

Gabriele Britz*

Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof

Der folgende Text gibt, um Nachweise zur Rechtsprechung ergänzt, mein am 1. Oktober 2014 auf Einladung des Arbeitskreises Europäisches Verfassungsrecht der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer gehaltenes Referat wieder, in dem ich den Versuch unternommen habe, die aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hervortretende konzeptionelle und praktische Herangehensweise an das Verhältnis zwischen Unionsgrundrechten und Grundrechten des Grundgesetzes zu rekonstruieren (Stand: 6. Oktober 2014).

I. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht teilt sich den gerichtlichen Grundrechtsschutz in Europa seit jeher mit den deutschen Fach- und Verfassungsgerichten, dem EGMR, den Fach- und Verfassungsgerichten der anderen Mitgliedstaaten und – beschleunigt durch das Inkrafttreten der Grundrechtecharta – zunehmend auch mit dem EuGH. Damit gewinnen die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Grundgesetz und Unionsgrundrechten und entsprechend der Zuständigkeiten von Bundesverfassungsgericht und EuGH an praktischer Relevanz.

Die Antworten des Bundesverfassungsgerichts und des EuGH auf die Frage nach dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte, insbesondere der Grundrechtecharta, sind nicht völlig deckungsgleich. Auch Verfassungs- und Oberstgerichte anderer Mitgliedstaaten wählen unterschiedliche Lösungen.¹ Die genauere Feststellung, inwiefern Abgrenzungstechniken der Mitgliedstaaten denen des EuGH gleichen oder davon abweichen, ist allerdings schon deshalb schwierig, weil die Rechtsprechung des EuGH bislang selbst nicht einheitlich ist. Man halte sich nur so unterschiedliche Urteile wie etwa Wachauf, ERT, Carpenter, Mangold, McB, Melki und Abdeli, Akerberg, Melloni, Siragusa, Pflieger und jüngst Hernandez vor Augen.² Der deutsche Wortlaut des Art. 51 I 1 2. Hs. GRC legt eine Lesart nahe, zu der zuletzt die Urteile in den Rechtssachen Siragusa und Hernandez besser passen als Akerberg und Pflieger. Die Erläuterungen zu Art. 51 GRC scheinen mit dem Hinweis auf das ERT-Urteil eher in die andere Richtung zu weisen. Hier sind sicherlich noch Findungsprozesse im Gange, die allein am Wortlaut des Art. 51 GRC und den beigefügten Erläuterungen nicht hinreichend Orientierung finden.

Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Grundgesetz nur dann zurücktritt, wenn die zu überprüfende Maßnahme auf zwingenden Vorgaben des Unionsrechts beruht³. Diese Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts soll im

* Richterin des Bundesverfassungsgerichts und Professorin für Öffentliches Recht und Europarecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ Bemerkenswert etwa die Reaktion des spanischen Verfassungsgerichts vom 13. Februar 2014 (26/2014) auf die auf seine Vorlage hin ergangene Melloni-Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013 – C-399/11 – Melloni), dessen grundlegender Zugang zum Verhältnis zwischen spanischen Grundrechten und Charta in der Concurrent Opinion der Richterin Adela Asua Batarrita plausibel problematisiert wird.

² EuGH, Urteil vom 13. Juli 1989 – C-5/88 – Wachauf; EuGH, Urteil vom 18. Juni 1991 – C-260/89 – ERT; EuGH, Urteil vom 11. Juli 2002 – C-60/00 – Carpenter; EuGH, Urteil vom 22. November 2005 – C-144/04 – Mangold; EuGH, Urteil vom 22. Juni 2010 – C-188/10 und C-189/10, C-188/10, C-189/10 – Melki und Abdeli; EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2014 – C-400/10 – McB.; EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013 – C-617/10 – Akerberg; EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013 – C-399/11 – Melloni; EuGH, Urteil vom 6. März 2014 – C-458/12 – Siragusa; EuGH, Urteil vom 30. April 2014 – C-390/12 – Pflieger; EuGH, Urteil vom 10. Juli 2014 – C-198/14 – Hernandez.

³ BVerfGE 118, 79, 95 – Emissionshandel; 121, 1, 15 f. – einstweilige Anordnung zur Vorratsdatenspeicherung; 125, 260, 306f.; 129, 78, 90 f. – Cassina; 129, 186, 198 f.; 133, 277, 313 f. (Rn. 88) – Antiterrordatei.

Folgenden in ihrem konzeptionellen Ausgangspunkt rekonstruiert werden, um von dort aus zu beschreiben, welche Konsequenzen die Koexistenz der beiden Grundrechtsordnungen für die konkrete Entscheidungsfindung des Bundesverfassungsgerichts hat.

II. Konzeptionelle Basis der Abgrenzung der Anwendungsbereiche von nationalen Grundrechten und Unionsgrundrechten

Ausgangspunkt des Grundgesetzes (insbes. Art. 1 III, 93 und 100 I GG) wie auch der Charta (Art. 51 I 1 GRC) ist, dass Akte der deutschen öffentlichen Gewalt grundsätzlich (vom Bundesverfassungsgericht) an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen werden. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit durch das Bundesverfassungsgericht kann allerdings zugunsten des EuGH eingeschränkt sein in Fällen, in denen eine Maßnahme einen – noch näher zu bestimmenden – „Bezug“ zum Recht der europäischen Union aufweist.⁴ Dann ist die Maßnahme gegebenenfalls durch den EuGH an Unionsgrundrechten, insbesondere der Charta, zu messen, die im Übrigen auch Maßstab der deutschen Fachgerichte sind⁵, nicht aber des Bundesverfassungsgerichts (s. insbes. Art. 93 I Nr. 4a GG).

Dass das Grundgesetz bei der Prüfung deutscher Akte der öffentlichen Gewalt unter Umständen zugunsten der Unionsgrundrechte zurücktreten muss, findet seinen tieferen Grund darin, dass die Anwendung einer europäischen „Einheitsgrundrechtsordnung“ erforderlich sein kann, um die einheitliche Anwendung und damit die Effektivität des Unionsrechts zu sichern. Das ist der Fall, soweit nationale Maßnahmen in der Sache Unionsrecht sind, weil sie Unionsrecht direkt exekutiv vollziehen oder legislativ ins nationale Recht umsetzen. Offensichtlich würde die Überprüfung dieser nur äußerlich nationalen Maßnahmen an 28 nationalen Grundrechtsordnungen die effektive Anwendung der an und für sich unionsrechtlichen Regelungsgehalte gefährden. Der Zweck des Zurücktretens der nationalen Verfassung zugunsten der unionseinheitlichen Grundrechte liegt also in der Sicherung der einheitlichen Anwendung und damit der Effektivität des Unionsrechts.

Der EuGH hat diese Konzeption kürzlich in der Rechtssache Hernandez erneut klar formuliert:⁶ Die Verfolgung des Ziels des Grundrechtsschutzes im Unionsrecht, sei es im Hinblick auf Handlungen der Union oder die Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten, liege in der Notwendigkeit begründet, zu verhindern, dass der Grundrechtsschutz, der je nach dem betreffenden nationalen Recht unterschiedlich sein könne, die Einheit, den Vorrang und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtige.

Was technisch klingt, ist eine grundlegende Weichenstellung, die auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts prägt: Mit dieser „Effektivitätskonzeption“ sind Vorstellungen zurück gewiesen, die die Unionsgrundrechte analog der EMRK in allen Mitgliedstaaten als durchgehende Grundsicht eines grundrechtlichen Mindeststandards begreifen. Gegenüber einer solchen „Mindestschichtkonzeption“ hat die Charta nach der Effektivitätskonzeption zwar insofern eine größere Reichweite, als sie sich nicht auf Mindeststandards beschränkt, sondern in ihrem Anwendungsbereich grundsätzlich Vollgrundrechtsordnung ist. Der Anwendungsbereich der Charta ist jedoch nach der Effektivitätskonzeption deutlich enger, weil die Charta danach in den Mitgliedstaaten nicht flächendeckend, sondern nur dort zur Anwendung gelangt, wo die Anwendung nationaler Grundrechte die effektive Vollziehung und Umsetzung des Unionsrechts beeinträchtigen würde. Allein die Effektivitätskonzeption, nicht aber die Mindeststandardkonzeption passt zu Art. 51 I 1 2. Alt. GRC, der die Charta-

⁴ S. nur BVerfGE 118, 79, 95 – Emissionshandel.

⁵ S. insbes. BVerfGE 118, 79, 97 – Emissionshandel.

⁶ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2014 – C-198/14 – Hernandez, Rn. 47; ähnlich EuGH, Urteil vom 22. Juni 2010 – C-188/10 und C-189/10, C-188/10, C-189/10 – Melki und Abdeli, Rn. 54 m.w.N.

Anwendung auf die Mitgliedstaaten eben nicht generell, sondern „bei der Durchführung des Rechts der Union“ – und zwar explizit „ausschließlich“ hierbei – vorsieht. Wenn Art. 51 I 1 2. Alt. GRC irgendetwas klar erkennen lässt, dann ist es die fehlende Absicht der vertragschließenden Mitgliedstaaten, die Mitgliedstaaten mit der Grundrechtecharta allgemein an einen weiteren grundrechtlichen Mindeststandard zu binden. Insoweit haben die vertragschließenden Mitgliedstaaten auf andere Mechanismen vertraut: Die Sicherung des in Art. 2 EUV vorausgesetzten menschenrechtlichen Mindestniveaus in den Mitgliedstaaten ist nach geltendem Recht (abgesehen von Art. 7 EUV) vor allem Aufgabe des nationalen Grundrechtsschutzes, aber auch des Schutzes durch die EMRK und kann schließlich bei entsprechender Rechtsetzungskompetenz durch sekundäres Unionsrecht verstärkt werden. Die Charta kommt, wie noch zu zeigen ist, nur im letzten Fall ins Spiel.

III. Abgrenzung in den konkreten Entscheidungskonstellationen des Bundesverfassungsgerichts

1. Anwendbarkeit des Grundgesetzes bei der Überprüfung von Maßnahmen der Mitgliedstaaten im nicht harmonisierten Bereich

Ausgehend von dieser Effektivitätskonzeption, macht es in der konkreten Entscheidungssituation des Bundesverfassungsgerichts einen ersten Unterschied, ob die zu prüfende Maßnahme in ein durch sekundäres Unionsrecht harmonisiertes oder nicht harmonisiertes Rechtsgebiet fällt. Im nicht harmonisierten Bereich ergeben sich für die verfassungsgerichtliche Prüfung praktisch keine besonderen Erfordernisse. Dies sei für die sog. ERT-Konstellation betrachtet, zumal das ERT-Urteil in der Rechtssache *Pfleger* und vor allem im Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston kürzlich nachdrücklich bestätigt wurde.⁷

Im Ergebnis leuchtet die Anwendung der Unionsgrundrechte in der ERT-Konstellation nicht in Gänze ein; für die konkreten Entscheidungsaufgaben des Bundesverfassungsgerichts wirft dies aber keine Probleme auf.

Dass die Anwendung der Unionsgrundrechte in der ERT-Konstellation nicht vollständig überzeugt, liegt vor allem an Folgendem: Hat der Unionsgesetzgeber auf Harmonisierung durch Unionsrechtsakte verzichtet – dies ist Voraussetzung für die Anwendung von Grundfreiheiten – gibt es nach der Effektivitätskonzeption keinen Grund für die, Einheitlichkeit garantierende, Anwendung der Unionsgrundrechtsordnung, sondern es kann bei der Anwendung der unterschiedlichen nationalen Grundrechte bleiben. Sollte die damit verbundene Uneinlichkeit politisch eines Tages nicht mehr gewollt sein, muss und kann der Unionsgesetzgeber im Rahmen seiner Rechtsetzungskompetenzen harmonisierend tätig werden. Tut er dies nicht, entscheidet er sich an dieser Stelle für rechtliche Diversität, was nicht durch unitarisierenden Grundrechtsschutz zu beheben ist. Plausibel ist allerdings, die Charta zur Auslegung dessen heranzuziehen, was ein zwingendes Erfordernis im Sinne der *Cassis-Formel* oder einen Ausnahmegrund etwa nach Art. 36 AEUV bilden kann, weil beides unionsrechtlich zu bestimmen ist.⁸ Der praktische Ertrag ist jedoch gering, weil die primärrechtliche Legitimität von den Mitgliedstaaten vorgebrachter Ausnahmegründe vom EuGH ohnehin großzügig bemessen wird.

Aus der praktischen Entscheidungsperspektive des Bundesverfassungsgerichts bleibt die ERT-Rechtsprechung aber ohnehin ohne Folgen. Gelangt eine nationale Maßnahme zur verfassungsrechtlichen Überprüfung, die zugleich gegen eine Grundfreiheit verstoßen würde,

⁷ Ein weiteres problematisches Beispiel für die Anwendung europäischer Grundrechte im nicht harmonisierten Bereich ist EuGH, Urteil vom 11. Juli 2002 – C-60/00 – *Carpenter*. Auch EuGH, Urteil vom 22. November 2005 – C-144/04 – *Mangold*, betraf insofern den nicht harmonisierten Bereich als die Frist für die Umsetzung der Richtlinie noch nicht abgelaufen war.

⁸ So lässt sich EuGH, Urteil vom 18. Juni 1991 – C-260/89 – *ERT*, Rn. 43, deuten.

wenn sie nicht durch eine Ausnahme oder zwingende Erfordernisse gerechtfertigt wäre, stellt sich die Situation für das Bundesverfassungsgericht so dar: Verstößt die nationale Maßnahme gegen das Grundgesetz, bestehen keinerlei unionsrechtliche Bedenken dagegen, dass das Bundesverfassungsgericht dies prüft und auch feststellt, denn die Beseitigung dieser Maßnahme ist auch im Sinne der Grundfreiheit des Unionsrechts. Grundgesetz und Grundfreiheit laufen hier gleich. In der ERT-Konstellation besteht eine grundlegend andere Situation als bei der Überprüfung nationalen *Umsetzungsrechts*, bei der eine Verwerfung durch das Bundesverfassungsgericht mittelbar ein Angriff auf das Unionsrecht sein kann. In der ERT-Konstellation sind die nationalen Maßnahmen gerade keine unionsrechtlich erwünschten Maßnahmen. Deshalb ist die Verwerfung dieser nationalen Regeln durch das Bundesverfassungsgericht unproblematisch. Hält das Bundesverfassungsgericht die Maßnahme hingegen für verfassungsgemäß, kann es auch dies feststellen – selbst wenn ein Verstoß gegen eine Grundfreiheit im Raum steht. Dies ist tausendfach geschehen und wird noch tausendfach geschehen, etwa bei einer Überprüfung an Art. 12 GG, bei der mit der nötigen Finesse sehr oft auch das Vorliegen eines Eingriffs in eine Grundfreiheit konstruiert werden könnte. Stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Maßnahme mit dem Grundgesetz vereinbar ist, hindert dies den EuGH nicht daran, die Maßnahme für unvereinbar mit einer Grundfreiheit – sei sie auch um Gehalte der GRC angereichert – zu befinden und damit wegen des Anwendungsvorrangs jene Maßnahme zu Fall zu bringen, deren Grundgesetzkonformität das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat.

Ein Kompetenzproblem besteht hier nicht im Verhältnis zum BVerfG, sondern zu den politischen Akteuren: In der ERT-Konstellation haben sich die politischen Akteure gegen eine Harmonisierung entschieden, müssten aber via ERT-Grundrechts-Rechtsprechung potenziell eine Rechtsvereinheitlichung durch den EuGH hinnehmen. – Im Ergebnis ist freilich weder in der ERT-Entscheidung noch in der Pfleger-Entscheidung bei der Grundrechtsprüfung anderes herausgekommen als bei der Prüfung der Grundfreiheit⁹; auch der potenzielle Kompetenzkonflikt mit dem Gesetzgeber dürfte sich darum in Grenzen halten.

2. Anwendbarkeit des Grundgesetzes und der Unionsgrundrechte bei der Überprüfung von Maßnahmen der Mitgliedstaaten in harmonisierten Bereichen

Bei der Überprüfung von Rechtsakten, die in einem harmonisierten Bereich ergangen sind, muss das Bundesverfassungsgericht vorsichtiger zu Werke gehen, weil die nationalen Grundrechte hier vorbehaltlich des Solange II-Vorbehalts außer Anwendung bleiben, soweit dies zur effektiven Umsetzung des Unionsrechts erforderlich ist.

a) Anwendbarkeit des Grundgesetzes bei Feststellung der Grundgesetzkonformität

Problematisch sind genau genommen nur Konstellationen, in denen die zu überprüfende Maßnahme am Maßstab des Grundgesetzes zu *beanstanden* wäre. Gelangt das Bundesverfassungsgericht hingegen zu dem Ergebnis, dass die zu überprüfende Maßnahme mit dem GG *vereinbar* ist, kann es dies explizit feststellen. Das Bundesverfassungsgericht ist diesen Weg in Teilen der Vorratsdatenspeicherungsentscheidung gegangen.¹⁰ Unionsrechtliche Belange stehen einer GG-Bestätigung unionsrechtlich geprägten Umsetzungsrechts nicht entgegen, weil die bloße Konformitäts-Bestätigung die einheitliche und effektive Umsetzung von Unionsrecht nicht gefährdet.¹¹

⁹ EuGH, Urteil vom 18. Juni 1991 – C-260/89 – ERT, Rn. 44 ff.; EuGH, Urteil vom 30. April 2014 – C-390/12 – Pfleger, Rn. 57 ff.

¹⁰ BVerfGE 125, 260, 309, 316 – Vorratsdatenspeicherung.

¹¹ Problematisch wäre indessen, wenn mit der Bestätigung des Rechtsakts Vorgaben zur verfassungskonformen Auslegung verbunden würden, weil dies wiederum die Einheitlichkeit der Anwendung in Frage stellte.

b) Differenzierungsbedarf bei Beanstandung

Anders stellt sich die Situation dar, wenn das Bundesverfassungsgericht zum Ergebnis gelangt, dass eine Maßnahme mit unionsrechtlichen Bezügen – sofern man sie am Grundgesetz messen würde – gegen das Grundgesetz verstieße. Eine solche Negativ-Entscheidung hat das Potenzial, die einheitliche Anwendung und damit die Effektivität des Unionsrechts zu beeinträchtigen, soweit die nach dem Grundgesetz beanstandungswürdigen Gehalte einer nationalen Maßnahme inhaltlich durch Unionsrecht vorgegeben waren, also in der Sache „Unionsrecht“ sind. Weil das Grundgesetz dann aus Gründen der Effektivitätssicherung nicht zur Anwendung kommen kann, kann sich das Bundesverfassungsgericht nur entweder für unzuständig erklären oder aber es kann dem EuGH die Frage vorlegen, ob das der nationalen Maßnahme zugrunde liegende Unionsrecht gegen die Charta verstößt. Die Vorlage wäre unionsrechtlich zulässig, weil entscheidungserheblich, denn wenn der EuGH die Richtlinie für nichtig erklärte, wäre für das Bundesverfassungsgericht der Weg frei, die Maßnahme am Grundgesetz zu prüfen, denn sie wäre dann auch in der Sache nicht mehr Unionsrecht, weil es das zugrunde liegende Unionsrecht nicht mehr gäbe. Diese Überlegung findet sich in den Entscheidungen zum Emissionshandel und zur Vorratsdatenspeicherung.¹² Tatsächlich kommt es praktisch nicht zu diesen Vorlagen, weil die Fachgerichte dies regelmäßig vorab klären (s.u.).

Anders als in der Bestätigungskonstellation kann das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit dem Grundgesetz (in einem unionsrechtlich harmonisierten Rechtsgebiet) also nicht ohne präzise Klärung der „unionsrechtlichen Bezüge“ feststellen.

c) Präzisierung der Kriterien für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche

Wenn hier unspezifisch von der Klärung der „unionsrechtlichen Bezüge“ die Rede ist, die zur zurückhaltenden Anwendung des Grundgesetzes gemahnen, bedarf dies zunächst der Präzisierung. In der Rechtsprechung des EuGH steht nicht mit letzter Sicherheit fest, wie genau das Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht im konkreten Fall aussehen muss, damit von einer Durchführungsmaßnahme iSd Art. 51 I 1 GRC und damit von der Anwendung der Charta auszugehen ist. Es führt nicht sehr weit, hier mit abstrakten Ideen vom „Geltungsbereich“ des Unionsrechts, von seinem „Anwendungsbereich“, vom mehr oder weniger „engen Zusammenhang“ des Unionsrechts mit dem nationalen Recht oder ähnlichem zu arbeiten oder sich in semantischen Deutungen zu verlieren. Die Abgrenzung sollte vielmehr – der zugrunde liegenden Effektivitätskonzeption gemäß – ganz konkret von der Maßgabe der Effektivitätssicherung her erfolgen. Vom Effektivitätssicherungsgedanken ausgehend, bekommt man leichter zu fassen, nach was man eigentlich sucht.

Eine nationale Maßnahme kann nach der „Effektivitätskonzeption“ immer dann und so weit nicht aufgrund nationaler Grundrechte verworfen werden, wie dadurch die einheitliche Anwendung und damit die Effektivität des Unionsrechts beeinträchtigt würden. Das ist der Fall, soweit die beanstandete nationale Maßnahme zur Vollziehung oder Umsetzung von Unionsrecht erforderlich ist. Soweit diese Maßnahme zur Umsetzung von Unionsrecht hingegen nicht erforderlich ist – weil sie über das unionsrechtlich Gebotene hinausgeht oder weil das Unionsrecht auch andere Umsetzungsmaßnahmen zulässt –, wird die Effektivität des Unionsrechts durch die Anwendung des Grundgesetzes nicht gefährdet: Ist aus Sicht des Unionsrechts auch eine andere Umsetzung möglich als die nun auf dem Prüfstand stehende, wird der Effektivität des Unionsrechts grundsätzlich nichts genommen, wenn die vom nationalen Gesetzgeber insoweit autonom gewählte Umsetzung an einer nationalen Grundrechtsprüfung

¹² BVerfGE 118, 79, 97 f. – Emissionshandel; 121, 1, 16 – einstweilige Anordnung zur Vorratsdatenspeicherung; s. auch BVerfGE 125, 260, 307 – Vorratsdatenspeicherung Hauptsache.

scheitert. Der nationale Gesetzgeber muss und kann dann eine andere Umsetzung wählen,¹³ um die Umsetzungsverpflichtung aus dem Unionsrecht zu erfüllen.¹⁴

Das Bundesverfassungsgericht formuliert den Gedanken so, dass es seine Grundrechtsjudikatur gegenüber Richtlinien umsetzenden Gesetzen insoweit zurücknimmt, als die angegriffenen Vorschriften auf *zwingenden* Vorgaben der Richtlinie beruhen.¹⁵ Auch der EuGH hat in der Rechtssache Melki und Abdeli grundlegend festgestellt, dass ein nationales Gesetz dann nicht wegen Unvereinbarkeit mit der nationalen Verfassung aufgehoben werden darf, wenn das nationale Gesetz auf die Umsetzung *zwingender* Bestimmungen einer Unionsrichtlinie beschränkt ist.¹⁶ In anderen EuGH-Entscheidungen wird dies – inhaltlich nahezu identisch – so formuliert, dass die Charta unanwendbar ist, wenn sich aus dem Unionsrecht in dem betreffenden Sachbereich für den fraglichen Sachverhalt Fall keine Verpflichtung für die Mitgliedstaaten ergibt.¹⁷ Im Hernandez-Urteil wurde dies jüngst noch zugespitzt: Die Unionsgrundrechte seien unanwendbar, wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine *bestimmten* Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren fraglichen Sachverhalt schaffen.¹⁸ Während das Bundesverfassungsgericht also von der nationalen Maßnahme ausgehend fragt, ob diese durch zwingende Vorgaben des Unionsrechts determiniert ist, stellt der EuGH vom Unionsrecht ausgehend praktisch dieselbe Frage, ob das Unionsrecht dem Mitgliedstaat – die zu beurteilende Maßnahme betreffend – eine bestimmte Verpflichtung aufgegeben hat.

Gerade hier erscheint die Akerberg-Entscheidung¹⁹ zu ungenau und offenbart ihre konzeptionelle Schwäche. Unproblematisch ist zwar, dass die schwedische Sanktionierung von Steuerhinterziehung auch als Umsetzung der Mehrwertsteuer-Richtlinie angesehen wird. Streitgegenständlich war jedoch nicht die Sanktionierung der Steuerhinterziehung an sich, sondern die im schwedischen Recht vorgesehene *zweifache* Ahndung, an deren Charta-Konformität das vorliegende Gericht Zweifel hatte. Insoweit statuiert die Mehrwertsteuer-Richtlinie aber keine „bestimmten Verpflichtungen“ der Mitgliedstaaten. Aus der unionsrechtlichen Verpflichtung zur effektiven Erhebung der Mehrwertsteuer ergibt sich offensichtlich keine bestimmte Verpflichtung gerade zu einer Doppelahndung mehrwertsteuerrechtlicher Versäumnisse der Steuerpflichtigen. Aus Sicht der Mehrwertsteuer-Richtlinie ist vielmehr ausreichend, wenn rechtswidrige Handlungen der Steuerpflichtigen durch einfache Ahndung effektiv bekämpft werden. Im Übrigen sah das schwedische Recht ja gerade zwei Sanktionen vor und soweit ersichtlich ergab sich aus dem schwedischen Recht selbst auch nicht, dass eine der beiden Sanktionen entfallen müsste. Wenn man sich hier überhaupt auf eine Effektivitätsprüfung einlassen will, gelangt man zum Ergebnis, dass gerade das schwedische Recht besonders umsetzungseffektiv war. Es gab darum hinsichtlich der Beurteilung der Doppelbestrafung unter Effektivitätsgesichtspunkten keinen Anlass für das Eingreifen einheitlicher Unionsgrundrechte. – In der Sache ging es hier sicherlich nicht um die Sicherung der Effektivität der Mehrwertsteuer-Richtlinie, sondern um die Durchsetzung eines – aus dem schwedischen Recht selbst nicht ohne Weiteres herleitbaren – Grundrechtsstandards gegen den schwedischen Gesetzgeber. Das vorliegende Gericht, das offenbar in der eigenen Rechtsordnung ein effektives Doppelbestrafungsverbot vermisste, hat die Gunst des eher zufälligen Bezugs zum

¹³ BVerfGE 125, 260, 306 – Vorratsdatenspeicherung.

¹⁴ Zur Vermeidung von Übergangsproblemen wäre über Möglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts nachzudenken, die vorübergehende Fortgeltung des verfassungswidrigen Rechts anzuordnen, um die Bundesrepublik in der Zwischenzeit nicht unnötig dem Vorwurf der Umsetzungssäumnis auszusetzen.

¹⁵ S. bereits oben, Fn. 3.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 22. Juni 2010 – C-188/10 und C-189/10, C-188/10, C-189/10 – Melki und Abdeli, Rn. 54 f.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 6. März 2014 – C-458/12 – Siragusa Rn. 26, s. auch Rn. 25 m.w.N.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2014 – C-198/14 – Hernandez, Rn. 35.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013 – C-617/10 – Akerberg, Rn. 24 ff.

Unionsrechts genutzt, um den Fall doch noch an der vermissten Grundrechtsnorm messen zu können. Dies ist aber nicht Aufgabe der Unionsgrundrechte, die den Mitgliedstaaten, wie gesehen, keinen flächendeckenden grundrechtlichen Mindeststandard vorgeben. Wenn die schwedische Rechtsordnung in diesem Fall einer Überprüfung an europäischem Recht unterzogen werden sollte, hätten die Maßstäbe in der EMRK gesucht werden müssen.

Als Zwischenergebnis lässt sich demnach festhalten: Zur Abgrenzung ist die Frage zu stellen, ob eine nationale Maßnahme durch das Unionsrecht zwingend gefordert ist (dann finden die Unionsgrundrechte Anwendung) oder ob das Unionsrecht Spielraum lässt, so dass der Mitgliedstaat bei einer Verwerfung der getroffenen Maßnahme eine andere Maßnahme ergreifen könnte, um seine unionsrechtliche Verpflichtung zu erfüllen (dann finden die nationalen Grundrechte Anwendung). Allein der Umstand, dass eine nationale Maßnahme der Umsetzung von Unionsrecht dient, besagt also noch nicht viel. Dies löst zwar den Abgrenzungsbedarf aus, führt aber keineswegs automatisch zum vollständigen Zurücktreten des Grundgesetzes. Zu fragen ist vielmehr, ob gerade die auf dem Prüfstand stehenden Gehalte der nationalen Maßnahme zwingend unionsrechtlich vorgegeben sind. Dabei weist eine nationale Regelung häufig sowohl unionsrechtlich unerlässliche als auch unionsrechtlich nicht unerlässliche Gehalte auf. Darum zerlegt das Bundesverfassungsgericht die zu überprüfende Maßnahme in ständiger Praxis gegebenenfalls in entsprechende Teile und fragt für jeden Einzelteil, ob dieser unionsrechtlich zwingend vorgegeben ist. Prominente Beispiele aus der Senatsrechtsprechung sind die Entscheidungen zur Emissionshandels- und zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie²⁰.

d) Konkrete Ermittlung der unionsrechtlichen Determiniertheit der zu überprüfenden Maßnahme

Inwieweit eine nationale Maßnahme unionsrechtlich zwingend gefordert ist oder aber unionsrechtlicher Spielraum besteht, ist allerdings nicht immer sofort erkennbar.

aa) Materiellrechtliche Dimension

In der Sache ist die Frage nach der Determiniertheit ausgehend von der Richtlinie oder Verordnung zu beantworten, die daraufhin zu analysieren ist, inwieweit sie „bestimmte Verpflichtungen“ statuiert oder aber Spielraum gewährt.

Teilweise ist den Mitgliedstaaten in Richtlinien ausdrücklich eine *abweichende Regelung* gestattet oder ein Umsetzungsspektrum eröffnet.²¹ Manche Richtlinien statuieren ausdrücklich nur *Mindestanforderungen*.²² Andere Richtlinien lassen ganze Komplexe *ungeregelt*.²³ In all diesen Fällen hat der Unionsgesetzgeber (insoweit) eine uneinheitliche Umsetzung in Kauf genommen, so dass (insoweit) bedenkenlos die nationalen Grundrechte zur Anwendung kommen können.²⁴

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wann *unbestimmte Rechtsbegriffe* des Unionsrechts auf mitgliedstaatliche Umsetzungsspielräume hindeuten. Hier verbietet sich eine schemati-

²⁰ BVerfGE 118, 79, 98 – Emissionshandel; 121, 1, 15 f. – einstweilige Anordnung zur Vorratsdatenspeicherung.

²¹ S. z.B. Art. 6 I RL 2000/78 (Gleichbehandlungsrahmen-Rahmenrichtlinie): Dort ist den Mitgliedstaaten explizit gestattet, vorzusehen, dass – nach der Richtlinie an und für sich unzulässige – Ungleichbehandlungen wegen des Alters u.U. keine Diskriminierung darstellen.

²² S. z.B. Artikel 273 RL 2006/112/EG (Mehrwertsteuer-Richtlinie): Danach können die Mitgliedstaaten *weitere* Pflichten vorsehen, die sie für erforderlich erachten, um eine genaue Erhebung der Steuer sicherzustellen und um Steuerhinterziehung zu vermeiden.

²³ Dazu etwa EuGH, Urteil vom 13. Juni 1996 – C-144/95 – Maurin, Rn. 11 ff.

²⁴ Allerdings darf nach allgemeinen Regeln des Unionsrechts auch über die nationalen Grundrechte nichts gefordert werden, was gegen die Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz verstoßen würde.

sche Antwort. Die Frage ist vielmehr unter sorgfältiger Analyse der konkreten unionsrechtlichen Regelung zu beantworten. Es gibt unbestimmte Rechtsbegriffe, die auf nationale Umsetzungsspielräume zielen; in anderen Fällen handelt es sich um unbestimmte Tatbestandsmerkmale, die abschließend unionsrechtlich zu interpretieren sind.

Insbesondere dann, wenn das Unionsrecht unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die offensichtlich Wertungen verlangen, mag es verlockend erscheinen, zu deren Konkretisierung die nationalen Grundrechte heranzuziehen. Weil es jedoch um Tatbestandsmerkmale des Unionsrechts geht, sind diese grundsätzlich unionsrechtlich auszulegen. Wenn etwa Art. 6 I RL 2000/78 den Mitgliedstaaten gestattet, vorzusehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie *angemessen* sind, so ist „angemessen“ hier ein autonomer Begriff des Unionsrechts, der im Ausgangspunkt unionsrechtlich zu interpretieren sein dürfte.²⁵ Zu Recht weist der EuGH darauf hin, dass Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, zur Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen.²⁶ Ist ein Tatbestandsmerkmal aber unionsrechtlich zu interpretieren, sind grundrechtliche Anknüpfungspunkte insoweit aus der Charta, nicht aus dem nationalen Verfassungsrecht zu gewinnen.²⁷ Freilich zeigt gerade das Beispiel aus der Gleichbehandlungs-Richtlinie, dass autonome Begriffe des Unionsrechts mitunter gleichwohl noch Raum für autonome Umsetzungsentscheidungen der Mitgliedstaaten lassen, etwa weil sie – wie in diesem Beispielfall – lediglich die Ränder eines breiten Spielraums markieren: Indem die Richtlinie den Mitgliedstaaten hier „angemessene“ Abweichungen gestattet, lässt sie ihnen innerhalb der unionsrechtlich zu bestimmenden Angemessenheitsgrenzen einen weiten Umsetzungskorridor, der von den Mitgliedstaaten – gegebenenfalls unter Heranziehung ihrer Grundrechte – insoweit autonom auszufüllen ist.²⁸

Es gibt auch Fälle, in denen die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs von vornherein auf autonome Ausfüllung durch die Mitgliedstaaten zielt. Gerade bei der hinter der Akerberg-Entscheidung stehenden Mehrwertsteuer-Richtlinie (RL 2006/112/EG) dürfte das der Fall sein. In deren Artikel 273 heißt es: „Die Mitgliedstaaten können ... weitere Pflichten vorsehen, die *sie* für erforderlich erachten, um eine genaue Erhebung der Steuer sicherzustellen und um Steuerhinterziehung zu vermeiden“; hier ist ein mitgliedstaatliches Erforderlichkeitsurteil gemeint; nationalen Grundrechte können zur Anwendung kommen; die Richtlinie hat insoweit auf Harmonisierung verzichtet.

Ob und in welchem Umfang ein unbestimmter Rechtsbegriff auf autonom unionsrechtliche oder aber auf autonom mitgliedstaatliche Konkretisierung zielt, ist im Einzelfall sorgfältig zu ermitteln. Häufig dürfte die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs allerdings nicht auf autonom auszufüllende Spielräume für die Mitgliedstaaten zielen, sondern – insoweit wie in der nationalen Gesetzgebung – dem Umstand geschuldet sein, dass sich der zu regelnde Sachverhalt auf der Abstraktionshöhe des Gesetzes nicht präziser fassen lässt und der Unionsgesetzgeber auf Konkretisierung durch die Praxis vertraut. Das sind dann aber *funktionale* Spielräume, die die Gesetzgebung der Rechtsanwendung lässt – ohne damit die Öffnung für spezifisch mitgliedstaatliche Diversität zu bezwecken. Integrationspolitisch und -rechtlich

²⁵ So in der Sache EuGH, Urteil vom 22. November 2005 – C-144/04 – Mangold, Rn. 65; explizit z.B. in EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2008 – C-524/06 – Huber, Rn. 52.

²⁶ S. z.B. EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 – C-34/10, Rn. 26 ff.; EuGH, Urteil vom 26. April 2012 – C-510/10, Rn. 33 m.w.N.

²⁷ S. beispielsweise EuGH, Urteil vom 27. Juni 2013 – C-457/11 bis C-460/11, C-457/11, C-458/11, C-459/11, C-460/11 – VG Wort, Rn. 73 ff.

²⁸ EuGH, Urteil vom 22. November 2005 – C-144/04 – Mangold, Rn. 63.

wirft eine solche sekundärrechtliche Verwehrung mitgliedstaatlicher Umsetzungsspielräume regelmäßig nicht das Problem einer übergreifenden Grundrechtsjudikatur des EuGH auf, sondern gibt vielmehr Anlass, danach zu fragen, ob nicht der Unionsgesetzgeber im Einzelfall seine Rechtssetzungskompetenzen im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten übermäßig beansprucht.

bb) Kompetenzliche Dimension

In kompetenzieller Hinsicht ist die Frage, ob eine Maßnahme der Mitgliedstaaten durch Unionsrecht vollständig determiniert ist oder nicht, von jedem Gericht zu klären, das an der Grundrechtskonformität der nationalen Maßnahme zweifelt. Praktisch sind das vor allem die nationalen Fachgerichte, die bei der Rechtsanwendung die Frage der Grundrechtskonformität stets im Blick haben müssen und ggfs. einschlägige Vorgaben des Unionssekundärrechts auf die Anwendbarkeit des Grundgesetzes auszulegen haben.²⁹ Weil die unionsrechtliche Determiniertheit eine Frage des Unionsrechts ist, ist für die abschließende Beurteilung der EuGH zuständig. Findet ein nationales Gericht auf die Frage der Determiniertheit selbst keine Antwort, muss es unter den Voraussetzungen des Art. 267 III AEUV den EuGH anrufen. Das Bundesverfassungsgericht selbst ist mit dieser Klärung hingegen kaum befasst. In Deutschland ist die Frage nach den unionsrechtlichen Determinanten aufgrund des Verfassungsprozessrechts – insbesondere wegen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde – in aller Regel schon durch die Fachgerichte geklärt. Auch bei der konkreten Normenkontrolle muss das vorliegende Gericht ggfs. vorab klären, ob das vorgelegte Gesetz unionsrechtlich determiniert ist oder nicht.³⁰ Im Ergebnis gelangen so per Verfassungsbeschwerde und Richtervorlage nach Art. 100 I GG regelmäßig nur solche Verfahren zum Bundesverfassungsgericht, bei denen die Anwendbarkeit des Grundgesetzes bereits feststeht. Dies enthebt das Bundesverfassungsgericht nicht der Notwendigkeit, in jedem Einzelfall mit unionsrechtlichem Bezug seinerseits zu prüfen, ob das Grundgesetz anwendbar ist. In aller Regel gelangt es aber – wegen des vorgeschalteten fachgerichtlichen Klärungs- und Filterungsprozesses – zu dem Ergebnis, dass dem so ist. Indessen ist nicht auszuschließen, dass sich irgendwann einmal die Frage nach dem Umsetzungsspielraum doch auch dem Bundesverfassungsgericht stellt, ohne dass fachgerichtlichen Entscheidungen vorgeschaltet sind, etwa weil sich ein Beschwerdeführer ausnahmsweise direkt ans Bundesverfassungsgericht wenden kann. Das Bundesverfassungsgericht würde auch dann zunächst selbst eine Antwort auf die Frage nach der zwingenden unionsrechtlichen Determiniertheit suchen, würde aber bei Bedarf auch den EuGH anrufen – bislang bestand insoweit keine Notwendigkeit; der OMT-Vorlagebeschluss³¹ betrifft eine andere Konstellation.

e) Kumulativanwendung von Unionsgrundrechten und Grundgesetz?

Nach der beschriebenen Herangehensweise ist die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit der Grundrechte keine triviale Aufgabe, sondern verlangt eine differenzierende Analyse von Einzelgehalten des Unionsrechts und der zu beurteilenden nationalen Maßnahme. Seit der Akerberg- und der Melloni-Entscheidung scheint nun eine – allerdings auch zuvor schon diskutierte – Alternative zu dieser mitunter schwierigen Unterscheidung von Determiniertem und Nichtdeterminiertem im Raum zu stehen, die auf mühsame Detailabgrenzung verzichtet, indem sie stattdessen einfach von einer kumulativen³² Anwendung beider Grundrechtsordnungen ausgeht. Der EuGH hat in der Akerberg-Entscheidung folgenden Satz formuliert:

²⁹ Dazu insbes. BVerfGE 129, 186, 202.

³⁰ Dazu näher BVerfGE 129, 186, 198 ff. Ähnlich aus unionsrechtlicher Sicht EuGH, Urteil vom 22. Juni 2010 – C-188/10 und C-189/10, C-188/10, C-189/10 – Melki und Abdeli, Rn. 54 ff.

³¹ BVerfG, 2 BvR 2728/13 vom 14. Januar 2014.

³² Mit „kumulativer Anwendung“ ist die hier angesprochene Frage genauer erfasst als mit der im mündlichen Vortrag verwendeten Formulierung der „Parallelanwendung“.

„Hat das Gericht eines Mitgliedstaats zu prüfen, ob mit den Grundrechten eine nationale Vorschrift oder Maßnahme vereinbar ist, die in einer Situation, in der das Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt wird, das Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta durchführt, steht es ... den nationalen Behörden und Gerichten weiterhin frei, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“.³³ Diesem Satz kann man im Wesentlichen zustimmen. Er führt aber bei Lichte betrachtet nicht zu einer echten Kumulativanwendung in dem Sinne, dass ein und dieselbe Frage sowohl nach der Charta als auch nach dem Grundgesetz zu beurteilen wäre.

Eine Kumulativanwendung im engeren Sinne ist konstruktiv nicht sinnvoll herleitbar – wenn man nicht die grundlegende Effektivitätskonzeption verlassen will, wofür Art. 51 I 1 GRC keinen Anlass bietet. Zur Sicherung der einheitlichen und effektiven Anwendung unionsrechtlicher Vorgaben ist die Charta dann heranzuziehen, wenn für den jeweils zu beurteilenden Aspekt einer nationalen Regelung zwingende Vorgaben des Unionsrechts bestehen. Dies ist – wenn man den Betrachtungsgegenstand präzise herausarbeitet – entweder zu bejahen oder zu verneinen, nicht aber zu verjainen.

Richtig ist aber, dass sich die konstruktiv getrennten Anwendungsbereiche in der Praxis sehr dicht aneinander schieben können, so dass in ein und demselben Fall sowohl die Charta als auch nationale Grundrechte maßgeblich sind. Ob man gleichwohl von strikt getrennten Anwendungsbereichen der Grundrechtsordnungen sprechen will oder nicht, ist eine Frage des terminologischen Geschmacks, nicht des Inhalts.

Die beiden Grundrechtsordnungen rücken dann dicht aneinander, wenn der Unionsgesetzgeber in Richtlinien oder Verordnungen nationale Spielräume und unionsrechtliche Vorgaben eng verzahnt³⁴. Ein Beispiel hierfür ist der bereits genannte Art. 6 I RL 2000/78: Dort ist den Mitgliedstaaten gestattet, vorzusehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind. Es wird den Mitgliedstaaten also zunächst eine Abweichung gestattet – also ein Spielraum eröffnet; der Spielraum ist jedoch nicht beliebig füllbar, denn es werden nur „angemessene Abweichungen“ zugelassen. Die unionsrechtliche Determination reicht hier also in die Regelungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten hinein. Eine „unangemessene“ nationale Regelung wäre mit der Richtlinie unvereinbar und könnte wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht angewandt werden. – Insoweit handelt es sich allerdings noch um einen normalen Fall des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ohne spezifischen Charta-Bezug. Bei genauerem Hinsehen tut sich hier aber eine Schnittstelle zwischen den beiden *Grundrechtsordnungen* auf: Wenn der nationale Umsetzungsspielraum wie im Beispielfall unionsrechtlich durch unbestimmte, wertungsbedürftige Rechtsbegriffe des Sekundärrechts begrenzt wird, können diese unionsrechtlichen Determinanten des Spielraums mit Hilfe von Grundrechten ausgelegt werden. Diese müssen aber – wie gezeigt – dem Unionsrecht entnommen werden (weil es wiederum um die Interpretation autonomer Begriffe des Unionsrechts geht). Im Ergebnis erfolgt also die genauere Vermessung des Spielraums anhand der Grundrechtecharta. Innerhalb dieses Spielraums kommen hingegen die nationalen Grundrechte zur Anwendung³⁵, die dann in ihrem Anwendungsbereich auch strengere Anforderungen stellen können als sie sich aus der Charta ergäben; dies bestätigt Art. 53 GRC.

³³ EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013 – C-617/10 – Akerberg, Rn. 29. S. auch EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013 – C-399/11 – Melloni, Rn. 60.

³⁴ Vgl. bereits EuGH, Urteil vom 13. Juli 1989, Rs. C-5/88 – Wachauf, Rn. 19 ff.

³⁵ BVerfGE 113, 273, 300 – Europäischer Haftbefehl; 129, 78, 103 – Cassina m.w.N.

Die Grundrechtsordnungen kommen also zwar nicht im engeren Sinne kumulativ zur Anwendung, haben aber komplementäre Anwendungsfelder, die sachlich sehr nah beieinander liegen können, weil in ein und demselben Fall uU einzelne Fragen nach Unionsgrundrechten andere Fragen nach dem Grundgesetz zu beantworten sind.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die Unionsgrundrechte können die nationalen Grundrechte auf unterschiedliche Weise verdrängen. Eine direkte Verdrängung erfolgt, sofern nationale Maßnahmen unionsrechtlich determiniert und damit „verlängertes Unionsrecht“ sind, auf das nationale Grundrechte nicht angewendet werden. Zusätzlich kommt es zu einer indirekten Verdrängung, wenn die Charta herangezogen wird, um Inhalt und Reichweite der unionsrechtlichen Determinanten in Richtlinien oder Verordnung zu bestimmen, weil sich nationale Grundrechte wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht gegen den (insofern durch Unionsgrundrechte bestimmten) Richtlinien- oder Ordnungsgehalt durchsetzen.

2. Dabei bleiben die Anwendungsbereiche von Charta und Grundgesetz konstruktiv getrennt. Die Abgrenzung ist im Einzelfall sorgfältig unter differenzierender Betrachtung einzelner Gehalte von Unionsrecht und Umsetzungsmaßnahme durchzuführen. Sie kann nicht anhand abstrakter Überlegungen zu „dem Anwendungsbereich des Unionsrechts“ gelingen. Vielmehr muss sie von der Ratio der Anwendung der Charta auf nationale Maßnahmen her erfolgen, indem gefragt wird, inwieweit durch die Anwendung nationaler Grundrechte die einheitliche und effektive Umsetzung von Unionsrecht gefährdet würde, oder aber der Unionsgesetzgeber insoweit selbst Divergenzen in der mitgliedstaatlichen Durchführung des Unionsrechts zugelassen hat, indem er die Regelung des Sachverhalts nicht vollständig harmonisiert hat. Nur wenn das Unionsrecht – wie das Bundesverfassungsgericht formuliert – „zwingende Vorgaben“ macht oder – wie der EuGH zuletzt in der Rechtssache Hernandez formuliert hat – „bestimmte Verpflichtungen“ der Mitgliedstaaten schafft, tritt der Grundrechtsschutz durch die Charta ganz an die Stelle des nationalen Grundrechtsschutzes.

Vor allem der Unionsgesetzgeber hat es also in der Hand, mit seiner Regelungsdichte die Anwendungsbereiche der Unionsgrundrechte einerseits und der nationalen Grundrechte andererseits abzustecken und miteinander zu verzahnen. In dem Maße, in dem der Unionsgesetzgeber die Reichweite Unionsrechts in vormals national geregelte Bereiche erstreckt, zieht dies die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte nach sich und verdrängt dies die nationalen Grundrechte. Sofern das Unionsrecht im konkreten Fall zu weit geht, ist dies in erster Linie vom Unionsgesetzgeber, nicht vom EuGH zu verantworten. Der EuGH sollte allerdings ein Auge darauf haben, ob dem Unionsgesetzgeber für eine Vollregelung jeweils eine ausreichende Gesetzgebungskompetenz zusteht und sollte nicht seinerseits den Regelungsgehalt von Richtlinien und damit der Unionsgrundrechte auf Bereiche erstrecken, für die der Unionsgesetzgeber keine Kompetenz hat.³⁶

3. Praktisch werden die nationalen Grundrechtsordnungen und die Unionsgrundrechte inhaltlich auf längere Sicht eher dichter zusammenrücken. Der EuGH nimmt jetzt schon Anleihen bei den nationalen Grundrechten und der nationalen Grundrechtsjudikatur. Je mehr eigene Grundrechtsentscheidungen des EuGH existieren, umso intensiver könnten sich umgekehrt auch die nationalen Verfassungsgerichte an EuGH-Urteilen orientieren – wie dies bereits jetzt mit der Rechtsprechung des EGMR geschieht.

Welche Rolle angesichts eines denkbaren Erstarkens der Grundrechtsjudikatur des EuGH die Vorlagemöglichkeit des Art. 267 AEUV in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts spielen

³⁶ Bedenklich insofern EuGH, Urteil vom 20. Mai 2003 – C-465/00 – ORF; insoweit vorsichtiger EuGH, Urteil vom 30. April 2014 – C-390/12 – Pfleger, Rn. 21 ff.

wird, bleibt abzuwarten. Bislang hat das Bundesverfassungsgericht hiervon in Grundrechtsfragen keinen Gebrauch gemacht. Zwingend wird dies auch in Zukunft kaum sein, weil sich in den Verfahren des Bundesverfassungsgerichts Fragen nach dem Unionsrecht, wie gezeigt, selten entscheidungserheblich stellen. In der Regel sind die unionsrechtlichen Vorfragen durch die Fachgerichte geklärt oder kommt es auf unionsrechtliche Vorfragen nicht an, weil die in Aussicht genommene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit den Effektivitätserfordernissen des Unionsrechts nicht kollidieren würde. Da der EuGH die Frage der Entscheidungserheblichkeit großzügig handhabt, wäre eine Vorlage des Bundesverfassungsgerichts vermutlich gleichwohl gelegentlich möglich. Die Fachöffentlichkeit rät dem Bundesverfassungsgericht hier teilweise zu, weil dies eine gute Möglichkeit sei, mit dem EuGH in den Dialog zu treten und dabei die Grundrechte des Grundgesetzes in die Unionsgrundrechtsfindung einzubringen. Das ist nicht unplausibel. Im Dialog stehen die Gerichte allerdings nicht zuletzt mit ihren Entscheidungen ohnehin. Die Produktivität des Dialogs leidet nicht zwangsläufig, wenn er nicht in einem unmittelbaren Aufeinandertreffen im Rahmen eines Vorlageverfahrens erfolgt, sondern – wie regelmäßig zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EGMR – in zeitlich versetzten, voneinander formal unabhängigen Verfahren. Entstehen dadurch vorübergehend Rechtsprechungs-Divergenzen, ist das in der Regel hinnehmbar und eröffnet sowohl den Gerichten als auch den zwischenzeitlich ihre Aufgaben wahrnehmenden Gesetzgebern Chancen, zu einer angemessenen Rechtsentwicklung beizutragen. So mag sich etwa das Zusammenspiel von EGMR, Bundesverfassungsgericht und Bundesgesetzgeber in den inhaltlich äußerst schwierigen und zwischenzeitlich sehr kontroversen Fragen des Umgangsrechts nur leiblicher Väter mit ihren Kindern eines Tages rückblickend als Erfolgsgeschichte verbands- und organübergreifender Kooperation erzählen lassen, in der gerade die zeitlich und verfahrensmäßig versetzte Befassung der Akteure außerhalb eines Vorlageverfahrens deren Potenzial freigesetzt haben könnte, unter Überdenkung eigener Positionen zeit- und problemgemäße Lösungen zu formulieren. – Es mag Gegenbeispiele geben. Jedenfalls dürfte aber die Zahl der Vorlagen durch ein nationales Verfassungsgericht entgegen verbreiteter Annahme kein aussagekräftiger Indikator für dessen „Verhältnis zum EuGH“ sein.