

Dr. Clemens Latzel*

Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts

Das Unionsrecht dominiert weite Teile des Wirtschaftsrechts und doch ist seine Anwendbarkeit im Einzelfall bisweilen unklar. Ist etwa ein Kopftuchverbot für Arbeitnehmer an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen oder (auch) an der Grundrechtecharta? Wann greift das deutsche und wann das unionsrechtliche Rückwirkungsverbot? Um diese Fragen zu beantworten gilt es, den formellen (prinzipiellen) Anwendungsbereich von den materiellen (nach Integrationsstand variierenden) Anwendungsbereichen zu unterscheiden.

I. Der formelle Anwendungsbereich des Unionsrechts

Der formelle Anwendungsbereich des Unionsrechts meint die prinzipielle Anwendbarkeit desselben und bringt zunächst nur die universellen Grundsätze und Grundrechte des Unionsrechts zur Geltung. Schon wegen der nationalen Solange-Vorbehalte¹ darf es nämlich keine Fallgestaltung geben,² die unter das Unionsrecht fällt, ohne dass dessen

Even though EU law dictates vast parts of the business law, its applicability in a particular case is not always entirely clear. Is a headscarf ban for employees to be measured against the fundamental rights of the German Constitution or (also) against the EU's Charter of Fundamental Rights? Does the German or the European prohibition of retroactivity apply? To answer these questions, it is necessary to distinguish the formal (basic) scope of application from the material (varying according to the level of integration) scope of application.

* Der Autor ist Habilitand an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 Grdl. *BVerfGE* 73, 339 = *NJW* 1987, 577 – Solange II; ähnl. etwa in Polen, Schweden, Spanien, Ungarn, s. P. M. Huber in v. Bogdandy/Cruz Villalón/P. M. Huber, *HdB Ius Publicum Europaeum*, Bd. II, 2008, § 26 Rn. 65 ff.

2 Die Unzuständigkeit des *EuGH* in der GASP (Art. 24 I UAbs. 2 S. 6 EUV, 275 AEUV) entbindet die Mitgliedstaaten nicht von den Unionsgrundrechten (Heuer, Art. 51 I 1 GRCh: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, 2014, 316 f.), sondern öffnet nur die Prüfungsmöglichkeit der nationalen Gerichte, Dörr in Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der EU*, Stand: 55. ErgL 2015, Art. 275 AEUV Rn. 13.

Grundrechte anwendbar sind.³ Auch wenn die Diskussion vornehmlich um Art. 51 I GRCh („Durchführung des Rechts der Union“) und Grundrechte kreist,⁴ gelten auch die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, die der *EuGH* auf Art. 6 III EUV stützt (Verhältnismäßigkeit, Rechtssicherheit, Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf etc.),⁵ für die Mitgliedstaaten immer dann, wenn sie Unionsrecht durchführen.⁶

1. Expansives Grundverständnis

Der formelle Anwendungsbereich des Unionsrechts ist sehr weit. Der *EuGH* hat sich auch durch die GRCh nicht von seinem großzügigen Verständnis abbringen lassen.⁷ Zu Recht, denn die „Durchführung“ in Art. 51 I GRCh sollte gerade nicht den Anwendungsbereich des Unionsrechts beschränken.⁸ Das *BVerfG* war daraufhin etwas verschnupft,⁹ weshalb sich der *EuGH* nun einstweilen etwas zurückhaltender ausdrückt:¹⁰ Unionsrechtliche Grundrechte und Grundsätze sind prinzipiell „nur“ dann anzuwenden, wenn zwischen einem Unionsrechtsakt und der nationalen Maßnahme ein Zusammenhang besteht, „der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann.“¹¹ Das ist keine Abkehr vom Luxemburger „Grundrechtsexpansionismus“, wie auch die berüchtigte Åkerberg-Fransson-Entscheidung kein „Sonderfall“ war.¹² Schon die unverändert negative Betrachtung dessen, was *nicht* unter das Unionsrecht fällt, zeigt, was Ausnahme und was Regel ist.

2. Durchzuführendes Unionsrecht

Den formellen Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen nicht seine allgemeinen Grundsätze oder Grundrechte selbst, sondern das materiell durchzuführende Unionsrecht iSd Art. 51 I GRCh.¹³

a) Hinreichend bestimmte Verpflichtung der Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten handeln im formellen Anwendungsbereich des Unionsrechts, wenn ihnen das Unionsrecht „bestimmte Verpflichtungen“ auferlegt.¹⁴ Eine unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten ist also *conditio sine qua non* für die Bindung der Mitgliedstaaten an die allgemeinen Grundsätze und Grundrechte des Unionsrechts.¹⁵ Nur was sind hinreichend bestimmte Verpflichtungen?

Bloße Kompetenztitel aktivieren das Unionsrecht jedenfalls nicht.¹⁶ Deswegen kann etwa Art. 19 AEUV jenseits spezifischen Antidiskriminierungsrechts keine Wirkung entfalten.¹⁷ Auch Art. 153 II AEUV¹⁸ und Art. 151 AEUV¹⁹ bedürfen der Aktivierung. Ebenso wenig genügen unionspolitische Ziele, Leitlinien und Empfehlungen (etwa beschäftigungspolitische Leitlinien nach Art. 148 AEUV²⁰) oder Unterstützungs- und Koordinierungsmaßnahmen (etwa bei der Agrarmarktorganisation²¹ oder der Sozialhilfe²²).

Der *EuGH* meint, der nationale Wille zur Durchführung des Unionsrechts (oder zumindest Maßnahmen mit entsprechendem „Charakter“), die Verfolgung unionsrechtlicher Ziele oder die Tatsache, dass es „eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann“, können den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen.²³ Das hilft freilich nicht weiter.

In der Åkerberg-Fransson-Entscheidung hat zweierlei gegnüt: die Pflicht zum Schutz der EU-Fiskalinteressen und

die Pflicht zur Sanktionierung von Rechtsverstößen.²⁴ Letztere folgt freilich schon aus dem ohnehin im Anwendungsbereich des Unionsrechts stets geltenden Gebot der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV).²⁵ Also muss die Mitgliedstaaten wenigstens eine materielle Pflicht treffen, die das in der Sache zu schützende (durchzuführende) Recht konstituiert.

b) Pflichten aus dem Sekundärrecht

Das Sekundärrecht begründet viele Pflichten für die Mitgliedstaaten und überführt damit ganze Kaskaden von Sachbereichen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.

- 3 *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:105 = EuZW 2013, 302 Rn. 21 – Fransson (Rs. C-617/10); *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2 = NZA 2014, 193 Rn. 42 – AMS (Rs. C-176/12); ebs. bereits *EuGH*, ECLI:EU:C:1991:254 = EuZW 1991, 507 Rn. 42 – ERT (Rs. C-260/89); *EuGH*, ECLI:EU:C:2002:603 = EuZW 2003, 14 Rn. 25 – Roquette Frères (Rs. C-94/00). Grdl. *Jacobs*, ECLI:EU:C:1989:179 Rn. 22 – Schlussanträge Wachauf (Rs. 5/88): Mitgliedstaaten müssen im gemeinschaftsrechtlichen Bereich den gleichen Zwängen unterliegen wie die Gemeinschaft; nachfolgend *EuGH*, ECLI:EU:C:1989:321 = BeckRS 2004, 73224 Rn. 19 – Wachauf; dazu *Stotz*, FS Dausers, 2014, 409 (413 f.).
- 4 Nur *Heuer* (o. Fn. 2); *Stotz* (o. Fn. 3), 409 (419 ff.); *R. Streinz*, FS Dausers, 2014, 429 (437 ff.); *Thym*, NVwZ 2013, 889.
- 5 Übersicht bei *R. Streinz* in *ders.*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 6 EUV Rn. 31.
- 6 *Ehlers* in *ders.*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 14 Rn. 25, 80; *Heuer* (o. Fn. 2), 42 ff.; vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:1979:290 = BeckRS 2004, 71206 Rn. 15 – Hauer (Rs. 44/79); *EuGH*, ECLI:EU:C:1991:254 = EuZW 1991, 507 Rn. 43 ff. – ERT; *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:105 = EuZW 2013, 302 Rn. 19 ff. – Fransson; *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2055 = EuZW 2014, 795 Rn. 33, 36 – Hernández (Rs. C-198/13); *Pötters*, EuZW 2014, 796 (799); *R. Streinz* (o. Fn. 4), 429 (436).
- 7 *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:105 = EuZW 2013, 302 Rn. 17 ff. – Fransson.
- 8 Vgl. Art. 52 VII GRCh iVm den Erläuterungen zu Art. 51 GRCh, *R. Streinz* (o. Fn. 4), 429 (434 f.); aA *Cremer* in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, § 3 Rn. 26 f.; *Stotz* (o. Fn. 3), 409 (419); *Masing*, JZ 2015, 477 (482): „zweifelhaft“.
- 9 *BVerfGE* 133, 277 = NJW 2013, 1499 Rn. 91 – Antiterrordatei; krit. *R. Streinz* (o. Fn. 4), 429 (437): Weder war der Fall zur Mahnung geeignet, „noch der Ton des Urteils hilfreich“; ebs. *Latzel*, Eine misslungene Karlsruher Trotzreaktion, FAZ v. 3.5.2013, 7.
- 10 Vgl. *R. Streinz*, JuS 2015, 281 (283): „Entschärfung des nach Åkerberg-Fransson entstandenen Konfliktpotenzials“.
- 11 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2055 = EuZW 2014, 795 Rn. 34 – Hernández.
- 12 So aber *Terhechte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 51 GRCh Rn. 10.
- 13 Art. 52 VII GRCh iVm Erläuterung zu Art. 51 III GRCh; *Heuer* (o. Fn. 2), 181 f.
- 14 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Rn. 26 f. – Siragusa (Rs. C-206/13); *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2055 = EuZW 2014, 795 Rn. 35 – Hernández; vgl. auch *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:105 = EuZW 2013, 302 Rn. 24 ff. – Fransson; s. ferner bereits *EuGH*, ECLI:EU:C:1996:235 = BeckRS 2004, 74411 Rn. 11 f. – Maurin (Rs. C-144/95).
- 15 *Stotz* (o. Fn. 3), 409 (424).
- 16 *Heuer* (o. Fn. 2), 217 f.
- 17 *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:517 = EuZW 2008, 697 Rn. 18 – Bartsch (Rs. C-427/06); *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2055 = EuZW 2014, 795 Rn. 36 – Hernández.
- 18 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2055 = EuZW 2014, 795 Rn. 46 – Hernández.
- 19 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:60 = EuZW 2015, 439 Rn. 40 – Poclava (Rs. C-117/14).
- 20 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:60 = EuZW 2015, 439 Rn. 40 – Poclava.
- 21 *EuGH*, ECLI:EU:C:1997:631 = BeckRS 2004, 76224 Rn. 22 – Annibaldi (Rs. C-309/96).
- 22 *Thym*, NVwZ 2013, 889 (893).
- 23 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2055 = EuZW 2014, 795 Rn. 37 – Hernández.
- 24 *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:105 = EuZW 2013, 302 Rn. 25 ff. – Fransson; das hält *Thym*, NVwZ 2013, 889 (894), für gerade noch akzeptabel; ähnl. *Heuer* (o. Fn. 2), 224 ff.; abl. *Britz*, EuGRZ 2015, 275 (278).
- 25 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:190 = EuZW 2014, 514 Rn. 44 – LCL (Rs. C-565/12); *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2189 = BeckRS 2014, 81841 Rn. 59 – Kušionová (Rs. C-34/13); v. *Bogdandy/Schill* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim* (o. Fn. 2), Art. 4 EUV Rn. 79.

aa) Pflichten aus dem materiellen Regelungsgehalt

Mit Ablauf ihrer Umsetzungsfrist bewirkt eine Richtlinie, dass alle nationalen Regelungen (auf ihr Alter oder ihren Umsetzungszweck kommt es nicht an²⁶), die einen von der Richtlinie geregelten Bereich erfassen, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen.²⁷ Schon ab Bekanntgabe einer Richtlinie sind die Mitgliedstaaten gehalten, alles zu unterlassen, was die Erreichung der Richtlinienziele gefährden könnte (Frustrationsverbot)²⁸ – damit geht die Bindung an unionsrechtliche Grundsätze und Grundrechte indes nur einher, soweit das nationale Recht bereits der Richtlinie entspricht.²⁹

bb) Kollateralpflichten

Über den materiellen Regelungsgehalt des Sekundärrechts hinaus sind auch alle damit verbundenen Umsetzungs- und Rechtsschutzmechanismen unionsrechtlich determiniert. Diese Kollateralverpflichtungen wirken weit in die nationalen Rechtsordnungen hinein. So ist das Unionsrecht zwar grundsätzlich nach nationalem Verfahrensrecht zu vollziehen, dieses aber dem unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgebot verpflichtet.³⁰ Ferner müssen Unionsrechtsverstöße stets „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sanktioniert werden.³¹

Obleich der *EuGH* die Kontrolle der nationalen Rechtsordnung anhand dieser Prinzipien grundsätzlich den nationalen Gerichten überlässt,³² macht er doch mitunter recht konkrete Vorgaben: Zwar fehlt der EU/EG die Kompetenz für Bußgeldverfahren, dennoch überführt die Richtlinie zur amtlichen Lebensmittelüberwachung „die anwendbaren nationalen Beweisregeln in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts“.³³ Ebenso unterliegt nationales Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfrecht trotz der Kompetenzsperre des Art. 153 V AEUV dem Unionsrecht, wenn Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien Sozialpartner einschalten,³⁴ Arbeitskämpfe die Grundfreiheiten beeinträchtigen³⁵ oder Tarifverträge dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV unterfallen.³⁶ Und wenn jemand einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch vor einem nationalen Gericht geltend macht, unterfällt selbst die nationale Prozesskostenhilfe dem Unionsrecht.³⁷

cc) Überschießende Richtlinienumsetzung und Zuständigkeit des EuGH

Gilt das Unionsrecht auch, soweit Mitgliedstaaten mindestharmonisierende Richtlinien überschießend umgesetzt haben? Es würde ein Raum zur Verwirklichung nationaler Identitäten (Art. 4 II EUV) verschlossen, wenn unionsrechtlich bewusst offengelassene Fragen (wie Gewährung höherer Schutzniveaus, Wahl zwischen Umsetzungsoptionen, Wahl der Umsetzungsmittel) an unionsrechtlichen Grundsätzen und Grundrechten gemessen würden.³⁸ Das heißt zwar nicht, dass im überschießenden Bereich kein Unionsrecht durchgeführt würde.³⁹ Indes werden Einheit, Vorrang und Wirksamkeit des Unionsrechts im überschießenden Bereich durch nationale Grundrechtsstandards kaum gefährdet⁴⁰ und können sich deshalb insoweit neben den europäischen Standards entfalten. Folglich ist die Erhebung biometrischer Daten für Personalausweise an nationalen Grundrechten zu messen, weil das Sekundärrecht die Datenerhebung nur für Reisepässe regelt.⁴¹

Wenn der um Vorabentscheidung angerufene *EuGH* seine Zuständigkeit bejaht, darf das nicht zu der Annahme verleiten, dass der konkrete Fall deshalb auch in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. Der *EuGH* legt Uni-

onsrecht ausdrücklich auch dann aus, wenn das Ausgangsverfahren *nicht* in dessen Anwendungsbereich fällt,⁴² namentlich:⁴³

- wenn in einem rein innerstaatlichen Sachverhalt das nationale Recht „Inländerdiskriminierungen“ untersagt,
- wenn nicht ausgeschlossen ist, dass Marktteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten an einer Niederlassung im betreffenden Mitgliedstaat interessiert sind,
- wenn eine Richtlinie (oder gleich das ganze europäische Wettbewerbsrecht⁴⁴) im nationalen Recht überschießend umgesetzt wurde.

In diesen Fällen ist die Sachentscheidung des *EuGH* eine Dienstleistung für die nationalen Gerichte, die das nationale Recht (im vorausseilenden Gehorsam⁴⁵) wie vergleichbares Unionsrecht auslegen.

c) Pflichten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

Unabhängig von Sekundärrecht ist der formelle Anwendungsbereich des Unionsrechts in allen wirtschaftlichen Sachverhalten mit grenzüberschreitendem Bezug eröffnet, weil sie in den beinahe flächendeckenden Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen⁴⁶ und damit den Mitgliedstaaten „bestimmte Verpflichtungen“ (Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote) auferlegen. Mit fortschreitender Harmonisierung nimmt die Bedeutung des grenzüberschreitenden Bezugs für die Aktivierung des Unionsrechts allerdings ab: Soweit eine Grundfreiheit sekundärrechtlich konkretisiert ist, erübrigt sich die Suche nach

26 *Heuer* (o. Fn. 2), 213 ff.

27 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:21 = *EuZW* 2010, 177 Rn. 25 – *Küçükdeveci* (Rs. C-555/07).

28 *EuGH*, ECLI:EU:C:1997:628 = *EuZW* 1998, 167 Rn. 45 – *Inter-Environnement Wallonie* (Rs. C-129/96); *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:443 = *EuZW* 2006, 730 Rn. 119 ff. – *Adeneler* (Rs. C-212/04).

29 *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:19 = *EuZW* 2008, 185 Rn. 32 ff. – *Navarro* (Rs. C-246/06).

30 *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:461 = *EuZW* 2006, 529 Rn. 62 – *Manfredi* (Rs. C-295/04 ua); *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:366 = *EuZW* 2013, 586 Rn. 27 – *Donau Chemie* (Rs. C-536/11); *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:1317 = *EuZW* 2014, 586 Rn. 24 f. – *Kone* (Rs. C-557/12); *R. Streinz*, *Europarecht*, 9. Aufl. 2012, Rn. 593 ff.

31 *EuGH*, ECLI:EU:C:2005:270 = *EuZW* 2005, 369 Rn. 65 – *Berlusconi* (Rs. C-387/02 ua); *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:856 = *EuZW* 2014, 223 Rn. 39 – *Hirrmann* (Rs. C-174/12); *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:190 = *EuZW* 2014, 514 Rn. 44 – *LCL*; *R. Streinz* (o. Fn. 30), Rn. 486.

32 *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:461 = *EuZW* 2006, 529 Rn. 62 – *Manfredi*; *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:366 = *EuZW* 2013, 586 Rn. 27 – *Donau Chemie*.

33 *EuGH*, ECLI:EU:C:2003:228 = *EuZW* 2003, 666 Rn. 71 – *Steffensen* (Rs. C-276/01); dazu *Stotz* (o. Fn. 3), 409 (417 ff.).

34 *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:560 = *EuZW* 2011, 883 Rn. 62 ff. – *Hennigs* (Rs. C-297/10 ua).

35 *EuGH*, ECLI:EU:C:2007:772 = *EuZW* 2008, 246 Rn. 41 ff. – *Viking* (Rs. C-438/05); *EuGH*, ECLI:EU:C:2007:809 = *NZA* 2008, 159 Rn. 87 ff. – *Laval* (Rs. C-341/05).

36 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2411 = *EuZW* 2015, 313 Rn. 22 f. – *Kunsten* (Rs. C-413/13); dazu *Latzel/Serr*, *EuZW* 2014, 410.

37 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:811 = *EuZW* 2011, 137 – *DEB* (Rs. C-279/09).

38 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:1985:329 = *BeckRS* 2004, 73418 Rn. 26 – *Cinéthèque* (Rs. 60/84 ua): Der *EuGH* prüft nicht, ob ein nationales Gesetz, das in das Ermessen des nationalen Gesetzgebers fällt, mit der EMRK vereinbar ist.

39 *Bäcker*, *EuR* 2015, 389 (393); *Ehlers in ders.* (o. Fn. 6), § 14 Rn. 74.

40 Dazu u. III 3.

41 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:238 = *BeckRS* 2015, 80516 Rn. 46 ff. – *Willem* (Rs. C-446/12 ua).

42 Etwa *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:868 = *BeckRS* 2012, 80089 Rn. 17 f. – *Cicala* (Rs. C-482/10); *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:696 = *BeckRS* 2012, 82373 Rn. 34 – *TEE* (Rs. C-271/11).

43 *Latzel/T. Streinz*, *NJOZ* 2013, 97 (106) mwN.

44 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2411 = *EuZW* 2015, 313 Rn. 19 – *Kunsten*.

45 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:160 = *EuZW* 2013, 716 Rn. 20 – *Allianz Hungária Biztosító* (Rs. C-32/11).

46 *Thym*, *NVwZ* 2013, 889 (893).

einem grenzüberschreitenden Element,⁴⁷ sofern die Harmonisierung nicht nur grenzüberschreitende Aspekte betrifft.⁴⁸

Die Anforderungen an den grenzüberschreitenden Bezug sind nicht besonders hoch, insbesondere ist kein tatsächlicher Grenzüberschritt erforderlich, sondern es genügt, wenn ein wirtschaftlicher Sachverhalt rein rechtlich über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweist. Schon wenn nationales Recht prinzipiell auch für Personen aus anderen Mitgliedstaaten gilt, ist es in aller Regel binnenmarktrelevant. Daher genügt als grenzüberschreitender Bezug, wenn etwa nach nationalem Steuerrecht die Gewinne einer Konzerngesellschaft mit den Verlusten anderer (auch in anderen Mitgliedstaaten ansässigen) Konzerngesellschaften verrechnet werden können.⁴⁹ Ob tatsächlich die Ausübung einer Grundfreiheit weniger attraktiv gemacht wird, ist für die Eröffnung des formellen Anwendungsbereichs des Unionsrechts egal.⁵⁰ Auch der vollkommen unbeeinträchtigte Grenzüberschritt ändert nichts an den mitgliedstaatlichen Verpflichtungen aus den Grundfreiheiten.

d) Pflichten aus der Unionsbürgerschaft

Art. 18 I AEUV (Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit) und Art. 21 ff. AEUV (Unionsbürgerrechte) haben das Potenzial, den formellen Anwendungsbereich des Unionsrechts nahezu immer zu öffnen. Sie gelten zwar auch nur im Anwendungsbereich der Verträge, doch ist dieser hier extrem weit zu verstehen: Es genügt, dass ein Sachverhalt in irgendeiner Weise (zB durch Kompetenztitel, nicht aber bloße Politikziele) vom Unionsrecht erfasst wird.⁵¹ So bewirkt etwa Art. 114 AEUV, dass keine Maßnahme mit irgendeiner Binnenmarktrelevanz wegen der Staatsangehörigkeit diskriminieren darf.⁵²

Damit nicht alle Unionsbürger permanent im formellen Anwendungsbereich des Unionsrechts wandeln, sind hier Anwendungsbereich und Tatbestand verschränkt:⁵³ Der Unionsbürger muss in seinen Rechten „qualifiziert beeinträchtigt“ sein,⁵⁴ was deren tatsächlichen Gebrauch bzw. einen entsprechenden Versuch voraussetzt.⁵⁵ Daher aktiviert der bloße Status als Unionsbürger nicht Art. 18 I AEUV und soweit Inländer nicht in einer vergleichbaren Lage wie andere Unionsbürger sind, schützt sie das Unionsrecht auch nicht vor „Inländerdiskriminierungen“.⁵⁶ Die Unionsbürgerschaft eröffnet den formellen Anwendungsbereich des Unionsrechts nur dann, wenn einem Unionsbürger der „tatsächliche Genuss des Kernbestands der durch den Unionsbürgerstatus verliehenen Rechte“, namentlich die freie Bewegung oder der Aufenthalt in einem Mitgliedstaat, verwehrt wird.⁵⁷

e) Art. 157 I AEUV

Weil Art. 157 I AEUV nach Geschlecht diskriminierende Arbeitsvergütungen von *allen* abhängig Beschäftigten verbietet, stellt er das Primärrecht mit dem weitesten Anwendungsbereich dar. Das Diskriminierungsverbot benötigt keinerlei grenzüberschreitenden oder sekundärrechtlichen Bezug,⁵⁸ die Mitgliedstaaten führen die Norm vielmehr ab ihrem Beitritt zur Union automatisch und permanent durch. Es gibt daher kein Arbeitsverhältnis, das unter das Recht eines Mitgliedstaats fällt oder in der EU durchgeführt wird,⁵⁹ ohne dass dafür Art. 157 I AEUV gilt.⁶⁰ Im Gegensatz zu Unionsbürgern wandeln also Arbeitnehmer stets im formellen Anwendungsbereich des Unionsrechts.

3. Anwendbarkeit universeller Grundsätze und Grundrechte

Der formelle Anwendungsbereich des Unionsrechts bringt nur die universellen Grundsätze und Grundrechte des Unionsrechts zur Anwendung. So betont der *EuGH* etwa die Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für jede nationale Regelung, „die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt oder dieses durchführt“.⁶¹ Die damit verbundenen Harmonisierungseffekte rechtfertigen sich aus dem elementaren Inhalt der universellen Grundsätze und Grundrechte, denn universell sind neben den klassischen Menschenrechten (Art. 1–20 GRCh) nur die Justizgrundrechte (Art. 47–50 GRCh) sowie die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit. Vertrauensschutz ist daher immer nach unionsrechtlichen Maßstäben zu beurteilen, sobald ein Fall nur in den formellen Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.⁶² Und wegen der unionsrechtlichen Pflicht zur effektiven Erhebung der Mehrwertsteuer muss jede Mehrwertsteuerhinterziehung nach dem unionsrechtlichen *Ne-bis-in-idem*-Grundsatz (Art. 50 GRCh) beurteilt werden⁶³ – selbstredend auch, wenn das Unionsrecht keine Doppelahndung mehrwertsteuerrechtlicher Versäumnisse verlangt.⁶⁴

II. Die materiellen Anwendungsbereiche des Unionsrechts

Alle Unionsgrundrechte, die nicht universell sind, gelten für die Mitgliedstaaten nur, wenn und soweit sie sekundärrechtlich aktiviert sind. Wegen der schrittweisen Integration variiert mithin der materielle Anwendungsbereich des Unionsrechts von Grundrecht zu Grundrecht.

- 47 *Szpunar*, ECLI:EU:C:2014:2392 = BeckRS 2014, 82404 Rn. 92, 144 – Schlussanträge Työntekijälaitto (Rs. C-533/13), für die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG.
- 48 *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:326 = BeckRS 2012, 81169 Rn. 52 ff. – *Vinkov* (Rs. C-27/11); *Thym*, NVwZ 2013, 889 (893).
- 49 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:50 = EuZW 2015, 324 Rn. 21 ff. – Kommission/Großbritannien (Rs. C-172/13).
- 50 *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt in der Rechtsprechung des *EuGH* und deren Auswirkungen auf die Freizügigkeit der Unionsbürger, 2011, 121 f.
- 51 *Von Bogdandy* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim* (o. Fn. 2), Art. 18 AEUV Rn. 33 f.
- 52 *Von Bogdandy* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim* (o. Fn. 2), Art. 18 AEUV Rn. 34.
- 53 *Heuer* (o. Fn. 2), 283 ff.
- 54 *Heuer* (o. Fn. 2), 266 ff.
- 55 *Kutzscher* (o. Fn. 50), 168 ff.
- 56 *Von Bogdandy* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim* (o. Fn. 2), Art. 18 AEUV Rn. 51 f.; *Kutzscher* (o. Fn. 50), 123 f.
- 57 *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:277 = EuZW 2011, 522 Rn. 56 – *McCarthy* (Rs. C-434/09); krit. *Milej*, BayVBl 2015, 361 (366): Definitionsmerkmale des „Kernbestands der Unionsbürgerschaft“ unklar.
- 58 *Heuer* (o. Fn. 2), 45; *Ladenburger* in *Tettinger/Stern*, GRCh, 2006, Art. 51 Rn. 50; aA *Langenfeld* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim* (o. Fn. 2), Art. 157 AEUV Rn. 6: Ausführung von zwingendem Unionsrecht oder Beschränkung von Grundfreiheiten erforderlich; differenzierend *Kreber* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 157 AEUV Rn. 16 ff.: Bindung der Mitgliedstaaten nur bei grenzüberschreitendem Bezug, Bindung Privater sobald Arbeitsverhältnis dem Recht eines Mitgliedstaats unterfällt oder in dessen Hoheitsgebiet durchgeführt wird.
- 59 *Erfk/Schlachter*, 15. Aufl. 2015, Art. 157 AEUV Rn. 6.
- 60 Die Norm hat seither unmb. Drittwirkung, *Langenfeld* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim* (o. Fn. 2), Art. 157 AEUV Rn. 49.
- 61 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Rn. 34 f. – *Siragusa*.
- 62 *Eing. Latzel*, EuR 2015, 415.
- 63 *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:105 = EuZW 2013, 302 Rn. 24 ff. – *Fransson*.
- 64 Das wäre aber nach *Britz*, EuGRZ 2015, 275 (278), notwendig, um Art. 50 GRCh anzuwenden.

1. Harmonisierungszugeständnisse

Ungeachtet der Tatsache, dass viele Grundrechte einen sachlich und persönlich beschränkten Anwendungsbereich haben, bringt es der schrittweise Fortgang der europäischen Integration mit sich, dass nicht jedes prinzipiell einschlägige Grundrecht auch für die Mitgliedstaaten gilt. Der Harmonisierungsschub, den die Grundrechtecharta entfalten würde, wenn sie in jedem formell dem Unionsrecht unterfallenden Sachverhalt vollumfänglich für die Mitgliedstaaten gälte, wäre enorm.⁶⁵ So würde etwa der immer geltende Art. 157 I AEUV⁶⁶ auch immer die Grundrechte aus Art. 30 GRCh (Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung) und Art. 28 GRCh (Recht auf Kollektivverhandlungen) aktivieren und damit jegliches nationale Kündigungsschutz-, wie auch Tarif-, Koalitions- und Arbeitskampfrecht der Charta unterstellen, obwohl entsprechende Harmonisierungsakte fehlen bzw. gar nicht erlassen werden dürften (Art. 153 V AEUV). Das haben auch die Mitgliedstaaten erkannt und entsprechende Harmonisierungsvorbehalte aufgestellt (Art. 5 II, 6 I UAbs. 2 EUV, Art. 51 I 2, II GRCh). Folglich formen nicht die Grundrechte das System, sondern das System die Reichweite der (materiell aktivierungsbedürftigen) Grundrechte.⁶⁷

2. Materielle Verschränkung von Primär- und Sekundärrecht

Welche Grundrechte sind inwiefern materiell aktivierungsbedürftig, sprich: sekundärrechtsakzessorisch?⁶⁸ Art. 52 V GRCh verlangt die Aktivierung explizit nur für „Grundsätze“, womit aber nicht allgemeine Grundsätze iSd Art. 6 III EUV, sondern nur Programmsätze der Charta gemeint sind, die objektiv-rechtlich zu berücksichtigen sein sollen.⁶⁹ Die amtliche Erläuterung nennt als „Grundsätze“ etwa Art. 25 (Rechte älterer Menschen), Art. 26 (Integration Behinderter) und Art. 37 GRCh (Umweltschutz). Sie erkennt indes auch grundrechtlich-grundsätzliche Hybride an, namentlich Art. 23 („Gleichheit“ von Männern und Frauen), Art. 33 (Vereinbarkeit von Familie und Beruf) und Art. 34 (soziale Sicherheit). Deren Aktivierungsbedürftigkeit birgt viel judikativen Klärungsbedarf.⁷⁰

Grundrechtskonkretisierende Richtlinien werden in aller Regel ein Grundrecht wie Art. 27 GRCh (Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer) nur im sekundärrechtlichen Regelungsumfang aktivieren⁷¹ und zugleich mit diesem limitiert.⁷² Nur ausnahmsweise sieht der *EuGH* neben dem Sekundärrecht Raum für freie Grundrechtsfindung.⁷³ Auch die Unionsbürgerschaft ist kein „unionsrechtlicher Art. 2 I GG“, der alle Grundrechte für alle Unionsbürger in allen Situationen öffnet.⁷⁴ Die Unionsbürgerrechte gelten und schützen nur, soweit ihre Kernnormen qualifiziert beeinträchtigt sind.⁷⁵ Das ist etwa der Fall, wenn Identität und Privatleben (Art. 7 GRCh) durch die Pflicht, in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Familiennamen zu führen, beeinträchtigt werden.⁷⁶

Die Aktivierung von Grundrechten meint indes nicht ihre Drittwirkung: So ist zwar Art. 21 I GRCh (Nichtdiskriminierung) hinsichtlich einiger Diskriminierungsmerkmale durch Richtlinien aktiviert, deren nationale Umsetzungsakte auch zwischen Privaten gelten. Indes erstreckt Art. 21 I GRCh nicht die fragmentarischen Richtlinien (oder gar deren nationale Umsetzungsakte) auf die übrigen in Art. 21 I GRCh genannten Diskriminierungsmerkmale. Diese Merkmale (wie etwa politische Anschauung) gelten nach wie vor nicht zwischen Privaten, ja die Antidiskriminierungsrichtlinien können auf diese Merkmale gar nicht erstreckt wer-

den, weil die Kompetenznorm Art. 19 AEUV hinter Art. 21 I GRCh zurückbleibt.⁷⁷

3. Rechtlich differenzierende Beurteilung jedes Sachverhalts

Der materielle Anwendungsbereich des Unionsrechts kann also schwerlich nach Sachverhalten beurteilt werden, weil jeder Sachverhalt in sich unterschiedlich sekundärrechtlich determiniert ist und damit je nach *rechtlichem* Blickwinkel unterschiedlichen Grundrechten unterfällt. So ist etwa bislang nur die Kettenbefristung eines Arbeitsvertrags sekundärrechtlich geregelt, weswegen für Erstbefristungen Art. 30 GRCh (Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung) nicht gilt.⁷⁸ Erstbefristungen stellen aber gleichwohl allgemeine Beschäftigungsbedingungen dar, die an den Antidiskriminierungsrichtlinien und diese wiederum insoweit an Art. 21 I GRCh zu messen sind. Es führt daher kein Weg an einer rechtlich differenzierenden Betrachtung jedes Sachverhalts vorbei.⁷⁹

Deswegen bleibt aber nicht die „ausgewogene Konkordanz“ zwischen widerstrebenden Grundrechten auf der Strecke.⁸⁰ Zwar müssen die Mitgliedstaaten beim Vollzug des Sekundärrechts nur die materiell anwendbaren Unionsgrundrechte beachten, doch ist jegliches Sekundärrecht im Einklang mit allen Grundrechten auszulegen,⁸¹ weil die Union als Normsetzer uneingeschränkt an die Charta gebunden ist (Art. 51 I GRCh). Daher kann ein Ausbildungsrecht für Kinder von Wanderarbeitnehmern wegen des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 7 GRCh) ein Aufenthaltsrecht für die Eltern des Kindes auch nach Wegfall von deren inländischer Beschäftigung nach sich ziehen,⁸² selbst wenn die auf Arbeitnehmer fokussierte Freizügigkeitsverordnung 1612/68/EWG gar nicht Art. 7 GRCh für die Mitgliedstaaten aktivieren sollte.

65 R. Streinz/Michl in R. Streinz (o. Fn. 5), Art. 52 GRCh Rn. 31, sehen die Gefahr des „judicial activism“ gerade im sozialen Bereich.

66 Dazu o. I 2 e).

67 Lenaerts, AnwBl 2014, 772; abl. Franzius, EuGRZ 2015, 139 (Fn. 5).

68 Hingegen verlangt Heuer (o. Fn. 2), 182 ff., nur einen „materiellen Zusammenhang“, der die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte erforderlich mache, lehnt aber eine materielle Verschränkung von Grundrechten und Sekundärrecht ab, denn „die Frage der anwendbaren Grundrechte kann nie entscheidend davon abhängen, wie eng die Verbindung zum Inhalt der Verordnung/Richtlinie ist“ (257).

69 Ehlers in ders. (o. Fn. 6), § 14 Rn. 18, der Grundsätze zwar nicht als Grundrechte, aber als „Grundrechtsnormen“ ansieht.

70 Nach Ehlers in ders. (o. Fn. 6), § 14 Rn. 19, stellt die GRCh im Zweifel Grundrechte, nicht nur Grundsätze auf; eing. Guðmundsdóttir, CMLR 2015, 685.

71 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2 = NZA 2014, 193 Rn. 42 ff. – AMS.

72 Heuer (o. Fn. 2), 208 f.

73 Bejaht für Verbot der Altersdiskriminierung, s. *EuGH*, ECLI:EU:C:2005:709 = EuZW 2006, 17 Rn. 74 f. – Mangold (Rs. C-144/04); abgelehnt für Schutz der Minderheitsaktionäre, s. *EuGH*, ECLI:EU:C:2009:626 = EuZW 2009, 894 Rn. 32 ff. – Audiolux (Rs. C-101/08).

74 Dahingehende Versuche etwa von Sharpston, ECLI:EU:C:2010:560 = BeckRS 2010, 91151 Rn. 83 f. – Schlussanträge Zambrano (Rs. C-34/09), dazu krit. Masing, JZ 2015, 477 (483), hat der *EuGH* nicht aufgegriffen.

75 Dazu o. I 2 d).

76 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:806 = EuZW 2011, 888 Ls. = NJOZ 2011, 1346 Rn. 52 ff. – Sayn-Wittgenstein (Rs. C-208/09).

77 Eing. Schmahl in Grabenwarter (o. Fn. 8), § 15 Rn. 25 ff.

78 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:60 = EuZW 2015, 439 Rn. 41 – Poclava; BAGE 146, 48 = NZA 2013, 1352 Rn. 41; Pötters, EuZW 2014, 796 (799).

79 Pötters, EuZW 2014, 796 (799); insoweit vorbildlich BAGE 140, 76 = NJW 2012, 1613 Rn. 10.

80 Das befürchtet aber Heuer (o. Fn. 2), 257, 291 f.

81 *EuGH*, ECLI:EU:C:2007:596 = EuZW 2007, 737 Rn. 74 ff. – Möllendorf (Rs. C-117/06).

82 *EuGH*, ECLI:EU:C:2002:493 = EuZW 2002, 761 Rn. 72 ff. – Baumbast (Rs. C-413/99), noch gestützt auf Art. 8 EMRK; dazu Heuer (o. Fn. 2), 209 f.

III. Primat der Teleologie

1. Einheit, Vorrang und Wirksamkeit des Unionsrechts

Inwiefern müssen die Mitgliedstaaten unionsrechtlich verpflichtet sein, damit der Anwendungsbereich des Unionsrechts formell eröffnet ist? Und wie weit gilt dann welches Grundrecht materiell? Die Antworten lassen sich dogmatisch schwer fassen. Wer „legitimerweise“ erwartet, dass der *EuGH* den nationalen Gerichten „auf der Grundlage eines nunmehr kodifizierten Grundrechtstexts eine klare Orientierung liefert, in welchen Fällen und unter welchen Bedingungen sie nationales Recht an der Charta zu messen haben“,⁸³ wird sehr viel Geduld aufbringen müssen. Der unionsrechtliche Grundrechtsschutz lässt sich „bei realistischer Betrachtung nicht in ein statisches System von Lehrensätzen zwängen“.⁸⁴

Hilfreich ist es, die europäische Perspektive einzunehmen, dogmatische Spitzfindigkeiten wie Wortlaut und Systematik hintan⁸⁵ und stattdessen das Telos in den Mittelpunkt zu stellen. Das Telos der Unionsgrundrechte sieht der *EuGH* nicht nur im Schutz der Bürger vor staatlicher Macht,⁸⁶ sondern auch im Schutz von Vorrang, Einheit und praktischer Wirksamkeit des Unionsrechts vor divergierenden nationalen Grundrechtsstandards.⁸⁷ Damit trägt der *EuGH* – positiv formuliert – der integrierenden Kraft der Grundrechte als Komponente materieller Rechtsstaatlichkeit Rechnung,⁸⁸ was freilich hiesige Verfassungsrichter wenig begeistert.⁸⁹

2. Die Rolle des EuGH

Die mit teleologischen Erwägungen stets verbundene Unschärfe ist durchaus bezweckt. Der *EuGH* ist sich der normativen Kraft seiner Urteile bewusst und vermeidet daher Grundsatzaussagen, um einerseits die Komplexität der Materie „angemessen zu reduzieren“⁹⁰ und andererseits sich nicht selbst der nötigen Flexibilität zu berauben.⁹¹ Erscheint es politisch opportun,⁹² den Anschein eines engen Anwendungsbereichs des Unionsrechts zu erwecken, beruft sich der *EuGH* daher eher auf Entscheidungen, in denen die Anwendbarkeit des Unionsrechts (und sei es nur aus materiellen Gründen⁹³) verneint wurde.⁹⁴ Damit rückt der *EuGH* aber nicht von früheren, großzügigeren Entscheidungen ab,⁹⁵ denn *den EuGH* gibt es nur bei Plenumsentscheidungen. Entscheidungen der nur mit drei oder fünf Richtern besetzten kleinen Kammern haben gegenüber den Entscheidungen der mit 15 Richtern besetzten *Großen Kammer* wenig Gewicht.⁹⁶ Auch die weitreichende Åkerberg-Fransson-Linie hat die *Große Kammer* festgelegt, die scheinbar „zurückrudern“ Folgeentscheidungen nur kleine Kammern.⁹⁷

3. Raum für nationale Grundrechte?

Inwieweit die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts noch ihre nationalen Grundrechte anwenden können, bleibt eine brisante Frage. Die Antwort ist aus unionsrechtlicher Sicht klar: Nur wenn die Trinität aus Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts außer Gefahr ist, können Konzessionen an nationale Identitäten und damit auch Grundrechte gemacht werden.⁹⁸ Hat die Union in einer Frage ein Grundrechtsniveau abschließend definiert, können keine nationalen Grundrechte gelten: „Dies ist die Folge des Umstands, dass der Unionsgesetzgeber bei Erlass des Rechtsakts eine Abwägung zwischen den von der Union verfolgten grundsätzlichen Interessen und dem Grundrechtsschutz getroffen hat. Die Anwendung eines höheren Standards des Grundrechtsschutzes würde

die bereits getroffene Abwägung konterkarieren und damit den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen“.⁹⁹

Solche abschließenden Abwägungen widerstreitender Grundrechtspositionen sind insbesondere im Sekundärrecht die Regel. Deshalb ist es – gelinde gesagt – mutig, wenn das *BVerfG* ein Kopftuchverbot für Lehrer an Art. 4 GG misst.¹⁰⁰ Denn die Richtlinie 2000/78/EG bezweckt die „Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion“ (Art. 1) und verlangt, dass keine Person durch Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im öffentlichen wie privaten Bereich wegen ihrer Religion diskriminiert wird, sofern es sich nicht um eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ handelt (Art. 4 I). Ob damit ein Kopftuchverbot vereinbar ist, „wenn das äußere Erscheinungsbild zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität führt oder wesentlich dazu beiträgt“,¹⁰¹ hätte nur der *EuGH* beantworten können. Zwar ist der insoweit einschlägige Art. 10 I GRCh prinzipiell wie Art. 9 EMRK auszulegen (Art. 52 III GRCh) und hat das *BVerfG* die einschlägige (liberale) *EGMR*-Rechtsprechung berücksichtigt.¹⁰² Allerdings hätte der *EuGH* ein höheres Schutzniveau als der *EGMR* definieren können (Art. 52 III 2 GRCh), immerhin prüft er „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ sonst auch akribisch auf Verhältnismäßigkeit.¹⁰³

83 Stotz (o. Fn. 3), 409 (427); vgl. auch *Terhechte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (o. Fn. 12), Art. 51 GRCh Rn. 12: „Dem *EuGH* geht es ganz offensichtlich darum, ... Leitlinien zu entwickeln, die eine saubere Trennung der unterschiedlichen Rechtsebenen erlauben“.

84 Gärditz in *Grabenwarter* (o. Fn. 8), § 4 Rn. 24.

85 Ebenso mahnt Gärditz in *Grabenwarter* (o. Fn. 8), § 4 Rn. 24, zu „Zurückhaltung bei einer Verwendung dogmatischer Figuren ...“, die zu den Grundrechten des Grundgesetzes herausgearbeitet“ wurden.

86 *EuGH*, ECLI:EU:C:1969:57 = BeckRS 2004, 72956 Rn. 7 – Stauder (Rs. 29/69).

87 *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:107 = EuZW 2013, 305 Rn. 60 – Melloni (Rs. C-399/11); *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Rn. 31 f. – Siragusa; *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2055 = EuZW 2014, 795 Rn. 47 – Hernández.

88 Vgl. *Cremer* in *Grabenwarter* (o. Fn. 8), § 1 Rn. 12.

89 Krit. zur „unitarisierenden Wirkung“ der Grundrechtsjudikatur des *EuGH* die *RiBVerfG Britz*, EuGRZ 2015, 275 (277 f.), P. M. Huber, NJW 2011, 2385, F. Kirchhof, EuR 2014, 267 (270 f.), und Masing, JZ 2015, 477 (481 f.).

90 Gärditz in *Grabenwarter* (o. Fn. 8), § 4 Rn. 23: „unvermeidbare Systemabstimmungen richterlicher Rechtszeugung“.

91 Latzel in *Clavoral/Garber*, Das Vorabentscheidungsverfahren in der Zivilgerichtsbarkeit, 2014, 73 (80 f.).

92 *Lenaerts*, EuR 2015, 3 (25): Die Tätigkeit von Richtern ist „niemals eine rein juristisch-technische Arbeit“.

93 Etwa *EuGH*, ECLI:EU:C:1996:235 = BeckRS 2004, 74411 Rn. 10 ff. – Maurin; *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:187 = BeckRS 2014, 80614 Rn. 36 ff. – Marcos (Rs. C-265/13).

94 Etwa *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2055 = EuZW 2014, 795 Rn. 35 f. – Hernández.

95 Hingegen meint Masing, JZ 2015, 477 (483), ein „ganz neues Grundverhältnis“ zu erkennen; ähnl. hoffnungsvoll *Britz*, EuGRZ 2015, 275 (276).

96 Zur Bedeutung der Spruchkörper auch R. Streinz, JuS 2015, 281 (282); *ders.* (o. Fn. 4), 429 (436); Latzel in *Clavoral/Garber* (o. Fn. 91), 80 f., 88 ff.

97 Nachw. in Fn. 7 (Große Kammer) bzw. Fn. 93, 94 (kleine Kammern).

98 *Ehlers* in *ders.* (o. Fn. 6), § 14 Rn. 77; *Lenaerts*, EuR 2015, 3 (27).

99 *Lenaerts*, EuR 2015, 3 (24 f.); vgl. auch *Bäcker*, EuR 2015, 389 (398).

100 *BVerfG*, NJW 2015, 1359 Rn. 83 ff. – Kopftuchverbot.

101 *BVerfG*, NJW 2015, 1359 Rn. 154 – Kopftuchverbot.

102 *BVerfG*, NJW 2015, 1359 Rn. 148 ff. – Kopftuchverbot.

103 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2371 = NVwZ 2015, 427 Rn. 34–58 – Pérez (Rs. C-416/13), zu einer Altersdiskriminierung.

IV. Zusammenfassung

Es gibt nicht *den* Anwendungsbereich des Unionsrechts. Es gibt den formellen Anwendungsbereich, der eröffnet ist, sobald die Mitgliedstaaten irgendeine unionsrechtliche Pflicht trifft. Der formelle Anwendungsbereich bringt die universellen Grundsätze und Grundrechte des Unionsrechts zur Anwendung, namentlich elementare Menschenrechte und Rechtsstaatsprinzipien. Alle übrigen Grundrechte bedürfen jeweils der Aktivierung durch Sekundärrecht. Dieser materielle Anwendungsbereich des Unionsrechts divergiert auf Grund der unterschiedlich voranschreitenden Harmonisierung stark zwischen den einzelnen Grundrechten. Weil die aktivierungsbedürftigen Grundrechte mit ihrem aktivierenden Recht verschränkt sind, kann nicht über die unionsrechtliche Determinierung eines Sachverhalts, sondern stets nur über die Determinierung seiner einzelnen rechtlichen Aspekte eine Aussage getroffen werden.

Inwiefern rechtliche Aspekte eines Sachverhalts unter das Unionsrecht fallen, ist eine Frage der Auslegung des Unionsrechts, zu deren Beantwortung der *EuGH* nach Art. 267

AEUV um Vorabentscheidung zu ersuchen ist.¹⁰⁴ Gerade in den Grenzbereichen des Unionsrechts ist kein Raum für Acte-(é)clair(é)-Doktrinen und CILFIT-Zitate.¹⁰⁵ Deswegen werden einstweilen alle Gerichte – einschließlich des *BVerfG* – Grundrechtsfragen häufiger dem *EuGH* vorlegen müssen, schon um die Anwendbarkeit deutscher Grundrechte beurteilen zu können.¹⁰⁶ Keinesfalls kann eine Vorlage an den *EuGH* den Parteien des Ausgangsverfahrens einen ungesetzlichen Richter aufdrängen, bloß weil die Rechtsfrage nach Meinung des *BVerfG* irgendwie nicht hinreichend unionsrechtlich determiniert ist.¹⁰⁷ ■

104 Eing. *Latzel/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97.

105 Die Entscheidung des *EuGH*, ECLI:EU:C:1982:335 = NJW 1983, 1257 Rn. 12 ff. – CILFIT (Rs. 283/81), wird wohl von dt. Obergerichten am häufigsten zitiert; zur Vorlage-Lethargie *Latzel* in *Clavoral/Garber* (o. Fn. 91), 82 ff.

106 Das bereitet *Masing*, JZ 2015, 477 (484 f.), offenbar Unbehagen; wie hier *Bäcker*, EuR 2015, 389 (405): „Grundrechtsgespräch“.

107 *Latzel*, JZ 2014, 392, gegen *BVerfG*, NVwZ 2014, 646 Rn. 177 – Filmförderung.