

# Definitionsmacht und ambivalente justizielle Entscheidungen

## Der Dialog der europäischen Gerichte über Grundrechtsschutzstandards und Belange der nationalen Verfassungsidentität

Von Prof. Dr. Sabine Swoboda, Bochum

*Die folgende Darstellung des Dialogs der europäischen Verfassungs- und Menschenrechtsgerichte mit dem Europäischen Gerichtshof („EuGH“) um die Grundrechtssystematik der EU-Grundrechtecharta („GRC“) überbrückt einen Zeitraum von fünf Jahren. Die Darstellung beginnt mit den Urteilen Åkerberg Fransson<sup>1</sup> und Melloni<sup>2</sup> und endet mit der Rechtsprechung des EuGH in M.A.S. und M.B.<sup>3</sup> Es geht um folgende Fragen: Gibt es jetzt einen europäischen ordre public? Wenn ja, wie ist er gestaltet und welche Bedeutung haben nationale Ordre-Public-Vorbehalte in diesem europäischen Raum der (straf-)justiziellen Zusammenarbeit? Die Darstellung konzentriert sich im Wesentlichen auf die Urteile des EuGH zu den Justizgrundrechten der GRC im Geltungsbereich des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung<sup>4</sup> und auf den Streit darum, wer eigentlich bestimmt, wann ein Staat in Grundrechtsfragen den Vorbehalt „nationaler Identität“ erheben kann.*

### I. Der zentrale Akteur: Der EuGH als widerwilliges Grundrechtsschutzgericht

Der EuGH sichert gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV i.V.m. Art. 267 AEUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Dadurch ist er auch ausschließlich zuständig für die Auslegung der Grundrechte der Grundrechtecharta („GRC“), die nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV gleichrangig mit EUV und AEUV zum Primärrecht der EU zählt. Dem EuGH fällt damit auch die Aufgabe zu, den Mindestgrundrechtsstandard der einzelnen Rechte der GRC zu definieren. Mithilfe einer sehr extensiven Interpretation des Anwendungsbereichs der GRC nach Art. 51 GRC hat sich der EuGH in der Entscheidung Åkerberg Fransson<sup>5</sup> dabei eine raumgreifende Interpretationszuständigkeit und damit zugleich einen raumgreifenden Interpretationsvorrang für die Festlegung von Grundrechtsmindeststandards nach Maßgabe des Unionsrechts gesichert. Für die nationalen Verfassungsordnungen kann diese vorrangige Zuständigkeit des EuGH für die Definition grundrechtlicher Mindeststandards dann zum Problem werden, wenn die Mindeststandards, wie sie die Grundrechtecharta vorgibt, anders oder niedriger sind als die Grundrechtsstandards des nationalen Verfassungsrechts, denn die Interpretation des EuGH

über die Vorrangzuständigkeit der GRC beinhaltet einen (kontroversen) Verdrängungsaspekt: Neben den Mindeststandards der GRC dürfen häufig keine höheren nationalen Verfassungsmindeststandards zur Anwendung kommen. Bewirkt wird diese Verdrängung durch eine besondere Interpretationsmethode des EuGH, mit der er sicherstellt, dass die effektive Umsetzung von Unionsrecht nicht durch (hohe) nationale Grundrechtsschranken behindert wird. Unionsrecht soll nur durch die Mindeststandards der GRC eingeschränkt werden.

#### 1. Die Grundrechteverdrängungsrechtsprechung des EuGH

Wie diese Interpretationsmethode arbeitet, lässt sich am besten aus Gutachten 2/13 vom 18.12.2014 ersehen. Der EuGH erklärt darin, „[d]ie Autonomie, über die das Unionsrecht im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten sowie zum Völkerrecht verfügt, gebietet es, dass die Auslegung dieser Grundrechte im Rahmen der Struktur und der Ziele der Union gewährleistet ist.“<sup>6</sup> Der EuGH stellt die GRC also in die Dienste der Ziele der Europäischen Union und damit in die Dienste der europäischen Integration, wie sie z.B. über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung betrieben wird. Das hat Folgen für die Auslegung von Art. 53 GRC. Mit Art. 53 GRC sollte eigentlich sichergestellt werden, dass die Mindestgrundrechtsstandards der Europäischen Menschenrechtskonvention („EMRK“) und der nationalen Verfassungsordnungen parallel zum Mindeststandard der GRC weitergelten dürfen, gegebenenfalls auch mit höherem Gewährleistungsstandard. Der EuGH interpretiert Art. 53 GRC aber nun (überraschenderweise) ganz anders, als es der Wortlaut von Art. 53 GRC nahelegt. Gewährleistet werden sollen auf einmal nicht mehr möglichst hohe Schutzstandards, sondern nur noch Schutzstandards, durch die der „Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts [nicht] beeinträchtigt werden“ dürfe.<sup>7</sup> Wenn die Anwendung eines höheren nationalen Grundrechtstandards dazu führt, dass EU-Primär- oder Sekundärrecht nicht zur Anwendung kommen kann, dann darf ein nationales Gericht diesen höheren nationalen Grundrechtsschutzstandard nicht anwenden. Das Unionsrecht hat Vorrang vor dem nationalen Verfassungsrecht oder – anders gewendet – es ist unzulässig, über nationale Verfassungsstandards den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu unterlaufen. Würde man Art. 53 GRC anders interpretieren, so der EuGH, würde Art. 53 GRC selbst „gegen den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verstoßen“. Art. 53 GRC würde „einem Mitgliedstaat erlauben [...], die Anwendung von mit der Charta vollständig im Einklang stehenden Unionsrechtsakten zu verhindern, wenn sie den in der Verfassung

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åklagare/Hans Åkerberg Fransson) = EuZW 2013, 302 (303, Rn. 25 ff.).

<sup>2</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (Melloni).

<sup>3</sup> EuGH wistra 2018, 117 (M.A.S. und M.B.).

<sup>4</sup> Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von justiziellen Entscheidungen gilt seit 1999 als „Eckstein“ der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Seine Entwicklung geht auf die Sondertagung des Europäischen Rates 1999 im finnischen Tampere zurück.

<sup>5</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (303, Rn. 25 ff. – Åkerberg Fransson).

<sup>6</sup> EuGH JZ 2015, 773 (776, Rn. 170 – Gutachten 2/13); EuGH EuZW 2013, 305 (307, Rn. 60 – Melloni); EuGH EuZW 2013, 302 (303, Rn. 29 – Åkerberg Fransson).

<sup>7</sup> EuGH JZ 2015, 773 (777, Rn. 188 – Gutachten 2/13).

dieses Staats garantierten Grundrechten nicht entsprechen.“ Ein solches Ergebnis sei mit den gefestigten Grundsätzen des Unionsrechts, v.a. mit dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs, nicht zu vereinbaren.<sup>8</sup> Deswegen räumt Art. 53 GRC den Mitgliedstaaten auf der einen Seite zwar die Befugnis ein, höhere Schutzgewährleistungen vorzusehen, aber gewährleistet werden darf nur, „was erforderlich ist, um eine Beeinträchtigung des in der Charta vorgesehenen Schutzniveaus sowie des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts zu verhindern.“<sup>9</sup>

Im Ergebnis gelingt es dem EuGH auf diesem Weg, nationales Verfassungsrecht und nationale Grundrechtsmindeststandards durch Anwendung der Grundrechtecharta zu verdrängen. Dort, wo die GRC gilt, werden nationale Grundrechtsstandards häufig unanwendbar.<sup>10</sup> Sie bleiben nur dort nutzbar, wo die GRC im Einzelfall einmal nicht gilt – z.B. weil nur nationales Recht betroffen ist und keinerlei Unionsinteressen berührt sind, da keinerlei Zusammenhang zwischen EU-Recht und nationalem Rechtsakt hergestellt werden kann<sup>11</sup> – und dort, wo der EuGH meint, dass die Anwendung des nationalen Schutzniveaus „weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch de[n] Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt“.<sup>12</sup>

Das Bundesverfassungsgericht („BVerfG“) hat dieses Interpretationsvorgehen relativ deutlich in die Nähe eines Ultra-vires-Handelns gerückt.<sup>13</sup> Der EuGH gefährde Rechtsgewährleistungen, die zum Kernbereich der nationalen Verfassungsidentität zählen; und für einen solchen Schritt fehle dem

EuGH die Kompetenz.<sup>14</sup> Diese Kritik soll sogleich vertieft werden. Vorab aber ist zum Akteur „EuGH“ vorauszuschicken, dass sein Vorgehen, dieses An-Sich-Reißen der ausschließlichen Kompetenz zur Grundrechtsinterpretation, vermutlich nicht halb so viel Kritik hervorgerufen hätte, wenn der EuGH endlich beginnen würde, sich wie ein Menschenrechtsgericht zu verhalten, also wie ein Gericht, das für die Belange des Einzelnen streitet, das Grundrechte systematisch interpretiert und ausarbeitet, das sie in ihrer Abwehr- und Leistungsdimension weiterentwickelt und eine intensive rechtliche Kontrolle der Gewährleistung grundrechtlicher Standards gegenüber staatlichen und behördlichen Eingriffen garantiert.<sup>15</sup> Doch leider erweckt die Rechtsprechung des EuGH auch mehr als fünf Jahre nach den Paukenschlägen in den Urteilen „Melloni“<sup>16</sup>, „Radu“<sup>17</sup> und „Åkerberg Fransson“<sup>18</sup> und der Ablehnung im Gutachten 2/13, sich an die Menschenrechtsstandards der EMRK zu binden und die eigene Rechtsinterpretation dem Richtspruch des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte („EGMR“) zu unterwerfen,<sup>19</sup> nicht den Eindruck, als wäre es die Priorität des Gerichts, eine Grundrechtsperspektive zu entwickeln.<sup>20</sup> Der EuGH setzt seine Priorität weiter darauf, „Motor der Integration“<sup>21</sup> zu sein. Er will nicht unbedingt individuelle Rechts-

<sup>8</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (309, Rn. 58 f. – Melloni); in der Sache so bereits im Zusammenhang mit Art. 4a des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl durchgesetzt in EuGH NJW 2013, 1145 (1147 Rn. 36 – Radu); bespr. bei Safferling, NStZ 2014, 545 (549 ff.); Gaede, wistra 2016, 89 (91).

<sup>9</sup> EuGH JZ 2015, 773 (777, Rn. 189 – Gutachten 2/13).

<sup>10</sup> Gaede, wistra 2016, 89 (91).

<sup>11</sup> Zum Anwendungsbereich der Grundrechtecharta nach der Entscheidung in Åkerberg Fransson ausführlich F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 51 AEUV Rn. 8 ff.; Safferling, NStZ 2014, 545.

<sup>12</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (309, Rn. 60 – Melloni).

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 91 – Antiterrordatei): „Im Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem BVerfG und dem EuGH [...] 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 S. 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte [...]“. „[D]ie europäischen Grundrechte der Charta [dürfen] nur in ‚unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden‘.“

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2016, 1149 (1150 f., Rn. 41 – Italienischer Haftbefehl): „Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird im Wesentlichen durch die in Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt [...]. Zu deren Sicherstellung dient die Identitätskontrolle durch das BVerfG“. Mit dieser Ankündigung nimmt das BVerfG auch in Anspruch, für die weit überwiegende Zahl der anderen Verfassungs- und Obergerichte in der EU mit zu sprechen, die ebenfalls deutlich gemacht hätten, dass der Identitätskern der von ihnen interpretierten nationalen Verfassungen nicht der Dispositionsbefugnis der EU überantwortet worden wäre; siehe BVerfG NJW 2016, 1149 (1152, Rn. 47).

<sup>15</sup> Swoboda, ZIS 2015, 361.

<sup>16</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (Melloni).

<sup>17</sup> EuGH NJW 2013, 1145 (Radu).

<sup>18</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (Åkerberg Fransson).

<sup>19</sup> EuGH JZ 2015, 773 (781, Rn. 258 – Gutachten 2/13) m. krit. Anm. Schorkopf.

<sup>20</sup> Vgl. zu EuGH StV 2017, 65 (Taricco), Gaede, wistra 2016, 89 (95).

<sup>21</sup> Der Begriff entstammte ursprünglich der medialen und sozialwissenschaftlichen Wahrnehmung des EuGH in seiner Akteursrolle; vgl. z.B. Höpner, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203. Er hat sich inzwischen aber auch im juristischen Sprachgebrauch eingebürgert, allerdings begleitet von der Kritik, dass der EuGH häufig sehr nahe daran ist, ultra vires zu agieren, und nach Ansicht vieler in manchen Entscheidungen die eigenen Kompetenzgrenzen mit seiner Rechtsfortbildung auch überschritten hat; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 19 EUV Rn. 18; Huber, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 19 EUV Rn. 25 m.w.N.

positionen gegen Maßnahmen der EU verteidigen, sondern umgekehrt die Maßnahmen der Union effektiv durchsetzen.

„Motor der Integration“ zu sein, das bedeutet für den EuGH, alles im Rahmen der Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung Mögliche zu tun, damit der Vorrang und die Einheitlichkeit des Unionsrechts effektiv durchgesetzt werden.<sup>22</sup>

„Motor der Integration“ zu sein, das bedeutete für den EuGH und seine Generalanwälte auch ein anderes Rollenverständnis, als man es sonst bei Grundrechts- und Menschenrechtsgerichten findet. Dieses Rollenverständnis beinhaltet den Willen, bei Anrufung durch ein nationales Gericht, diesem Gericht bei der Durchsetzung von Unionsrecht zu „helfen“, gegen den nationalen Gesetzgeber und notfalls auch gegen nationales Verfassungsrecht,<sup>23</sup> und dies jedenfalls bis zum Kern dessen, was die nationalen Verfassungsordnungen als ihren Verfassungskern betrachten.<sup>24</sup> Das Selbstverständnis, „Motor der Integration“ zu sein, setzt den Fokus also ausschließlich auf die Durchsetzung von Unionsrecht, gerade

<sup>22</sup> Vgl. bereits *v. Danwitz*, EuR 2008, 769 (771), mit der Frage, „ob angesichts der erreichten Integrationstiefe“ nicht doch endlich „ein Paradigmenwechsel anzumahnen ist, der die Rechtsprechung künftig am Leitbild eines ehrlichen Maklers zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ausrichtet“. Zum Selbstverständnis der EuGH-Richter siehe *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (214, 216, 220) m. zahlr. Nachw.; krit. zu diesem Rollenverständnis äußerte sich bereits das BVerfG im Maastrichturteil in BVerfGE 89, 155 (210), mit dem Hinweis: „in Zukunft [wird] bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaften zu beachten sein, dass der Unionsvertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.“ Positiver aber wieder im „Honeywell-Beschluss“ in BVerfGE 126, 286, wo die Rechtsfortbildungsbemühungen im supranationalen Verbund bei Einhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung insgesamt begrüßt werden.

<sup>23</sup> So übersieht der EuGH z.B., dass Gerichte nicht einfach darüber entscheiden können, wann etwas verjährt; diese Entscheidung ist eine Entscheidung des Gesetzgebers; vgl. zur Entscheidung des EuGH *wistra* 2018, 117 (M.A.S. und M.B.), die krit. Anm. *F. Meyer*, JZ 2018, 304 (308).

<sup>24</sup> *Kokott*, NZWiSt 2017, 409 (412): „Konkret ging es [im Verfahren M.A.S. und M.B.] darum, ob der Kern der italienischen Verfassung die Einordnung der Verjährung als materiell-rechtliche Bestimmung erfasst und wer das zu beurteilen hat.“ Gibt es also einen integrationsfesten Verfassungskern und kann die Einordnung strafrechtlicher Verjährungsvorschriften dazu gehören? Dann könnte der Gerichtshof den italienischen Gerichten nicht *helfen* (sic!), wenn sie sich fragen, ob eine Weiterbearbeitung einer Akte angesichts der Tatsache lohnt, dass die Verjährung vor Rechtskraft einer zu erwartenden Verurteilung eintreten wird“ (*Hervorhebung durch die Verf.*).

auch bei einer Kollision mit nationalen Verfassungspositionen. Darüber kommt die die Idee der Abwehrfunktion von Grundrechten zu kurz. Dass da vielleicht auch ein Einzelner mit seinen verfassungsbegründeten Rechten unglücklich zwischen die Fronten des Konflikts geraten ist, wird vom EuGH gerne übersehen.<sup>25</sup>

Dieses Selbstverständnis hat seine Ursache in der Richterauswahl. Soziologische Untersuchungen deuten darauf hin, dass das Richterkollegium des EuGH vorrangig aus Personen besteht, die sich durch ein bestimmtes „integrationswilliges Vorverständnis“ von Europarecht und durch eine Affinität zur Vision eines integrierten Europas auszeichnen.<sup>26</sup> Diese Personen werden schon bei ihrer Ernennung so vorselektiert, dass sie die selbstgegebene Rolle des EuGH, durch Rechtsfortbildung als „Motor der Integration“ zu wirken, bereitwillig übernehmen, und dies selbst dann, wenn diese Realisierung einer Vision einer besseren Zukunft für eine Übergangszeit Grundrechtsverletzungen mit sich bringt.<sup>27</sup> Angesichts dieser Vorselektion und eines im Amt gepflegten Korpsgeists<sup>28</sup> sowie der Tatsache, dass weiteres Bemühen um mehr Integration beim EuGH mit der Zuerkennung von Status belohnt wird,<sup>29</sup> wird man ein schnelles Umdenken des EuGH bzw. eine Neuinterpretation der eigenen Rolle momentan nicht erwarten können.

## 2. Zur Systematik der Grundrechtsprüfung nach der GRC

Zwei Dinge fallen beim jetzigen Stand der Entwicklung ins Auge. Zum einen hält sich der EuGH seit dem Aufschrei, der auf die Urteile *Melloni* und *Radu* folgte,<sup>30</sup> in der Konfrontati-

<sup>25</sup> EuGH StV 2017, 65 (Taricco), m. im Erg. zust. Anm. *Kubicel*, weil unzureichende Regelungen zur Verjährungsdurchbrechung in Italien de facto dafür sorgten, dass auch schwerste Steuerstraftaten immer straffrei bleiben; kritischer *Wegener*, *wistra*, 2018, 107; *Gaede*, *wistra* 2016, 89 (94 f.).

<sup>26</sup> *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (220 f., 225).

<sup>27</sup> Zu dieser Vorselektion, die im Laufe der Tätigkeit als EuGH-Richter noch durch in der Gruppe der Richter festzustellende Sozialisierungseffekte verstärkt wird siehe *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (215 f., 218 ff.); die Vorselektion wird dadurch begünstigt, dass nach Art. 253, 255 AEUV die Regierungen der Mitgliedsstaaten im Rahmen der Richterwahl durch einen Ausschuss beraten werden, der sich selbst wiederum aus europaaffinen Juristen zusammensetzt, insbesondere aus Personen aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, außerdem aus Mitgliedern der höchsten einzelstaatlichen Gerichte und anderen besonders befähigten Juristen, von denen einer vom Europäischen Parlament vorgeschlagen wird.

<sup>28</sup> *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (216 ff.).

<sup>29</sup> *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (221 ff.).

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2016, 1149 (1150 ff., 1156 f. – Italienischer Haftbefehl), m. krit. Anm. *Brodowski*, JR 2016, 415, und m. krit. Anm. *Schönberger*, JZ 2016, 422, und *Nettesheim*, JZ

on mit nationalen Verfassungsgerichten zurück, und er versucht, Grundrechte prominenter in seine Prüfung zu integrieren.<sup>31</sup>

Systematisch haben die Grundrechte der GRC zunächst Abwehrfunktion. Sie können sowohl Eingriffe von Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht als auch Eingriffe von EU-Institutionen abwehren, denn nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRC haben alle Stellen, die mit der Ausführung und Durchführung von europäischem Recht betraut sind, die Rechte der GRC zu beachten.

Die Abwehrfunktion der Grundrechte ist in Art. 52 Abs. 1 GRC angelegt.<sup>32</sup> In Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC heißt es, Einschränkungen der Grundrechte müssten gesetzlich vorgesehen sein müssen und es sei in jedem Fall der Wesenskern der Grundrechte zu wahren. In Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC heißt es weiter, dass „[u]nter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit [...] Einschränkungen [der Grundrechte] nur vorgenommen werden [dürfen], wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“ Systematisch sind die absoluten Grundrechtsmindeststandards der GRC also „Schranken-Schranken“.

Entsprechend dieser Vorgaben müsste der EuGH nun in seiner Rechtsprechung definieren, was zum Wesensgehalt der Grundrechte der GRC gehört. Er müsste Abwägungsmaßstäbe dafür entwickeln, wie man im Konfliktfall die Balance zwischen dem Prinzip vom Anwendungsvorrang, also zwischen den Effektivitätserfordernissen und entgegenstehenden Grundrechtspositionen wahrt. Dabei bräuchte die Praxis insbesondere Abwägungsmaßstäbe dazu, wie man das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mit den entgegenstehenden justiziellen Rechten von Einzelpersonen austariert. Noch fehlen hierzu aber vielerorts Leitvorgaben und der EuGH neigt bisweilen auch dazu, bei einer Kollision zwischen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mit Rechten aus der GRC auf praktische Lösungen auszuweichen, dank derer sich die Ausarbeitung des Wesensgehalts der Art. 47 ff. GRC für den Einzelfall erübrigt.<sup>33</sup>

Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC gibt vor, dass die Rechte der GRC grundsätzlich die gleiche Bedeutung und Tragweite haben sollen wie die entsprechenden Rechte der EMRK. Aber nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRC könnte die Union auch mehr Schutz gewährleisten. Man kann also auch nicht einfach die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte („EGMR“) auf die GRC übertragen. Zudem betrachtet der EuGH die EMRK nur als Rechtserkenntnis-

quelle, hält es sich also offen, ob er ihren Gehalt vollständig übernimmt. Auch ist umstritten, ob das Gebot, den Gewährleistungsgehalt der Grundrechte der EMRK anzugleichen, nur für die Definition des Schutzbereichs gilt oder auch für die Auslegung auf Eingriffs- und Rechtfertigungsebene.<sup>34</sup> Aus all dem ergibt sich, dass man über Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC den Inhalt eines GRC-Grundrechts nur ungefähr erraten kann. Zahlreiche Grundrechte, vor allem soziale Grundrechte, gibt es zudem nur in der GRC.

Der EuGH hat ferner mit folgender Komplikation zu kämpfen: Er muss bei der Durchsetzung von Unionsrecht Rücksicht auf das nehmen, was nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV als „nationale Identität“ bezeichnet wird bzw. als die „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ der Mitgliedstaaten. Da nationale Grundrechtsstandards häufig dem jeweiligen verfassungsrechtlichen Identitätskern sehr nahe stehen oder sogar dessen Bestandteil sind, muss der EuGH Kollisionslösungen entwickeln, entweder indem er das Schutzniveau der Grundrechte der GRC für den Einzelfall erhöht<sup>35</sup> oder indem er dem betroffenen Staat verbietet, eine bestimmte Grundrechtsposition als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Identitätskerns zu definieren. Dabei ist leider unklar, ob der EuGH zu letzterem überhaupt die Kompetenz besäße.<sup>36</sup>

Wie gelingt es nun also, den EuGH, der allein zuständig ist, Ausgleichsmaßstäbe für den Konflikt zwischen dem Vorranganspruch des Unionsrechts und den Mindeststandards der GRC zu entwickeln, zu einer proaktiveren Grundrechtsrechtsprechung zu drängen? Lohnt es sich, mit Identitätskontrollverfahren zu drohen? Lässt sich Druck ausüben, indem man fortlaufend Fragen zu Mindeststandards der GRC nach Art. 267 AEUV vorlegt?<sup>37</sup>

Der Beitrag beobachtet, wie sich der Dialog zwischen dem EuGH und den nationalen Verfassungsgerichten und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bisher entwickelt hat. Dabei liegt der Fokus weniger auf der Frage, ob die einzelnen Entscheidungen, über die der Dialog geführt

2017, 424; siehe auch die Kritik bei *F. Meyer*, HRRS 2016, 532; *Sachs*, JuS 2016, 373; *Sauer*, NJW 2016, 1134; *F. Meyer*, NJECL 2016, 277.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH JR 2016, 472 (475 ff. – Aranyosi und Căldărăru) m. Anm. *Schwarz*, NJW 2016, 421.

<sup>32</sup> *Kingreen* (Fn. 11), Art. 51 GRC Rn. 23; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 51 GRC Rn. 4.

<sup>33</sup> Z.B. im Verfahren EuGH NJW 2018, 923 (Ardic) m. krit. Anm. *F. Meyer*.

<sup>34</sup> Nachweise bei *Kingreen* (Fn. 11), Art. 52 GRC Rn. 33 f., 36.

<sup>35</sup> So geschehen in EuGH wistra 2018, 117 (M.A.S. und M.B.) m. krit. Anm. *F. Meyer*, JZ 2018, 304; *Wegener*, wistra 2018, 107; *Viganò*, NJECL 2018, 18; zur Vorlagestrategie des italienischen Corte Costituzionale *Viganò* EuCLR 2017, 103 (109 ff.); zuvor noch anders entschieden in EuGH NZWiSt 2015, 390 (Taricco) = wistra 2016, 65, m. krit. Anm. *Gaede*, wistra 2016, 98 (95); *Hochmayr*, HRRS 2015, 239 (242 f.); *Weidemann*, wistra 2016, 49 (51).

<sup>36</sup> Insbesondere kann der autonome europäische Begriff der nationalen Identität nur vom EuGH mit den Staaten gemeinsam mit Inhalt gefüllt werden; dazu *v. Bogdandy/Schild*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 63. Lfg., Stand: Dezember 2017, Art. 4 EUV Rn. 13.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2018, 686 (687 ff.) = JZ 2018, 309 (311 ff.) m. zust. Anm. *Edenharter*; z.T. mit Bedenken bzgl. dieser Lösung bei eilbedürftigen Verfahren *Böhm*, NSTz 2017, 197 (199).

wird, inhaltlich überzeugen. Zentrales Augenmerk ist vielmehr zu sammeln, mit welchen Strategien die Gerichte im Dialog arbeiten.

## II. Zum Dialog über die Grundrechtsmaßstäbe und in chronologischer Abfolge

### 1. Die Position des EGMR

Der Dialog mit dem EuGH wird vorrangig von den nationalen Verfassungsgerichten geführt, weniger vom EGMR, zumal der EuGH mit der Ablehnung eines Beitritts zum System der EMRK im Gutachten 2/13 implizit auch jede Menschenrechtsdiskussion mit dem EGMR abgelehnt hat. Er hat sich vor allem geweigert, den EGMR als eine in Grundrechtsfragen übergeordnete Instanz zu akzeptieren.<sup>38</sup>

Der EGMR hat auf das Gutachten des EuGH 2/13 besonders reagiert und im Urteil *Avotiņš v. Lettland* angekündigt, weiterhin die sog. Bosphorus-Vermutung auf den institutionellen Rahmen der EU anzuwenden.<sup>39</sup> Als Bosphorus-Vermutung bezeichnet man die Vermutung, dass die EU einen der EMRK vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Diese Vermutung bewirkt, dass der EGMR staatliche Maßnahmen, die mittelbar auf Akte der EU zurückgehen und im Einklang mit EU-Vorgaben umgesetzt werden, nur einer reduzierten Kontrolle unterwirft. Geprüft wird nur, ob der Grundrechtsschutz „offensichtlich unzureichend“ ist („manifest deficiencies“).<sup>40</sup> Aber auch wenn der EGMR weiter dabei bleibt, dass er einen äquivalenten Grundrechtsschutz durch die EU vermutet, so hat er die Vermutung in *Avotiņš v. Lettland* doch deutlich eingeschränkt. Uneins sind sich EuGH und EGMR insbesondere bezüglich der Bedeutung der Grundrechte im Bereich der gegenseitigen Anerkennung. Der EGMR etwa hält daran fest, dass die Unionsmechanismen auf

der Basis des gegenseitigen Vertrauens bzw. die Mechanismen zur gegenseitigen Anerkennung Grundrechte nicht beeinträchtigen dürfen. Grundrechte treten nicht automatisch zurück, nur um den Vorrang des Unionsrechts zu wahren. Genau das aber hat der EuGH im Gutachten 2/13 mit seiner (fragwürdigen) Interpretation von Art. 53 GRC zumindest von den nationalen Grundrechten verlangt.<sup>41</sup> Der EGMR dagegen will, dass die Gerichte der EU-Staaten dann, wenn sie um „Anwendung eines im EU-Recht vorgesehenen Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung ersucht werden, diesem Mechanismus [nur] zu voller Wirkung verhelfen, sofern der Schutz der Konventionsrechte nicht als offensichtlich mangelhaft angesehen werden kann. Wird vor [den nationalen Gerichten] jedoch in ernstlicher und substantiierte Weise gerügt, dass der Schutz eines durch die Konvention verbürgten Rechts offensichtlich mangelhaft sei und dieser Situation durch das Recht der Europäischen Union nicht abgeholfen werden könne, dürfen sie eine Prüfung dieser Rüge nicht allein deswegen unterlassen, weil sie das EU-Recht anwenden.“<sup>42</sup> Kurzum, der EGMR besteht darauf, dass die nationalen Gerichte auch bei der Umsetzung der Mechanismen der gegenseitigen Anerkennung die EMRK-Mindeststandards durchsetzen, gegebenenfalls auch gegen Unionsrecht. Das ist eine ziemlich deutliche Positionierung gegen den EuGH, soweit dieser meint, dass Grundrechte, deren Schutzniveau über das der GRC hinausragt, zur Wahrung des Anwendungsvorrangs von EU-Recht automatisch eingeschränkt oder verdrängt werden müssten.

Nun hat der EGMR aber keine Gelegenheit zum direkten Dialog mit dem EuGH. Er kann nur die Gegenwehr der staatlichen Gerichte gegen die Grundrechteverdrängungsrechtsprechung des EuGH rhetorisch und moralisch unterstützen. Deswegen ist die Reaktion der nationalen Verfassungsgerichte auf die Urteile des EuGH in Grundrechtsfragen so bedeutsam geworden.

### 2. Die Position der nationalen Verfassungsgerichte

In den Dialog sind mehrere Verfassungsgerichte verwickelt. Neben dem BVerfG z.B. auch das spanische Tribunal Constitucional<sup>43</sup> und der italienische Corte Costituzionale<sup>44</sup>. Dabei spielen zwei „Hebel“ eine zentrale Rolle.

a) Über den ersten Hebel verfügt allein der EuGH. Es geht um das Prinzip des Anwendungsvorrangs von Unionsrecht, durch das nach Ansicht des EuGH auch (nationale) Grundrechte bis zu einer Minimalgewährleistungsgrenze verdrängt werden. Dabei nimmt der EuGH für sich in Anspruch, diesen Mindeststandard selbst zu bestimmen. Er hat die Definitionsmacht über das Primärrecht und damit über die GRC; – nur hat er leider bisher noch wenig Definitionsarbeit in diesem Bereich geleistet.

<sup>38</sup> EuGH JZ 2015, 773 (Gutachten 2/13) m. krit. Anm. *Schorckopf*, JZ 2015, 781 (783 f.); *Breuer*, EuR 2015, 330; siehe auch die krit. Kommentare auf der Webseite „verfassungsblog“, darunter die von *Michl*, „Thou shalt have no other courts before me“, *VerfBlog* v. 23.12.2014, online unter: <https://verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts-2/> (27.6.2018); *Douglas-Scott*, „Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice“, *VerfBlog* v. 24.12.2014, online unter: <https://verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice-2/> (27.6.2018); *Wendel*, „Mehr Offenheit wagen! Eine kritische Annäherung an das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt“, *VerfBlog* v. 21.12.2014, online unter: <https://verfassungsblog.de/mehr-offenheit-wagen-eine-kritische-annaeherung-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt/> (27.6.2018).

<sup>39</sup> EGMR BeckRS 2016, 13748, Rn. 112 (*Avotiņš*) m. krit. Anm. *Ress*, EuZW 2016, 800, der darauf verweist, dass diese neue Entscheidung nicht mehr einstimmig erging, d.h. nicht mehr alle Richter des EGMR bereit waren, die Bosphorus-Vermutung zugunsten der EU anzuwenden.

<sup>40</sup> EGMR NJW 2006, 197 (202 f., Rn. 155 ff., 166 – Bosphorus).

<sup>41</sup> EGMR BeckRS 2016, 13748, Rn. 116 (*Avotiņš*); dazu *Spielmann*, IWRZ 2017, 147 (152).

<sup>42</sup> EGMR BeckRS 2016, 13748, Rn. 116 (*Avotiņš*), übersetzt nach *Spielmann*, IWRZ 2017, 147 (152).

<sup>43</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (Melloni).

<sup>44</sup> EuGH *wistra* 2018, 117 (M.A.S. und M.B.).

b) Der zweite Hebel liegt in den Händen der nationalen Verfassungsgerichte, wenn diese versuchen, die Grundrechtverdrängungsrechtsprechung des EuGH als *ultra vires* darzustellen. Sie treten der Entscheidung des EuGH also nicht konkret mit Argumenten auf der Ebene des Unionsrechts entgegen (zu dessen Auslegung sie keine Kompetenz hätten), sondern sprechen dem EuGH vielmehr bereits im Vorfeld jeder Sachdiskussion die Kompetenz ab, solche weitreichenden Entscheidungen zu treffen.<sup>45</sup> Diese Brandmarkung der Grundrechtverdrängungsrechtsprechung des EuGH als *ultra vires* hat zur Folge, dass sich die nationalen Gerichte dort, wo diese Stigmatisierung erfolgt, nicht nach den Vorgaben des EuGH richten dürften.<sup>46</sup> Sie müssten auf Anweisung ihrer eigenen nationalen Verfassungsgerichte den Anwendungsvorrang des Unionsrechts ignorieren, solange nationale Grundrechtminimumstandards dadurch gefährdet erscheinen. Das Votum *ultra vires* bewirkt aus Sicht des nationalen Rechts, dass der EuGH (in Einzelfällen) die Kompetenz „verliert“, nationale Gerichte durch seine Rechtsauslegungen bei der Lösung eines Falles „anzuleiten“. Die Gerichte würden zwar immer noch nach Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV zuerst seine Rechtsauslegung zum Unionsrecht erfragen, aber der Richtspruch des EuGH dürfte von ihnen nicht oder nur eingeschränkt befolgt werden. Konkret soll der Hebel der Stigmatisierung von Entscheidungen des EuGH als *ultra vires* immer dann zur Anwendung kommen, wenn die Durchführung von Unionsrecht auf der Basis der Grundrechtverdrängungsrechtsprechung des EuGH nach Ansicht der nationalen Verfassungsgerichte den Identitätskern einer nationalen Verfassungsordnung zu beeinträchtigen droht.<sup>47</sup>

Diese Hebel sind beide sehr mächtig. Der EuGH hat sich im Wege der kompetenzrechtsfortbildenden Auslegung von EU-Recht eine enorme Zugriffs- und Definitionsmacht erarbeitet. Doch im Konfliktfall würden die nationalen Gerichte dem eigenen Verfassungsgericht Folge leisten. Der eigenen Verfassung schulden sie zuvörderst Gehorsam (vgl. für Deutschland Art. 1 Abs. 3 GG). Der EuGH riskiert also tatsächlich erhebliche Autoritätseinbußen, wenn er auf seinem Kurs beharrt. Der im Folgenden nachgezeichnete Dialog ist daher davon gezeichnet, dass die Akteure in seinem Verlauf

<sup>45</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 91 – Antiterrordatei) = JZ 2013, 621 m. Anm. Gärditz; BVerfG NVwZ 2014, 501 (502 ff., Rn. 36 ff. – OMT-Beschlüsse), dazu krit. Klement, JZ 2015, 753 (755 f.); BVerfG JR 2016, 456 (459, Rn. 41 ff. – Italienischer Haftbefehl) m. krit. Anm. Brodowski, JR 2016, 415; Schönberger, JZ 2016, 422; Nettesheim, JZ 2016, 424.

<sup>46</sup> BVerfG NVwZ 2014, 501 (503, Rn. 44 f. – OMT-Beschlüsse).

<sup>47</sup> Zur Aufzählung der entsprechenden Verfassungsgerichtsurteile in EU-Staaten siehe BVerfG NJW 2016, 1149 (1152, Rn. 47 – Italienischer Haftbefehl); krit. zu dieser „Vereinbarung“ fremder Verfassungsgerichte Classen, EuR 2016, 304 (312), der daran erinnert, dass sich mehrere Staaten im OMT-Verfahren vor dem EuGH gegen diese Einvernahme des eigenen Verfassungsgerichts durch andere verwahrt haben.

ihre Haltung und Rhetorik verändern, ohne in der Sache von ihren Ausgangspositionen abzugehen. Die Drohgebärden bleiben, aber die Suche nach Kompromissen erhält ab einem bestimmten Zeitpunkt Vorrang.

### III. Die Chronologie des Dialogs

#### 1. Die Grundbausteine der Verdrängungsrechtsprechung: Åkerberg Fransson und Melloni

Die Auseinandersetzung in ihrer jetzigen Gestalt begann mit dem Urteil der großen Kammer des EuGH im Fall Åkerberg Fransson.<sup>48</sup> Es ging um die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 GRC, genauer gesagt um die Frage, wann die GRC auf einen rein innerstaatlichen Kriminal Sachverhalt bzw. wann sie generell zur Anwendung kommt. Der Angeklagte hatte u.a. Mehrwertsteuern über eine längere Zeit in großer Höhe hinterzogen. Dafür waren ihm nach Aufdeckung der Steuerhinterziehung zunächst von den schwedischen Steuerbehörden Steuerzuschläge auferlegt worden. Gegen die nachfolgende Anklage wegen Steuerhinterziehung wehrte sich der Angeklagte mit der Behauptung, ein Steuerstrafverfahren würde gegen das Doppelverfolgungsverbot des Art. 50 GRC verstoßen. Das zuständige Strafgericht leitete daraufhin ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH nach Art. 267 Abs. 2 AEUV ein, u.a. mit der Frage, ob die GRC auf diesen rein nationalen Sachverhalt Anwendung finden könnte, bei dem rein nationales, nicht auf eine EU-Richtlinie zurückgehendes Steuerstrafrecht zur Anwendung kommt. Zur Bestürzung vieler<sup>49</sup> bejahte der EuGH, dass auch ein solcher Sachverhalt als „Durchführung von Unionsrecht“ im Sinne von Art. 51 Abs. 1 GRC gelten könnte und begründete dies mit Argumenten, die auch als das Prinzip: „Wo Unionsrecht hinreicht, gelten die Unionsgrundrechte“, zusammengefasst wird.<sup>50</sup> Art. 51 Abs. 1 GRC findet immer dann Anwendung, wenn eine Rechtsvorschrift (gleichgültig ob EU-Norm oder nationale Rechtsnorm) in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt. Der Geltungsbereich des Unionsrechts war im Fall Åkerberg Fransson allein deswegen eröffnet, weil die hinterzogenen Mehrwertsteuermittel zu den Eigenmitteln des EU-Haushalts zählen. Daher – so der EuGH – ergebe sich einerseits aus der RL 2006/12/EG des Rates vom 28.11.2006 und aus Art. 4 Abs. 3 EUV, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, die Erhebung der geschuldeten Mehrwertsteuer zu gewährleisten und Betrug zu bekämpfen; und andererseits seien die Mitgliedstaaten aus Art. 325 AEUV verpflichtet, Betrug zulasten der finanziellen Interessen der EU mit effek-

<sup>48</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (Åkerberg Fransson); Safferling, NSTZ 2014, 545 (547 ff.).

<sup>49</sup> U.a. hatte auch der Generalanwalt Cruz Villalón die Anwendbarkeit der GRC in seinem Gutachten verneint; vgl. die Zusammenfassung bei Gstrein/Zeitmann, ZEuS 2013, 239 (249 f.).

<sup>50</sup> Bergmann, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, Kommentar, 12. Aufl. 2015, Art. 51 GRC Rn. 5; zu EuGH EuZW 2013, 302 (305, Rn. 19–22 – Åkerberg Fransson).

tiven strafrechtlichen Sanktionen zu bekämpfen.<sup>51</sup> Der EuGH stellte weiterhin klar, dass die GRC auch dann gilt, wenn das Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht determiniert ist. Dass es einen nationalen Ermessensspielraum für die Durchführung von Unionsrecht gibt, dass es also um keinen unionsrechtlich abschließend harmonisierten Rechtsbereich geht, sei nur insoweit relevant, als in diesen Rechtsbereichen neben dem Schutzniveau der GRC auch nationale Schutzstandards für Grundrechte angewandt werden könnten. Letzteres gelte aber mit der Einschränkung, dass durch die Anwendung der nationalen Standards „weder das Schutzniveau der Charta, [...] noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“ dürften.<sup>52</sup>

An dieser Stelle verweist die Große Kammer auf das von ihr am selben Tag erlassene Urteil in der Rechtssache Melloni.<sup>53</sup> Im Fall Melloni ging es um die Frage, ob spanische Gerichte die Auslieferung einer Person von Spanien nach Italien auf der Basis eines Europäischen Haftbefehls von Fairnessbedingungen abhängig machen dürfen, die der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl 2002/583/EU<sup>54</sup> eigentlich nicht vorsieht, die aber nach Art. 24 Abs. 2 der Spanischen Verfassung unerlässliche Bedingung zur Sicherung eines fairen Verfahrens wären. Herr Melloni war in Florenz in Abwesenheit verurteilt worden und konnte belegen, dass er dieses Urteil nicht mehr würde anfechten können. Das veranlasste das spanische Tribunal Constitucional, beim EuGH nachzufragen, ob die Vorschriften über Abwesenheitsurteile in Art. 4a Abs. 1 lit. a, b des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl 2002/584/EU abschließend zu verstehen seien oder ob die spanischen Gerichte die Auslieferung von Herrn Melloni über die im Rahmenbeschluss festgehaltenen Mindestgarantien hinaus an weitere Fairnessbedingung knüpfen dürften, eben daran, dass ihm ein weiteres effektives Rechtsmittel gegen seine Verurteilung zur Verfügung gestellt wird, wie es die

spanische Verfassung nach Art. 24 Abs. 2 für ein faires Verfahren gebietet. Der EuGH befand, dass die Bedingungen für eine Auslieferung nach einem Abwesenheitsverfahren im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl abschließend sind.<sup>55</sup> Im Fall des Verurteilten Melloni sei entsprechend den Vorgaben aus Art. 4a Abs. 1 lit. a und b des Rahmenbeschlusses daher davon auszugehen, dass Melloni aus freien Stücken darauf verzichtet habe, dem Florentiner Verfahren beizuwohnen. Eine Berufung auf nationale Grundrechtstandards, mit denen höhere Fairnessstandards eingefordert werden könnten, als im Rahmenbeschluss von den Mitgliedstaaten festgelegt wurde (dort übrigens im Einklang mit Art. 47, 49 GRC), sei nicht zulässig. Aus Art. 53 GRC ergebe sich nichts anderes. Die Norm erlaubt es nicht, nationale Verfassungsstandards gegen die Durchführung von Europäischem Recht ins Feld zu führen, denn eine solche „Auslegung von Art. 53 GRC würde [...] gegen den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verstoßen, da sie es einem Mitgliedstaat erlauben würde, die Anwendung von mit der Charta vollständig im Einklang stehenden Unionsrechtsakten zu verhindern, wenn sie den in der Verfassung dieses Staats garantierten Grundrechten nicht entsprechen.“<sup>56</sup>

Die Entscheidungen Åkerberg Fransson und Melloni bilden bis heute die Basis für die Definitionsvorrangs- und Grundrechteverdrängungsrechtsprechung des EuGH. Geschickt hat der EuGH hier zwei Bausteine zusammengefügt, über die er für die praktische Umsetzung von Unionsrecht Sorge tragen kann, ohne weiter Rücksicht auf nationale Grundrechtsstandards nehmen zu müssen, während er gleichzeitig sicherstellt, dass nur er das Grundrechtsschutzniveau in der Union definiert. Die GRC ist damit zugleich Grundrechtsgewährleistungsdokument wie auch Grundrechteverdrängungsdokument. Im strafjustiziellen Bereich erhebt die GRC zwar EMRK-Standards zum europäischen Mindestgehalt an Grundrechtsschutz (vgl. Art. 52 Abs. 3 GRC)<sup>57</sup>, aber gleichzeitig ist sie auch „Schutzwall“ gegen weiterreichende integrationshinderliche Grundrechtsgarantien der nationalen Verfassungen. So interpretiert reflektiert die GRC als Dokument mit gleichsam konträren Funktionen den Rollenkonflikt des EuGH, der sich in seiner Rolle als „Motor der Integration“ wiederholt selbst ausmanövrieren müsste, wenn er seinen Grundrechtsschutzauftrag ebenso ernst nähme.

<sup>51</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (305, Rn. 25–28 – Åkerberg Fransson); Safferling, NStZ 2014, 545 (547 f.).

<sup>52</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (305, Rn. 29 – Åkerberg Fransson); krit. Safferling, NStZ 2014, 545 (547 f., v.a. 548 a.E.). Im Widerspruch hierzu steht aber dann das Vorgehen des EuGH im Verfahren „M.A.S. und M.B.“. Dort lässt der EuGH von seiner ursprünglich im Verfahren Taricco erhobenen Forderung, Italien müsse Art. 325 Abs. 4 AEUV zur Durchsetzung zu verhelfen, indem die Gerichte in bestimmten italienischen Strafverfahren die Verjährungsfristen unangewendet bleiben, mit der Begründung ab, das italienische Verfassungsrecht dulde dies nicht; zur Diskussion um diese systematische Ungereimtheit siehe Burchardt, EuR 2018, 248 (252 ff., insbes. 255), mit der These, der EuGH wolle seine Melloni- und Fransson-Rechtsprechung modifizieren; dagegen Viganò, NJECL 2018, 18 (20 ff.); Wegner, wistra 2018, 107 (108 f.).

<sup>53</sup> EuGH NJW 2013, 1215 (Melloni).

<sup>54</sup> In der konsolidierten Fassung nach der Änderung durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26.2.2009, ABl. EU L 81/24 vom 27.3.2009.

<sup>55</sup> EuGH NJW 2013, 1215 (1217 f., Rn. 40–44 – Melloni); alle Fragen, die im Rahmenbeschluss 2002/584 geregelt wurden, gelten dem EuGH als von den Mitgliedstaaten dort abschließend normiert; vgl. zuvor bereits EuGH NJW 2013, 1145 (1147, Rn. 39–42 – Radu).

<sup>56</sup> EuGH NJW 2013, 1215 (Melloni).

<sup>57</sup> Die Schutzniveaunklausel des Art. 53 GRC sorgt dafür, dass die Grundrechte, die auch in der EMRK als Menschenrechte verbürgt sind, zumindest den Mindestgehalt haben müssen, welche diese Rechte durch die Rechtsprechung des EGMR zur EMRK erfahren haben; F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089.



2. Die Reichweite der Grundrechtecharta Åkerberg Fransson und Melloni

Wie weit reicht die Grundrechtecharta nun also? Die GRC war von vornherein darauf angelegt, möglichst weitreichende Geltung zu entfalten; und das war dringend notwendig, denn bis zum Inkrafttreten der GRC gab es auf Unionsebene kein verbindliches Grundrechtsdokument, das den Bürger „transnational-vertikal“ gegenüber der Ausübung supranationaler Hoheitsgewalt durch Organe und Einrichtungen der EU (beim direkten Vollzug von Unionsrecht) schützte<sup>58</sup> bzw. das den Grundrechten eine „transnational-horizontale“ (grenzübergreifende) Dimension verschaffte, so dass der Bürger nun auch gegen die kumulierte Wirkung mehrerer Eingriffe geschützt ist, die ihn infolge einer Durchführung von Unionsrecht betreffen. Das können multiple Eingriffe in verschiedenen Mitgliedstaaten sein oder multiple Eingriffe von Unionsakteuren oder staatlichen Akteuren, die jeweils EU-Recht durchsetzen.<sup>59</sup> Insoweit ist die Existenz der GRC auch immer noch mehr Gewinn denn Gefahr, denn die nationalen Verfassungen und die EMRK schützen den Bürger weiterhin nur bei Hoheitsausübung eines (Mitglied-)Staates.

Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GRC gilt die GRC zunächst „für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips“.<sup>60</sup> Die GRC gilt dann für sämtliche ihrer Aktivitäten. Es gibt in der EU keinen grundrechtsfreien Bereich.<sup>61</sup> Umstritten ist aber seit Åkerberg Fransson, was in Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRC mit der „Durchführung“ von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten gemeint ist. Der EuGH legt diese Formulierung weit aus. Mitgliedstaaten führen seiner Ansicht nach Unionsrecht durch, wenn ihr Handeln 1. europarechtlich direkt veranlasst und vom Europarecht vollständig determiniert ist. Sie füllen es aber auch aus, wenn 2. sie bei der Implementierung oder Durchführung von Unionsrecht die von diesem Recht für die Staaten eröffneten Umsetzungs- und Ermessensspielräume ausfüllen. Und sie füllen es aus, wenn 3. die Mitgliedstaaten durch nationale Maßnahmen Grundfreiheiten einschränken.<sup>62</sup> Zuletzt soll die GRC anwendbar

sein, wenn 4. der Kontext der Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist.<sup>63</sup>

Bereits die in 2. und 3. genannten Kategorien werden heftig angegriffen.<sup>64</sup> So wird – gerade auch mit Blick auf die Gefahr einer Verdrängung nationaler Grundrechtstandards im Anwendungsbereich der GRC – z.B. geltend gemacht, dass dann, wenn ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung oder Durchführung von Unionsrecht Umsetzungs- oder Ermessensspielräume ausfüllt, er also Unionsrecht in nationales Recht gießt oder nach dem nationalen Rechtsverständnis zielgerichtet gestaltet, auf dieses nationale Recht dann auch das ausdifferenzierte nationale Grundrechtssystem Anwendung finden sollte, wozu insbesondere auch die nationalen Rechtsschutzsysteme zählen, die im Zweifel adäquatere Schutzlösungen bereithalten als ein unitarisierendes Grundrechtsschutzsystem.<sup>65</sup>

Inwieweit es genügt, dass 4. der Kontext der Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist, ob es zum Beispiel genügt, wenn nur generell finanzielle Interessen der Union betroffen sind, ist ein zentraler Streitpunkt zwischen dem EuGH und den nationalen Verfassungsgerichten. Der EuGH hat in Siragusa<sup>66</sup> (nur) einen hinreichenden Zusammenhang zwischen nationaler Maßnahme/Rechtsnorm und einer unionsrechtlichen Bestimmung verlangt und dafür den folgenden Prüfungskatalog vorgeschlagen:

„Um festzustellen, ob eine nationale Regelung die Durchführung des Rechts der Union i.S.v. Art. 51 der Charta betrifft, ist u.a. zu prüfen, ob mit ihr eine Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat und ob mit ihr nicht andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden, selbst wenn sie das Unionsrecht mittelbar beeinflussen kann, sowie ferner, ob es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann [...]“<sup>67</sup> GRC-Grundrechte seien nicht anwendbar „wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den [...] fraglichen Sachverhalt schaffen“.<sup>68</sup>

Relevant sein könne ferner, dass die Anwendung der GRC notwendig ist, um den Mindeststandard an Grundrechtsschutz im Tätigkeitsbereich der Union zu sichern. In Siragusa folgt auf diese Feststellung dann die kryptische Formulierung, dass das Ziel des Grundrechtsschutzes innerhalb der Union „in der Notwendigkeit begründet [liege], zu verhindern, dass der Grundrechtsschutz, der je nach dem betreffenden nationalen Recht unterschiedlich sein kann, den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt.“<sup>69</sup> Insbesondere sollten die Grundrechtsschutzlevel, die für europäische Institutionen und Behörden gelten, mit denen, die bei Durchsetzung von Europarecht

<sup>58</sup> F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1090).

<sup>59</sup> F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1090).

<sup>60</sup> Gemeint ist das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 3 EUV, das die Akteure der EU verpflichtet, in den Bereichen, in denen die EU keine ausschließlichen Handlungskompetenzen erhalten hat, dennoch nur nach den Grundsätzen „der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ tätig zu werden, also nur dann, wenn eine dezentralisierte Regelung durch die Mitgliedstaaten nicht gleich effektiv wäre. Der Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip im Grundrechtsbereich soll zur Rücksichtnahme auf die Mitgliedstaaten mahnen, z.B. zur Rücksichtnahme auf die Sozialmodelle der Mitgliedstaaten, wenn soziale Grundrechte in Frage stehen; Jarass (Fn. 32), Art. 51 Rn. 8.

<sup>61</sup> Jarass (Fn. 32), Art. 51 Rn. 14.

<sup>62</sup> Überblick bei F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1092) m. zahlr. Nachw.; noch weiter differenzierend in die Kategorien der administrativen, normativen und judikativen Durchführung Jarass (Fn. 32), Art. 51 Rn. 21 ff.

<sup>63</sup> Ausführlich F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1098).

<sup>64</sup> Nachweise bei F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1093).

<sup>65</sup> Einschränkung F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1093).

<sup>66</sup> EuGH NVwZ 2014, 575 (Siragusa).

<sup>67</sup> EuGH NVwZ 2014, 575 (576, Rn. 25 – Siragusa).

<sup>68</sup> EuGH NVwZ 2014, 575 (576, Rn. 26 – Siragusa).

<sup>69</sup> EuGH NVwZ 2014, 575 (576, Rn. 31–32 – Siragusa).



durch staatliche Stellen Anwendung finden, identisch bleiben.<sup>70</sup> Der Grundrechtsschutz nach der GRC spielt insoweit dann wieder eine ambivalente Rolle, denn die GRC kann höhere Schutzstandards gewährleisten, aber auch höhere nationale Standards verdrängen, wenn dies zur Sicherung der Einheitlichkeit und Effektivität der Durchführung von Unionsrecht notwendig erscheint.

Praktisch bedeutsam sind für die Fallgruppe 4., wonach die GRC bereits dann anwendbar ist, wenn der Kontext der Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist, vor allem Sachverhalte, die (auch) die finanziellen Interessen der Union betreffen. Die finanziellen Interessen der Union eröffnen dann den Anwendungsbereich der GRC, wenn konkrete Unionsregelungen für den Fall relevant werden, insbesondere wenn Art. 325 AEUV relevant wird, der in Absätzen 1 und 2 die effektive Strafverfolgung von Betrügereien zulasten der finanziellen Interessen der EU fordert.<sup>71</sup> Wie intensiv nun aber die Berührungspunkte mit Unionsinteressen sein müssen, wenn es einmal nicht um Delikte zulasten der Finanzen der EU geht, ist unklar. Deswegen bietet Fallgruppe 4. angesichts ihrer Unbestimmtheit auch die meisten Angriffspunkte für Kritik an der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 Abs. 1 GRC.

### 3. Die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts

Wie antwortet man nun als nationales Verfassungsgericht auf diese Interpretationsvorlage des EuGH? Dreh- und Angelpunkt der durch die Urteile Åkerberg Fransson und Melloni entstandenen Problematik ist die Interpretation von Art. 51, 53 GRC. Doch ein nationales Verfassungsgericht darf keine Normen der GRC auslegen. Die Deutungshoheit über EU-Primärrecht liegt gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV i.V.m. Art. 267 AEUV allein beim EuGH. Damit war es dem BVerfG z.B. von vornherein verwehrt, in seiner Rechtsprechung den Hebel der Kritik direkt am zentralen Streitpunkt, als an der Interpretation von Art. 51, 53 GRC, anzusetzen und die Auslegung des EuGH diesbezüglich anzufechten. Stattdessen war das BVerfG darauf verwiesen, einen Hebel zu finden, für den die eigene Interpretationskompetenz nicht in Frage steht oder zumindest nicht eindeutig widerlegt ist.

#### a) Der „Identitätskern“ der Verfassung als „Hebelpunkt“

Unanfechtbar ist das BVerfG in seiner Rolle als Hüter der deutschen Verfassung. Nur ihm allein kommt die Kompetenz zu, den Identitätskern der deutschen Verfassung, wie er sich aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1, 20 GG ergibt, zu bestimmen und damit auch festzulegen, welche grundgesetzlichen Kompetenzen überhaupt an die EU übertragen werden konnten. Im Gegenschluss behält sich das BVerfG natürlich auch vor zu bestimmen, welche Kompetenzen aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts auf keinen Fall in die Verfügungsmacht der EU überwechseln durften

und welche Handlungen der EU-Organe daher aus nationaler Sicht Handlungen *ultra vires* sind.<sup>72</sup> Dass dieser Überprüfungsansatz mit Europarecht vereinbar ist, wird vom BVerfG aus Art. 4 Abs. 2 EUV abgeleitet. Gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV „achtet“ die Union die „jeweilige nationale Identität“ der Mitgliedstaaten so, wie sie „in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Für das BVerfG belegt dieser Artikel, dass es auch europarechtlich zulässig ist, unter „eng begrenzten Voraussetzungen die Maßnahme eines Organs oder einer Stelle der Europäischen Union für in Deutschland ausnahmsweise nicht anwendbar“ zu erklären. Das hätte die Herren der Verträge so vorgesehen.<sup>73</sup> Allerdings lässt das BVerfG bei dieser Argumentation die Frage offen, wer eigentlich zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 EUV berufen ist. Art. 4 Abs. 2 EUV zählt zum Primärrecht und fällt damit in die Auslegungskompetenz des EuGH. Der Begriff der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 EUV ist ein unionsrechtlicher Begriff und sein Inhalt muss autonom gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestimmt werden.<sup>74</sup> Dabei muss der EuGH aber natürlich rezipieren, was die einzelnen Mitgliedstaaten als nationale Identität definieren und welche Normen sie zur Bestimmung ihrer nationalen Verfassungsidentität als wesentlich erachten.<sup>75</sup> Deswegen ist der Identitätsbegriff auch dann, wenn die Interpretationshoheit beim EuGH liegt, tatsächlich weitestgehend unter Rekurs auf die Rechtsprechung nationaler Verfassungs- und Höchstgerichte zu ermitteln, und unter Rekurs darauf, was aus mitgliedstaatlicher Perspektive als integrationsfester Bestandteil der eigenen Verfassungsordnung gilt.<sup>76</sup> Gleichzeitig aber bleibt die Auslegung dessen, was europarechtlich als Bestandteil nationaler Verfassungsidentität anerkannt wird, auch nicht vollständig den nationalen Verfassungsgerichten überlassen. Die Bestimmung des Identitätsbegriffs ist Sache des EuGH, für den dies nun natürlich zum justiziellen Balanceakt gerät,<sup>77</sup> denn er muss einen Mittelweg finden, der den europäischen Interessen an einer einheitlichen und effektiven Rechtsanwendung ebenso Raum lässt wie dem Gebot, auf nationale Identitätsinteressen Rücksicht zu nehmen. Für die Mitgliedstaaten gilt zugleich das Gebot der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV. Sie dürfen

<sup>70</sup> Zu dieser Notwendigkeit *Viganò*, NJECL 9 (2018), 18 (22).

<sup>71</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (305, Rn. 26 – Åkerberg Fransson); *Jarass* (Fn. 32), Art. 51 Rn. 22.

<sup>72</sup> BVerfGE NJW 2010, 3422 (3423 ff., Rn. 55 ff. – Honeywell); BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 91 – Antiterrordatei) = JZ 2013, 621 m. krit. Anm. *Gärditz*; BVerfG NVwZ 2014, 501 (502 ff., Rn. 36 ff. – OMT-Beschlüsse); BVerfG JR 2016, 456 (459, Rn. 41 ff. – Italienischer Haftbefehl); bereits angelegt in BVerfG NJW 1993, 3047 (3052 – Maastricht-Urteil).

<sup>73</sup> BVerfG JR 2016, 456 (459, Rn. 45 – Italienischer Haftbefehl); vgl. zur Geschichte des Art. 4 Abs. 2 EUV und den Interpretationsansätzen der nationalen Verfassungsgerichte *Mayer*, EuZW 2014, 473 (494 f.).

<sup>74</sup> v. *Bogdandy/Schill* (Fn. 36), Art. 4 EUV Rn. 13.

<sup>75</sup> v. *Bogdandy/Schill* (Fn. 36), Art. 4 EUV Rn. 22; *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1137).

<sup>76</sup> v. *Bogdandy/Schill* (Fn. 36), Art. 4 EUV Rn. 23.

<sup>77</sup> *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (288).

diesen Balanceakt des EuGH nicht schon im Vorfeld der Entscheidung dadurch unmöglich machen, dass sie bestimmte eigene Verfassungspositionen ohne innereuropäische Diskussion für sakrosankt erklären und ohne Rücksicht auf europäische Interessen dem Identitätskern der eigenen Verfassungsordnung zuschlagen.<sup>78</sup> Selbst Verfassungsprinzipien, die aus nationaler Sicht zum Identitätsbestand der eigenen Verfassung zählen, könnten angesichts des Gebots europafreundlicher Rechtsauslegung im Einzelfall hinter dem Integrationsziel zurückzutreten haben.<sup>79</sup> Für die nun folgenden Ausführungen zum bundesverfassungsgerichtlichen Hebel, bestimmte Handlungen des EuGH als *ultra vires* darzustellen, gilt daher: Es mag zwar zur Kompetenz des BVerfG nach nationalem Verfassungsrecht gehören, den Normbereich zu definieren, der nach Art. 79 Abs. 3 GG zum Kernbestand der deutschen Verfassung gehört und damit für den deutschen Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht verfügbar ist und folglich auch nicht durch Übertragung an die EU für diese inhaltlich verfügbar hätte gemacht werden dürfen. Doch damit ist noch nicht geklärt, ob ein EU-Organ, das eine Maßnahme trifft, die in den von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Ewigkeitsbestand der deutschen Verfassung eingreift, allein wegen dieses Zugriffs auf den Identitätskern europarechtlich *ultra vires* handelt.<sup>80</sup> D.h. der „Hebel“, mit dem die Verfassungsgerichte gegen die unliebsame Grundrechtsverdrängungsrechtsprechung des EuGH ins Feld ziehen, weist eine zentrale Schwachstelle auf: Die nationalen Verfassungsgerichte sind über den Hebel nicht allein verfügungsbefugt.<sup>81</sup>

Das alles ist zu berücksichtigen, wenn die nachfolgenden Urteile von BVerfG und Corte Costituzionale besprochen werden, denn die Prämisse aller Urteile ist, dass nur die nationalen Verfassungsgerichte die Definitionskompetenz darüber besitzen, was der EuGH als unantastbaren Identitätskern der jeweiligen nationalen Verfassung zu akzeptieren hat. Das BVerfG ist mit seinen Urteilen sogar ein hohes Risiko eingegangen, als es die Aufmerksamkeit des EuGH mit einem Vortrag zum Schuldprinzip erzwang, der in der nationalen Rechtsordnung nachwirken und den verfassungsrechtlichen Zugriff auf das Strafrecht verändern könnte. Aber auch den Beschwerdeführern verlangt das BVerfG mit dem Identitätskonstrukt einiges ab, denn das, was früher als einfacher Grundrechtsverstoß gerügt werden konnte, muss heute vielleicht den erhöhten Rügeanforderungen für die Geltendmachung einer Verletzung des Identitätskerns aus Art. 79 Abs. 3 GG genügen.<sup>82</sup> Mit der Identitätskontrollkonstruktion tritt das

<sup>78</sup> F. Meyer, NJECL 2016, 277 (289).

<sup>79</sup> F. Meyer, NJECL 2016, 277 (289).

<sup>80</sup> Vgl. auch Sauer, NJW 2016, 1134 (1136): „ein nach innerstaatlichem Recht nichtiger Übertragungsakt kann [...] trotzdem völkerrechtliche Rechtsfolgen haben.“

<sup>81</sup> Ausführlich auch zum Unterschied zwischen *Ultra-vires*-Akt und i.S.v. Art. 4 Abs. 2 EUV identitätsverletzendem Akt Mayer, EuZW 2014, 473 (495 f.); Zweifel hinsichtlich der Zuständigkeit des BVerfG zur Identitätskontrolle auch bei Satzger, NStZ 2016, 514 (517).

<sup>82</sup> Krit. Brodowski, JR 2016, 415 (422 f., 424); anders Kühne, StV 2016, 299 (300): „Mit dem erneuten Hinweis auf beson-

BVerfG also zwar nach außen hin fordernd gegenüber dem EuGH auf, aber nach innen hat es zugleich die Kontrolldichte für Verletzungen von Garantien jenseits des Bestands der Rechte aus Art. 79 Abs. 3 GG reduziert.<sup>83</sup>

#### b) Die Chronologie der BVerfG-Urteile

Als erste „Kampfansage“<sup>84</sup> gegen die Rechtsprechungsbau- steine des EuGH aus den Urteilen Åkerberg Fransson<sup>85</sup> und Melloni<sup>86</sup> gilt das BVerfG-Urteil<sup>87</sup> zur Antiterrordatei. Das BVerfG erklärte dort unter Bezugnahme auf die zwei Monate zuvor ergangene Entscheidung Åkerberg Fransson, es dürfe der Entscheidung Åkerberg Fransson „[i]m Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem BVerfG und dem EuGH [...] keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als *Ultra-vires*-Akt zu beurteilen wäre“, bzw. keine Lesart, die „Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährde (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte [...]“. Zur Auslegung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC durch den EuGH merkte das BVerfG an: Es könne nicht „jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche[n]“ um, wie vom EuGH behauptet, die Anwendung der in der Grundrechte-Charta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union zu begründen. Die GRC finde weiterhin nur in „unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, [...] nicht außerhalb derselben Anwendung“.<sup>88</sup> Weiter geht das BVerfG auf die Grundrechtsverdrängungsrechtsprechung des EuGH dann aber nicht ein. Die Antiterrordatei bot hierzu mangels europäischen Bezugs einfach keinen Anlass.<sup>89</sup>

Allerdings nutzte das BVerfG dann die nächste sich bietende Gelegenheit, um noch einmal darauf hinzuweisen, dass es geneigt und rechtlich in der Lage ist, *Ultra-vires*-Akte von

ders strenge Zulässigkeitsanforderungen [...] will das BVerfG wiederum Europarechtsfreundlichkeit demonstrieren.“

<sup>83</sup> Kühne, StV 2016, 299.

<sup>84</sup> Garcia, „Kampfansagen gegen den EuGH – aus Karlsruhe und München“, De legibus-Blog v. 12.5.2013, online unter: <https://blog.delegibus.com/2013/05/12/kampfansagen-gegen-den-eugh-aus-karlsruhe-und-munchen/> (27.6.2018).

<sup>85</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (Åkerberg Fransson).

<sup>86</sup> EuGH NJW 2013, 1215 (Melloni).

<sup>87</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (Antiterrordatei).

<sup>88</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 91 – Antiterrordatei).

<sup>89</sup> Bereits die Bezugnahme auf Åkerberg Fransson wirkte künstlich. Sie war in die Fragestellung verpackt, ob der Sachverhalt der Antiterrordatei dem EuGH nach Art. 267 AEUV hätte vorgelegt werden müssen. Das BVerfG vertritt dabei eine enge Lesart von Art. 51 Abs. 1 GRC bevorzugt, weil es nur danach sucht, ob der Sachverhalt von Unionsrecht „determiniert“ ist (BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 90 – Antiterrordatei). Zurückgewiesen wird also die Fallgruppe 4., wenn nur der Kontext der Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist.

Unionsorganen, einschließlich des EuGH selbst, in den von Art. 79 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen zu überprüfen. Im Vorlagebeschluss zu den sog. OMT-Beschlüssen des Rates der Europäischen Zentralbank vom 6.9.2012<sup>90</sup> aktivierte es dazu die 1993 im Maastricht-Urteil entwickelte Ultra-Vires-Doktrin mit der Behauptung, eine Kontrollbefugnis über die Kompetenzzusübung der EU zu besitzen, sofern eine qualifizierte Kompetenzüberschreitung durch Unionsorgane zugleich zu einer Verletzung der nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützten deutschen Verfassungsidentität führt.<sup>91</sup>

Die Vorlage ist in erstaunlich herausforderndem Ton formuliert,<sup>92</sup> so als müsste das BVerfG zeigen, dass es ab jetzt mit der Ultra-vires- und der Identitätskontrolle Ernst macht. Zuvor hatte das BVerfG die an es herangetragenen Identitätsrügen eher europafreundlich abgehandelt. Im Honeywell-Beschluss etwa, in dem die Mangold-Entscheidung des EuGH zu überprüfen war, die vielen als Paradebeispiel für ein Ultra-vires-Handeln des EuGH gilt,<sup>93</sup> hatte das BVerfG die Anforderungen an eine Ultra-vires-Rüge sogar noch verschärft und so die eigenen Kontrollbefugnisse zugunsten eines kooperativen Miteinanders von EuGH und BVerfG sehr eng definiert. Eine Identitäts- und Ultra-vires-Rüge sollte nur möglich sein, wenn „die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG)“. Der Kompetenzverstoß müsse „hinreichend qualifiziert“ sein, also offenkundig und schwerwiegend und im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung von Gewicht.<sup>94</sup> Aufgrund des Verstoßes muss es zu einer „strukturelle[n] Verschiebung im System konstitutioneller Macht und Einflussverteilung“ kommen.<sup>95</sup>

Beim OMT-Vorlagebeschluss nun, der die Ankündigung des EZB-Rates zum Gegenstand hatte, notfalls unbegrenzt Staatsanleihen von Euro-Krisenländern am Sekundärmarkt aufzukaufen, um den Euro zu stabilisieren, war weder eine offensichtliche Kompetenzüberschreitung noch eine strukturelle Verschiebung im System konstitutioneller Macht zu

erkennen.<sup>96</sup> Da das BVerfG aber nominell an den anspruchsvollen Kriterien für eine Identitätsrüge nach dem Honeywell-Beschluss festhielt, musste die Behauptung eines Ultra-vires-Aktes der EZB, also die Darstellung, warum die OMT-Beschlüsse so evident außerhalb der Kompetenz der EZB lagen, mit besonderem Nachdruck erfolgen. Das mag erklären, warum das BVerfG in seinem Vorlagebeschluss einerseits eine Ultra-vires-Feststellung trifft, es aber andererseits dann doch erst noch eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 Abs. 2 AEUV einfordert, um die Frage der Kompetenzüberschreitung durch die EZB vom EuGH klären zu lassen.<sup>97</sup> Dabei gibt aber der Vorlagebeschluss fast diktathaft vor, wieso das OMT-Programm (nach Ansicht des BVerfG) das europäische Kompetenzgefüge sprengt und unter welchen einschränkenden Voraussetzungen es überhaupt nur denkbar wäre, dass das OMT-Programm den Demokratiekerne der deutschen Verfassung nicht beeinträchtigt.<sup>98</sup> Dieses Vorgehen des BVerfG wurde von den Kritikern so gelesen, dass sich das BVerfG auf einen Konflikt mit dem EuGH vorbereitet und testet, wie der EuGH auf die Geltendmachung des verfassungsgerichtlichen Kontrollanspruchs mit der Ultra-vires-Doktrin reagiert.<sup>99</sup> Dass die OMT-Beschlüsse selbst gar nicht das Problem waren, belegt auch die spätere Reaktion des BVerfG auf die Vorabentscheidung des EuGH. Der EuGH befand, dass die OMT-Beschlüsse vom Mandat der EZB gedeckt seien und auch nicht gegen das Verbot der monetären Staatsfinanzierung oder gegen das Umgehungsverbot aus Art. 123 Abs. 1 AEUV verstoßen würden.<sup>100</sup> Dabei ging er auf zahlreiche Bedenken BVerfG gar nicht erst ein,<sup>101</sup> und auch nicht auf dessen provokante Andeutung, eine Kontrollkompetenz nach der bundesverfassungsgerichtlichen Ultra-vires-Doktrin zu besitzen.<sup>102</sup> Anstatt nun aber das Urteil des EuGH selbst zum Ultra-vires-Akt zu erklären, was eigentlich die konsequente Antwort des BVerfG hätte sein müssen, wenn man bedenkt, dass das BVerfG bzgl. der OMT-Beschlüsse im Vorlagebeschluss bereits eine Ultra-vires-Feststellung getroffen und zugleich eine Verletzung des Demokratiekerne der Verfassung geltend gemacht hat, stellte das BVerfG in der Folge nur fest, dass sich die Deutsche

<sup>90</sup> BVerfG NVwZ 2014, 501 (OMT-Beschlüsse), m. krit. Anm. Gött, EuR 2014, 514; Mayer, EuR 2014, 473.

<sup>91</sup> BVerfG NJW 1993, 3047 (3052 – Maastricht-Urteil); vert. Mayer, EuR 2014, 473 (480); Gött, EuR 2014, 514 (516).

<sup>92</sup> Herausfordernd deswegen, weil die Begründung des Beschlusses dem EuGH gleichsam vorgibt, wie zu entscheiden ist, damit die vom BVerfG ins Feld geführte Verfassungsidentität gewahrt bleibt, also keine echte Frage stellt; Mayer, EuR 2014, 473 (483); Ludwig, NVwZ 2015, 537 (540).

<sup>93</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981.

<sup>94</sup> BVerfG NJW 2010, 3422 (3424); Calliess, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 24 Abs. 1 Rn. 139; Gött, EuR 2014, 514 (517).

<sup>95</sup> BVerfG NJW 2010, 3422 (3425); Calliess (Fn. 94), Art. 24 Abs. 1 Rn. 139.

<sup>96</sup> Abweichende Meinung des Verfassungsrichters Gerhard in BVerfG NJW 2014, 907 (919, Rn. 16 f. – OMT-Beschlüsse); Ludwig, NVwZ 2015, 537 (539, 540); Mayer, EuR 2014, 473 (504).

<sup>97</sup> Zu den Hintergründen dieser in sich widersprüchlichen Strategie siehe Mayer, EuR 2014, 473 (478 f.).

<sup>98</sup> Dazu Mayer, EuR 2014, 473 (482 ff.); Herrmann/Dornacher, EuZW 2015, 579 (582).

<sup>99</sup> Zu den Zweifeln an der Zulässigkeit einer Vorlage unter Art. 267 AEUV, wenn es dem vorlegenden Gericht eigentlich nur darum geht, einen eigenen Letztentscheidungsanspruch geltend zu machen Mayer, EuR 2014, 473 (483 f.).

<sup>100</sup> EuGH NJW 2015, 2013 (Gauweiler); m. Anm. Klement, JZ 2015, 754; Herrmann/Dornacher, EuZW 2015, 579.

<sup>101</sup> Zu den Sachargumenten des BVerfG, mit denen sich der EuGH nicht oder nicht hinreichend auseinandersetzt siehe Klement, JZ 2015, 754 (759 f.).

<sup>102</sup> Herrmann/Dornacher, EuZW 2015, 579 (582).

Bundesbank an einer künftigen Durchführung des OMT-Programms doch beteiligen dürfte, wenn und soweit die vom EuGH aufgestellten (Verhältnismäßigkeits-)Maßgaben für dieses Programm erfüllt sind.<sup>103</sup> Das Urteil des EuGH wird also trotz der früheren Drohgebärden als bindend akzeptiert.<sup>104</sup> Allerdings lässt sich das BVerfG zugleich nicht nehmen, noch einmal über mehrere Seiten hinweg ausführlich zu erklären, wie es selbst das Kooperationsverhältnis mit dem EuGH in der Europäischen Rechtsgemeinschaft versteht und dass es an der eigenen Befugnis zur Identitätskontrolle und einer (davon abzugrenzenden) Ultra-vires-Kontrolle festhält.<sup>105</sup>

Die nächste „Identitätskontrolle“, die das BVerfG ankündigte, betraf eine Auslieferung aufgrund eines europäischen Haftbefehls („EuHB“), also einen Sachverhalt, bei dem nationale Gerichte EU-Sekundärrecht – genauer die Bestimmungen des Europäischen Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl 2002/583/EU<sup>106</sup> – anzuwenden hatten, so dass – ähnlich wie im Fall Melloni – die Verdrängung identitätsbestimmender nationaler Grundrechtsstandards aufgrund Bindung an den Anwendungsvorrang des EU-Sekundärrechts im Raum stand. Zu diesem Zeitpunkt warteten die nationalen Gerichte zudem sehnlichst auf Klärung der mit den Urteilen Melloni und Radu aufgeworfenen Frage, ob der Anwendungsvorrang des EU-Rechts, konkret der Anwendungsvorrang des EU-Rahmenbeschlusses über den EuHB, dazu führen konnte, dass § 73 S. 2 IRG unanwendbar wird, also die Norm, die für Auslieferung im EU-Raum ein Auslieferungsverbot bei Beeinträchtigung des europäischen *ordre public* vorsieht.<sup>107</sup> Wenn ja, so würde dies bedeuten, dass die Gerichte Personen aufgrund eines EuHB selbst dann ausliefern müssten, wenn nicht garantiert werden kann, dass diesen Personen im Ausstellerstaat des EuHB die Mindestbedingungen von Fairness und menschenwürdiger Behandlung zuteilwerden, die für die deutsche Verfassungsordnung nach Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG identitätsrelevant sind.

Das BVerfG lieferte die Antwort: § 73 S. 2 IRG bleibt anwendbar.<sup>108</sup> Der europäische *Ordre-public*-Vorbehalt gilt

auch im Fall der richterlichen Umsetzung von Unionsrecht, selbst wenn damit die effektive Umsetzung dieses Unionsrechts eingeschränkt oder gar unmöglich gemacht werden sollte. Den europäischen *ordre public* zu wahren, so das BVerfG, sei sogar unionsrechtliche Pflicht.<sup>109</sup>

Das Ganze hatte allerdings einen Schönheitsfehler: Der dem BVerfG vorliegende Fall eignete sich gar nicht dazu, eine so grundlegende Entscheidung unter Berufung auf den Identitätskern der deutschen Verfassung zu treffen. Tatsächlich hätte es genügt festzustellen, dass das OLG Düsseldorf, um dessen Auslieferungsbewilligung es ging, bei seiner Auslieferungsentscheidung, d.h. beim Ausfüllen der durch das Unionsrecht eingeräumten Beurteilungsspielräume, Grundrechte missachtet hatte. Eine Identitätsbedrohung durch Unionsrecht lag gar nicht vor. Es gab nur ein nationales Urteil, das Grundrechte ignorierte bzw. das § 83 Nr. 3 IRG a.F. (= § 83 Abs. 4 IRG n.F.) fehlerhaft anwendete.<sup>110</sup>

Zum Ausgangspunkt: In Melloni und Radu hatte der EuGH mit großer Deutlichkeit zum EuHB entschieden, dass die Vollstreckung eines EuHB ausschließlich wegen der in Art. 3, 4 oder 4a des Rahmenbeschlusses zum EuHB genannten Gründe abgelehnt werden darf bzw. dass die Ausführung eines EuHB nur unter die von Art. 5 des Rahmenbeschlusses vorgegebenen Bedingungen gestellt werden darf. Weitergehende Ausschlussgründe oder Ausführungsbedingungen, egal ob durch nationales Verfassungsrecht begründet oder durch europäische Menschenrechtsstandards, die der Rahmenbeschluss nicht anerkennt, wurden damit inzident für unzulässig erklärt. Daraus schloss man in der Folge, dass der EuGH § 73 S. 2 IRG *de facto* die europarechtliche Legalität entzogen habe.<sup>111</sup>

Konkret ging es im Verfahren des BVerfG um eine Auslieferung nach Italien. Der Beschwerdeführer sollte auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils ausgeliefert werden, obwohl er glaubhaft vortrug, in Abwesenheit und ohne seine Kenntnis verurteilt worden zu sein, und dass es nach aktueller Gesetzeslage in Italien nicht gesichert sei, dass er im Anschluss an seine Überstellung ein neues Verfahren würde beantragen

<sup>103</sup> BVerfG NJW 2016, 2473 (2483, Rn. 174 ff. – Verfassungsmäßigkeit des OMT-Programms).

<sup>104</sup> BVerfG NJW 2016, 2473 (2483 ff., Rn. 176 ff. – Verfassungsmäßigkeit des OMT-Programms).

<sup>105</sup> BVerfG NJW 2016, 2473 (2477 ff., Rn. 136 ff. – Verfassungsmäßigkeit des OMT-Programms); „lehrbuchhaft“ *Ruffert*, JuS 2016, 756 (759).

<sup>106</sup> In der konsolidierten Fassung nach der Änderung durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26.2.2009, ABl. EU L 81/24 vom 27.3.2009.

<sup>107</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (420); *Brodowski*, HRRS 2013, 54; *Vogel*, in: Grütner/Pötzt/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Kommentar, 2007, § 73 IRG Rn. 138; *Satzger*, NStZ 2016, 514 (515); implizit auch *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1280).

<sup>108</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (416, Rn. 83 – Italienischer Haftbefehl): „Diese Vorgaben [des EuHB] entbinden deutsche Behörden und Gerichte jedoch nicht von der Verpflichtung,

auch bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls die Grundsätze des Art. 1 Abs. 1 GG sicherzustellen (Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) [...]. Insoweit wird der den europäischen Auslieferungsverkehr beherrschende Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens durch die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG begrenzt.“

<sup>109</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (417 f., Rn. 85, 91–94 – Italienischer Haftbefehl); *Satzger*, NStZ 2016, 514 (518); krit. zur Behauptung einer europarechtlichen Pflicht *Brodowski*, JR 2016, 415 (422 f.).

<sup>110</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (421, 422); *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (279, 282 f.); *ders.*, HRRS 2016, 552 (553 f.); *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423).

<sup>111</sup> *Brodowski*, HRRS 2013, 54 (56); *Ambos/Poschadel*, in: *Ambos/König/Rackow* (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 2015, Kap. 1 Rn. 70 ff.; *Satzger*, NStZ 2016, 514 (517 f.).

können. Nun lässt der Rahmenbeschluss über den EuHB in Art. 4a Abs. 1 lit. d i) den Mitgliedstaaten die Freiheit, die Vollstreckung eines EuBH zu verweigern, wenn der Betroffene in Abwesenheit verurteilt wurde (ohne davon zu wissen) und es nicht gesichert ist, dass er nach seiner Auslieferung von einem „Recht auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder auf ein Berufungsverfahren in Kenntnis gesetzt werden wird, an dem die Person teilnehmen kann und bei dem der Sachverhalt, einschließlich neuer Beweismittel, erneut geprüft werden und die ursprünglich ergangene Entscheidung aufgehoben werden kann“. Der deutsche Gesetzgeber hat diese europäische Vorgabe in § 83 Abs. 4 IRG n.F. (= § 83 Nr. 3 IRG a.F.) so umgesetzt, dass eine Auslieferung dann, wenn eine neue umfassende Verhandlung nicht garantiert ist, unzulässig ist.<sup>112</sup> Die Ausführung des Haftbefehls also abgelehnt werden „muss“ (nicht nur „kann“). Für das OLG Düsseldorf kam es insoweit eigentlich nur darauf an zu klären, ob der Betroffene nach seiner Auslieferung in Italien auf jeden Fall eine neue Verhandlung mit umfassender Beweisaufnahme einfordern würde können. Doch anstatt von den italienischen Strafverfolgungsbehörden konkrete Garantien zu fordern, gab sich das OLG mit vagen Angaben der Generalstaatsanwaltschaft Florenz zufrieden, wonach ein Verfahren mit erneuter Beweisaufnahme jedenfalls nicht ausgeschlossen erschien, sofern der Beschwerdeführer über den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Art. 175 CPP eine Wiedereinsetzung in die Rechtsmittel- oder Einspruchsfristen erreichen könnte.<sup>113</sup> Was das OLG Düsseldorf dann tat, war gemessen an § 83 Nr. 3 IRG a.F. schlicht rechtsfehlerhaft. Es gab sich mit den vagen Angaben zufrieden und räumte der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und der justiziellen Zusammenarbeit in der EU generell den Vorrang vor den menschenrechtlichen Gefahren für den Betroffenen ein.<sup>114</sup> Das aber hätte der Rahmenbeschluss über den EuHB gar nicht verlangt. Der Rahmenbeschluss belässt den Mitgliedstaaten die Option, im Fall eines Abwesenheitsurteils eine Auslieferung unter die Bedingung einer erneuten Verhandlung in der Sache mit vollständiger Beweisaufnahme zu stellen. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Option in § 83 Nr. 3 IRG a.F. (bzw. § 83 Abs. 4 IRG n.F.) mit Blick auf sein Verständnis von einem fairen Verfahren zur Pflicht erklärt. Kurzum: Eine Auslieferung darf bei einer Abwesenheitsverurteilung, die ohne Wissen des Betroffenen erging, nur bewilligt werden, wenn sicher feststeht, dass eine neue vollständige Beweisverhandlung eingefordert werden kann. Indem das OLG Düsseldorf die vagen Angaben der italienischen Generalstaatsanwaltschaft zur Möglichkeit einer Wiedereinsetzung als Garantie für eine neue Verhandlung genügen ließ, verletzte es § 83 Nr. 3 IRG a.F. (heute

§ 83 Abs. 4 IRG)<sup>115</sup> und missachtete implizit die gemäß Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG im Auslieferungsverfahren zu gewährleistenden justiziellen Fairnessgarantien.<sup>116</sup> Damit lag eigentlich ein Normalfall einer Verfassungsbeschwerde gegen eine (in grundrechtsrelevanter Form fehlerhafte) Gerichtsentscheidung vor und kein Sachverhalt, der zu einer Identitätskontrolle taugte. Hier kollidierte kein europäisches (Sekundär-)Recht mit deutschem Recht. Das europäische Recht gebot keine Auslieferung, was mit § 83 Nr. 3 IRG a.F. vereinbar war, der unter den festgestellten Umständen die Auslieferung verbot.<sup>117</sup> Damit mussten hier keine deutschen Rechtsgarantien anderslautenden Bestimmungen des europäischen Sekundärrechts weichen, und vor allem wurden keine für die Verfassungsidentität relevanten Justizgrundrechte durch vorrangig anwendbare Bestimmungen des Unionsrechts verdrängt.<sup>118</sup> Dass das BVerfG dennoch die Chance nutzte, anlässlich des Sachverhalts ein Identitätskontrollverfahren einzuleiten, erntete viel Kritik.<sup>119</sup> Diese setzt an folgenden Punkten an:

aa) Grundrechtsverstöße im Rechtshilfeverfahren scheinen dort, wo Unionsrecht im Hintergrund steht, nun generalisiert nach dem (reduzierten) Schutzmaßstab der Identitätskontrolle überprüft zu werden, was für den Beschwerdeführer zugleich bedeutet, dass seine Verfassungsbeschwerde nur mit den besonderen Darlegungs- und Begründungsanforderungen einer Identitätsrüge zulässig ist.<sup>120</sup> Er kann nicht einfach nur den Grundrechtsverstoß in der Anwendung der deutschen Normen des Rechtshilfeverfahrens darlegen, sondern muss, wenn der Sachverhalt Berührung mit EU-Rechtshilfeinstrumenten aufweist, zusätzlich dartun, dass auch der Identitätskern der Verfassung bedroht ist, so wie er sich aus Art. 79 Abs. 3 GG (i.V.m. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG) und zentralen Vorgaben des Prinzips der Achtung der Menschenwürde und daraus abgeleiteter grundlegender Verfahrensprinzipien nach Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG definiert. Zu rügen ist die Verletzung eines unabdingbaren Maßes an Grundrechtsschutz, basierend auf einer substantiierten Darlegung, dass im konkreten Fall die Würde des Menschen tatsächlich beeinträchtigt wird.<sup>121</sup> Das BVerfG hat so durch die Verknüpfung der Grundrechtsprüfung mit einer Identitätskontrolle die Rügeanforderungen

<sup>115</sup> *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (279).

<sup>116</sup> *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423).

<sup>117</sup> *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423); *Satzger*, NStZ 2016, 514 (518).

<sup>118</sup> *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (283); *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423).

<sup>119</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (421 ff.); *Kühne*, StV 2016, 299 (302); *F. Meyer*, NJECL 2016, 277; *ders.*, HRRS 2016, 552; *Satzger*, NStZ 2016, 514 (519); *Schönberger*, JZ 2016, 422; Übersicht bei *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 10 Rn. 158, Fn. 883.

<sup>120</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (424); als „fundamentale tektonische Verschiebung mit weitreichenden Konsequenzen“ wird das Vorgehen des BVerfG bezeichnet bei *F. Meyer*, HRRS 2016, 552 (554, 556 ff.).

<sup>121</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 = JZ 2016, 410 (411, Rn. 36).

<sup>112</sup> *F. Meyer*, in: *Ambos/König/Rackow* (Fn. 111), 2015, Kap. 2 Rn. 912 f.

<sup>113</sup> BVerfG JZ 2016, 410 f. (Italienischer Haftbefehl); krit. *Satzger*, NStZ 2016, 514 (519 ff.).

<sup>114</sup> Das Gericht muss die volle richterliche Überzeugung gewinnen, dass auf Antrag des Betroffenen ein neues Verfahren mit hinreichenden Teilnahmerechten zugestanden wird; *F. Meyer* (Fn. 112), Kap. 2 Rn. 913.

im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde erheblich verschärft und zugleich den Schutzstandard für den Betroffenen abgesenkt.<sup>122</sup> Das ist ein hoch ambivalentes Vorgehen, durch das es dem BVerfG zum einen gelingt, entschlossen zum Ausdruck zu bringen, dass es sich weiter eine Kompetenz zur Ultra-vires- und Identitätskontrolle auf Basis von Art. 4 Abs. 2 AEUV zuschreibt (die der EuGH so nie bestätigt hat), und gleichzeitig wirkt die Verschärfung der Rügeanforderungen europarechtsfreundlich, weil die grundrechtliche Überprüfung des Rechtshilfeakts auf das beschränkt wird, was das BVerfG für den Maßstab eines europäischen ordre public nach Art. 6 EUV hält, gelesen i.V.m. den Vorgaben von EMRK und GRC.<sup>123</sup> Das BVerfG fordert mehr europäischen Grundrechtsschutz und liefert zugleich weniger eigenen Grundrechtsschutz; diesen aber dann mit mehr Kampfgeist.<sup>124</sup>

bb) Deutliche Kritik wurde weiterhin daran geübt, wie das BVerfG den Bezug zur Verfassungsidentität nach Art. 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 3 und Art. 79 Abs. 3 GG begründet. Das BVerfG entwickelt mit hohem Begründungsaufwand, dass die Ermittlung des wahren Sachverhalts bzw. eine Verurteilung aufgrund eines Sachverhalts, der in streitiger, die Teilhaberechte des Betroffenen während der Verhandlung festgestellt wurde, konstituierend für das Schuldprinzip ist. Letzteres wiederum ist Ausfluss der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG, so dass eine Auslieferung aufgrund eines (in Unkenntnis des Betroffenen ergangenen) Abwesenheitsurteils ohne Garantie eines neuen Verfahrens die „nach dem Grundgesetz unabdingbaren und von der Garantie der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 2 GG umfassten Verteidigungsrechte“ verletze.<sup>125</sup> Kritisiert wird hier vor allem, dass das Schuldprinzip mit prozessualen Gewährleistungsinhalten „aufgebläht“ und zugleich „ausgefranst“ und seinem eigentlichen Kerngehalt entfremdet wird.<sup>126</sup> Das BVerfG setze die Tendenz fort, die Schutzgehalte der Grundrechte aus Art. 2 bis 19 GG in Art. 1 GG hineinzulesen. Diese „Hochzoning“ einfacher Grundrechtsfragen zum Menschenwürdeproblem verdränge die vorhandene ausdifferenzierte Grundrechtsrechtsprechung zum Auslieferungsrecht.<sup>127</sup> Nicht ausgeschlossen sei zudem, dass der Trend zum Verdrängen ausdifferenzierter Grundrechtsdogmatik auf andere Rechtsbereiche übergreift. Erwartet wird daher, dass die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 1 Abs. 1 GG im innerstaatlichen Bezug un-

vorhersehbarer, sprunghafter wird.<sup>128</sup> Für das Strafrecht wird konkret befürchtet, dass mit einem derart überhöhten Schuldgrundsatz die Bedeutung der schuldangemessenen Strafe verabsolutiert und durch die Betonung, Kriminalstrafe sei „sozial-ethisches Unwerturteil“, diejenigen, die eine Strafe trifft, zusätzlich stigmatisiert werden.<sup>129</sup> Für die Praxis der Auslieferung aufgrund eines EuHB stellt sich zudem die Frage, ob Auslieferungen nun nicht generell verweigert werden müssten, wenn die Menschenwürde des Betroffenen im Aufnahmestaat in irgendeiner Form beeinträchtigt werden könnte, z.B. weil dort andere Verfahrens- oder Sanktionsmaßstäbe gelten.<sup>130</sup> Wenn sich solche Probleme ergeben, so werden die mit Auslieferungen befassten Gerichte in Zukunft auch immer zu entscheiden haben, ob im Aufnahmestaat „nur“ eine „normale“ Grundrechtsverletzung droht oder ob durch das Risiko der Rechtsverletzung „schon“ der Anwendungsbereich der Menschenwürde berührt ist. Auch befinden sie sich in der Zwickmühle entscheiden zu müssen, ob zur Klärung dieser Frage das BVerfG oder der EuGH über Art. 267 Abs. 3 AEUV bemüht wird.<sup>131</sup>

Das BVerfG hat diese zweite Frage zwischenzeitlich so beantwortet, dass es den Fachgerichten aufgetragen hat, erst einmal den EuGH zum europäischen Grundrechtsstandard zu befragen, bevor das BVerfG angerufen wird.<sup>132</sup> Dies gilt zumindest, solange der Schutzzumfang der Unionsgrundrechte der GRC in ihrer spezifischen Auslegung durch den EuGH noch unklar ist.<sup>133</sup>

All diese Folgekosten hätten für die konkrete Fallentscheidung, wie dargelegt, gar nicht eingegangen werden müssen, denn auch der Rahmenbeschluss über den EuHB gebietet keine Auslieferung, wenn das Risiko besteht, dass im Ausstellerstaat essentielle Verfahrensgarantien missachtet werden. Art. 1 Abs. 3 und der 12. Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses fordern vielmehr, die Grundrechte zu beachten, wie sie sich aus den in Art. 6 EUV anerkannten Grundsätzen und aus der GRC, v.a. aus den Justizgrundrechten der Art. 47 ff. GRC ergeben.<sup>134</sup> Hieran anknüpfend legt das BVerfG im Urteil in einer Aufzählung von Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK dar, welche Teilhaberechte zu den anerkannten Mindestfairnessgarantien aus Art. 6 EMRK zählen und damit auch über Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC das Mindestschutzniveau an justizieller Teilhabe nach Art. 47 GRC und damit auch den Schutzstandard eines europäischen ordre public nach Art. 6 Abs. 3 EUV definieren.<sup>135</sup> Aus dieser

<sup>122</sup> Brodowski, JR 2016, 415 (424).

<sup>123</sup> Kühne, StV 2016, 299 (300).

<sup>124</sup> Diese Ambivalenz macht in der Folge auch die Einordnung der Entscheidung schwierig. Verfassungsrechtler sehen hierin das „Ende der Solange-Rechtsprechung“, während andere eine „Solange-III“-Entscheidung noch nicht erkennen können; vgl. Nettesheim, JZ 2016, 424 (428); a.A. Satzger, NSTZ 2016, 514 (519); Schönberger, JZ 2016, 422 (424): „Es geht hier allein um judikative Kommunikationspolitik“.

<sup>125</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (411, Rn. 34; 413 f., Rn. 53 ff. – Italienischer Haftbefehl).

<sup>126</sup> Nettesheim, JZ 2016, 424 (427 f.); Brodowski, JR 2016, 415 (423 f., 427); F. Meyer, NJECL 2016, 277 (281).

<sup>127</sup> Schönberger, JZ 2016, 422 (424).

<sup>128</sup> Nettesheim, JZ 2016, 424 (427 f.).

<sup>129</sup> Brodowski, JR 2016, 415 (427 f.).

<sup>130</sup> Nettesheim, JZ 2016, 424 (427); Sauer, NJW 2016, 1134 (1137); Beispiele bei F. Meyer, NJECL 2016, 277 (293); ders., HRRS 2016, 552 (557 f.); Satzger, NSTZ 2016, 514 (522).

<sup>131</sup> Sauer, NJW 2016, 1134 (1137).

<sup>132</sup> BVerfG NJW 2018, 686 (Rn. 37 ff.).

<sup>133</sup> BVerfG NJW 2018, 686 (688, Rn. 48 f.).

<sup>134</sup> Vgl. BVerfG JZ 2016, 410 (418, Rn. 93 – Italienischer Haftbefehl).

<sup>135</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (418 f., Rn. 96 ff. – Italienischer Haftbefehl).



Rechtsprechungsübersicht ergibt sich für das BVerfG, dass „die unionsrechtlichen Anforderungen an die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nicht hinter denjenigen zurück[-bleiben], die das Grundgesetz als von Art. 1 Abs. 1 GG gebotene Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten enthält.“<sup>136</sup> Deswegen könne es im konkreten Fall auch offen bleiben, inwieweit bei der Auslegung des Rahmenbeschlusses zusätzlich noch auf Art. 4 Abs. 2 EUV zurückzugreifen ist mit dem Gebot der Berücksichtigung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten.<sup>137</sup> Die Grundrechte missachtet hatten also weder der europäische Gesetzgeber noch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den EuHB im IRG, sondern allein das OLG Düsseldorf, das den Sachverhalt bezüglich der möglichen Rechtsbehelfe des Betroffenen nicht ausreichend aufgeklärt hatte.<sup>138</sup> Im Ergebnis erweist sich der Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015 als reine Drohgebärde, ohne dass eine echte Konfrontation mit dem EuGH gesucht wird.<sup>139</sup> Nur die Art und Weise, wie das BVerfG für sich in Anspruch nimmt, eigene Identitätskontrollbefugnisse aus Art. 4 Abs. 2 EUV heraus- und das Grundrechtsschutzniveau aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK in die Normen des Rahmenbeschlusses über den EuHB hineinzulesen, könnten einen Konflikt mit dem EuGH begründen. Diesen aber vermeidet das BVerfG durch einen Rückgriff auf die „acte-clair“-Doktrin. Die richtige Anwendung des Unionsrechts sei hier derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel an der Auslegung des Unionsrechts (und damit für eine Vorlage zum EuGH) kein Raum bleibe.<sup>140</sup>

#### 4. Die Früchte des Dialogs – die EuGH-Urteile in Aranyosi, Taricco und M.A.S und M.B.

Die (für den EuGH ungefährliche) Konfrontationsstrategie des BVerfG war jedenfalls insoweit erfolgreich, als der EuGH in den Folgeurteilen Wert darauf legte, in Auslieferungsfragen mehr Rücksicht auf innereuropäische Grundrechtsschutzstandards zu nehmen.

##### a) Zum EuGH-Urteil Aranyosi und Căldăraru

Im Urteil Aranyosi und Căldăraru stellte er z.B. fest, dass die Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls nicht zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung des Betroffenen in der Haft im Aufnahmestaat führen darf.<sup>141</sup> Bestehe eine echte Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung aufgrund der Haftbedingungen im Aufnah-

mestaat, so sei es nach Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 GRC und Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses über den EuHB geboten, eine Auslieferung zu unterlassen.<sup>142</sup> Unter „außergewöhnlichen Umständen“ seien Beschränkungen der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten möglich, vor allem, wenn die Verletzung eines Grundrechts droht, das „eng mit der Achtung der Würde des Menschen verbunden“ und „absolut“ gewährleistet ist, wie eben das Recht aus Art. 4 GRC.<sup>143</sup> Eine echte Kehrtwende in dem Sinne, dass der EuGH allgemein einen europäischen ordre public als Grenze der Auslieferungsverpflichtung anerkennen würde, der jenseits der im Rahmenbeschluss über den EuHB aufgezählten Gründe Auslieferungen verbieten kann, vollzog der EuGH in Aranyosi und Căldăraru nicht. Er beschrieb die im Rahmenbeschluss aufgezählten Ablehnungsgründe weiterhin als grundsätzlich abschließend.<sup>144</sup> Das Urteil gibt also auch § 73 S. 2 IRG keine europäische Legitimation und lässt offen, ob bei anderen (menschenwürdebezogenen) Grundrechtsverletzungen ebenfalls Ausnahmen vom Vollstreckungszwang anerkannt werden könnten.<sup>145</sup> Dennoch zeigt der EuGH hier den guten Willen, einen Schritt auf das BVerfG zuzugehen und seine Sorge um die Wahrung der Menschenwürde im Rechtshilfeverfahren bei Umsetzung von Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung zu besänftigen.<sup>146</sup>

##### b) Die EuGH-Urteile Taricco et al. und M.A.S. und M.B.

Im Urteil M.A.S. und M.B. hat sich der EuGH ferner bereit gezeigt, den Anwendungsvorrang des Europarechts zurückzunehmen, wenn (substantiiert) vorgebracht wird, dass durch Verdrängung der nationalen Regeln ein Kerngrundsatz der nationalen Verfassungsordnung verletzt würde.<sup>147</sup> Dabei gesteht der EuGH den nationalen Verfassungsgerichten aber weiterhin nicht die Kompetenz zu, den Kern der nationalen Identität, die er nach Art. 4 Abs. 2 EUV zu berücksichtigen hätte, selbst zu definieren. Das Urteil M.A.S. und M.B. ist insoweit zwar Ausdruck von Dialogbereitschaft des EuGH, aber nicht mehr.<sup>148</sup> Gleichzeitig ist es in systematischer Hinsicht so konfus, dass in der Folge ein Streit um die Grenzen des Prinzips des Anwendungsvorrangs entbrannt ist.

Ausgangspunkt des Urteils M.A.S. und M.B. war das zwei Jahre zuvor ergangene EuGH-Urteil in Taricco et al.<sup>149</sup>

<sup>136</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (419, Rn. 106 – Italienischer Haftbefehl).

<sup>137</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (419, Rn. 106 – Italienischer Haftbefehl).

<sup>138</sup> Zu den Aufklärungsanforderungen BVerfG JZ 2016, 410 (414 f., Rn. 63 ff.; 419 f., Rn. 109 – Italienischer Haftbefehl).

<sup>139</sup> Satzger, NStZ 2016, 514 (518).

<sup>140</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (419 f., Rn. 109 – Italienischer Haftbefehl); krit. Satzger, NStZ 2016, 514 (519).

<sup>141</sup> EuGH NJW 2016, 1709 (Aranyosi und Căldăraru) m. Anm. Böhm.

<sup>142</sup> EuGH NJW 2016, 1709 (1712, Rn. 88 – Aranyosi und Căldăraru); zum Gefahrenbegriff des EuGH Satzger, NStZ 2016, 514 (520).

<sup>143</sup> EuGH NJW 2016, 1709 (1712, Rn. 82, 85 f. – Aranyosi und Căldăraru).

<sup>144</sup> Böhm, NJW 2016, 1713 (1714), zu EuGH NJW 2016, 1709 (1711, Rn. 80 – Aranyosi und Căldăraru).

<sup>145</sup> Brodowski, JR 2016, 415 (431).

<sup>146</sup> So Satzger, NStZ 2016, 514 (521).

<sup>147</sup> EuGH NJW 2018, 217 (219, Rn. 46 f. – M.A.S. und M.B.) m. Anm. Pilz, JZ 2018, 300, m. krit. Anm. F. Meyer.

<sup>148</sup> Diese Dialogbereitschaft betont der EuGH NJW 2018, 217 (218, Rn. 22 ff. – M.A.S. und M.B.).

<sup>149</sup> EuGH StV 2017, 65 (Taricco) m. im Erg. zust. Anm. Kubiciel; krit. Bülte, NZWiSt 2015, 396; Wegener, wistra,



Das Tribunale di Cuneo hatte den EuGH darin gleichsam um Hilfe gebeten,<sup>150</sup> einen Weg zu finden, die viel zu knapp berechneten Verjährungsregeln des italienischen Strafrechts unangewendet zu lassen, um den Abschluss eines sehr komplexen Strafverfahrens wegen schweren Mehrwertsteuerbetrugs zu ermöglichen.<sup>151</sup> Das italienische StGB sah für schwere und organisierte Mehrwertsteuerbetrugereien nur eine relativ kurze Verjährungsfrist vor. Problematisch war aber vor allem eine prozessuale Regelung, die festlegte, dass selbst im Fall der Unterbrechung der Verjährung durch ein Strafverfahren die Verjährungsfrist lediglich um ein Viertel der ursprünglichen Dauer verlängert werden dürfe. Das reichte oft nicht aus und infolge dieser Regeln blieben viele schwere Mehrwertsteuerstraftaten de facto straffrei.<sup>152</sup> Für die EU war dieser Zustand natürlich besonders misslich, da die Mehrwertsteuereinnahmen zu den Eigenmitteln der EU zählen. Es verwundert also wenig, dass der EuGH auf Anrufung des Tribunale di Cuneo hin diesem „half“, das Strafverfahren zum Abschluss zu bringen. Das Unionsrecht, so der EuGH, gebiete es, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten bestimmte Vorschriften ihres innerstaatlichen Rechts zur Verjährung von Straftaten unangewendet lassen, wenn es nur so möglich ist, eine wirksame Ahndung von Steuerdelikten sicherzustellen.<sup>153</sup> Abgeleitet wurde diese Verpflichtung aus Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV, wonach die Mitgliedstaaten die Pflicht haben, rechtswidrige Handlungen, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, mit abschreckenden und wirksamen Maßnahmen zu bekämpfen. Sollten nationale Verjährungsregeln dafür sorgen, dass die Mitgliedstaaten dieser „Ergebnispflicht“ nicht genügen, so hätten die Bestimmungen aus Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV unmittelbar Vorrang gegenüber innerstaatlichem Recht. Entgegenstehende nationale Regeln würden ohne Weiteres unanwendbar.<sup>154</sup> Einzige Ausnahme: Wenn eine Verjährung schon eingetreten ist, sei mit Blick auf die Gebote von Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit (Art. 49 GRC) jede weitere Strafverfolgung unzulässig.<sup>155</sup>

Wegen der allbekannten systemischen Mängel der italienischen Justiz hat das Urteil Taricco im Ergebnis durchaus Zustimmung erfahren.<sup>156</sup> Aber in der Begründung ist es an-

greifbar. Zunächst bleibt offen, warum eine Norm wie Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV nationales Recht verdrängen kann. Die dafür in *Costa/E.N.E.L.* entwickelte Kollisionsregel gilt nur für unmittelbar anwendbares Unrechtsrecht, und unmittelbar anwendbar sind nur solche Regeln, die klar und unbedingte sind, die auf einen Sachverhalt unmittelbar, ohne einen weiteren Vollzugsakt eines nationalen oder europäischen Organs anwendbar sind.<sup>157</sup> Unmittelbar anwendbar sind nur solche Normen, die den Mitgliedstaaten keine Ermessensspielräume in der Normumsetzung zugestehen. Aber Art. 325 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV gestehen Ermessensspielräume zu. Art. 325 Abs. 1 AEUV verlangt, dass die Mitgliedstaaten zur Bekämpfung von Straftaten zulasten der finanziellen Interessen der Union Maßnahmen ergreifen, die „abschreckend sind“ und „effektiven Schutz bewirken“. Was für Maßnahmen dies sind, erklärt der Absatz nicht. Art. 325 Abs. 2 AEUV gebietet, dass die Mitgliedstaaten Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, mit den gleichen Maßnahmen bekämpfen, wie Betrügereien, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten. Nichts hiervon begründet unmittelbar anwendbares Straf- oder Strafverfahrensrecht. Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV können nationales Strafrecht also gar nicht verdrängen.

Für den Dialog um Menschenrechtsstandards in der Union noch viel interessanter sind die Ausführungen des EuGH zum Grundrechtsschutzniveau aus Art. 49 GRC bei nachträglicher Verlängerung einer noch laufenden Verjährungsfrist. Da es in *Taricco* um das Mehrwertsteuersystem ging, spielte sich der Sachverhalt in einem unionsrechtlich determinierten Kontext ab. Auf diese Fälle ist nach der Åkerberg-Fransson-Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC die Grundrechtecharta anzuwenden.<sup>158</sup> Deren Anwendung kann – wie im Urteil *Melloni* erklärt – dazu führen, dass die Grundrechte der GRC nationale Grundrechte, die ein höheres Grundrechtsschutzniveau bieten, verdrängen, soweit dies erforderlich ist, um den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>159</sup> Der Anwendungsvorrang des Unionsrecht findet aber wiederum dann seine Grenze, wenn die Minimierung des nationalen Schutzniveaus auf den europäischen Mindeststandard der Grundrechtecharta zu einer Beeinträchtigung dessen führt, was als nationaler Identitätskern der mitgliedstaatlichen Verfassung verstanden wird (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV). Der Fall *Taricco* betraf also genau die Fallkonstellation, die das BVerfG in seinen Verfahren bisher nur künstlich herbeigeredet hatte, um dem EuGH eine Identi-

tuation und die systemischen Mängel in der italienischen Justiz zugeschnitten. Es sei „Ausnahmerecht“.

<sup>157</sup> *Hochmayr*, HRRS 2015, 239 (242), unter Verweis auf EuGH NJW 1964, 2371(*Costa/E.N.E.L.*); siehe auch *Viganò*, NJECL 2018, 18 (19); *Weidemann*, wistra 2016, 49 (51); a.A. *Kubiciel*, StV 2017, 69 (70), der meint, es genüge, dass die Ergebnispflicht klar verlangt, dass die Staaten ihr Recht unionskonform auslegen und anwenden. Art. 325 AEUV sei auf jeden Sachverhalt unmittelbar anwendbar.

<sup>158</sup> Ausführlich *F. Meyer*, ZStW 128 (2016), 1089 (1098).

<sup>159</sup> *Bülte*, NZWiSt 2015, 396 (390).

2018, 107; *Gaede*, wistra 2016, 89 (94 f.); *Hochmayr*, HRRS 2015, 239 (242 f.); *Weidemann*, wistra 2016, 49 (51).

<sup>150</sup> Vgl. *Kokott*, NZWiSt 2017, 409 (412).

<sup>151</sup> EuGH StV 2017, 65 (66, Rn. 26 – *Taricco*).

<sup>152</sup> Einzelheiten zur Verfahrensrealität in Italien bei *Kubiciel*, StV 2017, 69; *Manacorda*, NJECL 2018, 4 (7 f.); *Gaede*, wistra 2016, 89 (94).

<sup>153</sup> EuGH StV 2017, 65 (68, Rn. 58 – *Taricco*); zuvor bereits Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.4.2015, Rechtssache C-105/14, Rn. 1, 72, 128.

<sup>154</sup> EuGH StV 2017, 65 (67 f., Rn. 50–52, 58 – *Taricco*).

<sup>155</sup> EuGH StV 2017, 65 (68, Rn. 57 – *Taricco*), unter Verweis auf entsprechende Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 EMRK; dazu auch *Hochmayr*, HRRS 2015, 239 (242).

<sup>156</sup> *Kubiciel*, StV 2017, 69 (70), der auch beschwichtigt, die Entscheidungsgründe seien ersichtlich nur auf die Sondersi-

tätskontrolle anzudrohen, ohne dass dies notwendig gewesen wäre.

Weil es um einen italienischen Fall ging, lag es nun am italienischen Corte Costituzionale, eine Verletzung der Verfassungsidentität geltend zu machen und zu begründen, warum die italienischen Gerichte den Anwendungsvorrang des Unionsrechts ignorieren und statt des Unionsrechts die nationalen Verjährungsregeln durchsetzen sollten. Das heißt, der Corte Costituzionale musste die Frage nach den *controlimiti* stellen, und das tat er zwei Jahre später im Vorabentscheidungsverfahren zur Rechtssache M.A.S. und M.B.<sup>160</sup> Auch in M.A.S. und M.B. drohten Straftaten wegen eines schweren Mehrwertsteuerbetrugs nach italienischem Recht zu verjähren, wenn nicht die Verjährungsregeln unter Berufung auf Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV unangewendet blieben. Der italienische Verfassungsgerichtshof trug vor, der vom EuGH in Taricco vorgeschlagenen Weg, Strafgerichte zum Ignorieren von Strafnormen zulasten des Beschuldigten zu verpflichten, sei nicht mit den obersten Grundsätzen der italienischen Verfassung vereinbar, insbesondere nicht mit dem Legalitätsprinzip. Zunächst sind im italienischen Recht Verjährungsregeln im materiellen Strafrecht geregelt. Daher gelten für sie sowohl das Gesetzlichkeitsprinzip als auch der Grundsatz der Bestimmtheit aus Art. 25 der italienischen Verfassung. Der Täter muss vor der Begehung der Tat genau erkennen können, dass die Tat strafbar ist und wie sie strafbar ist. Die Verjährung muss deshalb bereits zum Tatzeitpunkt hinreichend bestimmt im Gesetz geregelt sein.<sup>161</sup> Darüber hinaus merkte der Corte Costituzionale an, dass die Entscheidung, wann eine Verjährungsregel unangewendet bleibt, niemals allein durch ein Gericht getroffen werden dürfe. Die Verjährung festzulegen sei Aufgabe des Gesetzgebers. Es verletze das Prinzip der Gewaltenteilung, diese Aufgabe den Gerichten zu übertragen.<sup>162</sup> Der italienische Verfassungsgerichtshof zweifelte in diesem Zusammenhang auch an, dass der EuGH den Mindestschutzstandard nach Art. 49 GRC richtig festgelegt habe, denn „der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Bestimmtheit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen [sei] Bestandteil der gemeinsamen verfassungsrechtlichen Tradition der Mitgliedstaaten und des Schutzsystems der

EMRK und damit ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts“<sup>163</sup>, also Teil des europäischen *ordre public*.

Auch wenn Verjährungsregeln nicht zwingend materiell-rechtlich geregelt und damit auch nicht zwingend dem Legalitätsgrundsatz unterworfen sein müssen, wird man dem Corte Costituzionale zumindest darin Recht geben, dass die Aufhebung oder Verlängerung von Verjährungsregeln Sache des Gesetzgebers sein sollte. In M.A.S. und M.B. wollte sich der EuGH dazu aber nicht klar bekennen. Er erklärt, dass es zwar in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers sei, europarechtskonforme Verjährungsregeln zu schaffen, jedoch sei es seiner Ansicht nach zugleich auch Sache der nationalen Gerichte, die vorrangigen europäischen Vorgaben gegen die nationale Gesetzeslage durchzusetzen.<sup>164</sup> Man merkt, dass der EuGH weiterhin fest davon überzeugt ist, dass Verjährungsregeln prozessualer Natur sein sollten, womit der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit aus Art. 49 GRC für sie nicht gelten könne, sie also rückwirkend verändert werden dürften.<sup>165</sup> Prinzipiell, so der EuGH, sei es für einen Gesetzgeber zulässig, noch laufende Verjährungsfristen einfach zu verlängern.<sup>166</sup> Der italienische Gesetzgeber habe sich diese Möglichkeit nur zufällig selbst abgeschnitten, indem er als Regelungsort für die Verjährung das materielle Strafrecht regelte (was er bisher auch gedurft habe).

Die weiteren Ausführungen des EuGH geben nun aber Rätsel auf. Der EuGH war ersichtlich bemüht, einen Kompromiss für Italien zu finden, eben weil das italienische Verfassungsgericht die Frage der *controlimiti* aufgeworfen hatte.<sup>167</sup> Zugleich aber wollte der EuGH nicht von seiner Rechtsprechung in Taricco abgehen, insbesondere nicht generell postulieren, dass das Effektivitätsprinzip und der Vorrang des Unionsrechts seine Grenze findet, sobald ein Verfassungsgericht vorträgt, dass seiner Ansicht nach der Kern der nationalen Verfassungsidentität durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts beeinträchtigt wird.<sup>168</sup> Die Kompetenz, die Identitätsgrenzen nach Art. 4 Abs. 2 EUV zu definieren, sollte nicht allein den Verfassungsgerichten überlassen bleiben. Der EuGH wollte bei der Festlegung des Kernbestands der „nationalen Identität“ Mitspracherecht haben. Generalanwältin Kokott präziserte die in M.A.S. und M.B. zu beantwortenden Frage wie folgt: Zu klären sei 1., „ob der Vorrang des Unionsrechts unbegrenzt gilt und auch sämtliche Verfassungsvorschriften, einschließlich des Kerns und der Identität der Verfassungen der Mitgliedstaaten erfasst“; und 2. ganz konkret für Italien, „ob der Kern der italienischen Verfassung die Einordnung der Verjährung als materiell-rechtliche Bestimmung erfasst und wer das zu beurteilen hat.“ – „Gibt es also einen integrationsfesten Verfassungs-

<sup>160</sup> EuGH JZ 2018, 300 (M.A.S. und M.B.) m. abl. Anm. F. Meyer; zust. Pilz, NJW 2018, 217.

<sup>161</sup> EuGH JZ 2018, 300 (301 – M.A.S. und M.B.); dem italienischen Verfassungsgerichtshof zust. F. Meyer, JZ 2018, 304 (305). Verjährungsregeln müssen nicht materiell-rechtlicher Natur sein. Viele Staaten regeln die Verjährung im Verfahrensrecht. Aber auch wenn dann das Legalitätsprinzip nach Art. 49 GRC für die Verjährung nicht gilt, so gilt doch ein aus dem Fairnessgebot abgeleitetes Bestimmtheitsprinzip nach Art. 47 GRC (i.V.m. der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK); vgl. F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1133, Fn. 182), unter Verweis auf EGMR, Urt. v. 9.1.2013 – Beschwerde Nr. 21722/11, Rn. 137 (Volkov v. Ukraine) = BeckRS 2013, 09628.

<sup>162</sup> EuGH JZ 2018, 300 (301 – M.A.S. und M.B.).

<sup>163</sup> EuGH JZ 2018, 300 (301 – M.A.S. und M.B.).

<sup>164</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 39 f. – M.A.S. und M.B.).

<sup>165</sup> EuGH JZ 2018, 300 (304, Rn. 60 – M.A.S. und M.B.); Viganò, NJECL 2018, 18 (21).

<sup>166</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 42, 45 – M.A.S. und M.B.).

<sup>167</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304.

<sup>168</sup> Pilz, NJW 2018, 221.

kern und kann die Einordnung strafrechtlicher Verjährungsvorschriften dazu gehören?<sup>169</sup>

Der EuGH antwortete diffus. Zunächst gestattete er den italienischen Gerichten, im Einzelfall anhand des Maßstabs des eigenen (also des italienischen) Gesetzlichkeitsprinzips zu entscheiden, ob die Nichtanwendung der Verjährungsvorschriften zu unerträglicher Unsicherheit in der italienischen Rechtsordnung führen und gegen das Gebot der Bestimmtheit von Strafnormen verstoßen würde. Der EuGH gestattete also den Rückgriff auf nationale Grundrechtstandards, obwohl diese ein höheres Schutzniveau bieten als Art. 49 GRC und obwohl dieses höhere Schutzniveau zugleich dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts Grenzen setzt.<sup>170</sup> Das kam so überraschend, dass seither umstritten ist, ob der EuGH eine generelle Ausnahme zur Rechtsprechung Melloni und zum Grundsatz des Anwendungsvorrangs kreiert hat; wenn auch nur für den Fall, dass Identitätsbelange geltend gemacht werden?<sup>171</sup> Dabei vertritt aber wohl die Mehrheit der Kommentatoren die Ansicht, dass der EuGH die Identitätsbelange der italienischen Rechtsordnung nur zum Anlass genommen hat, seine Rechtsprechung zum Schutzniveau der GRC zu präzisieren. Er hat „den Widerstreit“ zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht „auf die Ebene des Unionsrechts“ gehoben und „eine Abwägung zwischen der effektiven Umsetzung des Art. 325 AEUV und dem sowohl in Art. 49 GRC als auch in den nationalen Verfassungen niedergelegten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen“ vorgenommen.<sup>172</sup> Oder anders ausgedrückt: Der EuGH hat das Schutzniveau aus Art. 49 Abs. 1 GRC für den Einzelfall angehoben, eben mit Blick auf das, was der Corte Costituzionale als identitätsstiftenden Gewährleistungsinhalt des Legalitätsprinzips deklariert hat.<sup>173</sup> Dadurch gelingt es dem EuGH, eine Kollision der Rechtsordnungen zu vermeiden. Er kommt dem Corte Costituzionale entgegen, ohne dafür den Vorrang des Unionsrechts in Frage stellen zu müssen. Der Vorrang des Unionsrechts wird weiterhin nur durch die europäischen Grundrechte begrenzt, wie sie in der GRC und Art. 6 Abs. 3 EUV niedergelegt sind. Eine generelle Identitätsausnahme wird nicht anerkannt, aber das Schutzniveau in Art. 49 GRC einzelfallbezogen flexibilisiert. Es richtet sich nun teilweise akzessorisch nach mitgliedstaatlichem Recht.<sup>174</sup>

Diese Kompromisslösung steht dann aber auch noch unter Vorbehalt. Sie gilt nur, wenn der nationale Gesetzgeber nicht schon früher durch (EU-Sekundärrecht) zur Harmonisierung

verpflichtet war, also dazu, die unionswidrigen nationalen Regelungen unionskonform zu gestalten. Nur solange der nationale Gesetzgeber die Regeln noch frei gestalten und sie mit entsprechenden Grundrechtsschutzgewährleistungen ausstatten durfte, lässt es der EuGH zu, dass der Gewährleistungsgehalt der nationalen (identitätsbestimmenden) Grundrechtsnormen über das Schutzniveau der Rechte der GRC hinausreicht bzw. dass der nationale Gewährleistungsgehalt in der Auslegung der GRC Berücksichtigung finden.<sup>175</sup> Leider fehlt an diesem Punkt jede Begründung dazu, warum der Aspekt, dass der Staat bereits früher zu einer Harmonisierung verpflichtet gewesen wäre, als Differenzierungskriterium für das nach Art. 49 GRC anwendbare Schutzniveau taugt. Lässt sich denn begründen, dass das Mindestschutzniveau je nach Grad des Harmonisierungsstandes in der EU variiert? Widerspricht ein variables Schutzniveau nicht schlicht auch der Idee von Grundrechten?<sup>176</sup>

Klar ist nur, dass es der EuGH mit dieser Konstruktion vermeidet, eine Kollision des Prinzips vom Anwendungsvorrang mit zentralen Grundsätzen der nationalen Verfassungen feststellen und für diesen Kollisionsfall dann verbindliche Regeln formulieren zu müssen.<sup>177</sup> Der EuGH beantwortet die vom Corte Costituzionale aufgeworfene Frage, wer eigentlich (bezogen auf Art. 4 Abs. 2 EUV) bestimmen darf, welche Regelungen zum integrationsfesten Kern einer Verfassung gehören, indem er dem nationalen Gesetzgeber „Aufschub“ gewährt. Der nationale Gesetzgeber darf die Bestimmung unter dem Vorbehalt kontextspezifischer Harmonisierung treffen. Er verliert das Bestimmungsrecht an die EU, sobald er diese Bestimmungen getroffen hat. Sobald in den europäischen Harmonisierungsregelungen bestimmte Regelungsbegriffe verwendet werden, sind diese europarechtlich autonom auszulegen und werden so der nationalen Definitionsmacht entzogen.<sup>178</sup> Im konkreten Fall heißt dies: Die Verjährungsregeln durften nur solange als materiell-rechtliche Strafnormen dem Legalitätsgebot der italienischen Verfassung unterworfen werden, bis die Union Vorgaben zur Harmonisierung der Regelungen über die strafrechtliche Bekämpfung von Betrug zulasten der finanziellen Interessen der Union verabschiedet hatte.<sup>179</sup> Ab Inkrafttreten der RL 2017/1371/EU vom 5.7.2017 sind die Verjährungsregelungen hinsichtlich der Straftaten, auf die sich die Richtlinie bezieht, europarechtlich autonom zu interpretieren. Konkret heißt das, dass Verjährung nun entsprechend dem vom EuGH geprägten europäischen Verjährungsbegriff für diese Delikte

<sup>169</sup> Kokott, NZWiSt 2017, 409 (412); vgl. auch F. Meyer, JZ 2018, 304 (306).

<sup>170</sup> EuGH JZ 2018, 300 (304, Rn. 59, 62 f. – M.A.S. und M.B.); vgl. auch Burchard, EUR 2018, 248 (252 f.); Wegener, wistra, 2018, 107 (108, 109); Pilz, NJW 2018, 221.

<sup>171</sup> Vgl. Burchard, EUR 2018, 248 (255): „Taricco II als Modifizierung der Melloni-Systematik“.

<sup>172</sup> Pilz, NJW 2018, 221; F. Meyer, JZ 2018, 304 (306); krit. Wegener, wistra, 2018, 107 (109); Viganò, NJECL 2018, 18 (21).

<sup>173</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (306).

<sup>174</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (306).

<sup>175</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 44 f. – M.A.S. und M.B.).

<sup>176</sup> Abl. Viganò, NJECL 2018, 18 (22); verständlich ist der Ansatz des EuGH aber, wenn man bedenkt, dass er im Ergebnis gar kein Schutzniveau festlegt, sondern nur „gestattet“, dass italienische Gerichte zeitweise ein höheres Schutzniveau anwenden, indem sie entscheiden, die italienischen Verjährungsregeln beizubehalten.

<sup>177</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (306); Manacorda, NJECL 2018, 4 (7).

<sup>178</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (307); unter Verweis auf Manicano, European Law Review 2018, 69 (73 ff.).

<sup>179</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 44 f. – M.A.S. und M.B.).

als prozessrechtliches Institut einzuordnen ist. Der italienische Gesetzgeber und auch die italienischen Gerichte wären folglich gezwungen, die Einordnung der Verjährung als materiell-rechtliches Institut zu „korrigieren“ und das verfassungsrechtliche Schutzniveau für Verjährungsregeln entsprechend zurückfahren. Dadurch würden sich das nationale und das europäische Schutzniveau zum „Gesetzlichkeitsprinzip“ (Art. 49 GRC) wieder angleichen und es wäre für die nationalen Gerichte einfacher, die Nichtanwendung der (europarechtlich autonom auszulegenden) Verjährungsregeln zu verfügen, soweit diese mit der Pflicht zur effektiven Strafverfolgung aus Art. 325 Abs. 1, 2 AEUV kollidieren (vgl. Taricco).<sup>180</sup> Für dieses „Nichtanwenden“ der nationalen Verjährungsregelungen wäre nicht einmal eine Anpassung des nationalen Gesetzes erforderlich. Die Gerichte wären unmittelbar aus dem Prinzip des Anwendungsvorrangs heraus verpflichtet, die autonom-europarechtliche Einordnung der Verjährung als Prozessrechtsinstitut durchzusetzen.

Frank Meyer hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der EuGH mit dieser Lösung über die europarechtlich-autonome Begriffsbildung eine „nur wenig begrenzte Macht zur Rechtserschöpfung und Gestaltung bis tief in das nationale Recht hinein“ erhält, was vor allem deswegen beängstigt, weil es dem EuGH „an Sensibilität und Verständnis für die besonderen Verhältnisse des Strafrechts gebricht.“<sup>181</sup> Unklar bleibt auch, ab wann ein Begriff aufgrund seiner Verwendung im Unionsrecht zum autonomen Begriff mutiert und welche technischen Regeln dann für seine Interpretation und Fortbildung gelten.<sup>182</sup> Auffallend ist auch, dass der Verjährungsbegriff zum autonom interpretierten prozessrechtlichen Institut mutieren soll, ohne dass die RL 2017/1371/EU vom 5.7.2017 dies explizit anordnet.<sup>183</sup> Es bleibt also wirklich allein der Interpretation des EuGH überlassen, welche Gestalt ein infolge der europarechtlichen Harmonisierung nun autonom auszulegender Begriff am Ende erhält. Dafür benötigt der EuGH offenbar auch keine Vorgaben des europäischen Gesetzgebers, sondern nur, dass der betreffende Begriff in dem harmonisierenden Gesetzgebungsakt vorkommt.<sup>184</sup>

Heißt das nun, dass in Zukunft – im Zuge der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft – auch andere straf- und strafverfahrensrechtliche Institute eine Autonomisierung erfahren werden? – mit der Folge, dass es nationalen Gerichten dann freisteht, diese Institute unter Effektivitätsgesichtspunkten anders auszulegen, als vom nationalen Gesetzgeber geplant, oder dass es ihnen aus Unionsrecht heraus gestattet wird, die nationalen Rechtsinstitute einfach nicht anzuwenden?<sup>185</sup> Lassen sich über Effektivitätsgesichtspunkte denn so einfach Aspekte der Gewaltenteilung aushebeln? Der Corte Costituzionale hat hieran in seiner Vorlageentscheidung zu

Recht Zweifel geäußert. Selbst für Prozessnormen gilt ein (abgeschwächtes) Bestimmtheitsgebot, das aus dem Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK und so auch aus Art. 47 GRC abzuleiten ist.<sup>186</sup> Eine Neuinterpretation straf- und strafverfahrensrechtlicher Institute, vielleicht mit der Folge einer „Nichtanwendung“ dieser Institute, kann nicht so einfach durch neue Begriffsbildung erfolgen. Strafrecht und Strafverfahrensrecht müssen vorhersehbar sein. Das verlangt nach einer Rechtsgestaltung durch formalen Gesetzgebungsakt.<sup>187</sup>

#### c) Der methodische Fehler in der Grundrechtssystematik des EuGH

Insgesamt fällt es dem EuGH schwer, Grundrechte aus der eigentlich entscheidenden Perspektive zu betrachten, aus der Perspektive des Grundrechtsträgers, des Individuums. Momentan konzentriert er sich darauf, die Auslegungshoheit oder Definitionsmacht über Grundrechtsgehalte zu erringen. Er betrachtet Grundrechte allein durch das Prisma der Kompetenzzuweisung. Daher ist es kein Wunder, dass bei dem Versuch, den nationalen Instanzen die Definitionsmacht über die nationale Identität zu entwenden, auch die nationalen (und europäischen) Grundrechte inhaltlich aufgerieben werden.

Was die Grundrechtsprüfungsmethodik des EuGH angeht, so kann man in den besprochenen Fällen immer denselben methodischen „Fehler“ finden. In der Abwägung zwischen Anwendungsvorrang und Effektivitätsprinzip auf der einen Seite und den Belangen der nationalen Verfassungsidentität bzw. Grundrechten auf der anderen Seite räumt der EuGH den Belangen der Effektivität und dem Vorrangprinzip von vornherein Priorität ein. Er erkennt, dass den (europäischen und nationalen) Grundrechten in einer solchen Abwägung ein erhöhtes Eingangsgewicht zukommt. Aus diesem erhöhten Eingangsgewicht ergäbe sich eigentlich eine höhere Argumentationslast dafür, warum die Grundrechte ausnahmsweise durch kollidierendes Unionsrecht eingeschränkt werden dürfen.<sup>188</sup> Der EuGH vermeidet aber diese erhöhte Begründungslast, indem er den Abwägungsvorgang bereits im Vorfeld der Abwägung durch „Fehlgewichtung“ der abzuwägenden Belange beeinflusst. Indem er dem Effektivitätsgrundsatz Priorität zuerkennt, den Grundrechten aber kaum Gewicht zumisst, kann er das Abwägungsergebnis von vornherein bestimmen. Methodisch spricht man von einer Ermessensfehleinschätzung.<sup>189</sup> Solange diese Ermessensfehleinschätzung die Abwägungsvorgänge des EuGH dominiert, wird es auch nicht helfen, wenn der Unionsgesetzgeber (d.h. vor allem die EU-Mitgliedstaaten im Rahmen des Gesetzge-

<sup>180</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 44 f. – M.A.S. und M.B.).

<sup>181</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (307, 308).

<sup>182</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (307).

<sup>183</sup> Sicurella, NJECL 2018, 24 (29).

<sup>184</sup> Krit. auch F. Meyer, JZ 2018, 304 (307).

<sup>185</sup> F. Meyer (JZ 2018, 304 [307]) schlägt dafür die Begriffe des Strafantrags, des Beweisverbots oder der Verwertungsverbote vor.

<sup>186</sup> Gaede, wistra 2016, 89 (95, 96); F. Meyer, JZ 2018, 304 (308), unter Verweis auf EGMR, Urt. v. 9.1.2013 – Beschwerde Nr. 21722/11, Rn. 137 (Volkov v. Ukraine) = BeckRS 2013, 09628.

<sup>187</sup> Gaede (wistra 2016, 89 [96]) weist insbesondere darauf hin, dass ohne gesetzliche Grundlage die Verteidigung keine faire Teilhabechance am Verfahren haben kann.

<sup>188</sup> Kloska, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht, 2016, S. 630.

<sup>189</sup> Kloska (Fn. 188), S. 630.

bungsverfahrens) darauf besteht, in alle harmonisierenden Rechtsakte Vorbehaltsklauseln einzufügen, etwa einen europäischen Ordre-public-Vorbehalt oder den Vorbehalt der Rücksichtnahme auf nationale Identitätsbelange. Solange der EuGH weiter die Definitionshoheit über die Begriffe der nationalen Identität und des europäischen ordre public für sich reklamiert und gleichzeitig das erhöhte Eigengewicht der Grundrechte in der Abwägung ignoriert und so seiner Argumentationslast bei Grundrechtseinschränkungen nur unzureichend nachkommt, wird kein unionsgesetzgeberischer Vorbehalt besseren Grundrechtsschutz bewirken.

#### IV. Fazit

Es gibt in der Union insgesamt einen hohen Standard an Grundrechtsschutz. Angesichts der strukturellen Mängel im italienischen Justizsystem wären sogar die Entscheidungen Taricco und M.A.S. und M.B. in der Sache nachvollziehbar. Aber es gibt grundlegende methodische Mängel in der Grundrechtsprüfsystematik, die der EuGH anwendet. Gleichzeitig steht die Selbstwahrnehmung des EuGH als Motor der Integration der Entwicklung einer sensibleren Grundrechtsdogmatik entgegen. Problematisch ist zudem, dass der EuGH dazu neigt, an der Fiktion des gegenseitigen Vertrauens als Basis des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung um jeden Preis und auch im Angesicht offenkundiger Missstände festzuhalten. In der Realität aber wurde das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten durch nichts so effektiv zerstört, wie durch das Beharren der Unionsorgane auf der effektiven Durchsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.<sup>190</sup>

Das Vorabentscheidungsverfahren aus Art. 267 AEUV erhält deswegen nun eine ganz neue Bedeutung. Es avanciert zum Medium des Dialogs. Über die Vorlage nach Art. 267 AEUV können die nationalen Gerichte ihr Verständnis von Grundrechtsschutz vor den EuGH bringen und – je nach Vehemenz des Auftretens – auch im Einzelfall verteidigen. Womöglich dringt man auf diesem „sanften“ Weg des Dialogs mit rechtlichen „Identitätseinwänden“ sogar besser zum EuGH durch als mit der Drohung mit einem Identitätskontrollverfahren. Die Urteile Taricco und M.A.S. und M.B. mögen inhaltlich nicht überzeugen, aber sie zeigen, dass der EuGH zuhört, weil auch er weiß, dass er an Autorität verliert, wenn er Identitätseinwendungen ignoriert. Eine Vorlage nach Art. 267 AEUV gibt ihm die Möglichkeit, kooperativ zu reagieren; und genau darauf setzt das BVerfG, wenn es von den Gerichten konsequent die Vorlage zum EuGH forderte, sobald sich Fragen zum Grundrechtsschutzniveau der GRC auftun.<sup>191</sup>

Die jüngsten Verfahren zeigen auch, dass der EuGH sehr genau darauf achtet, was die nationalen Gerichte im Rahmen

der Vorlage von ihm wohl wollen. Aufgrund der Ambivalenz seiner eigenen Rolle im unionsrechtlichen System gilt für ihn: „Wie man hineinruft, so schallt es heraus“. Es macht daher einen Unterschied, ob ein Gericht ihn um Hilfe bittet, um nationales Gesetzesrecht auszuhebeln (vgl. Taricco), oder ob das Gericht aufzeigt, dass bestimmte Einschränkungen von Grundrechten die Toleranzgrenzen der nationalen Verfassung überschreiten (vgl. M.A.S. und M.B.). Es liegt also auch bei den nationalen Gerichten darauf zu achten, welche der beiden Rollen des EuGH sie in der Vorlage adressieren. Es wäre falsch zu glauben, nur der EuGH trüge die Verantwortung für die Entwicklung der europäischen Grundrechts-systematik. Das tun die ihn befragenden Gerichte in gleichem Maße.

---

<sup>190</sup> Vermeulen, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 181 (181 ff.; 303 ff.), für den die Fiktion des gegenseitigen Vertrauens nur ein Instrument war, um mehr Harmonisierung zu erzwingen; ebenso Hassemer, ZStW 116 (2004), 307 (317 f.).

<sup>191</sup> BVerfG JZ 2018, 309 (311 ff.).