

SEBASTIAN LEUSCHNER

Sicherheit als Grundsatz

Internet und Gesellschaft

10

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von
Jeanette Hofmann, Ingolf Pernice,
Thomas Schildhauer und Wolfgang Schulz

10



Sebastian Leuschner

Sicherheit als Grundsatz

Eine grundrechtsdogmatische Rekonstruktion im
Unionsrecht am Beispiel der Cybersicherheit

Mohr Siebeck

Sebastian Leuschner, geboren 1985; Studium der European Studies an der Universität Magdeburg und der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin; Wiss. Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht der HU Berlin; Wiss. Mitarbeiter am Alexander von Humboldt-Institut für Internet und Gesellschaft, Berlin; 2017 Promotion; seit 2016 Referendar am KG Berlin.

ISBN 978-3-16-155515-2 / eISBN 978-3-16-156843-5

ISSN 2199-0344 (Internet und Gesellschaft)

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.mohr.de

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

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Herbst 2016 als Dissertation angenommen und ist im Rahmen des *Kompetenznetzwerks für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa* (KORSE) entstanden, einem vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Forschungsnetzwerk der *Albert-Ludwigs-Universität* Freiburg, der *Humboldt-Universität* zu Berlin, der *Hochschule der Polizei* Münster und der *Bucerius Law School* Hamburg. Systematisch berücksichtigt wurden Literatur und Rechtsprechung bis November 2016.

Ich danke vor allem meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h. c. *Ingolf Pernice* für die intensive Betreuung der Arbeit, für unzählige Ideen, Impulse und Anregungen für Thesen und Gedanken sowohl in persönlichen Gesprächen die Dissertation betreffend als auch darüber hinaus. Ihm habe ich viel zu verdanken, und ohne sein Engagement, seine Unterstützung und seine Förderung über viele Jahre nicht nur während, sondern auch bereits lange vor der Promotionszeit, wäre diese Arbeit nie zustande gekommen. Mein besonderer Dank gilt daneben auch der (neben *Ingolf Pernice* weiteren) Direktorin und den weiteren Direktoren des KORSE-Projekts, Prof. Dr. *Ralf Poscher*, Prof. Dr. *Dieter Kugelmann*, Prof. Dr. *Doris König*.

Danken möchte ich daneben auch meiner Kollegin *Emma Peters* sowie meinen Kollegen *Hannfried Leisterer* und *Adrian Haase* für viele interessante und hilfreiche Gespräche und die tolle gemeinsame Promotionszeit.

Daneben schulde ich auch dem gesamten Mitarbeiterstab des Alexander von Humboldt-Instituts für Internet und Gesellschaft meinen verbindlichsten Dank. Das Institut hat einen finanziellen und vor allem ideellen Rahmen für meine Forschungen geschaffen, ohne den die Arbeit in dieser Form nicht zustande gekommen wäre. Die Arbeit am Institut und der Austausch mit den Kolleg_innen dort eröffnete mir das Potential der interdisziplinären Perspektive auf das Recht. Bessere Promotionsbedingungen kann sich ein Doktorand nicht wünschen.

Schließlich möchte ich auch den studentischen Hilfskräften *Maria Rothämel*, *Hanna Soditt* und *Theresa Behrendt* danken. Auch ihre Unterstützung durch Recherchen, Korrekturaufgaben und vielem mehr war für das Zustandekommen der Arbeit essentiell.

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt die Bekämpfung des internationalen Terrorismus zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung der Union dar [.]. Das Gleiche gilt für die Bekämpfung schwerer Kriminalität zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit [.]. Im Übrigen ist insoweit festzustellen, dass nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit hat.“

(EuGH, Urt. v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-549/12 – *Digital Rights Ireland*)

Abstract

In der Grundrechtsdogmatik ist seit einiger Zeit ein Prozess der Vergrundrechtlichung des staatlichen und europäischen Gewährleistungsziels Sicherheit zu beobachten. Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit wird von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nicht mehr nur als legitimer Zweck zur Rechtfertigung umfassender Grundrechtsbeschränkungen anerkannt. Vielmehr gewinnt die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht an Bedeutung. Die Grundrechte werden zunehmend als Argument für die Begründung (oder zumindest ihren Versuch) mehr oder weniger dichter verfassungsrechtlicher Pflichten von Staat und EU herangezogen, bestimmte Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen. In seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung hat der Europäische Gerichtshof erstmals und danach wiederholt gar ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit erwähnt, welches er aus Art. 6 der EU-Grundrechtecharta ableiten will. Die Anerkennung eines solchen Grundrechts ist die konsequente Fortführung der Vergrundrechtlichung der Sicherheitspolitik. Begleitet wird diese Vergrundrechtlichung von Versicherheitlichungsprozessen, die Unsicherheiten und damit bestimmte Schutzbedürftigkeiten in Grund und Ausmaß oft nur behaupten.

Indes zeichnet sich das Gewährleistungsziel Sicherheit soziologisch und politologisch betrachtet durch eine besondere Aushandlungsbedürftigkeit aus. Die Behauptung immer umfassenderer grundrechtlicher Schutzgehalte zur Sicherheitsgewährleistung wird dieser Erkenntnis nicht gerecht und erweist sich deshalb als grundrechtsdogmatischer Irrweg. Die Arbeit kritisiert vor diesem Hintergrund die Idee von der Sicherheit als Inhalt grundrechtlicher Schutzansprüche im Unionsrecht und zeigt ihre Widersprüche zu den unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien der Demokratie und Gewaltenteilung auf. Auf dieser Grundlage entwickelt sie hierzu eine grundrechtsdogmatische Alternative: Den unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatz. Die Grundrechtecharta führt mit den Grundsätzen eine neue, neben den Grundrechten stehende, grundrechtsähnliche Normenkategorie ein. Diese kann fruchtbar gemacht werden, um der – so die These der Arbeit – besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des öffentlichen Gewährleistungsziels Sicherheit eher gerecht zu werden.

Veranschaulicht wird die behandelte Problematik am Beispiel der europäischen Cybersicherheitsgesetzgebung. Insbesondere nach den Snowden-Enthüllungen finden sich in den wissenschaftlichen und politischen Debatten zunehmend Rekurse auf grundrechtliche Schutzpflichten, die bestimmte

Sicherheitsmaßnahmen wie etwa den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen zur Gewährleistung der Datensicherheit oder gar die Einrichtung eines „Schengen-Routings“, als grundrechtlich zwingend geboten erachten und damit die politische Debatte hierum ein Stück weit auf verfassungsrechtliche Argumente verengen. Hierdurch wird der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit der Cybersicherheit nicht hinreichend Rechnung getragen, zudem kommt es hierdurch zu Tendenzen der Versicherheitlichung. Mit der Anerkennung des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes als grundrechtsdogmatischer Alternative wird der Tendenz der unionsverfassungsrechtlich mit Blick auf die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung problematischen Vergrundrechtlichung auch in diesem Bereich effektiv entgegengewirkt.

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
A. Thesen	2
B. Verfassungsrechtliche Perspektive	6
C. Grundrechtecharta als Referenzordnung	8
D. Struktur der Arbeit	11
1. Teil	
Was ist Sicherheit? Sicherheit aus der Grundrechtsperspektive	13
A. Sicherheit und Legitimation	14
B. Sicherheit und Verfassungsrecht	15
C. Sicherheit als Paradoxon	16
D. Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt	17
E. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie	22
F. Zusammenfassung	25
2. Teil	
Klassische grundrechtsdogmatische Figuren der unionsrechtlichen Sicherheitsverfassung	27
A. Sicherheit als legitimer Zweck	27
B. Sicherheit als grundrechtliche Schutzpflicht	43
C. Sicherheit als Grundrecht	72

3. Teil

Sicherheit als Chartagrundsatz und als grundrechtsdogmatische Innovation	111
A. Die Chartagrundsätze als neue Unbekannte der unionalen Grundrechtsordnung	111
B. Ansätze einer allgemeinen Lehre von den Chartagrundsätzen	121
C. Probleme und Lösungsansatz	156
D. Die Alternative der Sicherheit als Chartagrundsatz, seine Wirkungen und seine verfassungstextliche Verortung	187
E. Zusammenfassung	202

4. Teil

Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der unterschiedlichen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit als Beispiel	207
A. Cybersicherheit als umfassendes, weil räumliches Konzept	207
B. Versicherheitlichung und Rights Talk im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung	212
C. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der verschiedenen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit	221
Schluss	231
A. Zusammenfassende Thesen	231
B. Ausblick	233
Literaturverzeichnis	237
Sachregister	249

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Thesen	2
I. Die Vergundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit als Problem für Demokratie und Gewaltenteilung	2
II. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie	5
III. Der unionsrechtliche Sicherheitsgrundsatz als grundrechtsdogmatische Alternative	6
B. Verfassungsrechtliche Perspektive	6
C. Grundrechtecharta als Referenzordnung	8
D. Struktur der Arbeit	11
1. Teil	
Was ist Sicherheit? Sicherheit aus der Grundrechtsperspektive	13
A. Sicherheit und Legitimation	14
B. Sicherheit und Verfassungsrecht	15
C. Sicherheit als Paradoxon	16
D. Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt	17
E. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie	22
I. Unmöglichkeit der abschließenden verfassungsrechtlichen Definition von Sicherheit als Folge ihr sozialen und kulturellen Konstruktion	23
II. Sicherheit als freiheitlich und demokratisch strukturierter Prozess	24
F. Zusammenfassung	25

2. Teil

Klassische grundrechtsdogmatische Figuren der unionsrechtlichen Sicherheitsverfassung	27
A. Sicherheit als legitimer Zweck	27
I. Sicherheit als legitimer Zweck im Unionsrecht	29
II. Zu große Offenheit gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen	31
III. Mangelnder Freiheitsschutz als Folge richterrechtlicher Nachlässigkeit	32
1. Die Entwertung des legitimen Zwecks im Allgemeinen	32
a. Bisherige „Anspruchslosigkeit“ der Grundrechtsprechung des EuGH im Allgemeinen	33
b. „Anspruchslosigkeit“ der Rechtsprechung zur Legitimität des vorgebrachten Zwecks	34
2. Die Entwertung des Gewährleistungsziels Sicherheit in Gestalt des legitimen Zwecks im Besonderen als Legitimation sozial und kulturell konstruierter Unsicherheiten	38
IV. Zusammenfassung	42
B. Sicherheit als grundrechtliche Schutzpflicht	43
I. Die grundrechtliche Schutzpflicht im Unionsrecht	45
1. Breite Anerkennung im Schrifttum	45
2. Zurückhaltung in der Rechtsprechung der Unionsgerichte ...	50
II. Die grundrechtliche Schutzpflicht in der grundsätzlichen Kritik .	53
1. Freiheitsverkürzung durch Wandel der Grundrechte von Eingriffsverboten in Eingriffsgebote	54
2. Vergrundrechtlichung der Rechtsordnung und der Sicherheitspolitik	56
3. Vergrundrechtlichung als Prozess der Versicherunglichung ...	60
III. Kollektiv-rechtliche Schutzgüter als Alternative	62
1. Die Tendenz des EuGH zum kollektiv-rechtlichen Ansatz ...	63
2. Die unionsverfassungstextliche Stärkung des kollektiv-rechtlichen Ansatzes durch die Grundrechtecharta ..	66
3. Grundrechtsdogmatische Vorteile und Schonung des Demo- kratieprinzips sowie des Grundsatzes der Gewaltenteilung ...	67
4. Teilweise Inkommensurabilität der grundrechtlichen Schutzpflicht	68
IV. Zusammenfassung	71
C. Sicherheit als Grundrecht	72
I. Art. 6 GRCh als interpretationsoffene Vorschrift	77
1. Sicherheitsrechtliche Gehalte des Art. 5 Abs. 1 EMRK	77
2. Sicherheitsrechtliche Gehalte des Art. 6 GRCh	83
3. Stellungnahme	84

4. Zwischenergebnis	86
II. Der grundrechtsdogmatische Mehrwert des Grundrechts auf Sicherheit und die Freiheit als Grenze	87
1. Bestandssicherndes Grundrecht	90
2. Bestandserweiterndes Grundrecht	92
3. Der unionsrechtliche Wert der Freiheit als Grenze	95
a. Unionsverfassungstextliche Vorgaben	96
b. Primat der Freiheit als grundrechtsdogmatisches Leitbild . .	98
c. Freiheitsverkürzende Effekte	101
d. Stabilisierungsfunktion des europäischen Grundrechtsverbunds	102
4. Zusammenfassung	105
III. Vergrundrechtlichung der Rechtsordnung und der Sicherheitspolitik	105
IV. Zusammenfassung	107

3. Teil

Sicherheit als Chartagrundsatz

und als grundrechtsdogmatische Innovation	111
---	-----

A. Die Chartagrundsätze

als neue Unbekannte der unionalen Grundrechtsordnung	111
I. Positiv-rechtliche Ausgangslage	113
II. Entstehungsgeschichte	114

B. Ansätze einer allgemeinen Lehre von den Chartagrundsätzen 121 |

I. Die Chartagrundsätze als verbindliches Recht	122
1. Rechtsverbindlichkeit der Grundsätze an sich	122
2. Grundsätze als abwehr- und leistungsrechtliche Normen	123
3. Gegenvorschlag: Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen ohne eigene materielle Rechtsgehalte	127
a. Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen	127
b. Grundsätze als Normen ohne eigene materiell-rechtliche Gehalte	128
c. Vereinbarkeit mit Art. 52 Abs. 5 GRCh	131
aa. Grundsätze als Auslegungsgebote	131
bb. Grundsätze als Rechtmäßigkeitsmaßstab	131
II. Die Chartagrundsätze als abwägungsbedürftige Prinzipien	134
III. Die Chartagrundsätze als objektives oder subjektives Recht	136
1. Die Chartagrundsätze als objektives, weil nur beschränkt einklagbares Recht	137
2. Die Chartagrundsätze als subjektives, gleichwohl nur beschränkt einklagbares Recht	139

3. Stellungnahme: Grundsätze als objektives Recht und Identitätsthese statt Ähnlichkeitsthese	143
IV. Rechtswirkung der Grundsätze	144
1. Gebote der grundsatzkonformen und grundsatzfreundlichen Auslegung	144
2. Rückschrittsverbot	145
3. Grundsätze als Subjektivierungsgebote	147
4. Gebot der anspruchsfreundlichen Auslegung	148
V. Die Grundsatzkonzeption des EuGH	150
1. Grundsätze als umsetzungsbedürftiges objektives Recht ohne eigene materielle Rechtsgehalte und weites Verständnis des Umsetzungsaktes	151
2. Ablehnung der Einheitsthese?	152
3. Keine anspruchsfreundliche Auslegung?	154
4. Fazit	155
VI. Zusammenfassung	155
C. Probleme und Lösungsansatz	156
I. Unmöglichkeit der Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze aufgrund der bisherigen Grundsatzkonzeption	156
1. Im Schrifttum vorgeschlagene Einordnungskriterien	157
2. Kritik der Einordnungskonzepte am Beispiel der Art. 25 und 26 GRCh	160
a. Verwendung der Begriffe „Recht“ und „Anspruch“	160
b. Subjektiv-rechtliche Formulierung	162
c. Keine besondere Normenunbestimmtheit	163
d. Unsichtbarkeit etwaiger besonderer Funktionsschwerpunkte	167
e. Unsichtbarkeit etwaiger allein leistungsrechtlicher Funktionen	169
f. Zwischenfazit: Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze mit grundrechtlichem Anschein	169
3. Auslegungsmethodischer Stellenwert der Erläuterungen	170
II. Gegenvorschlag: Grundsätze als besonders aushandlungsbedürftige Rechtsgüter schützende Normen	173
1. Besondere Aushandlungsbedürftigkeit der Grundsatzrechtsgüter	174
2. Demokratieprinzip als Indikator besonderer Aushandlungsbedürftigkeit	175
3. Beispiele besonders aushandlungsbedürftiger Sachbereiche	180
a. sozialrechtliche Verbürgungen	180
b. Gemeinschaftsgüter schützende Verbürgungen	181

4. Besondere Aushandlungsbedürftigkeit nur einzelner Gewährleistungsgehalte innerhalb eines Charta-Artikels und Abgrenzung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten ...	184
5. Folgen für die Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze oder Grundrechte	185
III. Zusammenfassung	186
D. Die Alternative der Sicherheit als Chartagrundsatz, seine Wirkungen und seine verfassungstextliche Verortung	187
I. Der Sicherheitsgrundsatz als Demokratie und Gewaltenteilung schonende und dem kollektiv-rechtlichen Ansatz des EuGH entsprechende grundrechtsdogmatische Alternative	187
II. Die verfassungstextliche Verortung des Sicherheitsgrundsatzes in Art. 6 GRCh	190
1. Der Sicherheitsgrundsatz als lediglich vertretbares Auslegungsergebnis bei isolierter Betrachtung des Art. 6 GRCh ...	191
a. Wortlaut	192
b. Entstehungsgeschichte	192
c. Telos	192
d. Systematik	193
aa. Die Einbettung des chartarechtlichen Sicherheitsgrundsatzes in den europäischen Grundrechtsverbund gemäß Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh	193
bb. Art. 6 GRCh im Gefüge des Primärrechts	195
2. Der Sicherheitsgrundsatz als zwingendes Auslegungsergebnis bei Betrachtung des Art. 6 GRCh im Lichte des unionsverfassungsrechtlich verbürgten Demokratieprinzips ...	196
III. Rechtliche Wirkungen des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes	199
1. Das sicherheitsgrundsätzliche Gebot zur grundsatzkonformen und beschränkt grundsatzfreundlichen Auslegung	199
2. Das sicherheitsgrundsätzliche relative Rückschrittsverbot ...	200
3. Das sicherheitsgrundsätzliche Subjektivierungsgebot und das Gebot zur anspruchsfreundlichen Auslegung	201
4. Die den Schutzgüterbestand erweiternde Wirkung des Sicherheitsgrundsatzes	201
E. Zusammenfassung	202

4. Teil

Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der unterschiedlichen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit als Beispiel	207
A. Cybersicherheit als umfassendes, weil räumliches Konzept	207
I. IT-Sicherheit aus informatischer Sicht	207
II. Cybersicherheit aus politischer und juristischer Perspektive	209
III. Fazit: Vorzugswürdigkeit des Konzepts der Cybersicherheit	211
B. Versicherheitlichung und Rights Talk im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung	212
I. Die Versicherheitlichung der Cybersicherheit	212
II. Verstärkter Rekurs auf die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht im Schrifttum	215
III. Versicherheitlichungstendenzen verstärkender <i>Rights Talk</i> als Folge	218
IV. Sicherheitsgrundsatz als grundrechtsdogmatische Alternative	219
C. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der verschiedenen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit	221
I. Cybercrime- und NIS-Richtlinie als wesentliche Pfeiler der europäischen Sicherheitsgesetzgebung	221
II. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte des legitimen Zwecks, der grundrechtlichen Schutzpflicht und des Sicherheitsgrundrechts	222
1. Europäische Cybersicherheit als legitimer Zweck	222
2. Europäische Cybersicherheit als unionsgrundrechtliche Schutzgehalte	223
3. Cybersicherheit als Konkretisierung des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes	227
Schluss	231
A. Zusammenfassende Thesen	231
B. Ausblick	233
Literaturverzeichnis	237
Sachregister	249

Einleitung

Das Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit und damit auch zwischen Sicherheitsrecht und Grundrechten ist „ewiges Thema“¹ des öffentlichen Rechts. Trotzdem werden beide durch die Grundrechte garantiert, weil auch die Freiheit letztlich schutzbedürftig ist. Diesem Verständnis liegt die staatsrechtliche Annahme zugrunde, die den Staat – oder neuerdings im Kontext der Öffnung des Staates auch weitere öffentliche Gewalten und insbesondere die EU – als Garanten für die Sicherheit seiner Bürger_innen sieht, was wiederum die Basis für die effektive Grundrechtsausübung bildet. Demnach gewährleisten Grundrechte nicht nur Freiheit *vor* der öffentlichen Gewalt, sondern auch Freiheit *durch* sie.² Die Grundrechtsdogmatik versucht die Notwendigkeit des sich aus dieser Erkenntnis ergebenden hoheitlichen Gewährleistungsziels Sicherheit mit entsprechenden grundrechtsdogmatischen Figuren zu fassen und es so im Rahmen des Grundrechtsschutzes operabel zu machen.

Gegenwärtig lässt sich in Europa dabei die Tendenz einer Verdichtung grundrechtlicher, also individualrechtlicher Ansprüche beobachten, die auch mit dem Befund der *Vergrundrechtlichung* des Gewährleistungsziels Sicherheit verschlagwortet werden kann. Dieses wird heute grundrechtsdogmatisch nicht mehr nur als objektivrechtlicher *legitimer Zweck* im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung konzipiert. Es wird auch mehr und mehr Inhalt grundrechtlicher Schutzansprüche gegenüber der Hoheitsgewalt auf Schutz vor Übergriffen Dritter als subjektiv-rechtliche Flanke der objektivrechtlichen *einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten*. Gerade der EGMR nimmt die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht stark in Anspruch³ und beeinflusst in seiner Eigenschaft als grundrechtliche Klammerordnung Europas auch die nationale und die unionsrechtliche Grundrechtssprechung und das sie begleitende

¹ C. Gusy, VVDStRL 63 (2004), S. 151 (153).

² Den Gedanken, dass spezifisch die Grundrechte nicht nur Freiheit gegen den Staat, sondern auch durch ihn gewährleisten, hat insbesondere P. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983, insbes. S. 70 ff., entwickelt, indem er neben der individuellen Seite der Grundrechte auch deren „institutionelle“ Aspekte herausgearbeitet hat, deren Verwirklichung in der Kompetenz des Gesetzgebers liegt. Einen Überblick über die ideengeschichtlichen Fundamente der dieser Grundrechtstheorie zugrunde liegenden Staatstheorie und ihrer Folgen für das Grundrechtsverständnis gibt ausführlich J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 3 ff.

³ Einen Überblick über die Breite und Weite der Schutzpflichtenrechtsprechung des EGMR gibt etwa H. Krieger, ZaöRV 2014, S. 187 (189 ff.).

Schrifttum entsprechend. Ihren vorläufigen Höhepunkt findet die Tendenz zur Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit vor allem in der gegenwärtigen Debatte um ein in Art. 6 GRCh – Recht auf Freiheit und Sicherheit – zu verortendes eigenständiges *Unionsgrundrecht auf Sicherheit*, welches etwa jüngst der EuGH in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie erstmals – wenn auch nur beiläufig – erwähnte und dies zwischenzeitlich auch in einer zweiten Entscheidung sowie einem Gutachten wiederholte.⁴ Mit beiden Ansätzen wird das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit in ein Ergänzungsverhältnis umzudeuten versucht, welches Sicherheit als Voraussetzung für Freiheit, und nicht als deren Ende denkt.

A. Thesen

Diese Entwicklung – das zunehmende Verständnis der Sicherheit als Inhalt grundrechtlicher Schutzansprüche anstelle des Verständnisses der Sicherheit als klassisch politisches Thema – steht in gewissem Widerspruch zu Erkenntnissen der interdisziplinären Sicherheitsforschung, aus denen sich der Schluss ziehen lässt, dass es sich bei der Sicherheitsgewährleistung um einen besonders aushandlungsbedürftigen Regelungsbereich handelt. Durch die Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit wird nicht mehr nur die Freiheit, sondern nunmehr zunehmend auch die Sicherheit als individueller, grundrechtlicher Anspruch konzipiert. Diese Vergrundrechtlichung erweist sich aufgrund der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit dann aber als problematisch im Hinblick auf die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung, weil das Gewährleistungsziel Sicherheit hier immer mehr zum Inhalt zwingender verfassungsrechtlicher Pflichten und immer weniger zum Gegenstand parlamentarischer Debatten wird (dazu I. und II.). Es bedarf deshalb grundrechtsdogmatischer Alternativen (dazu III.).

I. Die Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit als Problem für Demokratie und Gewaltenteilung

Dass die beschriebene Vergrundrechtlichung problematisch ist, ist die *erste* These der vorliegenden Arbeit: Sie beeinträchtigt die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung durch die Verengung legislativer Spielräume einerseits und der Verengung des politischen Diskurses auf primär grundrechtliche Argumente andererseits.

⁴ EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 42: „Im Übrigen ist insoweit festzustellen, dass nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit hat.“ Wiederholt unter Bezug auf diese Entscheidung wird dies in EuGH, Ur. v. 15.02.2016, Rs. C-601/15 PPU – *J. N.*, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 53 sowie in EuGH, Gutachten 1/15 v. 26.07.2017, ECLI:EU:C:2017:592, Rn. 149.

Offenkundig ist dabei zunächst die Beschränkung der gesetzgeberischen Rechtsetzungsfreiheit nicht mehr nur von freiheits- sondern nunmehr auch von sicherheitsgrundrechtlicher Seite. Mit Blick auf die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht ist dies nichts Neues, *Ernst-Wolfgang Böckenförde* hat der die Rechtsetzung begrenzende Kraft der Grundrechte mit der Rede vom *Jurisdiktionsstaat* einen prägnanten Begriff gegeben.⁵ Mit der Debatte um ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit gewinnt das Problem aber eine neue Dimension. Offen ist, ob ein eigenständiges Sicherheitsgrundrecht Anlass zur Verschärfung dieser Kritik gibt, oder ob eine die Legislative kompetenzziell schonende grundrechtsdogmatische Konzeption gelingen kann.

Daneben gehen Grundrechte aber weit über diese im engeren Sinne juristische Wirkung hinaus. Sie haben auch eine edukative Funktion und sind unabhängig von ihren juristischen Detailgehalten grundsätzliche Orientierungspunkte jedes und jeder Einzelnen für das Zusammenleben in der Gesellschaft. Mit Grundrechten kann jeder „etwas anfangen“. Sie vermitteln nicht nur subjektive Rechtsansprüche, sondern sind auch objektive Wertordnung, und zwar gerade *nicht nur* im Sinne der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, welches damit die Ausstrahlwirkung der Grundrechte als objektives Verfassungsrecht auf die gesamte Rechtsordnung und damit eine im engen Sinne juristische Wirkung meint.⁶ Sie fungieren daneben auch als alltägliche Handlungsmaxime und als *politisches* Argument relativ unabhängig von ihren juristischen *Detailgehalten*. Die Idee der Meinungsfreiheit etwa ist nicht nur gerichtlich durchsetzbarer Anspruch, sondern gewissermaßen auch ein Stück Alltagskultur und deshalb auch in der nicht-juristischen Lebenswirklichkeit präsent. So evaluieren etwa Forschungsprojekte große Kommunikationsdienstleister wie *Facebook*, *Google* oder *Vodafone* anhand bestimmter Kriterien, die sie als konstitutiv für die Meinungsfreiheit und den Privatsphäreschutz erachten, die aber mit den konkreten juristischen Grundrechtsgehalten kaum etwas zu tun haben⁷ – ganz abgesehen davon, dass diese Unternehmen als Private weiterhin nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. In politischen Debatten wird oft um die Reichweite der Meinungsfreiheit oder des Diskriminierungsverbotes gerade auch in Abwesenheit von Jurist_innen leidenschaftlich gestritten. Und auch wenn nicht jeder und jede von uns eine juristisch vertretbare Antwort auf die Frage geben kann, ob Art. 4 Abs. 1 GG der an einer staatlichen Schule angestellten muslimischen Lehrerin einen Anspruch verleiht, im Unterricht ein Kopftuch tragen

⁵ Unter anderem in *E.-W. Böckenförde*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 1992, S. 159 ff. (189 f.) mit Nennung des Begriffs auf S. 190, der den Befund mit Blick auf die objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechte insgesamt erhebt, deren Ausfluss aber insbesondere die grundrechtliche Schutzpflicht ist.

⁶ BVerfGE 7, 198 – *Lüth*. Leitsatz: „Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.“

⁷ So etwa die Studie *Ranking Digital Rights 2015 Corporate Accountability Index*, abrufbar unter <https://rankingdigitalrights.org/index2015>, Stand 14.07.2016.

zu dürfen, haben wir alle eine Vorstellung davon, was Religionsfreiheit dem Grunde nach will und soll. Solche Vorstellungen unterscheiden sich freilich oft von den konkreten juristischen Gehalten des Grundrechts und sind juristisch weitgehend unerheblich – die Definitionsherrschaft über seine Gehalte liegt eben bei den juristischen Eliten und nicht bei den Grundrechtsträger_innen.⁸ In der politischen Debatte können sie aber unter Umständen gleichwohl als Argument reüssieren. Mit anderen Worten wird oft mit der Rhetorik der Grundrechte gestritten, ohne dass diese Rhetorik auch auf gesichertem juristischen Terrain fußt.

Angesichts dessen kann eine zu starke Vergrundrechtlichung durch die vermehrte Anerkennung grundrechtlicher Ansprüche auf hoheitliches Tun neben den bereits beschriebenen, im engeren Sinne rechtlichen Folgen zu dem führen, was *Ann Mary Glendon* „Rights Talk“ nennt: Die Verarmung des politischen Diskurses dergestalt, dass dieser zunehmend mit einem Vokabular des Rechts geführt und strukturiert wird und nicht-rechtliche Argumente an Bedeutung verlieren.⁹ Der politische Geist wird gewissermaßen ebenfalls vergrundrechtlicht, drängende gesellschaftliche Fragen und ihre möglichen politischen Lösungen werden zunehmend in den Kategorien des Rechts und der Grundrechte gedacht und erfasst, außerrechtliche Argumente werden immer weniger intelligibel. Die politische Debatte wird durch solche *Rights Talks* zunehmend auf die Verteidigung sich gegenüberstehender grundrechtlicher Ansprüche verengt und damit das Spektrum zulässiger Argumente kleiner. Sie wird verstärkt zu einer Diskussion um die richtige *Rechtsauslegung* und *-anwendung* und immer weniger eine der *Rechtsgestaltung*.

Andererseits scheint das *Framing* als *Rights Talk* eine politische Debatte zumindest zu entpolarisieren: Extreme Positionen zu einer bestimmten Sachfrage werden eher gehört, wenn für sie mit rechtlichen statt nur mit moralischen Mitteln gestritten wird.¹⁰ Das Führen von *Rights Talks* kann deshalb eine effektive argumentative Strategie beim Führen politischer Debatten sein. *Ted G. Jelen* etwa hat den den amerikanischen *Rights Talk* als „*Political Esperanto*“ und als erfolgreiche argumentative Strategie der christlichen Rechten in den USA zur Durchsetzung ihrer Interessen beschrieben, in dem etwa die Abtreibungsdebatte nicht nur mit moralischen Argumenten, sondern auch mit der Konstruktion des Rechts des ungeborenen Fötus auf Leben geführt wurde.¹¹ Dennoch bleiben solche Argumentationsstrategien aus den genannten Gründen demokratiethoretisch problematisch und daher in Anknüpfung an das unionsverfassungsrechtliche Demokratieprinzip rechtlich fragwürdig.

Glendon hat dieses Phänomen am Beispiel des US-amerikanischen Verfassungsrechts und des US-amerikanischen politischen Diskurses beschrieben.

⁸ *W. Hoffmann-Riem*, in: *Augsberg/Unger* (Hrsg.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, 2012, S. 317 ff. (320).

⁹ *M. A. Glendon*, *Rights Talk. The Impoverishment Of Political Discourse*, 1991.

¹⁰ *P. A. Djupe/A. R. Lewis/T. G. Jelen/C. D. Daban*, *Social Science Quarterly* 2014, S. 652 ff.

¹¹ *T. G. Jelen*, *Political Esperanto: Rhetorical Resources and Limitations of The Christian Right in the United States*, *Sociology of Religion*, 2005, S. 303 ff., S. 309 ff.; *P. A. Djupe/A. R. Lewis/T. G. Jelen/C. D. Daban*, *Social Science Quarterly* 2014, S. 652.

Entsprechende Entwicklungen können sich bei einer voranschreitenden Vergrundrechtlichung der Sicherheitspolitik mit Blick auf ebendiese aber zumindest potentiell in ähnlicher Weise auch in Europa vollziehen und sind deshalb kritisch zu begleiten.

II. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie

Diese Entwicklung scheint sich angesichts der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit – so die zweite These der Arbeit – als umso gravierender. Die Gewährleistung von Sicherheit erweist sich als ambivalentes Ziel mit hohen gesellschaftlichen Kosten – insbesondere was die Beschränkung von Freiheitsgrundrechten betrifft, und Sicherheit beziehungsweise Unsicherheit sind nicht nur objektive Fakten, sondern auch soziale und kulturelle Konstrukte. In den Sozialwissenschaften wird diese soziale Praxis als *Versicherheitlichung* (*securitization*) beschrieben.¹² Das Gewährleistungsziel Sicherheit und seine konkrete Umsetzung sind aufgrund seiner hohen Komplexität und der verschiedensten involvierten Interessen gesellschaftlich hochumstritten und werden deshalb immer wieder neu verhandelt, sozial und kulturell konstruiert und dekonstruiert. Sicherheitsgewährleistungen sind nicht selten nur durch Freiheitsbegrenzungen zu erreichen. Aber selbst wenn man das Spannungsverhältnis zur Freiheit ausblendet, ist Sicherheit anders gewendet kein per se „gutes“ und damit gesellschaftlich uneingeschränkt wünschenswertes Ziel, Sicherheit ist vielmehr geprägt von *Paradoxien*, wie *Lucia Zedner* es nennt: So ist Sicherheit etwa nicht nur objektiver Fakt, sondern auch subjektives Gefühl; deshalb können Sicherheitsmaßnahmen, die den oder die eine beruhigen, bestehende Ängste bei dem oder der anderen gerade aktualisieren, weil sie die Sicherheitsproblematik zurück ins Gedächtnis rufen.¹³ Diese und weitere Ambivalenzen der Sicherheit gilt es zuzunehmender Intensität im demokratischen Prozess, nicht im Wege der Rechtsprechung in Ausgleich zu bringen. Die Judikative muss und kann diesen demokratischen Diskurs nur an seinen Rändern freiheits- und sicherheitsgrundrechtlich einhegen.

Nicht nur der Befund der rechtlichen Verengung gesetzgeberischer Spielräume zugunsten judikativer Entscheidungen, sondern auch der der argumentativen und rhetorischen Verengung der politischen Debatte ist jedoch wiederum nicht nur politisch, sondern mit zunehmender Intensität angesichts der verfassungsrechtlichen Verbürgung des Demokratieprinzips auch verfassungsrechtlich bedenklich. In dessen Lichte wird die Anerkennung auch der nicht-juristischen, sondern politischen Funktion der Grundrechte als gesellschaftliche Orientierungspunkte zur *Rechtspflicht*. Eine entsprechende Offenheit des politischen Diskurses durch die Vermeidung einer *übermäßigen* Inanspruchnahme der

¹² S. hierzu *B. Buzan/O. Wæver/J. de Wilde*, *Security. A New Framework For Analysis*, 1998, S. 21 ff. und im Detail 1. Teil, Kapitel D. *Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt*.

¹³ Zu dieser und weiteren Paradoxien und zum Gedanken der Sicherheit als nicht per se „gut“ *L. Zedner*, *International Journal of the Sociology of Law* 2003, S. 155.

Grundrechte zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen erweist sich in diesem Lichte als verfassungsrechtlich geboten. Gegenwärtig reflektiert die Grundrechtsdogmatik dies angesichts der beschriebenen Tendenz zur Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit nicht hinreichend.

III. Der unionsrechtliche Sicherheitsgrundsatz als grundrechtsdogmatische Alternative

Aus diesen beiden Befunden ergibt sich die *dritte* und zentrale, auf eine grundrechtsdogmatische Innovation angelegte These der vorliegenden Arbeit: In Europa bietet die Unionsrechtsordnung seit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta mit der durch sie neu eingeführten grundrechtsdogmatischen Figur des *Chartagrundsatzes* nunmehr eine interessante und tragfähige Alternative zur individualrechtlichen Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit auf der Ebene des europäischen Verfassungsrechts, die gerade keine subjektiven Rechtsansprüche verleiht. Im Speziellen lässt sich mit der Figur der Chartagrundsätze die in den vergangenen Jahrzehnten gestiegene Sicherheitsverantwortung der EU grundrechtsdogmatisch besser abbilden als über die Figur des einzelgrundrechtlichen Schutzanspruchs oder des eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit. Allgemeiner kann sie zugleich aber auch als Vorbild für entsprechende Entwicklungen zumindest in den mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnungen dienen, die solche grundrechtsdogmatischen Konzepte bisher noch nicht kennen. Weil die dogmatischen Konturen dieser neuen Normkategorie trotz entsprechender Vorarbeiten im Schrifttum insbesondere mangels konkretisierender Rechtsprechung des EuGH weiter undeutlich bleiben, kann die vorliegende Arbeit in Auseinandersetzung mit der hierzu bereits existierenden Literatur zugleich einen – allerdings auf die Frage der Abgrenzung zu den Chartagrundrechten begrenzten – Beitrag zur Dogmatik der Grundrechtecharta leisten.

B. Verfassungsrechtliche Perspektive

Auch wenn die Frage des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit eine klassisch-staatsrechtliche ist, rechtfertigt sich die Wahl der Unionsrechtsordnung als Referenzordnung für die Bearbeitung des Themas doch aus ihrer mittlerweile weithin anerkannten Eigenschaft als Verfassungsordnung. Bei allen weiterhin bestehenden Unterschieden zum klassischen nationalen Verfassungsrecht legitimieren grundlegende Merkmale einer demokratisch-liberalen Verfassung wie Herrschaftsbegründung, Demokratie, Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte jedenfalls die Einnahme der *verfassungsrechtlichen Perspektive* auf das Unionsrecht¹⁴ und damit auch die Möglichkeit der Abstrahierung der

¹⁴ A. v. Bogdandy/J. Bast, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 1 ff.. Grundlegend zur Idee des europäischen Primärrechts als Verfassungsrecht J. Weiler, The Constitution of Europe. „Do

so gefundenen Ergebnisse, um sie grundsätzlich auch für andere Verfassungs- und genauer Grundrechtsordnungen fruchtbar zu machen. Insbesondere die Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung sind heute fixe unionsverfassungsrechtliche Determinanten. So wird das Demokratieprinzip etwa als grundlegender Wert der EU in Art. 2 EUV genannt und enthält der EUV in den Art. 9 ff. zudem verschiedene Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze der Union. Zwar wird angesichts der bisher kaum vorhandenen Dogmatik zum unionsrechtlichen Demokratiegebot dessen Charakter als normatives Rechtsprinzip bezweifelt.¹⁵ Immerhin aber machte der EuGH auch schon lange vor der Schaffung dieser Normen das Demokratieprinzip zumindest zur Stärkung des Europäischen Parlaments fruchtbar¹⁶ und betonte unter Hinweis auf das Demokratieprinzip etwa die Bedeutung auch nur bloßer Anhörungsrechte des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsverfahren.¹⁷ Damit etablierte er zugleich den Grundsatz der Gewaltenteilung, der im Unionsrecht allerdings in modifizierter Form unter dem Begriff des „institutionellen Gleichgewichts“ firmiert,¹⁸ was letztlich mit der sehr starken Verschränkung von Exekutive und Legislative durch die starke Stellung des Ministerrates im Gesetzgebungsverfahren begründet werden kann. Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist in den Vertragstexten nach wie vor weniger explizit formuliert, ergibt sich aber neben dem Demokratieprinzip auch aus dem grundlegenden Wert der Rechtsstaatlichkeit in Art. 2 EUV und den Kompetenzzuweisungen an den EuGH, der nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge sichert. Auch wenn der Ministerrat nach wie vor maßgeblich am Gesetzgebungsverfahren beteiligt ist, legitimieren die verschiedenen institutionellen Reformen der vergangenen Jahrzehnte und die damit verbundene Aufwertung des europäischen Parlaments den Begriff der Gewaltenteilung doch auch im unionsrechtlichen Kontext in immer stärkerem Maße. Zur Verwendung

the new clothes have an emperor?“ and other essays on European integration, 5. Aufl. 2005, insbesondere S. 10 ff. Insbesondere mit Blick auf den gescheiterten Verfassungsvertrag differenzierter und kritisch, im Ergebnis aber ebenfalls am verfassungsrechtlichen Paradigma festhaltend etwa *M. Ruffert*, in: Hatje/Terhechte, Grundgesetz und europäische Integration. Die Europäische Union nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 2010, S. 83 ff. (86 ff.). Siehe speziell zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union *A. v. Bogdandy*, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag, 2004, S. 1033 ff.

¹⁵ S. etwa *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. EL Juli 2016, Art. 10 EUV Rn. 34.

¹⁶ Ebd. mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Rs. C-138/79 – *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:1980:249, Rn. 33.

¹⁸ *I. Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, § 3 Rn. 26 mwN. Auch *M. Herdegen*, Europarecht, 17. Aufl. 2015, Rn. 109 bezeichnet das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als unionsrechtliches „Gegenstück“ des Gewaltenteilungsprinzips. Siehe zur Begründung des Prinzips des institutionellen Gleichgewichts mit dem Demokratieprinzip ebenfalls EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Rs. C-138/79 – *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:1980:249, Rn. 33.

einer einheitlichen Terminologie soll hier deshalb einheitlich vom Grundsatz der Gewaltenteilung die Rede sein.

Die verfassungsrechtliche Perspektive und die grundrechtstheoretischen Seitenblicke ermöglichen dann das „Hin- und Herwandern“ des Blicks vom Unionsrecht als Referenzordnung auch auf die EMRK und das Grundgesetz, welches in einem Europa der geteilten Kompetenzen schlicht auch notwendig ist. Auf diese drei Grundrechtsordnungen beschränkt sich die vorliegende Arbeit. Andere mitgliedstaatliche Verfassungsordnungen müssen zum einen schon aufgrund der begrenzten Humanressourcen bei der Erstellung einer Monografie weitgehend unberücksichtigt bleiben. Sie müssen es zum anderen auch deshalb, weil es in Europa nach wie vor schlicht an genuin europarechtlichen Forschungsstrukturen und -ressourcen – etwa zur Bewältigung schon der sprachlichen Diversität – fehlt, so dass Europarechtswissenschaft auch heute noch zuvörderst „nationale“ Europarechtswissenschaft bleibt.¹⁹ Zumindest kann eine „deutsche“ Europarechtswissenschaft für eine „echte“ Wissenschaft des europäischen Rechts aber Angebote machen und Ideenressourcen zur Verfügung stellen. Dies ist das Anliegen dieser Arbeit.

C. Grundrechtecharta als Referenzordnung

Weil die Mitgliedstaaten trotz der steigenden europäischen Sicherheitsverantwortung weiterhin primäre Sicherheitsgaranten ihrer Bürger_innen bleiben²⁰ und sich die Frage nach einer tragfähigen grundrechtsdogmatischen Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit mit Blick auf ihre Rechtsordnungen noch dringlicher als mit Blick auf die der Union stellt, fragt sich, warum hier gleichwohl die Unionsgrundrechte als für diese Frage zumindest weniger „wichtige“ Grundrechte als Untersuchungsgegenstand gewählt werden.

Mit der Ähnlichkeit des europäischen zum klassischen nationalen Verfassungsrecht und sich daraus ergebenden Möglichkeit der grundsätzlichen Übertragbarkeit der an den Unionsgrundrechten erarbeiteten Ergebnisse auch auf andere Grundrechtsordnungen wurde bereits ein *erster* Grund für die Auswahl der Unionsgrundrechte als Referenzordnung genannt. Ein *zweiter* besteht in der bereits erwähnten besonders fortgeschrittenen Tendenz der Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit im Unionsrecht durch die jüngere Debatte um ein eigenständiges Chartagrundrecht auf Sicherheit. Zwar zeichnet sich Europa durch eine Vielzahl miteinander verzahnter Grundrechtsordnungen aus, so dass das Phänomen der Versicherheitlichung durch Vergrundrechtlichung in Europa mal deutlicher, mal weniger deutlich zu beobachten ist und die Unionsrechtsordnung damit nicht repräsentativ für mögliche Vergrundrechtlichungstendenzen in Europa steht. Jedoch führen verschiedene Verbundtechniken wie

¹⁹ S. dazu *D. Thym*, EuR 2015, S. 671 (673 ff.); *A. Hatje/P. Mankowski*, EuR 2014, S. 155 ff. und ferner *A. v. Bogdandy*, *Der Staat* 2001, S. 3 (7 f.).

²⁰ S. dazu etwa Art. 4 Abs. 2 S. 2 und 3 EUV und Art. 72 AEUV.

etwa die Konvergenzklauseln der Art. 52 Abs. 2–4 GRCh oder entsprechende Judikate der zuständigen Gerichte wie etwa die *Solange*- und der *Görgülü/Sicherungsverwahrung*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²¹ oder der *Bosphorus*-Rechtsprechung des EGMR²² zu einer starken Konvergenz der Grundrechtsentwicklungen der nationalen Grundrechtsordnungen, der unionalen Grundrechtsordnung und der EMRK. Mit anderen Worten zeichnet sich der europäische Verfassungsverbund²³ und als dessen Teil der europäische Grundrechtsverbund²⁴ durch eine hohe Permeabilität²⁵ und damit durch ein hohes Potential zur Migration vor allem auch von Grundrechtsideen und -verständnissen aus. Es ist deshalb möglich, eine dieser Grundrechtsordnungen als Referenzordnung für allgemeine grundrechtsdogmatische Überlegungen wie die hier im Interesse stehenden heranzuziehen, und es liegt nahe, für Aussagen über die Entwicklung der europäischen Grundrechtsdogmatik entweder auf die EMRK oder auf die Unionsgrundrechte zu schauen, weil diesen aufgrund ihrer transnationalen Anwendbarkeit eine weitreichendere Wirkungskraft als einzelnen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen zukommt. Weil das Unionsrecht mit der Idee eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts derzeit wesentlich weiter als die anderen Grundrechtsordnungen geht, treibt es die Tendenz der Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit in Europa entscheidend voran, und je nach der Überzeugungskraft dieser Idee kann das Unionsrecht sie über die europäischen Verbundtechniken künftig möglicherweise sogar in andere mitgliedstaatliche Grundrechtsordnungen und in die EMRK exportieren. Es soll deshalb im Mittelpunkt dieser Arbeit stehen. Für die Wahl der Unionsrechtsordnung als Referenzordnung spricht daneben *drittens* auch der Umstand, dass die EU in Folge neu gewonnener Kompetenzen im Bereich der Sicherheitsgewährleistung eine gestiegene Sicherheitsverantwortung trifft. Infolgedessen begreift sie sich jüngst selbst als „Sicherheitsunion“²⁶ und tritt verstärkt als weiterer Sicherheitsakteur neben die einzelnen Mitgliedstaaten.²⁷ Sie beginnt

²¹ BVerfGE 73, 339 – *Solange II*; BVerfGE 111, 307 – *Görgülü*; BVerfGE 128, 326 – *nachträgliche Sicherungsverwahrung*.

²² EGMR, 30.06.2005, Rs. 45036/98 – *Bosphorus*, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698, NJW 2006, 197.

²³ Zum Begriff und Konzept grundlegend *I. Pernice*, VVDStRL 60 (2001), S. 148 ff.; *I. Pernice*, in: Dreier/Pauly/Puhl/Holoubek/Pernice/Löwer (Hrsg.), Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, 2001, S. 148 ff.; *I. Pernice*, Der Europäische Verfassungsverbund in der Bewährung. Antonio Lopez Pina zu Ehren, 2013, <http://www.whi-berlin.eu/whi-papers-2013.html> oder *I. Pernice*, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union. Recht und Politik für das Europäische Gemeinwesen, 2011, S. 102 ff.

²⁴ S. zum Begriff und Konzept des Grundrechtsverbunds *T. Kingreen*, EuZW 2010, S. 338.

²⁵ S. zum Begriff und Konzept der Permeabilität *M. Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, 2011.

²⁶ Dieses Selbstverständnis findet seinen Ausdruck etwa in der Ernennung eines Kommissars für die Sicherheitsunion.

²⁷ S. hierzu etwa jüngst die Mitteilung der Kommission über die Europäische Sicherheitsagenda, (COM(2015) 185 final, abrufbar unter http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_de.pdf, Stand 03.08.2016.

diese gar bereits zu ersetzen – mittlerweile werden sogar Debatten zur Entstehung eines europäischen Gewaltmonopols als weiterer qualitativer Sprung in der europäischen Integration geführt.²⁸ Und mit der Kompetenzerweiterung im Bereich der Sicherheitsgewährleistung korreliert auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte, die dadurch zunehmend die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im sicherheitsrechtlichen Bereich normativ durchdringen. Schließlich werden die Unionsgrundrechte *viertens* in Folge der den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte stark ausweitenden Rechtsprechung des EuGH im Allgemeinen und unabhängig von der Ausweitung der sicherheitsrechtlichen Kompetenzen auch immer mehr zur maßgeblichen Grundrechtsordnung für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.²⁹

Eine weitere Verengung der Referenzordnung der vorliegenden Arbeit findet durch die Berücksichtigung ganz vornehmlich der Grundrechtecharta als Grundrechtsquelle im Unionsrecht statt, obgleich sich gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV weitere unionale Grundrechtsgehalte aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK ergeben können. Diese Verengung rechtfertigt sich aus der Eigenschaft der Charta als „*showcase*“ der vielschichtigen unionalen Grundrechtsordnung, der die Unionsgrundrechte nach dem vierten und fünften Absatz der Charta-Präambel nur „sichtbarer“ machen soll und „begräftigen“ will, womit ihr aber zugleich auch eine besondere Autorität verliehen wird.³⁰

²⁸ S. etwa *B. T. Hansen*, Europäisierung des Gewaltmonopols. Die Staatsfundamentalaufgaben Sicherheit und Freiheit und die Implikation ihrer Denationalisierung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2013.

²⁹ So finden die Unionsgrundrechte etwa auch auf mitgliedstaatliches Recht Anwendung, dass zwar in den Regelungsbereich einer Unionsrichtlinie fällt, das aber nicht explizit zu deren Umsetzung erlassen wurde und auch nicht vollständig durch sie bestimmt wird, sie aber materiell eben gleichwohl umgesetzt, EuGH, Urteil v. 26.02.2013, Rs. C-617/10 – *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 16 ff. und insbesondere 24 ff.

³⁰ Zitierter Begriff und Gedanke sind von *A. Weblau/N. Lutzhöft*, EuZW 2012, S. 45 (47). übernommen. Diese besondere Autorität kommt etwa dort zum Tragen, wo es Überschneidungen mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen gibt. Zu Recht wird deshalb für einen Vorrang der Grundrechte-Charta als *lex specialis* plädiert, so z. B. *F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. EL Juli 2016, Art. 6 EUV Rn. 56. Ohnehin aber ist für weitergehende Deduktionen grundrechtlicher Gewährleistungen aus den Rechtserkenntnisquellen wegen der Regelungsichte und Aktualität der Grundrechte-Charta kaum mehr Raum. Dies gilt umso mehr, als schon die Charta-Rechte selbst die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die ihnen entsprechenden Konventionsrechte haben sollen, Art. 52 Abs. 3 GRCh, und zudem im Einklang mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszulegen sind, Art. 52 Abs. 4 GRCh. Sie sind daher einer dynamischen Auslegung zugänglich, die einen Rückgriff auf die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquelle für die Deduktion ungeschriebener Grundrechtsgehalte im Unionsrecht nach Art. 6 Abs. 3 EUV weitgehend entbehrlich macht.

D. Struktur der Arbeit

Die vorgestellten Erwägungen begründen die Struktur der Arbeit. In *Teil 1* gilt es zunächst, einige Antworten auf die Frage zu finden, was Sicherheit aus der verfassungsrechtlichen Perspektive im Allgemeinen und aus der Grundrechtsperspektive im Speziellen konkret bedeutet. In *Teil 2* erfolgt dann eine ausführliche Auseinandersetzung mit den in der Grundrechtsdogmatik gegenwärtig etablierten Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit, konkret des objektiv- und kollektiv-rechtlichen legitimen Zwecks, sowie den beiden individualrechtlichen grundrechtsdogmatischen Figuren der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht und des eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit. Es wird sich zeigen, dass Sicherheit konzipiert als legitimer Zweck die staatstheoretische Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung nicht in ausreichendem Maße spiegelt und sich deshalb als zu offen gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen erweist, während die grundrechtliche Schutzpflicht und das Grundrecht auf Sicherheit isoliert betrachtet das notwendige Maß an diesbezüglicher Offenheit vermissen lassen. *Teil 3* der Arbeit wird zeigen, dass sich das Gewährleistungsziel Sicherheit mit der Kategorie der Chartagrundsätze grundrechtsdogmatisch insgesamt besser fassen und abbilden lässt und deshalb Teile der Funktionen der grundrechtlichen Schutzpflicht bzw. des – will man dieses anerkennen – Grundrechts auf Sicherheit übernehmen kann. Die Chartagrundsätze erweisen sich gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen innerhalb der Legislative und Exekutive als wesentlich offener. Kurz veranschaulicht werden die hier gefundenen Ergebnisse in *Teil 4* am Beispiel der europäischen Cybersicherheit als Referenzgebiet. Dieses Referenzgebiet wurde gewählt, weil der Bedarf an einer Alternative zur grundrechtsdogmatischen Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit in diesem Bereich besonders deutlich wird angesichts der dort einerseits zu beobachtenden Versicherheitlichungstendenzen und des dort andererseits geführten *Rights Talks* in Form des starken Rekurses auf die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht insbesondere nach den *Snowden*-Enthüllungen zur massenhaften, weltumspannenden geheimdienstlichen Spionage. Die Arbeit schließt mit einer Übersicht über die zentralen Thesen und einem *Ausblick* auf die Anknüpfungsfähigkeit der hier gefundenen Ergebnisse für künftige Forschungsarbeiten.

1. Teil

Was ist Sicherheit? Sicherheit aus der Grundrechtsperspektive

Freilich erweist sich die Literatur zum Thema Sicherheit und Verfassungsrecht als uferlos. Deshalb soll hier nicht eine weitere allgemeine Abhandlung zum Thema erfolgen, sondern sei diesbezüglich auf eine kleine und notwendig hochselektive Auswahl der aktuellen Literatur verwiesen.³¹ Vielmehr ist das Anliegen dieses Kapitels, schlaglichtartig ganz bestimmte Aspekte der Sicherheit besonders hervorzuheben, die als Grundlage für eine Kritik an der im Vordringen befindlichen grundrechtsdogmatischen Konzeption der Sicherheit als Individualrechtsgut dienen können. Diese Aspekte betreffen das Verhältnis von Sicherheit und Legitimation öffentlicher Gewalt (dazu A.) sowie von Sicherheit und Verfassungsrecht (dazu B.), der Charakter der Sicherheit als Paradoxon (dazu C.) und als kulturelles und soziales Konstrukt (dazu D.). Insgesamt erweist sich das Gewährleistungsziel Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie (dazu E.). Den verfassungsrechtlich garantierten Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung kommt daher eine besondere Bedeutung zu (dazu F.).

³¹ Grundlegend und umfassend etwa *M. Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, 2002; daneben etwa die Beiträge auf der Staatsrechtslehrertagung 2003 von *W. Brugger*, VVDStRL 63 (2004), S. 101 ff.; *C. Gusy*, VVDStRL 63 (2004), S. 151 ff.; *W. Brugger*, VVDStRL 63 (2004), S. 101 ff. daneben spezifisch zur inneren Sicherheit etwa *V. Götz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 85 und *Roggan/Kutscha* (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2006, ferner auch *Würtenberger/Gusy/Lampe* (Hrsg.), Innere Sicherheit im europäischen Vergleich. Sicherheitsdenken, Sicherheitskonzepte und Sicherheitsarchitektur im Wandel, 2012; *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983; spezifisch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *S. Tanneberger*, Die Sicherheitsverfassung. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zugleich ein Beitrag zu einer induktiven Methodenlehre, 2014; für eine europäische und zugleich zum Teil stark theoretische Perspektive etwa *Fichera/Kremer* (Hrsg.), Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution, 2013; den Fokus auf aktuelle Rechtsentwicklungen im Bereich des europäischen Sicherheitsrechts legen *Acosta Arcarazo/Murphy* (Hrsg.), EU Security and Justice Law. After Lisbon and Stockholm, 2014; weitere interessante Beiträge zu diesem Thema finden sich auch etwa in *Hatje/Nettesheim* (Hrsg.), Sicherheit in der Europäischen Union, 2009.

A. Sicherheit und Legitimation

Das Zugeständnis unbegrenzter individueller Freiheiten durch die Garantie von Grundrechten in freiheitlich-demokratischen Gesellschaftsordnungen führt notwendig zu Kollisionen der Rechte unterschiedlicher Freiheitsträger_innen. Um den Zustand des Rechts der Stärkeren zu überwinden, bedarf Freiheit also auch der Sicherung.

Die Idee der Schaffung des staatlichen Gewaltmonopols zur Befriedung der Gesellschaft wurde wohl erstmals von *Thomas Hobbes* formuliert. Er sah die Sicherheitsgewährleistung allerdings nicht als rechtliche Pflicht, sondern als bloße Obliegenheit des Staates an. Demnach speist sich die Legitimität des Staates aus der Erfüllung dieser Obliegenheit. Solange er ihr nachkommt, trifft die Bürger_innen die das Gewaltmonopol spiegelnde Friedenspflicht. In der Wahl der Mittel ist der Staat nach *Hobbes* aber nicht begrenzt. *John Locke* erkannte hierin bereits die Gefahr des ungerechtfertigt in die Freiheiten der Bürger_innen eingreifenden Staates und forderte deshalb seine rechtliche Bindung an den begrenzten Staatszweck, der zugleich der Sicherung der Freiheiten und Rechte der Bürger_innen diene. *Pufendorf* schließlich beschrieb konkrete subjektive Ansprüche des und der Einzelnen gegen den Staat auf Gewährleistung seiner und ihrer Sicherheit. *Humboldt* und *Kant* reduzierten den Zweck des Staates mit dem Ziel der bestmöglichen freien Entfaltung der Persönlichkeit ausschließlich auf die Gewährleistung der Sicherheit. Für die Förderung der Wohlfahrt sei er nicht zuständig. Dies wiederum löste Gegenbewegungen und erneute Staatszweckerweiterungen insbesondere hinsichtlich der Frage der sozialen Sicherheit aus, u. a. von *Hegel* formuliert.³²

Sicher wären in diesem Kontext zahlreiche andere Ikonen der politischen Philosophie und ihre Konzepte zu nennen. Für das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit genügt aber die Feststellung, dass in der politischen Philosophie der Moderne ein Grundkonsens dahingehend besteht, dass nur geordnete Freiheit zur Freiheitsentfaltung führt. In der Überwindung der die physische Existenz und die Freiheit bedrohenden Anarchie durch die Schaffung einer staatlichen – und zunehmend überstaatlichen, aber immernoch öffentlich-rechtlichen – Ordnung und ihrer Ausstattung mit dem Gewaltmonopol, die dann eine Schutzpflicht zur Gewährleistung der Sicherheit in der Gesellschaft trifft, liegt der eigentliche Zweck öffentlicher Gewalt.

³² Unter Einbeziehung auch weiterer Ansätze fassen *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 3 ff. oder stellvertretend für die Vielzahl an Dissertationen zum Verhältnis Sicherheit und Freiheit etwa *B. Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht. Eine Untersuchung am Beispiel der Entscheidung über sogenannte Online-Durchsuchungen, 2013 S. 11 ff. die Ideengeschichte zur Legitimität des Staates unter Einbeziehung weiterer Ansätze insgesamt prägnant zusammen, weshalb hier für die Ausführungen dieses Absatzes ein Verweis auf diese Quellen genügen soll.

B. Sicherheit und Verfassungsrecht

Während aber die Freiheit als Telos des Staates insbesondere in der Form der Kodifikation der Grundrechte in den Verfassungen der demokratisch-liberalen Verfassungsstaaten deutlich sichtbar wurde, blieb der der Sicherheit verfassungstextlich diffuser.³³ Mit anderen Worten ist also Freiheit *Verfassungsinhalt* und Sicherheit *Verfassungsvoraussetzung*.³⁴ Das gilt gerade auch für das Grundgesetz,³⁵ interessanterweise aber weniger für das Unionsrecht, das in Art. 3 Abs. 2 EUV etwa den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts prominent als Unionsziel propagiert und der Thematik mit den Art. 67 ff. des Titels V. des AEUV einen eigenen Vertragsabschnitt widmet, obgleich die Mitgliedstaaten weiterhin die primären Sicherheitsgaranten bleiben.³⁶ Aber auch mit Blick auf das Grundgesetz gerinnt dieses staatsrechtliche Verständnis durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch ohne zentrale konkrete textliche Grundlage in Verfassungsrechtsdogmatik, wenn es in dessen viel zitiertes Entscheidung *Kontaktsperre-Gesetz* heißt:

„Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von Ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“³⁷

Zudem hebt das Gericht die Staatsaufgabe Sicherheit über die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht gar in den Stand einer verfassungsrechtlichen Pflicht³⁸ zum Schutz der individuellen, grundrechtlich geschützten Freiheit. Nach *Volkmar Götz* bzw. *Markus Möstl* erklärt es damit die Grundrechte zur „Grundlage des Staatsziels der inneren Sicherheit“³⁹ bzw. zum „Herzstück der Garantie“⁴⁰. Mangels expliziter sicherheitsrechtlicher Verfassungsverbürgungen werden damit die Grundrechte, die Versicherheitlichungsprozesse durch Freiheitsgarantien eigentlich verfassungsrechtlich einhegen sollen, gerade selbst als

³³ Gelegentliche grund- und menschenrechtliche explizite Verbürgungen eines Rechts auf Sicherheit werden jedenfalls heute in der Regel nur als Recht auf Sicherheit vor dem Staat, nicht durch den Staat verstanden. Siehe dazu ausführlich 2. Teil, Unterkapitel C.: *Sicherheit als Grundrecht*.

³⁴ C. Gusy, VVDStRL 63 (2004), S. 151 ff. (154).

³⁵ V. Götz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 21: Als „Selbstverständlichkeit des Staates“ ist „die Staatsaufgabe der Gewährleistung innerer Sicherheit nicht in einer komplexen Formel und an hervorgehobener Stelle, etwa an der Seite des Staatsziels der Sozialstaatlichkeit in den Artikeln 20 und 28“ verdeutlicht. Die Verfassungsentscheidung etwa für die innere Sicherheit komme lediglich in dem Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG zum Ausdruck.

³⁶ Der Grund hierfür dürfte vor allem im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung liegen, dass zu deutlichen und detaillierten Beschreibung unionaler Kompetenzen zwingt.

³⁷ BVerfGE 49, 24 (56 f.) – *Kontaktsperre-Gesetz*.

³⁸ BVerfGE 39, 1 (42 ff.) – *Schwangerschaftsabbruch I*.

³⁹ V. Götz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 24.

⁴⁰ M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, 2002, S. 25.

Legitimation für die Gewährleistung von Sicherheit herangezogen. Eine solche Entwicklung gipfelt im Extremfall in der Anerkennung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts, wie dies der EuGH jüngst getan hat.⁴¹

Die grundrechtliche Schutzpflicht wie auch ein etwaiges eigenständiges Sicherheitsgrundrecht sind in freiheitlich-demokratischen Gesellschaftsordnungen umfassend nur im Modus *Schutz durch Eingriff* zu erfüllen: Der Schutz der grundrechtlich verbürgten Freiheit des oder der einen bedingt oft die Verkürzung der ebenso grundrechtlich verbürgten Freiheit des oder der anderen⁴² durch Maßnahmen der Gefahrenabwehr und -vorsorge sowie der Risikoaufklärung und des Risikomanagements.⁴³ Durch die Erkenntnis der Notwendigkeit der *Freiheitssicherung* durch *Freiheitsbeschränkung* ist das viel bemühte Bild des Spannungsverhältnisses zwischen Freiheit und Sicherheit vorgezeichnet.

C. Sicherheit als Paradoxon

Allerdings erschwert nicht nur das Spannungsverhältnis zur Freiheit die verfassungsrechtliche Verortung des Gewährleistungsziels Sicherheit. Sicherheit ist vielmehr schon für sich genommen von Paradoxien geprägt und steht damit gewissermaßen im Spannungsverhältnis zu sich selbst. So zeigt *Zedner* unter Verweis auf zahlreiche Quellen der soziologischen Sicherheitsforschung, dass das Gewährleistungsziel Sicherheit gerade kein „*unqualified good*“ im Sinne eines allein positive Folgen mit sich bringenden und deshalb *per se* zu verfolgenden Ziels ist; vielmehr bringt es daneben auch nicht unerhebliche, gesellschaftlich relevante Kosten mit sich.⁴⁴ Sie verdeutlicht dies anhand von sechs Paradoxien des Gewährleistungsziels Sicherheit:

- Sicherheit verfolgt das Ziel der Risikominimierung, setzt aber die Fortexistenz von Kriminalität voraus.
- Die Expansion der Sicherheit hat den strafenden Staat gestärkt, nicht geschwächt.
- Sicherheit verspricht ein stärkeres Sicherheitsgefühl, tatsächlich stärkt es aber das Unsicherheitsgefühl.
- Sicherheit wird als universelles Gut postuliert, führt aber tatsächlich zu sozialer Exklusion.
- Sicherheit verspricht Freiheit, tatsächlich erodiert sie immer auch Bürgerrechte.
- Sicherheit wird als öffentliches Gut postuliert, tatsächlich schadet ihre Verfolgung der „guten Gesellschaft“.

⁴¹ S. dazu bereits Fn. 4.

⁴² R. Wahl/J. Masing, JZ 1990, S. 552 ff.

⁴³ C. Gusy, VVDStRL 63 (2004), S. 151 ff. (173 f.).

⁴⁴ Hierzu und zum Folgenden L. Zedner, International Journal of the Sociology of Law 2003, S. 155 mit zahlreichen Nachweisen zur kriminologischen und soziologischen Sicherheitsforschung, die hier im Detail nicht nachgezeichnet werden können.

So führe etwa die ständige Diskussion um neue und zusätzliche sowie die Evaluation bestehender Sicherheitsmaßnahmen zu einer stetigen Aktualisierung des Unsicherheitsgefühls, statt dieses zu minimieren. Sicherheitsgesetzgebung produziert dabei selbst im Falle ihrer Effektivität gegebenenfalls zumindest zusätzliche subjektive Unsicherheiten. Zudem sei ein Gewöhnungseffekt an Sicherheitsmaßnahmen zu beobachten, die mit zunehmender Permanenz immer weniger hinterfragt würden. Hierdurch bestehe eine Tendenz der Ausdehnung gesellschaftlicher „Sicherheitszonen“ (als Paradigma dient *Zedner* hier der Flughafen mit seinen strengen Sicherheitskontrollen) in bisher ungesicherte Bereiche (*Zedner* führt hier die zunehmend flächendeckende Kameraüberwachung des öffentlichen Raums im Vereinigten Königreich an), die mit einer Erosion von Bürgerrechten einhergehe. Nicht zuletzt resultiere das Bedürfnis nach Sicherheit zwar einerseits aus dem Verlust des Vertrauens gegenüber den Mitmenschen einer Gemeinschaft (etwa durch die zunehmende Säkularisierung und das dadurch schwächer werdende Band zwischen den Angehörigen der jeweiligen Glaubensgemeinschaften oder durch die grundsätzliche Entfremdung als Folge der Urbanisierung). Zugleich verstärkten zusätzliche Sicherheitsmaßnahmen diesen Vertrauensverlust, gewissermaßen werde hier ein Teufelskreis in Gang gesetzt, der letztlich die gesamte Gesellschaft schädige und sie auf den Weg in die Sicherheitsgesellschaft bringe.⁴⁵

Als das Verständnis von Sicherheit als „per se gut“ in Frage stellende, weil auch gesellschaftliche Kosten produzierende Paradoxie lässt sich in diesem Zusammenhang ferner auch der Wandel der Sicherheit hin zu einem immer stärker exkludierenden Gut begreifen, den etwa *Ian Loader* und *Neil Walker* beschreiben. Mit der zunehmenden Technisierung und Ökonomisierung wird durch entsprechende Sicherheitsmaßnahmen – zum Beispiel der Einsatz von Überwachungskameras oder sonstiger Überwachungstechnologien oder die Einrichtung von *gated communities* – zwar der Grad an Sicherheit lokal erhöht, dies allerdings nur auf Kosten der Verschiebung beziehungsweise sogar Schaffung neuer lokaler Kriminalitätsschwerpunkte anderenorts.⁴⁶

D. Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt

Nach konstruktivistischen Ansätzen ist fraglich, ob neue Sicherheitsbedürfnisse wirklich immer Folgen neuer Bedrohungen oder manchmal nicht auch Übertreibungen sind. So lenkt *Christopher Daase* den Blick auch weg von der Objektivität artikulierter Unsicherheiten hin auf die sie artikulierende Sicherheitskultur:

„Was dabei übersehen wird, ist die Tatsache, dass die neuen Risiken und Herausforderungen gar nicht so neu sind, sondern vielmehr das Produkt einer gewandelten

⁴⁵ Zu näheren Ausführungen zu all diesen und weiteren Paradoxien sei auf den in Fn. 44 zitierten Text von *Zedner* und den dort angegebenen Nachweisen verwiesen.

⁴⁶ *I. Loader/N. Walker, Civilizing Security, 2007, S. 146 ff.*

Wahrnehmung politischer Probleme – oder [...] das Ergebnis eines Wandels der Sicherheitskultur. Unter ‚Sicherheitskultur‘ wird dabei die Summe der Überzeugungen, Werte und Praktiken von Institutionen und Individuen verstanden, die darüber entscheiden, was als eine Gefahr (im weitesten Sinne) anzusehen ist und wie und mit welchen Mitteln dieser Gefahr begegnet werden soll.“⁴⁷

Ganz ähnlich, aber mit stärkerem Fokus auf die Grundrechte als Gegenpol spricht *Ian Loader* von den „cultural lives of security and rights“:⁴⁸ Der stete „Kampf“ zwischen dem Gewährleistungsziel Sicherheit und den Grund- und Menschenrechten könne *nicht allein* rechtsphilosophisch (also von der Idee bzw. dem Konzept der Grund- und Menschenrechte her) und auch nicht isoliert rechtsdogmatisch, mit anderen Worten nicht auf Grundlage der Idee der Grund- und Menschenrechte als rechtlichem Konzept ausgefochten werden, weil das Gewährleistungsziel Sicherheit wie auch die Grund- und Menschenrechte gewissermaßen kulturell unterfüttert und eingebettet seien und ihre Gewichtung damit nicht allein aus dem relativen Verhältnis zueinander bestimmt werden können, sondern vielmehr auch von außerhalb dieses Verhältnisses liegenden subjektiven Wertungen abhängen:

„Human rights may, in other words, be planted in some rather barren cultural soil or, to switch metaphors, be a castle built on sand.“⁴⁹

Am Beispiel der Sicherheitspolitik des Vereinigten Königreichs zeigt *Loader*, dass die britische Kultur jedenfalls gegenwärtig zur Übergewichtung des Gewährleistungsziels Sicherheit gegenüber den Grund- und Menschenrechten tendiert, was er mit dem Fehlen einer echten britischen Grundrechtskultur begründet. Er drückt dies mit Hilfe von Idiomen aus, die die Grundhaltung der Öffentlichkeit zu den Themen Sicherheit und Grund- und Menschenrechte repräsentiert. So repräsentiert der Ausspruch „If you’ve got nothing to hide, you’ve got nothing to fear“ die weitgehende Akzeptanz der massiven Videoüberwachung des öffentlichen Raums,⁵⁰ der Ausspruch „The rules of games have changed“ die zugunsten des Gewährleistungsziels Sicherheit verschobene politische Debatte um den Kampf gegen den Terror nach dem 11. September. Diese Idiome verdeutlichen mit erstaunlicher Klarheit die Relativierung grund- und menschenrechtlicher Ansprüche durch die öffentliche Meinung trotz ihrer rechtlichen Fixierung.⁵¹

⁴⁷ C. Daase, in: Zoche/Kaufmann/Haverkamp (Hrsg.), *Zivile Sicherheit. Gesellschaftliche Dimensionen gegenwärtiger Sicherheitspolitiken*, 2011, S. 139 ff., 142 ff.

⁴⁸ Hierzu und zum Folgenden *I. Loader*, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 27 ff.

⁴⁹ Ebd., S. 41.

⁵⁰ So haben britische Gerichte die Geltung von die Privatsphäre schützenden Grundrechten im öffentlichen Raum wie auch die Einordnung als polizeiliche Maßnahme abgelehnt, *L. Zedner*, *International Journal of the Sociology of Law* 2003, S. 155 (170) mit Verweis auf *B. J. Goold*, *Criminal Justice Ethics*, 2002, S. 21.

⁵¹ Daraus ist allerdings nicht der Schluss einer soziologischen Verfassungs- und Grundrechtstheorie zu ziehen, nach der die Grundrechtsgehalte sich nicht zuletzt von eben dieser sozialen und kulturellen Einbettung her bestimmen, wie etwa *Peter Häberle* das mit seinem

Der Sicherheitsbegriff ist also eingebettet in eine bestimmte Sicherheitskultur, die sich als kontextabhängig und damit als in der Zeit veränderlich erweist, mit-hin also auch den Sicherheitsbegriff immer wieder neu prägt. In der historischen Perspektive erweist sich dieser Prozess als expansiv, der Sicherheitsbegriff dehnt sich nach *Christopher Daase* in verschiedenen Dimensionen aus:⁵²

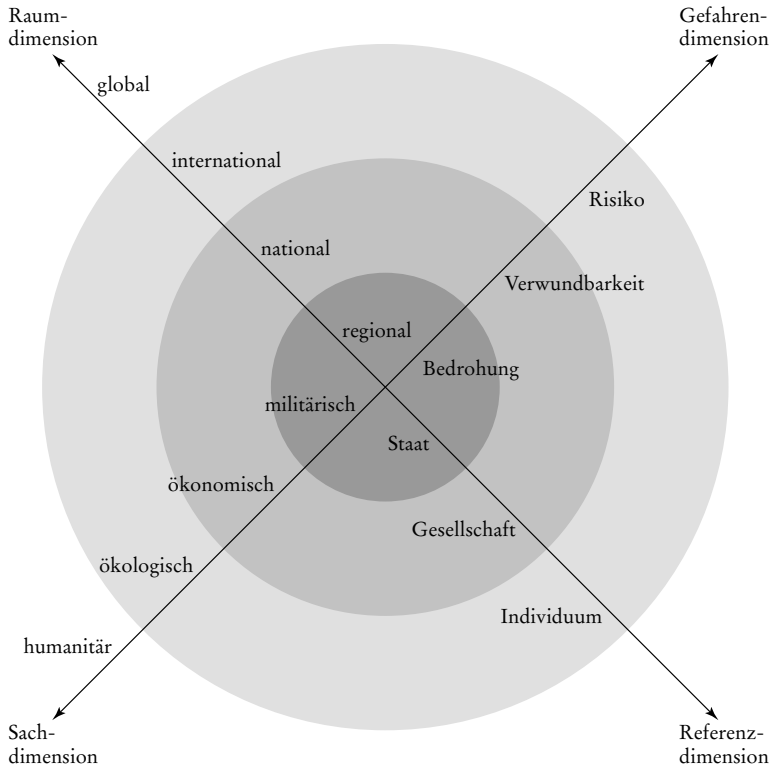


Abbildung: Dimensionen des erweiterten Sicherheitsbegriffs nach C. Daase⁵³

Konzept der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ und der „Verfassung als öffentlicher Prozess“ vorschlägt, dessen Prämissen den Gedanken *Loaders* sehr nahe stehen, s. *P. Häberle*, JZ 1975, S. 297. Der Verfassung und der Grundrechtsordnung würde dann ihr normativer Charakter abgehen, *E.-W. Böckenförde*, NJW 1976, S. 2089 (2093f.). Gerade Grund- und Menschenrechte sind nicht zuletzt Minderheitenrechte, die den und die Einzelne oft gerade gegen divergente gesellschaftliche Mehrheiten schützen. Auch wenn die soziologische Perspektive damit nicht die Methode der Verfassungs- bzw. Grundrechtsauslegung bestimmen kann, wird mit ihr gleichwohl die begrenzte Leistungsfähigkeit einer isoliert betriebenen verfassungsrechtlichen klassischen Hermeneutik und Rechtsdogmatik sichtbar. Beide bedürfen deshalb einer normativen, aus der Verfassung selbst zu entwickelnden Verfassungstheorie. Siehe dazu ebenfalls ebd., S. 2097 ff.

⁵² C. Daase, in: Zoche/Kaufmann/Haverkamp (Hrsg.), *Zivile Sicherheit. Gesellschaftliche Dimensionen gegenwärtiger Sicherheitspolitiken* 2011, S. 139 ff. (142 ff.)

⁵³ Grafik übernommen aus ebd., S. 143.

Die Ursache sieht *Daase* vor allem in der Existenz eines friedlichen Umfeldes, welches einen gesellschaftlichen Emanzipationsprozess vom Staat begünstige. Dieses Umfeld ermögliche die Artikulation weitergehender Sicherheitsbedürfnisse jenseits der nationalen Sicherheit als dem Inhalt des ursprünglichen Sicherheitsbegriffs. Demnach werde der Staat zum Opfer seines eigenen Erfolges.⁵⁴ Dieser Befund überzeugt: Wo elementare Bedürfnisse befriedigt sind, werden weitergehende Begehrlichkeiten geweckt. Dies gilt auch für den Bereich der Sicherheit. Freilich erfolgt diese Entwicklung zumindest nicht ungezügelt: Je weiter der Sicherheitsbegriff um sich greift, desto größer wird das von ihm zu überwindende Hindernis der mit ihm im Spannungsverhältnis stehenden Freiheit. Mit anderen Worten wird seine Expansion gerade aus Sicht der Grundrechte immer stärker rechtfertigungsbedürftig.

Ein ähnliches, aber noch stärker konstruktivistisches Verständnis des Sicherheitsbegriffs vertritt auch etwa die *Copenhagen School* als theoretische Strömung in der Politikwissenschaft, genauer in den *Security Studies*: Sie versteht Sicherheit und Unsicherheit nicht als objektive Fakten, sondern als Ergebnis performativer Akte, konkret als diskursiv konstruierte Sprechakte, mithin als bloße subjektive Behauptungen.⁵⁵ Nach diesem Ansatz versuchen bestimmte Sicherheitsakteure konkrete Unsicherheiten selbst zu definieren, um die entsprechenden Sachfragen dem Politischen zu entziehen und die von ihnen definierten Unsicherheiten durch unverzügliche Notstandsmaßnahmen effektiv regulieren zu können. Nach dem Verständnis der *Copenhagen School* ist sicher beziehungsweise unsicher demnach alles, was in der Gesellschaft von den maßgeblichen Sicherheitsakteuren als solches definiert wird (*security move*) und bei den Adressat_innen dieser Definitionsversuche (*audience*) Akzeptanz findet – und zwar weitgehend unabhängig von der tatsächlichen Gefährdungslage. Gelingen solche Versuche, sprechen diese Theoretiker_innen von erfolgreichen *Versicherheitslichungen* (*securitizations*), die gewissermaßen entdemokratisieren, insoweit sie sofortige Notstandsmaßnahmen etwa ohne breitere parlamentarische Debatte legitimieren, und die entrechtlichen, insoweit sie gerade auch rechtswidrige Notstandsmaßnahmen aufgrund der akuten Sicherheitsbedrohung ausnahmsweise zu rechtfertigen vermögen.

Aus juristischer Perspektive kann Unsicherheit indes nicht nur durch die Ergreifung von außerrechtlichen Notstandsmaßnahmen, sondern gerade auch im Rahmen des Rechts effektiv reguliert werden. Versicherungsprozesse *entrechtlichen* dann nicht, sondern sie *verrechtlichen*. *Jens Kremer* etwa weist darauf hin, dass das Recht den Ausnahmezustand zumindest zum Teil schon selbst mitdenkt und diesen damit ebenfalls verrechtlicht, in dem es etwa die Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen über geschriebene und ungeschriebene Grundrechtsschranken zulässt; hierdurch können sich Versicherheitslichungsprozesse gerade auch innerhalb des Rechts vollziehen und damit zusätzliche Legitimation

⁵⁴ Ebd., S. 141.

⁵⁵ S. hierzu und zum gesamten Absatz *B. Buzan/O. Wæver/J. de Wilde*, *Security. A New Framework For Analysis*, 1998, S. 21 ff.

erhalten. Er beschreibt daher am Beispiel der jüngeren EGMR-Rechtsprechung im Kontext des internationalen Terrorismus als neuer Bedrohung solche Versicherheitlichungsprozesse konkret mit Blick die grundrechtsdogmatische Figur des legitimen Zwecks zur Grundrechtsbeschränkung: Über diesen wird die Befriedigung immer ausgreifenderer Sicherheitsbedürfnisse zunächst als rechtlich legitim anerkannt, behauptete Unsicherheiten werden damit gerichtlich dem Grunde nach bestätigt. Erst auf der nächsten Stufe, der eigentlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, findet dann wiederum eine Begrenzung durch die Prüfung der Grundrechtskonformität der den legitimen Zweck verfolgenden Einzelmaßnahme durch die Prüfungsschritte der Geeignetheit der zur Zweckerreichung ergriffenen Maßnahme, ihrer Erforderlichkeit und ihrer Angemessenheit statt.⁵⁶

Weitergehend werden neu formulierte, immer ausgreifendere Sicherheitsbedürfnisse durch das Recht und insbesondere durch die Grundrechte aber nicht nur *legitimiert*. Vielmehr *zwingen* letztere eingebettet in eine spezifische Grundrechtsdogmatik mit den Figuren der grundrechtlichen Schutzpflicht und dem Grundrecht auf Sicherheit selbst auch zur Ergreifung entsprechender Sicherheitsmaßnahmen. Sie entziehen insoweit wie Versicherheitlichungsprozesse die jeweiligen Sachfragen ebenfalls demokratischen Aushandlungsprozessen, weil sie die Notwendigkeit einer ergebnisoffenen parlamentarischen Debatte verneinen und die Gesetzgebung zum lediglichen Vollzug der rechtlich bereits determinierten Maßnahmen erklären.

Die Grundrechtsdogmatik kann insoweit daher auch Einfallstor für Versicherheitlichungsprozesse sein. In ihr finden Versicherheitlichungsprozesse gar eine weitere Legitimationquelle, die neben der der Notwendigkeit der effektiven Regulierung behaupteter Unsicherheiten steht, denn wo das Recht konkrete Sicherheitsmaßnahmen befiehlt, müssen zur effektiven Regulierung von Unsicherheit außerrechtliche Notstandsmaßnahmen nicht mehr ergriffen werden. Sicherheitsmaßnahmen infolge von Versicherheitlichungen stehen dann nicht mehr außerhalb der Rechtsordnung, sondern entsprechen vielmehr gerade deren Vorgaben. Über die Figuren der grundrechtlichen Schutzpflicht und des Grundrechts auf Sicherheit können Versicherheitlichungsprozesse zum grundrechtlichen Gebot erwachsen.

Auch Arbeiten aus der Politikwissenschaft zeigen, dass sich ein solches *Framing* als *Rights Talk* für Versicherheitlichungsakteure als nützlich erweisen kann: Wenn es zutrifft, dass hierdurch die politische Debatte entpolarisiert wird und eigentlich „extreme“ Standpunkte vertretbarer erscheinen, weil für sie eben nicht nur mit moralischen oder sonstigen außerrechtlichen, sondern gerade mit rechtlichen Argumenten als in demokratischen Rechtsstaaten westlicher Prägung universell akzeptierten Argumenten gestritten wird,⁵⁷ ermöglicht ein entsprechendes *Framing* der Sicherheitsdebatte es Sicherheitsakteuren, sich als

⁵⁶ Zum gesamten Absatz *J. Kremer*, in: Fichera/Kremer (Hrsg.), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution*, 2013, S. 7 ff. (23 ff.).

⁵⁷ S. hierzu bereits Fn. 11.

„gemäßigte“ Akteure darzustellen, eher Akzeptanz für ihre politischen Positionen zu finden und Versicherheitlichungsprozesse so stärker voranzutreiben.

E. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie

Die beschriebenen Sicherheitsparadoxien und die konstruktivistischen Verständnisse von *Daase* und der *Copenhagen School*⁵⁸ verdeutlichen die besondere, permanente Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit im Vergleich zu anderen Verfassungsgütern wie etwa der Eigentums- oder der Versammlungsfreiheit, die entsprechende Paradoxien nicht aufweisen. Seine Umsetzung berührt immer eine Vielzahl unterschiedlichster Interessen in positiver wie negativer Weise, die es miteinander abzuwägen gilt. Diese Abwägung kann aber nie abschließend erfolgen, weil sie abhängig vom jeweiligen, bis zu einem gewissen Grade in der Zeit instabilen gesellschaftlichen Kontext ist. Objektive Gefahren und Risiken und subjektive Sicherheitsbedürfnisse ändern sich im Angesicht neuartiger Bedrohungslagen stetig – paradigmatisch hierfür stehen in unserer Zeit der Terrorismus⁵⁹ oder die Cyber- bzw. IT-Sicherheit.⁶⁰

⁵⁸ Zwar grenzt *Daase* sich mit Blick auf seinen Befund der Expansion des Sicherheitsbegriffs durch gesellschaftliche Emanzipation vom Staat explizit von den Versicherheitlichungstheorien ab, *C. Daase*, in: Zoche/Kaufmann/Haverkamp (Hrsg.), *Zivile Sicherheit. Gesellschaftliche Dimensionen gegenwärtiger Sicherheitspolitiken*, 2011, S. 139ff. (141). Er teilt aber dennoch ihre Prämissen der Abhängigkeit des Sicherheitsbegriffs von konkreten Akteuren und Akteurskonstellationen. Insofern weisen beide Ansätze in dieselbe Richtung.

⁵⁹ Spezifisch den Terrorismus als neues, diffuses Risiko statt klassische Gefahr und die damit verbundenen Herausforderungen für das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit beschreibt als einer von vielen etwa *W. Hoffmann-Riem*, ZRP 2002, S. 497. Dort heißt es auf S. 499: „Das Risiko lauert überall und stets, aber nicht so konkret, dass wir es als eine Gefahr verbuchen können, deren Abwehr wir Polizei, Armee oder Geheimdienst anvertrauen können. Nicht einmal das Recht ist auf die Risikolage eingestellt.“ Die Notwendigkeit neuer Sicherheitsmaßnahmen wird angesichts dieses Befundes offenkundig. *G. Krings*, ZRP 2015, S. 167 (167) weist zudem etwa auf das spezifische Ziel des gegenwärtigen islamischen Terrorismus hin, „nicht das Individuum, sondern die freiheitliche Gesellschaft mit ihren demokratischen Werten als Ganzes“ treffen zu wollen. Bei der Bekämpfung des Terrorismus geht es also nicht mehr nur um den Schutz des und der Einzelnen, sondern um den der gesamten Gesellschaft, in der er lebt, und die die notwendige Voraussetzung seiner Freiheit bildet. Die aus diesem Gedanken folgende unterschiedliche Gewichtung beider Schutzgüter in der Abwägung mit kollidierenden Freiheitsgrundrechten ist offenkundig. *V. Götz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR IV*, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 12 fasst die neue Unsicherheitslage zusammen, indem er auf das objektive und das subjektive Element des Terrorismus hinweist: So seien Angriffsziele nicht nur das individuelle Leben oder die körperliche Unversehrtheit, sondern auch „schwerwiegende Zerstörungen von öffentlichen Einrichtungen, Verkehrsmitteln und Infrastruktur etc.“, zum Teil mittels Kollateralschäden verursachender Waffen bzw. Instrumente wie „Sprengstoffe, atomare, biologische oder chemische Waffen, Freisetzung gefährlicher Stoffe, Brände, Überschwemmungen, Explosionen“ etc. Bezweckt würden die „Einschüchtung der Bevölkerung, Zwang auf öffentliche Stellen oder internationale Organisationen, ernsthafte Destabilisierung oder Zerstörung der politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen“. Diese Zusammenschau offenbart die Neuartigkeit der terroristischen Bedrohung im Vergleich zur klassischen Gefahr.

⁶⁰ Zu entsprechenden gegenwärtigen Bedrohungen in Deutschland s. etwa die IT-Sicher-

Gerade letztere kann aufgrund der kurzen – stetig neue Unsicherheiten produzierenden – technischen Innovationszyklen allenfalls Momentaufnahme sein.⁶¹ Folglich muss auch die mit der Sicherheitsgewährleistung verbundene Kosten-Nutzen-Entscheidung immer wieder neu getroffen werden. Die besondere Aushandlungsbedürftigkeit ist also eine permanente.

Daraus folgt die Erkenntnis, dass eine abschließende verfassungsrechtliche Definition von Sicherheit nicht zielführend ist (dazu I.), sondern dass sich eine verfassungsrechtliche Verankerung des Gewährleistungsziels Sicherheit als besonders offen gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen erweisen muss (dazu II.).

I. Unmöglichkeit der abschließenden verfassungsrechtlichen Definition von Sicherheit als Folge ihrer sozialen und kulturellen Konstruktion

Das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit lässt sich daher weder im Wege der Verfassungsgestaltung, noch der Verfassungsauslegung *abschließend* und *vollständig* auflösen. Das Verfassungsrecht muss die Tatsache der Konstruktionen und Dekonstruktionen von Sicherheit reflektieren, statt an ihnen teilzunehmen. Jeder Versuch der allgemeinen und abschließenden verfassungsrechtlichen Definition von Sicherheit muss demnach scheitern. Dies gilt auch, weil Sicherheit objektive und subjektive Komponenten hat, das individuelle Sicherheitsgefühl aber (abgesehen von dem ohnehin nie ganz auszuschließenden objektiven Restrisiko) „prinzipiell eine grundrechtlich geschützte, dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zuzuordnende Angelegenheit der Menschen“⁶² ist und in einer pluralen Gesellschaft deshalb unterschiedlichste, oft miteinander konfligierende Sicherheitsbedürfnisse existieren; Sicherheit kann kein wirklich zu erreichender Endzustand, sondern lediglich Prozess sein.⁶³ Das Spannungsverhältnis lässt sich nur unter völliger Aufgabe des einen oder anderen Schutzguts auflösen: Keine Freiheit ohne Sicherheit, und keine Sicherheit ohne Freiheit. Letzteres nennt *Christoph Gusy* das – anders als die von *Zedner* beschriebenen Sicherheitsparadoxien zu verstehende – *Paradoxon der Sicherheit*:

„Der Staat, der alle Risiken ausschließen soll, muss alles wissen, alles können und alles dürfen. Das wäre nicht nur das Ende jeglicher Freiheit. Ein solcher Staat würde vielmehr selbstwidersprüchlich. Er würde zu einer Quelle dessen, was er eigentlich ausschließen wollte: der Unsicherheit.“⁶⁴

heitsberichte des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik, abrufbar unter https://www.bsi.bund.de/DE/Publikationen/Lageberichte/lageberichte_node.html, Stand 15.07.2016.

⁶¹ S. *Gaycken*, in: Daase/Engert/Junk (Hrsg.), *Verunsicherte Gesellschaft – Überforderter Staat*. Zum Wandel der Sicherheitskultur, 2013, S. 110 ff. (124).

⁶² C. *Gusy*, VVDStRL 63 (2004), S. 151 ff. (160).

⁶³ In diesem Sinne ebd., S. 156 ff. und insbesondere S. 160: „Dynamisierung und Subjektivierung der Schutzgüter bewirken schon theoretisch Unerreichbarkeit der Sicherheit. Sicherheit ist relativ. Ziel kann nicht die völlige Vermeidung von Risiken, sondern nur die Optimierung ihres Managements sein.“

⁶⁴ Ebd., S. 160.

Der Grenze zwischen Sicherheit und Freiheit muss aus verfassungsrechtlicher Perspektive von Beginn an ein Mindestmaß an Beweglichkeit verbleiben, ohne aber, dass dabei die Grundrechte aus dem Blick geraten. Mit anderen Worten bleibt die Balance von Freiheit und Sicherheit eine stets schmale Gratwanderung, das verfassungsrechtliche Leitparadigma ist demnach das Verständnis der Sicherheit als immer neu zu verhandelnde Grenze der Freiheit.

II. Sicherheit als freiheitlich und demokratisch strukturierter Prozess

Die Definition der *Sicherheit als Grenze der Freiheit* ist wichtig, offenbart sie doch die Funktion der Freiheitsgrundrechte als „maßgebliche Argumentationsregel“ für die Zuordnung von Freiheit und Sicherheit: „Begründungsbedürftig ist nicht die Freiheit, sondern der Eingriff.“⁶⁵ Damit stellen die Grundrechtsordnungen liberal-demokratischer Verfassungen und damit auch die Grundrechtecharta die Freiheit zwar in den Mittelpunkt, anerkennen aber durch die Zulassung von Grundrechtsbeschränkungen auf gesetzlicher Grundlage⁶⁶ zugleich auch ihre Aushandlungsbedürftigkeit, weswegen dann auch dem Parlament die zentrale Aufgabe der Ausbalancierung von Sicherheit und Freiheit zukommt: „Hier ist der Ort, die erforderlichen Begründungsleistungen zu erbringen und die notwendigen Entscheidungen zu treffen.“⁶⁷ Anders gewendet enthält die Grundrechtsordnung der demokratisch-liberalen Verfassungsordnung zwar ein Gebot zur angemessenen Abwägung von Freiheit und Sicherheit im Wege des deliberativen Prozesses, nicht aber die Abwägung dieser Werte selbst. Sie hegt den Aushandlungsprozess lediglich freiheitsgrundrechtlich ein, trägt innerhalb dieser Grenzen aber dem Gesetzgeber die Zuordnungsverantwortung an.⁶⁸ Sie „konditioniert“ das Rechtsstaatsprinzip über den Schutz der Grundrechte die „großen politischen und exekutivischen Spielräume“ im Bereich der Gewährleistung der Sicherheit,⁶⁹ gibt die konkreten Lösungen aber nicht selbst vor. Die Erfüllung des Gewährleistungsziels Sicherheit ist deshalb im Besonderen auf demokratische Strukturen angewiesen. Diese Erkenntnis muss die Grundrechtsdogmatik reflektieren.

Der mögliche Einwand, dass diese demokratischen Aushandlungsprozesse auch auf verfassungsrechtlicher Ebene im Modus der Verfassungsänderung vollzogen werden können und damit dann doch die Verfassung selbst das konkrete

⁶⁵ Gedanke, zitierter Begriff und zitierter Satz aus ebd., S. 181, Kursivsetzung des zitierten Satzes hier entfernt.

⁶⁶ Spezifisch die Sicherheit als legitimes Ziel zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen nennen etwa die Schrankenklauseln der Art. 8–11 EMRK. Die Grundrechtecharta enthält mit Art. 52 Abs. 1 GRCh hingegen eine allgemeine Schrankenklausele, die freilich auch Sicherheitszwecke umfasst.

⁶⁷ Gedanke und Zitat aus C. Gusy, VVDStRL 63 (2004), S. 151 ff. (181).

⁶⁸ Deshalb fordert auch etwa W. Hoffmann-Riem, ZRP 2002, S. 497 (501) einen „gesellschaftlichen Diskurs darüber, welche Sicherheit und welche Freiheit wir wollen und welchen Preis wir zu zahlen bereit sind.“

⁶⁹ Bezogen auf das Staatsziel innere Sicherheit des Grundgesetzes, aber verallgemeinerungsfähig V. Götz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 28.

Abwägungsergebnis zwischen Sicherheit und Freiheit vorgibt, greift dabei nicht durch. Schon ganz allgemein, erst Recht aber mit Blick auf das europäische Verfassungsrecht erweist sich dieser Modus wegen des ihm zugrunde liegenden Einstimmigkeitsprinzips als viel zu unflexibel im Verhältnis zur Unbeständigkeit der Balance zwischen Sicherheit und Freiheit. Das Verfassungsrecht kann sicherheitsrechtliche Bestimmungen statuieren, muss zugleich aber den Prozesscharakter des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Sicherheit wahren und sich deshalb eine hinreichende Offenheit gegenüber sicherheitsbezogenen demokratischen Aushandlungsprozessen bewahren.

F. Zusammenfassung

Sicherheit ist gleichermaßen Voraussetzung und Gefahr für die Freiheit und den an dieser ausgerichteten liberal-demokratischen Verfassungsstaat. Zudem ist Sicherheit sozial und kulturell konstruiert. Dieses Spannungsverhältnis zur Freiheit sowie die soziale und kulturelle Konstruktion können verfassungsrechtlich nur derart gelöst beziehungsweise bewältigt werden, dass das Verfassungsrecht nicht selbst den Ausgleich sämtlicher Einzelfragen etwa über die Abwägung konträrer freiheits- und sicherheitsgrundrechtlicher Rechtspositionen vorgibt. Das Verfassungsrecht muss stattdessen die besondere Aushandlungsbedürftigkeit beider Interessen anerkennen. Es muss sich insbesondere über entsprechende grundrechtsdogmatische Figuren gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen öffnen.

Dies bedeutet jedoch keine Absage an die normative Kraft des Verfassungsrechts in dieser Frage. Vielmehr bedeutet diese Öffnung eine Betonung der verfassungsrechtlich garantierten Prinzipien der Demokratie und der Gewaltenteilung. Diese beiden Grundsätze stellen damit die wesentlichen verfassungsrechtlichen Determinanten für die grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit dar.

2. Teil

Klassische grundrechtsdogmatische Figuren der unionsrechtlichen Sicherheitsverfassung

Die Grundrechtsdogmatik kennt derzeit drei verschiedene Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit: *Sicherheit als legitimen Zweck* (dazu A.), *Sicherheit als grundrechtliche Schutzpflicht* (dazu B.) und *Sicherheit als eigenständiges Grundrecht* (dazu C.). Jedoch werden sie alle dem Charakter der Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftigem Gewährleistungsziel nicht in ausreichendem Maße gerecht und beschränken dadurch die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung über Gebühr. Diese Defizite aufzuzeigen ist Gegenstand des folgenden Kapitels.

A. Sicherheit als legitimer Zweck

Das Gewährleistungsziel Sicherheit verwirklicht sich zunächst in Gestalt des legitimen Zwecks als erster Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Grundrechtseingriffen. Das grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip insgesamt und damit auch der legitime Zweck im Besonderen stellen mittlerweile europäisches grundrechtsdogmatisches Gemeingut dar.⁷⁰ Dementsprechend dürfen auch nach den Anforderungen der Grundrechtecharta unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit Einschränkungen nur vorgenommen werden, 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, Art. 52 Abs. 1 GRCh.⁷¹ Der legitime Zweck stellt damit eine Rechtfertigungsanforderung an in Grundrechte eingreifende Maßnahmen dar und dient somit dem Freiheitsschutz. Auch wenn

⁷⁰ P. Häberle, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016, S. 614 ff. Einen Überblick über das Verhältnismäßigkeitsprinzip in den Mitgliedstaaten der EU gibt etwa auch O. Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 39 ff.

⁷¹ Ob Art. 52 Abs. 1 GRCh eine allgemeine Schranke für sämtliche Grundrechte der Charta formuliert und neben gegebenenfalls spezifischen, sich aus der EMRK wegen Art. 52 Abs. 3 GRCh ergebenden Grundrechtsschranken ebenfalls zur Anwendung kommt, oder lediglich subsidiär greift, wenn die Auslegungsregeln der Art. 52 Abs. 2–4 GRCh nicht zur Anwendung kommen, etwa weil es für ein Chartagrundrecht keine Entsprechung in der EMRK gibt, ist umstritten. Ersteres vertritt etwa M. Cornils, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 33 ff., letzteres etwa M. Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 1, 18.

die Grundrechtecharta statt vom „legitimen Zweck“ von „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ spricht, ist inhaltlich doch das Gleiche gemeint. Wegen seiner Kürze soll im Folgenden einheitlich der legitime Zweck als Begriff verwendet werden.

Als grundrechtsdogmatische Figur im Allgemeinen und als Gewährleistung von Sicherheit im Besonderen findet der legitime Zweck in der neueren unionsrechtlichen Literatur kaum tiefergehendes Interesse. Speziell ihm gewidmete Beiträge gibt es kaum.⁷² Zumindest in der Handbuch- und Kommentarliteratur – allerdings bei weitem nicht in allen Quellen – finden sich einige Ausführungen zum Stand der Rechtsprechung hinsichtlich der Figur des legitimen Zwecks als solcher.⁷³ Abgesehen von der allgemeinen Kritik eines mit Blick auf das unionsgrundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip bestehenden Dogmatikdefizits in der Rechtsprechung des EuGH finden sich aber auch hier kaum tiefergehende, insbesondere kaum kritische Erwägungen. Insgesamt lässt sich hier feststellen, dass die rechtsdogmatische Figur des legitimen Zwecks in der Literatur kaum thematisiert wird. Der spezifische Zweck der Gewährleistung von Sicherheit scheint dabei so, wie er in der Rechtsprechung verwendet wird, mehr oder weniger akzeptiert.⁷⁴

Dabei ist dies ausgehend von der Charakterisierung des Gewährleistungsziels Sicherheit im *ersten Teil* dieser Arbeit durchaus kritisch zu sehen: Zwar wird der unionsrechtliche Auftrag zur Gewährleistung von Sicherheit und damit seine Eigenschaft als legitimer Zweck zur Grundrechtsbeschränkung bei Vornahme einer Gesamtschau der Verträge in ganz verschiedenen Ausprägungen deutlich sichtbar (dazu I.). In struktureller Hinsicht erweist sich eben diese grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit aber nur als bedingt geeignet, weil sie sich letztlich durch eine *zu* große Offenheit gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen auszeichnet, indem sie lediglich Handlungsoptionen eröffnet, nicht aber auch Handlungspflichten statuiert, und damit die bestehende verfassungsrechtliche Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung

⁷² Ausnahmen – allerdings für den völkerrechtlichen Bereich und insbesondere für die EMRK, die aber für die Auslegung und Anwendung der Unionsgrundrechte von entscheidender Bedeutung ist – sind insoweit etwa *P. Kempees*, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal*, 2000, S. 659 ff. oder spezifisch für die Gewährleistung von Sicherheit als legitimer Zweck *P. H. van Kempen*, HRLR 2013, S. 1 (13 ff.); spezifisch für das Unionsrecht, wenn konkret auch nur mit Blick auf die Grundfreiheiten, nicht aber die Grundrechte s. etwa *W. Cremer*, NVwZ 2004, S. 668. Selbst in thematisch nicht nur allgemein sondern ganz unmittelbar einschlägigen Monografien finden sich oft nur kurze Erwägungen zur Figur des legitimen Zwecks, bspw. etwa in *C. Eisner*, *Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?*, 2005, S. 142 ff.

⁷³ Für einen Überblick über die einschlägigen Quellen sei hier auf die folgenden Fußnoten dieses Kapitels verwiesen.

⁷⁴ Kritische Ausnahmen zwar nicht im unionsrechtlichen, aber im Kontext der EMRK bilden wieder *P. H. van Kempen*, HRLR 2013, S. 1 (13 ff.) oder *J. Kremer*, in: Fichera/Kremer (Hrsg.), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution* 2013, S. 7 ff. (24 ff.).

nicht ausreichend umsetzt (dazu II.). Zugleich ist eine Entwertung des legitimen Zwecks als erster Stufe der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtsprechung zu beobachten. Die von Exekutive und Legislative zur Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen definierten Sicherheitsbedürfnisse werden mehr oder weniger unreflektiert übernommen. Damit akzeptiert die Rechtsprechung zwar einerseits weitgehend das Ergebnis demokratischer Aushandlungsprozesse mit Blick auf konkrete Sicherheitsgewährleistungsgehalte, insoweit trägt die Konzeption der Sicherheitsgewährleistung als legitimer Zweck der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit ausreichend Rechnung. Andererseits werden hierdurch soziale und kulturelle Konstruktionen von Unsicherheiten aber in einem aus der Freiheitsperspektive nicht akzeptablen Maß erleichtert, Argumentationen entsprechender Sicherheitsakteure wird durch die Anerkennung seitens der Judikative zusätzliche Legitimation verliehen. Gegebenenfalls nur konstruierte Unsicherheiten werden nicht mehr als solche identifiziert und dekonstruiert, was Versicherheitlichungstendenzen nach sich zieht (dazu III.). Wegen der daher nur bedingten Eignung des legitimen Zwecks als angemessene grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit muss sich dieses weiterer rechtsdogmatischer Figuren bedienen (dazu IV.).

I. Sicherheit als legitimer Zweck im Unionsrecht

Heute wird das unionsrechtliche Gewährleistungsziel Sicherheit nach innen wie nach außen schon in den Verträgen überdeutlich. Schon nach Art. 3 Abs. 2 EUV bietet die Union ihren Bürger_innen einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist. Die Art. 67 ff. AEUV buchstabieren diese Aufgabe im Detail aus. Gemäß Art. 3 Abs. 5, Art. 21 ff. EUV verpflichten und ermächtigen die Verträge daneben zur Gewährleistung von Sicherheit nach außen. Ebenso wird das Gewährleistungsziel Sicherheit als Rechtfertigungsgrund in den Grundfreiheitssschranken benannt, Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1 sowie Art. 62 iVm. Art. 52 Abs. 1 AEUV. Die Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 3 EUV enthält in den Sätzen 2 und 3 einen Kompetenzvorbehalt für Fragen der nationalen Sicherheit, wodurch das Unionsrecht auch nationale Sicherheitsinteressen anerkennt. Art. 346 AEUV sieht Ausnahmen von den vertraglichen Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten – etwa den Wegfall von Auskunftspflichten oder die Möglichkeit der Vornahme bestimmter nationaler Maßnahmen wie die Erzeugen von Waffen – vor, wenn seine wesentlichen Sicherheitsinteressen berührt sind.

Neben diesen zentralen und komplexen Sicherheitsversprechen finden sich im Primärrecht vereinzelt auch weitere Verbürgungen des Gewährleistungsziels Sicherheit. So müssen Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes gem. Art. 114 Abs. 3 AEUV ein hohes Schutzniveau der technischen Sicherheit von

Produkten, Produktionseinrichtungen und Dienstleistungen gewährleisten.⁷⁵ Gemäß Art. 91 Abs. 1 lit. c) AEUV besitzt die Union die Kompetenz zum Erlaß von Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit, nach Art. 151 Abs. 1 AEUV verfolgen Union und Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik das Ziel, einen angemessenen sozialen Schutz zu gewährleisten. Gemäß Art. 153 Abs. 1 lit. a) und c) unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten zur Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer sowie zur sozialen Sicherheit und sozialem Schutz der Arbeitnehmer; Art. 168 AEUV verpflichtet sie bei allen Politiken zur Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus und verleiht ihr auch im Gesundheitsbereich diverse Kompetenzen, Art. 169 Abs. 1 AEUV erwähnt die Sicherheit der Verbraucher, Art. 191 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich AEUV erwähnt als Ziel der Umweltpolitik der Union den Schutz der menschlichen Gesundheit, Art. 194 Abs. 1 lit. b) AEUV erwähnt die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union, Art. 196 AEUV verleiht der Union Kompetenzen im Bereich des Katastrophenschutzes.

Der Überblick verdeutlicht, dass die Gewährleistung von Sicherheit heute schon qua Vertragstext grundlegendes Ziel der Union⁷⁶ und damit eine „von der Union anerkannte dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung“ im Sinne des Art. 52 Abs. 1 GRCh, mit anderen Worten legitimer Zweck zur Grundrechtsbeschränkung ist. Dies hat der EuGH verschiedentlich auch schon auf der Grundlage der Vorgängernormen früherer Vertragsfassungen entschieden. So hat er die Gewährleistung von Sicherheit verschiedentlich als legitimen Zweck sowohl zur Rechtfertigung von Grundfreiheits- als auch Grundrechtseingriffen anerkannt: Über die öffentliche Sicherheit und Ordnung als vertraglich explizit genannte Grundfreiheitsbeschränkung hinaus erkannte der EuGH auch verschiedene weitere Schranken mit Sicherheitsbezug als „zwingende Erfordernisse“ an, so etwa den Schutz der öffentlichen Gesundheit, den Verbraucherschutz, den Schutz von Arbeitnehmer_innen, den Schutz der sozialen Sicherungssysteme oder die Sicherheit des Straßenverkehrs.⁷⁷ Wegen der weitgehenden Strukturgleichheit von Grundfreiheiten und Grundrechten ist diese Rechtsprechung auf letztere übertragbar. Spezifisch im grundrechtlichen Bereich selbst anerkannte

⁷⁵ Zwar spricht der deutsche Wortlaut allgemein von „Sicherheit“ und legt deshalb ein weites Begriffsverständnis nahe. Der Vergleich mit der englischen Sprachfassung verdeutlicht aber seine Begrenzungen („safety“, nicht „security“), S. Korte, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 114 AEUV Rn. 53.

⁷⁶ J. Monar, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 750 ff. (753 f.) stellt das spezifisch für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und schon für die Rechtslage vor Inkrafttreten des Lissabonvertrags fest. Die hier aufgezeigte Bandbreite verschiedenster sicherheitsrechtlicher Bestimmungen in den Verträgen, die gerade nicht nur die körperliche Integrität oder physische Bewegungsfreiheit, sondern etwa auch die Produktsicherheit oder die Sicherheit am Arbeitsplatz umfasst, zeigt aber, dass das Primärrecht das Gewährleistungsziel Sicherheit in ganz verschiedenen Bereichen anerkennt.

⁷⁷ Übernommen von T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 80, bei dem sich auch Nachweise zu den entsprechenden Entscheidungen finden.

der EuGH darüber hinaus etwa zwingende Gründe der Sicherheit des Staates⁷⁸ oder die Bekämpfung des internationalen Terrorismus zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit sowie die Bekämpfung schwerer Kriminalität zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit⁷⁹ als legitime Zwecke an.

Mit Art.52 Abs.1 GRCh existiert eine tatbestandsoffene Grundrechtsschranke, unter die sich die zwingenden Erfordernisse zur Beschränkung der Grundfreiheiten und die bisher vom EuGH anerkannten grundrechtlich legitimen Zwecke zwanglos übertragen lassen, zumal sie nur die verschiedenen bereits erwähnten sicherheitstechnischen Vertragsziele widerspiegeln, so dass in dieser Hinsicht auch nach dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta Kontinuität gewährleistet ist.

II. Zu große Offenheit gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen

Mit Blick auf die grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit erweist sich die grundrechtsdogmatische Figur des legitimen Zwecks hinsichtlich ihrer Struktur aber als ambivalent.

Der legitime Zweck dient dem Freiheitsschutz durch seine allein handlungsbegrenzende Wirkung. Als erste Stufe der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt er konkrete Anforderungen an die mit der grundrechtsbeschränkenden Maßnahme verfolgte Zielsetzung. Er setzt dem gesetzgeberischen und administrativen Ermessen damit äußere Grenzen, statuiert selbst aber keine Rechtspflichten zu positivem Tun. Er steuert das Ermessen also nicht auch von innen heraus. Aus seiner Perspektive ist die Gewährleistung von Sicherheit bloße Handlungsoption, nicht aber Handlungspflicht. Er formuliert keinerlei Rechtsinhalt im Sinne subjektiver Rechtsansprüche, sondern lediglich rechtliche Grenzen. Damit erweist sich der legitime Zweck als gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen einerseits als besonders offen, er trägt der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit insoweit ausreichend Rechnung. Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung erweist er sich als besonders schonend, weil er weder auf der juristischen Ebene zu einer grundrechtlichen Anspruchsverdichtung, noch auf der politischen Ebene zu einem übermäßigen *Rights Talk* führt.

Andererseits verdeutlicht die allein handlungsbegrenzende Wirkung des legitimen Zwecks den öffentlichen Gewährleistungsauftrag nicht hinreichend. Denn wie eingangs dargelegt ist Sicherheit im Grundrechtsstaat beziehungsweise in einem grundrechtlich gebundenen Hoheitsverband wie dem der EU wegen der *rechtlich garantierten* Freiheit nicht rechtliche Option, sondern rechtliche Pflicht: Sicherheit verstanden als Freiheitsvoraussetzung ist damit auch Voraus-

⁷⁸ EuGH, Urteil v. 04.06.2013, Rs. C-300/11 – ZZ, ECLI:EU:C:2013:363, Rn. 54.

⁷⁹ EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 42.

setzung für die Grundrechtsausübung und wird mithin zum Grundrechtsinhalt. Mangels Vermittlung grundrechtlicher Pflichten blendet der legitime Zweck diese grundrechtliche *Gebotenheit* der Sicherheitsgewährleistung aber aus. In diesem Lichte erweist sich die strukturelle Offenheit des legitimen Zwecks gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen mit Blick auf das Gewährleistungsziel Sicherheit als *zu* offen. Gerade deswegen verharret das Gewährleistungsziel Sicherheit nicht im grundrechtsdogmatischen Gewande des legitimen Zwecks, sondern sucht sich daneben weitere, stärker Rechtspflichten vermittelnde und damit die handlungsbegrenzende Wirkung des legitimen Zwecks ergänzende Einkleidungen wie die grundrechtliche Schutzpflicht und das eigenständige Grundrecht auf Sicherheit.

III. Mangelnder Freiheitsschutz als Folge richterrechtlicher Nachlässigkeit

Dieser strukturelle Befund wird mit einem Blick auf die Rechtsprechung noch weiter ergänzt. Denn neben dieser strukturellen Ambivalenz erweist sich der legitime Zweck auch mit Blick auf seine Verwendung in der Rechtsprechung als *zu* offen gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen, weil die Rechtsprechung die eingangs besprochenen Sicherheitsparadoxien sowie die soziale und kulturelle Konstruktion von Sicherheiten und Unsicherheiten durch eine Entwertung des legitimen Zwecks im Allgemeinen (dazu 1.) und des legitimen Zwecks der Sicherheitsgewährleistung im Besonderen (dazu 2.) weitgehend ignoriert und dieses Defizit auf den weiteren Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nur bedingt kompensiert werden kann.

1. Die Entwertung des legitimen Zwecks im Allgemeinen

Die Bandbreite der bereits anerkannten Sicherheitszwecke verdeutlicht das Problem dieser grundrechtsdogmatischen Figur: Ein legitimer Zweck zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen lässt sich fast immer finden. Dies ist notwendige Folge einer Grundrechtsordnung wie der der EU, die freiheitsverkürzende Maßnahmen der Hoheitsgewalt grundsätzlich unter Rechtfertigungszwang stellt, die Gewährleistung von oft grundrechtsbeschränkender Sicherheit aber zugleich auch als Grundrechtsvoraussetzung im Sinne der letzten Legitimation öffentlicher Gewalt begreift.⁸⁰ Die wesentlichen Formen der Ausübung von Hoheitsgewalt – Rechtsetzung und Rechtdurchsetzung – gehen in aller Regel mit Freiheitsverkürzungen einher, die Freiheitsverkürzung ist das Wesenselement der *Hoheitsgewalt*. Letztere muss mehr oder weniger jegliches Tun rechtfertigen, weil sie letztlich fast immer irgendwo grundrechtlich geschützte Interessen berührt. Dies ist oft sogar dann der Fall, wenn sie weder Recht setzt noch Recht durchsetzt, etwa bei bloßem Informationshandeln,

⁸⁰ S. dazu im Detail 2. Teil, Kapitel C. II. 3. b.: *Primat der Freiheit als grundrechtsdogmatisches Leitbild*.

z. B. bei Produktwarnungen.⁸¹ Dementsprechend sind die Anforderungen an den legitimen Zweck ihres Handelns gering und erfolgt die eigentliche Prüfung der Grundrechtskonformität der Maßnahme eher im weiteren Verlauf der Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere der Erforderlichkeit und der Angemessenheit. Zudem sind gerade in Demokratien, in denen der Hoheitsgewalt ihre Legitimation von den Bürger_innen erhält und der gesetzgeberische Wille sich damit letztlich an deren Interessen ausrichtet, kaum Situationen vorstellbar, in denen die von ihnen legitimierte Hoheitsgewalt keine nach objektiven Maßstäben legitimen Zwecke verfolgt. Gewissermaßen indiziert das Demokratieprinzip die Legitimität des Zwecks der hoheitlichen Maßnahme.⁸² Deshalb ist auch jeder vom Gesetzgeber oder von der (ebenfalls über die ununterbrochene Legitimationskette demokratisch legitimierten) Verwaltung angegebene Zweck legitim, selbst wenn er nicht verfassungsrechtlich verankert ist, solange er verfassungsrechtlich zumindest nicht explizit verboten ist.⁸³

Gerade weil die Legitimität des Zwecks aber nur indiziert ist, bleibt das Tatbestandsmerkmal zur Rechtskontrolle notwendig. Es dient damit letztlich nicht nur der Wahrung der Grundrechte des und der Einzelnen, sondern auch der Wahrung des Demokratieprinzips.

a. Bisherige „Anspruchslosigkeit“ der Grundrechtsprechung des EuGH im Allgemeinen

Indes wird dem EuGH vorgeworfen, diese Rechtskontrolle nicht gewissenhaft durchzuführen. Schon ganz allgemein wird in der Literatur ein „Dogmatik-Defizit“ im Bereich seiner Grundrechtsprechung konstatiert.⁸⁴ Gerade mit Blick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Grundrechtseingriffen stand der EuGH, der die heute in Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh kodifizierten Rechtfertigungsanforderungen an Grundrechtseingriffe zunächst richterrechtlich entwickelte und diese schon lange vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta zum Prüfungsmaßstab nahm, schon immer in der Kritik: So habe er bisher die in den Be-

⁸¹ B. Pieroth/B. Schlink/T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015 Rn. 266 f.

⁸² In diesem Sinne auch P. Kempees, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal, 2000, S. 659 ff. (660): „There are obvious problems in finding that the authorities of a state which is party to the Convention (and therefore, one hopes, by definition committed to democratic values) acted in pursuance of an aim that was not legitimate, that is, were inspired by an illicit motive.“

⁸³ Für das deutsche Verfassungsrecht C. Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 54 f. mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Siehe auch R. Alexy, VVDStRL 61 (2002), S. 8 ff. (17): Legitim seien alle Zwecke, die das Grundgesetz „nicht schon als solche, also abstrakt, verbietet“. Ebenso mit Blick auf das Unionsrecht M. Hilf, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1, 2010, § 164 Rn. 21.

⁸⁴ S. für eine konzise Zusammenfassung etwa M. Cornils, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 6.

gründungen der in Frage stehenden Maßnahme „nur unzureichend dahingehend geprüft, ob sie tatsächlich das Gemeinwohl und die Interessen der Gemeinschaft fördern.“⁸⁵ Mit Blick auf seine bisherige grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung wird ihm „Anspruchslosigkeit“ vorgeworfen, insbesondere weil er die Verhältnismäßigkeit teils losgelöst von dem mit der Maßnahme verfolgten legitimen Zweck prüfte.⁸⁶ Freilich scheint sich die Grundrechtskontrolle durch den EuGH jüngst zu intensivieren, wie etwa verschiedene aktuelle Fälle zum Datenschutzrecht zeigen.⁸⁷ Es bleibt daher abzuwarten, ob die im Schrifttum vorgebrachte Kritik an der Rechtsprechung des EuGH auf dauer Bestand haben wird.

b. „Anspruchslosigkeit“ der Rechtsprechung zur Legitimität des vorgebrachten Zwecks

Diese Anspruchslosigkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Allgemeinen betrifft im Besonderen auch gerade die Frage der Legitimität des vorgetragenen Zwecks. Soweit ersichtlich, hat der Gerichtshof bisher wohl in keinem einzigen Fall eine Grundrechtsverletzung schon mangels legitimen Zwecks der zu prüfenden Maßnahme festgestellt.⁸⁸ Dass solche Fälle aber vorstellbar sind, zeigt ein Blick auf die Rechtsprechung des EGMR, wobei sie auch dort die Ausnahme bleiben.⁸⁹ Beispielhaft genannt sei hier die Rs. 30218/96 des

⁸⁵ C. Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 19 mit Nachweisen zur EuGH-Rechtsprechung.

⁸⁶ M. Cornils, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 103.

⁸⁷ S. etwa EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-291/12 – *Michael Schwarz*, ECLI:EU:C:2013:670; EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238 oder EuGH, Urteil v. 06.10.2015, Rs. C-362/14 – *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650. Den Befund der intensivierten Grundrechtskontrolle erhebt mit Blick auf die Rs. *Digital Rights Ireland* jüngst auch etwa M. Wendel, *Wider die Mär vom Grundrechtsblinden: Der EuGH und die Vorratsdatenspeicherung*, VerfBlog, 2014/4/09, abrufbar unter www.verfassungsblog.de/wider-maer-vom-grundrechtsblinden-eugh-und-vorratsdatenspeicherung/, Stand 08.07.2016.

⁸⁸ Zumindest Teile der Literatur vertraten hingegen jedenfalls mit Blick auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des Lissabonvertrags die Ansicht, dass legitime Ziele nur solche sein könnten, zu deren Umsetzung die Union eine Kompetenz inne habe, so etwa E. Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH*. Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte, 2003, S. 134. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh spricht nunmehr „von der Union anerkannten [und nicht mehr wie in der vorherigen EuGH-Judikatur geforderten ‚verfolgten‘] dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“, weshalb diese Ansicht jedenfalls nach heutiger Rechtslage zumindest zweifelhaft erscheint. Dies gilt insbesondere, weil auch nach den Verträgen bestimmte Zielsetzungen vermehrt „anerkannt“ werden, ohne dass dem auch zwingend Unionskompetenzen entsprechen, so etwa die Zielsetzungen der Integration älterer Menschen und Menschen mit Behinderung gem. Art. 25 und Art. 26 GRCh.

⁸⁹ C. Grabenwarter/K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 13 mwN.; P. Kempees, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective*. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal, 2000, S. 659 ff. (660);

EGMR⁹⁰, in der die Beschwerdeführerin zum Zwecke der Durchführung gerichtlich angeordneter psychiatrischer Untersuchungen inhaftiert wurde. Auf Antrag ihrer Angehörigen bewilligte das zuständige polnische Gericht einen Angehörigenbesuch pro Monat. Die Beschwerdeführerin sah hierin eine Verletzung ihres Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem. Art. 8 EMRK. Die Regierung führte als legitimen Zweck für die entsprechenden Grundrechtseingriffe die Durchsetzung der gerichtlichen und auf Gesetz basierenden Anordnung an. Wohl weil dieser Zweck in Art. 8 Abs. 2 EMRK, der die Beschränkung des Grundrechts rechtfertigende legitime Ziele nennt, nicht aufgeführt war, nahm der EGMR diesen Zweck lediglich zur Kenntnis, rekurrierte dann stattdessen aber auf die in Art. 8 Abs. 2 EMRK erwähnten Zwecke der Verhütung von Straftaten, des Gesundheitsschutzes und des Schutzes der Rechte. Er tat dies allerdings allein mit Blick auf die Inhaftierung der Beschwerdeführerin. Welchen legitimen Zweck die Beschränkung der verwandtschaftlichen Besuche verfolgen sollte, konnte der Gerichtshof nicht erkennen.⁹¹

Allerdings stellt Art. 8 Abs. 2 EMRK mit der spezifischen und abschließenden Aufzählung⁹² legitimer Zwecke insofern eine Besonderheit dar.⁹³ Gerade wegen dieser strikten Begrenzung möglicher legitimer Ziele schon durch den Konventionstext selbst konnte es zur hiesigen Entscheidung über den Mangel eines legitimen Zwecks kommen. Unter einem offenen Rechtfertigungsstatbestand wie dem des Art. 52 Abs. 1 GRCh, nachdem lediglich eine von der Union anerkannte, dem Allgemeinwohl dienende Zielsetzung vorliegen muss, hätte man alternativ durchaus etwa die Entlastung des Haftbetriebs bzw. der Verwaltung im Allgemeinen als legitimen Zweck für die Besuchsbeschränkung anführen können. Freilich müsste dies auch von der Union anerkannt sein, und selbstredend wäre bei der Gewährung nur eines Besuchstermins pro Monat die Verhältnismäßigkeit in Frage gestellt. Die grundsätzliche Tauglichkeit als legitimer Zweck wäre unter dem offenen Tatbestand im Gegensatz zu der abschließenden Aufzählung des Art. 8 Abs. 2 EMRK aber gegeben.

Selbst solche strikteren textlichen Vorgaben mit enumerativen und abschließenden Aufzählungen legitimer Zwecke vermögen den Entwertungstendenzen durch die Rechtsprechung zwar in Einzelfällen wie dem hier genannten, jedoch zumindest nicht generell Einhalt zu gebieten. So entwertet der EGMR die Figur des legitimen Zwecks trotz dieser enumerativen Aufzählungen, indem er zur

T. Marauhn/K. Merhof, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kapitel 7 Rn. 39; *P. H. van Kempen*, HRLR 2013, S. 1 (13) mit jeweils zum Teil weiteren Nachweisen.

⁹⁰ EGMR, Urteil v. 03.12.2002, Rs. 30218/96 – *Nowicka v. Poland*, ECLI:CE:ECHR:2002:1203JUD003021896.

⁹¹ Ebd., Rn. 75.

⁹² *T. Marauhn/K. Merhof*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kapitel 7 Rn. 38 mwN.

⁹³ S. zu den einzelnen legitimen Zielen der Art. 8–11 EMRK sowie des Art. 2 4. ZP im Detail *P. Kempees*, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal*, 2000, S. 659 ff.

Unitarisierung der explizit zulässigen legitimen Zwecke tendiert.⁹⁴ Auch hat er bisher keine abstrakten Definitionen für diese Tatbestandsmerkmale entwickelt.⁹⁵ Er versteht sie grundsätzlich weit und subsumiert oft nicht unter die konkreten Eingriffszwecke.⁹⁶ Und auch im Unionsrecht, das solche enumerativen Aufzählungen legitimer Zwecke zwar – je nach vertretener Ansicht – nicht unbedingt bei den Grundrechten,⁹⁷ zumindest aber bei den Grundfreiheiten kennt,⁹⁸ geht der EuGH mit seiner *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung über die explizit in den Verträgen genannten legitimen Zwecke zur Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen durch die Anerkennung ungeschriebener, aber „zwingender Erfordernisse“ hinaus.⁹⁹

Noch bezogen auf die bisherige Schrankendogmatik des EuGH vor Inkrafttreten der Grundrechtcharta hält *Meinhard Hilf* entsprechend dieser mangelnden substantiellen Prüfung der Legitimität der vorgetragenen Zwecke alle Ziele für legitim, die nicht im Widerspruch zur Unionsrechtsordnung stehen,¹⁰⁰ und definiert den legitimen Zweck damit negativ, nicht positiv. Auch nach *Martin Borowsky* wird der EuGH „die zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen vorgebrachten Ziele angesichts der Weite der Zielvorgaben kaum einmal in Abrede stellen können.“¹⁰¹ Mit Art. 52 Abs. 1 GRCh ist der vom EuGH entwickelte und seit langem angewandte allgemeine Schrankenvorbehalt nunmehr kodifiziert, so dass alle bisher in der Rechtsprechung anerkannten Ziele auch weiterhin Geltung haben dürften.¹⁰² Gleichwohl werden in die Kodifikation Hoffnungen bzgl. einer strikteren und rationaleren Verhältnismäßigkeitsprüfung insgesamt und gerade auch bezüglich einer strikteren Prüfung der Legitimität des Zwecks gesetzt, zugleich wird die normative Kraft des Art. 52

⁹⁴ C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 13. Ein Überblick über die Rechtsprechung zu den explizit in der EMRK genannten legitimen Zwecken gibt P. Kempees, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal, 2000, S. 659 ff.

⁹⁵ P. Kempees, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal, 2000, S. 659 ff. (660).

⁹⁶ D. Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 78 mwN.

⁹⁷ Zum Teil wird angenommen, dass wegen der Konvergenzklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh spezifische Schranken einzelner EMRK-Grundrechte bei diesen Verbürgungen entsprechenden Grundrechten der Grundrechtcharta auch im Unionsrecht gelten und Vorrang vor der allgemeinen Schranken Klausel des Art. 52 Abs. 1 GRCh genießen, s. dazu schon Fn. 71.

⁹⁸ S. etwa Art. 36 AEUV für die Warenverkehrsfreiheit.

⁹⁹ EuGH, Urteil v. 20.02.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 8. Die Bedeutung des Urteils veranschaulicht gut U. R. Haltern, Europarecht. Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. 2007, Rn. 1594 ff.

¹⁰⁰ M. Hilf, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1, 2010, § 164 Rn. 21.

¹⁰¹ M. Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 22a.

¹⁰² M. Hilf, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1, 2010, § 164 Rn. 64.

Abs. 1 GRCh in Anbetracht der Tatsache, dass er lediglich mehr oder weniger die ständige Rechtsprechung des EuGH kodifiziert, aber auch bezweifelt: Denn der allgemeine Rechtfertigungstatbestand ist nun zwar einerseits verschriftlicht, dadurch sichtbarer und von den Vertragsgebern noch einmal aktualisiert, bleibt andererseits aber abstrakt und ohne enumerative Aufzählung konkreter legitimer Zwecke.

Auch wenn der EuGH nach *Borowsky* „die zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen vorgebrachten Ziele angesichts der Weite der Zielvorgaben kaum einmal in Abrede stellen können“ wird, sieht *Borowsky* in dem Tatbestandsmerkmal der „tatsächlichen“ Entsprechung der Grundrechtseinschränkung mit den verfolgten legitimen Zwecken gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh einen Ansatzpunkt für eine zumindest intensivere Zweckkontrolle.¹⁰³ Dieses Tatbestandsmerkmal taucht aber eben schon in den vom EuGH verwendeten Formeln vor Inkrafttreten der Charta auf,¹⁰⁴ gerade deshalb dürften die Hoffnungen auf eine striktere Verhältnismäßigkeitskontrolle, insbesondere einer gewissenhafteren Zweckprüfung begrenzt ein.¹⁰⁵ Zumindest zeigt die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, dass den Mitgliedern des Grundrechtskonvents durchaus daran gelegen war, keine Blankettermächtigung für die Bestimmung legitimer Ziele zu erteilen. Hieß es in früheren Entwurfsfassungen noch, dass der „Schutz legitimer Interessen in einer demokratischen Gesellschaft“ Grundrechtseinschränkungen rechtfertigen könnten, sind aufgrund im Grundrechtskonvent wegen der Weite dieses Tatbestandes massiv geäußerter Kritik nunmehr enger „von der Union anerkannte dem Gemeinwohl dienende Zielsetzungen sowie Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ erforderlich.¹⁰⁶

Freilich sprechen gute Gründe für die Flexibilisierung der EMRK wie auch der unionalen Grundrechtsordnung im Wege der Anerkennung auch ungeschriebener Rechtfertigungsgründe gerade auch mit Blick auf die Gewährleistung von Sicherheit mit Blick auf verschiedenste Schutzobjekte, zumal diese Grundrechtsordnungen aufgrund des für sie geltenden Einstimmigkeitsprinzips auf eine besonders flexible Auslegungsmethodik angewiesen sind, um gesellschaftliche Wandlungen angemessen begleiten zu können.¹⁰⁷ Die Grund-

¹⁰³ Zitat und Gedanke aus *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 22a. Ähnlich auch *T. von Danwitz*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 38. Eine intensivere Verhältnismäßigkeitsprüfung insgesamt erhofft sich auch etwa *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 103.

¹⁰⁴ Beispielhaft EuGH, Urteil v. 08.04.1992, Rs. C-62/90 – *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:1992:169, Rn. 23. Auf die Formel weist *Borowsky* auch selbst hin, *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 18a.

¹⁰⁵ Skeptisch auch etwa *C. Eisner*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?, 2005, S. 143 f.

¹⁰⁶ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 21 mwN. und ausführlicher ebd., Rn. 3 ff.

¹⁰⁷ Konkret mit Blick auf das unionale Kompetenzrecht, aber übertragbar auf die Auslegung der Grundrechtecharta *C. Möllers*, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffent-

rechtecharta lässt dies mit der tatbestandlich offenen Grundrechtsschranke des Art. 52 Abs. 1 GRCh gerade auch explizit zu. Dennoch darf dabei die Gefahr, dass der legitime Zweck als Bestandteil einer effektiven Grundrechtskontrolle völlig leerläuft, nicht außer Acht gelassen werden.

2. Die Entwertung des Gewährleistungsziels Sicherheit in Gestalt des legitimen Zwecks im Besonderen als Legitimation sozial und kulturell konstruierter Unsicherheiten

Mit Blick auf das Völkerrecht und insbesondere die EMRK weist *Piet Hein van Kempen* auf die Sorglosigkeit hin, mit der internationale Spruchkörper die Legitimität des von den öffentlichen Gewalten vorgebrachten Zwecks der Gewährleistung von Sicherheit bestätigen.¹⁰⁸ Die Gewährleistung von Sicherheit als legitimen Zweck zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen sei weitgehend konturlos geblieben, sie werde von den Gerichten mehr oder weniger für sakrosankt erklärt. Die etwa in der EMRK explizit genannten legitimen Zwecke fungierten faktisch als „catch-all clauses“. Unter Verweis unter anderem auf die von *Lucia Zedner* besprochenen und im Eingangskapitel dargelegten Paradoxien des Gewährleistungsziels Sicherheit zeigt er auf, dass sich dieser Ansatz als problematisch erweist: Sicherheit ist eben kein per se „gutes“ Ziel, die Gewährleistung von Sicherheit produziert auch immer Kosten mit Grundrechtsrelevanz, die sich eine Gesellschaft auch leisten wollen muss.

Es bedarf deshalb schon auf der Ebene des legitimen Zwecks der Nennung ganz konkreter Sicherheitszwecke, ein Rekurs auf das allgemeine Gewährleistungsziel Sicherheit genügt nicht. Die weiteren Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, konkret die Geeignetheit des Mittels, sowie seine Erforderlichkeit und Angemessenheit vermögen dieses Defizit nicht zu kompensieren, beziehen sie sich doch immer auf den zuvor definierten zu verfolgenden Zweck. Das Beispiel der Vorratsdatenspeicherung verdeutlicht dies: Durch die anhaltende Diskussion um Sinn und Unsinn der längerfristigen Speicherung von Telekommunikationsmetadaten durch die damit einhergehende kognitive Aktualisierung einer zu bekämpfenden Terror- und Kriminalitätsgefahr birgt sie das Potential, auch subjektive Ängste und damit gerade auch selbst wieder Unsicherheit zu produzieren – bei sogar gleichzeitiger Fragwürdigkeit ihrer objektiven Effektivität.¹⁰⁹ Hier nun wird die Ambivalenz des Gewährleistungsziels Sicherheit deutlich: Mit Blick auf das nicht zwischen objektiven und subjektiven Komponenten differenzierende allgemeine Gewährleistungsziel Sicherheit kann

liches Recht im offenen Staat. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 759 ff. (774 f.) und dem folgend auch *C. Franzius*, EuR 2013, S. 655 (666).

¹⁰⁸ Hierzu und zum restlichen Absatz *P. H. van Kempen*, HRLR 2013, S. 1 (13 ff.).

¹⁰⁹ S. etwa *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung? Eine Untersuchung zu Problemen der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bei Fehlen gespeicherter Telekommunikationsverkehrsdaten, 2. erweiterte Fassung 2011, abrufbar unter <https://www.mpg.de/5000721/vorratsdatenspeicherung.pdf>, Stand 08.07.2016, wobei die Studie auf ihre aus dem bisherigen Mangel an Daten resultierende methodische Angreifbarkeit selbst hinweist.

sie sich durchaus als ungeeignet, mit Blick auf das Ziel der Gewährleistung objektiver Sicherheit hingegen zumindest theoretisch als geeignet erweisen. Das allgemeine Ziel der Sicherheitsgewährleistung kann sich wegen des Paradoxons der Produktion von Unsicherheit durch die Schaffung von Sicherheit in dieser Allgemeinheit deshalb nicht als legitim erweisen, es bedarf der Konkretisierung.

Mithin erfordert diese Zweck-Mittel-Relation schon von Beginn an eine möglichst präzise Zweckbestimmung, auch mit Blick auf die dann folgende Prüfung der Erforderlichkeit und der Angemessenheit des zur Zweckerreichung gewählten Mittels.¹¹⁰ Mit anderen Worten strukturiert die Zweckbestimmung also die dann folgende Verhältnismäßigkeitsprüfung, ihr kommt insoweit eine besondere Bedeutung zu. Diese Zweck-Mittel-Relation sieht explizit auch Art. 52 Abs. 1 GRCh vor, nach dem jede grundrechtsbeschränkende Maßnahme zur Verfolgung des legitimen Zwecks notwendig, mit anderen Worten geeignet, erforderlich und auch angemessen sein muss,¹¹¹ und wodurch eine strikte Grundrechtsprüfung gewährleistet werden soll: Denn „Auch wenn die Spannweite der zulässigen Schrankengründe groß ist, ist sie doch nicht grenzenlos: In dieser Beschränkung des Zwecksetzungsspielraums des Schrankengesetzgebers auf Unions- und mitgliedstaatlicher Ebene liegt ein erster, durchaus nicht zu vernachlässigender Schranken-Schrankeneffekt. Bedeutung entfaltet die Fassung des Art. 52 Abs. 1 GRCh zweitens insofern, als sie die Schrankenziele mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verklammert.“¹¹² „Sie zwingt den Rechtsanwender insoweit zur Klarheit und strukturiert die Bahnen der folgenden Prüfung vor. Schließlich muss man ja wissen, was gegen- oder miteinander ins Verhältnis gesetzt werden soll. Deshalb sollte auf diese Zielfestlegung ebenso viel Wert gelegt werden wie auf die Bestimmung des Schutzbereichs [...]. Beide Punkte geben an, was jeweils auf dem Spiel steht.“¹¹³ „Die legitimen Ziele sind Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeit; von ihnen und ihrem relativen Gewicht her bestimmt sich in der Relation mit dem Gewicht des Grundrechtseingriffs die Zulässigkeit der Eingriffsmaßnahme. Umgekehrt macht die textliche Verknüpfung der Ziele mit der Geeignetheit und Erforderlichkeit (‘dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den ... Zielsetzungen ... tatsächlich entsprechen’) unmissverständlich klar, dass die

¹¹⁰ Insbesondere die Gewichtung der gegenläufigen Rechtsgüter im Rahmen der Angemessenheitsprüfung beinhaltet bei aller angestrebter Objektivität doch unausweichlich gewichtige subjektive Elemente, weshalb etwa *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* in ihrem Standardlehrbuch zu den Grundrechten dazu anraten, die Angemessenheitsprüfung durch eine striktere Prüfung schon der vorherigen Tatbestandsmerkmale des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu entlasten; auch sie konzentrieren sich dabei aber vor allem auf die Verhältnismäßigkeit des Mittels mit Blick auf seine Geeignetheit und Erforderlichkeit für die Zweckverfolgung, statt zunächst eine gewissenhaftere Zweckprüfung vorzunehmen, *B. Pieroth/B. Schlink/T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 299 ff. und insbesondere Rn. 303 f.

¹¹¹ Die Angemessenheit prüft der EuGH allerdings nur gelegentlich, ohne dass hierin ein System erkennbar wäre, s. dazu etwa mit Beispielen *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 5 Rn. 6 Fn. 8.

¹¹² Ebd., Rn. 95.

¹¹³ *P. Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte* 2006, § 7 Rn. 44.

Legitimität des Ziels einer Eingriffsmaßnahme als solche für die Rechtfertigung nicht ausreicht, sondern die Maßnahme auch eine hinreichend valide instrumentelle Eignung für die Zielverwirklichung haben muss.¹¹⁴

Insgesamt, so *van Kempen*, werde durch die Konturlosigkeit des legitimen Zwecks die Deutungsmacht in dieser Hinsicht allein der Legislative und Exekutive überlassen und die Chance verpasst, Sicherheitsbestrebungen seitens der öffentlichen Gewalt von Beginn an menschenrechtlich einzuhegen und so den Diskurs um diese Aspekte anzureichern.¹¹⁵ Denn aus der Perspektive des legitimen Zwecks sei gegenwärtig nicht erörterungsbedürftig, wie konkret die Gefährdung, welcher Natur sie oder wer gefährdet sei. Deshalb existiere ein durch die Grund- und Menschenrechte nicht adäquat eingefangenes Missbrauchspotential seitens der Politik hinsichtlich des Gewährleistungsziels Sicherheit „as an instrument to cultivate fear and govern danger.“¹¹⁶

Damit greift *van Kempen* implizit die im *ersten Teil* dieser Arbeit erwähnte politikwissenschaftliche These der *Copenhagen School* auf, wonach Sicherheit bzw. Unsicherheit keine objektiven Fakten, sondern zunächst aus performativen Akten hervorgegangene Behauptungen sind.¹¹⁷ Hier zeigt sich, wie sich Versicherheitlichungsprozesse der Mittel und Argumentationsfiguren der Grundrechtsdogmatik bedienen können, um ihrem Ziel der Definition von Unsicherheiten und ihrer effektiven Regulierung zusätzliche Legitimation zu verleihen und so letztlich die verstärkte Beschränkung von Freiheitsgrundrechten zu rechtfertigen. Zwar eignet sich die Figur des legitimen Zwecks nur bedingt zur effektiveren Regulierung von Unsicherheit, denn mit ihm allein können bestimmte Sicherheitsmaßnahmen gerade anders als etwa mit den Figuren der grundrechtlichen Schutzpflicht und des Grundrechts auf Sicherheit noch nicht als zwingend – weil grundrechtlich geboten – definiert und damit dem parlamentarischen Aushandlungsverfahren, dem wegen der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit eine besondere Rolle zukommt, noch nicht entzogen werden.¹¹⁸ Vielmehr wird der von Exekutive und Legislative definierte Zweck lediglich nachträglich gerichtlich legitimiert, nicht aber vom Recht selbst vorgegeben. Immerhin aber kann die grundrechtsbeschränkende Regulierung behaupteter Unsicherheiten vor Gericht dem Grunde nach als legitimer Zweck anerkannt werden. Ist die Bekämpfung behaupteter Unsicherheiten erst einmal grundsätzlich gerichtlich legitimiert, lassen sich konkrete Einzelmaßnahmen im weiteren politischen Diskurs dann zumindest leichter rechtfertigen. Das Sicherheitsproblem wird dann nicht mehr nur von bestimmten Sicherheitsakteuren, sondern zusätzlich auch durch die Gerichte mitdefiniert, diese werden gewissermaßen selbst zu Sicherheits-

¹¹⁴ *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 5 Rn. 103.

¹¹⁵ Hierzu und zum Folgenden *P. H. van Kempen*, *HRLR* 2013, S. 1 (14 ff.).

¹¹⁶ *Ebd.*, S. 14.

¹¹⁷ Siehe dazu schon 1. Teil: Kapitel D. *Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt*.

¹¹⁸ Siehe zu dieser Wirkung der grundrechtlichen Schutzpflicht und des Grundrechts auf Sicherheit die beiden folgenden Kapitel 2. Teil, Unterkapitel B. *Sicherheit als grundrechtliche Schutzpflicht* und C. *Sicherheit als Grundrecht*.

akteuren, die Unsicherheiten konstruieren. Die entsprechenden Definitionen von Unsicherheit gewinnen damit im Rechtsstaat an Überzeugungskraft und führen zu einer verstärkten legitimen Rechtfertigung der Beschränkung von Freiheitsgrundrechten.

Jens Kremer hat dies am Beispiel der nationalen Sicherheit als legitimen Zweck zur grundrechtlichen Rechtfertigung von Terrorabwehrmaßnahmen veranschaulicht. Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 hatte die nationale Sicherheit als Argument für die Rechtfertigung grundrechtsbeschränkender Terrorabwehrmaßnahmen in der Rechtsprechung des EGMR Konjunktur. *Kremer* beschreibt diese Entwicklung als Zeichen entsprechender Versicherheitlichungsprozesse auch in der Rechtsprechung des EGMR. Aus der Perspektive dieses konstruktivistischen Ansatzes sieht auch er dies kritisch und plädiert daher – im Ergebnis ähnlich wie *van Kempen* – schon auf der Ebene des legitimen Zwecks und damit noch vor der eigentlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung für eine entsprechende Dekonstruktion dieser behaupteten Unsicherheiten:¹¹⁹ Sicher kann der Grundrechtsschutz auch durch die dann folgende Verhältnismäßigkeitsprüfung gewahrt und können damit Versicherheitlichungstendenzen begrenzt werden. Den Versicherheitlichungsprozessen bleibt dann aber gleichwohl das Argument der Bekämpfung der behaupteten Unsicherheiten als dem Grunde nach legitim und damit die gerichtliche Bestätigung eben dieser behaupteten Unsicherheit, die im dann folgenden Prozess der Sicherheitsgesetzgebung Gewicht hat.

Gleichwohl anerkennt richtigerweise auch *van Kempen* die Notwendigkeit eines weiten Ermessensspielraums insbesondere des demokratisch legitimierten Gesetzgebers hinsichtlich der Wahl des zu verfolgenden Zwecks und schlussfolgert daraus, dass über die Figur des legitimen Zwecks zwar keine konkreten und strikt einzuhaltenden (weil ermessensreduzierenden) Tatbestandsmerkmale formuliert werden sollen, dass aber die Grund- und Menschenrechte über diese Figur gleichwohl die Notwendigkeit der Orientierung des Gewährleistungsziels Sicherheit an den Interessen des Individuums im Wege eines „*counter-pleasure*“ artikulieren sollen.¹²⁰ Es ist aber fraglich, wie über eine rechtsdogmatische Figur, die hier selbst ein konkretes Tatbestandsmerkmal der Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt, diese Anliegen anders als eben über die Formulierung von Teiltatbestandsmerkmalen, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind und dann auch ermessensreduzierend wirken, artikuliert werden soll. Konkrete Vorschläge bleibt *van Kempen* dann auch schuldig.

Letztlich zielt er damit lediglich auf die Anreicherung des Sicherheitsdiskurses durch eine stärkere grund- und menschenrechtliche Perspektive schon im Vorfeld des Erlasses konkreter Maßnahmen. Ihm geht es weniger um eine effektive Rechtskontrolle erlassener Sicherheitsmaßnahmen *ex-post* als um die Verhinderung schon ihres Erlasses durch Einflussnahme auf den sicherheits-

¹¹⁹ *J. Kremer*, in: Fichera/Kremer (Hrsg.), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution*, 2013, S. 7ff. (24f. insbesondere 25).

¹²⁰ *P. H. van Kempen*, HRLR 2013, S. 1 (15f.).

politischen und -rechtlichen Diskurs. Dafür bietet sich der legitime Zweck als rechtsdogmatische Figur zwar an. Die mit ihm als konkretem Tatbestandsmerkmal der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendig einhergehende Ermessensreduktion von Legislative und Exekutive schon auf Ebene der Zweck- und nicht erst auf der der Mittelwahl ist zu Gunsten eines effektiveren Grundrechtsschutzes dann hinzunehmen. Entscheidet sich eine Verfassungsordnung für einen starken Grundrechtsschutz – insbesondere auch durch Nennung des Tatbestandsmerkmals des legitimen Zwecks, wie das etwa Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh tut – geht das zwar notwendig zu Lasten des gegebenenfalls ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgten Demokratieprinzips, gerade hierin liegt dann aber auch eine bewusste verfassungsrechtliche Entscheidung. Insoweit ist die Ermessensreduktion auf der Ebene der Zweckwahl dann grund- bzw. verfassungsrechtlich geboten.¹²¹

IV. Zusammenfassung

Das Gewährleistungsziel Sicherheit tritt in der unionalen Grundrechtsordnung zunächst in Gestalt des legitimen Zwecks zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen auf. Mit Blick auf die Prinzipien der Demokratie und der Gewaltenteilung erweist sich der legitime Zweck durch seine aus seiner allein handlungsbegrenzenden Wirkung resultierenden Offenheit gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen in Struktur und Rechtsanwendung als besonders schonend – er vermittelt keinerlei subjektive Rechtsansprüche und birgt deshalb auch nicht die Gefahr eines *Rights Talks*. Angesichts dessen trägt er als grundrechtsdogmatisches Medium der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit ausreichend Rechnung. Gleichzeitig begünstigt er aber Versicherheitlichungstendenzen durch die gerichtliche Bestätigung auch lediglich behaupteter Unsicherheiten.

Durch die allein handlungsbegrenzende Wirkung verkennt der legitime Zweck aber gleichzeitig die grundrechtliche Gebotenheit der Sicherheitsgewährleistung. Grundrechtliche Sicherungspflichten vermag er grundrechtsdogmatisch nicht abzubilden, weshalb eine angemessene grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit sich neben dem legitimen Zweck weiterer Figuren bedienen muss.

¹²¹ So mit Blick auf die auf die gesamte Rechtsordnung ausstrahlende objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte E.-W. Böckenförde, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1992, S. 159 ff. (195 ff.). Für ihre klassische, subjektiv-rechtliche, allein das Verhältnis Staat-Bürger_in regelnde Funktion sind ermessensreduzierende Wirkungen – eben wie hier etwa auf der Ebene des legitimen Zwecks – verfassungsrechtlich erst Recht geboten.

B. Sicherheit als grundrechtliche Schutzpflicht

Zur stärkeren Verdeutlichung bestehender verfassungsrechtlicher Pflichten zur Sicherheitsgewährleistung tritt das Gewährleistungsziel Sicherheit deshalb auch in Gestalt der grundrechtlichen Schutzpflicht auf.¹²²

Sie zwingt die Hoheitsgewalt mit dem Ziel der Freiheitswahrung grundrechtlich zum Schutz von Grundrechtsgütern vor Übergriffen Dritter durch die Vornahme positiver Maßnahmen. Damit wirken sie gegenüber diesen schädigenden Dritten aber zugleich auch freiheitsbeschränkend; sie können damit selbst einen legitimen Zweck zu deren Grundrechtsbeschränkung darstellen. Hierauf verweist Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh explizit, wenn er bestimmt, dass unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Einschränkungen auch vorgenommen werden dürfen, wenn sie den *Erfordernissen*, mit anderen Worten den Pflichten des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Die Vorschrift „erfasst damit textlich den klassisch-kantianischen Beschränkungsgrund der wechselseitigen Zuordnung und gegenseitigen Abgrenzung individueller Freiheit neben den primär im öffentlichen Interesse liegenden ‚objektiven‘ Gemeinwohlbelangen.“¹²³ Das Gewährleistungsziel Sicherheit wird im Gewand der grundrechtlichen Schutzpflicht als legitimer Zweck grundrechtlich aufgeladen. Es spiegelt damit den Konsens der eingangs erwähnten modernen Staatstheorie wider, nach dem Sicherheit nicht nur als Bedrohung, sondern auch als Voraussetzung für die Freiheit verstanden wird.¹²⁴

Jedoch steht eine explizite Anerkennung der unionsgrundrechtlichen Schutzpflicht durch den EuGH bis heute aus.¹²⁵ Dementsprechend spielt das Tatbestandsmerkmal der „Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ in der Rechtsprechung des EuGH bisher auch kaum eine Rolle.¹²⁶ Auch in der internationalen englischsprachigen Literatur wurde die Thematik spezifisch der *unionsgrundrechtlichen* Schutzpflichten jedenfalls innerhalb

¹²² Eine sehr gut lesbare Einführung in das Thema der grundrechtlichen Schutzpflichten gibt *K. Stern*, DÖV 2010, S. 241.

¹²³ *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 96.

¹²⁴ Für eine konzise Erörterung dieses Gedankens sei nochmal auf *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 3 ff. hingewiesen.

¹²⁵ Immerhin hat er aber bereits grundfreiheitliche Schutzpflichten anerkannt, s. EuGH, Urteil v. 9. 12. 1997, Rs. C-265/95 – *EuGH/Kommission/Frankreich – Agrarblockaden*, ECLI:EU:C:1997:595, Rn. 30 ff.

¹²⁶ Nach *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 96 hat der Gerichtshof gar noch nie auf dieses Tatbestandsmerkmal zurückgegriffen. Jüngst rekurrierten die Richter_innen aber in EuGH, Urteil v. 15.02.2016, Rs. C-601/15 PPU – *J. N.*, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 53 unter Anerkennung zwar nicht einer einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht, aber eines eigenständigen unionsrechtlichen Grundrechts auf Sicherheit explizit auf den Schutz „der Rechte und Freiheiten anderer“ gem. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh. Siehe zum Grundrecht auf Sicherheit im Detail 2. Teil, Kapitel C.: *Sicherheit als Grundrecht*.

der letzten zehn Jahre kaum erörtert.¹²⁷ Ganz anders die deutschsprachige Literatur: Hier werden die unionsgrundrechtlichen Schutzpflichten weithin anerkannt (zur Divergenz von Schrifttum und Rechtsprechung I.). Dennoch sieht sich die grundrechtliche Schutzpflicht als grundrechtsdogmatische Figur an sich grundsätzlicher Kritik ausgesetzt, die vor allem die mit ihr bewirkte Umkehrung des eigentlichen Zwecks der Grundrechte – die Abwehr, nicht das Fordern staatlichen Handelns – sowie die Gefährdung des Prinzips der Gewaltenteilung bemängelt.¹²⁸ Sie hat deshalb wie eingangs bereits angedeutet nicht nur freiheitssichernde, sondern auch freiheitsbeschränkende Funktion: Durch den Wandel der Grundrechte von Eingriffsverboten in Eingriffsgebote kommt es im Vergleich zur Figur des legitimen Zwecks zu einer Verengung legislativer und administrativer Ermessensspielräume, wodurch sich die Schutzpflicht als gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen als weniger offen erweist. Mit Blick auf Demokratie und Gewaltenteilung ist dies problematisch. Erneut stellt sich die Frage, ob durch die grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit in Gestalt der grundrechtlichen Schutzpflicht dessen besonderer Aushandlungsbedürftigkeit ausreichend Rechnung getragen wird (dazu II.). Möglicherweise wegen ihrer freiheitsbeschränkenden Wirkung klingt ihre Anerkennung in der Rechtsprechung des EuGH bisher nur zaghaft an und kommt sie dort bisher nicht als legitimer Zweck zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zum Einsatz. Stattdessen benennt der EuGH hierfür bisher allein von der Union anerkannte, dem Allgemeinwohl dienende Zielsetzungen im Sinne des Art. 52 Abs. 1 S. 2. Var. GRCh.¹²⁹ Damit verfolgt er einen kollektiv-rechtlichen Ansatz, der dem individual- bzw. schutzpflichtenrechtlichen Konzept diametral entgegensteht und der durch die insoweit spezifische Struktur des eher kollektiv-rechtlich ausgestalteten Unionsrechts gestützt wird, und der zudem der Kritik an der grundrechtlichen Schutzpflicht ob ihrer freiheitsverkürzenden Wirkung angemessen Rechnung zu tragen vermag. Die Schutzpflicht bleibt aber dort inkommensurabel, wo sie von einem individuellen

¹²⁷ Es fehlt jedenfalls an Beiträgen, die den Schwerpunkt auf die unionsgrundrechtliche Schutzpflicht legen. Ich habe mich hier auf die Durchsicht der wichtigsten internationalen englischsprachigen europarechtlichen Journals beschränkt, weil dieses Kapitel für die eigentliche These der Arbeit nicht zentral ist und nur auf diese hinleiten soll. Durchgesehen wurden die *Common Market Law Review*, die *European Constitutional Law Review*, die *European Law Review*, das *Columbia Journal of European Law* und das *Yearbook of European Law*, jeweils die Ausgaben der letzten zehn Jahre.

¹²⁸ Diese Kritik betrifft die grundrechtliche Schutzpflicht als generelle grundrechtsdogmatische Figur unabhängig von der konkreten Grundrechtsordnung, innerhalb derer sie verwendet wird. Daneben werden auch etwa Aspekte ihrer Herleitung und Begründung kritisiert, die dann aber von dem jeweiligen konkret angewendeten Rechtstext abhängig sind. Diese Erwägungen sollen deshalb hier außen vor bleiben. Ein Überblick zur Kritik an der Figur der grundgesetzlichen grundrechtlichen Schutzpflicht findet sich etwa bei *J. Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR IX*, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 165 ff.

¹²⁹ Gleichwohl hatte sich der EuGH aber schon des Öfteren mit Grundrechtskollisionen befasst. Als Beispiel sei hier etwa EuGH, Urteil v. 16. 12. 2008, Rs. C-73/07 – *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy*, ECLI:EU:C:2008:727, Rn. 52 ff. genannt. Dort ging es um den angemessenen Ausgleich der Meinungsäußerungsfreiheit mit dem Schutz der Privatsphäre, ohne dass die Grundrechte aber aus der Schutzpflichtenperspektive diskutiert wurden.

und durchsetzbaren Schutzanspruch begleitet wird, weil sie insoweit einen rechtsschutztechnischen Mehrwehrt gegenüber dem kollektiv-rechtlichen Ansatz hat (dazu III). In der Gesamtschau erweist sich damit auch die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht jedenfalls für sich genommen nicht als ausreichend tragfähige grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit (dazu IV.).

I. Die grundrechtliche Schutzpflicht im Unionsrecht

Mit Blick auf die Anerkennung der unionsgrundrechtlichen Schutzpflicht an sich zeigt sich eine Divergenz zwischen Schrifttum und Rechtsprechung. Während die Figur in der Literatur auf breite Zustimmung stößt (dazu 1.), agieren EuG und EuGH diesbezüglich bislang äußerst zurückhaltend (dazu 2.).

1. Breite Anerkennung im Schrifttum

Im Schrifttum findet die Figur der unionsgrundrechtlichen Schutzpflicht breite und explizite Anerkennung. Weil das Unionsrecht vor Inkrafttreten der Charta keinen verbindlichen Grundrechtskatalog kannte, versuchen ältere Arbeiten noch, sie überwiegend anhand des sehr vagen Wortlautes der übrigen Vertragsbestimmungen, durch eine Analyse der bis dato ergangenen Rechtsprechung des EuGH sowie durch den Rückgriff auf die Rechtsprechung des EGMR zu den *positive obligations* der EMRK¹³⁰ und auf die nationalen Grundrechtsordnungen als Rechtserkenntnisquellen herzuleiten.¹³¹ Andere betonen den

¹³⁰ Erstmals erwähnt wurden die *positive obligations* in EGMR, Urteil v. 23.07.1968, Rs. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 – *Belgian linguistic case*, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462: „The right to education guaranteed by the first sentence of Article 2 of the Protocol (P1–2) by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals. It goes without saying that such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights enshrined in the Convention.“ Hier ging es um die Ausgestaltung eines verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses. Positive obligations im Sinne grundrechtlicher Schutzpflichten im engeren Sinne wurden dann wohl erstmals in EGMR, Urteil v. 26.03.1985, Rs. 8978/80 – *X and Y v. The Netherlands*, ECLI:CE:ECHR:1985:0326JUD000897880, Rn. 23 anerkannt. Konzise fasst der EGMR dies beispielsweise in EGMR, Urteil v. 04.12.2003, Rs. 39272/98 – *M. C. v. Bulgaria*, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298, Rn. 150 mit Verweis auf die Entscheidung *X and Y v. The Netherlands* zusammen: „Positive obligations on the State are inherent in the right to effective respect for private life under Article 8; these obligations may involve the adoption of measures even in the sphere of the relations of individuals between themselves. While the choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of protection against acts of individuals is in principle within the State’s margin of appreciation, effective deterrence against grave acts such as rape, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection“.

¹³¹ So insgesamt z. B. J. Suerbaum, EuR 2003, S. 390 (392 ff.) (allerdings schon mit Verweis auf den relativ eindeutigen Wortlaut der damals noch unverbindlichen Grundrechte-Charta. Auf den Wortlaut der Charta verweist früh auch schon C. Calliess, EuZW 2001, S. 261 (263)), E. Stieglitz, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH. Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechts-

Gedanken des effektiven Grundrechtsschutzes.¹³² Daneben wird mehrfach auf die Anerkennung von Schutzpflichten seitens des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten hingewiesen.¹³³ Zudem wird das Verständnis der Grundrechte als objektive Werteordnung in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die europäische Ebene übertragen.¹³⁴ Auch wird vom nationalen Verfassungsrecht her die Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten auf Unionsebene für geboten gehalten.¹³⁵ Vereinzelt verweisen

dogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte, 2003, S. 169 ff.; *H. Gersdorf*, AÖR 1994, S. 400 oder umfassender *P. Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, 2002, S. 549 ff. und *L. Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S. 194 ff. Letztere verweist hinsichtlich des Wortlautes der Verträge bspw. u. a. auf die Betonung der Bedeutung der Grundrechte in den Präambeln der verschiedenen Verträge, auf die Einführung der Unionsbürgerschaft zur Stärkung des Schutzes der Rechte und Interessen der Bürger, auf die Pflicht des EuGH zur Wahrung des Rechts, verstanden als das Recht der europäischen Rechtsgemeinschaft, zu dem auch die Grundrechtsvorstellungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen umfasse, auf Bestimmungen aus dem Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz, die Handlungsgebote an die EU (damals EG) formulieren, oder auf den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Dabei betont sie allerdings mehrfach, dass all dies nur Indizien für die Existenz grundrechtlicher Schutzpflichten seien, da jedenfalls auch grundrechtlich geschützte Bereiche berührt seien. Zum Rückgriff auf die EMRK und die nationalen Verfassungsordnungen s. ebd. Neben den eigenen Begründungsansätzen verweist ebd. auch auf die bis dato erschienene, grundrechtliche Schutzpflichten im Europarecht anerkennende Literatur.

¹³² *T. Wielsch*, Die europäische Gefahrenabwehr. Stand und Perspektiven europäischer Polizeiarbeit nach dem Maastrichter Vertrag, 1998, S. 36 f. So auch schon EGMR, Urteil v. 23. 07. 1968, Rs. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1994/63; 2126/64 – *Belgian linguistic case*, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462: „The Court considers that the general aim set for themselves by the Contracting Parties through the medium of the European Convention on Human Rights, was to provide effective protection of fundamental human rights, and this, without doubt not only because of the historical context in which the Convention was concluded, but also of the social and technical developments in our age which offer to States considerable possibilities for regulating the exercise of these rights.“

¹³³ *C. Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa II, 2006, § 44 Rn. 17, *J. Suerbaum*, EuR 2003, S. 390 (394 ff.). *P. Quasdorf*, Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, 2001, S. 76 ff. weist sogar im Rahmen der Erörterung grundrechtlicher Schutzpflichten auf die Rechtsprechung des EuGH zu den grundfreiheitlichen Schutzpflichten hin, ohne diesen Unterschied überhaupt zu thematisieren. Die grundfreiheitlichen Schutzpflichten werden in der Rechtsprechung erstmals in EuGH, Urteil v. 9. 12. 1997, Rs. C-265/95 – *EuGH/Kommission/Frankreich – Agrarblockaden*, ECLI:EU:C:1997:595, Rn. 30 ff. erwähnt.

¹³⁴ *P. Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte 2006, § 5 Rn. 8.; *P. Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, 2002, S. 610; *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Band IV: Europäische Grundrechte, 2009, § 7 Rn. 360 mit weiteren Nachweisen; *H. Gersdorf*, AÖR 1994, S. 400; kurz auch *E. Stiegelitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH. Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte, 2003, S. 169 ff. Grundlegend aus der Rechtsprechung BVerfGE, 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*.

¹³⁵ Dies für das deutsche Verfassungsrecht mit Blick auf die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG vertretend *J. Suerbaum*, EuR 2003, S. 390 (407 f.). Die Gebotenheit aus

Arbeiten trotz ihres europäischen Kontexts auf den Gedanken der Sicherheit als ursprünglichem Staatszweck, wonach die Übertragung des Gewaltmonopols auf den Staat dessen besondere Verpflichtung zum Schutze seiner Bürger_innen vor Übergriffen Dritter begründet.¹³⁶

Neuere Erörterungen zur Problematik finden sich fast ausschließlich in Kommentierungen zur Grundrechte-Charta.¹³⁷ Seit ihrer Verabschiedung und noch mehr seit ihrer Verbindlichkeit steht der Wortlaut sowohl horizontaler Klauseln wie des Art. 51 Abs. 1 GRCh als auch der einzelnen Grundrechtsgewährleistungen im Fokus der Argumentation, der durch Formulierungen wie „schützen“, „achten“ oder „fördern“ für die Anerkennung von Schutzpflichten fruchtbar gemacht werden könne.¹³⁸ Während einige Autor_innen trotz der allgemeinen Förderpflicht aus Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh auf die Notwendigkeit hinweisen, hinsichtlich etwaiger Schutzpflichten auf das je konkrete Grundrecht abzustellen,¹³⁹ leiten andere Schutzpflichten für alle Grundrechte abstrakt aus der allgemeinen Förderpflicht ab.¹⁴⁰ Ein Rückgriff auf die Rechtsprechung

dem Solange II-Beschluss des Bundesverfassungsgericht entnehmend *H. Gersdorf*, AöR 1994, S. 400.

¹³⁶ *P. Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte 2006, § 5 Rn. 8. mwN. und *C. Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa II, 2006, § 44 Rn. 20. Einschränkend muss hier aber erwähnt werden, dass diese Autoren lediglich die Debatte der Schutzpflichten im Staat aufgreifen, ohne dieses Konzept konkret und explizit auf die Unionsgrundrechte zu übertragen. Siehe stellvertretend für viele auf die Grundrechte des GG bezogen ausführlich *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983.

¹³⁷ Der Literaturüberblick wird hier auf die reinen Unionsgrundrechtcommentare beschränkt, allgemeine Kommentare zum Europarecht, die auch die Grundrechte-Charta, kommentieren, bleiben unberücksichtigt.

¹³⁸ Insbesondere für die Menschenwürde gem. Art. 1 GRCh *C. Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa II, 2006, § 44 Rn. 17; *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 11; *W. Höfling*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 1 Rn. 30, der von „unmißverständlicher Klarheit“ spricht; *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 1 Rn. 39. Auf die allgemeine Förderpflicht des Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh weisen u. a. hin *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 5; *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 51 Rn. 17ff.; *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 31, *H.-J. Cremer*, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, § 1 Rn. 77. Einen kursorischen Überblick über Anknüpfungspunkte in GRCh, EMRK und nationalen Verfassungstexten gibt auch *P. Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 5 Rn. 9ff.

¹³⁹ So etwa *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 51 Rn. 19.

¹⁴⁰ So etwa wohl *H.-J. Cremer*, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz 2014, § 1 Rn. 78, der eine generelle Typisierung von positiven Pflichtgehalten für „möglich und sinnvoll“ hält. Ähnlich spricht *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 31 nur von einer allgemeinen, von Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh formulierten „Grundrechtsverwirklichungspflicht“, die wie ein „Optimierungsgebot“ wirke. Er betont explizit, dass sämtliche Grundrechte der Charta „optimal verwirklicht“ werden sollen, ebd., Rn. 32.

des EGMR zur EMRK erfolgt im Gegensatz zu früheren Arbeiten nur noch in Form kurzer Hinweise auf¹⁴¹ oder kursorische bzw. selektive Überblicke über¹⁴² die gefestigte Rechtsprechung des EGMR zu den *positive obligations* und Verfassungstexten und Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten.

Mittlerweile wird die Figur der unionsgrundrechtlichen Schutzpflicht zumindest in der deutschen Europarechtswissenschaft zum Teil als „etabliert“¹⁴³ bezeichnet und zu ihrer Begründung auf den „Siegesszug [der Schutzpflicht allgemein] durch ganz Europa“¹⁴⁴ gesprochen; es würden nunmehr nur noch wenige Bemerkungen zu ihrer Existenz genügen.¹⁴⁵ Ihre grundsätzliche Ablehnung wird wegen der Grundrechtsbindung der EU als „unhaltbar“¹⁴⁶ bezeichnet. Insgesamt stellt *Szczekalla* mit Blick auf die breite Erörterung dieser dogmatischen Figur in der europäischen Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Literatur bezeichnend fest:

„Angesichts dieses Befundes lassen sich jedenfalls zu Beginn des 21. Jahrhunderts weder ein ‚Herleitungsproblem‘ noch ein ‚Rechtsquellenproblem‘ konstatieren, wenn man gemeinschaftsgrundrechtliche Schutzpflichten begründen will.“¹⁴⁷

Zumindest in der älteren Literatur wurde Kritik an den unionsrechtlichen (bzw. damals noch gemeinschaftsgrundrechtlichen) Schutzpflichten geübt. So verwies etwa *Matthias Ruffert* auf den Umstand, dass die Figur der grundrechtlichen Schutzpflichten in nur wenigen Mitgliedstaaten bekannt gewesen sei und deshalb als Rechtsquelle nur bedingt in Frage kam; vor allem aber darauf, dass die grundrechtliche Schutzpflicht sich letztlich aus dem eigentlichen Zweck des Staates – die Gewährleistung der Sicherheit seiner Bürger_innen untereinander infolge der Überwindung des auf dem Recht des oder der Stärkeren beruhenden Naturzustandes – legitimere; die EU aber sei kein Staat, die Aufgabe der Sicherheitsgewährleistung liege bei den Mitgliedstaaten.¹⁴⁸ Ähnlich stellte zur gleichen Zeit auch *Martin Nettesheim* fest, dass die Unionsgrundrechte nach dem damaligen Stand der Integration keine leistungsrechtlichen Funktionen

¹⁴¹ *H.-J. Cremer*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz 2014*, § 1 Rn. 64.; *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 31.

¹⁴² Stellvertretend für viele *P. Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, § 5 Rn. 9 ff.

¹⁴³ Vgl. nur *F.J. Lindner*, *EuR* 2007, S. 160 (184).

¹⁴⁴ *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla*, *Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze*, 2004, § 6 Rn. 408.

¹⁴⁵ Ebd. § 6 Rn. 408.

¹⁴⁶ *R. Winkler*, *Grundrechte der Europäischen Union. System und allgemeine Grundrechtslehren*, 2006, S. 214.

¹⁴⁷ *P. Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, § 5 Rn. 8.

¹⁴⁸ *M. Ruffert*, *Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft. Unter besonderer Berücksichtigung ihrer prozessualen Durchsetzung*, 1996, S. 59 ff. Gleichwohl lehnte er schon damals grundrechtliche Schutzpflichten im Bereich des Umweltrechts aufgrund der damit „wenig akzeptablen“ völligen Entpflichtung der Gemeinschaftsorgane im Umweltbereich nicht völlig ab, wollte sie aber in Umfang und Reichweite stark begrenzen und sie allenfalls in „besonders schwerwiegenden Fällen“ als verletzt ansehen.

erfüllen bräuchten, da weiterhin die Mitgliedstaaten zur „Sicherung und zum Schutz der engsten und unmittelbaren Lebensphäre des einzelnen berufen“¹⁴⁹ waren. Allerdings wies er bereits darauf hin, dass das Erfordernis auch leistungsrechtlicher Grundrechtsfunktionen mit dem Aufgabenzuwachs auf der europäischen Ebene dringlicher werde.¹⁵⁰ Und auch *Ruffert* selbst relativierte seine Kritik durch den Hinweis sowohl auf die Existenz einer Schutzpflicht im französischen und irischen Recht – wenn auch nicht in dem ausdifferenzierten Maße wie die des deutschen Rechts –, auf die Ausstrahlwirkung der die *positive obligations* anerkennenden Rechtsprechung des EGMR sowie auf die unionsrechtliche Methode des wertenden Verfassungsvergleichs, nach der auch die Existenz einer dogmatischen Figur in nur einem einzigen Mitgliedstaat als Rechtsquelle für das Unionsrecht ausreichen kann.¹⁵¹ Mittlerweile weißt auch *Ruffert* auf den Bedeutungszuwachs unter anderem der Schutzpflichtenfunktion der Unionsgrundrechte hin.¹⁵² Zugleich hält er aber eine mögliche explizite Anerkennung der grundrechtlichen Schutzpflichtenfunktion durch den EuGH für bemerkenswert, würde die Staatsaufgabe Sicherheit hierdurch doch zur supranationalen Aufgabe.¹⁵³ Zudem, so *Ruffert*, könnten die Unionsgrundrechte über die Schutzpflichtenfunktion Regelungsaufträge an die nationalen Gesetzgeber formulieren, wenn man die jüngere Rechtsprechung des EuGH zur weitreichenden Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte durch das weite Verständnis des Begriffs der „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh auf die Schutzpflichtendimension der Grundrechte überträgt.¹⁵⁴

Angesichts der ausgreifenden Regelungen in den heutigen europäischen Verträgen zur Sicherheitsgewährleistung in den verschiedensten Bereichen muss die ursprüngliche *Ruffert'sche* Kritik mittlerweile wohl als überholt gelten und scheint sich *Nettesheims* Prognose zu erfüllen. Zudem werden Schutzpflichten heute in verschiedenen mitgliedstaatlichen Verfassungen explizit erwähnt;¹⁵⁵ da-

¹⁴⁹ *M. Nettesheim*, EuZW 1995, S. 106 (108).

¹⁵⁰ Ebd., S. 108.

¹⁵¹ *M. Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft. Unter besonderer Berücksichtigung ihrer prozessualen Durchsetzung, 1996, S. 60f. Siehe ferner auch *S. Seyr*, Journal für Rechtspolitik 2010, S. 230 (233 ff.) mit Verweis auf diverse, die Methode erörternde Schlussanträge u. a. der Generalanwälte *G. Slynn* und *K. Roemer* zu ihren Schussanträgen in den Rs. 155/79 – *AM&S* und 5/71 – *Zuckerfabrik Schöppenstedt*.

¹⁵² *M. Ruffert*, EuR 2004, S. 165 (172) mwN.

¹⁵³ *M. Ruffert*, in: Vesting/Korioth/Augsberg, Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, 2014, S. 109 ff. (112).

¹⁵⁴ Ebd., S. 112 f. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-617/10, Urt. V. 26.02.2013, EuGRZ 2013, 124 – *Akerberg/Fransonn*.

¹⁵⁵ Eine Übersicht gibt *H. Krieger*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kapitel 6 Rn. 38. So heißt es u. a. in § 13 der estnischen Verfassung: „Jeder hat ein Recht auf Schutz des Staates und des Gesetzes“, in Art. 40 Abs. 3 irischen Verfassung: „Nr. 1. Der Staat verbürgt sich in seinen Gesetzen, die persönlichen Rechte der Bürger zu achten und sie, soweit dies durchführbar ist, zu verteidigen und zu schützen. Nr. 2. Insbesondere schützt der Staat durch seine Gesetze nach bestem Vermögen das Leben, die Person, den guten Namen und die Vermögensrechte eines jeden Bürgers gegen widerrechtliche Angriffe und verteidigt sie im

neben führt die gefestigte Rechtsprechung des EGMR zu den *positive obligations* zunehmend zu ihrer Anerkennung der Figur auch in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, so dass heute verschiedene mitgliedstaatliche Verfassungsordnungen als entsprechende Rechtserkenntnisquelle dienen können.¹⁵⁶

Zwar wird die Staatsaufgabe Sicherheit durch die Anerkennung unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten tatsächlich supranationalisiert. Dennoch bedarf die EU ausweislich Art. 51 Abs. 2 GRCh für ein entsprechendes Tätigwerden gleichwohl einen spezifischen Kompetenztitel. Die EU verpflichtende unionsgrundrechtliche Schutzpflichten wird man daher nur in dem Umfang annehmen können, in dem ihr von den Mitgliedstaaten auch die Kompetenzen zugewiesen sind. Ihre Anerkennung bleibt mithin aber gleichwohl möglich. Interessant bleibt indes die von *Ruffert* aufgeworfene Frage nach einer möglichen Schutzverpflichtung der Mitgliedstaaten durch die Unionsgrundrechte im Bereich der „Durchführung des Unionsrechts“. Auch sie steht der prinzipiellen Anerkennung der unionsgrundrechtlichen Schutzpflichten aber nicht entgegen, sondern betrifft vielmehr die Frage ihres Umfangs.

Mithin trägt die spezifische Kritik an den Unionsgrundrechten angesichts des heutigen Integrationsstands nicht mehr. Kritisiert werden können die grundrechtlichen Schutzpflichten heute deshalb nur noch allein als grundrechtsdogmatische Figur an sich.

2. Zurückhaltung in der Rechtsprechung der Unionsgerichte

In der Rechtsprechung des EuGH klingt die unionsgrundrechtliche Schutzpflicht bisher indes nur zaghaft an. Die grundfreiheitliche Schutzpflicht erkennt er aber schon seit längerem explizit an.¹⁵⁷ Zudem äußerte sich der Gerichtshof schon mehrfach zu grundrechtlichen Gewährleistungspflichten in klassischen Subordinationsverhältnissen. In der Rs. C-540/03 – *Parlament/Rat* zur Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung verwies der EuGH im Rahmen der Prüfung einer Verletzung des Rechts auf Familienlebens (heute Art. 7 GRCh) auf die Rechtsprechung des EGMR, der feststellte, dass das entsprechende Recht aus Art. 8 EMRK neben den negativen auch positive Pflichten – hier die Gewähr von Nachzugesrechten – der Grundrechts-

Falle ihrer widerrechtlichen Nutzung. Nr. 3. Der Staat anerkennt das Recht des ungeborenen Lebens, mit gebührender Rücksicht auf das Leben der Mutter, und er verbürgt sich in seinen Gesetzen, dieses Recht zu achten und, soweit dies durchführbar ist, es zu verteidigen und zu schützen.“, oder in Art. I Abs. 1 der ungarischen Verfassung: „Die unverletzlichen und unveräußerlichen Grundrechte DES MENSCHEN sind zu achten. Ihr Schutz stellt die primäre Pflicht des Staates dar.“

¹⁵⁶ *H. Krieger*, ZaöRV 2014, S. 187 (191) mwN. zu den Rechtsordnungen Frankreichs, Italiens, der Niederlande, Österreichs und des Vereinigten Königreichs. Weitere Nachweise finden sich auch bei *H. Krieger*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kapitel 6 Rn. 38 Fn. 134. Auch *C. Callies*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa II, 2006, §44 Rn. 15 weist auf die Rechtsordnungen Deutschlands, Österreichs, Frankreichs und Irlands.

¹⁵⁷ S. dazu nochmals EuGH, Urteil v. 9.12.1997, Rs. C-265/95 – *EuGH/Kommission/Frankreich – Agrarblockaden*, ECLI:EU:C:1997:595, Rn. 30 ff.

adressat_innen erzeuge.¹⁵⁸ In weiteren Fällen anerkannte der EuGH positive Verpflichtungen in Bezug auf Teilhabe- und Verfahrensrechte unter Hinweis auf die Grundrechte.¹⁵⁹

In der Rechtssache C-275/06 – *Promusicae* hatte der EuGH über die Frage zu entscheiden, ob das Eigentumsrecht aus Art. 17 GRCh und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf aus Art. 47 GRCh auch positive Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten erzeugen. Hier sahen verschiedene Richtlinien die Einführung von Maßnahmen zum Schutz vor Verletzungen des geistigen Eigentums vor. Fraglich war, ob für die Mitgliedstaaten nach dem hier auszulegenden Richtlinienrecht eine Pflicht bestand, Kommunikationsdienstleister zur Herausgabe persönlicher Daten potentieller Täter geistiger Eigentumsverletzungen zu verpflichten, die zur gerichtlichen Geltendmachung zivilrechtlicher Ersatzansprüche benötigt wurden. Der EuGH hat die Frage nicht von vornherein verneint, sondern vielmehr auf die Notwendigkeit eines Ausgleichs mit dem ebenfalls einschlägigen Datenschutzgrundrecht aus Art. 8 GRCh hingewiesen, der durch die Mitgliedstaaten vorgenommen werden müsse. Damit hat er die Möglichkeit grundrechtlich begründeter positiver Pflichten dem Grunde nach bejaht.¹⁶⁰

¹⁵⁸ EuGH, Urteil v. 27.06.2006, Rs. C-540/03 – *Europäisches Parlament/Rat*, ECLI:EU:C:2006:429, Rn. 54 mit Verweis auf EGMR, Urteil v. 21.12.2001, Rs. 31465/96 – *Sen v. The Netherlands*, ECLI:CE:ECHR:2001:1221JUD003146596, Rn. 31.

¹⁵⁹ L. Jaeckel, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S.212 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁶⁰ J. Kübling, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, S. 656 ff. (676) mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 29.01.2008, Rs. C-275/06 – *Promusicae*, ECLI:EU:C:2008:54. Kübling verweist im Rahmen dieser Feststellung auch auf EuGH, Urteil v. 26.06.1997, Rs. C-368/95 – *Familiapress*, ECLI:EU:C:1997:325, Rn. 26. Hier ging es um die Frage, ob eine Vorschrift des österreichischen Wettbewerbsrechts, die ein Verkaufsverbot für Zeitschriften mit Gewinnrätseln vorsah, gegen die Warenverkehrsfreiheit verstieß. Der EuGH bejahte eine Beschränkung, erörterte die Rechtfertigung auf Grund des zwingenden Erfordernisses der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt und wies hierbei auf die Unionsgrundrechte als Schranken-Schranke hin. Er stellte fest, dass ein solches Verkaufsverbot die Meinungsfreiheit beeinträchtigen könne, wenn es nicht in einem angemessenen Verhältnis zur Aufrechterhaltung der Medienvielfalt stehe, Rn. 27. Bei der Frage der Grundrechtskonformität eines Verkaufsverbots liegt aber eine klassische abwehrrechtliche Konstellation vor. Allenfalls könnte man die Anerkennung des zwingenden Erfordernisses der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt als Ansatzpunkt für die Formulierung auch damit verbundener Ausgestaltungspflichten nehmen. So weit ging der EuGH hier aber gerade nicht, vielmehr beschränkte er sich auf die Frage, ob das Verbot als eine konkrete Maßnahme rechtmäßig sei. Siehe generell zur Rechtfertigung von Grundfreiheiten beschränkenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten zum Schutz grundrechtlich geschützter Güter L. Jaeckel, *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft*, 2001, S. 214 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung. Die Anerkennung von Maßnahmen mit dem Ziel des Grundrechtsschutzes als Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Grundfreiheiten lässt aber den Schluss auf die Existenz grundrechtlicher Schutzpflichten nicht zu, denn nicht alles, was rechtlich erlaubt ist, ist auch rechtlich geboten, vgl. auch J. Suerbaum, *EuR* 2003, S. 390 (402 f.).

Grundrechtliche Schutzpflichten im engeren Sinne hat der EuGH auf primärrechtlicher Ebene¹⁶¹ bisher lediglich als derivative, über das Diskriminierungsverbot abgeleitete Verpflichtungen anerkannt.¹⁶² Das EuG stellte in einem Beschluss über die Rechtmäßigkeit eines von der Kommission erlassenen Ausfuhrverbotes für bestimmte Rinder und Rindfleischprodukte aus Großbritannien fest, dass die Berücksichtigung der Aspekte des Gesundheitsschutzes einerseits der Stärkung des Verbrauchervertrauens diene, andererseits aber unter anderem auch auf dem „übergeordneten Erfordernis“ des Menschenrechtsschutzes als Grundsatz der Gemeinschaftsrechtsordnung beruhe. Beide Erfordernisse seien bei der Durchführung des freien Warenverkehrs durch die Gemeinschaftsorgane zu berücksichtigen, „was gegebenenfalls den Erlaß geeigneter Maßnahmen zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzes der öffentlichen Gesundheit bedeuten kann.“¹⁶³

Der Beschluss wird in der Literatur als deutlichster Ausdruck des Schutzgedankens bezeichnet; zugleich wird aber darauf hingewiesen, dass das EuG die Ausführungen im Rahmen der Rechtfertigung tätigte und die Frage nach dem Bestehen positiver Pflichten nicht entschieden wurde.¹⁶⁴ Jedenfalls klingt hier aber die Idee einer grundrechtlichen Schutzpflicht im engeren Sinne an.¹⁶⁵

In der Rs. *Digital Rights Ireland* leitete der EuGH jüngst aus dem Datenschutzgrundrecht des Art. 8 GRCh die Pflicht zur Gewährleistung eines Mindestschutzniveaus im Bereich der Datensicherheit ab. Demnach

„muss die fragliche Unionsregelung klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der fraglichen Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, so dass die Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert wurden, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz ihrer personenbezogenen Daten vor Missbrauchsrisiken sowie vor jedem unberechtigten Zugang zu diesen Daten und jeder unberechtigten Nutzung ermöglichen.“¹⁶⁶

¹⁶¹ Vgl. für Beispiele zu Schutzpflichtenkonstellationen auf sekundärrechtlicher Ebene, die hier nicht von Bedeutung ist, L. Jaekel, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S. 213.

¹⁶² EuGH, Urteil v. 02.02.1989, Rs. 186/87 – *Cowan*, ECLI:EU:C:1989:47, Rn. 17.

¹⁶³ Vgl. EuG, Beschluss v. 13.07.1996, Rs. T-76/96 – *National Farmers' Union u. a.*, ECLI:EU:T:1996:110, Rn. 75 für das wörtliche Zitat und die Zusammenfassung der Rn. insgesamt.

¹⁶⁴ L. Jaekel, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S. 214.

¹⁶⁵ Einige weitere, aber weniger offensichtliche oder gar streitbare Beispiele (abgesehen von der Entscheidung EuGH, Urteil v. 9.12.1997, Rs. C-265/95 – *EuGH/Kommission/Frankreich – Agrarblockaden*, ECLI:EU:C:1997:595) liefert J. Suerbaum, EuR 2003, S. 390 (396 ff.) oder auch P. Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, 2002, S. 610 ff.

¹⁶⁶ EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 54.

Er bemängelt das Fehlen hinreichender Regelungen in der Richtlinie hinsichtlich des Schutzes vor unbefugtem Zugriff auf, unbefugter Nutzung von und Missbrauch der zu speichernden Daten, die Anforderungen des Art. 8 GRCh seien durch den Rechtsakt daher nicht gewahrt.

„Derartige Regeln müssten namentlich klare und strikte Vorkehrungen für den Schutz und die Sicherheit der fraglichen Daten treffen, damit deren Unversehrtheit und Vertraulichkeit in vollem Umfang gewährleistet sind.“¹⁶⁷

Problematisch hielt es der Gerichtshof daneben, dass die Richtlinie es den zur Speicherung verpflichteten Anbietern oder Betreibern zudem frestellte, wirtschaftliche Erwägungen bei der Bestimmung des Sicherheitsniveaus durch die Berücksichtigung der entstehenden Kosten anzustellen, und dass sie auch nicht gewährleistete, dass die Daten nach Ablauf der Frist unwiderruflich gelöscht würden.¹⁶⁸ Schließlich sei Art. 8 Abs. 3 GRCh verletzt, weil durch die Möglichkeit der Speicherung der Daten außerhalb des Unionsgebietes eine vollumfängliche Kontrolle dieser Anforderungen durch eine unabhängige Datenschutzstelle nicht möglich sei.¹⁶⁹

Insgesamt formuliert der EuGH hier zwar keine klassischen Schutzpflichten, sondern nur ein im Falle gesetzgeberischen Tätigwerdens einzuhaltendes Schutzniveau, weil die von ihm genannten Anforderungen nur dann entstehen, *wenn* der Gesetzgeber solche datenschutzrechtlich problematische Regeln erlässt. Die Anforderungen existieren daher anders als die grundrechtliche Schutzpflicht nicht autonom in dem Sinne, dass sie in jedem Fall den Gesetzgeber zum positiven Tun verpflichten. Sie entstehen erst aus einem gesetzgeberischen Tun, das selbst grundrechtlich nicht geboten ist. Genau wie die grundrechtliche Schutzpflicht wird dieses Schutzniveau aber grundrechtlich begründet. In der Sache kommen sich beide Figuren daher zumindest sehr nahe.

II. Die grundrechtliche Schutzpflicht in der grundsätzlichen Kritik

Trotz dieser breiten Anerkennung im Schrifttum und entsprechenden Ansätzen auch in der Rechtsprechung sieht sich die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht – auch wenn sie deshalb gleichwohl nicht abgelehnt wird – doch auch ernstzunehmender Kritik ausgesetzt, die ihre Eignung als rechtsdogmatische Einkleidung des Gewährleistungsziels Sicherheit in Frage stellt. Denn gerade weil sie einen Wandel der Grundrechte von Eingriffs*verboten* in Eingriffs*gebote* bewirkt (dazu 1.), führt sie zu einer gewissen Vergrundrechtlichung der einfachen Rechtsordnung, wodurch dem Gesetzgeber weniger gestalterische und mehr grundrechtsvollziehende Aufgaben zukommen. Mithin bewirkt sie also eine Stärkung der Judikative zu Lasten von Legislative und Exekutive (dazu 2.). Die grundrechtliche Schutzpflicht wird damit zum Argument für Sicherheits-

¹⁶⁷ Ebd. Rn. 66.

¹⁶⁸ Ebd. Rn. 67.

¹⁶⁹ Ebd. Rn. 68.

akteure zur effektiveren Regulierung von Unsicherheiten außerhalb des Parlaments. Hierdurch werden Versicherheitlichungsprozesse begünstigt (dazu 3.).

1. Freiheitsverkürzung durch Wandel der Grundrechte von Eingriffsverboten in Eingriffsgebote

Die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht verleiht dem Gewährleistungsziel Sicherheit eine grundrechtliche Dimension. Zwar findet sie ihren Grund vor allem in der Verstärkung und Effektivierung der Grundrechte, bezweckt also ein Mehr an Grundrechtsschutz.¹⁷⁰ Gleichwohl hat sie aber eine Kehrseite, die eingangs bereits angedeutet wurde: Sie liegt mit Blick auf kollidierende Freiheitsrechte Dritter in ihrer diese Rechte beschränkenden Funktion, weil mit der Erfüllung der Schutzpflicht zur „Sicherung“ des grundrechtlichen Schutzguts gegenüber dem einen in der Regel die Beschränkung der Freiheitsrechte anderer, konkret der potentiellen „Störer“ einhergeht.¹⁷¹ Sie stellt mithin also selbst einen legitimen Zweck zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen dar, was Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh mit dem „Erfordernis des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ auch explizit zulässt. Der Staat, beziehungsweise im hiesigen Kontext die EU wird mit den Worten *Klaus Sterns* „vom potentiellen Grundrechtsgegner zum Grundrechtsschützer, ja vom ‚Grundrechtsfeind‘ zum ‚Grundrechtsfreund‘.“¹⁷² In der Konsequenz wandeln sich die Grundrechte für die Hoheitsgewalt von Handlungsverboten hin zu Rechtspflichten und damit zu Handlungsgeboten. Der Eingriff in Grundrechte dient nunmehr zugleich ihrem Schutz, und umgekehrt erfordert der Schutz der Grundrechte den Eingriff in sie. Die grundrechtliche Schutzpflicht zeitigt also entgegen ihrer Zwecksetzung auch freiheitsverkürzende Wirkungen.¹⁷³ *Rainer Wahl* und *Johannes Masing*

¹⁷⁰ So meint etwa der EGMR in EGMR, Urteil v. 09.10.1979, Rs. 6289/73 – *Airey v. Ireland*, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973, Rn. 24 zur Begründung der Existenz der *positive obligations* mit Blick auf das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK: „The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective“. Daneben zieht er die einzelgrundrechtlichen materiellen Gehalte entsprechend ihrer Bedeutung in Verbindung mit der gem. Art. 1 EMRK bestehenden Verpflichtung, jeder Person die in der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten zuzusichern, heran, *H. Krieger*, *ZaöRV* 2014, S. 187 (189). Auch das Bundesverfassungsgericht führt zur Begründung der Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht auf der Grundlage des Grundgesetzes neben der Effektivierung der Grundrechtswirkung auch noch ihre Eigenschaft als Ausdruck der grundgesetzlichen Werteordnung, ihre Eignung als Instrument zum Schutz der positiv-rechtlich verbürgten Menschenwürde sowie die Eignung als Instrument zur Verfolgung des Staatsziels Sicherheit als Voraussetzung der individuellen Grundrechtsausübung an, so *J. Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 158 ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁷¹ Ebd., Rn. 166. Das ist dann die freiheitsbeschränkende Kehrseite des Staatsziels Sicherheit als Voraussetzung der individuellen Grundrechtsausübung.

¹⁷² *K. Stern*, *DÖV* 2010, S. 241 (244).

¹⁷³ Richterin *Rupp-v. Brünneck* und Richter *Simon* im Sondervotum zu BVerfGE 39, 1 (73) – *Schwangerschaftsabbruch I* zur Herleitung einer Pflicht des Gesetzgebers zur Strafabwehrung des Schwangerschaftsabbruchs aus dem Grundrecht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 1 GG: „Dies verkehrt die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil. Wenn die in einer Grundrechtsnorm enthaltene objektive Wertentscheidung zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes

haben das mit der Wendung *Schutz durch Eingriff* treffend verschlagwortet.¹⁷⁴ Anders gewendet verleiht die Einkleidung des Gewährleistungszwecks Sicherheit in das Gewand der grundrechtlichen Schutzpflicht diesem eine grundrechtliche Dimension.

Hierdurch relativiert sie aber die besondere normative Stellung und Wirkung der Grundrechte. Wo das Gewährleistungsziel Sicherheit in Gestalt des legitimen Ziels zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen nur rechtlich anerkannte bzw. berücksichtigungsfähige Interessen repräsentiert, rekurriert es nun auf spezifisch *grundrechtlich* geschützte Interessen. Sicherheit erhält Grundrechtsschutz – hierin liegt die neue Qualität dieser dogmatischen Gestalt im Vergleich zur Figur des legitimen Zwecks. Die grundrechtliche Schutzpflicht folgt also dem eingangs erörterten Gedanken der Sicherheit als Voraussetzung für Freiheit, sie stärkt aber zugleich das Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Verfassungsgütern. Hierdurch werden die Grundrechte als verfassungsrechtliche Argumente im Ergebnis geschwächt. *Piet Hein van Kempen* stellt insoweit fest:

genügen soll, um daraus eine Pflicht zum Strafen herzuleiten, so könnten die Grundrechte unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden.“ Allerdings ist zu beachten, dass im Sondervotum zwar auf die primäre Abwehrfunktion der Grundrechte hingewiesen, im Ergebnis aber die Existenz von Schutzpflichten nicht gänzlich ausgeschlossen wird. Wegen der Komplexität der Fragen zur Rechtsfolge wird aber im Sinne der Gewaltenteilung für eine zurückhaltende Rechtsprechung in diesem Bereich plädiert. Jedenfalls die Verpflichtung des Gesetzgebers zum Erlass von Strafnormen gehe aber zu weit und verkehre die Abwehrfunktion der Grundrechte in ihr Gegenteil. Die Ablehnung der grundrechtlichen Schutzpflicht als solche vertrat mit Blick auf die österreichischen Grundrechte auch etwa der österreichische Verfassungsgerichtshof. In der Entscheidung VfSlg 7400/1974 ließ er die Frage mit Blick auf die Grundrechte der EMRK aber offen. Siehe näher dazu und zur weiteren Entwicklung, die zur Anerkennung der Figur der grundrechtlichen Schutzpflichten auch in Österreich führte *G. Kucsko-Stadlmayer*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, VII/1 2009, § 187 Rn. 56 ff. Die gleiche Kritik äußert etwa auch *P. H. van Kempen*, HRLR 2013, S. 1 (17 ff.), der sich in der Konsequenz weitergehend als das Sondervotum sogar gegen die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte ausspricht und die Pflicht zur Gewährleistung der Sicherheit stattdessen aus dem völkerrechtlichen Souveränitätsprinzip herleiten will. Freilich besteht nach diesem Ansatz dann keine individuelle Rechtsmacht zur Durchsetzung dieser Pflicht. Weitere Nachweise zu kritischen Stimmen die das Argument der freiheitsverkürzenden Wirkung der grundrechtlichen Schutzpflichten teilen, finden sich bei *J. Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 165 Fn. 432. Siehe zu differenzierteren Ansätzen zur Problematik etwa *R. Wahl/J. Masing*, JZ 1990, S. 552 ff.; *J. Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 165 ff.; *S. Fredman*, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 307 ff. (311 ff.); freilich gibt es auch Konstellationen ohne unmittelbare Grundrechtskollision. So fällt es etwa schwer, in der Schleyer-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 46, 160 – *Schleyer* – ein Spannungsverhältnis zwischen der grundrechtlichen Schutzpflicht des Entführungsofopfers und den Freiheitsrechten seiner Entführer_innen zu erkennen, *R. Wahl/J. Masing*, JZ 1990, S. 552 ff. (557). Grundrechtskollisionen fallen auch dann weg, wenn hinter dem oder der StörerIn die öffentliche Hand ganz oder zumindest zum Teil steht, etwa im Falle der privaten juristischen Person mit der öffentlichen Hand als AnteilseignerIn, *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, 1987, S. 247.

¹⁷⁴ *R. Wahl/J. Masing*, JZ 1990, S. 552 ff.

„As a result, the human rights concept of positive security offers the authorities the possibility – which they are actually utilising – to adduce human rights in defence of all kinds of measures that limit liberty and it makes it easier for them to politicise or even exploit the human rights argument. Human rights can thus be turned in on themselves, neutralising their principles. [...] The concept thus blurs the human rights-versus-security discourse and consequently weakens the capacity of human rights to function as a counterweight to security arguments within that discourse.“¹⁷⁵

Der Verfolgung ihres eigentlichen Zwecks – der Freiheitssicherung – steht die grundrechtliche Schutzpflicht also gewissermaßen selbst entgegen. Sie birgt zumindest immer die Gefahr, entgegen ihrer Intention unter dem Strich gerade kein Mehr, sondern gegebenenfalls sogar ein Weniger an Freiheit mit sich zu bringen. Wie im Eingangskapitel dargelegt erweist sich der Ansatz, die *Rechtspflicht* zur Sicherheitsgewährleistung aus den Grundrechten als subjektive Rechte schützende Normen abzuleiten, im Grundrechtsstaat beziehungsweise der grundrechtlich gebundenen EU zwar einerseits als notwendig. Die Folge verstärkter Grundrechtskollisionen durch die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen mit dem Argument der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten ist an sich eben keine grundrechtlich problematische Freiheitsverkürzung; sie ist vielmehr notwendiger Ausgleich konfligierender Freiheitspositionen.¹⁷⁶ Werden die Grundrechte insoweit aber überstrapaziert, droht der Verlust des bedeutensten Mechanismus des Freiheitsschutzes im demokratisch-liberalen Verfassungsstaat.

2. *Vergrundrechtlichung der Rechtsordnung und der Sicherheitspolitik*

Die grundrechtliche Schutzpflicht verdeutlicht zudem den Prozess der Konstitutionalisierung der gesamten Rechtsordnung. Weil Grundrechte nicht mehr nur Handlungsverbote, sondern auch Handlungsgebote statuieren, determinieren sie die Ausgestaltung der einfachen Rechtsordnung in noch stärkerem Maße. Sie entscheiden daher nicht mehr nur über das *Ob*, sondern zunehmend auch über das *Wie* einer konkreten Schutzmaßnahme. Die Entscheidung über konkrete Ausgestaltungsfragen wird damit verstärkt weg von der Legislative und hin zur

¹⁷⁵ P. H van Kempen, HRLR 2013, S. 1 (19). Gleichwohl erkennt er die Notwendigkeit der rechtlichen Verpflichtung der Hoheitsgewalt zum Schutz der Individuen an. Alternativ zur grundrechtlichen Schutzpflicht will er angesichts des eigentlichen Staatszwecks, der in der Gewährleistung von Sicherheit seiner Bürger_innen bestehe und zudem wesentlich älter sei als die Idee der Grund- und Menschenrechte, hierfür das Konzept der staatlichen Souveränität fruchtbar machen, das als völkerrechtliches Institut durch die Responsibility-to-Protect-Resolution der UN-Generalversammlung als Verantwortlichkeit für den Schutz der Staatsbürger_innen verstanden wird, ebd., S. 19f. Der Verankerung der staatlichen Schutzpflicht im Souveränitätsprinzip entspricht anders als der Verankerung in den Grund- und Menschenrechten aber kein subjektives und einklagbares Recht des oder der Einzelnen auf Durchsetzung dieser Pflicht, was seine Effektivität mindert und weshalb es zumindest nicht als Äquivalent taugt.

¹⁷⁶ Grundrechtsdogmatisch besser abbilden ließe sich dies über eine restriktivere Schutzbereichsbegrenzung alternativ zur herrschenden Grundrechtsdogmatik, denn dann wäre die Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten unter Umständen schon gar kein Eingriff in ein kollidierendes Grundrecht und würde die Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten nicht primär Modus Schutz durch Eingriff erfolgen.

Judikative verlagert. Entsprechende Fragen erweisen sich in der Regel aber als hoch komplex, wegen der Abhängigkeit von ganz unterschiedlichen Faktoren sind je nach Gewichtung oft ganz verschiedene Lösungen gangbar, von denen oft keine die eindeutig bessere oder schlechtere ist; die Debatten hierum gehören daher in den Aufgabenbereich der demokratisch legitimierten Legislative. Es besteht ansonsten die Gefahr,

„daß die verfassungsgerichtliche Kontrolle sich nicht auf die Nachprüfung der vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung beschränkt, sondern diese durch eine andere, vom Gericht für besser gehaltene ersetzt. Diese Gefahr besteht in erhöhtem Maße, wenn – wie hier [Es ging hier um die Frage der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs] – in stark kontroversen Fragen eine nach langen Auseinandersetzungen getroffene Entscheidung der Parlamentsmehrheit von der unterlegenen Minderheit vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen wird. Unbeschadet der legitimen Befugnis der Antragsberechtigten, verfassungsrechtliche Zweifel auf diesem Wege klären zu lassen, gerät hier das Bundesverfassungsgericht unversehens in die Lage, als politische Schiedsinstanz für die Auswahl zwischen konkurrierenden Gesetzgebungsprojekten in Anspruch genommen zu werden.

Der Gedanke der objektiven Wertentscheidung [in Gestalt der grundrechtlichen Schutzpflicht] darf aber nicht zum Vehikel werden, um spezifisch gesetzgeberische Funktionen in der Gestaltung der Sozialordnung auf das Bundesverfassungsgericht [oder auf die Judikative allgemein] zu verlagern. Sonst würde das Gericht in eine Rolle gedrängt, für die es weder kompetent noch ausgerüstet ist. [...]“¹⁷⁷

Gert-Joachim Glaeßner meint in diesem Zusammenhang:

„Akzeptiert man die These, dass, wenn überhaupt, nur ein starker Staat einer solchen Gefährdung [gemeint sind Freiheitsgefährdungen von Seiten Dritter] angemessen entgegenzutreten kann, dann verschiebt sich die Blickachse. Kritik, Kontrolle der Ansprüche und Handlungen des demokratischen Staates sind dann weniger von einem grundständigen Misstrauen, als vielmehr dem Anspruch auf *angemessenes* Handeln geprägt. Nicht mehr allein das Übermaßverbot staatlichen Handelns, sondern auch das Pendant, ein Untermaßverbot, also Nichthandeln oder nicht angemessenes Handeln, werden zum Maßstab der Beurteilung.“¹⁷⁸

Böckenförde brachte dies auf den Begriff des „Jurisdiktionsstaates“¹⁷⁹:

„Im Zeichen der objektivrechtlichen Grundsatzwirkung der Grundrechte [aus der in der deutschen Grundrechtsdogmatik die grundrechtlichen Schutzpflichten erwachsen, die wiederum im Wege der Resubjektivierung grundrechtliche Schutzansprüche vermitteln] kommt es – typologisch betrachtet – zu einer Nebenordnung und Annäherung von parlamentarischer und verfassungsgerichtlicher Rechtsbildung. Die erstere wird von

¹⁷⁷ Richterin *Rupp-v. Brünneck* und Richter *Simon* im Sondervotum ebd., S. 72.

¹⁷⁸ *G.-J. Glaeßner*, Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger, 2003, S. 92.

¹⁷⁹ Unter anderem in *E.-W. Böckenförde*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1992, S. 159 ff. (189 f.) mit Nennung des Begriffs auf S. 190, der den Befund mit Blick auf die objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechte insgesamt erhebt, deren Ausfluss aber insbesondere die grundrechtliche Schutzpflicht ist. *Böckenförde* selbst fragt, ob sie nicht der zentrale Begriff der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension ist, S. 172 f. mwN. zu dieser Ansicht. *Böckenförde* selbst sieht die grundrechtliche Schutzpflicht deswegen aber nicht etwa kritisch in dem Sinne, dass er sie ablehnt, sondern weist lediglich auf ihre Konsequenzen hin.

originärer Rechtsetzung zur Konkretisierung herabgestuft, die letztere von interpretativer Rechtsanwendung zur rechtsschöpferischen Konkretisierung heraufgestuft.“¹⁸⁰

Andere sprechen hier etwa von der „Konstitutionalisierung des einfachen Rechts“¹⁸¹.

Rechtsprechung und Literatur dämmen das Problem durch die Einräumung eines sehr weiten Ermessensspielraums bei der Umsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten und durch die Statuierung eines bloßen *Untermaßverbots* ein.¹⁸² So gilt etwa nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts:

„Art und Umfang des Schutzes im einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das *Untermaßverbot* zu beachten (vgl. zum Begriff Isensee in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, § 111 Rdnrn. 165 f.); insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Notwendig ist ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener Schutz; entscheidend ist, daß er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen [...]“¹⁸³

In der Regel liege eine Schutzpflichtverletzung aber nur dann vor,

„wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben“¹⁸⁴.

Schon in diesen beiden Zitaten wird der nicht einheitliche Kontrollmaßstab des Bundesverfassungsgerichts deutlich, der von einer Evidenz- über eine Vertretbarkeits- bis hin zu einer Inhaltskontrolle reicht.¹⁸⁵ In Einzelfällen kann das gesetzgeberische Ermessen auch bis auf 0 reduziert sein. So könne nach dem Bundesverfassungsgericht etwa mit Blick auf die gesetzliche Regelung des *Schwangerschaftsabbruchs*, im Rahmen derer das Gericht zur Idee der grundrechtlichen Schutzpflicht erstmals Stellung nahm, auch gerade der Einsatz des Strafrechts als ultima ratio zum Schutz des ungeborenen Lebens gefordert sein.¹⁸⁶ Gerade in der Rechtsprechung des EGMR ist die Tendenz der Begrenzung dieses weiten Ermessens zu beobachten.¹⁸⁷ Besonders deutlich wird dies am Beispiel der Schutzpflichtenrechtsprechung des Gerichtshofs zum

¹⁸⁰ Ebd., S. 189.

¹⁸¹ J. Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 168.

¹⁸² Stellvertretend für die Literatur sei hier etwa der Beitrag von M. Ruffert, in: Vesting/Koriath/Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2014, S. 109 ff. (115 ff.) genannt.

¹⁸³ BVerfGE 88, 203 (254).

¹⁸⁴ Etwa BVerfGE 92, 46 mwN.

¹⁸⁵ C. Calliess, JZ 2006, S. 321 ff. (323) mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁸⁶ BVerfGE, 39, 1 (46 f.).

¹⁸⁷ S. dazu mwN. H. Krieger, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kapitel 6 Rn. 75.

Recht auf Leben gemäß Art. 2 EMRK. Der EGMR fordert hier unter anderem die Gewähr des für den Lebensunterhalt absolut Notwendigen, strafrechtliche wirksame Vorschriften mit abschreckender Wirkung für gegen das Leben gerichtete Taten, eine korrespondierende effektive Strafverfolgung und die Pflicht zur strafrechtlichen Ermittlung jedenfalls im Falle absichtlicher Tötungen, das Ergreifen konkreter Schutzmaßnahmen bei konkreten Gefahren für bestimmte Personen, Schutz vor das Leben gefährdenden Umweltgefahren etwa durch Schaffung eines einen wirksamen Schutz gewährleistenden rechtlichen und verwaltungsmäßigen Rahmens zur Regulierung besonders gefährlicher Anlagen, hohe Anforderungen an medizinisches Personal etwa in Krankenhäusern zum Schutz des Lebens der Patienten und vieles mehr.¹⁸⁸ Gerade Kriterien wie „wirksame“ Vorschriften mit „abschreckender“ Wirkung, eine „effektive“ Strafverfolgung, ein „wirksamer Schutz“ oder „hohe Anforderungen“ sind jedoch stark ausfüllungsbedürftig und wertungsabhängig und gehen damit über bloße Evidenz- und Vertretbarkeitskontrollen weit hinaus.

Zu Recht meint *Böckenförde* aber auch, dass die Konstitutionalisierung logische Konsequenz eines Verständnisses der Verfassung als normativer Rahmenordnung sei:¹⁸⁹ Wenn die Grundrechte objektiv-rechtliche Wirkungen entfalten, „dirigiere“ die Verfassung ein Stück weit den Gesetzgeber. Demnach entscheide die Grundrechtsdogmatik mit der Anerkennung einer objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte (und damit im Kontext der deutschen Grundrechtsdogmatik auch der grundrechtlichen Schutzpflichten) über diese Frage und präge damit entscheidend das Verhältnis von Judikative und Legislative zueinander; die Grundrechtsdogmatik solle und müsse sich dieser Verantwortung bewusst werden.

Weitergehend lässt sich aber durchaus die Frage stellen, ob eine derart weitreichende Entscheidung wirklich der Grundrechtsdogmatik überlassen werden sollte, oder sie nicht eher von den Verfassungsgeber_innen selbst zu beantworten ist. Die Frage stellt sich umso eher, je weniger deutlich eine Schutzpflichtendimension aus dem jeweiligen Grundrechtstext ersichtlich wird. Zumindest in der Grundrechtecharta gibt es mit dem Gebot, die Grundrechte und Grundsätze nicht nur zu achten und sich an sie zu halten, sondern sie auch zu fördern, Art. 51 Abs. 1 S. 2. GRCh, oder mit dem Gebot, die Menschenwürde nicht nur zu achten, sondern auch zu schützen, deutliche Hinweise auf eine objektiv-rechtliche Wirkung allgemein und im engeren Sinne auf die Vermittlung grundrechtlicher Schutzpflichten. Auch die allgemeine Grundrechtsschranke des Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh lässt Grundrechtsbeschränkungen zu, die den *Erfordernissen* des Schutzes der Rechte anderer entsprechen. Erforderlich werden vor allem solche Maßnahmen sein, zu denen die öffentliche Gewalt grundrechtlich ver-

¹⁸⁸ Einen Überblick hierüber mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung gibt *J. Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig (Hrsg.), EMRK. Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 9 ff.

¹⁸⁹ Zum gesamten folgenden Absatz *E.-W. Böckenförde*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1992, S. 159 ff. (191 ff.).

pflichtet ist. Schließlich indiziert auch die Konvergenzklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh, wonach das Schutzniveau der Chartagrundrechte nicht hinter dem der korrespondierenden EMRK-Grundrechte zurückbleiben darf, angesichts der jahrzehntelangen Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten durch den EGMR die Existenz auch unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten.¹⁹⁰

3. Vergrundrechtlichung als Prozess der Versicherheitlichung

Insgesamt erfolgt die Vergrundrechtlichung der Rechtsordnung mithin also zu Lasten der Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung. Als grundrechtsdogmatisches Medium wird die grundrechtliche Schutzpflicht der besonders aushandlungsbedürftigen Aufgabe der Sicherheitsgewährleistung deshalb nur bedingt gerecht. Zunächst führt sie auf der juristischen Ebene zu einer zusätzlichen, objektiv-rechtlichen Begrenzung gesetzgeberischer und administrativer Ermessensspielräume, die über diejenige der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte weit hinausgeht. Mit Blick auf das Gewaltenteilungsprinzip ist dies verfassungsrechtlich problematisch. Je höher die angenommenen Pflichtendichte ist, desto stärker wird folglich das Spannungsverhältnis zu den Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung.

Kann dieser Tendenz durch die inhaltliche Beschränkung der Schutzpflichten auf das bloße Untermaßverbot noch effektiv entgegengewirkt werden, birgt sie daneben gleichwohl das Potential, zumindest auf der politischen Ebene zu einem *Rights Talk* zu führen, weil durch sie erstmals ein gewisses grundrechtliches Anspruchsdenken entsteht,¹⁹¹ dass langfristig zu einer argumentativen

¹⁹⁰ Genauere Ausführungen zur EGMR-Rechtsprechung folgen sogleich.

¹⁹¹ Zwar differenziert etwa die deutsche Grundrechtsdogmatik streng zwischen der nur objektiv-rechtlichen Schutzpflicht und dem sie nur gegebenenfalls, nicht aber zwingend begleitenden subjektiv-rechtlichen Schutzanspruch, siehe dazu etwa *H. Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 3. Aufl. 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG Rn. 95. Folglich besteht im deutschen Recht „eine gesicherte Rechtsvermutung für eine subjektiv-rechtliche Qualität der objektiv-rechtlichen Schutzgehalte nicht.“, so *K. Stern*, *DÖV* 2010, S. 241 (248), der auch auf Beispiele für die insoweit noch unentschiedene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verweist. Die objektiv-rechtlichen Schutzverpflichtungen können hier also unter Umständen weiter reichen als die korrespondierenden Schutzansprüche. Dennoch schließt dies ein einen *Rights Talk* beförderndes Anspruchsdenken nicht aus. Denn dieser zeichnet sich wie eingangs ausgeführt gerade dadurch aus, dass er nicht zwingend auf tatsächlich bestehenden zu wahren und umzusetzenden Grundrechtsgehalten im juristischen Sinne beruht, sondern dass er Grundrechte auch als politische Argumente im Sinne von bloßen gesellschaftlichen Werten jenseits ihrer tatsächlichen juristischen Gehalte in Anspruch nimmt.

Die Konstruktion der „Resubjektivierung“ objektiv-rechtlicher Schutzpflichten durch die Anerkennung korrespondierender Schutzansprüche im deutschen Recht kann man indes auch kritisieren, weshalb fraglich ist, ob sie überhaupt Eingang in die unionsrechtliche Grundrechtsdogmatik finden wird. *Markus Möstl* etwa anerkennt zwar die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte, sieht durch diese aber lediglich „schwache“ normative Gehalte im Sinne von Staatszielbestimmungen vermittelt; konkrete, den und die Einzelne_n betreffenden Schutzgehalte sollen hingegen unmittelbar der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension zuzuordnen sein und nicht erst im Wege der Resubjektivierung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte durch das Individuum justiziabel werden, siehe dazu *M. Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, 2002, S. 85 ff. und insbesondere

Verengung der politischen Debatte auf das Vortragen *grundrechtlicher* Positionen in politischen Aushandlungsprozessen führen kann – unter Umständen aufgrund der eingangs beschriebenen Eignung der Grundrechte nicht nur als rechtliche, sondern auch als politische Argumente – selbst dort, wo nach eingehender juristischer Prüfung keine konkreten Rechtsansprüche existieren und deshalb kein Spannungsverhältnis zum Prinzip der Gewaltenteilung besteht. Ein entsprechender *Rights Talk* wird deshalb mit zunehmender Intensität mit Blick auf das Demokratieprinzip verfassungsrechtlich problematisch.

Damit begünstigt die grundrechtliche Schutzpflicht Versicherheitlichungsprozesse: Mit ihr können konkrete Sachfragen dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zugunsten einer effektiveren Sicherheitsregulierung entzogen werden, denn was grundrechtlich geboten ist oder im Rahmen eines *Rights Talk* zumindest als grundrechtlich geboten definiert wird, bedarf keiner parlamentarischen Aushandlung mehr. Auch in diesem Lichte erscheint Böckenfördes Appell an die Grundrechtsdogmatik, sich ihrer Verantwortung bei der Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten bewusst zu werden, unzureichend: Die Grundrechtsdogmatik trifft insoweit nicht nur die Verantwortung hinsichtlich des Ausgleichs von Grundrechtsschutz und Gewaltenteilung. Vielmehr muss sie sich auch bewusst machen, dass gerade sie auch Gegenstand von Versicherheitlichungsprozessen ist: Sicherheitsakteure werden zur effektiven Regulierung behaupteter Unsicherheiten insbesondere auf die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht zurückgreifen und besonders umfangreiche grundrechtliche Gewährleistungsgehalte zu begründen versuchen, um die diesprechenden Sachfragen den offenen Aushandlungsprozessen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu entziehen. Das Gesetzgebungsverfahren ist im Falle der Existenz konkreter grundrechtlich gebotener Maßnahmen dann bloßes Vollzugsverfahren des verfassungsrechtlich vorgegebenen. Deshalb liegt nicht nur der Ausgleich von Grundrechtsschutz und Gewaltenteilung, sondern auch die Aufgabe der Begrenzung von Versicherheitlichungsprozessen in der Verantwortung der Grundrechtsdogmatik. Konzipiert sie die Gewährleistungsaufgabe Sicherheit neben dem legitimen Zweck allein als Inhalt grundrechtlicher Gewährleistungsgehalte, droht eine zunehmende Vereinnahmung der Grundrechte durch Sicherheitsakteure.

S. 87f. Noch weitergehend ist etwa in der Rechtsprechung des EGMR eine Differenzierung zwischen objektiv- und subjektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten gar nicht erkennbar. Aus grundrechtstheoretischer Perspektive sollten objektiv-rechtliche Schutzpflicht und subjektiv-rechtlicher Schutzanspruch auch zusammenfallen, siehe dazu sogleich 2. Teil, Kapitel B III. 4: *Teilweise Inkommensurabilität der grundrechtlichen Schutzpflicht*. Angesichts der chartarechtlich gebotenen und vom EuGH auch tatsächlich praktizierten engen Rückbindung an die Rechtsprechung des EGMR ist eine solche Differenzierung zwischen objektiv-rechtlichen Schutzpflichten und subjektiv-rechtlichen Schutzansprüchen im Unionsrecht dann auch nicht zu erwarten.

III. Kollektiv-rechtliche Schutzgüter als Alternative

Aus theoretischer Perspektive mag die Anerkennung unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten in ihrem gegenwärtigen Umfang insbesondere wegen der immer ausgreifenderen Rechtsprechung des EGMR zu den *positive obligations*,¹⁹² ihrer Ausstrahlwirkung auf die nationalen Verfassungsordnungen und ihrer Bedeutung auch für die Auslegung und Fortbildung der Unionsgrundrechte gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh zutreffen. Es fragt sich gleichwohl, ob eine vergleichbare Entwicklung auch in der Rechtsprechung der Unionsgerichte zumindest schon in nächster Zeit zu erwarten ist. Denn im Vergleich zur EMRK weist das Unionsrecht eine Besonderheit auf: Es enthält auch grundrechtsartige Verbürgungen zum Schutze kollektiver Rechtsgüter. Neben der schon genannten Sicherheit gehören hierzu auch etwa der Gesundheitsschutz gemäß Art. 168 AEUV, der Umweltschutz gemäß Art. 191 AEUV oder der Verbraucherschutz gemäß Art. 169 AEUV. In den Art. 35, 37 und 38 GRCh finden die letztgenannten Ziele nunmehr auch eine chartarechtliche Entsprechung. Vergleichbare Rechtsgüter kennt zwar auch die EMRK zumindest teilweise. Indes fungieren sie dort lediglich als legitime Zwecke zur Grundrechtsbeschränkung. Die Konvention statuiert aber anders als das Unionsrecht keine Rechtspflichten zu deren Schutze.

Solche Kollektivrechtsgüter haben das Potential, die grundrechtlichen Schutzpflichten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Argumentationsfigur für die Begründung legitimer Zwecke zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen weitgehend abzulösen oder sie zumindest in ihrer Bedeutung zurückzudrängen; sie erfüllen mit Blick auf die Möglichkeiten der Rechtfertigung von Eingriffen in kollidierende Grundrechte also weitgehend gleiche Funktionen. Mit seinem Wortlaut unterscheidet Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh mit Blick auf den grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schon explizit zwischen „den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ und „den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ und nennt damit sowohl eine kollektive als auch eine individuelle dogmatische Figur, beide können als legitimer Zweck für die Verhältnismäßigkeitsprüfung dienen. Tatsächlich hat der EuGH bisher auch noch in keinem einzigen Fall auf das individualrechtliche Tatbestandsmerkmal der „Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ zurückgegriffen.¹⁹³

¹⁹² Ein konziser und aktueller Überblick über die Bandbreite der vom EGMR anerkannten Schutzpflichten findet sich bei *H. Krieger*, ZaöRV 2014, S. 187 (189 ff.).

¹⁹³ *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 96. Gleichwohl hat der Gerichtshof freilich schon früher kollidierende Grundrechte miteinander abgewogen, so etwa in EuGH, Urteil v. 16. 12. 2008, Rs. C-73/07 – *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy*, ECLI:EU:C:2008:727, Rn. 50 ff. Dort fehlte es aber an der von Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh in den Blick genommenen klassischen Verwendung des einen, zu schützenden Grundrechts als legitimen Zweck für die Rechtfertigung des zu seinem Schutz notwendig verbundenen Eingriffs in das kollidierende andere Grundrecht. Vielmehr nahm der EuGH eine Abwägung beider Grundrechte miteinander deshalb vor, weil es um die Auslegung einer sekundärrechtlichen Norm ging, die schon ihrem Wortlaut nach genau dieses zum Ziel hatte. Fälle, in denen eine

Auch schon vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta schien der EuGH dem kollektiv-rechtlichen Ansatz zugeneigt (dazu 1.). Gerade durch die mit der Charta eingeführten Grundsätze erhält das Unionsrecht zudem weitere kollektive Schutzgüter und stützt so den Ansatz des Gerichtshofs (dazu 2.). Grundrechtstheoretische Probleme wie das des individualrechtlichen Konzepts der grundrechtlichen Schutzpflicht, die die eigentlich dem Freiheitsschutz dienenden Grundrechte im Modus des *Schutz durch Eingriff* auch zur Freiheitsverkürzung in Anspruch nehmen, weist der kollektiv-rechtliche Ansatz nicht auf, weshalb er sich grundsätzlich als vorzugswürdig erweist (dazu 3.). Inkommensurabel bleibt die grundrechtliche Schutzpflicht aber dort, wo sie von einem individuellen Schutzanspruch des oder der Einzelnen begleitet wird. Dies ist im Unionsrecht der Fall (dazu 4.).

1. Die Tendenz des EuGH zum kollektiv-rechtlichen Ansatz

In der Tat scheint der EuGH dem kollektiv-rechtlichen Ansatz zugeneigt, was sich an drei aktuellen Entscheidungen beispielhaft verdeutlichen lässt.

So entschied der EuGH in der Rs. C-341/05 – *Laval* – zwar im Bereich der Grundfreiheiten, aber mit Blick auf die Strukturähnlichkeit zu den Grundrechten auch hier von Interesse – nicht nur, dass kollektive arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen ein Arbeitnehmer_innen entsendendes EU-ausländisches Unternehmen zum Schutz der Arbeitnehmer_innen im Aufnahmestaat vor Sozialdumping zwar eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen können, dass diesen Maßnahmen zugrunde liegende zwingende Gründe des Allgemeininteresses sie aber auch zu rechtfertigen vermögen. Vielmehr zog der Gerichtshof ergänzend auch Art. 2 EGV (heute vor allem in Art. 3 Abs. 3 EUV aufgegangen) heran, der die (damalige) Gemeinschaft dazu verpflichtete, „eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens und ‚ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz‘“ zu fördern. Die Gemeinschaft habe daher nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung. Diese müsse mit den Grundfreiheiten abgewogen werden. Zu dieser sozialen Zielrichtung gehöre gemäß Art. 136 EGV (heute Art. 151 AEUV) die Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen, um

hoheitliche Maßnahme unter Berufung auf den Schutz eines Grundrechts durch Eingriff in ein kollidierendes zweites Grundrecht gerechtfertigt wird, sind in der Rechtsprechung des EuGH schwer zu finden. Eine Ausnahme bildet hier das zweite Urteil des EuGH zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie, EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 42, in der er im Rahmen des legitimen Zwecks zur Rechtfertigung der durch die Richtlinie bewirkten Grundrechtseingriffe sogar erstmals ein „Grundrecht auf Sicherheit“ aus Art. 6 GRCh ableitete. Dieser Einkleidung des Gewährleistungszwecks Sicherheit widmet diese Untersuchung ein eigenes Kapitel. Entsprechende Rechtfertigungskonstellationen finden sich eher im Bereich der Grundfreiheiten. Dort hat der EuGH Grundrechte als legitimen Zweck bzw. genauer als „berechtigtes Interesse“ z. B. zur Beschränkung etwa der Warenverkehrsfreiheit anerkannt, EuGH, Urteil v. 12.06.2003, Rs. C-112/00 – *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 65 ff.

ihre Angleichung zu ermöglichen sowie ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog.¹⁹⁴

In der Rs. C-528/13 – *Léger* stand jüngst das französische Blutspende-Verbot für sogenannte „MSM“ – der medizinische Fachausdruck für die HIV-Risikogruppe „Männer, die mit Männern Sex haben“ in Frage. Diesen wurde nach den das Unionsrecht in diesem Bereich konkretisierenden französischen Regelungen pauschal die Möglichkeit der Blutspende mit dem Argument verwehrt, dass ihre Spenden als HIV-Risikogruppe ein erheblich höheres Risiko für die Spendenempfänger_innen begründen, sich durch die Spende mit dem Virus zu infizieren, als durch Blutspenden von Angehörigen anderer Bevölkerungsgruppen. Die bisherigen Standardverfahren weisen ein sogenanntes diagnostisches Zeitfenster auf, wonach eine erst vor kurzem erfolgte Infektion noch nicht sofort nachweisbar ist. Bei dem Standardverfahren des HIV-Antikörpertests beträgt dieses diagnostische Zeitfenster drei Monate. Weil eine HIV-Belastung der Blutspende erst nach Ablauf dieser drei Monate sicher nachgewiesen werden kann, wurde auf das Pauschalverbot zurückgegriffen.

Der EuGH sah hierdurch den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 21 Abs. 1 GRCh tangiert. Im Rahmen der Rechtfertigung prüfte er die Voraussetzungen des grundrechtsspezifischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh. Bei der Bestimmung des legitimen Zwecks der Maßnahme erörterte er nicht etwa mögliche und naheliegende aus den Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 und 3 GRCh erwachsende, an Frankreich als Adressaten der Charta gerichtete Schutzpflichten gegenüber den die Blutspende Empfangenden, sondern stellte stattdessen auf die Pflicht zur Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus gemäß Art. 35 S. 2 GRCh ab.¹⁹⁵ Mögliche grundrechtliche Schutzpflichten wurden nicht einmal unterstützend angeführt. Anders als in der Rs. C- 351/05 – *Laval* lieferte hier allein das kollektive Rechtsgut den legitimen Zweck.

In den verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 – *Digital Rights Ireland* stand die Grundrechtsmäßigkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG in Frage. Auch hier hätte es nahegelegen, die Schutzpflichten aus den Rechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 und 3 GRCh als legitime Zwecke für die Verhältnismäßigkeit der mit der Richtlinie verbundenen Grundrechtseingriffe anzuführen, weil diese Grundrechte durch entsprechende Straftaten gefährdet sind, die nach der Ratio des europäischen Gesetzgebers durch die Vorratsdatenspeicherung gegebenenfalls hätten verhindert werden können. Stattdessen rekurrierte der EuGH wieder auf kollektiv-rechtliche, auch nicht in der Grundrechtecharta oder in den Verträgen, aber in seiner früheren Rechtsprechung explizit verankerte Schutzgüter, die „von der Union anerkannte, dem Gemeinwohl dienende Zielsetzungen“ im Sinne des Art. 52 Abs. 1 S. 2

¹⁹⁴ EuGH, Urt. v. 18. 12. 2007, Rs. C-341/05 – *Laval un Partneri*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 102 ff.

¹⁹⁵ EuGH, Urteil v. 29. 04. 2015, Rs. C-528/13 – *Léger*, ECLI:EU:C:2015:288, Rn. 57. Daneben nennt er auch den früheren Art. 152 Abs. 4 lit. a) EGV, der den Rat zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards unter anderem bei Blutspenden verpflichtet.

GRCh darstellen. Konkret nannte er die schon früher von ihm anerkannten Ziele der „Bekämpfung des internationalen Terrorismus zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“ und der „Bekämpfung schwerer Kriminalität zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit“ im Sinne des Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh.¹⁹⁶

Bemerkenswert ist allerdings die dann folgende Aussage des EuGH:

„Im Übrigen ist insoweit festzustellen, dass nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit hat.“¹⁹⁷

Damit rekurrten die Richter_innen unterstützend auf ein angebliches Unionsgrundrecht auf Sicherheit und damit auf ein individualrechtliches Schutzgut. Ein solches Grundrecht könnte – ohne dass der EuGH dies explizit erwähnt hat – erstmals die zweite Tatbestandsalternative des Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh erfüllen, wonach ein legitimer Zweck im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch in den „Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ gesehen werden kann.¹⁹⁸ Festzuhalten bleibt, dass der EuGH auch in diesem Urteil ganz vornehmlich kollektiv-rechtliche Schutzgüter bemüht.

Auch wenn sich in der Rechtsprechung des EuGH Gegenbeispiele finden lassen, in denen er allein individualrechtliche, konkret grundrechtliche Schutzgüter in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sucht,¹⁹⁹ verdeutlichen die Beispiele doch, dass er – soweit kollektiv-rechtliche Schutzgüter durch das Unionsrecht benannt sind – oft auch bevorzugt auf diese rekurriert. Spezifisch die grundrechtliche Schutzpflicht spielt in ihrer freiheitsbeschränkenden Funktion und konkret als legitimer Zweck im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Grundrechtseingriffen kaum eine Rolle. Daraus ergibt sich die These, dass der EuGH die Aufgabe des Ausgleichs kollidierender Grundrechte zwar nicht grundsätzlich scheut, basierend auf den Verträgen und der Grundrechtecharta aber dennoch eine Grundrechtsdogmatik entwickelt, die für die Eingriffsrechtfertigung stärker als etwa die des EGMR oder des Bundesverfassungsgerichts kollektiv-rechtliche Schutzgüter in Anspruch nimmt.²⁰⁰

¹⁹⁶ EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 42.

¹⁹⁷ Ebd., Rn. 42, bestätigt in EuGH, Urt. v. 15.02.2016, Rs. C-601/15 PPU – *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 53 sowie in EuGH, Gutachten 1/15 v. 26.07.2017, ECLI:EU:C:2017:592, Rn. 149.

¹⁹⁸ Dieser verfassungsrechtlichen Einkleidung des Ziels der Sicherheitsgewährleistung ist das Kapitel 2. Teil, Kapitel C: *Sicherheit als Grundrecht* gewidmet, weshalb es an dieser Stelle nur der Vollständigkeit halber erwähnt sei.

¹⁹⁹ S. dazu aber schon die in Fn. 193 zitierten Urteile samt Erörterungen.

²⁰⁰ Ähnlich hat bereits *H. Gersdorf*, AöR 1994, S. 400 (404) früh festgestellt, dass der vom heutigen Art. 36 AEUV explizit benannte Rechtfertigungsgrund des Gesundheitsschutzes für die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit die Inanspruchnahme der Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht zum Schutze des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit entbehrlich macht. Zugleich heiße dies aber nicht, dass der EuGH den grundrechtlichen Schutzpflichten generell abgeneigt sei, er sehe bisher einfach nur keine Notwendigkeit für einen Rekurs auf sie.

2. Die unionsverfassungstextliche Stärkung des kollektiv-rechtlichen Ansatzes durch die Grundrechtecharta

Nicht nur die bereits im Kapitel zum legitimen Zweck angesprochene rechts-schöpferische Kraft des EuGH bei der Entwicklung neuer legitimer Zwecke – die in der Regel kollektiv-rechtlichen Charakter haben – im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern vor allem auch die neu in Kraft getretene Grundrechtecharta dürfte die Tendenz zum kollektiv-rechtlichen Ansatz zu Lasten einer ausgeprägteren Schutzpflichtendogmatik im Unionsrecht noch verstärken. Denn mit der Migration der kollektiv-rechtlichen Schutzgüter des Gesundheits-, des Umwelt- und des Verbraucherschutzes in die Charta über die Art. 35, 37 und 38 GRCh und der – an späterer Stelle noch näher zu begründenden – chartarechtlichen Verbürgung weiterer Kollektivrechtsgüter insbesondere im sozialrechtlichen Bereich, etwa der Integration von Menschen mit Behinderung gemäß Art. 26 GRCh,²⁰¹ dürfte der kollektiv-rechtliche Ansatz durch das Inkrafttreten der Grundrechtecharta noch zusätzliche Argumente gewinnen und einer künftigen Entwicklung einer Schutzpflichtendogmatik auch in der Rechtsprechung des EuGH zumindest ein Stück weit den Nährboden entziehen. Denn aufgrund ihrer sachlichen Breite vermögen die verschiedenen unionsrechtlichen Kollektivrechtsgüter die Funktion verschiedenster einzelgrundrechtlicher Schutzpflichten zu übernehmen und zu erfüllen, zumal die chartarechtlichen Kollektivgüter selbst zwar keine Grundrechte, aber immerhin Grundrechtsnormen sind²⁰² und damit ihre zumindest mittelbare Relevanz für den Grundrechtsschutz offenbaren: Umwelt- und Gesundheitsschutz etwa dienen mittelbar auch dem grundrechtlich in Art. 2 und 3 GRCh verbürgten Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit. Denn die chartarechtlichen Normen zum Schutze der Gesundheit oder der Umwelt können deshalb alternativer verfassungsrechtlicher Ort für entsprechende Rechtspflichten sein und die entsprechenden Grundrechte so normativ entlasten. Diese kompensatorische Wirkung hat beispielhaft die oben erörterte Rechtssache *Léger* aufgezeigt. Denkbar ist ferner auch etwa eine stärkere Verortung von Pflichten zur Gewährleistung eines hohen Datenschutzes- und Sicherheitsniveaus im Verbraucherschutzgrundsatz gemäß Art. 38 GRCh statt im Datenschutzgrundrecht in Art. 8 GRCh.²⁰³

²⁰¹ Siehe zur Einordnung der hier genannten Artikel als Chartagrundsätze sowie zu ihrer Einordnung als Kollektivrechtsgüter schützende Normen ausführlich 3. Teil, Kapitel C. II. 3. b.: *Gemeinschaftsgüter schützende Verbürgungen*.

²⁰² Dies begründet für alle materiell-rechtlichen Chartanormen mit normstrukturtheoretischen Argumenten ausführlich *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 14 ff. und S. 88 ff.; dem folgend *D. Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2014, § 14 Rn. 52.

²⁰³ Diesen Weg geht der EuGH bisher allerdings nicht, wie etwa jüngst die Urteile EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238 und EuGH, Urteil v. 06.10.2015, Rs. C-362/14 – *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650 zeigen, in denen der EuGH datenschutz- und datensicherheitsrechtliche Pflichten allein aus Art. 8 GRCh deduzierte.

Diese vielfältigen kollektiv-rechtlichen Schutzgüter haben das Potential, die Funktion der grundrechtlichen Schutzpflicht als Lieferantin legitimer Zwecke weitgehend zu substituieren. Ob der EuGH diesen Weg so gehen wird, bleibt aber abzuwarten. Letztlich ist in Fällen fehlender ganz konkret betroffener Individuen das Abstellen auf ein kollektives Schutzgut statt auf individuelle Schutzgüter jedenfalls der näherliegende Weg. Der kollektiv-rechtliche Ansatz überzeugt, weil die individuelle Sicherheit als Voraussetzung jeder Freiheitsausübung selbst abhängig von der Sicherheit auch der gesellschaftlichen Strukturen ist, in die das Individuum eingebettet ist. Die individuelle Sicherheit kann nur dann garantiert werden, wenn die kollektive Sicherheit der Gesellschaft, in der das Individuum lebt, gewährleistet ist. Sicherheit ist damit Individual- und Kollektivrechtsgut mit jeweils erheblicher Grundrechtsrelevanz zugleich. Fehlt die individuelle Betroffenheit, erscheint der Rekurs auf die individualgrundrechtliche Schutzpflicht überflüssig und gekünstelt und bietet sich stattdessen die Heranziehung kollektiv-rechtlicher Schutzgüter an.

3. Grundrechtsdogmatische Vorteile und Schonung des Demokratieprinzips sowie des Grundsatzes der Gewaltenteilung

Der kollektiv-rechtliche Ansatz vermag die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht nicht nur in weiten Teilen in ihrer Funktion zu ersetzen, sondern auch die sie begleitenden grundrechtsdogmatischen Probleme zu lösen. Denn mit ihm umgeht der Gerichtshof das Problem der Doppelwirkung der grundrechtlichen Schutzpflicht, die wie dargestellt nicht nur freiheitssichernde, sondern oft zugleich auch freiheitsverkürzende Wirkungen entfaltet, folglich oft Grundrechtskollisionen mit sich bringt und so den Vorwurf der Zweckentfremdung der Grundrechte begründet. Kollektivschutzgüter wirken zwar ebenfalls freiheitsverkürzend. Sie haben aber nicht die Funktion, dem und der Einzelnen unmittelbare Freiheitsansprüche zu vermitteln, können in dieser Funktion dann auch nicht beschränkt werden und büßen durch ihre freiheitsverkürzenden Folgen dann auch weniger Legitimation ein als die grundrechtliche Schutzpflicht. Sie entlasten mithin die Grundrechte von ihrer Aufgabe als verfassungsrechtlicher Ort der öffentlichen Verantwortung zur Sicherheitsgewährleistung.

Daneben erweist sich der kollektiv-rechtliche Ansatz auch mit Blick auf das Demokratieprinzip als schonender. Weil der Ansatz die Grundrechte als juristisch-argumentative Basis verlässt, sinkt auch die Gefahr eines die politische Debatte verengenden, weil die Grundrechte argumentativ zentral stellenden und sie politisch überbetonenden *Rights Talk*. Das Spannungsverhältnis zum Prinzip der Gewaltenteilung kann hingegen auch der kollektiv-rechtliche Ansatz nur bedingt lösen, da er eine Kompetenzverschiebung zu Gunsten der Judikative ebenso wie der individualrechtliche Schutzpflichtenansatz nach sich ziehen kann.

4. Teilweise Inkommensurabilität der grundrechtlichen Schutzpflicht

Die unionsgrundrechtlichen Schutzpflichten bleiben aber inkommensurabel, soweit sie von entsprechenden, gerichtlich durchsetzbaren individualrechtlichen Schutzansprüchen begleitet werden und diese Schutzansprüche von Einzelnen prozessual auch tatsächlich geltend gemacht werden können. Der EuGH kann dann nicht mehr auf den kollektiv-rechtlichen Ansatz ausweichen. Sind also Existenz und gerichtliche Durchsetzbarkeit unionsgrundrechtlicher Schutzansprüche zu bejahen, ist die künftige Entwicklung einer unionsrechtlichen Schutzpflichtendogmatik in der Rechtsprechung des EuGH nicht unwahrscheinlich. Fraglich ist indes, ob dies mit Blick auf die Unionsrechtsordnung der Fall ist.

Zwar werden objektiv-rechtliche Schutzpflicht und subjektiv-rechtlicher Schutzanspruch wie bereits erörtert zum Teil strikt getrennt, erstere kann theoretisch auch ohne letzteren existieren.²⁰⁴ Zudem ist hinsichtlich ihrer Einklagbarkeit noch einmal gesondert zwischen dem materiell-rechtlichen Schutzanspruch und den Möglichkeiten seiner prozessualen Durchsetzung zu unterscheiden.²⁰⁵ Trotzdem werden auch bei strikter Trennung Schutzpflicht und Schutzanspruch regelmäßig zusammenfallen und letzterer auch individuell einklagbar sein – mit anderen Worten überzeugt die Annahme der Existenz grundrechtlicher Schutzpflichten ohne korrespondierende und einklagbare Schutzansprüche nicht. Denn unabhängig von der konkreten Grundrechtsordnung sprechen aus grundrechtstheoretischer Sicht der eigentliche Zweck der Grundrechte – der Individualrechtsschutz – in Verbindung mit dem die grundrechtliche Schutzpflicht zuvörderst legitimierenden Argument – die Grundrechtseffektivierung²⁰⁶ – regelmäßig für die Anerkennung korrespondierender materiell-rechtlicher Schutzansprüche sowie für die Existenz entsprechender Individualrechtsbehelfe.²⁰⁷ Anderes gilt nur, wenn die Existenz subjektiv-rechtlicher Ansprüche

²⁰⁴ Siehe dazu schon Fn. 191. Selbst im Falle des Fehlens eines korrespondierenden individuellen Schutzanspruchs aber kann ihre Verletzung gegebenenfalls, abhängig von dem vom Prozessrecht zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen gerichtlich gerügt werden.

²⁰⁵ Allgemein zur Trennung der Existenz eines materiell-rechtlichen subjektiven Anspruchs von seiner prozessualen Durchsetzbarkeit *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 42f. mwN. zu den vertretenen Ansichten. Freilich lässt sich vertreten, dass ein subjektiv-rechtlicher Anspruch erst dann besteht, wenn nicht nur das materielle Recht seine Deduktion zulässt, sondern er auch tatsächlich gerichtlich durchsetzbar ist. Letztlich benötigt der Anspruch aber jedenfalls auch eine materiell-rechtliche Grundlage, eine Differenzierung schadet daher nicht.

²⁰⁶ Auch der EGMR verweist zur Begründung grundrechtlicher Schutzpflichten regelmäßig auf das Effektivitätsargument. Besonders prägnant er dies in EGMR, Urteil v. 09.10.1979, Rs. 6289/73 – *Airey v. Ireland*, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973, Rn. 24: „The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective“.

²⁰⁷ Solche Rechtsbehelfe können offenkundig existieren, gegebenenfalls kann das einschlägige Prozessrecht auch im Lichte der grundrechtlichen Schutzpflichten und Schutzansprüche grundrechtskonform ausgelegt und und bestehende Rechtsbehelfe für die Durchsetzung von Schutzansprüchen als zulässig erachtet werden. Das Grundgesetz etwa sieht mit der Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG explizit einen entsprechenden Rechtsbehelf

und entsprechenden Rechtsbehelfen von der jeweiligen Grundrechtsordnung explizit positiv-rechtlich ausgeschlossen wird.²⁰⁸ Denn effektiver Individualschutz kann nur dann garantiert werden, wenn die Erfüllung der Schutzpflicht gerichtlich überprüfbar wird. Die gerichtliche Überprüfbarkeit muss zwar nicht durch das betroffene Individuum selbst eingeleitet werden. Anders als objektive „dritte“ Instanzen bestehen aber insbesondere bei ihm oder ihr Anreize, eine gerichtliche Kontrolle anzustreben. Es wird deshalb ein ihm oder ihr zugedachtes grundrechtliches „Wächteramt“ am besten erfüllen und so die Entwicklung einer ausdifferenzierten unionsgrundrechtlichen Schutzpflichtendogmatik vorantreiben; dieser Modus hat sich im Unionsrecht schon früher bewährt.²⁰⁹

Angewendet auf die hier im Interesse stehende Grundrechtsordnung der EU ergibt sich, dass auch hier zuvörderst der Gedanke der Effektivierung des Grundrechtsschutzes die unionsgrundrechtliche Schutzpflicht trägt, was auch schon an der durch Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh statuierten allgemeinen grundrechtlichen Förderpflicht deutlich wird, die Unionsgrundrechte sind deshalb als „Optimierungsgebote“ zu verstehen.²¹⁰ Entsprechend ist zur effektiven Wirksamkeit der Grundrechte auch im Unionsrecht von der Existenz korrespondierender materiell-rechtlicher Schutzansprüche auszugehen.

Es bleibt aber die Frage nach den Möglichkeiten der prozessualen Durchsetzbarkeit. Auch wenn diese wie dargelegt grundrechtstheoretisch geboten erscheinen, sind sie bezogen auf das Unionsrecht zumindest nicht offensichtlich gegeben. Denn auch nach Inkrafttreten der Grundrechtecharta existiert aufgrund der unionalen Mehrebenenstruktur weiterhin keine unionsverfassungsrechtliche Grundrechtsbeschwerde. So sehr die Literatur für die Existenz unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten streitet, so wenig gibt sie Antworten auf die Frage nach ihrer prozessualen Durchsetzbarkeit. Gerade zu der für die grundrechtlichen Schutzpflichten so relevanten Frage nach Möglichkeiten des unionsrechtlichen Rechtsschutzes gegen ein grundrechtswidriges Unterlassen finden sich weder in der schutzpflichtenrechtlichen Literatur, noch in der einschlägigen Kommentarliteratur zu den verschiedenen unionsrechtlichen Klage- und Verfahrensarten Ausführungen – letzteres gilt freilich nicht für die Kommentierungen der Untätigkeitsklage gemäß Art. 265 AEUV, deren Klagegegenstand ja gerade ein Unterlassen ist.

vor. Im Rahmen ihrer Zulässigkeit ist zu prüfen, ob die Verletzung eines subjektiven Rechts in Frage kommt. Dies wäre nach nach der hier vertretenen Ansicht im Falle der Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht wegen des sie tragenden Gedankens der Effektivierung des Grundrechtsschutzes der Fall.

²⁰⁸ Ein Beispiel für einen solchen Ausschluss findet sich bei den Chartagrundsätzen gem. Art. 52 Abs. 5 GRCh samt der dazugehörigen Präsidiumserläuterungen, nach denen die Grundsätze keine unmittelbaren Ansprüche auf positive Maßnahmen gewähren.

²⁰⁹ Zur Bedeutung der Individuen als „principal guardians“ für die Durchsetzung des Unionsrechts insgesamt und damit für seine Qualität als genuines Europa- und gerade nicht Völkerrecht s. J. Weiler, *The Constitution of Europe*. „Do the new clothes have an emperor?“ and other essays on European integration, 5. Aufl. 2005, S. 19f.

²¹⁰ So explizit M. Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 31.

Die *allgemeine* Lückenhaftigkeit der prozessualen Seite des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes wird hingegen eher thematisiert.²¹¹ Ihretwegen spielte in der Rechtsprechung des EuGH bisher auch die objektiv-rechtliche, also die nicht unmittelbar individuell einklagbare Dimension der Unionsgrundrechte die wesentlich größere Rolle.²¹² Auch nach Inkrafttreten der Grundrechtecharta und der damit verbundenen erstmaligen Kodifikation unionaler Grundrechte fragt sich, ob diese einen Wandel zu einem stärker subjektiven Verständnis der Grundrechte bewirken wird, denn die beschränkten prozessualen Möglichkeiten des und der Einzelnen bestehen weiter fort.²¹³ Allgemein und schutzpflichtenunspezifisch schuf der Lissabonvertrag hier nur sehr begrenzt Abhilfe. So erweiterte er etwa die individuelle Klagebefugnis im Rahmen der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV auf Rechtsakte mit Verordnungscharakter.²¹⁴ Allerdings fallen nach Ansicht des EuGH hierunter nicht solche Akte, die im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 294 AEUV erlassen wurden.²¹⁵ Generell-abstrakt wirkende Verordnungen und Richtlinien sind deshalb in aller Regel weiterhin nicht individuell angreifbar. An anderer Stelle versuchte der Gerichtshof, prozessuale Defizite über die Inanspruchnahme der Mitgliedstaaten abzubauen, indem er sie zur Schaffung wirksamer Rechtsbehelfe zur Überprüfung nationaler, aber auf Unionsrecht beruhender Maßnahmen verpflichtete.²¹⁶ Dieser Gedanke ist heute in Art. 19 Abs. 1 Uabs. 2 EUV kodifiziert, nach dem die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.

Wo also das Unionsrecht nicht selbst entsprechende Rechtsbehelfe vorsieht, stehen die mitgliedstaatlichen Prozessrechte in der Pflicht. Wegen dieser Kooperationspflicht bedarf es zur gerichtlichen Geltendmachung grundrechtlicher Ansprüche im Allgemeinen und grundrechtlicher Schutzansprüche im Besonderen daher nicht zwingend einer unionsrechtlichen Grundrechtsbeschwerde.²¹⁷

²¹¹ S. dazu beispielhaft *A. Haratsch*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1 2010, § 165 Rn. 15 ff.

²¹² *M. Hilf*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1, 2010, § 164 Rn. 11, der aber nicht den Zusammenhang zur Lückenhaftigkeit des Grundrechtsschutzes herstellt, sondern dies allgemein konstatiert.

²¹³ Skeptisch deshalb ebd., Rn. 35.

²¹⁴ Normwortlaut: „Jede natürliche oder juristische Person kann unter den Bedingungen nach den Absätzen 1 und 2 gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.“

²¹⁵ EuGH, Urteil v. 03. 10. 2013, Rs. C-583/11 P – *Inuit Tapiriit Kanatami u. a.*, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 50 ff.

²¹⁶ EuGH, Urteil v. 25. 07. 2002, Rs. C-50/00 P – *Pequenos Agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462, Rn. 40 ff. Diese Pflicht wurde mit dem Lissabonvertrag in Art. 19 Abs. 1 Uabs. 2 EUV kodifiziert.

²¹⁷ *A. Haratsch*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa 2010 VI/1, § 165x Rn. 23, allerdings mit Blick auf die generelle, nicht nur auf Schutzpflichtenkonstellationen beschränkte Entbehrlichkeit der unionsrechtlichen Grundrechtsbeschwerde.

Zusammen mit den grundrechtstheoretischen Annahmen zur Notwendigkeit von Rechtsbehelfen zur Durchsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten ergibt sich daraus die Notwendigkeit, das unionale wie auch das nationale Prozessrecht schutzpflichtenkonform so auszulegen, dass ein entsprechender Rechtsbehelf zur Verfügung steht, soweit die anerkannten Auslegungsmethoden dies zulassen, beziehungsweise alternativ solche Rechtsbehelfe zu schaffen.

Mit Blick auf den kollektiv-rechtlichen Ansatz bleibt die unionsgrundrechtliche Schutzpflicht deshalb selbst bei möglicherweise noch bestehenden prozessualen Lücken als individualrechtliches Schutzkonzept insoweit auch perspektivisch inkommensurabel. Insofern muss der Frage nach der Existenz entsprechender unionsrechtlicher Rechtsbehelfe hier nicht weiter vertieft werden und kann anderen Arbeiten überlassen bleiben.

IV. Zusammenfassung

Die Existenz unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten als grundrechtsdogmatischer Ausdruck des Gewährleistungsziels Sicherheit wird heute kaum mehr bestritten, auch wenn sie in der Rechtsprechung des EuGH nach wie vor kaum eine Rolle spielt. Die grundsätzliche Idee der grundrechtlichen Schutzpflicht erweist sich durch einen mit ihr einhergehenden Kompetenzzuwachs der Judikative zu Lasten von Legislative und Exekutive mit Blick auf die unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien der Demokratie und Gewaltenteilung aber dennoch als problematisch: Über sie begrenzen die Grundrechte gesetzgeberische und administrative Ermessensspielräume nicht mehr nur durch Handlungsverbote, sondern zusätzlich auch durch Handlungsgebote. Durch die Idee grundrechtlicher Pflichten zum aktiven Schutz samt sie gegebenenfalls begleitender grundrechtlicher Schutzansprüche entsteht auch die Gefahr eines über die tatsächlich existierenden Schutzpflichten und Schutzansprüche hinaus gehenden, die Grundrechte als überbetonenden *Rights Talks*, der mit zunehmender Intensität in Spannung zum Demokratieprinzip gerät, weil er zu einer Verengung des politischen Diskurses auf einen Disput um die Reichweite widerstreitender Grundrechtspositionen auf Abwehr hoheitlichen Handelns einerseits und Anspruch darauf andererseits zu Lasten nicht-rechtlicher, mithin echter politischer Argumente führt. Zudem begünstigt die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht Versicherheitlichungstendenzen.

Unionsrechtliche Schutzverpflichtungen deduziert der EuGH bisher eher aus Kollektivrechtsgüter schützenden Normen denn aus den Unionsgrundrechten. Weil sich das Unionsrecht durch eine Vielzahl solcher Normen auszeichnet, wird die grundrechtliche Schutzpflicht dort als Ort verfassungsrechtlicher Schutzaufträge in vielen Fällen entbehrlich. Sie bleibt aber dort inkommensurabel, wo sie von einem Schutzanspruch begleitet wird und dem und der Einzelnen damit die Rechtsmacht zur Durchsetzung der Schutzpflichten verleiht, weil der EuGH im Falle der Geltendmachung solcher Schutzansprüche dann nicht mehr auf den kollektiv-rechtlichen Ansatz ausweichen kann.

C. Sicherheit als Grundrecht

Trotz der bereits mit Blick auf die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht bestehenden Defizite tritt das Gewährleistungsziel Sicherheit daneben auch als eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit in Erscheinung und treibt den Prozess der Vergrundrechtlichung der Sicherheitspolitik damit weiter voran.

Ein solches Grundrecht wurde schon in den Anfängen der Grund- und Menschenrechtsentwicklung intensiv diskutiert. Bereits die Allgemeine Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, die heute Bestandteil des geltenden französischen Verfassungsrechts ist, zählt in Art. 2 zu den natürlichen und unveräußerlichen Menschenrechten die Freiheit, das Eigentum, die *Sicherheit* und den Widerstand gegen Unterdrückung. Auch wenn nach der herrschenden Auffassung dieses französische Recht auf Sicherheit heute lediglich als Annex zu dem der Freiheit verstanden wird und vor allem Schutz gegen den Staat vor willkürlicher Verhaftung und Freiheitsentziehung bieten soll, anders gewendet also lediglich straf- und straverfahrensrechtliche Bedeutung hat, entspricht dies nicht den in der französischen Revolution ausgelösten Debatten darum; dort wurde dem Grundrecht durchaus eine eigene Bedeutung neben dem der Freiheit beigemessen, gewissermaßen wurde in ihm die Mutter aller Menschen- und Bürgerrechte gesehen, weil das Individuum seine Rechte nur in Sicherheit effektiv ausüben kann, wozu neben dem Schutz *gegen* den Staat auch der Schutz *gegen* Übergriffe Dritter *durch* den Staat gehört.²¹⁸ Die Vorläufer dieser Debatten finden sich bereits in der früheren englischen Staatstheorie, die deutsche folgt später.²¹⁹ Heute garantieren verschiedene Verfassungen und Grundrechtskataloge auf nationaler wie internationaler Ebene zumindest ihrem Wortlaut nach ein Recht auf Sicherheit, unter anderem etwa Art. 5 Abs. 1 EMRK, Art. 7 Abs. 1 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, Art. 12 der südafrikanischen Verfassung, Art. 7 der kanadischen Verfassung oder Art. 55 Abs. 1 der ungarischen Verfassung.²²⁰

Gleichwohl hat ein solches Grundrecht in der neueren Literatur und Rechtsprechung relativ wenig Aufmerksamkeit erlangt.²²¹ Immerhin hat *Gerhard Robbers* eine kurze Ideengeschichte des Menschenrechts auf Sicherheit geschrieben und die frühen Debatten hierum in Großbritannien, Frankreich und Deutschland nachgezeichnet.²²² Bei *Joseph Isensee*, der als Referenz nahezu sämtlicher Erwägungen zu einem Grundrecht auf Sicherheit in der deutschen Grundrechtsliteratur dient, findet sich ein Überblick über die einschlägige Staatstheorie und die Garantie der Sicherheit des Einzelnen als letzter Zweck und

²¹⁸ G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, S. 51 ff.

²¹⁹ S. dazu ebd., S. 36 ff. und S. 81 ff.

²²⁰ Auflistung übernommen von L. Lazarus, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), Security and Human Rights, 2007, S. 325 ff. (332 f.)

²²¹ Diesen Befund erhebt auch ebd., S. 325 f.

²²² G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, S. 27 ff.

Legitimation des modernen Staates.²²³ Beide Autoren anerkennen ein Sicherheitsgrundrecht auf dem Boden des Grundgesetzes und stellen entsprechende grundrechtsdogmatische Erwägungen an, verstehen es allerdings lediglich als Sammelbezeichnung für die aus den Einzelgrundrechten abgeleiteten Schutzpflichten bzw. als Synonym für diese sekundäre Grundrechtsfunktion.²²⁴ Entsprechend finden sich dort allenfalls vereinzelt Erwägungen zum Konzept eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts, die dann aber auch für ein entsprechendes Unionsrecht fruchtbar gemacht werden können.

Neben diesen Schriften bietet speziell die deutschsprachige Literatur insbesondere unter Rekurs auf die von *Isensee* angestoßene Debatte bisher nur einzelne, in größere Zusammenhänge eingebettete Erwägungen oder kurze Hinweise in Kommentierungen zu einzelnen grundgesetzlichen wie chartarechtlichen Grundrechten, aber kaum eingehende Auseinandersetzungen mit der Thematik, die über die lediglich abstrakte und mehr oder weniger apodiktische Feststellung der mit diesem Grundrecht einhergehenden Freiheitsbedrohung hinausgehen. Zusammengefasst erschöpfen sich die dortigen Erwägungen regelmäßig in der abstrakten Feststellung, dass das Grundrecht auf Sicherheit die Freiheit gefährde, weil es nicht mehr ihre Einschränkung, sondern ihre Ausübung unter Rechtfertigungszwang stelle.²²⁵ Konkrete Beispiele oder rechtsdogmatisch detaillierte Ausführungen dazu fehlen in der Regel aber. Angestellt werden allenfalls kurze, meist kritische Erwägungen zur Frage der Existenz eines entsprechenden Grundrechts als Nebenaspekte umfangreicherer Fragestellungen.²²⁶ Daneben existieren wenige neuere, sich im Schwerpunkt mit dem Konzept eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit beschäftigende

²²³ *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 3 ff.

²²⁴ *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983; *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, S. 15. Insbesondere *Isensee* bezweckt mit der Bezeichnung der grundrechtlichen Schutzpflichten einen Perspektivenwechsel: Die durch sie gewährleisteten Grundrechtsgehalte sind nicht nur Pflicht der öffentlichen Gewalt, sondern gerade auch Recht des und der Einzelnen. Das Verständnis von *Isensee* übernehmen z. B. auch *M. Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, 2002, S. 84 ff. und *J. Aulehner*, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1998, S. 428 ff.

²²⁵ So explizit *W. Brugger*, VVDStRL 63 (2004), S. 101 ff. (132) in der Zusammenfassung der kritischen Literatur mit Nachweisen dorthin.

²²⁶ Stellvertretend für viele sei hier etwa *M. Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr. Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, 2011, S. 154 ff. genannt, der zugleich einen ausführlichen Überblick auch über die hier nicht gesondert genannten Beiträge zu einem grundgesetzlichen Grundrecht auf Sicherheit mit zahlreichen Nachweisen gibt; s. ferner auch etwa *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen, 2004, S. 258 ff.; *G.-J. Glaeßner*, Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger, 2003, S. 89 ff.; *M. Kutscha*, in: Roggan/Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006, S. 24 ff. (31 ff.); *K. Stern*, DÖV 2010, S. 241 (246) oder auch *W. Brugger*, VVDStRL 63 (2004), S. 101 ff. (131 f.) und *C. Gusy*, VVDStRL 63

Arbeiten im englischsprachigen Raum. Dazu gehört etwa ein Beitrag von *Sandra Fredman*, die das Grundrecht auf Sicherheit als eigenständiges denkt, vor allem aber seine freiheitsermöglichenden Aspekte betont, in dem sie es als soziales Grundrecht versteht, das vor allem Schutzpflichten statuiert und seine Adressat_innen dazu anhält, ein Mindestmaß an sozialem Schutz zu gewährleisten.²²⁷ Eine gänzlich konträre Perspektive nimmt *Liora Lazarus* ein, für die nicht die freiheitsermöglichende, sondern die freiheitsgefährdenden Aspekte des Grundrechts auf Sicherheit im Mittelpunkt stehen, und die einen Überblick über verschiedene, ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit garantierende Rechtsordnungen gibt.²²⁸

Möglicherweise liegt der Grund für die dürftige, jedenfalls nicht tiefgründige Literaturlage darin, dass das Grundrecht auf Sicherheit als eigenständiges Recht abgesehen von den von *Lazarus* besprochenen – allerdings meist außereuropäischen – Fällen in der Rechtsprechung bisher kaum Aufmerksamkeit erfahren hat.²²⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat ein solches eigenständiges Grundrecht schon mangels expliziter Erwähnung im Grundgesetz nie anerkannt.²³⁰ Auch der EGMR hat, obgleich Art. 5 Abs. 1 EMRK ein Recht auf Freiheit und Sicherheit explizit garantiert, dem Begriff der Sicherheit bisher kaum eigenständige Bedeutung beigemessen. Immerhin aber hat der UN-Menschenrechtsausschuss – der freilich kein Recht spricht und auch keine europäische, immerhin aber eine völkerrechtliche Institution ist und damit in Europa Gehör findet – dem Begriff der Sicherheit des in Art. 9 Abs. 1 S. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) garantierte Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person eigenständige Bedeutung verliehen.²³¹

Spezifisch mit Blick auf Art. 6 GRCh, nachdem jeder Mensch das Recht auf Freiheit und Sicherheit hat, zeichnet sich jüngst aber eine Debatte um die Vermittlung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts durch die Charta ab.²³²

(2004), S. 151 ff. (168 ff.), bei dem sich auf S. 168 Fn. 69 weitere Nachweise zur einschlägigen Literatur finden.

²²⁷ *S. Fredman*, in: *Goold/Lazarus* (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 307 ff.

²²⁸ *L. Lazarus*, in: *Goold/Lazarus* (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 325 ff.

²²⁹ Bei ebd., S. 332 ff. finden sich hingegen Erwähnungen zur Rechtsprechung außerhalb Europas, insbesondere Kanada und Südafrika, deren Verfassungen ein explizites Grundrecht auf Sicherheit kennen.

²³⁰ Dagegen spricht auch die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes. Die Aufnahme des Begriffs der Sicherheit in den Grundrechtskatalog wurde hier explizit diskutiert, dann aber mit dem Argument abgelehnt, dass Aspekte der Sicherheit schon in den übrigen Einzelgewährleistungen mit umfasst wurden, *G. Robbers*, *Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, 1987, S. 15 ff.; ganz ausführlich dazu auch *W. Cremer*, *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, 2004, S. 260 ff.

²³¹ *UN Menschenrechtsausschuss*, Stellungnahme v. 12. 07. 1990, Rs. Communication No. 195/1985, CCPR/C/39/D/196/1985 (1990) – *William Eduardo Delgado Páez v. Colombia*, Rn. 5.5, abrufbar unter <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session39/195-1985.html>, Stand 08. 07. 2016.

²³² Für eine Anerkennung sprechen sich etwa *R. Pitschas*, *NVwZ* 2002, S. 519 ff. (523 f.); *P. J. Tettinger*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 6 Rn. 24; *C. Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV, AEUV*,

Und ebenfalls unter Bezugnahme auf Art. 6 GRCh erwähnte nun jüngst auch der EuGH in seinem zweiten Urteil zur Vorratsdatenspeicherung erstmals ein eigenständiges Unionsgrundrecht auf Sicherheit.²³³ So heißt es in Rn. 42:

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt die Bekämpfung des internationalen Terrorismus zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung der Union dar [...]. Das Gleiche gilt für die Bekämpfung schwerer Kriminalität zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit [...]. Im Übrigen ist insoweit festzustellen, dass nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit hat.“

Interessant ist dass der EuGH hier davon spricht, dass Art. 6 GRCh „nicht nur“ ein Recht auf Freiheit, „sondern auch“ eines auf Sicherheit gewähre. Damit ist die Verleihung einer eigenständigen Bedeutung an den Begriff der Sicherheit offenkundig. Interessant ist darüber hinaus auch der Kontext: Der EuGH führt das Grundrecht auf Sicherheit als Argument für die Rechtfertigung der mit der Vorratsdatenspeicherung verbundenen Eingriffe in die Unionsfreiheitsrechte, insbesondere die Rechte auf Schutz des Privatlebens und auf Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 7 und 8 GRCh an. Damit spricht er ihm hier gerade keine soziale Funktion zu, wie das etwa *Sarah Fredman* tut,²³⁴ sondern versteht es als *allgemeines*, weil eben allgemeine Sicherheitsmaßnahmen rechtfertigendes Sicherheitsgrundrecht.

Generell überrascht die Erwähnung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts vor dem Hintergrund des im Kapitel zur einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht beschriebenen bisher primär kollektiv-rechtlichen Ansatzes des EuGH.²³⁵ Sollte der Gerichtshof die Anerkennung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts in Zukunft bestätigen, bedeutete dies insoweit eine Wende hin zu einer noch stärker individual-rechtlichen Orientierung, die angesichts der weiterhin ausstehenden Anerkennung der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht als „Zwischenschritt“ dieser Entwicklung umso bemerkenswerter wäre. Eine solche Bestätigung zeichnet sich bereits ab. So hat der EuGH jüngst in einem zweiten Urteil sowie einem Gutachten explizit auf die zitierte Passage aus *Digital Rights Ireland* verwiesen und erneut von einem eigenständigen Grundrecht auf Sicherheit gesprochen.²³⁶ Zudem findet es auch erste Verwendung in den Schlussanträgen der Generalanwälte.²³⁷ Allerdings blieb es auch in dieser Entscheidung, dem Gutachten und in diesen Schlussanträgen bei der bloßen

5. Aufl. 2016, Art. 6 GRCh Rn. 11 f. und *J. H. Klement*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 8 Rn. 89 ff. aus.

²³³ EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238.

²³⁴ *S. Fredman*, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 307 ff.

²³⁵ S. dazu nochmals 2. Teil, Kapitel B. III.: *Kollektiv-rechtliche Schutzgüter als Alternative*.

²³⁶ EuGH, Urt. v. 15.02.2016, Rs. C-601/15 PPU – *J. N.*, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 53 sowie EuGH, Gutachten 1/15 v. 26.07.2017, ECLI:EU:C:2017:592, Rn. 149.

²³⁷ *Y. Bot*, Schlussantr. v. 03.03.2016, Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU – *Aranyosi und Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:140, Rn. 135.

Erwähnung dieses Grundrechts, ohne dass es für den Fall entscheidungserheblich war und ohne dass ihm dogmatische Konturen verliehen worden wären.

Angesichts dieser bisher nur sporadischen Erwähnungen des Sicherheitsgrundrechts ohne konkrete Rechtsfolgen sind die erwähnten Entscheidungspassagen mit Vorsicht zu betrachten und nicht überzubewerten.²³⁸ Es ist aber auch nicht auszuschließen, dass der EuGH hier bewusst „experimentiert“ und zunächst mit einer bloßen Andeutung dieser Rechtsauffassung Reaktionen in der Fach- und in der allgemeinen Öffentlichkeit provozieren will, um die Akzeptanzfähigkeit eines solchen neuen Grundrechts zu eruieren und Debatten in Wissenschaft und Praxis um dessen Sinn und Inhalt anzustoßen.²³⁹ Schon deshalb, vor allem aber auch wegen der im Schrifttum angestoßenen Debatte, lohnt eine Auseinandersetzung mit der Idee eines solchen Unionsgrundrechts, gerade auch wegen der bisher fehlenden näheren rechtsdogmatischen Konturierung.

In der Literatur wird für und gegen die Existenz eines eigenständigen Unionsgrundrechts auf Sicherheit gestritten. Art. 6 GRCh erweist sich in dieser Hinsicht als interpretationsoffene Vorschrift, mit der sich die Existenz wie auch die Inexistenz eines solchen Rechts begründen lassen (dazu I.). Abgesehen davon stellt sich die Frage nach dem grundrechtsdogmatischen Mehrwert eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts angesichts der bereits zur Verfügung stehenden Figuren des legitimen Zwecks zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen und der grundrechtlichen Schutzpflicht als grundrechtsdogmatische Gewänder des Gewährleistungsziels Sicherheit. Zwar könnte bei entsprechender materiell-rechtlicher Ausgestaltung des Sicherheitsgrundrechts ein Mehr an Sicherheit des und der Einzelnen die Folge sein. Allerdings folgt das Unionsverfassungsrecht dem Primat der Freiheit, mit dem ein so verstandenes Sicherheitsgrundrecht wegen seiner oft freiheitsverkürzenden Wirkung in Konflikt geriete (dazu II.). Zudem begünstigte es die Kritik der zunehmenden Vergrundrechtlichung der Politik im Allgemeinen und der Sicherheitspolitik im Besonderen. Es bedeutete einen weiteren Schritt der durch die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht losgetretenen Entwicklung in Richtung eines „Jurisdiktionsstaates“ (bzw. im Kontext der EU einer Jurisdiktionsunion), weil es zu einer Verdichtung grundrechtlicher Ansprüche führte. Diese Verdichtung würde noch stärkere Spannungen zum Prinzip der Gewaltenteilung als die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht verursachen. Daneben würde sie auch einen *Rights Talk* noch stärker begünstigen, was politische Diskurse argumentativ verengte und deshalb eine Beeinträchtigung des Demokratieprinzips bedeutete (dazu III.).

²³⁸ S. Schweda, ZD-Aktuell 2014, 04020, etwa hält zumindest mit Blick auf die erstmalige Erwähnung des Sicherheitsgrundrechts in der Rechtsprechung des EuGH einerseits ein „Versehen“ für möglich, stellt für den Fall der bewussten Anerkennung des Grundrechts aber fest, dass es „– insbesondere vor dem Hintergrund der Art. 52 Abs. 3 Satz 1 und 2 sowie Art. 53 GRCh – spannende Fragen hinsichtlich der Konsequenzen für das gesamte System des EU-Grundrechtsschutzes nach der GRCh und deren Verhältnis zur EMRK“ aufwirft. Auch J. Kühling, NVwZ 2014, S. 681 (682) hält den „Hinweis“ auf das Grundrecht zumindest für interessant.

²³⁹ S. Leuschner, EuR 2016, S. 431 (S. 439 ff.).

I. Art. 6 GRCh als interpretationsoffene Vorschrift

Nach Art. 52 Abs. 3 GRCh dürfen die Chartagrundrechte nicht isoliert, sondern müssen im Lichte der EMRK ausgelegt werden, wenn diese den den Chartarechten entsprechende Verbürgungen enthält. Das durch die Charta gewährleistete Schutzniveau darf das der EMRK insoweit nicht unterschreiten. Zwar ist die Weite des Einflusses der EMRK-Gehalte auf die Auslegung der Grundrechtecharta umstritten.²⁴⁰ Jedenfalls sind sie aber zumindest zu berücksichtigen.

Weil die Wortlaute der Art. 6 GRCh und Art. 5 Abs. 1 EMRK nahezu identisch sind und die Gehalte des Art. 6 GRCh nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 3 sowie denen zu Art. 6 GRCh auch explizit denen des Art. 5 Abs. 1 EMRK entsprechen, greift Art. 52 Abs. 3 GRCh. Dementsprechend rekurriert auch die Literatur bei der Auslegung des Art. 6 GRCh intensiv auf die Literatur und Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 EMRK. Im Folgenden werden deshalb Überblicke sowohl zur Auslegung des Art. 5 Abs. 1 EMRK (dazu 1.) als auch zu Art. 6 GRCh (dazu 2.) gegeben, im Anschluss folgt eine eigene Stellungnahme hierzu (dazu 3.).²⁴¹ Im Ergebnis scheinen die verschiedenen vorgetragenen Argumente für und wider die Verortung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts in Art. 6 GRCh in der Regel nicht abwegig, so dass sich die Vorschrift als insoweit interpretationsoffen erweist und weitere Argumentationsebenen zu bemühen sind (dazu 4.).

1. Sicherheitsrechtliche Gehalte des Art. 5 Abs. 1 EMRK

Nach der Literatur bestehe der Zweck der Vorschrift im Schutz vor unrechtmäßigen und willkürlichen Freiheitsentziehungen.²⁴² Der Begriff Sicherheit sei im Zusammenhang mit dem Freiheitsrecht zu sehen²⁴³ und vor allem als Rechtssicherheit zu verstehen.²⁴⁴ Ihm komme „keine erkennbare eigenständige

²⁴⁰ Einen Überblick geben etwa G. Ziegenhorn, Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta. Genuin chartarechtlicher Grundrechtsschutz gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh, 2009, S. 29 ff. und M. Cornils, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 27 ff.

²⁴¹ Die hierzu folgenden Ausführungen zur Auslegung dieser beiden Vorschriften sind zum Teil wortwörtlich meinem Aufsatz S. Leuschner, EuR 2016, S. 431 (S. 433 ff.) entnommen, aber insbesondere um Hinweise zur Rechtsprechung des EGMR ergänzt.

²⁴² B. Valerius, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, 24. Edition, Stand 01.02.2016, Art. 5 EMRK Rn. 1 mwN. zur Rechtsprechung; O. Dörr, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Art. 5 EMRK Rn. 10 f.; W. Peukert, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 5 EMRK Rn. 1; J. Meyer-Ladewig, in: Meyer-Ladewig (Hrsg.), EMRK. Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 5 EMRK Rn. 1; C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 21 Rn. 1.

²⁴³ J. Meyer-Ladewig, in: Meyer-Ladewig (Hrsg.), EMRK. Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 5 EMRK Rn. 2; W. Peukert, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 5 EMRK Rn. 6.

²⁴⁴ Ebd.; O. Dörr, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Art. 5 EMRK Rn. 32; B. Elberling, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2012, Art. 5 EMRK Rn. 5; B. Valerius, in: Graf

Bedeutung zu²⁴⁵, was vor allem durch systematische Erwägungen im Hinblick auf die übrigen Bestimmungen des Art. 5 EMRK begründet wird, die sich ausschließlich mit Freiheitsentziehungen beschäftigen.²⁴⁶ Jedenfalls die Ausdehnung eines Grundrechts auf Sicherheit auf andere grundrechtlich geschützte Bereiche fernab der körperlichen Bewegungsfreiheit, beispielsweise ein Grundrecht auf ökologische Sicherheit, wäre in systematischer Hinsicht fragwürdig.²⁴⁷ Daneben spreche auch die Entstehungsgeschichte gegen eine eigenständige Bedeutung des Schutzguts der Sicherheit, da dieses während der Beratungen zu Art. 5 EMRK keine Rolle spielte, stattdessen drehten sich die Diskussionen um die Präzision des Verbots der willkürlichen Verhaftung sowie um die Rechtfertigungstatbestände.²⁴⁸ Es bestehe auch kein Bedürfnis für die Anerkennung eigenständiger normativer Gehalte, da diese vor allem für die Begründung von Schutzpflichten relevant würden, welche aber ohnehin aus den jeweiligen Einzelgrundrechten deduziert werden könnten und würden.²⁴⁹ Außerdem deute ein Blick auf die Verfassungsüberlieferungen und die gegenwärtigen Ver-

(Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, 24. Edition, Stand 01.02.2016, Art. 5 EMRK Rn. 2 mwN.

²⁴⁵ O. Dörr, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Art. 5 EMRK Rn. 32, Hervorhebungen entfernt. Dies explizit ablehnend W. Peukert, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 5 EMRK Rn. 5 f.

²⁴⁶ O. Dörr, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Art. 5 EMRK Rn. 32; L. Jaeckel, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S. 118. Das Argument hält aber den *UN-Menschenrechtsausschuss* nicht davon ab, aus dem mit Art. 5 Abs. 1 EMRK fast wortgleichen Art. 9 Abs. 1 S. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit zu deduzieren, obwohl die Vorschrift wie auch Art. 5 EMRK ebenfalls nur Schranken des Menschenrechts auf Freiheit, nicht aber eines Menschenrechts auf Sicherheit formuliert, *UN Menschenrechtsausschuss*, Stellungnahme v. 12.07.1990, Rs. Communication No. 195/1985, CCPR/C/39/D/196/1985 (1990) – *William Eduardo Delgado Páez v. Colombia*, Rn. 5.5, abrufbar unter <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session39/195-1985.html>, Stand 08.07.2016.

²⁴⁷ P. Szczekalla, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht. Eine systematische Darstellung des europäischen Umweltrechts mit seinen Auswirkungen auf das deutsche Recht und mit rechtspolitischen Perspektiven, 2. Aufl. 2003, § 12 Rn. 37. Ähnlich auch L. Jaeckel, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S. 118: Durch die Beschränkung eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit auf den Bereich der körperlichen Freiheit und der persönlichen Integrität aufgrund der expliziten Erwähnung in Art. 5 EMRK würde im Umkehrschluss entsprechende Gewährleistungsgehalte in anderen grundrechtlich geschützten Bereichen negieren, obwohl sie dort ebenso dringlich erscheinen. Da dies nicht überzeugt, müsste man Art. 5 EMRK als Grundlage für ähnliche Gewährleistungen, insbesondere Schutzpflichten auch in Bereichen außerhalb des Art. 5 EMRK heranziehen, was wiederum die Norm überdehnte.

²⁴⁸ Ebd. mit entsprechenden Nachweisen. Skeptisch zu diesem Argument M. Baldus, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 14 Rn. 8, der die travaux préparatoires wegen der fehlenden Diskussionen um den Inhalt des Sicherheitsbegriffs für unergiebig hält.

²⁴⁹ H.-W. Rengeling/P. Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, 2004, S. 653.

fassungsrechte der EU-Mitgliedstaaten, die zugleich Konventionsstaaten sind, nicht auf einen eigenständigen sicherheitsrechtlichen Gehalt der Vorschrift.²⁵⁰ Insgesamt könne über das Recht auf Sicherheit aus Art. 5 EMRK kein Eingriff in andere Rechte gerechtfertigt werden.²⁵¹

Insofern greift die Literatur die Rechtsprechung des EGMR auf,²⁵² der dem Schutzgut Sicherheit bisher kaum Bedeutung beigemessen hat. Der Gerichtshof selbst hat in einer früheren Entscheidung die Eigenständigkeit des Schutzguts Sicherheit bis dato verneint, wenn auch ohne Begründung und ohne diese Möglichkeit generell auszuschließen:

„The Court recalls that the primary concern of Article 5 §1 of the Convention is protection from an arbitrary deprivation of liberty. The notion of security of person has not been given an independent interpretation [...]“²⁵³

Tatsächlich wird das Recht auf Sicherheit stets im Zusammenhang mit dem Recht auf Freiheit genannt. So stellte es in einem Fall, in dem eine Person aufgrund einer staatlichen Maßnahme plötzlich spurlos verschwand, fest:

„The requirements of Article 5 §§3 and 4 with their emphasis on promptitude and judicial control assume particular importance in this context. Prompt judicial intervention may lead to the detection and prevention of life-threatening measures or serious ill-treatment which violate the fundamental guarantees contained in Articles 2 and 3 of the Convention [...]. What is at stake is both the protection of the physical liberty of individuals as well as their personal security in a context which, in the absence of safeguards, could result in a subversion of the rule of law and place detainees beyond the reach of the most rudimentary forms of legal protection.“²⁵⁴

Generell leitet der EGMR aus Art. 5 EMRK Aufzeichnungspflichten über Umstände von Festnahmen ab, um die rechtliche Überprüfbarkeit zu gewährleisten.²⁵⁵ Zum Teil wird deshalb dem Schutzgut Sicherheit in Fällen geheimer Verhaftungen mit Blick auf die Verpflichtung, solchen Fällen nachzugehen und diese aufzuklären, ein Eigenwert zugesprochen.²⁵⁶

²⁵⁰ M. Baldus, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 14 Rn. 6.

²⁵¹ B. Elberling, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten 2012, Art. 5 EMRK Rn. 5.

²⁵² Für diesen Ansatz exemplarisch P. Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, 2002, S. 771 f., dessen Ausgangspunkt die EGMR-Rechtsprechung ist.

²⁵³ EGMR, Urteil v. 01. 06. 2004, Rs. 24561/94 – *Altun vs. Turkey*, ECLI:CE:ECHR:2004:0601JUD002456194, Rn. 57.

²⁵⁴ EGMR, Urteil v. 25. 05. 1998, Rs. 24276/94 – *Kurt vs. Turkey*, ECLI:CE:ECHR:1998:08:0525JUD002427694, Rn. 123. Weitere Nachweise dieser Art bei O. Dörr, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Art. 5 EMRK Rn. 32 Fn. 116.

²⁵⁵ EGMR, Urteil v. 25. 05. 1998, Rs. 24276/94 – *Kurt vs. Turkey*, ECLI:CE:ECHR:1998:08:0525JUD002427694, Rn. 125. Weitere Nachweise bei P. J. Tettinger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 6 GRCh.

²⁵⁶ W. Peukert, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 5 EMRK Rn. 5 f. mit weiteren Nachweisen. Auch er erkennt folglich aber die Notwendigkeit des Konnexes zum Freiheitsentzug an.

An anderer Stelle hat dann auch der EGMR dem Schutzgut Sicherheit einen gewissen Eigenwert durch eine explizite Abgrenzung vom Recht auf Freiheit zugesprochen. In einem Fall hatte der Gerichtshof über die Rechtmäßigkeit einer de-facto-Auslieferung durch französische Behörden trotz einer entgegenstehenden gerichtlichen Entscheidung zu befinden. Ein in Italien in Abwesenheit verurteilter Italiener war nach Frankreich geflohen, um der italienischen Strafvollstreckung zu entgehen. In Frankreich stand die Rechtmäßigkeit der Auslieferung des Betroffenen an Italien in Frage. Die zuständigen französischen Gerichte befanden die italienische Verurteilung in Abwesenheit als unvereinbar mit französischem Recht und untersagten daher die Auslieferung. Gleichwohl wurde der Betroffene durch französische Beamte in Gewahrsam genommen, in die Schweiz verbracht und von dort aus dann von den schweizerischen Behörden an Italien ausgeliefert. In diesem Zusammenhang stellt der EGMR fest:

„The main issue to be determined is whether the disputed detention was ‚lawful‘, including whether it was in accordance with ‚a procedure prescribed by law‘. The Convention here refers essentially to national law and establishes the need to apply its rules, but it also requires that any measure depriving the individual of his liberty must be compatible with the purpose of Article 5 (art. 5), namely to protect the individual from arbitrariness [...]. What is at stake here is not only the ‚right to liberty‘ but also the ‚right to security of person‘.“²⁵⁷

„Viewing the circumstances of the case as a whole and having regard to the volume of material pointing in the same direction, the Court consequently concludes that the applicant’s deprivation of liberty in the night of 26 to 27 October 1975 was neither ‚lawful‘, within the meaning of Article 5 § 1 (f) (art. 5-1-f), nor compatible with the ‚right to security of person‘. Depriving Mr. Bozano of his liberty in this way amounted in fact to a disguised form of extradition designed to circumvent the negative ruling of 15 May 1979 by the Indictment Division of the Limoges Court of Appeal, and not to ‚detention‘ necessary in the ordinary course of ‚action ... taken with a view to deportation‘. The findings of the presiding judge of the Paris tribunal de grande instance – even if obiter – and of the Limoges Administrative Court, even if that court had only to determine the lawfulness of the order of 17 September 1979, are of the utmost importance in the Court’s view; they illustrate the vigilance displayed by the French courts.

There has accordingly been a breach of Article 5 § 1 (art. 5-1) of the Convention.“²⁵⁸

Zwar spricht der EGMR hier explizit von einem eigenständigen Grundrecht auf Sicherheit. Allerdings steht auch dieses hier in engem Zusammenhang zum Grundrecht auf Freiheit und entfaltet es seine Wirksamkeit nur wegen dieses Konnexes. Es scheint dem Gerichtshof um die Verhinderung von Willkür zu gehen, was durch den Respekt vor in rechtsstaatlichen Verfahren getroffenen judikativen Entscheidungen erreicht werden kann. Insofern bestätigt dieses Urteil die Auffassung, dass Sicherheit im Sinne des Art. 5 EMRK vor allem als Rechtssicherheit zu verstehen sei. Auch später wiederholt der EGMR diese

²⁵⁷ EGMR, Urteil v. 18.12.1986, Rs. 9990/82 – *Bozano v. France*, ECLI:CE:ECHR:1986:1218JUD000999082, Rn. 54.

²⁵⁸ Ebd.

Rechtsprechung.²⁵⁹ Jedenfalls versteht er unter dem Grundrecht auf Sicherheit kein Grundrecht auf Sicherheit in dem Sinne, dass der oder die Einzelne einen Anspruch gegen den Staat auf Schutz vor Bedrohungen durch Dritte hätte.²⁶⁰ Der über die Gewährleistungen des Grundrechts auf Freiheit hinausgehende Schutzgehalt dieses Grundrechts bleibt daher auch nach diesem Urteil unklar,²⁶¹ insbesondere, weil der EGMR neben dem bereits erwähnten Urteil (s. o.) auch in jüngerer Zeit die Eigenständigkeit dieses Grundrechts auf Sicherheit wieder explizit verneint hat:

„The Court reiterates that the expression ‚liberty and security of person‘ in Article 5 § 1 must be read as a single right and that, consequently, ‚security‘ should be understood in the context of ‚liberty‘. The protection of ‚security‘ is concerned with guaranteeing an individual’s personal liberty against arbitrary interference by a public authority [...]. The ‚security‘ clause reminds the national authorities of the requisite obligation to follow the rule-of-law safeguards and other rudimentary forms of legal protection when the deprivation of a person’s liberty is at stake [...].“²⁶²

Auch hier stellt der EGMR noch einmal die Bedeutung des Schutzguts Sicherheit als Rechtssicherheit heraus²⁶³:

„The Court is of the opinion that the ‚right to security of person‘ was understood by the authors of the Convention to imply more than just an obligation to give legal protection to a person’s physical liberty [...]. Thus, the intention to deprive or otherwise affect an individual’s physical liberty should not, in the normal course of events, be consciously hidden by the authorities [...]. The individual should be able to resort, if need be, to the available and legitimate remedies aimed at opposing the authorities’ actions and preserving his or her liberty [...]. When a person’s liberty is at stake, it is particularly important that the general principle of legal certainty is satisfied. It is essential that the statutory criminal law, as well as the authorities’ formal decisions and actions, are accessible and unequivocal to such an extent that the person – if need be, with appropriate advice – is able to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail [...]. The Court has assumed that an arrest under circumstances which undermine the principles of legal certainty could, in principle, entail a breach of the right to security of [...].“²⁶⁴

²⁵⁹ EGMR, Urteil v. 12. 05. 2005, Rs. 46221/99 – *Öcalan v. Turkey*, ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199, Rn. 83.

²⁶⁰ So auch O. Dörr, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Art. 5 EMRK Rn. 16. ohne in diesem Zusammenhang Bezug auf das Urteil zu nehmen. Konkret auf dieses und ein weiteres Urteil bezogen spricht er dann aber auch von einer „Affirmation des Willkürschutzes“, ebd.

²⁶¹ Ebd.

²⁶² EGMR, Urteil v. 13. 01. 2009, Rs. 37048/04 – *Nikolaishvili v. Georgia*, ECLI:CE:ECHR:2009:0113JUD003704804, Rn. 52.

²⁶³ Zahlreiche weitere Nachweise finden sich auch bei P. Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, 2002, S. 771 f.

²⁶⁴ EGMR, Urteil v. 13. 01. 2009, Rs. 37048/04 – *Nikolaishvili v. Georgia*, ECLI:CE:ECHR:2009:0113JUD003704804, Rn. 53. Insofern stellt das Prinzip der Rechtssicherheit den „Kern“ des Rechts auf Sicherheit dar, O. Dörr, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Art. 5 EMRK Rn. 33.

Insgesamt lässt sich damit feststellen, dass der EGMR sowie die h. M. in der Literatur das Schutzgut Sicherheit nicht im Sinne des Schutzes *durch*, sondern *vor* dem Staat verstehen.

Zwar sprechen sich Teile der Literatur vereinzelt für ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit mit eigenen, von der Garantie der Freiheit unabhängigen Gewährleistungen aus.²⁶⁵ Der Schutz vor Willkür und die Gewährung von Rechtssicherheit erwachsen bereits aus dem Grundrecht auf Sicherheit und bedürften keiner gesonderten Erwähnung durch den Zusatz „und Sicherheit“, zumal dieses nach allgemeinem Verständnis einen über die Beschränkungen der Freiheit hinausgehenden Gewährleistungsgehalt suggeriere; vielmehr sollte die Vorschrift auch vor Gefahren für die physische Integrität generell schützen, beispielsweise vor Bedrohungen von Zuschauern bei der Durchführung polizeilicher Maßnahmen.²⁶⁶ Das Grundrecht gewähre neben dem Abwehrrecht auf Schutz der Freiheit auch ein Komplementärrecht, das einen „Anspruch des Einzelnen auf effektive Garantie der eigenen persönlichen Sicherheit gegenüber Dritten“²⁶⁷ verleihe. In dem Schutzgut könnte man durchaus auch die Garantie der „Freiheit von Furcht“²⁶⁸ und damit letztlich ein allgemeines Grundrecht auf Sicherheit vor Übergriffen Dritter verstehen.

²⁶⁵ Generelle Nachweise z. B. bei *L. Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S. 117f.; *M. Baldus*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 14 Rn. 8. und *P. Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, 2002, S. 772 Fn. 1641. *Szczekalla* selbst hält diese gängige Interpretation mit Verweis auf die Ansichten des *UN-Menschenrechtsausschusses* zu Art. 9 Abs. 1 S. 1 IPbPürgR zumindest für nicht zwingend, bleibt aber aus systematischen Erwägungen ebenfalls skeptisch, ebd.

²⁶⁶ *E. Bleichrodt*, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak (Hrsg.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl. 2006, Art. 5 EMRK S. 457.

²⁶⁷ *R. Pitschas*, NVwZ 2002, S. 519 (523). Art. 5 EMRK werde von Art. 6 GRCh mehr oder weniger gespiegelt und gebe dem Bürger einen Anspruch auf Inanspruchnahme der Leistungen privater Sicherheitsdienstleister oder die Wahrnehmung der sicherheitstechnischen Eigenverantwortung auf anderen Wegen, ebd.

²⁶⁸ *R. Herzog*, AöR 1961, S. 194 (201) der die Frage aber offen lässt und lediglich feststellt, dass wegen der gesonderten Nennung des Schutzgutes der Sicherheit ein etwaiges Recht auf „Freiheit von Furcht“ zumindest nicht von dem Schutzgut der Freiheit umfasst sei. Deutlicher in Richtung eines Rechts auf „Schutz vor Beunruhigung“ argumentiert *Herzog* in *R. Herzog*, Grundrechtsbeschränkung nach dem Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention, 1958, S. 17. Insgesamt ist die Frage streitig, Nachweise für die Befürworter dieser Ansicht finden sich bei *L. Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S. 117. Fn. 78 oder – für das Grundgesetz – *J. Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR IX*, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 254. Dieser selbst lehnt jedenfalls ein Recht auf Schutz vor Angst, der keine objektive Gefahrenlage zugrunde liegt, ab, ebd. A. A. – für das Menschenrecht auf Sicherheit allgemein und nicht beschränkt auf die EMRK oder das Grundgesetz – ist etwa *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, S. 226f., der auch den Schutz vor nur subjektiv begründeten Ängsten umfasst sieht. Zwar nutzen beide Autoren den Begriff des Grundrechts auf Sicherheit lediglich als Sammelbezeichnung für die einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten. Weil das Recht auf

2. Sicherheitsrechtliche Gehalte des Art. 6 GRCh

Maßgeblich in Anlehnung an das Verständnis von Art. 5 EMRK wird die Anerkennung eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit auch im Hinblick auf Art. 6 GRCh überwiegend verneint.²⁶⁹ Der Begriff der Sicherheit sei dem französischen Rechtsraum entlehnt (*sûreté*), dieser wiederum sei gleichbedeutend mit dem der Freiheit,²⁷⁰ er wurde stets als Schutz vor willkürliche Festnahme und Haft verstanden.²⁷¹

Andererseits gibt es auch Stimmen, die sich für die Anerkennung eines eigenständigen Unionsgrundrechts auf Sicherheit aussprechen. Anknüpfend an Art. 6 GRCh wird die Existenz eines Grundrechts auf Sicherheit bejaht, die sich aus der supranationalen Rechtsordnung „insgesamt“ erbe; das Grundrecht enthalte einen „individuellen Anspruch auf hoheitlich-kooperative Verbrechensbekämpfung und Kriminalitätsvorsorge sowie eine entsprechend ‚europäisierte‘ Schutz- und Vorsorgepflicht [...], andererseits [umschließt es] aber auch die grundrechtlich gesicherte Kompetenz des Bürgers [...], innere Sicherheit für ihn in Eigenverantwortung durch Aufträge an private Sicherheitsdienstleister oder in anderer Weise zu verwirklichen.“²⁷² Angesichts der sicherheitsrechtlichen Entwicklungen nach den Terroranschlägen von New York und Madrid und den damit einhergehenden Verankerungen im europäischen Primärrecht werde mit Art. 6 GRCh nun ein Grundrecht auf Sicherheit etabliert, das über die abwehr-

Freiheit vor Angst und Furcht aber Teilaspekt sowohl der grundrechtlichen Schutzpflichten als auch eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts sein kann, lassen sich die Erwägungen auch auf Letzteres übertragen. In EGMR, Urteil v. 28. 11. 1997, Rs. 23186/94 – *Mentes and others vs. Turkey*, ECLI:CE:ECHR:1997:1128JUD002318694, Rn. 78 ff. stand die Frage nach der Existenz eines solchen Rechts im Raum. Da die Kommission diese Frage aber verneinte und sie von den Beschwerdeführern auch nicht weiter für ein solches Recht streiten wollten konnte der Gerichtshof die Frage offen lassen. Diesbezüglich a. A. ist P.J. Tettinger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 6 GRCh Rn. 7, der von einer Ablehnung eines solchen Rechts durch den Gerichtshof ausgeht. Zum Sicherheitsgefühl als Rechtsgut äußern sich unabhängig von der dogmatischen Konstruktion des Grundrechts auf Sicherheit auch etwa V. Götz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 26, der meint, dass man bei der Frage nach der Eigenschaft des Sicherheitsgefühls als geschütztes Rechtsgut nicht zögern würde, dies zu verneinen, während nach C. Gusy, VVDStRL 63 (2004), S. 151 ff. (160 und 182) das subjektive Sicherheitsgefühl als „prinzipiell eine grundrechtlich geschützte, dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zuzuordnende Angelegenheit des Menschen“ sei, dessen Schutz aber nicht geeignet sei, „eigenständige Befugnisse zu Eingriffen in Rechte Dritter zu begründen.“

²⁶⁹ M. Ogorek, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta. Kommentar, München 2016, Art. 6 Rn. 8; H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 6 GRCh Rn. 6f.; N. Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 12; M. Baldus, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 14 Rn. 7ff.; H.-W. Rengeling/P. Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, 2004, S. 653.

²⁷⁰ N. Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 6 GRCh Rn. 12.

²⁷¹ M. Baldus, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 14 Rn. 11; I. Augsberg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 6 GRCh Rn. 1.

²⁷² R. Pitschas, NVwZ 2002, S. 519 (523 f.), allerdings ohne nähere Begründung.

rechtliche Funktion der Ursprungsnorm des Art. 5 EMRK hinausgehe; die Sicherheit trete mit grundrechtlich fundiertem Verfassungsrang neben die neuen vertraglichen Ziele im Bereich der Sicherheit.²⁷³ Schon angesichts des Wortlauts des Art. 6 GRCh, der die Sicherheit explizit erwähne und auch angesichts der durchaus offenen Diskussionen darum im Grundrechtekonvent verwundere das „Verschwinden“ des Sicherheitsgrundrechts; tatsächlich spiegele es den durch die Vorschriften der Art. 67 ff. AEUV zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zum Ausdruck gebrachten Idee des Dreiklangs von Freiheit, Sicherheit und Recht auch grundrechtsdogmatisch wider.²⁷⁴ Mit Blick auf die gestiegene und vertraglich reflektierte Sicherheitsverantwortung der EU vermittele Art. 6 GRCh eine mit dem allgemeinen Achtungsgebot aus Art. 1 GRCh korrespondierende allgemeine grundrechtliche Schutzpflicht, die allerdings im Wege der Subsidiarität hinter die entsprechenden Gewährleistungen der Einzelgrundrechte zurücktrete.²⁷⁵

3. Stellungnahme

Zumindest gegen den kategorischen Ausschluss der Existenz eines eigenständigen Unionsgrundrechts auf Sicherheit spricht der Umstand, dass die Eigenständigkeit eines solchen Grundrechts im Grundrechtekonvent offen diskutiert und von einigen Mitgliedern auch favorisiert wurde. Gestritten wurde einerseits um die Streichung des Begriffs der Sicherheit, andererseits um seine Ausdehnung auf den „individuellen und familiären Bereich“ und um die Ergänzung des Passus „dass die Gesellschaft so zu gestalten ist, dass die Sicherheit von Personen und Gütern gewährleistet ist.“²⁷⁶ In keiner der vom Konventspräsidium vorgeschlagenen Artikelformulierungen wurden diese Wünsche berücksichtigt. Der Wortlaut des heutigen Art. 6 GRCh war schon in der ersten Fassung enthalten und lediglich um die Schrankenvorbehalte des Art. 5 EMRK ergänzt, die dann sukzessive gestrichen wurden.²⁷⁷ In der Nichterweiterung des Wortlauts um weitere Sicherheitsaspekte, die über die Gehalte des Art. 5 Abs. 1 EMRK hinausgehen, wird ein Argument gegen die Anerkennung eines eigenständigen Schutzgehalts gesehen.²⁷⁸ Freilich kann dem entgegengesetzt

²⁷³ P.J. Tettinger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 6 GRCh Rn. 24.

²⁷⁴ Ebd., Rn. 89 ff. und insbesondere Rn. 92.

²⁷⁵ C. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 6 GRCh Rn. 11 f.

²⁷⁶ 12. Protokoll der Zwölften Sitzung des Kovents (informelle Tagung) am 19./20. Juni 2000, abgedruckt in N. Bernsdorff/M. Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 262 ff., S. 275; N. Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 6 GRCh Rn. 6 ff.

²⁷⁷ Hinweise zu den früheren Formulierungsvorschlägen samt Nachweisen der im Internet zugänglichen Quellen finden sich bei N. Bernsdorff/M. Borowsky, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 79 f.

²⁷⁸ M. Baldus, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 14 Rn. 15.

werden, dass auch der Begriff der Sicherheit trotz seiner Missverständlichkeit und unterschiedlicher Deutung der Konventsmitglieder nicht gestrichen und die Frage nach der Existenz eines Sicherheitsgrundrechts damit gerade offen gehalten wurde.²⁷⁹ Insofern liefert die Entstehungsgeschichte gerade keine klaren Argumente für oder gegen das Unionsgrundrecht auf Sicherheit.

Ein starkes Argument gegen die Anerkennung eines Unionsgrundrechts auf Sicherheit bleibt indes die Konvergenzklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh in Verbindung mit dem Mangel eines korrespondierenden Sicherheitsgrundrechts in der EMRK, wenn man davon ausgeht, dass ein solches Recht als Eingriffstitel in kollidierende Freiheitsgrundrechte fungieren kann, weil hierdurch der Schutzstandard der unionalen Freiheitsgrundrechte den der ihnen korrespondierenden Freiheitsgrundrechte der EMRK, deren Beschränkungen mit einem korrespondieren konventionsrechtlichen Sicherheitsgrundrecht gerade nicht gerechtfertigt werden können, sonst unterschreiten würde.²⁸⁰ Zwar ist nach wie vor durchaus offen, wie stark die korrespondierenden EMRK-Grundrechte gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh als Maßstab für die Auslegung der Chartagrundrechte fungieren.²⁸¹ Denn insbesondere dürfte der von Art. 52 Abs. 3 GRCh geforderter Vergleich von Schutzniveaustandards kaum abstrakt, sondern allenfalls in konkreten Einzelfällen möglich sein, weil das Schutzniveau des einen Grundrechts immer auch von seinem Rangverhältnis zum anderen Grundrecht abhängig ist – was sich unter anderem etwa in der Formulierung qualifizierter Schrankenvorbehalte für einige, nur einfache Schrankenvorbehalte für andere Grundrechte verdeutlicht.²⁸² Ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit wirkt wegen seines vornehmlichen Modus „Schutz durch Eingriff“ aber quasi wie eine abstrakte Grundrechtsschranke.²⁸³ Es hat das Potential, mehr oder weniger sämtliche Freiheitsgrundrechte zu relativieren. Deshalb lässt sich mit Blick auf seine Anerkennung trotz aller sich aus Art. 52 Abs. 3 GRCh ergebender Schwierigkeiten doch vermuten, dass ein solches Grundrecht das Schutzniveau der betroffenen Freiheitsgrundrechte, die eine Entsprechung in der EMRK finden, senken würde. Befürworter_innen des Unionsgrundrechts auf Sicherheit lassen dies entweder völlig unberücksichtigt oder stellen den Mangel eines korrespondierenden EMRK-Sicherheitsgrund-

²⁷⁹ Darauf weist auch J. H. Klement, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 8 Rn. 91 hin.

²⁸⁰ S. zu dieser These eingehend 2. Teil, Unterkapitel C. II. d.: *Stabilisierungsfunktion des europäischen Grundrechtsverbunds*.

²⁸¹ Die Frage, wie strikt die EMRK-Grundrechte gem. Art. 52 Abs. 3 GRCh zu berücksichtigen sind, ist wie bereits erwähnt umstritten, s. dazu G. Ziegenhorn, Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta. Genuin chartarechtlicher Grundrechtsschutz gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh, 2009, S. 29 ff. oder M. Cornils, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 27 ff.

²⁸² S. zum Problem der Schutzniveauvergleichbarkeit ebd., Rn. 35 ff., der sich deshalb für eine Deutung des Art. 52 Abs. 3 GRCh als bloßer Berücksichtigungspflicht bei gleichzeitig mehr oder weniger autonomer Auslegung der Chartagrundrechte ausspricht.

²⁸³ Freilich entfalten aber nicht alle Sicherheitsmaßnahmen freiheitsbeschränkenden Charakter.

rechts in Frage und setzen sich der Rechtsprechung des EGMR sogar bewusst entgegen.²⁸⁴

Demgegenüber ist allerdings nicht auszuschließen, dass der EGMR ein ähnliches Sicherheitrecht – vielleicht auch gerade etwa in Anknüpfung an eine in diese Richtung fortgeführte Rechtsprechung des EuGH – zukünftig doch anerkennen wird, weil er bis heute die Eignung des Begriffs der Sicherheit als wirklich eigenständiges Tatbestandsmerkmal zumindest nicht explizit und abschließend ausgeschlossen hat.²⁸⁵ Deshalb lässt schon allein diese Offenheit zumindest gewissen Raum für die Anerkennung eines Sicherheitsgrundrechts auf Unionsebene trotz Art. 52 Abs. 3 GRCh. Dies gilt umso mehr, weil infolge einer sich wandelnden Sicherheitskultur mit expandierendem Sicherheitsbegriff²⁸⁶ auch in der Rechtsprechung des EGMR in jüngerer Zeit verstärkt zu beobachtende Versicherheitlichungstendenzen auftreten, in deren Folge Rechtfertigungshürden für Grundrechtseingriffe sinken²⁸⁷ und die langfristig auch die Anerkennung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts begünstigen könnten.

4. Zwischenergebnis

Die verschiedenen auslegungsmethodischen Argumente zur Verortung oder Nichtverortung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts in Art. 6 GRCh verfolgen selten einen ganzheitlichen Ansatz und scheinen oft mehr oder weniger gleichermaßen vertretbar. Die bisherige Rechtsprechung des EGMR zum korrespondierenden und deshalb für die Auslegung des Art. 6 GRCh maßgeblichen, mehr noch *entscheidenden* Art. 5 Abs. 1 EMRK spricht zwar gegen ein eigenständiges Unionsgrundrecht auf Sicherheit, schließt dieses aber auch nicht völlig aus. Im Ergebnis erweist sich Art. 6 GRCh damit aus *juristisch-hermeneutischer* Perspektive als interpretationsoffen genug, um gleichermaßen vertretbar ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit aus ihm zu deduzieren, als auch dieses abzulehnen. Es bedarf deshalb der Heranziehung weiterer Argumentationsebenen mit Blick auf die Frage nach der Anerkennung eines solchen Grundrechts.

²⁸⁴ Letzteres tut etwa *J. H. Klement*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEur II*, 2014, § 8 Rn. 89 ff.

²⁸⁵ Angesichts der Herleitung eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit aus Art. 9 IPbPR durch den UN-Menschenrechtsausschuss hält auch *P. Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer »gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion«, 2002, S. 772 eine entsprechende Anerkennung durch den EGMR trotz der bisher nicht in diese Richtung deutenden Rechtsprechung für möglich, die weitere Entwicklung bleibe hier abzuwarten.

²⁸⁶ S. dazu *C. Daase*, in: Zoche/Kaufmann/Haverkamp (Hrsg.), *Zivile Sicherheit. Gesellschaftliche Dimensionen gegenwärtiger Sicherheitspolitiken*, 2011, S. 139 ff.

²⁸⁷ *J. Kremer*, in: Fichera/Kremer (Hrsg.), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution*, 2013, S. 7 ff. (24 ff.). Siehe zu Begriff und Theorie der Versicherheitlichung schon 1. Teil, Unterkapitel D.: *Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt*.

II. Der grundrechtsdogmatische Mehrwert des Grundrechts auf Sicherheit und die Freiheit als Grenze

Die begrenzte Leistungsfähigkeit der juristisch-hermeneutischen Methode erfordert einen Perspektivenwechsel. Es ist deshalb weiter aus *rechtsdogmatischer* Sicht zu fragen, worin der Mehrwert eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts neben seiner vor allem gegenüber der weithin anerkannten Figur der aus den Einzelgrundrechten abgeleiteten grundrechtlichen Schutzpflicht liegen soll, können sich doch mit Blick auf ihre Schutzgehalte beide überschneiden.²⁸⁸

Peter Szczekalla sieht in einem neben den einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten stehenden Grundrecht auf Sicherheit keinen grundrechtsdogmatischen, sondern allenfalls rhetorischen Mehrwert.²⁸⁹ Ähnlich meint *Christoph Gusy*, weil etwaige grundrechtliche Sicherheitsansprüche schon wegen der *Paradoxien* der Sicherheit nie erfüllt werden könnten, könne das Grundrecht auf Sicherheit nur *appellative* Wirkung entfalten.²⁹⁰ *Horst Meier* bezeichnet es als „Chiffre für das Bedürfnis nach innerer Sicherheit“, welche

„allenfalls eine wohlklingende Ordnungsrhetorik [liefere], in die Innenminister verfallen, sobald Außergewöhnliches passiert. Verfassungsrechtlich gesehen ist die organisierte Ungewissheit, die man gemeinhin ‚Sicherheit‘ nennt, ein Staatszweck neben anderen, aber kein Grundrecht.“²⁹¹

Angesichts des Umstandes, dass eine Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten durch den EuGH bisher ausgeblieben ist, liegt es nahe, dass dieser das Sicherheitsgrundrecht gewissermaßen als Ersatzfigur für die grundrechtlichen Schutzpflichten etabliert, er in materiell-rechtlicher Hinsicht damit letztlich aber keine weiteren sicherheitsgrundrechtlichen Gehalte anerkennt. Das Grundrecht wäre dann im Sinne *Isensees* gerade als Sammelbegriff für die Gesamtheit der bereichsspezifischen grundrechtlichen Schutzpflichten zu verstehen²⁹² und hätte mit anderen Worten tatsächlich nur appellative oder rhetorische Wirkung. Auch die Entscheidung des UN-Menschenrechtsausschusses zur Herleitung eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) könnte in diesem auf die Schutzpflichtenfunktion beschränkten Sinne verstanden werden und deshalb als Vorbild auch für eine entsprechende Konzeption eines etwaigen Unionsgrundrechts dienen, weil er mit der Effektivierung des Grundrechtsschutzes durch die staatliche Verpflichtung zum Schutz vor Übergriffen Dritter

²⁸⁸ *J. H. Klement*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 8 der Überschneidungen schlicht für nicht schädlich hält und nicht näher nach dem konkreten grundrechtsdogmatischen Mehrwert des Sicherheitsgrundrechts fragt.

²⁸⁹ *P. Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, 2002, S. 247 f.

²⁹⁰ *C. Gusy*, *VVDStRL* 63 (2004), S. 151 ff. (169 f.) Siehe zu den Paradoxien der Sicherheit bereits 1. Teil, Unterkapitel C.: *Sicherheit als Paradoxon*.

²⁹¹ *H. Meier*, *Merkur* 2003, S. 174 (176 f.).

²⁹² S. dazu bereits Fn. 224.

die gleiche Begründung anführt, die auch die Figur der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht trägt. So stellt er fest:

„Although in the Covenant the only reference to the right to security of person is to be found in article 9, there is no evidence that it was intended to narrow the concept of the right to security only to situations of formal deprivation of liberty. At the same time, State parties have undertaken to guarantee the rights enshrined in the Covenant. It cannot be the case that, as a matter of law, States can ignore known threats to the life of persons under their jurisdiction, just because that he or she is not arrested or otherwise detained. State parties are under an obligation to take reasonable and appropriate measures to protect them. An interpretation of article 9 which would allow a State party to ignore threats to the personal security of non-detained persons within its jurisdiction would render totally ineffective the guarantees of the Covenant.“²⁹³

Allerdings erkennt der EuGH im Bereich der den Grundrechten sehr ähnlichen Grundfreiheiten bereits Schutzpflichten an.²⁹⁴ Eine entsprechende Verortung grundrechtlicher Schutzpflichten in einem eigenen Grundrecht anstelle der bereichsspezifischen Grundrechte führte deshalb zu einer gewissen rechtsdogmatischen Inkonsistenz innerhalb der unionalen Grundrechtsdogmatik. Vielmehr ist daher die Anerkennung auch unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten in der Literatur bereits vollzogen und auch durch den EuGH zu erwarten. Unter dieser Prämisse stünde das Unionsgrundrecht auf Sicherheit neben den einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten, ohne aber einen rechtsdogmatischen Eigenwert aufzuweisen. Eine Dopplung von Rechtsgehalten durch die Repräsentation mittels verschiedener dogmatischer Institute ist aus Gründen der Rechtsklarheit abzulehnen.²⁹⁵ Zudem anerkennt auch der EGMR, die grundrechtlichen Schutzpflichten seit Jahrzehnten und zieht sie dem Konzept eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit vor, obgleich der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 EMRK wie der des Art. 9 Abs. 1 S. 1 IPbPR explizit von einem Grundrecht auf Freiheit und Sicherheit spricht. Zwar zwingt Art. 52 Abs. 3 GRCh nicht zu einer entsprechenden Ableitung grundrechtlicher Schutzpflichten aus den zu den EMRK-Rechten korrespondierenden Chartagrundrechten, weil auch über die „Sammelfigur“ des Grundrechts auf Sicherheit das von der EMRK vorgegebene Schutzniveau gewahrt werden kann. Gleichwohl führte diese unterschiedliche Verortung zumindest zu Verwirrungen und ist deshalb

²⁹³ UN Menschenrechtsausschuss, Stellungnahme v. 12.07.1990, Rs. Communication No. 195/1985, CCPR/C/39/D/196/1985 (1990) – *William Eduardo Delgado Páez v. Colombia*, Rn. 5.5, abrufbar unter <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session39/195-1985.html>, Stand 08.07.2016. Freilich kann diese Auslegung auch der Grundstein für ein Grundrecht auf Sicherheit sein, das viel weitergehende sicherheitsrechtliche Gewährleistungsgehalte aufweist.

²⁹⁴ S. dazu nochmals EuGH, Urteil v. 9.12.1997, Rs. C-265/95 – *EuGH/Kommission/Frankreich – Agrarblockaden*, ECLI:EU:C:1997:595, Rn. 30 ff.

²⁹⁵ Fraglich ist, ob das Unionsrecht solche Dopplungen nicht gleichwohl kennt. So treten die Ziele des Gesundheits- des Umwelt- und des Verbraucherschutzes einerseits als Querschnittsklauseln in den Art. 168 Abs. 1, Art. 11 und 12 AEUV, andererseits als chartagrundrechtliche Grundsätze in den Art. 35 S. 2, Art. 37 und 38 GRCh auf. Es ist aber nicht abwegig, den Querschnittsklauseln und Grundsätzen unterschiedliche Gehalte zuzusprechen. Die Frage kann hier nicht beantwortet werden. Gleichwohl gilt auch hier, dass eine reine Dopplung der Rechtsgehalte durch unterschiedliche rechtsdogmatische Figuren abzulehnen ist.

eine zur EMRK kohärente Dogmatik zu bevorzugen. Dies gilt auch in Bezug auf die mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnungen, in denen sich die Figur der bereichsspezifischen grundrechtlichen Schutzpflicht nicht zuletzt wegen der EGMR-Rechtsprechung ebenfalls zunehmend durchsetzt.²⁹⁶ Angesichts dieser Dopplungsgefahr hätte das Sicherheitsgrundrecht allenfalls einen Eigenwert, wenn man es wie *Christian Calliess* als subsidiäres Grundrecht denkt, welches grundrechtliche Schutzpflichten dort statuiert, wo die bereichsspezifischen Grundrechte Lücken lassen.²⁹⁷ Ob entsprechende Schutzlücken angesichts des großen Regelungsumfanges der Charta verglichen mit anderen Grundrechtskatalogen wirklich in einem Umfang bestehen, der die Anerkennung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts und die damit verbundenen grundrechtsdogmatischen Schwierigkeiten²⁹⁸ rechtfertigen, darf aber bezweifelt werden. Ohnehin aber genügen rein spekulative Grundannahmen für sich genommen für die Anerkennung eines neuen Grundrechts regelmäßig nicht. Abgesehen davon meint aber auch *Calliess* selbst, dass das von Art. 6 GRCh statuierte Sicherheitsgrundrecht insoweit mit der allgemeinen Achtungs- und Schutzpflicht des Art. 1 GRCh korrespondiere, so dass der Eigenwert dieser Gewährleistung fraglich bleibt.²⁹⁹

Geht man von der grundrechtsdogmatischen Unterscheidung von objektiv-rechtlichen Schutzpflichten und subjektiv-rechtlichen Schutzansprüchen aus, liegt es nahe, den Zweck und damit den grundrechtsdogmatischen Mehrwert des Sicherheitsgrundrechts in der Vermittlung subjektiver Schutzansprüche zu sehen, die die bereits bestehenden, gegebenenfalls nur objektiv-grundrechtlichen Schutzpflichten ergänzen. Allerdings sprechen wie zuvor dargelegt grundrechtstheoretische Erwägungen für einen weitgehenden Gleichlauf von Schutzpflichten und Schutzansprüchen schon auf Basis der bestehenden Grundrechte und unabhängig von einem eigenständigen Sicherheitsgrundrecht.³⁰⁰ Auf Grundlage dieser in der Rechtsprechung des EGMR auch umgesetzten und wegen Art. 52 Abs. 3 GRCh letztlich auch für das Unionsrecht maßgeblichen grundrechtstheoretischen Prämisse ergibt sich der Mehrwert eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit gerade nicht aus der Vermittlung subjektiver Schutzansprüche. Es könnte allenfalls als unterstützendes Argument für eine entsprechende Ableitung solcher Ansprüche aus den jeweiligen Grundrechten dienen. Notwendig wäre dies aber nicht; auch insoweit brächte das Grundrecht auf Sicherheit also keinen substantiellen grundrechtsdogmatischen Mehrwert.

Ein wirklicher grundrechtsdogmatischer Mehrwert kann sich aber aus zusätzlichen materiell-rechtlichen Gewährleistungsggehalten ergeben, die über die

²⁹⁶ H. Krieger, ZaöRV 2014, S. 187 (191) mit zahlreichen Nachweisen.

²⁹⁷ So etwa C. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 6 GRCh Rn. 11 f.

²⁹⁸ S. dazu eingehend sogleich 2. Teil, Unterkapitel C. II. 3: *Der unionsrechtliche Wert der Freiheit als Grenze*.

²⁹⁹ Ebd., Rn. 12.

³⁰⁰ S. zu diesem Problemkomplex insgesamt nochmals 2. Teil, Unterkapitel B. III. 4.: *Teilweise Inkommensurabilität der grundrechtlichen Schutzpflicht*.

der bereichsspezifischen grundrechtlichen Schutzpflichten hinausreichen,³⁰¹ mit anderen Worten also das durch sie statuierte *Untermaßverbot* übersteigen. Das Grundrecht auf Sicherheit kann über diese bestehenden Gewährleistungsgehalte hinaus neue Verbürgungen vermitteln, wenn man es als *bestandssicherndes* Grundrecht einerseits und als *bestandserweiterndes* Grundrecht andererseits versteht.³⁰² Bestandssichernde Funktion erfüllt das Sicherheitsgrundrecht, wenn es lediglich den Schutz bestehender Grundrechtsgüter stärkt (dazu 1.), bestandserweiternde Funktion hingegen dann, wenn es zu den bestehenden grundrechtlichen Schutzgütern neue hinzufügt (dazu 2.). Ein so konzipiertes Grundrecht hebt die Sicherheit als grundrechtliches Schutzgut in denselben verfassungsrechtlichen Stand wie die Freiheit. Das Unionsrecht und die unionsrechtliche Grundrechtsdogmatik aber ordnen die Freiheit der Sicherheit über, weshalb ein diese Hierarchie nicht achtendes Sicherheitsgrundrecht sich insoweit als unvereinbar mit sonstigem Unionsrecht erweist (dazu 3.).

1. Bestandssicherndes Grundrecht

Seine bestandssichernde Wirkung kann das Grundrecht auf Sicherheit zunächst in der Zusammenschau mit den verschiedenen Einzelgrundrechten entfalten. Sicherheit kann – wie bereits im einführenden Kapitel erwähnt – ohnehin nicht für sich stehen, sondern ist immer in Verbindung mit etwas zu Sicherndem zu denken. Sicherheit braucht ein Bezugsobjekt³⁰³ und ist „zu definieren als Abwesenheit unerlaubter Gefahr für ein Individualrechtsgut“³⁰⁴. Solche Bezugsobjekte können sich für ein Unionsgrundrecht auf Sicherheit aus den bereichsspezifischen Unionsgrundrechten ergeben, die konkrete grundrechtliche Schutzgüter benennen, etwa die Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 und 3 GRCh, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 12 GRCh oder die Berufsfreiheit gemäß Art. 15 GRCh. Das Unionsgrundrecht auf Sicherheit könnte so den durch die einzelgrund-

³⁰¹ So auch L. Lazarus, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 325 ff., S. 327.

³⁰² Die Unterscheidung zwischen bestandssichernden Schutzrechten und bestandserweiternden – im Sinne von Rechtsgüter vermehrenden – Leistungsrechten übernehme ich in der Sache von G. Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, 1987, S. 126 f. Dieser versteht das Grundrecht auf Sicherheit aber gerade nicht als bestandserweiterndes Leistungsrecht, sondern lediglich als bestandssicherndes Schutzrecht. Das wiederum liegt daran, dass er den Begriff wie schon erwähnt als Sammelbezeichnung für die einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten verwendet. Diese haben in der Tat nur bestandssichernde Wirkung, denn sie verstärken lediglich den Schutz der durch die Einzelgrundrechte bereits anerkannten Schutzgüter. Ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit führte jedoch ein neues Schutzgut ein und wirkte deshalb bestandserweiternd (s. dazu 2. Bestandserweiterndes Grundrecht).

³⁰³ C. Gusy, in: Möstl/Kugelman (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen*, 01.04.2015, § 1 PolG NRW Rn. 34.

³⁰⁴ J. H. Klement, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEur II*, 2014, § 8 Rn. 92. Die Definition erfolgt zwar mit Blick auf Art. 6 GRCh und Art. 67 ff. AEUV, dürfte hier aber wohl als allgemeine Definition gedacht sein.

rechtliche Schutzpflicht bewirkten Schutz dieser bereichsspezifischen Rechtsgüter verstärken, indem es über das durch sie gewährleistete Schutzniveau hinausgeht.

Dies gelingt durch eine Verdichtung der Schutzpflichten. Die Verdichtung kann mit Blick auf das konkrete Schutzgut zum einen *quantitativ* durch zusätzliche Pflichtengehalte an sich, zum anderen *qualitativ* durch die Verstärkung bereits bestehender Schutzpflichten erfolgen:

Eine *qualitative* Verdichtung würde dadurch bewirkt, dass die Schutzpflichteninhalte vermehrt nicht mehr nur das *Ob*, sondern auch das *Wie* hoheitlichen Tätigwerdens betreffen würden, die Grundrechtsadressat_innen mithin also nicht mehr nur zu überhaupt irgendwelchen, sondern zu ganz konkreten Maßnahmen verpflichtet würden. Damit einher ginge die Relativierung des Untermaßverbots durch die Verengung legislativer und administrativer Entscheidungsspielräume.

Ein Beispiel für eine *quantitative* Verdichtung liefert die schon erwähnte Diskussion um die Existenz eines Rechts auf Freisein von Angst und Furcht, die an den Begriff der Sicherheit in Art. 5 Abs. 1 EMRK anknüpft.³⁰⁵ Während etwa *Isensee* schon mit Blick auf die einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten – in ihrer Gesamtheit versteht er sie als Recht auf Sicherheit – ein solches Recht lediglich im Falle objektiv bestehender Gefahren anerkennt,³⁰⁶ sieht etwa *Robbers* auch den Schutz vor nur subjektiven Ängsten ohne reale Gefahrenlage hiervon umfasst. Er meint, die Frage nach der Objektivität oder Subjektivität der Angst betreffe lediglich die die Grundrechtsadressat_innen treffenden Pflichten und damit die Rechtsfolge, nicht aber den Schutzbereich des Grundrechts auf Sicherheit. Während objektiv begründeten Ängsten mit entsprechenden Gefahrenabwehrmaßnahmen zu begegnen sei, seien die Adressat_innen im Falle nur subjektiv begründeter Ängste nur zu Öffentlichkeitsarbeit und sachorientierter Aufklärung verpflichtet.³⁰⁷ In der Tat können subjektive Ängste im Zweifel nicht durch Maßnahmen der (vermeintlichen?) Erhöhung der objektiven Sicherheit abgebaut werden, mit der regelmäßig Freiheitsbeschränkungen anderer und letztlich auch des Verängstigsten selbst einhergehen. Sie müssen vielmehr das Subjektive der Angst in den Blick nehmen und können sich so als freiheitsschonender erweisen. Beispiele hierfür wären neben den schon von *Robbers*

³⁰⁵ S. dazu schon Fn. 268.

³⁰⁶ *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 25 f.; *J. Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 253 ff. Erwähnt sei hier nochmals, dass *Isensee* den Begriff des Grundrechts auf Sicherheit nur als Sammelbegriff für die einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten versteht. Gleichwohl lassen sich seine Erwägungen selbstredend auch auf das Konzept eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts übertragen.

³⁰⁷ *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, S. 226. Auch er verwendet den Begriff des Sicherheitsgrundrechts nur als Sammelbegriff, auch seine Erwägungen sind aber auf das Konzept eines eigenständigen Rechts übertragbar.

erwähnten Fällen Aufklärungsmaßnahmen zur objektiven Sicherheitslage oder zu Selbstschutzmaßnahmen.³⁰⁸

Wie auch immer man sich mit Blick auf diesen Streit positionieren mag: Die Anerkennung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts dürfte der These des Grundrechtsschutzes auch vor allein subjektiv begründeter Angst und Furcht weiteren Auftrieb verleihen.

Indes ist die Gefahr dieses weiten Verständnisses der sicherheitsgrundrechtlichen Gewährleistungsgehalte – mit anderen Worten der quantitativen Verdichtung grundrechtlicher Schutzpflichten – offensichtlich: Ängste sind nicht selten subjektiv und irrational begründet und hängen oft nur bedingt von objektiven Gefahrenlagen ab. Das erschwert die Schaffung eines angemessenen, darauf adäquat reagierenden und die Schutzpflicht erfüllenden Sicherheitsrechts,³⁰⁹ es besteht die Tendenz zu „ausufernden“ Gefahrenabwehrmaßnahmen, um sämtliche bestehenden Ängste auszuräumen. Nach *Isensee* sei der Topos der Angst

„unbegrenzt manipulationsfähig, weil er sich auf Ängste aller Art beziehen läßt, vor allem aber, weil er überhaupt auf ein Gefühl abzielt, also ein existentielles, innerseelisches Moment. Die reine Subjektivität trägt keinen staatsrechtlichen Begriff. [...] Staatsrechtlich wie auch staatstheoretisch erheblich ist daher nicht die Furcht an sich, sondern der objektive Grund zu berechtigter Furcht, also die Gefahr, – oder deren Abwesenheit: eben die Sicherheit.“³¹⁰

Ein vor subjektiven Ängsten schützendes eigenständiges Sicherheitsrecht erhöhe letztlich den Anspruch, diese schwierigen Fragen grundrechtlich zu determinieren und sie damit der Legislative und Exekutive zu entziehen. Die Gefahr der „Ausuferung“ des Sicherheitsrechts ginge dann nicht mehr nur von Legislative und Exekutive, sondern ganz entscheidend auch von der Judikative selbst aus, die sich insofern allenfalls noch selbst kontrollieren könnte, einer externen Kontrolle aber nicht mehr unterläge.³¹¹ Abgesehen davon fehlen ihr für eine diesbezüglich sachgerechte Entscheidung in aller Regel die Ressourcen.

2. Bestandserweiterndes Grundrecht

Als Bezugsobjekte kämen darüber hinaus aber grundsätzlich auch andere, bisher nicht spezifisch grundrechtlich geschützte Bezugsobjekte in Betracht. Dann wäre nicht nur die Sicherheit der ohnehin schon durch die bereichsspezifischen Grundrechte geschützten grundrechtlichen Schutzgüter, sondern auch die sonstiger, rechtlich schützenswerter Güter qua grundrechtlicher An-

³⁰⁸ Zur Notwendigkeit eines an subjektiven Ängsten ausgerichteten spezifischen Sicherheitsmanagements siehe C. Gusy, JZ 2009, S. 217 (220ff.).

³⁰⁹ Ebd., allerdings nicht mit Blick auf ein Sicherheitsgrundrecht, sondern auf das allgemeine Sicherheitsrecht.

³¹⁰ J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 26.

³¹¹ Freilich wäre mit Blick auf die Unionsgrundrechte noch die Kontrolle innerhalb der Judikative durch die Mehrebenenstruktur des europäischen Grundrechtsverbunds gegeben.

ordnung zu gewährleisten. Wie einfach der EuGH neue Verfassungsgüter aus der Taufe heben kann, wurde im Kapitel zu den legitimen Zwecken bereits dargelegt.³¹²

Nach *Robbers* ist das Grundrecht auf Sicherheit zwar „nicht geeignet, aus sich heraus Art und Reichweite von Eingriffen in die Rechtssphäre anderer zu begründen. Es verpflichtet den Staat vielmehr zur Repräsentation der jeweiligen entgegenstehenden Interessen.“³¹³ Diese sicherheitsgrundrechtliche Interessenrepräsentation führt aber zur Notwendigkeit eines angemessenen Ausgleichs mit den durch die sonstigen Grundrechte repräsentierten Interessen. Zugespitzt formuliert wäre nicht mehr nur die Freiheitsbeschränkung, sondern nunmehr auch die grundrechtlich geschützte Freiheitsausübung als Eingriff in das Sicherheitsgrundrecht rechtfertigungsbedürftig.³¹⁴ Durch die Vervielfachung der grundrechtlichen Schutzgüter würden die Schutzpflichten noch einmal *quantitativ* verdichtet. Hierin liegt die Gefahr des Grundrechts auf Sicherheit: Weil Sicherheit immer ein Bezugsobjekt braucht, macht das Grundrecht nicht nur die Sicherheit an sich, sondern immer auch ihre Bezugsobjekte zu grundrechtlichen Schutzgütern – das Grundrecht auf Sicherheit ist ein „Einfallstor“ für eine Vielzahl neuer grundrechtlicher Schutzgüter.³¹⁵ Sicherheitsgewährleistung *dient* dann nicht mehr der Effektivierung der (Freiheits-)Grundrechte, sondern wird vielmehr selbst zum grundlegenden, der Freiheit im Rang gleichstehenden Wert, aus dem wiederum konkrete grundrechtliche Gewährleistungen abgeleitet werden. Sicherheit wird zum eigenständigen Schutzgut³¹⁶ und tritt damit aus dem Schatten der Freiheit. *Liora Lazarus* stellt insoweit fest:

³¹² S. dazu nochmals 2. Teil: Kapitel A. III. 1.: *Die Entwertung des legitimen Zwecks im Allgemeinen*.

³¹³ G. *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, S. 226 f.

³¹⁴ M. *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr. Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, 2011, S. 156 mit Verweis auf W. *Brugger*, VVDStRL 63 (2004), S. 101 ff. (132), die dies selbst im Wege der Zusammenfassung dort aufgeführter kritischer Schriften zum Sicherheitsgrundrecht formulieren.

³¹⁵ Das zeigt etwa das deutsche Beispiel der „öffentlichen Sicherheit“ als eigenständigem Schutzgut des Gefahrenabwehrrechts, deren Teilschutzgut die durch die gesamte Rechtsordnung geschützte Individual- und Kollektivschutzgüter, damit insbesondere auch die grundrechtlichen Schutzgüter, darstellen. Siehe dazu mit zahlreichen Nachweisen M. *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr. Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, 2011, S. 52 ff.

³¹⁶ J. *Monar*, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 750 ff. (758, 759, 763) etwa hält bereits die im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gem. Art. 67 ff. AEUV zu gewährleistende Sicherheit für ein eigenständiges „öffentliches Gut“, vielmehr sogar für das zentrale, die Begriffe der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts „verbindende Element“, ebd., S. 763, das er im Lichte verschiedener politischer Dokumente dem Ziel der im RFSR zu gewährleistenden Freiheit sogar für übergeordnet hält, ebd. S. 760. Allerdings versteht er den Begriff Sicherheit im Sinne des RFSR eng und im Wesentlichen auf den Schutz vor Kriminalität beschränkt, ebd. S. 759 ff. Aus dieser Perspektive würde ein eigenständiges und nicht eng verstandenes Grundrecht auf Sicherheit gewissermaßen ein noch weiter zu verstehendes Schutzgut Sicherheit einführen.

„We must be careful that the ‚right to security‘ does not become the overarching legitimating principle and rhetorical tool upon which we ground arguments for all other desirable human goods.“³¹⁷

Sie befürchtet in Bezug auf die Anerkennung eines Grundrechts auf Sicherheit einen Wechsel weg vom grundrechtsdogmatischen Prinzip der „*securing rights*“ zu dem der „*securitising rights*“.³¹⁸ In der Tat verliert Sicherheit dann ihre freiheitsdienende Funktion, sie wird vom Mittel zum Zweck:

„There is real danger that, without consistent analytical rigour, the rhetoric of a ‚right to security‘ will undermine the hard won, carefully reasoned, yet fragile consensus around fundamental rights. The rhetorical and political appeal of security and rights has within it a potentially explosive combination, not only to erode the protections of competing rights such as liberty, but also to undermine accepted understandings of the foundations of fundamental rights reasoning. Once we start to shift, however implicitly, to the idea of ‚security‘ as the grounding for human dignity, alarm bells need to ring. Throw into that rhetorical cocktail the legitimacy of a legal claim of a broad justiciable right to security, and we are in even more trouble. [...] [The courts] objective must be to ensure that the right to security does not become the catch-all justificatory foundation for a range of self-standing fundamental rights, just as they should not allow broad and undifferentiated assertions of the social pursuit of security to erode fundamental rights.“³¹⁹

Ähnlich kritisiert *Piet Hein van Kempen* die Ausweitung der Schutzbereiche schon der klassischen Freiheitsgrundrechte in ihrer Abwehrfunktion gegen staatliche Einmischung um weitere Aspekte der „Sicherheit vor dem Staat“:

„if everything is security then security always triumphs whatever the state does or does not do.“³²⁰

Je mehr man sich auch hinsichtlich weniger fundamentaler Interessen des grundrechtlichen Argumentierens bedient, desto mehr verlieren die Grundrechte an Strahlkraft und damit auch an Schutzwirkung.³²¹ Für die Anerkennung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts ohne Nennung konkreter Schutzgüter gelten diese Erwägungen umso mehr.

Entsprechende Debatten hinsichtlich der Schutzgüter eines Menschenrechts auf Sicherheit wurden schon während der für die Entdeckung und Entwicklung der Menschenrechte so bedeutenden französischen Revolution geführt; gedacht war hier neben dem Schutz der körperlichen Integrität etwa auch an die Integrität der Privatsphäre, spezifischer auch der Wahrung des Briefgeheimnisses, den Schutz des Eigentums, den Schutz der Handlungsfreiheit, oder der Sicherheit des Postweges.³²² Freilich sind das heute auch im Unionsrecht durch Einzelgrundrechte geschützte Güter. Es macht aber einen Unterschied, ob ein

³¹⁷ *L. Lazarus*, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 325 ff. (326).

³¹⁸ Ebd.

³¹⁹ Ebd.

³²⁰ *P. H. van Kempen*, HRLR 2013, S. 1 (12).

³²¹ Ebd., S. 21.

³²² *G. Robbers*, *Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, 1987, S. 60f., 67.

Grundrechtsgut durch einen konkreten, spezifischen Grundrechtstatbestand mit spezifischem Schutzbereich und gegebenenfalls spezifischer Schrankenregelung, oder durch ein „*Catch-all*“- Universalgrundrecht geschützt wird. Ersteres beruht auf einer expliziten und konkreten verfassungsrechtlichen Anordnung durch die Verfassungsgeber, letzteres auf judikativer Auslegung eines general-klauselartigen Grundrechts, in das mehr oder weniger beliebige Schutzgehalte gelesen werden können.

Der Universalcharakter eines möglichen Sicherheitsgrundrechts wurde auch im Grundrechtekonvent thematisiert. Mit der dort aufgeworfenen Frage, ob ein solches Recht dann auch etwa die Sicherheit im Straßenverkehr garantiere, wurde auf den weiteren Konkretisierungsbedarf hingewiesen.³²³ Freilich ließe sich etwa die Pflicht zur Gewährleistung der Sicherheit des Verkehrs wiederum mit anderen, im Vergleich zum Sicherheitsgrundrecht spezifischen grundrechtlichen Schutzgütern wie denen des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, oder auch dem des Eigentums, begründen. Es macht für die Deduktion grundrechtlich gebotenen Handelns – insbesondere auch in Abwägung mit damit kollidierenden Freiheitsrechten Dritter – aber einen Unterschied, ob die Sicherheit des Verkehrs schon selbst ein grundrechtliches Schutzgut darstellt und deshalb um seinetwillen zu gewährleisten ist, oder dessen Sicherheit nur Mittel zum Zweck zur Gewährleistung der Sicherheit des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit oder des Eigentums ist.

3. Der unionsrechtliche Wert der Freiheit als Grenze

Die Beispiele zeigen, dass ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit zu allgemein, zu unspezifisch und damit als eher „offenes“ Postulat juristisch kaum faßbar wäre.³²⁴ Das Grundrecht auf Sicherheit könnte je nach Auslegung andere, für schützenswert erachtete Güter in den Stand von Grundrechtsgütern erheben und verantwortete diese Entscheidung allein der Judikative. Hieraus ergibt sich ein hohes, spezifisch grundrechtliches Kollisionspotential des Sicherheitsgrundrechts mit anderen Freiheitsgrundrechten, weil es wie die grundrechtliche Schutzpflicht im Modus „Schutz durch Eingriff“ operiert und dadurch freiheitsverkürzende Effekte zeitigt.

Stellt Freiheit einen verfassungsrechtlichen Wert dar, sind aus der verfassungsrechtlichen Perspektive alle der drei hier diskutierten Gewänder des Gewährleistungsziels Sicherheit zu kritisieren, weil sie alle freiheitsverkürzende Effekte zeitigen. Legitimer Zweck und grundrechtliche Schutzpflicht erfüllen

³²³ 3. Protokoll zur Dritten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), am 24./25. Februar 2000, abgedruckt in: *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 133 ff., S. 146.

³²⁴ *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, S. 225, der dies zwar konkret für das umstrittene Recht auf Freisein von Furcht annimmt, dieses aber als Teilgehalt des Grundrechts auf Sicherheit versteht, weshalb die Überlegung auch hinsichtlich des Grundrechts insgesamt zutrifft.

letztlich aber immerhin noch freiheitsdienende Funktionen.³²⁵ Das Grundrecht auf Sicherheit hingegen adelt das Gewährleistungsziel Sicherheit zum eigenständigen Grundrechtsgut und stellt es damit der Freiheit gleich, es bleibt deshalb aus freiheitlicher Perspektive besonders begründungs- und erörterungsbedürftig.

Zum *verfassungsrechtlichen* Problem wird dies indes erst dann, wenn die Verfassung eine Hierarchie von Freiheit und Sicherheit mit der Freiheit an der Spitze gerade gebietet. Mit Blick auf das Unionsverfassungsrecht ist dies der Fall (dazu a.). Die gegenwärtige unionsrechtliche Grundrechtsdogmatik achtet die Vorgaben der Art. 2 und 3 EUV durch ihre Orientierung am Primat der Freiheit. Sie bewirkt dies durch grundrechtliche Einhegung möglichst der gesamten Lebenswirklichkeit im Wege der Schaffung von Auffanggrundrechten sowie einer dynamischen und offenen Schutzbereichskonzeption aller Grundrechte und erreicht so eine umfassende Freiheitssicherung (dazu b.). Wendete man diese grundrechtsdogmatischen Leitmotive auch auf das im Modus „Schutz durch Eingriff“ operierende Grundrecht auf Sicherheit an, verstärkte dies gerade die aus diesem Modus folgenden freiheitsverkürzenden Effekte. Die grundrechtsdogmatischen Leitmotive würden dann zweckentfremdet, der unionsverfassungsrechtlich zwingende Primat der Freiheit wäre in Frage gestellt. Das Sicherheitsgrundrecht führt deshalb zu unionsgrundrechtsdogmatischen Verwerfungen. (dazu c.). Zusätzlich zu der unionsrechtlichen Grundrechtsdogmatik entfaltet auch der europäische Grundrechtsverbund Freiheitssichernde Wirkung. In ihm darf das Schutzniveau der Grundrechte der Grundrechtecharta das der ihnen korrespondierenden EMRK-Grundrechte nicht unterschreiten, Art. 52 Abs. 3 GRCh. Zudem sind die mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen bei der Auslegung der Chartagrundrechte zu berücksichtigen, Art. 52 Abs. 4 GRCh. Die Anerkennung des eigenständigen Unionsgrundrechts auf Sicherheit erweist sich in diesem Lichte als problematisch, da der EGMR jedenfalls bisher aus dem dem Art. 6 GRCh korrespondierenden Art. 5 Abs. 1 EMRK kein eigenständiges im Modus „Sicherheit durch Eingriff“ operierendes Sicherheitsgrundrecht deduziert, das als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in Freiheitsgrundrechte dienen kann. Es fragt sich deshalb, inwiefern die EMRK einer solchen Anerkennung auch schon vor dem Beitritt der EU entgegensteht (dazu d.).

a. Unionsverfassungstextliche Vorgaben

Unabhängig von staatstheoretischen Erwägungen zum Verhältnis von Sicherheit und Freiheit lässt sich ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit im Sinne eines eigenständigen Schutzgut Sicherheit einführendes bestanderweiterndes Leistungsrecht jedenfalls mit den normativen Vorgaben des Unionsrechts nicht

³²⁵ Das Erfordernis des legitimen Zwecks hat als Tatbestandsmerkmal der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung das Ziel, Grundrechtseingriffe weitestmöglich zu begrenzen, und die grundrechtliche Schutzpflicht dient der effektiven Wirksamkeit der (Freiheits-)Grundrechte.

vereinbaren. Art. 2 EUV nennt als einen der wesentlichen Werte, auf die die Union fußt, die Freiheit. Die Sicherheit ist als weiterer Wert hier nicht benannt. Das Unionsrecht entscheidet sich folglich für das Primat der Freiheit, für die sich die Sicherheit allenfalls als dienlich erweisen kann. Sicherheit ist demnach von der Freiheit her zu denken und zu konzipieren, Sicherheit hat dienende, nicht grundlegende Funktion.³²⁶ Ein eigenständiges, die Sicherheit in denselben Rang der Freiheit hebendes Grundrecht ist hiermit nicht vereinbar.

Nach Art. 3 Abs. 1 EUV ist es dann lediglich Ziel der Union, den Frieden, ihre Werte – also unter anderem die Freiheit, nicht aber die Sicherheit – und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern. Erst in Art. 3 Abs. 2 und 5 EUV wird das Gewährleistungsziel Sicherheit dann erstmals unter den konkreten Zielen aufgeführt. Nach Abs. 2 bietet die Union ihren Bürger_innen nach innen einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, nach Abs. 5 trägt sie gegen Bedrohungen von außen zum Schutz ihrer Bürger_innen bei und leistet einen Beitrag zur Sicherheit unter den Völkern. Diese Ausführungen sind also als Konkretisierungen des Werteförderungsziels des Art. 3 Abs. 1 EUV zu verstehen,³²⁷ so dass die Norm die lediglich freiheitsdienende Funktion der Sicherheit betont: Durch das Ziel der Förderung der Werte unter anderem durch die Gewährleistung von Sicherheit stellt Art. 3 EUV den Gedanken der Sicherheit als Voraussetzung für die Verwirklichung der Freiheit noch einmal deutlich heraus. Auch der an der Spitze der Regelungen zum RFSR stehende Art. 67 Abs. 1 AEUV weist darauf hin, dass im RFSR die Grundrechte – als Ausdruck der Unionsverfassungswerte Freiheit und Gleichheit, aber eben *nicht* auch Sicherheit als eigener Verfassungswert – geachtet werden,³²⁸ mit anderen Worten also die Freiheits- und Gleichheitsrechte den normativen Maßstab für sämtliche Maßnahmen in diesem Bereich bilden. Schon in diesem Lichte erscheint die Anerkennung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts, dass die Sicherheit nicht mehr im Dienste der Freiheit sieht, sondern als daneben stehendes Schutzgut begreift – systemfremd, weil es mit der Sicherheit einen *nicht* in Art. 2 EUV genannten Wert spiegelt.

Freilich ist diese Argumentation schwach, da sie letztlich allein auf der Abwesenheit des Begriffs Sicherheit in Art. 2 EUV beruht. Dem kann einerseits schon die Detailliertheit der sicherheitsrechtlichen Regelungen in den Verträgen

³²⁶ In diesem Sinne *M. Kotzur*, in: Hatje/Nettesheim (Hrsg.), *Sicherheit in der Europäischen Union*, 2009, S. 7ff. (8ff.).

³²⁷ Dies gilt selbst für den Fall, dass der Begriff der Freiheit im Kontext des RFSR enger, konkret im Sinne des freien Personenverkehrs und des Schutzes vor Kriminalität, zu verstehen ist, worauf etwa *J. Monar*, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, S. 750ff. (758f.) mit guten Gründen hinweist. Denn selbst wenn man diese Ansicht teilt, stellt der RFSR doch nur einen Teilaspekt der Förderung der in Art. 2 EUV genannten Werte der Freiheit und Gleichheit dar. Freiheit im Sinne des Art. 2 EUV ist als grundlegender Wert weit und umfassend zu verstehen.

³²⁸ Ebd., S. 789 hält den Hinweis aber für zu vage und deshalb angesichts der ohnehin verfassungsrechtlich angeordneten Geltung der Grundrechtecharta auch für überflüssig. Damit verkennt er aber gerade die Funktion, die die Erwähnung für das Hierarchieverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit erfüllt.

entgegengehalten werden: Die Quantität sicherheitsrechtlicher Regelungen kann als Argument für die unionsverfassungsrechtliche Bedeutung des Gewährleistungsziels Sicherheit dienen. Dennoch bleibt sie in dem Wertartikel 2 EUV unerwähnt. Zudem lässt die Quantität sicherheitsrechtlicher Regelungen aber damit erklären, dass Sicherheitspolitik wegen ihrer oft freiheitsverkürzenden Wirkungen gerade besonders regelungsbedürftig ist, Freiheitspolitik wegen ihrer freiheitssichernden Wirkungen – nicht zuletzt auch im Sinne der Abwesenheit des Staates – aber nicht. Auch diese Annahme beruht letztlich aber auf der Prämisse des Vorrangs der Freiheit vor Sicherheit, weil sie davon ausgeht, dass hoheitliche Maßnahmen – soweit sie freiheitsverkürzend wirken – grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig sind, also die Freiheit, nicht die Sicherheit der grundlegende Wert ist.

Dennoch bleibt die alleinige Abwesenheit der Sicherheit im Wertartikel 2 EUV ein schwaches Argument für die Begründung der unionsverfassungsrechtlichen Hierarchie von Freiheit und Sicherheit, weshalb ein unterstützender Rückgriff auf nicht-hermeneutische Überlegungen hilfreich erscheint. Fruchtbare Erwägungen können sich hier aus der Grundrechts- und Staatstheorie, aus der Philosophie der Menschenrechte etc. ergeben. Aufgrund des hier nur begrenzt zur Verfügung stehenden Raumes soll für die Zwecke dieser Arbeit im Folgenden der alternative Rückgriff auf die unionsrechtliche Grundrechtsdogmatik genügen, die sich durch ihr Erfordernis der Rechtfertigungsbedürftigkeit jedweder freiheitsverkürzenden Hoheitsmaßnahme ebenfalls am Primat der Freiheit orientiert, und die insofern das auf Art. 2 und 3 EUV gestützte Argument der unionsverfassungsrechtlich gebotenen Hierarchie zwischen Freiheit und Sicherheit stärkt.

b. Primat der Freiheit als grundrechtsdogmatisches Leitbild

Tatsächlich „steckt die Entwicklung einer kohärenten Grundrechtsdogmatik jedenfalls mit Blick auf die EuGH-Rechtsprechung noch in den Kinderschuhen.“³²⁹ Rechtsmethodisch urteilt der EuGH eher topisch und fallorientiert denn mit Hilfe einer ausdifferenzierten Grundrechtsdogmatik, wofür es angesichts der Einbettung der Unionsgrundrechte in den europäischen Grundrechtsverbund³³⁰ – bestehend aus den geschriebenen und auch ungeschriebenen Unionsgrundrechten, den EMRK-Grundrechten und den mitgliedstaatlichen Grundrechten – und der damit verbundenen Schwierigkeiten angesichts ganz unterschiedlicher Methoden der Rechtsfindung der Entwicklung grundrechtsdogmatischer Kohärenz aber auch gute Gründe gibt.³³¹ Andererseits kann Grundrechtsdogmatik angesichts unterschiedlicher Rechtsfindungsmethoden

³²⁹ J. Kübling, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 656 ff. (672).

³³⁰ S. zum Verbundkonzept T. Kingreen, EuZW 2010, S. 338.

³³¹ Dazu ausführlich K. F. Gärditz, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 4 Rn. 18 ff. Siehe ferner auch J. Kübling, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 656 ff. (671).

in Europa einen Mehrwehrt für den unionalen Grundrechtsschutz bringen, etwa weil sie einen höheren Rationalisierungsgrad erreicht und durch ihren höheren Abstraktionsgrad Rechtsfindung ein Stück weit vorhersehbarer macht, mithin also ein Mehr an Rechtsstaatlichkeit mit sich bringt. Sie wird deshalb von rechtswissenschaftlicher Seite mit Nachdruck vorangetrieben und dürfte den EuGH zumindest weiter inspirieren.³³² Insbesondere der grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewinnt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zunehmend an Schärfe, was nicht zuletzt durch seine Kodifikation in Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh begründet liegen dürfte.

Die bisherigen unionsgrundrechtsdogmatischen Ansätze jedenfalls folgen dem Primat der Freiheit. Ihre Ratio ist eine umfassende Freiheitssicherung, die freiheitsbeschränkendes Hoheitshandeln in sämtlichen Lebensbereichen weitestgehend zurückzudrängen sucht. Dazu müssen sie möglichst die gesamte Lebenswirklichkeit der Grundrechtsträger_innen grundrechtlich einfangen, so dass jegliches hoheitliche Eingreifen rechtfertigungsbedürftig wird. Dies ist der grundrechtsdogmatische Modus des liberal-rechtsstaatlichen, auch die Union prägenden Denkens, das auf der Idee „tendenziell unbegrenzter individueller Freiheit bei gleichzeitiger Begrenztheit des Staates, seiner Aufgaben und seiner Mittel“³³³ fußt. Speziell die Freiheitsgrundrechte enthalten die für die Zuordnung von Freiheit und Sicherheit „maßgebliche Argumentationsregel“, nach der begründungsbedürftig nicht die Freiheit, sondern der Eingriff ist.³³⁴

Grundrechtsdogmatik generell erreicht die grundrechtliche Einhegung der gesamten Lebenswirklichkeit durch die bewusst offene Konzeption grundrechtlicher Schutzbereiche, in dem sich deren Ausgestaltung am individuellen Freiheitsverständnis des und der Einzelnen unabhängig von externen, objektiven und abschließenden Bewertungen dieses Verständnisses orientiert und etwa auch nach objektiven Maßstäben irrationales Verhalten erfasst, dynamisch auf den zu entscheidenden Fall reagiert und sich damit als „realitätsadäquat“³³⁵ erweist.³³⁶ Die Bestimmung des Schutzbereichs erfolgt hier gewissermaßen

³³² Mit diesen und weiteren guten Gründen für eine ausdifferenzierte Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene streiten auch etwa *K. F. Gärditz*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 4; *J. Kühling*, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, S. 656 ff. (671 ff.).

³³³ *C. Gusy*, *VVDStRL 63* (2004), S. 151 ff. (174).

³³⁴ Begriff und Gedanke stammen bezogen auf das Grundgesetz von ebd., S. 181. Der Gedanke trifft aber auch auf die Unionsrechtsordnung zu.

³³⁵ *K. F. Gärditz*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 4 Rn. 14,

³³⁶ Als Beispiel sei hier etwa das Veranlassen reiner „Spaßversammlungen“ genannt, die nach objektiven Maßstäben keinem im engeren Sinne politischen Ziel dienen. Ein anderes Beispiel wäre das des in der deutschen Grundrechtslehre allgemein bekannten „Zwergenweitwurfs“. In VG Neustadt, Beschluss v. 21.05.1992, Rs. 7 L 1271/92 – *Zwergenweitwurf*, NVwZ 1993, S. 98 ff. war die Rechtmäßigkeit einer Untersagungsverfügung gegen die Durchführung des „Zwergenweitwurfs“, also des Weitwurfs kleinwüchsiger Menschen, zu prüfen. Der Veranstalter berief sich wegen des damit verfolgten kommerziellen Zwecks auf seine Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG. Diesbezüglich führte das Gericht aus, die Berufsfreiheit sei nur soweit gewährleistet, wie sie nicht den guten Sitten zuwiderlaufe. Es ließ damit offen, ob es die Handlung schon nicht vom Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst sah oder den Schutz der

selbstbestimmt vom Individuum her, nicht fremdbestimmt durch den Staat.³³⁷ Hinzu kommt gegebenenfalls die Konzeption allgemeiner Auffanggrundrechte, die sämtliches, trotz der dynamischen Schutzbereichskonzeption spezifischer Grundrechte nicht von diesen erfasstes Verhalten ebenfalls unter grundrechtlichen Schutz stellen. Durch beide Ansätze wird eine mehr oder weniger vollumfängliche Erfassung der Lebenswirklichkeit möglich und das Handeln öffentlicher Gewalten regelmäßig rechtfertigungsbedürftig; damit gelingt eine „Feinsteuerung“ des hoheitlichen Tätigwerdens, die durch eine alternative, Lücken produzierende objektive, gewissermaßen abschließende Schutzbereichskonzeption nicht möglich wäre, da bestimmte Lebenssachverhalte schon gar nicht in grundrechtlich geschützte Regelungsbereiche fielen und damit einer Grundrechtsprüfung bis zu einer entsprechenden Verfassungsänderung nicht zugänglich wären.³³⁸ Das Bundesverfassungsgericht etwa geht beide Wege, zum einen durch Anerkennung eines Auffanggrundrechts, indem es durch die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG jedes menschliche Verhalten geschützt sieht,³³⁹ zum anderen durch die Offenheit und Individualorientierung auch speziellerer grundrechtlicher Schutzbereiche, wofür gerade das besonders entwicklungsoffene und an der autonomen Entfaltung des Individuums ausgerichtete allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG ein Beispiel gibt.³⁴⁰

Auch im Unionsverfassungsrecht zeichnet sich, wenn auch weniger deutlich als etwa im deutschen Verfassungsrecht, die Verfolgung beider Ansätze ab. So übernimmt das Unionsgrundrecht auf Schutz des Privatlebens gemäß Art. 7 GRCh eine der deutschen allgemeinen Handlungsfreiheit sowie dem deutschen Allgemeinen Persönlichkeitsrecht sehr vergleichbare Funktion: Es besteht hier die Tendenz zu einer extensiven Auslegung dieses Grundrechts durch den EuGH (und durch den EGMR mit Blick auf den korrespondierenden Art. 8 EMRK) in Richtung eines „unvollkommenen Auffanggrundrechts“ einerseits und einer „autonomefreundlichen weiten Auslegung“ durch eine offene Schutzbereichskonzeption andererseits, weil es für das Vorliegen eines Eingriffs in das Recht aus Art. 8 EMRK respektive Art. 7 GRCh nach Auffassung des EuGH für die Schutzbereichseröffnung zum Beispiel nicht etwa auf die Sensibilität

guten Sitten nur als Grundrechtsschranke begriff. Nach der hier vertretenen offenen Schutzbereichskonzeption ist auch diese Handlung Ausdruck grundrechtlich geschützter Freiheit. Ob sie zwingend in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fallen muss, kann hier offen bleiben. Jedenfalls aber wäre sie von der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Gerade hier wird das Sittengesetz auch explizit nur als Schranke genannt.

³³⁷ So die Umschreibung von *C. Geminn/A. Roßnagel*, JZ 2015, S. 703 (707) für das deutsche Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.

³³⁸ Zum Konzept der offenen, an der individuellen Freiheit orientierten Konzeption der grundrechtlichen Schutzbereiche insgesamt *K. F. Gärditz*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 4 Rn. 33 ff.

³³⁹ BVerfGE 80, 152 ff.

³⁴⁰ *H. Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar GG*, 18. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 34 mit Verweis auf BVerfGE, NJW 2008, 39, 41 Rn. 71, nach dem der Inhalt dieses Grundrechts „nicht allgemein und abschließend umschrieben“ ist.

erhobener Daten oder das tatsächliche Erleiden von Nachteilen für die Grundrechtsträger_innen ankommt.³⁴¹ Daneben anerkannte der EuGH bereits vor Inkrafttreten der Charta einen aus den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit, der in der Sache dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG entspricht.³⁴² Demnach bedürfen sämtliche Eingriffe der öffentlichen Gewalt „in die Sphäre der privaten Betätigung“ einer Rechtsgrundlage und damit der Rechtfertigung, selbst wenn ein sachlich einschlägiges Grundrecht nicht ersichtlich ist.³⁴³ Trotz Inkrafttretens der Charta ohne explizite Nennung eines solchen Rechtsgrundsatzes bleibt die Rechtsprechung aktuell, da die so hergeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsätze neben der Charta weiterhin Bestandteil des Unionsrechts sind, Art. 6 Abs. 3 EUV.³⁴⁴ Seine Bedeutung relativiert sich aber mit zunehmendem Übergang der Rechtsprechung zu einem grundrechtsdogmatischen System mit offener und dynamischer Schutzbereichskonzeption, das durch das Fehlen eines in der Grundrechtecharta vertextlichten, „vollkommenen“ Auffanggrundrechts weiter begünstigt werden dürfte.³⁴⁵

c. Freiheitsverkürzende Effekte

Mit Konzepten, die der Ausweitung grundrechtlicher Schutzbereiche mit dem Zweck der umfassenden grundrechtlichen Einhegung der gesamten Lebenswirklichkeit und damit der weitestgehenden Zurückdrängung freiheitsbeschränkenden hoheitlichen Handelns dienen, ist das Grundrecht auf Sicherheit aber nicht vereinbar, weil die Lebenswirklichkeit durch diesen Ansatz hier gerade nicht freiheits-, sondern sicherheitsgrundrechtlich eingehegt und durch den Charakter des Sicherheitsgrundrechts als Leistungsgrundrecht die Legitimation hoheitlichen, im Zweifel gerade freiheitsverkürzenden Handelns potenziert würde, statt dieses zu verhindern. Der Zweck der dynamischen und weiten Schutzbereichskonzeption sowie der Gewähr von Auffanggrundrechten – die Freiheitssicherung – würde so gerade verfehlt: Denn umso weiter der Schutzbereich des Sicherheitsgrundrechts gezogen würde, desto stärker wären auch seine freiheitsverkürzenden Effekte.

³⁴¹ Siehe hierzu *K. F. Gärditz*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 4 Rn. 40, mit Nachweisen zur Rechtsprechung, insbesondere EuGH, Urteil v. 20.05.2003, verb. Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01 – *Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2003:294, Rn. 73, 75. Die Unerheblichkeit der Sensibilität der erhobenen Daten bzw. des tatsächlichen Erleidens von Nachteilen bestätigt in Bezug auf die Vorratsdatenspeicherung jüngst auch EuGH, Urteil v. 08.04.2014 verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 33.

³⁴² *K. F. Gärditz*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 4 Rn. 46 mwN. Ausführlich zum unionsrechtlichen allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *O. Koch*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 2003.

³⁴³ EuGH, verb. Rs 46/87 u. 227/88 – *Hoechst AG*, ECLI:EU:C:1989:337.

³⁴⁴ *K. F. Gärditz*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 4 Rn. 49.

³⁴⁵ *J. P. Terhechte*, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, 2011, S. 57.

Will man ein Sicherheitsgrundrecht anerkennen, bedürfte es wegen dieser freiheitsverkürzenden Effekte einer spezifischen, dem Unionsgrundrecht auf Sicherheit angemessenen Dogmatik, die entweder schon nicht den Ansatz einer möglichst weiten grundrechtlichen Erfassung der Lebenswirklichkeit verfolgte,³⁴⁶ oder die die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Beschränkung des Sicherheitsgrundrechts senkte.³⁴⁷ Die konkrete Ausgestaltung des Grundrechts auf Sicherheit wäre entscheidend für die Wahrung des grundrechtsdogmatischen Primats der Freiheit, was *Liora Lazarus* treffend wie folgt beschreibt:

„So the development of a ‚right to security‘ can go two ways: towards the usurpation and erosion of existing fundamental rights, or towards a delineated, transparent and narrower notion of the ‚right to security‘ that respects and is grounded in other fundamental rights. [...] Theirs [the courts] is the task of stemming the rhetoric of security in a global environment of insecurity, and of resisting the temptation to found rights to dignity, health and the many human goals we value on the basis of a right to security.“³⁴⁸

Dies wird aber bereits mit der Figur der Schutzpflicht erreicht, die in den jeweiligen Einzelgrundrechten verortet ist und in der Regel nur das Untermaßverbot statuiert. Ein auf ähnliche Funktionen reduziertes, eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit erweist sich daneben mindestens als überflüssig, mit den Worten *Gerhard Robbers* sogar eher noch als „schädlich und verwirrend“.³⁴⁹

d. Stabilisierungsfunktion des europäischen Grundrechtsverbunds

Die freiheitssichernde Funktion der Unionsgrundrechte wird überdies durch ihre Einbettung in den europäischen Grundrechtsverbund, bestehend aus Unionsgrundrechten, EMRK und den mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnungen, betont und gesichert. Das Unionsrecht selbst gebietet die zwingende Berücksichtigung der Schutzgehalte der außerunionsrechtlichen Grundrechtsordnungen über Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh, wonach das Schutzniveau der Chartagrundrechte das der ihnen korrespondierenden EMRK-Grundrechte nicht unterschreiten darf und wonach die Chartagrundrechte, die sich aus den mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen ergeben, im Einklang mit diesen auszulegen sind.

Angesichts der im Vergleich zum bloß legitimen Zweck und zur einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht stärker freiheitsverkürzenden Effekte des Sicherheitsgrundrechts in seiner Eigenschaft als Schranke für kollidierende

³⁴⁶ In diesem Sinne auch *L. Lazarus*, in: *Goold/Lazarus* (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 325 ff., insbes. (329).

³⁴⁷ Für das Grundrecht auf Sicherheit verstanden als Summe einzelgrundrechtlicher Schutzpflichten versucht etwa *M. Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, 2002, S. 90 ff. dies durch eine Orientierung an der abwehrrechtlichen Grundrechtsdogmatik mit entsprechenden Modifikationen.

³⁴⁸ *L. Lazarus*, in: *Goold/Lazarus* (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 325 ff. (344).

³⁴⁹ *G. Robbers*, *Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, 1987, S. 15.

Freiheitsunionsgrundrechte fragt sich, ob die Verortung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts in Art. 6 GRCh mit Art. 52 Abs. 3 GRCh vereinbar ist, weil der EGMR wie bereits dargelegt ein solches Grundrecht nicht aus dem korrespondierenden Art. 5 Abs. 1 EMRK deduziert.

Zwar ist in der Anerkennung des Sicherheitsgrundrechts zunächst ein zusätzlicher Schutzgehalt zu sehen, der für sich genommen keinen Verstoß gegen Art. 52 Abs. 3 GRCh darstellt, weil nach dieser Vorschrift lediglich ein Unterschreiten, nicht aber ein Überschreiten des Schutzniveaus der EMRK verboten ist. Weil aber das Sicherheitsgrundrecht wegen seines Modus „Schutz durch Eingriff“ oft auch freiheitsverkürzend wirkt, mit anderen Worten in die Schutzbereiche kollidierender Freiheitsgrundrechte eingreift, könnte sich seine Anerkennung in diesem Lichte als mit Art. 52 Abs. 3 GRCh unvereinbar erweisen, weil durch diese zusätzliche Grundrechtsschranke das Schutzniveau der kollidierenden Freiheitsrechte generell unterschritten werden könnte. Im Rahmen der EMRK kann es nämlich mangels Anerkennung eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit erst gar nicht zu einer entsprechenden Kollision von Freiheits- und Sicherheitsgrundrecht kommen, folglich wird dort auch kein Ausgleich beider Grundrechtspositionen nötig. Das Gleiche gilt etwa auch mit Blick auf die deutsche Grundrechtsordnung, die als Teil der gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen für den Grundrechtsschutz auf Unionebene gem. Art. 52 Abs. 4 GRCh ebenfalls – wenn auch wesentlich schwächere – Bedeutung hat.

Die Gefahr der übermäßigen Beschränkung kollidierender Freiheitsrechte relativiert sich aber mit Blick auf die verschiedenen sicherheitsbezogenen Rechtfertigungsgründe, die auch die EMRK kennt. So sind nach den Art. 8–11 EMRK Grundrechtsbeschränkungen zum Schutz etwa der nationalen und öffentlichen Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der territorialen Unversehrtheit, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer zulässig.³⁵⁰ Daneben enthält gerade auch der dem Art. 6 GRCh entsprechende Art. 5 EMRK in seinem zweiten Absatz selbst ein spezifisches Schrankenregime, das die Legitimität des Gewährleistungsziels Sicherheit zur Rechtfertigung rechtmäßiger, mit anderen Worten gesetzmäßiger Festnahmen und Freiheitsentziehungen zu verschiedenen Zwecken legitimiert, unter anderem etwa zur Durchführung von Gerichtsverfahren, zum Schutz vor ansteckenden Krankheiten oder zum Schutz von Minderjährigen. Desweiteren können die Konventionstaaten nach Art. 15 EMRK im Falle der Bedrohung des Lebens der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand ebenfalls von den in der Konvention garantierten Rechten abweichen.³⁵¹ Art. 17 EMRK

³⁵⁰ Mit den „Rechten und Freiheiten“ anderer ist hier freilich nicht ein eigenständiges Sicherheitsgrundrecht gemeint, weil der EGMR ein solches bisher gerade nicht anerkennt.

³⁵¹ Auf die Vorschrift konnte sich zumindest dem Grunde nach erfolgreich etwa das Vereinigte Königreich nach den Terroranschlägen des 11.09.2001 in EGMR, Urteil v. 19.02.2009, Rs. 3455/05 – *A. and others vs. The United Kingdom*, ECLI:CE:ECHR:2009:0219 JUD000345505, berufen. Gefordert wurde hier eine Derogation der Freiheitsrechte mutmaß-

stellt ein Missbrauchsverbot der Konventionsrechte auf: Demnach sind solche Handlungen nicht geschützt, die der Abschaffung oder stärker als durch die Konvention selbst vorgesehen Beschränkung ihrer Rechte dienen.

All diese Beschränkungsmöglichkeiten sind letztlich Ausdruck des allgemeinen Gewährleistungsziels Sicherheit, welches mithin auch von der EMRK selbst anerkannt wird. Auch wenn der EGMR ein eigenständiges Sicherheitsgrundrecht nicht anerkennt, kann die Konvention wegen dieser von ihr als legitim anerkannten Zwecke gleichwohl – freilich aber in begrenztem Umfang – entsprechende freiheitsverkürzende Wirkungen des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundrechts konventionsrechtlich spiegeln. Deshalb stößt das unionale Sicherheitsgrundrecht mit Blick auf Art. 52 Abs. 3 GRCh zumindest insoweit auf keine Bedenken, wie es sich auf durch diese Rechtfertigungsgründe abgedeckte Gewährleistungsgehalte beschränkt. Das Gleiche gilt auch mit Blick das Ziel des Art. 6 GRCh, die Gehalte des Art. 5 EMRK vollständig zu spiegeln. Gespiegelt werden sollen wegen der expliziten Wiederholung der Schranke des Art. 5 Abs. 2 EMRK in den Erläuterungen zu Art. 6 GRCh gerade nicht nur die Schutzgehalte, sondern auch die Beschränkungsmöglichkeiten zum Zweck der Sicherheitsgewährleistung.³⁵² Mit anderen Worten enthält auch Art. 6 GRCh selbst nicht nur freiheitssichernde, sondern auch freiheitsbeschränkende Aspekte, und steht der Deduktion eines Grundrechts auf Sicherheit aus ihm deshalb nicht *per se* entgegen.

Ein Unterschreiten des durch die EMRK vorgegebenen Schutzniveaus bleibt also jedenfalls dann aus, wenn dem Sicherheitsgrundrecht in seiner freiheitsbeschränkenden Funktion nicht weitergehende Rechtfertigungswirkung zukommt als den von der EMRK anerkannten legitimen Sicherheitszwecken. Wollte man ein eigenständiges Sicherheitsgrundrecht im Unionsrecht anerkennen, wäre seine materiell-rechtliche Konzeption demnach mit dem Schrankenregime der EMRK in Einklang zu bringen. Inwiefern ein so beschnittenes Sicherheitsgrundrecht dann rechtsdogmatisch neben der Figur der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht noch sinnvoll ist, bleibt aber zweifelhaft, besteht sein Mehrwert gegenüber ihr gegenüber doch gerade in einer Anspruchsverdichtung durch seine bestandssichernde und bestandserweiternde Funktion, der die von der EMRK als legitim anerkannten Zwecke dann aber gerade wieder enge Grenzen setzen würden. Auch wenn sich die zulässige konkrete Reichweite und Dichte der durch ein Unionsgrundrecht auf Sicherheit vermittelten Ansprüche letztlich nur anhand konkreter Einzelfälle nach und nach bestimmen lassen wird, ist doch absehbar, dass sein rechtsdogmatischer Mehrwert gegenüber der einzelgrund-

licher Terroristen, die nicht abgeschoben werden konnten, um sie dauerhaft zu inhaftieren und so die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. Wenn sich die konkrete Maßnahme im Ergebnis auch als Konventionsverstoß erwies, nahm der EGMR doch zumindest einen Nostandsfall im Sinne des Art. 15 EMRK an, der eine Derogation des art. 5 EMRK grundsätzlich ermöglichte, ebd. Rn. 175 ff.

³⁵² So jüngst auch EuGH, Urt. v. 15. 02. 2016, Rs. C-601/15 PPU – *J. N.*, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 47.

rechtlichen Schutzpflicht eben wegen der von der EMRK gezogenen Grenzen eher marginal sein dürfte.

Freilich besteht die Möglichkeit, dass der EGMR (und auch die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte) die Judikatur des EuGH wohlwollend aufnehmen und selbst die Anerkennung eines Grundrechts auf Sicherheit vorantreiben. Gerade der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 EMRK bietet sich hierfür an, wie die bereits vorgestellten Einzelmeinungen in der Literatur zeigen. In diesem Falle entfielen dann die Stabilisierungsfunktion des europäischen Grundrechtsverbunds. Angesichts der bisherigen Entwicklung der Konventionsauslegung erscheint dieses Szenario aber unwahrscheinlich. Ausgeschlossen ist es dennoch nicht. Das Bedürfnis nach Sicherheit ist stark abhängig von gegenwärtigen Bedrohungslagen, wie regelmäßig scharfe sicherheitspolitische Forderungen etwa nach schweren Terroranschlägen zeigen, der Sicherheitsbegriff ist entsprechend offen und stets erneut aushandlungsbedürftig. Durch die vom EGMR verfolgte dynamische Auslegung der Konvention kann diese auf sich ändernde Sicherheitsbedürfnisse der Grundrechtsträger reagieren. Dies kann letztlich auch in der Anerkennung eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit führen, gerade weil der EGMR das nie ausgeschlossen, sondern lediglich klargestellt hat, dass dem Begriff Sicherheit des Art. 5 EMRK *bisher* keine eigenständige Bedeutung zukommt. Anzeichen hierfür gibt es bisher aber nicht.

4. Zusammenfassung

Die Anerkennung des Unionsgrundrechts auf Sicherheit ergibt nur dann Sinn, wenn es einen rechtsdogmatischen Mehrwert gegenüber der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht aufweist. Dieser Mehrwert besteht in seiner grundrechtsbestandssichernden wie grundrechtsbestandserweiternden Funktion, deretwegen es Gewährleistungsgehalte verbürgt, die über die der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht hinausgehen. Das Grundrecht erhebt das Gewährleistungsziel Sicherheit damit aber in denselben Rang wie die Freiheit und unterscheidet sich deshalb qualitativ von der nur freiheitsdienenden grundrechtlichen Schutzpflicht, die hierdurch weniger starke freiheitsverkürzende Effekte zeitigt. Diese Effekte stehen aber im Widerspruch zum unionsverfassungsrechtlich zwingenden und real existenten Primat der Freiheit in der unionsrechtlichen Grundrechtsdogmatik. Ein Unionsgrundrecht auf Sicherheit ist deshalb aus grundrechtsdogmatischer Perspektive abzulehnen.

III. Vergrundrechtlichung der Rechtsordnung und der Sicherheitspolitik

Das Grundrecht auf Sicherheit erweist sich durch die beschriebene Anspruchsverdichtung, die das Grundrecht verglichen mit den nur einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten mit sich bringt, mit Blick auf das Demokratie- und das Gewaltenteilungsprinzip als noch problematischer als die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht: Während letztere der Rechtsprechung lediglich die Kompetenz zur Stärkung des Schutzes der bestehenden grundrechtlichen Schutzgüter

gegen Beeinträchtigungen nicht-hoheitlicher Art durch die Möglichkeit der Bestimmung entsprechender Pflichten verleiht und allenfalls Schutzansprüche mit Blick auf die bereits existierenden grundrechtlichen Schutzgüter nach sich zieht, verstärkt das Grundrecht auf Sicherheit in seiner bestandssichernden Funktion diese Kompetenzen und überantwortet es der Judikative in seiner bestandserweiternden Funktion auch die Möglichkeit zur *Erhebung* bestimmter Güter in den Stand grundrechtlicher Schutzgüter. Was die verfasste Gesellschaft als schützenswert erachtet, wird so zunehmend der parlamentarischen Debatte entzogen und der Jurisdiktion überantwortet:

„While concepts such as human dignity are vague, security’s close relationship with inscrutable perceptions of future risk particularly undermines jurisprudential constraints on the potential range of associated rights claims.“³⁵³

Das der Legislative und Exekutive mittels der Schutzpflichtendogmatik noch eingeräumte Ermessen bei der Umsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten und Schutzansprüche wird hier entscheidend beschränkt, so dass das schutzpflichtenrechtliche Untermaßverbot erodiert. Das Grundrecht auf Sicherheit beschreitet damit also den Weg zum Jurisdiktionsstaat in noch stärkerem Maße als die grundrechtliche Schutzpflicht, weil es über deren Gewährleistungsgelände weit hinausgeht. Insgesamt betrachtet birgt es damit das Potential eines radikalen Perspektivenwechsels im europäischen Sicherheitsrecht: Weil dieses bisher aus der freiheitsgrundrechtlichen Perspektive betrachtet wurde, lag der Schwerpunkt angesichts der Abwehrfunktion als der eigentlichen Funktion der Grundrechte bei der Frage nach dem Rechtsschutz *gegen* europäische Sicherheitsmaßnahmen;³⁵⁴ das Grundrecht auf Sicherheit rückt daneben nun aber auch die Frage nach dem Rechtsschutz *für* solche Maßnahmen in den Mittelpunkt. Bezeichnend hierfür versteht etwa *Josef Aulehner* das Grundrecht auf Sicherheit auch als „Gegenpol zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“³⁵⁵, mit anderen Worten also als Legitimationsgrundlage für persönlichkeitsrechtlich problematische Sicherheitsmaßnahmen, vor denen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eigentlich gerade schützen soll. Der freiheitsrechtlichen Grundrechtspositionen auf der einen Seite wird nunmehr also eine sicherheitsrechtliche Grundrechtsposition auf der anderen Seite gegenübergestellt. Der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels

³⁵³ L. Lazarus, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 325 ff. (329).

³⁵⁴ Für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts s. etwa C. Grabenwarter, in: Hatje/Nettesheim (Hrsg.), *Sicherheit in der Europäischen Union*, 2009, S. 53 ff. oder J. Monar, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, S. 750 ff. (789 ff.), der den und die Einzelne_n, wenn auch noch nicht als Anspruchsinhaber_innen, so doch zumindest auch bereits als „Begünstigte“ der Vorschriften zum RFSR ansieht, ebd. S. 786 f.

³⁵⁵ J. Aulehner, *Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge*, 1998, S. 428 ff. Aulehner versteht das Grundrecht auf Sicherheit aber ebenfalls lediglich als Sammelbegriff für die einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten. Für ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit müssen diese Erwägungen dann aber erst Recht gelten.

Sicherheit wird dies gerade nicht gerecht. Neben dieser tatsächlichen Verengung legislativer und administrativer Entscheidungsspielräume birgt das Sicherheitsgrundrecht dann zugleich auch das Potential zu einer weiteren Verengung politischer Diskurse im Sinne eines verstärkten *Rights Talks*, der mit Blick auf das Demokratieprinzip auch verfassungsrechtlich problematisch erscheint.

Hinzu kommt, dass das Grundrecht auf Sicherheit Versicherheitlichungstendenzen in noch stärkerem Maße als die grundrechtliche Schutzpflicht begünstigt: Mit dem Grundrecht auf Sicherheit können umfangreichere konkrete grundrechtliche Sicherheitsgewährleistungsgehalte noch leichter begründet werden, weil es als eigenständiges Gewährleistungsrecht neben den einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten eine Anspruchsverdichtung mit sich bringen muss. Durch die Begründung entsprechender Schutzansprüche können Sicherheitsakteure konkrete Sachfragen in noch umfassenderen Maße als mit der grundrechtlichen Schutzpflicht dem Politischen entziehen und behauptete Unsicherheiten so noch effektiver regulieren.

Langfristig hätte diese Vergrundrechtlichung grundlegenden Einfluss auf das Verhältnis von Judikative und Legislative auf europäischer Ebene. Wie schon in Bezug auf die grundrechtlichen Schutzpflichten lässt sich auch hier fragen, ob die Frage der Existenz des Grundrechts auf Sicherheit wirklich der Grundrechtsdogmatik oder nicht eher den Vertragsgebern überantwortet werden soll. Auch wenn Art. 6 GRCh explizit von einem Grundrecht auf Freiheit und Sicherheit spricht, stehen dessen Anerkennung wie dargelegt auch ganz gewichtige Gründe hermeneutischer, vor allem aber auch grundrechtsdogmatischer Art entgegen. Deshalb sollte die Anerkennung eines solchen Sicherheitsgrundrechts allenfalls von den Chartagebern im Wege der expliziten textlichen Klarstellung, nicht aber von der Judikative von den Chartagebern, nicht von der Judikative im Wege der Chartaauslegung entschieden werden.

IV. Zusammenfassung

Art. 6 GRCh erweist sich als interpretationsoffene Vorschrift, so dass unter Anwendung der klassisch juristisch-hermeneutischen Methode mit ihm die Existenz eines Unionsgrundrechts auf Sicherheit bejaht wie auch verneint werden kann. Aus grundrechtsdogmatischer Sicht scheint die Existenz des Unionsgrundrechts auf Sicherheit zumindest dann denkbar, wenn es gegenüber der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht einen Mehrwert aufweist. Dies ist der Fall, wenn das Grundrecht auf Sicherheit als ein grundrechtsbetandssicherndes Schutzrecht und grundrechtsbestandserweiterndes Leistungsrecht verstanden wird, das in beiden Funktionen über die Gewährleistungsgehalte der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht hinausgeht, mit anderen Worten zu einer Anspruchsverdichtung führt. Diese die Sicherheit als grundrechtliches Schutzgut in denselben verfassungsrechtlichen Stand wie die Freiheit hebende Konzeption steht aber im Widerspruch zur am Primat der Freiheit orientierten unionsrechtlichen Grundrechtsdogmatik und ist deshalb ebenfalls abzulehnen. Anerkennt man man ein so konzipiertes Sicherheitsgrundrecht dennoch und ungeachtet

der entgegenstehenden grundrechtsdogmatischen Erwägungen, würde es den schon durch die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht eingeleiteten Prozess der Vergrundrechtlichung der Sicherheitspolitik sowie der Begünstigung von Versicherheitlichungstendenzen durch eine Verdichtung bereits bestehender grundrechtlicher Schutzansprüche noch verstärken, was aus Perspektive der Gewaltenteilung eine derart gewichtige Kompetenzverschiebung zwischen Legislative und Administrative einerseits und Judikative andererseits und aus der Perspektive des Demokratieprinzips die Gefahr eines derartig verstärkten *Rights Talks* im sicherheitsrechtlichen Bereich bedeuten würde, dass die Frage hierüber keine der Grundrechtsauslegung, sondern eine verfassungsrechtspolitische ist, die den Verfassungs-, im Unionsrecht also den Vertrags- oder im grundrechtlichen Kontext den Chartagebern – überantwortet bleiben sollte.

3. Teil

Sicherheit als Chartagrundsatz und grundrechtsdogmatische Innovation

Die vorangegangenen Kapitel waren der Beschreibung der verschiedenen, in der Rechtsprechung angewandten und im Schrifttum diskutierten rechtsdogmatischen Gestalten des Gewährleistungsziels Sicherheit gewidmet.

Die Figur des *legitimen Zwecks* zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs erwies sich für die Verwirklichung dieses Ziels als nur bedingt brauchbar, weil es diese nicht normativ über eine Rechtspflicht zu erzwingen sucht, sondern vor dem Hintergrund der Grundrechte hierfür lediglich die normative Legitimation verschafft. Mit anderen Worten berechtigt er, nicht aber verpflichtet er auch zur Sicherheitsgewährleistung. Der Erkenntnis der Sicherheit als Vorbedingung für den Freiheitsschutz trägt diese Figur daher nicht Rechnung.

Anders hingegen die *grundrechtliche Schutzpflicht*: Sie anerkennt die Notwendigkeit der Sicherheit als Bedingung für die Freiheit und stellt die Sicherheitsgewährleistung jedenfalls dem Grunde nach nicht zur Disposition, sondern verpflichtet zu ihr. Zwar schränkt dies legislative und administrative Entscheidungsspielräume ein. Durch das lediglich statuierte Untermaßverbot reduziert die grundrechtliche Schutzpflicht diese Beschränkung aber auf ein Mindestmaß und schont so das Gewaltenteilungsprinzip. Mit Blick auf das Demokratieprinzip aber erweist sich die Schutzpflicht als problematisch: Anders als der legitime Zweck konzipiert sie – begleitet von subjektiv-rechtlichen Schutzansprüchen – das Gewährleistungsziel Sicherheit als subjektiven Rechtsanspruch und begründet damit ein Anspruchsdenken, das Initialzündung für einen den politischen Diskurs auf widerstreitende Grundrechtspositionen verengenden *Rights Talk* sein kann. Zudem liegt der eigentliche Zweck der Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht zwar in der Effektivierung der Grundrechte und hat damit ihrem Ursprung nach freiheitssichernde Funktion. Mit ihrer daneben stehenden freiheitsbeschränkenden Funktion als Lieferantin legitimer Zwecke für die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen steht sie ihrem eigentlichen Ziel aber zugleich auch entgegen, Die grundrechtliche Schutzpflicht führt damit zur Janusköpfigkeit der Grundrechte, was deren Entwertung zur Folge hat.

Die Figur des eigenständigen, nicht mehr aus den Freiheitsgrundrechten abgeleiteten, sondern ihnen sogar zur Seite stehenden *Grundrechts auf Sicherheit* verstärkt diese Entwertung noch um ein Vielfaches. Sie bringt eine grundrechtliche Anspruchsverdichtung mit sich, reduziert so legislative und administrative Ermessensspielräume weiter, verstärkt den *Rights Talk* und determiniert das Feld Sicherheit damit mehr oder weniger in Gänze grundrechtlich. Sicherheitspolitik

und Sicherheitsverwaltung werden dann nicht nur an ihren Rändern rechtlich eingeehgt, sondern von den Grundrechten in Gänze durchdrungen, und zwar sowohl von der freiheitssichernden, als auch von der freiheitsbegrenzenden Funktion der Grundrechte her. *Sandra Fredman* fasst diese Beobachtung mit Blick auf die im Lichte des Terrors entfachte aktuelle Sicherheitsdebatte zu Beginn des 21. Jahrhunderts prägnant zusammen, wenn sie meint, dass

„rights talk‘ has been used to undermine rights. Powerful rhetoric about the right to security and the right to life has been marshalled in support of removing rights to a fair trial, to freedom of speech and to freedom from torture. Even more conspicuous are the ways in which positive duties, usually associated with egalitarian principles and the welfare state, have been harnessed to this corrosive purpose.“³⁵⁶

Der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit werden einzelgrundrechtliche Schutzpflicht und eigenständiges Sicherheitsgrundrecht deshalb nicht gerecht. Die genaue Verortung der Grenze zwischen Sicherheit und Freiheit bleibt wegen der im Eingangskapitel beschriebenen Sicherheitsparadoxien und der sozialen und kulturellen Konstruiertheit von Sicherheit und Unsicherheit immer umstritten und sollte deshalb – gerade auch zur Wahrung der unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung – nicht grundrechtlich voll determiniert werden. Gerade weil zusätzliche Sicherheitsmaßnahmen zwar stets in Betracht kommen, deren wirklicher Mehrwert aber oft auch wieder zweifelhaft ist, wird die Grenzziehung zur immer wieder neu gestellten gesellschaftlichen Grundfrage. Für wieviel Mehr an Sicherheit wird wieviel Weniger an Freiheit in Kauf genommen? Inwiefern sollen solche Sicherheitsmaßnahmen, deren Erfolg zwar möglich, aber nicht sicher ist, mit Blick auf die damit verbundenen Freiheitsverkürzungen vorgenommen werden? Welches Maß Freiheitsverkürzung ist für die bloße Chance auf ein höheres Maß an Sicherheit tragbar? Im Unterfangen des Ausgleichs dieser beiden gesellschaftlichen Ideale verläuft der Graben der um die Vorherrschaft ringenden Ideologien zwischen den Paradigmen *in dubio pro liberate* und *in dubio pro securitate*, der in einer Grundrechtsordnung an seinen Rändern zwar juristisch ausgefochten werden kann und muss, der im Kern aber der demokratischen Aushandlung überlassen bleibt. *Isensee* bezeichnet deshalb die von ihm begrifflich als Grundrecht auf Sicherheit zusammengefassten einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten als „gesetzesmediatisiertes Grundrecht“.³⁵⁷

Die Grundrechtecharta bietet mit den Chartagrundsätzen, die einen neben den Chartagrundrechten stehenden eigenen Normentypus bilden, eine grundrechtsdogmatische Figur, mit der sich einerseits die Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung grundrechtlich abbilden lässt, die andererseits aber nicht selbst Grundrecht, sondern nur grundrechtliche Instruktionsnorm ist, die der

³⁵⁶ *S. Fredman*, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 307 ff. (307).

³⁵⁷ *J. Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 44.

Legislative und Exekutive die konkrete Ausgestaltung des durch sie geschützten Bereichs übernehmen und zugleich kein Anspruchsdenken initiieren. Somit entfällt bei dieser Figur einerseits das Problem der Pervertierung der Grundrechte zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen, zugleich bleibt der notwendige legislative und administrative Ausgestaltungsspielraum durch die Zurücknahme juristischer Entscheidungsbefugnisse erhalten. Sie eignet sich deshalb vorzüglich für grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit, die die unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung schont.

Bisher ist die neue Normenkategorie der Chartagrundsätze nur in Ansätzen erforscht. Um ihre Eignung als grundrechtsdogmatische Gestalt des Gewährleistungsziels Sicherheit feststellen zu können, ist daher eine nähere Beschäftigung mit dieser neuen Unbekannten des Unionsrechts notwendig. Positiv-rechtliche Ausgangslage und Entstehungsgeschichte dienen dabei als erste Orientierungspunkte für die Beschäftigung mit ihnen und zur Erarbeitung eines Grundverständnisses über ihre Wirkungsweise (dazu A.). Auf dieser Grundlage haben Schrifttum und Rechtsprechung erste Ansätze einer allgemeinen Lehre von den Chartagrundsätzen entwickelt (dazu B.). Zur Abgrenzung von den Grundrechten und zur Zuordnung einzelner Chartabestimmungen zu der einen oder anderen Normenkategorie taugen diese Ansätze aber nur bedingt. Eine Kategorisierung wird hingegen möglich, wenn man die Grundsätze in Abgrenzung zu den Grundrechten als besonders aushandlungsbedürftige Rechtsgüter schützende Normen begreift. Die Bestimmung der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit kann dabei unter Rückgriff auf das unionsverfassungsrechtlich verbürgte Demokratieprinzip erfolgen (dazu C.). Weil die Chartagrundsätze so gedacht als *Instruktionsnormen* besonders offen gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen sind, eignen sie sich vorzüglich als grundrechtsdogmatische Figur des besonders aushandlungsbedürftigen Gewährleistungsziels Sicherheit mit gegenüber grundrechtlichen Konzeptionen spezifischen Rechtsfolgen. Ein so konzipierter Sicherheitsgrundsatz bedarf freilich entsprechender Anknüpfungspunkte in der Grundrechtecharta. Für diese textliche Verortung bietet sich Art. 6 GRCh an (dazu D.).

A. Die Chartagrundsätze als neue Unbekannte der unionalen Grundrechtsordnung

Abgesehen von einzelnen Erwägungen in Beiträgen mit anderen Themenschwerpunkten und den gängigen Kommentierungen der Grundrechtecharta, die insbesondere in Anknüpfung an Art. 52 Abs. 5 GRCh einen ersten schlaglichtartigen Zugriff auf diese neue Normenkategorie unternehmen, erweist sich die einschlägige Literaturlage mit grundlegendem Anspruch bisher als für rechtswissenschaftliche Verhältnisse erstaunlich dünn. Zutreffend stellt *Wolfgang Cremer* fest, dass sich zu den Chartagrundsätzen bisher „kaum eine

strukturierte Diskussion entwickelt³⁵⁸ hat. Dies dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass sie in der Rechtsprechung des EuGH bisher noch kaum eine Rolle spielen; bisher gab es keine gerichtlichen Entscheidungen, an denen sich die Literatur als einheitlichen Gegenstand abarbeiten konnte. Immerhin ändert sich dies, ordnete der EuGH doch jüngst Art. 27 GRCh in der Rs. C-176/12 – *AMS* implizit, Art. 26 GRCh in der Rs. C-356/12 – *Glatzel* sogar erstmals explizit als Grundsatz ein.³⁵⁹ Nennenswert sind daneben vor allem die Schlussanträge des Generalanwalts *Pedro Cruz Vilalón* zur Rs. C-176/12 – *AMS*, in denen dieser ein umfassendes Konzept der Chartagrundsätze entwickelte, das vom EuGH so allerdings nicht aufgegriffen wurde.³⁶⁰

Immerhin sind bisher vor allem drei nennenswerte deutschsprachige Monografien mit je umfassendem Systematisierungsanspruch erschienen.³⁶¹ Ihnen gelingt eine Skizze der Grundzüge der Chartagrundsätze mit entsprechenden Problemaufrissen und auch Lösungsansätzen, und sie entwickeln zum Teil eine allgemeine Lehre der Chartagrundsätze. Hinzu kommen einige Aufsätze, die zumindest einen Schwerpunkt auch auf die Grundsätze legen,³⁶² sowie einige Kommentierungen und sonstige Beiträge.³⁶³ Die Erwägungen dieses Kapitels stützen sich deshalb vor allem auf diese Beiträge.

Zum besseren Verständnis der Überlegungen dieses Kapitels wird im Folgenden zunächst ein Überblick über die positiv-rechtliche Ausgangslage dieser neuen Normenkategorie (dazu I.) sowie zu ihrer Entstehungsgeschichte (dazu II.) gegeben.

³⁵⁸ *W. Cremer*, EuGRZ 2011, S. 545 (547 Fn. 23).

³⁵⁹ EuGH, Urteil v. 15.01.2014, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2; EuGH, Urteil v. 22.05.2014, Rs. C-356/12 – *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350, Rn. 74.

³⁶⁰ *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 42 ff.

³⁶¹ *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010; *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010; *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, alle mit jeweils zahlreichen Einzelnachweisen in die weitere Literatur.

³⁶² *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321; *D. Gudmundsdóttir*, CMLR 2015, S. 685; *C. Hilson*, MJECL 2008, S. 193; *V. Laciaková/J. Michalicková*, Contemporary Readings in Law and Social Justice 2013, S. 235. Zumindes einen Schwerpunkt auf die Grundsätze legen daneben auch *W. Cremer*, EuGRZ 2011, S. 545 (547 ff.) und *Lord Goldsmith*, CMLR 2001, S. 1201 (1212 f.).

³⁶³ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52; *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 68 ff.; *H. Jarass*, EU-Grundrechte: ein Studien- und Handbuch, 2005, Rn. 22 ff.; *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 13 ff.; *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 6 ff. und 80 ff.; *P. Cruz Villalón*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, A. XIII. Rn. 42 ff.; *S. Peers/S. Prechal*, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 52 Rn. 52.159 ff.; *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 21 und Rn. 55 ff.; *P. Craig*, EU Administrative Law, 2. Aufl. 2012, S. 467 ff.; *G. de Búrca*, in: Witte (Hrsg.), Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe 2003, S. 22 ff.

I. Positiv-rechtliche Ausgangslage

Die Grundrechtecharta führt mit den im siebten Absatz der Präambel, in Art. 51 Abs. 1 S. 2 und in Art. 52 Abs. 5 erwähnten Chartagrundsätzen eine neue, bisher unbekannte Normkategorie in das europäische Grundrechtssystem ein. Es fragt sich, was Normen dieser Kategorie eigentlich sind und wie sie konkret wirken. Dabei wird ihre spezifische Wirkungsweise vor allem durch die Abgrenzung von den Chartagrundrechten deutlich.

Zu diesen Fragen gibt die Charta selbst kaum Auskunft. Art. 52 Abs. 5 GRCh weist lediglich auf die Umsetzungsbedürftigkeit der Chartagrundsätze sowie auf ihre beschränkte Justiziabilität hin. Vor Gericht können sie nur unter Berufung auf ihre Umsetzungsakte geltend gemacht werden, sie selbst sollen nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh keine unmittelbaren Ansprüche an den einzelnen verleihen. Damit bestimmt Art. 52 Abs. 5 GRCh letztlich zwar die Rechtswirkung dieser neuen Normkategorie, setzt die Einordnung der einzelnen Bestimmungen als Grundsatz aber voraus. Konkrete Hinweise zur Einordnung einzelner Bestimmungen liefern dann nur noch die Erläuterungen zur Grundrechtecharta, die gem. Art. 6 Abs. 1 Uabs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 7 GRCh gebührend zu berücksichtigen sind.³⁶⁴ Die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh nennen Art. 25, 26 und 37 als Beispiele für solche Grundsatznormen, Art. 23, 33 und 34 sollen neben Grundrechtselementen auch Grundsatzelemente enthalten. Über die Einordnung vieler anderer Artikel schweigen die Erläuterungen hingegen ganz.

Zwar ist auch in weiteren Erläuterungen zu verschiedenen materiell-rechtlichen Charta-Artikeln zum Teil ebenfalls die Rede von Grundsätzen.³⁶⁵ Weil diese sich aber zum Teil schon selbst widersprechen, indem sie dieselben Chartagehalte mal als Regel und mal als Grundsatz bezeichnen,³⁶⁶ oder weil sie etwa Entsprechungen in der EMRK enthalten und deshalb wegen Art. 52 Abs. 3 GRCh als Grundrechte einzuordnen sind,³⁶⁷ erweisen sie sich als Ausgangs-

³⁶⁴ Im Schrifttum wird allerdings um den auslegungsmethodischen Stellenwert der Erläuterungen im Allgemeinen und damit auch um die Relevanz der Einordnungen bestimmter Artikel durch sie gestritten. In methodischer Hinsicht wirft dies die Frage auf, inwiefern die Erläuterungen für die Erarbeitung einer Grundsatzdogmatik und insbesondere der Frage der Abgrenzung dieser Normenkategorie zu den Grundrechten zu berücksichtigen sind. Siehe dazu eingehend 3. Teil: Kapitel C. I. 3. *Auslegungsmethodischer Stellenwert der Erläuterungen*.

³⁶⁵ Eine Aufzählung dieser Erläuterungen findet sich bei *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 339.

³⁶⁶ Das betrifft etwa die Erläuterungen zum Verbot der Doppelbestrafung gem. Art. 50 GRCh.

³⁶⁷ Das betrifft etwa Art. 14 GRCh. So findet etwa Art. 14 Abs. 2 GRCh zwar nicht selbst eine Entsprechung in der EMRK, wohl aber das zu ihm allgemeinere Recht auf Bildung des Art. 14 Abs. 1 GRCh, nach dessen Erläuterungen sowie nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 3 GRCh eine Entsprechung mit Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK gegeben ist. Weil Art. 14 Abs. 2 GRCh zwar über das korrespondierende EMRK-Recht hinausgeht, gleichwohl aber nur eine Teilkonkretisierung des Art. 14 Abs. 1 GRCh darstellt, ist auch er als Grundrecht zu qualifizieren und trifft die begriffliche Bezeichnung als Grundsatz durch seine Erläuterungen nicht zu. Im Ergebnis zustimmend, aber mit etwas anderer Begründung hält *H. Sagmeister*, Die

punkt für die Entwicklung einer Dogmatik der Chartagrundsätze als irreführend und bleiben daher im Folgenden unberücksichtigt.³⁶⁸ Bei den Einordnungen der Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh bestehen derlei Probleme nicht. Zudem erörtern diese Erläuterungen explizit die spezifischen Wirkungen der Chartagrundsätze und nehmen gerade in diesem Zusammenhang entsprechende Einordnungen beispielhaft vor. Ihre Einordnungen sind deshalb im Gegensatz zu den sonstigen Erläuterungen ernster zu nehmen.³⁶⁹

II. Entstehungsgeschichte

Auf der Suche nach wesensbestimmenden Merkmalen der Chartagrundsätze ist insbesondere die Entstehungsgeschichte des Art. 52 Abs. 5 GRCh erhellend. Zwar wurde die Entstehungsgeschichte schon an verschiedenen Stellen nacherzählt.³⁷⁰ Für das Verständnis der Grundsätze als neuer Normkategorie der unionsrechtlichen Grundrechtsordnung ist sie aber essentiell und soll hier deshalb in groben Zügen noch einmal nachvollzogen werden. Zwar existieren abgesehen von den Arbeitsdokumenten des Konvents mit den jeweiligen Normvorschlägen kaum offizielle Konventsprotokolle über die Verhandlungen. Veröffentlicht sind aber umfassende, ursprünglich für die deutschen Bundesländer erstellten Protokolle zu sämtlichen Konventssitzungen, die die Rekonstruktion der Entstehungsgeschichte erlauben.³⁷¹

Die Einführung dieser Normkategorie ist nicht zuletzt das Ergebnis intensiver und fortwährender Debatten im Grundrechtekonvent um die Aufnahme und Ausgestaltung sozialer Rechte in die Charta, deren rechtlicher Status trotz der Bezeichnung als Rechte umstritten war.³⁷² Tatsächlich werden in

Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 339 die Erläuterungen zu Art. 14 Abs. 2 GRCh nicht für zuverlässig, weil er die Norm im Einklang mit der h. L. „eher“ als Grundrecht versteht, was er an späterer Stelle (ebd., S. 353) mit der hinreichenden Bestimmtheit der Norm begründet.

Das Argument der Entsprechung und damit der Grundrechtsqualität trifft zudem auch auf Art. 50 GRCh zu, der seinen Erläuterungen und den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh nach dem Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK entspricht (so auch ebd. S. 340).

³⁶⁸ Ähnlich hält auch etwa *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 339 f. die Bezeichnung bestimmter Normen als „Grundsätze“ in den Einzelerläuterungen als „nicht zwingend“ für deren Einordnung als Grundsätze im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRCh. Ähnlich kritisch mit Hinweis auf weitere Widersprüchlichkeiten ist auch etwa *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (330 f.).

³⁶⁹ Skeptisch bezüglich auch deren Stellenwert sind aber gleichwohl *S. Peers/S. Prechal*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 52 Rn. 52.164 ff.

³⁷⁰ Sie wird unter anderem nacherzählt von *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 35 ff. und *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 97 ff., 134 ff.

³⁷¹ Die Protokolle sind veröffentlicht in: *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002.

³⁷² Den Streit um die Aufnahme sozialer Rechte zeichnet etwa *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (323 ff.) konzise und dennoch detailliert nach.

anderen Mitgliedstaaten rechtliche und gerade sozialrechtliche Verpflichtungen als Rechte bezeichnet, obwohl sie der Sache nach gerade keine subjektiven Rechte vermittelnde Grundsätze darstellen.³⁷³ Gerade diese unterschiedlichen Verständnisse bestimmter Rechtsgruppen lagen den Diskussionen im Konvent zugrunde und sind für das Verständnis der unterschiedlichen Positionen zur Unterscheidung von Grundrechten und Grundsätzen essentiell.

Gestritten wurde von Beginn an um die grundsätzliche Wirkung und Reichweite solcher sozialen Rechte.³⁷⁴ Einige Konventsmitglieder betonten ihre Bedeutung aufgrund der Unteilbarkeit der Grundrechte und ihre Bedeutung für das „Gesicht Europas“ und ihren subjektiv-rechtlichen Charakter. Andere bezweifelten letzteres und verstanden die vorgeschlagenen Normen eher als nicht justiziable „Instruktionsnormen“ im Sinne von Aufträgen an die Gesetzgebung denn als klassische Abwehrgrundrechte;³⁷⁵ sie stellten deshalb ihre Eignung zur Aufnahme in die Grundrechtecharta in Frage. Auch wurden Ängste hinsichtlich einer durch sie bewirkten Kompetenzerweiterung auf europäischer Ebene artikuliert. Gerade die Kompetenzfrage dominierte die Konventsdebatten bis zum Schluss,³⁷⁶ daneben bestanden auch Ängste vor den hohen finanziellen Belastungen als Folge eines etwaigen *judicial activism* des EuGH.³⁷⁷ Einige verstanden die sozialen Rechte teils gar als bloße unverbindliche Programmsätze ohne jegliche Rechtswirkung und verwiesen in diesem Zusammenhang auf das Mandat von Köln zur Erarbeitung der Charta, nach dem nur wirkliche Rechte, keine bloßen politischen Programmsätze aufgenommen werden sollten.³⁷⁸ Letztlich erkannte der Konventsvorsitzende *Roman Herzog* im Fortgang der Beratungen eine Mehrheit im Konvent für die Aufnahme sozialer Rechte.³⁷⁹

³⁷³ P. Cruz Villalón, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – AMS, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 45. Siehe zu diesbezüglichen verschiedenen mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen auch etwa S. Peers/S. Prechal, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 52 Rn. 52.161. Siehe insbesondere etwa zum spanischen Verfassungsrecht P. Cruz Villalón, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, A. XIII. Rn. 49 ff.

³⁷⁴ Zum gesamten Absatz s. 7. Protokoll der Siebenten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: N. Bernsdorff/M. Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, 2002, S. 207 ff. Zusätzliche Fußnoten in diesem Absatz zitieren die Aussage ergänzende Quellen.

³⁷⁵ Diesen Aspekt des Kölner Mandats betonte im Nachgang zu den Verhandlungen auch etwa das Konventsmitglied *Lord Goldsmith*, CMLR 2001, S. 1201 (1212).

³⁷⁶ Sie taucht in allen Konventsdebatten um die sozialen Rechte auf, s. etwa N. Bernsdorff/M. Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, 2002, S. 208, 222, 256, 265, 269, 298, 299, 321, 328, 333 ff. Letztlich wurde diesen Ängsten mit der horizontalen Kompetenzschutzklausel in Art. 51 Abs. 2 GRCh Rechnung getragen.

³⁷⁷ H. Sagmeister, *Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht*, 2010, S. 269 mwN.; P. Cruz Villalón, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – AMS, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 49.

³⁷⁸ Auf das insoweit eindeutige Mandat von Köln wies im Nachgang etwa das Mitglied des Grundrechtekonvents *Lord Goldsmith*, CMLR 2001, S. 1201 (1212).

³⁷⁹ 8. Protokoll der Achten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: N. Bernsdorff/M. Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, 2002, S. 223.

Im weiteren Verlauf der Debatten wies *Herzog* darauf hin, dass zwischen „echten Rechten“ und Prinzipien unterschieden werden müsse.³⁸⁰ Hier kam wohl erstmals die explizite kategorische Unterscheidung zwischen Grundrechten und Grundsätzen zur Sprache. Die Diskussion hierum intensivierte sich, mit Hinweisen auf vergleichbare Normen in einigen mitgliedstaatlichen Verfassungen wurde die subjektiv-rechtliche Qualität solcher Rechte bezweifelt und die Fähigkeit, ihre Umsetzung zu garantieren, in Frage gestellt; ebenfalls wurden erneut Kompetenzängsten Ausdruck verliehen, weil der EU entsprechende Kompetenzen fehlten.³⁸¹

Die Idee der Unterscheidung zwischen Rechten und Grundsätzen wurde dann vom Konventspräsidium weiter vorangetrieben.³⁸² Es schlug einen Art. 31, der die Überschrift „Rechte und Grundsätze für den Sozialbereich“ trug,³⁸³ und später einen Art. 49, der für die Charta insgesamt zwischen Grundrechten und Grundsätzen unterschied und dem heutigen Art. 51 Abs. 1 S. 2 entspricht,³⁸⁴ vor und stieß in den Beratungen hierzu eine Debatte über die unterschiedliche Verortung der Normen beider Kategorien in der Charta an. Zur Unterscheidung habe es bei seinen Normvorschlägen das Wort „Recht“ dort verwendet, wo wirkliche Rechte garantiert werden sollten, alles andere sei als Grundsätze verstanden worden. Das Präsidiumsmitglied *Braibant* wies auf die Gleichwertigkeit der sozialen mit den Freiheits- und Gleichheitsrechten hin, erörterte am Beispiel des französischen Verfassungsrechts aber die notwendige Differenzierung im Bereich der sozialen Rechte: Es gäbe subjektiv einklagbare Rechte, Grundsätze als normative Prinzipien und bloße politische Ziele.³⁸⁵ Die Koalitionsfreiheit stelle ein klassisches soziales Recht dar, das Recht auf Wohnung einen Grundsatz, der implementiert werden müsse und mehr als ein bloßes politisches Ziel sei. Er sei objektives Recht. Er gab aber auch Zuordnungsschwierigkeiten bestimmter Normen zu. Einige Konventsmitglieder sahen Abgrenzungsprobleme zwischen beiden Kategorien, andere hielten den Unterschied für klar ersichtlich. Wieder andere fürchteten durch die binäre Kategorisierung eine Hierarchisierung der chartarechtlichen Normen, bei der die Sozialrechte hinter den klassischen Grundrechten zurückblieben. Insgesamt verlief die Konventsdebatte um die kategorische Zweiteilung von Rechten und Prinzipien kontrovers. Das Präsidium setzte sich im Anschluss an diese Debatte das Ziel, die Zugehörigkeit der

³⁸⁰ Zum gesamten Absatz 10. Protokoll der Zehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: Ebd., S. 244.

³⁸¹ 10. Protokoll der Zehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: ebd., S. 248 f.

³⁸² Zum gesamten Absatz s. 11. Protokoll zur Elften Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: Ebd., S. 250 ff.

³⁸³ CHARTE 4316/00 CONVENT 34, Art. 31.

³⁸⁴ CHARTE 4422/00 CONVENT 45, Art. 49.

³⁸⁵ S. dazu auch *G. Braibant*, in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht/Akademie der Diözese Rottenburg Stuttgart (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Union, 2000/2001, S. 259 ff. (260 f.).

einzelnen Normen zu der einen oder anderen Kategorie durch den Wortlaut der jeweiligen Norm noch deutlicher zum Ausdruck zu bringen. Es betonte auch später wieder notwendige Trennung zwischen Rechten und Prinzipien.³⁸⁶

Die Bedenken hinsichtlich der mit der binären Kategorisierung einhergehenden unterschiedlichen Wertigkeit beider Normkategorien blieben auch im Fortgang der Debatten um die sozialen Rechte bestehen.³⁸⁷ Die Konventsmitglieder *Braibant* und *Meyer* reichten einen gemeinsamen Vorschlag bezüglich der Ausgestaltung der sozialen Rechte ein, der die beiden konträren Positionen im Konvent – einerseits die Ausgestaltung als voll einklagbare Grundrechte aufgrund des Prinzips der Unteilbarkeit der Grundrechte, andererseits die Ausgestaltung als bloße Instruktionsnormen zur Verhinderung umfangreicher einklagbarer Leistungsansprüche – versöhnen sollte, indem er die sozialen Verbürgungen klassisch abwehrrechtlich ausgestaltete (und damit dem „Hineinlesen“ umfangreicher Leistungsansprüche entgegenwirkte), obgleich einige dieser Verbürgungen gleichwohl nur Grundsätze vermitteln sollten; nur so sei ein Konsens im Konvent zu erzielen.³⁸⁸ Diesem Kompromiss lag konkret die Konzeption einiger französischer sozialer Grundrechte zugrunde, die zwar keine unmittelbar einklagbaren Ansprüche gewährten, gleichwohl aber als *objectifs de valeur constitutionnelle* verfassungsrechtliche Relevanz hätten und eine gerichtliche Überprüfung in gewissen Grenzen zuließen.³⁸⁹ Nur als Beispiel sei hier die Forderung *Meyers* erwähnt, statt eines „Rechts auf Arbeit“ ein „Recht der Arbeit“ in die Charta aufzunehmen.³⁹⁰ Während ersteres einen Leistungsanspruch suggeriert, gewährt letzteres eher einen Abwehranspruch. Heute garantiert Art. 15 GRCh unter anderem das „Recht, zu arbeiten“ und trägt damit besonders deutlich diese Handschrift. Aus den der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Protokollen zu den einzelnen Konventssitzungen ist nicht ersichtlich, wie genau sich *Meyer* dann die Unterscheidung zwischen Grundrechten und Grundsätzen vorstellte, wenn doch alle einheitlich als Abwehrrechte formuliert werden sollten. Festzustellen ist aber, dass zumindest einige sozialrechtliche Bestimmungen einen entsprechenden Wandel weg von stark leistungsrechtlichen hin zu stärker abwehrrechtlich gestalteten Wortlau-

³⁸⁶ 12. Protokoll zur Zwölften Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 269.

³⁸⁷ 13. Protokoll zur Dreizehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: Ebd., S. 280 ff., S. 295 ff.

³⁸⁸ 14. Protokoll zur Vierzehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: Ebd., S. 310 ff., S. 319.

³⁸⁹ *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (326) mit Verweis auf *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 48 f., der zudem ähnliche wirkende Normkategorien aus anderen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen anführt und beschreibt.

³⁹⁰ 14. Protokoll zur Vierzehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 310 ff., S. 319 f.

ten vollzogen haben. Sichtbar wird das etwa bei den Art. 25 und 26 GRCh.³⁹¹ Art. 25 GRCh lautete in seiner ersten Fassung wie folgt:

„Article XVI. The right of elderly persons to social protection

Every worker must, at the time of retirement, be able to enjoy resources affording him or her a decent standard of living.

Any person who has reached retirement age but who is not entitled to a pension or who does not have other means of subsistence must be entitled to sufficient resources and to medical and social assistance specifically suited to his/her needs.“³⁹²

Heute heißt es hingegen in Art. 25 GRCh:

„Art. 25. Rechte älterer Menschen

Die Union anerkennt und achtet das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben.“

Eine ähnliche Entwicklung durchlief Art. 26 GRCh, der in der Ursprungsfassung wie folgt lautete:

„Article XVII. The right of disabled persons to social and professional integration

All disabled persons, whatever the origin and nature of their disability, are entitled to additional specific measures aimed at improving their social and professional integration.“³⁹³

Heute heißt es in Art. 26 GRCh:

Art. 26. Integration von Menschen mit Behinderung

„Die Union anerkennt und achtet den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft.“

Während die ersten Fassungen deutlich Gewährleistungsansprüche vermittelten, stellen sich die heutigen Artikel-Fassungen primär als Abwehrrechte dar, um die erreichten Sozialniveaus in den Mitgliedstaaten vor einer etwaigen regulativen, diese Standards gegebenenfalls unterwandernde Tätigkeit der EU zu schützen.³⁹⁴

Freilich wurden nicht alle sozialen Rechte als Abwehrrechte formuliert. So garantiert die Charta heute mit Art. 14 Abs. 1 etwa das „Recht auf Bildung“ und nicht nur ein „Recht, sich zu bilden“. Andere Konventsmitglieder wollten die Zweiteilung aufgrund der Unterschiedlichkeit der Normgruppen beibehalten, wieder wurde in diesem Zusammenhang auf die subjektive Einklagbarkeit der Grundrechte einerseits, und den eher objektiven Charakter der Grundsätze bzw. Prinzipien, die zwar Verpflichtungen schufen, aber eben nicht individuell

³⁹¹ Einen Überblick über die früheren Fassungen der heutigen Charta-Artikel geben ebd., S. 77 ff.

³⁹² CHARTE 4227/00 CONVENT 26, S. 1.

³⁹³ CHARTE 4227/00 CONVENT 26, S. 3.

³⁹⁴ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 47a und *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta 2006, Art. 52 Rn. 100 sprechen beiden Vorschriften deshalb ausschließlich abwehrrechtlichen Charakter zu.

einklagbar seien, hingewiesen. Vereinzelt wurde weiterhin die gerichtliche Überprüfbarkeit der sozialen Rechte bezweifelt.³⁹⁵ Für die grundsätzliche Aufnahme sozialer Rechte vernahmen die Konventsmitglieder aber einen sich zunehmend bildenden Konsens.³⁹⁶ Es wurde an das Präsidium appelliert, den Unterschied zwischen Grundrechten und Grundsätzen darzustellen. Dieses erwiderte, dass jedenfalls keine Kategorien erster und zweiter Güte geschaffen werden sollten.

Dementsprechend wurde im weiteren Verlauf der Tagungen ein eigener Artikel zur Struktur der sozialen Rechte gefordert, insbesondere sollte eine Klarstellung erfolgen, dass die sozialen Normen keine subjektiven Leistungsrechte, sondern Respektierungs-, Schutz- und Förderpflichten seien.³⁹⁷ Letztlich wurden diese Vorschläge nicht umgesetzt, vereinzelt wurde die fehlende klare Unterscheidbarkeit zu den Grundrechten weiterhin kritisiert.³⁹⁸ Das Präsidium begnügte sich mit einer gesonderten Erwähnung der Grundsätze neben den Rechten und Freiheiten in der Präambel, um damit das gesamte normkategorische Spektrum der in der Charta verbürgten Rechte abzubilden,³⁹⁹ ohne aber, dass eine spezifische und deutliche Zuordnung der einzelnen Normen zu den Kategorien erfolgte, und ohne dass nähere Ausführungen zur spezifischen Wirkungsweise der Grundsätze in die Charta aufgenommen wurden. Wichtig ist hier, dass es zu diesem Zeitpunkt den die konkrete Wirkungsweise der Chartagrundsätze als besonders umsetzungsbedürftige Bestimmungen beschreibenden Art. 52 Abs. 5 GRCh noch nicht gab. Dieser wurde erst von einer späteren Arbeitsgruppe im Zuge der Erarbeitung des Verfassungsvertrages hinzugefügt. Auch tauchten die „Grundsätze“ in dem finalen Entwurf in keiner der einzelnen Chartaüberschriften und insbesondere nicht in denen zu den sozialen Grundsätzen mehr auf, ihre Erwähnung beschränkte sich in der finalen Fassung auf den siebten Absatz der Präambel sowie auf Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh. Der Konvent selbst definierte die Normkategorie der Grundsätze also schon nicht auch nur abstrakt näher, sondern beließ es aufgrund der Unklarheiten über das Wesen einzelner diskutierter Normen bei der bloßen Erwähnung dieser Kategorie. Erst recht nicht kategorisierte er spezifisch und ausschließlich die Normgruppe der sozialen Rechte als Grundsätze. Angesichts der erfolgreichen Initiative des Konventsmitglieds *Meyer* zur subjektiv-rechtlichen Ausgestaltung der sozialen Rechte wäre dies auch verfehlt gewesen. Hinzu kamen Bestimmungen wie die zum Gesundheits-, Umwelt- und der Verbraucherschutz gem. Art. 35, 37 und 38

³⁹⁵ 14. Protokoll zur Vierzehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 310 ff., S. 321.

³⁹⁶ Diesen Eindruck erhielten auch die Beobachter der deutschen Bundesländer, s. 15. Protokoll zur Fünfzehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: Ebd., S. 330.

³⁹⁷ 16. Protokoll zur Sechzehnten Sitzung des Konvents, Ebd., S. 354 ff., S. 358, 370.

³⁹⁸ 17. Protokoll zur Siebzehnten Sitzung des Konvents (förmliche Tagung), abgedruckt in: Ebd., S. 377 ff., S. 381.

³⁹⁹ 17. Protokoll zur Siebzehnten Sitzung des Konvents (förmliche Tagung), abgedruckt in: Ebd., S. 377 ff., S. 386.

GRCh, deren Wortlaut eine Herleitung subjektiv-rechtlicher Ansprüche noch schwieriger macht, und die durch die Normkategorie der Grundsätze ebenfalls abgebildet werden konnten.⁴⁰⁰ Gerade wegen ihres Wortlauts wurden Debatten um eine stärker subjektiv-rechtliche Ausgestaltung geführt, deren Vertreter sich letztlich aber nicht durchsetzen konnten.⁴⁰¹

Der die spezifische Wirkungsweise der Grundsätze konkretisierende Art. 52 Abs. 5 GRCh wurde dann wie bereits erwähnt erst auf Initiative der für die Charta zuständigen Gruppe II des zur Erarbeitung des Verfassungsvertrags mandatierten Verfassungskonvents in die Charta aufgenommen. Bis dahin wurden die Grundsätze allein in der Präambel sowie in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh erwähnt, aber weder hinsichtlich ihrer Wirkungsweise noch hinsichtlich der Zuordnung einzelner Chartabestimmungen zu ihnen konkretisiert. Entgegen vor allem britischer Widerstände, die eine erneute Aufweichung der Grundsätze als rechtliche Kategorie forderten,⁴⁰² kam die Gruppe in ihrem Abschlussbericht mehrheitlich zwar zur Auffassung, dass die vom Konvent getroffene Unterscheidung zwischen Grundrechten und Grundsätzen von großer Bedeutung und deshalb zu bestätigen ist. Sie forderte aber zugleich und erfolgreich die Ergänzung des heutigen Art. 52 Abs. 5 GRCh zur näheren Erläuterung des Konzepts der Grundsätze, wie es der Grundrechtekonvent verstanden hatte. Sie wollte die konkrete Einordnung der einzelnen Normen unter Berücksichtigung des Wortlauts der jeweiligen Charta-Artikel – der Konvent wollte diese hinsichtlich ihrer Einordnung als Grundrechte oder Grundsätze ja möglichst genau fassen – samt seinen Erläuterungen der künftigen Rechtsprechung überlassen und beschränkte die Grundsatzkategorie damit gerade nicht auf die sozialrechtlichen Verbürgungen.⁴⁰³ Durch die Annahme des Ergänzungsvorschlags ignorierte der Verfassungskonvent auch Einwände aus der Wissenschaft – konkret etwa dem *Gráinne de Búrca* – die sich mit dem Argument der Unteilbarkeit der Grund- und Menschenrechte gegen die Annahme aussprach: Nicht nur die „neueren“ wirtschaftlichen bzw. sozialen, sondern auch die klassischen bürgerlichen bzw. politischen Grundrechte wiesen (für die Judikative schwieriger zu handhabende)

⁴⁰⁰ So speziell mit Blick auf den Umwelt- und Verbraucherschutz gem. Art. 37 und 38 GRCh etwa auch *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta 2006, Art. 52 Rn. 7. Zwar erweist sich die konkrete normkategorische Einordnung einzelner Chartabestimmungen als schwierig, weshalb der Problematik das eigene Kapitel 3. Teil C. *Probleme und Lösungsansatz* gewidmet ist. Jedenfalls aber können Artt. 35, 37 und 38 GRCh unstreitig als Grundsätze eingeordnet werden, da sie der Archetyp einer Instruktionsnorm sind. So etwa auch *O. de Schutter*, in: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (Hrsg.), *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, Art. 52 S. 408.

⁴⁰¹ S. dazu 15. Protokoll zur Fünfzehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 329 ff., S. 339, S. 341 ff.

⁴⁰² *H. Sagemester*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 41 f.

⁴⁰³ So die für die Charta zuständige Arbeitsgruppe II des Verfassungskonvents in CONV 340 WG II 16, S. 8. Einen Überblick über die Verhandlungen zu dieser Frage im Verfassungskonvent gibt ebd., S. 41 f.

leistungsrechtliche Dimensionen auf.⁴⁰⁴ Demnach erbe eine Kategorisierung in Grundrechte und Grundsätze auf Grundlage der Unterscheidung zwischen abwehr- und leistungsrechtlichen Chartagehalten grundrechtstheoretisch keinen Sinn. Letztlich explizierte der Verfassungskonvent also das grundrechtstheoretisch verfehlte Verständnis der Grundsätze des Grundrechtekonvents in Art. 52 Abs. 5 GRCh.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass die Diskussion um die Einführung der Normkategorie der Chartagrundsätze zwar durch die Forderung der Aufnahme auch sozialer Rechte in die Charta angestoßen wurde, dass sie letztlich aber dennoch nicht auf diese Bestimmungen beschränkt blieb, sondern die Einordnung der einzelnen – auch nicht-sozialen – Chartabestimmungen aber der Rechtsprechung überlassen wurde. Zur Erleichterung hierfür qualifizieren aber die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh die Art. 25, 26 und 37 GRCh exemplarisch als Grundsätze und sprechen Art. 23, 33 und 34 GRCh zumindest auch Grundsatzelemente zu.

B. Ansätze einer allgemeinen Lehre von den Chartagrundsätzen

Auf Basis dieser positiv-rechtlichen Ausgangslage und ihrer Entstehungsgeschichte versucht die Literatur präzise Aussagen zur Anwendung und Wirkungsweise dieser neuen Normkategorie zu treffen und so eine allgemeine Lehre von den Chartagrundsätzen zu entwickeln. Es ist hier nicht der Ort, diese Versuche in Gänze zu repetitieren. Weil diese ersten Versuche einer Dogmatik der Chartagrundsätze aber als Basis für die Entwicklung der Idee des Chartagrundsatzes auf die Gewährleistung der Sicherheit dienen sollen, wird im Folgenden gleichwohl einen kursorischer Überblick über die wesentlichen Eckpfeiler dieser ersten „Gehversuche“ gegeben. Für Detailfragen sei insbesondere auf die drei dazu bisher erschienenen Dissertationen hingewiesen.⁴⁰⁵ Zugleich sollen die Konzeptionsversuche aber auch kritisch gewürdigt und – wo notwendig – durch eigene Vorschläge ergänzt werden.

Der Ansatz eines Normstrukturmodells der Grundrechtsnormen von *Johannes Schmidt* eignet sich für einen entsprechenden Überblick, denn das Modell basiert auf drei Normstrukturmerkmalen, anhand derer sich die wesentlichen

⁴⁰⁴ *G. de Búrca*, in: Witte (Hrsg.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, 2003, S. 23. Ähnlich verneint etwa *S. Fredman*, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), *Security and Human Rights*, 2007, S. 307 ff. (312) die Sinnhaftigkeit der Unterscheidung zwischen kostenverursachenden und kostenfreien Grundrechten, so haben etwa die Religions- und die Meinungsäußerungsfreiheit einerseits eine abwehrrechtliche, kostenfreie Dimension, andererseits können sie aber auch zur Schaffung, Aufrechterhaltung und Schutz von Zugängen zu entsprechenden Einrichtungen, Medien etc. verpflichtet.

⁴⁰⁵ *G. J. Schmittmann*, *Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta*, 2007; *J. Schmidt*, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, 2010; *H. Sagmeister*, *Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht*, 2010.

Aussagen der Literatur zu den Chartagrundsätzen zusammenfassen lassen.⁴⁰⁶ Während Normen beider Kategorien *verbindliches Recht* statuieren (dazu I.) und beide *Prinzipien* im Sinne der *Alexyschen* Grundrechtstheorie sein sollen (dazu II.), sei das den Grundsätzen Spezifische gegenüber den Grundrechten das *Fehlen einer subjektiv-rechtlichen Dimension* (dazu III.). Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse folgt sodann eine Erörterung der im Schrifttum angenommenen spezifischen Rechtswirkungen der Chartagrundsätze als eigenständiger Normenkategorie (dazu IV.) sowie eine ausführliche und kritische Darstellung der bereits erwähnten, erst im Entstehen begriffenen Grundsatzkonzeption des EuGH (dazu V.).

I. Die Chartagrundsätze als verbindliches Recht

Die Chartagrundsätze werden zutreffend als verbindliches und damit als echtes Recht begriffen (dazu 1.). Das Schrifttum spricht ihnen überwiegend abwehr- und leistungsrechtliche Gehalte zu (dazu 2.). Überzeugender ist es aber, die Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen zu begreifen, die allerdings keine eigenen materiell-rechtlichen Gehalte im engeren Sinne, also im Sinne unmittelbar durch Legislative und Exekutive ohne entsprechenden Spielraum umzusetzender Rechtspositionen, enthalten (dazu 3.).

1. Rechtsverbindlichkeit der Grundsätze an sich

Mittlerweile wird den Chartagrundsätzen insbesondere mit Blick auf die Wortlaute der die Grundsätze erwähnenden Chartabestimmungen sowie auf die Entstehungsgeschichte dieser Normenkategorie fast einhellig und zutreffend Rechtsverbindlichkeit beigemessen.⁴⁰⁷ Zwar müssen sich die Chartaadressaten nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh an die Grundsätze „halten“, während die Grundrechte zu „achten“ sind. Trotz dieser unterschiedlichen Verben ist ein semantischer Unterschied hier aber nicht zu erkennen, ähnlich verhält es sich auch

⁴⁰⁶ J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 141 ff.

⁴⁰⁷ Stellvertretend für viele etwa ebd., S. 90 ff.; H. Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 162 ff.; G. J. Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 57 f., der von „Verpflichteten der Grundsätze“ spricht und damit ihre Rechtsverbindlichkeit implizit voraussetzt; H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 69; M. Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45; C. Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 85. Unentschlossen hingegen etwa P. Cruz Villalón, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, A. XIII. Rn. 46. Zu den wenigen abweichenden Ansichten s. J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 90 Fn. 5, wobei zu beachten ist, dass einige der Quellen noch aus der Zeit vor der Aufnahme des Art. 52 Abs. 5 GRCh in die Grundrechtecharta stammen, der explizit auf ihre beschränkte, aber doch bestehende Justiziabilität und damit Rechtsverbindlichkeit hinweist. In seinem Lichte dürfte ein Gutteil der früheren Vertreter_innen dieser abweichenden Ansicht heute verstummt sein.

in den anderen offiziellen Sprachfassungen.⁴⁰⁸ Beide Formulierungen statuieren eine gewisse rechtliche Bindung bzw. Verpflichtung. Auch wenn die Grundsätze nach Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh vor Gericht anders als die Grundrechte nur bei der Auslegung der gemäß Art. 52 Abs. 5 S. 1 GRCh erforderlichen Umsetzungsakte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden *können* und die Charta selbst die juristische Wirkkraft der Grundsätze damit entscheidend abschwächt, heißt dies dennoch nicht, dass sie *materiell*-rechtlich weniger verbindlich wären – alle Grundsätze enthalten rechtlich verbindliche Vorgaben. Das „können“ ist gedanklich als „können nur“ zu lesen und weist lediglich auf die Umsetzungsbedürftigkeit der Grundsätze einerseits und ihren beschränkten Anwendungsbereich andererseits hin, nicht aber soll damit ihre Anwendung in das Belieben der Chartaadressat_innen gestellt werden.⁴⁰⁹

2. Grundsätze als abwehr- und leistungsrechtliche Normen

Zugesprochen werden den Grundsätzen von der herrschenden Lehre sowohl abwehr-⁴¹⁰ als auch leistungsrechtliche⁴¹¹ Funktionen, wobei letztere gerade

⁴⁰⁸ Skeptisch auch etwa *W. Cremer*, EuGRZ 2011, S. 545 (548); *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 163 f. und *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (334 f.). Auf das Fehlen eines semantischen Unterschieds dieser Begriffe im Spanischen weist auch *P. Cruz Villalón*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, A. XIII. Rn. 46 und *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18. 07. 2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 46 hin.

⁴⁰⁹ S. dazu ausführlich *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 162 ff.: Dass die Grundsätze verbindliches Recht statuieren sollten, bestätigt die Entstehungsgeschichte der Charta. So sollte diese nach dem Willen des Europäischen Rates gerade keine bloß unverbindlichen Zielbestimmungen, sondern ausschließlich rechtliche Vorgaben enthalten, siehe dazu die Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates vom 03. u. 04. 06. 1999 in Köln, Anhang (s. aber generell zur begrenzten Leistungsfähigkeit der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht *M. Wendel*, ZaöRV 2008, S. 803). Dafür spricht auch die konkrete Normgenese des Art. 52 Abs. 5 S. 1 GRCh, wonach auf Druck der britischen Konventsmitglieder das ursprüngliche Verb „shall“ durch das Verb „may“ ersetzt wurde, um klarzustellen, dass die Norm keine Handlungsgebote im Sinne einer Pflicht zum Erlass positiver Maßnahmen statuierte, ein Ausschluss jeglicher Rechtsverbindlichkeit war damit aber nicht intendiert. Selbst wenn man die Norm isoliert so verstehen wollte, zeigt Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh, dass den Grundsätzen unabhängig davon jedenfalls die Funktion als Auslegungshilfe oder gar -maxime entsprechender Umsetzungsakte zukommt. In diesem Satz ist bereits die Rede von „können nur“, was auf die die Justiziabilität begrenzen, nicht aber ausschließende Funktion dieser Norm hindeutet (so etwa auch *S. Peers/S. Prechal*, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 52 Rn. 52.181.) Ein Verständnis derart, dass auch hier die Heranziehung der Grundsätze allein fakultativ sein soll, liegt eher fern, wird aber vereinzelt auch vertreten (s. für Nachweise zu entsprechenden Ansichten Fn. 418.) Letztlich zeigt die englische Sprachfassung, die von „shall be judicially cognisable only...“ spricht, den deontischen Charakter der Norm. Zwingend wird dieses Ergebnis auch ohne Rückgriff auf die englischsprachige Fassung in der Zusammenschau mit der Pflicht, sich an die Grundsätze zu halten und sie zu fördern, Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh.

⁴¹⁰ Etwa *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 170 f. mwN.; *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 151 ff.; *W. Cremer*,

auch den Schwerpunkt der Grundsätze bilden sollen. So spricht *Borowsky* mit Blick auf die leistungsrechtliche Grundatzdimension von einem „Auftrag an die öffentlichen Gewalten, das heißt eine mit Verfassungsrang ausgestattete Verpflichtung, die je verfolgten Ziele ‚in erkennbare Rechtswirklichkeit umzuwandeln‘“⁴¹² und unter Rekurs auf die Förderpflicht des Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh sogar von einem „Optimierungsgebot“.⁴¹³ *Sagmeister* bezeichnet die gewährleistungsrechtliche Dimension der Grundsätze gar als „Kernelement der Grundsatznormen“⁴¹⁴.

Die abwehrrechtliche Grundsatzdimension bleibt weitgehend unwidersprochen, insoweit ist etwa die Rede von Berücksichtigungspflichten⁴¹⁵ bzw. Pflichten zur strikten Beachtung⁴¹⁶. Die leistungsrechtliche Grundatzdimension wird aber von einer Minderansicht verneint, weil die Grundsätze erstens gemäß Art. 52 Abs. 5 S. 1 GRCh lediglich umgesetzt werden „können“, weil sie zweitens nur bei der Auslegung von Umsetzungsakten bzw. bei Entscheidungen über ihre Rechtswidrigkeit zur Anwendung kommen können, und weil drittens die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh⁴¹⁷ die Begründung von Ansprüchen positiver Maßnahmen in den Erläuterungen zur Norm explizit ausschließen⁴¹⁸.

EuGRZ 2011, S. 545 (549); *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 77; *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014; Art. 52 Rn. 45a.

⁴¹¹ Etwa *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 172 ff.; *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 154 ff.; *G.J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 131 ff.; *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45a; *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 93. Vorsichtiger ist *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 einerseits in Rn. 78, der in erster Linie von bloßen Umsetzungsberechtigungen spricht und mögliche Pflichten von den Eigenheiten der jeweiligen Verbürgung abhängig macht. Gar nicht zur Problematik äußert sich etwa *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 13 ff.

⁴¹² *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45a mit direkter Zitierung der Schlussanträge zur Rs. C-176/12 von *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 50.

⁴¹³ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 31.

⁴¹⁴ *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 172.

⁴¹⁵ *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 77.

⁴¹⁶ *W. Cremer*, EuGRZ 2011, S. 545.

⁴¹⁷ Nach ihnen „begründen [die Grundsätze] jedoch keine direkten Ansprüche auf den Erlass positiver Maßnahmen durch die Organe der Union oder die Behörden der Mitgliedstaaten [...]“.

⁴¹⁸ Diese drei Punkte anführend etwa *P. Cruz Villalón*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, A. XIII. Rn. 46. Andererseits relativiert er diese Feststellung in Rn. 51 f. mit Hinweis auf Art. 53 Abs. 3 der spanischen Verfassung. Dort heißt es: „Recognition, respect and protection of the principles recognized in Chapter 3 shall guide legislation, judicial practice and actions by the public

Andere Autor_innen sprechen einschränkend nur bestimmten Chartagrundsätzen ausschließlich abwehrrechtlichen Charakter zu. Jedenfalls solche Artikel, die ihrem Wortlaut nach ausschließlich die Union verpflichten, also solche, die mit den Worten „Die Union anerkennt und achtet“ beginnen – so etwa die Art. 25, 26, 34 und 36 GRCh –, sollen ausschließlich als Schranken für das Handeln der Union zum Schutz bereits im Sekundärrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten existierender Rechte fungieren; sie sollen also die von ihnen genannten Rechte nicht begründen, sondern voraussetzen.⁴¹⁹ Insbesondere die sozialen Grundsätze sähen nämlich gerade die Wahrung mitgliedstaatlicher Rechtstraditionen vor, die das Tätigwerden der EU entsprechend begrenzen.⁴²⁰

Gegen die Ablehnung leistungsrechtlicher Grundsatzgehalte spricht schon entscheidend, dass wenn ein Grundsatz ausschließlich ein Unterlassen forderte, er auch direkt als Grundrecht hätte ausgestaltet werden können; dann nämlich wären die Ängste hinsichtlich unabsehbarer fiskalischer wie kompetenzrechtlicher Folgen bestimmter Chartagehalte durch die etwaige Statuierung von Pflichten zur Vornahme positiver Maßnahmen unbegründet und die Schaffung

authorities. They may only be invoked before the ordinary courts in accordance with the legal provisions implementing them.“ (Spanische Verfassung von 1978 in der überarbeiteten Fassung von 2011 nach www.constituteproject.org). Hierzu meint *Cruz Villalón* in Rn. 52: „Tatsächlich sieht sie die Möglichkeit vor, dass die Umsetzung dieser sozialen Grundrechte auch positive Handlungen umfasst oder anerkennt, die dann auch vor den einfachen Gerichten eingefordert werden können.“ In *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 60 argumentiert er mit Hinweis auf die Förderpflicht des Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh deutlicher für entsprechende Handlungsgebote. Wegen des Umstands, dass nur die bereits verabschiedeten Umsetzungsakte zulässige Klagegegenstände sind, lehnt etwa auch *W. Cremer*, EuGRZ 2011, S. 545 (549) Handlungsgebote ab. Ablehnend weiter auch etwa *S. Peers/S. Prechal*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 52 Rn. 52.180; *M. Cornils*, in: *Grabenwarter* (Hrsg.), *EnzEuR II*, § 5 Rn. 19 und *R. Winkler*, *Grundrechte der Europäischen Union. System und allgemeine Grundrechtslehren*, 2006, S. 185 f.

⁴¹⁹ *T. Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV, AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 16 und *C. Ladenburger*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 52 Rn. 100. Allgemein mit Blick auf alle sozialrechtlichen Verbürgungen spricht auch etwa *I. Pernice*, in: *Griller/Ziller* (Hrsg.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* 2008, S. 235 ff. (248) von „standstill-rules“. Auch *Lord Goldsmith*, der die sozialen Chartaverbürgungen insgesamt als Grundsätze versteht, hebt ihren abwehrrechtlichen Charakter zum Schutze nationaler Rechtsordnungen vor, und begründet dies mit den dort häufig vorkommenden Verweisungen ins nationale Recht, *Lord Goldsmith*, *CMLR* 2001, S. 1201 (1213). *M. Borowsky*, in: *Meyer* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45a spricht diesen Vorschriften „in erster Linie ‚Abwehrcharakter‘“ zu. A. A. ist etwa *G. J. Schmittmann*, *Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta*, 2007, S. 131 f., der in diesen Vorschriften sogar Grundsätze mit Subjektivierungsgebot, also Pflichten zur Schaffung subjektiv-rechtlicher Ansprüche insbesondere durch das Sekundärrecht, erkennt (dies wieder aber relativierend ebd., S. 139.). *H. Sagmeister*, *Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht*, 2010, S. 172 ff. mwN. und *J. Schmidt*, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, 2010, S. 155 f., sprechen noch weitergehend allen Chartagrundsätzen leistungsrechtliche Gehalte zu.

⁴²⁰ *M. Borowsky*, in: *Meyer* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45a.

der solche Wirkungen ausschließenden Grundsatzkategorie unnötig gewesen.⁴²¹ Was die Ablehnung der leistungsrechtlichen Dimension der Grundsätze im Allgemeinen betrifft, wurde bereits darauf hingewiesen, dass wenn die Grundsätze gemäß Art. 52 Abs. 5 S. 1 GRCh durch Gesetzgebungs-, Ausführungs- und Durchführungsakte von EU und Mitgliedstaaten umgesetzt werden *können*, dies lediglich als Verweis auf eben diese Umsetzungsbedürftigkeit der Grundsätze als „vollzugsbedürftige Prinzipien“⁴²² und als Hinweis auf den bestehenden weiten Umsetzungsspielraum, nicht aber auf den fakultativen Charakter der Norm mit Blick auf ihre Anwendung zu verstehen ist und dies damit auch nicht gegen die Vermittlung verpflichtender leistungsrechtlicher Gehalte an sich spricht.⁴²³ Dagegen spricht auch nicht der Ausschluss einer Pflicht zum Erlass positiver Maßnahmen durch die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh, weil diese angesichts ihres Wortlauts und im Lichte der Entstehungsgeschichte so zu verstehen sind, dass sie lediglich Ansprüche auf ganz konkrete Leistungen ausschließen, nicht aber, dass sie zugleich auch die Verpflichtung zum Tätigwerden an sich, anders gewendet die in Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh statuierte Pflicht zur Förderung der Grundsätze durch deren Umsetzung, ausschließen. Man wird folglich von einem leistungsrechtlichen Kerngehalt ausgehen können, der wegen des expliziten Ausschlusses in den Erläuterungen zwar keine konkreten materiellen Gehalte vermittelt, gleichwohl aber jedenfalls überhaupt irgendeine Umsetzung fordert. Dass dieser Kerngehalt⁴²⁴ gemäß Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh im Falle des Fehlens eines Umsetzungsaktes nicht unmittelbar einklagbar ist, spricht nicht zwingend gegen seine Existenz, weil die materiell-rechtliche Existenz von Recht normstrukturtheoretisch strikt von dessen prozessualer Durchsetzbarkeit zu trennen ist.⁴²⁵ Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh wurde letztlich durch den Verfassungskonvent ergänzt, um noch einmal der Gefahr eines *judicial activism* des EuGH im leistungsrechtlichen Bereich der Charta zu begegnen, er spiegelt insoweit die bestehende Rechtsunsicherheit bezüglich der Rechtswirkungen der Grundsätze wider: Wegen möglicher gewährleistungsrechtlicher Grundsatzgehalte und insbesondere wegen der damit verbundenen fiskalischen Aufwendungen wie auch möglicher Kompetenzverschiebungen von den Mitgliedstaaten zur EU sollten bestimmte Chartaverbürgungen ja gerade keine voll justiziablen Grundrechte,

⁴²¹ J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 155. Ähnlich auch H. Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 173.

⁴²² T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 13.

⁴²³ S. dazu schon 3. Teil: Kapitel B I. Die Chartagrundsätze als verbindliches Recht, dort Fn. 409.

⁴²⁴ Dieser Kerngehalt – die Pflicht zur Umsetzung des Grundsatzes an sich – ist dann auch der einzige autonome materiell-rechtliche Grundsatzgehalt. Siehe dazu sogleich 3. Teil, Kapitel B. I. 3. b.: Grundsätze als Normen ohne eigene materiell-rechtliche Gehalte.

⁴²⁵ S. zur normstrukturellen Trennung von materieller und prozessualer Seite eines Rechts H. Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 226 mwN. und J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 42f. mwN. zu den hierzu vertretenen, auch gegenläufigen Ansichten.

sondern lediglich bedingt justiziable Grundsätze sein. Gewissermaßen ist diese leistungsrechtliche Komponente deshalb ihr Wesensmerkmal, was letztlich für die Existenz leistungsrechtlicher Gehalte aller Grundsätze spricht.⁴²⁶ Mit anderen Worten haben die Chartageber_innen das Problem möglicher leistungsrechtlicher Gehalte bestimmter Chartaverbürgungen durch eine Betonung ihrer besonderen Umsetzungsbedürftigkeit einerseits und der Beschränkung ihrer Justiziabilität andererseits zu begrenzen versucht. Einer leistungsrechtlichen Pflicht zum tatsächlichen Vollzug ihrer Umsetzung steht dies gerade nicht entgegen. Für diese spricht letztlich auch die Förderpflicht des Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh mit Blick auf die Grundsätze.⁴²⁷

Damit ist die leistungsrechtliche Dimension der Grundsätze anzuerkennen.

3. *Gegenvorschlag: Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen ohne eigene materielle Rechtsgehalte*

Entgegen der Literatur wird hier die Konzeption der Chartagrundsätze als allein leistungsrechtliche Normen (dazu a.) ohne eigene materielle Rechtsgehalte (dazu b.) vorgeschlagen, weil allein diese eine eindeutige Abgrenzung von den Chartagrundrechten gewährleistet. Eine solche Konzeption lässt sich auch mit der den Grundsätzen gemäß Art. 52 Abs. 5 GRCh zugeordneten Funktion als Auslegungs- und Rechtmäßigkeitsmaßstab für das Unionsrecht vereinbaren (dazu c.).

a. *Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen*

Denn weiter gedacht spricht das Argument, dass rein abwehrrechtlich wirkende Grundsätze auch direkt als Grundrechte hätten ausgestaltet werden können, auch gegen die von der herrschenden Lehre getragene Anerkennung überhaupt irgendwelcher abwehrrechtlichen Grundsatzgehalte. Insoweit eine Chartabestimmung eben solche aufweist, sind diese Gehalte deshalb als Grundrechtsgehalte zu qualifizieren. Weist ein Charta-Artikel eine abwehr- und eine leistungsrechtliche Dimension auf, spricht deshalb mehr dafür, ihn hinsichtlich der abwehrrechtlichen Dimension als Grundrecht und hinsichtlich der leistungsrechtlichen Dimension als Grundsatz einzuordnen. Weil nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh ein und derselbe Charta-Artikel sowohl Grundsatz- als auch Grundrechtselemente enthalten kann, ist dies auch ohne weiteres zulässig. Folglich sind sämtliche abwehrrechtlichen Chartagehalte direkt als Grundrechtsgehalte zu qualifizieren und sind also im Zweifel nicht zwingend ganze Charta-Artikel, sondern gegebenenfalls nur die in ihnen enthaltenen konkreten Rechtsgehalte als Grundrecht oder Grundsatz einzuordnen.

⁴²⁶ H. Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 173. Darauf weist auch J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 154f. hin.

⁴²⁷ So auch H. Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 173.

Mithin zeichnen sich die Grundsätze entgegen der herrschenden Lehre durch eine *allein* leistungsrechtliche Dimension aus.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass umgekehrt sämtliche leistungsrechtlichen Chartagehalte als Grundsatzgehalte zu qualifizieren sind, weil die Konsequenz die Aufgabe der Kategorie der weitgehend anerkannten Leistungsgrundrechte wäre. Letztere haben aber, als Beispiel sei hier das Recht auf Bildung gem. Art. 14 GRCh genannt,⁴²⁸ ebenfalls Eingang in die Charta gefunden, so dass die Differenzierung zwischen Grundsätzen und Grundrechten im leistungsrechtlichen Bereich der Charta weiter offen bleibt.

b. Grundsätze als Normen ohne eigene materiell-rechtliche Gehalte

Eine Differenzierung zu den Grundrechten gelingt aber, wenn man die Grundsätze im Gegensatz zu ihnen als Normen ohne *eigene* materiell-rechtliche Gehalte im Sinne konkreter, umzusetzender Rechtspositionen versteht. Gerade weil die Grundsätze besonders umsetzungsbedürftiges, mit anderen Worten besonders aushandlungsbedürftiges, also nicht durch die Judikative, sondern durch Legislative und Exekutive zu konkretisierendes Recht sind,⁴²⁹ verbieten sie der Judikative durch ihre Eigenschaft als bloße Instruktionsnormen im Sinne von Zielvorgaben die unmittelbare Gewinnung materieller Rechtsgehalte aus ihnen selbst – sie sind insoweit *negative Judikativkompetenzen*. Sie sind nach dem Willen der Chartageber_innen gewissermaßen *grundrechtliche Freiflächen* oder *Schutzzäune vor grundrechtlichen Zugriffen* auf bestimmte Sachfragen, die einen entsprechenden Zugriff gerade befürchten lassen. Damit behalten sie die konkrete Umsetzung und damit den ersten Zugriff auf die jeweilige Materie der Legislative und Exekutive vor.

Das heißt, dass die Grundsätze selbst keine eigenen, gerichtlich feststellbaren materiellen Rechtsgehalte vermitteln, also keine zu wahren autonomen Kerngehalte aufweisen, an dessen alleinigen Maßstab sich etwaige Umsetzungsakte als rechtswidrig erweisen könnten. Mithin sind die Grundsätze zwar leistungsrechtliche Normen, weil sie zur Verwirklichung der in ihr genannten Ziele verpflichten, sie verbürgen aber gleichwohl keine leistungsrechtlichen, durch die drei Gewalten unmittelbar zu verwirklichenden Rechtsgehalte im klassischen grundrechtlichen Sinne, sondern geben lediglich sehr abstrakte und ausfüllungsbedürftige, aber gleichwohl rechtlich verbindliche Ziele und Aufträge vor. In Verbindung mit dem Fördergebot des Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh statuieren sie bloße Pflichten zur Umsetzung der Grundsätze an sich, mit anderen Worten

⁴²⁸ So die h. L., siehe etwa ebd.; daneben auch etwa *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 227 f.; *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 102; *N. Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 10 ff.; *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 14 Rn. 3.

⁴²⁹ *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta 2006, Art. 52 Rn. 89 betont insoweit richtig, dass die Grundsätze gegenüber der Exekutive auch ohne legislativen Zwischenschritt Rechtsverbindlichkeit entfalten, denn letztlich kann eben auch die Exekutive die Konkretisierungsaufgabe erfüllen.

Pflichten bezüglich des „Ob“ der Umsetzung.⁴³⁰ Daneben vermitteln bestimmte Grundsätze zwar noch weitgehend nicht nur generelle Umsetzungs- sondern spezifische Subjektivierungsgebote im Sinne von Pflichten zur Schaffung subjektiver Rechte auf sekundär- und tertiärrechtlicher Ebene; auch sie geben aber den konkreten Inhalt dieser zu schaffenden Rechte selbst nicht vor.⁴³¹ Insoweit sind die Grundsätze dann gewissermaßen *unionsverfassungsrechtliche Platzhalter* zur Sicherung legislativer und exekutiver Zuständigkeiten.

Ähnlich konzipiert *Pedro Cruz Vilalón* die Grundsätze. Er versteht sie in der Sache zunächst ebenfalls als Normen ohne materielle Rechtsgehalte, hält es aber für möglich, diese durch das einfache Recht materiell-rechtlich aufzuladen. Er beschreibt dies wie folgt:

„Art. 52 Abs. 5 Satz 1 erklärt nämlich, dass die ‚Grundsätze‘ der Charta durch Akte der Union und der Mitgliedstaaten ‚umgesetzt‘ werden können. Diese Umsetzungsakte sind so zu verstehen, dass es sich bei ihnen um die erforderlichen Akte der rechtlichen Konkretisierung handelt, die keine andere Absicht verfolgen als die, den ‚Grundsatz‘ hinreichend mit Inhalt zu versehen, so dass er einen eigenständigen Gehalt erlangen kann und schließlich zu einem Recht wird, das durch den Richter erkannt werden kann.“⁴³²

⁴³⁰ Eine solche Pflicht anerkennt auch etwa *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45a mit Verweis auf *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 49ff., der meint, die Grundsätze „enthalten einen entsprechenden Auftrag an die öffentlichen Gewalten, dh. eine mit Verfassungsrang ausgestattete Verpflichtung, die je verfolgten Ziele ‚in erkennbare Rechtswirklichkeit umzuwandeln‘.“ *W. Cremer*, EuGRZ 2011, S. 545 (549) lehnt entsprechende Pflichten hingegen mit dem Argument ab, dass eine Umsetzungspflicht nicht bestehen könne, da die Grundsätze nur nach dem Erlass entsprechender Umsetzungsakte justiziabel werden, weshalb eine Pflicht zur Umsetzung dieser die Justiziabilität begründenden Akte nicht bestehe. Damit verkennt er aber den Unterschied zwischen dem materiellen Gehalt einer Rechtsnorm und ihrer prozessualen Durchsetzbarkeit. Beide können auseinanderfallen, s. dazu schon 2. Teil, Kapitel B III. 4: *Teilweise Inkommensurabilität der grundrechtlichen Schutzpflicht* und dort Fn. 213.

⁴³¹ Siehe zu den chartagrundsätzlichen Subjektivierungsgeboten im Detail sogleich 3. Teil, Kapitel B. IV. *Rechtswirkungen der Grundsätze*.

⁴³² Ähnlich *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 62. Einen ähnlichen Ansatz versucht daneben auch *C. Hilson*, MJÉCL 2008, S. 193 (199ff.), indem er sich die Frage stellt, ob die Grundsätze anders als die Grundrecht nicht-„autonomes“ Recht sind, was der Fall sei, wenn sie hinsichtlich ihrer materiell-rechtlichen Gehalte von konkreten Umsetzungsakten abhingen, also nicht selbst, mit anderen Worten nicht autonom materielle Rechtsgehalte vermitteln würden. Er meint aber, dass es auch bestimmten Grundrechten an solcher Autonomie fehle, und verneint die Tauglichkeit dieses Merkmals zur Unterscheidung beider Normenkategorien. Konkret soll dies etwa das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts betreffen, das heute in Art. 21 GRCh kodifiziert ist. *Hilson* beruft sich dabei auf EuGH, Urteil v. 15.06.1978, Rs. 149/77 – *Defrenne III*, ECLI:EU:C:1978:130, Rn. 26ff. in der der EuGH feststellte, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot zwar schon damals Bestandteil des Gemeinschaftsrechts war, dass es im zu entscheidenden Fall auf die dem nationalen Recht unterliegenden Arbeitsverhältnisse aber keine Anwendung finden konnte, weil kein konkretisierender Sekundärrechtsakt existierte. Konkret hieß es dort: „Was dagegen die dem nationalen Recht unterliegenden Arbeitsverhältnisse betrifft, so besaß die Gemeinschaft zur Zeit der von den belgischen Gerichten zu beurteilenden Vorgänge keine Kontroll- und Garantiefunktion in bezug auf die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichheit zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern hinsichtlich der anderen Arbeitsbedingungen als des Entgelts. Zu dieser Zeit bestanden, wie

Besonders offensichtlich ist dies etwa bei Art. 37 – Umweltschutz, der schon von den Erläuterungen und zu Art. 52 Abs. 5 GRCh als Grundsatz eingeordnet wird, und aus dessen Wortlaut sich nur schwerlich konkrete Umsetzungspflichten ableiten lassen: Die Norm vermittelt gerade nicht selbst konkrete materielle Rechtsgehalte den Umweltschutz betreffend, macht also keinerlei Vorgaben hinsichtlich eines konkreten Mindestumweltstandards in bestimmten Bereichen in Form bestimmter zu ergreifender Maßnahmen, bestimmter Grenzwerte für Schadstoffausstöße oder Ähnliches, sondern verpflichtet nur ganz allgemein zum Umweltschutz. All das fällt in den Umsetzungsspielraum der durch den Grundsatz Verpflichteten. Erst nach Konkretisierung in Form eines Umsetzungsaktes wird dann ein konkreter materiell-rechtlicher Gehalt festgesetzt, der durch Art. 37 GRCh dann gewissermaßen unionsgrundrechtliches Gewicht erhält.

Indes führt dieses Verständnis der sekundär- und tertiärrechtlichen Aufladung der primärrechtlichen Chartagrundsätze durch die von Art. 6 Abs. 1 EUV angeordnete Gleichrangigkeit der Charta mit den Verträgen umgekehrt zu einer primärrechtlichen Aufladung sekundärrechtlichen und tertiärrechtlichen Umsetzungsrechts, welches dadurch an unionsverfassungsrechtlichem Gewicht gewinnt und insofern der „einfachgesetzlichen“ Ebene ein Stück weit enthoben wird: Legislative und Exekutive erhalten die Möglichkeit, im Wege der normalen Rechtsetzungsverfahren und gerade nicht im Wege der Vertragsänderung, wenn nicht schon Unionsverfassungsrecht selbst, so doch aber zumindest Unionsrecht mit unionsverfassungsrechtlicher Relevanz zu schaffen. Verfassungsrecht zeichnet sich aber aus guten Gründen gerade durch seine Beständigkeit gegenüber Exekutive und Legislative aus. Könnte es inhaltlich in Teilen durch einfaches Gesetzesrecht ausgestaltet werden, verlöre es gerade seine spezifischen Eigenschaften als Verfassungsrecht. Die Aufnahme der Grundsätze in die Grundrechtecharta wäre nach dieser Konzeption dann systemwidrig.

oben gesagt wurde, im Rahmen des Gemeinschaftsrechts nur die in den Artikeln 117 und 118 des Vertrages niedergelegten programmatischen Bestimmungen über die allgemeine Entwicklung des sozialen Wohls [die gerade keine Grundrechte darstellen sollen], u. a. auch was die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen angeht. Hieraus folgt, daß der von den belgischen Gerichten zu beurteilende Sachverhalt nur unter die in Belgien geltenden Bestimmungen und Grundsätze des innerstaatlichen und des Völkerrechts [und nicht unter das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot] fällt.“ *Hilsons* Deutung dieser Entscheidung dahingehend, dass der EuGH den heutigen, um weitere Diskriminierungsmerkmale erweiterte, da allgemeine Diskriminierungsverbot kodifizierende Art. 21 GRCh als nicht-autonome Norm begrift, ist mindestens zweifelhaft. Vielmehr dürfte der EuGH gemeint haben, dass hier schlicht der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nicht eröffnet war. Jedenfalls heute versteht der EuGH das allgemeine Diskriminierungsverbot als unmittelbar anwendbar, s. nur etwa EuGH, Urteil v. 22. 11. 2005, Rs. C-144/04 – *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74 ff. Unklarer spricht er in EuGH, Urteil v. 19. 01. 2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 27 zwar von Art. 21 GRCh als durch Richtlinienrecht konkretisiertes Recht, wiederholt dann aber seine früheren Feststellungen zu dessen Anwendbarkeit unabhängig von dem ihn konkretisierenden Sekundärrecht, ebd. Rn. 50 ff. Die unmittelbare Anwendbarkeit unabhängig von konkretisierendem Sekundärrecht wird jüngst auch etwa aus EuGH, Urteil v. 29. 04. 2015, Rs. C-528/13 – *Léger*, ECLI:EU:C:2015:288, Rn. 48 ff. ersichtlich, weshalb sich spätestens mit Blick auf Art. 21 GRCh die Ansicht *Hilsons* als falsch erweist.

Sie ist daher abzulehnen. Die Grundsätze und ihre Umsetzungsakte gehören jeweils verschiedenen Normebenen an: Durch ihre Umsetzungsakte werden die Grundsätze zwar konkretisiert, gleichwohl aber nicht selbst materiell-rechtlich aufgeladen. Vielmehr wird lediglich der chartarrechtliche Umsetzungsauftrag erfüllt.

c. *Vereinbarkeit mit Art. 52 Abs. 5 GRCh*

Sind Grundsätze bloße *grundrechtliche Freiflächen* und Normen ohne eigene materielle Rechtsgehalte und können sie auch nicht durch das einfache Recht materiell-rechtlich aufgeladen werden können, fragt sich, inwiefern sie dann noch gemäß Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh bei der Auslegung ihrer Umsetzungsakte und bei der Entscheidung über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden können, mit anderen Worten inwiefern sie als Auslegungs- (dazu aa.) und als Rechtmäßigkeitsmaßstab (dazu bb.) für ihre eigenen, sie selbst ja erst konkretisierenden Umsetzungsakte fungieren können. Möglich ist dies nur, wenn sie einen irgendwie gearteten normativen, gerade nicht umsetzungsbedürftigen Eigengehalt aufweisen. Dieser muss aber nicht zwingend in eigenen materiellen Rechtsgehalten liegen, sondern kann sich auch in bestimmten *Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsregeln* erschöpfen.

aa. *Grundsätze als Auslegungsgebote*

Normative Eigenwirkung entfalten können sie mit Blick auf die Auslegung ihrer eigenen Umsetzungsakte zunächst als konkrete Auslegungsgebote. Sie vermitteln als bloße Instruktionsnormen zwar nicht selbst materielle Rechtspositionen, formulieren aber doch Ziele, denen sich die Chartaadressat_innen bestmöglich nähern müssen und die deshalb auch als Auslegungsmaxime für die Auslegung der entsprechenden Umsetzungsakte dienen können, ohne aber selbst konkrete, umzusetzende Rechtspositionen vorzugeben. Ganz ähnlich wie die Horizontalbestimmungen der Art: 52 Abs. 2–7 GRCh, aber anders als sie begrenzt auf die jeweils geregelte Sachmaterie, formulieren die Grundsätze selbst dann insoweit bloße Rechtsanwendungen – und Rechtsetzungsregeln. Dazu gehören konkrete Auslegungsgebote wie etwa das der Grundsatzfreundlichen und bei bestimmten Grundsätzen das der anspruchsfreundlichen Auslegung ebenso wie das Gebot zur Schaffung subjektiver Rechte Gebot zur Schaffung subjektiver Rechte, ohne das freilich konkrete subjektive Rechtsgehalte vorgegeben werden.⁴³³

bb. *Grundsätze als Rechtmäßigkeitsmaßstab*

Die Antwort auf die Frage nach der Eignung der Grundsätze als Rechtmäßigkeitsmaßstab für ihre eigenen Umsetzungsakte, welche ihnen selbst überhaupt erst materiell-rechtlichen Gehalt verleihen, ist komplexer.

⁴³³ S. dazu im Detail 3. Teil, Kapitel B. IV. *Rechtswirkung der Grundsätze*.

Cruz Vilalón versucht das Problem auf der Grundlage seiner These, dass die Grundsätze über einfaches Recht materiell-rechtlich aufzuladen seien, über die Differenzierung zwischen zwei Arten von Umsetzungsakten zu lösen. Demnach müssen die Grundsätze erst durch bestimmte, normative Umsetzungsakte im Sinne des Art. 52 Abs. 5 S. 1 GRCh aktiviert werden, die „den Gehalt des ‚Grundsatzes‘ wesentlich und unmittelbar konkretisieren.“⁴³⁴ Diese Konkretisierungsakte würden dann inhaltlicher Bestandteil des Chartagrundsatzes, der vor Gericht herangezogen werden kann.⁴³⁵ Erst bei Bestehen eines solchen wesentlich und unmittelbar konkretisierenden Umsetzungsaktes würde dem Grundsatz Substanz verliehen und könnten nunmehr weitere, nur *mittelbare und unwesentliche* Umsetzungsakte im Lichte des durch den wesentlichen und unmittelbaren Umsetzungsakt konkretisierten Grundsatzes ausgelegt und an seinem Maßstab überprüft werden. Nur insofern könnten die Grundsätze demnach als Rechtmäßigkeitsmaßstab für weitere Umsetzungsakte dienen. Der Begriff des Umsetzungsaktes gemäß Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh umfasse nur solche unwesentlich und mittelbar konkretisierenden Rechtsakte. Durch die Prüfung auch von die Grundsätze wesentlich und unmittelbar umsetzenden Umsetzungsakten begäbe man sich in einen „Teufelskreis“, da diese Umsetzungsakte dem Grundsatz ja gerade erst seine materiellen Rechtsgehalte verliehen.⁴³⁶

Der primärrechtliche Chartagrundsatz und der sekundär- oder tertiärrechtliche unmittelbare Umsetzungsakt sollen demnach eine Einheit bilden, die Voraussetzung der Überprüfbarkeit des übrigen Sekundär- und Tertiärrechts am Maßstab der hierdurch konkretisierten Grundsätze sein sollen. Der Grundsatz kann demnach erst auf einer zweiten Stufe in Verbindung mit diesem Inhalt gebenden Umsetzungsakt als Auslegungsmaxime für weitere, zwar nicht wesentlich und unmittelbar konkretisierende, mit anderen Worten *aktivierende*, wohl aber sonstige Umsetzungsakte dienen. Im Prinzip will *Cruz Vilalón* die Grundsätze in Verbindung mit den sie wesentlich und unmittelbar konkretisierenden Rechtsakten dann also wie Grundrechte anwenden.

Auch die Umsetzung dieses Differenzierungsvorschlags stößt aber auf durchgreifende Bedenken: Durch den Vorschlag kommt zu der ohnehin schon schwierigen Abgrenzung zwischen Grundrechten und Grundsätzen diejenige zwischen wesentlich und unmittelbar konkretisierendem und nur unwesentlich und mittelbar konkretisierendem Umsetzungsakt hinzu, die vor allem eine Wertungsfrage ist, für die klare juristische Kategorien fehlen.⁴³⁷ Zwar wäre eine

⁴³⁴ Hierzu und zum restlichen Absatz *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18. 07. 2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 63 ff. weitere Fn. in diesem Absatz dienen als ergänzende Belege.

⁴³⁵ Ebd., Rn. 66 am Beispiel des Art. 27 GRCh, der durch Art. 3 Abs. 1 der RL 2002/14/EU konkretisiert und damit gewissermaßen aktiviert wird.

⁴³⁶ Ebd., R. 69.

⁴³⁷ *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 91, hält schon die Unterscheidung zwischen spezifischen Umsetzungsakten und sonstigen Sekundärrechtsakten für „künstlich und [...] praktisch nur schwer durchführbar“, für die weitere Unterscheidung innerhalb der Kategorie der Umsetzungsakte muss dieser Befund dann noch umso mehr gelten.

klare Unterscheidung anhand des Kriteriums der expliziten Bezeichnung des jeweiligen Rechtsakts als Umsetzungsakt möglich. Dieses enge Verständnis des Umsetzungsaktes lehnt *Cruz Vilalón* aber zu Recht und im Einklang mit der ganz herrschenden Ansicht im Schrifttum ab.⁴³⁸ Desweiteren hätte der Begriff des Umsetzungsaktes des Art. 52 Abs. 5 S. 1 GRCh nach dem Vorschlag von *Cruz Vilalón* dann eine andere Bedeutung als der des Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh. Während letzterer nur die unwesentlich und unmittelbar konkretisierenden Rechtsakte umfasste, umfasste ersterer sämtliche Umsetzungsakte, was merkwürdig und willkürlich anmutet, wenn die Norm diese Differenzierung nicht selbst explizit vorgibt. Wenn potentiell alle in den Sachbereich des jeweiligen Grundsatzes fallenden Rechtsakte Umsetzungsakte im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRCh sind, sollte eine weitere Binnendifferenzierung aus Gründen der Klarheit der Rechtsanwendung vermieden werden.

Eine materiell-rechtliche Aufladung der Grundsätze zur Erfüllung der ihnen zugeordneten Aufgabe, als Rechtmäßigkeitsmaßstab für ihre Umsetzungsakte zu dienen, ist aber auch nicht notwendig. Vielmehr fungieren sie selbst bereits ohne konkrete materielle Rechtsgehalte als verfassungsrechtliche Argumente. Durch die Anerkennung als Chartarechtsgut vermag etwa der Umweltgrundsatz aus Art. 37 GRCh⁴³⁹ eine konkrete Maßnahme des Umweltschutzes, die zugleich in Freiheitsgrundrechte eingreift – etwa die Pflicht zur Einhaltung bestimmter Schadstoffgrenzwerte – zu rechtfertigen, indem er dem Umweltschutz im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung der Maßnahme und hier konkret in der Abwägung mit dem kollidierenden Freiheitsrecht entsprechendes verfassungsrechtliches Gewicht verleiht, ohne jedoch diese konkrete Maßnahme selbst zwingend vorzugeben. Eine solche Rechtfertigung gelingt umso besser, desto expliziter und umfassender das entsprechende Rechtsgut verfassungsrechtlich verbürgt ist. Gleiches gilt etwa für die Art. 25 und 26 GRCh, die nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh bloße Grundsätze vermitteln sollen und die die soziale Inklusion älterer Menschen und von Menschen mit Behinderung vorgeben. Die explizite Anerkennung im unionsrechtlichen Verfassungsrecht verdeutlicht das Gewicht dieser Zielsetzungen, das bei der Abwägung mit kollidierenden Verfassungsgütern wie den Grundrechten oder auch sonstigen vertraglichen Zielen entsprechend zum Tragen kommt.

⁴³⁸ Soweit ersichtlich, wird die Gegenauffassung in der Literatur zwar diskutiert, aber im Ergebnis stets abgelehnt. So etwa *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 282 ff. mwN. auf S. 283 Fn. 848. Ebenso mit teils anderen Argumenten auch *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 198 ff., *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 45 ff. oder *C. Ladenburger*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, 2006, Art. 52 Rn. 90 ff., s. zur englischsprachigen Literatur etwa *S. Peers/S. Prechal*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 52 Rn. 52.182 f. oder *J. Krommendijk*, *ECLR* 2015, S. 321 (335 ff.).

⁴³⁹ Die Grundsatzzeigenschaft ergibt sich bereits aus den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh. Nach *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 377, mwN. handelt es sich bei den Art. 35 S. 2, 37 und 38 GRCh „geradezu um Musterfälle von Grundsatznormen“.

II. Die Chartagrundsätze als abwägungsbedürftige Prinzipien

Johannes Schmidt versucht daneben eine Einordnung der Chartagrundsätze als Prinzipien im Sinne der auf der Prinzipientheorie fußenden Grundrechtstheorie Robert Alexys.⁴⁴⁰ Nach dieser Theorie sind Grundrechte keine subsumtionsfähigen Regeln im Sinne definitiver Sollensgebote, sondern abwägungsbedürftige Prinzipien im Sinne bloßer prima-facie-Sollensgebote.⁴⁴¹ Die Grundrechte des Grundgesetzes folgten einer außentheoretischen Konstruktion, wonach ihr definitiver Gehalt anders als im Falle der innentheoretischen Konstruktion nicht aus sich heraus, sondern erst nach Anwendung der jeweiligen Grundrechtsschranken und nach der Abwägung mit anderen kollidierenden Grundrechten oder sonstigen Verfassungsrechtsgütern im jeweiligen Einzelfall feststehe. Verdeutlichen lässt sich dies am grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip: Nicht jeder, sondern nur unverhältnismäßige Grundrechtseingriffe sind zugleich auch Grundrechtsverletzungen.⁴⁴² Für den Ausgleich widerstreitender Prinzipien im Einzelfall liefert die Prinzipientheorie dann verschiedene Faktoren und Formeln, die einen möglichst rationalen Abwägungsvorgang gewährleisten sollen.⁴⁴³ Erst nach Beendigung des Abwägungsvorgangs steht dann eine Vorrangregel für die ganz konkrete Kollisionssituation fest, die auf vergleichbare Kollisionsslagen gleichermaßen Anwendung findet. Mit anderen Worten schützen die Grundrechte nach der Prinzipientheorie nur vor bestimmten Eingriffen abhängig von den damit verfolgten Zielen, sie bieten also nur relativen, nicht absoluten Schutz. Noch einmal anders gewendet kann ein konkreter Sachverhalt zwar in den Schutzbereich eines Grundrechts fallen, gleichwohl im Ergebnis aber nicht geschützt sein.

Hieran anknüpfend stellen die Chartagrundsätze nach Schmidt Prinzipien dar, weil zum einen Grundrechtsnormen mit absolutem Regelgehalt schon generell selten seien und weil zum anderen die besondere Umsetzungsbedürftigkeit der Chartagrundsätze auf ihren lediglichen prima facie Gehalt hinweise, eine

⁴⁴⁰ J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 141 ff.

⁴⁴¹ Hierzu und zum Folgenden R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 71 ff. Kurze Einführungen in die Theorie bieten etwa D. Couzinet, JuS 2009, S. 603 oder aus einer kritischen Perspektive J. H. Klement, JZ 2008, S. 756.

⁴⁴² R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 100 selbst betont insbesondere die Bedeutung der Grundrechtsschranke des Verhältnismäßigkeitsprinzips für seine Theorie, wenn er meint: „Der Prinzipiencharakter impliziert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, und dieser impliziert jenen. Daß der Prinzipiencharakter den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz impliziert, bedeutet, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit seinen drei Teilgrundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit (Gebot des mildesten Mittels) und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (eigentliches Abwägungsgebot) aus dem Prinzipiencharakter logisch folgt, also aus ihm deduzierbar ist.“ In R. Alexy, in: Schilcher/Koller/Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 31 ff. (35) stellt Alexy die Zentralität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Prinzipientheorie der Grundrechte noch deutlicher heraus: „Wer die Prinzipientheorie verwirft, muß deshalb auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verwerfen.“

⁴⁴³ S. dazu etwa den konzisen Beitrag von R. Alexy, in: Jickeli/Kreutz/Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 771 ff.

Umsetzung sei nur unter Abwägung mit anderen primärrechtlich gebotenen Zielen durchführbar.⁴⁴⁴

Über Sinn und Unsinn der Prinzipientheorie wird seit Jahrzehnten trefflich gestritten.⁴⁴⁵ Ihr ist zugute zu halten, dass sie durch die präzise Benennung relevanter Abwägungsfaktoren und Kriterien für deren Gewichtung einen Mehrwert für die exaktere Formulierung der für die Abwägung relevanten Fragen und Argumentationslasten leistet.⁴⁴⁶ Insoweit kann sich der prinzipientheoretische Ansatz *Schmidts* auch für die Abwägungsdogmatik der Chartagrundsätze als fruchtbar erweisen. Das rechtstheoretische Konzept des Prinzips ist allerdings strikt von dem chartarechtlichen Konzept des Chartagrundsatzes beziehungsweise des Chartaprinzips (vgl. die englischen und französischen Äquivalente *principle* und *principe*) zu trennen, weil die Charta anders als die Prinzipientheorie – für die die Chartagrundrechte und die Chartagrundsätze gleichermaßen Prinzipien sind – normkategorisch explizit zwischen diesen beiden Normengruppen unterscheidet, indem sie in Art. 52 Abs. 5 GRCh die spezifische Wirkungsweise der Grundsätze gesondert beschreibt. Die Prinzipientheorie liefert deshalb keine Antwort auf die Frage nach der unterschiedlichen Wirkungsweise der Normen beider Kategorien, sondern beschreibt eher ihre Gemeinsamkeiten. Dies bedingt die zusätzliche Heranziehung auch rechtsdogmatischer Erwägungen.

Folglich verbietet sich eine rechtsdogmatische Gleichbehandlung von Chartagrundrechten und -grundsätzen infolge ihrer Eigenschaft als Prinzipien im *Alexyschen* Sinne. Dennoch tun *Veronika Laciaková* und *Jana Michalicková* genau dies. Unter Rekurs auf *Alexys* Prinzipientheorie sprechen sie sich gegen die Notwendigkeit der Unterscheidung von Chartagrundrechten und Chartagrundsätzen aus, weil dies eine normative Schwächung der Grundrechtecharta zur Folge hätte und der Effektivität des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes, die die Charta gemäß des vierten Absatzes der Präambel gerade stärken wollte, entgegenstünde.⁴⁴⁷ Sie begründen dies letztlich – wenn auch nicht explizit – mit dem von ihnen aus *Alexys* Grundrechtsverständnis gezogenen Umkehrschluss, dass wenn sämtliche Grundrechte Prinzipien sind, auch sämtliche Prinzipien Grundrechte sein müssen. In einem weiteren Schritt wenden sie dann die

⁴⁴⁴ *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 143f. Die grundrechtliche Prinzipientheorie machen für das Unionsrecht daneben und allgemein auch etwa *J. Pietsch*, Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta. Dogmatik und Bewertung auf der Grundlage einer Prinzipientheorie der Rechte, 2005 und *A. J. Menéndez*, in: Menéndez/Eriksen (Hrsg.), *Arguing Fundamental Rights*, 2009, S. 155 ff. fruchtbar.

⁴⁴⁵ Konzise Kritiken formulieren etwa *M. Jestaedt*, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 253 ff. oder *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003, S. 75 ff. Zahlreiche Nachweise zu weiteren kritischen Beiträgen finden sich etwa bei *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 8 f., Fn. 45 und 46.

⁴⁴⁶ *M. Jestaedt*, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee 2007, S. 253 ff. (267). Dennoch helfe sie seiner Meinung nach bei der praktischen Operationalisierung der Abwägung nicht weiter.

⁴⁴⁷ Hierzu und zum Folgenden *V. Laciaková/J. Michalicková*, *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 2013, S. 235.

Prinzipientheorie auf sämtliche Normen an, die die bloße Bezeichnung „Prinzip“ beziehungsweise „Grundsatz“ (hier sei noch einmal auf das englische und das französische Äquivalent zum deutschen Begriff des Grundsatzes – *principle* bzw. *principe* – hingewiesen) tragen. Bestätigt sehen sich *Laciaková* und *Michalicková* durch die Rechtsprechung des EuGH, der Art. 157 Abs. 1 AEUV – gleiches Entgelt für Frauen und Männer – als Grundrecht versteht, obwohl die Vorschrift selbst nur von einem Grundsatz spricht.

Schon der von ihnen gezogene Umkehrschluss ist allerdings ein fundamentaler Fehlschluss klassischer Art – vergleichbar etwa mit dem, dass weil jedes Quadrat ein Rechteck sei, jedes Rechteck auch ein Quadrat sein müsse. Darüber hinaus verstehen die Autorinnen die *Alexysche* Prinzipientheorie grundlegend falsch: Dieser kommt es für die Einordnung als Recht oder Prinzip gerade auf die Analyse der konkreten Normstruktur, nicht auf deren bloße Normbezeichnung an; gerade deshalb kann sie überhaupt erst zum Schluss kommen, dass Grundrechte keine Regeln, sondern entgegen ihrer Bezeichnung Prinzipien sind. Auch die angeführte Rechtsprechung des EuGH zu Art. 157 Abs. 1 AEUV trägt nicht: Die eigenständige Kategorie der Chartagrundsätze wurde erst viel später als der Grundsatz auf gleiches Entgelt eingeführt und hat mit diesem nichts zu tun. Ihr Sinn und Zweck war es gerade, bestimmte neu eingeführte Chartaverbürgungen im Vergleich zu den Grundrechten normativ zu schwächen, bereits bestehende Primärrechtsnormen lässt sie aber unberührt. Sie ist deshalb von anderen unionsrechtlichen Grundsätzen strikt zu unterscheiden.⁴⁴⁸ Eine Gleichsetzung der Grundrechte mit den Grundsätzen ist schon angesichts des eindeutigen Wortlauts des Art. 52 Abs. 5 GRCh und daneben auch angesichts der Entstehungsgeschichte der Grundsatzkategorie trotz der Rechtsprechung zu Art. 157 Abs. 1 AEUV unzulässig.

III. Die Chartagrundsätze als objektives oder subjektives Recht

Die ganz herrschende Ansicht in der Literatur versteht die Grundsätze als ausschließlich objektives, weil nicht unmittelbar einklagbares Recht (dazu 1.). Abweichend davon wird namentlich von *Holger Sagmeister* vertreten, dass die Grundsätze mit Ausnahme des Umweltgrundsatzes gemäß Art. 37 GRCh subjektiv-rechtliche Qualität haben. Hieraus schlussfolgert er aber gleichwohl nicht ihre unmittelbare Einklagbarkeit. Dies sei vielmehr eine Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit. Unmittelbar anwendbar seien die Grundsätze aber nur in ihrer abwehrrechtlichen Dimension. Folglich seien die Grundsätze insoweit, nicht aber in ihrer leistungsrechtlichen Dimension, individuell und unmittelbar einklagbar (dazu 2.). Letztlich überzeugt *Sagmeisters* Argumentation weder hinsichtlich der subjektiv-rechtlichen Qualität der Grundsätze noch hinsichtlich der unmittelbaren Justizialität etwaiger abwehrrechtlicher Grundsatzgehalte und sprechen die besseren Gründe für die Einordnung der Chartagrundsätze

⁴⁴⁸ Allgemeine Ansicht, stellvertretend dafür etwa *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 71.

als objektives Recht. Vielmehr stützt seine Argumentation gerade die hier vertretene Einordnung sämtlicher abwehrrechtlicher Chartagehalte als Grundrechtsgehalte und die daraus folgende Konzeption der Grundsätze als allein leistungrechtliche Normen (dazu 3.).

1. Die Chartagrundsätze als objektives, weil nur beschränkt einklagbares Recht

Nach der ganz herrschenden Meinung gewähren die Chartagrundsätze keinerlei subjektive Ansprüche. *Clemens Ladenburger* begründet dies schon mit einem objektiv-rechtlichen Grundverständnis der Grundsatznormen, welches sich bereits terminologisch aus dem Begriffspaar „Rechte“ und „Grundsätze“ des Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh ergebe.⁴⁴⁹ Ähnlich argumentiert *Georg Schmittmann*, die objektiv-rechtliche Qualität ergebe sich aus dem Umstand, dass ansonsten der Unterschied zu den subjektiv-rechtlichen Grundrechten verwischt würde.⁴⁵⁰ Vor allem aber soll sich dies aus dem die Justiziabilität der Grundsätze beschränkenden Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh und den dazugehörigen Erläuterungen sowie der Entstehungsgeschichte der Grundsatzkategorie ergeben: *Wolfram Cremer* etwa erblickt in Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh keinerlei Hinweis auf individualrechtliche Grundrechtskomponenten; dies bestätigten auch die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh, nach denen die Grundsätze eben „keine direkten Ansprüche auf den Erlass positiver Maßnahmen durch die Organe der Union oder die Behörden der Mitgliedstaaten“ begründen; bei den Grundsätzen handele es sich demnach um objektives Recht.⁴⁵¹ Ähnlich stellt *Thorsten Kingreen* fest, dass Art. 52 Abs. 5 GRCh die in Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh und Abs. 7 der Präambel getroffene Unterscheidung zwischen Grundrechten und Grundsätzen aufgreife und „vollzugsfähige subjektive Rechte von vollzugsbedürftigen Prinzipien ohne subjektiv-rechtliche Gehalte“ abgrenze,⁴⁵² und dass die Grundsätze selbst nicht als subjektive Rechte für den Zugang zum Gericht herangezogen werden könnten,⁴⁵³ also keine Klagebefugnis begründeten.⁴⁵⁴ Nach *Martin Borowsky* blieben sie wegen der geringeren prozessualen Durchsetzbarkeit im Hinblick auf ihre subjektiv-rechtliche Funktion hinter der der Grundrechte zurück: „All-

⁴⁴⁹ *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta 2006, Art. 52 Rn. 81 ff., ähnlich etwa auch *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 113 f., der dies aber allenfalls als Indiz für die objektiv-rechtliche Qualität der Grundsätze deutet.

⁴⁵⁰ *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 137.

⁴⁵¹ *W. Cremer*, EuGRZ 2011, S. 545 (548); *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR II, 2014, § 5 Rn. 58 iVm. Fn. 131 stützt die objektiv-rechtliche Qualität sogar primär auf die Erläuterungen.

⁴⁵² *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 13.

⁴⁵³ Ebd., Rn. 15; ebenso *D. Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 18.

⁴⁵⁴ *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 86. Dem zustimmend etwa *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (337).

gemein sind die Grundsätze *à la longue* auf die Subjektivierung oder subjektivrechtliche Konkretisierung angelegt, d. h. Entwicklungsstadien auf dem Weg zu subjektiven Verbürgungen.⁴⁵⁵ Sie seien zwar rechtliche Gebote und damit mehr als bloße, nicht justiziable Programmsätze⁴⁵⁶ – vergleichbar etwa mit dem Verständnis der französischen Grundrechte bis in die 70er Jahre hinein⁴⁵⁷ oder dem Verständnis bestimmter objektiv-rechtlicher Grundgesetzgehalte wie den Staatszielbestimmungen – aber gleichwohl weniger als echte subjektive Grundrechte. *Pedro Cruz Vilalón* sowie *Steve Peers* und *Sacha Prechal* verweisen auf die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen, die zum Teil zwischen subjektiven Rechten und bloß objektiv-rechtlichen Instruktionsnormen oder Programmsätzen unterscheiden.⁴⁵⁸ Nach *Pedro Cruz Vilalón* sollen die durch die Grundsätze auferlegten Verpflichtungen bedeutend offener als die der Grundrechte sein, es würden keine individuelle Rechtssituation, sondern allgemeine Themen und Ergebnisse definiert, die das Handeln der öffentlichen Gewalten bedingen; Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh stelle klar, dass subjektive Rechte nicht unmittelbar mit Hilfe nur der Grundsätze geltend gemacht werden könnten.⁴⁵⁹ Auch *Hans Jarass*, *Dirk Ehlers* und *Georg Schmittmann* meinen, die Grundsätze enthielten vor allem objektiv-rechtliche Vorgaben und statuierten objektiv-rechtliche Umsetzungspflichten, denen keine subjektiv-rechtlichen Umsetzungsansprüche zur Seite stünden,⁴⁶⁰ die also keine Rechte⁴⁶¹ und daneben insbesondere auch keine Ansprüche auf Erlass positiver Maßnahmen vermittelten.^{462 463}

⁴⁵⁵ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45 mit Verweis auf *O. de Schutter*, in: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (Hrsg.), Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2006, Art. 52 S. 308.

⁴⁵⁶ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45b, ebenso etwa auch *W. Cremer*, EuGRZ 2011, S. 545 (548); *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 14 oder *H. Jarass*, EU-Grundrechte: ein Studien- und Handbuch, 2005, § 7 Rn. 30.

⁴⁵⁷ Dazu *T. Hochmann*, in: Marsch/Villain/Wendel (Hrsg.), Französisches und deutsches Verfassungsrecht. Ein Rechtsvergleich, 2015, Rn. 1 ff.

⁴⁵⁸ *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 45; *S. Peers/S. Prechal*, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 52 Rn. 52.161. S. speziell zum spanischen Verfassungsrecht *P. Cruz Villalón*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, A. XIII. Rn. 49 ff.

⁴⁵⁹ *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 50, 68.

⁴⁶⁰ *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 69.

⁴⁶¹ *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 58.

⁴⁶² *D. Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 18.

⁴⁶³ Weitere Nachweise zu Autor_innen, die die Grundsätze als objektives Recht einordnen, finden sich etwa bei *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 112 f. Fn. 105.

Johannes Schmidt genügt allein der Hinweis auf Art. 52 Abs. 5 GRCh für die Begründung des bloß objektiv-rechtlichen Charakters der Grundsätze nicht,⁴⁶⁴ er versucht eine Einordnung anhand der Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Telos, kommt so letztlich aber zum selben Ergebnis wie die herrschende Lehre:⁴⁶⁵ Vor allem aufgrund der Entstehungsgeschichte der Grundsatzkategorie⁴⁶⁶ zieht er den Schluss, dass die Grundsatzkategorie nur solche Normen umfasse, die in materiell-rechtlicher Hinsicht keinerlei subjektive Ansprüche vermitteln⁴⁶⁷ – also solche Normen, die im Grundrechtekonvent als bloße „Instruktionsnormen“ verstanden wurden und wegen dieser spezifischen Eigenschaft mit der Kategorie der Grundsätze zusammengefasst werden sollten; sowohl im Grundrechte- als auch im Verfassungskonvent sei die Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und rein objektiv wirkenden Grundsätzen bezweckt gewesen.⁴⁶⁸

2. Die Chartagrundsätze als subjektives, gleichwohl nur beschränkt einklagbares Recht

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre versteht insbesondere *Holger Sagmeister* die Chartagrundsätze als subjektives Recht.⁴⁶⁹ Er begründet dies unabhängig von der angeordneten beschränkten Justiziabilität vor allem mit dem Umstand, dass die Normen die von ihnen begünstigten Individuen klar erkennen ließen.⁴⁷⁰ Beispiele seien hier die Art. 25 und 26 GRCh, die konkret zum Schutz älterer Menschen und Menschen mit Behinderung verpflichten. Eine Ausnahme hiervon bilde der Umweltgrundsatz des Art. 37 GRCh, weil dies die einzige Norm

⁴⁶⁴ Ebd., S. 113 f.

⁴⁶⁵ Ebd., S. 112 ff.

⁴⁶⁶ Ebd., S. 139.

⁴⁶⁷ Siehe zur gesamten Argumentation Ebd., S. 134 ff.

⁴⁶⁸ Weil er aber die materiell-rechtlichen Gehalte einer Norm ohnehin strikt von ihrer prozessualen Durchsetzbarkeit trennt (s. dazu schon Fn. 205) – auch objektiv-rechtliche Normen können abhängig vom Prozessrecht vor Gericht (wenn auch nicht unbedingt durch Individuen) einklagbar sein – stellt er desweiteren die Frage nach der gerichtlichen Kontrolle der Grundsätze und vertritt die Ansicht, dass das von Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh gebotene „Weniger“ an Justiziabilität bei der Umsetzung der Grundsätze“ in der rechtlichen Unmöglichkeit der Einklagbarkeit des Untermaßverbots liege, ebd., S. 198 ff.

⁴⁶⁹ Hierzu und zu den folgenden Absätzen *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 303 ff.

⁴⁷⁰ Zudem weist er auf die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh hin, die bzgl. der rechtlichen Wirkungen der Chartagrundsätze auf bestimmte Entscheidungen des EuGH zum agrarrechtlichen Grundsatz der Marktstabilisierung und zum umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip verweisen. *Sagmeister* weist darauf hin, dass der EuGH auf diese Grundsätze gestützte Schadensersatzklagen grundsätzlich für möglich halte und daher eine gewisse subjektiv-rechtliche Dimension anerkenne, Gleiches müsse dann auch für die Chartagrundsätze gelten. Auch wenn die Erläuterungen explizit auf diese Grundsätze verweisen, sind sie doch keine Grundsätze im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRCh, der Erklärungs Wert der Charta kann diesbezüglich zumindest bezweifelt werden, weshalb das Argument *Sagmeisters* nicht überzeugt. Siehe dazu etwa *S. Peers/S. Prechal*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 52 Rn. 52.164 ff.

sei, die schon ihrem Wortlaut nach allein Allgemeinwohlbelange in den Blick nehme.

Die beschränkte Möglichkeit der Heranziehung der Grundsätze vor Gericht stellt zwar wegen Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh auch *Sagmeister* nicht in Frage. Soweit ein Umsetzungsakt existiert, hält er die Grundsätze in ihrer abwehr-, nicht in ihrer leistungsrechtlichen Dimension aber für unmittelbar anwendbar und damit unmittelbar justiziables, insoweit also nicht umsetzungsbedürftiges Recht, auf das sich folglich auch der und die Einzelne berufen können.⁴⁷¹ Trotz seines subjektiv-rechtlichen Verständnisses der Grundsätze weist *Sagmeister* darauf hin, dass es für die individuelle Einklagbarkeit einer Norm des Unionsrechts als im deutschen Verwaltungs- und Verfassungsrecht weniger auf ihre streng subjektiv-rechtliche Qualität und mehr auf ihre unmittelbare Anwendbarkeit ankomme.⁴⁷² Gerade die für die unmittelbare Anwendbarkeit erforderliche hinreichende Bestimmtheit wiesen die Chartagrundsätze aber nur in ihrer abwehrrechtlichen, nicht in ihrer leistungsrechtlichen Dimension auf, weshalb die Judikative hier nicht ohne weiteres judizieren könne.⁴⁷³ Die hierfür erforderliche Umsetzungsbedürftigkeit durch Legislative und Exekutive erwähne deshalb auch Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh. Zudem entspreche dies auch dem Willen der Mitglieder sowohl des Grundrechte- als auch des Verfassungskonvents, die Angst vor einem entsprechenden *judicial activism* durch den EuGH auch im leistungsrechtlichen Bereich der Chartagrundsätze und den damit verbundenen finanziellen Belastungen fürchteten.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ So explizit *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 290; *M. Borowski*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45c hält für „wohl zu begründende Ausnahmefälle“ noch weitergehend sogar die Vermittlung unmittelbar einklagbarer gewährleistungsrechtlicher Ansprüche möglich, führt dies aber nicht weiter aus.

⁴⁷² *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 218 ff. Die Frage ist aber umstritten, s. ebd. für eine Zusammenfassung der jeweiligen Ansichten. Anderes gelte nach *Sagmeister* ausnahmsweise für die Gewähr von unionsrechtlichen Haftungsansprüchen gegen die öffentliche Hand, diese erforderten gerade auch die Verletzung eines subjektiven Rechts; deshalb sei die Bestimmung der Grundsätze als objektives oder subjektives Recht auch im Unionsrecht wichtig, ebd., S. 295 ff. Auch die Haftungsansprüche beschränkten wegen der Unbestimmtheit der leistungsrechtlichen Grundsatzgehalte aber auf die abwehrrechtliche Dimension der Grundsätze. Bestünde ein Haftungsanspruch wegen Nichterlasses einer chartagrundsätzlich gebotenen Maßnahme, würde zudem der Ausschluss von direkten Ansprüchen auf den Erlass positiver Maßnahmen durch die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh umgangen, ebd., S. 301 f.

⁴⁷³ Hierzu und zum restlichen Absatz ebd., S. 265 ff. Eine Ausnahme sieht *Sagmeister* allerdings in der Gewähr derivativer Teilhaberechte durch die Chartagrundsätze. Diese seien voll justizierbar, Art. 52 Abs. 5 GRCh sei insoweit teleologisch zu reduzieren; als Argument führt er an, dass sich derivative, durch die Grundsätze gewährte Teilhaberechte weitgehend mit dem allgemeinen Recht auf Gleichbehandlung, ausdifferenziert in den Art. 20, 21 und 23 GRCh decke, ebd., S. 271 ff. Tatsächlich ist dann aber fraglich, wieso er diese Rechte nicht direkt diesen Bestimmungen zuordnet.

⁴⁷⁴ Dies trifft freilich auch auf die bereits im Kapitel zur Entstehungsgeschichte erwähnten Ängste vor Kompetenzverschiebungen zu, die *Sagmeister* nicht erwähnt.

Für die unmittelbare Anwendbarkeit der abwehrrechtlichen Gehalte hingegen sprächen verschiedene Argumente:⁴⁷⁵

- Die Grundsätze seien zwar generell und auch hinsichtlich ihrer abwehrrechtlichen Gehalte konkretisierungsbedürftig. Dies sei bei den Grundrechten aber ähnlich, gleichwohl stehe deren unmittelbare Anwendbarkeit außer Frage. Hinzu komme, dass das Unionsrecht an die subjektiv-rechtliche Qualität einer Norm hinsichtlich ihrer Einklagbarkeit durch das Individuum geringere Anforderungen stelle als etwa das deutsche Recht.
- Abgesehen davon seien die Abwehrfunktion und ihre Rechtsfolgen an sich entscheidender als der Konkretisierungsgrad der Normen: Während sie nämlich auf ein bloßes Unterlassen einer konkreten Maßnahme gerichtet sei, könne die Leistungsfunktion je nach Fallkonstellation durch verschiedene Maßnahmen gleichermaßen gut erfüllt werden oder existierten für eine rechtliche Entscheidung hierüber kaum Kriterien. Die Nichterfüllung einer Pflicht zur Vornahme einer positiven Handlung sei ungleich schwerer festzustellen als die Nichterfüllung eines Verbots. Als Beispiel nennt *Sagmeister* hier wieder Art. 37 GRCh: Dieser verpflichte zur Erhöhung bereits erreichter Umweltschutzstandards und verbiete damit zugleich ihre Absenkung. Während Maßnahmen zur Erhöhung vielgestaltig und aufgrund ihrer Komplexität und Wirkungsintensität nicht ohne weiteres gerichtlich vorgegeben seien, erscheine die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer die Standards wie auch immer senkenden Maßnahme leichter möglich.
- Deshalb erzeuge die Justiziabilität der abwehrrechtlichen Grundsatzgehalte auch keine Spannungen zum Demokratie- oder Gewaltenteilungsprinzip.
- Ebenso wenig wären mit dieser Lösung keine erheblichen fiskalischen Aufwendungen durch eine leistungsrechtsfreundliche Rechtsprechung verbunden, die im Grundrechte- und im Verfassungskonvent als Argument gegen die Rechtsverbindlichkeit vor allem der sozialen Rechte angeführt wurden.⁴⁷⁶
- Darüber hinaus zeige ein Rechtsvergleich, dass in den meisten Mitgliedstaaten abwehrrechtliche Gehalte sozialrechtlicher Normen ebenfalls justiziabel seien, selbst wenn sie keine subjektive Rechte verliehen. *Sagmeister* zitiert hier *Olivier de Schutter*, der inspiriert vom französischen Verfassungsrecht, das ähnliche Garantien mit abwehrrechtlicher Funktion aufweist, anmerkt, dass Grundsatznormen zwar keine „Schwerter“, wohl aber „Schutzschilde“ seien.⁴⁷⁷
- Desweiteren habe der EuGH abwehrrechtliche Funktionen des Prinzips der Marktstabilisierung und des Vorsorgegrundsatzes, die nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh als Vorbild für die Auslegung der Chartagrundsätze dienen sollen, bereits festgestellt.

⁴⁷⁵ Hierzu und zum Folgenden ebd., S. 273 ff.

⁴⁷⁶ Auch hier gilt Gleiches wieder für die mindestens ebenso häufig geäußerten Sorgen um mögliche, durch aktivistische Rechtsprechung vorangetriebene Kompetenzverschiebungen von der mitgliedstaatlichen auf die europäische Ebene.

⁴⁷⁷ Ebd., S. 279 mit Verweis auf *O. de Schutter*, RUDH 2000, S. 33 ff. (35).

- Weiter sieht *Sagmeister* seine Ansicht auch im Wortlaut des Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh bestätigt: Wenn demnach die Grundsätze bei der Rechtmäßigkeitsprüfung ihrer Umsetzungsakte berücksichtigt werden können, müssten die abwehrrechtlichen Gehalte selbst als unmittelbarer Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit in Betracht kommen können und folglich dann auch unmittelbar anwendbar sein.
- Auf den Punkt gebracht würde mit diesem Ansatz sowohl den im Grundrechte- und im Verfassungskonvent vorgetragenen Ängsten einerseits gegenüber einem *judicial activism* des EuGH im leistungsrechtlichen Bereich, andererseits gegenüber eines Absinkens der nationalen (insbesondere Sozial-) Standards Rechnung getragen. Zugleich stellen die Grundsätze damit mehr als (faktisch) bloße Programmsätze bzw. Ziele dar.
- Nicht zuletzt würde die dem EuGH durch die fehlende Einordnung der einzelnen Chartavorschriften als Grundrechte oder Grundsätze eingeräumte Macht gemindert, über die Einklagbarkeit der einzelnen Bestimmungen zu befinden: Wenn nämlich nicht nur die Grundrechte, sondern auch die Grundsätze zumindest in ihrer abwehrrechtlichen Dimension durch den Einzelnen gerichtlich durchgesetzt werden können, verliert die Einordnung der einzelnen Chartabestimmungen als Grundrecht oder Grundsatz an Bedeutung.

Mit Blick auf die abwehrrechtliche Dimension der Grundsätze stellt *Sagmeister* insoweit eine völlige Gleichheit zu den abwehrrechtlichen Grundrechten her. Er selbst bezeichnet dies vorsichtiger als *Ähnlichkeitsthese*⁴⁷⁸ und rechtfertigt dies in Auseinandersetzung mit der ihm insoweit widersprechenden Literatur mit den ja immernoch verbleibenden Unterschieden zu den Grundrechten im Hinblick auf die leistungsrechtlichen Grundsatzgehälter: Leistungsrechtliche Grundsatzgehälter sollen (im Falle der Existenz von Umsetzungsakten) anders als leistungsrechtliche Grundrechtsgehälter eben nicht unmittelbar anwendbar und damit nicht einklagbar sein.⁴⁷⁹ Letztlich würde durch die Beschränkung der Einklagbarkeit auf die abwehrrechtlichen Grundsatzgehälter zum einen dem Mandat von Köln entsprochen, dessen Forderung darin bestand, ausschließlich rechtsverbindliche Normen und keine bloßen Zielbestimmungen in die Charta aufzunehmen, zum anderen berücksichtige dieses Verständnis aber auch die Ängste der Mitglieder des Grundrechts- und des Verfassungskonvents vor möglichen fiskalischen Belastungen (und Kompetenzverschiebungen).⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 306.

⁴⁷⁹ Ebd., S. 282.

⁴⁸⁰ Ebd., S. 306 *Sagmeister* resumiert dies hier zwar explizit im Kontext subjektiv-rechtlicher Haftungsansprüche, die Aussage ist aber auf sein Modell der Beschränkung der unmittelbaren Anwendbarkeit lediglich der abwehrrechtlichen Grundsatzgehälter insgesamt übertragbar.

3. Stellungnahme: Grundsätze als objektives Recht und Identitätsthese statt Ähnlichkeitsthese

Zwar lässt sich *Sagmeisters* Argument hören, nach dem die meisten Charta-bestimmungen ihre Begünstigten erkennen ließen und deshalb auch die Grundsätze subjektives Recht seien. Theoretisch lassen sich die Grundsätze deshalb in materiell-rechtlicher Hinsicht als subjektives Recht verstehen, das wegen Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh lediglich prozessual nicht unmittelbar durchsetzbar wäre.⁴⁸¹ Zum einen aber lehnt schon *Sagmeister* selbst dies für den Umweltgrundsatz des Art. 37 GRCh ab, die subjektiv-rechtliche Qualität ist also auch nach seinem Verständnis kein Merkmal, das alle Chartagrundsätze teilen. Nach seinen Maßstäben könnte etwa auch die subjektiv-rechtliche Qualität des Art. 22 GRCh – Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen – bezweifelt werden, weil auch hier ein begünstigtes Individuum zumindest nicht unmittelbar erkennbar ist.⁴⁸² Vor allem aber unterscheiden sich zum anderen auch die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh explizit zwischen „subjektiven Rechten“ und bloßen Grundsätzen.⁴⁸³ Zusammen mit der beschränkten Justiziabilität gemäß Art. 52 Abs. 5 GRCh, die eine unmittelbare Berufung auf die Grundsätze ausschließt und einen Umsetzungsakt voraussetzt, dessen konkrete Ausgestaltung im Ermessen der Chartaadressat_innen liegt, sprechen die besseren Gründe deshalb für die Qualifikation der Grundsätze als nur objektives Recht.

Auch *Sagmeisters* Ähnlichkeitsthese, nach der grundsätzliche Abwehrgehalte aufgrund ihrer normstrukturellen Ähnlichkeit zu den Grundrechten wie diese unmittelbar anwendbar und unmittelbar justiziabel und damit bei Vorhandensein entsprechender Rechtsbehelfe auch durch das Individuum einklagbar sein sollen, überzeugt nicht. Konsequenter wäre es, seine Erwägungen zu einer *Identitätsthese* zuzuspitzen, und damit also wie hier vertreten sämtliche chartarechtlichen Abwehrgehalte direkt als Grundrechtsgehalte zu qualifizieren, da nach seiner Auffassung durch die unmittelbare Einklagbarkeit ihrer Abwehrgehalte die Grundsätze letztlich doch Rechte vermitteln. Insofern denkt *Sagmeister* seine eigene Argumentation schlicht nicht zu Ende⁴⁸⁴ und spricht letztlich auch

⁴⁸¹ S. dazu bereits Fn. 425.

⁴⁸² Gleichwohl ist auch die Einordnung von Art. 22 GRCh als Grundrecht nicht völlig abwegig. Darauf weist *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (333) hin, der einen Vergleich mit Art. 27 IPbPR sucht, welcher vom UN-Menschenrechtsausschuss als unmittelbar anwendbar und individuell justiziabel erachtet wird. Allerdings ist in dessen Wortlaut explizit die Rede von einem Recht und weist er überhaupt einen stärkeren Individualbezug auf, als es dort heißt: „In Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten darf Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen.“

⁴⁸³ Darauf weist auch explizit etwa *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 68 hin.

⁴⁸⁴ Möglicherweise liegt der Grund für *Sagmeisters* Inkonsequenz in dem Widerspruch, den die Identitätsthese mit Blick auf die Einordnungen insbesondere der Art. 25 und 26 GRCh als ausschließliche Grundsätze durch die Erläuterungen provozieren würde: Weil *Sagmeister* diesen Normen auch abwehrrechtliche Gehalte zuspricht (*H. Sagmeister*, Die Grundsatz-

sie für die hier vorgeschlagene Konzeption der Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen.

IV. Rechtswirkung der Grundsätze

Im Rahmen der Konzeption der Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen ohne eigene materiell-rechtliche Gehalte wurden ihre verschiedenen rechtlichen Wirkungen vor dem Hintergrund ihrer Funktion als Auslegungs- und Rechtmäßigkeitsmaßstab gemäß Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh schon angedeutet. Im Schrifttum werden konkret Gebote zur grundsatzkonformen und grundsatzfreundlichen Auslegung (dazu 1.) sowie ein Rückschrittsverbot (dazu 2.) diskutiert. Bestimmten Grundsätzen werden daneben auch Subjektivierungsgebote (dazu 3.) und in der Folge Gebote zur anspruchsfreundlichen Auslegung zugesprochen (dazu 4.). Auch wenn die hier vertretene Konzeption der Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen ohne eigene materielle Rechtsgehalte von der des Schrifttums abweicht, treten die genannten Wirkungen der Grundsätze bei dieser Gestaltung gleichermaßen auf, weil sie allesamt bloße Rechtsanwendungs- und Rechtsetzungsregeln, nicht aber eigene materiell-rechtliche Gehalte im Sinne unmittelbar umzusetzender Rechtspositionen sind.

1. Gebote der grundsatzkonformen und grundsatzfreundlichen Auslegung

Aus den Grundsätzen wird zunächst das Gebot der grundsatzkonformen Auslegung deduziert, wonach im Falle der Möglichkeit mehrerer Auslegungen diejenige zu wählen ist, die mit dem Grundsatz konform geht.⁴⁸⁵ Dies ergibt sich zwanglos schon daraus, dass sie gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh verbindliches Recht sind und gemäß Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh bei der Auslegung ihrer Umsetzungsakte herangezogen werden können. Hierüber werde auch die mittelbare Drittwirkung der Grundsätze zwischen Privaten möglich.⁴⁸⁶ Mit Blick auf die Möglichkeit der Heranziehung der Grundsätze bei der Auslegung

normen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 367 f.: Die Artikel seien „nicht nur [sic] auf Abwehr, sondern auch auf Schutz und Förderung [...] angelegt.“), könnten sie nach der Identitätsthese dann keine ausschließlichen Grundsätze sein. Das Problem löst sich aber, wenn man den Art. 25 und 26 GRCh gerade wegen ihrer Einordnung als Grundsätze durch die Erläuterungen keine abwehrrechtlichen Gehalte zuspricht, statt diese gerade vor auszusetzen.

⁴⁸⁵ W. Cremer, EuGRZ 2011, S. 545 (549); H. Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 292. Nach J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 208, „wird den Gerichten ein Mittel gegeben, um die Nichtigkeitserklärung der Sekundärrechtsakte in den Fällen abzuwenden, in den[en] die Sekundärrechtsnormen einer ‚grundsatzkonformen Auslegung‘ zugänglich sind.“; H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 75. J. Krommendijk, ECLR 2015, S. 321 (337) versteht die Grundsätze als „tools of interpretation“, S. Peers/S. Prechal, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 52 Rn. 52.181 als „aid to interpretation“.

⁴⁸⁶ J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 208 f.

ihrer Umsetzungsakte wird daneben vertreten, dass die Grundsätze entgegen dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh im Wege dessen teleologischer Reduktion nicht nur zur Auslegung ihrer Umsetzungsakte, sondern auch zur Auslegung der Grundrechtecharta, gegebenenfalls auch des übrigen Gemeinschafts-, also insbesondere auch des gesamten Primärrechts selbst herangezogen werden können.⁴⁸⁷ Andere Autoren sehen hierin hingegen keine Frage der grundsatzkonformen Auslegung, sondern eine der Gewichtung der einzelnen Schutzgüter in der Abwägung zum Ausgleich von Normkollisionen.⁴⁸⁸ Demnach müsste die Figur der teleologischen Reduktion des Art. 52 Abs. 5 S. 2. GRCh hier gar nicht bemüht werden müsste. Letztlich ist die Frage daher eher theoretischer Natur. Jedenfalls sind die Grundsätze auch bei der Auslegung des übrigen Primärrechts zu berücksichtigen.

Diskutiert wird darüber hinaus auch ein Gebot der grundsatzfreundlichen Auslegung. *Paul Craig* meint, dass

„the legislative or executive norm should be interpreted in the way best designed to enhance the relevant principle, even where there was little in the way of ambiguity in the challenged norm.“⁴⁸⁹

Wolfram Cremer hingegen lehnt ein solches Auslegungsgebot – allerdings mehr oder weniger ohne Argument – ab, es gelte lediglich ein striktes Beachtungsgebot, das sich eben in der grundsatzkonformen Auslegung realisiere; im Übrigen räume der Grundsatz einen Spielraum ein.⁴⁹⁰ Für die grundsatzfreundliche Auslegung sprechen entscheidend aber schon das Fördergebot gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh und die Eigenschaft der Grundsätze als Ziele formulierende Instruktionennormen, so dass diese im Ergebnis anzuerkennen ist.

2. Rückschrittsverbot

Diskutiert wird zudem ein durch die Grundsätze vermitteltes *Rückschrittsverbot*⁴⁹¹ als Rechtssetzungsregel. Diese vornehmlich aus der französischen Grundrechtstradition bekannte Figur schützt etwa einmal erlassene Gesetze vor ihrer Abschaffung durch den Gesetzgeber, weil sie ein bestimmtes, wegen der Grundrechte oder hier der Grundsätze nicht mehr disponibles Grundrechtsniveau ein-

⁴⁸⁷ G. J. Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 55 ff.

⁴⁸⁸ In diesem Sinne aus prinzipientheoretischer Sicht J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 208 und ohne prinzipientheoretische Prämisse H. Sagemester, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 292 Fn. 909. Beide Erwägungen erfolgen unter explizitem Rekurs auf Schmittmann.

⁴⁸⁹ P. Craig, EU Administrative Law, 2. Aufl. 2012, S. 472.

⁴⁹⁰ W. Cremer, EuGRZ 2011, S. 545 (549).

⁴⁹¹ Das Rückschrittsverbot als rechtsdogmatische Figur benennen und diskutieren explizit und besonders ausführlich etwa H. Sagemester, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 174 ff.; J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 195 ff. und M. Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Rn. 45c.

geführt haben.⁴⁹² Nicht zu verwechseln ist dieses Rückschrittsverbot mit der im Schrifttum teilweise angenommenen Aufgabe insbesondere der sozialrechtlichen Verbürgungen, die bestehenden Sozialstandards auf mitgliedstaatlicher Ebene vor einer EU-rechtlichen Unterwanderung im Sinne von „standstill-rules“ zu schützen.⁴⁹³ Das grundsätzliche Rückschrittsverbot schützt nämlich auch vor einem Rückbau bereits erreichter Umsetzungsstandards im Unionsrecht selbst.

Mit Blick auf die Grundsätze werden ein *absolutes* und ein *relatives Rückschrittsverbot* diskutiert.⁴⁹⁴ Das absolute Rückschrittsverbot verhindert jedes Unterschreiten des einmal durch Umsetzungsakte erreichten Umsetzungsniveaus. Das relative Rückschrittsverbot hingegen lässt eine Unterschreitung bei entsprechender Rechtfertigung zu. Das Hauptargument gegen das absolute Rückschrittsverbot liegt auf der Hand: Es führt zu einer Versteinerung der Rechtsordnung, die nicht mehr auf sich ändernde Umstände reagieren könnte; diese löst wiederum einen Abschreckungseffekt bei den zur Umsetzung Verpflichteten aus, der von vornherein nur zu einer Minimalumsetzung führt.⁴⁹⁵ Das relative Rückschrittsverbot hingegen belässt der Rechtsordnung die notwendige Dynamik.

Namentlich *Johannes Schmidt* lehnt aber selbst das relative Rückschrittsverbot unter Verweis auf den bestehenden Umsetzungsspielraum der Chartagrundsätze ab: Dieser bleibe auch nach Erlass von Umsetzungsakten bestehen, folglich könnten diese auch wieder zurückgenommen oder beschränkt werden, zumindest solange ein gewisses Mindestschutzniveau gewahrt werde; diese Pflicht zur Wahrung eines Mindestschutzniveaus erwache aber nicht aus dem Rückschrittsverbot, sondern aus dem rechtsstaatlichen Prinzip des Vertrauensschutzes.⁴⁹⁶ Letztlich verkennt diese Ansicht aber das Fördergebot des Art. 51

⁴⁹² *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA, 2010, S. 412 f. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung. Bei *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Rn. 45c finden sich Nachweise aus der französischen Literatur zur Thematik der durch die Chartagrundsätze vermittelnden Rückschrittsverbote.

⁴⁹³ S. dazu schon die Nachweise in Fn. 419.

⁴⁹⁴ Ausführlich dazu und für das relative Rückschrittsverbot streitend *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 174 ff. mwN. insbesondere aus der französischen Literatur und zu den jeweiligen Vertreter_innen der verschiedenen Ansichten. Die Vermittlung eines relativen Rückschrittsverbots vertreten auch etwa *H. Jarass*, EU-Grundrechte: ein Studien- und Handbuch, 2005, Rn. 35; *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 77 und *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 100 Fn. 281. Ein Rückschrittsverbot vertritt auch *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45c mit entsprechenden Nachweisen in die französische Literatur. Ob er das Verbot als absolut oder relativ versteht, wird bei ihm nicht ganz klar, er spricht lediglich von einer „stand still-Klausel“, ohne aber zur Frage der Rechtfertigung Stellung zu nehmen.

⁴⁹⁵ *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 195 f.; *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 178 f.

⁴⁹⁶ *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 196.

Abs. 1 S. 2 GRCh. Jeder Umsetzungsakt ist eine Förderung der Anwendung der Grundsätze im Sinne des Fördergebots. Eine Rücknahme dieses Umsetzungsaktes wäre damit auch eine Rücknahme der Förderung, sie widerspräche deshalb Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh.⁴⁹⁷ Eine vergleichbare Konstellation ist auch etwa aus dem französischen Verfassungsrecht bekannt: Art. 34 der geltenden Verfassung statuiert mit Blick auf die Grundrechte ein gesetzgeberisches Ausgestaltungsgebot; zur verfassungsrechtlichen Prüfung kann dem Verfassungsrat aber nur ein konkreter Rechtsakt vorgelegt werden, die Überprüfung eines gänzlichen Unterlassens ist nicht möglich; folglich kann die Verletzung der Ausgestaltungspflicht nur in solchen Fällen erfolgen, in denen der Gesetzgeber bereits tätig geworden ist – so genannte *negative Unzuständigkeit*.⁴⁹⁸ Der von ihm erlassene Ausgestaltungsakt wird dann aber der Disposition des Gesetzgebers entzogen, obwohl ihm zuvor ein entsprechender Ausgestaltungsspielraum durch die Grundrechte in Verbindung mit Art. 34 der geltenden Verfassung explizit belassen wurde. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung hierfür liegt dann aber eben in der Pflicht zur Ausgestaltung der Grundrechte durch einfaches Gesetz.

Insgesamt stellt das bestimmte Rücknahmen zulassende relative Rückschrittsverbot eine Figur zum Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Fördergebot auf der einen und der beschränkten Justiziabilität der Grundsätze auf der anderen Seite dar und wahrt durch die Möglichkeit des Rückschritts bei entsprechenden Rechtfertigungsgründen zugleich die notwendige Dynamik der Rechtsordnung. Es ist daher als konkrete Rechtswirkung der Grundsätze anzuerkennen. Ein Widerspruch zur oben vertretenen These, nach der die Grundsätze Normen mit allein leistungrechtlicher Dimension sind, besteht trotz der Anerkennung des Rückschrittsverbots nicht, denn freilich können die Grundsätze nur in Verbindung mit ihren Umsetzungsakten ein entsprechendes Rückschrittsverbot entfalten. Die Umsetzungsakte sind selbst aber gerade Ausfluss der leistungrechtlichen Dimension der Grundsätze, letztere enthalten deshalb keine genuin abwehrrechtlichen Gehalte.

3. Grundsätze als Subjektivierungsgebote

Daneben sprechen einige Autor_innen zumindest einigen Grundsätzen Subjektivierungsgebote als weitere Rechtsetzungsregel zu. Zwar könnten die Grundsätze nicht selbst subjektive Rechte vermitteln, aber eben zur Schaffung solcher Rechte auf sekundär- und tertiärrechtlicher Ebene verpflichten.⁴⁹⁹ Dies betreffe gerade solche Grundsätze, die mit den Worten „Die Union achtet und

⁴⁹⁷ So auch H. Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 179.

⁴⁹⁸ T. Hochmann, in: Marsch/Villain/Wendel (Hrsg.), Französisches und deutsches Verfassungsrecht. Ein Rechtsvergleich 2015, Rn. 39f. iVm. Rn. 38.

⁴⁹⁹ C. Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 88.

anerkennt“ beginnen und von einem „Recht“, „Anspruch“ oder „Zugang“ sprechen, so etwa Art. 25 GRCh,⁵⁰⁰ der da lautet:

„Die Union anerkennt und achtet das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben.“

In der Tat erschöpft sich die Pflicht zur Anerkennung und Achtung entsprechender Rechte schon von ihrem Wortlaut her und für sich genommen nicht in einer reinen Abwehrfunktion,⁵⁰¹ sie kann vielmehr gerade auch zur Schaffung und Stärkung entsprechender, bereits existenter Rechte verpflichten.⁵⁰² Zudem stützt das mit Blick auf die Grundsätze bestehende Fördergebot gemäß Art. 51 Abs.1 S.2 GRCh diese Lesart. Tatsächlich ist die Vermittlung von Subjektivierungsgeboten darüber hinaus auch nicht auf Charta-Artikel mit diesem spezifischen Wortlaut beschränkt. So ist es etwa vorstellbar, auch dem Umweltgrundsatz Subjektivierungsgebote zu entnehmen, wenn diese zur Verfolgung seiner Ziele effektiv beitragen können, auf diesem Wege also das von der Norm geforderte „hohe Schutzniveau“ erreicht werden kann.

4. Gebot der anspruchsfreundlichen Auslegung

Anerkennt man das Gebot der grundsatzfreundlichen Auslegung sowie die Vermittlung chartagrundsätzlicher Subjektivierungsgebote, lässt sich aus ihrer Zusammenschau auch das Gebot der *anspruchsfreundlichen Auslegung* als weiterer Rechtsanwendungsregel schlussfolgern. Demnach kann eine Auslegung sekundär- und tertiärrechtlicher Normen im Lichte der Grundsätze zur Deduktion subjektiver Ansprüche aus eben diesem Sekundärrecht führen, so dass Grundsatz- und Umsetzungsnorm als Einheit begriffen dann ein subjektives Recht vermitteln, das einem Grundrecht sehr ähnelt. Dem stehen die Erläuterungen zu Art. 52 Abs.5 GRCh nicht entgegen: Sie sprechen lediglich

⁵⁰⁰ G. J. Schmittmann, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 131 f., der mit diesem Argument konkret die Art. 25, 26, 34 Abs. 1 und 3, und Art. 36 GRCh als „Grundsätze mit Subjektivierungsauftrag“ benennt und sich damit der Ansicht widersetzt, nach der diese Bestimmungen wegen ihres Wortlauts „Die Union anerkennt und achtet“ rein abwehrrechtlichen Charakter aufwiesen, s. dazu schon Fn. 419. Seine Aussage relativiert er aber selbst wieder ebd., auf S. 139. Ebenso spricht auch H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2013, Art. 52 Rn. 70a mit dem Argument der Erwähnung eines „Rechts“ konkret den Art. 25 und 26 GRCh Subjektivierungsgebote zu. Die aktuelle 3. Auflage aus 2016 enthält diese Erwägung indes nicht mehr. C. Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Rn. 88 hält zwar durch die Grundsätze vermittelte Subjektivierungsgebote für möglich, versteht aber jedenfalls die mit den Worten „Die Union achtet und anerkennt...“ beginnenden Normen und deshalb explizit auch Art. 25 GRCh dennoch als Grundsätze mit rein abwehrrechtlichem Charakter, ebd., Rn. 100.

⁵⁰¹ Vertreter_innen der bereits erwähnten a. A. sind in Fn. 419 und 420 zitiert.

⁵⁰² Versteht man Art. 25 GRCh im Einklang mit den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh als Grundsatz, wären ihm nach der hier vertretenen Grundsatzkonzeption sogar trotz des insoweit dann missverständlichen Wortlauts allein leistungsrechtliche Funktionen zuzusprechen. Siehe dazu im Detail 3. Teil, Kapitel C. I. 2.: *Kritik der Einordnungskonzepte am Beispiel der Art. 25 und 26 GRCh*.

davon, dass die Grundsätze „keine direkten Ansprüche auf den Erlass positiver Maßnahmen“ begründen. Sekundärrechtlich gewährte subjektive Ansprüche sind gerade nicht direkt aus den Grundsätzen abgeleitet.⁵⁰³

Sagmeister meint aufgrund der Entstehungsgeschichte und des Sinns und Zwecks der Norm, nach denen ohne Umsetzungsakte keine Ansprüche auf positive Maßnahmen bestehen sollten, „dass von der anspruchserweiternden Auslegungswirkung der Grundsätze nur sehr restriktiv Gebrauch gemacht werden sollte.“⁵⁰⁴ Das anspruchsfreundliche Auslegungsergebnis müsse im Rechtsakt selbst *angedeutet* sein:⁵⁰⁵ Denn versteht man den Begriff des Umsetzungsaktes im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRCh weit und subsummiert hierunter sämtliche sachlich einschlägigen Sekundär- und Tertiärrechtsakte unabhängig davon, ob sie die Umsetzung eines Grundsatzes explizit bezwecken,⁵⁰⁶ bestünde ansonsten die Gefahr zur Umgehung der „Nichteinklagbarkeit der Grundsatznormen im Leistungsbereich durch eine vermehrt extensive Auslegungstätigkeit“⁵⁰⁷ und damit die Gefahr der Verwischung der Grenzen zwischen Chartagrundrechten und -grundsätzen.

Durch das Kriterium der Andeutung im Sekundär- oder Tertiärrecht bleiben die Grundsätze hingegen allein Auslegungshilfe und vermitteln anders als die Grundrechte gerade nicht selbst bereits konkretisierte und prozessual durchsetzbare Ansprüche. Letztlich dienen sie in diesen Fällen dann eben nur als Auslegungshilfe und nicht selbst als Anspruchsgrundlage. Deshalb ist *Sagmeisters* Erfordernis der Andeutung im Sekundärrechtsakt zuzustimmen. Damit

⁵⁰³ In diesem Sinne auch etwa *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 74; *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 88 und *Lord Goldsmith*, CMLR 2001, S. 1201 (1212f.): „that the principles only give rise to rights to the extent that they are implemented by national law of, in those areas where there is such competence, by Community law.“

⁵⁰⁴ So aber *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 293, der sich deshalb für einen sehr restriktiven Gebrauch der anspruchsfreundlichen Auslegung ausspricht. Er beschränkt das allerdings nicht nur auf die hier genannten Artikel.

⁵⁰⁵ Ebd., S. 293.

⁵⁰⁶ Soweit ersichtlich, wird die Gegenauffassung in der Literatur zwar diskutiert, aber im Ergebnis stets abgelehnt. So etwa ebd., S. 282ff. mwN. auf S. 283 Fn. 848. Ebenso mit teils anderen Argumenten auch *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 198ff., *G.J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 45ff. oder *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Rn. 90ff., s. zur englischsprachigen Literatur etwa *S. Peers/S. Prechal*, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 52 Rn. 52.182f. oder *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (335ff.). Eine immerhin differenzierte Ansicht vertritt aber *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 60ff., der zwischen wesentlich und unmittelbar konkretisierenden und sonstigen Umsetzungsakten unterscheidet. Erstere würden dem Grundsatz seine Substanz verleihen, ihn also gewissermaßen „aktivieren“ und könnten gemeinsam mit ihm dann als Maßstäbe für die Rechtmäßigkeitsprüfung der letzteren dienen.

⁵⁰⁷ *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 293.

führt das Gebot der anspruchsfreundlichen Auslegung zwar nicht zu einer Verwischung der Grenze zwischen Chartagrundrechten und Chartagrundsätzen, wohl aber zu einer Annäherung beider Normgruppen. Gerade dies ist den Grundsätzen als spezifischer Normenkategorie der *Grundrechtecharta* aber auch immanent.

V. Die Grundsatzkonzeption des EuGH

In der Rechtsprechung des EuGH spielen die Grundsätze bisher kaum eine Rolle. Soweit ersichtlich, hat er sich erst in einer einzigen Entscheidung – der Rs. C-356/12 – *Glatzel* – explizit mit der Grundsatzkategorie beschäftigt und eine Einordnung einer konkreten Chartanorm als Grundsatz vorgenommen.⁵⁰⁸ Dort stand unter anderem in Frage, ob Art. 26 GRCh – Integration von Menschen mit Behinderung – einer sekundärrechtlichen Norm entgegensteht, die die Erteilung der Fahrerlaubnis von einer bestimmten Sehkraft abhängig macht. Der EuGH begründete hier die Einordnung des Art. 26 GRCh als Chartagrundsatz allein mit den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh, die unter anderem diesen Artikel beispielhaft als Grundsatz qualifizieren.⁵⁰⁹

Im Rahmen der Beschreibung der Rechtswirkungen des Grundsatzartikels 26 GRCh verwies der Gerichtshof zudem explizit auf seine Erwägungen in der Rs. 176/12 – *AMS*.⁵¹⁰ Dort stand unter anderem in Frage, ob das von Art. 27 GRCh garantierte Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen, gegebenenfalls in Verbindung mit einer ihn konkretisierenden Richtlinie – wie das allgemeine Diskriminierungsgebot des Art. 21 Abs. 1 GRCh – zwischen Privaten unmittelbare Anwendung findet. Diesbezüglich stellten die Richter_innen fest, dass Art. 27 GRCh durch den in ihm enthaltenen Verweis auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten erst durch eine entsprechende Konkretisierung seine volle Wirksamkeit entfalten könne,⁵¹¹ mit anderen Worten also eine besondere Umsetzungsbedürftigkeit aufweise, die sich durch die Verweisungsklausel gerade aus dem Wortlaut ergeben soll. Anders als das in Art. 21 Abs. 1 GRCh formulierte Diskriminierungsverbot reiche Art. 27 GRCh deshalb „für sich allein“ nicht aus, „um dem Einzelnen ein Recht zu verleihen, das dieser als solches geltend machen kann.“⁵¹² Auch wenn der EuGH es in jenem Urteil noch nicht aussprach, ordnete er dort auch bereits Art. 27 GRCh mit dem

⁵⁰⁸ EuGH, Urteil v. 22.05.2014, Rs. C-356/12 – *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350. Allerdings gab es für den Gerichtshof auch in einer Reihe von anderen Entscheidungen bereits die Möglichkeit, verschiedene Chartabestimmungen als Grundsätze zu qualifizieren und sich hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirkungen zu äußern, die Generalanwält_innen hatten das in ihren jeweils dazugehörigen Schlussanträgen zum Teil auch bereits getan. S. dazu im Detail *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (339 ff.) mit den entsprechenden Nachweisen.

⁵⁰⁹ EuGH, Urteil v. 22.05.2014, Rs. C-356/12 – *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350, Rn. 74.

⁵¹⁰ Ebd., Rn. 78 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 15.01.2014, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 45 und 47.

⁵¹¹ Ebd., Rn. 44 f.

⁵¹² Ebd., Rn. 47 und 49.

Argument dessen besonderer Unbestimmtheit implizit ebenfalls als Grundsatz ein.⁵¹³ Jedenfalls der Verweis des EuGH in der Rs. C-356/12 – *Glatzel* auf eben diese Erwägungen zur Beschreibung der rechtlichen Wirkungen des Grundsatzartikels 26 GRCh bestätigt die Einordnung auch des Artikels 27 GRCh als Grundsatz. Eine entsprechende explizite Einordnung des Art. 27 GRCh als Grundsatz nahm hingegen schon der Generalanwalt *Cruz Vilalón* in seinen Schlussanträgen vor.⁵¹⁴

An diesen beiden Entscheidungen werden erste Ansätze einer Grundsatzdogmatik in der Rechtsprechung des EuGH erkennbar. Dieser scheint die Grundsätze in Übereinstimmung mit der Literatur als besonders umsetzungsbedürftiges Recht und den Begriff des Umsetzungsaktes in Art. 52 Abs. 5 GRCh weit zu verstehen; zudem scheint er in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht davon auszugehen, dass die Grundsätze keine eigenen materiellen Rechtsgehalte aufweisen (dazu 1.). Der hier ebenfalls vertretenen Einheitsthese und dem Gebot der anspruchsfreundlichen Auslegung steht er indes skeptisch gegenüber (dazu 2. und 3.).

1. Grundsätze als umsetzungsbedürftiges objektives Recht ohne eigene materielle Rechtsgehalte und weites Verständnis des Umsetzungsaktes

Hinsichtlich der rechtlichen Wirkung des Art. 26 GRCh stellte der Gerichtshof fest:

„Obwohl Art. 26 der Charta demnach verlangt, dass die Union den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Integration anerkennt und achtet, führt der in diesem Artikel niedergelegte Grundsatz jedoch nicht dazu, dass der Unionsgesetzgeber diese oder jene besondere Maßnahme erlassen müsste. Damit dieser Artikel seine volle Wirksamkeit entfaltet, muss er nämlich durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden. Er kann für sich allein dem Einzelnen kein subjektives Recht verleihen, das als solches geltend gemacht werden kann“⁵¹⁵

Damit verneint auch der EuGH die subjektiv-rechtliche Qualität der Grundsätze. Zudem begreift er die in Frage stehende Norm beinhaltende Richtlinie 2006/126/EG schon deshalb als Umsetzungsakt des Art. 26 GRCh, weil sie in ihrem 14. Erwägungsgrund das Ziel des Erlasses besonderer Bestimmungen zu Erleichterung des Zugangs Körperbehinderter zum Führen von Kraftfahrzeugen angebe, und weil Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie auf Bedingungen der Fahrerlaubniserteilung an Menschen mit körperlicher Behinderung anspiele, insbesondere bezüglich der Erlaubnis zum Führen angepasster Fahrzeuge.⁵¹⁶ Er bestätigt

⁵¹³ So auch *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (345 f.).

⁵¹⁴ *P. Cruz Vilalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 42 ff.

⁵¹⁵ EuGH, Urteil v. 22.05.2014, Rs. C-356/12 – *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350, Rn. 78.

⁵¹⁶ Ebd., R. 75 f. Art. 5 Abs. 2 der RL 2006/126/EG lautet: Wird aufgrund einer körperlichen Behinderung die Fahrerlaubnis nur für bestimmte Fahrzeugarten oder nur für angepasste Fahrzeuge erteilt, so ist die Prüfung der Fähigkeiten und Verhaltensweisen nach Artikel 7 auf einem solchen Fahrzeug durchzuführen.

insofern die zumindest in der neueren Literatur einhellig vertretene Ansicht, dass Umsetzungsakte im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRCh die Umsetzung des ihnen zugrunde liegenden Grundsatzes nicht explizit bezwecken müssen und versteht den Begriff des Umsetzungsaktes weit.⁵¹⁷

Interessant ist, dass er hinsichtlich der Rechtswirkungen der Grundsätze zwar auf Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh verweist, wonach diese bei der Auslegung ihrer Umsetzungsakte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden können, Art. 26 GRCh dann anders als das von ihm als Grundrecht verstandene Diskriminierungsverbot des Art. 21 GRCh gleichwohl nicht als Maßstab für die Rechtmäßigkeitsprüfung der Norm heranzieht, eben weil der Gesetzgeber aus dem Grundsatz insoweit zu keiner konkreten Maßnahme verpflichtet sei. Damit entnimmt der EuGH dem Art. 26 GRCh selbst jedenfalls in dieser Entscheidung keine eigenen materiell-rechtlichen Gehalte⁵¹⁸ und unterstützt mithin die hier vorgeschlagene Konzeption der Grundsätze als Normen ohne eigene materielle Rechtsgehalte.

2. Ablehnung der Einheitsthese?

Die von *Crúz Vilalón* vertretene Einheitsthese scheint auch der EuGH in der Rs. *AMS* abzulehnen.

In Frage stand dort zunächst die Möglichkeit der Kläger_in, ihr Begehren durch eine unmittelbare Berufung auf ein in der Richtlinie formuliertes – also sekundärrechtliches – und ihrem Begehren entsprechendes Verbot zu erreichen. Der EuGH hielt die Richtlinie in dieser Hinsicht zwar für hinreichend konkret und bestimmt, gleichwohl aber nicht für unmittelbar anwendbar, da dem Fall ein Rechtsstreit zwischen Privaten und damit eine Horizontalkonstellation vorlag, in der die Figur der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht greift.⁵¹⁹ Die Klägerin versuchte deshalb hilfsweise, Art. 27 GRCh in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zur Horizontalwirkung des – von ihm allerdings als Grundrecht verstandenen – Art. 21 GRCh unmittelbar selbst geltend zu machen, sowohl isoliert als auch in Verbindung mit der Richtlinie. In der letztgenannten Konstellation betrachtete sie die Richtlinie also als Umsetzungsakt des Art. 27 GRCh, die ihn damit auch materiell-rechtlich auflädt. Auch diesem Begehren erteilten die Richter_innen aber eine Absage:

„Diese Feststellung kann nicht dadurch entkräftet werden, dass Art. 27 der Charta im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Richtlinie 2002/14 betrachtet wird. Da dieser Artikel nämlich für sich allein nicht ausreicht, um dem Einzelnen ein Recht zu verleihen,

⁵¹⁷ *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (351), zum Problem der Weite des Begriffs des Umsetzungsaktes ebd. S. 334 ff. S. dazu schon Fn. 506.

⁵¹⁸ Das erstaunt ebd., S. 350, der meint, der EuGH hätte Art. 26 GRCh wie auch Art. 21 GRCh als Rechtsmaßstab heranziehen oder auch eine integrierte Prüfung der Vereinbarkeit der Richtlinie mit Art. 21 und 26 GRCh vornehmen können.

⁵¹⁹ EuGH, Urteil v. 15. 01. 2014, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 29 ff.

das dieser als solches geltend machen kann, kann bei einer solchen Zusammenschau nichts anderes gelten.“⁵²⁰

Dóra Guðmundsdóttir will diese Feststellung als auf die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 27 GRCh zwischen Privaten begrenzt verstanden wissen.⁵²¹ Das aber hätte der EuGH auch deutlicher formulieren können, indem er explizit festgestellt hätte, dass Art. 27 GRCh auch in Verbindung mit der Richtlinie unabhängig von seinen konkreten Rechtsgehalten anders als Art. 21 GRCh jedenfalls keine unmittelbare Anwendbarkeit zwischen Privaten entfalten kann. Gerade weil er dies nicht tut, lassen sich seine Erwägungen durchaus auch dahingehend verstehen, dass der Gerichtshof Art. 27 GRCh in Verbindung mit der entsprechenden, ihn letztlich konkretisierenden Richtlinie gerade nicht als materiell-rechtliche Einheit in dem Sinne versteht, dass die Gehalte der Richtlinie den Art. 27 GRCh materiell-rechtlich aufladen, obgleich die Richtlinie hinsichtlich des Verbots, bestimmte Arbeitnehmer_innen auszuschließen, hinreichend bestimmt und unbedingt sein und ihre unmittelbare Anwendbarkeit eben nur an der horizontalen Konstellation des Rechtsstreits zwischen Privaten scheitern soll.

Damit scheint der EuGH wie in dieser Arbeit vertreten ebenfalls von einer strikten Trennung der verschiedenen Normebenen auszugehen. Der Verbraucherschutzgrundsatz des Art. 27 GRCh ist auch angesichts seiner einfachgesetzlichen Umsetzungsakte als „für sich genommen“ zu betrachten und vermittelt insoweit nicht selbst konkrete materielle Rechtsgehalte.

Mit letzter Sicherheit kann dies indes derzeit nicht festgestellt werden. Denn zugleich stellt der EuGH in derselben Entscheidung angesichts des Wortlauts des Art. 27 GRCh, der auf die Vorschriften des Unionsrechts und der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verweist, auch fest,

„dass er [gemeint ist Art. 27 GRCh], damit er seine volle Wirksamkeit entfaltet, durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden muss.“⁵²²

In der Rs. C-365/12 – *Glatzel* wiederholt er dieses Erfordernis auch mit Blick auf den von ihm ebenfalls als Grundsatzartikel eingeordneten Art. 26 GRCh, welcher einen entsprechenden Verweis in das Unionsrecht und die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anders als Art. 27 GRCh nicht enthält. Damit verallgemeinert er die Konkretisierungsbedürftigkeit durch das einfache Recht wohl für sämtliche Grundsätze.

Die Rede von der „vollen Wirksamkeit“ und die Feststellung, dass er „für sich allein“ keine subjektiven Rechte verleihen könnte, spricht nun wiederum für die These von der materiell-rechtlichen Aufladung des Grundsatzes durch seine Umsetzungsakte. Auch der Entscheidung des EuGH in *Glatzel*, den Umsetzungsakt nicht am Maßstab des Art. 26 GRCh zu prüfen, weil dieser

⁵²⁰ Ebd., Rn. 49.

⁵²¹ *D. Guðmundsdóttir*, CMLR 2015, S. 685 (697 f.).

⁵²² EuGH, Urteil v. 15. 01. 2014, Rs. C-176/12 – *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 45.

gerade keine eigenen materiell-rechtlichen Vorgaben mache, spricht für die Anerkennung der Einheitsthese durch den EuGH.

Mithin scheint der EuGH hier bisher unentschieden. Es bleibt daher abzuwarten, an welchem Modell er sich künftig orientieren wird.

3. Keine anspruchsfreundliche Auslegung?

Neben den beiden erörterten Urteilen sind Ansätze einer Grundsatzdogmatik des Gerichtshofs auch in der Rs. C-470/12 – *Pohotovost* zu erkennen. Dort ging es um die Rechtswirkungen des Art. 38 GRCh, der den Verbraucherschutz regelt. Zwar ließen die Richter_innen die Einordnung des Artikels als Grundsatz offen. Die Vorschrift wird von der Literatur aber einhellig als Grundsatz eingeordnet,⁵²³ wofür nicht zuletzt tatsächlich die dem Art. 37 GRCh sehr ähnliche Formulierung spricht, der nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh auch explizit den Grundsätzen zuzuordnen ist. Letztlich dürfte auch der EuGH Art. 38 GRCh früher oder später als Grundsatz qualifizieren, weshalb aus der vorliegenden Entscheidung auch Schlussfolgerungen hinsichtlich seiner Grundsatzdogmatik gezogen werden können.

In besagtem Urteil begehrte eine Verbraucherschutzvereinigung unter Berufung auf die Richtlinie 93/13/EWG das Recht, einem Rechtsstreit zwischen einem Verbraucher und seinem Vertragspartner beizutreten. Obwohl Art. 7 der Richtlinie durchaus hinreichende Anknüpfungspunkte für eine anspruchsfreundliche Auslegung im Lichte Art. 38 GRCh dahingehend bot, der Verbraucherschutzvereinigung ein solches Streitbeitrittsrecht zu vermitteln,⁵²⁴ verneinte der EuGH dies mit folgender Begründung:

„Hierzu bestimmt Art. 38 der Charta, dass die Politik der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellt. Dieses Gebot gilt für die Umsetzung der Richtlinie 93/13. Da jedoch die Richtlinie 93/13 keine Bestimmung enthält, die ein Recht der Verbraucherschutzvereinigungen auf Streitbeitritt in Individualstreitigkeiten vorsähe, an denen Ver-

⁵²³ Siehe stellvertretend für viele *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 234f. und *G. J. Schmümann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 124. Nach *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 377, mwN. handelt es sich bei den Art. 35 S. 2, 37 und 38 GRCh „geradezu um Musterfälle von Grundsatznormen“.

⁵²⁴ Als Anknüpfungspunkt bot sich am ehesten Art. 7 der Richtlinie an, der wie folgt lautet:
(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit die Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.

(2) Die in Absatz 1 ein genannten Mittel müssen auch Rechtsvorschriften einschließen, wonach Personen oder Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden, missbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen.

braucher beteiligt sind, kann Art. 38 der Charta als solchem nicht das Gebot entnommen werden, die Richtlinie im Sinne der Anerkennung eines solchen Rechts auszulegen.“⁵²⁵

Geht man davon aus, dass auch der EuGH übereinstimmend mit der Literatur Art. 38 GRCh als Grundsatz qualifiziert, ergibt sich aus der Entscheidung mit Blick auf die Grundsätze, dass der Gerichtshof ein mögliches Gebot der anspruchsfreundlichen Auslegung zumindest nicht generell ablehnt, sondern im vorliegenden Fall lediglich keinen ausreichenden Anknüpfungspunkt in der in Frage stehenden Richtlinie erkennen konnte. Angesichts des für eine anspruchsfreundliche Auslegung tatsächlich aber sehr offenen Art. 7 der Richtlinie lässt sich aus der Entscheidung aber zumindest eine gewisse Skepsis und Zurückhaltung des Gerichtshofs gegenüber einem solchen Auslegungsgebot erahnen.

4. Fazit

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass der EuGH auf der Grundlage des Art. 52 Abs. 5 GRCh samt Erläuterungen normkategorisch zwischen subjektiven Grundrechten und objektiv-rechtlichen Grundsätzen unterscheidet so dass letztere keine direkten Ansprüche vermitteln. Wegen ihrer besonderen Umsetzungsbedürftigkeit sollen sie auch zu keinen bestimmten Maßnahmen verpflichtet, so dass der Gerichtshof in der Konsequenz den Grundsätzen selbst bisher keine eigenständigen, als Rechtsmaßstab für unterrangiges Recht dienende Rechtsgehalte zuspricht und seine bisherige Rechtsprechung damit die hier vorgeschlagene Konzeption der Grundsätze als Normen ohne materielle Rechtsgehalte stützt. Zudem versteht er den Begriff des Umsetzungsaktes des Art. 52 Abs. 5 GRCh weit und sieht auch solche Rechtsakte als erfasst an, die die Umsetzung eines Grundsatzes nicht explizit bezwecken, aber in dessen Regelungsbereich fallen. Indes scheint er sowohl der Einheitsthese als auch dem Gebot der anspruchsfreundlichen Auslegung von Umsetzungsakten eher zurückhaltend gegenüberzustehen.

VI. Zusammenfassung

Die Grundsätze statuieren verbindliches, aber lediglich objektives Recht. Während das Schrifttum ihnen aber sowohl abwehr- als auch leistungsrechtliche Funktionen zuspricht und bestimmte Charta-Artikel zum Teil sogar als Grundsätze mit ausschließlich abwehrrechtlichem Charakter versteht, ist es überzeugender, sämtliche abwehrrechtlichen Gehalte als Grundsatzgehalte zu qualifizieren und die Grundsätze in der Folge als Normen mit allein leistungsrechtlichem Charakter zu konzipieren. Wegen der Existenz von Leistungsgrundrechten können umgekehrt aber nicht sämtliche leistungsrechtlichen Chartagehalte Grundsatzgehalte sein. Innerhalb der leistungsrechtlichen Chartagehalte lassen sich die Grundsätze von den Grundrechten dann dahingehend unterscheiden, dass erstere im Gegensatz zu letzteren keine eigenen materiell-

⁵²⁵ EuGH, Urteil v. 27.02.2014, Rs. C-470/12 – *Pohotovost*, ECLI:EU:C:2014:101, Rn. 52.

rechtlichen Rechtsgehalte vermitteln. Dennoch sind sie verbindliches Recht mit normativem Eigenwert, weil sie ähnlich wie die Horizontalbestimmung des Art. 52 Abs. 2–7 GRCh, aber begrenzt auf ihren jeweiligen Sachbereich bestimmte Rechtsanwendungs- und Rechtsetzungsgebote statuieren, konkret Gebote zur grundsatzkonformen und grundsatzfreundlichen Auslegung, Rückschrittsverbote, Subjektivierungsgebote und Gebote zur anspruchsfreundlichen Auslegung. In der Rechtsprechung des EuGH spielen die Grundsätze bisher noch kaum eine Rolle, so dass abzuwarten bleibt, inwieweit er sich den Vorschlägen im Schrifttum anschließt. Deutlich gemacht hat er aber schon jetzt, dass er den Grundsätzen lediglich objektiv-rechtlichen Charakter beimisst. Zudem scheint auch er die hier vertretene These von den fehlenden materiell-rechtlichen Gehalten der Grundsätze zu teilen.

In der Rechtsprechung des EuGH sind im Vergleich zur Literatur nur erste Ansätze einer Grundsatzdogmatik zu erkennen. Zumindest aber ordnet auch er die Grundsätze vor allem als objektives und besonders konkretisierungsbedürftiges, weil hinsichtlich des Wortlauts sehr unbestimmten Rechts ein. Zudem stützen seine wenigen Ausführungen zu den Wirkungen der Grundsätze die hier vertretene These, nach der sie Normen ohne eigene materielle Rechtsgehalte statuieren. Dem Gebot der anspruchsfreundlichen Auslegung begegnet er hingegen mit Skepsis.

C. Probleme und Lösungsansatz

Mit Hilfe der bisherigen Konzeptionsvorschläge gelingt aber noch keine verlässliche Einordnung der einzelnen Chartabestimmungen als Grundsätze oder Grundrechte (dazu I.). Für die Begründung und textliche Verortung eines Sicherheitsgrundsatzes ist dies aber notwendig. Deshalb werden die vorgeschlagenen Konzeptionen hier entsprechend modifiziert und weiterentwickelt. Denkt man die Chartagrundsätze als besonders aushandlungsbedürftige Rechtsgüter schützende Normen, gelingt die normkategorische Einordnung einzelner Chartagehalte (dazu II.).

I. Unmöglichkeit der Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze aufgrund der bisherigen Grundsatzkonzeption

Das Schrifttum zieht die von ihm entwickelten Grundsatzcharakteristika auch als Kategorien für die Einordnung der einzelnen Chartabestimmungen als Grundrechte oder Grundsätze heran (dazu 1.). Blickt man auf die durch die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh vorgenommenen beispielhaften Einordnungen konkret der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze, erweisen sich die vorgeschlagenen Einordnungskriterien aber als untauglich; in ihrem Lichte stellen sich beide Vorschriften eher als Grundrechte dar (dazu 2.). Zwar kann auslegungsmethodisch bei Widersprüchen zum Chartatext von den Erwägungen der Erläuterungen abgewichen werden, so dass hier entgegen den Erläuterungen

die Einordnung der beiden Vorschriften als Grundrechte naheliegt. Folgte man dem, wären beide Artikel für den Nachweis der Untauglichkeit der im Schrifttum vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien ungeeignet. Zulässig ist diese von den Erläuterungen abweichende normkategorische Einordnung aber nur, wenn sich diese Widersprüche als unauflöslich erwiesen (dazu 3.). Die Grundsätze lassen sich in Weiterentwicklung der Ansätze in Schrifttum und Rechtsprechung aber so konzipieren, dass die Einordnung der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze erklärbar wird, so dass es gelingt, den Widerspruch zwischen Chartatext und Erläuterungen letztlich aufzulösen.

1. Im Schrifttum vorgeschlagene Einordnungskriterien

Zur Abgrenzung der Chartagrundsätze von den Chartagrundrechten werden die verschiedensten Kriterien diskutiert und auch ausgiebig kritisiert.⁵²⁶ Sie knüpfen vor allem an die Qualifizierungen der Grundsätze als objektives und/oder unbestimmtes Recht und auch an ihre Entstehungsgeschichte an. Angedacht werden deshalb unter anderem etwa der Rückgriff auf den Wortlaut – ist dort die Rede von einem „Recht“, soll dies zumindest ein Indiz für die Vermittlung eines Grundrechts darstellen⁵²⁷ – oder auf die – insoweit aber fragmentarischen – Präsidiumserläuterungen, die etwa die Art. 25, 26, und 37 GRCh als Grundsatzbestimmungen und die Art. 23, 33 und 34 als Grundsatz- wie auch Grundrechtselemente beinhaltende Mischbestimmungen ausweisen.⁵²⁸ Eine normkategorische Einordnung soll ferner erfolgen nach der Bestimmtheit der jeweiligen Norm,⁵²⁹ nach dem Grad der zu erwartenden finanziellen Belastung im Falle der Einordnung als Grundrecht,⁵³⁰ nach dem Adressatenkreis der jeweiligen Norm – dem Wortlaut nach ausschließlich an die

⁵²⁶ Kritische Überblicke über sämtliche in der Literatur vertretenen Meinungen geben etwa *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichem Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 338 ff.; *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 212 ff. und *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 74 ff.

⁵²⁷ Stellvertretend für viele *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 16. oder *S. Peers/S. Prechal*, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 52 Rn. 52.171. Wesentlich differenziertere Wortlautargumente erörtert etwa *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 90 ff.

⁵²⁸ *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 72; *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichem Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 347. Ähnlich auch *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45d, der aber immerhin ein Abweichen hiervon, wenn auch unter hohem Begründungsaufwand, für möglich hält. Siehe zum auslegungsmethodischen Stellenwert der Charta-Erläuterungen im Allgemeinen ausführlich 3. Teil, Kapitel C. I. 3. *Auslegungsmethodischer Stellenwert der Erläuterungen*.

⁵²⁹ *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 82 f.; *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 72.

⁵³⁰ *H. Jarass*, EU-Grundrechte: ein Studien- und Handbuch, 2005, § 7 Rn. 26. Vorsichtig zustimmend *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 96.

Union gerichtete Normen setzten die Existenz der von ihnen genannten Rechte im Sekundärrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten bereits voraus, sollen deshalb nur vor beschränkenden EU-Maßnahmen schützen und stellen deshalb nicht selbst Grundrechte dar,⁵³¹ nach der Einordnung als objektives oder subjektives Recht durch Auslegung,⁵³² nach der Art der Schutzgutes – Grundrechte sollen Individual- Grundsätze Kollektivrechtsgüter schützen,⁵³³ oder nach dem Schwerpunkt des Gewährleistungsgehalts einer Chartagarantie – Vorschriften mit im Schwerpunkt abwehrrechtlichen Gehalten sollen Grundrechte, solche mit vornehmlich leistungsrechtlichen Gehalten sollen Grundsätze sein, wobei hinreichend konkrete vornehmlich leistungsrechtliche Gehalte mangels besonderer Umsetzungsbedürftigkeit ausnahmsweise wiederum echte Leistungsgrundrechte sein sollen.⁵³⁴ Für unklare Fälle schließlich wird mit Blick auf den durch Telos der Stärkung des Individualrechtsschutzes durch die Charta eine Zweifelsregelung vorgeschlagen, nach der eine Chartabestimmung im Zweifel als Grundrecht zu qualifizieren sei.⁵³⁵

Schmittmann und *Schmidt* bieten umfassende Einordnungsmodelle an, die im Wesentlichen die eben genannten Kriterien integrieren, kumulativ zur Anwendung bringen und um einige weitere Aspekte anreichern sowie weitere Kriterien ergänzen. So unterscheidet *Schmittmann* zwischen Bestimmungs- und Abgrenzungskriterien.⁵³⁶ Bestimmungskriterien ergäben sich aus den Konvergenzklauseln der heutigen Art. 52 Abs. 2 und 3 GRCh, während zu den Abgrenzungskriterien unter anderem die oben genannten Faktoren gehören sollen.

⁵³¹ Ebd., Rn. 16. Das soll solche Artikel betreffen, die mit dem Satz „Die Union anerkennt und achtet“ beginnen. Ähnlich auch *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (332) mit Verweis auf *Ladenburger*, FIDE 2012 – Session on „Protection of Fundamental Rights post-Lisbon – The interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitutions“. Institutional Report, S. 32, abrufbar unter www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88, Stand 11.07.2016, der dies dort m. E. so deutlich aber nicht sagt.

⁵³² Etwa *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 5 Rn. 58 oder *C. Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 52 Rn. 98.

⁵³³ *A. J. Menéndez*, in: Menéndez/Eriksen (Hrsg.), *Arguing Fundamental Rights*, 2009, S. 155 ff. (165). Zwar spricht Menéndez hier nicht explizit von Grundsätzen in Abgrenzung zu Grundrechten, aber von „policy clauses“, die gerade keine subjektiven Rechtsansprüche verleihen sollen. Er rekurriert damit auf die Konventsdebatten um die Aufnahme der sozialen Rechte als bloßen „Instruktionsnormen“. Zudem ordnet unter anderem die Art. 37 und 38 GRCh als solche Kollektivgüter schützende Normen ein, die wegen ihres typisch instruktiven Charakters gemeinhin als Grundsätze verstanden werden.

⁵³⁴ *H. Sagmeister*, *Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht*, 2010, S. 350 ff.

⁵³⁵ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45d. Dieser Telos wird nicht zuletzt auch durch Abs. 4 der Präambel dokumentiert. Gerade auch mit Blick auf diesen Telos, der nach Abs. 4 der Präambel durch die Sichtbarmachung der Unionsgrundrechte, nicht aber durch die Einführung neuer Grundrechte erreicht werden soll, lehnt etwa *A. Balthasar*, *Grenzen und Gefahren des Schutzes der Grundrechte. Fünf Studien*, 2009, S. 99 f. die Zweifelsregelung dann auch ab, berge sie doch gerade das Potential zur Anerkennung neuer, bisher nicht existierender Grundrechte.

⁵³⁶ Hierzu und zum Folgenden *G. J. Schmittmann*, *Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta*, 2007, S. 81 ff.

Finden Vorschriften der Grundrechtecharta Entsprechungen in den Verträgen oder in der EMRK, sollen sie auch entsprechend Grundrechte statuieren. Art. 52 Abs. 2 GRCh⁵³⁷ soll nach *Schmittmann* grundsätzlich auch auf die Grundsätze anwendbar sein, so dass etwa die umweltrechtliche Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV zumindest ein Indiz für die Einordnung des korrespondierenden Art. 37 GRCh als Grundsatz darstelle. Zudem spricht er sich neben den bereits genannten Abgrenzungskriterien auch für das der „Bezugsperson des Artikels“ aus. Demnach soll es sich bei solchen Artikeln, die die Union als unmittelbare Verpflichtungsadressatin und nicht wie für Grundrechte typisch unmittelbar den und die Rechteinhaber_in benennen, um bloß objektives Recht und damit um Grundsätze handeln.⁵³⁸ Auch *Schmidt* schlägt ein verschiedene dieser Einzelkriterien zusammenführendes und um weitere Aspekte ergänzendes komplexes Einordnungssystem vor:⁵³⁹ Zunächst sei wie bei *Schmittmann* wegen Art. 52 Abs. 3 GRCh das Schutzniveau der EMRK zu beachten.⁵⁴⁰ Ist eine Einordnung im Lichte der EMRK nicht möglich, sollen die Einordnung als subjektives oder objektives Recht sowie die Justiziabilität der Norm als „Leitkriterien“ dienen. Sie seien „in normativer Hinsicht aber sehr vage“, weil fraglich sei, welche Normen objektiv und nur beschränkt justiziabel sein sollen. Hier sollen deshalb dann „unterstützende Kriterien“ helfen, die allerdings nicht zwingend seien, sondern eine Einordnung nur indizierten. Dazu sollen die Kriterien Schutzgut, Gewährleistungen und Bestimmtheit der Norm gehören.

Steven Peers/Sacha Prechal und *Chris Hilson* wenden sich gegen den traditionell-deutschen rechtsdogmatischen Ansatz, indem sie sich gegen die Bildung einer abstrakten Chartadogmatik an sich aussprechen und meinen, die rechtlichen Wirkungen (und damit auch die Einordnung als Grundsatz oder Grundrecht) einer Chartabestimmung könnten letztlich nur im Zusammenhang mit dem zu entscheidenden Fall konkretisiert werden.⁵⁴¹ *Peers/Prechal* stellen die Notwendigkeit der normkategorischen Einordnung in Frage, hänge die Justiziabilität einer Norm – in der sich nach Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh die Grundsätze von den Grundrechten unterscheiden sollen – im Unionsrecht doch vor allem von der unmittelbaren Anwendbarkeit ab; diese sei zu klären, eine dann folgende Einordnung als Grundrecht oder Grundsatz sei redundant.⁵⁴² *Dóra Guðmundsdóttir* stellt maßgeblich auf das bisherige *case law* des EuGH ab und meint, weil dieser bisher kaum konzeptuelle Unterschiede zwischen

⁵³⁷ Die Vorschrift lautet: Die Ausübung der durch diese Charta anerkannten Rechte, die in den Verträgen geregelt sind, erfolgt im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen.

⁵³⁸ Ebd., S. 94f.

⁵³⁹ Hierzu und zum restlichen Absatz *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 220ff.

⁵⁴⁰ Die auf die Vertragsbestimmungen bezogene Konvergenzklausel des Art. 52 Abs. 2 GRCh erwähnt *Schmidt* anders als *Schmittmann* allerdings nicht.

⁵⁴¹ *S. Peers/S. Prechal*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 52 Rn. 52.184; *C. Hilson*, *MJECJL* 2008, S. 193.

⁵⁴² *S. Peers/S. Prechal*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 52 Rn. 52.188ff.

Grundsätzen und Grundrechten herausgearbeitet habe, verliere die normkategorische Unterscheidung an Bedeutung.⁵⁴³ Auch andere Autoren stellen den rechtsdogmatischen Ansatz grundlegend in Frage und weisen schlicht auf die durch den Verfassungskonvent explizit an den EuGH übertragene Verantwortung hinsichtlich der Einordnung der einzelnen Chartabestimmungen hin, weil eine Einordnung aufgrund der Normtexte oft schlicht nicht möglich sei⁵⁴⁴ wobei sogar vertreten wird, dass durch die Verantwortung der Rechtsprechung deren vorgenommene Einordnung nie endgültig sei und sich in Abhängigkeit von gesellschaftlichen, rechtlichen oder politischen Entwicklungen auch ändern könne.⁵⁴⁵

2. Kritik der Einordnungskonzepte am Beispiel der Art. 25 und 26 GRCh

Unter Verweis auf die hierzu bereits existierende Literatur sollen hier nicht noch einmal sämtliche vorgebrachten Beschreibungs- und Einordnungsversuche im Detail kritisiert werden.⁵⁴⁶ Vielmehr bleiben die folgenden Ausführungen auf die Kritik der dominierenden Ansichten zur Einordnung der einzelnen materiell-rechtlichen Chartaverbürgungen beschränkt, um auf deren grundsätzliche Defizite und ihre daraus folgende Untauglichkeit hinzuweisen.

Die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh qualifizieren unter anderem Art. 25 GRCh – Rechte älterer Menschen – und 26 GRCh – Integration von Menschen mit Behinderung – beispielhaft als ausschließliche Grundsatznormen. Die im Schrifttum diskutierten Einordnungskriterien vermögen diese Einordnungen aber nicht zu erklären, weil beide Vorschriften insgesamt *grundrechtstypisch* formuliert sind (dazu a. bis f.).

a. Verwendung der Begriffe „Recht“ und „Anspruch“

Schon die Erwähnung der Begriffe „Recht“ oder „Anspruch“ steht der Einordnung einer Chartanorm als Grundsatz nicht entgegen.⁵⁴⁷ Dies lässt sich mit Hilfe eines Vergleichs der Formulierungen der Art. 25 und 26 GRCh einerseits und der des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 7 GRCh andererseits verdeutlichen, welches aufgrund seiner prominenten Rolle

⁵⁴³ D. Guðmundsdóttir, CMLR 2015, S. 685.

⁵⁴⁴ A. Baltasar, Grenzen und Gefahren des Schutzes der Grundrechte. Fünf Studien, 2009, S. 96 f.; J. Krommendijk, ECLR 2015, S. 321 (331). Siehe zur Verantwortungsübertragung auf den EuGH schon Fn. 403.

⁵⁴⁵ Ebd., S. 331 mit Verweis auf K. Lenaerts, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2010, Rn. 43.

⁵⁴⁶ Detaillierte und umfassende Auseinandersetzungen speziell zu den verschiedenen vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien finden sich etwa bei H. Sagne, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 344 ff. und J. Schmidt, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 213 ff.

⁵⁴⁷ Stellvertretend für viele H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 72 mwN.; T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 16.

in der jüngeren Grundrechtsjudikatur des EuGH als Beispiel für ein typisches Grundrecht dienen soll:⁵⁴⁸

„Art. 25 GRCh: Rechte älterer Menschen. Die Union anerkennt und achtet das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben.“

„Art. 26 GRCh. Integration von Menschen mit Behinderung: Die Union anerkennt und achtet den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft.“

„Art. 7 GRCh: Achtung des Privat- und Familienlebens. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.“

Alle drei Artikel sprechen entweder von „Rechten“ oder „Ansprüchen“ und lassen daher die Vermittlung von Grundrechten, nicht nur Grundsätzen vermuten. Zwar lässt sich hier ein semantischer Unterschied in der Formulierung ausmachen: Während Art. 25 und 26 GRCh lediglich Achtungsgebote mit Blick auf Rechte formulieren, formuliert Art. 7 GRCh ein Recht auf Einhaltung eines Achtungsgebots. Dieser feine semantische Unterschied kann also als Anknüpfungspunkt für das Verständnis allein des Art. 7 GRCh als Grundrecht angeführt werden. Letztlich schützen aber alle drei Artikel schon ihrem Wortlaut nach Rechte beziehungsweise Ansprüche. Art. 25 GRCh führt das Wort „Recht“ sogar in der Normbezeichnung, während im Normtitel des Art. 7 GRCh lediglich von der „Achtung“ die Rede ist. Angesichts des Anspruchs der Grundrechte, als Ausdruck der grundlegenden gesellschaftlichen Wertordnung möglichst allgemein verständlich zu sein, sollte der feine semantische Unterschied zwischen den Wortlauten nicht überbewertet werden. Nicht zuletzt gilt dies auch deshalb, weil der Wortlaut von Grundrechten für ihre konkrete Ausgestaltung ganz allgemein oft weniger zentral ist als der des sonstigen Rechts.⁵⁴⁹ Unter Zuhilfenahme der rechtsvergleichenden Perspektive meint dementsprechend auch *Pedro Cruz Vilalón* in seinen Schlussanträgen zur Rs. C. 176/12 – *Association de médiation sociale*:

„Dies festgestellt ist darauf hinzuweisen, und dies mag vielleicht weniger offensichtlich erscheinen, dass der Umstand, dass ein bestimmter materieller Inhalt der Charta, der an irgendeiner anderen Stelle in der Charta als ‚Recht‘ qualifiziert wird, diesen nicht allein deswegen als Anwärter für die Kategorie ‚Grundsätze‘ im Sinne von Art. 52 Abs. 5 ausschließt.“

Tatsächlich kommt es sowohl in der Charta selbst als auch in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten häufig vor, dass jene materiellen Inhalte sozialer Art als ‚Rechte‘ oder ‚soziale Rechte‘ bezeichnet werden, die, da aus ihnen keine unmittelbar einklagbaren subjektiven Rechtspositionen abgeleitet werden

⁵⁴⁸ S. nur die Urteile EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-291/12 – *Michael Schwarz*, ECLI:EU:C:2013:670; EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238; EuGH, Urteil v. 06.10.2015, Rs. C-362/14 – *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650.

⁵⁴⁹ S. dazu mit Beispielen *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529.

können, nur im Wege der Vermittlung oder Konkretisierung durch den Staat funktionieren. Es sind ihrem Inhalt oder ihrem Wesen nach (soziale) ‚Rechte‘ und ihrer Funktionsweise nach ‚Grundsätze‘.⁵⁵⁰

Schon an diesen Beispielen zeigt sich, dass sich der Wortlaut der Norm für die Qualifizierung ihrer Rechtsgehalte nur bedingt eignet. Nicht zuletzt stellen zudem die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh klar, dass ein Artikel sowohl Grundsatz- als auch Grundrechtselemente enthalten kann, so dass die Rede allein von einem Recht nicht zwingend daneben stehende Grundsatzgehalte ausschließt.⁵⁵¹

Hinsichtlich der Einordnungsfrage kommt den Erläuterungen insoweit also eine besondere Bedeutung zu – die Qualifizierung der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze kann ohne sie schon aufgrund der identischen Terminologie zu klassischen Grundrechtsartikeln durchaus anders ausfallen.

b. Subjektiv-rechtliche Formulierung

Das Einordnungskriterium der objektiv-rechtlichen Qualität einer Chartanorm für ihre Zuordnung zu den Grundsätzen vermag die Einordnung der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze ebensowenig zu erklären, denn durch die Verwendung der Begriffe „Recht und Anspruch“ vermitteln diese den Eindruck, subjektive Rechte und damit Grundrechte zu sein. Daneben stellt allgemeiner wie bereits erwähnt auch *Sagmeister* zutreffend fest, dass alle Chartabestimmungen mit Ausnahme des Art. 37 GRCh ihre Begünstigten ebenso wie die Grundrechte klar erkennen lassen und damit zumindest isoliert betrachtet den Eindruck vermitteln, subjektive Rechte zu gewähren,⁵⁵² auch wenn dieser Befund im

⁵⁵⁰ P. Cruz Villalón, Schlussanträge v. 18.07.2013, Rs. C-176/12 – AMS, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 44f. In die andere Richtung meint auch etwa M. Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45d, dass bestimmte Normen Doppelcharakter haben und sowohl Grundsätze als auch Grundrechte enthalten können, obwohl nur der Grundsatzcharakter erwähnt wird. Als Beispiel nennt er die bioethischen Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 GRCh, die von den für ihn ganz maßgeblichen Erläuterungen als Grundsätze eingeordnet werden.

⁵⁵¹ Auch umgekehrt enthält etwa der Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 23 GRCh trotz seines Wortlauts nicht nur einen Grundsatz, sondern ein Grundrecht. So fordert Abs. 1 zwar die Gleichstellung von Frauen und Männern in allen Bereichen, was sich noch sowohl als Grundrecht als auch als Grundsatz verstehen ließe. In Abs. 2 ist dann aber die Rede vom Grundsatz der Gleichheit, der Maßnahmen der positiven Diskriminierung nicht entgegenstehe. Weil er sich vollständig auf Abs. 1 bezieht, beschreibt er dessen Gehalte als bloßen Grundsatz. Gerade dies aber widerspricht den Erläuterungen zu Art. 52 GRCh, die Art. 23 GRCh sowohl Grundsatz- als auch Grundrechtselemente zuspricht. Zudem stützt sich Art. 23 GRCh seinen Erläuterungen zufolge auf Art. 3 EUV und 8 AEUV, die die Gleichstellung als Ziele der Union definieren, sowie auf Art. 157 AEUV, der vom EuGH als unmittelbar anwendbares, subjektives Recht verstanden wird (so R. Rebhahn, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 157 AEUV Rn. 7 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH). Mithin finden die Grundrechtselemente des Art. 23 GRCh im Wortlaut überhaupt keinen Anklang, mehr noch spricht dieser explizit nur von einem Grundsatz – und doch gewährt er ein Grundrecht.

⁵⁵² Eine Ausnahme hiervon bildet daneben auch Art. 22 GRCh – Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen – der sich durchaus auch schon vom Wortlaut her als objektives Recht verstehen lässt.

Ergebnis abzulehnen ist. Deutlich wird hierdurch jedenfalls die Schwierigkeit, mit Blick auf den Wortlaut anhand des Kriteriums der subjektiv- bzw. objektiv-rechtlichen Qualität eine normkategorische Einordnung der unterschiedlichen Chartagewährleistungen vorzunehmen. Mit anderen Worten ist der rein objektiv-rechtliche Charakter eines Charta-Artikels nicht zwingend aus seiner Formulierung ersichtlich und taugt daher nicht zur Einordnung einzelner Chartabestimmungen.

c. Keine besondere Normenunbestimmtheit

Gleiches gilt für das Kriterium der besonderen Normenunbestimmtheit, das die Grundsätze von den Grundrechten ebenfalls abgrenzen soll und oft auch als Argument für deren objektiv-rechtliche Qualität angeführt wird. Zwar erachteten die beiden an der Chartaschaffung beteiligten Konvente die Grundsätze wie dargelegt anders als die Grundrechte als besonders umsetzungsbedürftig, und auch Art. 52 Abs. 5 GRCh beschreibt die besondere Umsetzungsbedürftigkeit als Wesensmerkmal der Grundsätze. Dennoch unterscheiden sich die einzelnen materiell-rechtlichen Charta-Artikel mit Blick auf ihre Bestimmtheit in der Regel nicht wesentlich voneinander und wird deshalb eine besondere Umsetzungsbedürftigkeit meist nicht ersichtlich. Im Gegenteil ist sogar gerade die besonders konkrete Formulierung eines Charta-Artikels die Ausnahme. Ein Beispiel hierfür ist etwa das sehr bestimmt formulierte Recht auf unentgeltliche Teilnahme am Pflichtschulunterricht aus Art. 14 Abs. 2 GRCh.⁵⁵³

So ist insbesondere nicht ersichtlich, inwiefern die Wortlaute konkret der als Grundsätze eingeordneten Art. 25 und 26 GRCh unbestimmter als etwa das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 7 GRCh sein sollen, sieht man einmal von den Teilschutzgewährleistungen des Schutzes der Wohnung und der Kommunikation ab. Auch Grundrechte sind typischerweise unbestimmt formuliert. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* etwa bezeichnet sie anschaulich als „fragmentarisch“ und „lapidar“, weshalb sie besonders ausfüllungsbedürftig seien.⁵⁵⁴ *Matthias Jestaedt* stellt fest, dass die Grundrechte „regelmäßig nicht mehr als Rechtsetzungsdirektiven [enthalten], die ebenso voraussetzungsvoll wie vervollständigungsbedürftig sind“⁵⁵⁵. Ähnlich meint konkret mit Blick auf die Abgrenzung von Grundrechten und Grundsätzen auch *Matthias Cornils*:

„Umsetzungsbedürftig‘ – zumindest im Sinne einer den Gehalt des Rechts erst entfaltenden und konkretisierenden Interpretation und darüber hinaus in aller Regel, nicht nur bei den klassischen Ausgestaltungsgrundrechten, auch durch flankierende, die grundrechtliche Freiheit ermöglichende und auch wiederum begrenzende Gesetzgebung – sind auch

⁵⁵³ Die Einordnung des gesamten Art. 14 GRCh als Grundrecht entspricht der ganz h. L., s. für entsprechende Nachweise schon Fn. 428.

⁵⁵⁴ *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529 (1529), aus dem auch die Begriffe „lapidar“ und „fragmentarisch“ zitiert sind.

⁵⁵⁵ *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, S. 30.

die Grundrechte. Andererseits eignen noch so abstrakten objektiven Verpflichtungsnormen (Staatszielbestimmungen, Grundsätzen) doch zumindest irgendwelche Verpflichtungsgehalte – sonst wären sie keine Rechtsnormen, sondern nur Programmsätze. Diese Verpflichtungsgehalte, also die Normativität der Grundsätze, bindet zumindest irgendeinen Adressaten [...] unmittelbar, sind also als solche identifizierbar und ggf durch ein zuständiges Höchstgericht einforderbar.“⁵⁵⁶

Auch die ehemalige Generalanwältin *Verica Trstenjak* meint konkret mit Blick auf Art. 31 GRCh – Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen:

„Der Umstand, dass Art. 31 Abs. 1 der Charta, in dem auf das ‚Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen‘ verwiesen wird, relativ abstrakt gefasst ist und erst einer Konkretisierung durch Abs. 2 bedarf, lässt sich nicht als Argument für eine Einordnung dieser Vorschrift als Ganzes als ‚Grundsatz‘ im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta ins Feld führen, zumal Grundrechtsnormen grundsätzlich recht abstrakt in ihrer Formulierung gefasst sein können, insbesondere um politischen und gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung tragen zu können. Dies gilt erst recht für soziale Rechte, die oft auf Konkretisierung angelegt sind, nicht zuletzt wegen der damit einhergehenden Kosten, die eine Verwirklichung dieser Rechte letztlich von den tatsächlichen wirtschaftlichen Möglichkeiten des Staates abhängig machen können.“⁵⁵⁷

Indes scheint der EuGH unterschiedliche Normenbestimmtheiten zu erkennen, wie die schon erwähnte Rs. C-176/12 – *Association de médiation sociale* zeigt. Es sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass seiner Ansicht nach Art. 27 GRCh insbesondere wegen des in ihm enthaltenen Verweises auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten eine besondere Unbestimmtheit aufweist und deshalb erst durch eine entsprechende Konkretisierung seine volle Wirksamkeit entfaltet, folglich nicht als solcher Individualrechte verleiht und mithin als Grundsatz zu qualifizieren ist.⁵⁵⁸

In der Tat bietet der Verweis auf das Unionsrecht und die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften in der jeweiligen Chartanorm einen textlichen Anknüpfungspunkt für die Annahme einer besonderen Umsetzungsbedürftigkeit der jeweiligen Norm.⁵⁵⁹ Dementsprechend versteht etwa auch *Sebastian Krebber*

⁵⁵⁶ *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, § 5 Rn. 56. *Cornils* schlägt dann zur Abgrenzung beider Normgruppen das Kriterium der subjektiv-rechtlichen Qualität einer Norm vor, dessen Bestimmbarkeit aus dem Normtext er wegen dessen Interpretationsoffenheit aber auch mit Blick auf diese Frage ebenso bezweifelt; wie dann die von ihm geforderte „sorgfältige Interpretation“ der einzelnen Chartabestimmungen zur Identifikation etwaiger subjektiver Rechte erfolgen soll, lässt er indes offen, ebd., Rn. 58 f.

⁵⁵⁷ *V. Trstenjak*, Schlussanträge v. 08.09.2011, Rs. C-282/10 – *Dominguez*, ECLI:EU:C:2011:559, Rn. 78.

⁵⁵⁸ S. dazu schon Fn. 511.

⁵⁵⁹ *Lord Goldsmith*, CMLR 2001, S. 1201 (1213) weist auf das vermehrte Auftreten solcher Verweisungen in den sozialen Chartaverbürgungen hin und versteht sie als Hinweis darauf, dass diese Verbürgungen keine Handlungspflichten formulieren, sondern aus Gründen des Respekts unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Rechtstraditionen und damit unterschiedlicher Konkretisierungsansätze gerade Zurückhaltung der EU in den regelten Sachbereichen gebieten. Sie sollen deshalb Grundsätze, keine Prinzipien sein. Anders gewendet versteht er die Verweisungen also implizit selbst als Hinweis auf die Konkretisierungsbedürftigkeit der jeweiligen Chartanorm, wobei diese Konkretisierung wegen nur weniger Kompetenzen der EU in diesem Bereich aber zuzunächst den Mitgliedstaaten zufallen sollen.

die Verweisung des Art. 27 GRCh ganz ähnlich als Verdeutlichung der Konkretisierungsbedürftigkeit hinsichtlich des *Ob* und des *Wie* des Anhörungsrechts und hält die Norm deshalb gar für eine „überflüssige Norm“. ⁵⁶⁰ Von der grundsatzspezifischen Literatur wird die Norm uneinheitlich zum Teil als Grundsatz, ⁵⁶¹ zum Teil als Grundrecht ⁵⁶² eingeordnet, speziell das Argument der Verweisung auf das Unions- und das mitgliedstaatliche Recht in dem Artikel selbst spielt für diese die Autoren dabei aber anders als für den EuGH und etwa *Krebber* keine Rolle.

Zwingend ist der Schluss der besonderen Konkretisierungsbedürftigkeit infolge von Verweisungen in das Unions- und das nationale Recht auch tatsächlich nicht, werden doch ganz ähnliche Formulierungen in anderen Charta-Artikeln ganz anders verstanden. Schon der EuGH selbst hat etwa in der Rs. C-413/99 – *Baumbast* das in Art. 21 Abs. 1 AEUV garantierte Freizügigkeitsrecht trotz einer der des Art. 27 GRCh sehr ähnlichen Verweisung in die Verträge und Durchführungsbestimmungen als unmittelbar wirkendes, mit anderen Worten hinreichend konkretes Recht anerkannt ⁵⁶³ und setzt sich durch sein Heranziehen der Verweisungsklausel des Art. 27 GRCh als Argument für die Begründung

⁵⁶⁰ S. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 27 GRCh Rn. 10 ff. A. A. ist aber etwa B. *Rudolf*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 27 Rn. 29, die die Norm als Grundrecht mit eigenem Gehalt versteht.

⁵⁶¹ So etwa H. *Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 369 f. oder G. J. *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 113 f.

⁵⁶² J. *Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 233. Argumente für die Einordnung als Recht finden sich (trotz dessen Einordnung als Grundsatz) auch bei G. J. *Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 113 f.

⁵⁶³ Darauf weist J. *Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (334) mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 17. 09. 2002, Rs. C-413/99 – *Baumbast*, ECLI:EU:C:2002:493, Rn. 86 hin, wobei die Rn. 84 und 85 hier mitgelesen werden sollten. Siehe auch S. 345 f., auf der er noch einmal explizit auf den Widerspruch zwischen *Baumbast* und *AMS* hinweist. Zwar erwähnt Art. 21 Abs. 1 AEUV zunächst die in den übrigen Vorschriften formulierten Beschränkungen, woraus sich nach S. *Kadelbach*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 26 Rn. 39 ergeben soll, dass dann eben der Artikel selbst das Recht garantiert und der Verweis ins übrige Unionsrecht nur dessen Grenzen betrifft. Der Verweis betrifft aber gerade nicht nur die Beschränkungen, sondern auch die Bedingungen des Rechts, weshalb er durchaus auch als Verweis nicht nur die Schranken- sondern auch bereits die Schutzebene und damit die Garantie an sich betreffend verstanden werden kann, wenn auch nicht muss.

Anzumerken ist hier daneben, dass zwar der Verweis des Art. 27 GRCh leicht anders als die sonstigen hier genannten chartarechtlichen Verweise formuliert ist, wie eine Gegenüberstellung zeigt. Während nach Art. 27 GRCh das Unterrichts- und Anhörungsrecht „in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein [muss], die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind“, wird die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“. Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten und das Recht der Eltern zur Erziehung und Unterrichtung ihrer Eltern nach den eigenen Überzeugungen gem. Art. 14 Abs. 3 GRCh „werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln“. Diese Wortlautunterschiede laden auf den ersten Blick zu einer unterschiedlichen Interpretation ein: Der Wortlaut des Art. 16 GRCh lässt sich auch so verstehen, dass er schlicht die Existenz der unternehmerischen Freiheit im Unionsrecht wie auch im mitgliedstaatlichen Recht feststellt, die Verweisung des Art. 14 Abs. 3 GRCh, die von

der besonderen Konkretisierungsbedürftigkeit der Norm dazu in Widerspruch. Konkret auf die Charta bezogen enthält etwa auch die in Art. 16 GRCh garantierte unternehmerische Freiheit eine solche Verweisung, die Norm wird aber in der Literatur mit Blick auf die ihr vorausgegangene Rechtsprechung des EuGH als Grundrecht und damit als hinreichend bestimmt verstanden; die Verweisung soll lediglich einen Schrankenvorbehalt darstellen.⁵⁶⁴ In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auch etwa auf das in Art. 9 GRCh garantierte Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, sowie die in Art. 14 Abs. 3 GRCh verbürgten Freiheiten, Lehnanstalten zu gründen und und das elterliche Recht, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihrer religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, ebenso etwa auf den Anspruch auf Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung

den die Ausübung regelnden einzelstaatlichen Gesetzen spricht, lässt sich eng auch lediglich als Verweis auf entsprechende Schrankenregelungen verstehen, der die autonome Garantie im Unionsrecht nicht tangiert. Art. 27 GRCh verweist hingegen bereits bezüglich der Fälle und der Voraussetzungen des Unterrichts- und Anhörungsrechts und damit schon hinsichtlich seiner Garantie an sich auf das Unions- und das mitgliedstaatliche Recht. Er lässt sich deshalb auch als Verweis bereits auf der Schutzbereichsebene und damit als Verweis bezüglich der Garantie des Grundrechts an sich verstehen. Allerdings garantiert eben auch das Unionsrecht, auf das Art. 27 GRCh verweist, das in diesem genannte Recht: Schon die Erläuterungen des Art. 27 GRCh erwähnen, dass die Norm in den Art. 21 der revidierten Europäischen Sozialcharta und in den Nummern 17 und 18 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer enthalten ist. Da beide Dokumente gem. Art. 151 AEUV die uniale Sozialpolitik anleiten, sind sie Unionsrecht und verleiht der Verweis des Art. 27 GRCh, obgleich er schon die Schutzbereichsebene betrifft, diesen Garantien chartagrundrechtlichen Status (Art. 151 Abs. 1 AEUV verweist bezüglich der Europäischen Sozialcharta allerdings nur auf die ursprüngliche, nicht die revidierte Fassung. Erstere enthält das in Art. 27 GRCh garantierte Recht zwar noch nicht. In der Gemeinschaftscharta war das Recht aber schon immer enthalten, so dass jedenfalls über den Verweis des Art. 151 Abs. 1 AEUV auf dieses Dokument das Recht unionsrechtliche Relevanz erhält.).

Daneben weist *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (334) auch unter anderem die EuGH, Urteil v. 17.09.2002, Rs. C-413/99 – *Baumbast*, ECLI:EU:C:2002:493 an, in dessen Rn. 84 ff. der EuGH das Freizügigkeitsrecht des heutigen Art. 21 AEUV trotz des darin enthaltenen Vorbehalts der durch die Verräge und die Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen als genuines Unionsrecht anerkannte.

⁵⁶⁴ So etwa *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 16 GRCh Rn. 1 ff. und bzgl. des Verständnisses der Verweisung als Schrankenvorbehalt Rn. 5; *N. Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 16 GRCh Rn. 1 ff. und Rn. 15 bezüglich der Verweisung, die er als neben die allgemeine Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 GRCh hinzutretende Schranke begriff. Auch *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 16 Rn. 1 bezeichnet die Vorschrift in Anknüpfung an die ihm vorausgegangene EuGH-Rechtsprechung als Grundrecht. Die Verweisung beschränke nicht den Schutzbereich des Grundrechts, sondern komme im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zum Tragen, ebd. Rn. 18. Gerade Art. 16 GRCh verdeutliche die Unergibtigkeit dieser Klauseln für die Frage der normkategorischen Einordnung hin, ebd., Art. 52 Rn. 72. Desweiteren anerkennt auch die grundsatzspezifische Literatur einhellig die Grundrechtsqualität des Art. 16 GRCh vor allem ebenfalls unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH und trotz der Verweisung an, etwa *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 362; *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 228; *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 104.

nach Art. 30 GRCh verwiesen: All diese Verbürgungen enthalten vergleichbare Verweise in das Unions- und das mitgliedstaatliche Recht, sollen aber gleichwohl Grundrechte darstellen,⁵⁶⁵ also hinreichend konkret sein. Selbiges ließe sich daher für Art. 27 GRCh annehmen.

Die normkategoriale Einordnung der jeweiligen Chartaverbürgung bleibt also auch im Falle solcher Verweisungen auf weitere Einordnungskriterien angewiesen, weil diese eine besondere Konkretisierungsbedürftigkeit als Wesensmerkmal der Grundsätze in Abgrenzung von den Grundrechten nicht indizieren. Verweise in das Unions- und das mitgliedstaatliche Recht nehmen der jeweiligen Norm deshalb nicht zwingend ihren grundrechtlichen Charakter.⁵⁶⁶ Umgekehrt gilt dann auch nicht, dass die übrigen, solche Verweise nicht enthaltenden Charta-Artikel eine hinreichende Bestimmtheit aufweisen. Das zeigt auch wieder die Einordnung der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze, denen eine entsprechende Verweisung gerade fehlt.

d. Unsichtbarkeit etwaiger besonderer Funktionsschwerpunkte

Sagmeisters Ansatz, Bestimmungen mit im Schwerpunkt leistungsrechtlicher Dimension als Grundsätze zu qualifizieren, findet zwar ebenfalls eine Stütze in der Entstehungsgeschichte der Grundsatzkategorie und in ihrer von Art. 52 Abs. 5 GRCh beschriebenen besonderen Umsetzungsbedürftigkeit. Die leistungsrechtliche Dimension ist demnach tatsächlich deren Wesensmerkmal. Als Abgrenzungskriterium zu den Grundrechten taugt es dennoch nicht, weil die Grundsätze dieses Merkmal zumindest mit den klassischen Leistungsgrundrechten teilen. Diese wären folglich ebenfalls als Grundsätze einzuordnen. Dies erkennt auch *Sagmeister*, weshalb sich diese Leistungsgrundrechte von den Grundsätzen durch ihre ausnahmsweise hinreichende Bestimmtheit unterscheiden sollen. Letztlich basiert sein Kriterium damit auf zwei Komponenten, wovon eine aber doch wieder das untaugliche Kriterium der besonderen Unbestimmtheit der Norm ist.

Ein Vergleich von Bestimmungen beider Normkategorien bestätigt diesen Befund: Das von *Sagmeister* konkret genannte Grundrecht auf unentgeltliche Teilnahme am Pflichtschulunterricht gemäß Art. 14 Abs. 2 GRCh soll trotz seiner im Schwerpunkt leistungsrechtlichen Dimension ein solches hinreichend bestimmtes Leistungsgrundrecht sein.⁵⁶⁷ Zwar ist Art. 14 Abs. 2 GRCh im Gegensatz zu den allermeisten anderen Chartabestimmungen in der Tat sehr

⁵⁶⁵ Für Art. 9 und Art. 14 Abs. 3 GRCh *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (333 f.), für Art. 30 *P. Craig*, EU Administrative Law, 2. Aufl. 2012, S. 469.

⁵⁶⁶ Auch *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 309 f. hält die Einordnung der Verweisklauseln zur Abgrenzung der Grundsätze von den Grundrechten deshalb für untauglich.

⁵⁶⁷ Ebd., S. 353 mwN. zur entsprechenden h. L. Siehe für Nachweise zur Einordnung der Norm als Grundrecht auch schon Fn. 428.

bestimmt formuliert.⁵⁶⁸ Auffällig ist aber, dass *Sagmeister* als Beispiel für ein Leistungsgrundrecht allein diese Norm nennt, obgleich sie das allgemeine Recht auf Bildung aus Art. 14 Abs. 1 GRCh nur konkretisiert und damit nur eine spezifische Ausprägung dessen darstellt.⁵⁶⁹ Nach herrschender Lehre und auch nach der Ansicht *Sagmeisters* selbst stellt das allgemeine Recht auf Bildung des Art. 14 Abs. 1 GRCh aber ebenfalls ein (Leistungs-)Grundrecht dar.⁵⁷⁰ Als Beispiel zur Stütze seiner These konnte er es hier gleichwohl nicht anführen, weil es gerade keine höhere Bestimmtheit als etwa Art. 25 GRCh aufweist, und deshalb seine These nicht trägt. Schon deshalb taugt das Unterscheidungsmerkmal der ausnahmsweise hinreichend bestimmten Formulierung also nicht zur ausnahmsweisen Einordnung von (im Schwerpunkt) leistungsrechtlichen Chartanormen als Leistungsgrundrechte.⁵⁷¹

Konkret mit Blick auf die Art. 25 und 26 GRCh kommt hinzu, dass diese nicht nur nicht unbestimmter als die Leistungsgrundrechte, sondern darüber hinaus anders als Leistungsgrundrechte gerade eher abwehrrechtlich formuliert sind und deshalb schon ihre schwerpunktmäßige Leistungsdimension aus ihrem Wortlaut im Gegensatz zu dem der Leistungsgrundrechte und konkret etwa dem Grundrecht auf Bildung gemäß Art. 14 GRCh nicht ersichtlich wird. *Sagmeisters* Ansatz vermag ihre Einordnung als Grundrechte daher schon dem Grunde nach nicht zu erklären.⁵⁷² Gerade wegen der Schwierigkeit der Bestimmung funktionellen Schwerpunkts einer Grundrechtsnorm empfahl auch *Gráinne de Búrca* dem Verfassungskonvent, den damals vorgeschlagenen Art. 52 Abs. 5 GRCh nicht in die Charta aufzunehmen: Die Schaffung der Grundsatzkategorie, die zuförderst ein Ergebnis der Aufnahme auch sozialrechtlicher Verbürgungen mit vornehmlich leistungsrechtlicher Dimension in die Charta war, missachte

⁵⁶⁸ Die Formulierung des Art. 25 GRCh als Anerkennungs- und Achtungsgebot ist hinsichtlich der Einordnung als Grundsatz oder Grundrecht wie bereits dargelegt unerheblich.

⁵⁶⁹ So auch *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 228 und *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 102.

⁵⁷⁰ S. dazu schon Fn. 428.

⁵⁷¹ Zwar könnte man infolge dessen die Grundrechtsqualität des Art. 14 Abs. 1 GRCh bestreiten. Das tut aber selbst *Sagmeister* angesichts der Tatsache nicht, dass das Rechts auf Bildung doch auch international zumindest dem Grunde nach weitgehend als Grund- bzw. Menschenrecht anerkannt ist.

⁵⁷² Freilich sieht *Sagmeister* dies anders, indem er ihre abwehrrechtliche Formulierung vernachlässigt und ihnen – anders als Teile der Literatur (s. dazu nochmals 3. Teil, Kapitel B I. 2. *Grundsätze als abwehr- und leistungsrechtliche Normen*) – im Schwerpunkt leistungsrechtliche Gehalte zuspricht, weil insbesondere das Gebot der „Achtung“ auch positive Maßnahmen umfassen könne. So meint er in *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 367 ff., dass diese Vorschriften „über ein bloßes Verbot, nationale Sozialstandards auszuhöhlen, weit hinaus“ gingen und „geradezu ein Paradebeispiel für Verpflichtungen, die, um einklagbar zu sein, zunächst der Umsetzung durch die zuständigen Gesetzgeber bedürfen“ seien. Auch wenn sich aufgrund des Wortlauts durchaus auch gewährleistungsrechtliche Gehalte aus diesen Vorschriften deduzieren lassen, wird nicht klar, wieso diese mit Blick auf Art. 25 und 26 GRCh den Schwerpunkt der beiden Verbürgungen bilden sollen. Über eine bloße Begründung, warum die Vorschriften überhaupt leistungsrechtliche Gehalte vermitteln, kommt *Sagmeister* nicht hinaus.

Warum sie aber gerade im Schwerpunkt leistungsrechtliche Normen und damit Grundsätze sein sollen, begründet er aber gerade nicht hinreichend.

durch die von Art. 52 Abs. 5 GRCh angestrebte Konkretisierung das Prinzip der Unteilbarkeit der Grund- und Menschenrechte, die sich nicht zuletzt auch dadurch auszeichne, dass zwischen ihnen nicht anhand verschiedener Gewährleistungsdimensionen unterschieden werden könne; auch die klassischen politisch/bürgerlichen Dimensionen wiesen gewährleistungsrechtliche Gehalte auf.⁵⁷³ Ein Beispiel hierfür liefert etwa die Entwicklung des Datenschutzgrundrechts aus Art. 8 GRCh in Verbindung mit dem Schutz des Privatlebens gemäß Art. 7 GRCh. Die Vernetzung der Alltagswirklichkeit wird heute ganz überwiegend von privaten Dienstleistern betrieben, Persönlichkeitsrechte werden heute auch ganz massiv durch andere Private bedroht. Das Datenschutzrecht ist deshalb schon heute kein klassisches Abwehrrecht mehr allein gegen die öffentliche Gewalt, sondern verpflichtet dieses zunehmend auch zum Schutz vor Übergriffen Dritter, so dass die gewährleistungsrechtliche Dimension dieses eigentlich klassischen Abwehrrechts massiv an Bedeutung gewinnt.

e. Unsichtbarkeit etwaiger allein leistungsrechtlicher Funktionen

Auch die hier vorgeschlagene Konzeption der Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen ohne eigene materiell-rechtliche Gehalte hilft für die Einordnung konkreter Chartabestimmungen nicht weiter. Denn wird schon ein leistungsrechtlicher Schwerpunkt aus den Art. 25 und 26 GRCh nicht deutlich, ist deren wegen ihrer Grundsatz Eigenschaft ausschließlich leistungsrechtliche Funktion erst Recht nicht ohne weiteres an ihrem Wortlaut erkennbar. Weil sie zudem nicht weniger unbestimmt als klassische Abwehrrechte formuliert sind, wird auch das Fehlen jeglicher eigener materieller Rechtsgehalte nicht ersichtlich.

f. Zwischenfazit: Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze mit grundrechtlichem Anschein

Nimmt man die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh gleichwohl ernst und ordnet die Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze ein, lassen sich diese wegen ihrer grundrechtstypischen Formulierung als Grundsätze mit *grundrechtlichem Anschein* bezeichnen. Weil diese Einordnungen aber nur *beispielhaft* erfolgen, ist nicht auszuschließen, dass auch weitere, grundrechtstypisch formulierte Chartabestimmungen keine Grundrechte vermitteln, sondern nur Grundsätze mit *grundrechtlichem Anschein* sind. In der Zusammenschau aller von den Erläuterungen vorgenommenen Zuordnungen fällt auf, dass sogar die ganz überwiegende Zahl der Artikel grundrechtstypisch formuliert sind, abgesehen

⁵⁷³ G. de Búrca, in: Witte (Hrsg.), Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe, 2003, S. 23 f. Auf den leistungsrechtlichen Gehalt auch der klassischen politischen und bürgerlichen Rechte und auf die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Grundrechten und Grundsätzen anhand dieses Merkmals weist auch etwa P. Craig, EU Administrative Law, 2. Aufl. 2012, S. 470, zustimmend C. Hilson, MJECL 2008, S. 193 (214).

von Artikel 37 GRCh und ferner vielleicht auch Art. 22 GRCh.⁵⁷⁴ Mithin ist bei Zugrundelegung dieser Einordnungen davon auszugehen, dass auch die weiteren, bisher noch „unentdeckten“ Grundsätze und Mischartikel sogar *im Regelfall* grundrechtstypisch formuliert sind.

Angesichts dieses Befundes stiften die Einordnungen der Art. 25 und 26 GRCh mehr Verwirrung denn Klarheit. Auch *Krommendijk* etwa bezeichnet die Art. 25 und 26 GRCh wegen ihrer Erwähnung von „Rechten“ beziehungsweise „Ansprüchen“ irreführenden Einordnung als Grundsätze als „grey areas“,⁵⁷⁵ für *David Anderson* und *Cian C. Murphy* bleibt die Abgrenzung zwischen Grundrechten und Grundsätzen „obscure and unpredictable“⁵⁷⁶. *Alexander Balthasar* spricht mit Blick auf die Einordnungsfrage gar bezeichnend von einer „vollständige[n] Wertlosigkeit der Erläuterungen“ und sieht deshalb die Rechtsprechung in der Verantwortung.⁵⁷⁷ Auch von der für die Charta zuständigen Arbeitsgruppe des Verfassungskonvents wurde die Einordnungsfrage der Rechtsprechung übertragen.⁵⁷⁸ Inwiefern die Qualifizierung der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze beispielgebend für die übrigen Chartabestimmungen sein sollen, erschließt sich nach den hier gefundenen Ergebnissen aber nicht.

3. Auslegungsmethodischer Stellenwert der Erläuterungen

Es liegt deshalb nicht ganz fern, den Vorwurf der „vollständige[n] Wertlosigkeit der Erläuterungen“⁵⁷⁹ ernstzunehmen, die beispielhaften Einordnungen zumindest der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze entgegen der ersten Annahme unberücksichtigt zu lassen und stattdessen sie und folglich auch alle grundrechtstypisch formulierten Chartabestimmungen⁵⁸⁰ auch als Grundrechte oder zumindest als Mischartikel zu qualifizieren.

In der Tat ist der genaue hermeneutische Stellenwert der Erläuterungen im Allgemeinen in der Literatur wegen ihres Ortes außerhalb der Charta, wegen des Prozesses ihres Zustandekommens und nicht zuletzt wegen der Uneindeutigkeit des Begriffs der „gebührenden Berücksichtigung“ stark umstritten: So wird am Anfang des Spektrums schon ihre Eignung als Auslegungsmittel an sich bezweifelt, an seinem Ende wird in ihr eine verbindliche Auslegungshilfe

⁵⁷⁴ Bei einigen Artikeln lässt sich innerhalb der Norm differenzieren. So ist etwa Art. 35 Abs. 1 GRCh grundrechtstypisch formuliert, während die Formulierung des Art. 35 Abs. 2 GRCh der des Art. 37 als nicht grundrechtstypisch formulierter Norm sehr nahe kommt.

⁵⁷⁵ *J. Krommendijk*, ECLR 2015, S. 321 (332 f.).

⁵⁷⁶ *D. Anderson/C. C. Murphy*, in: Biondi/Eeckhout/Ripley (Hrsg.), *EU Law after Lisbon*, 2012, S. 155 ff., S. 162.

⁵⁷⁷ *A. Balthasar*, *Grenzen und Gefahren des Schutzes der Grundrechte. Fünf Studien*, 2009, S. 96 f., Zitat auf S. 97.

⁵⁷⁸ So explizit die Arbeitsgruppe II des Verfassungskonvents, CONV 354/02 WG II 16, S. 8.

⁵⁷⁹ *A. Balthasar*, *Grenzen und Gefahren des Schutzes der Grundrechte. Fünf Studien*, 2009, S. 96 f., S. 97.

⁵⁸⁰ Zwar ordnen die Erläuterungen auch Art. 37 GRCh als Grundsatz ein. Dies bereitet aber keine Probleme, weil dieser gerade nicht grundrechtstypisch formuliert ist.

gesehen.⁵⁸¹ In der Rechtsprechung des EuGH ist hinsichtlich des generellen Stellenwerts der Erläuterungen bei der Auslegung der Charta bisher keine einheitliche Linie zu erkennen.⁵⁸² In den für die Grundsatzkategorie relevanten Rs. C-356/12-*Glatzel* hingegen verwies er wie bereits erwähnt explizit auf die Erläuterungen, in der letztgenannten Entscheidung stützte der Gerichtshof die Einordnung des Art. 26 GRCh als Grundsatz sogar allein auf die Erläuterungen, ohne sich mit der grundrechtstypischen Formulierung der Norm selbst auseinanderzusetzen.⁵⁸³

Zwar eröffnet das Tatbestandsmerkmal der „gebührenden Berücksichtigung“ schon aufgrund seines Wortlauts tatsächlich eine enorme Interpretationsbreite, die es letztlich auch zulässt, zu einem Auslegungsergebnis zu gelangen, das den Erläuterungen widerspricht.⁵⁸⁴ Für die Möglichkeit der Abweichung von den Erläuterungen spricht zudem die integrative Funktion des europäischen Verfassungsrechts, die sich paradigmatisch in dem Konzept der „immer engeren Union der Völker Europas“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) ausdrückt und der daraus resultierenden besonderen Stellung solcher Auslegungsmethoden, die eine dynamische Entwicklung des Unionsrechts ermöglichen.⁵⁸⁵ Ein zu starker normativer Charakter der Erläuterungen stünde dieser integrativen Funktion entgegen,⁵⁸⁶ es bestünde ein systematischer Widerspruch zu den dynamischen

⁵⁸¹ Einen Überblick über die vertretenen Meinungen gibt *M. Wendel*, *ZaöRV* 2008, S. 803 (820 f.).

⁵⁸² In EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 38 ff. etwa zog der Gerichtshof die Erläuterungen zum Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem. Art. 7 GRCh nicht heran. Er prüfte die Rechtmäßigkeit der dort in Frage stehenden, durch die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie bewirkten Grundrechtseingriffe in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem. Art. 7 GRCh auch allein am Maßstab der allgemeinen Schrankenklausele des Art. 52 Abs. 1 GRCh, obgleich die Erläuterungen explizit auf das konkrete Schrankenregime des korrespondierenden Art. 8 EMRK und somit auf eine gegenüber der allgemeinen chartarechtlichen Schrankenklausele des Art. 52 Abs. 1 GRCh speziellere Regelung verweisen. Damit setzte er sich in Widerspruch zu ihnen, überdies auch ohne dies zu begründen. Hingegen wies der Gerichtshof in EuGH, Urt. v. 15.02.2016, Rs. C-601/15 PPU – *J. N.*, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 47 explizit auf die Erläuterungen zu Art. 6 GRCh hin, die auf die gegenüber Art. 52 Abs. 1 GRCh insoweit speziellere Schrankenklausele des Art. 5 Abs. 2 GRCh verweisen.

⁵⁸³ EuGH, Urteil v. 22.05.2014, Rs. C-356/12 – *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350, Rn. 74.

⁵⁸⁴ *M. Wendel*, *ZaöRV* 2008, S. 803 (821 f.); *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 47b. Ähnlich meint *F. Schorkopf*, in: Grabititz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 59. EL Juli 2016, Art. 6 EUV Rn. 34, das Berücksichtigungsgebot stelle die Unionsgrundrechte „über ihren Entstehungshorizont hinaus“ in einen „materiellen Kontext“, der durch die Erläuterungen ausgefüllt werde, von dem unter Auferlegung von Begründungslasten wegen ihrer Rechtsunverbindlichkeit aber abgewichen werden könne. *A. A. K. Lenaerts*, *EuR* 2012, S. 3 (16), der für diesen Fall von einem „justiziellen Aktionismus“ spricht.

⁵⁸⁵ *M. Wendel*, *ZaöRV* 2008, S. 803 (810 f., 825 mwN.). Ausführlich dazu auch *I. Pernice*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 225 ff. (248 ff.). Schon früh wies aber etwa *J. Shaw*, *OJLS* 1996, S. 231 auch auf desintegrative Elemente im europäischen Einigungsprozess hin, die die Fokussierung auf dynamische, die Integration begünstigende Auslegungsmethoden in Frage stellen.

⁵⁸⁶ *M. Wendel*, *ZaöRV* 2008, S. 803 (810 f., 825).

Verweisungsklauseln des Art. 52 Abs. 2, 3 und 4.⁵⁸⁷ Die Erläuterungen sind deshalb „nur sehr zurückhaltend und unter Beachtung von Wortlaut und Systematik“ einzubeziehen.⁵⁸⁸ Wenn auch durch die Pflicht zur gebührenden Berücksichtigung der Erläuterungen die historische und genetische Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht gestärkt wird,⁵⁸⁹ „[findet] Die durch den jüngsten Reformprozess potenziell folgende quantitative Ausdehnung des Anwendungsfeldes der historischen Auslegung [...] damit jedenfalls qualitative Grenzen in der spezifischen Dynamik europäischer Verfassungsarchitektur.“⁵⁹⁰ Die Erläuterungen stellen gewissermaßen eine Momentaufnahme dar, deren Bedeutung im Fortlauf der Zeit stetig abnimmt. Wenn hingegen behauptet wird, die Erläuterungen hätten nur deshalb begrenzte Relevanz für die Auslegung der Charta, weil sie nicht den Willen der Vertragsgeber, sondern lediglich den der Konventspräsidien dokumentierten,⁵⁹¹ ist dem entgegenzuhalten, dass jedenfalls durch die mehrfachen Verweisungsklauseln in den Verträgen und der Charta den Erläuterungen von den Vertragsgebern eine gewisse Bedeutung zugemessen wurde und sie sich diese gewissermaßen doch zu eigen gemacht haben. Dies gilt trotz des Umstandes, dass die Regierungskonferenz von Rom in Erklärung 12 die Erläuterungen lediglich „zur Kenntnis“⁵⁹² genommen hat.⁵⁹³ Gleichwohl betonte sie dort auch die Rechtsunverbindlichkeit der Erläuterungen und bezeichnete sie lediglich als „nützliche“, nicht aber etwa zwingende Auslegungshilfe, so dass die Möglichkeit eines etwaigen Abweichens von ihren Vorgaben nicht zwingend gegen den historischen Willen der Vertragsgeber verstößt.⁵⁹⁴

⁵⁸⁷ *M. Wendel*, ZaöRV 2008, S. 803 (822f.). Freilich bliebe dieser Widerspruch auf bestimmte Erläuterungen beschränkt, da in vielen Fällen einfach nur z. B. auf die entsprechenden EMRK-Artikel verwiesen wird und damit solche Erläuterungen damit auch nur dynamische Verweise enthalten, so etwa bei den Erläuterungen zu Art 7 GRCh, der Art. 8 der EMRK entsprechen.

⁵⁸⁸ *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 17. A. A. H. *Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 347, der zwar ebenfalls nur von einer Berücksichtigungspflicht mit ggf. höherer Begründungslast bei eindeutig entgegenstehendem Wortlaut der Erläuterungen ausgeht, die Einordnung der Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh wegen Art. 52 Abs. 7 GRCh zugleich aber für mehr oder weniger zwingend hält. Eine gewisse Widersprüchlichkeit ist hier nicht zu verkennen.

⁵⁸⁹ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 47b.

⁵⁹⁰ *M. Wendel*, ZaöRV 2008, S. 803 (825).

⁵⁹¹ Ebd., S. 822. Aus diesen Gründen – weil der diskursive Prozess der Konvente durch die Erläuterungen gerade nicht protokolliert wird – fällt es auch *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 43 schwer, aus den Erläuterungen einen „subjektiven Willen eines historischen Verfassungsgebers“ herauszulesen.

⁵⁹² 12. Erklärung der Regierungskonferenz zum Vertrag über eine Verfassung für Europa.

⁵⁹³ A. A. konkret in Bezug auf die Feststellung der lediglichen Kenntnisnahme *M. Wendel*, ZaöRV 2008, S. 803 (822 Fn. 108).

⁵⁹⁴ Zwar wurde diese Erklärung lediglich zur Verabschiedung des gescheiterten Verfassungsvertrags, nicht aber zu der des Lissabonvertrags abgegeben. Mit dem Mandat zur Erarbeitung des Vertrag von Lissabon sollten aber alle substantiellen Verfassungsvertragsinhalte in den Vertrag von Lissabon übergehen, soweit das Mandat nicht explizit und enumerativ anderes vorgab. Siehe dazu ebd., S. 812f., der insoweit von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis

Wegen der Notwendigkeit der „gebührenden Berücksichtigung“ gilt letztlich aber gleichwohl, dass der Begründungsaufwand für eine Abweichung umso höher ist, je eindeutiger Antworten die Erläuterungen auf die konkret zu beantwortende Rechtsfrage geben.⁵⁹⁵ Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Rechtspflicht zur „gebührenden Berücksichtigung der Erläuterungen“ die bestmögliche Erhaltung der textlichen Einheit von Charta und Erläuterungen gebietet und Abweichungen von den Erläuterungen nur im Falle von Widersprüchen zum Chartatext und unter entsprechendem Begründungsaufwand zulässt. Daraus folgt für den hiesigen Kontext, dass zunächst eine rechtsdogmatische Konzeption der Grundsätze zu versuchen ist, die die Aussagen der Charta und ihrer Erläuterungen in ein sinnvolles kohärentes und systematisches Ganzes bringt. Lediglich dann gegebenenfalls sichtbar werdende unauflösliche Widersprüche der Erläuterungen zu sich selbst oder zum Chartatext legitimieren in der Folge eine Priorisierung des Chartatextes, weil letztlich er die Rechtsgehalte verbindlich und unmittelbar formuliert. Dies verhindert zum einen ein völliges Außerachtlassen der Erläuterungen, stellt sie andererseits aber auch nicht sakrosankt.

Konkret bezogen auf Art. 25 und 26 GRCh bedeutet dies, dass ihre Einordnung als Grundrechte entgegen den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh nur zulässig ist, wenn keine Grundsatzkonzeption gelingt, die diese Einordnung zu erklären vermag. Gerade dies ist aber der Fall, wie das folgende Kapitel darlegen wird.

II. Gegenvorschlag: Grundsätze als besonders aushandlungsbedürftige Rechtsgüter schützende Normen

Die Untauglichkeit der im Schrifttum diskutierten Vorschläge zur Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze zeigt, dass letztere bis hierhin noch nicht hinreichend charakterisiert wurden, mit anderen Worten die Unterschiede zu den Grundrechten noch nicht hinreichend deutlich zutage treten. Es wird deshalb vorgeschlagen, die Einordnung einzelner Chartabestimmungen und, wo notwendig, innerhalb einzelner Chartabestimmungen die Einordnung einzelner gewährleistungsrechtlicher Chartagehalte, anhand des Kriteriums der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit der von der Norm geschützten Rechtsgüter vorzunehmen (dazu 1.). Die besondere Aushandlungsbedürftigkeit eines Chartaschutzgutes soll wiederum mit Hilfe des unionsrechtlichen Demokratieprinzips erkannt werden (dazu 2.). Mit Hilfe dieser Kriterien wird die Einordnung der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze erklärbar und können auch andere Chartabestimmungen trotz grundrechtstypischer Formulierung als Grundsätze qualifiziert werden. Als besonders aushandlungsbedürftig erweisen

spricht. Weil das spätere Mandat zur Erarbeitung des Lissabonvertrags diesbezüglich nichts anderes regelte, behält die 12. Erklärung der Regierungskonferenz zum Verfassungsvertrag weiter ihre Relevanz.

⁵⁹⁵ M. Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 47b.

sich dann etwa viele sozialrechtliche und Gemeinschaftsgüter schützende Chartaverbürgungen (dazu 3.). Weil Grundsätze den Exekutiven und Legislativen wie in aller Regel auch die grundrechtlichen Schutzpflichten weite Umsetzungsspielräume belassen, stellt sich die Frage nach der weiteren Unterscheidung beider Rechtsfiguren und der eindeutigen Abgrenzung entsprechender grundsätzlicher von grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten (dazu 4.). Zusammengefasst bleibt die Anwendung des Kriteriums der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit aber auf solche Chartagehalte beschränkt, für deren normkategoriale Einordnung es sonst keinerlei normative Anknüpfungspunkte gibt. Dies ist nur dann der Fall, wenn sich sowohl die Erläuterungen als auch ein Abgleich mit vergleichbaren EMRK-Verbürgungen, die immer Grundrechte sind, als unergiebig erweisen (dazu 5.)

1. Besondere Aushandlungsbedürftigkeit der Grundsatzrechtsgüter

Wie dargelegt wurde die besondere Aushandlungsbedürftigkeit der durch die Grundsätze geschützten Rechtsgüter bereits in den beiden Konventen betont, die Grundsätze wurden deshalb als bloße „Instruktionsnormen“ und als Aufträge vor allem an die Gesetzgeber verstanden, so dass dieses Charakteristikum von Anfang an prägend für diese neue Normenkategorie war. Kodifiziert wird dies durch die Beschreibung der besonderen Umsetzungsbedürftigkeit nach Art. 52 Abs. 5 GRCh. Nicht zuletzt infolgedessen wurde oben auch bereits vorgeschlagen, die Grundsätze als Normen ohne eigene materielle Rechtsgehalte, also als unionsverfassungsrechtliche Platzhalter zu konzipieren. Dennoch hilft aber das Kriterium der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit allein für das Erkennen auch grundrechtstypisch formulierter Grundsätze noch nicht weiter, weil als aushandlungsbedürftig theoretisch auch etwa typische Grundrechtsgüter wie etwa das Eigentum oder auch die Meinungsfreiheit identifiziert werden können. Diese erweisen sich infolge ihrer Grundrechtseigenschaft aber als von der Grundrechtsordnung weitgehend verhandlungsfest vorgegeben.⁵⁹⁶ Die Grundsätze hingegen geben die besondere Aushandlungsbedürftigkeit ihrer Schutzgüter gerade vor und verweisen insoweit auf die korrespondierende Umsetzungsbedürftigkeit vor allem durch Legislative und Exekutive.

Die Chartageber_innen haben die besondere Aushandlungsbedürftigkeit bestimmter Chartaverbürgungen bis auf die beispielhaften Einordnungen einiger weniger Charta-Artikel als Grundsätze in den Erläuterungen offen gelassen. Damit ist diese eigentlich primär politische Frage dem Recht überantwortet. Weil die Charta die besondere Aushandlungsbedürftigkeit ihrer Schutzgüter

⁵⁹⁶ Die Grundrechtsordnung kann diese Verhandlungsfestigkeit entweder festschreiben, weil die Grundrechtsgüter schon aus rein theoretischer Perspektive als nicht verhandelbar und der Rechtsordnung deshalb vorgegeben verstanden werden, oder weil sie zwar als aushandlungsbedürftig gedacht werden, dieser Aushandlungsbedürftigkeit aber schon vor Schaffung des konkreten Grundrechtstextes genüge getan wurde, so dass dieser nur noch die Aushandlungsergebnisse kodifiziert und diese dann insoweit für weitgehend verhandlungsfest erklärt. Völlig verhandlungsfest sind freilich auch die Grundrechte nicht, soweit sie entsprechenden Grundrechtsschranken unterliegen, die eine Beschränkung durch einfaches Gesetz zulassen.

im Regelfall nicht kennzeichnet, fehlt es dem Recht dann aber immernoch an einem tragfähigen Einordnungskriterium und bleibt die Bestimmung konkreter Chartanormen als Grundsätze weiter unmöglich.

2. Demokratieprinzip als Indikator besonderer Ausbehandlungsbedürftigkeit

Der Befund der grundrechtstypischen Formulierung etwa der Art. 25 und 26 GRCh hat gezeigt, dass die besondere Umsetzungsbedürftigkeit der Grundsätze nicht eine Folge der besonderen Unbestimmtheit der Grundsatznormen, sondern Ausdruck einer bewussten Entscheidung der Chartageber_innen über die Zuständigkeit der Normkonkretisierung ist. Sie betrifft deshalb gerade nicht die Normstruktur und wird deshalb aus der Norm selbst wie bereits dargelegt auch nicht ersichtlich. *Cornils* hat Recht, wenn er meint, die Qualifizierung einer Norm als Grundrecht oder Grundsatz sei weniger eine Frage der Normenklarheit oder des Regelungsgegenstandes und mehr eine der Kompetenzverteilung:⁵⁹⁷ Die Grundsätze sollen zunächst durch Legislative und Exekutive, und nicht durch die Judikative konkretisiert werden, sind normstrukturell aber gerade nicht stärker konkretisierungsbedürftig als die Grundrechte. Insofern meint Umsetzung hier nicht Konkretisierung eines unbestimmten Normtextes, sondern Konkretisierung eines unbestimmten Normtextes *spezifisch durch Legislative und Exekutive*.⁵⁹⁸ Anders ausgedrückt hängt die Frage der konkreten, unmittelbar durch eine Chartanorm selbst vermittelten und durch die Judikative feststellbaren materiellen Rechtsgehalte von ihrer Einordnung als Grundsatz oder Grundrecht ab, nicht aber die Einordnung von der Dichte der vermittelten Rechtsgehalte.

Die von den Konventen nicht politisch gelöste, sondern stattdessen zum Rechtsproblem erklärte Frage, welche Chartaschutzgüter nun besonders ausbehandlungsbedürftig und damit dem primären Zugriff der Judikative weitgehend entzogen sein sollen, lässt sich jedoch unter Rückgriff auf das unionsrechtliche Demokratieprinzip bestimmen. Dieses ist als Grundwert und Strukturprinzip bei der Auslegung der Unionsverträge und ihrer sekundärrechtlichen Umsetzungen sowie bei sämtlichen anderen entsprechenden systematisch-teleologischen Zusammenhängen zu berücksichtigen.⁵⁹⁹ Verfassungsrechtliche

⁵⁹⁷ *M. Cornils*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR II*, 2014, §5 Rn. 56 f.

⁵⁹⁸ Konsequenz ist dann das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem. Art. 47 GRCh auch schon seinem Wortlaut nach auf die Verletzung von Rechten und Freiheiten beschränkt, umfasst also nicht die Grundsätze, so auch etwa *H. Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2016, Art. 47 Rn. 7 f. Im Ergebnis wohl auch etwa *H.-J. Blanke*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV, AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 47 GRCh Rn. 6, der Normen ausschließt, „die ausschließlich dem öffentlichen Interesse dienen und lediglich rein tatsächlich in der Nebenwirkung auch dem Individualinteresse zugute kommen.“, wozu nach der ganz herrschenden und auch hier vertretenen Ansicht eben auch die Grundsätze aufgrund ihrer objektiv-rechtlichen Qualität gehören.

⁵⁹⁹ *M. Haag*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 10 EUV Rn. 4; *G. Lienbacher/T. Kröll*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 10 EUV Rn. 10. Siehe zur Rolle unionsverfassungsrechtlicher

Prinzipien vermitteln nach den Bürger_innen im Allgemeinen und Rechtsanwender_innen im Speziellen von *Bogdandy* zufolge eine „Idee des Ganzen“, die für das Verständnis der Verfassung auch als Rechtstext unerlässlich ist und welches ein Reservoir an „Argumentationsfiguren bei einer schöpferischen Rechtsanwendung“ bildet beziehungsweise den „Kreis der Argumente [erweitert], mit denen über die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens gestritten werden kann“. ⁶⁰⁰ Nicht aber könne einer rechtswissenschaftlichen Prinzipienlehre wegen der Vagheit der Prinzipien und der regelmäßige Konflikt von Prinzipien miteinander die Funktion der „Abgrenzung zwischen Recht und Unrecht in einem konkreten Fall“ zukommen; möglich sei weniger eine wissenschaftliche und rechtliche Determinierung, wohl aber eine Strukturierung des Problems. ⁶⁰¹ Hier aber geht es nicht um die Frage von Recht oder Unrecht, sondern um das vorgelagerte Problem der normkategorischen Einordnung der jeweils für diese Frage entscheidungserheblichen Normen. Hierfür kann das Demokratieprinzip ein Argument sein.

Das unionsrechtliche Demokratieprinzip lässt sich daher rechtsdogmatisch grundsätzlich zu rechtsnormativen Prinzipien verdichten, aus denen dann konkrete Rechtssätze geschöpft werden können, ⁶⁰² die zumindest der Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze dienlich sind. Im permeablen europäischen Verfassungsverbund ⁶⁰³ kann als Inspirationsquelle insoweit etwa das deutsche Verfassungsrecht und insbesondere die Figur der *Wesentlichkeitslehre* dienen. Auch wenn die EU gerade kein Staat, sondern ein komplementär zum Staat organisierter und mit diesem verbundsförmig integrierter Herrschaftsverband ist, können für ihre Beschreibung und konzeptionalisierung doch zumindest Anleihen aus den mitgliedstaatlichen Staatsrechtslehren genommen werden, weil beide Herrschaftsverbände einen gemeinsamen Grund haben und deshalb zumindest dem Grunde nach vergleichbare Strukturen auf-

Prinzipien bei der Auslegung und Anwendung des Rechts insbesondere auch *A. v. Bogdandy*, in: *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, S. 13 ff. und speziell zum Demokratieprinzip S. 62 ff.

⁶⁰⁰ Ebd., S. 17 f. Die Zitate finden sich auf S. 20 f.

⁶⁰¹ Ebd., S. 21.

⁶⁰² Das Demokratieprinzip als konkretes unionsrechtliches Rechtsprinzip in diesem Sinne auszuformen versuchen etwa *A. Bleckmann*, *JZ* 2001, S. 53, der den (damaligen) EGV für teilweise mit dem unionsrechtlichen und noch höherrangigen Demokratieprinzip für unvereinbar hält, und *S. Röder*, *Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie*, 2006, die den Gesetzesvorbehalt für Grundrechtsbeschränkungen gem. Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh mit Hilfe des unionsrechtlichen Demokratieprinzips konkretisiert. Kritisch zu solchen Ansätzen im Allgemeinen aber etwa *M. Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 59. EL Juli 2016, Art. 10 EUV Rn. 34. und *M. Huber*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 10 EUV Rn. 10.

⁶⁰³ *S. I. Pernice*, *Der Europäische Verfassungsverbund in der Bewährung*, Antonio Lopez Pina zu Ehren, WHI-Paper 7/2013, abrufbar unter <http://www.whi-berlin.eu/whi-papers-2013.html>, Stand 12.07.2016, und *M. Wendel*, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, 2011 zu den theoretischen Grundlagen vom europäischen Verfassungsverbund und seiner Permeabilität.

weisen: den Konflikt zwischen der einseitigen hoheitlichen Machtausübung mit der individuellen Freiheit als Kerngedanken der westlichen Moderne.⁶⁰⁴

Nach der Wesentlichkeitslehre

„entspricht [es] dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes, dass das Parlament – der Bundestag – als das unmittelbar durch Wahlen demokratisch legitimierte Verfassungsorgan die für den Staat wesentlichen Fragen selbst entscheidet. [...] Vor allem bei kontrovers diskutierten Entscheidungen in grundrechtsrelevanten Bereichen muss das Parlament die wesentlichen Fragen selbst entscheiden.“⁶⁰⁵

Demnach erfordert das Demokratieprinzip die besondere Aushandlung bestimmter Sachmaterien im Wege demokratischer Verfahren, so dass substantielle Entscheidungen die gesellschaftliche Gestaltung und Steuerung betreffend in der Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers liegen müssen. Anders gewendet geben Demokratie- und damit mittelbar Gewaltenteilungsgrundsatz begrenzt vor, was besonders aushandlungsbedürftig sein muss und folglich kein durch die Unionsgrundrechte determiniertes grundrechtliches Schutzgut sein kann, das besonderen Aushandlungsverfahren gerade weitgehend entzogen ist.

Zwar hat der EuGH eine der deutschen staatsrechtlichen Figur entsprechende Wesentlichkeitslehre bisher nicht entwickelt. Dennoch lässt sich eine solche wegen der Verankerung des Demokratieprinzips in den Art. 10 ff. EUV auch für das Unionsrecht denken.⁶⁰⁶ Im Schrifttum schlägt etwa *Sonja Röder* mit ihrer „europäischen Wesentlichkeitstheorie“ – die mangels theoretischer Substanz tatsächlich eher eine Wesentlichkeitslehre ist – auch erste Ansätze hierzu vor.⁶⁰⁷ *Röder* versucht hiermit aber vor allem die Frage der Kompetenzverteilung zwischen den europäischen Exekutiven einerseits, insbesondere dem Rat und der Kommission, und dem Parlament als europäischer Legislative andererseits

⁶⁰⁴ A. v. *Bogdandy*, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag 2004, S. 1033 ff. (1042 f.).

⁶⁰⁵ C. *Degenhart*, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, mit Bezügen zum Europarecht, 31. Aufl. 2015, Rn. 38 f. mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Der zweite Satz steht gerade nicht zum hier Dargelegten im Widerspruch. Mit ihm ist gerade nicht die Aushandlungsbedürftigkeit grundrechtlicher Schutzbereiche gemeint, sondern lediglich die besondere Aushandlungsbedürftigkeit ihre Beschränkungen. Die Ergebnisse entsprechender Aushandlungsprozesse unterliegen dann aber freilich auch wieder der Rechtskontrolle. Letztlich besteht in grundrechtssensiblen Bereichen ein Parlamentsvorbehalt, gerade weil diese die besonders geschützten Grundrechtsgüter gefährden, nicht etwa weil sie diese zur Verhandlungsdisposition stellen.

⁶⁰⁶ Freilich ist hier zusätzlich die Mehrebenenstruktur und insbesondere die Mehrheit von Gesetzgebern auf der europäischen Ebene zu berücksichtigen: Danach bestimmen sich etwa konkrete Verantwortlichkeiten einzelner Legislativen nicht nur nach dem Demokratieprinzip an sich, sondern auch etwa nach dem Subsidiaritätsgrundsatz. Diese zusätzliche Dimension des unionsrechtlichen Demokratieprinzips betrifft damit aber nur die innerlegislative Verantwortungsteilung, für die Abgrenzung zu den Kompetenzen der Judikative ergeben sich hier keine Unterschiede, die Idee des Schutzes bestimmter Sachmaterien vor einer zu starken Ver(fassungs)rechtlicher trägt auf unionsrechtlicher Ebene gleichermaßen wie im nationalen Verfassungsrecht.

⁶⁰⁷ S. *Röder*, *Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie*, 2006.

zu klären. Als Kriterium der Abgrenzung zwischen Legislative und Exekutive einerseits und Judikative, namentlich dem EuGH andererseits, beansprucht sie ihre „Wesentlichkeitstheorie“ aber nicht. Für die Frage der Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze oder Grundrechte, mit denen gerade diese Abgrenzung verbunden ist, hilft sie daher noch nicht unmittelbar weiter, immerhin gibt es mit ihr aber erste Ansätze zur Übertragung der deutschen Wesentlichkeitslehre in das Unionsrecht.

Zugegebenermaßen ist diese Deutung des unionsrechtlichen Demokratieprinzips eine sehr weitgehende, spielt es doch spezifisch als Rechtsprinzip zur Ableitung konkreter Rechtssätze in der Rechtsprechung des EuGH bisher eine nur sehr untergeordnete Rolle.⁶⁰⁸ Dennoch ist es insoweit zumindest nicht ganz konturenlos geblieben. So hat der Gerichtshof schon früh die grundsätzliche Bedeutung des Prinzips betont und europäische Rechtsakte für nichtig erklärt, weil im vorausgegangenem Gesetzgebungsverfahren bloße Anhörungsrechte des Europäischen Parlaments nicht beachtet wurden.⁶⁰⁹ Anders gewendet befand der Gerichtshof in dieser Entscheidung, dass die Verträge der dort betroffenen Sachmaterie eine gewisse Aushandlungsbedürftigkeit zusprachen, die zumindest die Gewähr eines parlamentarischen Anhörungsrechts erforderte.⁶¹⁰ Durch die Verletzung dieses Anhörungsrechts wurde damit letztlich also die vertraglich bestimmte besondere Aushandlungsbedürftigkeit des betroffenen Sachbereichs missachtet. Das die Aushandlungsbedürftigkeit anzeigende Anhörungsrecht war hier somit gerade Ausfluss des unionsrechtlichen Demokratieprinzips.

Damit besteht also nicht nur theoretisch, sondern auch ganz rechtspraktisch ein konkreter Anknüpfungspunkt für eine entsprechende Ausgestaltung auch des unionsrechtlichen Demokratieprinzips als Reservoir unionsverfassungsrechtlicher Rechtssätze wie dem einer unionsrechtlichen Wesentlichkeitslehre. Mit ihrer Hilfe lassen sich dann letztlich auch die besondere Aushandlungsbedürftigkeit bestimmter Chartarechtsgüter erkennen und hieraus entsprechende normkategoriale Schlussfolgerungen ziehen.

Freilich ist die Antwort auf die Frage, ob ein konkretes Chartaschutzgut besonders aushandlungsbedürftig ist, auch im Lichte des Demokratieprinzips nicht ganz einfach zu beantworten. Auch *Röders* Ansatz geht so weit nicht, sondern beschränkt sich vor allem auf die Feststellung der Wesentlichkeit von grund-

⁶⁰⁸ *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 58. EL 2016, Art. 10 EUV Rn. 27, 33.

⁶⁰⁹ Etwa EuGH, Urt. v. 29. 10. 1980, Rs. 138/79 – *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:1980:249, zur Bedeutung des Demokratieprinzips für die Entscheidung s. insbesondere Rn. 33. Weitere Nachweise zu dieser Rechtsprechung des EuGH finden sich bei *S. Röder*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, 2006, S. 27 Fn. 29.

⁶¹⁰ Dass nur ein Anhörungsrecht und keine volle parlamentarische Beteiligung vorgesehen war, lässt nicht zwingend auf eine von den Verträgen angenommene entsprechend geringere Aushandlungsbedürftigkeit schließen. Vielmehr kann – und dies liegt letztlich auch näher – die Nichtgewähr der vollen Mitbestimmung des europäischen Parlaments vor allem der Schonung nationaler Kompetenzen dienen.

rechtssensiblen Rechtsakten.⁶¹¹ In seinem Urteil zum Lissabonvertrag versucht aber das Bundesverfassungsgericht eine solche Bestimmung, wenn es bestimmte Sachbereiche für besonders integrationsfest definiert mit dem Ziel, die staatliche Souveränität zu erhalten, die ihren Ausdruck im Demokratieprinzip finde und über Art. 79 Abs. 3 GG geschützt sei. So heißt es dort:

„Als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gelten seit jeher Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht (1), die Verfügung über das Gewaltmonopol polizeilich nach innen und militärisch nach außen (2), die fiskalischen Grundentscheidungen über Einnahmen und – gerade auch sozialpolitisch motivierte – Ausgaben der öffentlichen Hand (3), die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen (4) sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht, Schul- und Bildungssystem oder über den Umgang mit religiösen Gemeinschaften (5).“⁶¹²

Die konkrete Auswahl des Gerichts in Gänze sowie die daraus abgeleitete Schlussfolgerung ihrer weitgehenden Integrationsfestigkeit mag man bezweifeln können.⁶¹³ Auch ist zu beachten, dass das Gericht diesen Sachbereich konkret im Kontext der die Bundesrepublik treffenden Integrationsverantwortung definiert, welche sich aus dem Grundgesetz ergeben soll. Demnach sollen diese Sachbereiche gerade primär im Bundestag und nicht im europäischen Parlament verhandelt werden; das Bundesverfassungsgericht klärt hier die konkret die innerlegislative Kompetenzverteilung im europäischen Verfassungsverbund, nicht aber die Kompetenzabgrenzung zur Judikative. Der Grundgedanke aber, dass bestimmte Bereiche in besonderem Maße auf demokratische Strukturen angewiesen sind, sich anders gwendet also als besonders aushandlungsbedürftig erweisen, trifft zu.

Zusammengefasst steht mit dem Demokratieprinzip eine klassische – wenn auch innerhalb juristischer Diskurse wie fast alle verfassungsrechtlichen Figuren umstrittene – verfassungsrechtliche Argumentationsfigur zur Einordnung auch grundrechtstypisch formulierter Chartabestimmungen als Grundsätze zur Verfügung, wenn man letztere als besonders aushandlungsbedürftige chartarechtliche Grundentscheidungen begreift. Damit wird der Rechtsanwendung mit dem Kriterium der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des geschützten Chartarechtsguts eine Perspektive aufgezeigt, welche die grundrechtstypische Formulierung der in Frage stehenden Norm als bloßen *grundrechtlichen Anschein* entlarven kann, statt aus deren Formulierung zwingend auf die Vermittlung von Grundrechtsgehalten zu schließen. Die grundrechtstypische Formulierung einer Chartabestimmung mag daher aus auslegungsmethodischer Sicht missglückt sein. In Kombination mit dem Demokratieprinzip wird sie aber normkategorisch dennoch einordnungsfähig.

⁶¹¹ Ebd., die aber daneben auch weitere mögliche Kriterien diskutiert.

⁶¹² BVerfGE 123, 267 (359).

⁶¹³ Kritisch etwa *M. Kottmann/C. Wohlfahrt*, ZaöRV 2009, S. 443 (461 mwN. zu kritischen Stimmen in Fn. 146).

3. Beispiele besonders aushandlungsbedürftiger Sachbereiche

Als Beispiele für typischerweise besonders aushandlungsbedürftige Sachbereiche und Schutzgüter lassen sich mit Blick auf die von der Charta geregelten Sachbereiche etwa soziale Fragen (dazu a.) oder auch Fragen des Schutzes von Gemeinschaftsgütern (dazu b.) anführen.

a. sozialrechtliche Verbürgungen

Aus empirischer Perspektive wird man gerade und im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht viele soziale Fragen als besonders aushandlungsbedürftig ansehen können. Die Frage, in welchen Bereichen und in welchem Umfang Sozialleistungen gewährt werden sollen, ist aufgrund der begrenzten finanziellen Mittel regelmäßig stark umstritten und ebenso kontextabhängig wie etwa die Frage nach dem Verhältnis von Sicherheit und Freiheit. Deshalb war die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Charta auch so umkämpft und gerade deshalb wurde letztlich auch die Grundsatzkategorie eingeführt. Dementsprechend haben sich soziale Grundrechtsverbürgungen auch auf internationaler Ebene bisher nur bedingt durchgesetzt. Verteilungsfragen sind nicht zuletzt deshalb besonders aushandlungsbedürftig, weil letztlich fast jeder und jede die entsprechenden begrenzten Mittel mitaufgebracht hat und folglich auch in besonderem Maße an Entscheidungen über ihre Verteilung beteiligt werden will und soll.⁶¹⁴ Aus dieser Perspektive wird die Einordnung der Art. 25 und 26 GRCh trotz grundrechtstypischer Formulierung nachvollziehbar.

Gleichwohl heißt dies nicht, dass mit Blick auf die leistungsrechtlichen Chartagehalte⁶¹⁵ sämtliche sozialrechtlichen Chartabestimmungen als Grundsätze zu qualifizieren sind.⁶¹⁶ Auch bestimmte grundlegende sozialrechtliche Verbürgungen können sich als weniger umstritten und damit als weniger aushandlungsbedürftig erweisen. Ein Beispiel hierfür ist das Recht auf Bildung gemäß Art. 14 GRCh, dass jedenfalls als Recht auf überhaupt irgendeine Bildung nur wenige Kontroversen auslöst. Maßgebliches Kriterium für die Qualifikation einer Chartaverbürgung als Grundsatz bleibt deshalb die besondere Aushandlungsbedürftigkeit unabhängig von dem konkreten Sachbereich. Diese ist bei bestimmten Sachbereichen wie dem sozialrechtlichen dann lediglich – aber auch immerhin – indiziert.

⁶¹⁴ Letztlich kommt diese Auffassung deshalb zu ähnlichen Ergebnissen wie die im Schrifttum vorgeschlagene Ansicht, nach der der Grad der finanziellen Belastung einer Norm im Falle ihrer Qualifizierung als einklagbares Grundrecht für die Einordnungsfrage entscheidend sein soll; entsprechende Nachweise hierzu finden sich bereits in Fn. 530. Das Kriterium der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit erweist sich aber als tragfähiger, weil es abstrakter ist und damit generellere Aussagen über die Einordnung einzelner Chartabestimmungen ermöglicht und weil es in der Zusammenschau mit dem Demokratieprinzip auch juristisch praktikabler ist.

⁶¹⁵ Denn sämtliche abwehrrechtlichen Gehalte sind nach der hier vertretenen Ansicht ja als Grundrechtsgehalte zu qualifizieren. Siehe dazu nochmals Teil 3, Kapitel B. I. 3. a.: *Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen*.

⁶¹⁶ Zustimmend auch etwa T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 16.

b. Gemeinschaftsgüter schützende Verbürgungen

Als besonders aushandlungsbedürftig lässt sich aus der Perspektive des Demokratieprinzips regelmäßig auch der Schutz von Gemeinschaftsgütern begreifen. An Gemeinschaftsgütern partizipieren alle oder doch zumindest große Teile der Rechtsunterworfenen. Ihre Nutzung und ihren Schutz über Grundrechte zu regulieren würde letztlich nur zu einer diesem Umstand nicht gerecht werdenden Individualisierung führen, mit anderen Worten sind sie nicht distributionsfähig.⁶¹⁷ Dementsprechend definiert *Robert Alexy* Kollektivrechtsgüter wie folgt:

„That a principle relates to such collective interests means that it requires the creation or maintenance of a state of affairs which satisfy certain criteria, broader than the enforcement or satisfaction of individual rights, to the greatest extent legally and factually possible.“⁶¹⁸

Mit Blick auf den Schutz von Gemeinschaftsgütern bestehen aufgrund der Partizipation einer Vielzahl von Individuen die unterschiedlichsten Interessen, die schon aufgrund ihrer Menge zum Teil notwendig miteinander konfliktieren und deshalb in einen Ausgleich zu bringen sind. Die Schaffung individueller Ansprüche auf ihren Schutz und damit die Konzeption des Gemeinschaftsgüter-schutzes als Inhalt grundrechtlicher Ansprüche kann deshalb allenfalls ganz bedingt gelingen. Im Wesentlichen sollten an den Fragen zu ihrem Schutzzumfang deshalb alle Rechtsunterworfenen über demokratische Verfahren beteiligt werden, sie sollte nicht jeweils individuell im Wege der Geltendmachung grundrechtlicher Ansprüche auf judikativem Wege gelöst werden.

Tatsächlich existiert zwar ein kollektives Interesse auch etwa an der gerade grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit. Dies liegt aber daran, dass diese im Gegensatz zum Schutzgut Umwelt neben der kollektiv- vor allem auch eine individualrechtliche Dimension, das die Meinungsfreiheit verbürgende Grundrecht mit *Peter Häberle* (wie auch jedes andere Grundrecht) also einen „Doppelcharakter“ hat, weil es eine individuelle wie eine institutionelle Seite gleichermaßen besitzt und sich diese beiden Elemente gegenseitig bedingen.⁶¹⁹ Es besteht eben nicht nur ein gesamtgesellschaftliches Interesse an der Meinungsfreiheit, um möglichst rationale Diskurse und Entscheidungen zu ermöglichen und so Demokratie zu leben, sondern auch ein davon individuelles, welches allein der Persönlichkeitsentfaltung dient.⁶²⁰ Ähnliches gilt für das Grundrecht der Re-

⁶¹⁷ *A. J. Menéndez*, in: Menéndez/Eriksen (Hrsg.), *Arguing Fundamental Rights*, 2009, S. 155 ff. (163 mit unklarem Literaturnachweis).

⁶¹⁸ Ebd., S. 180 Fn. 43 mit Verweis auf *R. Alexy*, *A Theory of Constitutional Rights*, 2002, S. 65 Fn. 79, von dem auch das Zitat stammt.

⁶¹⁹ *P. Häberle*, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983, insbes. S. 70 ff.

⁶²⁰ So ganz ähnlich auch das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 93, 266 (281): „Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt die Meinungsfreiheit sowohl im Interesse der Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen, mit der sie eng verbunden ist, als auch im Interesse des demokratischen Prozesses, für den sie konstitutive Bedeutung hat“.

ligionsfreiheit: Sie dient zum einen der Wahrung des gesellschaftlichen Friedens, indem sie Diskriminierungen aufgrund der Religionszugehörigkeit unterbindet; vor allem aber dient auch sie daneben auch der individuellen Persönlichkeitsentfaltung beziehungsweise schützt sie weitgehend vor den Konsequenzen eines für Religionsangehörige gegebenenfalls unauflösbaren Widerspruchs zwischen religiösen und weltlich-rechtlichen Geboten. Dem Gemeinschaftsgut Umwelt fehlt diese unmittelbare individuelle Komponente: Zwar besteht immer auch ein individuelles Interesse an einer funktionierenden Umwelt, etwa zum Schutze der eigenen Gesundheit. Dieses individuelle Interesse wird aber durch eigene Grundrechte geschützt, so etwa durch das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit.⁶²¹

Vor diesem Hintergrund lassen sich vor allem die Einordnung des Art. 37 GRCh – Umweltschutz – durch die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh,⁶²² ferner aber auch die grundrechtstypisch formulierten Art. 25 und 26 GRCh – auch unabhängig von ihrem sozialrechtlichen Charakter – als Grundsätze nachvollziehen, wenn man sie mit einigem Begründungsaufwand als Gemeinschaftsgüter schützende Normen verstehen will.⁶²³ *Jörn Lüdemann* etwa bezeichnet

⁶²¹ Verfehlt waren deshalb die Bestreben im Grundrechtekonvent, den heute in Art. 37 GRCh verbürgten Umweltschutz als subjektives Grundrecht auszugestalten, s. dazu etwa 15. Protokoll der Fünfzehnten Sitzung des Konvents (informelle Tagung), abgedruckt in: *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 329 ff., 341 ff.

⁶²² Freilich bei dieser Vorschrift ihre objektiv-rechtliche Qualität ausnahmsweise schon aus dem Wortlaut deutlich, so dass ihre Einordnung als Grundsatz ausnahmsweise auch anhand dieses Kriteriums relativ problemlos gelingt.

Daneben legen auch einige weitere Charta-Artikel ihren kollektiv-rechtlichen Schutzzweck deutlich offen. Dies betrifft etwa die Pflicht zum Gesundheits- und Verbraucherschutz gem. Art. 35 und 38 GRCh sowie etwa die Pflicht zur Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen gem. Art. 22 GRCh. Der Gesundheitsschutz stellt wie der Umweltschutz ein weiteres klassisches Kollektivgut dar, gerade die Formulierung des Ziels eines hohen Gesundheitsschutzniveaus in Art. 35 S. 2 GRCh deutet eher auf den Schutz eines Kollektiv- statt eines Individualrechtsguts hin, nicht zuletzt weil es einen wesentlich höheren Komplexitätsgrad aufweist (Gleichwohl ist auch eine individualrechtliche Konzeption denkbar, diese wurde im Grundrechtekonvent auch diskutiert, s. dazu ebd., S. 339.). Gleiches gilt dann auch für die Pflicht zur Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus gem. Art. 38 GRCh. Was Art. 22 GRCh betrifft, spricht sein Wortlaut zwar nicht von einem hohen Schutzniveau zur Wahrung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen. Gleichwohl stellt dies aufgrund seiner Komplexität auch mehr als eine individuelle Rechtsposition dar, es handelt sich vielmehr um ein Kollektivrechtsgut. Eher als Grundrecht verstehen ließe sich hingegen wiederum Art. 35 S. 1 GRCh, nach dem jeder Mensch das Recht auf Zugang zu Gesundheitsvorsorge und ärztlicher Versorgung hat; durch den Verweis auf die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten als Maßgabe für den materiellen Gehalt dieses Rechts weist es aber jedenfalls keine durch die Charta autonom definierten und damit feststehenden Rechtsgehalte auf, die für ein Grundrecht als „verhandlungsfeste“ Rechtsposition konstitutiv sind. Im Lichte der den gesamten Artikel als Grundsatz einordnenden Erläuterungen steht deshalb seine Grundrechtsqualität zumindest in Frage, der Satz kann auch lediglich als den Gesundheitsgrundatz flankierend und erörternd verstanden werden.

⁶²³ Auch *A. J. Menéndez*, in: *Menéndez/Eriksen* (Hrsg.), *Arguing Fundamental Rights*, 2009, S. 155 ff., S. 165 versteht die Grundsätze mit dem Argument der Abgrenzung von den Grundrechten als Gemeinschaftsgüter schützende Normen. Dem widerspricht explizit *C. Hilson*, *MJECJL* 2008, S. 193 (213 f.).

gerade – allerdings abstrakt und ohne Bezug zur Grundrechtecharta – die Integration ausländischer Mitbürger_innen wie auch die Einbindung anderer Minderheiten als *gemeinsinnfördernde Gemeinschaftsgüter*, die bezwecken,

„daß Menschen nicht aus der staatlichen Gemeinschaft ausgegrenzt werden. Denn die Bereitschaft, an gemeinsamen Aufgaben mitzuwirken, kann bei dem nicht aufkommen, der ansonsten das Gefühl hat, er sei für die Gesellschaft überflüssig.“⁶²⁴

Diese rechtliche Konzeption gesellschaftlicher Inklusion als Gemeinschafts-(rechts)gut entspricht genau dem oben dargelegten Verständnis der auf Inklusion zielenden grundrechtstypisch formulierten Art. 25 und 26 GRCh. Demnach wäre die von ihnen geschützte individuelle gesellschaftliche Teilhabe kein Selbstzweck, sondern vielmehr nur Mittel zu dem eigentlichen Zweck, den Gemeinsinn zu fördern. Die Verbürgungen ließen sich so ansehen auch als keine subjektiven Rechte vermittelnde, also bloße objektiv-rechtliche Vorgaben verstehen, die zwar die individuelle Inklusion in die Gesellschaft wollen, hierauf aber keinen individuellen Anspruch verleihen. Wie diese Inklusion konkret geschähe, überließen sie dann nämlich Legislative und Exekutive. Nur *dass* dies zu geschehen hätte, legten sie durch die Vermittlung entsprechender Umsetzungspflichten selbst fest. Dementsprechend vermittelten sie dann eben auch nicht schon selbst entsprechende individuelle Teilhaberechte, sondern verpflichteten lediglich zur Schaffung eben solcher auf einfachgesetzlicher Ebene.⁶²⁵

⁶²⁴ J. Lüdemann, in: Engel/Héritier (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, S. 121 ff. (135 f., Zitat auf S. 135).

⁶²⁵ Dennoch ist zu beachten, dass auch wenn ein Gemeinschaftsgut denklogisch ein Gemeinschaftsinteresse schützt, es durch das Recht gleichwohl auch als Individualrechtsgut konzipiert werden kann. Auf die Debatten im Grundrechtekonvent zur Schaffung eines Umweltgrundrechts wurde in Fn. 621 schon hingewiesen. Eine ähnliche Debatte gab es auch etwa zum Gesundheitsschutz gem. des heutigen Art. 35 GRCh, s. dazu N. Bernsdorff/M. Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, 2002, S. 339. Tatsächlich scheint Art. 35 zumindest in seinem Satz 1 GRCh mit dem dort verbürgten Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung aber anders als Art. 37 GRCh auch tatsächlich ein Grundrecht auf Gesundheitsschutz zu gewähren und lediglich Art. 35 S. 2 GRCh das Gemeinschaftsgut Volksgesundheit in den Blick zu nehmen. Dementsprechend, aber abstrakter zeigen auch die von den Erläuterungen vorgenommenen Einordnungen der Art. 23, 33 und 34 GRCh als Mischartikel, dass der Konvent einigen Schutzgütern gleichermaßen individual- und kollektivschützende Funktionen beigemessen hat: Das gem. Art. 33 GRCh geschützte Familien- und Berufsleben ist demnach – nachvollziehbar – Individual- und Gemeinschaftsgut zugleich. Mithin ist die Frage der Einordnung eines Schutzgutes als individual- oder kollektiv-rechtlich eine normative. Die entsprechende Ausgestaltung obliegt grundsätzlich den Grundrechtsgeber_innen, wurde von diesen abgesehen von den beispielhaften Einordnungen der Erläuterungen aber zum Großteil an die Rechtsprechung delegiert. Durch die Konvergenzklauseln der Art. 52 Abs. 2–4 GRCh, nach der die Chartabestimmungen im Lichte entsprechender Verbürgungen in den Verträgen, in der EMRK und in den nationalen Verfassungsüberlieferungen auszulegen sind sowie durch die beispielhaften Einordnungen bestimmter Chartabestimmungen als Grundsätze wird die entsprechende Einordnungsverantwortung der Rechtsprechung in diesem Bereich aber wieder stark begrenzt. Erst wenn all diese hermeneutischen Mittel ausgeschöpft sind kommt das grundsatzspezifische, vom Normtext aber losgelöste Charakteristikum der allein Gemeinschaftsgüter schützende Normen zum Tragen.

Freilich liegt es bei unbefangener Betrachtung insbesondere der grundrechtstypischen Wortlaute beider Artikel aber immernoch näher, ihnen wie auch der Meinungs- oder der Religionsfreiheit eine starke individualrechtliche Komponente beizumessen. Für ihre Einordnung als Grundsätze ist dies unschädlich, weil sie dann wie dargelegt jedenfalls immernoch in einen am Maßstab des Demokratieprinzips besonders aushandlungsbedürftigen Sachbereich fallen.

4. Besondere Aushandlungsbedürftigkeit nur einzelner Gewährleistungsgehalte innerhalb eines Charta-Artikels und Abgrenzung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten

Die beiden vorgenannten Beispiele indizieren die Einordnung ganzer Charta-Artikel als Grundsätze, insoweit sie entsprechende, besonders aushandlungsbedürftige Rechtsgüter schützen. Wie aber gelingt die Differenzierung zwischen einzelnen Gewährleistungsgehalten innerhalb eines Charta-Artikels? Zur Erinnerung: Weiter oben wurde bereits die Notwendigkeit dieser Binnendifferenzierung innerhalb einer Chartanorm zur sinnvollen Kategorisierung und Unterscheidung von Grundrechten und Grundsätzen – insoweit die Erläuterungen keine expliziten Gesamtartikel-Einordnungen vornehmen – erläutert. Während Abwehrgehalte immer grundrechtlichen Charakter haben, blieb der Normcharakter gewährleistungsrechtlicher Chartagehalte oben weiter offen.

Mit dem Kriterium der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit wird nun aber auch die Einordnung einzelner gewährleistungsrechtlicher Chartagehalte möglich. Denn besonders aushandlungsbedürftig können nicht nur bestimmte Rechtsgüter insgesamt, sondern auch einzelne Aspekte an sich nicht aushandlungsbedürftiger Grundrechtsgüter sein. Auf diese einzelnen Aspekte findet das Grundsatzregime ebenfalls Anwendung, so dass chartarechtliche Gewährleistungsgehalte lediglich Grundsatzgehalte vermitteln, insoweit sie allein das „Ob“ einer Maßnahme bestimmen, das „Wie“ aber offenlassen und Legislative und Exekutive entsprechende Umsetzungsspielräume einräumen. Nur solche Gehalte, die auch das „Wie“ der Maßnahme vorgeben, haben Grundrechtsscharakter. Denn auf die Bestimmung des bloßen „Ob“ einer Maßnahme kann sich ein Normgehalt nur dann beschränken, wenn sich das „Wie“ der Maßnahme als besonders aushandlungsbedürftig erweist, während die Bestimmung auch des „Wie“ der Maßnahme sich nur aus deren essentieller Funktion für den Grundrechtsschutz und damit an einem Mangel an Aushandlungsbedürftigkeit ergeben kann.

Insoweit die grundrechtlichen Schutzpflichten aus theoretischer Perspektive lediglich das „Ob“, nicht aber auch das „Wie“ einer gebotenen Maßnahme bestimmen, besteht damit eine funktionale Äquivalenz zwischen den Grundsätzen und den Grundrechten als abstrakte Rechtsfiguren, mit anderen Worten sind sie insoweit gegenseitig ersetzbar. Im Unionsrecht wird die grundrechtliche Schutzpflicht nach der hier vorgeschlagenen Grundsatzkonzeption daher in diesem Umfang entbehrllich und übernehmen stattdessen die Grundsätze eine ihrer wesentlichen Funktion: Sie formulieren Gestaltungsaufträge an Legislative

und Exekutive im Sinne eines bloßen „Ob“ einer vorzunehmenden Maßnahme. Angesichts des Umstands, dass alle Grundrechte auch eine gewährleistungs- und insbesondere schutzpflichtenrechtliche Dimension aufweisen, ergibt sich dann die Erkenntnis, dass die Artikel der Grundrechtecharta sich entweder als ausschließliche Grundsatzartikel ohne irgendwelche subjektiven Rechtsgehalte, oder aber als Misch-Artikel erweisen. Reine Grundrechtsartikel sind nach diesem Verständnis nicht möglich. Ihre Existenz wird auch insbesondere von den Erläuterungen zur Charta nicht vorgegeben: Diese stellen allein und nicht abschließend fest, dass Charta-Artikel sowohl ausschließliche Grundsatzartikel als auch Mischartikel mit Elementen beider Normenkategorien, nicht aber auch, dass Charta-Artikel ausschließliche Grundrechtsartikel sein können.

Hinsichtlich des subjektiven Rechtsschutzes ist die teilweise Ersetzung der grundrechtlichen Schutzpflicht durch die Chartagrundsätze zwar von Nachteil, weil damit lediglich noch ganz konkrete Schutzmaßnahmen, nicht aber das überhaupt irgendwie geartete Tätigwerden der Hoheitsgewalt individuell einklagbar sind. Dies kann man kritisieren, jedenfalls aber entspricht dies ausweislich der Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh und der Entstehungsgeschichte der Charta dem Willen der Chartageber_innen. Zudem wirkt dies gerade auch dem Phänomen des *Rights Talk* entgegen und wirkt sich damit demokratie- und gewaltenteilungsschonend aus. Schließlich lässt es sich mit der Rechtsprechung des EuGH problemlos vereinbaren, weil dieser eine explizite Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten bis heute schuldig geblieben ist.

5. Folgen für die Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze oder Grundrechte

Insgesamt kommt zunächst den Erläuterungen angesichts der zumeist interpretationsoffenen Charta-Artikel entscheidende Bedeutung für die Einordnung als Grundrechte und Grundsätze zu. Dort, wo sie schweigen und sich auch keine Schlüsse auf ähnlich strukturierte Artikel ziehen lassen,⁶²⁶ ist, wie teils in der Literatur vorgeschlagen, mit Hilfe der Konvergenzklauseln des Art. 52 Abs. 2 und 3 GRCh ein Abgleich der Charta-Artikel, die Entsprechungen in den Verträgen und in der EMRK haben,⁶²⁷ vorzunehmen.

⁶²⁶ Ähnlich strukturiert wie der Umweltgrundsatz gem. Art. 37 GRCh sind etwa die Pflichten zur Sicherstellung eines hohen Gesundheits- und Verbraucherschutzniveaus gem. Art. 35 und 38 GRCh.

⁶²⁷ Entsprechungen in verschiedenen Vertragsvorschriften, die nach einhelliger Auffassung keine Grundrechte vermitteln, sondern der Politik Handlungsrichtlinien durch die Formulierung von Unionszielen auferlegen, finden sich nach den Erläuterungen etwa die Art. 22, 35, 37 und 38 GRCh. Zwar sind die Wortlaute der chartarechtlichen Bestimmungen nicht völlig identisch mit ihren vertragsrechtlichen Pendanten, zudem sind sie ihren Erläuterungen zufolge lediglich an auf die entsprechenden Vertragsvorschriften „gestützt“ oder „angelehnt“ (so etwa Art. 22, 35, 37 und 38 GRCh), während etwa die Erläuterungen zu Art. 6 GRCh explizit von einer „Entsprechung“ zu Art. 5 EMRK sprechen. Dennoch greift in den genannten Fällen die Konvergenzklausel des Art. 52 Abs. 2 GRCh, weil sie ansonsten mangels Wortlautidentität auch nur einer einzigen Chartabestimmung mit ihrem vertragsrechtlichen Äquivalent keinen Anwendungsbereich hätte. Die Vorschrift ist deshalb weit zu verstehen und umfasst nicht nur

Hilft auch dies nicht weiter, ist das Potential der klassischen juristisch-hermeneutischen Methode ausgeschöpft. Symptomatisch dafür steht der im Schrifttum vorgebrachte Vorschlag, für diese Fälle eine Zweifelsregelung anzuwenden, wonach eine Bestimmung im Zweifel wegen des chartarechtlichen Zwecks der Stärkung des Individualrechtsschutzes als Grundrecht zu qualifizieren ist.⁶²⁸ Diese ist schon deshalb abzulehnen, weil letztlich auch die Grundsätze dem Individualrechtsschutz dienen.⁶²⁹ Hier kann daher stattdessen der an die besondere Aushandlungsbedürftigkeit bestimmter Chartaschutzgüter anknüpfende Ansatz für eine differenziertere Einordnung herangezogen werden.

III. Zusammenfassung

Hinsichtlich der Abgrenzung zu den Grundrechten werden mannigfaltige Kriterien diskutiert, die von der objektiv-rechtlichen Qualität einer Norm aufgrund ihrer angeblich besonderen Unbestimmtheit bis zum leistungsrechtlichen Schwerpunkt einer Norm als Wesensmerkmal der Grundsätze reichen. Die von den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh vorgenommenen Einordnungen der Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze vermögen dies wegen der grundrechtstypischen Formulierung dieser Normen aber nicht zu erklären. Es bedarf deshalb einer noch näheren Herausarbeitung der Spezifika der Grundsatzkategorie. Entscheidend für die Einordnungsfrage ist das Verständnis der Grundsätze als im Vergleich zu den Grundrechten noch stärker aushandlungs- und damit umsetzungsbedürftiges Recht. Diese besondere Aushandlungsbedürftigkeit wird aus den materiell-rechtlichen Chartaverbürgungen aber nicht ersichtlich. Insoweit weder aus den Erläuterungen noch aus einem Abgleich mit ähnlichen Verbürgungen der EMRK die normkategorische Einordnung einzelner Chartagehalte gelingt, lässt sich insbesondere unter Rückgriff auf das unionsrechtliche Demokratieprinzip die besondere Aushandlungsbedürftigkeit bestimmter Chartaverbürgungen juristisch bestimmen. Es lässt sich zu einem Rechtsprinzip verdichten, dass die Ableitung konkreter Rechtssätze ermöglicht und bestimmte Sachbereiche und ihrer Schutzgüter als besonders aushandlungsbedürftig ausweist und deshalb die Einordnung der entsprechenden Chartabestimmungen beziehungsweise der einzelnen Chartagehalte als Grundsätze rechtfertigt. Regelmäßig betrifft dies etwa sozialrechtliche und Gemeinschaftsgüter schützende Chartaverbürgungen sowie gewährleistungsrechtliche Chartagehalte, die ledig-

auf Wortlautidentität, sondern auch auf Wortlautanlehnung beruhende Entsprechungen. So im Ergebnis etwa auch *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 24 oder auch *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 8, dem eine sinngemäße Übereinstimmung genügt, die sich vor allem durch eine „funktionale Äquivalenz“ begründet. Dem stimmt auch *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 49 zu.

⁶²⁸ *M. Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 45d.

⁶²⁹ Im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung, *A. Baltasar*, Grenzen und Gefahren des Schutzes der Grundrechte. Fünf Studien, 2009, S. 99 f. Siehe dazu auch schon Fn. 535.

lich das „Ob“ einer Maßnahme determinieren, hinsichtlich des „Wie“ aber weite Umsetzungsspielräume belassen. Damit sind solche, lediglich das „Ob“ einer vorzunehmenden Maßnahme betreffenden chartarechtlichen Gehalte entgegen der bisher herrschenden Ansicht nicht als grundrechtliche Schutzpflichten-, sondern als bloße Grundsatzgehalte zu verstehen.

Insgesamt erfolgt die Abgrenzung zwischen chartarechtlichen Grundrechts- und Grundsatzgehalten gleichwohl primär anhand der Erläuterungen zur Grundrechtecharta, anhand eines Strukturvergleichs der Chartanormen mit ihren etwaigen Äquivalenten in den Unionsverträgen sowie mit Hilfe der Konvergenzklausel durch einen Abgleich mit vergleichbaren Gewährleistungen der EMRK. Erweist sich diese Methode indes als unergiebig, ist die Abgrenzung sekundär nach den hier vorgeschlagenen Kriterien vorzunehmen.

D. Die Alternative der Sicherheit als Chartagrundsatz, seine Wirkungen und seine verfassungstextliche Verortung

Die Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit als Chartagrundsatz erweist sich im Lichte der soeben vorgestellten Grundsatzkonzeption mit Blick auf die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung als die gegenüber den bisher vorherrschenden grundrechtlichen Konzeptionen schonendere Alternative (dazu I.). Unionsverfassungstextlich verortet werden kann er in Art. 6 GRCh (dazu II.) Die Wirkungen des Sicherheitsgrundsatzes entsprechen weitestgehend denen der anderen Chartagrundsätze (dazu III.).

I. Der Sicherheitsgrundsatz als Demokratie und Gewaltenteilung schonende und dem kollektiv-rechtlichen Ansatz des EuGH entsprechende grundrechtsdogmatische Alternative

Bereits im *ersten Teil* dieser Arbeit wurde dargelegt, dass das Gewährleistungsziel Sicherheit einerseits verfassungsrechtliche Pflicht, andererseits eine besonders aushandlungsbedürftige und damit besonders auf demokratische Aushandlungsverfahren angewiesene Sachmaterie ist. Im *zweiten Teil* wurde gezeigt, dass die bisherigen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen diesem Befund nicht ausreichend Rechnung tragen. Anders ist dies indes mit Blick auf die durch die Grundrechtecharta neu eingeführte Normenkategorie der Chartagrundsätze: Denn, wie im hiesigen *dritten Teil* begründet, zeichnen sich diese in Abgrenzung zu den Chartagrundrechten dadurch aus, dass sie gerade besonders aushandlungsbedürftige Chartagüter verbürgen. Zur Bestimmung der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit der jeweiligen Sachmaterien wurde dann auf das unionsverfassungsrechtlich verbürgte Demokratieprinzip zurückgegriffen. Für die Frage nach der grundrechtsdogmatischen Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit ergibt sich daraus Folgendes: Wenn einerseits die Grundrechte eine Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung begründen und diese andererseits eine besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie ist, und

wenn dieser grundrechtlich begründeten Gewährleistungspflicht mit der Kritik an der grundrechtlichen Schutzpflicht ihrem Umfang und dem Grundrecht auf Sicherheit seinem Grunde nach jedoch zugleich ihre wesentlichen grundrechtsdogmatischen Medien genommen werden, gibt das unionsverfassungsrechtlich verbürgte Demokratieprinzip ihre grundrechtsdogmatische Konzeption als rechtsverbindlichen, zugleich aber gerade keine subjektiven Ansprüche verleihenden Grundsatz *zwingend* vor.

Denn Sicherheit als *legitimer Zweck* anerkennt zwar die Aufgabe der öffentlichen Gewalt zur Gewährleistung der Sicherheit ihrer Bürger_innen und ermöglicht zur Erfüllung dieser Aufgabe Grundrechtsbeschränkungen. Die Gewährleistung von Sicherheit bleibt nach ihm aber lediglich rechtliche Handlungsoption, sie ist nicht Handlungspflicht. Der unionsrechtliche *Sicherheitsgrundsatz* hingegen betont die staatstheoretisch unumstrittene Pflicht der öffentlichen Gewalt zur Sicherheitsgewährleistung, die die EU heute jedenfalls insoweit trifft, wie die Mitgliedstaaten diese Aufgabe aufgrund der zunehmenden Transnationalisierung von Sicherheitsproblemen auf die europäische Ebene übertragen beziehungsweise dort genuin europäische Kompetenzen neu geschaffen haben. Diese neue europäische Gewährleistungsverantwortung findet in im Primärrecht der Union wie bereits dargestellt vielgestaltigen Ausdruck.⁶³⁰ Die Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit als legitimer Zweck wird durch den Sicherheitsgrundsatz gleichwohl nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt. Er dient insoweit der Konkretisierung des allgemein anerkannten legitimen Zwecks der Sicherheitsgewährleistung, weil er ihm – ausgestaltet durch die hier vorgestellten Ansätze einer Grundsatzdogmatik – schärfere dogmatische Konturen verleiht, insoweit er sekundär- und tertiärrechtlich ausgestaltet ist. Umgekehrt kann aber auch die Notwendigkeit der Legitimität des Zwecks die Ausgestaltung des Sicherheitsgrundsatzes determinieren: Mit Grundrechtseingriffen verbundene sekundär- und tertiärrechtliche Ausgestaltungen des Sicherheitsgrundsatzes erweisen sich nur dann als grundrechtskonform, wenn die mit ihnen verfolgten Sicherheitsziele legitim sind.

Zugleich verbürgt der Sicherheitsgrundsatz als nur objektives Recht anders als die einzelgrundrechtliche *Schutzpflicht* beziehungsweise der sie gegebenenfalls spiegelnde grundrechtliche Schutzanspruch oder das eigenständige *Grundrecht auf Sicherheit* keine verfassungsrechtlichen subjektiven Ansprüche auf konkrete Sicherheitsmaßnahmen. Vielmehr vermittelt er der hier entwickelten Grundsatzkonzeption entsprechend überhaupt keine eigenen materiellen Rechtsgehalte, weil er keine konkret zu ergreifenden Sicherheitsmaßnahmen vorgibt, sondern lediglich deren Aushandlung durch Legislative und Exekutive fordert. Damit bleibt eine Verschiebung von Entscheidungskompetenzen hin zur Judikative zunächst weitgehend aus. Diese tritt erst nach Ausgestaltung des Sicherheitsgrundsatzes durch Legislative und Exekutive ein, weil das Umsetzungsrecht im Lichte des Grundsatzes dann materielle und justiziable Rechtsgehalte vermittelt. Zudem entspricht der Sicherheitsgrundsatz dem eher kollektiv-rechtlichen An-

⁶³⁰ S. dazu nochmals 2. Teil: A. I.: *Sicherheit als legitimer Zweck im Unionsrecht*.

satz des EuGH, weil er anders als klassische individualgrundrechtliche Konzeptionen den kollektiv-rechtlichen Charakter der Gewährleistungsaufgabe Sicherheit betont.

Daneben besteht die Gefahr der Verengung des politischen Sicherheitsdiskurses auf einen Rechtediskurs mit Blick auf den Sicherheitsgrundsatz nicht. Zwar ist die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht ebenfalls nur objektives Recht, das keine subjektiven Ansprüche vermittelt. Weil sie aber dennoch in den subjektiven Grundrechten verortet wird, führt sie in der Tendenz zu einer breiten Anerkennung auch korrespondierender Schutzansprüche und birgt die Gefahr eines *Rights Talks* in kaum geringerem Maße als subjektiv-rechtliche Figuren. Im Vergleich zur einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht, zum einzelgrundrechtlichen Schutzanspruch und zum eigenständigen Grundrecht auf Sicherheit erweist sich der Sicherheitsgrundsatz als die das Demokratieprinzip und den Grundsatz der Gewaltenteilung schonendere grundrechtsdogmatische Konzeption der unionsverfassungsrechtlichen Pflicht der öffentlichen Gewalt zur Sicherheitsgewährleistung.

Damit wird der Sicherheitsgrundsatz durch seine Offenheit gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen der im *ersten Teil* dieser Arbeit beschriebenen besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit in besonderem Maße gerecht. Zudem entzieht der Sicherheitsgrundsatz, insoweit er an die Stelle der grundrechtlichen Schutzpflicht beziehungsweise des Grundrechts auf Sicherheit tritt, Sicherheitsakteuren die rechtlichen Argumente, weil er keine zwingend vorzunehmenden konkreten Sicherheitsmaßnahmen vorgibt und bestimmte Sachbereiche damit gerade nicht der Politik entzieht. Er entschleunigt damit nicht zuletzt auch Versicherheitlichungsprozesse.

Trotz dieser Vorteile kann der Sicherheitsgrundsatz die Figuren der einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten und der sie gegebenenfalls flankierenden Schutzansprüche sowie des eigenständigen – jedoch wie dargelegt aus anderen Gründen ohnehin abzulehnenden – Sicherheitsgrundrechts nur insoweit ersetzen, wie nicht essentielle und deshalb gerade nicht aushandlungsfähige Freiheitsbedürfnisse des und der Einzelnen betroffen sind. Nur in Bezug auf solche Essentialia haben spezifisch grundrechtliche Figuren ihre Berechtigung, denn sollen Grundrechte nicht leerlaufen, müssen sie zumindest zu ganz grundlegenden Schutzmaßnahmen konkret verpflichten. Weil diese Maßnahmen nur ein Mindestschutzniveau garantieren, sind sie gerade nicht aushandlungsfähig, sondern eben grundrechtlich garantiert und folgerichtig auch der Entscheidungsgewalt der Judikative zugeordnet.⁶³¹ Wo aber der Bereich des essentiellen Schutzes endet und derjenige der Aushandlungsbedürftigkeit beginnt, droht

⁶³¹ Dass der verfassungsrechtlich richtige Ort für solche Schutzpflichten und Schutzansprüche allein die bereichsspezifischen Freiheitsgrundrechte sind und ein eigenständiges Sicherheitsgrundrecht eine verfassungsrechtlich problematische Übertreibung in Form einer das unionsverfassungsrechtliche Primat der Freiheit missachtenden Verdichtung grundrechtlicher Schutzansprüche sind, wurde im 2. Teil, Kapitel C. II: *Der grundrechtsdogmatische Mehrwert des Grundrechts auf Sicherheit und die Freiheit als Grenze* bereits eingehend dargelegt.

eine Überdehnung der grundrechtlichen Schutzpflicht beziehungsweise des grundrechtlichen Schutzanspruchs mit den benannten Folgen der Verschiebung von Entscheidungskompetenzen hin zur Judikative mit der damit einhergehenden Gefahr eines *Rights Talks*. Hieran krankt die grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit und hier bietet die Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit als Grundsatz dann eine grundrechtsdogmatische Alternative.

Grundrechtsdogmatisch kann die Grenze zwischen diesen indisponiblen *Essentialia* einerseits und den aushandlungsbedürftigen Freiheitsbedürfnissen andererseits wie bereits dargelegt eindeutig und nachvollziehbar gezogen werden: Soweit eine Norm der Hoheitsgewalt im Rahmen ihrer Gewährleistungsdimension eine konkrete Schutzmaßnahme zwingend vorgibt, Exekutive und Legislative insoweit also lediglich die Norm vollziehen müssen, ist deren Grundrechtsdimension betroffen und die Schutzmaßnahme Inhalt grundrechtlicher Schutzpflichten. Dort aber, wo Exekutive und Legislative Umsetzungsspielräume verbleiben und keine konkrete Maßnahme vorgegeben wird, ist lediglich die Grundsatzdimension der Norm betroffen. Das heißt, dass im Unionsrecht die Grundsätze die Funktion der grundrechtlichen Schutzpflichten insoweit übernehmen, wie diese nach herrschendem Verständnis lediglich das *Ob*, nicht aber auch das *Wie* von Schutzmaßnahmen vorgeben.

Letztlich bewirkt Sicherheit konzipiert als Chartagrundsatz damit zwar nichts anderes als das Konzept der grundrechtlichen Schutzpflicht, beide Rechtsfiguren sind insoweit funktionale Äquivalente. Mit dem Sicherheitsgrundsatz gelingt aber eine verfassungsrechtliche Verortung der hoheitlichen Sicherheitsverantwortung jenseits der Grundrechte und damit jenseits individualrechtlicher Schutzkonzeptionen, die die damit verbundenen Probleme des Demokratieprinzip und den Gewaltenteilungsgrundsatz betreffend wesentlich entschärfen

II. Die verfassungstextliche Verortung des Sicherheitsgrundsatzes in Art. 6 GRCh

Indes ist damit noch nichts zum konkreten unionsverfassungstextlichen Ort des Sicherheitsgrundsatzes gesagt. Freilich braucht dieser so entwickelt eine normtextliche Rückbindung und Bestätigung, mit anderen Worten einen verfassungstextlichen Ort, denn maßgebliche Quelle konkreter verfassungsrechtlicher Gehalte ist ungeachtet etwaiger naturrechtlicher, sonstiger theoretischer oder dogmatischer Begründungen in Verfassungsordnungen mit geschriebenen Verfassungen der konkrete Verfassungstext.⁶³² Der Sicherheitsgrundsatz muss sich daher auch konkret aus der Grundrechtecharta mit den Mitteln juristischer Auslegungsmethodik deduzieren lassen. Gelingt dies nicht, ist er grundrechtsdogmatisch nicht haltbar.

⁶³² In diesem Sinne P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983, S. 44.

Als unionsverfassungstextlicher Ort bietet sich wegen der expliziten Erwähnung des Schutzgutes Sicherheit Art. 6 GRCh an, nach dem jeder Mensch das „Recht auf Freiheit und *Sicherheit*“ hat. Bei isolierter Betrachtung dieser Norm ist der Sicherheitsgrundsatz zunächst *vertretbares* Auslegungsergebnis (dazu 1.). In der Gesamtschau mit der „staats“- und grundrechtstheoretisch begründeten Gebotenheit der europäischen Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung, deren besonderer Aushandlungsbedürftigkeit sowie des ebenfalls unionsverfassungsrechtlich verbürgten Demokratieprinzips erweist sich der Sicherheitsgrundsatz sodann indes als *zwingendes* Ergebnis der Auslegung des Art. 6 GRCh (dazu 2.).

1. Der Sicherheitsgrundsatz als lediglich vertretbares Auslegungsergebnis bei isolierter Betrachtung des Art. 6 GRCh

Unabhängig von der Frage, ob Art. 6 GRCh neben dem Freiheits- auch ein Sicherheitsgrundrecht verbürgt, qualifiziert das spezifisch die Chartagrundsätze thematisierende Schrifttum – jedenfalls soweit es eine *abstrakte* normkategoriale Einordnung der einzelnen Charta-Artikel überhaupt vornimmt – Art. 6 GRCh in Gänze und einhellig als Chartagrundrecht.⁶³³ Etwaige, daneben stehende Grundsatzelemente werden ihm nicht zugesprochen. Begründet wird die Einordnung als Grundrecht dabei mit einem Rekurs auf den korrespondierenden Art. 5 Abs. 1 EMRK, der nach der Rechtsprechung des EGMR ausschließlich das klassische *Habeas Corpus*-Grundrecht vermittelt, und der gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh bei der Auslegung zu berücksichtigen ist. Dies steht mit den Erläuterungen im Einklang, die hinsichtlich der Rechtsgehalte des Art. 6 GRCh explizit auf Art. 5 Abs. 1 EMRK verweisen. Die Kommentarliteratur stellt nicht einmal die Frage nach der normkategorischen Einordnung der Vorschrift, sondern diskutiert Art. 6 GRCh von vornherein allein als Chartagrundrecht und streitet lediglich über die Frage, ob er neben dem Freiheitsgrundrecht ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit vermittelt.⁶³⁴

Indes können alle Charta-Artikel nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 5 GRCh und damit auch Art. 6 GRCh sowohl Grundrechts- als auch Grundsatzelemente gleichermaßen vermitteln. So besehen ermöglichen Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Telos und Systematik des Art. 6 GRCh nicht nur die Deduktion eines Sicherheitsgrundrechts, sondern stattdessen auch die des Sicherheitsgrundsatzes (dazu a.–d.).

⁶³³ Hierzu und zum ganzen Absatz *H. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 359; *J. Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 226; *G. J. Schmittmann*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, 2007, S. 100 iVm. der dortigen Fn. 525, sowie S. 89. Die Frage, ob Art. 6 GRCh neben dem Freiheitsgrundrecht auch ein Sicherheitsgrundrecht verbürgt, lassen sie aber offen.

⁶³⁴ S. etwa die Kommentierungen von *N. Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 6 GRCh; *C. Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 6 GRCh; *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 6 f.; *P. J. Tettinger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 6.

a. Wortlaut

Art. 6 GRCh gewährt seinem Wortlaut nach ein Grundrecht auf Freiheit und Sicherheit. Durch die explizite Nennung des Schutzguts Sicherheit eignet sich diese Vorschrift daher vorzüglich als unionsverfassungsrechtlicher Ort des Sicherheitsgrundsatzes – dem Begriff der Sicherheit kann durchaus eigenständige Bedeutung beigemessen werden, wie das in der Literatur auch verschiedentlich getan wird.⁶³⁵ Die Bezeichnung dieser Verbürgung als „Recht“ steht dem nicht entgegen. Es wurde bereits dargelegt, dass die Wortlaute der einzelnen Chartaverbürgungen bei ihrer normategorischen Einordnung nur ganz bedingt weiterhelfen, weil auch andere Bestimmungen wie etwa Art. 25 und 26 GRCh trotz ihrer grundrechtstypischen Formulierung ebenfalls nur Grundsätze vermitteln.⁶³⁶ Dass Art. 6 GRCh jedenfalls das klassische Freiheitsgrundrecht vermittelt, schließt wegen der Möglichkeit der einzelnen Charta-Artikel, Grundrechts- und Grundsatzgehalte zugleich zu vermitteln, die zusätzliche Verortung des Sicherheitsgrundrechts in dieser Norm ebensowenig wie die des Sicherheitsgrundsatzes aus.

b. Entstehungsgeschichte

Bereits im Kapitel zum eigenständigen Grundrecht auf Sicherheit wurde auf die Debatte im Grundrechtekonvent um die Eigenständigkeit des Sicherheitsbegriffs in Art. 6 GRCh hingewiesen, die letztlich ohne Ergebnis blieb. Zwar drehte sich die Diskussion allein um die Frage eines von der Norm gewährten eigenständigen Sicherheitsgrundrechts, dessen Deduktion die Entstehungsgeschichte wegen der verschiedenen Auffassungen im Grundrechtekonvent wie dargelegt nicht entgegensteht. Gleiches muss dann aber auch für die Ableitung eines eigenständigen Sicherheitsgrundsatzes gelten, weil dieser in den Sitzungen nicht einmal thematisiert und seine Existenz damit jedenfalls auch nicht explizit ausgeschlossen, sondern diese dogmatische Konzeption schlicht nicht mitgedacht wurde. Nicht zuletzt – darauf wurde bereits hingewiesen – sollte die konkrete Einordnung der einzelnen Chartagehalte nach dem Willen der zuständigen Arbeitsgruppe des Verfassungskonvents letztlich auch der Rechtsprechung überlassen bleiben. Insofern steht die Entstehungsgeschichte des Art. 6 GRCh auch der Verortung des Sicherheitsgrundsatzes nicht entgegen.

c. Telos

Als argumentativ ergiebiger als Wortlaut und Entstehungsgeschichte erweist sich der Telos der Vorschrift, der sich durch die normzugehörigen, den Telos explizierenden Erläuterungen gut erschließen lässt. Nach ihnen soll Art. 6 GRCh dieselben Gehalte wie der korrespondierende Art. 5 EMRK vermitteln. Durch

⁶³⁵ Siehe dazu bereits 2. Teil, Kapitel C. I. 2.: *Sicherheitsrechtliche Gehalte des Art. 6 GRCh*.

⁶³⁶ Siehe dazu bereits 3. Teil, Kapitel C I. 2.: *Kritik der Einordnungskonzepte am Beispiel der Art. 25 und 26 GRCh*.

die explizite Wiederholung des Wortlauts der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 EMRK in den Erläuterungen trotz der Existenz der allgemeinen unionsrechtlichen Schrankenklausele des Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh wird die besondere Nähe beider Verbürgungen hervorgehoben: Art. 6 GRCh soll sein Pendant im Unionsrecht vollständig spiegeln. Damit soll sich Art. 6 GRCh in den europäischen Grundrechtsverbund eingliedern, weshalb der Telos der Vorschrift neben der allgemeinen Konvergenzklausele des Art. 52 Abs. 3 GRCh die systematische Auslegung unter Einbeziehung der EMRK für die konkrete Chartaverbürgung des Art. 6 GRCh eine besondere Bedeutung beimisst. Gerade Art. 52 Abs. 3 GRCh lässt jedoch die Verortung *zusätzlicher* Rechtsgehalte neben dem von Art. 5 Abs. 1 EMRK verbürgten *Habeas Corpus*- Grundrecht zu, weshalb auch der Telos der Norm der Verortung des Sicherheitsgrundsatzes nicht entgegensteht. Weil die Auslegung des Art. 6 GRCh im Lichte des Art. 52 Abs. 3 GRCh als geschriebenem Auslegungsgebot jedoch im Schwerpunkt eine systematische ist, erfolgt die Erörterung dieses Aspekts gesondert im folgenden Unterkapitel.

d. Systematik

In systematischer Hinsicht spielt neben der Vereinbarkeit der Verortung des Sicherheitsgrundsatzes in Art. 6 GRCh mit Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh (dazu aa.) auch die Vereinbarkeit mit dem sonstigen Primärrecht eine Rolle (dazu bb.).

aa. Die Einbettung des chartarechtlichen Sicherheitsgrundsatzes in den europäischen Grundrechtsverbund gemäß Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh

Die EMRK kennt die Grundsatzkategorie nicht, Art. 5 EMRK vermittelt allein Grundrechte. Dennoch schließt dies eine *zusätzliche* Verortung des Sicherheitsgrundsatzes in Art. 6 GRCh nicht *per se* aus, weil gem. Art. 52 Abs. 3 GRCh das Schutzniveau der EMRK lediglich nicht unterschritten werden darf, die korrespondierenden Charta-Artikel also zunächst kein Weniger an Gewährleistungsgehalten aufweisen dürfen. Durch die Verortung des Sicherheitsgrundsatzes in Art. 6 GRCh neben dem klassischen Freiheitsgrundrecht gewinnt der Artikel aber zunächst an Gewährleistungsgehalten und geht das Ziel der Spiegelung der EMRK-Gehalte nicht verloren. Daneben sind die Chartagrundrechte gem. 52 Abs. 4 GRCh auch im Lichte der gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen auszulegen.

Diese zusätzlichen Gewährleistungsgehalten können allerdings oft nur im Modus Schutz durch Eingriff umgesetzt werden, weshalb mit der Anerkennung des Sicherheitsgrundsatzes letztlich doch die Gefahr der Unterschreitung des durch die EMRK statuierten Schutzstandards im Raume steht, die Grundsätze fungieren gerade auch als Grundrechtsschranken.⁶³⁷ Auch wenn der Grund-

⁶³⁷ T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 14 spricht insoweit von einer durch die Grundsätze verliehenen „materiellen Legitimation“ zur Grundrechtsbeschränkung über den Modus der Abwägung. Ebenso H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 78.

satz also zusätzliche Gewährleistungsgehalte schafft, verkürzt er durch seine Schrankenfunktion zugleich auch kollidierende Freiheitsgewährleistungen. Die daraus resultierende Gefahr der Unterschreitung des Schutzstandards der EMRK besteht dann zwar nicht in einem Minus auf der Ebene des Schutzbereichs, wohl aber in einem Minus auf der Ebene der Rechtfertigung, weil eigentlich garantierte Gewährleistungsgehalte infolge der Kollision mit dem Sicherheitsgrundsatz ausnahmsweise eingeschränkt werden können. Gleiches gilt mit Blick auf Art. 52 Abs. 4 GRCh auch für das von den gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen vorgegebene Schutzniveau. Mit anderen Worten steht das Problem der Relativierung der mit dem Sicherheitsgrundsatz kollidierenden Grundrechte im Raum.

Analog zu den im *zweiten Teil* dieser Arbeit angestellten Erwägungen zum Sicherheitsgrundrecht relativiert sich die Gefahr der übermäßigen Beschränkung kollidierender Freiheitsrechte aber im Lichte der verschiedenen in der EMRK anerkannten sicherheitsbezogenen Rechtfertigungsgründe, die Ausdruck der Anerkennung des allgemeinen Gewährleistungsziels Sicherheit auch im Konventionsrecht sind, auch mit Blick auf den Sicherheitsgrundsatz.⁶³⁸ Diese legitimen Zwecke können die grundrechtsbeschränkende Funktion des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes in der EMRK spiegeln. Zudem spiegelt Art. 6 GRCh – wie bereits im Kapitel zum Sicherheitsgrundrecht erwähnt – aufgrund seiner die Schranken des Art. 5 Abs. 2 EMRK explizit wiederholenden Erläuterungen nicht nur die freiheits- sondern auch die sicherheitsrechtlichen und damit freiheitsverkürzenden Aspekte des Art. 5 EMRK. Soweit die Gewährleistungen des Sicherheitsgrundsatzes durch die in der EMRK anerkannten legitimen Ziele abgedeckt sind, stößt der Grundsatz wie auch das Sicherheitsgrundrecht mit Blick auf Art. 52 Abs. 3 GRCh also auf keine Bedenken: Ein Unterschreiten des durch die EMRK vorgegebenen Schutzniveaus bleibt jedenfalls dann aus, wenn dem Sicherheitsgrundsatz nicht weitergehende Rechtfertigungswirkung zukommt als die, die der EGMR den korrespondierenden legitimen Sicherheitszwecken in der EMRK beimisst. Mit anderen Worten schränkt er so konzipiert als Grundrechtsschranke Unionsgrundrechte mit Entsprechungen in der EMRK nicht stärker ein, als diese es zulässt. Dementsprechend muss sich die Konzeption des chartarechtlichen Sicherheitsgrundsatzes gerade mit Blick auf seine materiell-rechtlichen Gehalte am Schrankenregime der EMRK orientieren und deren Schranken wahren.

Sicher sind die so zu ziehenden gewährleistungsrechtlichen Grenzen des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes abstrakt schwer zu bestimmen, das Konzept muss sich an Einzelfällen entfalten und beweisen und gegebenenfalls auch daran scheitern. Jedenfalls steht Art. 52 Abs. 3 GRCh einem so konzipierten Sicherheitsgrundsatz aber nicht von vornherein entgegen, mit anderen Worten lässt er sich auch aus systematischen Erwägungen textlich in Art. 6 GRCh verorten.

⁶³⁸ Siehe dazu nochmals 2. Teil, II. 3. d.: *Stabilisierungsfunktion des europäischen Grundrechtsverbunds*.

bb. Art. 6 GRCh im Gefüge des Primärrechts

Daneben lässt sich Art. 6 GRCh aber auch ordnungsintern mit Blick auf die Verträge auslegen, mit dem die Charta gemäß Art. 6 Abs. 1 letzter HS EUV im selben Range steht.⁶³⁹ Mit Blick auf die Regelungen des AEUV zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts kommt etwa *Christian Calliess* zum Schluss, dass Art. 6 GRCh neben dem Freiheitsgrundrecht auch einen – wenn auch subsidiären – „allgemeinen (Auffang-) Schutzanspruch vermittele; in dem in Art. 3 EUV und Art. 67 AEUV statuierten Unionsziel, „den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten“ klinge der Gedanke der Freiheit und der Sicherheit als gleichermaßen wichtige Elemente des Rechtsstaatsprinzips an, der durch die vorgeschlagene Auslegung des Art. 6 GRCh grundrechtlich gespiegelt werde.⁶⁴⁰ In der Sache ist dies das Grundrecht auf Sicherheit. Wenn mit dieser Argumentation schon die Deduktion eines solchen Sicherheitsgrundrechts aus Art. 6 GRCh begründet wird, lässt sich auch die dortige Verortung eines bloß objektiv-rechtlichen Sicherheitsgrundsatzes begründen. Letztlich liegt dieser Ansicht die theoretische Prämisse zugrunde, dass die Funktion der Grundrechte insoweit nicht nur in der Begrenzung der europäischen Hoheitsgewalt liegt, sondern sie vielmehr auch normative legitimatorische Grundlage dieser öffentlichen Gewalt ist – freilich, wie Art. 51 Abs. 2 GRCh klarstellt, ohne selbst eine Kompetenzgrundlage zum Handeln zu bilden – weil diese letztlich nicht nur eine Gefahr, sondern auch eine Voraussetzung für die effektive Grundrechtsausübung darstellt, sich daher also durch Erfüllung der Aufgabe des Grundrechtsschutzes des Individuums legitimiert.⁶⁴¹ Die Verortung des Sicherheitsrechts oder des Sicherheitsgrundsatzes würde diesen legitimatorischen Aspekt betonen.

Der Argumentation lässt sich allerdings ebenso gut entgegenhalten, dass gerade die Art. 67 ff. AEUV besonders grundrechtssensibel sind und die Grundrechtecharta gerade zur Freiheitssicherung in besonderem Maße erforderlich machen, dass also der Sinn der Grundrechtecharta gerade in der Schaffung eines Gegengewichts zu den erweiterten Unionskompetenzen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts liegt, weil sie die europäische Herrschaftsgewalt mit Blick auf die neu gewonnenen Kompetenzen im Bereich der Sicherheitsgewährleistung begrenzt.⁶⁴² Jedenfalls erweist sich die Verortung

⁶³⁹ Die Konvergenzklausel des Art. 52 Abs. 2 GRCh, wonach materiell-rechtliche Gewährleistungen der Charta, die Entsprechungen in den Verträgen finden, deren Bedingungen und Grenzen unterliegen, kommt hier nicht zur Anwendung, weil Art. 6 GRCh keine solche Entsprechung hat.

⁶⁴⁰ *C. Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV, AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 6 GRCh Rn. 11 f.

⁶⁴¹ Auf diese doppelte Grundrechtsfunktion der Herrschaftsbegrenzung wie auch der Herrschaftsbegründung auch im unionsrechtlichen Kontext weist *I. Pernice*, in: *Griller/Ziller* (Hrsg.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, 2008, S. 235 ff. (237 ff.) auch selbst hin.

⁶⁴² *Ebd.*, S. 237 f., allgemein und ohne Auseinandersetzung mit der Frage nach der Anerkennung eines Grundrechts auf Sicherheit.

des Sicherheitsgrundrechts und damit auch des Sicherheitsgrundsatzes wegen dieser beiden gleichermaßen nachvollziehbaren Argumente als vertretbar. Bei systematischer Auslegung erscheinen daher sowohl die Anerkennung als auch die Ablehnung eines Sicherheitsgrundrechts und damit auch eines Sicherheitsgrundsatzes mit Blick auf Art. 6 GRCh gut vertretbar.

2. Der Sicherheitsgrundsatz als zwingendes Auslegungsergebnis bei Betrachtung des Art. 6 GRCh im Lichte des unionsverfassungsrechtlich verbürgten Demokratieprinzips

Zwar sind Grundrechtsnormen generell besonders interpretationsoffenes und damit auf ergänzende grundrechtstheoretische Erwägungen angewiesenes Recht, so dass die Deduktion des Sicherheitsgrundsatzes aus Art. 6 GRCh aus dieser Perspektive eher nur *möglich* denn *zwingend* erscheint. So meint etwa Böckenförde, Grundrechtsnormen bedürften „in einer anderen Weise als normale Gesetzesbestimmungen einer nicht nur explikativen, sondern ausfüllenden Interpretation, die nicht selten die Form einer Ausdeutung oder Konkretisierung annimmt.“⁶⁴³ Bestimmte Auslegungen konkreter Grundrechte seien (oft) „– bewußt oder unbewußt – von einer bestimmten *Grundrechtstheorie* geleitet und bestimmt.“⁶⁴⁴ Weil etwa das Grundgesetz oder die Grundrechtecharta zum Beispiel die grundrechtliche Schutzpflicht nicht explizit erwähnen,⁶⁴⁵ ist diese konkrete grundrechtsdogmatische Figur dementsprechend kein *zwingendes*, sondern nur *mögliches*, in der Zusammenschau mit theoretischen Erwägungen zur Sicherheitsgewährleistung des Staates oder zunehmend auch der EU als letztem Legitimationsgrund⁶⁴⁶ aber überzeugendes Ergebnis der Auslegung der jeweiligen Grundrechte.⁶⁴⁷ Insgesamt gilt deshalb, dass die Grundrechts-

⁶⁴³ E.-W. Böckenförde, NJW 1974, S. 1529 (1529).

⁶⁴⁴ Ebd., 1529. Zugleich weist Böckenförde ebd. S. 1536 ff. allerdings auch darauf hin, dass die zur Anwendung kommende Grundrechtstheorie insbesondere dann, wenn mit ihrer Hilfe rechtsdogmatische Figuren entwickelt werden, nicht völlig frei von dem jeweils zugrunde liegenden Grundrechtstext ist. Dieser kann zum einen selbst Vorgaben zur ihm gegebenenfalls zugrunde liegenden Grundrechtstheorie machen, die dann zur verbindlichen Theorie wird, er kann zum anderen aber auch grundrechtstheoretisch begründete rechtsdogmatische Annahmen gegebenenfalls explizit verwerfen oder bestätigen. Zur Auffindung dieser unter Umständen normtextlich vorgegebenen Grenzen besteht dann die Angewiesenheit der Grundrechtsinterpretation auf die klassische juristisch-hermeneutische Methode. Anders gewendet dürfen grundrechtstheoretisch gewonnene Einsichten nicht dem konkret zu interpretierenden Grundrechtstext widersprechen. Je geringer dessen hermeneutische Ausbeute aber ist, desto eher, ja desto notwendiger ist der Rückgriff auf theoretische und dogmatische Konzepte.

⁶⁴⁵ Der legitime Zweck hingegen ist zumindest in Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh dem Grunde nach festgeschrieben.

⁶⁴⁶ Das formuliert das BVerfGE 49, 24 (56 f.) treffend wie folgt: „Die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet“.

⁶⁴⁷ Deutlich macht das *J. Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 11 f., Rn. 17, Rn. 229 sowie in *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen

beziehungsweise Grundsatzinterpretation wegen der besonderen Unbestimmtheit der entsprechenden Normen stärker als das einfache Gesetzesrecht weniger auf Methoden der Rechtsfindung und mehr auf solche der Rechtsbegründung angewiesen ist.⁶⁴⁸ Die Grundrechts- beziehungsweise Grundsatzinterpretation und -anwendung erfolgt letztlich im Allgemeinen weniger im Wege der Textauslegung und mehr im Wege der hier vorzunehmenden Textverortung.

Indes gilt der Befund der besonderen interpretatorischen Offenheit für die Grundrechtecharta nur in geringerem Maße, sind ihre Verbürgungen als Teil des europäischen Grundrechtsverbunds normativ doch viel dichter strukturiert als die des Grundgesetzes, Deutlich wird dies schon an den Konvergenzklauseln in Art. 52 Abs. 2, 3 und 4 GRCh, nach denen die Charta im der entsprechenden grundrechtlichen Regeln der Verträge, im Lichte der EMRK und unter gebührender Berücksichtigung der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszulegen ist, sowie an dem Gebot zur gebührenden Berücksichtigung der Chartaerläuterungen des Konventspräsidiums gemäß Art. 52 Abs. 7 GRCh bei der Auslegung der Charta. Bei der Deduktion konkreter Rechtsgehalte steht den Rechtsanwendenden daher ein umfangreiches hermeneutisches Reservoir zur Verfügung.⁶⁴⁹ Zwar sind auch die Grundrechte des Grundgesetzes eingebunden in den europäischen Grundrechtsverbund. Das bei ihrer Auslegung verfassungsrechtlich zwingend zu berücksichtigende hermeneutische Reservoir beschränkt sich hier aber auf die Rechtsgehalte der EMRK.⁶⁵⁰ Die Grundrechtsverbürgungen der Charta sowie die anderer Mitgliedstaaten fungieren bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes gerade nicht als Rechts-, sondern nur als Rechtserkenntnisquelle.⁶⁵¹

Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 33 ff. *Isensee* beschreibt dort die grundrechtlichen Schutzpflichten des Grundgesetzes als Teil der materiellen Verfassung und als dem Grundgesetz „vorgelagert“. Ähnlich meint *Piet van Kempen*, HRLR 2013, S. 1 (17 f.), mit Blick auf das Völkerrecht, dass der durch die grundrechtliche Schutzpflicht verkörperter Schutzzweck des Staates den Grundrechten schon vorgelagert sei. Weil die Verortung dieses Zwecks bei den Grundrechten verschiedene Probleme aufwerfe, sei er alternativ dem Prinzip der staatlichen Souveränität (das sich nach neuerem völkerrechtlichen Verständnis nicht auch durch den Schutz des Individuums legitimiert) zuzuordnen.

⁶⁴⁸ Zur Trennung beider Methodenansätze allgemein und unabhängig vom grundrechtlichen Kontext s. etwa *S. A. Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 47 ff. mwN. in Fn. 180 auf entsprechende Ansätze, die statt der Auffindung von Rechtsgehalten mittels hermeneutischer Deduktion die Rechtfertigung juristischer Aussagen in den Mittelpunkt stellen, konkret *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1983; *H.-J. Koch/H. Rüßmann*, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 1982; *U. Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986 und *C. Perelman*, Juristische Logik als Argumentationslehre. Logique juridique, 1979.

⁶⁴⁹ Freilich kann dies an einigen Stellen die Bandbreite möglicher Auslegungsergebnisse auch vergrößern. Insgesamt begrenzen Art. 52 Abs. 2, 3, 4 und 7 in Verbindung mit den Erläuterungen die Bandbreite möglicher Auslegungsergebnisse aber doch stärker, als dass sie diese erweitern.

⁶⁵⁰ BVerfG 111, 307 (317) – *Görgülü*; BVerfG 128, 326 (326- 2. Leitsatz) – *Sicherungsverwahrung*.

⁶⁵¹ Grundlegend dazu *P. Häberle*, JZ 1989, S. 913 ff.

Darüber hinaus lässt sich interpretatorische Offenheit grundrechtlicher Normen im Allgemeinen auch durch die Auslegungsmaxime der „Einheit der Verfassung“ reduzieren. Ähnlich wie *Böckenförde* schreibt zwar etwa auch *Konrad Hesse*, dass das Verfassungsrecht – und damit auch die grundrechtlichen Bestimmungen – nicht kodifiziere, sondern nur regele, weshalb „die Verfassung von vornherein nicht den Anspruch der Lückenlosigkeit oder gar systematischer Geschlossenheit“ erhebe.⁶⁵² Ihre Bestimmungen seien „von mehr oder minder großer *inhaltlicher Weite und Unbestimmtheit*“ geprägt.⁶⁵³

„Die Verfassung ist also keine Ordnung der Totalität gebietsgesellschaftlichen Zusammenwirkens, und dieses Wirken ist keineswegs bloßer ‚Verfassungsvollzug‘. Ebensowenig ist sie eine bereits abgeschlossene – logisch-axiomatische oder werthierarchische – systematische Einheit.“⁶⁵⁴

Allerdings heißt es bei *Hesse* auch weiter:

„Ihre Elemente hängen jedoch voneinander ab und wirken aufeinander zurück, und erst das Zusammenspiel aller ergibt das Ganze der konkreten Gestaltung des Gemeinwesens durch die Verfassung.“⁶⁵⁵

Auch wenn auch er insoweit den Befund *Böckenfördes* dem Grunde *nach* bestätigt, relativiert *Hesse* ihn doch auch mit dem Hinweis auf die „Einheit der Verfassung“ als Auslegungsmaxime für das Verfassungsrecht.⁶⁵⁶ Hiermit kann das Problem der besonderen Unbestimmtheit verfassungsrechtlicher Normen damit ein Stück weit bewältigt werden. Denn mit ihr vergrößert sich das hermeneutische Material für die Deduktion konkreter Rechtsgehalte aus den Grundrechten ganz erheblich, indem man diese als eingebunden in eine Gesamtverfassungsordnung begreift, welche nicht zuletzt auch durch verfassungsrechtlich verbürgte Werte und Prinzipien geprägt ist, die auch etwa in den staatsorganisationsrechtlichen Bestimmungen zutage treten, jedoch über diesen, ihren konkreten verfassungstextlichen Ort hinaus auf das gesamte Verfassungsrecht wirken und damit auch die Grundrechtsauslegung stärker rechtsnormativ binden. *Peter Häberle* spricht in diesem Zusammenhang von der „Totalität des verfassungsrechtlichen Wertsystems“⁶⁵⁷. Dies gilt schon für die Grundrechte des Grundgesetzes. Für die Normen der Grundrechtecharta steht mit dem übrigen Primärrecht sogar ein noch wesentlich umfangreicheres hermeneutisches Material zur Verfügung.⁶⁵⁸

⁶⁵² *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 21.

⁶⁵³ Ebd., Rn. 19.

⁶⁵⁴ Ebd., Rn. 20.

⁶⁵⁵ Ebd., Rn. 20.

⁶⁵⁶ Ebd., Rn. 71. Siehe zum Gedanken der „Einheitlichkeit“ der Verfassungsrechtsgüter und dem „Gebot ganzheitlicher Verfassungsauslegung“ auch *P. Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983, S. 5 ff.

⁶⁵⁷ Ebd., S. 6.

⁶⁵⁸ Gewissermaßen ist die Heranziehung auch solcher, an sich *grundrechtsfremder* Verfassungsnormen Teil der systematischen Auslegung der Grundrechte. Gerade wegen ihrer

Dass die Sicherheitsgewährleistung zunehmend auch Aufgabe nicht mehr nur der Mitgliedstaaten, sondern auch der EU ist, ergibt sich wie bereits dargelegt verschiedentlich aus den sicherheitsrechtlichen Bestimmungen der Verträge.⁶⁵⁹ Dies vorausgesetzt, gewinnen im Lichte der Auslegungsmaxime der „Einheit der Verfassung“ nun das bereits als Kriterium für die Abgrenzung der Chartagrundsätze von den Chartagrundrechten vorgeschlagene Kriterium des unionsverfassungsrechtlich verbürgten Demokratieprinzips Bedeutung *auch* für die konkrete Deduktion des Sicherheitsgrundsatzes aus Art. 6 GRCh.⁶⁶⁰ Weil nämlich die Sicherheitsgewährleistung grundrechtlich verbürgte Pflicht ist, jedoch wegen ihrer besonderen Aushandlungsbedürftigkeit im Lichte des Demokratieprinzips nicht als Grundrecht selbst verbürgt sein kann, erweist sich die Deduktion des chartarechtlichen Sicherheitsgrundsatzes als ebenfalls grundrechtsdogmatischer Figur aus Art. 6 GRCh – der als einzige Chartanorm die Sicherheit als Schutzgut nennt – als *zwingend*, weil der Wortlaut des Art. 6 GRCh wie festgestellt die Deduktion des Sicherheitsgrundsatzes zumindest ermöglicht. Seine explizite Erwähnung im Wortlaut oder die explizite Einordnung des Art. 6 GRCh als Grundsatz durch die Erläuterungen ist hierfür nicht erforderlich.

III. Rechtliche Wirkungen des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes

Nach der hier vorgeschlagenen Grundsatzkonzeption vermittelt der Sicherheitsgrundsatz wie auch die übrigen Grundsätze keine eigenen materiell-rechtlichen Gehalte, sondern lediglich Rechtsetzungs- und Rechtsauslegungsgebote. Hierzu gehören das Gebot sicherheitsgrundsätzliche Gebot zur grundsatzkonformen und beschränkt grundsatzfreundlichen Auslegung (dazu 1.), das sicherheitsgrundsätzliche relative Rückschrittsverbot (dazu 2.) sowie das sicherheitsgrundsätzliche Subjektivierungsgebot und das Gebot zur anspruchsfreundlichen Auslegung (dazu 3.). Neben diesen Ge- und Verboten erweitert der Sicherheitsgrundsatz zudem den bestehenden chartarechtlichen Schutzgüterbestand (dazu 4.).

1. Das sicherheitsgrundsätzliche Gebot zur grundsatzkonformen und beschränkt grundsatzfreundlichen Auslegung

Nach dem Gebot der grundsatzkonformen Auslegung ist das Sekundär- und Tertiärrecht wie auch das nationale Recht, soweit es Unionsrecht im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. GRCh durchführt, im Lichte des Sicherheitsgrundsatzes

Verknüpfung sachlich an sich getrennter Rechtsnormen ist sie aber besonders begründungsbedürftig und wird hier deshalb in einem gesonderten Unterkapitel erörtert.

⁶⁵⁹ S. dazu bereits 2. Teil, Kapitel A. I.: *Sicherheit als legitimer Zweck im Unionsrecht*.

⁶⁶⁰ Letztlich bedarf aber gerade das unionsrechtliche Demokratieprinzip selbst zu seiner Konkretisierung wiederum entsprechender theoretischer Konzepte, der Rückgriff auf die klassische juristisch-hermeneutische Methode genügt hier nicht. Ähnlich sieht das auch etwa M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 58. EL 2016, Art. 10 EUV Rn. 34.

auszulegen. Zu berücksichtigende, abstrakte Erwägungspunkte werden hier zum Beispiel die Effektivität von durch die Gesetzgeber beziehungsweise den Exekutiven vorgesehen Sicherheitsmaßnahmen sein. Freilich wird hier das Spannungsverhältnis zu den insoweit kollidierenden Freiheitsgrundrechten offenkundig. Deswegen wird eine grundsatzfreundliche Auslegung des Sicherheitsgrundsatzes nur insoweit in Frage kommen, wie dies die Schranken des mit ihm in der jeweiligen konkreten Situation kollidierenden Freiheitsgrundrechts zulassen.

2. Das sicherheitsgrundsätzliche relative Rückschrittsverbot

Der Sicherheitsgrundsatz statuiert daneben auch ein relatives Rückschrittsverbot. Der Stand seiner aktuellen Umsetzung ist vor einem Rückschritt durch Legislativen und Exekutiven geschützt, soweit nicht bestimmte Gründe einen solchen Rückschritt rechtfertigen. Mit dem Sicherheitsgrundsatz wird also nicht nur der Erlass von Sicherheitsmaßnahmen vor den Grundrechten, sondern auch ihre Abschaffung vor dem Sicherheitsgrundsatz rechtfertigungsbedürftig. Gerechtfertigt sein wird die Abschaffung konkreter Sicherheitsmaßnahmen insbesondere bei Wegfall einer zuvor bestehenden Gefahr oder zumindest bei dauerhafter Entspannung einer Gefahrenlage.

Zwar bewirkt das relative Rückschrittsverbot damit eine gewisse verfassungsrechtliche Verfestigung sekundär- und tertiärrechtlich geschaffenen Sicherheitsrechts und rückt hinsichtlich seiner Folgen für das Demokratieprinzip in die Nähe der individualrechtlichen Konzepte der grundrechtlichen Schutzpflicht und ihrer korrespondierender Schutzansprüche sowie dem Grundrecht auf Sicherheit. Zum einen kann das den Sicherheitsgrundsatz ausfüllende Sicherheitsrecht wegen der Relativität des sicherheitsgrundsätzlichen Rückschrittsverbots aber im Wege der sekundär- und tertiärrechtlichen Rechtsetzungsverfahren bei Vorliegen entsprechender Rechtfertigungsgründe auch wieder geändert werden und unterscheidet sich insofern eben doch von echtem Verfassungsrecht. Zum anderen weist ein sicherheitsgrundsätzlich initiiertes, aber letztlich im Wege sekundär- und tertiärrechtlicher Rechtsetzungsverfahren *ausgehandeltes* Sicherheitsrecht eine höhere demokratische Legitimation auf als ein Sicherheitsrecht, das lediglich infolge judikativer Deduktion grundrechtlicher Schutzpflichten und Schutzansprüche aus den Grundrechten zwingend zu erlassen ist.⁶⁶¹ Die gewisse verfassungsrechtliche Verfestigung des in Umsetzung des Sicherheitsgrundsatzes durch politische Aushandlung ergangenen Sicherheitsrechts ist aus demokratischer Perspektive deshalb weniger problematisch als ein verfassungsrechtlich konkret determiniertes und damit judikatives Sicherheitsrecht.

⁶⁶¹ Freilich sind auch die Grundrechte durch den Verfassungsgeber demokratisch legitimiert – je nach theoretischem Standpunkt vielleicht in noch höherem Maße als das einfache Gesetzesrecht. Die Ergebnisse ihrer rechtsverbindlichen Auslegung aber genießen wegen der im Vergleich zu Legislative und Exekutive größeren Unabhängigkeit der Justiz vom demokratischen Mehrheitswillen ein geringeres Maß an Legitimation. Freilich ist auch dieses wiederum abhängig von der demokratischen Legitimation der zur Entscheidung berufenen Richter.

Gegenüber den von Teilen der Literatur und jüngst scheinbar auch vom EuGH favorisierten individualrechtlichen grundrechtsdogmatischen Sicherheitskonzeptionen erzeugt der Sicherheitsgrundsatz mit Blick auf Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip weniger binnenverfassungsrechtliche Spannungen.

3. Das sicherheitsgrundsätzliche Subjektivierungsgebot und das Gebot zur anspruchsfreundlichen Auslegung

Fraglich ist, ob der Sicherheitsgrundsatz auch ein Subjektivierungsgebot formuliert, weil Art. 6 GRCh zwar einerseits von einem „Recht“ auf Sicherheit spricht – was zumindest die Pflicht zur Schaffung subjektiver Rechte durch Legislative und Exekutive suggeriert, andererseits zuvor aber die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht und das eigenständige Sicherheitsgrundrecht doch gerade wegen der mit ihnen einhergehenden Anspruchsverdichtung auf der juristischen Ebene und daraus folgend die Verengung auch des politischen Diskurses auf einen Diskurs um Rechte kritisiert wurden. Die Annahme eines chartagrundsätzlichen Subjektivierungsgebots widerspricht dem nicht, verpflichtet es doch gerade nur zur Schaffung irgendwelcher subjektiven Rechte, ohne diese aber selbst schon konkret vorzugeben. Für den politischen Diskurs bedeutet dies, dass dieser als Diskurs über die Schaffung und gerade nicht über die Existenz sicherheitsrechtlicher Ansprüche zu führen ist.

Auf die gewisse verfassungsrechtliche Verfestigung sekundär- oder tertiärrechtlich geschaffener subjektiver „Sicherheitsrechte“ wurde soeben im Rahmen der Erörterung des sicherheitsgrundsätzlichen Rückschrittsverbots bereits hingewiesen. Aber auch hier gilt: Anders als aus den Grundrechten judikativ deduzierte Sicherheitsrechte bzw. -ansprüche können diese Rechte bei Vorliegen entsprechender Rechtfertigungsgründe im Wege sekundär- und tertiärrechtlicher Rechtsetzungsverfahren auch wieder abgeschafft oder geändert werden und weisen sie daneben ohnehin einen höheren Grad an demokratischer Legitimation auf.

Vermittelt der Sicherheitsgrundsatz schon Gebote zur Schaffung subjektiver Rechte, ist entsprechend bereits bestehendes Sicherheitsrecht konsequent auch anspruchsfreundlich auszulegen. Dabei muss der entsprechende Rechtsakt wie dargelegt aber die Vermittlung solcher Rechte zumindest andeuten.

4. Die den Schutzgüterbestand erweiternde Wirkung des Sicherheitsgrundsatzes

Daneben entfaltet der Sicherheitsgrundsatz wie auch das eigenständige Grundrecht auf Sicherheit eine mit Blick auf die Chartaschutzgüter bestanderweiternde Wirkung, indem er Sicherheit abstrakt und ohne konkretes Bezugsobjekt als Schutzgut definiert. Weil er aber keine eigenen materiellen Rechtsgehalte vermittelt, sondern vielmehr nur Gestaltungsaufträge zuförderst an die Legislative und im Rahmen der Gewaltenteilung auch an die Exekutive formuliert und sich damit als besonders offen gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen

erweist, erscheint seine bestandsweiternde Wirkung mit Blick auf das Demokratieprinzip und den Grundsatz der Gewaltenteilung als weitaus weniger problematisch als diejenige des Sicherheitsgrundrechts. Die Bestandserweiterung wird hier eben nicht richterrechtlich, sondern legislativ und in engeren Grenzen auch exekutiv gestaltet. Freilich erhalten im Rahmen der Konkretisierung des Sicherheitsgrundsatzes einmal sekundär- oder tertiärrechtlich definierte neue Schutzgüter durch die Vermittlung des sicherheitsgrundsätzlichen Rückschrittsverbots einen verfassungsähnlichen Rang. Zum einen ist das Rückschrittsverbot aber eben nur ein relatives, die spätere Abschaffung der zusätzlich definierten Schutzgüter ist im Wege demokratischer Aushandlungsprozesse bei Bestehen entsprechender Rechtfertigungsgründe ebenso möglich. Zum anderen besitzen diese sekundär- und tertiärrechtlichen Definitionen zusätzlicher Schutzgüter eine höhere demokratische Legitimation als diejenigen, die allein richterrechtlich aus dem Grundrecht auf Sicherheit gewonnen würden.⁶⁶²

E. Zusammenfassung

Insgesamt erweist sich der Sicherheitsgrundsatz im Vergleich zur grundrechtlichen Schutzpflicht und dem Grundrecht auf Sicherheit als die das Demokratieprinzip und den Grundsatz der Gewaltenteilung schonendere und von diesen rechtlich gebotene grundrechtliche Konzeption, weil er sich gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen stärker öffnet und seine Konkretisierung der Legislative und Exekutive, und anders als die Grundrechte nicht der Judikative überlässt. Zugleich entspricht er eher dem kollektiv-rechtlichen Ansatz in der Grundrechtsdogmatik des EuGH mit Blick auf die Gewährleistungsverantwortung im Bereich der Sicherheitspolitik. Textlich verortet lässt sich der Sicherheitsgrundsatz schließlich in Art. 6 GRCh. Zwar zwingt Art. 6 GRCh isoliert betrachtet trotz seiner Erwähnung der Sicherheit als Schutzgut nicht zur Ableitung des chartarechtlichen Sicherheitsgrundsatzes, er steht dessen Verortung aus auslegungsmethodischer Sicht aber auch nicht entgegen. Auch wenn der Wortlaut von einem *Recht* auf Freiheit und Sicherheit spricht, können der Vorschrift gleichwohl auch sicherheitsrechtliche Grundsatzelemente zugeordnet werden. Die Entstehungsgeschichte des Art. 6 GRCh offenbart lediglich unterschiedliche Ansichten bzgl. der Eigenständigkeit des Schutzguts Sicherheit, zu einer Entscheidung und Einigkeit über die Frage der Eigenständigkeit des Sicherheitsbegriffs in Art. 6 GRCh ist es unter den Konventsmitgliedern aber nicht gekommen. Nach dem Telos des Artikels soll dieser die Gehalte des korrespondierenden Art. 5 EMRK im Unionsrecht widerspiegeln. Auch dies wird durch die Zuordnung eines neben dem Freiheitsgrundrecht stehenden Sicherheitsgrundsatzes nicht beeinträchtigt, zumal auch Art. 5 EMRK das Gewährleistungsziel Sicherheit durch die Nennung verschiedener legitimer Gründe für Freiheitsbeschränkungen und -entziehungen anerkennt

⁶⁶² Indes gilt auch hier das in Fn. 661 Gesagte entsprechend.

und Art. 6 GRCh auch diese sicherheitsrechtlichen Gehalte im Unionsrecht spiegelt. Eine aus systematischer Perspektive unzulässige Relativierung solcher Unionsgrundrechte, die mit dem Grundsatz kollidieren und Entsprechungen in der EMRK finden, besteht nicht, soweit sich der chartarechtliche Sicherheitsgrundsatz an den von der EMRK anerkannten Grundrechtsschranken orientiert und diese in seiner freiheitsverkürzenden Funktion nicht verletzt. Weil das unionsverfassungsrechtlich verbürgte Demokratieprinzip die Einordnung der grundrechtlich gebotenen, aber besonders aushandlungsbedürftigen Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung als Chartagrundsatz gebietet, erweist sich die Deduktion des Sicherheitsgrundsatzes aus Art. 6 GRCh als zwingend.

Der Sicherheitsgrundsatz enthält wie alle Chartagrundsätze keine eigenen materiell-rechtlichen Kerngehalte, sondern vermittelt lediglich Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsregeln. Konkret sind dies das Gebot zur sicherheitsgrundsatzfreundlichen Auslegung, das relative Rückschrittsverbot und das Subjektivierungsgebot. Daneben entfaltet der Sicherheitsgrundsatz durch seine materiell-rechtliche Offenheit und wegen der Abhängigkeit des Schutzguts Sicherheit von zu schützenden Referenzobjekten mit Blick auf die chartarechtlichen Schutzgüter bestandserweiternde Wirkung. Das heißt, anders als die Grundrechte mit ihren fest definierten Schutzgütern kann der Sicherheitsgrundsatz durch Legislative und Exekutive in unterschiedlicher Weise materiell-rechtlich ausgestaltet und die Charta über ihn so um weitere Schutzgüter angereichert werden.

4. Teil

Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der unterschiedlichen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit als Beispiel

Im Bereich der Cybersicherheit sind Versicherheitlichungstendenzen und ihre grundrechtsdogmatischen Folgen derzeit besonders deutlich erkennbar.

Dass die Gewährleistung der Sicherheit in virtuellen Räumen und die der sie konstituierenden IT heute auch ein Aspekt des Grundrechtsschutzes ist, liegt auf der Hand. Diese Sicherheitsgewährleistung ist nicht nur mittelbar grundrechtsrelevant, etwa durch den Schutz kritischer Informationsinfrastrukturen zum Schutz unserer Lebensgrundlagen – als Stichworte sollen hier nur etwa das vernetzte Kraftwerk, die vernetzte Börse, der vernetzte Straßenverkehr oder das vernetzte Krankenhaus genügen.⁶⁶³ Sie dient auch ganz unmittelbar dem Grundrechtsschutz, weil die IT den Lebensalltag der Menschen selbst immer stärker durchdringt. 44 % der deutschen Bevölkerung gehören bereits heute zu den sogenannten „*Digital Natives*“, deren Lebensstil und -gefühl mit dem Motto „Ich surfe, also bin ich.“ prägnant auf den Punkt gebracht wird, und für die das Internet ein nicht mehr wegzudenkender Bestandteil des Alltags ist.⁶⁶⁴ Bereits heute sind nicht unwesentliche Aspekte unseres Privatlebens in den von uns genutzten Computern, Smartphones, Wearables oder sonstigen Gadgets verdatet und bei entsprechenden Zugriffsmöglichkeiten von Dritten einsehbar. Unsere Privatsphäre erhält so neue Verwundbarkeiten, andererseits erhalten wir auch ganz neue Möglichkeiten der Grundrechtsentfaltung. Das Internet ist heute daher auch „Grundrechtsverwirklichungsnetz“,⁶⁶⁵ weshalb die Idee eines

⁶⁶³ S. etwa zum vernetzten Kraftwerk den Bericht des BSI über Fehlfunktionen in der Steuerung von Energienetzen, *BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2014*, S. 34 oder zum vernetzten Straßenverkehr den Bericht des BSI über ein erfolgreiches Hacking eines fahrenden Geländewagens, durch das der Fahrer die Kontrolle über den Wagen verlor und dieser in einen Graben ferngelenkt wurde, *BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015*, S. 21. In den Lageberichten des BSI finden sich darüber hinaus zahlreiche weitere Angriffsszenarien aus der Praxis.

⁶⁶⁴ S. DIVSI Milieu-Studie zu Vertrauen und Sicherheit im Internet, 2012, S. 34 zur Beschreibung des Segments der Digital Natives, abrufbar unter <https://www.divsi.de/publikationen/studien/divsi-milieu-studie/>, Stand. 08.07.2016 sowie DIVSI Milieu-Studie zu Vertrauen und Sicherheit im Internet. Aktualisierung 2013, S. 4 zu den aktuellen Anteilen an der Gesamtbevölkerung, abrufbar unter <https://www.divsi.de/publikationen/studien/divsi-milieu-studie-zu-vertrauen-und-sicherheit-im-internet-aktualisierung-2013/>, Stand 08.07.2016.

⁶⁶⁵ *H. Greve*, HFR 2015, S. 1 (8 Rn. 9).

„Rechts auf Internet“ immer mehr Zuspruch findet.⁶⁶⁶ Das bereits 2009 vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Grundrecht auf die Integrität und die Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ist dabei nur die offensichtlichste Ausprägung der Grundrechtsrelevanz der Cyber- beziehungsweise IT-Sicherheit,⁶⁶⁷ und seine Anerkennung bedeutet zugleich einen qualitativen Sprung im Grundrechtsschutz, geht es ihm doch nicht mehr um den Schutz grundrechtsrelevanter Handlungen im Netz, sondern schon um den vorgelagerten Schutz der hierfür erforderlichen IT-Systeme.⁶⁶⁸

Die Freiheit wird heute also auch im Cyberraum bedroht, die Gewährleistungsaufgabe Sicherheit erstreckt sich daher nunmehr auch auf diesen neuen Raum der Unsicherheit. Gerade dies rechtfertigt das Verständnis des Internets als „Grundrechtsverwirklichungsnetz“⁶⁶⁹ und den Anspruch, die Grundrechte offline wie online gleichermaßen zur Geltung zu bringen.⁶⁷⁰ Wegen dieser neuen Gefährdungen besteht eine solche grundsätzliche Gewährleistungspflicht im Cyberraum in Übereinstimmung mit den Stimmen im Schrifttum jedenfalls insoweit, als dort grundrechtliche Schutzgüter ebenso wie im realen Raum bedroht werden. Im Hinblick auf den Grundrechtsschutz ist wie bei der Sicherheitsgewährleistung im Allgemeinen die individuelle und die kollektive Dimension der Cyber- beziehungsweise IT-Sicherheit zu berücksichtigen: Auf individueller Ebene drohen Grundrechtsverletzungen etwa durch den unbefugten Zugriff auf personenbezogene Daten durch Dritte. Auf kollektiver Ebene steht nicht weniger als die Funktionsfähigkeit gesellschaftlicher Teilbereiche und gar der Gesellschaft als ganzer – und damit mittelbar auch wieder die Grundrechte jedes und jeder Einzelnen – in Frage, wie die in den letzten Jahren aufgekommene Diskussion um die Sicherheit kritischer Infrastrukturen zeigt, bei der auch die Sicherheit kritischer IT-Infrastrukturen eine immer größere Rolle spielt.⁶⁷¹

Der Diskurs zum Umgang mit aus der Nutzung von IT resultierenden Sicherheitsgefahren und -risiken wird derzeit durch zwei unterschiedlich weit reichende Paradigmen – das der *IT-Sicherheit* einerseits und das der *Cybersicherheit* andererseits – strukturiert, wobei beide Paradigmen ihrem jeweiligen

⁶⁶⁶ *Kai v. Lewinski*, RW, S. 70; ähnlich auch *S. E. Schulz*, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Die Vermessung des virtuellen Raums. E-Volution des Rechts- und Verwaltungssystems III, 2012, S. 265 ff. (275 ff.) und *H. Greve*, HFR 2015, S. 1 (13 Rn. 17).

⁶⁶⁷ BVerfGE 120, 274 – *Online-Durchsuchung*.

⁶⁶⁸ S. dazu ausführlich etwa *W. Hoffmann-Riem*, JZ 2008, S. 1009 und ferner *W. Hoffmann-Riem*, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses des Bundestages am 22. Mai 2014, abrufbar unter www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1-untersuchungsausschuss/-/280848, Stand: 15. 12. 2015

S. 15 ff. oder auch *E.-W. Böckenförde*, JZ 2008, S. 925 (928 f.).

⁶⁶⁹ *H. Greve*, HFR 2015, S. 1 (8 Rn. 9).

⁶⁷⁰ So etwa die *EU-Kommission und EU-Außenbeauftragte*, Cybersicherheitsstrategie der Europäischen Union – ein offener, sicherer und geschützter Cyberraum, 2013, S. 2.

⁶⁷¹ S. etwa aus der Politik ebd.; aus der Literatur etwa *M. Sonntag*, IT-Sicherheit kritischer Infrastrukturen. Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, 2005; *Kloepfer* (Hrsg.), Schutz kritischer Infrastrukturen. IT und Energie, 2010 und *T. Schulze*, Bedingt abwehrbereit. Schutz kritischer Informations- und Infrastrukturen in Deutschland und den USA, 2006.

Umfang entsprechend teils unterschiedliche Sicherheitsaspekte umfassen. Um die gesamte Bandbreite der beschriebenen Grundrechtsgefahren zu erfassen, liegt den Überlegungen dieses Kapitels das Konzept der *Cybersicherheit* zugrunde. Aus der Grundrechtsperspektive ist zur Regulierung entsprechender Grundrechtsgefahren diesem umfassenderen, weil eher *räumlich* denn *technisch* orientierten und damit sämtliche IT-bezogene Grundrechtsgefährdungen einbeziehenden Ansatz der Vorzug zu geben (dazu A.). Im Bereich der so verstandenen Cybersicherheit werden dann einerseits Versicherheitlichungstendenzen erkennbar, andererseits ist in diesem Zusammenhang im Schrifttum insbesondere seit den *Snowden*-Enthüllungen ein verstärkter Rekurs auf die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht und damit ein *Rights Talk* zu beobachten, der wie in den vorherigen Teilen dieser Arbeit dargelegt die bestehenden Versicherheitlichungstendenzen noch verstärken kann und sich deshalb im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung als unionsverfassungsrechtlich mit Blick auf die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung als besonders problematisch erweist (dazu B.). Am Beispiel der europäischen Cybersicherheitsgesetzgebung können die möglichen grundrechtsdogmatischen Folgen dieser Versicherheitlichungsprozesse und die diesen gegenüberstehenden Vorzüge der alternativen grundrechtsdogmatischen Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit als Chartagrundsatz veranschaulicht werden. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung kann dann als erster Schritt einer konkreten Umsetzung der Schutzziele des Sicherheitsgrundsatzes verstanden werden und das Zusammenspiel von Grundsatz und Gesetzgebung in dem hier entwickelten Sinne verdeutlichen (dazu C.).

A. Cybersicherheit als umfassendes, weil räumliches Konzept

Schon an den unterschiedlichen verwendeten Begriffen *IT-Sicherheit* einerseits und *Cybersicherheit* andererseits – ersterem bedient sich eher die Informatik, letzterem eher Politik und Recht beziehungsweise die sie flankierenden Wissenschaften – werden Unterschiede in den den jeweiligen Konzepten zugrundeliegenden Prämissen erkennbar. Während die Informatik den Fokus auf die den virtuellen Raum konstituierenden Technik selbst legt (I.), herrscht in Politik und Recht ein eher räumliches Konzept mit der zugrundeliegenden Vorstellung eines neben den physischen tretenden, aber gleichwohl zunehmend mit ihm verflochtenen virtuellen Raums vor (dazu II.). Aus der Grundrechtsperspektive erweist sich das Konzept der Cybersicherheit als vorzugswürdig, weil nur dieses *sämtliche* IT-bezogenen Grundrechtsgefahren in den Blick nimmt (dazu III.).

I. IT-Sicherheit aus informatischer Sicht

Der Begriff der IT-Sicherheit findet vor allem in der Informatik Verwendung und stellt ausschließlich auf die Sicherheit der IT-Systeme selbst ab. Deutlich wird das etwa an dem hier nur exemplarisch vorgestellten Konzept der dualen

Sicherheit nach *Rüdiger Dierstein*.⁶⁷² Nach diesem Konzept ist die Bewertung der Sicherheit eines IT-Systems abhängig von zwei unterschiedlichen, aber komplementären Sichtweisen – der Sicht der Verlässlichkeit und der Sicht der Beherrschbarkeit von IT-Systemen. Diesbezüglich werden dann konkrete Schutzziele wie die Vertraulichkeit, die Integrität und die Verfügbarkeit von IT-Systemen sowie die Zurechenbarkeit und die Revisionsfähigkeit oder Rechtsverbindlichkeit der von IT-Systemen getroffenen Entscheidungen mit Blick auf die Anwendenden formuliert. Andere Ansätze zur Gewährleistung von IT-Sicherheit existieren zwar, unterscheiden sich aber nur unwesentlich von dem *Diersteins*.⁶⁷³

Erstmals konkret formuliert wurden solche Schutzziele bereits 1989 im Grünbuch des Vorläufers des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI), der Zentralstelle für Sicherheit in der Informationstechnik.⁶⁷⁴ Diese Kriterien fanden ein Jahr später auch Einfluss in die von Großbritannien, Frankreich, Deutschland und den Niederlanden harmonisierten Kriterien zu den Information Technology Security Evaluation Criteria (ITSEC), die auch heute noch einen aktuellen Zertifizierungsstandard darstellen. Den ersten umfassenden Kriterienkatalog legte aber bereits 1983 das US-amerikanische *Department of Defense* mit den *Trusted Computer System Evaluation Criteria* (TCSEC), umgangssprachlich kurz als „*Orange Book*“ bezeichnet, vor, das inhaltlich noch stark auf militärische Bedürfnisse zugeschnitten war. Heute existiert eine Vielzahl weiterer Standards mit nationaler, europäischer wie auch globaler Reichweite, wie bspw. die *Common Criteria for Information Technology Security Evaluation*. Sie bauen im Wesentlichen auf den klassischen Eigenschaften auf und erweitern diese.⁶⁷⁵

⁶⁷² R. Dierstein, Informatik Spektrum 2004, S. 343 ff.

⁶⁷³ So benennen M. Bedner/T. Ackermann, DuD 2010, S. 323 ff. die Vertraulichkeit, die Transparenz, die Verfügbarkeit, die Integrität und die Kontingenz als übergeordnete Schutzziele der IT-Sicherheit. Sie greifen damit den klassischen Kanon der Schutzziele auf und erweitern ihn um zwei weitere Elemente. Das Ziel der Transparenz umfasst dabei u. a. die Zurechenbarkeit und die Revisionsfähigkeit, während diese bei *Dierstein* dem übergeordneten Ziel der Beherrschbarkeit als Komplementärziel zur Verlässlichkeit als Oberbegriff für den klassischen Schutzzielkanon zugeordnet werden. Die Beherrschbarkeit wiederum stellt bei *Bedner/Ackermann* keinen übergeordneten Komplementärbegriff dar, sondern ist Teilaspekt der Integrität. *Rost/Pfitzmann*, DuD 2009, S. 353 ff. benennen als „elementare“ Schutzziele (zwar in Bezug auf den Datenschutz, der aber letztlich Teil der Daten- und damit der IT-Sicherheit insgesamt ist) ebenfalls Verfügbarkeit, Vertraulichkeit, Integrität, wobei Verfügbarkeit und Vertraulichkeit duale Begriffe bilden. In Anlehnung an den Gedanken der Dualität benennen sie als Dual zur Integrität die Kontingenz. Aus dieser Schutzzielmatrix leiten sie dann weitere Schutzziele wie Findbarkeit und Verdecktheit/Unentdeckbarkeit oder auch Verbindlichkeit/Erreichbarkeit, Anonymität, Zurechenbarkeit etc. ab.

⁶⁷⁴ Deutsche IT-Sicherheitskriterien (Grünbuch), erstellt vom Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik, 1989, abrufbar unter <https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ZertifizierungundAnerkennung/Produktzertifizierung/ZertifizierungnachCC/ITSicherheitskriterien/DeutscheITSicherheitskriterien/ditsec.html?nn=6618514>, Stand 23.08.2016.

⁶⁷⁵ Vergleiche zur geschichtlichen Entwicklung des klassischen Schutzzielkanons B. C. Dewitt, IT-Sicherheit kompakt und verständlich, 2006, S. 25 ff.

Ohne dies Ansätze näher zu erläutern, wird schon an dem Gesagten deutlich, dass das Konzept der IT-Sicherheit allein das Ziel verfolgt, die Ausnutzung lediglich technischer Defizite zu verhindern, und damit allein *technische* Aspekte der Sicherheitsgewährleistung in den Blick nimmt.

II. Cybersicherheit aus politischer und juristischer Perspektive

In das Politische und dem folgend auch in das Rechtliche wird dieses Sicherheitsverständnis nicht unmittelbar übernommen und stattdessen an das Konzept der Cybersicherheit angeknüpft. Diesbezüglich fehlt es dann aber bereits – bedingt durch nationale und regionale Grenzen – an einem übereinstimmenden Paradigma. *Karine e Silva* etwa weist bereits auf die fehlende gemeinsame Definition von Cybersicherheit im europäischen Kontext hin und konstatiert ein weitgehendes Nebeneinander unterschiedlicher Ansätze zur Gewährleistung der Cybersicherheit in den Mitgliedstaaten der EU, abhängig von den jeweiligen nationalen Bedürfnissen.⁶⁷⁶ Gleichwohl hat sich mittlerweile auch die EU des Themas angenommen. In ihrer gemeinsamen Cybersicherheitsstrategie definieren die EU-Kommission und die Hohe Vertreterin der EU für die Außen- und Sicherheitspolitik den Begriff Cybersicherheit in ihrer gemeinsamen Cybersicherheitsstrategie wie folgt:

„Der Begriff ‚Cybersicherheit‘ bezeichnet im Allgemeinen die Sicherheitsfunktionen und Maßnahmen, die sowohl im zivilen als auch im militärischen Bereich zum Schutz des Cyberraums vor Bedrohungen eingesetzt werden können, die im Zusammenhang mit seinen voneinander abhängigen Netzen und Informationsstrukturen stehen oder diese beeinträchtigen können. Bei der Cybersicherheit geht es darum, die Verfügbarkeit und Integrität von Netzen und Infrastrukturen sowie die Vertraulichkeit der darin enthaltenen Informationen zu erhalten.“⁶⁷⁷

Zur Gewährleistung der Cybersicherheit werden in der Strategie fünf übergeordnete strategische Prioritäten genannt:

- Widerstandsfähigkeit gegenüber Cyberangriffen
- drastische Eindämmung der Cyberkriminalität
- Entwicklung einer Cyberverteidigungspolitik und von Cyberverteidigungskapazitäten im Zusammenhang mit der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (CSDP)
- Entwicklung der industriellen und technischen Ressourcen für die Cybersicherheit

⁶⁷⁶ *K. e Silva*, Europe’s fragmented approach to cyber security, IPR Vol.2 2012, Issue 4, abrufbar unter <http://policyreview.info/articles/analysis/europes-fragmented-approach-towards-cyber-security>, Stand 23.08.2016.

⁶⁷⁷ Gemeinsame Mitteilung der Kommission und der Hohen Beauftragten für die Außen- und Sicherheitspolitik über eine Cybersicherheitsstrategie der Europäischen Union. Ein offener, sicherer und geschützter Cyberraum v.07.02.2013, S.3, abrufbar unter https://eeas.europa.eu/policies/eu-cyber-security/cybsec_comm_de.pdf, Stand 23.08.2016.

- Entwicklung einer einheitlichen Cyberraumstrategie der EU auf internationaler Ebene und Förderung der Grundwerte der EU.⁶⁷⁸

Die EU verfolgt mit dieser Strategie also ein *räumliches*, weil an den *Cyberraum* anknüpfendes Konzept der Cybersicherheit, welches anders als die informationstechnische Perspektive nicht nur etwa die Regulierung der den virtuellen Raum konstituierenden Technik selbst, sondern darüber hinaus auch weitere Sachverhalte erfasst, die lediglich IT-bezogen sind, ohne aber dass IT-Systeme selbst angegriffen würden. Dieses räumliche Konzept wird neben der Erwähnung des Schutzes des Cyberraums als Ziel der Strategie auch etwa aus ihrer Unterüberschrift – „Ein offener, sicherer und geschützter Cyberraum.“ – sowie etwa aus der in der Strategie formulierten Maxime deutlich, dass die Normen, Werte und Grundsätze der EU gleichermaßen „online“ wie „offline“ – also gewissermaßen in zwei Räumen – gelten sollten.⁶⁷⁹ Dementsprechend umfasst die Cybersicherheitsstrategie dann auch etwa den Sachbereich Cyberkriminalität im Ganzen, der sich gerade nicht auf die Pönalisierung von Angriffen auf IT-Systeme beschränkt, sondern daneben auch bestimmte Gefahren als Folge bloßer Nutzungen von IT-Technik gerade ohne Angriffe auf IT-Technik umfasst, und dem damit selbst ein räumliches Konzept zugrunde liegt. Deutlich wird dies an der Einordnung der Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie⁶⁸⁰ als Maßnahme zur Bekämpfung der Cyberkriminalität durch die Cybersicherheitsstrategie.⁶⁸¹ Denn die Richtlinie pönalisiert gerade nicht spezifisch Cyberangriffe im Sinne von Angriffen auf IT-Systeme, sondern allgemein bestimmte Handlungen im Cyberraum, die mit Hilfe von IT-Systemen vorgenommen werden.⁶⁸²

Daneben dient das Internet als Teil des Cyberraums auch etwa der Verbreitung rechtswidriger Inhalte, es bietet neue Möglichkeiten für Betrügereien etwa auf Online-Marktplätzen, und es ermöglicht etwa ein effizienteres Mobbing in Gestalt des *Cybermobbings*, das im Vergleich zum konventionellen Mobbing

⁶⁷⁸ Ebd. S. 5.

⁶⁷⁹ Ebd., S. 2.

⁶⁸⁰ RL 2011/93/EU des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie.

⁶⁸¹ Gemeinsame Mitteilung der Kommission und der Hohen Beauftragten für die Außen- und Sicherheitspolitik über eine Cybersicherheitsstrategie der Europäischen Union. Ein offener, sicherer und geschützter Cyberraum v. 07.02.2013, S. 10. Auch *D. Brodowski*, in: H.-J. Lange/A. Böttcher (Hrsg.), *Cyber-Sicherheit*, 2015, S. 249 ff. (257) nennt diese Richtlinie im Kontext der Auseinandersetzung des Strafrechts als Mittel zur Cybersicherheitsgewährleistung und teilt mithin das räumliche Konzept der Cybersicherheit.

⁶⁸² Tatsächlich führt die Richtlinie mit Art. 5 Abs. 3 sogar nur einen einzigen IT-spezifischen Straftatbestand – bewusste Zugriffe auf Kinderpornografie mittels Informations- und Kommunikationstechnologie – ein, und verpflichtet ansonsten zur Pönalisierung verschiedener Handlungen unabhängig davon, ob sie im Internet bzw. mit Hilfe von IT begangen werden. Die Einordnung der Richtlinie als Maßnahme zur Bekämpfung der Cyberkriminalität trotz dieses nur marginalen IT-Bezugs verdeutlicht ebenso das räumliche Konzept der europäischen Cybersicherheitsstrategie.

ein wesentlich größeres Publikum erreicht.⁶⁸³ Zur Cybersicherheit gehört nach diesem räumlichen Verständnis daher auch die Internetsicherheit in dem Sinne, dass nicht nur vor Gefahren *für* das Internet beziehungsweise der es konstituierenden IT, sondern auch vor solchen *durch* das Internet geschützt werden soll. Gerade deshalb dominiert in politischen und juristischen Kontexten und anders als in der Informatik auch der Begriff der Cybersicherheit anstelle der IT-Sicherheit. Mit *Stefan Hobe* lässt sich der Cyberraum so verstanden definieren als

„sozial konstruierter Raum, der, wenngleich eingeschränkt, das Abbild des gesellschaftlichen Lebens unkörperlich reflektiert.“⁶⁸⁴

Hobes Beitrag zeigt, dass ähnliche Konzepte auch in der Rechtswissenschaft Anklang finden; auch er nimmt den Cyberraum – und nicht nur die ihn konstituierende Technik – als Bezugsobjekt des Rechts in den Blick und zeigt die Fruchtbarkeit dieses Ansatzes für die Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung sowie für die Rechtswissenschaft auf.⁶⁸⁵ Dass der so verstandene, auf den Schutz des Cyberraums bezogene Begriff der Cybersicherheit mehr als unscharf ist, liegt auf der Hand. Dies zeigt etwa ein Beitrag von *Martin Kutscha* zum Strafrecht als Instrument der Cybersicherheitsgewährleistung, der diese Unschärfe zwar selbst feststellt, der aber gleichwohl oder gerade deswegen sogar rein datenschutzrechtliche Fragen unter dem „Label“ Cybersicherheit erörtert.⁶⁸⁶ Die europäische Cybersicherheitsstrategie indes geht soweit nicht. Es wird die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, dem Konzept künftig klarere Konturen zu verleihen.

III. Fazit: Vorzugswürdigkeit des Konzepts der Cybersicherheit

Aufgrund des im Vergleich zum Paradigma der IT-Sicherheit umfassenderen Verständnisses der Cybersicherheit liegt den nachfolgenden Ausführungen eben dieses zugrunde. Erst aus dieser hollistischen Perspektive erschließt sich das gesamte Spektrum möglicher Grundrechtsgefährdungen im Kontext der Nutzungen von IT und damit auch die hieraus folgenden denkbaren Konsequenzen hinsichtlich möglicher grundrechtlicher Pflichten zur Cybersicherheitsgewährleistung und, alternativ hierzu, die Vorzüge der Konzeption des Gewährleistungsziels der (Cyber-)Sicherheit als Chartagrundsatz.

⁶⁸³ Einen Überblick über Möglichkeiten des kriminellen „Missbrauchs“ des Internets – gerade auch ohne technische Manipulation der konstituierenden Technik – gibt etwa *Irimi Vassilaki*, MMR 2006, S. 212 ff.

⁶⁸⁴ *S. Hobe*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 231 Rn. 8.

⁶⁸⁵ Ebd. Rn. 1 ff.

⁶⁸⁶ *M. Kutscha*, in: H.-J. Lange/A. Böttcher (Hrsg.), Cyber-Sicherheit, 2015, S. 235 ff.

B. Versicherheitlichung und Rights Talk im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung

Zwar ist damit die theoretische Bandbreite denkbarer Grundrechtsgefahren im Bereich der Cybersicherheit aufgezeigt. Gleichwohl wird dieser in der politikwissenschaftlichen Literatur mittlerweile als versicherheitlicht beschrieben (dazu I.). Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum hat insbesondere seit den *Snowden*-Enthüllungen die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht zum Schutz der Bürger_innen vor Cyberangriffen Konjunktur (dazu II.). Die Debatte um das „Ob“ und „Wie“ einer effektiven Cybersicherheitsgewährleistung trägt damit zunehmend Züge eines *Rights Talks*, der die bestehenden Versicherheitlichungstendenzen noch verstärken dürfte (dazu III.). Der Unionsgrundsatz auf Sicherheit stellt angesichts des hierdurch entstehenden Spannungsverhältnisses zu den unionsverfassungsrechtlich garantierten Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung eine grundrechtsdogmatische Alternative dar (dazu IV.).

I. Die Versicherheitlichung der Cybersicherheit

Insbesondere im sozial- und kulturwissenschaftlichen Schrifttum wird auf die soziale und kulturelle Konstruktion von Cyberunsicherheit hingewiesen.

So beschreiben etwa *Lena Hansen* und *Hellen Nissenbaum* den Sachbereich der Cybersicherheit als versicherheitlicht im Sinne der *Copenhagen School*. Er zeichne sich durch eine Überbetonung auch extremer Bedrohungsszenarien aus, deren realer Eintritt aber bis heute ausstehe (*Hypersecuritization*). Zugleich bestehe innerhalb der Gesellschaft eine gesteigerte Sensibilität gegenüber diesen Bedrohungsszenarien, weil heute fast jeder im Cyberraum agiere und deshalb einen unmittelbaren Bezug von der Gefahr zum eigenen Lebensalltag herstellen könne (*Everyday Security Practice*). Schließlich sei der Bereich in besonderem Maße abhängig von Fachwissen, welches den Laien in der Regel fehle, weshalb der Diskurs um die Cybersicherheit ganz vorwiegend von technischen Experten geprägt und gerade nicht von einer breiten gesellschaftlichen Debatte getragen werde (*Technification*).⁶⁸⁷ Nach der Argumentation der Autorinnen begünstigen diese drei Faktoren Versicherheitlichungsprozesse, weil wenige Akteure mit großer Macht hinsichtlich der Definition von Unsicherheiten auf eine vor dem Hintergrund massiver Bedrohungsszenarien für Sicherheitsfragen hoch sensibilisierte Gesellschaft treffen.

Speziell auf den Aspekt der *Hypersecuritization* wird auch von anderen Autor_innen hingewiesen. So analysiert etwa *Myriam Dunn Cavelty* gesellschaftliche und politische Diskurse zur Cybersicherheit und konstatiert hier anhand vieler Beispiele lediglich „erzählte Katastrophen“.⁶⁸⁸ Demnach sei die

⁶⁸⁷ *L. Hansen/H. Nissenbaum*, *International Studies Quarterly* 2009, S. 1155 (1163 ff.).

⁶⁸⁸ *M. Dunn Cavelty*, in: C. Daase/S. Engert/J. Junk (Hrsg.), *Verunsicherte Gesellschaft – Überforderter Staat. Zum Wandel der Sicherheitskultur*, 2013, S. 133 (135) mit dem Hinweis auf *Willy Viehöver* als dem Urheber des Begriffs der „erzählten Katastrophe“.

gesellschaftliche und politische Debatte zu Fragen der Cybersicherheit geprägt von der permanenten Darstellung theoretisch zwar möglicher, aber real noch nie eingetretener *worst-case*-Szenarien, die Rhetorik sei geprägt von Gleichnissen von Cyberangriffen mit den Terroranschlägen vom 11. September 2001, mit Kriegen oder gar mit Atomschlägen. Gerade wegen des bisherigen Fehlens entsprechender Präzedenzfälle würde die Beschreibung der relativen Geringfügigkeit bisher verursachter Schäden durch Cyberattacken durch Erzählungen theoretischer massiver Schäden ersetzt und damit die Notwendigkeit zu entsprechenden Sicherheitsmaßnahmen begründet.⁶⁸⁹ So meint *Dunn Cavelty*:

„Und das Warten hält an. Das Warten ist jedoch nicht bloß ein passives *Abwarten*. Vielmehr produzieren politische Akteure und insbesondere auch die Medien Narrationen in Erwartung der Katastrophe, in denen das Potentielle aktiv mit der Wirklichkeit vermischt wird. Konkret: Damit sie in der Gegenwart Wirkung entfalten können, werden erzählte Katastrophen im politischen Prozess aus dem Bereich der unsicheren Zukunft als reelle Bedrohung in die Gegenwart geholt. Die Verbindung zwischen notwendigen Aktionen in der Gegenwart in Bezug auf eine mögliche Katastrophe in der Zukunft wird durch Gefahrendarstellungen möglich gemacht.“⁶⁹⁰

Erzählte Katastrophen würden so

„zu Beweisen für die Notwendigkeit von außerordentlichen Maßnahmen und fungieren als Geldmaschine für eine diverse Industrie der Angstmache. Das Resultat sind Gesellschaften im Zustand der abwartenden Daueralarmierung, die sich fast obsessiv mit imaginären Schreckensbildern beschäftigen – und das obwohl sie in privilegierten Teilen der Welt florieren, in denen Sicherheit objektiv noch nie so groß war.“⁶⁹¹

Die tatsächliche Existenz von Gefahren in dem derzeit behaupteten Umfang spezifisch für kritische IT-Infrastrukturen bezweifeln daneben auch etwa *Christoph Möllers* und *Ludger Pflug*, die insoweit von „schlichten Behauptungen“ sprechen.⁶⁹²

Daneben führen diese Übertreibungen bestimmter Extremszenarien zugleich auch zu einer Vernachlässigung schon heute realer, weil tatsächlich existierender Cybersicherheitsprobleme. Bezüglich letzterem meint *Dunn Cavelty*, die sogenannten „erzählten Katastrophen“ im Bereich der Cybersicherheit würden

„in der Aufmerksamkeitsökonomie weitaus wahrscheinlicheren, aber wenig spektakulären Phänomenen und Darstellungsformen den Rang ab[laufen] und [...] so knappe, monetäre, intellektuelle und politische Ressourcen auf sich [binden].“⁶⁹³

⁶⁸⁹ Ebd., S. 133 ff.

⁶⁹⁰ Ebd., S. 137.

⁶⁹¹ Ebd., S. 147.

⁶⁹² C. Möllers/L. Pflug, in: Kloepfer (Hrsg.), *Schutz kritischer Infrastrukturen. IT und Energie*, 2010, S. 47 ff. (47) mit Verweis auf M. Sonntag, *IT-Sicherheit kritischer Infrastrukturen. Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung*, 2005, S. 60, 68. Siehe für entsprechende Nachweise zu weiteren zweifelnden Stimmen ebd., S. 60 Fn. 51.

⁶⁹³ M. Dunn Cavelty, in: C. Daase/S. Engert/J. Junk (Hrsg.), *Verunsicherte Gesellschaft – Überforderter Staat. Zum Wandel der Sicherheitskultur*, 2013, S. 133 (147).

Hierzu gehören dürften letztlich auch rechtliche Ressourcen. Ähnlich meint auch etwa *Sandro Gaycken*:

„Die wahre Gefahr liegt aber im Nichtsichtbaren. Es wurde bereits angedeutet, was als dieses echte Cybersecurity-Problem zu vermuten ist: massenhafte Spionage, ergänzt von Manipulationen, von Sabotageaktivitäten, beides schwerpunktmäßig in Wirtschaft, Produktion und Finanzindustrie, ausgeführt durch ressourcenstarke und kaum abzuwehrende Gegner wie kriminelle Organisationen und Staaten. Dies sind bedeutende Gefahren, viel größere und wichtigere Gefahren als die oft aufgebauchten Cybersecurity-Märchen in der Presse, denn sie sind präsent, real und die langfristigen Schäden sind immens.“⁶⁹⁴

Karine e Silva veranschaulicht das Phänomen der Übertreibung beispielhaft an der Behauptung, weltweit verlören Unternehmen durch *Cybercrime* jährlich eine Billion U. S.-Dollar.⁶⁹⁵ Diese Zahl behauptete das U. S.-Unternehmen *McAfee*, das Lösungen gegen Cyberattacken anbietet, 2009 in einer Pressemitteilung. Die Zahl wurde nicht nur von *McAfee* selbst kommuniziert, sondern vielmehr auch durch den U. S.-Präsidenten *Barack Obama* in einer Rede zur Cybersicherheit sowie in dem *Cyberspace Policy Review* der U. S.-Regierung zitiert, um damit die Dringlichkeit zu entsprechendem Handeln zu unterstreichen. Tatsächlich erwies sich diese Zahl aber als methodisch nicht fundiert und daher nicht haltbar. *Peter Maass* und *Megha Rajagopalan* haben durch ihre Recherchen die Glaubhaftigkeit dieser Zahl erschüttert, sie damit als Übertreibung entlarvt und so aus versicherheitlichungstheoretischer Sicht zugleich dekonstruiert.⁶⁹⁶

Dunn Cavelty zieht angesichts des Trends zur Übertreibung ein äußerst kritisches Fazit:

„Die relative Banalität des Cyberalltags führt dazu, dass die quasi-Realität und hohe Wahrscheinlichkeit einer Cyberkatastrophe im politischen Prozess bewiesen werden muss. Damit das funktioniert, wird das Risiko ihres Eintritts – immer unter Rückgriff auf Anekdoten und Ereignisse der Gegenwart als ‚near-misses‘ und zur Veranschaulichung ‚was hätte sein können‘ – als unmittelbar bevorstehend dargestellt. Der Logik dieser Mobilisierungsversuche folgend, werden dafür quasi apokalyptische *Worst-Case*-Szenarien verwendet, mit denen ein gigantisches Schadensausmaß einhergeht. In Kombination führt das dazu, dass nicht mehr das eigentliche Risiko der Katastrophe die Hauptbedrohung darstellt, sondern vielmehr das Nicht-Handeln der Gegenwart.“⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ *S. Gaycken*, in: *Haupter* (Hrsg.), *Der digitale Dämon. Informations- und Kommunikationstechnologien zwischen Alltag und Ängsten*, 2013, S. 49 ff. (53). Freilich wäre auch hier zu fragen, ob *Gaycken* nicht seinerseits ein übertriebenes Bedrohungsszenario zeichnet. Angesichts der jüngst bekannt gewordenen U. S.-amerikanischen und britischen Ausspähprogramme PRISM und TEMPORA erscheint die Wortwahl aber durchaus treffend.

⁶⁹⁵ Hierzu und zum Folgenden *K. e Silva*, *Internet Policy Review* 2 (2013) Issue 4, abrufbar unter: <http://policyreview.info/articles/analysis/europes-fragmented-approach-towards-cybersecurity>, Stand 22.09.2016.

⁶⁹⁶ *P. Maass/M. Rajagopalan*, *Does Cybercrime Really Cost \$ 1 Trillion?*, *ProPublica*, 01.08.2012, abrufbar unter <https://www.propublica.org/article/does-cybercrime-really-cost-1-trillion>, Stand: 22.08.2016 mit verlinkter Dokumentation der *McAfee*-Pressemitteilung und mit weiteren Nachweisen zu skeptischen Stimmen bezüglich der Validität statistischer Aussagen zum Phänomen des Cybercrime.

⁶⁹⁷ *M. Dunn Cavelty*, in: *C. Daase/S. Engert/J. Junk* (Hrsg.), *Verunsicherte Gesellschaft – Überforderter Staat. Zum Wandel der Sicherheitskultur*, 2013, S. 133 (145).

Der Schritt von der Feststellung des Nicht-Handelns der Gegenwart zur Begründung grundrechtlicher Schutzansprüche auf entsprechendes Handeln ist dann letztlich nur noch ein kleiner.

II. Verstärkter Rekurs auf die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht im Schrifttum

Die Debatte um die mögliche grundrechtliche Schutzgehalte zur Gewährleistung der Cybersicherheit wird derzeit vor allem in Deutschland geführt. Mit Blick auf das Unionsrecht gibt es eine vergleichbare Debatte derzeit noch nicht. Aufgrund der Strukturgleichheit der Unionsgrundrechte mit den Grundrechten des Grundgesetzes ist eine ähnliche Diskussion auf europäischer Ebene jedoch in Zukunft zu erwarten, insbesondere dann, wenn der EuGH die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht anerkennt oder wenn er seinen sicherheitsgrundrechtlichen Ansatz weiter ausbaut. Wegen der Strukturgleichheit der Grundrechte im Unions- und im deutschen Verfassungsrecht weisen bereits jetzt einzelne Autoren auch explizit auf entsprechende Schutzpflichtengehalte der Unionsgrundrechte hin. Dementsprechend kann hier trotz des unionsrechtlichen Fokus auf die deutsche Debatte zurückgegriffen werden.

Die Tendenz zur verstärkten Inanspruchnahme der Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht im Bereich der Cybersicherheit wurde insbesondere im Kontext der *Snowden*-Affäre entfacht. Nach den Enthüllungen zu den massiven und weltweiten Überwachungstätigkeiten U.S.-amerikanischer und britischer Sicherheitsbehörden ist die begrenzte normative Kraft nach wie vor primär territorial gebundener Grundrechtsordnungen offenbar geworden⁶⁹⁸ und wird zum Schutz der Privatsphäre der Bürger_innen zunehmend die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht oder zumindest die ihr übergeordnete objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte in Anspruch genommen: Wenn extraterritoriale Aktivitäten von Geheimdiensten gegenüber Bürger_innen anderer Staaten keiner Grundrechtsbindung unterliegen, sei deren eigene Staatsgewalt zum aktiven Schutz vor eben diesen Übergriffen grundrechtlich verpflichtet; gleiches gelte für Übergriffe Privater auf grundrechtliche Schutzgüter.

Prominentester und zugleich engagiertester Verfechter der Schutzpflichtenthese ist dabei *Wolfgang Hoffmann-Riem*. Er deduziert aus dem Grundgesetz umfassende Aufträge zum effektiven Schutz der Kommunikationsinfrastrukturen und rekurriert dabei auch, wenn auch nicht ausschließlich, auf die objektiv-rechtliche und die schutzpflichtenrechtliche Dimension der Grundrechte im Allgemeinen und der des Rechts auf die Vertraulichkeit und die Integrität

⁶⁹⁸ S. etwa Art. 2 Abs. 1 IPbPR: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten.“ oder Art. 1 EMRK: „Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.“

informationstechnischer Systeme im Besonderen; zudem weist er auch auf entsprechende, insbesondere auch grund- bzw. menschenrechtliche Schutzaufträge im Unions- und im Völkerrecht hin; und auch wenn er auf das weite Ermessen der Verpflichteten hinweist, betont er doch die Pflicht zum effektiven Schutz; von den Schutzpflichten umfasst sieht er auch ein Engagement deutscher und europäischer Organe zur Schaffung globaler Regelungen zum Kommunikationsschutz auch vor Handeln auswärtiger Staatsorgane; mit Blick auf die Unionsebene spricht er daneben auch explizit die Möglichkeit der Setzung unionsrechtlichen Strafrechts an.⁶⁹⁹ Ganz ähnlich argumentiert auch *Hans Jürgen Papier*, der ebenfalls den weiten Ermessensspielraum von Legislative und Exekutive betont, gleichwohl aber eine grundrechtliche Pflicht zur Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionierung sowie in diesem Zusammenhang eine Umstellung vom Tatort- auf das Schutzprinzip andiskutiert. Zudem hält er eine Verschärfung der nationalen und unionsrechtlichen Vorschriften zur Datensicherung bei Telekommunikationsdienstleistungen anbietenden Unternehmen sowie einen „energischen“ Einsatz des deutschen Staates für bilaterale und unilaterale Datenschutzabkommen für geboten.⁷⁰⁰ Auf menschenrechtliche Schutzpflichten aus dem IPbPR und der EMRK weisen ganz allgemein und kürzer auch die weiteren Sachverständigen im NSA-Untersuchungsausschuss des Bundestages zur NSA-Affäre *Helmut Philipp Aust*,⁷⁰¹ *Stefan Talmon*,⁷⁰² und *Dowwe Korff*⁷⁰³ hin.

Mögliche grundgesetzliche Schutzpflichten diskutieren in der Literatur auch *Wolfgang Ewer/Tobias Thienel*, verneinen aber aufgrund des im Bereich der Außenpolitik sehr weiten Ermessensspielraums grundrechtliche Schutzpflichten der Bundesregierung mit Blick auf PRISM und TEMPORA.⁷⁰⁴ *Peter Schaar* hält staatliche Stellen für grundrechtlich verpflichtet, „sich für den Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses und des Datenschutzes auch im internationalen Verkehr einzusetzen. Aus der staatlichen Schutzpflicht folgt auch, dass die Bundesregierung auf europäischer Ebene und darüber hinaus in diesem Sinne aktiv werden muss.“⁷⁰⁵ Speziell eine Pflicht zum nationalen Routing

⁶⁹⁹ Siehe zu all diesen Punkten *W. Hoffmann-Riem*, JZ 2014, S. 53 und *W. Hoffmann-Riem*, AöR 2009, S. 513 sowie *W. Hoffmann-Riem*, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22. Mai 2014, letzteres abrufbar unter www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848, Stand: 14.07.2016.

⁷⁰⁰ *H. J. Papier*, Gutachtliche Stellungnahme. Beweisbeschluss SV-2 des ersten Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode, S. 9ff., abrufbar unter der in Fn. 699 genannten URL.

⁷⁰¹ *H. P. Aust*, Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 5. Juni 2014, S. 9f., abrufbar unter der in Fn. 699 genannten URL.

⁷⁰² *S. Talmon*, Sachverständigen Gutachten gemäß Beweisbeschluss SV-4 des 1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode, S. 11, abrufbar unter der in Fn. 699 genannten URL.

⁷⁰³ *D. Korff*, Expert Opinion. prepared for the Committee of Inquiry of the Bundestag into the „5EYES“ global surveillance systems revealed by Edward Snowden, S. 18, abrufbar unter der in Fn. 699 genannten URL.

⁷⁰⁴ *W. Ewer/T. Thienel*, NJW 2014, S. 30 (34f.).

⁷⁰⁵ *P. Schaar*, ZRP 2013, S. 214 (215).

als Gegenmaßnahme zur Spionage durch fremde Staaten diskutiert *Christian Geminn*, kommt aber zum Schluss, dass eine solche Pflicht nur bestünde, wenn andere mögliche Maßnahmen „evident unzureichend“ wären.⁷⁰⁶ *Sophie Lenski* hält ein Schengen-Routing trotz der damit verbundenen enormen Kosten für verfassungsrechtlich (grundgesetzlich) geboten. Sie leitet einen entsprechenden Gewährleistungsauftrag zwar einerseits aus Art. 87f GG ab, spricht aber andererseits in diesem Zusammenhang auch von grundrechtlichen Schutzpflichten. Daneben hält sie die Schaffung von mehr Transparenz mit Blick auf ausländische Überwachungstätigkeiten für grundrechtlich geboten.⁷⁰⁷

Grundrechtliche Schutzpflichten im Bereich der Cybersicherheit werden aber auch fernab der NSA-Affäre diskutiert. *Christoph Möllers/Ludger Pflug* und ähnlich auch *Matthias Sonntag* leiten aus den Grundrechten eine Pflicht zur Generierung des für den Schutz kritischer IT-Infrastrukturen notwendigen Wissens durch die zuständigen Behörden ab.⁷⁰⁸ *Sönke Schulz* spricht insgesamt allgemeiner von „Verkehrssicherungspflichten“ und damit von grundrechtlichen Schutzpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit im engeren Sinne.⁷⁰⁹ Ähnlich, aber kürzer meint dies auch etwa *Holger Greve*, der mit Blick auf das Internet von einer erhöhten Pflichtendichte des Staates ausgeht.⁷¹⁰ Ausführlich zu möglichen, speziell vom deutschen, in Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG verorteten Grundrecht auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme statuierten grundrechtlichen Schutzpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit äußert sich daneben auch etwa *Dieter Heckmann*.⁷¹¹ Speziell mit Blick auf den Schutz kritischer IT-Infrastrukturen sieht *Matthias Sonntag* verschiedene grundrechtliche Schutzpflichten, etwa solche zur Verschärfung des Strafrechts, zur Beobachtung von Risikotechnologien und zur Wissensgenerierung bzgl. möglicher Gefahrenpotentiale.⁷¹² *Utz Schliesky/Christian Hoffmann/Annika Luch/Sönke Schulz/Kim Borchers* sprechen sich für eine Weiterentwicklung unter anderem der Schutzpflichtendogmatik aus und bezweifeln die Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts durch die Einräumung sehr weiter Ermessensspielräume.⁷¹³ Zugleich weisen sie aber auf

⁷⁰⁶ C. L. Geminn, MMR 2015, S. 98 (102).

⁷⁰⁷ S. Lenski, ZG 2014, S. 324 (336 ff.). Siehe zur Idee der „Entnetzung“ im Allgemeinen – allerdings ohne expliziten Grundrechtsbezug, auch etwa S. Gaycken, MMR 2011, S. 3–8 und M. Karger/S. Gaycken, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz. Rechtshandbuch, 2014, Teil VI, Kapitel 5, Rn. 89 ff. Dass die Option der Entnetzung nicht völlig unrealistisch ist zeigt jüngst das Vorhaben Singapurs, die IT der öffentlichen Verwaltung aus dem Netz zu nehmen, s. U. Putz, Spiegel Online 14.06.2016.

⁷⁰⁸ C. Möllers/L. Pflug, in: Kloepfer (Hrsg.), Schutz kritischer Infrastrukturen. IT und Energie, 2010, S. 47 ff. (59 ff.); M. Sonntag, IT-Sicherheit kritischer Infrastrukturen. Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, 2005, S. 115 f.

⁷⁰⁹ S. E. Schulz, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Die Vermessung des virtuellen Raums. Evolution des Rechts- und Verwaltungssystems III, 2012, S. 265 ff.

⁷¹⁰ H. Greve, HFR 2015, S. 1 (13 Rn. 17 ff.).

⁷¹¹ Heckmann, in: Rüßmann (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer, 2009, S. 129 ff.

⁷¹² M. Sonntag, IT-Sicherheit kritischer Infrastrukturen. Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, 2005, S. 98 ff.

⁷¹³ U. Schliesky/C. Hoffmann/A. D. Luch/S. E. Schulz/K. C. Borchers, Schutzpflichten

die wegen der territorialen Gebundenheit begrenzte Regelungskraft des nationalen Verfassungsrechts hin.⁷¹⁴ In den Fokus rücken dürften damit auch für sie unionsrechtliche und völkerrechtliche Schutzpflichten.

Bei der Ableitung grundrechtlicher Schutzpflichten wird wie bereits erwähnt besonderes Augenmerk auf das Recht auf die Gewährleistung der Integrität und der Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme gelegt. Das neue IT-Grundrecht soll dieser angenommenen verstärkten Schutzverantwortung schon mit seiner Bezeichnung als „Recht auf Gewährleistung“ Rechnung tragen.⁷¹⁵ Dementsprechend hält etwa *Annika Luch*, einige Novellierungen des BDSG und das De-Mail-Gesetzes durch das IT-Grundrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung „motiviert“.⁷¹⁶

III. Versicherheitlichungstendenzen verstärkender Rights Talk als Folge

Der beschriebene Versicherheitlichungsprozess im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung wird durch den intensiven Rekurs auf die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht (und theoretisch auch der des Grundrechts auf Sicherheit) verstärkt: Mit ihr steht entsprechenden Sicherheitsakteuren eine weitere, spezifisch rechtliche Argumentationsfigur zur Verfügung. Denn wie in den vorherigen Kapiteln dargelegt, kann mit Hilfe der grundrechtlichen Schutzpflicht die politische Unverhandelbarkeit bestimmter Cybersicherheitsmaßnahmen grundrechtlich begründet werden. Die Sachmaterie wird insofern dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren entzogen und kann so effektiv reguliert werden. Insofern erscheint der intensive Rekurs auf die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht im Bereich der Cybersicherheit besonders problematisch.

Zwar betonen Literatur und Bundesverfassungsgericht einerseits schon mit Blick auf das Institut der grundrechtlichen Schutzpflicht im Allgemeinen gebetsmühlenartig den weiten Ermessensspielraum gerade des Gesetzgebers mit Blick auf die ihn treffenden grundrechtlichen Schutzpflichten. Gleichwohl ist andererseits der intensive Rekurs auf grundrechtliche Schutzpflichten an sich in diesem Zusammenhang auffällig. Letztlich sind hier Ansätze eines *Rights Talks* im Sinne einer Verengung der politischen Debatte auf grundrechtliche Argumente zu erkennen, weil alle Autor_innen im Zusammenhang mit ihren

und Drittwirkung im Internet. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter, 2014, S. 155 f. Siehe für eine kurze Zusammenfassung der Thesen des Buches auch *C. Hoffmann/S. E. Schulz/K. C. Borchers*, MMR 2014, S. 89.

⁷¹⁴ Ebd. S. 179 ff.

⁷¹⁵ *W. Hoffmann-Riem*, JZ 2014, S. 53 (57) mit weiteren Argumenten für die besondere gewährleistungsrechtliche Dimension des IT-Grundrechts auf S. 57 f. Siehe hierzu ferner auch etwa *E.-W. Böckenförde*, JZ 2008, S. 925 (928): „Hier [gemeint ist der Schutz der Integrität informationstechnischer Systeme als Teilaspekt des IT-Grundrechts] liegt der Akzent nicht auf dem Schutz subjektiver Abwehrrechte, sondern auf der Begründung eines objektiv-rechtlichen Schutzes informationstechnischer Systeme, der allerdings noch der Ausgestaltung durch weitere Entscheidungen bedarf.“

⁷¹⁶ *A. D. Luch*, MMR 2011, S. 75 (78 f.).

Vorschlägen für konkrete Maßnahmen der Cybersicherheitsgewährleistung die grundrechtlichen Schutzpflichten zumindest erwähnen und als zumindest unterstützendes Argument für ihren Vorschlag anführen, obgleich sie sich der gegenwärtigen Grundrechtsdogmatik bewusst sind, die eben den sehr weiten Ermessensspielraum von Exekutive und Legislative bei der Erfüllung der Schutzpflichten hervorhebt. Zwar ist den wenigsten der oben erwähnten Autor_innen zu unterstellen, dass sie gerade die von ihnen konkret vorgeschlagenen Maßnahmen als zwingenden Ausfluss von Grundrechtsverbürgungen begreifen. Für die Begünstigung eines *Rights Talks* genügt wie eingangs dargestellt aber auch der Rekurs auf die das bloße „Ob“ von Schutzmaßnahmen regelnde Schutzpflichtendimension der Grundrechte. Auch so kann eine argumentative Spirale in Gang gesetzt werden, in der grundrechtliche Argumente zunehmend die politische Debatte bestimmen und sich grundrechtliche Argumentationen immer stärker auf die Behauptung ganz konkreter grundrechtlicher, auf ganz konkrete Maßnahmen gerichteter Schutzansprüche verengen. Letztlich birgt dies auch die Gefahr eines verstärkten Zugriffs durch die Gerichtsbarkeiten auf dieses Thema. Wie dargelegt stünde eine solche Entwicklung insgesamt in Spannung mit den unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung.

Mithin lassen sich im Bereich der Cybersicherheit erste Ansätze eines Prozesses der Versicherheitlichung beobachten, der gerade nicht gegen das Recht arbeitet, sondern sich vielmehr der Mittel des Rechts bedient. Dabei begünstigt die gestufte Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Cybersicherheit durch die Figuren des legitimen Zwecks, der grundrechtlichen Schutzpflicht und des Sicherheitsgrundrechts entsprechende Rechtfertigungsstrategien solcher Versicherheitlichungsprozesse: Umso mehr und umfangreichere sicherheitsgrundrechtliche Ansprüche Anerkennung in Rechtsprechung und Literatur finden, desto erfolgreicher können sich Versicherheitlichungsprozesse auch innerhalb des Rechts vollziehen und sich insoweit verfassungsrechtlich legitimieren.

IV. Sicherheitsgrundsatz als grundrechtsdogmatische Alternative

Angesichts der existierenden grundrechtsdogmatischen, auf Individualschutz fokussierten Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit scheint dieser Rekurs auf die grundrechtlichen Schutzpflichten mit Blick auf die Cybersicherheitsgewährleistung konsequent, weil dieser Bereich hohe Grundrechtsrelevanz hat, dessen Strukturen zugleich aber ganz überwiegend in privater, und damit nicht unmittelbar grundrechtsgebundener Hand sind.⁷¹⁷

Angesichts der Vielzahl an denkbaren – in der die Schutzpflichten besonders betonenden Literatur auch nur teilweise angesprochenen – alternativen Schutzmaßnahmen, angefangen bei hard- wie softwareseitiger *Security by Design*, über die Produkthaftung, eines schon erwähnten Schengen-Routings oder der partiellen Entnetzung bestimmter IT-Subsysteme bis hin zu nutzerseitigen

⁷¹⁷ Dies stellt allgemein und konkret angewendet auf die IT-gestützte Kommunikation auch W. Hoffmann-Riem, JZ 2008, S. 1009 (1013) fest.

Maßnahmen wie Ansätze zur Stärkung der individuellen digitalen Souveränität zur Ermöglichung von Selbstschutz durch entsprechende Bildungsalternativen, erweist sich die These der grundrechtlichen Gebotenheit konkret einzelner solcher Maßnahmen indes als unzutreffend. Schon die grundsätzliche Ansicht darüber, ob die Grundrechte die öffentliche Gewalt zum Schutz der Bürger_innen vor Bedrohungen im Cyberraum zur Vornahme von Maßnahmen zum Fremd- oder zum eigenverantwortlichen Selbstschutz verpflichten, kann allein durch Auslegung der entsprechenden Grundrechtsnormen mittels juristischer Hermeneutik nicht beantwortet werden. Hierzu bedarf es daneben vor allem grundrechtstheoretischer Substanz, die in den entsprechenden Debattenbeiträgen in aller Regel fehlt. Sämtliche vorgeschlagenen Maßnahmen haben Vorzüge und Nachteile. Ihre Abwägung ist keine Aufgabe der Rechtsauslegung und -anwendung, sondern eine der politischen Aushandlung. Eine Reduktion des administrativen und legislativen Ermessens auf eine konkrete vorzunehmende Schutzmaßnahme wird sich in diesem Bereich allenfalls in spezifischen Einzelfällen ergeben.

Die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht wird in diesem Bereich also überdehnt. Wegen dieser Versicherheitlichungspotentiale und -tendenzen ist es im Bereich der Cybersicherheit sachgerechter, für allgemeine Fragen der Cybersicherheitsleistung in Abgrenzung zu konkreten Einzelfallfragen die Grundrechte in ihrer Schutzpflichtendimension durch die Anerkennung des sie wie dargelegt teilweise ersetzenden Sicherheitsgrundsatzes zu entlasten. Er formuliert gerade keine konkreten vorzunehmenden Regulierungsmaßnahmen durch administrative und legislative Rechtsakte, sondern ausschließlich eine allgemeine Pflicht auch zur Cybersicherheitsgewährleistung. Er würde damit den ersten Zugriff des Gesetzgebers auf dieses politische Thema sichern und den Einfluss der Judikative zunächst begrenzen. Mit ihm würde die schon aus der Vielzahl der in der Literatur präsentierten Regulierungsvorschläge die besondere Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels (Cyber)Sicherheit besser Rechnung getragen als mit der grundrechtlichen Schutzpflicht oder gar dem Grundrecht auf Sicherheit. Daneben wird ein *Rights Talk* verhindert, der die politische Debatte mit Blick auf konkrete Maßnahmen zur Cybersicherheitsgewährleistung auf grundrechtliche Argumente verengt. Damit würde zugleich den in diesem Bereich bestehenden Versicherheitlichungstendenzen entgegenwirken: Sicherheitsakteuren mit entsprechender Agenda würde so zumindest die Möglichkeit genommen, die effektive Regulierung der Cybersicherheit unter Umgehung echter, weil ergebnisoffener parlamentarischer Aushandlungsprozesse dadurch zu erreichen, dass die grundrechtlich zwingende Gebotenheit bestimmter Schutzmaßnahmen behauptet und die parlamentarische Debatte darum dadurch entbehrlich wird.

C. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der verschiedenen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit

Die Cybersicherheit wird zunehmend europäisch reguliert (dazu I.). Versteht man die Cybersicherheitsgewährleistung als Teil des in dem chartarechtlichen Sicherheitsgrundsatz unionsverfassungsrechtlich zum Ausdruck kommenden Gewährleistungsziels Sicherheit, wird die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung nicht nur etwa als aus unionsgrundrechtlicher Sicht bloße Regelungsoption des EU-Gesetzgebers im Sinne der Erfüllung eines legitimen Zwecks, oder als Ausfluss zwingender Grundrechtsgehalte aus den grundrechtlichen Schutzpflichten oder gar dem Grundrecht auf Sicherheit, mit anderen Worten als bloßer Vollzug verfassungsrechtlicher Vorgaben intelligibel. Sie wird vielmehr als politisch ausgehandelte Umsetzung ausfüllungsbedürftiger verfassungsrechtlicher Zielsetzungen denkbar, die die durch den Sicherheitsgrundsatz verfassungsrechtlich und insbesondere in der Abwägung mit widerstreitenden Verfassungsgütern, allen voran den Unionsgrundrechten, lediglich verfassungsrechtlich legitimiert wird. Sie ist dann lediglich den wenigen beschriebenen sicherheitsgrundsätzlichen Rechtsauslegungs- und Anwendungsregeln unterworfen (dazu II.).

I. Cybercrime- und NIS-Richtlinie als wesentliche Pfeiler der europäischen Sicherheitsgesetzgebung

In ihrer Cybersicherheitsstrategie skizzieren Kommission und Außenbeauftragte der EU die künftigen Eckpfeiler der europäischen Cybersicherheitsgewährleistung. Bereits im Jahr 2004 wurde für diese Zwecke die Agentur der Europäischen Union für Netz- und Informationssicherheit (ENISA) gegründet, die vor allem unterstützende und koordinierende Funktion mit Blick auf die Cybersicherheitspolitik der Mitgliedstaaten hat.⁷¹⁸ Zur europäischen Cybersicherheitsgesetzgebung gehören neben verschiedenen Einzelregelungen in bereichsspezifischen Rechtsakten vor allem die Richtlinien 2013/40/EU über Angriffe auf Informationssysteme (im Folgenden Cybercrime-Richtlinie)⁷¹⁹ und über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union (im Folgenden

⁷¹⁸ S. für Details ihre Aufgaben und Organisation betreffend die VO/526/2013/EU vom 21. Mai 2013 über die Agentur der Europäischen Union für Netz- und Informationssicherheit (ENISA) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 460/2004.

⁷¹⁹ RL 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.08.2016 über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates.

NIS-Richtlinie)^{720,721} Die Cybercrime-Richtlinie verpflichtet zur Einführung konkreter Straftatbestände mit konkreten Mindesthöchststrafen zum Schutze vor Cyberkriminalität. Die NIS-Richtlinie stärkt die ENISA, indem sie unter anderem konkrete Meldepflichten für von Cyberattacken betroffene Betreiber kritischer Infrastrukturen, mit deren Hilfe entsprechende Cybersicherheitsbedrohungen identifiziert werden können, sowie entsprechende Kooperations- und insbesondere Informationsaustauschpflichten zwischen den Mitgliedstaaten mit Blick auf Cybersicherheitsbedrohungen vorsieht. Die EU verfolgt mit der Cybercrime- und der NIS-Richtlinie zur Gewährleistung der Cybersicherheit ihrer Bürger_innen derzeit also vor allem einen strafrechtlichen Ansatz⁷²² einerseits und einen informationsrechtlichen Ansatz⁷²³ andererseits und greift damit einige der in der Literatur geleisteten Debattenbeiträge auf.

II. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte des legitimen Zwecks, der grundrechtlichen Schutzpflicht und des Sicherheitsgrundrechts

Am Beispiel dieser beiden Rechtsakte werden im Folgenden die grundrechtsdogmatischen Vorzüge des zuvor entwickelten Sicherheitsgrundsatzes gegenüber den Figuren des legitimen Zwecks (dazu 1.), der grundrechtlichen Schutzpflicht und des Grundrechts auf Sicherheit (dazu 2.) mit Blick auf die Vermeidung von Versicherheitlichungsprozessen und auf die Schonung des Demokratie- und des Gewaltenteilungsgrundsatzes aufgezeigt. Mit der Konzeption des Gewährleistungsziels (Cyber-)Sicherheit als Sicherheitsgrundsatz kann der Gefahr einer übermäßigen Inanspruchnahme insbesondere der Konzeptionen als Schutzpflicht und Grundrecht effektiv entgegengewirkt werden, weil mit ihm eine grundrechtsdogmatische Alternative zur verfassungsrechtlichen Artikulation von Schutzaufträgen besteht (dazu 3.).

1. Europäische Cybersicherheit als legitimer Zweck

Die Gewährleistung von Cybersicherheit als legitimer Zweck zur Grundrechtsbeschränkung begegnet aus der Perspektive von Demokratieprinzip und Gewaltenteilungsgrundsatz keinen Bedenken, weil Cybersicherheitsgewährleistung verstanden als legitimer Zweck bloße Handlungsoption, nicht aber Handlungspflicht der Hoheitsgewalt darstellt. Weder führt die Figur des legitimen

⁷²⁰ RL 2016/1148/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union..

⁷²¹ Siehe aber zu dem weiten, und damit eben auch weitere Rechtsakte wie die Kinderpornografie-Richtlinie umfassende Verständnis der europäischen Cybersicherheitsgesetzgebung nochmals 4. Teil, A. I. 2.: *Cybersicherheit aus politischer und juristischer Sicht*.

⁷²² Siehe zu diesem Ansatz mit seinen Möglichkeiten und Grenzen eingehend *D. Brodowski*, in: H.-J. Lange/A. Böttcher (Hrsg.), *Cyber-Sicherheit*, 2015, S. 249 ff.

⁷²³ Siehe zu diesem Ansatz eingehend *H. Leisterer*, *Internetsicherheit in Europa – Das Informationsverwaltungsrecht als Beitrag zur Gewährleistung der Netz- und Informationssicherheit in der Europäischen Union*, i. E.

Zwecks zu zwingenden Deduktionen konkreter Umsetzungspflichten aus der Verfassung, noch birgt sie die Gefahr eines *Rights Talks*, denn sie selbst ist zur Vermittlung irgendwelcher Rechtspflichten und sie gegebenenfalls spiegelnder Rechtsansprüche nicht geeignet.

Gerade dieses Verständnis der Cybersicherheitsgewährleistung als bloßer Handlungsoption, nicht Handlungspflicht hoheitlicher Gewalt, ist aus staats-theoretischer Perspektive problematisch, die die Sicherheitsgewährleistung gegenüber den Bürger_innen als letzte Legitimation hoheitlicher Gewalt versteht. Cybersicherheitsgewährleistung allein als legitimer Zweck konzipiert stellt diese hoheitliche Aufgabe indes zur vollständigen Disposition von Legislative und Exekutive und erweist sich demnach als zu offen gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen.

2. Europäische Cybersicherheit als unionsgrundrechtliche Schutzgehalte

Ergänzend treten deshalb einzelgrundrechtliche Schutzpflichten mit gegebenenfalls korrespondierenden einzelgrundrechtlichen Schutzansprüchen im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung hinzu. Als möglicher Inhalt grundrechtlicher Schutzpflichten wäre hier angefangen von einer grundsätzlichen Pflicht zum Erlass der Cybercrime- und der NIS-Richtlinie dem Grunde nach bis hin zu ihren konkreten Regelungsgehalten grundsätzlich alles denkbar, je nachdem, wann man das damit erreichte Schutzniveau im Bereich der Cybersicherheit für schutzpflichtenrechtlich angemessen hält.⁷²⁴ Mögliche grundrechtliche Schutzpflichten spezifisch zum Erlass von Strafnormen zur Gewährleistung der Cybersicherheit werden etwa – wie bereits erwähnt – von *Hoffmann-Riem* und *Papier* ins Gespräch gebracht,⁷²⁵ und in der Literatur werden wie eingangs dargelegt verschiedene mögliche konkrete schutzpflichtenrechtliche Gehalte der Grundrechte mit Blick auf die Cybersicherheit diskutiert. Betrachtet man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch, in der die strafrechtliche Sanktionierung als möglicher Inhalt einer grundrechtlichen Schutzpflicht gesehen wurde,⁷²⁶ oder auch die ausgreifende Rechtsprechung des EGMR zu den Schutzpflichten im Allgemeinen und etwa zum Recht auf Leben gemäß Art. 2 EMRK im Besonderen,⁷²⁷ erscheint diese

⁷²⁴ Hier stellte sich zugleich die Frage nach der föderalen Dimension der unionsgrundrechtlichen Schutzpflicht, die nach dem Subsidiaritätsprinzip möglicherweise auch erst dann eingreifen könnte, wenn die mitgliedstaatlichen Grundrechte einen entsprechenden Schutz nicht zu gewährleisten vermögen. Solche Fragen werden künftigen Forschungsarbeiten überlassen, sind sie doch für die hier im Interesse stehende, grundsätzlichere Frage nach möglichen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit unerheblich.

⁷²⁵ *H. J. Papier*, Gutachtliche Stellungnahme. Beweisbeschluss SV-2 des ersten Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode vom 16.06.2014, S. 10f. mit Blick auf das Grundgesetz; *W. Hoffmann-Riem*, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22. Mai 2014, S. 23 mit spezifischem Blick auch auf das Unionsrecht, beide Stellungnahme sind abrufbar unter www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848, Stand. 12.07.2016.

⁷²⁶ BVerfGE 39, 1 (42ff.) – *Schwangerschaftsabbruch*.

⁷²⁷ S. dazu bereits die Fn. 187 und 188.

Ansicht von *Hoffmann-Riem* und *Papier* auch nicht abwegig. Auch mit Blick auf die durch die Vorratsdatenspeicherung besonders gefährdeten Persönlichkeitsrechte hat das Bundesverfassungsgericht die grundrechtliche Gebotenheit einer „Sanktionierung“ unbefugter Zugriffe auf die auf Vorrat gespeicherten Daten durch Dritte festgestellt.⁷²⁸

Verstände man die Cybersicherheitsgesetzgebung der EU als zwingenden Ausfluss grundrechtlicher Schutzpflichten, wäre sie in weiten Teilen dem demokratischen Aushandlungsprozess entzogen. Gerade mit Blick auf die Angemessenheit als weiches und eher konturloses Tatbestandsmerkmal des durch die grundrechtlichen Schutzpflichten statuierten Untermaßverbots erscheint eine künftige Verdichtung einzelgrundrechtlicher Schutzpflichten zur Cybersicherheitsgewährleistung etwa derart, dass der Erlass der Cybercrime- oder der NIS-Richtlinie als grundrechtlich geboten gewertet wird, nicht gänzlich abwegig – nicht zuletzt, weil gerade mit dem Untermaßverbot ein Anknüpfungspunkt für Versicherheitslichungsprozesse existiert, konkrete Schutzmaßnahmen gegen behauptete Unsicherheiten als grundrechtlich geboten zu definieren und sie damit zur effektiven Regulierung dem Politischen entziehen zu können. Selbst wenn man aber eine solche Entwicklung für unwahrscheinlich hält, bleibt wegen der Verortung der Gewährleistungsaufgabe Cybersicherheit in den subjektiv-rechtlichen Grundrechten zumindest das Potential eines *Rights Talks*, nach dem um konkrete Schutzmaßnahmen weniger mit politischen und mehr mit grundrechtlichen Argumenten und einer entsprechenden Anspruchs-rhetorik gestritten wird, in diesem Bereich groß.

Das eigenständige Grundrecht auf Sicherheit würde nun zu einer quantitativen wie qualitativen Anspruchsverdichtung im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung führen. Nicht mehr nur die Frage des „Ob“, sondern auch die Frage des „Wie“, also die der konkreten Ausgestaltung des sekundär- und tertiärrechtlichen Sicherheitsrechts, würde durch das Grundrecht auf Sicherheit zunehmend – und nicht nur im Sinne eines *Rights Talks*, sondern auch aus genuin rechtlicher Perspektive – zur Grundrechts- und immer weniger zur sicherheitspolitischen Frage. Im Lichte eines solchen Grundrechts und seiner das schutzpflichtenrechtliche Untermaßverbot derogierenden Wirkung erschiene das Verständnis der europäischen Cybersicherheitsgesetzgebung als zwingender Ausfluss grundrechtlicher Schutzansprüche noch weniger abwegig als bei den einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten und Schutzansprüchen. Zudem würde das ohnehin schon bestehende Potential eines *Rights Talks* noch einmal enorm

⁷²⁸ BVerfGE 125, 260 (339) – *Vorratsdatenspeicherung*: „Würden auch schwere Verletzungen des Telekommunikationsgeheimnisses im Ergebnis sanktionslos bleiben mit der Folge, dass der Schutz des Persönlichkeitsrechts, auch soweit er in Art. 10 Abs. 1 GG eine spezielle Ausprägung gefunden hat, angesichts der immateriellen Natur dieses Rechts verkümmern würde [...], widerspräche dies der Verpflichtung der staatlichen Gewalt, dem Einzelnen die Entfaltung seiner Persönlichkeit zu ermöglichen [...] und ihn vor Persönlichkeitsrechtsgefährdungen durch Dritte zu schützen [...]. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn unberechtigt gewonnene Daten weitgehend ungehindert verwendet werden dürften oder eine unberechtigte Verwendung der Daten mangels materiellen Schadens regelmäßig ohne einen der Genugtuung der Betroffenen dienenden Ausgleich bliebe.“

erhöht, weil staatsrechtliche Pflichten zur Sicherheitsgewährleistung nun nicht mehr unter Rückgriff auf verfassungsrechtliche Hermeneutik und Grundrechtstheorie aus den eigentlich abwehrrechtlich konzipierten Freiheitsrechten gewonnen werden müssten, sondern vielmehr ein eigenes Grundrecht die Sicherheitsgewährleistung in ganz allgemeiner Weise explizit garantierte. Die Sicherheitsgewährleistung als Pflichtgehalt eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts würde viel offensichtlicher und dementsprechend auch politische und gerade nicht-juristische Diskurse entsprechend beeinflussen. Ein solches Grundrecht erweist sich deshalb gerade zu als Einfallstor für sich innerhalb des Rechts vollziehende Versicherheitlichungsprozesse.

Insgesamt bieten die grundrechtliche Schutzpflicht und das Grundrecht auf Sicherheit zentrale Anknüpfungspunkte für die Stärkung der sich im Bereich der Cybersicherheit ohnehin schon vollziehenden Versicherheitlichungsprozesse. Gerade in diesem Bereich, der einerseits eine immer zentralere Bedeutung im Alltagsleben jedes und jeder Einzelnen einnimmt, und in dem extrem übertriebene Bedrohungsszenarien bei gleichzeitig fehlendem technischen Fachwissen bei beiden Teilen der Bevölkerung wie auch bei den Eliten – und nicht zuletzt auch bei den Gerichten – aufeinanderstoßen, stellen diese grundrechtsdogmatischen Figuren starke Argumente dar, um Fragen der Cybersicherheit dem Politischen zu entziehen und sie unter Berufung auf den Grundrechtsschutz effektiv zu regulieren.

Das dadurch entstehende beziehungsweise sich verschärfende Spannungsverhältnis zu Demokratieprinzip und Gewaltenteilungsgrundsatz lässt sich an je einem Beispiel aus der Cybercrime- und der NIS-Richtlinie verdeutlichen: Nach Art. 7 der Cybercrime-Richtlinie sollen bereits bestimmte bloße Vorbereitungshandlungen zur späteren Begehung von Cyberattacken unter Strafe gestellt werden;⁷²⁹ nach Art. 14 Abs. 3 der NIS-Richtlinie sollen Betreiber wesentlicher Dienste, wozu nach Art. 4 Nr. 4 iVm. Nr. 7 des Anhang III digitale Infrastrukturen bereitstellende private und öffentliche Einrichtungen gehören, zur unverzüglichen Meldung von sie betreffenden IT-Sicherheitsvorfällen mit erheblichen Auswirkungen auf die Verfügbarkeit der von ihnen bereitgestellten Dienste an die zuständigen Behörden oder dem gemäß Art. 9 der Richtlinie einzurichtenden nationalen Computer-Notfallteam (CSIRT) verpflichtet werden; gemäß Art. 14 Abs. 6 der Richtlinie kann die zuständige Behörde oder das CSIRT nach Anhörung des betroffenen Betreibers die Öffentlichkeit über einzelne Sicherheitsvorfälle unterrichten, sofern die Sensibilisierung der Öffentlichkeit zur Verhütung von Sicherheitsvorfällen oder zur Bewältigung aktueller

⁷²⁹ Art. 7 der Richtlinie lautet: „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass das vorsätzliche und unbefugte Herstellen, Verkaufen, Beschaffen zwecks Gebrauchs, Einführen, Verbreiten oder anderweitige Verfügbarmachen folgender Instrumente, das mit der Absicht erfolgt, eine Straftat im Sinne der Artikel 3 bis 6 zu begehen, zumindest dann unter Strafe gestellt wird, wenn kein leichter Fall vorliegt:

a) eines Computerprogramms, das in erster Linie dafür ausgelegt oder hergerichtet worden ist, eine Straftat im Sinne der Artikel 3 bis 6 zu begehen;

b) eines Computerpassworts, eines Zugangscodes oder ähnlicher Daten, die den Zugang zu einem Informationssystem als Ganzem oder zu einem Teil davon ermöglichen.“.

Sicherheitsvorfälle erforderlich ist. Ganz ähnliche Meldepflichten und Unterrichtungsmöglichkeiten statuiert die Richtlinie gemäß Art. 16 Abs. 3, 5 und 7 auch für Anbieter digitaler Dienste, zu welchen gemäß Art. 4 Nr. 5 iVm. Anhang III der Richtlinie Anbieter von Online-Marktplätzen, von Online-Suchmaschinen und von Cloud-Computing-Diensten gehören.

Je nachdem, welche Pflichtendichte die einzelnen Grundrechte oder das Grundrecht auf Sicherheit aufweisen,⁷³⁰ können in letzter Konsequenz sogar diese Regelungen als konkreter Inhalt grundrechtlicher Schutzpflichten beziehungsweise grundrechtlicher Schutzansprüche definiert werden. Weil aber die Freiheitsgrundrechte der Strafbarkeit bloßer Vorbereitungshandlungen Grenzen setzen und diese Regelungen deshalb eine hohe Grundrechtsrelevanz aufweisen,⁷³¹ erfordert der Wesentlichkeitsgedanke als Ausfluss des Demokratieprinzips eine umfassende parlamentarische Beteiligung, um die konkrete Reichweite der entsprechenden Straftatbestände jenseits der ihnen grundrechtlich gesetzten Grenzen demokratisch auszuhandeln.⁷³² Die Einführung von Meldepflichten für IT-Dienstleister und die Veröffentlichung der gemeldeten Informationen ist zwar wegen der weniger schwerwiegenden Folgen als im Falle des infolge strafbaren Verhaltens drohenden Freiheitsentzugs aus der Grundrechtsperspektive zwar weniger sensibel, aber auch nicht irrelevant.⁷³³ Vor allem aber trifft auch hier eine Vielzahl unterschiedlicher Interessen aufeinander und erweist sich jedenfalls die Veröffentlichung entsprechender Informationen über IT-Sicherheitsvorfälle als ambivalent. Die Abwägung der widerstreitenden

⁷³⁰ Siehe zu den etwa vom Bundesverfassungsgericht angelegten unterschiedlichen Maßstäben von einer bloßen Evidenz- über eine Vertretbarkeits- bis hin zu einer Inhaltskontrolle bei der Prüfung von grundrechtlichen Schutzpflichtenverletzungen nochmals C. Callies, JZ 2006, S. 321 ff. (323) mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

⁷³¹ Im deutschen Recht wird die Debatte um die Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit bloßer Vorbereitungshandlungen jüngst mit Blick auf § 89a StGB geführt. Instruktiv dazu etwa BGH, Urt. v. 08.05.2014, Rs. 3 StR 243/13, HRRS 2014 Nr. 929, abrufbar unter <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/13/3-243-13-1.php>, Stand 12.07.2016 mit zahlreichen Nachweisen zu den hierzu vertretenen Ansichten im Schrifttum in Rn. 7. Instruktiv aus dem Schrifttum daneben etwa H. Hungerhoff, Vorfeldstrafbarkeit und Verfassung. Eine Untersuchung von § 89a StGB unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, 2013.

⁷³² Allgemeiner sieht auch etwa D. Brodowski, in: H.-J. Lange/A. Böttcher (Hrsg.), Cyber-Sicherheit, 2015, S. 249 ff. (251) die Verantwortung zur Bestimmung von Grund und Umfang von Strafansprüchen generell und damit auch mit Blick auf das Cyberstrafrecht aus demokratiethoretischen Erwägungen bei den Parlamenten.

⁷³³ In Frage käme hier zwar etwa ein Eingriff in die durch die Berufs- bzw. die unternehmerische Freiheit (Art. 15, 16 GRCh, Art. 12 GG) geschützte Wettbewerbsfreiheit, weil die Veröffentlichung konkreter Informationen, etwa Warnungen vor gesundheitsgefährdenden Produkten, gerade Einfluss auf den Wettbewerb nimmt. Das verfassungsrechtliche Gewicht dieser Interessen dürfte aber gering sein, C. Möllers/L. Pflug, in: Klopfer (Hrsg.), Schutz kritischer Infrastrukturen. IT und Energie, 2010, S. 47 ff. (60); das Bundesverfassungsgericht etwa sieht in solchen Warnungen schon gar keinen Grundrechtseingriff, soweit sie auf Tatsachen beruhen, weil diese Warnung dann vielmehr wettbewerbsermöglichend wirke H. Leisterer/F. Schneider, in: Schneider/Wahl (Hrsg.), Herausforderungen für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa. Aktuelle Beiträge des Kompetenznetzwerkes KORSE, 2016, S. 151 ff. (161 ff.) mit Nachweisen zu der entsprechenden Rechtsprechung und kritischen Anmerkungen hierzu.

Interessen wird komplex: Potentielle Opfer von Cyberangriffen haben ein Interesse daran, über entsprechende Gefahren informiert zu werden, um Selbstschutzmaßnahmen ergreifen zu können; die Veröffentlichung entsprechender Sicherheitslücken dient andererseits aber auch Angreifern zur Durchführung von Angriffen bis zur Schließung der jeweiligen Sicherheitslücke und kann sich deshalb mit Blick auf potentielle Opfer zugleich schädigend auswirken; staatliche Ermittlungsbehörden wiederum haben ebenfalls ein Interesse an der Geheimhaltung solcher Sicherheitslücken, um selbst effektiver ermitteln zu können.⁷³⁴ Die Abwägung der widerstreitenden Interessen wird hier deshalb in der Regel vom Einzelfall abhängen. Dennoch können die grundsätzlichen Leitlinien der Abwägung bereits vom Gesetzgeber im Wege demokratischer Aushandlungen vorgegeben werden. Mit grundrechtlichen Schutzansprüchen als Argument könnten die diesen Vorbereitungshandlungen und diesen Meldepflichten und Veröffentlichungsmöglichkeiten gesetzten freiheitsgrundrechtlichen Grenzen zugunsten der Sicherheit verschoben werden. Die Einführung der Strafbarkeit entsprechender grundrechtsbeschränkender Vorbereitungshandlungen sowie der Meldepflichten bei IT-Sicherheitsvorfällen wäre dann gerade nicht mehr der Aushandlung insbesondere durch den Gesetzgeber überlassen, sondern gerade selbst (sicherheits-) grundrechtlich geboten.⁷³⁵

3. *Cybersicherheit als Konkretisierung des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes*

Wird die Cybersicherheit hingegen primär als zu konkretisierende Gewährleistungsaufgabe in dem unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatz verortet, bleibt die diesbezügliche hauptsächliche Verantwortung in jedem Fall bei der Legislative und ferner auch der Exekutive. Im Lichte des Sicherheitsgrundsatzes erweist sich die Cybersicherheitsgesetzgebung der EU im Allgemeinen und insbesondere auch die Einführung der Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen wie auch die Einführung von Meldepflichten für bestimmte Akteure als Ergebnis demokratischer, insbesondere parlamentarischer Aushandlungsprozesse und nicht etwa als zwingende Folge judikativer Deduktion unionsverfassungsrechtlicher Bestimmungen. Die Wirkung des unionsverfassungsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes beschränkt sich hier auf die bloße Initiierung dieser – aus seiner Sicht ergebnisoffenen – Aushandlungsprozesse, ohne aber die gegenwärtige konkrete Cybersicherheitsgesetzgebung schon selbst vorzugeben. Die Gefahr der Überdehnung der Grundrechte in ihrer schutzpflichtenrechtlichen Dimension oder gar die Notwendigkeit der Anerkennung eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts besteht bei Anerkennung des Sicherheitsgrundsatzes nicht mehr:

⁷³⁴ Ebd., S. 154 ff. Zugleich sehen die Autoren durch die Meldepflichten Grundrechte tangiert und deshalb konkrete gesetzliche Grundlagen hierfür notwendig, ohne aber die betroffenen Grundrechte konkret zu benennen, ebd. S. 158, 161 ff.

⁷³⁵ Meldepflichten als Inhalt grundrechtlicher Schutzpflichten nehmen etwa C. Möllers/L. Pflug, in: Klopfer (Hrsg.), *Schutz kritischer Infrastrukturen. IT und Energie*, 2010, S. 47 ff. (59 ff.) an.

Für die grundrechtlich geschützten Freiheiten essentielle und damit nicht aushandlungsbedürftige Pflichten zur Cybersicherheitsgewährleistung – also das „Ob“ einer Maßnahme betreffende Schutzbedürfnisse – können zwar weiter aus den bereichsspezifischen Grundrechten deduziert werden; der darüber hinausgehende Teil der hoheitlichen Cybersicherheitsverantwortung – das „Wie“ konkreter Schutzmaßnahmen – ist aber verfassungsrechtlich in dem unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatz zu verorten; die bereichsspezifischen Grundrechte werden damit in ihrer gewährleistungsrechtlichen Dimension entlastet und ihr klassisch abwehrrechtlicher Charakter gestärkt. Der Charakter der europäischen Cybersicherheitsgesetzgebung als Ergebnis demokratischer Aushandlungsprozesse wird anerkannt, ein wichtiger Anknüpfungspunkt für Versicherheitlichungsprozesse entfällt.

Freilich durchdringt aber auch der Sicherheitsgrundsatz die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung anstelle der sicherheitsbezogenen Grundrechtsgelände, auch er entzieht sie ein Stück weit dem parlamentarischen Aushandlungsprozess. Diese Durchdringung ist aber weniger umfassend als jene der grundrechtlichen Schutzpflicht oder des Grundrechts auf Sicherheit. Nach ihnen könnte die gegenwärtige europäische Cybersicherheitsgesetzgebung (in Teilen) als zwingender Ausfluss grundrechtlicher Schutzpflichten gesehen werden. Der Sicherheitsgrundsatz hingegen gibt konkrete Maßnahmen zur Cybersicherheitsgesetzgebung anders als die grundrechtlichen Ansätze nicht von Verfassungen wegen selbst vor. Immerhin aber beeinflusst er ähnlich wie diese die Bestandskraft und Auslegung sekundär- und tertiärrechtlicher Regelungen etwa durch das beschriebene relative Rückschrittsverbot und das Gebot der sicherheitsgrundsatzfreundlichen Auslegung.

So streitet der Sicherheitsgrundsatz etwa für die Verfassungsmäßigkeit der durch die NIS-Richtlinie eingeführten Meldepflichten, indem er den hierdurch beschränkten Unionsgrundrechten – etwa die gemäß Art. 16 GRCh garantierte unternehmerische Freiheit⁷³⁶ – in der Abwägung ein anderes, rechtlich gleichrangiges Verfassungsrechtsgut gegenüber stellt. Eine Verschiebung der Unionsverfassung hin zu einer die Freiheit zugunsten der Sicherheit zurückstellenden Rechtsordnung ist damit indes nicht verbunden: Wie im *ersten Teil* dieser Arbeit dargelegt, ist das Gewährleistungsziel Sicherheit in der Regel in westlichen, freiheitlich orientierten Verfassungsordnungen zumindest implizit mitverbürgt und nicht selten durch Richterrecht auch expliziert. Der chartarechtliche Sicherheitsgrundsatz ist letztlich nichts anderes als eine Explikation des ohnehin existenten verfassungsrechtlichen Gewährleistungsziels Sicherheit im Verfassungstext.

Daneben bedeutet die Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit als Chartagrundsatz etwa für die von der Cybercrime-Richtlinie vorgesehenen Straftatbestände, dass die Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung die entsprechen-

⁷³⁶ Das Grundrecht gewährt Schutz auch hinsichtlich der konkreten Führung des Unternehmens, H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 16 Rn. 9 mwN.

den Tatbestandsmerkmale bei Unklarheiten hinsichtlich ihrer Reichweite im Zweifel weit zu fassen haben. Ähnlich wird man etwa den konkrete Sicherheitsanforderungen formulierenden und die Meldung von Sicherheitsvorfällen vorsehenden Art. 14 Abs. 1 und 2 der NIS-Richtlinie vor diesem Hintergrund weit verstehen müssen. So fordert dieser von den öffentlichen Verwaltungen und Marktteilnehmern „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“, „um die Risiken für die Sicherheit der Netze und Informationssysteme, die ihnen unterstehen und die sie für ihre Tätigkeiten nutzen, zu managen“, wobei diese Maßnahmen „unter Berücksichtigung des Standes der Technik ein Maß an Sicherheit gewährleisten [müssen], das angesichts des bestehenden Risikos angemessen ist.“; zudem sind die öffentlichen Verwaltungen und Marktteilnehmer betreffende „Sicherheitsvorfälle“ zu melden, „die erhebliche Auswirkungen auf die Sicherheit der von ihnen bereitgestellten Kerndienste haben.“⁷³⁷ Gerade die Begriffe des „Risikos“, der „Angemessenheit“ und der „erheblichen Auswirkungen“ etwa sind hier im Lichte des Sicherheitsgrundsatzes – freilich immer unter Wahrung der gegebenenfalls entgegenstehenden Freiheitsgrundrechte – entsprechend weit auszulegen.

Der Unterschied zu den Figuren der einzelgrundrechtlichen Schutzpflicht und des Sicherheitsgrundrechts liegt indes darin, dass der Sicherheitsgrundsatz keine Gefahr birgt, den Erlass der hier besprochenen Normen selbst als grundrechtlich geboten zu begreifen, sondern diesen vielmehr in das Ermessen des Gesetzgebers zu stellen. Den sich in diesem Bereich vollziehenden Versicherheitlichungsprozessen gehen mit dem Sicherheitsgrundsatz als (teilweise) Alternative zur grundrechtlichen Schutzpflicht und zum Sicherheitsgrundrecht verfassungsrechtliche Argumentationsfiguren für den Entzug von Cybersicherheitsfragen aus dem politischen Aushandlungsverfahren verloren. Zwar werden sie stattdessen dann den ebenfalls verfassungsrechtlichen Sicherheitsgrundsatz zu instrumentalisieren und inhaltlich entsprechend auszugestalten versuchen. Jedenfalls aber entfällt mit ihm das Argument, dass bestimmte Cybersicherheitsmaßnahmen grundrechtlich zwingend seien.

⁷³⁷ Art. 14 Abs. 1 und 2 der Richtlinie lauten:

„1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass öffentliche Verwaltungen und Marktteilnehmer geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen, um die Risiken für die Sicherheit der Netze und Informationssysteme, die ihnen unterstehen und die sie für ihre Tätigkeiten nutzen, zu managen. Diese Maßnahmen müssen unter Berücksichtigung des Standes der Technik ein Maß an Sicherheit gewährleisten, das angesichts des bestehenden Risikos angemessen ist. Insbesondere müssen Maßnahmen ergriffen werden, um Folgen von Sicherheitsvorfällen, die ihre Netze und Informationssysteme betreffen, auf die von ihnen bereitgestellten Kerndienste zu verhindern beziehungsweise so gering wie möglich zu halten, damit die Kontinuität der Dienste, die auf diesen Netzen und Informationssystemen beruhen, gewährleistet wird.

2) Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass öffentliche Verwaltungen und Marktteilnehmer den zuständigen Behörden Sicherheitsvorfälle melden, die erhebliche Auswirkungen auf die Sicherheit der von ihnen bereitgestellten Kerndienste haben.“

Schluss

Die hier vorgestellte Konzeption der grundrechtsdogmatischen Figur des chartarechtlichen Sicherheitsgrundsatzes und ihre Vorzüge gegenüber den bisher diskutierten Konzeptionsvorschlägen des hoheitlichen Gewährleistungsziels Sicherheit erweist sich als theoretisch voraussetzungsreich und komplex. Abschließend sollen deshalb noch einmal die zentralen Ergebnisse dieser Arbeit prägnant in Thesen zusammengefasst werden (dazu I.). Im Anschluss daran erfolgt ein kurzer Ausblick auf die Möglichkeit anknüpfender Forschungsarbeiten, die sich aus der hier gewählten interdisziplinären Perspektive ergeben. (dazu II.).

A. Zusammenfassende Thesen

Es hat sich gezeigt, dass die gegenwärtigen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit dessen besonderer Aushandlungsbedürftigkeit nicht ausreichend Rechnung tragen. Der Grundatz auf Sicherheit indes vermag dies zu leisten. Konkret lassen sich die Ergebnisse der Arbeit in sechs Thesen zusammenfassen:

1. Politikwissenschaft und Soziologie beschreiben Sicherheit beziehungsweise Unsicherheit als sozial und kulturell konstruiertes Paradoxon: Sicherheit und Unsicherheit werden von bestimmten Akteuren interessengeleitet mal mehr, mal weniger erfolgreich eher *subjektiv* definiert. Zudem führt der Versuch der Sicherheitsgewährleistung immer auch zur Aktualisierung bestehender oder der Schaffung neuer Unsicherheiten. Sicherheit und Unsicherheit sind damit keine gesellschaftlichen Konstanten, sondern Variablen – die Sicherheitsgewährleistung ist ihrem Inhalt nach besonders aushandlungsbedürftig und damit im Besonderen auf demokratische Aushandlungsverfahren angewiesen. Die Staats- und Verfassungstheorie beschreibt die Sicherheitsgewährleistung zugleich als staatsrechtliche beziehungsweise verfassungsrechtliche Pflicht und als Voraussetzung für die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung bedienen sich deshalb verschiedener grundrechtsdogmatischer Konzeptionen dieses Gewährleistungsziels, tendieren hierdurch jedoch zu einer zunehmenden Anerkennung von Sicherheit als Grundrechtsanspruch, womit sie deren besondere Aushandlungsbedürftigkeit gerade ausblenden.

2. Konzipiert als *legitimer Zweck* zeigt sich das Gewährleistungsziel Sicherheit zwar lediglich als Handlungsoption und damit noch nicht als Inhalt grundrechtlicher Schutzansprüche. Gerade hierdurch bleibt die unionsverfassungsrechtliche Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung aber noch gänzlich verborgen. Die Sicherheitsgewährleistung wird als legitimer Zweck lediglich in das Ermessen von Exekutive und Legislative gestellt und ihre Bedeutung für die Entfaltung grundrechtlich geschützter Freiheiten damit überhaupt nicht erfasst.

3. Anders ist dies bei der *grundrechtlichen Schutzpflicht*. Sicherheit betont so konzipiert zwar die unionsverfassungsrechtliche Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung. Mit dieser Rechtsfigur können jedoch zugleich Eingriffe in grundrechtlich geschützte Freiheiten gerechtfertigt werden. Damit werden Grundrechte mit dem Argument des Grundrechtsschutzes beschränkt, was paradox erscheint. Zugleich führt die grundrechtliche Schutzpflicht zu einer Vergrundrechtlichung von Sicherheitsfragen einerseits und zu einer Verengung politischer Diskurse auf grundrechtliche Argumente im Sinne eines *Rights Talks* andererseits, beides auf Kosten legislativer und exekutiver Entscheidungsspielräume. Die grundrechtliche Schutzpflicht steht damit im Spannungsverhältnis zu den unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung. Zwar ist sie notwendige Rechtsfigur für die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten. Indes beschränkt sich der juristische Rekurs auf sie nicht mehr auf Fragen des für die Freiheitsausübung schlechthin essentiellen Schutzbedürfnisses, vielmehr ist eine übermäßige Inanspruchnahme dieser Rechtsfigur zur Durchsetzung verschiedenster Interessen zu beobachten. Schließlich entspricht die Figur der individualrechtlichen, weil grundrechtlichen Schutzpflicht nicht dem bisherigen, eher kollektiv-rechtlich orientierten Ansatz des EuGH zur Wahrung grundrechtlich geschützter Freiheiten.

4. Die Idee des eigenständigen *Sicherheitsgrundrechts* verschärft die Probleme der grundrechtlichen Schutzpflicht noch einmal immens, weil es die ohnehin schon bestehenden, die grundrechtlichen Schutzpflichten spiegelnden Schutzansprüche weiter verdichtet. Hinzu kommt, dass während sich die Sicherheitsgewährleistung im Lichte der grundrechtlichen Schutzpflicht noch als notwendiger Annex zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiheiten erweist, mithin also freiheitsdienenden Charakter hat, das Grundrecht auf Sicherheit das Schutzgut Sicherheit in denselben rechtlichen Rang wie die Freiheit hebt. Sicherheit und ihre legitimierende Funktion mit Blick auf Freiheitsverkürzungen wird damit zum Selbstzweck. Das Primärrecht der Union spricht der Sicherheit indes nur freiheitsdienende Funktion zu. Die durch das Sicherheitsgrundrecht statuierte unionsverfassungsrechtliche Gleichrangigkeit von Freiheit und Sicherheit lässt sich hiermit nicht vereinbaren. Mithin sollte die jüngste Anerkennung eines eigenständigen, in Art. 6 GRCh verorteten Grundrechts auf Sicherheit durch den EuGH überdacht werden.

5. Der hier entwickelte Sicherheitsgrundsatz vermag dieser zu beobachtenden Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit effektiv entgegenzuwirken, indem er das Gewährleistungsziel Sicherheit nicht als individualrechtlichen Grundrechtsanspruch, sondern als objektivrechtliche Gewähr-

leistungsaufgabe vermittelt. Die mit der Grundrechtecharta neu eingeführte Normenkategorie der Chartagrundsätze ist derjenigen der Chartagrundrechte sehr ähnlich, unterscheidet sich von ihnen aber gerade dadurch, dass sie lediglich eine generelle Zielsetzung, keine konkreten, von den drei Gewalten lediglich zu vollziehenden Schutzgehalte vorgibt, und ihre konkrete Umsetzung deshalb der politischen Aushandlung bedarf. Die Chartagrundsätze definieren im Allgemeinen Sachbereiche als *grundrechtliche Freiflächen*, die nach dem Willen der Chartageber_innen gerade nicht grundrechtlich durchdrungen und damit nicht verfassungsrechtlich weitgehend determiniert sein sollen. Sicherheit als Chartagrundsatz konzipiert verdeutlicht damit zum einen die unionsverfassungsrechtliche Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung, zum anderen wird wie durch das Fehlen konkreter materieller, nur zu vollziehender Rechtsgehalte aber auch der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit gerecht. Zudem entspricht er eher dem kollektiv-rechtlichen Ansatz des EuGH zur Wahrung grundrechtlich geschützter Freiheiten. Textlich verorten lässt er sich in Art. 6 GRCh, der das Schutzgut Sicherheit als einzige Chartanorm explizit erwähnt. Die normative Wirkung des Sicherheitsgrundsatzes beschränkt sich wegen der besonderen Umsetzungsbedürftigkeit auf einige wenige konkrete Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsregeln. Sicherheit grundrechtsdogmatisch als Chartagrundsatz konzipiert wird der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit dieser Sachmaterie damit eher gerecht.

6. Am Beispiel der europäischen Cybersicherheitsgesetzgebung wird der Mehrwert des Sicherheitsgrundsatzes als grundrechtsdogmatisch alternative Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit im Unionsrecht besonders deutlich. Im Bereich der Cybersicherheit werden jüngst verstärkt grundrechtliche Schutzansprüche behauptet, die in diesem Bereich bereits bestehende Versicherheitlichungstendenzen weiter begünstigen. Tatsächlich erweist sich auch dieser Sachbereich als Teilbereich der allgemeinen Sicherheitsgewährleistung aufgrund seiner sozialen und kulturellen Konstruktion und der Vielzahl möglicher Lösungsansätze bei zugleich vielfach tangierten individuellen, grundrechtlich verbürgten Freiheiten aber als besonders aushandlungsbedürftig. Der chartarechtliche Sicherheitsgrundsatz kann die Vergrundrechtlichung den damit verbundenen *Rights Talk* in diesem Sachbereich eindämmen und belässt Legislative und Exekutive anders als die grundrechtliche Schutzpflicht oder gar das Grundrecht auf Sicherheit den notwendigen Ermessensspielraum zur Verwirklichung des Gewährleistungsziels Cybersicherheit.

B. Ausblick

Mit der Arbeit wurde eine alternative grundrechtsdogmatische Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit im Unionsrecht vorgestellt, die der gegenwärtig zu beobachtenden Tendenz der Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit – mit der Anerkennung eines eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit durch den EuGH als ihrem Höhepunkt – Einhalt zu gebieten

vermag. Der Mehrwert und die Rechtswirkungen dieser Rechtsfigur gegenüber den klassischen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheits wurden an dem konkreten Bereich der Cybersicherheit veranschaulicht. Künftig Forschungsarbeiten bleibt es überlassen, *zum Ersten* die Figur auf ihre Tauglichkeit für die europäische Grundrechtsdogmatik zu testen, *zum Zweiten* ihre konkreten rechtsdogmatischen Konturen zu zeichnen, und *zum Dritten* ihre Rechtswirkungen auch in anderen Bereichen der Sicherheitsgewährleistung herauszuarbeiten. Insoweit erweist sich die Untersuchung als anschlussfähig für weitere juristische Fragestellungen.

Darüber hinaus zeigt die Arbeit – gerade weil sie auch auf nicht-juristischen Prämissen basiert – auch Wege zu einer stärker interdisziplinären Rechtswissenschaft auf, indem sie etwa Möglichkeiten der Auseinandersetzung mit der politikwissenschaftlichen Theorie der Versicherheitlichung oder mit soziologischen Erkenntnissen zum Charakter der Sicherheit beziehungsweise Unsicherheit als sozialem und kulturellem Phänomen und deren Fruchtbarkeit auch für rechtliche Fragestellungen expliziert. Sie bietet daher Anknüpfungspunkte auch für andere Disziplinen. So könnten sich etwa die *Sprachwissenschaften* und die *Politologie* der – nicht zuletzt vor allem auch empirischen – Frage widmen, inwiefern die politischen Debatten in bestimmten Sachbereichen im Allgemeinen und im Bereich der Sicherheit tatsächlich einem *Rights Talk* unterliegen und anhand welcher Parameter dies festgestellt werden kann. In der vorliegenden Arbeit konnte hier lediglich von entsprechenden Potentialen einer daraus folgenden Diskursverengung ausgegangen werden, ohne deren tatsächliche Existenz überprüfen zu können, weil der Rechtswissenschaft jedenfalls bisher entsprechende Methoden zur Untersuchung dieses Phänomens fehlen. Ebenso bedarf der hier nur angedeutete Zusammenhang von *Rights Talk* und Versicherheitlichungstendenzen näherer Untersuchungen. Insgesamt zeigt die Arbeit damit, dass Fragen der Sicherheit im Allgemeinen und auch Rechtsfragen zum Regelungsbereich Sicherheit im Speziellen aus interdisziplinärer Perspektive beantwortet werden müssen. Bisher blendet die nach wie vor weitgehend monodisziplinäre Sichtweise der Rechtswissenschaft und auch der Rechtsprechung auf die in diesem Feld relevanten Rechtsfragen die Erkenntnisse anderer Disziplinen weitgehend aus, weshalb sich ihre diesbezüglichen grundrechtsdogmatischen Konzepte als kritikwürdig erweisen. Dieses Defizit konnte die vorliegende Arbeit aufdecken.

Nicht zuletzt kann die Differenzierung zwischen echten Grundrechten und bloßen Grundsätzen im Unionsrecht im Allgemeinen und für die konkrete Konzeption der Sicherheitsgewährleistung als hoheitliche Pflicht gegenüber den Bürger_innen nicht nur mit Blick auf die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung, sondern auch mit Blick auf die *Rechtspolitik* fruchtbar gemacht werden. Insoweit mitgliedstaatliche Verfassungsordnungen eine den Chartagrundsätzen entsprechende Normenkategorie bisher nicht kennen, deshalb entsprechende Verfassungsverbürgungen in die Grundrechte hineinlesen und diese mithin materiell-rechtlich *überfrachten*, erweist sich die Differenzierung zwischen Grundrechten und Grundsätzen auch für diese Rechtsordnungen als sinnvoll. Bei künftigen Verfassungsänderungen etwa könnte die Einführung

einer den Grundsätzen ähnlichen Normenkategorie erwogen werden. Insofern zeigt die Arbeit auch, dass sich nicht nur die Unionsrechtsordnung in ihren Konturen (auch) aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten speist, sondern dass vielmehr auch die Unionsrechtsordnung rechtsdogmatische Konzepte zur Verfügung stellt, die die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bereichern können.

Literaturverzeichnis

- Acosta Arcarazo, D./Murphy, C. C.* (Hrsg.), *EU Security and Justice Law. After Lisbon and Stockholm*, Oxford 2014.
- Alexy, R.*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 7. Auflage, Berlin 1983.
- Ders.*, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1994.
- Ders.*, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, in: Schilcher/Koller/Funk (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, S. 31 ff.
- Ders.*, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002.
- Ders.*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 61: *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, Berlin 2002, S. 8 ff.
- Ders.*, *Die Gewichtsformel*, in: Jickeli/Kreutz/Reuter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin 2003, S. 771 ff.
- Anderson, D./Murphy, C. C.*, *The Charter of Fundamental Rights*, in: Biondi/Eeckhout/Ripley (Hrsg.), *EU Law after Lisbon*, Oxford 2012, S. 155 ff.
- Aulehner, J.*, *Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge*, Berlin 1998.
- Aust, H. P.*, *Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 5. Juni 2014*, 27. Mai 2014, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/282870/fc52462f2ffd254849bce19d25f72fa2/mat_a_sv-4-1_aust-pdf-data.pdf (zuletzt aufgerufen am 21.07.2016).
- Baldus, M.*, *Recht auf Freiheit und Sicherheit*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München/Wien/Bern 2006, § 14.
- Balthasar, A.*, *Grenzen und Gefahren des Schutzes der Grundrechte. Fünf Studien*, Wien 2009.
- Bedner, M./Ackermann, T.*, *Schutzziele der IT-Sicherheit*, DuD 2010, S. 323 ff.
- Bernsdorff, N./Borowsky, M.*, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, Baden-Baden 2002.
- Bleckmann, A.*, *Das europäische Demokratieprinzip*, JZ 2001, S. 53 ff.
- Böckenförde, E.-W.*, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, S. 1529 ff.
- Ders.*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 1976, S. 2089 ff.
- Ders.*, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 159 ff.
- Ders.*, *Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre. Zugleich Besprechung von BVerfG, Urteil v. 27.2.2008 – „Online-Durchsuchung“*, JZ 2008, S. 925 ff.
- Bogdandy, A. v.*, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union*, Der Staat 2001, S. 3 ff.

- Ders.*, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union. Vom Nutzen der Gestaltidee supranationaler Föderalismus anhand des Demokratieprinzips, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2004, S. 1033 ff.
- Ders.*, Grundprinzipien, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2009, S. 13 ff.
- Bogdandy, A. v./Bast, J.*, Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht. Von einem Konstitutionalismus der Verrechtlichung zwischenstaatlicher Beziehungen zu einer liberaldemokratischen Politisierung der EU, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2009, S. 1 ff.
- Braibant, G.*, Die aktuelle Diskussion um den Entwurf der Grundrechtscharta, in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht/Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart (Hrsg.), *Soziale Grundrechte in der Europäischen Union*, Baden-Baden 2001, S. 259 ff.
- Brodowski, D.*, Cybersicherheit durch Cyber-Strafrecht? Über die strafrechtliche Regulierung des Internets, in: H.-J. Lange/A. Bötticher (Hrsg.), *Cyber-Sicherheit*, Wiesbaden 2015, S. 249 ff.
- Brugger, W.*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 63: Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes. Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse. Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht. Transparente Verwaltung – Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, Berlin 2004, S. 101 ff.
- Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik*, *Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2014*, Bonn 2014.
- Ders.*, *Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015*, Bonn 2015.
- de Bürca, G.*, Fundamental Rights and Citizenship, in: Witte (Hrsg.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, San Domenico di Fiesole 2003.
- Buzan, B./Wæver, O./de Wilde, J.*, *Security. A New Framework For Analysis*, Boulder/London 1998.
- Calliess, C.*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, *EuZW* 2001, S. 261 ff.
- Ders.*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, *JZ* 2006, S. 321 ff.
- Calliess, C./Ruffert, M.* (Hrsg.), *EUV/AEUV. Kommentar*, München, 5. Auflage 2016.
- Ders.*, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band II: Allgemeine Lehren I*, Heidelberg 2006, § 44.
- Cornils, M.*, Schrankendogmatik, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz. Enzyklopädie Europarecht Band 2*, Baden-Baden 2014, § 5.
- Couzinet, D.*, Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Einführung, Strukturhinweise, Anwendung in der Fallbearbeitung, *JuS* 2009, S. 603 ff.
- Craig, P.*, *EU Administrative Law*, 2. Auflage, Oxford 2012.
- Cremer, H.-J.*, Funktionen der Grundrechte, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz. Enzyklopädie Europarecht Band 2*, Baden-Baden 2014, § 1.
- Cremer, W.*, *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, Tübingen 2004.
- Ders.*, Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke, *NVwZ* 2004, S. 668 ff.

- Ders.*, Grundrechtsverpflichtete und Grundrechtsdimensionen nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, EuGRZ 2011, S. 545 ff.
- Daase, C.*, Der Wandel der Sicherheitskultur – Ursachen und Folgen des erweiterten Sicherheitsbegriffs, in: Zoche/Kaufmann/Haverkamp (Hrsg.), Zivile Sicherheit. Gesellschaftliche Dimensionen gegenwärtiger Sicherheitspolitiken, Bielefeld 2011, S. 139 ff.
- Degenhart, C.*, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht mit Bezügen zum Europarecht, 31. Auflage, Heidelberg 2015.
- Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet*, DIVSI Milieu-Studie zu Vertrauen und Sicherheit im Internet, Hamburg Februar 2012.
- Ders.*, DIVSI Milieu-Studie zu Vertrauen und Sicherheit im Internet. Aktualisierung 2013, Hamburg Dezember 2013.
- Dierstein, R.*, Sicherheit in der Informationstechnik – der Begriff IT-Sicherheit, Informatik Spektrum 2004, S. 343 ff.
- Djupe, P. A./Lewis, A. R./Jelen, T. G./Daban, C. D.*, Rights Talk: The Opinion Dynamics of Rights Framing, Social Science Quarterly 2014, S. 652 ff.
- Dörr, O./Grote, R./Marauhn, T.* (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, München, 2. Auflage 2013.
- Dunn Cavelty, M.*, Gesellschaft im Daueralarm: Gefahrendarstellungen im Cybersecurity-Diskurs, in: C. Daase/S. Engert/J. Junk (Hrsg.), Verunsicherte Gesellschaft – Überforderter Staat. Zum Wandel der Sicherheitskultur, Frankfurt a. M. 2013, S. 133 ff.
- Ehlers, D.*, Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin/Boston 2015, § 2.
- Ders.*, Allgemeine Lehren der EMRK, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin/Boston 2015, § 14.
- Eisner, C.*, Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?, Baden-Baden 2005.
- Epping, V./Hillgruber, C.* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, München, 30. Edition, Stand 01.09.2016.
- Ewer, W./Thienel, T.*, Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Aspekte des NSA-Datenskandals, NJW 2014, S. 30 ff.
- Fichera, M./Kremer, J.* (Hrsg.), Law and Security in Europe. Reconsidering the Security Constitution, Cambridge/Antwerpen/Portland 2013.
- Franzius, C.*, Demokratisierung der Europäischen Union, EuR 2013, S. 655 ff.
- Fredman, S.*, The Positive Right to Security, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), Security and Human Rights, Oxford/Portland 2007, S. 307 ff.
- Frenz, W.*, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, Berlin/Heidelberg 2009.
- Gärditz, K. F.*, Schutzbereich und Grundrechtseingriff, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz. Enzyklopädie Europarecht Band 2, Baden-Baden 2014, § 4.
- Gaycken, S.*, Entnetzung statt Vernetzung. Paradigmenwechsel bei der IT-Sicherheit, MMR 2011, S. 3 ff.
- Ders.*, Cybersicherheit in der Wissensgesellschaft: Zum Zusammenhang zwischen epistemischer und physischer Unsicherheit, in: Daase/Engert/Junk (Hrsg.), Verunsicherte Gesellschaft – Überforderter Staat. Zum Wandel der Sicherheitskultur, Frankfurt/New York 2013, S. 110 ff.
- Ders.*, Offizielle Versionen versus mögliche Wahrheiten – Cybersecurity und das Problem der Geheimhaltung, in: Haupter (Hrsg.), Der digitale Dämon. Informations- und Kommunikationstechnologien zwischen Alltag und Ängsten, München 2013, S. 49 ff.

- Geminn, C. L.*, Die Debatte um nationales Routing – eine Scheindebatte? Eine Kritische Analyse der Argumentationslinien, MMR 2015, S. 98.
- Geminn, C. L./Roßnagel, A.*, „Privatheit“ und „Privatsphäre“ aus der Perspektive des Rechts – ein Überblick, JZ 2015, S. 703 ff.
- Gersdorf, H.*, Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1994, S. 400 ff.
- Gläßner, G.-J.*, Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger, Opladen 2003.
- Glendon, M. A.*, Rights Talk. The Impoverishment Of Political Discourse, New York 1991.
- Götz, V.*, Innere Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 85.
- Goold, B. J.*, Privacy rights and public spaces: CCTV and the problem of the „unobservable observer“, Criminal Justice Ethics 2002, S. 21 ff.
- Grabenwarter, C.*, Grundrechtsschutz im Bereich der europäischen Sicherheitspolitik, in: Hatje/Nettesheim (Hrsg.), Sicherheit in der Europäischen Union, Baden-Baden 2009, S. 53 ff.
- Grabenwarter, C./Pabel, K.*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, München 2016.
- Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M.* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. EUV/AEU, München, 59. EL Juli 2016.
- Graf, J.-P.* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, München, 25. Edition Stand 01.07.2016.
- Greve, H.*, Internetregulierung: Beschränkung oder Ermöglichung der Freiheit, HFR 2015, S. 1 ff.
- Guðmundsdóttir, D.*, A renewed emphasis on the Charter's distinction between rights and principles: Is a doctrine of judicial restraint more appropriate?, CMLR 2015, S. 685 ff.
- Gusy, C.*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 63: Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes. Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse. Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht. Transparente Verwaltung – Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, Berlin 2004, S. 151 ff.
- Ders.*, Der öffentliche Raum – Ein Raum der Freiheit, der (Un-)Sicherheit und des Rechts, JZ 2009, S. 217 ff.
- Häberle, P.*, Europäische Verfassungslehre, 8. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Ders.*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913 ff.
- Ders.*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. stark erweiterte Auflage, Heidelberg 1983.
- Ders.*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, S. 297 ff.
- Haltern, U. R.*, Europarecht. Dogmatik im Kontext, 2. Auflage, Tübingen 2007.
- Hansen, B. T.*, Europäisierung des Gewaltmonopols. Die Staatsfundamentalaufgaben Sicherheit und Freiheit und die Implikation ihrer Denationalisierung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Frankfurt am Main 2013.
- Hansen, L./Nissenbaum, H.*, Digital Disaster, Cyber Security, and the Copenhagen School, International Studies Quarterly 2009, S. 1155 ff.

- Haratsch, A.*, Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1: Europäische Grundrecht I, Heidelberg 2010, § 165.
- Härtel, I.*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Berlin/Heidelberg 2006.
- Hatje, A./Mankowski, P.*, „Nationale Unionsrechte“ – Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, EuR 2014, S. 155 ff.
- Hatje, A./Nettesheim, M.* (Hrsg.), Sicherheit in der Europäischen Union, EuR 2009, Beiheft 2.
- Heckmann, D.*, Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit – Erste Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur „Online-Durchsuchung“, in: Rüßmann (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer, Saarbrücken 2009, S. 129 ff.
- Herdegen, M.*, Europarecht, 17. Auflage, München 2015.
- Hermes, G.*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.
- Herzog, R.*, Grundrechtsbeschränkung nach dem Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention, München 1958.
- Ders.*, Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AöR 1961, S. 194 ff.
- Hesse, K.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg 1999.
- Hilf, M.*, Die Schranken der EU-Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. in Deutschland und Europa, Band VI/1: Europäische Grundrecht I, Heidelberg 2010, § 164.
- Hillgruber, C.*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011, § 201.
- Hilson, C.*, Rights and Principles in EU Law: A Distinction without Foundation?, MJECCL 2008, S. 193 ff.
- Hobe, S.*, Cyberspace – der virtuelle Raum, in Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XI: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2013, § 231.
- Hochmann, T.*, Grundrechte, in: Marsch/Vilain/Wendel (Hrsg.), Französisches und deutsches Verfassungsrecht. Ein Rechtsvergleich, Berlin/Heidelberg 2015, § 7.
- Hoffmann, C./Schulz, S. E./Borchers, K. C.*, Grundrechtliche Wirkungsdimensionen im digitalen Raum. Bedrohungslagen im Internet und staatliche Reaktionsmöglichkeiten, MMR 2014, S. 89 ff.
- Hoffmann-Riem, W.*, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, S. 497 ff.
- Ders.*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S. 1009 ff.
- Ders.*, Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation, AöR 2009, S. 513 ff.
- Ders.*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Augsberg/Unger (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2012, S. 317 ff.
- Ders.*, Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, JZ 2014, S. 53 ff.
- Ders.*, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22. Mai 2014, 16. Mai 2014, online abrufbar: https://www.bundestag.de/blob/280846/04-f34c512c86876b06f7c162e673f2db/mat_a_sv-2-1neu-pdf-data.pdf (zuletzt aufgerufen am 21.07.2016).

- Hungerhoff, H.*, Vorfeldstrafbarkeit und Verfassung. Eine Untersuchung von § 89a StGB unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, Baden-Baden 2013.
- Isensee, J.*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982, erweiterte Fassung, Berlin 1983.
- Ders.*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011, § 191.
- Jaeckel, L.*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2001.
- Jarass, H.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar, 3. Auflage, München 2016.
- Ders.*, EU-Grundrechte: ein Studien- und Handbuch, München 2005.
- Ders.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Auflage, München 2013.
- Jestaedt, M.*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999.
- Ders.*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 253 ff.
- Kadelbach, S.*, Unionsbürgerrechte, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin/Boston 2015, § 26.
- Karger, M./Gaycken, S.*, Entnetzung, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz. Rechtshandbuch, München 2014.
- Kempees, P.*, „Legitimate aims“ in the case-law of the European Court of Human Rights, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 659 ff.
- van Kempen, P. H.*, Four Concepts of Security – A Human Rights Perspective, HRLR 2013, S. 1 ff.
- Kingreen, T.*, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?, EuZW 2010, S. 338 ff.
- Klement, J. H.*, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, JZ 2008, S. 756 ff.
- Ders.*, Freiheit der Person, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz. Enzyklopädie Europarecht Band 2, Baden-Baden 2014, § 8.
- Kloepfer, M.* (Hrsg.), Schutz kritischer Infrastrukturen, IT und Energie, Baden-Baden 2010.
- Koch, H.-J./Rüßmann, H.*, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982.
- Koch, O.*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 2003.
- Korff, D.*, Expert Opinion prepared for the Committee of Inquiry of the Bundestag into the „5EYES“ global surveillance systems revealed by Edward Snowden, 3. Juni 2014, online abrufbar: https://www.bundestag.de/blob/282874/8f5bae2c8f01cdabd37c746f98509253/mat_a_sv-4-3_korff-pdf-data.pdf (zuletzt aufgerufen am 21.07.2016).
- Kottmann, M./Wohlfahrt, C.*, Der gespaltene Wächter? – Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil, ZaöRV, S. 443 ff.

- Kotzur, M.*, Grundfragen einer europäischen Sicherheitspolitik, in: Hatje/Nettesheim (Hrsg.), Sicherheit in der Europäischen Union, Baden-Baden 2009, S. 7 ff.
- Kremer, J.*, Exception, Protection and Securitized Law. Security Mindsets in Law, in: Fichera/Kremer (Hrsg.), Law and Security in Europe. Reconsidering the Security Constitution, Cambridge/Antwerpen/Portland 2013, S. 7 ff.
- Krieger, H.*, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemein-europäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, ZaöRV 2014, S. 187 ff.
- Krings, G.*, Terrorismusbekämpfung im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit, ZRP 2015, S. 167 ff.
- Krommendijk, J.*, Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter's Principles in the Case Law of the Court of Justice, ECLR 2015, S. 321 ff.
- Kucsko-Stadlmayer, G.*, Die Allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1: Grundrechte in Österreich, Heidelberg/Wien 2009, § 187.
- Kühling, J.*, Grundrechte, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2009, S. 656 ff.
- Ders.*, Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgericht, NVwZ 2014, S. 681 ff.
- Kutscha, M.*, Cybersicherheit durch Grundrechte? in: H.-J. Lange/A. Bötticher (Hrsg.), Cyber-Sicherheit, 2015, S. 235 ff.
- Ders.*, Teil 1: Innere Sicherheit und Verfassung, in: Roggan/Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Auflage, Berlin 2006, S. 24 ff.
- Laciaková, V./Michalicková, J.*, Rights and Principles – Is there a Need to Distinguish Them in the Charter of Fundamental Rights of the European Union?, Contemporary Readings in Law and Social Justice 2013, S. 235 ff.
- Ladenburger, C.*, FIDE 2012 – Session on „Protection of Fundamental Rights post-Lisbon – The interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitutions“. Institutional Report, 2012, online abrufbar: www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88, Stand 22.07.2016.
- Lange, F. V.*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA, Tübingen 2010.
- Lazarus, L.*, Mapping the Right to Security, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), Security and Human Rights, Oxford/Portland 2007, S. 325 ff.
- Leisterer, H.*, Internetsicherheit in Europa – Das Informationsverwaltungsrecht als Beitrag zur Gewährleistung der Netz- und Informationssicherheit in der Europäischen Union, i. E.
- Leisterer, H./Schneider, F.*, Informationshandeln des Staates im Recht der IT-Sicherheit, in: Schneider/Wahl (Hrsg.), Herausforderungen für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa. Aktuelle Beiträge des Kompetenznetzwerkes KORSE, Baden-Baden 2016, S. 151 ff.
- Lenaerts, K.*, La solidarité ou le chapitre IV de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2010, S. 217 ff.
- Ders.*, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendung und Auslegung, EuR 2012, S. 3 ff.
- Lenski, S.*, Alter Grundrechtsschutz und neue Datenströme im Lichte der NSA-Affäre, ZG 2014, S. 324 ff.
- Leuschner, S.*, EuGH und Vorratsdatenspeicherung: Erfindet Europa ein Unionsgrundrecht auf Sicherheit?, EuR 2016, S. 431 ff.
- Lewinski, K. v.*, Recht auf Internet, RW 2011, S. 70.

- Lindner, F.J.*, Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik, EuR 2007, S. 160 ff.
- Loader, I.*, The Cultural Lives of Security and Rights, in: Goold/Lazarus (Hrsg.), Security and Human Rights, Oxford/Portland 2007, S. 27 ff.
- Loader, I./Walker, N.*, Civilizing Security, Cambridge 2007.
- Lord Goldsmith, Q. C.*, A Charter of Rights, Freedoms and Principles, CMLR 2001, S. 1201 ff.
- Luch, A. D.*, Das neue „IT-Grundrecht“. Grundbedingung einer „Online-Handlungsfreiheit“, MMR 2011, S. 75 ff.
- Lüdemann, J.*, Gemeinnsinnfördernde Güter. Die Rechtsordnung zwischen Restriktion und Gemeinnsinn und die Folgerungen für einen interdisziplinären Zugang, in: Engel/Héritier (Hrsg.), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden 1998, S. 121 ff.
- Maass, P./Rajagopalan, M.*, Does Cybercrime Really Cost 1 Trillion?, ProPublica, 01.08.2012, abrufbar unter <https://www.propublica.org/article/does-cybercrime-really-cost-1-trillion>, Stand: 22.08.2016.
- Martens, S. A.*, Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen 2013.
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung? Eine Untersuchung zu Problemen der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bei bei Fehlen gespeicherter Telekommunikationsverkehrsdaten, 2. erweiterte Fassung, Freiburg (Breisgau) Juli 2011.
- Meier, H.*, Ein Grundrecht auf Sicherheit?, Merkur 2003, S. 174 ff.
- Menéndez, A. J.*, Some Elements of a Theory of European Fundamental Rights, in: Menéndez/Eriksen (Hrsg.), Arguing Fundamental Rights, Dordrecht 2009, S. 155 ff.
- Meyer, J.* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden Baden, 4. Auflage 2014.
- Meyer-Ladewig, J.* (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 3. Auflage 2011.
- Möllers, C./Pflug, L.*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Schutzes kritischer IT-Infrastrukturen, in: Kloepfer (Hrsg.), Schutz kritischer Infrastrukturen. IT und Energie, Baden-Baden 2010, S. 47 ff.
- Möllers, C.*, Demokratische Ebenengliederung, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 759 ff.
- Monar, J.*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2009, S. 750 ff.
- Möstl, M.*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Tübingen 2002.
- Ders.*, Rechtsgrundlagen und Rechtsbestand der Europäischen Sicherheitspolitik, in: Hatje/Nettesheim (Hrsg.), Sicherheit in der Europäischen Union, Baden-Baden 2009, S. 33 ff.
- Möstl, M./Kugelmann, D.* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, München, 1. Edition Stand 01.04.2015.
- Nettesheim, M.*, Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, EuZW 1995, S. 106 ff.
- Neumann, U.*, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986.
- Papier, H. J.*, Gutachtliche Stellungnahme. Beweisbeschluss SV-2 des ersten Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode, Mai 2014, online abrufbar: https://www.bundestag.de/blob/280842/9f755b0c53866c7a95c38428e262ae98/mat_a_sv-2-2-pdf-data.pdf (zuletzt aufgerufen am 22.07.2016).

- Park, B.*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht. Eine Untersuchung am Beispiel der Entscheidung über sogenannte Online-Durchsuchungen, Berlin 2013.
- Perelman, C.*, Juristische Logik als Argumentationslehre. Logique juridique, Freiburg 1979.
- Pernice, I.*, Der Europäische Verfassungsverbund in der Bewährung. Antonio Lopez Pina zu Ehren, 2013, online abrufbar: <http://www.whi-berlin.eu/whi-papers-2013.html> (zuletzt aufgerufen am 22.07.2016).
- Ders.*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: Dreier/Pauly/Puhl/Holoubek/Pernice/Löwer (Hrsg.), Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, Berlin 2001, S. 148 ff.
- Ders.*, Europarechtswissenschaft oder Staatsrechtslehre? Eigenarten und Eigenständigkeit der Europarechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 225 ff.
- Ders.*, The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights, in: Griller/Ziller (Hrsg.), The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?, Wien/New York 2008, S. 235 ff.
- Ders.*, Verfassungsverbund, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union. Recht und Politik für das Europäische Gemeinwesen, Baden-Baden 2011, S. 102 ff.
- Pieroth, B./Schlink, B./Kingreen, T./Poscher, R.*, Grundrechte Staatsrecht II, 31. Auflage, Heidelberg 2015.
- Pietsch, J.*, Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta. Dogmatik und Bewertung auf der Grundlage einer Prinzipientheorie der Rechte, Baden-Baden 2005.
- Pitschas, R.*, Innere Sicherheit in der EU und europarechtliche Grundlagen des Sicherheitsgewerbes, NVwZ 2002, S. 519 ff.
- Poscher, R.*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.
- Putz, U.*, Angst vor Cyberangriffen. Singapurs Behörden gehen offline, Spiegel Online 14.06.2016, online abrufbar: <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/singapur-geht-aus-angst-vor-cyber-angriffen-offline-a-1097339.html> Stand 22.07.2016.
- Quasdorf, P.*, Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, Frankfurt am Main/New York 2001.
- Rengeling, H.-W./Szczechalla, P.*, Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln 2004.
- Robbers, G.*, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden 1987.
- Röder, S.*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, Baden-Baden 2006.
- Rost, M./Pfitzmann, A.*, Datenschutz-Schutzziele – revisited, DuD 2009, S. 353 ff.
- Ruffert, M.*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer prozessualen Durchsetzung, Heidelberg 1996.
- Ders.*, Schlüsselfragen der europäischen Verfassung der Zukunft. Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 2004, S. 165 (172) mwN.
- Ders.*, Aufgaben europarechtlicher Theoriebildung nach Lissabon, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), Grundgesetz und europäische Integration. Die europäische Union nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Beiheft Europarecht 1/2010, S. 83 ff.
- Ders.*, Grundrechtliche Schutzpflichten: Einfallstor für ein etatistisches Grundrechtsverständnis? in: Vesting/Körloth/Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene

- kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und der Grundrechtsdogmatik, S. 109 ff., Tübingen 2016.
- Sagmeister, H.*, Die Grundsatznormen in der Grundrechtecharta. Zugleich ein Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht, Berlin 2010.
- Schaar, P.*, Lässt sich die globale Internetüberwachung noch bändigen?, ZRP 2013, S. 214 ff.
- Schliesky, U./Hoffmann, C./Luch, A.D./Schulz, S.E./Borchers, K. C.*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2014.
- Schmidt, J.*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, Tübingen 2010.
- Schmittmann, G. J.*, Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta, Köln/Berlin/München 2007.
- Schroer, M.*, Räume, Orte, Grenzen. Auf dem Weg zu einer Soziologie des Raums, Frankfurt a. M. 2012.
- Schulz, S. E.*, Die „Datenautobahn“ als Infrastruktur: Gewährleistungs- und Verkehrssicherungspflichten des Staates, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Die Vermessung des virtuellen Raums. E-Volution des Rechts- und Verwaltungssystems III, Baden-Baden 2012, S. 265 ff.
- Schulze, T.*, Bedingt abwehrbereit. Schutz kritischer Informations- und Infrastrukturen in Deutschland und den USA, Wiesbaden 2006.
- de Schutter, O.*, La contribution de la Charte des droits fondamentaux d'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire, RUDH 2000, S. 33 ff.
- Schwarze, J./Becker, U./Hatje, A./Schoo, J.* (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden Baden, 3. Auflage 2012.
- Schweda, S.*, Vorratsdatenspeicherung in der EU – ja, nein, vielleicht, weiß nicht?, ZD-Aktuell 2014, 04020.
- Seyr, S.*, Verfassungsgerichte und Verfassungsvergleichung. Der EuGH, Journal für Rechtspolitik 2010, S. 230 ff.
- Shaw, J.*, European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic, OJLS 1996, S. 231 ff.
- e Silva, K.*, Europe's fragmented approach towards cyber security, IPR Vol. 2 2012, Issue 4, abrufbar unter <http://policyreview.info/articles/analysis/europes-fragmented-approach-towards-cyber-security>, Stand 23.08.2016.
- Sonntag, M.*, IT-Sicherheit kritischer Infrastrukturen. Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, München 2005.
- Stern, K.*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, S. 241 ff.
- Stern, K./Sachs, M.* (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta. Kommentar, München 2016.
- Stieglitz, E.*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH. Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte, Baden-Baden 2003.
- Suerbaum, J.*, Die Schutzpflichtendimension der Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 2003, S. 390 ff.
- Szczekalla, P.*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Berlin 2002.
- Ders.*, Grundrechte, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht. Eine systematische Darstellung des europäischen Umweltrechts mit

- seinen Auswirkungen auf das deutsche Recht und mit rechtspolitischen Perspektiven, 2. Auflage, Köln 2003, § 12.
- Ders.*, Funktionen der Grundrechte, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München/Wien/Bern 2006, § 5.
- Ders.*, Grundrechtliche Schutzbereiche und Schrankensystematik, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München/Wien/Bern 2006, § 7.
- Talmon, S.*, Sachverständigengutachten gemäß Beweisbeschluss SV-4 des 1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode, 2. Juni 2014, online abrufbar: https://www.bundestag.de/blob/282872/2b7b605da4c13cc2bc512c9c899953c1/mat_a_sv-4-2_talmon-pdf-data.pdf, Stand 23.07.2016.
- Tanneberger, S.*, Die Sicherheitsverfassung. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zugleich ein Beitrag zu einer induktiven Methodenlehre, Tübingen 2014.
- Terhechte, J. P.*, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, Tübingen 2011.
- Tettinger, P./Stern, K.* (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006.
- Thiel, M.*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr. Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, Tübingen 2011.
- Thym, D.*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, EuR 2015, S. 671 ff.
- Vasilaki, Irimi E.*, Kriminalität im World Wide Web. Erscheinungsformen der Post-„Computerkriminalität“ der zweiten Generation, MMR 2006, S. 212 ff.
- Wahl, R./Masing, J.*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 552 ff.
- Wehlau, A./Lutzhöft, N.*, Grundrechte-Charta und Grundrechts-Checkliste – eine dogmatische Selbstverpflichtung der EU-Organen, EuZW 2012, S. 45 ff.
- Weiler, J.*, The Constitution of Europe. „Do the new clothes have an emperor?“ and other essays on European integration, 5. Auflage, Cambridge/New York 2005.
- Wendel, M.*, Wider die Mär vom Grundrechtsblinden: Der EuGH und die Vorratsdatenspeicherung, Verfassungsblog 09.04.2014, online abrufbar: www.verfassungsblog.de/wider-maer-vom-grundrechtsblinden-eugh-und-vorratsdatenspeicherung, Stand 23.07.2016.
- Ders.*, Renaissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht? Überlegungen zur Tragweite der historischen Auslegungsmethode infolge des jüngsten EU-Reformprozesses, ZaöRV 2008, S. 803 ff.
- Ders.*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, Tübingen 2011.
- Wielsch, T.*, Die europäische Gefahrenabwehr. Stand und Perspektiven europäischer Polizeiarbeit nach dem Maastrichter Vertrag, Leipzig 1998.
- Winkler, R.*, Grundrechte der Europäischen Union. System und allgemeine Grundrechtslehren, Wien 2006.
- Würtenberger, T./Gusy, C./Lange, H.-J.* (Hrsg.), Innere Sicherheit im europäischen Vergleich. Sicherheitsdenken. Sicherheitskonzepte und Sicherheitsarchitektur im Wandel, Berlin/Münster/Wien/Zürich/London 2012.
- Zedner, L.*, Too much security?, International Journal of the Sociology of Law 2003, S. 155 ff.
- Ziegenhorn, G.*, Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta. Genuin chartarechtlicher Grundrechtsschutz gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh, Berlin 2009.

Sachregister

- Abtreibungsdebatte 4
Anschein, grundrechtlicher 169, 179
Aushandlungsbedürftigkeit/aushandlungsbedürftig 2, 5, 13, 22 ff., 27, 29, 40, 42, 44, 60, 105, 106, 110 f., 128, 156, 173 ff., 177 f., 180 f., 184, 186 ff., 199, 203, 220, 228, 231, 233
- bestandserweiternd 90, 92, 96, 104 ff., 201 ff.
bestandssichernd 90, 104 ff.
Bundesverfassungsgericht 3, 9, 15, 46, 57 f., 65, 74, 100, 179 f., 206, 217 f., 223 f.
- Copenhagen School 20, 22, 40, 212
- Datenschutz 216
– -abkommen 216
– -recht 34, 169
– -rechtlich 211
– -grundrecht 51 f., 66, 169
– -niveau 66
- Eingriffsgebot 44, 53 f.
Eingriffsverbot 44, 53 f.
Einheitsthese 151 ff.
- Fördergebot 128, 145 ff.
Freiflächen, grundrechtliche 128, 131, 233
- Gesundheit 30, 52, 182
– -schutz 52, 62, 66, 119
– -schutzniveau 30, 35, 64, 66
Gewaltmonopol 10, 14, 47, 179
Gleichgewicht, institutionelles 7
Grundfreiheiten 30 f., 36, 46, 63, 88
Grundrechtsverbund, europäischer 9, 96, 98, 102, 105, 193, 197
- Handlungsgebote 54, 56, 71
Handlungsverbote 54, 56, 71
- Instruktionsnorm 110 f., 115, 117, 128, 131, 138 f., 145, 174
Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte 74, 87
Jurisdiktionsstaat 3, 57, 76, 106
- Katastrophen, erzählte 212 f.
kollektiv-rechtlich/Kollektivrechtsgüter 11, 44 f., 62 ff., 75, 158, 181, 187 ff., 202, 232 f.
Konstitutionalisierung 56, 58 f.
konstruktivistisch 17, 20, 22, 41
- Leistungsrecht/leistungsrechtlich/gewährleistungsrechtlich 48 f., 96, 107, 117, 119, 121 ff., 136 f., 140 ff., 144, 147, 155, 158, 167 ff., 173, 180, 184, 186, 194, 228
- Optimierungsgebote 69, 124
- Paradoxien/Paradoxon/Sicherheitsparadoxien 5, 13, 16 f., 22, 23 f., 32, 38 f., 87, 110, 231 f.
positive obligations 45, 48 ff., 54
- Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 15, 29, 84, 97, 195
Rights Talk 4, 11, 21, 31, 42, 60 f., 67, 71, 76, 107 ff., 185, 189 f., 207, 212, 218 ff., 223 f., 232 ff.
Rückschrittsverbot 144 ff., 156, 199 ff., 228
- Schutzanspruch 1 f., 6, 45, 57, 63, 68 ff., 89, 106 f., 108 f., 188 ff., 195, 200, 215, 219, 223 f., 226 f., 232 f.
Schutz durch Eingriff 16, 55, 63, 85, 95 f., 103, 193
Schwangerschaftsabbruch 57, 58, 223
Sicherheitsakteur 20 f., 29, 40, 61, 107, 189, 218, 220

- Sicherheitskultur 17 ff., 86
 Sicherheitsunion 9
 Subjektivierungsgebot 129, 144, 147 f.,
 156, 199, 201, 203
- Umwelt 181 f.
 – -schutz 62, 66, 119, 130
 – -grundsatz 133, 136, 139, 143, 148
 – -standards 130, 141
 U.N.-Menschenrechtsausschuss 74, 87
- Verbraucher
 – Sicherheit der 30
 – -schutz 30, 62, 119, 154
 – -schutzgrundsatz 66, 153
 – -vertrauen 52
 – -niveau 154
 Verfassungsverbund 9, 176, 179
- Verfassungsinhalt 15
 Verfassungsvoraussetzung 15
 Vergrundrechtlichung 1 f., 4, 8, 53, 56, 60,
 72, 76, 105, 107 f., 219, 232 f.
 Versichertheitlichung 5, 8, 20 f., 60, 212,
 219, 234
 – -sakteure 21
 – -potentiale 220
 – -prozesse 15, 20 ff., 40 f., 54, 61, 189,
 207, 212, 218 f., 222, 224 f., 228 f.
 – -tendenzen 11, 29, 41 f., 71, 86, 107 f.,
 206 f., 212, 218, 220, 233 f.
- Vorratsdatenspeicherung 2, 34, 38, 64, 75,
 101, 171
- Werteordnung, objektive 3, 46
 Wesentlichkeitslehre 176 ff.