

Christoph Grabenwarter

Konkurrenz und Kooperation zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht

- I Der Ausgangspunkt: Ähnliche Maßstäbe und Kompetenzen
- II Der Modus der Kooperation: Zusammenarbeit oder Zusammenwirken?
- III Die Arten der Kooperation: Verstärkung – Ergänzung – Konkurrenz
 - 1 Gegenseitige Verstärkung
 - 2 Gegenseitige Ergänzung: Aufgabenteilung und Kontrollbeschränkung
 - a) EuGH – BVerfG
 - b) EGMR – BVerfG
 - c) EGMR – EuGH
 - 3 Konkurrenz: Der Wettlauf um das höhere Schutzniveau
 - 4 Angleichungsvorgänge durch dialogische Rezeption
- IV Der Ausblick: Zusammenwirken im Verfassungsgerichtsverbund unter neuen Bedingungen

I Der Ausgangspunkt: Ähnliche Maßstäbe und Kompetenzen

Der Titel meines Vortrages enthält die Aufzählung dreier Gerichte und nimmt auf Kooperation und Konkurrenz dieser Rechtsprechungsorgane Bezug. Dieses Thema hat Konjunktur, es beschäftigt Fachtagungen der Europarechtler und Staatsrechtslehrer ebenso wie Doktoranden und die betroffenen Gerichte selbst. Die Europäische Konferenz der Verfassungsgerichte widmete ihren Kongress im Mai 2014 exakt dem gleichen Thema, freilich in rechtsvergleichender Perspektive.

Wenn sich Gerichte mit unterschiedlichen und gelockerten Maßstäben in je und je unterschiedlichen Gefilden bewegen, nehmen sie voneinander weniger Notiz als in Zeiten einer Konzentration der Zuständigkeiten und Verschärfung der Maßstäbe. Während der EuGH in früherer Zeit ohne eigenen Grundrechte-Katalog häufiger Fälle über die Grundfreiheiten löste, rücken die Grundrechte im letzten Jahrzehnt sukzessive in den Vordergrund.¹

Dabei scheint es in dem Rechtsprechungsdreieck eine Konstante zu geben. Sieht man von punktuellen Änderungen in den Grundrechten des Grundgesetzes und im

¹ Siehe hierzu nur: EuGH, Urt. vom 09.10.2001, Rs. C-377/98 (Niederlande/Parlament und Rat), Slg. 2001, I-7079; EuGH, Urt. vom 22.01.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich), noch nicht in der Slg. veröffentlicht; EuGH, Urt. vom 26.02.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), noch nicht in der Slg. veröffentlicht; EuGH, Urt. vom 15.01.2014, Rs. C-176/12 (Association de médiation sociale).

Verfassungsprozessrecht – Stichwort Verfassungsbeschwerde – ab, so hat sich für das BVerfG wenig in den normativen Grundlagen – materiell und prozessual – getan. Doch ebenso wie für die europäischen Gerichte gilt auch für Karlsruhe, dass entscheidende Änderungen von Innovationen in der Rechtsprechung ausgingen und ausgehen.

Die Maßstäbe und mit ihnen die Zuständigkeiten der Gerichte rücken zusammen. Es gilt an dieser Stelle festzuhalten, dass wir nicht über Wahlprüfungsverfahren oder ein Organstreitverfahren über den Bundeswehreinsatz oder den Bund-Länder-Streit in Fragen des Finanzausgleichs sprechen, sondern über Verfassungsbeschwerde-, Individualbeschwerde- und Vorabentscheidungsverfahren in Fragen der Grundrechte.

Die Grundrechte konvergieren europaweit, einerseits durch Akte der Verfassungsgesetzgeber und durch europäische Verträge, andererseits durch die Rechtsprechung. Die Besonderheit der Art. 1 bis 16 Grundgesetz besteht darin, dass sie ungefähr in derselben Zeit entstanden sind wie die europäischen und internationalen Menschenrechtskataloge, nämlich unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg. Das Grundgesetz enthält mit spezifischem Zuschnitt einer staatlichen Verfassung die Antwort auf die Negation von Menschenwürde und Menschenrechten durch die grausamste Diktatur der Geschichte. Menschenrechtskonvention, Menschenrechtserklärung und später der UN-Pakt formulieren dasselbe Anliegen allgemeiner für die regionale und universelle Ebene in Teilbereichen.²

Mit der Grundrechte-Charta tritt ein um 50 Jahre jüngerer Grundrechtskatalog auf den Plan, teils unter Anknüpfung und Verweisung auf die bestehenden Menschenrechte, in mancher Hinsicht das nationale Verfassungsrecht aufnehmend und berücksichtigend und in nicht wenigen Bereichen in Kodifikation unionsrechtlicher subjektiver Rechte.

Diese holzschnittartige Beschreibung der Grundrechtslandschaft in Europa macht deutlich, dass sich die Tätigkeiten der Gerichte zunehmend aus denselben Quellen speisen und dieselbe normative Nahrung zu verarbeiten haben.

II Der Modus der Kooperation: Zusammenarbeit oder Zusammenwirken?

Im Europarecht ist in den letzten Jahren viel von Kooperationsverhältnissen die Rede.³ Mit diesem Begriff wird manches verschleiert, manches beschönigt, im besten Fall aber unscharf ausgedrückt. Vieles, was im Gewande der Kooperation daherkommt,

² Art. 1 Abs. 2 Grundgesetz bezieht sich auf diese Dokumente.

³ Statt vieler WALTER BERKA, Grundrechtsschutz durch EuGH und EGMR – Konkurrenz oder Kooperation?, ÖJZ 2006, S. 876, 886; CHRISTINE HEER-REISSMANN, Die Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Europa, 2008, S. 60, 205 ff.; JULIE VONDUNG, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 2012, S. 117 ff.

ist ein verstecktes Nebeneinander, manchmal gar ein Gegeneinander. Ko-Operation kann Zusammenarbeit oder aber auch Zusammenwirken meinen.⁴ Eine echte Zusammenarbeit findet zwischen den Gerichten nicht statt, sie ist auch nicht von den Verträgen gewollt, sowie von keiner Verfassung eines europäischen Staates angeordnet.⁵ Gerichte arbeiten in zeitlicher Hinsicht hintereinander, und sie verarbeiten auf das Ganze gesehen dasselbe grundrechtsdogmatische Problem an verschiedenen Sachverhalten und im Ausgangspunkt in einer prozessual und materiell-rechtlich verschiedenen normativen Lage.

Kooperation in der europarechtlichen Terminologie meint Zusammenwirken der verschiedenen europäischen Gerichte und der nationalen Verfassungsgerichte, die letztlich für die Einhaltung und Durchsetzung der Grund- und Menschenrechte im innerstaatlichen Bereich zu sorgen haben.⁶ Die deutlichste normative Klammer für das Zusammenwirken im Unionsrecht bildet Art. 267 AEUV, der unter bestimmten Voraussetzungen ein Gebot für das nationale Gericht enthält, eine Arbeitsteilung mit dem EuGH vorzunehmen. Doch auch die Abfolge von Verfassungsbeschwerde und Individualbeschwerde an den EGMR führt zu Formen der Kooperation, die nicht weniger dialogisch sind als jene unter dem Regime des Art. 267 AEUV – man denke an die Urteile „Caroline“ Nr. 1 bis Nr. 3⁷ und die beiden Senatsentscheidungen des BVerfG⁸ oder an die Sicherungsverwahrungsentscheidungen aus Karlsruhe⁹ und den Fall M.¹⁰, gefolgt von einer Serie von Parallelfällen.¹¹

Dieses Zusammenwirken lässt sich in vielerlei Hinsicht gliedern, Charakteristika lassen sich da wie dort ausmachen. Ich möchte im Folgenden drei Arten des Zusammenwirkens erwähnen, im Bewusstsein, dass es noch andere Arten und viele andere Mög-

4 CHRISTOPH GRABENWARTER, Die Kooperation zwischen EuGH und EGMR, in: ders./Erich Vranes (Hrsg.), Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund, 2012, S. 35, 36.

5 Von hohem Wert sind informelle Arbeitstreffen zwischen EuGH, EGMR und Verfassungsgerichten; vgl. dazu ECKHART KLEIN, § 167 Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VI/1, Europäische Grundrechte I, 2010, S. 1269, 1309 f.

6 GRABENWARTER (Anm. 4), S.37.

7 EGMR, Urt. vom 24.6.2004, Nr. 59320/00 (von Hannover); EGMR, Urt. vom 07.02.2012, Nr. 40660/08 und 60641/08 (von Hannover, Nr. 2); EGMR Urt. v. 19.09.2013, Nr. 8772/10 (von Hannover, Nr. 3).

8 BVerfG, Urt. vom 15.12.1999, Az. 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, S. 361-396; BVerfG, Beschl. vom 26.02.2008, Az. 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07, BVerfGE 120, S. 180-223.

9 BVerfG, Urt. vom 04.05.2011, Az. 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10, BVerfGE 128, S. 326-409; BVerfG, Beschl. vom 08.06.2011, Az. 2 BvR 2846/09, BVerfGE 129, S. 37-49; BVerfG, Beschl. vom 06.02.2013, Az. 2 BvR 2122/11, 2 BvR 2705/11; BVerfG, Beschl. vom 11.07.2013, Az. 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12.

10 EGMR, Urt. vom 17.12.2009, Nr. 19359/04 (M. gegen Deutschland).

11 EGMR, Urt. vom 19.01.2012, Nr. 21906/09 (K. gegen Deutschland); EGMR, Urt. vom 22.03.2012, Nr. 36035/04 (O. gegen Deutschland); EGMR, Urt. vom 13.01.2011, Nr. 17792/07 (K. gegen Deutschland); EGMR, Urt. vom 13.01.2011, Nr. 20008/07 (M. gegen Deutschland); EGMR, Urt. vom 13.01.2011, Nr. 27360/04 und 42225/07 (S. gegen Deutschland); EGMR, Urt. vom 14.04.2011, Nr. 30060/04 (J. gegen Deutschland); EGMR, Urt. vom 24.11.2011, Nr. 4646/08 (H. gegen Deutschland).

lichkeiten der Gliederung des Zusammenwirkens gibt: die gegenseitige Verstärkung, die gegenseitige Ergänzung und die Konkurrenz der Gerichte. Am Ende steht ein Ausblick.

III Die Arten der Kooperation: Verstärkung – Ergänzung – Konkurrenz

1 Gegenseitige Verstärkung

Die wesentlichste Form des Zusammenwirkens zwischen den europäischen Gerichtshöfen untereinander sowie zwischen diesen und den Verfassungsgerichten kommt in wechselseitigen Bezugnahmen auf die Rechtsprechung zum Ausdruck.¹² Diese Einschätzung gilt sowohl in qualitativer wie mittlerweile auch in quantitativer Hinsicht. Das BVerfG hat spätestens mit der Sicherungsverwahrungsentcheidung vom 4. Mai 2011¹³ jede Reserve in der Zitierung der Straßburger Rechtsprechung aufgegeben. Man darf diese scheinbar vordergründige Beobachtung nicht unterschätzen. Mit der affirmativen Bezugnahme auf EGMR-Urteile wird für die Gerichte und Behörden, die an die Entscheidungen des BVerfG gem. § 31 BVerfGG gebunden sind, in Erinnerung gerufen, dass sie die EMRK in der Auslegung durch den EGMR in ihrer Entscheidungspraxis anzuwenden haben. Dazu tritt aber ein noch viel wesentlicherer Aspekt, nämlich die Kenntnisnahme von Straßburger Rechtsprechung überhaupt. Anders als bei Verfassungsgerichten, aber auch beim EuGH ist der jährliche Output quantitativ mittlerweile so groß, dass die Entscheidungen nicht mehr als Leitentscheidungen wahrgenommen werden können.¹⁴ Dazu kommt, dass Urteile des EGMR meist längere Zeit, viele aber überhaupt nicht in deutscher Sprache verfügbar sind. Rechtsprechungsberichte in Fachzeitschriften, durch das Bundesministerium der Justiz oder durch den EGMR selbst vermögen diese Probleme zu lindern, aber nicht zu beseitigen. Kurz: Die Heranziehung einzelner Urteile des EGMR durch das BVerfG vermittelt diesen eine herausgehobene Stellung und bewirkt, dass sie in der universitären Lehre, in der wissenschaftlichen Literatur und in der fachgerichtlichen Praxis über europa- und völkerrechtliche Spezialisten hinaus verstärkt rezipiert werden.

¹² KATHARINA GEBAUER, *Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?*, 2007, S. 340 ff. m.w.H.; KLEIN (Anm. 5), S. 1309; JÖRG GUNDEL, *Der wachsende Einfluss des EU-Rechts auf die Auslegung der EMRK – und seine strukturellen Grenzen*, in: Peter-Christian Müller-Graff/Stefanie Schmahl/Vassilios Skouris (Hrsg.), *Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel*, Festschrift für Dieter H. Scheuing, 2011, S. 59, Fn. 9; VONDUNG (Anm. 3), S. 117 ff.

¹³ BVerfG, Urt. vom 04.05.2011, Az. 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10, BVerfGE 128, S. 326-409.

¹⁴ Vgl. die statistische Auswertung von MATTHIAS JESTAEDT, *Der „Europäische Verfassungsgerichtsverbund“ in (Verfahrenskenn-)Zahlen*, JZ 2011, S. 872.

Ähnliche, wenngleich schwächere Effekte sind im Verhältnis zwischen dem EGMR und dem EuGH zu beobachten. Die Zahlen der Entscheidungen in Straßburg wie in Luxemburg, in denen auf die Rechtsprechung des jeweils anderen Gerichts Bezug genommen wird, gehen heute mindestens in den dreistelligen Bereich.¹⁵ Die Motive für Zitate sind andere als jene des BVerfG. In den seltensten Fällen ist ein Zitat heute wegen der normativen Grundlage unumgänglich. Vielmehr hat die Zitierung des anderen Gerichtshofes die Funktion, die Begründungslast zu verringern. Gibt es eine Straßburger Entscheidung zu einer entsprechenden EMRK-Garantie, so erspart sich der EuGH eine parallele Ableitung, die in aller Regel zu keinem anderen Ergebnis führen würde.¹⁶

Weniger offensichtlich ist dieser Befund in umgekehrter Richtung. Einen wesentlichen Faktor in der Begründung der Reichweite des Schutzbereichs und der Schranken von Konventionsgarantien bildet in der Rechtsprechung des EGMR die Feststellung eines europäischen Standards. Gerade dann, wenn der EGMR eine Konventionsgarantie interpretativ weiterentwickeln will, blickt er auf die Rechtsprechung in Luxemburg, die häufig auch durch Primär- und Sekundärrecht jenseits der Menschenrechte bestimmt ist. Weiterentwicklungen des Grundrechts des *ne bis in idem*¹⁷ oder des Anwendungsbereichs des Art. 6 EMRK auf Beamtenrechtsstreitigkeiten¹⁸ sind hier ebenso zu nennen wie materielle Garantien des Gebots der Verhängung milderer Strafen¹⁹ oder des *refoulement*-Verbots in Art. 3 EMRK²⁰.

Jenseits des Begründungswerts der einzelnen Zitate geht eine darüber hinausgehende Wirkung von dieser Form gegenseitiger Berücksichtigung der Rechtsprechung aus, die wiederum eine Parallele zum Verhältnis zwischen dem BVerfG und dem EGMR hat. Das Zitat eines EGMR-Urteils im EuGH-Urteil vermittelt dem EuGH menschenrechtliche Legitimität und verstärkt gleichzeitig die Legitimität und Bedeutung des EGMR als eines europaweiten Hüters der Menschenrechte. Umgekehrt hat die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH in Urteilen des EGMR bei der Bestimmung eines europäischen Standards oder einer Praxis der Mitgliedstaaten höhere Relevanz als die Bezugnahme auf die Rechtsprechung einzelner Verfassungs-

15 Vgl. dazu GUNDEL (Anm. 12), S. 58 ff.

16 Vgl. zum Namensrecht in Art. 7 GRC EuGH, Urt. vom 22.12.2010, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien), Slg. 2010, I-13693, Rn. 52; zur unmenschlichen Behandlung in Art. 4 GRC EuGH, Urt. vom 21.12.2011, Rs. C-411/10 und 493/10 (N. S. [C-411/10]/Secretary of State for the Home Department und M. E. und andere [C-493/10]/Refugee Applications Commissioner und Minister for Justice, Equality and Law Reform), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 88 ff.; zur Ladung durch Aushang in Art. 47 Abs. 2 GRC EuGH, Urt. vom 15.03.2012, Rs. C-292/10 (G./Cornelius de Visser), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 58; zum Doppelbestrafungsverbot EuGH, Urt. vom 05.06.2012, Rs. C-489/10 (Bonda), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 36 ff.

17 EGMR, Urt. vom 10.02.2009, Nr. 14939/03 (Zolotukhin), Rn. 33 ff., 78 ff.

18 EGMR, Urt. vom 08.12.1999, Nr. 28541/95 (Pellegrin), Rn. 38, 41; vgl. dazu auch HEER-REISSMANN (Anm. 3), S. 225.

19 EGMR, Urt. vom 17.09.2009, Nr. 10249/03 (Scoppola), Rn. 38, 105.

20 EGMR, Urt. vom 29.01.2013, Nr. 60367/10 (S.H.H.), Rn. 35.

gerichte, soweit die Rechtsprechung des EuGH die Rechtsordnungen von immerhin 28 Mitgliedstaaten bestimmt.²¹

2 Gegenseitige Ergänzung: Aufgabenteilung und Kontrollbeschränkung

Ein zweites Charakteristikum des Zusammenwirkens von EGMR, EuGH und BVerfG ist es, dass die Gerichte dort mit Zurückhaltung agieren, wo eine vorrangige Kompetenz des jeweils anderen Gerichtshofes angenommen und akzeptiert wird und eine effektive Grundrechtskontrolle auch tatsächlich stattfindet. Im Folgenden soll die gerichtliche Dreiecksbeziehung beleuchtet werden, wobei das Verhältnis zwischen BVerfG und EuGH im Vordergrund steht. Es ist gleichzeitig das in den nächsten Jahren wohl präkärste im Beziehungsgeflecht.

a) EuGH – BVerfG

Die Geschichte des Verhältnisses zwischen der Rechtsprechung des EuGH und jener des BVerfG ist von der Zurücknahme der Kontrolle gestützt auf das Vertrauen effektiver Grundrechtskontrolle im jeweils anderen Bereich gekennzeichnet – Solange I²², Solange II²³, Bananenmarktordnung²⁴. Die Art. 51 bis 53 der Charta sind darauf angelegt, mögliche Konflikte zwischen den Grundrechtsebenen zu vermeiden und Auslegungsergebnisse zu harmonisieren. Die aktuell umstrittenste Frage liegt in diesem Verhältnis beim Anwendungsbereich der Charta, der von dessen Art. 51 bestimmt ist.

Art. 51 der Grundrechtecharta wurde in den Konventsberatungen intensiv diskutiert und war in Einzelheiten auch umstritten.²⁵ Gute Gründe sprechen dafür, im Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 („[...] für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung“) unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte – dazu sogleich – den Versuch einer Begrenzung der Verpflichtung gegenüber der allgemeinen Verpflichtung durch die Gemeinschaftsgrundrechte zum damaligen Stand zu sehen.²⁶ Aus der Perspektive der verschiedenen Sprachfassungen ist festzuhalten, dass die engste Formulierung wohl die deutsche Fassung bildet („Durchführung“), während die übrigen Fassungen ein weiteres Verständnis zumindest zulassen, so etwa die

²¹ Vgl. GRABENWARTER (Anm. 4), S. 38.

²² BVerfG, Beschl. vom 29.05.1974, Az. 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, S. 271.

²³ BVerfG, Beschl. vom 22.10.1986, Az. 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, S. 339.

²⁴ BVerfG, Beschl. vom 07.06.2000, Az. 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, S. 147.

²⁵ MARTIN BOROWSKY, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Vorb. Kap. VII GR-Charta Rn. 1 ff, Art. 51 Rn. 2 ff.

²⁶ Vgl. auch STEFAN KADELBACH, Die Bindung an die Grundrechte der Europäischen Union bei der Anwendung staatlichen Strafrechts – Anmerkungen zum Urteil des EuGH in der Rechtssache Åkerberg Fransson, KritV 2013, S. 276, 282.

englische („implementation“), die französische („mettre en œuvre“), die spanische („applicar“), die italienische („Nell’attuazione“) oder die niederländische („ten uitvoeren“) Fassung. Das Ringen um Formulierungen im Konvent und vor allem der Wortlaut „ausschließlich“ lassen erkennen, dass es jedenfalls der Wille war, die Grundrechtsverpflichtung der Mitgliedstaaten gegenüber dem damaligen *status quo* nicht zu erweitern.²⁷

Die teils intensiven Auseinandersetzungen um Art. 51 kommen nur zum Teil in den Erläuterungen zum Ausdruck. War in frühen Fassungen zunächst noch von der „Umsetzung“ oder „Anwendung des Unionsrechts“ die Rede, so hieß es in späteren Fassungen „Anwendung“, danach „Geltungsbereich“ und sodann wiederum „Umsetzung“. Bemerkenswert ist, dass in einzelnen Phasen der Diskussion die englische und die französische Fassung teils unverändert blieben und die deutsche Sprachfassung erst am Ende von „Umsetzung“ in „Durchführung“ geändert wurde, womit erkennbar eine Anpassung an die Wortwahl des EuGH im Fall *Karlsson*²⁸ vorgenommen wurde, ohne dass die Erläuterungen noch geändert wurden.²⁹ Diese Änderung geht auf einen Formulierungsvorschlag des Vertreters des deutschen Bundesrats im Konvent zurück.³⁰

Probleme bereiten vor allem die Hinweise auf die Rechtsprechung des EuGH in den Erläuterungen. Sie sind zumindest ambivalent, wie die Untersuchung der Fallgruppen noch zeigen wird. Anstelle einer Erläuterung geben sie Anlass zu Kontroversen. Demgemäß werden die Erläuterungen in diesem Punkt sowohl von Vertretern einer zurückhaltenden Interpretation zur Begründung der Annahme einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Charta als auch vom EuGH zur Begründung einer Gleichsetzung des Anwendungsbereichs der Charta mit jenem des Unionsrechts herangezogen.³¹ Der Gerichtshof selbst sieht sich im *Åkerberg-Fransson*-Urteil durch die Erläuterungen zu Art. 51 GRCh bestätigt, wenn er explizit annimmt, dass die Verpflichtung zur Einhaltung der im Rahmen der Union definierten Grundrechte für die Mitgliedstaaten dann gilt, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln.³²

Die Schwierigkeit der Einordnung der Entstehungsgeschichte besteht vor allem darin, dass Urteile unterschiedlicher Rechtsprechungslinien erwähnt werden.

²⁷ Vgl. BOROWSKY (Anm. 25), Art. 51 Rn. 4 ff.

²⁸ EuGH, Urt. vom 13.04.2000, Rs. C-292/97 (*Karlsson*), Slg. 2000, I-2737, Rn. 37.

²⁹ Vgl. BOROWSKY (Anm. 25), Art. 51 Rn. 4 ff.

³⁰ Vgl. PETER HUBER, *Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte*, NJW 2011, S. 2385, 2387 (mit Fn. 36).

³¹ EuGH, Urt. vom 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), noch nicht in Slg. veröffentlicht, Rn. 20 einerseits und BOROWSKY (Anm. 25), Art. 51 Rn. 2 ff., 24 ff.; CLEMENS LADENBURGER, in: Peter Tettinger/Klaus Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 51 Rn. 22, 24, 53; HANS-JÜRGEN RABE, *Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten*, NJW 2013, S. 1407, 1408; HUBER (Anm. 30), NJW 2011, S. 2385, 2387 andererseits.

³² EuGH, Urt. vom 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 20.

Betrachtet man die Bezugnahmen auf die vier Urteile im Zusammenhang, so zeigt sich, dass zwei die Durchführungen im unmittelbaren Vollzug von Verordnungen im Milchsektor zum Gegenstand hatten, eine die Beschränkung der Grundfreiheiten und eine weitere eine nationale Maßnahme betraf, die nicht unter das Gemeinschaftsrecht fiel. Vereinfacht gesagt wird einerseits auf Konstellationen verwiesen, in denen die Anwendbarkeit bzw. die Unanwendbarkeit der Charta unbestritten ist. Die Bezugnahme auf ERT³³ ist schillernd, weil sie zum einen deutlich macht, dass die Anwendbarkeit der Charta jedenfalls dann, wenn eine Grundfreiheit beschränkt wird, in Betracht kommt. Zum anderen lässt sie offen, inwieweit man die ERT-Rechtsprechung verallgemeinern kann, indem man sie auf Konstellationen, Sachverhalte und Regelungen überträgt, in denen kein oder nur ein marginaler Bezug zu einer Grundfreiheit oder sonstigen Regelung des Unionsrechts besteht. Den unmittelbar folgenden Hinweis auf Annibaldi³⁴ mag man als Argument für einen zurückhaltenden Ansatz werten.

Insgesamt spricht die Entstehungsgeschichte zwar nicht für eine restriktive, wohl aber für eine zurückhaltende Interpretation des Art. 51.³⁵ Neben dem Wortlaut und der Absicht jener, welche die Regelung in die Fassung gebracht haben, die letztendlich verbindlich wurde, ist auch die Bestimmung des Art. 51 Abs. 2, die in Art. 6 Abs. 1 EUV wiederholt wird, wonach keine Ausweitung der Befugnisse der EU stattfindet, zu berücksichtigen.

Deutlich weniger zurückhaltend ist indessen die Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Union vor Inkrafttreten der Charta. Seit Inkrafttreten der Charta führt er sowohl die Wachauf-Judikatur³⁶ als auch die ERT-Judikatur soweit ersichtlich konsequent fort. Dies zeigt sich etwa im Fall Carpenter, in dem die Anwendbarkeit von Art. 8 der EMRK durch die Dienstleistungsfreiheit ausgelöst wurde.³⁷ Jenseits dessen aber bietet sich dem Betrachter ein uneinheitliches Bild. Wir beobachten in Schlussanträgen der Generalanwälte Expansionstendenzen wie etwa im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft in den Schlussanträgen der Generalanwältin SHARPSTON in der Rechtssache Zambrano³⁸ oder der Generalanwältin KOKOTT im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsrecht³⁹. Dem stehen differenzierende Positionen wie jene des Generalanwalts CRUZ VILLALÓN in der Rechtssache Åkerberg Fransson⁴⁰ oder zurückhaltende Wegmarkierungen des Gerichtshofes selbst gegenüber, wie sie etwa

33 EuGH, Urt. vom 18.06.1991, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925.

34 EuGH, Urt. vom 18.12.1997, Rs. C-309/96 (Annibaldi), Slg. 1997, I-7493.

35 THOMAS VON DANWITZ/KATHARINA PARASCHAS, A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights, *Fordham International Law Journal* 2012, S. 1396, 1402 ff.

36 EuGH, Urt. vom 13.07.1989, Rs. C-5/88 (Wachauf), Slg. 1989, S. 2609.

37 EuGH, Urt. vom 11.07.2002, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279.

38 Schlussanträge GA SHARPSTON vom 30.09.2010, Rs. C-34/09 (Zambrano).

39 Schlussanträge GA KOKOTT vom 17.11.2011, Rs. C-393/10 (O'Brien).

40 Schlussanträge GA CRUZ VILLALÓN vom 12.06.2012, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson).

eine Kammer in der Rechtssache Chartry aufgestellt hat, in der der Ausgangssachverhalt nach Auffassung des EuGH keinerlei Bezug zu den Freiheiten des Binnenmarktes aufwies⁴¹ und der Gerichtshof daher seine Zuständigkeit und damit auch die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta verneinte.

Der EuGH ging vor allem in seinem Urteil in der Rechtssache Åkerberg Fransson weiter. Das Ausgangsverfahren betraf bekanntlich die Frage, ob die Kumulation eines Steuerzuschlags mit einer Finanzstrafe als Sanktion für falsche Steuererklärungen mit dem Doppelbestrafungsverbot des Art. 50 der Charta vereinbar ist. Im Ausgangsverfahren war Herr ÅKERBERG FRANSSON vor einem erstinstanzlichen schwedischen Gericht im Jahr 2009 wegen Steuerhinterziehung in einem schweren Fall angeklagt worden. Herrn ÅKERBERG FRANSSON wurde vorgeworfen, in seinen Steuererklärungen für die Jahre 2004 und 2005 unrichtige Angaben gemacht zu haben, wodurch dem schwedischen Staat nicht unerhebliche Einnahmen aus Einkommens- und Mehrwertsteuer sowie einer Arbeitgeberabgabe entgangen waren. Wegen derselben unrichtigen Angaben wurden Herrn ÅKERBERG FRANSSON durch Bescheide des Finanzamts („Skatteverk“) im Jahr 2007 Steuerzuschläge auferlegt. Die Bescheide erwuchsen unangefochten am 31. Dezember 2010 und am 31. Dezember 2011 in Rechtskraft.

Das schwedische Gericht legte dem EuGH Fragen vor, anhand deren Beantwortung es vom Gerichtshof geklärt haben wollte, ob die Anklage gegen Herrn ÅKERBERG FRANSSON unzulässig sei. Die Vorlagefrage des schwedischen Gerichts warf das Problem auf, ob der Betroffene im Verfahren, mit dem ihm die Steuerzuschläge auferlegt worden waren, bereits wegen derselben Tat bestraft worden sei und ein Strafverfahren somit gegen das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 4 des Siebten Zusatzprotokolls zur EMRK und Art. 50 GRC verstoßen könnte, und damit als Vorfrage, ob das Verfahren, in dem gegen Herrn ÅKERBERG FRANSSON Steuerzuschläge verhängt wurden, und die Anklage als „Durchführung des Unionsrechts“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRC anzusehen sei.

Ohne an dieser Stelle auf die Problematik der allgemeinen Aussagen des EuGH in den Rn. 20 bis 23 des Urteils eingehen zu müssen, ist die Begründung des EuGH, die Sanktionen stünden „teilweise im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung von Mitteilungspflichten auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer“ und seien im Hinblick auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Erhebung der Mehrwertsteuer zu gewährleisten und Steuerbetrug zu bekämpfen, nach dem vorhin Ausgeführten nicht hinreichend, um *in concreto* eine Durchführung des Unionsrechts und damit die Anwendbarkeit der Charta zu begründen. Denn die zunächst erhobenen Steuerzuschläge der schwedischen Abgabenverwaltung bilden bereits die Erfüllung der Verpflichtung aus der Richtlinie, jedenfalls aber, wenn man dies als Argument überhaupt gelten lässt,⁴²

⁴¹ EuGH, Urt. vom 01.03.2011, Rs. C-457/09 (Chartry), Slg. 2011, I-00819, Rn. 25 f.

⁴² Äußerst kritisch – bereits zur Ableitung von Pflichten der Mitgliedstaaten aus der Richtlinie – THORSTEN KINGREEN, Ne bis in idem: Zum Gerichtswettbewerb um die Deutungshoheit über die Grundrechte, EuR 2013, S. 446, 451 („geradezu abenteuerlich“).

erfolgt das auf die abgabenrechtliche Sanktion folgende Strafverfahren nicht mehr in Durchführung des Unionsrechts. Da erst durch dieses der Tatbestand des Art. 50 GRCh erfüllt werden könnte, ist die Charta *in concreto* nicht anwendbar. Die Untiefe des Åkerberg-Fransson-Urteils liegt daher nicht nur in den sehr apodiktischen allgemeinen Aussagen, sondern auch – und möglicherweise vielmehr – in der Bewertung eines Strafverfahrens als Maßnahme der Durchführung einer Richtlinie.⁴³

Doch Åkerberg Fransson war nicht das letzte Wort in dieser Frage. Der EuGH präziserte seine Aussagen in diesem Urteil bereits ein Jahr später aus Anlass einer Vorlage eines italienischen Gerichts in der Rechtssache Cruciano Siragusa über die Entfernung unerlaubt ausgeführter Bauten nach einem Gesetz über den Schutz von Kultur- und Landschaftsgütern.⁴⁴ Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass er eine nationale Regelung, die nicht in den Rahmen des Unionsrechts fällt, nicht im Hinblick auf die Charta beurteilen kann. Unter Zitierung des Åkerberg-Fransson-Urteils führt der Gerichtshof aus, dass er, wenn eine Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts falle und er im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen werde, dem vorlegenden Gericht alle Auslegungskriterien an die Hand zu geben habe, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Charta-Grundrechten beurteilen zu können.⁴⁵ Auch der folgende Hinweis auf die Erläuterungen zur Bekräftigung der Bedeutung des (mitgliedstaatlichen) Handelns im Anwendungsbereich des Unionsrechts als Voraussetzung der Anwendbarkeit der Charta entspricht noch dem Åkerberg-Fransson-Urteil.⁴⁶ Sodann aber nimmt der EuGH wesentliche Nuancierungen seiner bisherigen Rechtsprechung vor. Das Ausgangsverfahren betrifft in der Rechtssache Siragusa eine Entfernungsanordnung im Landschaftsschutzrecht. Der EuGH betont zunächst über das Umweltrecht den Zusammenhang mit dem Unionsrecht.⁴⁷ Der EuGH gibt zu bedenken, dass der Begriff der „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne von Art. 51 der Charta einen hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad verlangt, der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine Sachbereich mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann.⁴⁸ Sodann wird das in den Erläuterungen zu Art. 51 der Charta genannte, für eine einschränkende Interpretation sprechende Urteil Annibaldi zitiert und werden die Kriterien zur Reichweite der Rechte aus der Unionsbürgerschaft zu Kriterien der Auslegung des Art. 51 der Charta gemacht: Um festzustellen, ob eine nationale Regelung die Durchführung des Rechts der Union im Sinne von Art. 51 der Charta betrifft, ist dem EuGH zufolge im Siragusa-Urteil u.a. zu prüfen, ob mit ihr

⁴³ Kritisch dazu auch FRANK SCHORKOPF, § 3 Grundrechtsverpflichtete, in: Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz* (Enzyklopädie Europarecht, Bd. 2), 2014, Rn. 24 ff.

⁴⁴ EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa).

⁴⁵ EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 21.

⁴⁶ EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 22.

⁴⁷ EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 23.

⁴⁸ EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 24 unter Hinweis auf EuGH, Urt. vom 29.05.1997, Rs. C-299/95 (Kremzow), Rn. 16.

eine Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat und ob mit ihr nicht andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden, selbst wenn sie das Unionsrecht mittelbar beeinflussen kann, sowie ferner, ob es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann.⁴⁹ Es folgt eine Negativabgrenzung des Anwendungsbereichs der Charta: Die Grundrechte der Union sind – so der EuGH unter Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache Maurin – im Verhältnis zu einer nationalen Regelung unanwendbar, wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren fraglichen Sachverhalt schaffen.⁵⁰ Die Auferlegung solcher Verpflichtungen war im Fall Siragusa weder durch die Bestimmungen des EU-Vertrages, noch des AEU-Vertrages, noch durch die Regelung über das Übereinkommen von Aarhus, noch durch die Richtlinien 2003/4 und 2011/92 gegeben.⁵¹ Noch einmal weist der EuGH auf das Urteil Annibaldi hin, um zu betonen, dass ein nationales Gesetz, das das Funktionieren einer gemeinsamen Agrarmarktorganisation mittelbar beeinflussen kann, keinen hinreichenden Zusammenhang zu begründen vermag.⁵² Überdies sei dem Ziel des Grundrechtsschutzes im Unionsrecht Rechnung zu tragen, das darin besteht, sicherzustellen, dass die Grundrechte in den Tätigkeitsbereichen der Union nicht verletzt werden, sei es infolge von Handlungen der Union oder infolge der Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten.⁵³

Die Umsetzung von Richtlinien ist ganz unzweifelhaft eine Form der „Durchführung“, der „*implementation*“ des Unionsrechts. Bloße Hinweise in Richtlinien oder in den Verträgen, dass nationale Rechtsvorschriften im Einklang mit dem Unionsrecht stehen müssen, begründen hingegen noch keine Durchführung des Unionsrechts durch diese verwiesenen Vorschriften.⁵⁴ Die Grundrechtsbindung bei der Richtlinienumsetzung gilt jedenfalls dort, wo die Mitgliedstaaten keinen Spielraum haben.⁵⁵

49 EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 25 unter Hinweis auf EuGH, Urt. vom 18.12.1997, Rs. C-309/96 (Annibaldi), Rn. 21 bis 23; EuGH, Urt. vom 08.11.2012, Rs. C-40/11 (Iida), Rn. 70 und EuGH, Urt. vom 08.05.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn. 41.

50 EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 26 unter Hinweis auf EuGH, Urt. vom 13.06.1996, Rs. C-144/95 (Maurin), Rn. 11 f.

51 EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 27.

52 EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 29.

53 EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 31 unter Hinweis auf EuGH, Urt. vom 15.11.2011, Rs. C-256/11 (Dereci), Rn. 71.

54 Zutreffend CLEMENS LADENBURGER, European Union Institutional Report, in: Julia Laffranque (Hrsg.), The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions, 2012, S. 141, 165 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urt. vom 14.04.2005, Rs. C-6/03 [Eiterköpfe], Slg. 2005, I-2753).

55 THORSTEN KINGREEN, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, S. 801, 806 f.; BVerfG, Beschl. vom 13.03.2007, Az. 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, S. 79-111; BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 11.03.2008, Az. 1 BvR 256/08, BVerfGE 121, S. 1-30, Rn. 135.

Dort, wo sie einen Umsetzungsspielraum haben, ist die Charta zwar anwendbar, sie tritt aber nur neben die völkerrechtliche Bindung des Mitgliedstaates an die EMRK und die verfassungsrechtliche Bindung an die nationalen Grundrechte.

Die Grenze der Bindung dürfte aber dort erreicht sein, wo der Gesetzgeber zusätzliche Regelungen aus Anlass eines Gesetzes trifft, sei es aus gänzlich anderen rechtspolitischen Gründen, sei es aus verfassungsrechtlichen Gründen etwa zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen, wobei damit nicht die Auffassung vertreten wird, dass eine Vorschrift, die unterschiedslos für Richtlinienumsetzungssachverhalte und andere „Inhaltssachverhalte“ gilt, deshalb nicht von der Geltung der Charta erfasst wäre.

Wie aber sieht es mit der Bindung an die Charta bei Regelungen im Bereich von Grundfreiheiten aus? Gerade im Lichte der jüngsten Rechtsprechung stellt sich die Lage bei Regelungen im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten wesentlich komplexer dar. Nähme man den EuGH in den allgemeinen Aussagen im Åkerberg-Fransson-Urteil beim Wort, wäre die Frage allerdings auch erledigt: Anwendbarkeit der Grundrechte-Charta, weil Anwendungsbereich des Unionsrechts. So einfach sind die Dinge aber auch hier nicht. Gerade das Siragusa-Urteil zwingt zu einer differenzierteren Sicht.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Hinweis auf das ERT-Urteil in den Erläuterungen zu Art. 51 der Charta.⁵⁶ Angesichts der Erwähnung des Urteils in den Erläuterungen ist zunächst anzunehmen, dass jedenfalls zum Zeitpunkt der Formulierung der Charta davon ausgegangen werden musste, dass bestimmte Regelungen und Maßnahmen im Anwendungsbereich einer oder mehrerer Grundfreiheiten Fälle einer Durchführung des Unionsrechts bilden sollten. Einzuräumen ist auch, dass die Änderung des Wortlauts der deutschen Fassung der Charta am Ende der Konventsberatungen in letzter Minute eine enge Auslegung nahelegt.⁵⁷ Eine gänzliche Abkehr von der ERT-Doktrin gestützt auf den deutschen Wortlaut dürfte jedoch schon allein deswegen nicht anzunehmen sein, weil der Wortlaut der englischen und der französischen Fassung des Art. 51 Abs. 1 in der Schlussphase der Beratungen des Charta-Konvents unverändert blieb. Es ist daher mit der herrschenden Lehre⁵⁸ davon auszugehen, dass

⁵⁶ Charta-Erläuterungen, ABl. 2007 C 303, S. 17, 32.

⁵⁷ So etwa BOROWSKY (Anm. 25), Art. 51 Rn. 24 ff.; WOLFGANG CREMER, Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventionentwurf für eine Europäische Verfassung, NVwZ 2003, S. 1455; THORSTEN KINGREEN, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 16; HUBER (Anm. 30), NJW 2011, S. 2387; THORSTEN KINGREEN, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, 576.

⁵⁸ Vgl. u.a. CARSTEN NOWAK, § 6 Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsadressaten, in: Sebastian Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, Rn. 48; LADENBURGER (Anm. 31), Art. 51 Rn. 23; ALBERT POSCH, Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta der EU, ÖJZ 2013, S. 380, 381; CHRISTOPH GRABENWARTER, Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft? / Weimarer Kolloquium: Vom Vertrag zur EU-Verfassung?, EuGRZ 2004, S. 563, 564; HANS JARASS, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2013, Art. 51 Rn. 21.

Maßnahmen analog zu denen in der ERT-Konstellation, mit denen gezielt eine Grundfreiheit eingeschränkt wird, an den Grundrechten der Charta zu messen sind. Gleiches wird wohl für Fälle anzunehmen sein, in denen der EuGH Unionsgrundrechte bei Beschränkungen der Grundfreiheiten durch Private in Anschlag brachte.⁵⁹

Jenseits dieser klassischen ERT-Situationen ist aber zu fragen, ob in Konstellationen, die in mehr oder weniger loser Form mit einer Grundfreiheit in Bezug gesetzt werden können, tatsächlich Fälle der „Durchführung“ des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 der Charta zu sehen sind.⁶⁰ Der Nachweis der Durchführung des Unionsrechts wird bei individuellen Akten leichter zu führen sein als bei der Beurteilung von gesetzlichen Regelungen, die in vielen Fällen neben einem Bezug zu den Grundfreiheiten auch oder überwiegend auf Sachverhalte bezogen sind, denen jeder grenzüberschreitende Bezug fehlt oder deren Intention überhaupt nicht auf die Beschränkung einer Grundfreiheit gerichtet ist. In diesem Sinne entschied der EuGH in der Rechtssache Chartry⁶¹, dass ein Verfahren über die Besteuerung von Einkommen für eine Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene besitzt, keinerlei Bezug zu einem der durch die Bestimmungen des EG-Vertrages über die Freizügigkeit, den freien Dienstleistungs- oder Kapitalverkehr geregelten Sachverhalte aufweise.

Dieses zuletzt genannte Urteil zeigt, dass eine generelle Antwort bei Regelungen im Zusammenhang mit Grundfreiheiten nicht gegeben werden kann. Die knappe Bezugnahme auf die ERT-Rechtsprechung in den Erläuterungen lässt es jedenfalls nicht zu, anders als dies die Entscheidung Åkerberg Fransson nahelegen mag, generell von der Anwendbarkeit der Charta-Grundrechte auszugehen. Vielmehr wird im Einzelfall zu prüfen und nachzuweisen sein, ob bzw. dass eine spezifische Verbindung zu einer Grundfreiheit vorliegt. Dieser Nachweis wird umso eher erforderlich sein, je weniger offensichtlich die Ausgangssachverhalte auf einen Bezug zum Unionsrecht hindeuten. Gibt es keine Harmonisierungsvorschriften des Sekundärrechts, liegt keine spezifische Regelung des Unionsrechts vor.⁶² Mit der jüngsten Rechtsprechung des EuGH ist eine solche spezifische Verbindung dann anzunehmen, wenn sie andere als unionsrechtliche Ziele verfolgt und auf das Unionsrecht nur mittelbaren Einfluss hat. Vorschriften im Anwendungsbereich einer Grundfreiheit, die diese nicht beschränken, begründen insoweit keine „Verpflichtung der Mitgliedstaaten“ und daher auch nicht die Anwendbarkeit der Charta.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang schließlich ein historisch-systematisches Argument, das für eine restriktivere Auslegung des Art. 51 der Charta spricht: Die Berufung auf die ERT-Rechtsprechung muss den Kontext berücksichtigen, in dem diese Rechtsprechung ihren Anfang genommen hat. In dieser Zeit gab

⁵⁹ EuGH, Urt. vom 12.06.2003, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659.

⁶⁰ Zum Folgenden auch LADENBURGER (Anm. 54), S. 167 f.

⁶¹ EuGH, Urt. vom 01.03.2011, Rs. C-457/09 (Chartry), Slg. 2011, I-0081.

⁶² EuGH, Urt. vom 06.03.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), Rn. 25.

es eben noch keinen gemeineuropäischen Grundrechtskatalog in der Union und die ERT-Rechtsprechung kann mit guten Gründen als ein Vehikel gesehen werden, um einen einheitlichen Grundrechtsstandard zu wahren, der frei ist von beliebigen Abweichungen des nationalen Verfassungsrechts; die (wenn auch nur mittelbare) Durchsetzung der EMRK-Standards über das Gemeinschaftsrecht konnte hier eine wesentliche Stütze bilden. In den letzten 15 Jahren ist sowohl die materielle Basis als auch der Rechtsschutzmechanismus im Rahmen der EMRK stärker geworden, sodass der damals vorhandene Grund nicht mehr trägt oder jedenfalls wesentlich weniger Bedeutung hat.⁶³

Es bleiben aber Fälle, in denen nationale Rechtsvorschriften im Bereich von Grundfreiheiten, im Besonderen Gesetze, sowohl für reine Inlandssachverhalte als auch für grenzüberschreitende Sachverhalte gelten. In einem Normenkontrollverfahren kann kein Zweifel bestehen, dass ein Verfassungsgericht, und vor dem Hintergrund des Grundgesetzes namentlich auch das BVerfG, die ihm von der Verfassung auferlegte Zuständigkeit zur Prüfung am Maßstab der Grundrechte ausübt. Auch der EuGH beansprucht in diesem Fall mit Blick auf die Beschränkung der Grundfreiheit für die grenzüberschreitenden Sachverhalte eine Prüfungszuständigkeit. Heute ist im Ergebnis unbestritten, dass nicht von einer Alternativität der Zuständigkeit im Sinne einer strikten „Trennungsthese“ auszugehen ist. Vielmehr sind Verfassungsgericht und EuGH nebeneinander zuständig („Kumulationsthese“).⁶⁴ Das bedeutet, dass EuGH und BVerfG in diesem Bereich in Konkurrenz zueinander treten. Wie diese Konkurrenzen im Einzelfall aufzulösen sind, ist nicht allgemein zu beantworten. Die Charta gibt in Gestalt des Günstigkeitsprinzips des Art. 53 eine Antwort und mit Art. 52 Abs. 3 eine Handhabe für die harmonisierende Auflösung von Konkurrenzen. Sie erscheinen jedoch bei allgemeiner Betrachtung bedeutsamer als im konkreten Konfliktfall. Hier steht zu erwarten, dass der EuGH im Lichte der Melloni-Entscheidung den Vorrang der Grundrechte der Charta beanspruchen wird, dies auch mit guten Gründen.⁶⁵

b) EGMR – BVerfG

Im Verhältnis zwischen dem EGMR und dem BVerfG ist das Zusammenwirken der Gerichte durch eine Steuerung der Kontrolldichte bestimmt, die der Straßburger Gerichtshof mit dem Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten umschreibt. Für diesen Beurteilungsspielraum haben sich verschiedene Kriterien herausgebildet, zu denen unter anderem das Vorliegen eines europäischen Standards gehört. Andere Gesichtspunkte sind Fragen der Moral, das Verhältnis zwischen Staat und Religion

⁶³ Vgl. SCHORKOPF (Anm. 43), Rn. 27.

⁶⁴ KINGREEN (Anm. 55), JZ 2013, S. 803; JOHANNES MASING, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes (im Erscheinen).

⁶⁵ KINGREEN (Anm. 55), JZ 2013, S. 808.

oder komplexe Prognoseentscheidungen in sich rasch ändernden Gebieten, wie zum Beispiel Fragen des Medizinrechts.⁶⁶

In den letzten zehn Jahren bestimmten drei Themenfelder das Verhältnis zwischen EGMR und BVerfG: Neben den Umgangsrechtsverfahren waren es die Sicherungsverwahrung und der Persönlichkeitsschutz in der medialen Bildberichterstattung.

Nachdem das BVerfG die Sicherungsverwahrung im Jahr 2004 für vereinbar mit dem Grundgesetz befunden hatte,⁶⁷ stellte der EGMR am 17. Dezember 2009 im Fall M.⁶⁸ eine Verletzung von Art. 5 und Art. 7 EMRK fest. Das BVerfG reagierte und traf am 4. Mai 2011 eine Grundsatzentscheidung⁶⁹ zum Verhältnis zwischen den Grundrechten des Grundgesetzes und der EMRK und es befand seinerseits die Sicherungsverwahrung wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz in Verbindung mit Art. 20 bzw. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz für unvereinbar mit dem Grundgesetz. In bisher nicht gekannter Offenheit betont das BVerfG die Bedeutung der EMRK als Auslegungshilfe für die Grundrechte des Grundgesetzes. Es betont aber auch, dass der vom Gericht so bezeichnete aktive Rezeptionsvorgang Vorsicht walten lassen müsse, wenn es darum geht, völkerrechtliche Begriffe verfassungsrechtlich zu kontextualisieren.⁷⁰

Die Caroline-Fälle sind das zweite markante Beispiel. Die Urteile von Hannover Nr. 1 bis von Hannover Nr. 3⁷¹ bilden eine Rechtsprechungslinie, in deren Verlauf der Straßburger Gerichtshof auf Entscheidungen des BVerfG reagierte. Die Entscheidung des BVerfG vom 26. Februar 2008⁷² rezipierte wesentliche Begründungsstränge aus der ersten Caroline-Entscheidung des EGMR. Nicht ohne Genugtuung stellt der EGMR in Rn. 47 seines Urteils Caroline Nr. 3 vom 19. September 2013 fest, dass der Bundesgerichtshof seine frühere Rechtsprechung modifiziert habe, indem er die Betonung auf die Frage gelegt habe, ob ein streitverfangener Bericht einen Beitrag zu einer faktischen Debatte bilde und ob sein Beitrag über den einfachen Wunsch, die öffentliche Neugier zu befriedigen, hinausgehe, und dass das BVerfG diesen Ansatz bestätigt habe.

⁶⁶ EGMR, Urt. vom 03.11.2011, Nr. 57813/00 (S.H. u.a.).

⁶⁷ BVerfG, Urt. vom 05.02.2004, Az. 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, S. 133-190.

⁶⁸ EGMR, Urt. vom 17.12.2009, Nr. 19359/04 (M.).

⁶⁹ BVerfG, Urt. vom 04.05.2011, Az. 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10, BVerfGE 128, S. 326-409.

⁷⁰ BVerfG, Urt. vom 04.05.2011, Az. 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10, BVerfGE 128, S. 326-409, Rn. 86 ff.

⁷¹ EGMR, Urt. vom 24.06.2004, Nr. 59320/00 (von Hannover); EGMR, Urt. vom 07.02.2012, Nr. 40660/08 und 60641/08 (von Hannover, Nr. 2); EGMR, Urt. vom 19.09.2013, Nr. 8772/10 (von Hannover, Nr. 3).

⁷² BVerfG, Beschl. vom 26.02.2008, Az. 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07, BVerfGE 120, S. 180-223.

Bestimmende Elemente dieser Kooperation sind der „margin of appreciation“ und „Korridorlösungen“ bei Abwägungsergebnissen im Zusammenhang mit kollidierenden Rechten in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen.⁷³

c) EGMR – EuGH

Im Verhältnis zwischen dem EGMR und dem EuGH wird diese Beobachtung der Kontrolle von Unionsrecht am Maßstab der Garantien der EMRK bestätigt. Im Fall *Bosphorus*⁷⁴ hatte der Straßburger Gerichtshof den heutigen Stand der Rechtsprechung auf den Punkt gebracht. Er hatte zu entscheiden, ob Irland für die Verletzung der Konvention bei der Durchführung einer EU-Verordnung verantwortlich gemacht werden konnte. Die Frage, die der EGMR faktisch zu beurteilen hatte, war, ob die EU-Verordnung mit der Konvention vereinbar war. Der EGMR hätte zwar nicht die Union verantwortlich machen können, wohl aber nach der Vorjudikatur Irland als Mitgliedstaat der Union. Weil dies aber wohl zu einer Konfrontation mit dem EuGH geführt hätte, befand der EGMR, dass Handlungen in Entsprechung rechtlicher Verpflichtungen im Rahmen des Unionsrechts gerechtfertigt seien, solange für die betreffende Organisation davon ausgegangen werden könne, dass sie die Menschenrechte in einer Weise schützt, die wenigstens gleichwertig zu jener ist, die die EMRK gewährt. Wenn ein solcher gleichwertiger Grundrechtsschutz angenommen werden kann, streitet eine widerlegliche Vermutung dafür, dass der betreffende Mitgliedstaat die Anforderungen der Konvention nicht verletzt habe. Mit diesem an die Solange-Rechtsprechung des deutschen BVerfG erinnernden Ansatz nimmt der EGMR seine Kontrolle gegenüber dem EuGH doch deutlich zurück.⁷⁵

Auch in umgekehrter Hinsicht kann davon ausgegangen werden, dass das Zusammenwirken von gegenseitiger Rücksichtnahme geprägt ist. Dafür sprechen nicht nur die zahlreichen, ansatzlos übernommenen Auslegungsergebnisse des EGMR immer dann, wenn durch das Vorbringen vorlegender Gerichte Fragen des Primärrechts mit Grundrechtsfragen verknüpft werden. Als ein vielleicht nicht in dieser Deutlichkeit ins Auge springendes Beispiel mag die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft dienen. Während man nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Ruiz Zambrano*⁷⁶ von einem weithin uneingeschränkten Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen ausgehen konnte, das diese aus dem Status der Unionsbürgerschaft eines Familienangehörigen ableiten konnten, hat der EuGH über Vorlage des Verwaltungsgerichts-

⁷³ Vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER, *Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen* – aus der Sicht des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes, *EuGRZ* 2006, S. 487 ff.

⁷⁴ EGMR, Urt. vom 30.06.2005, Nr. 45036/98 (*Bosphorus*), Rn. 152 ff.

⁷⁵ Vgl. dazu BERKA (Anm. 3), *ÖJZ* 2006, S. 883; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl. 2012, S. 25 f.; VONDUNG (Anm. 3), S. 83 ff.

⁷⁶ EuGH, Urt. vom 08.03.2011, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi*), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 40 ff.

hofes im Fall Dereci⁷⁷ eine deutliche Nuance verfügt, indem er gestützt auf das Grundrecht des Privat- und Familienlebens – verankert nicht nur im Grundrecht nach der Charta, sondern auch im Art. 8 EMRK – den Ball gleichsam zurück in das Feld des Grundrechtsschutzes durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und damit letztlich des EGMR gespielt hat.

In jüngerer Zeit zeigt sich eine verstärkte Bezugnahme des EuGH auf die Rechtsprechung des EGMR in eigenen Entscheidungen. In dem Urteil des Gerichtshofes zur Vorratsdatenspeicherung verweist dieser wiederholt auf die Rechtsprechung des EGMR zum Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 EMRK.⁷⁸ Auch die Steuerung der eigenen Kontrolldichte und die Beurteilung des Gestaltungsspielraums des Unionsgesetzgebers erinnert an die ständige Rechtsprechung des EGMR zum sog. *margin of appreciation* und spricht für eine Interaktion der beiden europäischen Gerichtshöfe.⁷⁹ Der Beitritt der EU zur EMRK muss an diesem Verhältnis etwas ändern, hindert den EGMR aber nicht daran, seine Kontrolldichte in einer vergleichbaren Form zurückzunehmen, wie er dies im Verhältnis zu den Verfassungsgerichten tut.

3 Konkurrenz: Der Wettlauf um das höhere Schutzniveau

Für das Verhältnis unterschiedlicher Schutzniveaus gibt es zwei Regelungen, nämlich Art. 53 EMRK und den nahezu wortgleichen Art. 53 GRC. Sie verschaffen dem nationalen Grundrechtsstandard Luft und lassen Raum nach oben. Beide Vorschriften bringen so etwas wie ein grundrechtliches Meistbegünstigungsgebot zum Ausdruck, letztere umfassend nicht nur gegenüber der EMRK, sondern auch gegenüber den Verfassungen der Mitgliedstaaten, wobei eine Nuance nicht übersehen werden darf, nämlich dass Art. 53 EMRK auf die Gesetze und damit auch auf die Verfassung des konkreten Mitgliedstaates bezogen ist, während die Charta auf die Verfassungen der – d.h. aller – Mitgliedstaaten zielt.

Eine Analyse dieser Feinheiten bringt uns aber nicht dem allgemeinen Erkenntnis anliegen näher, zumal diese Meistbegünstigungsklauseln bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen nicht wirken. Jenseits dieser normativen Grundlage zeigt sich vor allem im Verhältnis zwischen dem EuGH und dem EGMR in jüngerer Zeit eine Dynamik, die im Ergebnis zu höherem Grundrechtsschutz führt. Die Rechtsprechung des EuGH ist reich an Beispielen, in denen die Rechtsprechung des EGMR, ohne unmittelbar verbindlich zu sein, dazu geführt hat, dass im Unionsrecht bestimmte

⁷⁷ EuGH, Urt. vom 15.11.2011, Rs. C-256/11 (Dereci u.a./Bundesministerium für Inneres), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 62 ff.

⁷⁸ EuGH, Urt. vom 08.04.2014, Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd./Kärntner Landesregierung), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 35 und 54 f.

⁷⁹ EuGH, Urt. vom 08.04.2014, Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd./Kärntner Landesregierung), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 48.

grundrechtliche Standards eingezogen werden. Erinnert sei etwa an das frühe Beispiel der Hoehchst-Rechtsprechung⁸⁰, in der der EuGH zunächst die Anwendbarkeit des Art. 8 EMRK auf Firmenräumlichkeiten verneint hatte. Einige Jahre und EGMR-Urteile später war es dann unbestritten, dass der Schutz des Privatlebens auch im Unionsrecht Firmenräumlichkeiten umfassen kann.⁸¹

Ein sehr bemerkenswertes und in seiner Bedeutung nicht zu unterschätzendes, jüngeres Beispiel betrifft den Grundrechtsschutz von Asylbewerbern im Regime der Dublin II-Verordnung.⁸² Nach anfänglicher Zurückhaltung des EGMR, die sich zuletzt noch in der Unzulässigkeitsentscheidung vom 2. Dezember 2008 im Fall K.R.S.⁸³ manifestierte, wagte der EGMR im Fall M.S.S. gegen Belgien und Griechenland⁸⁴ den Zugriff auf die chaotischen Zustände bei der Betreuung von Asylbewerbern in Griechenland. Anders als im Fall Bosphorus hatte Belgien durch das Selbsteintrittsrecht nach der Dublin II-Verordnung eine Möglichkeit, sich sowohl unionsrechtskonform als auch EMRK-konform auch dann zu verhalten, wenn eine Rückschiebung des Asylbewerbers nach Griechenland nicht erfolgte. Der EGMR stellte eine Verletzung von Art. 3 durch Belgien fest, wobei er sich konkret auf die Zustände des Asylwesens in Griechenland bezog. Unter Hinweis auf die Vorjudikatur im Fall Saadi⁸⁵ hielt der EGMR ausdrücklich fest, dass die Mitgliedschaft in Menschenrechtsverträgen für sich genommen nicht ausreicht, um einen angemessenen Schutz vor Misshandlungen zu gewährleisten, wenn verlässliche Quellen eine Praxis zeigen, die offensichtlich gegen die Prinzipien der Konvention verstößt.

Der EuGH war in der nur genau elf Monate später ergangenen Entscheidung N.S.⁸⁶ mit der konkreten Frage des englischen Court of Appeal konfrontiert, ob die EMRK weitreichenden Schutz gegenüber den Charta-Garantien gewährleiste. Der EuGH beantwortete die Frage nur indirekt, indem er darauf hinwies, dass diese Frage vor dem Hintergrund des Stands der Rechtsprechung vor dem M.S.S.-Urteil gestellt wurde und dass die Beantwortung dieser Frage zu keinem anderen Ergebnis führen würde als bei der zur Charta gestellten Frage. Mit Bezug zu Art. 4 der Grundrechte-Charta ist auf eine bemerkenswerte Nuance zu verweisen. Der EuGH stellt nämlich fest, dass es den Mitgliedstaaten obliege, dann einen Asylbewerber nicht an den

⁸⁰ EuGH, Urt. vom 21.09.1989, Rs. C-46/87 und C-227/88 (Hoehchst/Kommission der Europäischen Gemeinschaften), Slg. 1989, S. 2859, Rn. 13, 17 f.

⁸¹ EGMR, Urt. vom 16.12.1992, Nr. 13710/88 (Niemietz), Rn. 30 ff.; vgl. dazu GRABENWARTER/PABEL (Anm. 75), S. 239 m.w.H.; EuGH, Urt. vom 14.02.2008, Rs. C-450/06 (Varec/Belgischer Staat), Slg. 2008, I-00581, Rn. 48.

⁸² Vgl. dazu auch KAY HAILBRONNER/DANIEL THYM, Vertrauen im europäischen Asylsystem, NVwZ 2012, S. 406 ff.

⁸³ EGMR, Urt. vom 02.12.2008, Nr. 32733/08 (K.R.S.).

⁸⁴ EGMR, Urt. vom 21.01.2011, Nr. 30696/09 (M.S.S.), Rn. 223 ff., 353.

⁸⁵ EGMR, Urt. vom 28.02.2008, Nr. 37201/06 (Saadi), Rn. 147.

⁸⁶ EuGH, Urt. vom 21.12.2011, Rs. C-411/10 und 493/10 (N. S. [C-411/10]/Secretary of State for the Home Department und M. E. und andere [C-493/10]/Refugee Applications Commissioner und Minister for Justice, Equality and Law Reform), noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

zuständigen Mitgliedstaat im Sinne der Dublin II-Verordnung zu überstellen, wenn ihnen nicht unbekannt sein konnte, dass die „systemischen Mängel des Asylverfahrens unter Aufnahmebedingungen für Asylbewerber“ in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr laufe, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne dieser Bestimmung ausgesetzt zu werden. Mit anderen Worten: Der EuGH präzisiert die Aussage des EGMR aus dem M.S.S.-Urteil dahingehend, dass nur in Bezug auf Mitgliedstaaten mit „systemischen Mängeln“ ein Abschiebungshindernis bestehe. Nach zutreffender Auffassung⁸⁷ besteht diese Situation gegenwärtig nur im Fall von Griechenland.

Ein weiteres Beispiel bildet die Rechtsprechung zu Rechten von Arbeitnehmern im Spannungsverhältnis zwischen den Grundfreiheiten des Unionsrechts in den Fällen Viking und Laval einerseits und der Rechtsprechung des EGMR zu Rechten von Arbeitnehmern aus Art. 11 EMRK andererseits.⁸⁸ In den Urteilen Viking⁸⁹ und Laval⁹⁰ (beide aus dem Jahr 2007) räumte der EuGH den wirtschaftlichen Grundfreiheiten, namentlich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, eine starke Position gegenüber gewerkschaftlichen Maßnahmen ein. So stellt der Luxemburger Gerichtshof im Urteil Viking fest, dass die Niederlassungsfreiheit dem finnischen Fährunternehmen Viking-Line Rechte verleiht, auf die es sich gegenüber der Internationalen Transportarbeiter-Föderation ITF berufen kann. Der ITF zugehörig ist die Gewerkschaft Finnish Seamen's Union der finnischen Belegschaft; die ITF übt die ihr aufgrund der Koalitionsfreiheit zustehende autonome Befugnis aus, mit den Arbeitgebern und berufsständischen Organisationen über die Arbeits- und Vergütungsbedingungen der Arbeitnehmer zu verhandeln. Das finnische Fährunternehmen Viking-Line hatte beabsichtigt, ein Schiff umzuflaggen und in Estland, wo es eine Tochtergesellschaft hatte, registrieren zu lassen, um eine estnische Besatzung auf der Grundlage eines niedrigeren Lohnniveaus als desjenigen in Finnland beschäftigen zu können. Dabei sind kollektive Maßnahmen der Gewerkschaft, die darauf abzielen, ein ausländisches Unternehmen zum Abschluss eines Tarifvertrages mit einer Gewerkschaft zu veranlassen, der geeignet ist, das Unternehmen davon abzubringen, von seiner Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen, eine Beschränkung der Grundfreiheit, die gerechtfertigt sein muss. Hierzu ist zu prüfen, ob die kollektive

⁸⁷ Vgl. dazu HAILBRONNER/THYM (Anm. 82), NVwZ 2012, S. 408.

⁸⁸ Vgl. dazu MATHIS FISTER, Neuerungen bei den Grundrechten des Arbeitslebens, in: Christoph Grabenwarter/Winfried Pöcherstorfer/Claudia Rosenmayr-Klemenz (Hrsg.), Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon, 2012, S. 56 ff. m.w.N.; JÖRG POLAKIEWICZ/ADRIANA KESSLER, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen, NVwZ 2012, S. 841 ff.

⁸⁹ EuGH, Urt. vom 11.12.2007, Rs. C-438/05 (International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti), Slg. 2007, I-10779, Rn. 44 ff.

⁹⁰ EuGH, Urt. vom 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval un Partneri Ltd./Svenska Byggnadsarbetareförbundet u.a.), Slg. 2007, I-11767, Rn. 91 ff.

Maßnahme, der Streik, geeignet ist, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgeht.

Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon ist das Streikrecht in Art. 28 Grundrechte-Charta ausdrücklich garantiert. Bezüglich der Rechtsprechung des EGMR zu Rechten von Arbeitnehmern führe ich an dieser Stelle die Urteile Demir und Baykara⁹¹, Enerji Yapi-Yol Sen⁹², Kaya und Seyhan⁹³ und Çerikci⁹⁴ an. In der Grundsatzentscheidung Demir und Baykara aus dem Jahr 2008 zur Tragweite des Art. 11 EMRK geht der EGMR von einem sachlichen Schutzbereich aus, der die Vereinigungsfreiheit öffentlich Bediensteter ebenso umfasst wie das Recht auf Tarifverhandlungen. Als *living instrument*⁹⁵ muss die EMRK im Zuge einer evolutiven Auslegung durch den EGMR an internationale Standards angepasst werden. Hierzu greift der EGMR einige internationale Rechtsquellen⁹⁶ als Rechtserkenntnisquelle auf.⁹⁷ Sohin war laut EGMR weder das alle öffentlich Bediensteten betreffende Gewerkschaftsverbot noch die Annullierung des Tarifvertrages der türkischen Gewerkschaft Tüm Bel Sen konventionskonform. Beide Maßnahmen stellten Eingriffe in Art. 11 EMRK dar, die durch keine Rechtfertigungsgründe aus Art. 11 Abs. 2 EMRK gedeckt waren.

Die Beispiele zeigen, dass es bei der Konkurrenz der Gerichte nicht um ein blindes Wettrennen ohne Rücksicht auf Verluste geht. Vielmehr kommt es zu einer Verstärkung des Grundrechtsschutzes im Dialog der Gerichte,⁹⁸ der durch einen weiteren Faktor begünstigt wird: das Verhalten der Rechtsschutzsuchenden. In völlig legitimer Weise suchen sich die Rechtsunterworfenen jenen Weg der Rechtsdurchsetzung, der ihnen am vielversprechendsten vorkommt. Diese Form des „forum shopping“ bringt dann je nach Konstellation zufällig einmal bei diesem Gericht, das andere Mal bei jenem Gericht ein Rechtsproblem zuerst zur Entscheidung.

⁹¹ EGMR, Urt. vom 12.11.2008, Nr. 34503/97 (Demir und Baykar).

⁹² EGMR, Urt. vom 21.04.2009, Nr. 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen).

⁹³ EGMR, Urt. vom 15.12.2009, Nr. 30946/04 (Kaya und Seyhan).

⁹⁴ EGMR, Urt. vom 13.07.2010, Nr. 33322/07 (Çerikci).

⁹⁵ Vgl. dazu die Leitentscheidung EGMR, Urt. vom 25.04.1978, Nr. 5856/72 (Tyrer).

⁹⁶ Internationaler Pakt über zivile und politische Rechte; Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation Nr. 87, 98, 105; Europäische Sozialcharta; Grundrechte-Charta.

⁹⁷ EGMR, Urt. vom 12.11.2008, Nr. 34503/97 (Demir), Rn. 37 ff.

⁹⁸ So auch: ANDREAS VOßKUHLE, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1, 8; vgl. FRANZ MERLI, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S. 392, 418; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG – Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Kooperationsverhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten, NJW 2009, S. 20, 26.

4 Angleichungsvorgänge durch dialogische Rezeption

Versucht man im Dickicht zunehmender Judikaturleistungen aller drei Gerichte Linien und Tendenzen auszumachen, so lassen sich in einem allgemeinen Befund Angleichungsvorgänge auf allen Ebenen feststellen, die durch gegenseitige Rezeption bestimmt sind.⁹⁹ Die Kooperationsform ist der Dialog der Richter und Gerichte, der nur im informellen Rahmen tatsächlich als Gespräch stattfindet, im Übrigen aber von Reaktionen auf vorangegangene Entscheidungen anderer Gerichte bestimmt ist.

Im Verhältnis zwischen dem EGMR und dem BVerfG sind die Angleichungsvorgänge besonders deutlich. Sie sind vor allem auf eine Gleichheit der Ergebnisse gerichtet; in der Wahl des Begründungsweges entwickelt vor allem das BVerfG Spielräume mitgliedstaatlicher Autonomie, die es zuletzt in den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einbettet.¹⁰⁰

Im Verhältnis zwischen dem EuGH und dem BVerfG ist der Ton zuletzt weniger freundlich. Hatte das BVerfG in einem Kammerbeschluss vom 14. Mai 2007 den EuGH vor dem Vorwurf zu grober Verhältnismäßigkeitskontrolle in Schutz genommen und betont, dass eine genauere Kontrolle am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch das Bundesverwaltungsgericht „Teil des Dialogs der Gerichte in der Gemeinschaft“ sei,¹⁰¹ so sind die Formulierungen in der Rn. 91 des Urteils des Ersten Senats zum Antiterrordateigesetz¹⁰² schon deutlich kritischer: „Im Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof [...] darf dieser Entscheidung [Åkerberg Fransson, Anm. d. Verf.] keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete [...], dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung infrage stellte“. Hier werden schwere Geschütze in Stellung gebracht.¹⁰³

Wenn und solange aber das BVerfG nicht die Effektivität des Unionsrechts beeinträchtigt, ist es nicht gehindert, seiner Aufgabe zur Normenkontrolle im Überschneidungsbereich mit dem Unionsrecht umfassend nachzukommen. Es hat häufig aus prozessualen Gründen sowie im Hinblick auf die potentiell raschere und umfassendere Bereinigung einer Grundrechtsverletzung (Normverwerfungsmonopol) den

⁹⁹ VON DANWITZ/PARASCHAS (Anm. 35), *Fordham International Law Journal* 2012, S. 1419; THOMAS VON DANWITZ, *Verfassungsrechtliche Herausforderungen in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH*, *EuGRZ* 2013, S. 253, 260 f.

¹⁰⁰ BVerfG, *Urt. vom 04.05.2011*, Az. 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10, *BVerfGE* 128, S. 326-409, Rn. 86 ff.

¹⁰¹ BVerfG, *Beschl. vom 14.05.2007*, Az. 1 BvR 2036/05, Rn. 41.

¹⁰² BVerfG, *Urt. vom 24.04.2013*, Az. 1 BvR 1215/07.

¹⁰³ Kritisch zur Situation des „Kooperationsverhältnisses“ nach dem Urteil Åkerberg Fransson CHRISTOPH OHLER, *Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh*, *NVwZ* 2013, S. 1433, 1438: „liegt derzeit am Boden“.

besten Zugriff. Es nimmt seine Aufgabe mit umso größerer Akzeptanz wahr, je besser es – bei Wahrung von Spielräumen im Ergebnis und von Vielfalt in der Dogmatik – europäische Grundrechtsgehalte in die Auslegung und Anwendung der nationalen Grundrechte aufnimmt. Eine Vorlagepflicht für die Fachgerichte stellt sich nicht in jedem Fall, in dem sich ein Grundrechtsstreit nach nationalem Verfassungsrecht auch als ein unionsrechtlicher Grundrechtsfall konstruieren lässt,¹⁰⁴ jedenfalls dann nicht, wenn das Verfassungsgericht im Fall des Falles zur Vorlage bereit ist.

Unterdessen bemüht sich der EuGH, in seiner Grundrechtsrechtsprechung mehr und mehr ernst genommen zu werden, indem er die Prüfung verfeinert, wohl auch mit dem Ziel, den Befund zu relativieren, seine Verhältnismäßigkeitsprüfung sei weniger genau. Sinnfälliger Ausdruck dessen ist das Urteil *Sky Österreich* vom 22. Januar 2013¹⁰⁵. In diesem Urteil führt der EuGH die Verhältnismäßigkeitskontrolle unter Art. 16 der Grundrechtecharta (unternehmerische Freiheit) an jene des BVerfG unter Art. 12 Grundgesetz heran. Der EuGH betont, dass die unternehmerische Freiheit einer Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden könne, die im allgemeinen Interesse die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit beschränken könnten. Im unmittelbaren Anschluss an die allgemeinen Ausführungen zu den Schranken des Grundrechts führt der EuGH eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung durch, indem er im Einzelnen sehr ausführlich, in klarer Struktur und in drei selbstständigen Schritten die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Adäquanz der im Ausgangsverfahren angegriffenen Richtlinienbestimmung prüft.

In seiner Entscheidung zur Gültigkeit der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie¹⁰⁶ verweist der Gerichtshof auf das Urteil *Sky Österreich*; er orientiert seine Verhältnismäßigkeitsprüfung an den Vorgaben der eigenen Vorjudikatur, allerdings ist die Struktur der Begründung nicht so klar in die Teilschritte gegliedert wie im *Sky-Österreich-Urteil*. Man könnte die Reihe der Beispiele beliebig fortsetzen, das Gesamtbild würde sich nicht wesentlich ändern. Jedes der Gerichte versucht, Rechtsprechungsleistungen der anderen Gerichte zu rezipieren, dies in einer Form, die Respekt signalisiert und auf kooperatives Zusammenwirken gerichtet ist.

104 MASING (Anm. 64).

105 EuGH, Urt. vom 22.01.2013, Rs. C-283/11 (*Sky Österreich*), noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

106 EuGH, Urt. vom 08.04.2014, Rs. C-293/12 und C-594/12 (*Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.*), noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

IV Der Ausblick: Zusammenwirken im Verfassungsgerichtsverbund unter neuen Bedingungen

Das künftige Zusammenwirken zwischen den europäischen Gerichtshöfen wird durch das Gutachten des EuGH vom 18. Dezember 2014¹⁰⁷ auf die Probe gestellt. Mit der Feststellung, dass das Beitrittsübereinkommen über den Beitritt der EU nicht vereinbar mit Art. 6 Abs. 2 EUV oder mit dem EU-Protokoll Nr. 8 zu diesem Artikel sei, wird die Perspektive eines Beitritts der Union, den herbeizuführen Art. 6 Abs. 2 EUV verpflichtet, in die Ferne gerückt. Die Argumente des EuGH vermögen nicht zu überzeugen, ohne dass in diesem Rahmen auf die Einwände gegen die Argumentation der Luxemburger Richter im Einzelnen eingegangen werden kann. Der EGMR wird wohl auf der Linie seiner Bosphorus-Rechtsprechung weiterjudizieren und möglicherweise danach trachten, die Mitgliedstaaten, wenn sie in Vollziehung des Unionsrechts tätig werden, stärker als bisher in die Pflicht zu nehmen und damit die EU weiter und möglicherweise verstärkt – über den Umweg der völkerrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten – an die Menschenrechte der EMRK zu binden. Möglicherweise kann dies auch die Rezeption der Grundrechte-Charta und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH in der Rechtsprechung des EGMR und in der Folge auch der Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten hemmen. Zu einer „parallelen Interpretation“ beider Grundrechtskataloge durch die beiden europäischen Gerichtshöfe, abgesichert durch verfahrensrechtliche Instrumente wie jenes eines „prior involvement“, wird es jedenfalls nicht kommen.

Ungeachtet dessen muss auf die Klippen der Zukunft des europäischen Menschenrechtsschutzes hingewiesen werden. Drei Gerichte sind in höchst unterschiedliche organisatorische und verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen eingebettet. Das Verfahrensrecht des EGMR sieht im Gegensatz zu jenem des EuGH die Möglichkeit des Zugangs des einzelnen Normunterworfenen im Wege der Individualbeschwerde vor.¹⁰⁸ Nach Erschöpfung des Instanzenzuges kann sich jedermann gegen eine Maßnahme eines Mitgliedstaates der Konvention an den Straßburger Gerichtshof wenden. Der EuGH hingegen ist auch nach dem Vertrag von Lissabon im Wesentlichen auf die Unterstützung der mitgliedstaatlichen Gerichte angewiesen. Diese müssen im Zweifelsfall Fragen der Auslegung der Charta, aber auch der Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit der Charta dem EuGH vorlegen.¹⁰⁹ Das BVerfG wiederum ist über die Verfassungsbeschwerde prinzipiell jedem Normunterworfenen zugänglich. Neben diesen rechtlichen Rahmenbedingungen gibt es faktische Bedingungen, die gleichsam ein Spiegelbild der unterschiedlichen Zugänge zu den Gerichten sind. Während

¹⁰⁷ EuGH, Gutachten vom 18.12.2014, 2/13, noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Art. 34 EMRK.

¹⁰⁹ Vgl. dazu Art. 267 AEUV i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EUV.

der EuGH¹¹⁰ im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens mit über 600 neuen Rechts-sachen im Jahr 2011 befasst war, von denen nur ein Teil Grundrechtsfragen gewidmet war, waren beim Straßburger Gerichtshof¹¹¹ 64.500 neue Beschwerden im selben Zeitraum zu bewältigen. Das BVerfG¹¹² hat dagegen nur rund ein Zehntel an Entscheidungen zu bewältigen, nämlich exakt 6.158 Erledigungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren, insgesamt 6.344 im Jahr 2010. Noch frappanter ist eine weitere Zahl, die nur die Spruchkörper Senat bzw. Kammer in den Blick nimmt. Im Jahr 2010 entschieden die 16 Richter der beiden Senate des BVerfG insgesamt 35 Fälle, während die fünf Kammern des EGMR 1.591 Fälle entschieden; rechnet man das schematisch um, so kommt man auf ein Verhältnis von knapp 1:100.¹¹³ Das muss zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Qualität der Begründung führen.

Hinzu tritt die Verfahrensdauer, die bei beiden europäischen Gerichten deutlich über jener des BVerfG liegt. Während der Gerichtshof in Luxemburg im Schnitt knapp eineinhalb Jahre zur Entscheidung eines Verfahrens benötigt, ist die Verfahrensdauer vor dem EGMR in Fällen, die zu einer Feststellung der Verletzung der Konvention führen, meist jenseits der Fünfjahresgrenze. Die kürzeste Verfahrensdauer weist im Durchschnitt aller Verfahren jene des BVerfG auf.¹¹⁴

Diese faktischen Rahmenbedingungen müssen bei der Leistungsfähigkeit der Gerichte in Hinkunft berücksichtigt werden. Zu dieser organisatorisch-quantitativen Perspektive tritt die qualitative Perspektive hinzu. Die drei Gerichte haben aller Kooperationsrhetorik zum Trotz völlig unterschiedliche Aufgaben – und sie hatten sie von Anfang an. Die konsequente Anwendung der Charta durch den EuGH und die Öffnung des BVerfG zur EMRK ändern daran nichts. Das BVerfG ist ein mächtiges Verfassungsgericht, das über die Verfassungsbeschwerde für jeden Bürger offen ist und dessen Entscheidungen unmittelbare Bindungswirkung entfalten. Der EuGH war ursprünglich Integrationsmotor einer Wirtschaftsgemeinschaft und ist heute auch für die Durchsetzung des Menschenrechtsschutzes zuständig in einer gegenüber dem Europarat relativ geschlossenen Rechtsgemeinschaft, aber eben doch nicht in einem Staat. Der EGMR hat wieder eine andere Funktion. Er war von Anfang an als

110 Vgl. dazu Gerichtshof der Europäischen Union, Pressemitteilung Nr. 14/12 vom 14.02.2012, Rechtsprechungsstatistiken 2011, [http:// curia.europa.eu/jcms/jcms/P_84811/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_84811/) (18.06.2014).

111 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Analysis of Statistics 2011 vom Januar 2012, www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2011_ENG.pdf (18.06.2014).

112 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-III-1.html> (18.06.2014).

113 BVerfG: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-5.html> (18.06.2014); https://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/statistik_2010.html (18.06.2014); EGMR: JE-STAEDT (Anm. 14), JZ 2011, S. 872, 878.

114 Vgl. dazu: Durchschnittliche Verfahrensdauer von Verfassungsbeschwerden beim BVerfG der Eingangsjahre 2006 bis 2013, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2013/A-IV-3.html> (18.06.2014); Gerichtshof der Europäischen Union, Pressemitteilung Nr. 34/14 vom 13.03.2014, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/cp140034de.pdf> (18.06.2014); Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Annual Report 2013, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2013_ENG.pdf (18.06.2014).

die Menschenrechtswahrsamungsinstanz in Europa eingesetzt, dies jedoch in einem völkerrechtlichen Kontext. Für diesen Kontext ist maßgeblich, dass die Wahrung eines Mindeststandards an Grundrechten und damit die Gewährung von Spielräumen der Mitgliedstaaten charakteristisch ist. Das Völkerrecht hat in der Interpretation der Grundrechte größere Bedeutung. Auch die Akteure in Gestalt von Drittintervenienten (häufig Nichtregierungsorganisationen) aus dem Bereich des Menschenrechtsschutzes bestimmen die Auslegung durch den EGMR nicht unerheblich.¹¹⁵ Die Auslegung ein und derselben Garantie kann daher mittelfristig durchaus andere Zugänge weisen, die sich insbesondere bei der Bestimmung des sog. *margin of appreciation* der Mitgliedstaaten zeigen werden.¹¹⁶

Die heutige Rollenverteilung zwischen BVerfG, EuGH und EGMR und das Zusammenwirken in Interpretationsfragen werden angesichts des nunmehr in weite Ferne gerückten Beitritts der EU zur EMRK nicht wesentlich verschoben werden. Was sich insbesondere nicht ändern wird, ist der Einfluss der Auslegung auf die Entscheidungspraxis des jeweils anderen Gerichts. Schon heute ist das Gros der Einflüsse über eine sog. Orientierungswirkung¹¹⁷ vermittelt, die jenseits der rechtlichen Bindungswirkung in Fällen liegt, in denen die Mitgliedstaaten der Union als Mitgliedstaaten der EMRK im Straßburger Verfahren Parteien und damit an das Urteil des EGMR nach Art. 46 EMRK gebunden sind. Für das BVerfG liegen nach einem Jahrzehnt der intensiveren Auseinandersetzung mit dem EGMR in den nächsten zehn Jahren die größeren Herausforderungen mit Sicherheit in der Suche nach einer angemessenen Aufgabenteilung im Grundrechtsschutz in Bezug auf die Europäische Union und den EuGH.

In dieser Grundrechtsarchitektur steht zu erwarten, dass die beschriebene Teilung der Aufgabenwahrnehmung und der Rollen stärker konturiert und akzentuiert wird:

Der EuGH wird in Kooperation mit den nationalen Verfassungsgerichten die Einhaltung der Grund- und Menschenrechte bei der Vollziehung des Unionsrechts am Maßstab der Charta überwachen, dabei stärker als bisher das Handeln der Union in den Blick nehmen, wie etwa die Schlussanträge des Generalanwalts CRUZ VILLALÓN im Vorratsdatenspeicherungs-Verfahren¹¹⁸ zeigen, im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten seine Kontrolldichte aber nach der Leistungsfähigkeit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle im Grundrechtsbereich differenzieren können.

115 CHRISTOPH GRABENWARTER, „Third Parties“ im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Marten Breuer u.a. (Hrsg.), *Der Staat im Recht*, Festschrift für Eckart Klein, 2013, S. 1057, 1060.

116 Vgl. dazu GRABENWARTER (Anm. 73), EuGRZ 2006, 489 ff.; GRABENWARTER/PABEL (Anm. 75), S. 131 ff.; aus der jüngeren Rechtsprechung des EGMR vgl. EGMR, Urt. vom 24.06.2010, Nr. 30141/04 (Schalk und Kopf); EGMR, Urt. vom 03.11.2011, Nr. 57813/00 (S.H. u.a.); EGMR, Urt. vom 18.03.2011, Nr. 30814/06 (Lautsi).

117 Vgl. zum Begriff CHRISTOPH GRABENWARTER, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 2012, S. 507, 509; UWE VOLKMANN, Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung, JZ 2011, S. 835.

118 Schlussanträge GA CRUZ VILLALÓN vom 12.06.2012, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson).

Der EGMR wird weiter unter Wahrung notwendiger Beurteilungsspielräume der Mitgliedstaaten – künftig aber stärker geleitet vom Subsidiaritätsgedanken – darüber wachen, dass bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes bzw. der Charta im Lichte der EMRK Mindeststandards der Konvention nicht unterschritten werden.

Das BVerfG hat die Letztverantwortung für einen effektiven Grundrechtsschutz unter dem Grundgesetz, der stärker dogmatisch durchdrungen ist, im Zweifel ein höheres Schutzniveau aufweist und mit der höchsten Verbindlichkeit ausgestattet ist und schließlich auch rascher erfolgt als die europäische Kontrolle. Karlsruhe hat schon aus prozessualen Gründen den ersten Zugriff auf die Grundrechtskontrolle jedenfalls dort, wo es eine Gemengelage aus Unionsrechtssachverhalten und sonstigen Konstellationen gibt, dies auch deshalb, weil die Normenkontrolle vor dem Verfassungsgericht nicht danach unterscheiden kann, ob im Anlassfall und Ausgangsverfahren ein Unionsrechtssachverhalt oder ein rein innerstaatlicher Sachverhalt bzw. ein Sachverhalt mit Bezug zu Drittstaatsangehörigen gegeben war.

Diskussion zum Vortrag von Christoph Grabenwarter

Leitung: OKKO BEHREND S

BEHREND S:

Vielen Dank, Herr Grabenwarter, für diesen sehr anregenden und gedankenreichen Einblick in ein ganz besonderes Dreiecksverhältnis, in dem Sie – wenn ich das recht verstanden habe – dem BVerfG einen sehr ehrenvollen Platz auf der Spitze eines rechtwinkligen Dreiecks gegeben haben, während die beiden anderen Gerichte hypothetischenartig verbunden mehr eine Fülle von Anregungen für das in Ihrem Blick und in Ihren Endworten führende Gericht geben. Mit dieser Bemerkung darf ich die Diskussion eröffnen und darum bitten, möglichst konzentrierte Fragen zu stellen. Bitte schön, Herr Ruffert.

RUFFERT:

Ich habe eine in der Tat kurze Frage: Hin und wieder ist in Deinem Vortrag der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK aufgeschienen. Mir ist aber nicht ganz klar, wie wichtig dies ist. Oder anders gefragt: Wird dieser Beitritt die Kräfteverhältnisse in diesem Dreieck, das Herr Behrends auch angesprochen hat, gar nicht so stark verschieben, wie man es vielleicht erwarten könnte? Angehängt die Frage: Wird es vielleicht durch den Beitritt Rückwirkungen auf das Verhältnis des BVerfG zu den beiden anderen Gerichten geben?

GRABENWARTER:

Eine Änderung gibt es ganz gewiss: Es wird der Umweg aufgelöst, den man gehen muss, wenn die Mitgliedstaaten in Durchführung, in Anwendung oder im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln. Denn hier wird jetzt in einer Art *co-respondent*-Verfahren die Union im Ergebnis einem Mitgliedstaat gleichgestellt. Eine Verschiebung des Verhältnisses zwischen BVerfG und EuGH könnte insoweit eintreten, als der Rechtsweg, der von einem Bürger beschritten wird, nun jedenfalls das Unionsrechtsproblem auch an den Straßburger Gerichtshof bringt, wenn kein anderes Fachgericht vorlegt. Wir haben heute die Situation, dass häufig nicht vorgelegt wird – das ist die Praxis – und vielleicht auch gar nicht die Voraussetzungen für eine Vorlage gegeben sind, so dass dann der EuGH nie erreicht wird. Durch die Voraussetzung, dass ein Grundrechtseingriff, eine behauptete Grundrechtsverletzung auch unionsrechtlich determiniert ist, ist sichergestellt, dass der EuGH auch eine Stellungnahme abgeben kann, dass er in ein Quasi-Vorabentscheidungsverfahren einbezogen wird. Ich meine, dass es dazu noch einer primärrechtlichen Änderung bedarf, damit dieser Beitritt vorgenommen werden kann. Das heißt, es ist auf diese Weise sichergestellt, dass auch der EuGH zu Wort kommt. Und das kann natürlich zurückwirken, das kann

vielleicht sogar das Verhältnis zwischen BVerfG und EuGH entkrampfen. Aber das ist eine Spekulation.

BEHREND:

Vielen Dank. Frau Wendehorst.

WENDEHORST:

Vielen Dank. Das Thema dieses Vortrags war beschränkt auf das Dreieck EGMR – EuGH – BVerfG. In Europa gibt es aber eine ganze Reihe oberster Verfassungsgerichte. Auch mir ist klar, dass man in diesem Vortrag darauf nicht eingehen konnte, aber trotzdem würde es mich interessieren, ob sich das Bild, wenn wir das BVerfG durch ein anderes oberstes Verfassungsgericht ersetzen, fundamental ändert oder ob es doch weitgehend gleich bleibt.

BEHREND:

Bitte, Herr Grabenwarter.

GRABENWARTER:

Da muss man stark differenzieren. Ich würde sagen: Die Situation in Deutschland ist eine spezifische. Ich würde aber auch meinen, dass etwa in Italien, Tschechien und Polen sehr ähnliche Fragestellungen gegeben sind und dass es ähnliche Problemlagen gibt, weil diese Gerichte schon bisher auch einen ähnlichen Umgang mit Gemeinschafts- und Unionsgrundrechten hatten und auch eine ähnliche Situation mit der EMRK gegeben ist. Dann haben wir eine Reihe von Mitgliedstaaten, die kein echtes Verfassungsgericht oder die kein Verfassungsgericht mit Normenkontrolle oder kein Verfassungsgericht mit Verfassungsbeschwerde haben – da gibt es eine große Vielfalt. Die Konfliktlage stellt sich in der Schärfe nur bei einem Gericht, das eine weitgehend unbeschränkte Verfassungsbeschwerde und Normenkontrolle hat. Hier sind im europaweiten Rechtsvergleich die Kompetenzen des BVerfG die weitesten. Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind, sind von der Frage des Beitritts der Union zur EMRK überhaupt nicht berührt, aber dort stellt sich ein anderes Problem, das etwa Russland in einem Fall hatte, in dem es verschiedene völkerrechtliche Konventionen gab: Der Fall betraf einen furchtbaren Sachverhalt, nämlich dass eine russische Staatsangehörige im Prostitutionsmilieu auf Zypern ums Leben gekommen war. Russland wurde dafür verantwortlich gemacht, weil es keine effektiven Maßnahmen gegen Menschenhandel getroffen hatte – und das Auslegungsergebnis des Straßburger Gerichtshofs war auch stark bestimmt von der Grundrechtecharta, die ein Verbot des Menschenhandels enthält. In anderen Bereichen gibt es das auch: Der Grundsatz *ne bis in idem* ist vom Schengener Durchführungsübereinkommen und von Art. 50 Grundrechtecharta bestimmt, das strafrechtliche Rückwirkungsverbot von der Grundrechtecharta gespeist. Hier stellt sich die Frage: Inwieweit kann die Weiterentwicklung von supranationalem Recht für einen Teil der Mitgliedstaaten auch für die übrigen 20 Mitgliedstaaten verbindlich sein? Ich weiß schon, da gibt es Begründungswege, aber die werden nicht so deutlich gegangen, sondern

der Straßburger Gerichtshof hat ein topisches Verfahren der Rechtsvergleichung, das heißt, er sammelt und wenn er eine hinreichend dichte Basis hat, dann nimmt er das als europäischen Standard und das müssen dann auch Staaten, die vom Standard abweichen, gegen sich gelten lassen. Das führt vielleicht zum allgemeinen Thema der Tagung zurück – auch zu dem, was gestern im ersten Vortrag angesprochen wurde: Tendenziell drängt die Form der Rechtserzeugung durch Völkervertragsrecht ein wenig in den Hintergrund, jedenfalls gegenüber hybriden Formen der Erzeugung von *soft law*, etwa durch Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung bzw. des Ministerkomitees des Europarates, die zunächst einmal nicht den Anspruch erheben, harte Rechtsvorschriften zu sein, aber über die Gerichtsurteile, in denen sie zur Auslegung einer Menschenrechtsgarantie zitiert werden, dann Verbindlichkeit erlangen.

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Herr Heun.

HEUN:

Herr Grabenwarter, Sie haben uns eine – ich sage mal – eher harmonisierende Darstellung geliefert. Ich will doch noch einmal den Akzent auf die Konflikte lenken. Und zwar haben wir das prinzipielle Problem, dass wir drei Gerichte haben, die aus ihrer Sicht jeweils völlig legitim eigenständig entscheiden und zu Entscheidungen kommen können, die dem anderen Gericht widersprechen. Und es gibt angesichts dessen, dass es kein hierarchisches Überordnungsverhältnis gibt, keine einheitliche dogmatische Grundlage, keine gemeinsame Basis und auch kein System, das diesen Konflikt löst. Das heißt, es bleibt mehr oder weniger nur den drei Gerichten untereinander überlassen, sich im Wege der Selbstbeschränkung anzunähern und sich möglicher anderer Konfliktlösungsmechanismen zu bedienen, um den Konflikt zu lösen. In der Politik würde man sagen: Die drei setzen sich an einen Verhandlungstisch und führen Verhandlungen. Das geht aber nicht und deswegen stellt sich die Frage, wie wir das machen. Das führt aus meiner Sicht einmal dazu, dass so eine Art von Ping-Pong-Spiel in Gang gesetzt wird, indem nämlich ein Gericht etwas überschießend agiert – dann kommt das andere und schießt dagegen und dann spielen sich alle ein. Das ist natürlich ein etwas komplizierter Mechanismus, aber das kann vielleicht erklären, warum wir etwa beim BVerfG und beim EuGH so ein Hin und Her zwischen den verschiedenen Entscheidungen haben. Das beruht letztlich darauf, dass zwar keine Verhandlungen stattfinden, dass aber das eine Gericht sich dem anderen verweigern kann, was dazu führen kann, dass es Durchsetzungsprobleme gibt, denn alle drei Gerichte stehen letztlich vor dem Problem, dass sie darauf angewiesen sind, dass die anderen es freiwillig akzeptieren. Und das führt zu dieser eigentümlichen Reiberei, für die es keine Lösung gibt. Das bedeutet, dass es eigentlich die Anweisung an alle drei Gerichte geben müsste, in gewisser Weise Zurückhaltung zu üben, und wenn man das Gefühl hat, das andere Gericht überschreitet seine Kompetenzen, dann muss man eine Art von Verweigerung betreiben. Das ist keine Kooperation, die könnte allenfalls stattfinden, wenn man an einem Tisch sitzt. Man kann sich allenfalls so

ähnlich wie im Gefangenendilemma über dieses Ping-Pong-Spiel koordinieren. Und da gibt es keine Lösung – außer, dass alle ein bisschen vernünftig sind, das sind sie aber nicht immer.

BEHREND:

Sie können den Tischtennisball gleich aufgreifen.

GRABENWARTER:

Sie bieten am Ende ja auch eine harmonisierende Erkenntnis. Ich bleibe in Ihrem Bild und sage: Die Gerichte haben die Aufgabe, den Ping-Pong-Ball auf dem Tisch zu halten. Es wird einmal der Ball stärker zur hinteren weißen Kante gespielt und man versucht eben, diesen nicht immer an die weiße Kante springen zu lassen, denn dann ist er schwer zurückzuspielen. Ich denke – Sie haben das noch einmal bestätigt –, nachdem es hier keine Kooperation der Gleichzeitigkeit gibt, ist in vielen Entscheidungen die Sicht der anderen Gerichte zu berücksichtigen: Gibt es Lösungen, die in der anderen Rechtsschicht von anderen geleistet wurden? Am offensten ist hier sicher die Charta; die Charta hat den Anspruch, sich in das bestehende Gefüge einzufügen, also keine widersprüchlichen Lösungen zu erzielen. Das ist in den anderen Rechtsschichten nicht der Fall, aber die Charta hat ein Harmonisierungsgebot. Das funktioniert nur bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen nicht.

BEHREND:

Vielen Dank. Herr Paulus.

PAULUS:

Vielen Dank für diese wirklich meisterhafte Zusammenfassung und Weiterentwicklung der Situation, die auf der Konfliktseite von Herrn Heun gerade sehr adäquat beschrieben worden ist. Dialog heißt eben – das „dia“ wird oft falsch verstanden –, dass es gelegentlich auch kein klares Ergebnis gibt, dass der Konflikt bleibt und die Lösung auch eine sein kann, die erst mit der Zeit erfolgt. Einiges wird auf Dauer akzeptiert und anderes fällt dann im Laufe der Zeit weg. Und in der Tat ist gelegentlich auch ein Warnschuss erforderlich – das hat der Senat, dem ich angehöre, in der Entscheidung zum Allgemeinen Antiterrordateigesetz jedenfalls versucht.¹ Ob das gelungen ist, das überlasse ich jetzt Ihnen.

Ich möchte noch auf zwei Sachen hinweisen: Sie haben zum Beitritt der Europäischen Union zur EMRK mit Recht darauf hingewiesen, dass es eine Lösung im Primärrecht der EU geben sollte, die zum Beispiel auch die Bedeutung der Stellungnahmen vor dem EGMR innerunionsrechtlich und auch für die nationalen Fachgerichte beschreibt. Immer wenn ich jemanden treffe, der mit Entscheidungsmacht diese Dinge mit beeinflusst, weise ich darauf hin, wie Sie das hier auch getan haben – und das Ergebnis ist meistens, dass entweder das Problem noch überhaupt nicht erkannt ist oder aber behauptet wird, das sei im Sekundärrecht doch einfach lösbar. Wenn das

¹ BVerfGE 133, S. 277, 313 ff., Rn. 88 ff. (Antiterrordatei).

nicht aufgegriffen wird, werden wir in der Tat national große Probleme bekommen, weil unsere Gerichte nicht wissen werden, wie sie damit umgehen sollen.

Der zweite Punkt, den Sie erwähnt haben, der hat auch eine Bedeutung, die schon über den Beitritt der EU zur EMRK hinausgehen kann, denn die EMRK eröffnet dem Einzelnen auch gegen EU-Maßnahmen einen direkten Rekurs über die bekannten Mechanismen. Bisher ist da die EU nur sehr selten betroffen, aber jetzt wird ein Individualrechtsschutz über die EMRK herbeigeführt und das hat dann schon Auswirkungen auf das Verhältnis der Gerichte. Da werden die nationalen Gerichte tendenziell geschwächt und das wird durch die Rechtsvereinheitlichung in Europa noch weitergehen. Die Datenschutzgrundverordnung führt – allein weil sie eine Verordnung ist – doch zu einer erheblichen Verschiebung in der Zuständigkeit für das ganze Konfliktverhältnis Privatheit, Pressefreiheit und so weiter – und das ist sicherlich ein weiterer Problembereich.

Sie hatten ja optimistisch gesagt, dass das BVerfG immer in der Vorhand ist. So optimistisch kann man nicht ganz sein. Vorlagen an das BVerfG sind ja für Fachgerichte mit sehr viel Arbeit und sehr viel Verdruss verbunden, weil sie diese oft mit der Begründung zurückbekommen, die Vorlage sei nicht gut genug. Das führt dann dazu, dass in einigen Bereichen Vorlagen nur noch an den EuGH gehen. Das ist im Arbeitsrecht ganz massiv der Fall; das Bundesarbeitsgericht legt kaum noch zum BVerfG vor und fast nur noch zum EuGH, was dann natürlich auch eine Verschiebung zur Folge hat. Auf der anderen Seite stimme ich Ihnen vollkommen zu, dass sich die Aufgabe der nationalen Gerichte, auch des BVerfG, zur Umsetzung verschiebt, aber auch zur kritischen Umsetzung der Entscheidungen der europäischen Gerichte, die erst eine Übersetzungsleistung erfordert.

GRABENWARTER:

Zwei Bemerkungen: Ich stimme Ihnen in Ihrer Analyse völlig zu: Ich erwarte zu Ihrem ersten Punkt, zu der Frage der Änderung des Unionsrechts in Bezug auf den Beitritt zur EMRK, dass der EuGH in seinen Gutachten die Sache deutlich ansprechen wird und damit wäre unser Werben für eine Änderung des Primärrechts nicht mehr erforderlich.

In Ergänzung zur Antwort auf die Frage von Matthias Ruffert wollte ich noch sagen: Natürlich dürfen wir nicht das Verhältnis Fachgerichtsbarkeit/Verfassungsgerichtsbarkeit in diesem Rechtsprechungsdreieck vernachlässigen. Die Åkerberg-Judikatur, aber auch die Rechtsprechung jener Verfassungsgerichte, die über Normenkontrollbefugnisse verfügen, birgt die Gefahr in sich, dass die Verfassungsgerichte im Dialog über die europäischen Grundrechte nicht hinreichend mitwirken. Das hat einmal die Ursache, dass die Unionsgrundrechte nicht wie verfassungsrechtliche Grundrechte in einem Hierarchieverhältnis stehen und im Vorabentscheidungsverfahren auch keine Rechtsbereinigung wie im Normenkontrollverfahren stattfindet. Das heißt, dass es dem einzelnen Fachgericht, das ein Grundrechtsproblem sieht, ja freistehen muss, eine Vorlage mit im Wesentlichen demselben Rechtsproblem über eine unionsgrund-

rechtliche Frage an den EuGH zu richten und nicht das Normenkontrollverfahren zu wählen. Und die Verfassungsgerichte, die strenge Anforderungen an Normenkontrollanträge stellen, haben ihren Anteil daran, dass die Gerichte wenig Bereitschaft zu einem Verfahren nach der Art des Art. 100 GG haben. Sie haben das am Beispiel der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland gezeigt. Hingegen nimmt der EuGH die Form-erfordernisse für Vorabentscheidungsverfahren – nicht zuletzt aufgrund der Fallzahl und weil der Luxemburger Gerichtshof praktisch keine andere Möglichkeit hat, an Fälle heranzukommen – nicht so streng.

BEHREND:

Herr Schönberger.

SCHÖNBERGER:

Ich würde gleich an dem Punkt auch noch eine Nachfrage stellen wollen. Ich fand das Bild, gerade was den EuGH und das BVerfG angeht, zu harmonisierend. Ich würde das mal so beschreiben wollen: Was wir jetzt im Verhältnis zum EGMR sehen, ist im Grunde eine Arbeitsteilung von zwei typischerweise auf Grundrechtsfragen ausgerichteten Sondergerichtsbarkeiten, die natürlich inhaltlich ein bisschen Konfliktpotenzial haben, aber von der Sache her Verbündete sind – und der EGMR braucht das BVerfG auch deswegen, damit seine Rechtsprechung innerstaatlich die volle Wirkung bekommt. Die Schwäche des EGMR bei der Durchsetzung seiner Entscheidungen ist ja so groß, dass er auf die Übersetzungsleistung durch das BVerfG angewiesen ist, nicht nur in sprachlicher Hinsicht, sondern auch in institutioneller Hinsicht. Insofern ist das Konfliktpotenzial überschaubar. Beim EuGH sieht die Sache aus meiner Sicht völlig anders aus. Der EuGH ist ein durchsetzungsstarkes Gericht, und zwar insbesondere durch seinen Dialog mit den Untergerichten der Mitgliedstaaten, das ist seine traditionelle Erfolgsressource. Das heißt, er ist im Grunde genommen ein Gericht, das die Marginalisierung der Verfassungsgerichte sehr gut ertragen kann. Und wenn wir jetzt sagen: „Der EuGH wächst zunehmend in den Bereich der Grundrechte hinein“, dann ist das einerseits Effekt des Rechts, also der Existenz der Charta, aber das wird sich noch verstärken, wenn der Beitritt der Union zur EMRK kommt, also wenn der EuGH auch verfahrensrechtlich in diese ganzen Fragen immer wieder eingebunden wird. Das wird ihn noch stärker in diese „Grundrechtsgerichtsbarkeitsrichtung“ drängen, in der er jetzt schon unterwegs ist. Wenn er das macht, mit seinem Hintergrund der Durchsetzungsfähigkeit innerhalb unserer Rechtssysteme, dann wird das die Marginalisierung der nationalen Verfassungsgerichte noch verstärken, davon bin ich fest überzeugt. Da sind wir erst am Anfang, zumal wenn man das vergleicht mit den Erfahrungen in den USA: Bundesgrundrechtskataloge werden am Anfang immer gemacht, um die Bundesgewalt zu binden. Und dann wachsen die Bundesgrundrechte schrittweise in den Zugriff auf die Landesstaatsgewalt hinein – so ist es ja in der amerikanischen Entwicklung geschehen. Und ich glaube, dass sich diese Entwicklung beim EuGH auch vollziehen wird. Wenn der EuGH das stärker als sein Feld entdeckt, wenn er da eigenständige Kompetenz aufbaut, dann wird er mit seiner ganzen Durch-

setzungsstärke viel stärker diesen Bereich gestalten. Das, was der Erste Senat in der Antiterrordatei-Entscheidung geschrieben hat, ist ja nur der Vorbote einer berechtigten Ahnung von dem, was sich da sehr wahrscheinlich vollziehen wird.

GRABENWARTER:

Herr Schönberger, ich glaube, es gibt verschiedene Gründe, warum man zumindest Zweifel daran haben kann, dass es so kommt. Ich glaube, dass der EuGH selbst kein Interesse haben kann, langfristig zum Grundrechtsgericht für 400 Millionen Menschen zu werden. Das wird von der Kapazität her nicht klappen – das ist die quantitative Seite. Es gibt dazu eine qualitative Seite: Der EuGH ist kein Verfassungsgericht, sondern entscheidet Einzelfragen des Zivilrechts, des Steuerrechts usw. Das heißt, es ist kein auf Grundrechte spezialisiertes Gericht und das kann es auch gar nicht sein, es muss in anderen Bereichen spezialisiert sein. Und die Frage ist, ob ein einzelnes Gericht gleichzeitig oberstes Verwaltungsgericht der Union und Verfassungsgericht sein kann. Ich stelle die Frage, ob nicht der EuGH in dieser Lage ein Interesse hat, dass die Last der Grundrechtskontrolle von den Verfassungsgerichten wahrgenommen wird, freilich verbunden mit der Bedingung, dass bei grundsätzlichen Fragen der Auslegung der Charta auch Vorlagen der Verfassungsgerichte an den EuGH erfolgen. Meine Prognose wäre, dass wir in zehn Jahren eine bestimmte Anzahl von Vorlagen auch des BVerfG in Grundrechtsfragen in Luxemburg haben werden. Ich denke, das gehört zusammen.

Ich möchte noch eine Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit nach deutsch-österreichisch-polnischem Muster erwähnen: Der EuGH hat die Stärke, dass er im Einzelfall eine Entscheidung trifft, aber die Verfassungsgerichte haben eine Rechtsbereinigungsfunktion mit einer für den Rechtsstaat unabdingbaren Gleichmäßigkeitsfolge, nämlich dass eine Norm für alle nicht mehr gilt und ohne einen weiteren Akt des Gesetzgebers aus dem Rechtsbestand ausscheidet. Und ich denke, das ist eine Funktion, die man nicht beiseiteschieben sollte. Ich weiß, es gibt die Meinung, dass dieses Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit ein Auslaufmodell und zu verabschieden sei. Aber die Gegenposition wäre eben, dass Normenkontrolle nach diesem Muster auch eine spezifische Qualität hat.

BEHRENDTS:

Vielen Dank, das war eine sehr schöne Diskussion.

