Drei sind eins und eins sind wir

Das Bundesverfassungsgericht als maßstabsetzende Gewalt im europäischen Grundrechtsschutz

Paul Pustelnik

16.07.2021 doi: 10.17176/20210716-140038-0

In einer Entscheidung vom 27. April argumentiert der Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts, dass die für ihn relevanten Grundrechtsebenen in Europa – Grundrechte-Charta der EU, EMRK und Grundgesetz – im Wesentlichen deckungsgleich seien und daher eine Prüfung unabhängig vom konkreten Maßstab zum selben Ergebnis führe. Bei der Entscheidung um die Zulassung von Tierarzneimitteln stellte sich die grundrechtsdogmatische Frage, ob die Zulassungsentscheidung am Maßstab der europäischen Grundrechte-Charta oder des Grundgesetzes zu messen war. Seit den Doppelbeschlüssen zum Recht auf Vergessen (Recht auf Vergessen I und Recht auf Vergessen II) ist dafür entscheidend, ob das vorliegende Rechtsverhältnis vollständig europarechtlich determiniert ist oder den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume verbleiben. In „Tierarzneimittel“ lässt der Zweite Senat diese Frage offen und prüft anhand eines einheitlichen „Beziehungsweise-Maßstabs“ aus „Art. 12 Abs. 1 GG beziehungsweise Art. 16 GRCh“.

Die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts sind durch Auslegung gewonnene Verfassungskondensate, die zur allgemeinen rechtlichen Beurteilung von Verfassungsfragen gebildet werden. In seinem Beitrag „Die maßstabsetzende Gewalt“ hat *Oliver Lepsius* herausgearbeitet, dass das Gericht seine Maßstabsbildung zur Kompetenzbehauptung und Kompetenzausdehnung nutzt. Ihre in aller Regel abstrakt und allgemein gehaltenen Formulierung ermöglicht, dass die Maßstäbe vom konkreten Fall gelöst und – besonders im grundrechtlichen Bereich – auf eine Vielzahl weiterer Sachverhalte übertragen werden können. Zugleich stehen die Maßstäbe unter der alleinigen Interpretationsherrschaft des Bundesverfassungsgerichts. Maßstabsbildung ermöglicht es dem Gericht daher, seinem auf Grund der Grenzen des Prozessrechts nur anhand von Einzelfällen in Bezug auf grundgesetzliche Normen artikulierbarem Verfassungsverständnis zu genereller Geltung zu verhelfen und so in der Bundesrepublik als maßgeblicher Interpret der Verfassung zu wirken.

Wenn aber alle Grundrechtsebenen in Europa dem Grundgesetz entsprechen, kann das Bundesverfassungsgericht den Anspruch formulieren, dass seine Maßstabsbildung für den gesamten europäischen Grundrechtsschutz gelten soll. Während Recht auf Vergessen Einzelfallanlässe zur gesamteuropäischen Maßstabsbildung schuf, fügt Tierarzneimittel einen gesamteuropäischen Geltungsanspruch hinzu.

Die passende Verpackung für eine grundsätzliche Neuausrichtung?

Der Entscheidung liegt ein komplexer Konkurrentenstreit um die Zulassung von Tierarzneimitteln zu Grunde. Solche Zulassungen sind europarechtlich durch die RL 2001/82/EG und 2004/28/EG geregelt. Danach sind bei der Antragsstellung zur Zulassung eines Tierarzneimittels bestimmte Daten beizubringen, so z.B. die Ergebnisse von Versuchen toxikologischer, pharmakologischer und klinischer Art, und seit der RL 2004/28/EG auch Daten zur Umweltverträglichkeit des Medikaments, so genannte Ökotox-Daten. Wenn der Antragssteller nachweist, dass es sich beim zuzulassenden Arzneimittel um ein Generikum eines Referenzarzneimittels handelt, wird er von der Beibringung eines Teils dieser Daten freigestellt, weil insoweit auf die Daten des Referenzarzneimittels Bezug genommen werden kann. Die deutsche Umsetzungsnorm des § 24b Arzneimittelgesetz (AMG) gestattete eine solche Freistellung – und damit die

Bezugnahme auf Daten des Vorantragstellers – auch für Ökotox-Daten. Der Wortlaut der zu Grunde liegenden RL 2004/28/EG gestattete dies *nicht*. 2009 wurde die Möglichkeit der Bezugnahme auf Ökotox-Daten der Referenzzulassung auch aus dem AMG gestrichen.

An der damaligen Differenz entzündete sich der vorliegende Rechtsstreit. Zwei Unternehmen hatten für ihr Arzneimittel Enroxil eine Zulassung als Generikum in Großbritannien erhalten und 2006 im Verfahren der gegenseitigen Anerkennung eine Zulassung in der Bundesrepublik beantragt. Das zuständige Bundesamt erteilte die Zulassung auf Grundlage eines Beurteilungsberichts, der von der entsprechenden britischen Behörde erstellt worden war und auch auf die Ökotox-Daten des Referenzarzneimittels Baytril Bezug nahm. Die Rechteinhaberinnen von Baytril erhoben daraufhin Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht mit dem Argument, die Bezugnahme auf ihre für Baytril beigebrachten Ökotox-Daten verletzte den von der Berufsfreiheit garantierten Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Im September 2013 wies das BVerwG die Klage letztinstanzlich ab. Eine Vorlage zum EuGH hatte es nicht vorgenommen, da es Europarecht nur für Mängel der britischen Referenzzulassung für relevant hielt, diese aber im vorliegenden Verfahren nicht angreifbar gewesen war.

Es handelt sich also um einen technischen Fall ohne eigentliches grundrechtliches Pathos, der sich mit ökonomischen Partikularinteressen beschäftigt und letztlich auf Schutz vor Konkurrenz über die Bande des Grundrechtsschutzes abzielt. Auch der Umstand, dass das Verfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde mit Aktenzeichen von 2014 erst 2021 entschieden hat, lässt vermuten, dass hier nicht die Sachentscheidung im Vordergrund stand, sondern der Fall vielmehr als Anlass für grundsätzliche Aussagen zum europäischen Grundrechtsschutzverbund genommen wurde.

Der „Beziehungsweise-Maßstab“

Im Zentrum der grundrechtsdogmatischen Dimension des Falls steht die Frage, ob die Zulassungsentscheidung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes oder der Grundrechte-Charta der EU zu messen war. Seit den Doppelbeschlüssen zum Recht auf Vergessen entscheidet sich diese Frage daran, ob das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis vollständig europarechtlich determiniert ist (dann grds. Grundrechte der Charta) oder den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume verbleiben (dann grds. Grundrechte des GG). Die europarechtliche Determinierung ist zu ermitteln, indem das einschlägige Fachrecht der EU dahingehend ausgelegt wird, ob es auf Vereinheitlichung oder auf die Gewährung von Vielfalt abzielt. Dementsprechend wäre im vorliegenden Fall zu analysieren gewesen, ob die RL 2004/28/EG eine Bezugnahme auf Ökotox-Daten der Referenzzulassung zwingend ausschließen will oder die Mitgliedstaaten dies in ihren Umsetzungsregeln ermöglichen können. Eine EuGH-Rechtsprechung existiert dazu nicht.

In den bisherigen Anwendungsfällen von Recht auf Vergessen nahmen die Senate diese Spielraumprüfung selbst ohne Vorlage an den EuGH vor und handelten die sich stellenden Auslegungsfragen eher kurz ab. Dieses Vorgehen wurde dadurch begünstigt, dass die Anwendungsfälle bislang entweder im Datenschutzrecht spielten (z.B. Bestandsdatenauskunft II, Rn. 83 ff.), in welchem der Erste Senat Umsetzungsspielräume gewährende Öffnungsklauseln leicht entdecken und so am Maßstab des GG prüfen konnte, oder den europäischen Haftbefehl zum Gegenstand hatten, dessen vollständige europarechtliche Determinierung hingegen offensichtlich war (Europäischer Haftbefehl III, Rn. 35).

In Tierarzneimittel geht der Zweite Senat jedoch einen neuen Weg: Er lässt die Frage der europarechtlichen Determinierung offen und prüft an einem einheitlichen „Beziehungsweise-Maßstab“ aus „Art. 12 Abs. 1 GG beziehungsweise Art. 16 GRCh“. Die zur Herleitung vorgebrachte Begründung ist bemerkenswert und bringt weitreichende Implikationen mit sich. In 17 Randnummern führt der Zweite Senat aus, dass die Gewährleistungen der Grundrechtskataloge der Grundrechtecharta, der EMRK und des Grundgesetzes im Wesentlichen deckungsgleich seien. Daher führe eine Prüfung unabhängig vom konkreten Maßstab hier zum selben Ergebnis.

Die generelle Konvergenz der Grundrechtsebenen begründet der Senat wie folgt: *Erstens* sei Fundament aller drei Kataloge Achtung und Schutz der Menschenwürde. Ihren gemeinsamen Bezugspunkt fänden sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 1948. Damit stünden die Grundrechte der Charta, EMRK und des GG in gleicher Tradition als „Ausprägungen universaler und gemeineuropäischer Werte". *Zweitens* seien die Grundrechte aller drei Ebenen funktional äquivalent. Sie seien primär Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt, deren abwehrrechtliche Kerndimension sich durch Teilhabe- und Leistungsrechte sowie Schutzpflichten flankiert sehe. *Drittens* seien die drei Grundrechtskataloge auch im Wesentlichen inhaltsgleich. Dies sei insbesondere die Folge des Umstands, dass sie sich in der Gestalt ihrer jeweiligen höchstrichterlichen Konkretisierung in einem Verhältnis wechselseitiger Konformauslegung befänden – für die Charta und die EMRK sei dies ausdrücklich normiert in Art. 52 Abs. 3 und Abs. 4 GRCh bzw. Art. 53 EMRK. In diesem Begründungselement findet besondere Betonung, dass auch die Charta im Lichte der EMRK und der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ausgelegt werden müsse, „unter Einbeziehung auch der Grundrechte des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" (Tierarzneimittel, Rn. 72).

Nach der Herleitung einer generellen Konvergenz der drei Grundrechtskataloge arbeitet der Senat auch die Deckungsgleichheit der Maßstäbe aus Art. 12 GG und Art. 16 GRCh im Konkreten heraus. Beide gewährleisteten den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, unterlägen einem weitem Eingriffsbegriff unter Einschluss auch mittelbarer Eingriffe und seien durch Gesetz einschränkbar. Auf Grund der Gleichheit der Einzelmaßstäbe führt der Senat seine Prüfung im Folgenden am konvergenten „Beziehungsweise-Maßstab" durch.

Wo bleibt die Grundrechtsvielfalt aus Recht auf Vergessen?

Zunächst stellt sich die Frage, ob die obigen Schlussfolgerungen bereits in der Rechtsprechung des Ersten Senats zum Recht auf Vergessen angelegt waren.

Die Doppelbeschlüsse erkennen durchaus an, dass alle drei Grundrechtsebenen auf die gleiche Tradition zurückgehen, in deren Zentrum der Schutz der Menschenwürde steht (Recht auf Vergessen I, Rn. 55 ff.). Anders als der Zweite Senat betont der Erste Senat jedoch, dass über einen gewissen Grundkonsens hinaus insbesondere zwischen den Grundrechten der Charta und des GG bedeutende Divergenzen bestehen, da erstere aus den verschiedenen Grundrechtsordnungen aller Mitgliedstaaten gespeist sei, die sich u.a. hinsichtlich der äußeren Form, der institutionellen Einbindung, und der Verarbeitung von Wertungskonflikten zwischen verschiedenen Grundrechten erheblich unterschieden (Recht auf Vergessen II, Rn. 44 ff.). Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Charta regelmäßig gerade dem Grundgesetz anschließen würde. Im vollvereinheitlichten Bereich bringe eine Auslegung der Charta im Lichte der Grundrechte des GG die Gefahr mit sich, dass „innerstaatlich gewonnene Maßstäbe […] auch als Maßstäbe für die anderen Mitgliedstaaten verstanden würden" (Recht auf Vergessen II, Rn. 45). Folglich sei von einem Eigenstand der unionsrechtlichen und der nationalen Grundrechte auszugehen.

Damit gehen beide Senate vom gleichen Ausgangspunkt der gemeinsamen Grundannahmen und Herkunftstraditionen aus, ziehen aber hinsichtlich der Deckungsgleichheit und des Eigenstands der Grundrechtsebenen gegenteilige Schlussfolgerungen. Während Recht auf Vergessen eine Geschichte von in Vielfalt geeinten Grundrechten erzählt, spricht Tierarzneimittel nur noch von geeinten Grundrechten. Ob diese in den Urteilen angelegte Differenz zwischen den Senaten auch auf Dauer besteht und zudem groß genug ist, um zu einer Plenarentscheidung nach § 16 BVerfGG zu führen, wird sich zeigen.

Institutionelle Kompetenzbehauptung und -ausdehnung

Die noch in Recht auf Vergessen hervorgehobenen Unterschiede werden in Tierarzneimittel jedenfalls nicht mehr als entscheidend angesehen. Die „(geringen)" (Tierarzneimittel, Rn. 73) Divergenzen beruhen nach Einschätzung des Zweites Senats weniger auf

konzeptionellen Unterschieden als auf der jeweiligen höchstrichterlichen Konkretisierung. Überhaupt wird die institutionelle Dimension des Grundrechtsschutzes in Tierarzneimittel sehr stark betont. Wenn Grundrechte gleich welcher Ebene zu berücksichtigen sind, dann immer in Gestalt ihrer jeweiligen höchstrichterlichen Konkretisierung. Grundrechte werden mit Grundrechtsrechtsprechung gleichgesetzt. Dieses Bewusstsein institutioneller Interpretationsmacht zieht sich durch die gesamte Entscheidung.

Umso bemerkenswerter ist es, welche Rolle dem EuGH in der Konzeption von Tierarzneimittel zugedacht ist. Es sei Aufgabe des Gerichtshofs, die Auslegung der Charta im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zu klären, wenn Divergenzen zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten beständen, damit jener nicht ein partikulares, nur in einzelnen Rechtsordnungen vorhandenes Verständnis unterlegt würde (Tierarzneimittel, Rn. 73). Bemerkenswerterweise wird mit „vgl." hierzu eine Passage aus Recht auf Vergessen II (Rn. 71) zitiert, deren zweiter Teil – ein generelles Bekenntnis zum Auslegungsmonopol des EuGH für die Charta-Grundrechte – aber weggelassen wurde. In der Konzeption von Tierarzneimittel erscheint der EuGH damit allenfalls noch als Divergenzgericht: Über die Auslegung der Charta als Teil des gemeineuropäischen Einheitsmaßstabs befinden zunächst die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte. Auch die Frage, „ob" eine der oben angesprochenen Divergenzen auszumachen ist, unterliegt der Beurteilung dieser Verfassungsgerichte, sind doch gerade sie es, die entscheiden, ob überhaupt eine Vorlage an den EuGH zu richten ist. Erst über das „wie" der Auflösung der Divergenz darf dann der EuGH befinden.

Schon für die Beschlüsse zum Recht auf Vergessen ist eine starke institutionelle Dimension herausgearbeitet worden (z.B. *Wendel*, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 2020, 157 [163 f.]). Die Integration der Unionsgrundrechte in den Prüfungsmaßstab diente demnach dazu, die Stellung des Verfassungsgerichts als Grundrechtsschutzgericht im Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit – und auch zum EuGH – zu stärken, indem nun wieder mehr Einzelfälle geprüft werden können, die in einer zunehmend unionsrechtlich überformten Rechtsordnung nach der alten Rechtsprechung der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogen waren. Schließlich gilt: Nur wer Einzelfälle prüft, kann Maßstäbe setzen.

In Tierarzneimittel geht der Zweite Senat nun einen zweiten, entscheidenden Schritt, die maßstabsetzende Gewalt des Bundesverfassungsgerichts auf den gesamten europäischen Grundrechtsschutz zu erstrecken. Die Auslegungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts ist institutionell und prozessrechtlich an das Grundgesetz gebunden. Wenn aber alle Grundrechtsebenen in Europa dem Grundgesetz entsprechen, kann das Bundesverfassungsgericht den Anspruch erheben, dass seine Maßstabsbildung in der Sache für jeden Fall gilt, in dem auch nur irgendein europäisches Grundrecht zu prüfen ist. Während Recht auf Vergessen die Einzelfallanlässe zur gesamteuropäischen Maßstabsbildung schuf, fügt Tierarzneimittel den gesamteuropäischen Geltungsanspruch hinzu.

Diese institutionelle Positionierung ist gegen den EuGH und möglicherweise auch gegen den EGMR gerichtet. Wenn das Bundesverfassungsgericht gar nicht mehr anhand der Charta prüft, sondern anhand eines diffusen „Beziehungsweise-Maßstabs", kann eine an die Entscheidungserheblichkeit von Europarecht geknüpfte Vorlagepflicht gar nicht erst entstehen. Über seinen „Beziehungsweise-Maßstab" hat – wie auch über die grundgesetzlichen Maßstäbe – allein das Bundesverfassungsgericht die Kontrolle.

Damit bewahrheitet sich auch für den europäischen Grundrechtsschutz, was *Lepsius* allgemein für die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts festgehalten hat. Sie sind Mittel der Kompetenzbehauptung und Kompetenzausdehnung des Gerichts. Die Botschaft des Zweiten Senats in der Entscheidung zur Zulassung bestimmter Tierarzneimittel für den europäischen Grundrechtsschutzverbund lautet daher: Drei sind eins und eins sind wir.

AUTOR*IN

Paul Pustelnik
Paul Pustelnik ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik von Herrn Prof. Dr. Franz C. Mayer an der Universität Bielefeld.

EMPFOHLENE ZITATION

Pustelnik, Paul: Drei sind eins und eins sind wir: Das Bundesverfassungsgericht als maßstabsetzende Gewalt im europäischen Grundrechtsschutz, Verfassungsblog, 16.07.2021, doi: 10.17176/20210716-140038-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20210716-140038-0.