

FABIAN MICHL

Unionsgrundrechte
aus der Hand des
Gesetzgebers

Verfassungsentwicklung in Europa

13

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung in Europa

herausgegeben von

Hartmut Bauer, Peter M. Huber
und Karl-Peter Sommermann

13



Fabian Michl

Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers

Mohr Siebeck

Fabian Michl, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Regensburg; 2012 Erste Juristische Prüfung; 2014 Zweite Juristische Staatsprüfung; Studium der Rechtsgeschichte und der Rechtsphilosophie an der Universität Edinburgh (LL.M.); Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. deutsches und europäisches Verwaltungsrecht sowie am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Universität Regensburg; 2017 Promotion; seit 2017 Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie der Universität Münster.
orcid.org/0000-0003-3386-0333

ISBN 978-3-16-156022-4 / eISBN 978-3-16-156023-1

DOI 10.1628/978-3-16-156023-1

ISSN 1861-7301 / eISSN 2569-4553 (Verfassungsentwicklung in Europa)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Garamond gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Dezember 2017 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Das Promotionsvorhaben betreute Herr Professor Dr. Gerrit Manssen. Ihm gilt mein besonderer Dank für Zuspruch, Kritik und Förderung, nicht nur während der Arbeit an der Dissertation, sondern auch bei allen anderen Vorhaben, die ich in meiner rund achtjährigen Tätigkeit als studentischer bzw. wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl in die Tat umsetzen konnte.

Herzlich danke ich Herrn Professor Dr. Thorsten Kingreen, der das Zweitgutachten nicht nur zügig erstellt, sondern auch und vor allem mit wertvollen Anregungen versehen hat, die ich bei der Überarbeitung des Manuskripts berücksichtigen konnte. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Professor Dr. Robert Uerpmann-Witzack für anregende Gespräche und eine Beschäftigung an seinem Lehrstuhl sowie bei Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D. Professor Dr. Udo Steiner für wissenschaftliche Impulse, wohlwollende Ermahnungen und die nötige Prise Humor.

Aus dem Kreis der Kolleginnen und Kollegen, die mein Promotionsvorhaben unterstützt haben, möchte ich Frau Dr. Jeanine Greim-Diroll, Herrn Dr. Andreas Gietl und Herrn Matthias Hensel besonders hervorheben. Für das nötige gesellige Ambiente, in dem auch so manche Rechtsfrage zur Diskussion stand, sorgte in verschiedenen Besetzungen die „Kaffeerunde“ im ersten Stock des Regensburger Lehrstuhlgebäudes.

Der größte Dank aber gebührt meiner Verlobten Veronika Gintner, die jeder promotionsbedingten Launenhaftigkeit verständnisvoll begegnete, jeden akademischen Verdruss mit Frohsinn und Zuversicht ausglich und mich nach Abschluss des Promotionsvorhabens ins „ferne“ Westfalen begleitete. Ohne sie wären die folgenden Seiten leer geblieben.

Münster, im Januar 2018

Fabian Michl

Inhaltsübersicht

Einführung	1
A. Einleitung	1
B. Grundbegriffe	5
C. Ausgestaltung der Grundrechte	8
D. Gang der Untersuchung	10
Kapitel 1: Grundlegung	13
A. Rechtstheoretische Grundlagen	13
B. Methodische Grundlagen	31
C. Dogmatische Grundlagen	49
Kapitel 2: Konstituierende Gesetzgebung	73
A. Problemstellung	73
B. Institutionentheoretischer Rahmen	74
C. Prototypen: Eheschließungsfreiheit und Eigentumsrecht	80
D. Negative Verpflichtungen	95
E. Positive Verpflichtungen	120
Kapitel 3: Konkretisierende Gesetzgebung	143
A. Problemstellung	143
B. Prototyp: Unterrichtung und Anhörung im Unternehmen	144
C. Arten konkretisierender Gesetze	156
D. Grundrechtsdogmatische Einordnung	164
E. Grundrechtliche Verpflichtungen	174
Kapitel 4: Regelnde Gesetzgebung	195
A. Problemstellung	195
B. Begriff der Regelung	196
C. Prototypen regelungsfähiger Grundrechte	200
D. Regelung als dogmatische Kategorie	263
Kapitel 5: Schlussbetrachtung	291
Zusammenfassung	299
Verzeichnisse	305

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einführung	1
A. Einleitung	1
B. Grundbegriffe	5
I. Unionsgrundrechte	5
II. Gesetzgeber	5
III. Freiheit	6
C. Ausgestaltung der Grundrechte	8
D. Gang der Untersuchung	10
Kapitel 1: Grundlegung	13
A. Rechtstheoretische Grundlagen	13
I. Recht als Normensystem	13
II. Recht als gesellschaftliche Wirklichkeit	15
1. Sozialontologische Grundlagen	15
a) Gesellschaftliche Wirklichkeit	15
b) Schaffung von institutionellen Tatsachen	16
c) Institutionen und Rechtsinstitutionen	18
2. Normen als institutionelle Tatsachen	21
3. Rechtsnormen und andere Normen	21
a) Schaffung von Rechtsnormen	21
b) Statusfunktion von Rechtsnormen	22
III. Normsetzung als Sprachhandlung	24
1. Sprachhandlung	24
2. Analyse des Normsetzungsakts	26
3. Wille des Normgebers	28
IV. Rechtstext als Statusindikator	29
V. Rechtsverhältnisse und Rechtspositionen	30
VI. Resümee	31
B. Methodische Grundlagen	31
I. Handlungsrekonstruktion	31
II. Mittel der Handlungsrekonstruktion	33
1. Syntaktische und semantische Analyse	33

2. Pragmatische Analyse	34
a) Pragmatisch relevanter Kontext	34
b) Sprachgebrauch	36
c) Near-side und far-side pragmatics	36
III. Anspruch und Grenzen der Handlungsrekonstruktion	37
IV. Handlungsrekonstruktion und richterliche Normsetzung	38
V. Handlungsrekonstruktion und Unionsgrundrechte	40
1. Normsetzungsakt und Normgeber	40
2. Sprachfassungen	41
3. Dokumentation der Entstehungsgeschichte	43
4. Erläuterungen zur Charta	45
5. Methodische Meta-Regeln	46
6. Rechtsprechung des EuGH und des EGMR	48
VI. Resümee	49
C. Dogmatische Grundlagen	49
I. Grundrecht, Grundrechtsnorm, Grundrechtsbestimmung	49
1. Grundrechtsbestimmung	49
2. Grundrechtsnorm	50
3. Grundrechte und Grundsätze	50
II. Grundrechtsadressaten	51
III. Verpflichtungsinhalte	52
IV. Struktur der Grundrechtsnorm	53
1. Prima-Facie-Struktur	53
2. Ausübung grundrechtlicher Freiheit	54
3. Einschränkung	55
4. Rechtfertigung	57
a) Gesetzliche Grundlage	57
b) Wesensgehalt	59
c) Verhältnismäßigkeit	59
5. Prüfungsstruktur	60
V. Verhältnis zum Recht der Verträge und der EMRK	62
1. Verweis auf die Verträge (Art. 52 Abs. 2 GRC)	62
2. Mindesttragweite der EMRK (Art. 52 Abs. 3 GRC)	63
a) Semantisch-pragmatische Analyse	63
b) Berücksichtigung der Listen in den Erläuterungen	65
c) Weitergehender Schutz	66
d) Transferlösung oder Garantie einer Mindesttragweite	67
VI. Resümee	71
 Kapitel 2: Konstituierende Gesetzgebung	 73
A. Problemstellung	73
B. Institutionentheoretischer Rahmen	74

I.	Institutionelle Freiheit	74
II.	Zuordnungsproblem	76
III.	Institutionelle Begriffe	77
	1. Institutionelle Begriffe und Anschauungsbegriffe	77
	2. Institutionelle Begriffe und Rechtsbegriffe	78
IV.	Resümee	79
C.	Prototypen: Eheschließungsfreiheit und Eigentumsrecht	80
I.	Auswahl	80
II.	Eheschließungsfreiheit (Art. 9 Var. 1 GRC)	81
	1. Gewährleistung	81
	a) Chartatext und Erläuterungen	81
	b) Konstituierungsbedürftigkeit und Regelungsfähigkeit	81
	2. Institutioneller Begriff der Ehe	82
	3. Ehekonstituierende Gesetzgebung	83
	4. Autonomie des Ehebegriffs	84
III.	Eigentumsrecht (Art. 17 GRC)	85
	1. Gewährleistung	85
	2. Institutioneller Begriff des Eigentums	85
	3. Rechtliche Konstituierung des Eigentums	86
	a) Orientierung am Konventionsrecht	86
	b) Beratungen im Konvent	88
	c) Rechtsprechung	89
	4. Eigentumskonstituierende Gesetzgebung	91
	a) Rechtssache Sky Österreich	91
	b) Rechtssachen Ezernieki und ArcelorMittal	93
	c) Rechtssache ACOR	94
	d) Eingeschränkte Bedeutung des Art. 345 AEUV	94
	e) Zusammenfassung	95
D.	Negative Verpflichtungen	95
I.	Schutzbereich	96
	1. Eheschließungsfreiheit	96
	a) Institution der Ehe	96
	b) Strukturmerkmale des Ehebegriffs	97
	c) Unabhängigkeit von mitgliedstaatlicher Nomenklatur	98
	d) Kompetenz zur Eheschließung	99
	2. Eigentumsrecht	101
	a) Institution des Eigentums	101
	b) Strukturmerkmale des Eigentumsbegriffs	101
	c) Eigentumspositionen	103
	d) Aspekte des Eigentumsschutzes	105
	aa) Zustandsschutz	106
	bb) Handlungsschutz	107
	3. Scheinproblem der Schutzbereichsdivergenz	108
II.	Einschränkung	110

1. Hinderung von Handlungen	110
a) Hinderung von physisch rohen Handlungen	110
b) Hinderung von institutionellen Handlungen	112
2. Beeinträchtigung von Zuständen und Eigenschaften	113
a) Beeinträchtigung des physisch rohen Referenzobjekts	113
b) Beeinträchtigung der institutionellen Situation	115
3. Keine Einschränkung durch konstituierende Gesetzgebung	116
a) Neukonstituierung von Freiheitsgegenständen	116
b) Diachronizität von Einschränkung und Konstituierung	116
III. Rechtfertigung	118
E. Positive Verpflichtungen	120
I. Allgemeines	120
II. Schützende und fördernde Normen	122
1. Pflicht zur Setzung von Schutznormen	122
2. Pflicht zur Setzung fördernder Normen	124
III. Konstituierende Rechtsnormen	125
1. Erweiterung der Freiheitssphäre	125
2. Begründungsansätze	126
a) Implikation bzw. Implikatur	126
b) Entstehenssicherung	127
c) Institutsgarantie	128
3. Untersuchung der Unionsgrundrechte	130
a) Eheschließungsfreiheit	130
b) Eigentumsrecht	133
c) Weitere Gewährleistungen	134
4. Abgleich mit dem Konventionsrecht	135
a) Eheschließungsfreiheit	136
b) Gleichberechtigung der Ehegatten	137
c) Recht auf Bildung	137
d) Recht auf freie Wahlen	138
e) Vereinigungsfreiheit	139
f) Eigentumsrecht	141
g) Zusammenfassung	142
IV. Resümee	142
 Kapitel 3: Konkretisierende Gesetzgebung	 143
A. Problemstellung	143
B. Prototyp: Unterrichtung und Anhörung im Unternehmen	144
I. Gewährleistung	144
1. Chartatext	144
2. Beratungen im Konvent	145
3. Erläuterungen	147

4. Zwischenfazit	148
II. Rechtssache AMS	148
1. Sachverhalt	148
2. Schlussanträge des Generalanwalts	149
3. Entscheidung des EuGH	151
4. Rezeption und Bewertung	152
III. Begriff und Abgrenzung	154
1. Begriff	154
2. Abgrenzung	154
C. Arten konkretisierender Gesetze	156
I. Konkretisierendes Unionsrecht	156
1. Sekundärrecht	156
a) Richtlinienrecht	156
b) Verordnungsrecht (insb. Unionsbeamtenrecht)	157
2. Primärrecht	159
II. Konkretisierendes Recht der Mitgliedstaaten	159
1. Géometrie variable	159
2. Terminologie	160
3. Rechtsvorschriften	162
4. Gepflogenheiten	163
D. Grundrechtsdogmatische Einordnung	164
I. Anwendungsbereich	164
1. Konkretisierende und regelnde Gesetzgebung	164
2. Weitere konkretisierungsbedürftige Gewährleistungen	165
a) Art. 30 GRC: Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung	165
b) Art. 34 GRC: Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung	166
aa) Art. 34 Abs. 1 und 3 GRC	166
bb) Art. 34 Abs. 2 GRC	166
c) Zweifelsfälle: Art. 31 und Art. 33 Abs. 2 GRC	167
II. Ansätze im Schrifttum	168
1. Normative Hülle	169
2. Menschenwürde-Aufladung	169
3. Interpretationshilfe	170
4. Ausgestaltung	172
5. Kompetenzakzessorietät	173
III. Konkretisierungsvorbehalt	174
E. Grundrechtliche Verpflichtungen	174
I. Negative Verpflichtungen	174
1. Beeinträchtungsverbot	174
a) Beeinträchtigung durch die Mitgliedstaaten	175
b) Beeinträchtigung durch die Union	176
c) Zwischenfazit	176
2. Rückschrittverbot	176

a)	Rechtsvergleichende Betrachtung	176
aa)	Art. 23 der Verfassung Belgiens	176
bb)	Standstill-Verpflichtung	178
cc)	Vergleichbarkeit	179
b)	Schutz konkretisierender Normbestände	180
aa)	Übertragbarkeit der Standstill-Doktrin	180
bb)	Ansätze im Schrifttum	181
cc)	Dogmatische Konstruktion	182
dd)	Rechtspolitische Einwände	183
c)	Statischer und dynamischer Normbestandsschutz	184
d)	Differenzierung nach Grundrechtsadressaten	185
aa)	Normbestandsschutz gegenüber der Union	186
bb)	Normbestandsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten	188
3.	Zwischenergebnis	190
II.	Positive Verpflichtungen	190
1.	Effektuierungsgebot	190
a)	Allgemeines	190
b)	Horizontalwirkung	190
2.	Konkretisierungspflicht	192
a)	Ansätze im Schrifttum	192
b)	Differenzierung nach Grundrechtsadressaten	193
aa)	Konkretisierungspflicht der Mitgliedstaaten	193
bb)	Konkretisierungspflicht der Union	193
III.	Resümee	194
Kapitel 4: Regelnde Gesetzgebung		195
A.	Problemstellung	195
B.	Begriff der Regelung	196
I.	Etymologie und Bedeutung	196
II.	Konstitutive und regulative Regeln	197
III.	Grundrechtsspezifische Konzeption	199
C.	Prototypen regelungsfähiger Grundrechte	200
I.	Einschränkungs- und Regelungsfähigkeit	200
II.	Recht auf Eheschließung und Familiengründung	201
1.	Gewährleistung	201
a)	Chartatext	201
b)	Entstehung	202
c)	Erläuterungen	203
2.	Rechtsprechung des EGMR	203
a)	Rees-Urteil	203
b)	Johnston-Urteil	204
c)	Schweizerisches Wiederverheiratsverbot	204

d) Neuere Rechtsprechung	206
3. Ansätze im Schrifttum	207
4. Resümee und Erweiterung	208
III. Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen	210
1. Gewährleistung	210
a) Chartatext	210
b) Entstehung	212
c) Erläuterungen	214
2. Rechtsprechung des EuGH	215
a) Rechtssache Viking	215
b) Rechtssache Laval	217
c) Ausschreibung von Betriebsrentenzusagen	218
d) Rechtssache Hennings und Mai	221
3. Ansätze im Schrifttum	223
a) Normative Hülle	223
b) Einschränkungsvorbehalt	225
aa) Anwendung von Art. 52 Abs. 1 GRC	225
bb) Vorbehaltlose Grundrechtsschranke	226
c) Ausgestaltungsvorbehalt	228
aa) Ausgestaltung durch Mitgliedstaaten	228
bb) Ausgestaltung durch Mitgliedstaaten und Union	231
4. Resümee	233
IV. Unternehmerische Freiheit	234
1. Gewährleistung	234
a) Chartatext	234
b) Entstehung	234
c) Erläuterungen	238
2. Rechtsprechung des EuGH	239
a) Rechtsprechung vor der Proklamation der Charta	239
b) Rechtsprechung nach Inkrafttreten der Charta	241
aa) Ausgangspunkt	241
bb) Rechtsprechungslinie Deutsches Weintor	242
cc) Rechtsprechungslinie Sky Österreich	245
dd) Neuere Entscheidungen	248
c) Rezeption und Kritik	251
3. Ansätze im Schrifttum	254
a) Unbeachtlichkeit	254
aa) Leerlaufende Kompetenzzwahrungsklausel	254
bb) Deklaratorische Klausel	256
b) Traditionsklausel	258
c) Anwendung des Art. 52 Abs. 1 GRC	258
d) Ausgestaltungsvorbehalt	259
4. Resümee	263

D. Regelung als dogmatische Kategorie	263
I. Bestandsaufnahme	263
II. Regelung und Einschränkung	264
1. Abgrenzungsbedarf	264
2. Abgrenzbarkeit	265
a) Einwand der Nicht-Abgrenzbarkeit	265
b) Keck-Rechtsprechung	265
c) Abgrenzungsmodelle im nationalen Recht	267
aa) Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG	267
bb) Kernbereichsdogmatik zu Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG	269
d) Zwischenresümee	271
3. Abgrenzungskriterien	272
a) Allgemeine und spezifische Kriterien	272
b) Kern- und Randbereich	273
c) Ansätze in der Rechtsprechung	276
d) Methoden der Kernbereichsbestimmung	278
aa) Intensitätsbetrachtung	279
bb) Gegenständliche Betrachtung	280
cc) Methodenwahl	283
4. Zwischenbilanz	284
III. Regelung durch Union und Mitgliedstaaten	284
1. Regelungen des Unionsrechts	284
a) Primärrechtliche Regelungen	284
b) Sekundärrechtliche Regelungen	284
2. Regelungen des mitgliedstaatlichen Rechts	285
3. Regelung durch Einzelakt	287
IV. Strukturfragen	289
V. Resümee	290
 Kapitel 5: Schlussbetrachtung	 291
Zusammenfassung	299
 Verzeichnisse	 305
Rechtsprechungsverzeichnis	305
Unionsgerichte	305
Konventionsorgane	306
Nationale Gerichte	308
Dokumentenverzeichnis	309
Literaturverzeichnis	311
Sekundärrechtsverzeichnis	325
Register	329

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Bundes-Angestellentarifvertrag
BayBO	Bayerische Bauordnung
Bd.	Band
BeamtSt	Beamtenstatut
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CIC	Codex Iuris Canonici
d. h.	das heißt
Dok.	Dokument
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
ESC	Europäische Sozialcharta
etc.	et cetera
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHVfO	Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgende(r)
ff.	folgende
FS	Festschrift

GA	Generalanwalt
GCSGA	Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hs.	Halbsatz
h. M.	herrschende Meinung
i. e. S.	im engeren Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
ILO	International Labour Organization
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
jew.	jeweils
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
Lit.	Literatur
m. N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	(Beschwerde-)Nummer
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
SchLA	Schlussanträge
s.	siehe
S.	Seite(n)
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
u. a.	und andere
usf.	und so fort
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
VB	Verfassung Belgiens
VfOEuG	Verfahrensordnung des Gerichts
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZP-EMRK	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ZPO	Zivilprozessordnung

Einführung

A. Einleitung

Seitdem die Charta der Grundrechte als Primärrecht der Union am 1. Dezember 2009 Rechtsverbindlichkeit erlangte, verfügt die Unionsverfassung über einen geschriebenen Grundrechtskatalog, an dem sich Maßnahmen der Union und der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts messen lassen müssen. Der Verfassungsrang der Charta begründet zugleich das Bedürfnis nach ihrer rechtsdogmatischen Durchdringung. Zwar muss das sprichwörtliche Rad nicht neu erfunden werden, greifen die Bestimmungen der Charta doch einiges auf, was bereits in der sogenannten prätorischen Phase des Grundrechtsschutzes geltendes Unionsrecht war, als Grundrechte noch ausschließlich als allgemeine Rechtsgrundsätze gewährleistet wurden. Die Charta setzt aber mit ihren ausdifferenzierten Gewährleistungen zahlreiche neue Akzente, die nach einer rechtswissenschaftlichen Verarbeitung verlangen. Die These, die Charta mache nur sichtbar, was ohnehin schon gelte, und schaffe keinesfalls neue Rechte,¹ lässt sich schon angesichts der zahlreichen neuartigen Garantien sozialer Rechte, aber auch mit Blick auf die abgestuften Gewährleistungen bedeutender wirtschaftlicher Rechte nicht ernsthaft aufrechterhalten.² Mit dem Inkrafttreten der Charta wurde dem Unionsrecht neuer Rechtsstoff hinzugefügt: die geschriebenen Unionsgrundrechte.

Die vorliegende Untersuchung greift aus diesem Rechtsstoff einen Teilbereich, nämlich das vielschichtige Verhältnis zwischen Unionsgrundrechten und Gesetzgebung, heraus. Diese Beziehungen in Gänze zu analysieren, würde ihren Rahmen sprengen. Der Fokus soll daher auf einer bestimmten Beziehung, nämlich der Abhängigkeitsrelation zwischen grundrechtlicher Freiheit und einfachem Recht im Sinne subkonstitutioneller Normsetzung liegen. Inspiriert ist die Untersuchung dabei von einem der zentralen Problemkreise der deutschen Grundrechtsdogmatik. Das zeigt schon ihr Titel, der einen Beitrag *Roman Herzogs* aus dem Jahr 1987 zitiert. Dreizehn Jahre bevor *Herzog* dem Konvent vorsitzen sollte, der die Charta erarbeitete, widmete

¹ Diese These wurde vor allem von britischer Seite vertreten; vgl. *Goldsmith*, CMLR 38 (2001), 1201 ff. Sie geht auf den Beschluss des Europäischen Rates von Köln vom 03./04.06.1999 (Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anhang IV) zurück, nach dem die Charta „die überragende Bedeutung der Grundrechte und ihre Tragweite für die Unionsbürger sichtbar“ verankern sollte.

² Vgl. zu den Neuerungen der Charta *Alber/Widmaier*, EuGRZ 2000, 497 (499); *Grabenwarter*, DVBl. 2000, 1 (12 f.); *Callies*, EuZW 2001, 261 (263 ff.); *Schmitz*, JZ 2001, 833 (834).

er sich unter der prägnanten Überschrift „Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers“ einem der faszinierendsten Paradoxa des deutschen Verfassungsrechts.³ Wie kann es sein, dass die Freiheit, die manche Grundrechte verbürgen, von der Normsetzung der grundrechtsgebundenen Hoheitsgewalt, konkret: des Gesetzgebers, abhängt? Wie können Grundrechte vor Gesetzgebung schützen, wenn sie inhaltlich zur Disposition des Gesetzgebers stehen? *Herzog* blickte in seinem Beitrag auf beinahe vier Jahrzehnte „Verfassungsauslegung und Verfassungsrechtsprechung zum Bonner Grundgesetz“ zurück.⁴ Doch das Problem beschäftigt die deutsche Staatsrechtslehre schon viel länger. So postulierte bereits *Carl Schmitt* für die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung, dass ihr Inhalt und Umfang sich nicht aus dem Gesetz ergeben dürfe.⁵ Denn eine Freiheit „nach Maßgabe der Gesetze“ sei überhaupt keine „Freiheit im liberalen Sinne“.⁶ Für *Schmitt* war der Vorbehalt des Gesetzes daher „niemals der Vorbehalt einer Maß- oder Inhaltsgabe, sondern immer nur der Vorbehalt einer Ausnahme, und zwar einer Ausnahme, die als solche prinzipiell begrenzt, berechenbar und nachprüfbar sein muss“.⁷ Mit Grundrechtsbestimmungen wie Art. 153 Abs. 1 WRV, wonach sich Inhalt und Schranken des Eigentums aus den Gesetzen ergaben, oder Art. 151 Abs. 1 WRV, der die Freiheit des Handels und des Gewerbes „nach Maßgabe der Reichsgesetze“ gewährleistete, war diese Auffassung freilich nur schwer in Einklang zu bringen. Erkennt man darüber hinaus an, dass bestimmte grundrechtliche Schutzgüter wie Ehe, Eigentum oder Vertrag für ihr Bestehen auf Gesetzgebung angewiesen sind, läuft die Leugnung der „Maß- und Inhaltsgabe“ durch den Gesetzgeber auf einen performativen Widerspruch hinaus. Die deutsche Grundrechtsdogmatik ist bis heute darum bemüht, Wege aus dem Dilemma zwischen der Maß- und Inhaltsgabe durch den Gesetzgeber und dessen Grundrechtsbindung aufzuzeigen.⁸

Es ist nicht das Ziel dieser Untersuchung, die deutsche Diskussion auf die europäische Ebene zu verlagern. Noch weniger will sie den Unionsgrundrechten Versatzstücke der deutschen Grundrechtsdogmatik, wie etwa die zu Art. 6 und Art. 14 GG entwickelten Ausgestaltungslehren, „überstülpen“.⁹ Weder das eine noch das andere würde der sich konsolidierenden Dogmatik der Unionsgrundrechte¹⁰ einen

³ *Herzog*, in: FS Zeidler, S. 1415 ff.; später kritisch aufgegriffen von *Nierhaus*, AöR 116 (1991), 72 ff.

⁴ *Herzog*, in: FS Zeidler, S. 1415.

⁵ *Schmitt*, in: Anschütz/Thoma, HdbDStR II, S. 572 (591 f.).

⁶ *Schmitt*, in: Anschütz/Thoma, HdbDStR II, S. 572 (592).

⁷ *Schmitt*, in: Anschütz/Thoma, HdbDStR II, S. 572 (592).

⁸ Aus jüngerer Zeit vgl. vor allem *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 132 ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 84 ff.; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, passim; *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, passim; *Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 411 ff.

⁹ Zum allenthalben zu beobachtenden „Überstülpen“ nationaler dogmatischer Figuren auf die Unionsgrundrechte vgl. *Cremer*, in: Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, § 1 Rn. 4.

¹⁰ Die dogmatische Durchdringung des Rechtsstoffes ist freilich ein im besonderen Maße „deutsches“ Anliegen – *Jestaedt*, 2012, 1 (9) spricht gar vom „German approach“ –, jedoch kennen auch andere Mitgliedstaaten dogmatische Grundrechtsdiskurse; *Kühling*, in: von Bogdandy/Bast, Euro-

Dienst erweisen. Die Untersuchung fußt aber auf dem durch nationale Grundrechts-erfahrung geschärften Bewusstsein für die Probleme, die mit der Anerkennung von Kompetenzen des Gesetzgebers zur grundrechtlichen „Maß- und Inhaltsgabe“ einhergehen. Dass diese Probleme sich auch im Bereich der Unionsgrundrechte stellen, legt schon ein flüchtiger Blick auf den Text der Charta nahe. In einigen Grundrechtsbestimmungen finden sich Verweise auf das Unionsrecht und die „Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten“, nach denen das jeweilige Grundrecht gewährleistet wird (Art. 16, 27, 28, 30, 34 GRC). Andere Gewährleistungen nehmen auf die „einzelstaatlichen Gesetze“ Bezug, die die Ausübung des jeweiligen Rechts „regeln“ (Art. 9, 10 Abs. 2, 14 Abs. 3 GRC). Darüber hinaus kennen auch die Unionsgrundrechte Schutzgegenstände wie Ehe, Eigentum und Vertrag, die die deutsche Grundrechtsdogmatik als „rechts-“ oder „normgeprägt“ charakterisiert und zum zentralen Anwendungsbereich ihrer Ausgestaltungslehren erklärt.¹¹

Es deutet also alles darauf hin, dass das Phänomen der „Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers“ auch im Unionsrecht beobachtet werden kann. Es zu erfassen, zu analysieren, dogmatisch zu strukturieren und durch Kategorienbildung zu systematisieren, ist der Anspruch dieser Untersuchung. Sie will damit einen theoretisch fundierten Beitrag zur Dogmatik der Unionsgrundrechte liefern – und ist sich dabei der Kontroversen bewusst, die sich an Begriff, Aufgabe und Berechtigung von Rechtsdogmatik entzünden. Diese sind andernorts nachzulesen.¹² Hier genüge der Hinweis, dass es mindestens ebenso unglücklich wäre, die den Rechtsstoff strukturierende Dogmatik aufgrund wissenschaftstheoretischer Zweifel vorschnell über Bord zu werfen, wie die Rechtswissenschaft auf die Dogmatik zu verengen. Gewiss ist Rechtswissenschaft mehr als Dogmatik, aber Dogmatik ist ein wichtiger Teil davon und darüber hinaus ein gemeineuropäisches Konzept.¹³ Die Vorteile einer dogmatischen Durchdringung der Unionsgrundrechte hat *Kühling* anschaulich herausgestellt:

„Eine transparente, fundierte und entschiedene Grundrechtsjudikatur, die auf eine kohärente Dogmatik gestützt ist, setzt für den Normgeber und Normanwender unabdingbare Orientierungspunkte und schafft für den Normadressaten Rechtssicherheit. Der Vielseitigkeit und Komplexität neuer Problemkonstellationen kann eine entwickelte Dogmatik mit der Bereitstellung von Lösungsmustern und Einordnungshilfen begegnen. Zudem setzt die Dogmatik mit ihren Lösungsfiguren einen Standard, der erst dann abgelöst werden kann, wenn bessere Lösungen angeboten werden. Dogmatisches Arbeiten führt daher langfristig zu einer Optimierung der zur Problembehandlung bereitgestellten Muster und Figuren. Die einmal erreichte

päisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 672 verweist auf Italien und Spanien sowie Österreich und Belgien, wobei sich bei den letzteren der Diskurs erst entwickle.

¹¹ Vgl. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 21 ff.; *Bumke*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2009, S. 17 ff. jew. m. w. N.

¹² Zum Beispiel bei *Kirchhof/Magen/Schneider*, Was weiß Dogmatik?, 2012, passim.

¹³ Vgl. bereits *Peczenik*, *Logique et Analyse* 12 (1969), 32 (32): „Legal dogmatics [...] consists in interpretation and systematization of valid legal norms. [...] Although more influential on the European Continent than in the Common Law countries, legal dogmatics exists in every modern State.“

Qualität kann nicht mehr gemindert werden, weil sich neue Figuren immer an dem alten Standard messen lassen müssen“.¹⁴

„Muster und Figuren“, wie sie *Kühling* beschreibt, will die vorliegende Untersuchung für die rechtlichen Problemstellungen erarbeiten, die sich unter dem Thema „Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers“ vereinen. Dabei ist sie sich der Selbstbeschränkung bewusst, die sich Rechtsdogmatik aufzuerlegen hat. Sie dient der Analyse und Strukturierung des vorgefundenen Rechtsstoffs und setzt damit eine theoretisch und methodologisch belastbare Rekonstruktion dessen voraus, was die Normgeber des betrachteten Rechtssystems als geltendes Recht gesetzt haben. Rechtsdogmatik ist zunächst Rechtserkenntnis und erst in einem zweiten Schritt Strukturierung, Systematisierung und Erklärung des Erkannten. Niemals ist sie Rechtserzeugung. Wo das Recht seinem Anwender¹⁵ Spielräume belässt und ihn damit zu weiterer Normsetzung ermächtigt, endet Dogmatik und beginnt Politik,¹⁶ gleichviel ob der ermächtigte Akteur der Legislative, Exekutive oder Judikative zugerechnet wird. Auch Richter und Verwaltungsbeamte erzeugen neues Recht und üben dabei politische Macht aus. Die Grenzen zwischen geltendem Recht und Rechtserzeugung,¹⁷ zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik wollen genau vermessen sein. Anderenfalls droht der dogmatische Diskurs zum politischen Meinungskampf im rechtswissenschaftlichen Gewande zu verkommen.¹⁸

Diese Grenzziehung setzt eine theoretische und methodologische Grundlegung voraus, an der sich diese Untersuchung in ihrem ersten Kapitel versucht. Zunächst sind jedoch die zentralen Begriffe zu definieren, die im Weiteren zugrunde gelegt werden. Damit wird zugleich das Thema der Untersuchung näher umrissen. Außerdem ist eine kurze Auseinandersetzung mit und Abgrenzung von den Ausgestaltungslehren angezeigt, wie sie aus der deutschen Grundrechtsdogmatik bekannt sind. Aufgrund der kapitelübergreifenden Relevanz (und der unvermeidlichen Assoziationen deutscher Leser) werden diese Fragen gleichsam vor die Klammer gezogen. Schließlich sei der Gang der Untersuchung kurz skizziert, damit der Leser im dogmatischen Dickicht nicht die Orientierung verliert.

¹⁴ *Kühling*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 672.

¹⁵ Zur Untrennbarkeit von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung im Stufenbau der Rechtsordnung vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 72 f., 236 ff., 260 f.; zum Begriff des Rechtsanwenders auch *Lepsius*, *ARSP Beiheft* 126 (2011), 21 (25).

¹⁶ Vgl. *Peczenik*, *Logique et Analyse* 12 (1969), 32 (32): „Discussions carried on by State organs, e. g. courts, applying and/or making law, are very akin to dogmatics but remain outside its limits.“

¹⁷ Dazu *Jestaedt*, in: Bumke, *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 49 (63).

¹⁸ Damit ist keine Abwertung der politischen Betätigung verbunden. Es steht nur der Rechtsdogmatik als Teildisziplin der Rechtswissenschaft nicht zu, politische Forderungen zu erheben.

B. Grundbegriffe

I. Unionsgrundrechte

Unionsgrundrechte im Sinne dieser Untersuchung sind die Grundrechtsgewährleistungen des Unionsrechts, wie sie in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt sind. Seit Inkrafttreten von Art. 6 Abs. 1 EUV am 1. Dezember 2009, der die Charta in den Rang der Verträge erhebt, handelt es sich bei den Unionsgrundrechten (genauer: den darunter zusammengefassten Grundrechtsnormen¹⁹) um Primärrecht der Union, mithin um einen Teil der Unionsverfassung.²⁰ Bekanntlich hatte der EuGH bereits lange zuvor Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts anerkannt.²¹ Doch dieser prätorische Grundrechtsschutz²² ist mit dem Grundrechtskatalog der Charta überholt. Zwar sind nach Art. 6 Abs. 3 EUV die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze weiterhin Teil des Unionsrechts. Darin dürfte aber bestenfalls ein Hinweis darauf zu sehen sein, dass die Grundrechtsjudikatur des EuGH eine zentrale Grundlage für die nunmehr geschriebenen Gewährleistungen bildet.²³ Die Weichenstellungen der Charta unter Rückgriff auf die frühere Rechtsprechung zu unterlaufen, wird kaum von der Kompetenz des EuGH gedeckt sein.²⁴ Anzeichen für eine solche „Umgehungstaktik“ gibt es in der neueren EuGH-Judikatur jedenfalls keine. Im Gegenteil orientierte sich der Gerichtshof schon vor Inkrafttreten der Charta stark an ihrem Text.²⁵ Die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze sind daher kein Gegenstand dieser Untersuchung. Die prätorische Grundrechtsjudikatur des EuGH wird nur insoweit herangezogen, als sie den Unionsgrundrechten im Sinne von Charta-Grundrechten zugrunde liegt.

II. Gesetzgeber

Der Begriff des Gesetzgebers, wie er hier verwendet wird, ist nicht mit dem der Legislative im klassischen Gewaltenteilungsschema gleichzusetzen. Zwar gibt es erhebliche

¹⁹ Vgl. dazu Kapitel 1 C I.

²⁰ Vgl. zum Begriff der Verfassung der Europäischen Union sowie zur Charta als Teil der Konstitutionalisierung Möllers, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (255 ff.); zur Erarbeitung der Charta als Schritt einer europäischen Verfassungsgebung vgl. bereits Pernice, DVBl. 2000, 847 (848 f.).

²¹ Leitentscheidungen: EuGH, Rs. 29/69 – *Stauder*, Rn. 7; Rs. 11/70 – *Internationale Handelsgesellschaft*, Rn. 3.

²² Vgl. statt vieler Kühling, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (662 ff.).

²³ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 6 EUV Rn. 15 ff. m. N. auch zur a. A.

²⁴ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 6 EUV Rn. 17, der sich für einen Vorrang des geschriebenen Rechts ausspricht.

²⁵ Vgl. etwa die Rspr. zum Recht auf Kollektivmaßnahmen, das in EuGH, Rs. C-438/05 – *Viking*, Rn. 43 noch vor Inkrafttreten der Charta unter dem Eindruck von Art. 28 GRC als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt wurde.

Überschneidungen, gerade wenn es um den Unionsgesetzgeber geht,²⁶ doch muss die Begriffsbildung für mitgliedstaatliche Besonderheiten offen sein. Man denke insbesondere an die Common-Law-Systeme, die auch nach dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs mit der Rechtsordnung Irlands und den Mischsystemen²⁷ Maltas und Zyperns in der Union präsent bleiben. Aber auch in den Civil-Law-Rechtsordnungen spielen abstrakt-generelle Normsetzungen durch Gerichte und andere Akteure eine wichtige Rolle. Die Grenzen zur legislativen Normsetzung können fließend sein. Ein beredtes Zeugnis hierüber legt das deutsche Kollektivarbeitsrecht ab, für das in weiten Teilen das BAG – mit dem Segen des BVerfG²⁸ – als „Ersatzgesetzgeber“ fungiert.²⁹ Für die Unionsgrundrechte ist es unerheblich, welcher Akteur des mitgliedstaatlichen Rechtssystems die grundrechtsrelevanten Rechtsnormen setzt. Wenn hier und im Folgenden also von „Gesetz“ die Rede ist, ist damit jede abstrakt-generelle Rechtsnorm gemeint, die von einem dazu ermächtigten Akteur, dem Gesetzgeber, gesetzt wurde.

Diese Konzeption von Gesetz und Gesetzgeber entspricht nicht nur dem Blickwinkel des Unionsrechts auf das mitgliedstaatliche Recht. Sie stimmt vielmehr auch mit dem Gesetzesbegriff überein, den der EGMR eingedenk der unterschiedlichen Rechtssysteme, die sich unter der EMRK versammeln, im Konventionsrecht etabliert hat.³⁰ Im grundlegenden *Huvig*-Urteil sprach sich der Straßburger Gerichtshof dezidiert für ein „materielles“ Verständnis von *loi* bzw. *law* aus, das neben Parlamentsgesetzen und Normsetzungen niederen Ranges auch Richterrecht umfasse, das nicht nur in Common-Law-Systemen, sondern auch in den kontinentalen Rechtsordnungen ganze Bereiche des positiven Rechts dominiere.³¹ Der Grundrechtekonvent hat sich auf diese Begriffsfestlegung explizit bezogen,³² so dass sie für die Unionsgrundrechte gleichermaßen beachtlich ist.

III. Freiheit

Der Begriff der Freiheit findet sich zwar nicht explizit im Titel dieser Untersuchung, ließe sich aber ohne weiteres darin integrieren. Statt von „Unionsgrundrechten aus der Hand des Gesetzgebers“ kann gleichbedeutend von „Grundrechtlicher Freiheit aus der Hand des Gesetzgebers“ gesprochen werden. Denn die Untersuchung – wie sie durch die deutsche Grundrechtserfahrung inspiriert ist – beschränkt sich auf die

²⁶ Zur Einordnung des Unionsgesetzgebers in die dreigliedrig konzipierte Gewaltenteilung auf Unionsebene vgl. *Conway*, ELR 17 (2011), 304 (308 ff.).

²⁷ Vgl. dazu *Örücü*, JCompL 3 (2008), 34 ff.

²⁸ BVerfGE 88, 103 (115).

²⁹ Vgl. *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, 2008, S. 311 ff.

³⁰ Ausf. dazu *Weiß*, Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1996, S. 57 ff.

³¹ EGMR, Nr. 11105/84 – *Huvig*, Rn. 28.

³² Vgl. Kapitel I C IV. 4. a.

Unionsgrundrechte als Freiheitsrechte. Die Bindung des Gesetzgebers an Gleichheitssätze, wie sie die Charta vor allem in ihrem Titel III vorsieht, mag dogmatisch mindestens ebenso interessante Fragen aufwerfen,³³ die aber mit denen der „Maß- und Inhaltsgabe“³⁴ durch den Gesetzgeber nichts zu tun haben. Freiheitsrechte gewährleistet die Charta nicht nur in ihrem zweiten Titel, der mit „Freiheiten“ überschrieben ist, sondern auch in den Titeln I sowie IV bis VI. Im Folgenden sollen nur die Gewährleistungen der Titel II und IV untersucht werden. Die Garantien des Titels I (Würde, Leben, Unversehrtheit etc.) sind der inhaltlichen Einwirkung des Gesetzgebers unverdächtig. Die Bürger- und Justiziellen Rechte (Titel V und VI) wiederum betreffen spezifische Themen, die hier nicht vertieft werden können. Freilich lässt sich die ein oder andere dogmatische Figur, die im Folgenden zu entwickeln ist, auch für sie fruchtbar machen. So sind beispielsweise die Wahlrechtsgarantien der Art. 39 f. GRC nicht minder auf Gesetzgebung angewiesen wie die Eheschließungsfreiheit des Art. 9 GRC oder das Eigentumsrecht des Art. 17 GRC.³⁵ Die Titel II und IV bieten sich aber als aussagekräftige Referenzgebiete an.

Grundlage der dogmatischen Durchdringung der Freiheitsgrundrechte ist ein formaler Freiheitsbegriff. Freiheit wird danach als dreistelliges Prädikat konzipiert, bestehend aus Freiheitsträger, Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis.³⁶ Freiheit ist „always of something (an agent or agents), from something, to do, not do, become, or not become something“.³⁷ Welchen Inhalt die Elemente dieses formalen Freiheitsbegriffs im Einzelfall haben, hängt vollends vom Kontext ab, in dem der Begriff der Freiheit gebraucht wird. Durch seine ausdrückliche oder implizite Verwendung in Grundrechtsbestimmungen wird der Freiheitsbegriff zum (grund-)rechtlichen Begriff.³⁸ Das bedeutet zugleich, dass Freiheitsträger, Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis durch den Inhalt der jeweiligen Grundrechtsnorm bestimmt, mithin von deren Normgeber vorgegeben werden. Der dogmatisch arbeitende Jurist hat sich daher bestimmter Vorverständnisse über die Freiheitsgehalte der Grundrechte zu enthalten, wie sie vor allem mit metaphysisch aufgeladenen Freiheitsbegriffen verbunden sind. Metaphysische oder „naturrechtlich präformierte“³⁹ Freiheitsbegriffe qualifizieren den Freiheitsgegenstand nach ethischen Standards und schließen damit von vornherein Handlungen oder Zustände aus, denen die ethische Anerkennung

³³ Vgl. zu den unionsrechtlichen Gleichheitsgarantien etwa *Kingreen*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 21; *Schmahl*, in: Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, § 15.

³⁴ *Schmitt*, in: Anschütz/Thoma, HdbDStR II, S. 572 (592).

³⁵ Zur Wahlrechtsgarantie in der Rspr. des EGMR vgl. Kapitel 2 E III. 4. d.

³⁶ Vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 110.

³⁷ *MacCallum*, *Philosophical Review* 76 (1967), 312 (314) – Hervorhebungen im Original.

³⁸ Wie jeder Begriff, wenn er in Rechtsnormen verwendet wird, zum Rechtsbegriff wird; vgl. *Poscher*, in: Hage/von der Pfordten, *Concepts in Law*, 2008, S. 99 (102 ff.).

³⁹ *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 99.

versagt wird.⁴⁰ Für die Rechtsdogmatik, deren Gegenstand weder Ethik noch Moral, sondern das positive Recht ist, sind sie unbrauchbar.⁴¹

C. Ausgestaltung der Grundrechte

Die deutsche Grundrechtsdogmatik verhandelt viele der Probleme, die im Folgenden für die Unionsgrundrechte diskutiert werden, unter dem Topos der „Ausgestaltung von Grundrechten“. Dabei ist das Bedeutungsspektrum, in dem der Ausgestaltungsbegriff eingesetzt wird, so breit, dass sich jede einschlägige Darstellung genötigt sieht, mehr oder minder wortreich klarzustellen, was sie darunter versteht.⁴² Schon die Ubiquität des Ausgestaltungsbegriffs bei seiner gleichzeitigen Unbestimmtheit lässt Zweifel daran aufkommen, ob sein Einsatz im Bereich der Unionsgrundrechte zweckmäßig ist. Die „Flexibilität und Offenheit“ des Begriffs, „die es gestattet, unterschiedliche Erscheinungen im Verhältnis der Grundrechte zur Gesetzgebung unter einem einheitlichen Begriffsdach zu vereinen“, mag bei der dogmatischen Behandlung der Grundrechte des Grundgesetzes als Vorzug erscheinen,⁴³ mit Blick auf die für die Unionsgrundrechte anzustrebende dogmatische Präzision birgt sie Risiken. Dass Zurückhaltung geboten ist, zeigt ein Blick auf das deutschsprachige Schrifttum zu den Unionsgrundrechten, in dem der Ausgestaltungsbegriff bereits als begründungsersetzende Floskel zur vorgeblichen Lösung verschiedener dogmatischer Problemstellungen eingesetzt wird.⁴⁴ Die Kontexte, in denen die deutsche Grundrechtsdogmatik auf den Begriff der Ausgestaltung zurückgreift, werden dabei als geläufig vorausgesetzt. Sofern man sich ohnehin nur an Leser wendet, die mit dem deutschen Recht vertraut sind, gibt es dagegen nichts einzuwenden. Für eine Dogmatik der Unionsgrundrechte, die für den europäischen Rechtsdiskurs anschlussfähig sein will, kommt dieses Vorgehen aber nicht infrage.

Doch nicht nur die Unbestimmtheit und Kontextabhängigkeit der Ausgestaltungsterminologie warnt vor ihrer Anwendung im Bereich der Unionsgrundrechte. Auch unter semantischen Gesichtspunkten handelt es sich bei der „Ausgestaltung“

⁴⁰ Vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 113 f.; ausf. *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 87 ff.

⁴¹ Vgl. *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 99 ff., die vor allem die Kompetenz des Gesetzgebers zur Abgrenzung von „akzeptable[m] und inakzeptable[m] Freiheitsgebrauch“ betont. Noch vor der Entscheidung des (einfachen) Gesetzgebers liegt freilich die des Verfassungsgebers, durch dessen Normsetzung der Gesetzgeber erst zu weiterer Rechtssetzung ermächtigt wird. Das Freiheitsverständnis des Verfassungsgebers gilt es zu rekonstruieren, gleichviel ob es dem „Rekonstrukteur“ ethisch akzeptabel erscheint oder nicht.

⁴² Vgl. etwa *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 14 ff.; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 13 ff.; zum Begriff auch *Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 412 ff.

⁴³ *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 15.

⁴⁴ Beispielsweise bei *Jarass*, GRC, Art. 52 Rn. 80 m. w. N.; auf weitere „Ausgestaltungsansätze“ wird bei der Untersuchung der einzelnen Grundrechte einzugehen sein.

um einen Problemfall, haftet ihr doch etwas zutiefst Metaphorisches an.⁴⁵ Das Verb „(aus)gestalten“ ist vom Nomen „Gestalt“ abgeleitet, das wiederum ursprünglich ein Partizip zum Verb „stellen“⁴⁶ bildete. Gestalt ist demnach das „Gestellte“.⁴⁷ Schon im Mittelhochdeutschen bezeichnete *gestalt* das Aussehen, die Beschaffenheit.⁴⁸ Wer *ausgestaltet*, gibt einem Gegenstand also eine bestimmte Beschaffenheit, ein neues Aussehen. Der Duden spricht von „ausformen“, „Gestalt geben“ und nennt als Beispiel „einen Raum geschmackvoll ausgestalten“.⁴⁹ Die semantischen Nuancen, die der Begriff der Ausgestaltung in sich vereint, in eine andere Sprache zu übertragen, dürfte so gut wie ausgeschlossen sein. Noch nicht einmal im Englischen lässt sich eine passende Entsprechung finden. In der englischen Übersetzung von *Alexys* „Theorie der Grundrechte“ wird „Ausgestaltung“ eher radebrechend mit *outworking* wiedergegeben,⁵⁰ was so viel wie „Umsetzung“ oder „Vollendung“ heißt⁵¹ und kaum die Assoziationen erfassen dürfte, die der Ausdruck im deutschen Grundrechtsdiskurs erweckt. Am nächsten kommt dem Ausgestaltungsbegriff der deutschen Grundrechtsdogmatik noch das Englische *configuration*.⁵² Aber auch in dieser eher technischen Übersetzung geht vieles verloren, was mit der Metapher der Ausgestaltung von Grundrechten im Deutschen mitschwingt.

Die Rede von der Ausgestaltung der Unionsgrundrechte ist daher inadäquat. Eine Übertragung der Ausgestaltungsterminologie auf das Unionsrecht, ohne den Kontext der deutschen Grundrechtsdogmatik „mitzuschleifen“, erscheint ausgeschlossen. Es fällt aber auch nicht schwer, auf den Ausgestaltungsbegriff zu verzichten. Denn die verschiedenen Relationen zwischen Gesetzgebung und Grundrechtsgewährleistung, die im Folgenden behandelt werden, lassen sich mit wesentlich präziseren und im europäischen Kontext verständlichen Termini beschreiben. Damit sind auch die Ge-

⁴⁵ Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 3.

⁴⁶ „Stellen“ wiederum ist (wohl) ein Denominativ zu „Stall“ in der alten Bedeutung „Standort“; vgl. *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort: „stellen“.

⁴⁷ *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort: „Gestalt“.

⁴⁸ *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort: „Gestalt“; DWB, Bd. 5, Sp. 4178 f.

⁴⁹ Duden online, Stichwort: „ausgestalten“.

⁵⁰ *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, 2004, S. 217 übersetzt von *Julian Rivers*.

⁵¹ Vgl. Oxford Dictionary online, Stichwort: „outworking“: „The action or process by which something is brought to completion.“; s. auch das dortige Beispiel: „the practical outworking of EU legislation“.

⁵² Vgl. die englische Übersetzung von BVerfG, Urt. v. 06. 12. 2016, Az. 1 BvR 2821/11, Rn. 229 (URL = <http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html>; zuletzt abgerufen am 08. 03. 2018). *Configuration* kommt semantisch der Ausgestaltung sehr nahe, blickt man auf seinen lateinischen Ursprung *configurare* als Ableitung von *figura* („Gestalt“); vgl. für das Englische auch Merriam Webster online, Stichwort „configuration“, wo als Synonym das aus dem Deutschen entlehnte *gestalt* angegeben wird; *gestalt* bezeichnet in der psychologischen Fachsprache „An organized whole that is perceived as more than the sum of its parts“ (vgl. Oxford Dictionary online, Stichwort: „gestalt“). Für das spanische Verfassungsrecht spricht *Borowski*, RE DC 59 (2000), 29 (50 ff.) von *configuración*, um die Konstellation der Ausgestaltung von Grundrechten zu bezeichnen.

fahren gebannt, die von der voreiligen Parallelisierung dogmatischer Fragestellungen des Unionsrechts mit denen des nationalen Rechts ausgehen. Nur so kann sich die Dogmatik der Unionsgrundrechte von nationalen Vorverständnissen emanzipieren. Von den Teilnehmern am dogmatischen Grundrechtsdiskurs auf Unionsebene kann nicht erwartet werden, dass sie mit der diffizilen Ausgestaltungsdogmatik vertraut sind, die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland zu Grundrechten wie denen nach Art. 14, 6 und Art. 9 Abs. 3 GG entwickelt haben. Es ist auch nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass thematische Parallelgewährleistungen auf Unionsebene nach denselben oder auch nur nach ähnlichen dogmatischen Lösungsansätzen verlangen. So vergleichbar manche Grundrechte auf den ersten Blick scheinen, so sehr können sich doch die Gewährleistungen – nicht nur im Detail – unterscheiden. So wird etwa, um beim Paradefall eines „ausgestaltungsbedürftigen“ Grundrechts zu bleiben, dem Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eine prominente Rolle eingeräumt, wenn es heißt, Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmten die Gesetze. Einen vergleichbaren Rechtssatz kennt Art. 17 GRC, der das Eigentum als Unionsgrundrecht verbürgt, nicht. Zwar haben beide Gewährleistungen das Thema „Eigentum“ und gewiss werden sich zwischen ihnen einige inhaltliche Parallelen auf-tun, doch die konkreten Grundrechtsnormen sind für jede Gewährleistung gesondert zu erarbeiten. Das ist zwar schon angesichts der verschiedenen Rechtsordnungen und Normgeber eine rechtstheoretische wie -dogmatische Selbstverständlichkeit, die zu betonen dennoch lohnt.

D. Gang der Untersuchung

Am Anfang der Untersuchung steht eine *Grundlegung* der theoretischen, methodischen und dogmatischen Prämissen, auf denen die weiteren Ausführungen ruhen. Gerade den rechtstheoretischen und methodischen Grundlagen wird dabei vergleichsweise viel Raum gegeben. Denn das Phänomen der „Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers“ lässt sich nur gestützt auf ein solides theoretisches und methodologisches Fundament zutreffend erfassen, will man sich nicht auf vermeintliche Evidenzen verlassen, wie sie den deutschen Diskurs gelegentlich prägen.⁵³ Dieses Fundament wird in Kapitel 1 als eine Vereinigung normtheoretischer, sozialontologischer und sprachphilosophischer Elemente errichtet, denen mehr Aufmerksamkeit gewidmet wird, als es für dogmatisch orientierte Untersuchungen üblich sein dürfte. Aber gerade neuere sozialontologische Erkenntnisse, die sich zu einer zeitgemäßen

⁵³ So findet sich der Satz „Eigentum ist ein rechtliches Konstrukt“ in zahlreichen deutschsprachigen Darstellungen, ohne dabei kritisch hinterfragt zu werden; aus der Menge seien beispielhaft herausgegriffen *Gelinsky*, Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 1996, S. 50; *Froese*, Wohnungseigentum zwischen individualgrundrechtlicher Gewährleistung und kollektiver Einbindung, 2015, S. 7; zur Problematik dieser Evidenz in Gegenüberstellung zum Eigentumsbegriff der EMRK vgl. *F. Michl*, JZ 2013, 504 (506 f.).

Institutionentheorie zusammenfassen lassen, ermöglichen eine präzise Analyse gesetzesabhängiger Grundrechtsgewährleistungen.

In den Kapiteln 2 bis 4, die das dogmatische Kernstück der Untersuchung bilden, werden die maß- und inhaltgebenden Beziehungen zwischen Gesetzgebung und Unionsgrundrechten analysiert. Sie lassen sich in drei dogmatische Kategorien einteilen, die zur Kategorie der einschränkenden Gesetzgebung, die bereits andernorts eingehend untersucht wurde,⁵⁴ komplementierend hinzutreten. Im Einzelnen geht es um die *konstituierende Gesetzgebung* (Kapitel 2), die *konkretisierende Gesetzgebung* (Kapitel 3) und die *regelnde Gesetzgebung* (Kapitel 4). Das Vorgehen und die Begrifflichkeiten ähneln dabei in Teilen Untersuchungen zu den Grundrechten des Grundgesetzes, allen voran der im Jahr 2000 erschienenen Habilitationsschrift *Gellermanns* über „Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande“, der – in Anlehnung an *Lerche* –⁵⁵ mit der normativen Konstituierung, Konturierung und Konkretisierung Einsatzfelder der Ausgestaltungsdogmatik beschrieben hat.⁵⁶

Am größten ist die Schnittmenge bei der konstituierenden Gesetzgebung, die sich, wenn auch unter anderen Vorzeichen,⁵⁷ im deutschen wie im europäischen Recht als ähnliches Phänomen identifizieren lässt.⁵⁸ Die hiesige Untersuchung nimmt aber für sich in Anspruch mit ihrer sozialontologischen Fundierung dasjenige, was in der deutschen Dogmatik meist als selbstverständlich vorausgesetzt wird, schlüssig begründen zu können, nämlich die sogenannte Normgeprägtheit der betreffenden Grundrechtsgewährleistungen. Dabei soll auf den Ausdruck „Normprägung“⁵⁹, der in seiner Metaphorik die Rede von der Ausgestaltung noch übertreffen dürfte, im Folgenden verzichtet werden. Dass Begriffe auf Regeln (Normen) verweisen und dass institutionelle Tatsachen, die durch diese Begriffe bezeichnet werden, von Regeln abhängen, sind bei sozialontologisch informierter Betrachtung Selbstverständlichkeiten. Zum grundrechtsdogmatischen Problem werden diese Gemeinplätze, wenn die maßgeblichen Regeln vom grundrechtsgebundenen Gesetzgeber selbst stammen. Um dieses Problem präzise zu analysieren, bedarf es aber keiner Metapher aus dem Bereich des Münzwesens, die mehr verdunkelt, als sie erhellt.

Bei den Kategorien der konkretisierenden und der regelnden Gesetzgebung kommt es allenfalls noch zu terminologischen Überlappungen mit dem deutschen Diskurs. Denn beide Kategorien werden im Folgenden spezifisch unionsrechtlich konzipiert

⁵⁴ Vgl. vor allem *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, passim.

⁵⁵ *Lerche*, in: HStR V, 1. Aufl. 1992, § 121 Rn. 38 ff.

⁵⁶ *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 89 ff.

⁵⁷ Besonders hervorzuheben ist die Verortung als Aspekt der sog. objektiven Grundrechtsgehalte, die dem Unionsrecht fremd sind; vgl. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 58 ff.

⁵⁸ Vgl. die Nachw. bei *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 90.

⁵⁹ Dieser geht zurück auf *Lerches* Rede von der „Grundrechtsprägung“; vgl. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, S. 99, 114 ff., 140 ff. sowie *ders.*, in: HStR V, 1. Aufl. 1992, § 121 Rn. 38 ff.