

Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte

- Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT – Rechtsprechung -

Professor Dr. Peter M. Huber, München

I. Die kompetenzielle Dimension judikativer Grundrechtsentfaltung

Dass die (verfassungs-)gerichtliche Durchsetzung und Entfaltung von Grundrechten immer auch eine kompetenzielle Dimension besitzt, ist eine in der kontinentaleuropäischen Grundrechtsdiskussion zwar geläufige, meist jedoch nur wenig verarbeitete Einsicht. Das gilt in horizontaler Hinsicht, also mit Blick auf das Verhältnis der Judikative zu den anderen Gewalten oder Funktionen, wo die aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht importierten Begriffe des „judicial activism“ und des „judicial self restraint“ wie erratische Felsbrocken in der Landschaft der Grundrechtsdogmatik liegen,¹ und es gilt – wo der Staatsaufbau dies hergibt – auch in vertikaler Hinsicht.²

In einem Mehr – Ebenen – System besitzen Grundrechte jedenfalls dann eine unitarisierende Wirkung, wenn sie für alle Ebenen gelten.³ Weil dies bereits der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts geläufig

¹ Zum Versuch, rechtsvergleichende Einsichten fruchtbar zu machen *Shu-Perng Hwang*, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat?, 2005; *C. Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, 1999; ferner *G. F. Schuppert*, Funktionellrechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980.

² *P. M. Huber*, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, 1988.

³ *A. v. Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht, *Der Staat* 39 (2000), 163/168, 183; *M. Hilf*, Grundrechte in einer europäischen Verfassung, in: Weidenfeld (Hrsg.), *Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, 1992, S. 61 f.; *P. M. Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001),

war, verzichtete etwa die RV 1871 weitgehend auf die Aufnahme von Grundrechten. Heute lässt sich dieser Befund am Schattendasein landesverfassungsrechtlicher Grundrechtskataloge⁴ ebenso beobachten wie am Rundfunkrecht. Obwohl ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder, ist dieses mittlerweile durch neun große⁵ und zahllose kleinere Entscheidungen des BVerfG bis in die Details des Vollzugs hinein stärker harmonisiert als die meisten Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung. Diese Einsicht ist freilich nicht auf Deutschland begrenzt. Sie findet sich für die USA⁶, und sie gilt auch für die EU.⁷

II. Die Grundrechte des Unionsrechts und ihre Bindungswirkung

1. Die Sicht des EuGH

Die Entwicklung der unionalen Grundrechte unter Rückgriff auf die EMRK, die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, die Verträge und das Soft law⁸ dient(e) in erster Linie der Schließung einer Lücke, die sich aus dem Fehlen eines die EG-Organen bindenden Grundrechtskatalogs ergab. In diesem Sinne hat sie auch der Vertragsgeber in Art. 6 Abs. 2 EU kodifiziert.

194/239 f.; A. Weber, Die Europäische Grundrechtscharta – Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537/538 f.

⁴ BVerfGE 96, 345/371 ff.; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rdnr. 89; P. M. Huber, in: ders. (Hrsg.), ThürStVerwR, 2000, 1. Teil Rdnr. 208 f.; ders., in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl., 2007, Art. 142 Rdnr. 5; J. Pietzcker, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), HStR IV § 99 Rdnr. 41; anders M. Möstl, Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt?, AöR 130 (2005), 350/390.

⁵ BVerfGE 12, 205 ff.; 31, 314 ff.; 57, 295 ff.; 73, 118 ff.; 74, 297 ff.; 83, 238 ff.; 90, 60 ff.; 97, 298 ff.; Urt. v. 11. 9. 2007 – 1 BvR 2270/05 u. a.

⁶ W. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 45 ff.; Jacobs / Karst, The „Federal“ legal Order: The U.S.A. and Europe Compared. A Juridical Perspective, in: Cappeletti / Seccombe / Weiler (Hrsg.), Integration through law, Vol. 1 (1986), 169/205 ff.

⁷ A. v. Bogdandy, Der Staat 39 (2000), 163/183; P. Eeckhout, The EU Charter of fundamental rights and the federal question, CMLR 39 (2002), 945 ff.

⁸ EuGHE 1974, 491 – Nold; 1979, 3727 – Hauer; 1986, 1651 – Johnston; 1989, 2858 – Hoechst; 1991, I – 2925 – ERT; P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl., 2002, § 8 Rdnr. 36 ff.

Unstreitig sollen diese Grundrechte den Unionsbürgern einen von Ingerenzen der EU freien Raum individueller Lebensgestaltung sichern und richten sich daher gegen diese bzw. ihre Organe. Das stellt Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GrCh ausdrücklich klar. Aus der damit vorgegebenen Bindung des unionalen Gesetzgebers an die Grundrechte des Unionsrechts folgt notgedrungen auch eine Bindung der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen. Ob sie, worauf Art. 6 Abs. 1 EU hindeuten könnte, darüber hinaus zur Grundlage der Organisation und der Handlungen der EU auf allen ihren Ebenen werden, zur Grundlage des europäischen Verfassungsraumes,⁹ darüber gehen die Meinungen seit Jahren jedoch auseinander.¹⁰

Wo die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen Sekundär- oder Tertiärrecht umsetzen oder operationalisieren¹¹ oder dieses im Wege des indirekten Vollzuges anzuwenden haben,¹² muss dieses mit den höherrangigen Grundrechten in Übereinstimmung stehen. Insoweit geht es hier der Sache nach um eine grundrechtskonforme Auslegung des unionalen Sekundär- oder Tertiärrechts, bei der der den Mitgliedstaaten eingeräumte Gestaltungsspielraum um die nicht grundrechtskonformen Konkretisierungs- und Auslegungsvarianten schrumpft.

Adressaten der unionalen Grundrechte bleiben hier, streng genommen, die EU bzw. ihre Organe, von denen die zu vollziehende oder zu

⁹ *W. Skouris*, La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice: les étapes d'une consolidation progressive, in: Iliopoulos-Strangis / Bauer (Hrsg.), in: SIPE 1 (2006), 87/111.

¹⁰ Siehe aus der immer umfangreicheren Literatur etwa *F. Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2005; *J. Cirkel*, Die Bindungen der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2000; *S. Fries*, Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nach dem Gemeinschaftsrecht, 2002;

¹¹ In der Rs. EuGHE 1986, 3477 - „Marthe Klensch ging es um die Operationalisierung (Durchführung) der VO/EWG Nr. 857/84 (Milch-Referenzmengen) durch das Großherzogtum Luxemburg. Zum Begriff der „Operationalisierung“ *P. M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, § 8 Rndr. 95.

¹² EuGHE 1989, 2609 – Wachauf: Vollzug der VO/EG Nr. 857/84 durch das ehemalige Bundesamt für Ernährung und Fortwirtschaft; *Th. v. Danwitz*, Grundrechtsschutz im dezentralen Vollzug europäischen Kartellrechts, in: FS für Scholz, 2007, 1019/1029 ff.

konkretisierende Norm herrührt. Genau diese Konstellation hat der EuGH im Blick, wenn er in der Rs. *Europäisches Parlament / Rat der EU* wegen RiL 2003/86/EG mit Blick auf das durch Art. 8 EMRK geschützte Recht minderjähriger Kinder von Drittstaatsangehörigen auf Familienzusammenführung ausführt:

„[104] Letztlich ist festzustellen, dass, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum belässt, dieser weit genug ist, um ihnen die Anwendung der Vorschriften der Richtlinie in einer mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes im Einklang stehenden Weise zu ermöglichen (...)

[105] Dazu ist darauf zu verweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Mitgliedstaaten die Erfordernisse des Schutzes der in der Gemeinschaftsrechtsordnung anerkannten allgemeinen Regelungen zu beachten haben; sie müssen diese Regelungen deshalb, soweit irgend möglich, so anwenden, dass diese Erfordernisse nicht verkannt werden (...).¹³

Das damit zugleich indizierte Zusammenspiel von Verordnungen, Richtlinien oder Rahmenbeschlüssen¹⁴ auf der einen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen bzw. Grundrechten auf der anderen Seite¹⁵ ist für den in Normenhierarchien denkenden deutschen Juristen nichts besonderes; für das Unionsrecht, das – mit einer gewissen Ausnahme im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) und der allgemeinen Freizügigkeit nach Art. 18 EG – bislang von einem Anwendungsvorrang des Sekundärrechts ausgegangen ist,¹⁶ ist es geradezu revolutionär.

Dagegen liegt es nicht auf der Hand, dass die Mitgliedstaaten die Grundrechte auch dort beachten müssen, wo sie aufgrund autonomer politischer Entscheidung Regelungen treffen, auch wenn sich diese als Beschränkungen der Grundfreiheiten darstellen. Der EuGH hatte eine Bin-

¹³ EuGH, Urt. vom 27. Juni 2006 – Rs- C 540/03 – *Europäisches Parlament / Rat der Europäischen Union*, Rz. 103 f.

¹⁴ EuGHE 2005, I – 5285 – Pupino, Rz. 59, zur Bindung an Art. 6 EMRK im Strafverfahren.

¹⁵ Th. v. Danwitz, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, 697/704.

¹⁶ P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, § 17 Rdnr. 44.

derung der Mitgliedstaaten bei der Beschränkung von Grundfreiheiten zunächst mit der Begründung abgelehnt, er könne nicht prüfen, „ob ein nationales Gesetz, das ... zu einem Bereich gehört, der in das Ermessen des nationalen Gesetzgebers fällt, mit der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar ist“.¹⁷ Seit 1991 geht er jedoch in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Grundrechte im gesamten „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ auch für die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen verbindlich seien.¹⁸ Seit der Rs. *ERT* lautet der *cantus firmus* inso-

„[43] Insbesondere wenn ein Mitgliedstaat sich auf Artikel 66 [55] in Verbindung mit Artikel 56 [46] beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, ist diese im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen. Die in Artikel 66 [55] in Verbindung mit Artikel 56 [46] vorgesehenen Ausnahmen können daher für die betreffende nationale Regelung nur dann gelten, wenn sie im Einklang mit den Grundrechten steht, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. ...

[45] Dem vorlegenden Gericht ist daher zu antworten, daß die Beschränkungen der Befugnisse der Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit die in Artikel 66 [55] in Verbindung mit Artikel 56 [46] genannten Regelungen anzuwenden, unter Beachtung des allgemeinen Grundsatzes der in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention verbürgten Meinungsfreiheit zu beurteilen sind.“¹⁹

<rna>9<rne> In der Sache läuft dies auf eine umfassende Bindung der Mitgliedstaaten an die unionalen Grundrechte hinaus, über deren Inhalte und Direktionskraft letztlich der EuGH entscheidet (Art. 220 EG). Berücksichtigt man nämlich, dass jede Divergenz zwischen nationalen Regelungen immer auch zumindest mittelbare Auswirkungen auf die Grundfreiheiten

¹⁷ EuGHE 1985, 2605 – *Cinéthèque*, Rz. 26; zustimmend *P. M. Huber*, *Recht der Europäischen Integration*, § 8 Rdnr. 61.

¹⁸ EuGHE 1991, I - 2925 – *ERT*, Rz. 43 ff.; 1997, I - 3689 – *Familiapress*, Rz. 24 ff.; 2000, I - 3367 – *Rombi und Arkopharma*, Rz. 65; Urt. v. 27. 6. 2006, Rs. C - 540/03 – *EP/Rat*, Rz. 105; *R. Streinz*, *Europarecht*, 7. Aufl., 2005, Rdnr. 768.

¹⁹ EuGHE 1991, I - 2925 – *ERT*, Rz. 43 ff.

hat, und dass EuGH²⁰ und Gemeinschaftsgesetzgeber²¹ die Freizügigkeit nach Art. 18 EG mittlerweile zu einer noch weitergehenden „Grundfreiheit ohne Markt“²² ausgebaut haben, so zeigt sich, dass es angesichts der finalen Ausrichtung des Unionsrechts auf den Binnenmarkt²³ und den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts schon heute, jedenfalls aber nach der Aufhebung der Säulenstruktur durch den zukünftigen EU-V,²⁴ praktisch keinen Lebensbereich (mehr) gibt, der nicht „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ läge²⁵ – von der Landesverteidigung²⁶ über den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung,²⁷ die demokratiespezifi-

²⁰ Zu den Weiterungen durch die sog. *Grzelczyk* – Rechtsprechung EuGHE 1998, I – 2691 ff. – Maria Sala (Erziehungsgeld trotz fehlender Aufenthaltserlaubnis oder –berechtigung zum Antragszeitpunkt); 2001, I – 6193 – Grzelczyk, Rz. 31; 1998, I – 7637 ff. – Bickel und Franz (deutsche Sprache vor Südtiroler Gerichten); 2002, I – 7091 ff. – Baumbast und R (Aufenthaltsrecht in Großbritannien trotz fehlender Krankenversicherung); 2003, I – 11613 ff. – Avello (Unzulässige Gleichbehandlung von Staatsangehörigen und Doppelstaatlern bei der Namensgebung); 2004, I – 2703 ff. – Collins (Beihilfe für Arbeitssuchende in Großbritannien); 2004, I – 7573 ff. – Trojani (Sozialhilfe während des rechtmäßigen Aufenthalts bis zur Abschiebung); 2004, I – 9925 ff. – Chen/Zhu (Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen zur Betreuung von minderjährigen Unionsbürgern); 2005, I – 2119 ff. Dany Bidar (Studentendarlehen in Großbritannien für französischen Studenten; dazu *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007.

²¹ RiL 2004/38 – Freizügigkeitsrichtlinie.

²² So die Terminologie bei *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt. Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, passim.

²³ Zur Binnenmarktzentriertheit *P. M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, § 16 Rdnr. 9.

²⁴ Siehe dazu Rat der EU, Europäischer Rat (Brüssel) vom 21. / 22. Juni 2007, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 11177/07 CONCL 2, S. 16 ff.

²⁵ *A. A. P. Eeckhout*, CMLR 39 (2002), 945/962. Ohne Bezug zu den Grundfreiheiten EuGHE 2004, I – 3025 – Karner, Rz. 48 ff. (österr. UWG). Die einzige ersichtliche Ausnahme bildet die Rs. *Kremzow*, in der es um die Entschädigung für eine zu Unrecht erlittene Haft ging, EuGHE 1997, I – 2629, Rz. 14 ff.

²⁶ EuGHE 2000, I – 69 ff. Tanja Kreil – zur Anwendung der RiL 76/207 auf die Bundeswehr.

²⁷ EuGHE 2002, I – 6279 – Carpenter, Ausweisungsverfügung für eine drittstaatsangehörige Ehefrau. Der Bezug zum Gemeinschaftsrecht bestand nur darin, dass Herr Carpenter zu seinen Werbekunden auch ins Ausland reisen musste und die Ausgewiesene in dieser Zeit auf die Kinder aufpassen sollte; dazu *D. H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 40 (2005), 162/165.

schen Sicherungen des nationalen Rundfunkrechts²⁸ bis zum Zivilprozessrecht.²⁹

2. Kritik

Das findet zwar vielfältigen Zuspruch,³⁰ vermag jedoch weder methodisch noch dogmatisch zu überzeugen.³¹ Auch das Argument, dass es hier mangels Harmonisierung nur um die temporäre Wahrnehmung des Unionsinteresses gehe und die Mitgliedstaaten als „Treuhänder“ des Gemeinschaftsinteresses auch an die unionalen Grundrechte gebunden sein müssten,³² trägt bei näherem Hinsehen nicht. Nach wie vor ist es primär Aufgabe der Mitgliedstaaten, die in den Art. 30, 46 EG etc. angesprochenen Rechtsgüter wie die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten, geht es eben gerade nicht um eine „temporäre“ treuhänderische Ausübung fremder Zuständigkeiten, sondern um eine originäre Zuständigkeit der Nationalstaaten oder ihrer Untergliederungen. Diese werden insoweit aus eigenem Recht tätig und üben – an den Vorrang des Unionsrechts zwar gebundene, aber nicht von ihm gesteuerte – nationale Staatsgewalt aus.

Auch methodisch ist die Linie des EuGH fragwürdig. Denn sie bedeutet nichts anderes, als dass die zur Lückenschließung auf Unionsebene den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entnommenen Grundrechte (arg. e Art. 6 Abs. 2 EU; Präambel Abs. 4 und 5 EU-GrCh) zu einer Vorgabe *für* die Mitgliedstaaten umgemünzt werden, obwohl es angesichts der in der Regel ausgefeilten und bewährten Grundrechtskataloge im

²⁸ EuGHE 2003, I – 4989 – Österreichischer Rundfunk, Rz. 39 ff., 73 ff. – zur Anwendung der DatenschutzRiL auf die Verpflichtung von Spitzenfunktionären, die Bezüge zu veröffentlichen.

²⁹ EuGHE 2003, I – 3735 – Steffensen, Rz. 71 – rechtliches Gehör.

³⁰ P. Eeckhout, CMLR 39 (2002), 941/991 f.

³¹ T. Schilling, Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts, EuGRZ 2000, 3/34.

³² So M. Ruffert, Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft – Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 39 (2004), 165 ff.

nationalen Verfassungsrecht dafür weder eine vertragliche Ermächtigung noch ein Bedürfnis gibt. Die ERT-Doktrin überdehnt das Homogenitätsgebot aus Art. 6 Abs. 1 und 7 EU und ist daher weder mit Art. 6 Abs. 3 EU und dem Stellenwert der nationalen Verfassungen für die unionale Rechtsordnung noch mit der Ratio der Schrankenvorbehalte in den Art. 30, 46 und 55 EG zu vereinbaren.³³

Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte bei der Beschränkung von Grundfreiheiten wirkt strukturell wie eine Schranken-Schranke³⁴ und begrenzt ihren politischen Gestaltungsspielraum. Das hat ferner zur Folge, dass nationale Grundrechtsgarantien überlagert werden und es dort, wo Grundrechtskollisionen aufzulösen sind, auch zu einer Veränderung bewährter Konfliktlösungen kommen kann.³⁵ So gesehen könnten die Kontroversen zwischen dem BVerfG und dem EGMR in den Rs. *Caroline v. Hannover*³⁶ und *Görgülü*³⁷ Vorboten einer geradezu revolutionären Umwälzung sein, zumal der EuGH die Straßburger Rechtsprechung i. d. R. übernimmt und sie – dann mit Anwendungsvorrang versehen³⁸ – auch gegenüber den Mitgliedstaaten durchsetzt.

³³ P. M. Huber, Das bayerische Rundfunkmodell im Lichte seiner verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen, BayVBl. 2004, 609/615.

³⁴ W. Skouris, Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, 89/96, spricht von den Grundrechten als einem Mittel der „Gegenkontrolle“.

³⁵ T. v. Danwitz, Grundrechtsschutz im dezentralen Vollzug europäischen Kartellrechts, 1019/1026; T. Kingreen, in: Calliess / Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, GrCh Art. 51 Rdnr. 7.

³⁶ EGMR, Nr. 59320/00, Urteil vom 24.6.2004, Rep. 2004-VI = NJW 2004, S. 2647 – von Hannover/Deutschland; BVerfGE 97, 125 – Caroline von Monaco I; E 101, 361 – Caroline von Monaco II.

³⁷ EGMR, Nr. 74969/01, Urteil vom 26.2.2004, NJW 2004, 3397 – Görgülü/Deutschland; BVerfGE 111, 307 – Görgülü.

³⁸ Angedeutet bei J. Nergelius, Offene Staatlichkeit: Schweden, § 22 Rdnr. 31.

III. Aktuelle Bewertung und Perspektiven

Einstweilen sind die unitarisierenden Effekte der Grundrechtsrechtsprechung des EuGH noch begrenzt. Vor allem im Bereich der Freiheitsrechte kann der Rückgriff auf die Grundrechte angesichts der hier zu verzeichnenden inhaltlichen Zurückhaltung des EuGH – bislang ist noch kein unionaler Rechtsakt explizit an einem Freiheitsrecht gescheitert³⁹ – den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten sogar erweitern.⁴⁰ So hat der Gerichtshof in der Rs. *Schmidberger* Blockaden der Brennerautobahn, die eigentlich eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr begründen,⁴¹ unter Berufung auf die Versammlungsfreiheit für gerechtfertigt erachtet,⁴² und in der Rs. *Omega Spielhallen* hat es die Berufung auf das deutsche Verständnis der Menschenwürde ermöglicht, die Dienstleistungsfreiheit mit Blick auf Laserdrome zu beschränken:

„[37] Insoweit ist es nicht unerlässlich, dass die von den Behörden eines Mitgliedstaats erlassene beschränkende Maßnahme einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Auffassung darüber entspricht, wie das betreffende Grundrecht oder berechnigte Interesse zu schützen ist. Zwar hat der Gerichtshof in Randnummer 60 des Urteils *Schindler* auf die sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen Bezug genommen, aufgrund deren alle Mitgliedstaaten die Veranstaltung von Lotterien oder anderen Glücksspielen Beschränkungen unterwerfen, er hat jedoch mit der Erwähnung dieser gemeinsamen Auffassung kein allgemeines Kriterium für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nationaler Maßnahmen formulieren wollen, mit denen die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit beschränkt wird.

[38] Vielmehr sind die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen ... nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen hat (...).“⁴³

³⁹ Krit. *P. M. Huber*, Diskussionsbeitrag, in: Iliopoulos-Strangis / Bauer (Hrsg.), in: *SIPE* 1 (2006), 74; *P. J. Tettinger*, Diskussionsbeitrag, ebenda, 134/135.

⁴⁰ *F. Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, S. 61, die allerdings verkennt, dass diese, den mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum erweiternden Aspekte nur einen Ausschnitt aus dem Problemkreis darstellen.

⁴¹ EuGHE 1997, I – 6959 – *Kommission / Frankreich*, Rz. 24 ff.

⁴² EuGHE 2003, I – 5659 – *Schmidberger u. a. / Österreich*, Rz. 70 ff.

⁴³ EuGHE 2004, I – 9609 – *Omega Spielhallen / OB von Bonn*, Rz. 37 ff.

14 Im Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes und der besonderen Diskriminierungsverbote liegen die Dinge freilich anders, vor allem, weil die unionsrechtliche Durchdringung des Gleichheitssatzes weiter gediehen ist als namentlich im deutschen Recht.⁴⁴ Das Urteil in der *Rs. Mangold*, das in der von § 14 Abs. 3 TzBfG 2003 zugelassenen bedingungslosen Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Arbeitnehmern jenseits des 52. Lebensjahres einen Verstoß gegen das grundrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters sah⁴⁵ macht dies sehr anschaulich.

15 Die nach den jüngsten Beschlüssen des Europäischen Rates vom Juni 2007 nach wie vor im Raume stehende⁴⁶ verbindliche Einbeziehung der EU-Grundrechtecharta in das unionale Verfassungsrecht dürfte den EuGH auch im Anwendungsbereich anderer Grundrechte zu größerem „judicial activism“ veranlassen und die unitarisierende Wirkung der Gemeinschaftsgrundrechte folglich erheblich verstärken.

IV. Ansätze zur Gegensteuerung

16 Vorbehalte mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte nach Art der Solange - Doktrin⁴⁷ helfen insoweit wenig. Denn sie zielen auf die

⁴⁴ P. M. Huber, *Recht der Europäischen Integration*, § 8 Rdnr. 70.

⁴⁵ EuGHE 2005, I – 9981 – Mangold/Helm, Rz. 64 ff., 75.

⁴⁶ Rat der EU, Europäischer Rat (Brüssel) vom 21. / 22. Juni 2007, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 11177/07 CONCL 2, Ziff. 9, S. 17: „Der Artikel über die Grundrechte wird einen Querverweis auf die im Rahmen der RK 2004 vereinbarte Fassung der *Charta der Grundrechte* enthalten, dieser damit Rechtsverbindlichkeit verleihen und ihren Geltungsbereich festlegen“.

⁴⁷ Der „Wesensgehalt der Grundrechte“ bzw. ein mit der nationalen Verfassung „im wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz“, die „unabdingbaren Schutzstandards der Grundrechte“ bzw. „unverletzlichen Rechte des Menschen“ oder der „Schutz von Rechten und Freiheiten“, wie er in der jeweiligen nationalen Verfassung und der EMRK niedergelegt ist, gehört in Deutschland (BVerfGE 37, 271/280 ff. – Solange I; 73, 339/376 – Solange II; 89, 155 – Maastricht; 102, 147/164 – Bananenmarkt; P. M. Huber, *Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung*, AÖR 116 (1991), S. 210/235 f.; anders H. Dreier, in: ders. (Hg.), GG, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Art. 19 Abs.

Gewährleistung eines grundrechtlichen Mindeststandards durch das Unionsrecht. Gegen seine Optimierung bieten sie keine Handhabe. Ob der zweite nationale Vorbehalt, die Grenzen des Integrationsprogramms,⁴⁸ in diesem Zusammenhang weiterhelfen kann, ist angesichts der vom EuGH herangezogenen Argumente und der Zustimmung, die diese Rechtsprechung in der Literatur erfährt⁴⁹, ebenfalls zweifelhaft.⁵⁰

Vor diesem Hintergrund haben die Konventsmitglieder *Braibant* (F), *Gnauck* (D) und *Friedrich* (D) im sog. Grundrechtskonvent den Versuch unternommen, das Ausmaß dieser Überlagerung zu begrenzen und darauf hingewirkt, dass die vom EuGH verwandte Formel jedenfalls in der deutschen Fassung der EU-Grundrechtecharta deutlich eingeschränkt worden ist. Nach deren Art. 51 Abs. 1 Satz 1 soll eine Bindung der Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ gegeben sein.⁵¹ Der Verfassungskonvent hat diese Formulierung übernommen (Art. II-111 Abs. 1 Satz 2 VVE).

2 Rn. 5; Einzelheiten zur Diskussion bei *P. M. Huber*, *Recht der Europäischen Integration*, § 4 Rn. 28.), Italien (Corte costituzionale, Urt. No. 183 vom 27.12.1973 – *Frontini*; *Carlo Panara*, *Offene Staatlichkeit: Italien*, in: v. Bogdandy / Cruz Villalón / Huber (Hrsg.) *IPE II*, 2007, § 18 Rn. 33 ff.), Polen (*S. Biernat*, *Offene Staatlichkeit: Polen*, *IPE II*, § 21 Rn. 17), Schweden (*J. Nergelius*, *Offene Staatlichkeit: Schweden*, in: *IPE II*, § 22 Rn. 13), Spanien (*A. López Castillo*, *Offene Staatlichkeit: Spanien*, in: *IPE II*, § 24 Rn. 69) und anderen Mitgliedstaaten zu den integrationsfesten Garantien der nationalen Verfassung, *P. M. Huber*, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, in: *IPE II*, § 26 Rdnr. 91.

⁴⁸ Die (Verfassungs-)Gerichte der Mitgliedstaaten nehmen für sich in Anspruch, aus dem „Integrationsprogramm“ ausbrechenden, d.h. „ultra vires“ einzuordnenden Hoheitsakten von EU-Organen die Anerkennung in ihrem Hoheitsbereich zu versagen. Auch diese – im Maastricht-Urteil des BVerfG (BVerfGE 89, 155/188, 195, 210 – Maastricht) prägnant formulierte, der Sache nach aber beinahe ubiquitäre – Kanalisierung der Öffnung der Staatlichkeit hat breite Gefolgschaft gefunden – in der Maastricht-Entscheidung des dänischen *Højesteret* sowie in der schwedischen (*J. Nergelius*, *Offene Staatlichkeit: Schweden*, in: *IPE II*, § 22 Rn. 21) und in der ungarischen (*P. Sonnevend*, *Offene Staatlichkeit: Ungarn*, in: *IPE II*, § 25 Rn. 24 f.) Integrationsgesetzgebung; *P. M. Huber*, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, § 26 Rdnr. 71 f.

⁴⁹ *T. Kingreen*, in: *Calliess / Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl., 2007, GrCh Art. 51 Rdnr. 15; *D. H. Scheuing*, *EuR* 40 (2005), 162/177, jeweils m. w. N.

⁵⁰ Zum insoweit bestehenden Willkürerfordernis *P. M. Huber*, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, § 26 Rdnr. 81.

⁵¹ Siehe dazu Art. 46 Dok. Charta 4316/00 CONVENT 34; Charta 4372/00 CONVENT 39; Charta 4422/00 CONVENT 45; *P. M. Huber*, *Europäisches und natio-*

18 Noch vor der Proklamation der EU-Grundrechte-Charta auf dem Gipfel von Nizza setzten jedoch Versuche von interessierter Seite ein, dieses Korrekturvorhaben zu relativieren und zu verschleiern.⁵² Dazu tragen die – bei der Auslegung gebührend zu berücksichtigenden (Art. 52 Abs. 7 EU-GrCh) in der Tat unklaren – Erklärungen des Präsidiums des Grundrechte-⁵³ und des Verfassungskonvents⁵⁴ zugegebenermaßen nicht unerheblich bei, aber auch der Umstand, dass andere Sprachfassungen die Korrekturabsicht nicht gleichermaßen deutlich zum Ausdruck bringen.⁵⁵ Über die Bedeutung dieser Bestimmung besteht Unklarheit,⁵⁶ der EuGH hat sie jedenfalls bislang nicht zur Kenntnis genommen.⁵⁷

nales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194/240. Die konkrete deutsche Formulierung des Art. 51 Abs. 1 EUGC geht auf einen Formulierungsvorschlag des Vertreters des Bundesrats im Konvent zurück; siehe *M. Borowsky*, in: Meyer (Hg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., 2006, Art. 51 Rn. 2 ff., 29 f.; *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 231; *R. Streinz*, in: ders. (Hg.), EUV/EGV, 2003, Art. 51 GR-Charta Rn. 9; krit. *F. Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2005, S. 48 ff.

⁵² Kommissionsmitglied *Vitorino*, der von einer „stylistic precaution“ sprach, zit. bei *P. Eeckhout*, CMLR 39 (2002), 945/953, Fn. 29; *C. Ladenburger*, in: Tettinger / Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschafts-Kommentar, EuGrCh, 2006, Art. 51 Rdnr. 8.

⁵³ Treffende Schilderung der Abläufe bei *M. Borowsky*, in: Meyer (Hg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 Rdnr. 4 ff.

⁵⁴ Vorbemerkung zu den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents, Charte 4473/00 CONVENT 49 vom 11.10.2000 in der durch das Präsidium des Europäischen Konvents aktualisierten Fassung vom 18.7.2003, CONV 828/03.

⁵⁵ Englisch: „implementation“; Französisch: „mettent en oeuvre“; Italienisch: „Nell’attuazione“; Spanisch: „applicar“; Niederländisch: „ten uitvor brengen“; dazu *F. Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, S. 44; zur Bedeutung der Sprachfassungen *I. Schübel-Pfister*, Sprache und Gemeinschaftsrecht, 2004.

⁵⁶ *D. H. Scheuing*, Diskussionsbeitrag, in: Iliopoulos-Strangis / Bauer (Hrsg.), in: SIPE 1 (2006), 132/133. Für eine weite Auslegung *F. Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, S. 42 ff. mit detaillierter Begründung.

⁵⁷ Ähnlich *F. Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, S. 54 ff.

V. Zur dogmatischen Bewältigung der Unitarisierungsproblematik

19 Nach alldem gilt es, die unitarisierende Wirkung, die die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte entfaltet, nicht nur als notwendigen Kollateralschaden des Integrationsprozesses zur Kenntnis zu nehmen, sondern sie auch rechtsdogmatisch zu bewältigen und die funktionell-rechtliche in der Rechtsprechung des Gerichtshofes fruchtbar zu machen.

20 Anknüpfungspunkte dafür bieten der mit Blick auf die ERT-Rechtsprechung nicht zufällig gewählte Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GrCh jedenfalls in seiner deutschen Fassung, das in Art. 51 Abs. 2 EU-GrCh ausdrücklich niedergelegte Bestreben, die Zuständigkeiten der Union nicht auszudehnen, das sich wohl in erster Linie an den Gerichtshof richtet,⁵⁸ das in Abs. 5 der Präambel ausdrücklich erwähnte, in der Rechtsprechung des EuGH bislang allerdings eher stiefmütterlich behandelte Subsidiaritätsprinzip (Art. 2 Abs. 2 EU, Art. 5 Abs. 2 EG) und nicht zuletzt auch das Gebot, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten (Art. 6 Abs. 3 EU).

21 Dass die funktionell-rechtliche Dimension in Literatur und Rechtsprechung bislang nicht adäquat bewältigt werden könnte, ist kein Gegenargument.⁵⁹ Anders als es manche Stellungnahme zur ERT-Rechtsprechung insinuiert,⁶⁰ bedeutet eine solcher funktionell-rechtlich radizierter „judicial restraint“ in aller Regel auch keine Minderung des Grundrechtsschutzes. Denn mittlerweile verfügen alle Mitgliedstaaten über flächendeckende und meist auch in Jahrzehnten erprobte Grundrechtsga-

⁵⁸ Zu Art. 51 Abs. 2 EuGrCh: *P. Birkinshaw/ E. Künnecke*, Offene Staatlichkeit, in: IPE II, § 17 Rn. 14.

⁵⁹ So aber *D. H. Scheuing*, EuR 40 (2005), 162/177.

⁶⁰ *D. H. Scheuing*, EuR 40 (2005), 162/183; *S. Magiera*, Die Bedeutung der Grundrechtecharta für die Europäische Verfassungsordnung, in: Scheuing (Hrsg.), Europäische Verfassungsordnung, 2003, S. 117/128.

rantien,⁶¹ die denen der EU in nichts nachstehen, im Gegenteil. Stellt man schließlich in Rechnung, dass die Strukturen des Staaten- und Verfassungsverbundes auch einen intensivierten Rechtsvergleich zwischen den Mitgliedstaaten angestoßen haben und die wechselseitige Beeinflussung und Konvergenz befördern, so kann das Unionsrecht sich an dieser Stelle sorglos zurücknehmen.

Die Unitarisierung föderaler Systeme durch die richterrechtliche Entfaltung von Grundrechtsgarantien ist ein flächendeckendes und nirgends endgültig bewältigtes Phänomen. Unter den Bedingungen eines nationalstaatlich konzipierten unitarischen Bundesstaates wie Deutschland⁶² mag dies noch hinnehmbar sein, obwohl es auch hier – wie der Kruzifix-Beschluss des BVerfG aus den 1990er-Jahren zeigt⁶³ – zu Friktionen kommen kann. Für einen stärker um seine Balance ringenden⁶⁴ Staaten- und Verfassungsverbund, in dem die Mitgliedstaaten „Herren der Gemeinschaftsverträge“ sind,⁶⁵ ist dies jedoch prekär.

Der EuGH scheint sich dessen jedenfalls i. d. R. auch bewusst zu sein. Wenn er bei der Ausgestaltung des Familiennachzuges,⁶⁶ bei der Hinnahme von Straßenblockaden,⁶⁷ bei der Untersagung wettbewerbs-

⁶¹ Siehe dazu die Beiträge in v. Bogdandy / Cruz Villalón / Huber (Hrsg.), IPE I, 2007 m. w. N.

⁶² P. M. Huber, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, Gutachten D 65. DJT, 2004, D 46 ff.

⁶³ BVerfGE 93, 1 ff.

⁶⁴ Zur prozeduralen Dimension des Bundesstaates P. M. Huber, Deutschland in der Föderalismusfrage?, 2003, S. 41.

⁶⁵ P. M. Huber, VVDStRL 60 (2001), 194/222. Zu Recht weist G. de Burca, The drafting of the European Union Charter of fundamental rights, E.L.Rev. 26 (2001), 126/138, deshalb darauf hin, dass die Entfaltung der EU-GrCh dazu beitragen könne, diese Stellung zu unterminieren.

⁶⁶ EuGHE Urt. v. 27. 6. 2006, Rs. C 540/03 – EP/Rat, Rz.104: „Letztlich ist festzustellen, dass, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum belässt, dieser weit genug ist, um ihnen die Anwendung der Vorschriften der Richtlinie in einer mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes im Einklang stehenden Weise zu ermöglichen ...“.

⁶⁷ EuGHE 2003, I – 5659 – Schmidberger / Österreich, Rz.82: „In dieser Hinsicht verfügen die zuständigen Stellen über ein weites Ermessen“.

widriger Werbungen⁶⁸ oder beim Verbot von Laserdromen,⁶⁹ also bei der Kontrolle grundrechtlicher Schranken-Schranken das „weite Ermessen“ der Mitgliedstaaten betont, dann schwingen dabei funktionell-rechtliche Erwägungen immer mit. Dieser Ansatz bedarf jedoch einer umfassenderen, die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten einbeziehenden Ausrichtung und der Verstetigung. Gerade wenn die Grundrechte alle Ebenen der EU gleichermaßen verpflichten, kann die gerichtliche Kontrolldichte gegenüber den Mitgliedstaaten nicht enger sein als gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber.⁷⁰

⁶⁸ EuGHE 2004, I – 3025 – Karner, Rz. 51.

⁶⁹ EuGHE 2004, I – 9609 – Omega Spielhallen / OB von Bonn, Rz. 38.

⁷⁰ *P. M. Huber*, *Recht der Europäischen Integration*, § 8 Rdnr. 72 f.