

## U r t e i l s b e s p r e c h u n g

1. a) Auch die innerstaatliche Umsetzung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, die den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum belassen, sondern zwingende Vorgaben machen, wird vom Bundesverfassungsgericht und den Fachgerichten nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes gemessen, solange die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist.

b) Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes sind die Fachgerichte verpflichtet, solche gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an den Gemeinschaftsgrundrechten zu messen und gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG durchzuführen.

2. Zur Verfassungsmäßigkeit von § 12 des Gesetzes über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007.

*BVerfG 1 BvF 1/05 – Beschl. v. 13.3.2007\**

### I. Aller guten Dinge sind V<sup>1</sup> – Zur Abrundung der „Solange“-Rechtsprechung durch das BVerfG (Erster Senat) – Einführung

Mit dem Beschluss des BVerfG vom 13.3.2007 ist nunmehr erstmals durch – mit Bindungswirkung ausgestatteter – Senatsentscheidung festgeschrieben, dass die Grundsätze der „Solange“-Rechtsprechung über die Unanwendbarkeit der Grundrechte des Grundgesetzes gegenüber Europarecht auch gegenüber mitgliedstaatlichem (deutschem) Umsetzungs- und Vollzugsrecht, insbesondere in Umsetzung von EG-Richtlinien gelten. Thematisch behandelt der Beschluss deutsche Umsetzungsvorschriften im Rahmen des seit 2005 geltenden, auf EG-Richtlinien beruhenden Emissionshandelssystems, das der schon im Kyoto-Protokoll angelegten Reduzierung von Treibhausgasen dient. Die Entscheidung ist im abstrakten Normenkontrollverfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, §§ 76 ff. BVerfGG) auf Antrag der Landesregierung von Sachsen-Anhalt ergangen. Eine gegenständlich ebenfalls gegen (wenngleich andere) Vorschriften des Emissionshandelssystems gerichtete Verfassungsbeschwerde ist zwei Monate später durch eine Kammer des *Ersten Senats* nicht zur Entscheidung angenommen worden<sup>2</sup>.

\* DVBl. 2007, 821 = NVwZ 2007, 937 = EuGRZ 2007, 340.

<sup>1</sup> In Anlehnung an *Tomuschat*, EuR 1990, 340; zu den maßgebenden Etappen der Rechtsprechungslinie s.u. Fn. 8.

<sup>2</sup> Nichtannahmebeschluss vom 14.5.2007, NVwZ 2007, 942 = EuGRZ 2007, 350.

### II. Sachverhalt

Zur Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Europäischen Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten aus dem Kyoto-Protokoll sieht die Emissionshandelsrichtlinie (2003/87/EG) vom 13.10.2003<sup>3</sup> die Einführung eines Systems über den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten vor. Betreiber von bestimmten Kohlendioxid emittierenden Anlagen müssen seit 2005 Berechtigungen (Zertifikate) für die Menge des jeweils emittierten Kohlendioxids vorweisen und den zuständigen Behörden abgeben. Die Verteilung der (zunächst noch kostenlosen) Berechtigungen hat gemäß einem nationalen Zuteilungsplan zu erfolgen. Die Richtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bei der Zuteilung früher erbrachte Vorleistungen der Anlagenbetreiber zur Emissionsminderung begünstigend zu berücksichtigen, zwingt sie dazu jedoch nicht. In Umsetzung dieser Vorgaben hat der deutsche Gesetzgeber das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG v. 8.7.2004) erlassen, das den rechtlichen Rahmen für den Emissionshandel setzt (insbesondere: Genehmigungsvorbehalt für Emissionen, Pflicht zur Ablieferung der die tatsächlichen Emissionen deckenden Zertifikate an das Umweltbundesamt), ferner – für die erste Zuteilungsperiode von 2005 bis 2007 – ein „Zuteilungsgesetz 2007“ (ZUG v. 26.8.2004), in dem die Verteilung der – handelsfähigen – Zertifikate geregelt wurde. Das Zuteilungssystem arbeitet mit der Vorgabe einer Gesamt-Höchstsumme von Kohlendioxid-Emissionen in Deutschland (im ZUG 2007: 503 Mio. t/Jahr) für die Sektoren Industrie und Energie und entsprechend kontingentierten Berechtigungen. Reicht die Gesamtmenge an Zertifikaten nicht aus, werden die Zuteilungen an die einzelnen Anlagen anteilig gekürzt. Allerdings unterscheidet das Zuteilungsgesetz verschiedene Gruppen von Anlagen, die von der Verknappung der Emissionsrechte unterschiedlich (oder auch gar nicht) betroffen sind. In besonderer Weise privilegiert sind danach moderne Anlagen, die alte (und damit stärker emittierende) Anlagen ersetzen, wenn sie ab 2005, also dem Zeitpunkt des Beginns des Emissionshandels, in Betrieb genommen werden. Sie sind für 14 Jahre von der Kürzung der Emissionsrechte ausgenommen. Weniger stark fällt die „Belohnung“ hingegen für frühzeitig, d.h. in den Jahren von 1994 bis 2002 vorgenommene Maßnahmen zur Emissionsminderung (*early actions*) aus. Betreiber, die ihre Anlagen in den 90er Jahren (bis 2002) modernisiert haben – sehr häufig solche in den neuen Bundesländern – können eine ungekürzte Zuteilung höchstens 12 Jahre lang geltend machen. Gegen diese Vorschrift (§ 12 ZUG) über die relative Schlechterstellung der *early actions* gegenüber den neuen Ersatzeinvestitionen richtete sich der Normenkontrollantrag des Landes. Geltend gemacht wurden Verletzungen der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) hinsichtlich der durch den Entzug der Emissionsrechte (aufgrund der Kürzung) betroffenen Anlagenbetreiber sowie ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

<sup>3</sup> ABl. EG Nr. L 275/32 v. 25.10.2003.

### III. Die Vollendung der „Solange“-Doktrin

Das BVerfG tritt in die Prüfung der geltend gemachten Grundrechtsverletzung erst ein, nachdem es die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte als Prüfmaßstab geklärt hat. In dieser Klärung und den dazu entwickelten Grundsätzen liegt die herausragende Bedeutung des Beschlusses. Der *Senat* argumentiert dazu wie folgt – allerdings erst unter dem Aspekt der Begründetheit des Antrages, nicht schon in der Zulässigkeitsstation.<sup>4</sup>

#### 1. Der Ausgangspunkt: Die bisher anerkannte Reichweite der Kollisionsregel des Art. 23 Abs. 1 GG

Dem BVerfG steht die Prüfungskompetenz hinsichtlich gemeinschaftsrechtlich beeinflusster Prüfungsgegenstände nicht uneingeschränkt zu. Sie scheidet ohnehin aus gegenüber gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten, auch – und gerade dann – wenn diese innerhalb der deutschen Rechtsordnung unmittelbar Anwendung finden (also unmittelbar anwendbare Vorschriften von EG-Verordnungen, des EG-Primärrechts, gegebenenfalls auch unmittelbar anwendbare Richtlinien-normen). Der *Erste Senat* gibt dafür zwei Begründungen: Erstens kann der Maßstab des Grundgesetzes und die Kontrolle durch das BVerfG schon deshalb nicht greifen, weil es sich insoweit nicht um Akte deutscher Staatsgewalt handelt. Zweitens übt das BVerfG seine Gerichtsbarkeit über europäisches Sekundärrecht „als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden“ nicht mehr aus, solange in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft generell ein dem durch das Grundgesetz unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichartiger Grundrechtsschutz garantiert wird. Die erste Begründung ist bemerkenswert, weil sie sich zwar in Übereinstimmung mit der

ganz überwiegenden Literaturauffassung<sup>5</sup> und auch älteren (im Beschluss auch zitierten) Judikaten des Bundesverfassungsgerichts<sup>6</sup>, jedoch im Widerspruch zum Maastricht-Urteil des *Zweiten Senats* des BVerfG<sup>7</sup> befindet. Dem Maastricht-Urteil zufolge können Akte „europäischer Hoheitsgewalt in Deutschland“ sehr wohl grundsätzlich (potentiell) an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen sein – auch wenn dieser Maßstab in der Normallage gleichwertigen europäischen Grundrechtsschutzes aktuell ausscheidet. Die zweite Begründung mit dem zurückgenommenen deutschen Grundrechtsschutz und der entsprechend zurückgenommenen Grundrechtskontrolle durch das BVerfG entspricht der seit Jahrzehnten etablierten „Solange“-Rechtsprechung<sup>8</sup>, wie sie im Bananenmarkt-Beschluss vom 7.6.2000 endgültig bestätigt worden ist. Die seit 1994 auch verfassungstextlich in Art. 23 Abs. 1 GG verankerte<sup>9</sup> „Solange“-Regel (d.h. also: Unanwendbarkeit deutscher Grundrechte vorbehaltlich eines Absinkens des europäischen Grundrechtsschutzes unter den garantierten Gleichwertigkeitsstandard) bezog sich seit jeher nicht nur auf abgeleitetes Gemeinschaftsrecht als solches, sondern immer auch schon auf die Anwendung dieses Gemeinschaftsrechts durch deutsche Verwaltungsbehörden und Gerichte: War die EG-Verordnung der nationalen Grundrechtskontrolle entzogen, so war es auch der Verwaltungsakt der deutschen Behörde und die diesen bestätigende verwaltungsgerichtliche Entscheidung, soweit sie jene nur vollzogen bzw. auf ihr beruhten.<sup>10</sup>

#### 2. Die Erstreckung auf Umsetzungsgesetze

Nur in Kammerbeschlüssen,<sup>11</sup> nicht jedoch in Senatsentscheidungen war hingegen diese Regel von der (verfassungsrechtlich bedingten) Unanwendbarkeit der deutschen Grundrechte explizit auch auf deutsches Gesetzesrecht erstreckt worden, soweit dieses der Erfüllung strikter Umsetzungsbe-fehle in europäischen Richtlinien-normen dient. Diese in der

<sup>4</sup> Aus welchem Grund das BVerfG die (gemeinschaftsrechtlich bedingte) grundsätzliche Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte hier erst als Begründetheits- und nicht schon als Zulässigkeitsvoraussetzung im abstrakten Normenkontrollverfahren geprüft hat, ist durchaus hinterfragenswert: Für die Verfassungsbeschwerde (BVerfGE 73, 339 [374]; 89, 155 [174]) und die konkrete Normenkontrolle (BVerfGE 102, 147 [161]) ist die Unanwendbarkeit der deutschen Grundrechte bisher schon als Zulässigkeitshindernis eingeordnet worden. Auch bei der abstrakten Normenkontrolle wäre es denkbar, insoweit das für die Zulässigkeit erforderliche objektive Klarstellungsinteresse (BVerfGE 39, 96 [106]; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 735) zu verneinen. Allerdings ist das nicht von einem subjektiven Rechtsschutzinteresse des Antragstellers abhängige Normenkontrollverfahren dadurch gekennzeichnet, dass das zur Prüfung vorgelegte Gesetz unter allen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen ist. Jedenfalls dann, wenn außer dem behaupteten Grundrechtsverstoß noch andere Unvereinbarkeiten mit der Verfassung in Betracht kommen (etwa: fehlende Gesetzgebungskompetenz) ist der Antrag zulässig. Jedenfalls dann verschiebt sich auch der Standort der Grundrechts-Anwendbarkeitsprüfung in der Tat in die Begründetheitsstation.

<sup>5</sup> S. nur *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 164a; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, Vorb. Rn. 354 f.

<sup>6</sup> BVerfGE 22, 293 (295 ff.); 58, 1 (27).

<sup>7</sup> BVerfGE 89, 155 (174 f.), dazu näher *Cornils*, in: Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S. 515 ff.; *ders.*, in: Menzel/Pierlings/Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, 2005, S. 373 ff.

<sup>8</sup> BVerfGE 37, 271 (Solange I); 73, 339 (Solange II); 89, 155 (Maastricht); 102, 147 (Bananenmarkt); s. näher *Cornils* (Fn. 7), S. 234 ff., insbesondere auch zur (häufig übersehenen) Kontinuität von Solange I und II.

<sup>9</sup> Dass Art. 23 Abs. 1 GG die „Solange“-Rechtsprechung – Unanwendbarkeit deutscher Grundrechte bei Erfüllung der Gleichwertigkeitsbedingung – kodifiziert, entspricht überwiegender Ansicht, BVerfGE 102, 147 (163 f.); näher *Cornils*, AöR 129 (2004), 336 (341 ff.).

<sup>10</sup> BVerfGE 73, 339 (355, 359) – Solange II; 102, 147 (154, 161 ff.) – Bananenmarktordnung.

<sup>11</sup> BVerfG (K) NJW 1990, 974; NVwZ 1993, 883; NJW 2001, 1267.

Literatur<sup>12</sup> überwiegend schon längst geforderte Vervollständigung der „Solange“-Doktrin hinsichtlich aller Vollzugs- und Umsetzungsakte im nationalen Recht, gleich welcher Rechtsform, ist nunmehr mit dem Beschluss zum Emissionshandel eindeutig vollzogen. Danach ist auch eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die eine Richtlinie in deutsches Recht umsetzt, insoweit nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes messbar, „als das Gemeinschaftsrecht keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht“. Diese Anwendbarkeit der Grundrechte-Kollisionsregel des Art. 23 Abs. 1 GG auch auf Umsetzungsgesetze hat die gravierende Konsequenz, dass hinsichtlich aller Parlamentsgesetze und sonstiger Rechtsnormen mit europarechtlichem Hintergrund<sup>13</sup> vor einer Heranziehung der deutschen Grundrechte zunächst geprüft werden muss, ob der Regelungsinhalt der fraglichen Norm nicht zwingend durch Europarecht determiniert ist, sondern statt dessen nur eine gemeinschaftsrechtlich mögliche, nicht aber erzwungene Regelung darstellt (Spielraum)<sup>14</sup>.

### 3. Kein notwendiger Zusammenhang von „Solange“ und unmittelbarer Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts

Gilt die „Solange“-Doktrin auch für Gesetze, die Richtlinien umsetzen, so hängt ihre Reichweite, wie der *Senat* noch einmal klarstellt, offensichtlich nicht von der unmittelbaren Anwendbarkeit des hinter dem Gesetz stehenden Europarechts in der deutschen Rechtsordnung ab.<sup>15</sup> Es geht bei „Solange“ nicht (nur) um eine Ausschaltung der deutschen Grundrechte kraft vorrangig unmittelbarer Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts. Dies erhellt schon daraus, dass der Rückzug des deutschen Grundrechtsschutzes nach der Kollisionsregel des Art. 23 Abs. 1 GG ja gerade nicht nur für das Gemeinschaftsrecht selbst gilt, sondern auch für das deutsche Durchführungsrecht. Zu diesem gehören diejenigen Vollzugsakte, die unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrechtsnormen vollziehen (etwa: ein Verwaltungsakt in Vollzug der Bananenmarktordnung)<sup>16</sup>, aber ebenso auch deutsche Normen (Parlamentsgesetze oder Rechtsverordnungen), die Richtlinienvorschriften umsetzen, auch soweit diese – im EG-vertraglich intendierten Regelfall (Art. 249 Abs. 3 EG) – nicht unmittelbar anwendbar, vielmehr auf Umsetzung angelegt sind. Es gibt keinen Grund, die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte auf deutsches Durchführungsrecht davon

abhängig zu machen, welcher Stufe in der Rechtsquellenhierarchie (Gesetz, Einzelakt) und welchem Rechtserzeugungsakteur innerhalb der gewaltenteilig organisierten Staatsgewalt (Gesetzgeber, Behörde, Gericht) dieses Recht zuzuordnen ist. Entscheidend muss sein, ob der fragliche Rechtsakt inhaltlich durch Gemeinschaftsrecht bestimmt wird, so dass auch der inhaltliche Kontrollmaßstab nur aus dem Gemeinschaftsrecht kommen kann, weil andernfalls in der Sache doch der gemeinschaftsrechtliche Regelungsinhalt dem deutschen Grundrechtsmaßstab unterworfen würde – was gemäß Art. 23 Abs. 1 GG gerade ausgeschlossen sein soll. Insoweit unterscheiden sich unmittelbar anwendbare Verordnungsnormen aber nicht von mittelbar anwendbaren (umsetzungsbedürftigen) Richtliniennormen.<sup>17</sup>

### 4. Rechtsschutz: Die nationalen Gerichte als Gemeinschaftsgrundrechtsgerichte

Die Verfassung verlangt in Kompensation für den Rückzug der deutschen Grundrechte die Maßstäblichkeit gleichwertiger europäischer Grundrechte. Diese Gleichwertigkeitsbedingung<sup>18</sup> muss auch verfahrensrechtlich erfüllt sein, d.h. durch ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten, mit denen der durch europarechtlich determinierte deutsche Durchführungsakte (auch: Gesetze!) betroffene Bürger den Schutz der Gemeinschaftsgrundrechte geltend machen kann. Ganz entscheidend ist daher die Rolle der deutschen Fachgerichte als funktionale Gemeinschaftsgerichte.<sup>19</sup> Das Verwaltungsgericht, Finanzgericht und auch das Zivilgericht, vor dem sich die Frage der Wirksamkeit eines strikt durch eine Richtlinie gebundenen deutschen Umsetzungsgesetzes als Grundlage eines Anspruchs oder einer staatlichen Befugnis stellt, darf zwar keine grundgesetzlichen Grundrechte zur Überprüfung des Gesetzes heranziehen. Es muss aber statt dessen die entsprechenden (weitgehend ja parallel existierenden) Gemeinschaftsgrundrechte heranziehen und die hinter dem Gesetz und den darauf gestützten Einzelrechtsakten stehende Gemeinschaftsvorschrift auf ihre Vereinbarkeit damit überprüfen. Hat es Zweifel an der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtskonformität der Richtlinie (oder anderen Sekundärrechtsnorm), so hat es die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen (Art. 234). Bestätigt der Gerichtshof die Zweifel des vorlegenden Gerichts und erklärt er mithin die Richtlinie für ungültig,<sup>20</sup> so entfällt die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe für das Umsetzungsgesetz, so dass

<sup>12</sup> Cornils, AöR 129 (2004), 336 (insbes. 359 ff.); Masing, NJW 2006, 264 ff.; Pernice, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 23 Rn. 30.

<sup>13</sup> Das sind nicht nur Richtliniennormen, sondern gegebenenfalls auch vollzugsbedürftige Verordnungsnormen und Primärrecht, soweit dieses nicht schon unmittelbar anwendbar ist (wie insbesondere die Grundfreiheiten, vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 28-30 Rn. 105) und entgegenstehendes nationales Gesetzesrecht damit schon kraft Anwendungsvorrangs verdrängt.

<sup>14</sup> Masing, NJW 2006, 264 (267).

<sup>15</sup> BVerfG DVBl. 2007, 821 (827).

<sup>16</sup> BVerfGE 102, 147.

<sup>17</sup> Zutreffend Masing, NJW 2006, 264 (266 f.); Holz, NVwZ 2007, 1153 (1155).

<sup>18</sup> Dazu etwa Huber, EuW 1997, 517 ff.; Kischel, Der Staat 39 (2000), 523 ff.; Streinz, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 23 Rn. 41 ff.

<sup>19</sup> Dazu Cremer, Die Verwaltung 37 (2004), 165.

<sup>20</sup> Die Ungültigkeitsfeststellung eines Gemeinschaftsrechtsakts durch den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren entfaltet Wirkung *erga omnes*, bindet also anders als die Entscheidung über die zutreffende Auslegung einer Gemeinschaftsrechtsnorm nicht nur die Gerichte des Ausgangsverfahrens, Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 13), EGV Art. 234 Rn. 37.

für dieses wieder die deutschen Grundrechte maßgebend werden. Das Fachgericht im Ausgangsverfahren wechselt funktional wieder in die Rolle eines Gerichtes der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung und prüft nunmehr, gegebenenfalls unter Einschaltung des BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG, die Vereinbarkeit des Gesetzes mit den Grundrechten des Grundgesetzes. In diesem Modell entsteht also materiell und prozedural keine Grundrechtsschutzlücke: Soweit die in Rede stehende Rechtsgutbeeinträchtigung auf (gültiges) Gemeinschaftsrecht zurückgeht, muss sie sich vor den Gemeinschaftsgrundrechten verantworten. Soweit sie ohne gemeinschaftsrechtlichen Zwang durch den deutschen Gesetzgeber begründet wird, muss sie vor den Grundrechten des Grundgesetzes Bestand haben. Über beide Maßstäbe wacht – unter Einschaltung der letztentscheidungsbefugten Gerichte in Luxemburg und Karlsruhe – das deutsche Fachgericht, das also, nicht anders als das BVerfG jene oben angesprochene Vorprüfung anstellen muss, um den im Einzelfall zutreffenden Prüfungsmaßstab aufzufinden.

##### 5. Subsumtion: Spielraum hinsichtlich der early actions

In deutlichem Kontrast zur offensichtlich grundlegend gemeinten, über den Fall hinausweisenden Entfaltung dieses Modells komplementären Grundrechtsschutzes am Anfang der Entscheidungsgründe braucht der *Senat* für die Antwort auf die Maßstabsfrage im konkreten Fall nur wenige Zeilen: Da die Emissionshandelsrichtlinie eine etwaige Anrechnung frühzeitiger Emissionsminderungen ausdrücklich in das Ermessen der Mitgliedstaaten stellt, besteht insoweit gerade keine strikte gemeinschaftsrechtliche Bindung. Die Grundrechte des Grundgesetzes bleiben mithin anwendbar.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Anders in dem Parallelfall der durch Nichtannahmeabschluss erledigten Verfassungsbeschwerde: Hinsichtlich der dort geltend gemachten Grundrechtsverstöße durch die im THEG normierten Pflichten (u.a. Genehmigungspflicht, Ablieferung von Zertifikaten, generelle Vorgabe zur sukzessiven Emissionsminderung) akzeptierte die *Kammer* des Bundesverfassungsgerichts die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts, dass diese Belastungen durch die dahinter stehende Systementscheidung der Emissionshandelsrichtlinie vorgegeben, einer Überprüfung am Maßstab der deutschen Grundrechte mithin entzogen seien, BVerfG (K) NVwZ 2007, 942 Rn. 9 ff.

##### 6. Kritik

Dass der *Senat* die Gelegenheit genutzt hat<sup>22</sup>, den die Umsetzungsgesetze betreffenden notwendigen Schlussstein der „Solange“-Rechtsprechung jetzt auch in der Senatsjudikatur zu verankern, ist zu begrüßen. Verbliebene Unsicherheiten über die Reichweite der (immer unter dem Vorbehalt der „Solange“-Bedingung stehenden) Inaktivierung des deutschen Grundrechtsschutzes gegenüber gemeinschaftsrechtlich determiniertem Verhalten deutscher Hoheitsgewalt sind damit praktisch erledigt. Mutmaßungen über etwaige Differenzen zwischen den *Senaten* hinsichtlich der jetzt getroffenen Aussagen des *Ersten Senats*<sup>23</sup> erscheinen eher fern liegend: Die „Solange“-Rechtsprechung ist ganz dominierend durch Entscheidungen des *Zweiten Senats* geprägt worden, zuletzt im Maastricht- und im Bananenmarkturteil. Und in der Sache, wenngleich ohne explizite Begründung dieses Ansatzes, ist der *Zweite Senat* in dem Urteil zum europäischen Haftbefehl vom 18.7.2005 schon genauso verfahren wie jetzt der *Erste Senat*, indem er die Maßgeblichkeit der deutschen Grundrechte auf die „Ausfüllung von Umsetzungsspielräumen“ durch den Gesetzgeber beschränkte<sup>24</sup>. In der Sache gibt es auch tatsächlich keinen überzeugenden Grund dafür, dass die Überführung des deutschen Grundrechtsmaßstabes in eine latente Reservefunktion bei den Einzel-Vollzugsakten halt machen und für das normative Durchführungsrecht, insbesondere (aber nicht nur!) bei der Durchführung von Richtlinien, nicht gelten sollte. Wenn akzeptiert wird, dass Art. 23 Abs. 1 GG deutsche Staatsgewalt, soweit sie funktional Gemeinschaftsgewalt ist, vom deutschen Grundrechtsmaßstab freistellt (unter der Bedingung, dass sie gleichwertigen Grundrechten des Gemeinschaftsrechts unterworfen ist),<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Um ein (für die Entscheidung an sich überflüssiges) obiter dictum handelt es sich bei den Ausführungen des *Senats* zur Reichweite der „Solange“-Regel durchaus nicht (so aber *Holz*, NVwZ 2007, 1153 [1153]): Der Befund, dass gemeinschaftsrechtlich erlaubte Handlungsalternativen des Mitgliedstaats, also ein Umsetzungsspielraum, bestehen, ist vom (richtigen) Standpunkt des *Senats* aus Vorbedingung der Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte. Die Aussagen, dass es auf einen Umsetzungsspielraum ankommt und dass ein solcher hier vorlag, waren also notwendig, um in die Grundrechtsprüfung überhaupt eintreten zu können.

<sup>23</sup> *Holz*, NVwZ 2007, 1153 (1153).

<sup>24</sup> BVerfGE 113, 273 (300); die verbale Abschwächung dieser Einschränkung durch das Wort „jedenfalls“ erklärt sich ohne weiteres aus dem Umstand, dass es sich bei der fraglichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe um einen europäischen Rahmenbeschluss gem. Art. 34 Abs. 2 lit. b) EUV, nicht um eine Richtliniennorm handelte und insoweit die Stringenz der Bindungswirkung gegenüber dem Mitgliedstaat weniger eindeutig war.

<sup>25</sup> Zutreffenderweise unterliegen die deutschen Durchführungsakte selbst unmittelbar dem Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte, nicht nur, wie teilweise angenommen wird, das sie determinierende Gemeinschaftsrecht, s. hier nur EuGH, Rs. 588 – Wachauf, Slg. 1989, 2609 (2639); *Ehlers*,

dann muss diese verfassungsimmanente Einschränkung des Art. 1 Abs. 3 GG für alle Erscheinungsformen der Staatsgewalt gelten.

Auch von der Seite der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte her, um deren Durchführung es geht, sind Differenzierungen hinsichtlich der Zuordnung des Grundrechtsschutzes zur nationalen oder gemeinschaftsrechtlichen Sphäre nicht zu rechtfertigen. Es macht keinen Sinn, Richtlinien (oder anderes umsetzungsbedürftiges Gemeinschaftsrecht ohne *self-executive*-Eigenschaft) kategorial anders zu behandeln als Verordnungen. Ohnehin spricht viel dafür, dass die in völkerrechtlicher Tradition stehende Unterscheidung zwischen in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung unmittelbar anwendbarem, auf normative Umsetzung nicht angewiesenem Gemeinschaftsrecht einerseits und umsetzungsbedürftigem Richtlinienrecht andererseits nur einen gewissen heuristischen Wert, nicht aber die Qualität einer kategorialen Abgrenzung hat: Unmittelbare Gebotswirkung gegenüber Trägern mitgliedstaatlicher Gewalt haben alle Gemeinschaftsrechtsakte (sofern sie inhaltlich etwas von den Mitgliedstaaten fordern), auch Richtlinien. Der Unterschied liegt allenfalls<sup>26</sup> darin, dass die verschiedenen Arten von Gemeinschaftsrechtsakten verschiedene (Primär-)Adressaten innerhalb der mitgliedstaatlichen Sphäre ansprechen: Gesetz- bzw. Verordnungsgeber (Richtlinien), Verwaltungsbehörden, Gerichte (Verordnungen). Für die Frage, welche Grundrechtsordnung auf das deutsche Durchführungsrecht anwendbar sein soll, kann es also auch aus dieser gemeinschaftsrechtlichen Perspektive nicht auf die regelungstechnischen, ohnehin eher graduellen Unterschiede zwischen den Handlungsformen des EG-Rechts ankommen. Entscheidend ist allein, ob das nationale Recht zur Durchführung von Gemeinschaftsrecht (gleich welcher Form und Stufe) inhaltlich selbst nichts als Befolgung gemeinschaftsrechtlicher Imperative ist und also der Verantwortung der Gemeinschaftsrechtsordnung (einschließlich ihrer Grundrechte) zugerechnet werden muss.

Die entscheidende und häufig gewiss nicht einfache Frage ist danach allerdings stets die Spielraumfrage: Die deutschen Grundrechte kommen nur, aber auch immer dann zur Anwendung, wenn die gemeinschaftsrechtliche Vorprüfung ergeben hat, dass der fragliche deutsche Akt (Gesetz, Verwal-

tungsakt, Gerichtsurteil) so wie er ist, nicht alternativlos durch das Gemeinschaftsrecht geboten ist. Es muss also zumindest eine gemeinschaftsrechtlich ebenfalls zulässige andere Lösung zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts denkbar sein, um von einem Spielraum reden zu können, in dem die deutschen Grundrechte Maßstab für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Wahl gerade dieser und nicht der anderen Lösung sind. Eine vermutlich nicht überall erkannte Komplikation der gemeinschaftsrechtlichen Spielraumprüfung liegt darin, dass sich der prüfende Blick keineswegs isoliert nur auf die jeweils maßgebliche Richtlinienbestimmung beschränken kann. Gemeinschaftsrechtlich hängt ein Umsetzungsspielraum nicht nur von der Formulierung der Richtlinienbestimmung ab, sondern auch davon, wie die durch diese Bestimmung ausgedrückte Richtliniennorm im Gesamtzusammenhang des Europarechts zu interpretieren ist, insbesondere auch unter dem Einfluss der primärrechtlichen Grundrechte und Grundfreiheiten.<sup>27</sup> Schon die Antwort auf die gemeinschaftsrechtliche Vorfrage kann also davon abhängen, ob Gemeinschaftsgrundrechte ein in der Richtlinie textlich eingeräumtes Gestaltungsermessen der Mitgliedstaaten möglicherweise doch nur auf eine Gestaltungsmöglichkeit oder auf einen bestimmten engeren Kreis von Gestaltungsmöglichkeiten verengen.<sup>28</sup> Die den mitgliedstaatlichen Gerichten (im Rahmen seiner Zuständigkeiten auch dem BVerfG) – in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof (Art. 234 EG) – übertragene gemeinschaftsrechtliche Vorprüfung ist also eine anspruchsvolle Aufgabe. Sie ist jedoch unvermeidbare und auch bewältigbare Folgelast aus der vom Grundgesetz gewollten Verschränkung der mitgliedstaatlichen und der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsordnung und der daraus resultierenden Konkurrenz zweier Grundrechtsordnungen. Dass das Grundgesetz die Konkurrenzfrage durch Art. 23 Abs. 1 GG im Sinne einer klaren Scheidung der Anwendungsbereiche beider Grundrechtsordnungen entschieden hat, ist bei allen Schwierigkeiten, die mit der Beantwortung der Spielraumfrage im Einzelfall verbunden sein können, eine gegenüber der Alternative<sup>29</sup> vorzugswürdige Lösung, die

in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, S. 331 f.; Cornils, AöR 129 (2004), 336 (339 Fn. 7).

<sup>26</sup> Auch Richtlinien verpflichten (bzw. berechtigen) nicht nur die nach der jeweiligen staatlichen Verfassungsordnung zuständigen Umsetzungs-Normgeber, sondern immer (richtlinienkonforme Auslegung, EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, S. 1891 Rn. 26; verb. Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835 [Pfeiffer]) auch Behörden und Gerichte, nicht selten sogar mit verordnungsgleicher Wirkung (unmittelbarer Anwendbarkeit von Richtlinienvorschriften, EuGH, Rs. 8/81, Slg. 1982, S. 53 Rn. 23 [Becker]; Ruffert, in: Callies/Ruffert [Fn. 13], Art. 249 Rn. 73 ff.; Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 40 ff.); umfassend zu den Richtlinienwirkungen jetzt von Danwitz, JZ 2007, 697 ff.

<sup>27</sup> von Danwitz, JZ 2007, 697 (704).

<sup>28</sup> Dieses Problem stellt sich indes nicht nur bei der normativen Richtlinienumsetzung, sondern auch beim Einzelfall-Vollzug unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts – und schließlich sogar deutschen Richtlinien-Umsetzungsrechts! – durch die Verwaltung (bzw. die Gerichte): Auch hier ist denkbar, dass Gemeinschaftsgrundrechte oder anderes Gemeinschaftsrecht einen an sich, nach der zu vollziehenden Norm gegebenen Handlungsspielraum der Behörde auf nur eine gegebene Variante einschränken (Ermessensschrumpfung infolge gemeinschaftsrechtskonformer Anwendung im Einzelfall). Deutsche Grundrechte kommen dann nicht mehr zur Anwendung, weil der Fall schon abschließend gemeinschaftsrechtlich entschieden ist.

<sup>29</sup> Ein nicht im Sinne des Art. 23 Abs. 1 GG „stillgelegter“, sondern aktiver Anwendungsvorbehalt der deutschen Grundrechte gegenüber Richtlinien-Umsetzungsrecht liefere dem Richtlinienbefehl selbst zuwider und stelle damit den Vorrang des Gemeinschaftsrechts in Frage, ein mit Art. 23 Abs. 1

das BVerfG jetzt daher zu Recht in ihrer ganzen Reichweite entfaltet hat.

#### IV. Die Entscheidung in der Sache

Die Sachprüfung an den Grundrechten selbst fällt im Beschluss relativ knapp aus:<sup>30</sup> Die geltend gemachten Freiheitsrechte des Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG seien schon tatbestandlich nicht berührt (kein Eingriff), da die angegriffene Vorschrift über die Zuteilung von Berechtigungen an Anlagen, bei denen *early actions* vorgenommen wurden, für sich genommen ausschließlich privilegierende Funktion habe und die Freiheit zu wirtschaftlicher Betätigung sowie Eigentumsrechte nicht verkürze.

##### 1. Kein Gleichheitsverstoß durch Schlechterstellung der modernisierten Altanlagen

Allein einschlägiges Grundrecht ist mithin der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Insofern fallen die Würfel für das Ergebnis wie sooft in der Rechtsprechung des BVerfG mit der Voreinstellung des Prüfungsmaßstabes: Kommt der Gleichheitssatz nur in seiner Funktion als Willkürverbot zur Anwendung, reichen irgendwelche sachlichen Gründe für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung. Erst wenn der Gleichheitssatz nach Maßgabe der „Neuen Formel“ mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbunden wird und daher die Frage aufwirft, ob die vorgenommene Ungleichbehandlung auch geeignet, erforderlich und angemessen ist im Hinblick auf das damit verfolgte Regelungsziel, steigt der grundrechtliche Rechtfertigungsdruck und wird es denkbar, dass eine Regelung für die sich ein mehr oder weniger plausibler Differenzierungsgrund durchaus denken lässt, gleichwohl mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist<sup>31</sup>. Das BVerfG entscheidet sich hier bündig für das traditionelle Willkürverbot.<sup>32</sup> Das für die Anwendung des verschärften gleichheitsrechtliche Rechtfertigungsmaßstabes vor allem ausschlaggebende Kriterium, demzufolge die Ungleichbehandlung an Personengruppen und nicht nur an Sachverhalte anknüpfen müsse, sei hier nicht gegeben. Die

unterschiedliche Behandlung der *early actions* einerseits und der neuen Ersatzanlagen andererseits knüpfe nicht an personelle Merkmale an, sondern allein an unterschiedliche Eigenschaften der jeweiligen Anlagen. Auch greife die Regelung, wie festgestellt, nicht in Freiheitsrechte ein, so dass auch dieses zweite Kriterium für die Anwendung des Gleichheitssatzes in Gestalt der Neuen Formel nicht greife. Kommt es also für die Rechtfertigung nur auf einen sachlichen, einleuchtenden, plausiblen Grund für die Differenzierung an, ohne dass diese die relativ beste Lösung sein müsste (wie das der auf Rechtsgüter-Optimierung angelegte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordern würde), so ist ein solcher Grund hier schnell gefunden: Das Gericht äußert schon Zweifel, ob man die beiden Anlagenklassen angesichts ihrer sachlich-technischen Unterschiede überhaupt miteinander vergleichen könne, ob also eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegt, die die Rechtfertigungslast erst auslöst. Jedenfalls aber liege ein plausibler Differenzierungsgrund darin, dass nur die auf die neuen Ersatzanlagen zielende Privilegierung einen klimapolitisch motivierten Anreiz zu künftigen Innovationen setzen könne („aktiver Klimaschutz“), während die weniger weit reichende Privilegierung der *early actions* allein „Vergangenes honoriere“, sich also in einer dem Gerechtigkeitsempfinden Rechnung tragenden Belohnung für vergangene Vorleistungen erschöpfe, ohne künftiges Verhalten noch beeinflussen zu können. Insgesamt ist die angegriffene Vorschrift also mit dem Grundgesetz vereinbar, bleibt der Normenkontrollantrag erfolglos.

##### 2. Kritik

Die Urteilsgründe zum Gleichheitssatz zeigen anschaulich, dass dessen normative Wirkkraft praktisch ganz entscheidend davon abhängt, ob er in Gestalt des Willkürverbots oder der Neuen Formel zur Anwendung gebracht wird. Deutlich wird aber auch, dass die dafür gegebene Begründung (Anknüpfung an Personengruppen einerseits, an Sachverhalte andererseits) wenig berechenbar<sup>33</sup> und auch sachlich von zweifelhafter Überzeugungskraft ist. Das BVerfG räumt selbst ein, dass eine personenbezogene Ungleichbehandlung nicht nur dann vorliegt, wenn die Regelung „an personelle Merkmale“ anknüpft – was in der Tat eher selten der Fall sein dürfte. Vielmehr reicht auch ein mittelbarer Personengruppenbezug, vermittelt durch die Anknüpfung an Sachverhalte, aus. Wann aber liegt eine solche „mittelbare Bewirkung einer Ungleichbehandlung von Personengruppen“ vor – und warum liegt sie im Fall der Schlechterstellung der Betreiber von modernisierten Altanlagen nicht vor? Tatsächlich wirkt sich eine Regelung, die eine Privilegierung oder Schlechterstellung an ein sachliches Merkmal knüpft, das durch eine Personengruppe im Unterschied zu einer anderen Personengruppe verwirklicht wird<sup>34</sup>, sehr wohl auch auf diese Personengruppen aus;

GG schwerlich vereinbares Ergebnis; eingehend dazu *Cornils*, AöR 129 (2004), 336 (341 ff.). Der denkbare Ausweg, deutsche Grundrechte auch auf die Umsetzung zwingender Richtlinienangebote anzuwenden und dabei auftretende Grundrechtshindernisse durch Verfassungsänderung aus dem Weg zu räumen, erscheint praktisch indiskutabel (ad-hoc-Perforierung der deutschen Grundrechtsnormen aus jeweiligem gemeinschaftsrechtlichem Anlass, *Masing*, NVwZ 2006, 264 [267]) und verfassungssystematisch kaum haltbar: Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG deckt schließlich auch materielle Verfassungsänderungen durch die vertragliche Übertragung von Hoheitsrechten ohne Änderung des Verfassungstextes, *Holz*, NVwZ 2007, 1153 (1154).

<sup>30</sup> BVerfG DVBl. 2007, 821 (827 ff.).

<sup>31</sup> S. dazu nur *Osterloh*, in: Sachs (Fn. 18), Art. 3 Rn. 8 ff.; *Brüning*, JZ 2001, 669.

<sup>32</sup> BVerfG DVBl. 2007, 821 (828).

<sup>33</sup> Kritisch zu Recht *Osterloh* (Fn. 18), Rn. 27.

<sup>34</sup> Beispiel: BVerfGE 107, 133 – ungerechtfertigt niedrigere Gebühren für die Tätigkeit von Rechtsanwälten mit Kanzleisitz im Beitrittsgebiet: Anknüpfung an das sachverhaltliche Merkmal des Kanzleisitzes schlägt auf die Personengruppe

diese können folglich auch als solche begrifflich erfasst werden, in casu: Betreiber von neuen Ersatzanlagen vs. Betreiber von modernisierten Altanlagen. Kriterien, an Hand derer sich zuverlässig beurteilen ließe, in welchen Fällen durch eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten ein hinreichender mittelbarer Personengruppenbezug bewirkt wird oder nicht, scheinen nicht in Sicht zu sein. Damit gewinnt die für die Anwendung des Gleichheitssatzes entscheidende Weichenstellung ein unbefriedigend hohes Maß an Beliebigkeit. Mit der Ablehnung des Personengruppenbezuges wird Art. 3 Abs. 1 GG in der Hand der Gerichte zum stumpfen Schwert und ist die Klage so gut wie verloren. Möglicherweise lässt sich der Handhabung des Gleichheitssatzes im Emissionshandels-Beschluss wie auch in anderen Entscheidungen<sup>35</sup> eine Tendenz entnehmen, den Personengruppenbezug und damit die Anwendbarkeit der Neuen Formel regelmäßig nur noch für diejenigen Fälle zu reservieren, in denen ohnehin auch eine Betroffenheit in Freiheitsrechten gegeben ist<sup>36</sup>. Es bleibt zu wünschen, dass die Rechtsprechung in diesem wichtigen Punkt künftig mehr Klarheit schafft und Einsicht in ihre Entscheidungsfindung ermöglicht.

#### V. Ausblick

Der Beschluss des BVerfG zum Emissionshandelsrecht ist folgerichtige Vollendung des in der „Solange“-Rechtsprechung schon immer angelegten, in Art. 23 Abs. 1 GG fundierten Modells komplementären Grundrechtsschutzes durch die deutsche und die supranationale Rechtsordnung. Letztere ist mit ihren Grundrechten und dem diese letztverbindlich prägenden Hüter in Luxemburg in weitem Umfang verantwortlich für den Freiheits- und Gleichheitsschutz der Bürger und Unternehmen in den Mitgliedstaaten. Umso dringlicher kommt es darauf an, dass der bisher nicht über jeden Zweifel erhabene gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsschutz an Kontur, Verlässlichkeit und Vertrauenswürdigkeit künftig noch gewinnt. Gerade insoweit steckt in dem Modell komplementären Grundrechtsschutzes in seiner Angewiesenheit auf die mitgliedstaatlichen Gerichte aber eine bemerkenswerte institutionelle Sicherung. Die Entscheidungsgründe des Bundesverfassungsgerichts vermitteln mit ihrer klaren Betonung der Rolle der deutschen Fachgerichte bei der Herausbildung und Pflege des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts-

schutzes eine Ahnung davon, dass sich dieser Grundrechtsschutz auf lange Sicht möglicherweise ganz anders und viel erfreulicher entwickeln könnte als dies – in Sorge vor einem Verlust an Grundrechtssubstanz durch den Rückzug der deutschen Grundrechte – vielfach angenommen worden ist. Wer entscheidet schließlich jeden Tag auf breiter Front und in Vorhandposition über den konkreten Gehalt und die Anwendung der europäischen Grundrechte? Es sind dies die nationalen Gerichte als Gemeinschaftsgerichte, insofern sie die Gemeinschaftsgrundrechte als Maßstab für die Kontrolle des deutschen Durchführungsrechts (einschließlich der Gesetze) einzusetzen haben. Dass sie aber aus der Einbindung in die eigene Verfassungstradition heraus und in Vertrautheit mit den eigenen Verfassungsmaßstäben diese auch in die Interpretation der europäischen Grundrechtsnormen einfließen lassen, erscheint mehr als wahrscheinlich. Sicherlich entscheidet über die Gestalt der europäischen Grundrechte am Ende der Europäische Gerichtshof. Beharrliche Arbeit der nationalen Richter an den Gemeinschaftsgrundrechten, wie sie in den Vorlageverfahren nach Art. 234 EG gepflegt werden kann, dürfte aber auch in Luxemburg auf Dauer ihre Wirkung nicht verfehlen.

*Privatdozent Dr. Matthias Cornils, Bonn*

der ihren Sitz im Beitrittsgebiet habenden Rechtsanwälte durch, daher Anwendung der Neuen Formel.

<sup>35</sup> S. etwa BVerfGE 116, 135 (Vergaberecht): kein Personengruppenbezug bei Anknüpfung einer Differenzierung an vergaberechtliche Schwellenwerte.

<sup>36</sup> Interessant ist auch, dass der hier erörterte Beschluss des BVerfG (wie auch derjenige zum Vergaberecht, s. Fn. 35) nur eine Entweder-Oder-Zuordnung zu Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot oder als Gebot verhältnismäßiger Gleichheit zu kennen scheinen, obwohl in anderen Entscheidungen der jüngeren Rechtsprechung (vor allem des Zweiten Senats) der Boden für einen fließenden Übergang zwischen beiden Wirkungsweisen des Gleichheitssatzes – ohne kategoriale Unterscheidung – bereitet war, *Osterloh* (Fn. 18), Art. 3 Rn. 30 ff. m.w.N.