziell zur Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze 531 ff.

34 Vgl. ausdrücklich Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh.

35 Art. 52 Abs. 3 GRCh kodifiziert damit eine Praxis, die bereits vor Erarbeitung der GRCh existierte, vgl. EuGH, Urteil v. 22.10.2002, Rs. C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 – *Roquette Frères*, im Abgleich zum früheren Urteil v. 21.9.1989, verb. Rs. 46/87 und 227/88, ECLI:EU:C:1989:337 – *Hoechst*.

36 Das kann in gewissem Umfang selbst für elementare Kerngarantien wie die wortgleichen Art. 3 EMRK und Art. 4 GRCh gelten, vgl. hierzu die Voraussetzungen für innereuropäische Überstellungsverbote als Grenze gegenseitigen Vertrauens nach EGMR (Große Kammer), *Tarakhel v. Schweiz*, Urteil v. 4.11.2014, No. 29217/12, Rn. 103–105, im Abgleich zu EuGH, N.S. u.a. (Fn. 14); Urteil v. 5.4.2016, verb. Rs. C-404/15 u.a., ECLI:EU:C:2016:198 – *Aranyosi und Căldăraru*; *Jawo* (Fn. 14).

Unionsrecht für die EMRK mittels der Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Die EMRK ist *der* zentrale Referenztext für die Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf EU-Ebene.<sup>37</sup> Die in der unionalen Grundrechtspraxis herausragende Bedeutung der EMRK wird mit der in der deutschsprachigen Literatur geläufigen Einordnung als bloßer „Rechtserkenntnisquelle“<sup>38</sup> allerdings nur bedingt abgebildet.<sup>39</sup>

#### bb) Gescheiterter EMRK-Beitritt: Grundrechtsautonomie vs. externe Kontrolle

Dass die Union den ihr auferlegten Verfassungsauftrag eines EMRK-Beitritts bis heute nicht erfüllt hat, heißt keineswegs, dass keine Anstrengungen in diese Richtung unternommen worden wären. Nachdem die EMRK textlich für einen Beitritt der Union geöffnet<sup>40</sup> und mit dem Vertrag von Lissabon die vom EuGH geforderte<sup>41</sup> primärrechtliche Ermächtigungsgrundlage für einen Beitritt geschaffen<sup>42</sup> sowie die verfahrens- und materiellrechtlichen Rahmenbedingungen eines Beitritts fixiert worden waren,<sup>43</sup> begannen mehrjährige und intensive Beitrittsverhandlungen.<sup>44</sup> An deren Ende stand eine in vielerlei Hinsicht bemerkenswerte Pionierleistung

---

Zum Problem zusammenfassend *Mattias Wendel*, Die Pflicht zur Berücksichtigung der Lebensumstände von anerkannt Schutzberechtigten im EU-Ausland, JZ 74 (2019), 983–989 (986 f.) m.w.N.

37 Vgl. früh EuGH, *Nold* (Fn. 7).

38 Vgl. *Hans-Werner Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München: C.H. Beck 1993, 184; *Dirk Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin: De Gruyter 2014, § 14 Allgemeine Lehren, Rn. 6.

39 Auch ist der Begriff der Rechtserkenntnisquelle, soweit er eine kategoriale Unterscheidung zur Rechtsquelle impliziert, rechtstheoretisch fragwürdig.

40 Vgl. den mit dem 14. Zusatzprotokoll eingeführten Art. 59 Abs. 2 EMRK, wonach die EU der EMRK beitreten kann.

41 EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140 – *EMRK-Beitritt I*.

42 Art. 6 Abs. 2 EUV.

43 Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a) ii) sowie Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 S. 2 AEUV sowie das Protokoll Nr. 8.

44 Der Verf. durfte einen kleinen Ausschnitt dieser Verhandlungen im Jahr 2011 selbst miterleben. Einen guten Überblick über Art und Ablauf der Verhandlungen bietet *Walter Obwexer*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 47 (2012), 115–148 (123 f.).

in Gestalt des ausverhandelten Entwurfs eines Beitrittsabkommens vom 10. Juni 2013.<sup>45</sup>

Die überaus komplexe, zumal historisch präzedenzlose Herausforderung, eine supranationale Organisation in ein regionales Menschenrechtssystem zu integrieren, kulminiert im Falle der EU letztlich in der Frage, wie die Union einer externen Menschenrechtskontrolle unterworfen werden kann, ohne dabei die Autonomie des Unionsrechts und die interne Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten zu kompromittieren. Dieses Spannungsfeld scheint bereits in Art. 6 Abs. 2 EUV auf<sup>46</sup> und kommt noch deutlicher in Protokoll Nr. 8 über den EU-Beitritt zum Ausdruck. Es dominiert auch die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem EMRK-Beitritt.<sup>47</sup> Der Abkommensentwurf schien den Zielkonflikt auf innovative Weise prozessrechtlich auszutarieren. Kernstück war ein neu ersonnener Mitbeschwerdemechanismus.<sup>48</sup> Dieser hätte die politische Verantwortungsteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten und ihre Spiegelung in geteilter Grundrechtsverantwortlichkeit<sup>49</sup> dadurch abgebildet, dass es Union und Mitgliedstaaten jeweils erlaubt hätte, in Beschwerdeverfahren vor dem EGMR als zusätzliche Beschwerdegegner aufzutreten. Auf diese Weise hätte der aus Sicht der EU jeweils rechtsnormativ Verantwortliche in das Verfahren vor dem EGMR einbezogen werden können, d.h. entweder die *sekundärrechtsetzende Union* im Falle von Beschwerden, die gegen Mitgliedstaaten gerichtet sind, aber zugleich die Frage nach der Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit der EMRK aufwerfen,<sup>50</sup> oder aber die *Mitgliedstaaten* im Falle von Beschwerden, die gegen die EU gerichtet sind, aber zugleich die Frage der EMRK-Konformität von Primärrecht aufwerfen, an dessen Setzung wiederum die Mitgliedstaaten gemäß Art. 48 EUV maßgeb-

45 Enthalten im Abschlussbericht des Lenkungsausschusses Menschenrechte des Europarates v. 10. Juni 2013, Doc. 47+1(2013)008rev2.

46 Keine kompetenzmodifizierende Wirkung des Beitritts.

47 Vgl. *Jean-Paul Jacqué*, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CML Rev. 48 (2011), 995 ff.; *Tobias Lock*, Walking on a Tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order, CML Rev. 48 (2011), 1025–1054; *Julie Vondung*, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

48 Art. 3 des Entwurfs (Fn. 45).

49 Dazu eingehend IV.1.

50 Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs (Fn. 45). Typischerweise weil die Mitgliedstaaten (zwingendes) Sekundärrecht vollziehen.

lichen Anteil haben.<sup>51</sup> Die jeweilige Einbeziehung als Mitbeschwerdegegner wäre aufseiten der EU und ihrer Mitgliedstaaten freiwillig und EMRK-seitig einer Plausibilitätskontrolle durch den EGMR unterworfen gewesen.<sup>52</sup> Zudem sah der Entwurf die Möglichkeit einer gemeinsamen Verantwortlichkeit von Union und Mitgliedstaaten vor.<sup>53</sup> Verfahrensrechtlich flankiert werden sollte der Mitbeschwerdemechanismus durch ein neuartiges „Vorabbehebungsverfahren“.<sup>54</sup> Dieses hätte den EuGH als Entscheidungsinstanz vor Ergehen eines Urteils des EGMR in Fällen mit Unionsrechtsbezug eingebunden, soweit Luxemburg im konkreten Fall noch nicht über die Vereinbarkeit des verfahrensgegenständlichen Unionsrechtsakts mit den einschlägigen Grundrechten hatte entscheiden können, insbesondere in Ermangelung von Vorlagen mitgliedstaatlicher Gerichte.<sup>55</sup> So gesehen hätte der Weg nach Straßburg also zunächst über Luxemburg führen und die EU-interne Pathologie unterlassener Vorabentscheidungsersuchen in gewissem Umfang sogar ausgleichen können.

Der Abkommensentwurf ist bis heute ein Schulbeispiel für die Herausforderungen, aber auch die Möglichkeiten der verfahrensrechtlichen Verarbeitung gestufter Grundrechtsverantwortung im Mehrebenensystem. Bedauerlicherweise sah der EuGH in dem Entwurf sowohl eine Gefahr für die Autonomie des Unionsrechts als auch für seine eigenen judikativen Kompetenzen und stellte in seinem Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014 die Unvereinbarkeit des ausverhandelten Abkommens mit dem Primärrecht fest.<sup>56</sup> Das Maß und Mitte verfehlende Gutachten wurde völlig zu Recht kritisch aufgenommen<sup>57</sup> und hat den EMRK-Beitritt der Union bis dato blockiert. Die an zahlreichen Stellen des Gutachtens zum Ausdruck kommenden rechtlichen Vorbehalte gegenüber Existenz und Modalitäten einer externen Menschenrechtskontrolle (und dies selbst dort, wo die

51 Art. 3 Abs. 3 des Entwurfs (Fn. 45).

52 Art. 3 Abs. 5 des Entwurfs (Fn. 45).

53 Art. 3 Abs. 7 des Entwurfs (Fn. 45).

54 Art. 3 Abs. 6 des Entwurfs (Fn. 45).

55 Und ggf. unter Verstoß gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV.

56 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 – *EMRK-Beitritt II*.

57 Vgl. *Fabrice Picod*, La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, La Semaine Juridique 2015, 230–234; *Eleanor Spaventa*, A Very Fearful Court?, MJ 22 (2015), 35–56 (35); *Thomas Ackermann u.a.*, Editorial comments: The EU's Accession to ECHR – a „NO“ from ECJ!, CML Rev. 52 (2015), 1–15; *Bruno de Witte/Šejla Imamović*, Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court, E.L.Rev. 40 (2015), 683–705.

Kontrollkompetenzen des EuGH ihrerseits primärrechtlich begrenzt sind), trugen dem EuGH einen funktionell äquivalenten Vorwurf ein wie der mitunter in ihren Maßstäben überreizten EU-Judikatur nationaler Verfassungsgerichte.<sup>58</sup> Die Verhandlungen zwischen EU und Europarat sind im Jahr 2019 wieder angelaufen, blieben aber zunächst durch den ungleich weniger günstigen historischen Kontext überschattet als die Verhandlungen der Jahre 2010 bis 2013. Der Ausschluss der Russischen Föderation aus dem Europarat im Jahr 2022 öffnete aber wieder Optionenräume. So konnte innerhalb der *Ad Hoc Negotiation Group* („46+1“) am 20. März 2023 im Grundsatz Einigkeit über die Neuauflage eines Beitrittsabkommens erzielt werden.<sup>59</sup> Die bislang konsentierende Novelle des Beitrittsabkommens greift zahlreiche Innovationen des gescheiterten Abkommens auf, insbesondere den Mitbeschwerdemechanismus und das Vorabbeurteilungsverfahren. Sie modifiziert diese aber in wesentlichen Details<sup>60</sup> und ergänzt sie um weitere Bestimmungen, etwa um die Vorgabe, dass der unionsrechtliche Grundsatz gegenseitigen Vertrauens durch den Beitritt nicht berührt werden solle.<sup>61</sup> Es bleibt im Interesse einer wirksamen externen Menschenrechtskontrolle der EU zu hoffen, dass dem EMRK-Beitritt diesmal Erfolg beschieden sein wird.

### c) Art. 6 Abs. 3 EUV: Allgemeine Rechtsgrundsätze

Art. 6 Abs. 3 EUV erhält die vor Inkrafttreten der Charta tragende Säule des unionalen Grundrechtsschutzes in Gestalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze weiterhin aufrecht. Die Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze unter Rückbezug auf die EMRK und in wertender Rechtsvergleichung der mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen stellt die älteste normative Grundlage der Unionsgrundrechte dar, hat aber mit der Rechtsverbindlichkeit der Charta an rechtspraktischer Bedeutung verloren. Freilich erlaubt sie eine weiterhin dynamische Rückbindung an EMRK und – potenziell

58 Im Einzelnen *Mattias Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß, NJW 2015, 921–926 (923 ff.).

59 Europarat, Doc-Nr. 46+I(2023)35FINAL, <https://rm.coe.int/report-to-the-cddh/1680aa9816> (zuletzt abgerufen am 8.12.2023).

60 So wäre der EGMR nach Art. 3 Abs. 5 des *Draft Agreements* (Fn. 59) gehalten, einen Mitbeschwerdegegner zuzulassen, wenn die EU das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen hierfür durch eine mit Gründen versehene Stellungnahme darlegt.

61 Art. 6 des *Draft Agreements* (Fn. 59).

bedeutender – an die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen überall dort, wo die Charta keine entsprechenden Garantien enthält. Angesichts der textlichen Ausdifferenzierung der Charta und der in ihr bereits erfolgten Verarbeitung unterschiedlicher europäischer Grundrechtstraditionen, einschließlich der Anerkennung sozialer Grundrechte, dürfte das Anwendungspotenzial gleichwohl begrenzt bleiben. Als Anwendungsfall diskutiert wird etwa die in der Charta nicht vorgesehene allgemeine Handlungsfreiheit.<sup>62</sup>

#### d) Grundrechtskonkretisierendes Gesetzesrecht

Eine in Art. 6 EUV nicht unmittelbar zum Ausdruck kommende, aber für die Grundrechtspraxis in der EU überaus relevante normative Grundlage ist das grundrechtskonkretisierende Gesetzesrecht. Mit Blick auf das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht ist zunächst allgemein festzuhalten, dass das moderne Unionsrecht keineswegs „überkonstitutionalisiert“,<sup>63</sup> sondern in zentralen Bereichen durch legislative – und das heißt in aller Regel: mehrheitlich abänderbare – Entscheidungen des Unionsgesetzgebers geprägt ist.<sup>64</sup> Die tatsächliche Rechtsentwicklung läuft in wichtigen Feldern gerade in die umgekehrte Richtung wie von der Überkonstitutionalisierungsthese unterstellt. Ein besonders eindruckliches, hier nicht weiter zu vertiefendes Beispiel ist die Rechtsprechung zum gleichheitsbasierten Zugang zu Sozialleistungen. Wurde der Gerichtshof in den Anfangsjahren noch zuweilen heftig für die prätorische Entfaltung des Art. 18 i.V.m. Art. 21 AEUV jenseits des Sekundärrechts kritisiert,<sup>65</sup> sieht sich die zweite Phase seiner Rechtsprechung aufgrund ihrer stärkeren Akzentuierung der legislativ gezogenen Schranken, namentlich der strikteren Unterscheidung zwi-

62 Vgl. Ehlers (Fn. 38), Rn. II unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil v. 21.5.1987, verb. Rs. 133–136/85, ECLI:EU:C:1987:244, Rn. 19 – *Rau/BALM*, in dem der EuGH die allgemeine Handlungsfreiheit jedenfalls implizit als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt hat.

63 So aber Dieter Grimm, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), 325–338 (328 ff.); ders., The Democratic Costs of Constitutionalization: The European Case, *ELJ* 21 (2015), 460–473 (467 ff.).

64 Näher Mattias Wendel, Auf dem Weg zum Präjudizienrecht? Zur Maßstabsetzung durch den Europäischen Gerichtshof, *JöR* 68 (2020), 113–146 (120 ff.).

65 Besonders dezidiert Kay Hailbronner, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, *NJW* 2004, 2185–2189.

schen Erwerbs- und Nichterwerbstätigen,<sup>66</sup> Kritik unter umgekehrten Vorzeichen ausgesetzt. Danach schöpfe der EuGH das unionsverfassungsrechtliche Potenzial der Unionsbürgerschaft nicht (mehr) hinreichend aus.<sup>67</sup> Was einerseits als Abnahme primärrechtlicher Determinierung kritisiert werden kann, spiegelt andererseits gerade eine Zunahme an legislativer Steuerung.

Speziell im Grundrechtsbereich muss eine solche legislative Steuerung freilich an Grenzen stoßen. Schon aufgrund des Prinzipiencharakters von Grundrechten, v.a. aber aufgrund der ureigenen Funktion von Grundrechten als Begrenzung öffentlicher Gewalt, die Legislative eingeschlossen,<sup>68</sup> ist die Grundrechtsjudikatur des EuGH durch ein erhöhtes Maß an judikativer Maßstabskonkretisierung gekennzeichnet, wie etwa die Rechtsprechung zu Art. 7 und Art. 8 GRCh zeigt.<sup>69</sup> Hier legt der Gerichtshof zuweilen auch gegenüber dem Unionsgesetzgeber ein hohes Maß an Kontrolldichte zugrunde und betont dann dessen eingeschränkten Gestaltungsspielraum.<sup>70</sup> Gleichwohl spielt die „Grundrechtsentfaltung im Gesetz“<sup>71</sup> bzw. die Grundrechtskonkretisierung durch den Unionsgesetzgeber eine bedeutende Rolle im Unionsrecht. Das betrifft keineswegs nur diejenigen Grundrechte „aus der Hand des Gesetzgebers“,<sup>72</sup> also Grundrechte, die aufgrund ihrer Zwecksetzung, Normstruktur oder Wechselwirkung mit einfachgesetzlichen Rechtsinstituten ohnehin einer spezifischen Ausformung durch den Unionsgesetzgeber bedürfen. Auch operative Kernfelder europäischen

66 Insbesondere EuGH, Urteil v. 11.11.2014, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – *Dano*; Urteil v. 15.9.2015, Rs. C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – *Alimanovic*; Urteil v. 25.2.2016, Rs. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – *García-Nieto u.a.*; Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794 – *Jobcenter Krefeld*.

67 Vgl. die Kritik von *Niamh N. Shuibne*, *Limits Rising, Duties Ascending: The Changing Legal Shape of Union Citizenship*, CML Rev. 52 (2015), 889–937 (926 ff.); *Thorsen Kingreen*, *In Love With the Single Market?*, NVwZ 2015, 1503–1506 (1504 ff.); *Anuscheh Farahat*, *Solidarität und Inklusion: Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft*, DÖV 2016, 45–55.

68 *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, 71 ff. und 509.

69 Vgl. die in Fn. 10 aufgeführte Rechtsprechung.

70 Explizit EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10), Rn. 47 f. Gleichwohl bleibt die Kontrolldichte gegenüber dem Unionsgesetzgeber regelmäßig vergleichsweise niedrig.

71 Begriff nach *Matthias Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999.

72 Eingehend *Fabian Michl*, *Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018.

Grundrechtsschutzes, wie etwa die besonderen Diskriminierungsverbote (Art. 21 GRCh), werden in rechtspraktisch bedeutsamer Weise legislativ konkretisiert.<sup>73</sup>

### III. Theoretischer Rahmen

#### 1. Grundlagen

##### a) Verfassungspluralismus

Die hier vorgenommene Vorstellung des Systems europäischen Grundrechtsschutzes fußt rechtstheoretisch auf einer verfassungspluralistischen Hypothese, die bereits andernorts im Einzelnen dargelegt wurde<sup>74</sup> und im Folgenden nur knapp rekapituliert und in den aktuellen Kontext europäischer Verfassungsentwicklung (und -diskussion) gestellt wird. Im Kern geht diese Hypothese davon aus, dass nationales und unionales Verfassungsrecht auf jeweils autonomen Geltungsgründen beruhen, die in einem nicht-hierarchischen Verhältnis zueinander stehen.<sup>75</sup> Normenkollisionen zwischen nationalem und unionalem Recht können deshalb nur in Form von Rechtsanwendungs-, nicht aber Geltungskonflikten entstehen.<sup>76</sup> Obgleich Rechtsanwendungskonflikte im Rechtsalltag nahezu immer durch die unionsrechtlich verbindliche, aber eben *unionsrechtliche*, Kollisionsnorm des Anwendungsvorrangs aufgelöst werden, bleibt die Frage nach einer ultimativen Autorität bzw. einem Letztentscheidungsrecht im Ausnahmefall mitgliedstaatlicher Nichtbefolgung notwendigerweise offen.<sup>77</sup> Auf dieser Grundlage erscheinen die Ansätze von EuGH und BVerfG zwar jeweils in sich logisch, folgerichtig und konsistent, bleiben hinsichtlich

---

73 Vgl. insbesondere die RL 2000/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

74 Wendel, Permeabilität (Fn. 33), 14 ff., 40 ff. m.w.N.

75 Neil Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, MLR 65 (2002), 317–359 (337), sowie Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 268 ff. Grundlegend für die Idee des Verfassungspluralismus, aber mit teilweise anderen Folgerungen, zuvor Neil MacCormick, Beyond the Sovereign State, MLR 56 (1993), 1–18.

76 Vgl. Nicholas W. Barber, Legal Pluralism and the European Union, ELJ 12 (2006), 306–329 (308 ff.); Stefan Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Tübingen: Mohr Siebeck 1999, 24 f.

77 Walker (Fn. 75), 337 ff.



der verfassungsrechtlichen Grundlegung des Unionsrechts aber prinzipiell miteinander unvereinbar. In Ausnahmefällen führt dies zu Konflikten, die mittels des *Rechts* nicht mehr bewältigbar sind. Ihre Lösung erfordert dann, wie der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH um die Befugnisse der Europäischen Zentralbank und ihre gerichtliche Kontrolle eindrücklich gezeigt hat, einen Forumswechsel in die Politik.<sup>78</sup>

Ausgehend von dieser Grundprämisse lassen sich verschiedene Varianten und Nuancierungen des *Constitutional Pluralism* unterscheiden.<sup>79</sup> Kritisiert wurde dieser freilich nicht nur für seine rechtstheoretischen Grundannahmen,<sup>80</sup> sondern auch für seine als ambivalent bis diffus wahrgenommenen Ergebnisse und insbesondere dafür, dass er eine Schwebelage konkurrierender Letztentscheidungsansprüche toleriere, auf Dialog setze und sogar von autokratischen Regimen missbraucht werden könne.<sup>81</sup> Der Verweis auf Missbrauchspotenzial und angeblich mangelnde Praktikabilität, wie insbesondere das Fehlen einer „ultimativen Antwort“ auf Jurisdiktionskonflikte,<sup>82</sup> vermag es freilich nicht, eine Theorie in ihren epistemologischen Grundlagen in Frage zu stellen. Auch ist kein Begriff vor Usurpation und Beifall von der falschen Seite gefeit. Das gilt für den Begriff des Pluralis-

78 Näher *Mattias Wendel*, Constructive Misunderstandings: How the PSPP Conflict Was Eventually Settled and How it Reflects Constitutional Pluralism, in: *Matej Avbelj* (Hrsg.), *The Future of EU Constitutionalism*, Oxford: Hart 2023, 53–69.

79 Eingehend zur Pluralität der Pluralismustheorie(n) *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: OUP 2010, 71 ff.; *Klemen Jaklic*, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford: OUP 2014, 11 ff. Vgl. zu den verschiedenen Strömungen und Ansätzen auch die Beiträge in *Matej Avbelj/Jan Komárek* (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart 2012.

80 Hierauf kann vorliegend nicht im Einzelnen eingegangen werden, vgl. für eine Kritik in Bezug auf die theoretischen Prämissen *Alexander Somek*, *Monism: A Tale of the Undead*, in: *Avbelj/Komárek* (Fn. 79), 343–380 (355 ff.).

81 In diesem Sinne *Roger D. Kelemen*, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism*, *MJ* 23 (2016), 136–150 (146), und *Federico Fabbrini*, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, *GLJ* 16 (2015), 1003–1023.

82 *Roger D. Kelemen u.a.*, *National Courts Cannot Override CJEU Judgments*, *VerfBlog* (26.5.2020), in dem eher schlicht anmutenden Satz gipfelnd: „Let’s face it: constitutionalism pluralism can’t provide a practical, ultimate answer to the question at the heart of the *Kompetenz-Kompetenz* conundrum, as sometimes direct conflicts over who has the final say on disputes over conflicts between EU and national law are unavoidable.“

mus ebenso wie für den der Identität.<sup>83</sup> Das Spiel illiberaler Regime, sich ostentativ auf den Pluralismus als Rechtfertigungsformel für die unilaterale Nichtbeachtung unionsrechtlicher Verpflichtungen zu berufen, ist einfach zu durchschauen. Es handelt sich um eine sinnentstellende Verdrehung des Pluralismusgedankens, die gerade der Durchsetzung autoritärer, antipluraler Positionen dient.

## b) Normativer Verbundbegriff

In rechtstheoretischer Hinsicht sollte der europäische Verfassungspluralismus nicht mit rechtsnormativer Beliebigkeit oder unilateral betriebener Desintegration verwechselt werden. Bei richtigem, normativem Verständnis herrscht in Europa ein „kooperativer Verfassungspluralismus“<sup>84</sup> vor, der durch Verbundmechanismen wie Permeabilität<sup>85</sup> und Responsivität<sup>86</sup> sowie durch ebenenübergreifende Formen des Dialogs, der Loyalität und der Rücksichtnahme gekennzeichnet ist.<sup>87</sup> Diese Mechanismen sind rechtlich nicht auf einer Meta-Ebene, sondern in den jeweiligen Rechtsordnungen selbst verankert, unional wie national. Insoweit bestehen engste Verbindungen zu Teilen der Föderalismustheorie<sup>88</sup> und zur Verbundtheorie,<sup>89</sup> wie sie speziell für das europäische Verfassungsrecht in Gestalt des „europäischen Verfassungsverbundes“<sup>90</sup> entwickelt wurde.

83 Vgl. zu letzterem nur *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, Berlin: Duncker & Humblot 1993 (Neusatz auf Basis der Erstauflage 1928), 103 f.

84 *Franz C. Mayer*, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, VVDStRL 75 (2016), 7–63 (38 ff.) m.w.N.

85 *Wendel*, Permeabilität (Fn. 33), 7 ff., 33 ff.

86 Zum Begriff *Lars Vellechner*, Responsiver Rechtspluralismus, Staat 51 (2012), 559–580 (569 ff.).

87 Eingehend *Mayer* (Fn. 84), 33, 37 ff.

88 Vgl. zum Verhältnis von Föderalismus und Verfassungspluralismus auch *Robert Schütze*, Federalism as Constitutional Pluralism: „Letter from America“, in: Avbelj/Komárek (Fn. 79), 185–212.

89 Den europäischen Verfassungsverbund als spezifische Ausprägung des Verfassungspluralismus konzipierend *Franz C. Mayer/Mattias Wendel*, Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism, in: Avbelj/Komárek (Fn. 79), 127–152 (132 ff.).

90 Grundlegend *Ingolf Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, CML Rev. 36 (1999), 703–750; *ders.*, Der Europäische Verfassungsverbund, Baden-Baden: Nomos 2020. Kritisch zu den theoretischen Prämissen *Matthias Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschär-

Der Verbundbegriff ist dabei nicht in einem lediglich deskriptiven, die einheitsbildende Verzahnung der Rechtsordnungen in Gesamtperspektive beschreibenden, sondern vielmehr in einem normativen Sinne zu verstehen.<sup>91</sup> Soll eine Rechtsordnung verbundfähig sein, muss sie bestimmte (Verbund-)Techniken vorhalten,<sup>92</sup> die auf eine funktionelle Verzahnung bzw. Kopplung<sup>93</sup> dieser Ordnung mit anderen Rechtsordnungen angelegt sind. Der Verbund emergiert aus dem rechtsordnungsübergreifenden Zusammenwirken der jeweils rechtsordnungsintern normierten Verbundmechanismen.

## 2. Europäischer Grundrechtspluralismus

### a) Wechselspiel von Einheit und Vielfalt

Im Bereich des Grundrechtsschutzes übersetzt sich der europäische Verfassungpluralismus als europäischer Grundrechtspluralismus.<sup>94</sup> Auch das System europäischen Grundrechtsschutzes ist ein Verbundsystem, das als funktionelle Einheit erst aus dem Zusammenwirken verschiedener, in ihrem Ursprung autonomer Grundrechtsordnungen emergiert. Diese Ordnungen können, wie nunmehr auch das BVerfG in *Recht auf Vergessen I* zutreffend anerkannt hat,<sup>95</sup> in ihren Anwendungsbereichen nicht strikt voneinander getrennt werden, sondern überlappen sich in beachtlichem Umfang. Sie müssen deshalb – und hier wird bloße Pluralität zu normativ kooperativem Pluralismus – mit jeweils ordnungsinternen Verbundtechniken föderativ koordiniert und aufeinander bezogen werden. Der Pluralis-

---

ferelation, in: Rüdiger Krause/Winfried Veeken/Klaus Vieweg (Hrsg.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa: Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, Berlin: Duncker & Humblot 2004, 637–674, 662 ff.

91 Vgl. *Wendel*, Permeabilität (Fn. 33), 43 f.

92 Zum Begriff der Verbundtechniken vgl. *Andreas Voßkuhle*, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, NVwZ 2010, 1–8 (3 f.).

93 Hier nicht notwendig systemtheoretisch konnotiert. Vgl. speziell zum Begriff der strukturellen Kopplungen im systemtheoretischen Sinne *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995 (Nachdr. 2002), 441 f.

94 Vgl. terminologisch *Oliver Lepsius*, *Grundrechtspluralismus in Europa*, in: *Johannes Masing u.a. (Hrsg.), Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, 45–66. Ähnlich auch *Classen* (Fn. 18), der von „grundrechtliche[m] Pluralismus“ spricht.

95 BVerfGE 152, 152 (Rn. 44) – *Recht auf Vergessen I*.

mus der europäischen Gesellschaft<sup>96</sup> spiegelt sich so auch im Grundrechtsschutz.

Die engen Verbindungslinien des Verfassungspluralismus zur Föderalismustheorie zeigen sich im Grundrechtsbereich besonders deutlich.<sup>97</sup> Das System des europäischen Grundrechtsschutzes folgt nicht dem Modell eines Trenn-, sondern vielmehr eines kooperativen Mischföderalismus.<sup>98</sup> Das aus dem ebenenübergreifenden Zusammenspiel verschiedener Grundrechtsordnungen und Kontrollinstanzen hervorgehende Schutzsystem ist durch ein charakteristisches Wechselspiel von Einheit und Vielfalt geprägt.

## b) Vertikale, horizontale und internationale Dimension

Kooperationsstrukturen, aber auch Konfliktlinien bestehen in vertikaler wie horizontaler Hinsicht.<sup>99</sup> Im *vertikalen* Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten stellt sich die Frage nach der richtigen Balance zwischen unionsgrundrechtlich bewirkter Unitarisierung und mitgliedstaatlicher Grundrechtsvielfalt. Wie noch näher gezeigt werden wird, dockt diese Frage rechtsdogmatisch zuvörderst an Art. 51 Abs. 1 und Art. 53 GRCh an.<sup>100</sup> Die kompetenzrechtliche Dimension dieses Konfliktes spiegelt zudem Art. 6 EUV wider, wenn er in Abs. 1 UAbs. 3 verbürgt, dass durch die Bestimmungen der Charta die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der EU „in keiner Weise erweitert“ werden sollen. In gleicher Weise reflektiert Art. 51 Abs. 2 GRCh Befürchtungen der Mitgliedstaaten, die Unionsgrundrechte könnten Prozesse eines *Competence Creep* zu Lasten der nationalen Ebene weiter befeuern.<sup>101</sup>

Daneben weist der europäische Grundrechtspluralismus aber auch eine immer wichtiger werdende *horizontale*, d.h. das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander betreffende Dimension auf. Bedeutende Formen

---

96 Wegweisend von *Bogdandy* (Fn. 24), 287 ff. speziell in Bezug auf die Gerichte.

97 Für eine föderalismustheoretische Rekonstruktion *Kleinlein* (Fn. 18), 246 ff., 277 f., 335 ff. und 434 ff. Vgl. begrifflich auch *Kingreen* (Fn. 18), 801 ff.

98 Grundlegend *Robert Schütze*, *From Dual to Cooperative Federalism*, Oxford: OUP 2009.

99 Mit vertikal ist hier keine hierarchische Struktur gemeint, sondern das Verhältnis unterschiedlicher Herrschaftsverbände bzw. öffentlicher Gewalten.

100 Vgl. insbesondere IV.1.a. und IV.1.b.

101 Diese Befürchtung teilt *Peter M. Huber*, *Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte*, NJW 2011, 2385–2390.

der mitgliedstaatlichen Kooperation im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fußen letztlich auf dem wechselseitigen Vertrauen in die (Unions-)Grundrechtstreue der jeweils anderen Mitgliedstaaten, etwa wenn eine Person aufgrund eines Europäischen Haftbefehls an einen anderen Mitgliedstaat ausgeliefert werden soll. Mit dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens und insbesondere des horizontalen Grundrechtsvertrauens ist ein komplexes Rechtsprinzip auf den Plan gerufen, das ebenfalls einer weiteren rechtsdogmatischen Einordnung bedarf.<sup>102</sup>

Schließlich besteht mit der Permeabilität des unionalen Grundrechtsschutzes für internationale Menschenrechtsstandards eine internationale Dimension, im Zuge derer sich aber zugleich Grenzen der Kooperationsoffenheit manifestieren.

#### IV. Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes in dogmatischen Grundzügen

Die ureigenste Aufgabe des Grundrechtsschutzes ist es, die Ausübung öffentlicher Gewalt individualrechtlich zu begrenzen, normativ auszurichten und dadurch überhaupt erst zu legitimieren. Diese Aufgabe ist in der EU nur durch ein föderativ koordiniertes Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen und ein kooperatives Zusammenwirken der zu ihrer Durchsetzung berufenen Organe aller beteiligten Ebenen zu bewältigen. Das daraus resultierende, dynamische und stets neu auszutarierende Wechselspiel zwischen Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes wird im Folgenden in Bezug auf die Grundrechtsgewährleistungen, die Grundrechtsanwendung und -auslegung sowie die Grundrechtsdurchsetzung rechtsdogmatisch entfaltet.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Vgl. näher IV.1.c.

<sup>103</sup> Die folgenden Ausführungen fußen in Teilen auf *Wendel*, Europäischer Grundrechtsschutz (Fn. 17), 327 ff.; *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 75 (2020), 157–168; *ders.*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen, EuR 54 (2019), 111–131.

## 1. Einheit und Vielfalt der Grundrechte

### a) Vertikale Dimension I: Reichweite der Unionsgrundrechte

#### aa) Unionsgrundrechte als „Korollar“ europäischer öffentlicher Gewalt

Politische Entscheidungsverantwortung erzwingt Grundrechtsverantwortung.<sup>104</sup> Das ist der Dreh- und Angelpunkt eines jedweden Systems von Grundrechtsschutz, sei es im Rahmen des Verfassungsstaates oder der europäischen Rechtsgemeinschaft.<sup>105</sup> Aus geteilter politischer Entscheidungsverantwortung folgt dabei geteilte Grundrechtsverantwortung und aus gemeinsamer politischer Entscheidungsverantwortung gemeinsame Grundrechtsverantwortung. Mit dieser Einsicht ist die Frage nach Einheit und Vielfalt der Grundrechte im europäischen Grundrechtspluralismus aber freilich nicht beantwortet, sondern überhaupt erst gestellt. Unter welchen Bedingungen entweder *unionale* oder *nationale* Grundrechte oder *beide gemeinsam* – und in allen Fällen stets rückgebunden an die EMRK – zum Zuge kommen, ist eine schwierige und mehrdimensionale Frage, die zudem dynamisch an den jeweiligen Entwicklungsstand des Unionsrechts gekoppelt ist. Ihre Beantwortung erfordert, wie für den Verfassungspluralismus typisch, die Einnahme unterschiedlicher Perspektiven. Das charakteristische Wechselspiel zwischen Einheit und Vielfalt europäischen Grundrechtsschutzes lässt sich so rechtsdogmatisch im Einzelnen ausbuchstabieren.

Die erste Perspektive blickt auf die Reichweite der *Unionsgrundrechte*. Ihr rechtsdogmatisches Fundament ist Art. 51 Abs. 1 GRCh. Die Norm ordnet eine umfassende<sup>106</sup> Bindung der Union, d.h. ihrer Organe, Einrich-

104 Vgl. Masing (Fn. 18), 482: „Annex zur politischen Entscheidungsverantwortung“.

105 Grundlegend zum Begriff der Rechtsgemeinschaft Walter Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, Düsseldorf: Econ 1969, 154 f. Zum Fortbestand der herausragenden Bedeutung und Tragweite des Konzepts vgl. überzeugend Franz C. Mayer, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, NJW 2017, 3631–3638. In wissenschaftstheoretischer Perspektive kritischer Armin von Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft, EuR 52 (2017), 487–511.

106 Der Verweis auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ist rein deklaratorisch, da eine Bindung an das Subsidiaritätsprinzip ohnehin aus Art. 5 Abs. 3 EUV folgt. Zutreffend Thorsten Kingreen, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 51 GRCh, Rn. 6 („nicht erwähnungsbedürftige Selbstverständlichkeit“), zugleich auch in Bezug auf Art. 52 Abs. 2 GRCh.

tungen und sonstigen Stellen, an die Charta an. Dagegen bindet sie die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung“ von Unionsrecht an die Charta (EN „only when they are implementing“, FR „uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre“). Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ist insbesondere in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft intensiv diskutiert worden.<sup>107</sup> Das mag auch damit zusammenhängen, dass die Entwicklungsgeschichte der Grundrechte des GG und die damit verbundene Marginalisierung der Landesgrundrechte den Blick auf das Unitarisierungspotenzial von Grundrechten geschärft oder, je nach Blickwinkel, verengt hat.<sup>108</sup>

Bekanntlich hat sich der EuGH für eine weite Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh entschieden. In seiner viel diskutierten Leitentscheidung *Åkerberg Fransson*<sup>109</sup> setzte er den Begriff der mitgliedstaatlichen „Durchführung“ des Unionsrechts letztlich mit der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts gleich: „Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte.“<sup>110</sup> Damit etablierte der EuGH die Unionsgrundrechte als „Korollar“<sup>111</sup> europäischer öffentlicher Gewalt. Die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte

107 Vgl. allein monografisch *Johannes Cirkel*, Die Bindungen der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, Baden-Baden: Nomos 2000; *Anna Große Wentrup*, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, Berlin: Duncker & Humblot 2003; *Frauke Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, Berlin: Duncker & Humblot 2005; *Holger M. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin: Duncker & Humblot 2009, 314 ff.; *Julia Mall*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, Bern: Peter Lang 2012, 87 ff.; *Benjamin Maier*, Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien, Baden-Baden: Nomos 2013, 48 ff.; *Jan Heuer*, Art 51 Abs. 1 S. 1 GRCh: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, München: Herbert Utz 2014; *Benedikt Pirker*, Grundrechtsschutz im Unionsrecht zwischen Subsidiarität und Integration, Baden-Baden: Nomos 2018.

108 Vgl. *Huber* (Fn. 101), 2386, auch mit Blick auf die USA.

109 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3). Erhellende Analysen bei *Thorsten Kingreen*, Ne bis in idem: Zum Gerichtswettbewerb um die Deutungshoheit über die Grundrechte, EuR 48 (2013), 446–453; *Daniel Sarmiento*, Who's Afraid of the Charter?, CML Rev. 50 (2013), 1267–1304; *Jan H. Reestman/Leonard F.M. Besselink*, Editorial: After *Åkerberg Fransson* and *Melloni*, EuConst 9 (2013), 169–175.

110 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 21, unter Rückbezug (vgl. ebd. Rn. 19) auf die Prä-Charta-Rechtsprechung, insbes. Urteil v. 29.5.1997, Rs. C-299/95, ECLI:EU:C:1997:254, Rn. 15 – *Kremzow*, sowie Urteil v. 18.12.1997, Rs. C-309/96, ECLI:EU:C:1997:631, Rn. 13 – *Annibaldi*.

111 So treffend die Beschreibung des BVerfGE 152, 152 (Rn. 42) – *Recht auf Vergessen I*.

erstreckt sich folgerichtig auch auf Bereiche, in denen das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen Spielraum einräumt.<sup>112</sup> Der Spielraumbereich ist durch eine Mehrstufigkeit der Rechtserzeugung und, ihr zugrunde liegend, eine Überlappung nationaler und unionaler politischer Entscheidungsverantwortung gekennzeichnet. Zwar belässt das Unionsrecht Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen auf nationaler Ebene, indem es mitgliedstaatliches Handeln nicht erschöpfend determiniert. Es setzt aber gleichwohl den Anlass und den äußeren rechtlichen Rahmen innerstaatlicher Rechtsetzung. Europäische und nationale Entscheidungsverantwortung überlagern sich hier. Soll die Reichweite des Grundrechtsschutzes aber richtigerweise kongruent zur Reichweite politischer Entscheidungsverantwortung sein,<sup>113</sup> bedarf es konsequenterweise eines sich überlagernden Grundrechtsschutzes und, folglich, einer unionsgrundrechtlichen Erfassung des Spielraumbereichs. Dies überzeugt auch aufgrund – und nicht etwa trotz – der Unterschiedlichkeit nationaler Schutzsysteme. Die Charta gewährt einen grundrechtlichen Mindeststandard in allen Mitgliedstaaten, soweit die unionale politische Entscheidungsverantwortung reicht.<sup>114</sup>

Anders ist dies dort, wo die europäische öffentliche Gewalt nicht hinreicht oder allenfalls lose Berührungspunkte zu nationalem Handeln aufweist. Für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte reicht keineswegs ein irgendwie gearteter Bezug zum Unionsrecht. Vielmehr bedarf es eines „hinreichenden Zusammenhang[s] von einem gewissen Grad“, der „darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann“.<sup>115</sup>

112 So bereits vor *Åkerberg Fransson* EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14), Rn. 68, im Kontext des Dublin-Systems sowie – im Sinne einer unionsgrundrechtskonformen Ausfüllung nationaler Ermessensspielräume beim Verwaltungsvollzug – früh bereits Urteil v. 13.7.1989, Rs. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321, Rn. 22 – *Wachauf*. Für ein *Åkerberg Fransson* nachfolgendes Beispiel vgl. Urteil v. 13.6.2017, Rs. C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448, Rn. 48 – *Florescu*.

113 Vgl. abermals *Masing* (Fn. 18), 482.

114 In *Åkerberg Fransson* wäre trotz Eröffnung des unionsrechtlichen Anwendungsereichs Grundrechtsschutz ansonsten praktisch nicht gewährt worden. Vgl. zum Ganzen *Koen Lenaerts*, In Vielfalt geeint – Grundrechte als Basis des europäischen Integrationsprozesses, EuGRZ 2015, 353–361.

115 EuGH, *Siragusa* (Fn. 9), Rn. 24, zudem mit (nicht kumulativen oder abschließend aufgelisteten) Indizien, wann dies der Fall sein soll und wann nicht (ebd. Rn. 25). Instrukтив *Daniel Thym*, Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta, DÖV 2014, 941–951. Vgl. für weitere Beispiele der Verneinung des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs durch den EuGH: Urteil v. 7.3.2017, Rs. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173 – *X und X (humanitäres Visum)*.



In Ermangelung eines hinreichenden Zusammenhangs sind die Mitgliedstaaten von Verpflichtungen des unionalen Fachrechts frei. Im Bereich solcher unionsrechtsexternen Freiräume kann es – im Gegensatz zu unionsrechtsinternen Spielräumen – schon begrifflich keine „Durchführung“ von Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und folglich auch keine Bindung mitgliedstaatlichen Handelns an Unionsgrundrechte geben.<sup>116</sup> So sehr diese Differenzierung dem Grunde nach einleuchtet, so schwierig gestaltet sich ihre Handhabung in der Praxis. Die Abgrenzung von unionsrechtsinternen Spielräumen gegenüber unionsrechtsexternen Freiräumen von Mitgliedstaaten kann mitunter erhebliche Probleme bereiten.<sup>117</sup> Nach den Urteilen *Hernández*<sup>118</sup> und *TSN*<sup>119</sup> liegen nationale Optionenräume jedenfalls dann außerhalb des Unionsrechts, wenn dieses den Mitgliedstaaten „keine im Recht der Union begründete Rechtsetzungsbefugnis“ verleiht, sondern sich auf die Anerkennung einer „nach nationalem Recht“ bestehenden Befugnis beschränkt, nationale Regelungen außerhalb des sekundärrechtlich gezogenen Regelungsrahmens zu setzen.<sup>120</sup> Der EuGH hat dies z.B. bejaht, wenn Unionsrecht ausdrücklich die Möglichkeit der Mitgliedstaaten aufrecht erhält, „günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen“.<sup>121</sup> Findet die mitgliedstaatliche Regelungs- oder Handlungsoption also Anlass und Rahmen *nicht* im Unionsrecht, sind Unionsgrundrechte nicht anwendbar.

Die Einhegung bzw. Ausrichtung europäischer öffentlicher Gewalt durch bzw. auf die Unionsgrundrechte erfolgt überall dort, wo die europäische

116 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 19, 21 f.

117 Vgl. nur EuGH, *Julian Hernández* (Fn. 9), Rn. 44; Urteil v. 9.3.2017, Rs. C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198, Rn. 52 – *Milkova*; Urteil v. 19.4.2018, Rs. C-152/17, ECLI:EU:C:2018:264, Rn. 35 – *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*; Urteil v. 24.10.2019, verb. Rs. C-469/18 und C-470/18, ECLI:EU:C:2019:895, Rn. 18 – *Belgischer Staat*; Urteil v. 19.11.2019, verb. Rs. C-609/17 und C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981, Rn. 49 – *TSN u.a.*; Urteil v. 4.6.2020, Rs. C-588/18, ECLI:EU:C:2020:420, Rn. 31 – *Fetico*; Urteil v. 10.6.2021, Rs. C-94/20, ECLI:EU:C:2021:477, Rn. 47 – *Land Oberösterreich – Aide au logement*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602, Rn. 85 – *DISC*.

118 EuGH, *Hernández* (Fn. 9), Rn. 44, in Bezug auf Art. 11 Abs. 1 der RL 2008/94/EG (Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers).

119 EuGH, *TSN u.a.* (Fn. 117), Rn. 49.

120 Ebd. (Hervorhebung hinzugefügt). Die Formulierungen in den beiden Urteilen weichen leicht voneinander ab, stimmen aber in den Kernpassagen überein.

121 So EuGH, *Hernández* (Fn. 9), Rn. 44. Gleiches gilt, wenn die Möglichkeit zur Anwendung günstigerer nationaler Vorschriften durch Unionsrecht „unberührt“ bleibe, vgl. *TSN u.a.* (Fn. 117), Rn. 49.

öffentliche Gewalt rechtsnormativ hinreicht, also auch dort, wo die Union und insbesondere der Unionsgesetzgeber lediglich den äußeren Rahmen festlegen, innerhalb dessen die Mitgliedstaaten über einen Umsetzungs- bzw. Gestaltungsspielraum verfügen. Die Charta folgt, so haben es *Koen Lenaerts* und *José A. Gutiérrez-Fons* einmal ausgedrückt, dem Unionsrecht wie ein „Schatten“.<sup>122</sup>

bb) Krisenschutz der Unionsgrundrechte jenseits von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh?

Können die Unionsgrundrechte gleichwohl Schutzwirkung in Bereichen entfalten, die vom unionalen Fachrecht nicht erfasst sind? Diese Frage nach einer Wirkung der Unionsgrundrechte jenseits von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh stellt sich in besonders grundsätzlicher Weise dort, wo ein Mitgliedstaat systemisch die Grundwerte des Art. 2 EUV untergräbt. Das ist leider kein nur hypothetisches Szenario, wie die in mehreren Mitgliedstaaten nach wie vor grassierende Rechtsstaatskrise und namentlich der Rückbau justizieller Unabhängigkeit in Polen<sup>123</sup> und die Errichtung einer „illiberalen“ Demokratie in Ungarn<sup>124</sup> zeigen. Der personelle und institutionelle Umbau nationaler Gerichte und ihre zunehmende Unterwerfung unter eine populistische Mehrheitspolitik sind indes *per se* in aller Regel keine „Durchführung“ des Unionsrechts i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh. Zwar können bestimmte Teile justizieller Personalpolitik, wie z.B. Regelungen zum Ruhestandsalter

---

122 *Koen Lenaerts/José A. Gutiérrez-Fons*, The Place of the Charter in the EU Edifice, in: Steve Peers u.a. (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart 2014, 1559–1594 (1568).

123 *Mirosław Wyrzykowski*, Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland, *Hague Journal on the Rule of Law* 11 (2019), 417–422; *Wojciech Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford: OUP 2019; *Laurent Pech/Patryk Wachowiec/Dariusz Mazur*, Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action, *Hague Journal on the Rule of Law* 13 (2021), 1–43; *Marcin Wićcek*, Constitutional Crisis in Poland 2015–2016 in the Light of the Rule of Law Principle, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin: Springer 2021, 15–33.

124 Vgl. *András Jakab/Eszter Bodnár*, Agonie eines jungen Verfassungsstaates, in: Ellen Bos/Astrid Lorenz (Hrsg.), *Das politische System Ungarns*, Wiesbaden: Springer 2020, 57–74; *László Sólyom*, The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary, in: Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford: Hart 2015, 14–45.

oder zur Frühverrentung, den Verboten der Altersdiskriminierung<sup>125</sup> bzw. der Ungleichbehandlung von Frauen und Männern<sup>126</sup> unterfallen. Andere Aspekte können in begrenztem Rahmen mittels der Grundfreiheiten<sup>127</sup> oder sogar des WTO-Rechts adressiert werden, wie der Rechtsstreit um das ungarische Hochschulgesetz zeigt.<sup>128</sup> In einigen Fällen greifen auch rechtliche Spezialregime, wie das für Rumänien geltende VZÜ.<sup>129</sup> Gleichwohl verbleibt der Befund, dass mittels der Charta zahlreiche neuralgische Punkte nationaler Rechtsstaatskrisen nicht direkt adressiert werden können. So ist das Grundrecht auf ein unabhängiges Gericht aus Art. 47 Abs. 2 GRCh in aller Regel nicht direkt auf eine innerstaatliche Justizreform anwendbar, deren auf die nationale Organisationsstruktur der Justiz bezogene Vorschriften in weiten Teilen keinen hinreichenden Konnex zu materiellem Unionsrecht aufweisen.<sup>130</sup> Angesichts dieses Dilemmas ist in der Rechtswissenschaft vorgeschlagen worden, im Sinne einer „Reverse Solange“-Doktrin jedenfalls die Einhaltung eines Kerngehalts der Unionsgrundrechte auch jenseits des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh von den Mitgliedstaaten einzufordern.<sup>131</sup> Während der ursprüngliche Vorschlag dogmatisch am Kernbestand der Unionsbürgerschaft ansetzte,<sup>132</sup> knüpfte ein zweiter Aufschlag direkter bei Art. 2 EUV in seiner Wechselwirkung mit einzelnen primärrechtlichen Garantien an,

125 Vgl. EuGH, Urteil v. 6.11.2012, Rs. C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687 – *Kommission/Ungarn*, sowie A.K. u.a. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts*) (Fn. 15).

126 Namentlich Art. 157 AEUV sowie der RL 2006/54/EG, vgl. EuGH, Urteil v. 5.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)*.

127 Insbesondere die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 und 56 AEUV.

128 EuGH, Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792 – *Kommission/Ungarn (Hochschulgesetz)*.

129 Verfahren für Zusammenarbeit und Überprüfung. Dieses wurde durch die Entscheidung 2006/928 anlässlich des rumänischen EU-Beitritts eingeführt. Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Urteil v. 21.12.2021, Rs. C-357/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:1034 – *Euro Box Promotion u.a.*

130 Für eine Ausnahme im Bereich der Frühverrentungen vgl. EuGH, A.K. u.a. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts*) (Fn. 15), Rn. 78 ff., 114 ff.

131 Innovativ *Armin von Bogdandy u.a.*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte, *ZaöRV* 72 (2012), 45–78 (67 ff.) im Kontext der ungarischen Mediengesetze.

132 Ebd.

gipfelnd in der Forderung nach einer strafrechtlichen Verantwortung nationaler Richter.<sup>133</sup>

Für das vertikale<sup>134</sup> Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten hat der Gerichtshof einen spezifischen Ansatz entwickelt, der in seinen Wirkungen nichts weniger als einem *Game Changer* gleichkommt. Mit seiner Leitentcheidung im Fall *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*<sup>135</sup> schaffte der EuGH in präjudizieller Antizipation<sup>136</sup> die Grundlage für einen direkten unionsrechtlichen Zugriff auf den Rückbau justizieller Unabhängigkeit in den Mitgliedstaaten. Seinen dogmatischen Ausgangspunkt nimmt dieser Ansatz nicht bei den Unionsgrundrechten, sondern bei der institutionellen Garantie des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, in welcher der EuGH ausdrücklich den Wert der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 2 EUV konkretisiert sieht.<sup>137</sup> Mit dem EuGH verlangt Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV die Einhaltung bestimmter Mindeststandards richterlicher Unabhängigkeit auch bei der nationalen Justizorganisation. Denn soweit die betreffenden nationalen Gerichte funktional Teil der europäischen Judikative sein können, ist ihre Funktionsfähigkeit letztlich Gelingensbedingung der europäischen Rechtsgemeinschaft.<sup>138</sup> Für diesen auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV gestützten Zugriff des Unionsrechts auf die nationale Judikative kommt es gerade nicht darauf an, ob die Mitgliedstaaten im konkreten Fall Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durchführen.<sup>139</sup> Es genügt vielmehr, dass das betreffende nationale Gericht aufgrund seiner Art und Zuständigkeit potenziell in die Situation kommen kann, Unionsrecht auszulegen und anzuwenden.<sup>140</sup> So-

133 Armin von Bogdandy/Luke D. Spieker, Reverse Solange 2.0: Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter, EuR 55 (2020), 301–331 (317 ff.).

134 Zum horizontalen und namentlich zu EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15) vgl. IV.1.c.

135 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*.

136 Der Fall selbst war wenig spektakulär und hatte noch keinen direkten Bezug zur Rechtsstaatskrise in Polen und andernorts. Der EuGH verneinte eine Verletzung des Grundsatzes richterlicher Unabhängigkeit durch die EU-seitig angestoßenen Sparmaßnahmen im öffentlichen Dienst Portugals, etablierte in der Entscheidung aber den in der Folgerechtsprechung zur Rechtsstaatskrise so entscheidend werdenden, auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV basierenden Maßstab.

137 EuGH, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (Fn. 135), Rn. 32.

138 Ebd., Rn. 37–45.

139 So explizit ebd., Rn. 29.

140 So bereits implizit auf Subsumtionsebene ebd., Rn. 39 f. Klarer dann EuGH, *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 52,

weit nationale Gerichte also grundsätzlich auch ein europäisches Mandat erfüllen, müssen sie dauerhaft den Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV genügen.<sup>141</sup> Deshalb ist Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV mit einem selbständigen, im Gegensatz zu den Unionsgrundrechten in seinem Anwendungsbereich *nicht-akzessorischen* Justizstandard quasi-föderaler Art verglichen worden.<sup>142</sup>

Nimmt der über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV eröffnete unionsrechtliche Maßstab seinen Ausgangspunkt zwar nicht direkt in den Unionsgrundrechten (bzw. ihrem Wesensgehalt) und arbeitet auch nicht mit einer widerleglichen Vermutung der mitgliedstaatlichen Rechtsstaats- bzw. Grundrechtstreue,<sup>143</sup> so spielen die Unionsgrundrechte gleichwohl *materiell* eine wichtige Rolle. Den materiellen Gehalt der aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV resultierenden Anforderungen an die Unabhängigkeit nationaler Gerichte entwickelt der EuGH nämlich unter Heranziehung bzw. „gebührender Berücksichtigung“ des Art. 47 Abs. 2 GRCh,<sup>144</sup> der seinerseits zu nicht unerheblichen Teilen mit EMRK-Gehalten angereichert ist.<sup>145</sup> Trotz ihrer Strukturverschiedenheit – Art. 47 Abs. 2 GRCh ist eine individualrechtliche Garantie mit Ausrichtung auf den Einzelfall, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV dagegen eine institutionelle Garantie mit Ausrichtung auf das Gesamtsystem<sup>146</sup> – verklammert der EuGH beide Normen miteinander und konturiert so die materiellen Anforderungen an richterliche Unabhängigkeit.

55 f.; *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)* (Fn. 126), Rn. 103; Urteil v. 2.3.2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 112 – *A.B. u.a. (Ernennung von Richtern am polnischen Obersten Gericht)*; *Kommission/Polen (Disziplinarordnung für Richter)* (Fn. 15), Rn. 54, sowie in Bezug auf die maltesische Justiz Urteil v. 21.4.2021, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, Rn. 37 – *Repubblica*.

141 *Koen Lenaerts*, The Role of the Charter in the Member States, in: Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30), 19 (25).

142 *Laurent Pech/Sébastien Platon*, Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case, CML Rev. 55 (2018), 1827–1854 (1838).

143 Weshalb sich Anleihen zur Solange-Doktrin hier vielleicht weniger aufdrängen – anders als bei der horizontalen Dimension des Grundrechtsvertrauens, vgl. EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15); dazu IV.1.c.

144 Ausdrücklich EuGH, *A.B. u.a. (Ernennung von Richtern am polnischen Obersten Gericht)* (Fn. 140), Rn. 142, der Sache nach aber bereits in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (Fn. 135), Rn. 41, und *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 57.

145 Art. 47 Abs. 2 GRCh entspricht, trotz nicht unbedeutender Abweichungen, strukturell Art. 6 EMRK, was wegen Art. 52 Abs. 3 GRCh auf seine Auslegung durchschlägt. Vgl. insoweit eingehend EuGH, *A.K. u.a. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 116 ff.

146 Diesen Unterschied klar herausarbeitend EuGH, *Repubblica* (Fn. 140), Rn. 52.

Dabei betont der EuGH wiederholt den grundlegenden Konnex zwischen dem Erfordernis richterlicher Unabhängigkeit, das dem *Wesensgehalt* des Art. 47 Abs. 2 GRCh immanent ist,<sup>147</sup> und der Wahrung der Werte des Art. 2 EUV.<sup>148</sup> Auf Grundlage der unionsgrundrechtlichen Anreicherung qualifiziert der EuGH die aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV folgenden Rechtspflicht der Mitgliedstaaten letztlich auch als klare, präzise und unbedingte „Ergebnispflicht“, die gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht Anwendungsvorrang genießt.<sup>149</sup>

Die materielle Aufladung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV mit Art. 47 Abs. 2 GRCh ist rechtsdogmatisch gleichwohl von der direkten Anwendbarkeit des Art. 47 Abs. 2 GRCh zu unterscheiden. Denn in zahlreichen Fallgestaltungen, in denen Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV greift,<sup>150</sup> gelangt das Grundrecht aus Art. 47 Abs. 2 GRCh „als solche[s]“ gerade nicht zur Anwendung.<sup>151</sup> Obwohl Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV (im Lichte des Gehalts von Art. 47 Abs. 2 GRCh) einen hinreichend klaren, präzisen und unbedingten Normbefehl ausspricht, eröffnet er den Anwendungsbereich der Charta seinerseits gerade nicht, stellt also keine „Durchführung“ des Unionsrechts i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh dar.<sup>152</sup> Das ist konsequent, weil über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV letztlich ein spezifischer, nämlich *systemisch-struktureller Zugriff auf Mindestanforderungen* nationaler Gerichte als funktionaler

147 Zu diesem bereits eingehend Mattias Wendel, *Mutual Trust, Essence and Federalism: Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM*, EuConst 15 (2019), 17–47 (25 ff.).

148 EuGH, *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 58; *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)* (Fn. 126), Rn. 106; *A.B. u.a. (Ernennung von Richtern am polnischen Obersten Gericht)* (Fn. 140), Rn. 116. Vgl. grundlegend für das horizontale Verhältnis bereits *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 48.

149 EuGH, *A.B. u.a. (Ernennung von Richtern am polnischen Obersten Gericht)* (Fn. 140), Rn. 146, 148. Bestätigt sodann in der Rechtsprechung zu Rumänien, vgl. Urteil v. 18.5.2021, verb. Rs. C-83/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 250 – *Asociația Forumul Judecătorilor din România*; *Euro Box Promotion u.a.* (Fn. 129), Rn. 253; Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 58 – *RS (Wirkungen der Entscheidungen eines Verfassungsgerichts)*.

150 Am prominentesten vielleicht EuGH, Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615, Rn. 42–59 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts Polens)*, und *Kommission/Polen (Disziplinarordnung für Richter)* (Fn. 15).

151 So ausdrücklich im Kontext Maltas EuGH, *Repubblica* (Fn. 140), Rn. 44, und Rumäniens, *RS (Wirkungen der Entscheidungen eines Verfassungsgerichts)* (Fn. 149), Rn. 36.

152 Zur Problematik Luke D. Spieker, *Werte, Vorrang, Identität: Der Dreiklang europäischer Justizkonflikte vor dem EuGH*, EuZW 33 (2022), 305–313 (308 f.).

Teil der europäischen Judikative erfolgt, der im Gegensatz zu den individualrechtlichen Unionsgrundrechten einzelfallunabhängig ist. Umgekehrt macht die Anwendung des Art. 47 Abs. 2 GRCh dort, wo die Voraussetzungen des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh vorliegen, einen Rückgriff auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV entbehrlich.<sup>153</sup>

Spannend bleibt die Frage, ob und ggf. unter welchen Bedingungen der EuGH künftig weitere, wertekonkretisierende Transmissionsnormen in den Verträgen identifizieren wird, die analog Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV einen systemisch-strukturellen Zugriff auf Mindestanforderungen innerstaatlicher Institutionen, wie z.B. Parlamenten und Gubernativen, unter Einbeziehung materieller Grundrechtsgehalte erlauben, etwa in Bezug auf das Demokratieprinzip und konkret Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 12 EUV.<sup>154</sup>

## b) Vertikale Dimension II: Nationale Grundrechtsvielfalt

### aa) Unionsrechtlicher Rahmen der Grundrechtsvielfalt im Spielraumbereich

Mit der Beantwortung der Frage nach der Reichweite der Unionsgrundrechte ist noch keine Aussage über Einheit *oder* Vielfalt des Grundrechtsschutzes in der Union getroffen. Zwar greifen die nationalen Grundrechte jedenfalls dort, wo die Unionsgrundrechte keine Anwendung finden. Insofern indiziert die Reichweite der Unionsgrundrechte zugleich negativ die Reichweite der nationalen Grundrechte. Umgekehrt bedeutet die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte aber nicht automatisch EU-weite Grundrechtseinheit unter Ausschluss nationaler Grundrechte. Unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen ist vielmehr eine parallele Anwendbarkeit nationaler Grundrechte und damit Grundrechtsvielfalt in durchaus beträchtlichem Umfang möglich. Vor diesem Hintergrund geht es der zweiten, nunmehr einzunehmenden Perspektive um die Reichweite der *nationalen Grundrechte* und der dadurch ermöglichten Grundrechtsvielfalt *innerhalb*

153 EuGH, A.K. u.a. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts*) (Fn. 15), Rn. 169.

154 Aufschluss hierüber könnte u.a. das am 8. Juni 2023 eröffnete Vertragsverletzungsverfahren in Sachen „Lex Tusk“ geben (INFR(2023)2088), im Rahmen dessen die Kommission u.a. eine Verletzung von Art. 2 i.V.m. Art. 10 EUV rügt.



des Anwendungsbereichs des Unionsrechts.<sup>155</sup> Diese Fragestellung ist auf das Engste mit der Regelungsdichte des Unionsrechts und damit der Existenz mitgliedstaatlicher Spielräume verknüpft.

Aus Sicht des Unionsrechts ist die Frage nach mitgliedstaatlichen Spielräumen und damit die Unterscheidung zwischen vollharmonisierendem und gestaltungsoffenem Unionsrecht (*Spielraumtest*) für die Bestimmung der zulässigen Reichweite der Anwendung nationaler Schutzstandards im Anwendungsbereich des Unionsrechts relevant.<sup>156</sup> Normativ setzt diese Frage bei Art. 53 GRCh an. Eine parallele Anwendbarkeit nationaler Grundrechte hat der EuGH nur im „nicht vollständig durch das Unionsrecht“ determinierten Spielraumbereich zugelassen<sup>157</sup> und ihr im Urteil *Melloni* dort Grenzen gezogen, wo entweder das Schutzniveau der Charta unterlaufen oder aber Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt würden.<sup>158</sup> Auf drei Vorlagen des BGH hin sah es der EuGH dementsprechend als mit Unionsrecht vereinbar an, die Prüfung innerstaatlichen Umsetzungsrechts am Maßstab nationaler Grundrechte vom Vorliegen eines Umsetzungsspielraumes abhängig zu machen,<sup>159</sup> „sofern sich dies auf den durch die Richtlinienbestimmungen bewirkten Harmonisierungsgrad bezieht, da die Anwendung nationaler Schutzstandards nur in Betracht kommt, soweit die Bestimmungen des Unionsrechts keine vollständige Harmonisierung bewirken.“<sup>160</sup> Aus dieser Präzisierung folgt, dass das Handeln eines Mitgliedstaats dann im Sinne von *Åkerberg Fransson* „nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt“ ist,<sup>161</sup> wenn das einschlägige Unionsrecht „keine vollständige Harmonisierung“ bewirkt.<sup>162</sup> Begrifflich-

155 Zur Abgrenzung von unionsrechtsexternen Freiräumen vgl. bereits vorstehend IV.1.a.aa.

156 Vgl. zum Spielraumtest eingehend Wendel, *Europäischer Grundrechtsschutz* (Fn. 17), 346 ff., 350 ff. Speziell für den Bereich des Datenschutzrechts s. *Nikolaus Marsch*, *Das europäische Datenschutzgrundrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 297.

157 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 29.

158 EuGH, *Melloni* (Fn. 9), Rn. 60, sowie darauf Bezug nehmend *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 29.

159 Zum bundesverfassungsgerichtlichen Kontrollansatz siehe sogleich.

160 So, jeweils gleichlautend, EuGH, Urteil v. 29.7.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624, Rn. 81 – *Pelham*; Urteil v. 29.7.2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, Rn. 33 – *Funke Medien*; Urteil v. 29.7.2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, Rn. 22 – *Spiegel-Online*.

161 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 29.

162 Vgl. die Nachweise in Fn. 160.



konzeptionell kommt es also auf den Grad der Rechtsvereinheitlichung, den „Harmonisierungsgrad“, an.<sup>163</sup> Die parallele Anwendbarkeit nationaler Grundrechte scheidet jedenfalls dann von vornherein aus, wenn die einschlägigen Normen des Unionsrechts eine vollständige Harmonisierung bewirken.<sup>164</sup> Diese harmonisierungsspezifische Terminologie hat sich auch das BVerfG sodann in *Recht auf Vergessen* zu eigen gemacht.<sup>165</sup>

Schließlich ist der Spielraumtest für den EuGH im Grundrechtsbereich unter dem Gesichtspunkt des Dialogs mit den nationalen Fachgerichten relevant. Wenden sich die Fachgerichte im Falle, dass ein innerstaatliches Gesetz potenziell sowohl nationale als auch europäische Grundrechte verletzt, prioritär an ihr nationales Verfassungsgericht, kann dies den Dialog mit dem EuGH und seine Kompetenz zur letztverbindlichen Auslegung des Unionsrechts und zur Verwerfung von Sekundärrecht gefährden. Deshalb hat der EuGH in Bezug auf vorgeschaltete verfassungsgerichtliche Normenkontrollen klargestellt, dass nationale Verfassungsgerichte dem EuGH eine Gültigkeitsvorlage unterbreiten müssen, wenn sie im Rahmen einer Normenkontrolle die Verfassungsmäßigkeit innerstaatlicher Normen prüfen, deren „Inhalt auf die Umsetzung zwingender Bestimmungen einer Unionsrichtlinie beschränkt ist“.<sup>166</sup>

## bb) Verfassungsrechtliche Relevanz innerstaatlicher Spielräume

Auch aus nationaler Perspektive und insbesondere aus Sicht nationaler Verfassungsgerichte ist die Existenz mitgliedstaatlicher Spielräume für den

163 So auch *François-Xavier Millet*, Why Article 53 of the Charter Should Ground the Application of National Fundamental Rights in Fully Harmonised Areas, in: Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30), 441–463 (451).

164 Für ein Beispiel vgl. EuGH, *Pelham* (Fn. 160), Rn. 86.

165 BVerfGE 152, 152 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 51 („vollvereinheitlichte Regelungsbe-  
reiche“) und Rn. 53 („Grad der fachrechtlichen Vereinheitlichung“), sowie BVerfGE  
152, 216 – *Recht auf Vergessen II*, Rn. 81 („Unterscheidung zwischen vollvereinheit-  
lichtem und gestaltungsoffenem Unionsrecht“) sowie ebenfalls unter Verwendung  
des Attributs „vollvereinheitlicht“ Rn. 43, 45 f., 52 und 60.

166 So in Bezug auf die *question prioritaire de constitutionnalité* in Frankreich EuGH,  
Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, Rn. 56  
– *Melki und Abdeli*, sowie in Bezug auf Österreich Urteil v. 11.9.2014, Rs. C-112/13,  
ECLI:EU:C:2014:2195, Rn. 43 – *A gegen B u.a.* In Bezug auf Belgien wiederholte der  
EuGH in seinem Beschluss v. 11.3.2011, Rs. C-457/09, ECLI:EU:C:2011:101, Rn. 20 –  
*Chartry*, dagegen nur die Maßgaben zur Absicherung des fachgerichtlichen Dialogs  
mit dem Gerichtshof.

Zuschnitt des Grundrechtsschutzes von großer Bedeutung. Das zeigt sich trotz aller Verschiedenheiten von Land zu Land im Rechtsvergleich besonders deutlich.<sup>167</sup> Für das BVerfG ist die Unterscheidung zwischen vollharmonisierendem und gestaltungsoffenem Unionsrecht schon seit längerem gerade deshalb relevant, weil sie als Lackmustest dafür fungiert, inwieweit die Grundrechte des GG als Prüfungsmaßstab für innerstaatliche Umsetzungsgesetzgebung herangezogen werden dürfen. Der Spielraumtest filtert Bereiche heraus, in denen die Anwendung deutscher Grundrechte zwingende und vorrangige Vorgaben des Unionsrechts infrage stellen würde und in denen das BVerfG in Verlängerung seiner *Solange-II*-Rechtsprechung folglich auf eine Überprüfung am Maßstab der Grundrechte des GG grundsätzlich verzichten muss.<sup>168</sup>

Bis zur bahnbrechenden Judikatur zum *Recht auf Vergessen*, mit dem das BVerfG erstmals die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde anerkannte,<sup>169</sup> markierte der Spielraumtest aus Sicht Karlsruhes aber keineswegs nur die Trennlinie zwischen nationaler und europäischer Grundrechtsordnung, sondern zugleich zwischen den gerichtlichen Kontrollkompetenzen. Er erfüllte neben der ordnungs- zugleich eine kompetenzscheidende Funktion. Das BVerfG verfolgte einen trennföderativen auf eine klare „Alternativität“<sup>170</sup> hin ausgerichteten Ansatz.<sup>171</sup> Im Spielraumbereich sollte die Grundrechtskontrolle durch das BVerfG am Maßstab des GG erfolgen, im zwingenden Bereich dagegen durch die Fachgerichte im Dialog mit dem EuGH.<sup>172</sup> Durch die trennföderative Brille betrachtet stellte sich die weite Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durch

167 Für eine rechtsvergleichende Analyse vgl. im Einzelnen Wendel, Europäischer Grundrechtsschutz (Fn. 17), 334 ff.

168 BVerfGE 118, 79 (Rn. 68 f.) – *Treibhausgas I*; 125, 260 (Rn. 181 f.) – *Vorratsdatenspeicherung I*; 129, 78 (Rn. 53 f.) – *Le Corbusier Designermöbel*. Für die Notwendigkeit grundrechtskonformer Ausfüllung von Umsetzungsspielräumen im Kontext eines Rahmenbeschlusses zuvor bereits der Zweite Senat BVerfGE 113, 273 (Rn. 80) – *Europäischer Haftbefehl I*.

169 BVerfGE 152, 216 – *Recht auf Vergessen II*.

170 So noch Masing (Fn. 18), 481 f., der spätere Berichterstatter in *Recht auf Vergessen*.

171 Von „Trennungsthese“ sprachen insoweit treffend Thym (Fn. 18), 54 f., und Claudio Franzius, Grundrechtsschutz in Europa, ZaöRV 75 (2015), 383–412 (388 ff.).

172 Folgerichtig verpflichtete das BVerfG unter bestimmten Voraussetzungen unterinstanzliche Gerichte zur Vorlage an den EuGH, um die unionsrechtliche Regelungsdichte als notwendige Vorfrage der Zulässigkeit der bundesverfassungsgerichtlichen Grundrechtskontrolle (hier der konkreten Normenkontrolle) klären zu lassen, BVerfGE 129, 186 (Rn. 43 ff.) – *Investitionszulagengesetz I*.

den EuGH nicht nur als „Grundrechtsordnungskonkurrenz“,<sup>173</sup> sondern zugleich als judikativer Kompetenzübergreif dar.<sup>174</sup> Mit *Recht auf Vergessen* gab das BVerfG diese trennföderative Prämisse weitgehend auf und erkannte das teilweise Neben- und Miteinander nationaler und europäischer Grundrechte im europäischen Grundrechtspluralismus im Grundsatz an.<sup>175</sup> In begrüßenswerter Weise verschob es den Fokus weg vom Bemühen um eine strikte Trennung der Grundrechtssphären und Kontrollkompetenzen hin zum Management ihrer teilweisen Überlappung.

Seit *Recht auf Vergessen* fungiert der „Grad der fachrechtlichen Vereinheitlichung“<sup>176</sup> für das BVerfG als *Maßstabsdeterminante*. Soweit das einschlägige Unionsrecht vollständig vereinheitlicht ist, ziehen Erster<sup>177</sup> und Zweiter<sup>178</sup> Senat des BVerfG die Charta unmittelbar als Prüfungsmaßstab heran.<sup>179</sup> Wo das unionale Fachrecht hingegen nationale Spielräume eröffnet, wendet das BVerfG „primär“,<sup>180</sup> d.h. grundsätzlich, das GG an.<sup>181</sup> Diese für den Spielraumbereich eingeführte Anwendungspräferenz zugunsten deutscher Grundrechte gegenüber den – hier ebenfalls anwendbaren – Unionsgrundrechten ist problematisch und führt die Trennung zwischen den Grundrechtsordnungen bis zu einem gewissen Grad fort. Die Anwen-

173 Prägnant Heiko Sauer, Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem, in: Matz-Lück/Hong (Fn. 18), 1–68 (15, Hervorh. hinzugefügt), der zudem zutreffend die Unterschiede der materiell-rechtlichen und der kompetenziell-institutionellen herausarbeitet (ebd., 6).

174 BVerfGE 133, 277, 316 (Rn. 91) – *Antiterrordatei*. Kritisch gegenüber der weiten Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durch den EuGH auch die Richter:innen am BVerfG Gabriele Britz, Grundrechtsschutz durch Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, 275–281 (278 ff.); Huber (Fn. 101), 2385–2390 (2387).

175 Vgl. BVerfGE 152, 152 (Rn. 44) – *Recht auf Vergessen I*.

176 Ebd., Rn. 53.

177 BVerfGE 152, 216 (Rn. 50 ff.) – *Recht auf Vergessen II*.

178 BVerfGE 156, 182 (Rn. 36 ff.) – *Europäischer Haftbefehl III*; BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 35 ff. – *Ökotox-Daten*; Beschluss v. 27.1.2022, 2 BvR 1214/21 – *Europäischer Haftbefehl IV*.

179 Jedenfalls soweit sie im Rahmen der Verfassungsbeschwerde die Grundrechtskonformität der fachgerichtlichen Anwendung von Unionsrecht prüfen. Inwieweit die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle am Maßstab der Uniongrundrechte auch auf andere Konstellationen übertragbar ist, etwa die unionsgrundrechtliche Überprüfung von deutscher Umsetzungsgesetzgebung, bleibt abzuwarten.

180 BVerfGE 152, 152 (Rn. 45, 49, 60, 73 f.) – *Recht auf Vergessen I*.

181 Gleiches soll dem Zweiten Senat zufolge gelten, wenn eine innerstaatliche Rechtsvorschrift „nicht der Umsetzung, sondern der Ergänzung und Durchführung zwingenden Unionsrechts“ dient, BVerfGE 153, 310 (Rn. 65) – *Knorpelfleisch*.

dungspräferenz wird aber in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Erstens liegt ihr eine Vermutung grundgesetzlicher Schutzsuffizienz zugrunde,<sup>182</sup> die als widerlegt gilt, wenn das Schutzniveau des GG im Einzelfall hinter dem der Charta zurückbleibt.<sup>183</sup> Zweitens gilt die Anwendungspräferenz auch dann nicht, wenn das Unionsrecht grundrechtskonkretisierende Vorgaben trifft, die eine Grundrechtsvielfalt im Spielraumbereich ausnahmsweise ausschließen.<sup>184</sup> Greift die Anwendungspräferenz nicht, wendet das BVerfG auch im Spielraumbereich Unionsgrundrechte an.<sup>185</sup> Eine Brücke zwischen beiden Grundrechtsordnungen schlägt drittens die unionsgrundrechtskonforme Auslegung deutscher Grundrechte,<sup>186</sup> die der Zweite Senat mittlerweile um eine auf Art. 52 Abs. 4 GRCh gestützte, in die Gegenrichtung wirkende verfassungs(überlieferungs)konforme Auslegung der Unionsgrundrechte komplettiert hat.<sup>187</sup> Führt die Anwendung europäischer oder nationaler Garantien zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen, gesteht das BVerfG den Fachgerichten zu, schwierige Abgrenzungsfragen nach der unionalen Regelungsdichte in der Praxis dahinstehen zu lassen.<sup>188</sup> In einem solchen Fall kommen letztlich sowohl nationale als auch unionale Grundrechte zur Anwendung.<sup>189</sup> Alles in allem hat das BVerfG den durch ihn gewährleisteten Grundrechtsschutz somit auf einen im Ausgangspunkt zweiteiligen, aber funktional komplementären Verbundschutz umgestellt, der institutionell auf das BVerfG zentriert ist und neben der Bündelung nationaler und europäischer Grundrechtskontrolle in Karlsruhe auf die pan-europäischen Mindeststandards der EMRK rückbezogen bleibt.

182 D.h. die Vermutung, dass der Schutzgehalt deutscher Grundrechte den Schutzgehalt der unionsrechtlichen Schwesterrechte in aller Regel mitgewährleiste, vgl. BVerfGE 152, 152 (Rn. 55 ff.) – *Recht auf Vergessen I*.

183 Ebd., Rn. 69, was freilich in multipolaren Grundrechtsverhältnissen besonders schwer zu ermitteln ist.

184 Ebd., Rn. 65, 68: „engere grundrechtliche Maßgaben“.

185 Ebd., Rn. 63–72.

186 Ebd., Rn. 60 ff.

187 Vgl. BVerfGE 156, 182 (Rn. 37, 39) – *Europäischer Haftbefehl III*, sowie BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 69 ff. – *Ökotox-Daten*.

188 BVerfGE 152, 216 (Rn. 81) – *Recht auf Vergessen II*.

189 Das BVerfG handhabt dies selbst so, vgl. – bedauerlicherweise ohne Vorlage an den EuGH – BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 81 ff. – *Ökotox-Daten*.

## cc) Spielraumtest

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass die Regelungsdichte des unionalen Fachrechts für die Frage von Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes in der Union sowohl aus unionaler als auch aus nationaler Sicht<sup>190</sup> von grundlegender Bedeutung ist. Das BVerfG spricht prägnant von der „fachrechtsakzessorischen Anlage der Unionsgrundrechte“.<sup>191</sup> Da das einschlägige unionale Fachrecht in vielen Fällen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erzeugt wird, kommt dem Unionsgesetzgeber eine tragende Rolle zu. Durch die konkrete Ausgestaltung des unionalen Fachrechts, wie z.B. des Migrations-, Datenschutz- oder Tierschutzrechts, trifft der Unionsgesetzgeber (implizit) eine ihrem Grad nach skalierbare *Verteilungsentscheidung* in Bezug auf die unionale und nationale politische Entscheidungsverantwortung und, ihr folgend, dem Zusammenspiel unionaler und nationaler Grundrechtsverantwortung. Die „föderative Balance“<sup>192</sup> zwischen Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes wird so maßgeblich durch den europäischen Gesetzgeber mitbestimmt. Dabei suggeriert die binäre Unterscheidung zwischen gestaltungsoffenem und vollvereinheitlichem Unionsrecht einen prinzipiellen Unterschied, wo es letztlich um graduelle Abstufungen geht.<sup>193</sup> Der legislativ skalierbare Harmonisierungsgrad ist Ausdruck der föderativ skalierbaren Kompetenzfrage, inwieweit der europäische Gesetzgeber politische Entscheidungsverantwortung – im jeweils kompetenzrechtlich zulässigen Umfang – selbst wahrnehmen oder sie den Mitgliedstaaten überlassen will.

Die entscheidende Frage eines normativ richtig kalibrierten Spielraumtests lautet deshalb, ob und inwieweit es der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten innerhalb des unionsrechtlich gezogenen Rahmens freigestellt hat, nationale Maßnahmen eigenverantwortlich und unter Zugrundelegung verschiedener Wertungen zu erlassen. Anders gewendet, ob und inwieweit manifestiert sich im Sekundärrecht die Absicht des Unionsgesetzgebers, „den spezifischen Aspekt eines bestimmten Bereichs erschöpfend zu regeln, wodurch den Mitgliedstaaten von vornherein die Möglichkeit genommen

---

190 Letztere exemplifiziert anhand der Rspr. des BVerfG. Zum ganzen bereits *Wendel*, *Europäischer Grundrechtsschutz* (Fn. 17), 334 ff.

191 BVerfGE 152, 152 (Rn. 54) – *Recht auf Vergessen I*.

192 Ebd., Rn. 53.

193 Vgl. bereits *Mattias Wendel*, *Neue Akzente im europäischen Grundrechtsverbund*, *EuZW* 2012, 213–218 (216).

wird, eigene Vorschriften zu erlassen“?<sup>194</sup> Dieser Spielraumtest erfordert somit eine – oft kleinteilige und mühevoll – Auslegungsarbeit am und mit dem Fachrecht.<sup>195</sup>

In der Spielraumrechtsprechung des EuGH, zunehmend aber auch des BVerfG,<sup>196</sup> steht die fachrechtlich manifestierte Verteilungsentscheidung des Unionsgesetzgebers folgerichtig zunehmend im Zentrum. Bei der Bestimmung des Harmonisierungsgrades geht es indes nicht um eine bereichsbezogene Makroanalyse, sondern um eine an der jeweiligen Einzelnorm in ihrem systematischen Kontext ansetzende Mikroanalyse.<sup>197</sup> Mit dem EuGH müssen die betreffenden Normen des Fachrechts „die Absicht des Unionsgesetzgebers erkennen lassen, den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum einzuräumen“.<sup>198</sup> Entscheidend ist somit der „vom Unionsgesetzgeber beabsichtigte Harmonisierungsgrad“.<sup>199</sup> Zuweilen lässt sich eine solche Ab-

194 So GA Bobek, Schlussanträge v. 25.7.2018, Rs. C-310/16, ECLI:EU:C:2018:623, Rn. 74 – *Dzivev*.

195 In dieser Fokussierung auf das legislative Fachrecht bestehen Nähe zu der maßgeblich von Eberhard Schmidt-Aßmann geprägten sog. „normativen Ermächtigungslehre“, deren Ausgangspunkt die „methodenbestimmte Arbeit am Gesetz“ ist (Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2006, Kapitel 4, Rn. 47) und welche administrative Letztentscheidungsrechte in überzeugender Weise auf die rechtsnormative und legitimationsstiftende Ermächtigung durch die Legislative zurückführt, die die Kompetenzverteilung zwischen Exekutive und Judikative in den Grenzen des Verfassungsrechts steuert (Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 92. EL 2020, Art. 19 Abs. 4, Rn. 186 f. m.w.N.) Während die normative Ermächtigungslehre allerdings *administrative* Letztentscheidungsrechte und damit einen spezifischen Aspekt der horizontalen Kompetenzverteilung adressiert, geht es im vorliegenden Kontext um die vertikale Kompetenzfrage im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten. Trifft das Unionsrecht allerdings ausnahmsweise zugleich „diagonal“ Vorgaben zum Gewaltengefüge auf nationaler Ebene, z.B. in Gestalt der Einforderung unabhängiger nationaler Behörden, die u.U. nur reduzierter gerichtlicher Kontrolle unterliegen, stellt sich die Ermessensfrage mehrerebene-spezifisch und finden Grundrechtspluralismus und normative Ermächtigungslehre zusammen. Zum Ganzen Mattias Wendel, *Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 186 ff. sowie zusammenfassend 252 ff.

196 BVerfGE 152, 216 (Rn. 79) – *Recht auf Vergessen II*.

197 Vgl. abermals GA Bobek, Schlussanträge *Dzivev* (Fn. 194), Rn. 73 f. Siehe zudem BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 44 – *Ökotox-Daten*, sowie ähnlich zuvor bereits BVerfGE 152, 216 (Rn. 78) – *Recht auf Vergessen II*.

198 EuGH, *Funke Medien* (Fn. 160), Rn. 34; *Spiegel-Online* (Fn. 160), Rn. 23; *Pelham* (Fn. 160), Rn. 82. Zu den Entscheidungen *Sacha Garben*, *Fundamental Rights in EU Copyright Harmonization: Balancing Without a Solid Framework*, CML Rev. 57 (2020), 1909–1932.

199 EuGH, *Funke Medien* (Fn. 160), Rn. 40; *Spiegel-Online* (Fn. 160), Rn. 23.

sicht unmittelbar den sekundärrechtlichen Erwägungsgründen entnehmen. So räumt etwa das im Rechtsstreit um das religiöse Schächten<sup>200</sup> einschlägige tierschützende Sekundärrecht den Mitgliedstaaten ausdrücklich „ein gewisses Maß an Subsidiarität“ bzw. „eine gewisse Flexibilität“ ein.<sup>201</sup> Weitere anschauliche Beispiele kommen aus den Bereichen des Visumrechts,<sup>202</sup> der Dublin-III-Verordnung<sup>203</sup> oder der Richtlinie über Geschäftsgeheimnisse, mit deren Regelungsdichte sich insbesondere der französische *Conseil constitutionnel* befasste.<sup>204</sup>

### c) Horizontale Dimension: Grundrechtsvertrauen und seine Grenzen

#### aa) Horizontale Zuordnung von Grundrechtsverantwortlichkeit

Während mit der Frage nach der Reichweite der Unionsgrundrechte und der nationalen Grundrechte vorstehend das vertikale Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten aus zwei unterschiedlichen, aber komplementären Perspektiven in den Blick genommen wurde, fokussieren die folgenden Überlegungen auf die horizontale Dimension des europäischen Grundrechtsschutzes.<sup>205</sup> Im Zentrum dieser Dimension steht das Prinzip *gegenseitigen Vertrauens*, d.h. das Vertrauen in die Grundrechtstreue der EU-Mitgliedstaaten untereinander.<sup>206</sup> Es handelt sich dabei sowohl um ein

200 EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 71, zurückgehend auf eine Vorlage des belgischen VerfGH, Entscheidung v. 4.4.2019, Nr. 53/2019, Abschnitte B.21.2 und B.21.3.

201 So die Erwägungsgründe 18 und 57 der VO (EG) 1099/2009.

202 EuGH, Urteil v. 19.12.2013, Rs. C-84/12, ECLI:EU:C:2013:862, Rn. 60 – *Koushkaki*.

203 Vgl. den 17. Erwägungsgrund der VO (EU) 604/2013 in Bezug auf die – bereits als solche bezeichneten – Ermessensklauseln aus Art. 17. Aus der Rechtsprechung (zur Vorgängerregelung) EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14), Rn. 65 ff.

204 Vgl. den 10. Erwägungsgrund der Richtlinie (EU) 2016/943 sowie franz. *Conseil constitutionnel*, Entscheidung v. 26.8.2018, 2018–768 DC – *Geschäftsgeheimnis*.

205 Vgl. bereits *Ingolf Pernice*, Die horizontale Dimension des europäischen Verfassungsverbundes, in: Hans-Jörg Derr (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht: Festschrift für Jürgen Meyer, Baden-Baden: Nomos 2006, 359–394.

206 Vgl. *Iris Canor*, My Brother's Keeper? Horizontal Solange. „An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe“, CML Rev. 50 (2013), 383–421; *Koen Lenaerts*, La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust, CML Rev. 54 (2017), 805–840; *Thomas Wischmeyer*, Generating Trust Through Law?, GLJ 17 (2016), 339–382 (344 ff.); *Valsamis Mitsilegas*, The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice, YBEL 31 (2012), 319–372; *Michael*



grundlegendes föderatives Rechtsprinzip als auch eine Wirksamkeitsbedingung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.<sup>207</sup>

Grundrechtsdogmatisch operationalisiert der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens primär<sup>208</sup> als eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Rechtspflicht, die Grundrechtstreue der jeweils anderen EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich zu unterstellen.<sup>209</sup> Das übersetzt sich in eine Vermutung mitgliedstaatlicher Grundrechtstreue, die nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ als widerlegt gilt.<sup>210</sup> Verfassungsrechtliches Fundament dieser Vermutung ist das Wesen der Union als Rechtsgemeinschaft und die Teilung der Werte aus Art. 2 EUV.<sup>211</sup> Deshalb weist die Rechtsprechung zum gegenseitigen Vertrauen auch unmittelbare Bezüge zur Rechtsstaatskrise in mehreren Mitgliedstaaten auf, in denen die Einhaltung dieser Werte zur Disposition gestellt wird.<sup>212</sup>

Bei der Berufung auf das gegenseitige Vertrauen und seine Grenzen geht es letztlich um die *Zuordnung von Grundrechtsverantwortlichkeit* zwischen den Mitgliedstaaten, also das „Wo“ des Schutzes der Unionsgrundrechte.<sup>213</sup> Relevant wird diese Zuordnungsfrage vor allem bei innereuropäischen Überstellungen: Eine Person soll aus dem EU-Mitgliedstaat, in dem sie sich gerade aufhält (Aufenthaltsstaat), in einen anderen EU-Mitgliedstaat überstellt werden (Zielstaat), z.B. in Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls oder weil das Dublin-System den Zielstaat als zuständig für die

---

Schwarz, Let's Talk About Trust, Baby! Theorizing Trust and Mutual Recognition in the EU's Area of Freedom, Security and Justice, ELJ 12 (2018), 124–141.

207 Ann-Katrin Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 47 (2012), 408–431 (417 ff., 426 ff.).

208 Eine zweite Stoßrichtung besteht darin, dass ein Mitgliedstaat von einem anderen kein höheres nationales Grundrechtsschutzniveau *verlangen* darf, als das durch Unionsrecht gewährte, vgl. EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 56), Rn. 192.

209 EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 56), Rn. 191, sowie *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 78, und *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 36; *Jawo* (Fn. 14), Rn. 81.

210 Ebd.

211 Vgl. EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 35; *Jawo* (Fn. 14), Rn. 80.

212 Grundlegend EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), sowie nachfolgend Urteil v. 17.12.2020, verb. Rs. C-354/20 PPU u.a., ECLI:EU:C:2020:1033, Rn. 39, 58 – *Openbaar Ministerie I*, und Urteil v. 22.2.2022, verb. Rs. C-562/21 PPU und C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 – *Openbaar Ministerie II*.

213 Näher bereits Mattias Wendel, *Mutual Trust* (Fn. 147), 35 ff.



Durchführung des Asylverfahrens bestimmt.<sup>214</sup> Soweit der Aufenthaltsstaat die Überstellung in den Zielstaat im Rahmen des Unionsrechts betreibt, ist er verpflichtet, die Einhaltung von Unionsgrundrechten im Zielstaat grundsätzlich zu unterstellen. Es gilt die Vermutung der Grundrechtstreue.

Ist diese Vermutung aber widerlegt, erfolgt eine *präventive Vorverlagerung der Grundrechtsverantwortlichkeit* auf den Aufenthaltsstaat. Ihm wird letztlich eine Folgenverantwortung<sup>215</sup> auferlegt, die ihm eine Überstellung der betreffenden Person in den Zielstaat grundrechtlich verwehrt: Der Aufenthaltsstaat würde selbst grundrechtswidrig handeln, wenn er durch die Überstellung sehenden Auges die (Mit-)Ursache dafür setzte, dass die betreffende Person der tatsächlichen Gefahr einer Menschenrechtsverletzung im Zielstaat ausgesetzt würde. Urheber dieser zielstaatsbezogenen Gefahr bleibt freilich der Zielstaat,<sup>216</sup> der im Unterschied zu Drittstaaten selbst an Unionsgrundrechte gebunden und zudem Vertragsstaat der EMRK ist.

Sollen Entscheidungs- und Grundrechtsverantwortung nicht über Gebühr auseinanderfallen, muss die *grundrechtliche Primärverantwortlichkeit* im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts freilich bei dem problemverursachenden Zielstaat verbleiben. Betroffene Individuen müssen sich mittels der Unionsgrundrechte primär gegen seine, das Grundrechtsproblem im Ursprung verursachende Hoheitsgewalt zur Wehr setzen.<sup>217</sup> Eine präventive Vorverlagerung der Grundrechtsverantwortlichkeit auf den Aufenthaltsstaat ist mit dem EuGH auf „außergewöhnliche Umstände“ zu begrenzen.<sup>218</sup> Die Richtigkeit dieses Ansatzes verdeutlicht eine Kontrollüberlegung: Den nicht problemursächlichen Aufenthaltsstaat immer schon dann in die Pflicht zu nehmen, wenn die bloße Möglichkeit einer späteren

214 Für Dublin-Überstellungen jetzt eingehend *Lisa-Marie Lührs*, Überstellungsschutz und gegenseitiges Vertrauen, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

215 Vgl. *Ingo Kraft*, Vom Konflikt zur Konvergenz, NVwZ 2014, 969–976 (974).

216 Anders ist dies, wenn die Gefahr nicht zielstaatsbezogen ist, sondern unmittelbar aus der Überstellungshandlung selbst resultiert, etwa wenn der Gesundheitszustand der Person durch den Transport ernsthaft gefährdet wäre, vgl. EuGH, Urteil v. 16.2.2017, Rs. C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127, Rn. 73 – *C. K. u.a.* Vgl. für den Fall, dass die zu überstellende Person schwer krank ist, zudem Urteil v. 18.4.2023, Rs. C-699/21, ECLI:EU:C:2023:295 – *E.D.L. (krankheitsbedingtes Überstellungsverbot)*, mit einer Auslegung von Art. 1 Abs. 3 und Art. 23 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses 2002/584 im Lichte des Art. 4 GRCh.

217 Vgl. EuGH, Urteil v. 23.1.2018, Rs. C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27, Rn. 50 – *Piotrowski*. Das gilt freilich nur soweit der Zielstaat im Anwendungsbereich des Unionsrechts handelt.

218 Vgl. die in Fn. 209 genannte Rechtsprechung.

Grundrechtsverletzung im Zielstaat bestünde, hieße den notwendigen Konnex zwischen politischer Entscheidungsverantwortung und Grundrechtsverantwortung aufzulösen und ggf. sogar negative Anreizstrukturen zu schaffen. So hätte es der Zielstaat im Asylrecht durch bewusste Absenkung seiner Standards, etwa bei der Unterbringung von Asylantragstellern, selbst in der Hand, andere Mitgliedstaaten präventiv in die Pflicht zu nehmen und Asylantragsteller von sich fern zu halten.<sup>219</sup> Im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wiederum könnte die übermäßige Vorverlagerung der Grundrechtsverantwortung auf den Aufenthaltsstaat zu faktischer Straffreiheit für ins europäische Ausland entflohene Täter führen.<sup>220</sup> Andererseits ist im Anwendungsbereich des Unionsrechts ein effektiver Grundrechtsschutz sicherzustellen, der jedenfalls ausschließen muss, dass eine Person sehenden Auges Zuständen ausgesetzt wird, die mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit zur Verletzung elementarer Garantien führen.

#### bb) Widerleglichkeit der grundrechtlichen Vertrauensvermutung

Angesichts dieses Spannungsfeldes vermag es nicht zu überraschen, dass die genaue Bestimmung der Widerleglichkeitsschwelle umstritten ist und in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet.<sup>221</sup> Im Grundsatz ist immerhin gesichert, dass es einem Mitgliedstaat verwehrt sein muss, eine Person sehenden Auges in einen anderen Mitgliedstaat zu überstellen, in dem diese Person „tatsächlich Gefahr läuft“ (EN *real risk*, FR *risque réel*), einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.d. Art. 4 GRCh ausgesetzt zu werden.<sup>222</sup> Gleiches gilt bei einer echten Gefahr für eine

---

219 Zwar bliebe der Zielstaat weiterhin für die Zustände in seinen Asylunterbringungszentren oder Haftanstalten grundrechtlich verantwortlich, würde diese Grundrechtsverantwortung – jenseits eines durch die Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens – aber in all denjenigen Fällen *de facto* nicht mehr wahrnehmen müssen, in denen präventiv bereits die Grundrechtsverantwortung der anderen Mitgliedstaaten greift.

220 Vgl. EuGH, *Openbaar Ministerie I* (Fn. 212), Rn. 62 ff.

221 Näher zum Ganzen bereits Mattias Wendel, Menschenrechtliche Überstellungsverbote, DVBl. 130 (2015), 731–741, sowie ders., Die Pflicht zur Berücksichtigung der Lebensumstände von anerkannt Schutzberechtigten im EU-Ausland, JZ 74 (2019), 983–989 (985 ff.).

222 Für das Asylrecht grundlegend EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14), Rn. 106 ff.; *Jawo* (Fn. 14), Rn. 87 ff., sowie aus EMRK-Perspektive EGMR, *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*,

Verletzung des Wesensgehaltes des Art. 47 Abs. 2 GRCh.<sup>223</sup> Innereuropäische Überstellungsverbote greifen also jedenfalls dort, wo die echte Gefahr einer Verletzung der abwägungsfesten Garantie des Art. 4 GRCh oder des ebenfalls abwägungsfesten Wesensgehalts eines Grundrechtes droht. Umgekehrt reicht die bloße Möglichkeit einer Verletzung nicht abwägungsfester Unionsgrundrechte im Zielstaat für ein Überstellungsverbot nicht aus.<sup>224</sup> Es bedarf einer besonderen Schwere, die bei Art. 4 GRCh bereits tatbestandlich eingezogen ist und bei Art. 47 Abs. 2 GRCh insbesondere aus dem Fehlen richterlicher Unabhängigkeit als wesensgehaltsinhärenter Grundvoraussetzung des Rechtsstaates resultiert.<sup>225</sup>

Unklar bzw. umstritten sind indes die an die Gefahrenprognose anzulegenden Kriterien. Das schließt die Frage ein, ob das vom EuGH im Jahr 2011 eingeführte<sup>226</sup> und sodann in der Dublin-III-Verordnung kodifizierte<sup>227</sup> Kriterium der „systemischen Mängel“ im Zielstaat eine notwendige oder lediglich eine hinreichende Bedingung für ein Überstellungsverbot ist.<sup>228</sup> Im Hintergrund steht ein mittlerweile abgeschwächter,<sup>229</sup> aber etwa zum Zeitpunkt des EMRK-Beitrittsgutachtens<sup>230</sup> noch offen ausgetragener Konflikt mit dem EGMR. Straßburg hatte das Kriterium systemischer

---

App. No. 30696/09, Urteil v. 21.1.2011; *Tarakhel v. Schweiz* (Fn. 36). Für den europäischen Haftbefehl grundlegend EuGH, *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 88 ff.

223 EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 59 ff., 68 ff., bestätigt in *Openbaar Ministerie I* (Fn. 212). Weniger klar auf den Wesensgehalt bezogen *Openbaar Ministerie II* (Fn. 212) (vgl. aber immerhin Rn. 65), wobei auch diese Entscheidung, die sich auf das Grundrecht auf ein faires Verfahren vor einem zuvor durch Gesetz errichteten Gericht bezieht, letztlich im Kern die im Zielstaat fehlende judikative Unabhängigkeit in den Mittelpunkt stellt. Das Erfordernis richterlicher Unabhängigkeit gehört aber nach st. Rspr. gerade zum Wesensgehalt des Grundrechts auf ein faires Verfahren.

224 Implizit EuGH, Urteil v. 19.3.2019, verb. Rs. C-297/17 u.a., ECLI:EU:C:2019:219, Rn. 99 f. – *Ibrahim u.a.*, in Bezug auf eine mögliche Verletzung des Art. 18 GRCh im Zielstaat (allerdings nicht im Kontext einer Dublin-Überstellung, sondern eines asylrechtlichen „Aufstocker“-Falles).

225 Hierzu durchweg deutlich die in Fn. 223 zitierte Rechtssprechung.

226 Grundlegend EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14), Rn. 86, 89.

227 Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin-III-VO.

228 Zum Problem *Cathryn Costello*, *Courting Access to Asylum in Europe*, HRLR 2012, 287–339 (331); *Daniel Thym*, Zulässigkeit von Dublin-Überstellungen nach Italien, ZAR 2013, 331–335, *Anna Lübke*, „Systemische Mängel“ in Dublin-Verfahren, ZAR 2014, 105–111; *Wendel*, Überstellungsverbote (Fn. 221), jeweils m.w.N.

229 Die Ansätze von EuGH und EGMR diplomatisch als mittlerweile weitgehend deckungsgleich beschreibend *Lenaerts* (Fn. 206), 805–840 (831 ff.).

230 Dazu bereits II.2.b.bb.

Mängel für Fälle innerhalb der EU zunächst aufgegriffen,<sup>231</sup> dann aber im Jahr 2014, nur wenige Monate vor dem Beitrittsgutachten des EuGH, spektakulär verworfen. Aus konventionsrechtlicher Perspektive dürfe es, so der EGMR, nicht auf die Quelle des Risikos, sondern allein auf eine individuelle Einzelfallprüfung ankommen.<sup>232</sup> Aus Sicht des EuGH negierte der EGMR den föderativen Charakter der EU, indem er das Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten untereinander nicht anders als deren Verhältnis zu Drittstaaten behandelte und EU-Mitgliedstaaten letztlich zur wechselseitigen Prüfung der Beachtung der Grundrechte im Einzelfall verpflichtete.<sup>233</sup> Die Furcht vor der Straßburger Föderalismusblindheit gegenüber der EU erscheint damit als einer von mehreren Gründen des EuGH, sich gegen den Beitritt in seiner damals ausverhandelten Form auszusprechen.

Demgegenüber legt der EuGH mittlerweile einen zweistufigen Maßstab an, der in der Leitentscheidung *Aranyosi u.a.* zunächst für den Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt<sup>234</sup> und sodann auf das Asylrecht übertragen wurde, auch wenn hier Unschärfen verbleiben.<sup>235</sup> Danach kommt es auf der *ersten Stufe* auf das „Vorliegen systemischer oder allgemeiner, bestimmte Personengruppen oder bestimmte Haftanstalten betreffender Mängel“<sup>236</sup> an. Es handelt sich um einen abstrakt-generellen Maßstab, der auch als *systemische Mängel im weiteren Sinne* bezeichnet werden kann, d.h. als Mängel, die strukturell über den Einzelfall hinausgehen, aber nicht zwingend einem Versagen des gesamten Haft- oder Asylsystems (*systemische Mängel im engeren Sinne*) gleichkommen müssen.<sup>237</sup> Unter die Kategorie der „bestimmten Personengruppen“ fallen z.B. Familien mit Kleinkindern, was den Konflikt mit dem EGMR jedenfalls in

231 Vgl. u.a. EGMR, *Mohammed Hussein u.a. v. Niederlande und Italien*, App. No. 27725/10, Urteil v. 2.4.2013, Rn. 78.

232 EGMR, *Tarakhel v. Schweiz* (Fn. 36), Rn. 103–105.

233 Sinngemäß *EMRK-Beitritt II* (Fn. 56), Rn. 194 f.

234 EuGH, *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 89 f. Näher Tobias Reinbacher/Mattias Wendel, Menschenwürde und Europäischer Haftbefehl, EuGRZ 2016, 333–344.

235 EuGH, *Jawo* (Fn. 14), Rn. 90. Zu verbleibenden Unklarheiten im Einzelnen Wendel, Überstellungsverbote (Fn. 221).

236 EuGH, *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 89 f., sowie, bestätigend, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 68 ff.; Urteil v. 15.10.2019, Rs. C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857, Rn. 52 – *Dorobantu*.

237 Ein solcher Zusammenbruch des gesamten Asylsystems lag EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14) zugrunde.

der asylrechtlichen Praxis merklich abschwächt.<sup>238</sup> Auf der zweiten Stufe müssen die nationalen Gerichte dem EuGH zufolge prüfen, ob die abstrakt im Zielstaat bestehende Gefahr auch auf den konkret-individuellen Fall durchschlägt.<sup>239</sup> Am Erfordernis dieses zweiten, kumulativ zu prüfenden Erfordernisses hat der EuGH auch ausdrücklich im Kontext der Rechtsstaatskrise festgehalten und damit zugleich einer generalisierenden Aussetzung horizontaler Zusammenarbeit einen Riegel vorgeschoben, solange das Art.-7-Verfahren nicht erfolgreich betrieben wurde.<sup>240</sup> Deshalb hat es ein irisches Gericht hinzunehmen und die Überstellung nach Polen zuzulassen, wenn zwar die polnische Judikative in Teilen politisch kompromittiert wurde, dieser Mangel an richterlicher Unabhängigkeit aber nicht erkennbar negativ auf ein Strafverfahren im Bereich apolitischer<sup>241</sup> Alltagskriminalität durchschlägt.<sup>242</sup>

### cc) Förderative Schutzfunktion des Kriteriums systemischer Mängel

Als Differenz zwischen den Ansätzen von EGMR und EuGH verbleibt damit der Umstand, dass es nach dem EGMR *ausschließlich* auf eine Einzelfallprüfung ankommt, während der EuGH ihr zwingend eine abstrakt-generelle Prüfung vorschaltet. Darin liegt nicht lediglich eine unbedeutende rechtsdogmatische Varianz. Vielmehr erfüllt die nach dem EuGH eingezogene Schwelle *systemischer Mängel im weiteren Sinne* eine grundlegende und konzeptionell überzeugende *föderative Schutzfunktion*.<sup>243</sup> Sie sichert – ebenso wie die Eingrenzung der Überstellungsverbote auf grundrechtliche Elementargarantien – den Konnex zwischen politischer Entscheidungs- und grundrechtlicher Primärverantwortung auch in horizontaler Hinsicht zwischen den Mitgliedstaaten ab und bewahrt damit die Zuordnung der

238 In *Tarakhel* ging es gerade um die Unterbringung von Familien mit Kleinkindern in Italien.

239 EuGH, *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 91 ff.; *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 68 ff.; *Dorobantu* (Fn. 236), Rn. 55.

240 EuGH, *Openbaar Ministerie I* (Fn. 212), Rn. 53 ff.; *Openbaar Ministerie II* (Fn. 212), Rn. 50 ff.

241 So überhaupt irgendetwas apolitisch sein könnte.

242 So dann Irischer High Court, Urteil v. 19.11.2018, [2018] IEHC 639 – *The Minister for Justice and Equality -v- Celmer No. 5*, in Reaktion auf EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15).

243 Vgl. bereits *Wendel*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht (Fn. 103), 111–131 (123 ff.).

Grundrechtsverantwortlichkeit innerhalb des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Das Kriterium der systemischen Mängel fügt sich auch in kohärenter Weise in andere Bereiche europäischen Verfassungsrechts ein.<sup>244</sup> Letztlich verfolgt der EuGH einen Ansatz, der für das horizontale Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander als funktionelles Äquivalent zur *Solange*-Rechtsprechung erscheint und dazu beiträgt, das normative Versprechen des Konstitutionalismus auch in einem rechtspluralistischen Kontext einzulösen.<sup>245</sup>

Freilich wachsen die mitgliedstaatlichen Gerichte durch die prognostische Prüfung der Grundrechtstreue anderer Mitgliedstaaten in eine problematische horizontale Wächterrolle hinein. Französische Richter sollten aus institutionellen, strukturellen und legitimatorischen Gründen grundsätzlich nicht zu „ungarischen Oberhafrichtern“ oder „bulgarischen Obersozialrichtern“ werden.<sup>246</sup> Das Kriterium systemischer Mängel im weiteren Sinne schützt insoweit auch vor einer judikativen Atomisierung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, da es die Grundrechtsverantwortung des Aufenthaltsstaates erst dann aktiviert, wenn eine Gefahr im Zielstaat aufgrund verallgemeinerbarer Zustände und mit einem qualifizierten Grad an Vorhersehbarkeit droht. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Zielstaat ganz oder teilweise seinen Charakter als Rechtsstaat verliert.

#### d) Internationale Dimension: Zwischen Offenheit und Selbstbehauptung

Die vierte Perspektive schließlich ist die grundrechtliche Öffnung für – und Selbstbehauptung gegen – den internationalen Raum. Die herausragende Bedeutung der EMRK für die Auslegung der Unionsgrundrechte und die damit verbundene Permeabilität des Unionsrechts für die Konvention wurden bereits dargestellt.<sup>247</sup> Gleiches gilt für die Komplexität des EMRK-Beitritts und den dagegen vom EuGH ins Feld geführten Autonomieschutz.<sup>248</sup>

Darüber hinaus stellt sich die Frage der Reichweite der Unionsgrundrechte im internationalen Raum speziell in Bezug auf völkerrechtlich deter-

---

244 Zu diesen Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis, Das systemische Defizit, ZaöRV 74 (2014), 283–328.

245 Iris Canor, Solange horizontal: Der Schutz der EU-Grundrechte zwischen Mitgliedstaaten, ZaöRV 73 (2013), 249–294 (293).

246 Vgl. treffend Jan Bergmann, Das Dublin-Asylsystem, ZAR 2015, 81–90 (86).

247 II.2.b.aa.

248 II.2.b.bb.

minierte Rechtsakte. Wegweisend sind die *Kadi*-Entscheidungen über die unionsrechtliche Umsetzung sog. *Smart Sanctions* des UN-Sicherheitsrates, die u.a. das Einfrieren der Konten von Terrorverdächtigen umfassen.<sup>249</sup> Funktional äquivalent zur *Solange-I*-Rechtsprechung des BVerfG bekräftigte der EuGH den Geltungsanspruch der Unionsgrundrechte und den Kontrollanspruch der Unionsgerichtsbarkeit auch gegenüber Unionsrechtsakten, die durch Resolutionen des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta determiniert sind.<sup>250</sup> Für eine Einschränkung oder gar Aufhebung der Justiziabilität resolutionsrechtlich determinierten Sekundärrechts bleibe mit Blick auf den grundlegenden unionsverfassungsrechtlichen Charakter des Grundrechtsschutzes und in derzeitiger Ermangelung eines hinreichenden Schutzniveaus auf internationaler Ebene kein Raum.<sup>251</sup>

Mit dieser grundlegenden Aussage trat der EuGH dem völkerrechtsfreundlicheren Ansatz des EuG entgegen, das die Überprüfung resolutionsrechtlich determinierten Sekundärrechts allein in Bezug auf die Einhaltung von *ius cogens* für zulässig hielt.<sup>252</sup> Letztlich stärkt der EuGH so einerseits die Selbstbehauptung der unionalen Grundrechtsordnung und ihrer im internationalen Vergleich hohen Standards gegenüber dem Völkerrecht, bedient sich aber andererseits Argumentationsmustern, deren Verwendung er nationalen Verfassungsgerichten in Bezug auf das Verhältnis europäischen und nationalen Verfassungsrechts selbst nicht durchgehen lässt.<sup>253</sup>

## 2. Einheit und Vielfalt in Auslegung und Anwendung

### a) Grundrechtsauslegung

Das charakteristische Wechselspiel zwischen Einheit und Vielfalt zeigt sich auch bei der Auslegung und Anwendung der Unionsgrundrechte. Im Unterschied zu anderen primärrechtlichen Normenkomplexen enthält die

249 Zur Problematik eingehend Christina Eckes, *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights: The Case of Individual Sanctions*, Oxford: OUP 2009.

250 EuGH, Urteil v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 P u.a., ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 281–285, 321–326 – *Kadi I*; Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-584/10 P u.a., ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 66–68 – *Kadi II*.

251 Ebd.

252 Vgl. noch EuG, Urteil v. 21.9.2005, Rs. T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, Rn. 226 ff – *Kadi I*, den konkreten Inhalt des *ius cogens* als geltend unterstellend.

253 Vgl. EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*, worauf auch das EuG in Analogie verwies (a.a.O., Rn. 224).



Charta sogar ein eigenes Regelungswerk über ihre Auslegung, sieht also unmittelbar methodenrelevante Normen<sup>254</sup> vor. So fußt die interpretative Rückbindung der Charta an die EMRK auf Art. 52 Abs. 3 GRCh, die an die nationalen Verfassungsüberlieferungen auf Art. 52 Abs. 4 GRCh. Ferner sind die Erläuterungen zur Charta gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 GRCh bei der Auslegung gebührend zu berücksichtigen.<sup>255</sup> Ursprünglich vom Präsidium des Grundrechtekonvents erstellt und später während der Entstehung des Verfassungsvertrages und des Vertrages von Lissabon angepasst, geben die Erläuterungen Rückschluss auf die Kongruenz einzelner Charta-Rechte mit Garantien der EMRK und führen einschlägige EuGH-Rechtsprechung zu einzelnen Grundrechten auf. Diese Kommentierung erfolgt allerdings nur kursorisch. Der Sache nach handelt es sich nicht nur um unvollständige, sondern mangels Aktualisierung auch um historisch eingefrorene Hintergrundinformationen. Dass die Erläuterungen heute gleichwohl bei der Auslegung der Charta gebührend zu berücksichtigen sind, ist letztlich ein britischer Verhandlungserfolg. Obgleich sich die britischen Vertreter in Konvent bzw. Regierungskonferenz mit der Maximalforderung, die Charta möge erst gar nicht rechtsverbindlich werden und keine Änderung der Rechtslage bewirken, nicht durchsetzen konnten, erwirkten sie zumindest die Aufnahme dieser Auslegungsregel als potenzielles Gegengewicht zu einer dynamischen Auslegung der Charta.<sup>256</sup> Gleichwohl darf die Pflicht zur Einbeziehung der Erläuterungen in den Auslegungsvorgang<sup>257</sup> rechtspraktisch nicht überschätzt werden.<sup>258</sup>

Der EuGH verfolgt in der Tendenz eine dynamisch-evolutive Auslegung der Charta, die er in Anlehnung an die EMRK seit kurzem sogar ausdrücklich als „living instrument“ bezeichnet, das „im Licht der gegenwärtigen Lebensbedingungen und der heute in demokratischen Staaten vorherrschenden Vorstellungen auszulegen“ sei.<sup>259</sup> In der Gesamtschau legt der EuGH

254 Zum Begriff *Thomas Groh*, Methodenrelevante Normtexte im Gemeinschaftsrecht, in: Friedrich Müller/Isolde Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin: Duncker & Humblot 2004, 263–286.

255 Zur Bedeutung der Erläuterungen im Prozess der Auslegung näher *Mattias Wendel*, Renaissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht?, *ZaöRV* 68 (2008), 803–827 (815 ff.).

256 Zur Genese ebd., 817 ff.

257 Vgl. aus der Rechtspraxis prominent etwa EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 20; Urteil v. 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 55 – *Bauer u.a.*

258 S. bereits *Wendel*, Renaissance (Fn. 255).

259 EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 77.

trotz seiner vielbeschriebenen Rolle als „Motor der Integration“<sup>260</sup> die Grundrechte, ja das Unionsrecht überhaupt,<sup>261</sup> aber methodenkonservativer aus als vielfach unterstellt.<sup>262</sup> Auch wirken Grundrechtsauslegung und -anwendung durch den EuGH nicht *per se* unitarisierend. Vielmehr erkennt der EuGH den Mitgliedstaaten Wertungsspielräume zu<sup>263</sup> bzw. trägt der Entscheidung des Unionsgesetzgebers Rechnung, solche Spielräume zu eröffnen.<sup>264</sup>

In der Rechtspraxis spielt die grundrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts (durch den EuGH)<sup>265</sup> sowie des innerstaatlichen Rechts (durch die nationalen Gerichte)<sup>266</sup> eine zentrale Rolle. Sie erlaubt es, das Sekundärrecht unterhalb der Schwelle seiner Nichtigerklärung<sup>267</sup> und das nationale Recht unterhalb der Schwelle seiner Nichtanwendung auf unionsgrundrechtlichen Kurs zu bringen. Dabei kann die Konformauslegung innerstaatlich auch über eine „Auslegung“ im engeren Sinne<sup>268</sup> hinausgehen, etwa wenn das BVerfG im Wege einer „Anwendungserweiterung“ des Art. 19 Abs. 3 GG auch juristischen Personen mit Sitz in der EU die Grundrechtsberechtigung zuerkennt.<sup>269</sup>

260 Ulrich Everling, Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts, EuR 22 (1987), 214–235 (235).

261 Allgemein zu den Auslegungsmethoden des EuGH Stephan Grundmann, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, Konstanz: Hartung-Gorre 1997; Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, Bd. II, Berlin: Duncker & Humblot 2012, 26 ff., sowie speziell zum Verhältnis „zwischen Zentralismus und Pluralismus“ 619 ff.

262 Näher Wendel, Präjudizienrecht (Fn. 64), 127 ff. m.w.N.

263 Klassisch im Bereich der Rechtfertigung der Beschränkung von Grundfreiheiten EuGH, Urteil v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 37, 39 – *Omega*.

264 EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 71 ff.

265 Vgl. EuGH, *E.D.L. (krankheitsbedingtes Überstellungsverbot)* (Fn. 216), Rn. 53.

266 Bis hin zum nationalen Verfassungsrecht, vgl. BVerfGE 152, 152 (Rn. 61) – *Recht auf Vergessen I*.

267 Für ein Beispiel der Nichtigerklärung siehe indes EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10).

268 Wobei der Interpretationsbegriff etwa in der französischen Tradition ohnehin weiter gefasst ist, vgl. Matthias Jestaedt, Luxemburger Richterrecht: Kognitive Dissonanzen im Diskurs über Selbstverständnis und Praxis des EuGH, in: Christian Hillgruber (Hrsg.), *Gouvernement des juges*, Paderborn: Schöningh 2014, 21–43 (32 ff.), zugleich mit treffenden Einwänden gegen die kategoriale Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung.

269 BVerfGE 129, 78 (Rn. 53 f.) – *Le Corbusier Designermöbel*, in Bezug auf das in Art. 18 AEUV enthaltene Diskriminierungsverbot, das grundrechtlich zugleich in Art. 21 Abs. 2 GRCh verankert ist.

## b) Anwendung: Systematik der Grundrechtsprüfung im Überblick

Die Systematik der unionalen Grundrechtsprüfung kann im hiesigen Rahmen nur in größten Grundzügen und selbstredend nicht unter Bezugnahme auf jede Einzelgarantie skizziert werden. Für in Deutschland sozialisierte Jurist:innen ist die Einsicht besonders wichtig, dass die Systematik der Grundrechtsprüfung auf EU-Ebene nicht in allen Punkten der vertrauten deutschen Grundrechtsdogmatik entsprechen kann, sondern mit allen 27 innerstaatlichen Rechtsordnungen, Verfassungstraditionen und Methoden Zugängen kompatibel bleiben muss. Die Herausbildung einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik erweist sich daher schon im Ausgangspunkt als enorme Herausforderung.<sup>270</sup>

Die Struktur unionsgrundrechtlicher Anwendungsbereiche variiert je nach Grundrechtstyp. Die Charta ist textlich ausdifferenzierter als der Grundrechtsteil des GG und umfasst klassische Freiheits- (Art. 6–19 GRCh) und Gleichheitsrechte (Art. 20–26 GRCh) ebenso wie menschenwürdebezogene Elementargarantien (Art. 1–5 GRCh), soziale Grundrechte (Art. 27–38 GRCh), Unionsbürgerrechte (Art. 39–46 GRCh) und justizielle Grundrechte (Art. 47–50 GRCh). Zu jedem dieser Rechte und Grundsätze liegt mittlerweile Rechtsprechung vor, wobei der EuGH besonders häufig das Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 47 Abs. 2 GRCh), das Recht auf Privatheit und Datenschutz (Art. 7 und 8 GRCh) und die Diskriminierungsverbote des Art. 21 GRCh auszulegen hat.<sup>271</sup> Bis auf wenige Ausnahmen sind die grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte hinreichend präzise und unbedingt normiert und erfüllen damit die normstrukturellen Kriterien der unmittelbaren Anwendbarkeit.<sup>272</sup> In aller Regel legt der EuGH den Anwendungsbereich der betreffenden Garantien weit aus.<sup>273</sup> Dabei können sich einzelne Grundrechte in ihrem Schutzbereich gegenseitig verstärken bzw. verschränken.<sup>274</sup> Eine Besonderheit besteht gemäß Art. 52 Abs. 2 GRCh für diejenigen Rechte, die bereits vor Schaffung bzw.

270 Dazu eingehend *Claus D. Classen*, Kann eine gemeineuropäische Grundrechtsdogmatik entstehen?, *EuR* 57 (2022), 279–301 (284 ff.).

271 Für einen Überblick über die Anwendung der Charta in den Mitgliedstaaten in vergleichender Perspektive vgl. die Beiträge in Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30).

272 Für eine Ausnahme vgl. EuGH, Urteil v. 15.1.2014, Rs. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 44–51 – *AMS*, zum legislativ konkretisierungsbedürftigen Art. 27 GRCh.

273 Vgl. explizit in Bezug auf die Religionsfreiheit EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 52.

274 Vgl. insbesondere für Art. 7 und 8 GRCh die in Fn. 10 zitierte Rechtsprechung.

Inkrafttreten der Charta durch die Verträge garantiert waren. Art. 52 Abs. 2 GRCh stellt einen umfassenden Gleichlauf des Anwendungsbereichs und der Rechtfertigungsmodalitäten dergestalt her, dass die Ausübung des betreffenden Rechts anhand der in den Verträgen verankerten Norm erfolgt, was in der Praxis v.a. für die Rechte der Unionsbürger relevant wird.<sup>275</sup>

Auch die Einschränkung (EN *limitation*, FR *limitation*) bzw. den Eingriff (EN *interference*, FR *ingérence*)<sup>276</sup> fasst der EuGH konzeptionell breit. Handlungen Privater können dem Gerichtshof zufolge direkt in Unionsgrundrechte eingreifen, z.B. in Gestalt der Datenverarbeitung durch private Suchmaschinenbetreiber.<sup>277</sup> In einigen Fällen nimmt der EuGH dabei bereits eine genauere Qualifikation der Eingriffstiefe vor.<sup>278</sup>

Die Prüfung der Rechtfertigung bildet, so nicht eine abwägungsfeste Garantie in Rede steht,<sup>279</sup> in aller Regel den Schwerpunkt der Grundrechtsprüfung. Ein Schrankentransfer aus der EMRK erfolgt dabei über Art. 52 Abs. 3 GRCh. Soweit wegen Art. 52 Abs. 2 GRCh die vertraglich geregelten Schrankenregelungen Anwendung finden, richtet sich die Rechtfertigungsprüfung nach diesen Vorschriften. In aller Regel aber gibt Art. 52 Abs. 1 GRCh die Grundstruktur der Rechtfertigungsprüfung vor. Danach muss die Einschränkung zunächst *gesetzlich vorgesehen* sein. Entgegen der im deutschen Verfassungsrecht vertrauten Wesentlichkeitslehre handelt es sich bei diesem Erfordernis nicht um einen Parlamentsvorbehalt, sondern, wie auch im Rahmen der EMRK, um einen bloßen Rechtsaktsvorbehalt, d.h. den Vorbehalt eines Gesetzes im materiellen, nicht jedoch im formellen Sinne.<sup>280</sup> In Bezug auf grundrechtseinschränkende EU-Gesetzgebung folgt

275 Vgl. im Einzelnen *Mattias Wendel*, Rechte der Unionsbürger, in: Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 2: Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden: Nomos 2022, § 23, Rn. 38 ff.

276 Art. 52 Abs. 1 GRCh spricht von Einschränkung (EN *limitation*, FR *limitation*). Der EuGH verwendet beide Begriffe im Wesentlichen synonym, vgl. einerseits Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, Rn. 45 – *Delvigne* (Einschränkung), andererseits Urteil v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 44, 59 – *Sky Österreich* (Eingriff).

277 EuGH, *Google Spain* (Fn. 10), Rn. 38, 80.

278 So z.B. in EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10), Rn. 37: „von großem Ausmaß und als besonders schwerwiegend anzusehen“.

279 Wie insbesondere Art. 4 GRCh. Dazu aus der Rechtsprechung EuGH, *E.D.L. (krankheitsbedingtes Überstellungsverbot)* (Fn. 216), Rn. 38.

280 Vgl. *Matthias Cornils*, Schrankendogmatik, in: Grabenwarter (Fn. 275), § 7, Rn. 92. Eingehend zur Problematik und Plädoyer für einen formellen Gesetzesvorbehalt bei *Henning Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 151 ff.

das bereits aus dem Umstand, dass das Europäische Parlament außerhalb des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens nur in eingeschränkter Weise an der Rechtsetzung beteiligt ist und in diesen Bereichen ein Parlamentsvorbehalt entweder ins Leere ginge oder aber das vertraglich festgelegte Rechtsetzungsverfahren aushebeln würde. Bei zutreffendem föderativem Verständnis bezieht sich Art. 52 Abs. 1 GRCh aber nicht allein auf materielle Gesetze der Union, sondern ebenso auf solche der Mitgliedstaaten.<sup>281</sup> Auch die Mitgliedstaaten können im Anwendungsbereich des Unionsrechts auf gesetzlicher Grundlage Unionsgrundrechte einschränken. Gegenüber den Mitgliedstaaten kann das Unionsrecht aber ebenfalls keinen Parlamentsvorbehalt einfordern, da die Befugnis zur parlamentarischen Rechtserzeugung in einigen Mitgliedstaaten wiederum von Verfassungen wegen sachbereichlich limitiert ist, das Parlament also mitunter in dem betreffenden Bereich gar kein Gesetz erlassen dürfte.<sup>282</sup>

Zweitens darf die Einschränkung den *Wesensgehalt* des betreffenden Grundrechts nicht antasten. Der unionsgrundrechtliche Wesensgehalt ist ein Beispiel für eine zunehmend eigenständige unionale Grundrechtsdogmatik, die sich in Teilen von ihren historischen Vorbildern – hier u.a. Art. 19 Abs. 2 GG – gelöst hat. So geht der Wesensgehalt gerade nicht im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf, sondern markiert den grundrechtlichen Kern, der einer Abwägung nicht zugänglich ist.<sup>283</sup> Dieser ist nach der Rechtsprechung nur dann berührt, wenn das Grundrecht schlechthin entzogen, d.h. *als solches* (EN *as such*, FR *en tant que tel*) in Frage gestellt wird.<sup>284</sup> Das soll z.B. der Fall sein, wenn einer Behörde gestattet wird, „generell auf den Inhalt elektronischer Kommunikation zuzugreifen“.<sup>285</sup> Weil der Wesensgehalt den abwägungsfesten Kern markiert, wird seine Verletzung konsequenterweise bereits vor dem Grundsatz der Verhältnis-

281 Dies nunmehr ausdrücklich anerkennend EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 60.

282 In Frankreich etwa durch Art. 34 der französischen Verfassung. Dazu eingehend Nikolaus Marsch, *Rechtsetzung*, in: ders./Yoan Vilain/Mattias Wendel (Hrsg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin: Springer 2015, § 5, Rn. 12.

283 Vgl. Maja Brkan, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order*, EuConst 14 (2018), 332–368, 349 ff.; Koen Lenaerts, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, GLJ 20 (2019), 779–793.

284 Vgl. EuGH, *Delvigne* (Fn. 276), Rn. 48; Urteil v. 20.3.2018, Rs. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 43 – *Menci*.

285 So EuGH, *Schrems* (Fn. 10), Rn. 94.

mäßigkeit geprüft.<sup>286</sup> Ist der Wesensgehalt verletzt, erübrigt sich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt an dritter Stelle und bildet regelmäßig das Herzstück der Rechtfertigungsprüfung. Die Prüfung umfasst stets das Vorliegen eines legitimen Ziels, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit. Das häufig entscheidende Element der Abwägung wird dabei entweder implizit in die Prüfung der Erforderlichkeit integriert oder aber – der deutschen Grundrechtsdogmatik angenähert – stärker von der Frage nach einem milderen Mittel gleicher Eignung separiert und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zugeordnet.<sup>287</sup> Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung variiert der Gerichtshof seine Kontrolldichte je nach Fall. Die Skala reicht von der umfassenden gerichtlichen Nachprüfung (einschließlich der EU-Gesetzgebung)<sup>288</sup> bis hin zur Überprüfung, ob das handelnde nationale oder europäische Organ seinen Beurteilungs- bzw. Wertungsspielraum überschritten hat.<sup>289</sup> Ähnlich dem EGMR erkennt der EuGH den Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen eine föderative *margin of appreciation* zu.<sup>290</sup> Auch die Rechtfertigungsprüfung steht so im Zeichen eines Wechselspiels zwischen Einheit und Vielfalt. Eine föderative Disbalance im Sinne einer erhöhten Kontrolldichte gegenüber den Mitgliedstaaten bei gleichzeitig niederschwelliger Kontrolldichte gegenüber Unionsorganen<sup>291</sup> lässt sich jedenfalls in der jüngeren Rechtsprechung nicht ausmachen.<sup>292</sup>

286 Vgl. *pars pro toto* EuGH, Urteil v. 27.9.2017, Rs. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, Rn. 64 ff. – *Puškár*.

287 In der jüngeren Rechtsprechung scheint sich die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne jedenfalls in der Grundrechtsprechung zunehmend als eigenständiger Prüfungspunkt herauszubilden. Vgl. exemplarisch EuGH, *Sky Österreich* (Fn. 276), Rn. 50, 58 ff.; Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661 – *Schaible*, Rn. 29, 43, 60 ff.; Urteil v. 28.11.2023, Rs. C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924, *Commune d'Ans*, Rn. 40 f. Vgl. zudem EuG, Urt. v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483 – *Russia Today France/Rat*, Rn. 168 ff.

288 EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10), Rn. 47 f. im Sinne einer „strikten Kontrolle“. Zumeist ist die Kontrolldichte gegenüber dem Unionsgesetzgeber aber vergleichsweise niedrig, vgl. *Schaible* (Fn. 287), Rn. 47 ff. m.w.N.

289 Zu letzterem EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 67, 69, 71, 74.

290 Ebd.

291 So die Kritik bei Peter M. Huber, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 19 EUV, Rn. 19.

292 Vgl. als Gegenbeispiele exemplarisch einerseits EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10), Rn. 47 f. (strikte Kontrolle gegenüber dem Unionsgesetzgeber), und an-

### c) Pluralität der Grundrechtsverhältnisse

Die Vielfalt im System des unionalen Grundrechtsschutzes zeigt sich schlussendlich auch in der Pluralität der Grundrechtsverhältnisse. Schon das klassisch *vertikale Grundrechtsverhältnis* zwischen Individuum und öffentlicher Gewalt ist in der EU aufgrund des dezentralen Vollzugs oder der häufig mehrstufigen Rechtsetzung aufgefächert. Daher muss regelmäßig genau bestimmt werden, gegen die Ausübung welcher öffentlichen Gewalt das Individuum auf der Grundlage seiner Grundrechte vorgeht. Es gibt, mit anderen Worten, eine Vielschichtigkeit vertikaler Grundrechtsverhältnisse.

Zudem erstreckt sich das Unionsrecht auch auf *horizontale und multipolare Grundrechtsverhältnisse*. Trotz zahlreicher verbleibender Unsicherheiten hinsichtlich Grundlagen und Reichweite der unionsgrundrechtlichen Drittwirkung<sup>293</sup> kann jedenfalls als gesichert gelten, dass das Unionsrecht und insbesondere Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh eine Direktwirkung nicht etwa generell ausschließen<sup>294</sup> und dass der Gerichtshof mehreren Grundrechten Drittwirkung beigemessen hat, d.h. Wirkung zwischen Privaten im horizontalen Rechtsverhältnis. Das gilt allen voran für den Bereich des Antidiskriminierungsrechts<sup>295</sup> und des Arbeitsrechts.<sup>296</sup> Inwieweit der Gerichtshof diese Rechtsprechung auch auf andere Grundrechte und in andere Bereiche hinein erstrecken wird, bleibt abzuwarten. Eine besondere Bedeutung scheint dem Kriterium zuzukommen, inwieweit das betreffende Grundrecht auf das sich eine Privatperson beruft, schon „seinem Wesen nach mit

---

dererseits *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 67 ff., 74 (zurückgenommene Kontrolldichte gegenüber dem nationalen bzw. lokalen Normgeber).

293 Eingehend zur Problematik *Eleni Frantziou*, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union: a Constitutional Analysis*, Oxford: OUP 2019; *dies.*, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle?*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22 (2020), 208–232r; *Achim Seifert*, *L'effet horizontal des droits fondamentaux: Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2012, 801 ff.; *Hans D. Jarass*, *Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, 310–334 (330 ff.).

294 So ausdrücklich EuGH, *Bauer* (Fn. 257), Rn. 87.

295 EuGH, *Egenberger* (Fn. 11), Rn. 76 ff., in Bezug auf Art. 21 und Art. 47 GRCh; *IR (Katholischer Chefarzt)* (Fn. 11), Rn. 69, in Bezug auf Art. 21 GRCh.

296 EuGH, *Bauer* (Fn. 257), in Bezug auf das Recht auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 31 Abs. 2 GRCh, sowie Urteil v. 6.11.2018, Rs. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 – *Max-Planck*, ebenfalls in Bezug auf Art. 31 Abs. 2 GRCh.



einer entsprechenden Pflicht“ des jeweiligen Vertragspartners einhergeht.<sup>297</sup> Eine spezifische Dogmatik der Drittwirkung ist der Rechtsprechung jedenfalls bislang kaum zu entnehmen. Der Gerichtshof unterscheidet auch nicht konzeptionell zwischen der – in kaum einem Mitgliedstaat anerkannten<sup>298</sup> – unmittelbaren und der mittelbaren<sup>299</sup> Drittwirkung, obwohl sich die Unionsgrundrechte in der Rechtsprechung in unterschiedlichen Modi auf horizontale bzw. multipolare Rechtsverhältnisse auswirken können. Die Spanne reicht von der lediglich grundrechtskonformen Auslegung nationalen und unionalen Rechts,<sup>300</sup> über die Nichtanwendbarkeit EU-grundrechtswidrigen nationalen Rechts<sup>301</sup> bis hin zu Fällen, in denen einer privaten Vertragspartei unmittelbar aus dem Unionsgrundrecht fließende Rechtspflichten auferlegt zu werden scheinen.<sup>302</sup> Die Übergänge sind fließend, was eine genaue Kategorisierung der Drittwirkung erschwert.

Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive ist die genaue Kategorisierung vielleicht auch gar nicht entscheidend. Ungleich bedeutender erscheint die kompetenzrechtliche Frage, inwieweit es dem (Unions-)Gesetzgeber obliegt, horizontale bzw. multipolare Grundrechtsverhältnisse bereits in grundrechtskonkretisierender Weise legislativ vorzustrukturieren und insbesondere substanzielle Vorgaben für die Auflösung von Grundrechtskollisionen zu treffen. Rechtsdogmatisch kann diese Frage wiederum an den (materiellen) Gesetzesvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 GRCh angedockt werden. Ein besonders illustratives und gesellschaftlich relevantes Beispiel für diese Frage ist die Bindung von Social-Media-Plattformen an grund-

297 EuGH, *Bauer* (Fn. 257), Rn. 90. Dies betonend auch *Sacha Prechal*, Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 66 (2020), 407–426 (420 f.).

298 Vgl. *Leonard Besselink*, The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon, in: Julia Laffranque (Hrsg.), *Reports of the FIDE Congress Tallinn 2012*, Bd. 1, Tartu: Tartu University Press 2012, 18 f.

299 Für die deutsche Grundrechtsdogmatik klassisch BVerfG, Urteil v. 15.1.1958, 1 BvR 400/51 – *Lüth*, Rn. 25 ff.

300 Vgl. z.B. EuGH, Urte. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, Rn. 70 – *Pro-musicae*.

301 So EuGH, *Egenberger* (Fn. 11), Rn. 79.

302 Vgl. EuGH, *Bauer* (Fn. 257), Rn. 90 sowie zuvor Rn. 86 a.E. („zu der sie [die Arbeitgeber] die Achtung des in dieser Bestimmung gewährleisteten Grundrechts verpflichtet“), allerdings kombiniert mit der Nichtanwendbarkeit entgegenstehenden nationalen Rechts (ebd., Rn. 86, 91). Da der EuGH genau genommen aber das nationale Gericht in die Pflicht nimmt, die Zahlung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer (bzw. seinen Rechtsnachfolger) sicherzustellen, kann selbst diese Form der Drittwirkung letztlich als mittelbare beschrieben werden.

rechtliche Standards, wie sie mit dem Digital-Services-Act (DSA)<sup>303</sup> intendiert ist. Dabei sollte der Unionsgesetzgeber die Abwägung der konfligierenden Grundrechte substanziell vorstrukturieren und sie nicht primär Facebook & Co und der sie (falls überhaupt) kontrollierenden Judikative überlassen.<sup>304</sup> Anders gesagt, die Frage der Wirkung von Unionsgrundrechten in horizontalen bzw. multipolaren Grundrechtsverhältnissen verweist zurück auf die legislative Verantwortung des Unionsgesetzgebers zur Konkretisierung von Grundrechtsverhältnissen.

### 3. Einheit und Vielfalt in der gerichtlichen Durchsetzung

#### a) Der EuGH als unitarisierende Grundrechtsinstanz

Die Durchsetzung der Unionsgrundrechte erfolgt durch viele Akteure und auf vielen Ebenen. Eine zentrale Rolle bei der Grundrechtskonkretisierung spielen, wie bereits mehrfach erwähnt, die Gesetzgeber auf europäischer und nationaler Ebene. Auch die Exekutive leistet einen in der Rechtspraxis wichtigen Beitrag zur Grundrechtsdurchsetzung. Auf Unionsebene wurde mit der Agentur für Grundrechte sogar eine spezialisierte Stelle eingerichtet, welche Union und Mitgliedstaaten mit grundrechtsspezifischer Expertise und Datenerhebungen unterstützen soll.<sup>305</sup> Für die individuelle Durchsetzung der Grundrechte im Einzelfall zentral aber ist die Judikative. Auf ihr liegt der Fokus der folgenden, den Beitrag um die Dimension der gerichtlichen Grundrechtsdurchsetzung abrundenden Überlegungen. Auch in der Durchsetzung zeigt sich einmal mehr das für das System des

---

303 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste. Art.14 Abs.4 des DSA lautet: „Die Anbieter von Vermittlungsdiensten gehen bei der Anwendung und Durchsetzung der [...] Beschränkungen [wie z.B. Entfernen oder Demoting von Inhalten] sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig vor und berücksichtigen dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die Grundrechte der Nutzer, die in der Charta verankert sind, etwa das Recht auf freie Meinungsäußerung, die Freiheit und den Pluralismus der Medien und andere Grundrechte und -freiheiten.“

304 Näher *Mattias Wendel*, Taking or Escaping Legislative Responsibility? EU Fundamental Rights and Content Regulation under the DSA, in: Antje von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Content Regulation in the European Union, Schriften des Institute for Digital Law Trier (IRDT), Trier 2023, 59–84.

305 Rechtsgrundlage ist die Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates v. 15.2.2007, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2022/555 des Rates v. 5.4.2022.

europäischen Grundrechtsschutzes typische pluralistische Zusammenspiel von Einheit und Vielfalt.

Judikativ wird Grundrechtseinheit in der EU insbesondere durch den EuGH generiert. Der EuGH ist allerdings kein spezialisiertes Grundrechtsgericht. Das hat Vor- und Nachteile. Zu den Nachteilen zählt, dass es an der für Verfassungsgerichte typischen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen, zuweilen auch personellen Fokussierung auf grundrechtliche Fragestellungen fehlt.<sup>306</sup> Vorteilhafte Kehrseite dieses generalistischen Institutionendesigns im Sinne eines Obersten Gerichtshofs ist es, dass die umfassende Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung des unionalen Fachrechts nicht nur für die Reichweite unionaler und nationaler Grundrechte, sondern auch für die grundrechtskonforme Auslegung des sekundärrechtlichen Fachrechts von zentraler Bedeutung ist. Diese kann somit aus einer Hand erfolgen. Folgerichtig beschränkt sich die „Grundrechtsjudikatur“ des EuGH in aller Regel auch nicht auf die Auslegung der relevanten Unionsgrundrechte, sondern bildet die Gemengelage aus fachrechtlichen und grundrechtlichen Rechtsfragen ab, die den Gerichtshof zumeist im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens erreicht. Typischerweise konzentrieren sich die Entscheidungsgründe auf eine *grundrechtskonforme Auslegung* des Sekundärrechts.<sup>307</sup>

Der EuGH hat unmissverständlich klargestellt, über die „ausschließliche Zuständigkeit für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts“ zu verfügen und diese mittels des Vorrangprinzips in allen Mitgliedstaaten auch entgegen verfassungsgerichtlicher Widerstände durchzusetzen.<sup>308</sup> Die vom Gerichtshof vorgenommene Auslegung der Unionsgrundrechte setzt damit im Anwendungsbereich des Unionsrechts einen unionsweit wirkenden grundrechtlichen Unitarisierungsprozess in Gang, der den nationalen Grundrechten nur (aber gleichwohl in beachtlichem Umfang) unter Ein-

306 Allerdings gehören dem Gerichtshof auch immer wieder Persönlichkeiten an, die zuvor als Richter:innen an nationalen Verfassungsgerichten gewirkt oder als Wissenschaftler:innen intensiv zu (Unions-)Grundrechten geforscht haben.

307 Vgl. exemplarisch aus den unterschiedlichen Bereichen des Migrations-, Datenschutz- und Tierschutzrechts EuGH, Urteil v. 19.3.2020, Rs. C-564/18, ECLI:EU:C:2020:218, Rn. 57 ff. – *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*; Urteil v. 6.10.2020, verb. Rs. C-511/18 u.a., ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 105 ff. – *La Quadrature du Net u.a.*; *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 39 ff.

308 EuGH, RS (*Wirkungen der Entscheidungen eines Verfassungsgerichts*) (Fn. 149), Rn. 52.

haltung der *Melloni*-Grenzen Raum lässt.<sup>309</sup> Der EuGH fungiert insoweit als zentralisierter Maßstabsgenerator, der in den allermeisten Fällen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen wird.

#### b) Nationale (Verfassungs-)Gerichte als europäische Grundrechtsgerichte

Dass der EuGH insbesondere im Rahmen eines ebenenübergreifenden, aber dezentral aus den Mitgliedstaaten heraus angestoßenen judikativen Dialogverfahrens als Grundrechtsinterpret fungiert, unterstreicht, dass der Prozess der europäischen Grundrechtsdurchsetzung in besonderer Weise durch vielfaltswahrende verfahrensrechtliche Vorkehrungen gerahmt ist. So wie die EU generell eher einem mischföderativen Ansatz folgt,<sup>310</sup> weist auch ihr Gerichtssystem mischföderative Strukturen auf. In diesem System obliegt es EuGH und nationalen Gerichten gemeinsam, die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den wirksamen Schutz der aus ihm fließenden Individualrechte zu gewährleisten.<sup>311</sup> Innerhalb dieses kooperativen Rahmens agieren nationale Gerichte funktional als europäische Gerichte bzw. haben das „Amt des Unionsrichters“ inne, wie es der EuGH formuliert.<sup>312</sup> Sie erfüllen ein grundlegendes europäisches Mandat.<sup>313</sup>

Für die judikative Durchsetzung der Unionsgrundrechte kommt es im Rechtsalltag daher in besonderem Maße auf die nationalen Gerichte an. Sie sind es, die die Charta in tausenden von Einzelfällen anwenden.<sup>314</sup> Und sie sind es, die am Ende die Übersetzung der Unionsgrundrechte in die innerstaatliche Rechtsordnung erbringen. Die elementare Bedeutung einer funktionierenden nationalen Justiz als Gelingensbedingung der europäischen Rechtsgemeinschaft zeigt gerade auch der in der jüngeren

---

309 Dazu bereits IV.1.b.

310 Vgl. abermals *Schütze* (Fn. 98).

311 Vgl. EuGH, *Euro Box Promotion u.a.* (Fn. 129), Rn. 254 m.w.N.

312 Ebd., Rn. 257 (*EN role of a court of the European Union, FR l'office de juge de l'Union*).

313 Zu diesem generell *Monica Claes*, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart 2005, 58 ff.; *John Temple Lang*, *The Duties of National Courts under the Constitutional Law of the European Community*, Lasok Lecture Exeter (1987).

314 Vgl. in rechtsvergleichender Perspektive abermals die einzelnen Länderberichte in Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30).

EuGH-Rechtsprechung über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV erfolgende unionsrechtliche Zugriff auf die nationale Justiz zum Zwecke der Sicherung ihrer Unabhängigkeit.<sup>315</sup> Die Kompromittierung richterlicher Unabhängigkeit in mehreren EU-Mitgliedstaaten zeigt jedoch auch, wie anfällig das dezentrale System der Grundrechtsdurchsetzung ist. Ganz unabhängig vom gezielten Rückbau der Rechtsstaatlichkeit in einigen EU-Mitgliedstaaten ist der gerichtliche Schutz der Grundrechte innerhalb der EU sehr unterschiedlich organisiert. Dies gilt sowohl für die Existenz spezialisierter Verfassungsgerichte als auch das jeweilige prozessrechtliche Setting sowie generell für die Rolle der Justiz gegenüber den anderen Gewalten.<sup>316</sup>

In mehreren Mitgliedstaaten, die über eine Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne verfügen, lässt sich indes ein in rechtsvergleichender Perspektive bemerkenswerter Trend beobachten: Nationale Verfassungsgerichte übernehmen vermehrt die Rolle europäischer Grundrechtsgerichte, indem sie die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab anerkennen. Das gilt – in chronologischer Reihenfolge – für die belgische *Cour constitutionnelle*,<sup>317</sup> den österreichischen *Verfassungsgerichtshof*,<sup>318</sup> die italienische *Corte costituzionale*<sup>319</sup> und das deutsche *Bundesverfassungsgericht*<sup>320</sup> sowie

315 Vgl. die in Fn. 15 und Fn. 140 zitierte Rechtsprechung.

316 Vgl. Maartje De Visser, *Constitutional Review in Europe*, Oxford: Hart 2013, 93 ff.

317 Belg. VerfGH, Entscheidung v. 22.7.2004, Nr. 136/2004, Abschnitt B.5.3, zunächst v.a. gerichtet auf die Einbeziehung der EMRK, des IPbPr und der AEMR, später dann auch auf die GRCh, vgl. belg. VerfGH, Entscheidung v. 30.6.2011, Nr. 116/2011, Abschnitte B.3, B.11 f. (mit vorausgehender Vorlage an den EuGH in der Rs. C-236/09), sowie Entscheidung v. 15.3.2018, Nr. 29/2018, Abschnitte B.9 und B.15. Näher Sarah Lambrecht, *Belgium: The Charter in a Tradition of Openness*, in: Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30), 87–108.

318 Öst. VfGH, Erkenntnis v. 14.3.2012, U 466/11–18 u.a., ECLI:AT:VFGH:2012:U466.2 011; VfGH, Erkenntnis v. 29.11.2021, E 3127/2021, ECLI:AT:VFGH:2021:E3127.2021, jeweils vermittelt über den (unionsrechtlichen) Äquivalenzgrundsatz. Zum Ganzen Magdalena Pöschl, *Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon*, ZÖR 67 (2012), 587–609, 590 ff.; Michael Potacs, *Rechte der EU-Grundrechte-Charta als verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte*, JBl 134 (2012), 503–511.

319 Ital. Corte costituzionale, Entscheidung v. 7.11.2017, Nr. 269/2017, ECLI:IT:COST:2 017:269, Abschnitt 5.2; Entscheidung v. 23.1.2019, Nr. 20/2019, Abschnitt 2.3. Zum Ganzen Giuseppe Martinico/Giorgio Repetto, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe*, EuConst 15 (2019), 731–751 (737 ff.).

320 Grundlegend BVerfGE 152, 216 – *Recht auf Vergessen II*, sowie, dem im Grundsatz folgend, auch der Zweite Senat: BVerfGE 156, 182 – *Europäischer Haftbefehl III*, und BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14 – *Ökotox-Daten*.

in gewissem Umfang auch für den französischen *Conseil constitutionnel*.<sup>321</sup> Trotz aller Verschiedenheit im Detail eint diese Verfassungsgerichte, dass sie Unionsgrundrechte in ihren Prüfungsmaßstab einbezogen und damit regelmäßig<sup>322</sup> zugleich ihr Verhältnis zu den Fachgerichten dergestalt neu geordnet haben, dass sie die Grundrechtskontrolle bei der Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne eines *uni et impera* konzentrieren.<sup>323</sup> Die Verfassungsgerichte überlassen die Kontrolle der Einhaltung von Unionsgrundrechten im innerstaatlichen Bereich damit nicht mehr allein den Fachgerichten im Dialog mit dem EuGH, sondern übernehmen einen im Kern begrüßenswerten Schutzauftrag für die innerstaatliche Einhaltung der Unionsgrundrechte. Damit lösen sie zugleich das mit der Einrichtung einer zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit gegebene normative Versprechen ein, den Bürgerinnen und Bürgern eine Grundrechtskontrolle durch ein spezifisch dafür zugeschnittenes Gericht zu gewähren, auch wenn die einschlägigen Grundrechte mittlerweile solche des Unionsrechts sind.<sup>324</sup> Durch die Einbeziehung der Unionsgrundrechte in den verfassungsgerichtlichen (Gesamt-)Prüfungsmaßstab können die Unionsgrundrechte vor nationalen Verfassungsgerichten u.U. sogar dann relevant werden, wenn der Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens gar nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.<sup>325</sup>

321 Franz. *Conseil constitutionnel*, Entscheidung v. 26.8.2018, 2018–768 DC – *Geschäftsgeheimnis*, Rn. 12 (Grundrechtsprüfung im Spielraumbereich unter Hinweis, dass das betreffende Verfassungsprinzip ebenso – *également* – durch die Charta geschützt werde) sowie Rn. 10 und Rn. 38 (Ablehnung der Grundrechtsprüfung im zwingenden Bereich).

322 Für den franz. *Conseil constitutionnel* gilt dies nur bedingt.

323 Im Einzelnen Wendel, *Europäischer Grundrechtsschutz* (Fn. 17), 334 ff.

324 BVerfGE 152, 216 (Rn. 62) – *Recht auf Vergessen II*, sowie sinngemäß ital. *Corte costituzionale* 2017 (Fn. 319), Abschnitt 5.2.

325 Dementsprechend erklärte der EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen der ital. *Corte costituzionale* für zulässig, soweit dieses die vor ihm anhängige konkrete Normenkontrolle sowohl anhand der nationalen als auch der unionalen Grundrechte entscheide, um „allen italienischen Gerichten eine Entscheidung mit Wirkung *erga omnes* an die Hand zu geben“, EuGH, Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-350/20, ECLI:EU:C:2021:659, Rn. 40 – *O.D. u.a.*

### c) Konfliktpräventive Verschleifung: Einheit und Vielfalt im Grundrechtsdialog

Die Übernahme einer verfassungsgerichtlichen Kontrollverantwortung für die innerstaatliche Einhaltung der Unionsgrundrechte ist außerordentlich komplex und vielschichtig.<sup>326</sup> In der Gesamtschau aber handelt es sich um eine begrüßenswerte Entwicklung, zumal sie das Konfliktpotenzial im Verhältnis zwischen EuGH und nationalen Verfassungsgerichten vermindert. Dieses Verhältnis ist im Grundrechtsbereich oft – und zu Recht – als äußerst konfliktträchtig wahrgenommen worden, weil der EuGH bereits früh nationale Grundrechte als Prüfungsmaßstab für Unionsrecht bzw. unionsrechtlich determiniertes nationales Recht ausschloss<sup>327</sup> und nationale Verfassungsgerichte darauf mit der Beanspruchung vorrangrelativierender Kontrollvorbehalte reagierten.<sup>328</sup> Dabei ging es aber stets um die (schwindende) Reichweite nationaler Grundrechte im Kraftfeld des Europarechts. Die Anerkennung der Unionsgrundrechte als verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab eröffnet eine neue Perspektive, weil sie die Verfassungsgerichte und ihr Bestreben nach einem substanziellen Niveau des Grundrechtsschutzes in den Dienst des unionsrechtlichen Schutzversprechens stellt. So zeigt etwa der Abgleich der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen in *Europäischer Haftbefehl II* mit der jüngeren, bereits dem Neuansatz folgenden Entscheidung in *Europäischer Haftbefehl III*, dass das BVerfG mittels direkter Anwendung der Unionsgrundrechte in der Lage ist, seine „grundrechtsspezifische Kontrollfunktion“<sup>329</sup> auf hohem Niveau zu erfüllen, ohne dabei auf die äußersten integrationsfesten Grenzen des GG rekurrieren zu müssen.<sup>330</sup>

326 Näher Wendel, Garant (Fn. 103), 164 ff.

327 EuGH, *Internationale Handelsgesellschaft* (Fn. 253), Rn 3.

328 Klassisch ital. *Corte costituzionale*, Frontini (Fn. 20), sowie BVerfGE 37, 271 – *Solange I*. Rechtsvergleichender Überblick bei Franz C. Mayer/Mattias Wendel, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 2: Europäisches Organisationsverfassungsrecht, Baden-Baden: Nomos 2022, § 4, Rn. 220 ff. (Grundrechtsvorbehalte) und Rn. 248 ff. (Identitätsvorbehalte), jeweils m.w.N.

329 BVerfGE 152, 216 (Rn. 62) – *Recht auf Vergessen II*.

330 Während das BVerfG in seinem Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 – *Europäischer Haftbefehl II*, noch eine vorrangrelativierende Identitätskontrolle ausübte, kamen in BVerfGE 156, 182 – *Europäischer Haftbefehl III*, bereits direkt die Unionsgrundrechte zum Tragen, was die Verlagerung der Identitätskontrolle auf eine sichernde Sekundärebene erlaubte.



Allerdings kann die Rolle nationaler (Verfassungs-)Gerichte als Garanten der Unionsgrundrechte nur gelingen, wenn diese Gerichte einen direkten Dialog mit dem EuGH suchen. Darin liegt keineswegs ein Akt der Unterwerfung, sondern vielmehr eine Chance, die europäische Grundrechtsprechung aktiv mitzuprägen und durch Impulse zu bereichern, die aus dem reichen Erfahrungsschatz nationaler Grundrechtsprechung schöpfen können. Insoweit ist es in höchstem Maße bedauerlich, dass das BVerfG dem EuGH bislang in keinem einzigen Grundrechtsfall ein Vorabentscheidungsersuchen unterbreitet hat – anders als seine oben genannten europäischen Pendanten. Damit verpasst es das BVerfG bislang, mit dem EuGH in einen formalisierten<sup>331</sup> Grundrechtsdialog zu treten. Auf Seiten des EuGH bedarf es dagegen vielleicht noch eines stärkeren Maßes an Responsivität,<sup>332</sup> um den nationalen Verfassungsgerichten hinreichend Anreize für einen formalisierten Grundrechtsdialog zu setzen und mit ihnen gemeinsam den Pfad weg vom Anspruch auf letzte (oder erste) Wörter und hin zu einem „gemeinsamen Wort“<sup>333</sup> nationaler und europäischer Grundrechtsjudikatur zu beschreiten.

## V. Ausblick

Das System des europäischen Grundrechtsschutzes ist vielschichtig. Es muss das richtige Gleichgewicht zwischen unionaler Grundrechtseinheit und nationaler Grundrechtsvielfalt herstellen und dabei stets das paneuropäische Mindestniveau der EMRK halten. Die Effektivität dieses pluralistischen Schutzsystems, aber auch seine Akzeptanz werden künftig noch mehr davon abhängen, dass die beteiligten Akteure im Sinne eines optimierten Schutzes kooperativ zusammenwirken. Im Sinne von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit sollten, wo immer möglich, Komplexitäten pro-

---

331 Jenseits des formalisierten Dialogs gibt es freilich eine Reihe informeller Foren, die einen personellen Austausch zwischen EuGH und BVerfG erlauben.

332 Der Dialog zwischen der ital. *Corte costituzionale* und dem EuGH in *Taricco* indiziert aber eine gestiegene Bereitschaft des EuGH, spezifischen Anliegen nationaler Verfassungsgerichte im Grundrechtsbereich Rechnung zu tragen, vgl. EuGH, Urteil v. 5.12.2017, Rs. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 – M.A.S. u.a. (*Taricco II*), in Antwort auf ital. *Corte costituzionale*, Vorlagebeschluss v. 23.11.2016, Nr. 24/2017.

333 Im Sinne eines „gemeinsamen Wortes“ *Koen Lenaerts* in einer Rede auf einer Konferenz im Bundesministerium für Wirtschaft- und Klimaschutz am 9.9.2022 aus Anlass des 70-jährigen Bestehens des EuGH.

zedural wie materiell-rechtlich reduziert werden, ohne dabei die Balance zwischen Einheit und Vielfalt einseitig aufzuheben.

Wertebindung, Stabilität und Klarheit des Schutzsystems sind notwendige Bedingungen, um die substanziellen Herausforderungen zu bewältigen, vor die der europäische Grundrechtsschutz in der unsicheren Weltordnung des 21. Jahrhunderts gestellt ist. Es sind ihrer viele.<sup>334</sup> Auch und gerade auf dem Feld des Grundrechtsschutzes wird sich zeigen, wie ernst es die Union und ihre Mitgliedstaaten mit der Achtung ihrer Grundwerte halten.

---

334 Krieg, fluchtbedingte Migration, Autoritarismus, Schleifung rechtsstaatlicher Standards, künstliche Intelligenz usf.

