

Im „Kreuzfeuer“ des Zweiten Senats

Alexander Brade

2020-04-13T11:00:53

Die Entscheidungen des Ersten Senats, mit denen sich das BVerfG zum Garanten der Unionsgrundrechte aufschwang, waren nicht weniger als ein Paukenschlag. Im Schrifttum stieß die Neuausrichtung des Prüfungsmaßstabs der Verfassungsbeschwerde überwiegend auf Wohlwollen. Unbemerkt blieb dabei bislang, dass der Zweite Senat nicht geneigt scheint, dem zu folgen. Vorläufiger Höhepunkt dieser Entwicklung ist der am 8. April 2020 veröffentlichte Beschluss zu Blankettstrafvorschriften im Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch.

(K)ein Fall für das Plenum?

Der Vorsitzende des Zweiten Senats bringt es auf den Punkt: „Das BVerfG prüft Verfassungsbeschwerden gegen Akte der deutschen öffentlichen Gewalt letztverbindlich am Maßstab des Grundgesetzes“ ([Voßkuhle, NVwZ 2010, 4](#)). Anderenorts fügt er hinzu, dass damit im Rahmen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG eine Berufung auf europäisches Unionsrecht, die EU-Grundrechtecharta eingeschlossen, ausgeschlossen sei ([ders., in: vM/K/S, Art. 93 Rn. 179](#); näher *ders.*, JZ 2016, 164). Damit spricht er in aller Deutlichkeit aus, was bis zur „Novemberrevolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem“ ([Kühling, NJW 2020, 275](#)) selbst in der Rechtsprechung des damit befassten Ersten Senats als selbstverständlich galt: „Gemeinschaftsrechtlich begründete Rechte gehören nicht zu den Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten, gegen deren Verletzung nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG mit der Verfassungsbeschwerde vorgegangen werden kann“ ([BVerfGE 115, 299](#)).

Wendet man lediglich die formalen Kategorien an, von denen § 16 BVerfGG ausgeht, liegt in der ausdrücklichen Aufgabe dieser Rechtsauffassung in der Tat kein Fall für das Plenum des BVerfG ([Recht auf Vergessen II, Rn. 87 ff.](#)). Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass sich der Zweite Senat in seiner Entscheidung zur [Filmförderabgabe](#) auf die soeben zitierte Aussage des Ersten Senats stützt und sie sich so zu Eigen macht (Rn. 172). Denn im betreffenden Fall waren – und darauf kommt es entscheidend an – nicht die Unionsgrundrechte, sondern unionsrechtliche Beihilfenvorschriften maßstabsgebend. Anders verhält es sich zwar für die Entscheidung des Zweiten Senats zum [Europäischen Haftbefehl II](#). Auch hier erweisen sich die Ausführungen aber bei näherem Hinsehen als nicht tragend, da eine Prüfung am Maßstab der Unionsgrundrechte, wie der Zweite Senat selbst herausarbeitet, zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte. Und dennoch: Ein gewisses Unbehagen bleibt. Das liegt daran, dass diese Entscheidung – wie auch die [Solange-II-Rechtsprechung](#) – im Sinne eines „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ von der Nichtanwendbarkeit der Unionsgrundrechte getragen ist. Man kann es als konzeptionellen Dissens bezeichnen, weil beide Senate unterschiedliche Strategien zur „Heimholung der Grundrechtsprüfung“ entwickeln: „Will der Zweite Senat notfalls die Grundrechte des Grundgesetzes angewendet

wissen, wendet der Erste Senat mit neuer Selbstverständlichkeit die Charta-Grundrechte an“ ([Kämmerer/Kotzur, NVwZ 2020, 184](#)).

Von der Steilvorlage, die sich damit bietet, seine Rechtsauffassung „tragend“ zu machen und folglich das Plenum anzurufen, hat der Zweite Senat bislang noch keinen Gebrauch gemacht; es scheint aber nur eine Frage der Zeit zu sein. Mehr und mehr geraten die Beschlüsse „Recht auf Vergessen I und II“ in das „Kreuzfeuer“ des Zweiten Senats, worin sich die Rechtsauffassung seines Vorsitzenden manifestiert. Den Anfang macht ein [Kammerbeschluss](#) der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Januar 2020, der noch zurückhaltend formuliert ist. Hier heißt es: „Beurteilungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde sind die Grundrechte des Grundgesetzes. Das Bundesverfassungsgericht prüft das innerstaatliche Recht und dessen Anwendung grundsätzlich jedenfalls dann am Maßstab der deutschen Grundrechte, wenn es im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegt, durch dieses aber nicht vollständig determiniert ist (vgl. Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13 -, Rn. 42, 49).“ Auf den ersten Blick fügt sich diese Entscheidung ohne weiteres in die ständige Rechtsprechung des Zweiten Senats ein, wonach bei Bestehen eines Gestaltungsspielraums die zur Ausfüllung von Unionsrecht erlassenen nationalen Rechtsakte einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Grundgesetzes zugänglich sind (vgl. nur [BVerfGE 140, 335 f.](#)). Mehr noch: Die 2. Kammer des Zweiten Senats nimmt hierbei ausdrücklich – und für sich allein stehend – Bezug auf den Beschluss „[Recht auf Vergessen I](#)“ des Ersten Senats. Bei näherer Betrachtung rückt die Entscheidung der Kammer davon aber ein Stück weit ab. Erstens lässt sich die Aussage, dass die Grundrechte des Grundgesetzes (ausschließlicher?) Prüfungsmaßstab seien, so verstehen, dass ihr eine vom Einzelfall losgelöste, allgemeine Bedeutung zukommt. Zweitens findet sich das Wort „jedenfalls“ so nicht in dem besagten Beschluss des Ersten Senats. Soll also offenbleiben, welcher Maßstab für unionsrechtlich vollständig determiniertes innerstaatliches Recht gilt, die Unionsgrundrechte, wie der Erste Senat meint, die Grundrechte des Grundgesetzes (so der Vorschlag von [Brade/Gentzsch, JuWissBlog Nr. 12/2020](#))? Oder soll eine Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht in solchen Fällen – die Instrumente der Ultra-vires- und Identitätskontrolle ausgenommen – weiterhin ganz unterbleiben?

Unionsrecht wird nicht zum verfassungsrechtlichen Maßstab

In letztere Richtung weist der Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2020 zum Übereinkommen über ein [Einheitliches Patentgericht](#) (EPGÜ). Mit Blick auf die Übertragung der Patentgerichtsbarkeit führt er aus, dass die deutschen Gerichte (und damit auch das BVerfG) insoweit keinen Grundrechtsschutz mehr gewähren könnten (Rn. 157). Dabei nimmt der Zweite Senat ausdrücklich Bezug auf den Beschluss „[Recht auf Vergessen II](#)“ und bekennt sich damit zur (alleinigen) Geltung der Unionsgrundrechte für den Fall, dass eine Rechtsfrage vollständig durch das Unionsrecht geregelt wird. Diejenigen Randnummern des Beschlusses, die sich zur (bundes-)verfassungsgerichtlichen Prüfung anhand der Grundrechtecharta der Union verhalten, spart der Zweite Senat

demgegenüber aus. Seinen Dreh- und Angelpunkt bildet vielmehr das nationale Verfassungsrecht. Hier heißt es: „Soweit die Verfassungsbeschwerde Verstöße des EPGÜ gegen das Unionsrecht rügt, scheidet eine Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG von vornherein aus.“ ([Rn. 114](#)). Der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes führe nicht dazu, dass das Unionsrecht selbst zum verfassungsrechtlichen Maßstab würde. Was die Grundrechtecharta anbelangt, lässt der Zweite Senat zwar offen, ob sich – sofern diese anwendbar ist – daraus etwas anderes ergeben könnte (Rn. 116). Dies dürfte ihm aber nicht schwer gefallen sein, da der Erste Senat selbst in diesem Punkt keine Farbe bekennen musste, da er nicht über die Gültigkeit oder Wirksamkeit von Unionsrecht als solchem, sondern über die richtige Anwendung des (vollvereinheitlichten) Unionsrechts zu entscheiden hatte (vgl. [Recht auf Vergessen II](#), Rn. 51 f.).

Das Grundgesetz als ausschließlicher Maßstab

Den vorläufigen Schlusspunkt des aufziehenden Konflikts zwischen Erstem und Zweitem Senat bildet der am 8. April 2020 veröffentlichte Beschluss zu [Blankettstrafvorschriften im Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch](#). Es beginnt recht harmlos: So greift der Zweite Senat (erneut) seine ständige Rechtsprechung auf und führt aus, dass im Falle des Bestehens eines Gestaltungsspielraums die zur Ausfüllung von Unionsrecht erlassenen nationalen Rechtsakte einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Grundgesetzes zugänglich seien (Rn. 65). Die Nachweise beziehen sich dann in erster Linie auf die Rechtsprechung desselben Senats; die Bezugnahme auf den Beschluss „[Recht auf Vergessen I](#)“ des Ersten Senats erscheint demgegenüber – anders als noch im [Kammerbeschluss](#) vom 30. Januar 2020 – randständig, beinahe überflüssig („ferner“). Interessant ist auch, dass sich hier der Verweis auf Randnummer 49 des Beschlusses „[Recht auf Vergessen I](#)“ nicht mehr findet, in dem von einer „primären Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes“ die Rede ist, was impliziert hätte, dass daneben (in den Augen des Zweiten Senats) auch eine andere Rechtsordnung Geltung beanspruchen kann. Eben dies nicht aussprechen zu müssen, war die erkennbare Intention des Zweiten Senats. Er führt nämlich weiter wie folgt aus: „Danach sind die vorgelegten Vorschriften [des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches] vollumfänglich – und *ausschließlich* – am Maßstab des Grundgesetzes überprüfbar“ ([Rn. 66](#), Hervorhebung nur hier).

Eine Begründung dafür, warum die Grundrechte des Grundgesetzes ausschließlich und nicht „lediglich“ primär heranzuziehen sind, bleibt der Zweite Senat schuldig. Weder verhält er sich dazu, ob er den Ansatz des Ersten Senats bereits dem Grunde nach ablehnt, noch dazu, ob er in Anwendung der betreffenden Maßgaben „bloß“ zu dem Ergebnis gelangt ist, dass eine „Ausnahme von der Annahme grundrechtlicher Vielfalt im gestaltungsoffenen Fachrecht“ nicht vorliegt. Darunter versteht der Erste Senat vor allem den Fall, dass das Unionsrecht engere grundrechtliche Maßgaben aufstellt und sich daher eine Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes verbiete ([Recht auf Vergessen I, Rn. 67 ff.](#)). Einigkeit scheint nur in einem Punkt zu bestehen: Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta gemäß ihrem Art. 51 Abs. 1 Satz 1 muss – anders als der EuGH meint – hinreichend

begrenzt sein ([Rn. 43](#); stellvertretend als Stimme des Zweiten Senats: [Huber, NJW 2011, 2386 f.](#); vgl. auch [BVerfGE 147, 379](#)). Im Übrigen ist alles offen.

Das hat Konsequenzen für Beschwerdeführer*innen: Für diejenigen Rechtsbereiche, für die der Zweite Senat abweichend von § 14 Abs. 1 BVerfGG zuständig ist, darunter das Asyl- und Aufenthaltsrecht sowie das Straf- und Strafverfahrensrecht, droht der durch das BVerfG gewährte (umfassende) Grundrechtsschutz leerzulaufen. Insoweit bliebe die Grundrechtskontrolle dann vielmehr weiterhin den Fachgerichten in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof überlassen. Ob es tatsächlich so weit kommen wird, lässt sich schwer absehen. Der Umstand, dass das Plenumsverfahren einen Kraftakt darstellt, der in der beinahe 70-jährigen Geschichte des BVerfG erst fünfmal praktiziert worden ist, mag abschreckend wirken. Führt man sich hingegen die historische Tragweite der Beschlüsse „Recht auf Vergessen [I](#) und [II](#)“ vor Augen, gilt: Wenn nicht jetzt, wann dann?

