

JÖRG PHILIPP TERHECHTE

Konstitutionalisierung
und Normativität
der europäischen
Grundrechte

Mohr Siebeck

Jörg Philipp Terhechte

Konstitutionalisierung und Normativität
der europäischen Grundrechte



Jörg Philipp Terhechte

Konstitutionalisierung und Normativität
der europäischen Grundrechte

Mohr Siebeck

Jörg Philipp Terhechte, geb. 1975; Studium der Rechtswissenschaft, Philosophie und Volkswirtschaftslehre in Bielefeld; 2003 Promotion; seit 2006 Wissenschaftlicher Assistent am Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre der Universität Hamburg, Abteilung Europarecht; Lehrstuhlvertretungen an der Universität Hamburg und der Leuphana Universität Lüneburg, Lehr- und Forschungsaufenthalte in Washington, D.C., Oxford, St. Petersburg, Peking und Jakarta.

Diese Untersuchung wurde vom Europäischen Parlament finanziert.

ISBN 978-3-16-150509-6 / eISBN 978-3-16-162891-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Mit dem Inkrafttreten des Lissabonner Reformvertrages zum 1. Dezember 2009 hat sich das Antlitz der Europäischen Union (EU) einmal mehr grundlegend gewandelt. Sie besitzt nunmehr Rechtspersönlichkeit und verfügt mit den wechselseitig verklammerten europäischen Verträgen (EUV und AEUV) über eine recht kohärente vertragliche Grundlage. Die Entscheidungsverfahren wurden reformiert, neue Institutionen geschaffen bzw. alte Institutionen nachhaltig aufgewertet. Neben diesen architektonischen und prozeduralen Neuerungen gilt es aber auch eine weitere Facette des Lissabonner Vertrages näher zu beleuchten: Die Rolle, die die europäischen Grundrechte durch ihn erhalten haben.

Nach Art. 6 Abs. 1 EUV erkennt die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind. Übersetzt bedeutet dies nicht weniger, als dass die EU nun erstmals über einen positivierten, rechtsverbindlichen Grundrechtekatalog verfügt, wenn auch diese Grundrechte weder im EUV noch im AEUV ausdrücklich aufgeführt werden. Damit hat das zähe Ringen um die Grundrechtsfrage in der EU scheinbar sein vorläufiges Ende gefunden.

Dennoch wird die Situation nicht von allen Seiten positiv eingeschätzt. Einige Mitgliedstaaten haben mittels eines Protokolls zum EUV die Erstreckung der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta (GRCh) auf ihre Rechtsordnung verhindert; der europäische Grundrechtsschutz wurde so mehr oder weniger perforiert und in ein mehrgleisiges und unübersichtliches Modell verwandelt. Zudem wurden eigene Auslegungsregeln entwickelt, die eine allzu ausufernde Rechtsprechungstätigkeit des EuGH verhindern sollen. Schließlich wird die EU der EMRK beitreten, also Teil eines weiteren Grundrechtsregimes werden. Vor diesem Hintergrund scheint die Entwicklung einer eigenen Grundrechtstradition für die EU nicht gerade leichter geworden zu sein.

Wie ist angesichts dieses Ausgangsbefundes der gegenwärtige Status der Grundrechte in der EU angemessen zu beschreiben? Welche Probleme sind zu identifizieren? Und wie fügt sich das unionale Grundrechtskonzept in das Gesamtgefüge der verfassungsrechtlichen Grundlagen der EU ein?

Die vorliegende Untersuchung geht diesen Fragen im Kontext der europäischen Verfassungsentwicklung nach. Ziel ist es einerseits, eine bündige Bestandsaufnahme

der europäischen Grundrechtsidee vorzulegen und andererseits die Neuerungen des Lissabonner Vertrages in Bezug auf die Grundrechte näher zu würdigen.

Danken möchte ich dem European Liberal Forum, asbl in Brüssel und der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit in Potsdam, die die Studie angeregt haben. Finanziert wurde sie durch das Europäische Parlament. Gewidmet ist sie einmal mehr meiner Frau *Dr. Nicole Terhechte-Gerick* und unserem Sohn *Jakob*.

Hamburg, im September 2010

Jörg Philipp Terhechte

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
§ 1 Einleitung	1
A. Die EU als „Grundrechtsunion“?	1
B. Entwicklungslinien des europäischen Grundrechtsschutzes	4
C. Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte	7
I. Konstitutionalisierung	7
II. Normativität	8
III. Verminderte Normativität durch Konstitutionalisierung?	9
D. Gang der Untersuchung	9
§ 2 Grundrechtsidee und Integrationsvertiefung	11
A. Die Rolle der Grundrechte im europäischen Integrationsprozess	11
I. Das Schweigen des EGKSV	11
II. Die anfängliche Reserviertheit des EuGH	12
III. Die EG/EU als „supranationale Eingriffsgemeinschaft“	14
1. Kartellverfahren und Datenschutz	14
2. Strafjustizielle Zusammenarbeit	15
3. (Grund-)Rechtsschutz gegen „Terrorlisten“	17
B. Grundrechte als Schicksalsfrage der Integration?	18
I. Grundrechte und Staatlichkeit	18
II. Identität durch Grundrechte?	18
C. Zur Rolle der Europarechtswissenschaft	20
I. Struktur der Diskussion	20
II. Grundrechte im Integrationskontext	22
§ 3 Die Entwicklung der Grundrechte durch den EuGH	25
A. Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	25
I. Erste Urteile	26
II. Festigung und Ausdifferenzierung der Rechtsprechung	27

III. Kritik am Vorgehen des EuGH	28
B. Vorzüge einer richterrechtlichen Grundrechtsordnung	29
C. Schwächen einer richterrechtlichen Grundrechtsordnung	29
I. Richterrecht als Rechtsquelle zweiten Ranges?	30
II. Intransparenz	30
III. Mangelnde Identifikation	31
§ 4 Kodifizierungsansätze	33
A. Grundrechte in älteren Verfassungsentwürfen	33
B. Die Charta der Grundrechte	34
I. Entstehungsgeschichte	34
II. Inhalt.	35
III. Kritik.	36
IV. Bisherige Bedeutung	37
C. Grundrechtliche Dimensionen des Verfassungsvertrages	37
§ 5 Grundrechte und Anwendungsmodus	39
A. Allgemeines	39
B. Unmittelbare Anwendung und Grundrechte	40
C. Vorrang und Grundrechte.	41
I. Die Perspektive des EuGH	41
II. Die Perspektive der mitgliedstaatlichen Gerichte	43
III. Der Vorrang des Unionsrechts nach dem Vertrag von Lissabon.	46
§ 6 Funktionen und Dogmatik der europäischen Grundrechte	49
A. Das Freiheitskonzept der Unionsverträge	49
B. Funktionen europäischer Grundrechte	51
I. Abwehrrechte	51
II. Gleichheitsrechte	53
III. Teilhaberechte.	53
IV. Leistungsrechte	53
V. Weitere Funktionen	54
C. Dogmatik der europäischen Grundrechte	54
I. Grundlagen der Grundrechtsprüfung	55
1. Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete	56
2. Regelung der Schutzbereiche	57
3. Schrankenregelungen	58
II. Künftige Rolle des EuGH	59

§ 7	Die Rolle der europäischen Grundrechte im Reformvertrag von Lissabon	61
	A. Der Vertrag von Lissabon als Grundrechtsreformvertrag?	62
	I. Grundrechte im EUV/AEUV	63
	II. Die Charta der Grundrechte.	63
	1. Grundrechte und Grundsätze	64
	2. Rechtsverbindlichkeit der Charta (Art. 6 Abs. 1 EUV)	64
	a) Hintergrund	64
	b) Die GRCh als Bestandteil der Verträge?	65
	3. Grenzen der Grundrechts(fort)entwicklung	67
	4. Das Protokoll Nr. 30 und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts	69
	5. Die Erklärungen zur Charta und zum Protokoll	71
	6. Die Sonderrolle Irlands	72
	7. Modifikationen des ursprünglichen Chartawortlauts	73
	III. Bindung an die EMRK und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts	74
	B. Fazit	74
§ 8	Europäische und nationale Grundrechte nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG	77
	A. Konfrontation oder Kooperation?	77
	B. Das „Kooperationsverhältnis“ nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG	78
	C. Der hinreichend qualifizierte Kompetenzverstoß nach dem Honeywell-Beschluss	79
§ 9	Unionsgrundrechte und EMRK	81
	A. Der Beitritt der EU zur EMRK	81
	I. Völkerrechtliche Ausgangslage	81
	II. Die Beitrittsermächtigung des Lissabonner Vertrages	82
	1. Allgemeines	82
	2. Voraussetzungen eines Beitritts auf unionaler Ebene	82
	III. Voraussetzungen auf der Ebene der EMRK	83
	B. Zur Ausgestaltung des Verhältnisses von EGMR und EuGH	84
	C. Fazit	85
§ 10	Prozedurale Absicherung der Grundrechtsverwirklichung	87
	A. Gerichtlicher Rechtsschutz	88

I.	Der EuGH als Grundrechtsgericht	89
1.	Allgemeines	89
2.	Die Rolle der Nichtigkeitsklage	89
3.	Die Rolle des Vorabentscheidungsverfahrens	90
II.	Europäische Grundrechtsbeschwerde	90
III.	Eigenständige Unionsgerichtsbarkeit für Grundrechte	91
IV.	Die Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte	91
B.	Exekutive Grundrechtsverwirklichung	92
C.	Fazit	93
§ 11	Schluss: Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte	95
§ 12	Summary	97
	Literatur	99

§ 1 Einleitung

A. Die EU als „Grundrechtsunion“?

Die Europäische Union wird häufig als „Werteunion“, „Wertegemeinschaft“, „Werteverbund“ oder spezifischer als „Grundrechtsgemeinschaft“¹ bzw. „Grundrechtsunion“² bezeichnet. Diese Schlagworte wollen ausdrücken, dass Europa mehr ist als nur ein riesiger Wirtschaftsraum. Diese Erkenntnis ist aber nicht unbedingt neu. Schon bei der Gründung der europäischen Montanunion (EGKS)³ stand fest, dass die europäische Einigung nicht nur auf ein gigantisches Freihandelsprojekt hinauslaufen kann, sondern dass mit dem Integrationsprozess weitaus höhere Ziele verbunden sein müssen.⁴ Hierin liegt kein Widerspruch zur Betonung des wirtschaftlichen Moments im Integrationsprozess. Werteorientierung und wirtschaftliche Konsolidierung Europas als die dominierenden Motive der ersten Dekaden der Integration haben sich meist bedingt. Auch *Wirtschaftsfreiheit* ist Freiheit, um nur einen „Wert“ zu nennen, der gemeineuropäisch von höchster Bedeutung war und ist.⁵

Prominenter Ausdruck und historischer Anknüpfungspunkt der Koppelung von Werten und wirtschaftlicher Integration war schon die Präambel zum EGKSV, die vor dem Hintergrund des Zweiten Weltkrieges eine geradezu hymnische Betonung des Friedensgedankens enthält und sich letztlich nicht in das Bild einer „kalten“

¹ Dazu *Eckhard Pache*, in: S. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, § 4 Rdnr. 1; *Thomas Schmitz*, *Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung der Europäischen Union*, *EuR* 2004, S. 691 ff. (692 f.).

² S. etwa *Thorsten Kingreen*, *Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion? – Zur Entwicklung der subjektiv-öffentlichen Rechte im europäischen Unionsrecht* –, *EuR* 2010, S. 338 ff. (insb. S. 359 ff.).

³ Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951, *BGBI.* II Nr. 7, S. 447; zur Montanunion etwa *Hermann Mosler*, *Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl – Entstehung und Qualifizierung*, *ZaöRV* 14 (1951/52), S. 1 ff.; *Günther Jaenicke*, *Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanunion) – Struktur und Funktion ihrer Organe*, *ZaöRV* 14 (1951), S. 727 ff.; *Hans Peter Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, § 6 Rdnr. 17 ff.

⁴ Vgl. *Gert Nicolaysen*, *Das Integrationskonzept der Gründungsverträge*, in: W. Schäfer/A. Graf Wass von Czege (Hrsg.), *Das Gemeinsame Europa – viele Wege, kein Ziel?*, 2007, S. 33 ff.; *Frank Schorkopf*, *Homogenität in der Europäischen Union*, 2000, S. 20 ff.

⁵ Zur Bedeutung der Freiheit in Europa s. etwa *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Recht der EU*, Art. 2 EUV Rdnr. 24 ff.

Wirtschaftsgemeinschaft einfügt.⁶ Dennoch hat sich die Wahrnehmung der europäischen Integration in den ersten Dekaden ihrer Entstehung und Konsolidierung stark auf das wirtschaftliche Moment konzentriert. Die europäische Gemeinschaft firmierte dementsprechend als „Europäische Wirtschaftsgemeinschaft“ (EWG) und investierte viel Energie in den Aufbau eines „Gemeinsamen Marktes“ bzw. „Binnenmarktes“.⁷

Doch diese Entwicklung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die „Werteorientierung“ des Integrationsprozesses fortlaufend an Bedeutung gewinnen konnte. Dies belegt etwa die Hinwendung der Integration zum Umweltschutz⁸ oder die Ausrichtung der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik.⁹ In diesen Bereichen spielen wirtschaftliche Motive allenfalls eine Nebenrolle, so dass mit zunehmender Integrationsvertiefung das Konzept der „Wertegemeinschaft“ stetig an Bedeutung gewann.¹⁰

Ein markanter Ausdruck der Werteorientierung des Integrationsprozesses kann zudem in der Zuerkennung von individuellen Rechtspositionen an den Einzelnen erblickt werden, die sich im Kern immer weiter von wirtschaftlichen Rationalitäten absetzen („Freiheit ohne Markt“¹¹), wie z. B. die Rechte, die Ausfluss der Unionsbürgerschaft sind (ex-Art. 18 ff. EGV, heute Art. 20 ff. AEUV).¹² Daneben sind aber auch diverse Gleichbehandlungsgebote, insbesondere Diskriminierungsverbote (ex-Art. 12 und 14 EGV, heute Art. 18 f. AEUV),¹³ das unionale Haftungsrecht¹⁴ oder

⁶ Dazu *Meinhard Hilf/Jörg Philipp Terhechte*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Recht der EU, Präambel EUV Rdnr. 3 ff.*

⁷ S. dazu *Gerhard Brunn*, *Die Europäische Einigung*, 2002, S. 129 ff.

⁸ Dazu grundlegend *Dieter Scheuing*, *Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte*, EuR 1989, S. 152 ff.; ausführlich nunmehr *Klaus Meßerschmidt*, *Europäisches Umweltrecht*, 2010.

⁹ S. zur Entwicklung der GASP *Daniel Thym*, *Auswärtige Gewalt*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 441 ff. (insb. 469 ff.); *Jörg Philipp Terhechte*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 11 EUV Rdnr. 22 ff.

¹⁰ Zum Konzept der „Wertegemeinschaft“ s. etwa *Christian Calliess*, *Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht*, JZ 2004, S. 1033 ff.; kritisch *Franz Reimer*, *Wertegemeinschaft durch Wertennormierung? Die Grundwerteklausel im europäischen Verfassungsvertrag*, ZG 2003, S. 208 ff.; aus politikwissenschaftlicher Sicht *Christof Mandry*, *Europa als Wertegemeinschaft*, 2009; *Georg Cavallar*, *Die Europäische Union – von der Utopie zur Friedens- und Wertegemeinschaft*, 2006.

¹¹ In Anlehnung an *Ferdinand Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, 2007.

¹² S. dazu etwa *Christoph Schönberger*, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, 2005; *Ferdinand Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, 2007; *Christian Calliess*, *Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik*, in: A. Hatje/P. M. Huber (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*, EuR-Beiheft 1/2007, S. 7 ff.; *Stephan Hobe*, *Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht*, *Der Staat* 32 (1993), S. 245 ff.; *Philipp Kubicki*, *Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft*, EuR 2006, S. 489 ff.; *Armin Hatje*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., 2009, Art. 17 EGV Rdnr. 1 ff.

¹³ Vgl. dazu *Sacha Prechal*, *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev. 41 (2004), S. 533 ff.; *Matthias Rossi*, *Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV*, EuR 2000, S. 197 ff.

¹⁴ S. dazu nur *Alexander Thiele*, *Europäisches Haftungsrecht*, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der EU*, 2011, § 38.

eine Reihe subjektiver Rechte im europäischen Zoll- und Wettbewerbsrecht zu nennen.¹⁵

Als Inbegriff der Werteorientierung jenseits dieser speziellen Verbürgungen und subjektiven Rechte werden überdies die *europäischen Grundrechte* angesehen, die zunächst vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ entwickelt wurden, mit der Charta der Grundrechte (GRCh) ihre erste Verschriftlichung fanden und nunmehr mit dem Vertrag von Lissabon in dieser Form Rechtsverbindlichkeit erlangt haben.¹⁶

Ebenso wie im deutschen Verfassungsrecht dienen die Grundrechte auf europäischer Ebene nicht nur der Abwehr hoheitlicher Eingriffe,¹⁷ sondern werden auch als Ausdruck einer gemeineuropäischen Grundrechtsüberzeugung, eines europäischen Werterasters verstanden.¹⁸ Dies wurde schon vor dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages durch Art. 6 EUV a.F. unterstrichen, der die grundsätzlichen Werte der Union ausdrücklich mit den Grundrechten verklammerte.¹⁹

Die GRCh unterstrich gar von Anfang an ihren Anspruch, integraler Bestandteil einer gemeineuropäischen Wertetradition zu sein. Dies wird etwa im ersten Erwägungsgrund der Präambel der GRCh deutlich, nach dem die Völker Europas entschlossen sind, auf der *Grundlage gemeinsamer Werte* eine friedliche Zukunft zu teilen, indem sie sich zu einer immer engeren Union verbinden.²⁰ Welche Werte hier gemeint sind, wird in der Präambel im Anschluss erläutert, nämlich die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität. Dazu kommen die Grundsätze der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit. Schließlich hat die Union bei ihrem Handeln „die Person“ in den Mittelpunkt zu stellen, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet.

Dieser komplexe „Wertekanon“ der GRCh hat unverkennbar eine Ausstrahlungswirkung auf die Gesamtanlage der Union in der Form des Lissabonner Vertrages gehabt, enthält der EUV doch nunmehr – auf den Verfassungsvertrag zurückge-

¹⁵ Ausführlich *Jochen Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 179 ff., 209 ff., 228 ff.

¹⁶ Dazu *Jörg Philipp Terhechte*, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der Europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, S. 143 ff. (170 f.). Die Charta ist nunmehr abgedruckt in ABL EU v. 12. Dezember 2007 Nr. C 303/1.

¹⁷ Zur Abwehrfunktion der Grundrechte im deutschen Verfassungsrecht s. nur BVerfGE 7, 198 – Luth; s. auch *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 174 ff.; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rdnr. 287; *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003.

¹⁸ *Thomas Schmitz*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Konkretisierung der gemeinsamen europäischen Werte, in: D. Blumenwitz u. a. (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, 2005, S. 73 ff.; s. auch EuGH Rs. 145/83, Slg. 1985, S. 3539 ff. – Stanley Adams.

¹⁹ Dazu *Christian Callies*, in: ders./M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV Rdnr. 31 ff.

²⁰ Dazu *Klaus Stern/Peter J. Tettinger*, in: dies. (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Präambel A Rdnr. 25 ff.

hend²¹ – eine eigene Bestimmung zu den Werten der Union in Art. 2 EUV.²² Ist damit eine neue Dimension der Wertegemeinschaft erreicht worden? Verhilft die Konstitutionalisierung der europäischen Grundrechte ihnen zu einer gesteigerten Wirksamkeit? Wird die Union dadurch zur „Grundrechtsgemeinschaft“? Ersetzt so das Paradigma der Grundrechtsgemeinschaft das Paradigma der „Markt- oder Wirtschaftsgemeinschaft“?²³

B. Entwicklungslinien des europäischen Grundrechtsschutzes

Die europäischen Grundrechte stehen wie kein anderer Regelungstypus für die sukzessive Verfestigung der EU/EG zu einer supranationalen Union, die in einem erheblichen Maße mit Eingriffsbefugnissen gegenüber dem Einzelnen ausgestattet ist.²⁴ Europäische Grundrechte verkörpern so die andere Seite der Medaille: Wo Hoheitsmacht ist, muss auch geklärt werden, wo ihre Grenzen liegen.

Freilich standen den Eingriffsbefugnissen der EU/EG nicht von Beginn an europäische Grundrechte gegenüber.²⁵ Vielmehr haben sich die europäischen Grundrechte erst nach und nach, insbesondere im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung, ihren Platz in der europäischen Verfassung sichern können.²⁶ Dieser Ausgangsbefund ist wichtig, denn Grundrechte sind letztlich ein guter Indikator für das Maß an Freiheitsgewährung innerhalb eines Gemeinwesens. Sie zeigen nach dem klassisch-liberalen Verständnis auf, dass die persönliche Freiheit der Bürger prinzipiell unbegrenzt, die Ausübung staatlicher Macht aber von vornherein begrenzt ist, weil sie an die Grundrechte gebunden ist.²⁷ Die Abwesenheit von Grundrechten im Kontext der europäischen Integration kann damit auch so gedeutet werden, dass das Freiheitskonzept der Verträge zunächst nicht den Einzelnen in den Vordergrund rückte.

Dieser Zustand, der von vielen Seiten als unbefriedigend empfunden wurde, sollte sich spätestens mit der Charta der Grundrechte (GRCh), die auf dem europäischen

²¹ S. dazu *Franz Reimer*, Wertegemeinschaft durch Wertennormierung? Die Grundwerteklausel im europäischen Verfassungsvertrag, ZG 2003, S. 208 ff.

²² S. dazu *Jörg Philipp Terhechte*, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der Europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, S. 143 ff. (153 ff.).

²³ Vgl. *Armin von Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, S. 157 ff.

²⁴ S. dazu etwa *Armin von Bogdandy*, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht, EuZW 2001, S. 357 ff.; *Jörg Philipp Terhechte*, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des europäischen Wettbewerbsrechts, 2004, S. 36 m. w. Nachw.

²⁵ Vgl. § 2 (S. 11 ff.).

²⁶ S. dazu *Koen Lenaerts/Piet van Nuffel*, Constitutional Law of the European Union, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 17-073 ff.; *Gert Nicolaysen*, Historische Entwicklungslinien des Grundrechtsschutzes in der EU, in: S. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 1 Rdnr. 66 m. w. Nachw.

²⁷ S. dazu bereits *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1983, S. 157 ff.

Gipfel von Nizza am 7. Dezember 2000 „feierlich proklamiert“ wurde,²⁸ und daran anschließend mit dem Vertrag über eine Verfassung für Europa (EVV)²⁹ zumindest ansatzweise ändern. Die GRCh hat die europäischen Grundrechte erstmals in ein schriftliches Dokument überführt, das zudem durch eine neue Institution auf europäischer Bühne, einen Konvent, erarbeitet wurde.³⁰ Aufgrund der pluralen Zusammensetzung des Konvents und seines Bemühens um Transparenz genoss die GRCh von vornherein ein besonderes Ansehen. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass die Verbriefung der europäischen Grundrechte durch den Konvent zu einem publizitären Akt wurde, der die Grundrechte aus den Fesseln Luxemburger und Brüsseler Arkantraditionen befreite. Freilich entbehrte die Charta zu diesem Zeitpunkt eines entscheidenden Merkmals – sie war nicht rechtsverbindlich und wurde dies auch nicht durch die „feierliche Proklamation“. Dies sollte mit dem Vertrag über eine Verfassung für Europa grundlegend geändert werden. Die GRCh sollte prominent als zweiter Teil des EVV die Grundrechte in rechtsverbindlicher Form enthalten und die Disparität zwischen Eingriffsermächtigungen und niedergeschriebenen Abwehrrechten auf unionaler Ebene damit beseitigen.³¹ Dieser Schritt wäre ein nach außen hin deutliches Zeichen für die Werteorientierung der Union gewesen.

Doch bekanntlich ist der EVV in den Referenden in Frankreich und den Niederlanden gescheitert, ohne dass letztlich genau auszumachen ist, warum er nicht mehrheitsfähig war.³² Einige Beobachter haben aber auch die Inkorporation der GRCh als Faktor des Scheiterns identifiziert. Dies ist eigentlich erstaunlich, hätte doch gerade die Charta die Rechtsposition des Einzelnen im europäischen Integrationsprozess sichtbar aufgewertet.³³

Eine Folge des Scheiterns der Referenden war schon kurze Zeit später zu beobachten – die breitflächige Distanzierung der politischen Klasse von der europäischen

²⁸ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, proklamiert in Nizza am 7. Dezember 2000, ABl. EG Nr. C 364 vom 18. 12. 2000, S. 1 (nunmehr zu finden in ABl. EU Nr. C 83 vom 30. 3. 2010, S. 389); zu den Rahmenbedingungen des Gipfels von Nizza s. etwa *Armin Hatje*, Die institutionelle Reform der Europäischen Union – der Vertrag von Nizza auf dem Prüfstand, EuR 2001, S. 143 ff.; ausführlich zur Rolle der Grundrechte im Vertrag von Nizza s. *Alfred Duschanek/Stefan Griller* (Hrsg.), Grundrechte für Europa: Die Europäische Union nach Nizza, 2002.

²⁹ S. *Günter Hirsch*, Die Aufnahme der Grundrechtecharta in den Verfassungsvertrag, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 111 ff.

³⁰ Ausführlich zur Charta der Grundrechte etwa *Steve Peers/Angela Ward* (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy, 2004; *Lucia Serena Rossi*, Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione Europea, 2002; *Peter J. Tettinger/Klaus Stern* (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006; *Jürgen Meyer* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2010 m. jeweils w. Nachw.

³¹ S. dazu *Rolf Schwartmann*, Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag, AVR 43 (2005), 129 ff.; *Günter Hirsch*, Die Aufnahme der Grundrechtecharta in den Verfassungsvertrag, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 111 ff.

³² Vgl. *Peter Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl. 2009, S. 666 ff.

³³ S. dazu *Jörg Philipp Terhechte*, Die demokratische Verfasstheit der Europäischen Union – Undurchsichtig, kompliziert und ablehnungswürdig?, Wirtschaftsdienst 2008, S. 495 ff.

Grundrechtsidee.³⁴ Früh wurde deutlich, dass man in dem Reformwerk, das Nizza nachfolgen sollte (und aus der speziellen Arithmetik der Union wohl auch unbedingt musste), insbesondere rhetorisch abzurüsten hatte. Das Ergebnis der sog. Reflexionsphase bestand folgerichtig darin, dass der Begriff „Verfassung“ nebst sämtlicher weiterer Verfassungs- bzw. Staatsrhetorik („Außenminister“ usw.) fallen gelassen wurde. Doch auch eine weitere bedeutsame Abänderung des Konzepts des EVV war zu verzeichnen: Die GRCh sollte nicht mehr ausdrücklich Bestandteil des Folgevertrages sein.³⁵

Das Ergebnis dieser Überlegungen ist nunmehr ein Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV n. F.: „Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.“ Die Charta der Grundrechte wurde also nicht in den EUV integriert, sondern bildet eine Art „Nebendokument“, das kraft des Verweises in Art. 6 Abs. 1 EUV allerdings den Rang von primärem Unionsrecht aufweist.³⁶

Wie ist diese Entwicklung einzuschätzen? Reicht ein solcher Verweis aus, um eine Parität von Eingriffsbefugnissen und Grundrechten herzustellen, oder handelt es sich hier um eine Art Grundrechte zweiter Klasse? Hat sich das unionale Konzept der Freiheit damit grundlegend gewandelt? Schon anhand dieser Fragen wird deutlich, dass mit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages keineswegs eine „Normalisierung“ der Situation der Grundrechte in der EU eingetreten ist. Im Gegenteil: Verbindlichkeit und Reichweite der Charta sind z. T. durch Protokollerklärungen perforiert worden. Zudem ermächtigt der Lissabonner Vertrag die EU, der EMRK beizutreten, wobei die Folgen eines solchen Beitritts alles andere als klar sind.³⁷ Die Konstitutionalisierung der europäischen Grundrechte erscheint vor diesem Hintergrund unvollkommen. Vielmehr liegt der Verdacht auf der Hand, dass durch die politisch mühsam erkämpfte Integration der GRCh in das europäische Vertragswerk auch Reibungsverluste entstanden sind. Mit anderen Worten: Folgt aus der Konstitutionalisierung der europäischen Grundrechte ein Verlust an Normativität?

³⁴ Jörg Philipp Terhechte, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der Europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, S. 143 ff. (144 ff.).

³⁵ S. dazu § 7 A. II. 2. (S. 64 ff.).

³⁶ Vgl. Eckhard Pache, Die Rolle der EMRK und der Grundrechte-Charta in der EU, in: U. Fastenrath/C. Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag – Änderungsimpulse in einzelnen Rechts- und Politikbereichen, 2009, S. 113 ff. (117 ff.).

³⁷ S. dazu unten § 9 A. (S. 81 ff.).

C. Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte

I. Konstitutionalisierung

Die Entfaltung der Grundrechtsidee im Rahmen der EU unterscheidet sich grundlegend von der Etablierung von Grundrechten in ihren Mitgliedstaaten, in denen die Verschriftlichung der Grundrechte zumeist mit einer politischen Umwälzung verbunden war. Auf der Ebene der Union ist aber eine vergleichsweise „geräuscharme“ Verfestigung der Grundrechte zu beobachten. Dieser Prozess soll im Folgenden unter den Begriff der „Konstitutionalisierung“ gefasst werden, einen Begriff, der von vornherein mehrdeutig ist.³⁸ So bezeichnet er im staatlichen Bereich zumeist die Durchdringung der gesamten Rechtsordnung durch das Verfassungsrecht und insbesondere durch die Grundrechte.³⁹ Auf der Ebene des Völkerrechts umschreibt der Begriff dagegen die Entstehung, Verschriftlichung und Verfestigung einer verfassungsmäßigen Ordnung, sei es etwa im Rahmen der Vereinten Nationen oder der WTO.⁴⁰ Schon angesichts des derzeitigen Status quo der europäischen Grundrechte bietet es sich für die europäische Ebene an, die Entwicklung der europäischen Grundrechte eher mit letzterem Begriffsverständnis zu umschreiben. Es geht also mit anderen Worten um die stetige Verfestigung und Verschriftlichung der europäischen Grundrechtsidee, die durch ganz unterschiedliche Entwicklungsphasen gekennzeichnet ist.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass der Begriff im europäischen Kontext nicht einfach mit seiner Verwendung auf der völkerrechtlichen Ebene gleichgesetzt werden kann.⁴¹ Die Organisationsstruktur der Union ist schon heute ungleich verfestigter als die „gewöhnlicher“ internationaler Organisationen. Dazu kommen der spezifische Anwendungsmodus des Unionsrechts⁴² und seine Steuerung durch objektive Rechtsprinzipien. Letzteres spricht hingegen gegen eine Verwendung des Be-

³⁸ Dazu *Rainer Wahl*, Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, in: C.-E. Eberle/M. Ibler/D. Lorenz (Hrsg.), FS Brohm, 2002, S. 191 ff.; *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 9 ff.; *Ralf Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 195 ff.

³⁹ *Armin von Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, S. 157 ff. (169).

⁴⁰ S. dazu *Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law, 2009; *Anne Peters*, Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse, ZÖR 65 (2010), S. 3 ff. (insb. S. 10 ff. zum Begriff der Konstitutionalisierung); *Bardo Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009; s. auch *Matthias Knauff*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz, ZaöRV 68 (2008), S. 453 ff.; am Beispiel der WTO s. etwa *Deborah Z. Cass*, The Constitutionalization of the World Trade Organization, 2005; *Meinhard Hilf*, Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Struktur, Institutionen und Verfahren, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 40 (2003), S. 257 ff.; *Markus Krajewski*, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO), 2001.

⁴¹ Zu den unterschiedlichen Begriffsverständnissen s. etwa *Matthias Knauff*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz, ZaöRV 68 (2008), S. 453 ff.

⁴² Dazu ausführlich unten § 5 (S. 39 ff.).

griffs analog zum innerstaatlichen (deutschen) Sprachgebrauch. Der Vollzug des Unionsrechts ist längst nicht in einer so umfassenden Weise durch die europäischen Grundrechte geprägt, wie dies bei einigen Mitgliedstaaten (etwa in Deutschland) der Fall ist. Wahrscheinlich wird dies auch niemals der Fall sein, was wiederum mit der objektiven Ausrichtung der Union zusammenhängt, die lange Zeit durch die Verwirklichung bestimmter Ziele (Art. 2 und 3 EUV a. F.) gekennzeichnet war und nunmehr durch bestimmte Werte (Art. 2 EUV n. F.) und Ziele (Art. 3 EUV n. F.) eine Ausdifferenzierung erfahren hat. Dem Phänomen einer Konstitutionalisierung durch Grundrechte im Sinne einer immer stärkeren Durchdringung der europäischen Rechtsordnung läuft diese finale Ausrichtung der EU aber in gewisser Weise entgegen.

Soweit im Folgenden also der Begriff der Konstitutionalisierung verwendet wird, soll damit zunächst zum Ausdruck gebracht werden, dass die europäischen Grundrechte inzwischen zum Kernbestand des europäischen Verfassungsrechts zählen, also eine konstitutionelle Verfestigung und Verschriftlichung der Rechtsmaterie „Grundrechte“ eingetreten ist. Betrachtet man diese Entwicklung näher, so wird deutlich, dass dieser Prozess gleichwohl nicht von sich aus in einer „Grundrechtsgemeinschaft“ oder reinen „Wertegemeinschaft“ münden kann. Dies geben weder die vertraglichen Grundlagen momentan her, noch scheint ein politischer Wille identifizierbar zu sein, der die Entwicklung der Union in diese Richtung vorantreiben könnte. Vielmehr wird es darauf ankommen, die rechtlichen Wechselwirkungen, die mit der Konstitutionalisierung der europäischen Grundrechte einhergehen, näher zu analysieren. Es geht also letztlich um die Einpassung der Grundrechtsidee in das (juristische) Gesamtkonzept der europäischen Verträge.

II. Normativität

Der Begriff der „Normativität“ ist in der (deutschen) Rechtswissenschaft ähnlich unscharf wie der der Konstitutionalisierung.⁴³ Fragt man etwa nach der Normativität des Verfassungsrechts, nach der „normativen Kraft der Verfassung“⁴⁴, so ist damit zumeist ihre normative „Wirkkraft“ gemeint. Im Gegensatz zu weiten Teilen der Weimarer Reichsverfassung (WRV) beansprucht das Grundgesetz nämlich zweifelsohne „Wirkkraft“. So sind etwa die Grundrechte unmittelbar anzuwenden; der Grundrechtsberechtigte kann sich unmittelbar auf sie berufen und alle staatlichen Organe haben die Rechtspflicht, sie zu beachten (Art. 1 Abs. 3 GG). Diese normative Wirkkraft ist letztlich mehr als nur die Geltung einer Norm als formaler Befund.⁴⁵ Mit der reinen Geltung von Grundrechten ließen sich viele Phänomene der deut-

⁴³ S. zum Begriff etwa *Friedrich Müller*, Normstruktur und Normativität, 1966; *Sandra Obermeyer*, Integrationsfunktion der Verfassung und Verfassungsnormativität, 2008, S. 30 ff.

⁴⁴ *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

⁴⁵ Eingehend zum Begriff der Geltung etwa *Dirk Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 18 ff.

schen Grundrechtstheorie gar nicht erklären, wie z. B. die Dritt- und Ausstrahlungswirkung von Grundrechten. Die rein formale Geltung eines Rechtssatzes durch Positivierung vermag also noch lange nichts über seine Wirkkraft auszusagen.

Die Frage der Wirksamkeit bezieht sich so scheinbar primär auf die empirisch überprüfbare Befolgung des geltenden Rechts.⁴⁶ Doch auch diese (rechtssoziologische) Perspektive ist mitunter zu eng. Vielmehr muss auch gefragt werden, welche innerrechtlichen Bedingungen notwendig sind, um die Wirkkraft von Rechtsnormen zu steigern: Der Begriff der Normativität, wie ihn diese Untersuchung zugrunde legt, zielt vor diesem Hintergrund zunächst auf die Wirkkraft von (Grundrechts-)Normen und denjenigen innerrechtlichen Voraussetzungen ab, die für eine solche Wirkkraft vorliegen müssen (etwa die Abwesenheit von Ausnahmen, eine klare Dogmatik sowie keine konkurrierenden Rechtssätze).

Überträgt man diese Überlegungen auf die europäischen Grundrechte, gelangt man zu folgender Ausgangsüberlegung: Mit dem Vertrag von Lissabon haben die europäischen Grundrechte zwar weitgehend (verschriftlichte) Rechtsgeltung erhalten, ihre Wirksamkeit wird sich aber erst noch erweisen müssen. Mit der Konstitutionalisierung der Grundrechte ist also nicht notwendigerweise auch eine „gesteigerte“ Normativität verbunden; Wirksamkeit und Geltung können auch auseinanderfallen.⁴⁷ Im schlimmsten Fall hemmt die Konstitutionalisierung gar die Normativität.

III. Verminderte Normativität durch Konstitutionalisierung?

Mit der Konstitutionalisierung der europäischen Grundrechte fällt damit der Blick auf ein Phänomen, das einigermaßen paradox wirkt: Sie scheinen mit ihrer Konstitutionalisierung zugleich an Normativität einzubüßen, was letztlich weitreichende Folgen für die Verfasstheit der EU als Ganzes haben könnte. Zahlreiche Ausnahmen, die z. T. gar den Geltungsanspruch der europäischen Grundrechte berühren, sind nur ein Baustein dieser These. Dazu kommt eine Reihe von (restriktiven) Interpretationsgeboten, die ausdrücklich in der GRCh verankert wurden, der beabsichtigte „Überbau“ durch die EMRK und das Nebeneinander von ungeschriebenen und geschriebenen Grundrechten. Schon hier wird deutlich, dass der Vertrag von Lissabon zahlreiche Anknüpfungspunkte für eine nähere Untersuchung des Verhältnisses von Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte bietet.

D. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung wird die Rolle der Grundrechte im Kontext der europäischen Integration aus der Perspektive ihrer „Verfassungswerdung“ näher beleuch-

⁴⁶ S. auch *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, S. 183.

⁴⁷ Dazu *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 10ff.; vgl. auch *Michael Pawlik*, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts*, 1993, S. 35ff.

ten. § 2 wird den Zusammenhang von „Grundrechtsidee und Integrationsvertiefung“ in den Blick nehmen, wobei der Ursprung der europäischen Grundrechte ebenso von Bedeutung sein wird wie ihre Verbindung zu den tragenden Konstitutionsprinzipien des europäischen Verfassungsverbundes. In § 3 wird dann der Entwicklung der europäischen Grundrechte durch den EuGH nachgegangen. Hier werden auch die Mängel, die ein ungeschriebener Grundrechtskatalog potentiell aufweist, gewürdigt, erschließt sich doch erst in ihrem Lichte die Idee der Kodifikation auf europäischer Ebene vollständig. Danach gilt es, in § 4 die GRCh und den Prozess ihrer Entstehung zu beleuchten, wobei als Wegmarken insbesondere die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ebenso in den Blick genommen werden wie die Kodifikationsansätze in Verfassungsentwürfen auf europäischer Ebene. § 5 wird dann den Zusammenhang zwischen dem Anwendungsmodus des Unionsrechts und den Grundrechten aufzeigen, ein Feld, das in den letzten Jahren oft für hitzige Diskussionen gesorgt hat. § 6 ist den allgemeinen Funktionen der Grundrechte auf europäischer Ebene sowie ihrer dogmatischen Ausgestaltung gewidmet. § 7 wird die Rolle der europäischen Grundrechte im Vertrag von Lissabon näher würdigen, wobei insbesondere die neue Verweisung in Art. 6 Abs. 1 EUV zu untersuchen ist, wie auch die zahlreichen Ausnahmen zum Konzept der einheitlichen Geltung der GRCh, die in Protokollen zum EUV festgehalten sind. § 8 und § 9 sind dann dem gegenwärtigen und zukünftigen Verhältnis der europäischen Grundrechte zu den auf nationaler Ebene garantierten Grundrechten bzw. zur EMRK gewidmet. In § 10 wird schließlich die prozessuale Bedeutung der europäischen Grundrechte thematisiert, um dann in § 11 zu einem Fazit zu gelangen.