

# EuR

# EUROPARECHT

Beiheft 3 | 2013

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

## **XXV. FIDE-Kongress**

vom 30. Mai bis 2. Juni 2012 in Tallinn

Die deutschen Landesberichte:

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



**Nomos**

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
<i>Ulrich Hufeld/Hannes Rathke</i>	
Der Grundrechtsschutz nach Lissabon im Wechselspiel zwischen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Europäischer Menschenrechtskonvention und den nationalen Verfassungen .....	7
<i>Werner Berg</i>	
Energie, Umwelt, Wettbewerb in der Schnittmenge des Unionsrechts .....	53
<i>Friedemann Kainer</i>	
Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Entwicklung und Umsetzungsprobleme des europäisierten Strafrechts in Deutschland .....	87

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

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

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

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

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

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

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

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

3 SZ v. 9.1.2012, S. 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Grundrechtsentfaltung und Grundrechtsschutz im Privatrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### b) Die grundrechtliche Basis des Urheberrechts

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

12 BVerfGE 129, 78 (99 f.).

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

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

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

16 BVerfGE 129, 78 (94).

17 BVerfGE 129, 78 (101).

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

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

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

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

### c) *Das Verbot der Dekonstitutionalisierung durch Europäisierung*

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

18 BVerfGE 129, 78 (104).

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

20 BVerfGE 129, 78 (102).

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

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

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

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

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

23 BVerfGE 129, 78 (103).

24 BVerfGE 129, 78 (105).

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

26 Vgl. BVerfGE 129, 78 (102).

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

*d) Das Universum der Unionsgrundrechte*

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

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

*e) Das BVerfG bleibt Hüter der Grundrechte*

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

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

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

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

30 BVerfGE 129, 78 (107).

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

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

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

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

32 BVerfGE 129, 78 (103).

33 BVerfGE 129, 78 (103).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### c) Absoluter Schutz vor „Totalerfassung“

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

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

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

48 BVerfGE 125, 260 (LS 2).

49 EuGH, Große Kammer, C-399/11.

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

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

52 BVerfGE 123, 267.

53 BVerfGE 125, 260 (324).

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

55 BVerfGE 123, 267 (353 f.).

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

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

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

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

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

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

59 BVerfGE 123, 267 (401).

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

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

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

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

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

61 BVerfGE 125, 260 (308).

62 BVerfGE 129, 186 (198) – Mühlenbetriebsinvestition.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

72 BVerfGE 129, 186 (199) – Mühlenbetriebsinvestition.

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

74 EuGH, Große Kammer, C-617/10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Grundrechtsentfaltung und Grundrechtsschutz im Privatrecht

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

### a) Konventionskriterien zwischen Pressefreiheit und Privatleben

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

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

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

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

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

#### b) *Kontrolldichte im Grundrechte-Dreieck*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### c) EMRK-Konstitutionalisierung als Verfassungsänderung?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

102 BVerfGE 128, 326.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

109 BVerfGE 128, 326 (390).

110 BVerfGE 128, 326 (378).

111 BGBl. I S. 2425.

112 BVerfGE 128, 326 (374).

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

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

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

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

115 BVerfGE 128, 326 (367).

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

117 BVerfGE 128, 326 (371).

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

119 BVerfGE 128, 326 (371).

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

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

122 BVerfGE 128, 326 (369).

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

124 BVerfGE 128, 326 (371 f.).

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

c) „*Einpassung*“ der EGMR-Rechtsprechung

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

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

126 BVerfGE 128, 326 (371).

127 BVerfGE 131, 268.

128 BVerfGE 131, 268 (295).

129 BVerfGE 131, 268 (290–305).

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

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

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

### IV. Unionsrechtliche EMRK-Rezeption

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

130 BVerfGE 111, 307 (315 ff.).

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

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

133 S.o. II 2.

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

### 1. Homogenitätsgebot statt Unitarisierungspflicht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## V. Interaction-Recht der Freiheit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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