

**DIMITRIS-TSATSOS-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE
VERFASSUNGSWISSENSCHAFTEN**

**SCHEITERT DER BEITRITT DER
EUROPÄISCHEN UNION ZUR EMRK?
- ZUM VERHÄLTNIS VON EUGH UND EGMR -**

Prof. Dr. Eckart Klein, Potsdam

DTIEV-Online Nr. 2/2015

DTIEV-Online
Hagener Online-Beiträge zu den
Europäischen Verfassungswissenschaften

ISSN: 2192-4228

FernUniversität in Hagen
Dimitris-Tsatsos-Institut für Europäische Verfassungswissenschaften
58084 Hagen
Tel.: 02331 987-2912
e-mail: DTIEV@Fernuni-Hagen.de
<http://www.fernuni-hagen.de/dtiev>

Scheitert der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK?

– Zum Verhältnis von EuGH und EGMR –

Eckart Klein*

I. Ist der Beitritt eine sinnvolle Option?

Es gibt Fragen, die einen fast das ganze Berufsleben hindurch begleiten. Eine davon ist das Verhältnis von EGMR und EuGH (Gerichtshof der EU), mit dem ich mich 1976 erstmals im Rahmen eines Kolloquiums des Heidelberger Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht über „Grundrechtsschutz in Europa“ zu beschäftigen hatte.¹ Ich habe damals gemeint, dass der Beitritt der falsche Weg sei, um zu einer Stärkung der Grundrechte im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften zu kommen. Immerhin gehörten die EMRK-Rechte zu den allgemeinen Rechtsprinzipien des Gemeinschaftsrechts, die die aufblühende Grundrechtsrechtsprechung des EuGH zunehmend beeinflussten. Der Hauptgrund meiner Ablehnung war, dass beide Gerichte, EGMR und EuGH, in einem unterschiedlichen Integrationszusammenhang stünden, die Gemeinschaften insoweit der viel stärker nach vorne drängende Akteur seien und die dort sich nunmehr vollziehende Grundrechtsentfaltung durch eine institutionelle Verklammerung mit der EMRK und besonders dem EGMR eher gehemmt als befördert würde.² Damals wurde diese Haltung wohl überwiegend geteilt, auch wenn es im Zuge der Auseinandersetzung mit der 1974 ergangenen Solange I-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erste Stimmen, vor allem die von Walter Hallstein gab, die einen solchen Beitritt vorschlugen.³ Heute hat sich, wie wir alle wissen, diese Ansicht durchgesetzt, wie insbesondere aus Art. 6 Abs. 2 EUV hervorgeht. Ob sie allerdings eine sinnvolle Option dar-

* Der vorliegende Beitrag basiert auf einem am 6. Juli 2015 am Dimitris-Tsatsos-Institut für Europäische Verfassungswissenschaften gehaltenen Vortrag. Professor Klein war Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Völker- und Europarecht sowie Gründungsdirektor des MenschenRechtsZentrums der Universität Potsdam.

¹ Eckart Klein, Das Verhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz durch die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Europäischen Gemeinschaften – Überlegungen de lege ferenda, in: H. Mosler/R. Bernhardt/M. Hilf (Hg.), Grundrechtsschutz in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und Europäische Gemeinschaften, 1977, S. 160 ff. Aus späteren Jahren *ders.*, Dogmatische und methodische Überlegungen zur Einordnung der Europäischen Menschenrechtskonvention in den Grundrechtsfundus der Europäischen Union, in: *ders.*/S. U. Pieper/G. Ress (Hg.), Rechtsstaatliche Ordnung Europas, Gedächtnisschrift für Albert Bleckmann, 2007, S. 257 ff.; *ders.*, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (HGR), Bd. VI/1, 2010, § 167 (S. 1269 ff.).

² Ebd., Grundrechtsschutz in Europa (Fn. 1), S. 175 und 203 (Diskussionsbeitrag).

³ Walter Hallstein, Europapolitik durch Rechtsprechung, in: H. Sauer mann/E. J. Mestmäcker (Hg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, 1975, S. 205, 215.

stellt, ist immer noch umstritten. Erst 2013 hat Christian Tomuschat gemeint, der Beitritt komme nun zu einer Zeit, in der „der Bedarf nach Rechtsschutz eigentlich schon voll befriedigt ist“; der Beitritt sei eher einer „juristischen Perfektionsübung“ vergleichbar.⁴ Der EuGH habe sich „verlässlich als Hüter der Grundrechte qualifiziert“, was auch der EGMR im Bosphorus-Urteil durch die an Solange II gemahnende Zurücknahme seiner (indirekten) Kontrolle gegenüber Unionsakten anerkannt habe.⁵ Zwar spreche nach einem Beitritt der EU zur EMRK viel für eine Gleichbehandlung mit den übrigen Vertragsparteien, aber die Frage sei doch, ob es unter den genannten Umständen nötig sei, eine Aufsicht über den EuGH auszuüben wie sie gegenüber den nationalen (Verfassungs-)Gerichten besteht. Denn bei diesen spiele das staatliche Eigeninteresse mit, das beim EuGH als internationalem Gericht nicht zum Zuge komme.⁶ Dies ist zwar richtig, doch statt des nationalstaatlichen Interesses tritt das Interesse an Verteidigung und Förderung der Integration deutlich hervor, was als solches nicht zu tadeln ist, aber sich gegenüber dem Grundrechtsschutz nicht durchsetzen sollte. Es ist bezeichnend, dass der EuGH bis heute keine klare Linie im Sinne eines Vorrangs der Grund- und Menschenrechte gegenüber den Grund- oder Marktfreiheiten gefunden hat.⁷ Es gibt, so meine ich daher, gute Gründe, den Beitritt der EU zur EMRK zu vollziehen. Anders als früher hat sich die Union in vielerlei Hinsicht zu einem staatsähnlichen Gebilde entwickelt⁸; das gilt vor allem, aber nicht nur, im Verhältnis nach außen – auch wenn sie kein Staat ist, wie der Gerichtshof in seinem Beitrittsgutachten deutlich herausstreicht.⁹ Aber die Fülle ihrer hoheitlichen Kompetenzen macht neben einer demokratischen nicht nur eine eigene grundrechtlich-menschenrechtlich gefestigte Legitimationsbasis erforderlich, wie sie sich materiell aus Art. 6 Abs. 1 und 3 EUV ergibt, sondern verlangt auch nach einer externen, eben nicht von Eigeninteressen gesteuerten Kontrolle, wie sie nicht anders für Staaten besteht, die sich zahlreichen Kontrollen auf regionaler oder universeller Ebene unterworfen haben. Die deutlich erweiterte Hoheitsgewalt der Union bedarf eines Gegengewichts, das nicht nur in der materiellen Existenz von Rechten und allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts bestehen sollte, sondern auch eine Kontrolle umfassen muss, die der alleinigen Bestimmung der EU, also letztlich des Gerichtshofs, entzogen ist. Sinn des Beitritts ist die Stärkung des grund- und menschenrechtlichen Fundaments in der

⁴ Christian Tomuschat, Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK – Vom Mangel zum Überfluss, in: S. Leutheusser-Schnarrenberger (Hg.), *Vom Recht auf Menschenwürde*, 2013, S. 71, 81 f.

⁵ Ebd., S. 80; EGMR, Urte. vom 30.6.2005, *Bosphorus Hava ./. Irland*, Nr. 45036/98, ECHR 2005-VI Rn. 155 ff.

⁶ Tomuschat (Fn. 4), S. 79.

⁷ Dazu Eckart Klein, Die Rundfunkfreiheit als europäische Rechtsgarantie, in: K. Stern (Hg.), *Die Bedeutung des europäischen Rechts für den nationalen Rundfunk*, 2007, S. 11, 24 f. Vgl. auch die Schlussanträge der GA Christine Stix-Hackl vom 18.3.2004 in der Rs. C-36/02 (*Omega*), Slg. I-9609, Rn. 50.

⁸ Thomas Schmitz, Staatsvolk und Unionsvolk in der föderalen Supranationalen Union, in: I. Härtel (Hg.), *Handbuch Föderalismus* Bd. IV, 2012, § 84 Rn. 9 f.

⁹ EuGH (Plenum), Gutachten 2/13 vom 18.12.2014, Rn. 156, EuGRZ 42 (2015), S. 56 ff.

Union und im weiteren Europa sowie der Kohärenz seiner Anforderungen und des Schutzes, an der beide Ordnungen, die des Europarats und der Union, nach ihren eigenen Rechtsgrundlagen Interesse haben müssen.¹⁰ Ich halte deshalb den Beitritt der Union zur EMRK für eine wichtige, ja notwendige Maßnahme.

II. Rechtsgrundlagen des Beitritts

Der Beitritt ist nicht nur aus allgemeinen Erwägungen erforderlich, sondern wegen Art. 6 Abs. 2 EUV rechtlich notwendig: „Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei“, wobei sich nach Satz 2 dieser Vorschrift die vertraglich festgelegten Zuständigkeiten nicht verändern sollen. Mit Art. 6 Abs. 2 EUV ist das Hindernis beseitigt, das der EuGH in seinem ersten Gutachten zur Beitrittsfrage im Jahr 1996 benannt hatte, als er eine Rechtsgrundlage für die Beitrittskompetenz vermisste.¹¹ Protokoll Nr. 8 zu Art. 6 Abs. 2 EUV enthält einige weitergehende Vorschriften für die von den Parteien der EMRK einerseits und der EU andererseits abzuschließenden Übereinkunft über den Beitritt; das Protokoll hat primärrechtlichen Rang (Art. 51 EUV). Beide, Art. 6 Abs. 2 EUV und das genannte Protokoll, bildeten den Prüfungsmaßstab des EuGH im Gutachtenverfahren nach Art. 218 Abs. 11 EUV. Das Beitrittsübereinkommen (BÜ) selbst liegt als Entwurf (12 Artikel) vor und ist Gegenstand der Prüfung des EuGH gewesen. Ihm sind eine von der EU im Zeitpunkt der Signatur abzugebende Erklärung zum Problem des Mitbeschwerdemechanismus sowie Erläuterungen des Steering Committee for Human Rights des Europarats und von Repräsentanten der EU beigelegt. Von Seiten der EMRK wurde mit der Ergänzung des Art. 59 Abs. 2 die Möglichkeit des Beitritts der EU geschaffen. Auf diese Rechtsgrundlagen ist im Kontext der Erörterung der jeweiligen Gutachteraussagen zurückzukommen. Zuvor soll jedoch ein kurzer Überblick darüber gegeben werden, welche grundsätzlichen Veränderungen sich durch einen Beitritt der EU zur EMRK im Vergleich zur bereits jetzt bestehenden Situation ergeben würden.

¹⁰ Vgl. dazu die Stellungnahme der GA *Juliane Kokott* zum Gutachtenantrag betr. Beitritt, Ziff. 164, EuGRZ 42 (2015), S. 30 ff. Ferner Präambel (Abs. 4) des Entwurfs zum Beitrittsübereinkommen (BÜ) und Art. 2 EUV. Das BÜ findet sich in Appendix 1, Dokument des Europarates 47+1 (2013)008rev2 (Strasbourg, 10 June 2013), Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH.

¹¹ EuGH, Gutachten 2/94, EU:C:1996:140, Rn. 23 ff.

III. Die grundsätzlichen Folgen eines Beitritts

Mit dem Beitritt würde die EU Vertragspartei der EMRK und wäre damit unmittelbar an die materiellen Rechtsgarantien der Konvention und den dort vorgesehenen Kontrollmechanismus gebunden. Von den vertraglichen Verpflichtungen könnte sie sich nur durch zulässige Vorbehalte (Art. 57 EMRK) oder nach Maßgabe von Abreden, denen alle anderen Vertragsparteien zugestimmt haben, befreien, wie sie denn auch im Beitrittsübereinkommen, das ein integraler Bestandteil der Konvention sein soll (Art. 1 Abs. 2 BÜ), festgelegt sind. Wir werden diese speziell für die EU entworfenen Absprachen noch zu erörtern haben. Vorbehalte zum Übereinkommen selbst sind nicht zulässig (Art. 11), doch sieht Art. 2 BÜ vor, dass die EU einen Vorbehalt zu einer bestimmten Konventionsvorschrift machen kann, wenn eine Rechtsvorschrift der Union im Zeitpunkt der Unterzeichnung oder Ratifikation der Konvention nicht in Übereinstimmung mit der Konventionsvorschrift steht. Um dies konventionsrechtlich zu ermöglichen, wird mit dem Beitritt auch Art. 57 Abs. 1 EMRK ergänzt. Es bleibt bei der bisher schon geltenden Regelung, dass Vorbehalte allgemeiner Art unzulässig sind.

Der nach dem Übereinkommen (Art. 1 Abs. 1) vorgesehene Beitritt bezieht sich nur auf die Konvention selbst sowie das (Zusatz-)Protokoll von 1952 (i.d.F. von 2010) und Protokoll Nr. 6 zur Todesstrafe, da nur diese beiden Protokolle von allen EU-Mitgliedstaaten ratifiziert sind. Allerdings ermöglicht Art. 1 Abs. 2 BÜ den späteren Beitritt der Union auch zu den anderen Protokollen, wozu Art. 59 Abs. 2 EMRK geändert wird.

Im Rahmen dieses allgemeinen Überblicks ist noch zu sagen, dass sich aus den Rechtsgrundlagen des Beitritts an keiner Stelle ein Hinweis darauf ergibt, dass die Kontrollkompetenz des EGMR gegenüber der EU generell eingeschränkt wäre. Dies betrifft die sog. Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK) und die Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) gleichermaßen. Allerdings spielt für die Argumentation des EuGH der Wortlaut von Art. 1 des Protokolls Nr. 8 eine wichtige Rolle, wonach dafür Sorge zu tragen ist, dass bei einem Beitritt „die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts erhalten bleiben“. Art. 1 Abs. 3 BÜ sagt lediglich, dass der EU durch den Beitritt Verpflichtungen nur im Hinblick auf Akte, Maßnahmen oder Unterlassungen ihrer Institutionen, Organe etc. oder von in ihrem Namen handelnden Personen auferlegt werden (Satz 1). Der Beitritt begründet ferner keine Verpflichtung der EU, eine Maßnahme zu ergreifen, für die sie nach ihrem Recht keine Kompetenz hat (Satz 2). Hier äußert sich die Sorge, dass sich mit der Ausweitung oder Intensivierung von

Grundrechten und ihren spiegelbildlichen Verpflichtungen Verschiebungen im Kompetenzgefüge vollziehen könnten. Eine derartige Befürchtung war schon bei der Annahme der ersten zehn Amendments zur US-Verfassung (Bill of Rights) lebendig¹² und spielte ebenso bei der Erörterung der Grundrechte-Charta der EU (GRC) eine Rolle, wie ihr Art. 51 Abs. 2 belegt.

Im Verhältnis zum gegenwärtigen Rechtszustand änderte sich mit dem Beitritt weniger die materiell-faktische Wirksamkeit der von der EMRK garantierten Rechte für die Union, aber es käme die formale Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit des EGMR dazu. Schon jetzt lässt sich vertreten, dass der EuGH die EMRK-Rechte weniger als zu konkretisierende Prinzipien ansieht, sondern sie in aller Regel *tel quel* anwendet.¹³ Offiziell bleibt der EuGH allerdings entsprechend Art. 6 Abs. 3 EUV bei seiner Einstufung der von der EMRK gewährleisteten Rechte als „allgemeine Grundsätze des Unionsrechts“, eine Charakterisierung, an der auch die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten teilhaben.¹⁴ Doch gibt es gute Gründe, zwischen beiden Normenkomplexen zu unterscheiden, und dies geschieht in der Praxis auch. Was ohne Beitritt fehlt, ist indes die *völkerrechtliche* Verbindlichkeit der menschenrechtlichen Garantien¹⁵ und die sich über die Verbindlichkeit seiner Urteile für die am Verfahren beteiligten Parteien unmittelbar auswirkende Gerichtsbarkeit des EGMR. Denn der EGMR ist es, der in den zulässigerweise vor ihn gebrachten Rechtsstreitigkeiten *inter partes* verbindlich entscheidet.¹⁶ Zwar wendet der EuGH die Rechtsgarantien der EMRK in der Praxis nach Maßgabe der Rechtsprechung des EGMR an, so dass materiell in der Tat bisher nur in Ausnahmefällen eine Divergenz sichtbar wurde.¹⁷ Theoretisch verbleibt dem EuGH aber die Interpretationshoheit über die EMRK-Garantien, da sie (ohne Beitritt) ausschließlich Teil seines Rechts sind, unabhängig davon, ob sie dies in Gestalt von Rechtsprinzipien oder einseitig inkorporierten Normen sind.¹⁸ Gleichwohl kann diese interne Anwendungspraxis mit einer externen Überprüfung am Maßstab der EMRK als eines für die Union völkerrechtlich verbindlichen Instruments nicht gleichgesetzt werden. So wenden die deutschen Fachgerichte die

¹² Karl Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 1959, S. 476, spricht in diesem Zusammenhang von der „Nationalisierung der Grundrechte“ und sieht darin „die schwerste Niederlage des herkömmlichen Föderalismus.“

¹³ Klein (Fn. 1), HGR VI./1, § 167 Rn. 8.

¹⁴ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 179.

¹⁵ Dies bedeutet nicht, dass mit der völkerrechtlichen Bindung die intern-unionsrechtliche Bindung der EU an die EMRK (Inkorporation oder Rechtsgrundsatz) entfallen würde. Beide Bindungen bestehen nebeneinander; Klein (Fn. 1), HGR VI./1, § 167 Rn. 68.

¹⁶ Dass die Entscheidungen des EGMR, obwohl sie keine Allgemeinverbindlichkeit haben, über den Kreis der Streitparteien hinaus auswirken können und tatsächlich oft auswirken, soll uns hier nicht weiter beschäftigen.

¹⁷ Klein (Fn. 1), HGR VI/1, § 267 Rn. 34 ff.; Stefanie Schmahl, Grundrechtsschutz im föderalen Europa, in: I. Härtel (Hg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV, 2012, § 88 Rn. 40.

¹⁸ Ebd., Rn. 10.

EMRK-Rechte als unmittelbar im nationalen Recht geltende Normen an und können dennoch die Rechtsansicht des EGMR verfehlen, und das die Grundrechte im Lichte der EMRK interpretierende Bundesverfassungsgericht kommt ebenso durchaus gelegentlich zu anderen Auslegungsergebnissen als der EGMR.¹⁹ Insgesamt, das lässt sich nach diesem kurzen Überblick sagen, macht es allem Zusammenwirken zwischen den „europäischen Verfassungsgerichten“ zum Trotz einen erheblichen Unterschied, ob die Union der EMRK beitrifft oder nicht: Sie, d.h. letztlich der EuGH, wäre nämlich nicht mehr allein Herr im Haus und müsste gegebenenfalls von ihr nicht selbst gesetzte und vor allem nicht selbst kontrollierte Grenzen respektieren. Die strikte Ablehnung einer solchen Möglichkeit spricht jedoch aus nahezu jeder Äußerung des Gutachtens, dem wir uns nun zuwenden wollen. Die große Frage ist nur, wie sich diese Haltung mit dem vertraglich festgelegten Gebot zum Beitritt vereinbaren lässt (Art. 6 Abs. 2 EUV).

IV. Das Gutachten

1. Das vom Plenum des Gerichtshofs erstattete Gutachten (2/13) vom 18. Dezember 2014²⁰ wurde von der Kommission auf der Grundlage des Art. 218 Abs. 11 AEUV initiiert. Das Verfahren sollte im Sinn einer präventiven Normenkontrolle feststellen, ob das Beitrittsübereinkommen, genauer der Entwurf dieses Abkommens, mit den Verträgen, also dem europäischen Primärrecht vereinbar ist. Dies hat der Gerichtshof verneint. Er ist dabei von der Rechtsansicht der 24 sich am Verfahren beteiligenden Mitgliedstaaten, des Europäischen Parlaments, des Rates der EU, der Kommission und der Generalanwältin Kokott abgewichen. Letztere hat in ihrer Darlegung zwar auf kleinere Mängel hingewiesen, ohne daraus jedoch ein allgemeines Verdikt der Unvereinbarkeit des Beitrittsübereinkommens mit den Verträgen herleiten zu wollen. Man durfte erwarten, dass gerade unter diesen Umständen das Gutachten besonders gut, d.h. überzeugend oder doch jedenfalls vertretbar begründet sein würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Allerdings ist ihm eine gewisse Schlüssigkeit nicht abzusprechen, wenn man darunter die stringente, kompromisslose Ausziehung der Linie versteht, deren Ausgangspunkt die unter keinem Aspekt antastbare Eigenart der Union, nämlich die Autonomie des Unionsrechts, ist, die nach dem Verständnis des EuGH sich offenbar wie ein Wall um die Union legt.

¹⁹ Klein, in: J. Gerards/J. Fleuren (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-law*, 2014, S. 185, 203 ff.

²⁰ Siehe oben Fn. 9; engl. Text HRLJ 34 (2014), S. 452.

2. Aus diesem Blickwinkel ist verständlich, dass die inhaltlichen Ausführungen des Gerichtshofs mit der Darlegung dieser Grundlagen beginnen.²¹ Dabei ist nur auf den ersten Blick überraschend, dass die Begründung für die in Anspruch genommene Sonderrolle der Union mit dem Hinweis darauf einsetzt, „dass die Union im Gegensatz zu allen anderen Vertragsparteien aus völkerrechtlicher Sicht schon ihrer Natur nach nicht als Staat angesehen werden kann.“²² Das ist zweifellos treffend, aber man hatte bisher eher den Eindruck, die Union wäre nichts lieber als ein richtiger Staat. Doch das klare Bekenntnis zur Nichtstaatlichkeit gibt dem EuGH die Basis, die Bedeutung der der Union eigenen „neuartigen Rechtsordnung von spezieller Natur“, ihres eigenen verfassungsrechtlichen Rahmens und ihrer eigenen Grundprinzipien hervorzuheben.²³ Diese „besonderen Merkmale der Union“²⁴ und „die das Wesen des Unionsrechts selbst betreffenden besonderen Merkmale“, die vor allem darin bestehen, dass das Unionsrecht „einer autonomen Quelle, den Verträgen, entspringt und Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten hat“²⁵, dienen dazu, für den Beitritt kaum zu überwindende Maßstäbe zu bilden. Der Schlüsselsatz lautet: „Die Autonomie, über die das Unionsrecht im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten sowie zum Völkerrecht verfügt, gebietet aber, dass die Auslegung dieser Grundrechte (sc. der GRC) im Rahmen der Struktur und Ziele der Union gewährleistet ist.“²⁶ Diese Gewährleistung, so der EuGH weiter, obliegt den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof, die die Kohärenz und Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechts zu sichern haben, wobei dem in Art. 267 AEUV vorgesehenen Vorabentscheidungsverfahren eine besondere Bedeutung zukommt.²⁷

Diese Beschreibung der Eigenarten des Unionsrechts entspricht zwar der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, kann aber zumindest im Hinblick auf die Betonung der Autonomie gegenüber dem Völkerrecht nicht völlig überzeugen, wie nicht zuletzt der Kadi-Fall zeigt.²⁸ In diesen Rahmen gehört auch die Zurückhaltung des EuGH, die unmittelbare An-

²¹ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 153-177.

²² Ebd., Rn. 156; auch Rn. 193. Vgl. dazu *Martin Nettesheim*, Die EU als Staat, FAZ vom 5.2.2015, S. 6.

²³ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 158.

²⁴ Ebd., Rn. 164.

²⁵ Ebd., Rn. 166.

²⁶ Ebd., Rn. 170 unter Hinweis auf die Entscheidung im Fall Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission, EU:C:2008:461, Rn. 281 ff.

²⁷ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 174-176.

²⁸ *Klein*, Some Observations on the Kadi Judgment of the European Court of Justice, in: *Intercultural Human Rights Law Review* 4 (2008-2009), S. 111 ff.; *Christian Tomuschat*, Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral, *EuGRZ* 42 (2015), S. 133, 138 f. Vgl. auch *Paul Gragl*, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, 2013, S. 27 ff.

wendbarkeit der WTO-Regeln anzuerkennen.²⁹ Aber selbst wenn man sich auf den Boden der EuGH-Rechtsprechung stellt, fällt auf, wie sehr es der EuGH vermeidet, den in Art. 6 Abs. 2 EUV enthaltenen und in Protokoll Nr. 8 konkretisierten grundsätzlichen Befehl zum Beitritt der EU zur EMRK zu diskutieren. Es wäre nämlich dann die Frage aufgetaucht, ob die vom EuGH in seiner Rechtsprechung herausgestellten Besonderheiten des Unionsrechts angesichts dieser Bestimmung, zumindest was das Verhältnis zur EMRK betrifft, in einem anderen Licht gesehen werden müssen.

3. Davon unbekümmert erörtert der Gerichtshof nunmehr in fünf Abschnitten seine gegen die Vereinbarkeit mit den Verträgen gerichteten Bedenken. In einem ersten Abschnitt zieht er bereits die entscheidende Konsequenz aus seinem Ansatz. Er sieht zwar, dass der Beitritt eine externe Kontrolle begründen würde, dies könne aber „nicht dazu führen, dass der Union und ihren Organen bei der Ausübung ihrer internen Zuständigkeiten eine bestimmte Auslegung der Regeln des Unionsrechts verbindlich vorgegeben wird.“ „Insbesondere“, so heißt es weiter, „sollten die Feststellungen des Gerichtshofs zum materiellen Anwendungsbereich des Unionsrechts, namentlich zur Klärung der Frage, ob ein Mitgliedstaat die Grundrechte der Union beachten muss, vom EGMR nicht in Frage gestellt werden können.“³⁰ Dies bedeutet, dass eine die Grundrechte der Union nach Maßgabe der Auslegung des EuGH beachtende Maßnahme oder Unterlassung vom EGMR nicht mehr wegen eines möglichen Verstoßes gegen die EMRK beanstandet werden kann. Damit wird die Melloni-Rechtsprechung des EuGH (2013), die den Mitgliedstaaten die an sich nach Art. 53 GRC offenstehende Berufung auf weitergehende nationale Grundrechte wegen des Vorrangs des Unionsrechts versagt, auf die EMRK (als möglicherweise weitergehendes Recht) ausgedehnt.³¹ Artikel 53 EMRK, der nur – aber dies sehr bestimmt – einen Mindestschutz garantieren möchte, wird damit im Verhältnis zur EU seiner Wirksamkeit beraubt und dementsprechende externe Kontrolle unmöglich gemacht. Die vom EuGH vermisste, aber für unerlässlich gehaltene Abstimmung zwischen den beiden Vorschriften könnte nichts anderes zum Inhalt haben als die Zusicherung, die

²⁹ Nachweise bei *Andreas Haratsch/Christian Koenig/Matthias Pechstein*, *Europarecht*, 9. Aufl. 2014, Rn. 450.

³⁰ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 184 und 186.

³¹ Ebd., Rn. 189; EuGH, Rs. C-399/11, EU:C:2013:107, Rn. 56-64. Zum Problem *Marten Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, in: *Europarecht* 50 (2015), S. 330, 334.

EMRK selbst bei einem nach Ansicht des EGMR bestehenden höheren Standard als dem von der Grundrechte-Charta garantierten nicht anzuwenden.³²

Auf derselben Linie liegt die strikte Einforderung der Respektierung des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Unionsmitgliedern. Die Mitgliedstaaten sollen, von Ausnahmefällen abgesehen, nicht prüfen können, ob ein anderer „Mitgliedstaat in einem konkreten Fall die durch die Union gewährleisteten Grundrechte tatsächlich beachtet hat.“³³ Der Durchsetzung der EMRK-Rechte im Wege eines von einem Mitglied gegen ein anderes Mitglied vor dem EGMR angestrebten Verfahrens stehe diese Verpflichtung zu gegenseitigem Vertrauen entgegen. Im Klartext heißt dies, dass Art. 33 EMRK (Staatenbeschwerde) jedenfalls im Verhältnis der Mitgliedstaaten prinzipiell nicht zur Anwendung kommen kann. Der Beitrittsbefehl des Art. 6 Abs. 2 EUV wird hier vollständig ignoriert, und es wird nicht einmal ansatzweise diskutiert, ob die im Protokoll Nr. 8 enthaltene Beitrittsregelung, wonach „die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts erhalten bleiben“ sollen, diese weitgehenden Auslegungen verlangen und wie sie mit dem Beitrittsbefehl als solchem in Einklang gebracht werden können.

Eigenartig mutet das Eingehen des EuGH auf das bislang nur von wenigen Staaten (16) unterzeichnete und nur von San Marino ratifizierte und daher noch nicht in Kraft getretene Protokoll Nr. 16 zur EMRK an.³⁴ Vom Beitrittsübereinkommen ist es auch gar nicht in Bezug genommen, da es erst nach Fertigstellung des Übereinkommens unterzeichnet wurde.³⁵ Dieses Protokoll ermächtigt die höchsten Gerichte der Vertragsparteien, den EGMR um ein Gutachten über Grundsatzfragen der Auslegung und Anwendung der EMRK und ihrer Protokolle zu bitten. Die Möglichkeit, dass eine solche Gutachtenanfrage das noch später zu erwähnende Verfahren der Vorabfassung des EuGH durch den EGMR auslösen könnte, könne zu einer Umgehung der Pflicht der EU-Mitgliedstaaten, genauer ihrer höchsten Gerichte führen, die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) vorzulegen und damit „das

³² Dazu etwas missverständlich *Sarah Lambrecht*, *The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 Objects to Draft Agreement on Accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, *European Human Rights Law Review* 1/2015, S. 185, 186 f.

³³ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 192.

³⁴ Ebd., Rn. 196-199. Zum Protokoll näher *Ralph Zimmermann*, *Das „Protokoll des Dialogs“ – Gedanken zum Vorab-Gutachtenverfahren gemäß dem 16. Zusatzprotokoll zur EMRK*, in: *EuGRZ* 42 (2015), S. 153 ff.; *Jannika Jahn*, *Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions. Deprivation or Relocation of the Convention's Core?*, in: *ZaöRV* 74 (2014), S. 821 ff.

³⁵ BÜ fertig gestellt am 5.4.2013, Unterzeichnung des Protokolls am 2.10.2013; EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 197.

Schlüsselement des durch die Verträge geschaffenen Gerichtssystems“ gefährden.³⁶ Der grundlegende Fehler des EuGH, die EMRK ausschließlich als Teil der eigenen Rechtsordnung zu reklamieren, was sie bei einem Beitritt gerade nicht mehr in dieser Exklusivität ist, und ihr die eigene völkerrechtliche Substanz abzusprechen, wird hier ein weiteres Mal offenkundig.³⁷ Artikel 52 Abs. 3 GRC, der dem EGMR bei der Auslegung der sowohl in der Charta als auch der EMRK garantierten Rechte die Leitfunktion zuordnet, wird dadurch vollständig konterkariert.

4. Noch pointierter wird der EuGH, wenn er Artikel 344 AEUV als nicht zu überwindende Beitrittschürde qualifiziert. Nach Artikel 3 des Protokolls Nr. 8 (EU) bleibt Art. 344 AEUV, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung der Verträge nur nach deren Maßgabe zu regeln, vom Beitrittsübereinkommen unberührt. Da mit dem Beitritt die EMRK zum Bestandteil des Unionsrechts werde, sei der Gerichtshof „für jeden Rechtsstreit zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen ihnen und der Union wegen der Beachtung der EMRK ausschließlich zuständig.“³⁸ Das Beitrittsübereinkommen habe keine Möglichkeit geschaffen, die Mitgliedstaaten vom möglichen Gebrauch der Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK) abzuhalten.³⁹ „Schon die Existenz einer solchen Möglichkeit steht nicht im Einklang mit dem in Art. 344 AEUV aufgestellten Erfordernis.“⁴⁰ Deziert wird gefolgert, dass Art. 344 AEUV „somit jeder vorherigen oder nachträglichen externen Kontrolle entgegen(steht).“⁴¹ Nur ein „ausdrücklicher Ausschluss der Zuständigkeit des EGMR nach Art. 33 EMRK“ für alle im materiellen Anwendungsbereich des Unionsrechts angesiedelten Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten oder zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten könne einen Verstoß des Beitrittsübereinkommens gegen Art. 344 AEUV ausräumen.⁴² Erneut wird Art. 6 Abs. 2 EUV in diesem Kontext vollständig ignoriert.

Die Haltung des EuGH resultiert aus der grundsätzlich falschen Sicht, gerade der Beitritt zur EMRK verschaffe der Union, sprich dem Gerichtshof, das Monopol, über die rechtliche Bedeutung der EMRK im Bereich des Unionsrechts zu verfügen. Ob das Problem, wie es die GA

³⁶ Ebd., Rn. 198.

³⁷ *Tomuschat* (Fn. 28), S. 138, spricht von einem auf die EMRK bezogenen „Usurpationsanspruch“ des EuGH.

³⁸ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 204.

³⁹ Art. 5 BÜ wird insofern richtig nicht als Ausschluss solcher Möglichkeit verstanden; ebd., Rn. 206 f.

⁴⁰ Ebd., Rn. 208. Zu Recht kritisch *Breuer* (Fn. 31), S. 338 ff.

⁴¹ Ebd., Rn. 210. *Mattias Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß. Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen, in: *NJW* 2015, S. 921, 923, diagnostiziert beim EuGH „ein tiefsitzendes Unbehagen gegenüber dem Instrument einer externen Menschenrechtskontrolle generell.“

⁴² EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 213.

Kokott vorschlägt, damit aus der Welt zu schaffen wäre, dass die Mitgliedstaaten bei der Ratifikation des Beitrittsübereinkommens eine bindende Erklärung abgeben, in den kritischen Konstellation von der Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK) keinen Gebrauch zu machen⁴³, halte ich zumindest für höchst fragwürdig. Es ist nach der Teleologie der Konvention kaum denkbar, auf eines der beiden fundamentalen Rechtsschutzverfahren im Voraus und generell rechtlich verbindlich zu verzichten. Insoweit wäre auch ein Vorbehalt nach Artikel 57 EMRK nicht zulässig.⁴⁴

5. Gerade um die besonderen Merkmale des Unionsrechts zu wahren, wie es Protokoll Nr. 8 verlangt, sieht das Beitrittsübereinkommen den Mitbeschwerde-Mechanismus und das Institut der Vorabbeurteilung des EuGH vor, doch die konkreten Regelungen in Art. 3 BÜ halten den Anforderungen des Gerichtshofs gleichfalls nicht stand.

Der Mitbeschwerde-Mechanismus (*co-respondent mechanism*), der auch durch Änderung des Art. 36 EMRK konventionsrechtlich verankert werden soll (Art. 3 Abs. 1 BÜ), erklärt sich aus der engen Verwobenheit der Rechtsordnungen der Union und ihrer Mitgliedstaaten, dem Vorrang des Unionsrechts und den daraus sich ergebenden zwingenden Rechtsfolgen, denen die Mitgliedstaaten bei Rechtsetzung und Vollzug genügen müssen. Nach Art. 3 Abs. 2 – 5 BÜ können bei Beschwerden gegen einen oder mehrere Mitgliedstaaten die Union, bei Beschwerden gegen die Union die Mitgliedstaaten Mitbeschwerdegegner werden und damit volle Parteistellung im Verfahren vor dem EGMR erhalten, insbesondere dann, wenn die gerügte EMRK-Verletzung nur durch die Nichtbeachtung unionsrechtlicher Vorschriften hätte vermieden werden können. Letztlich entscheidet der EGMR über den Mitbeschwerdestatus auf der Grundlage seiner allerdings nicht verpflichtenden Einladung⁴⁵, eine solche Stellung einzunehmen, oder auf Grund eines Ersuchens der jeweiligen Vertragspartei, wobei er die Meinungen der Beteiligten abwägt und prüft, ob es plausibel ist, dass die gerügte Verletzung nur durch Missachtung unionsrechtlicher Vorschriften hätte vermieden werden können.

Der EuGH kritisiert nun dreierlei. Die verbindliche Plausibilitätsentscheidung des EGMR über die Zuweisung des Status eines Mitbeschwerdegegners auf Antrag der betroffenen Vertragspartei enthalte eine Beurteilung des EGMR über die Zuständigkeitsverteilung zwischen

⁴³ Kokott (Fn. 10), Rn. 120.

⁴⁴ Ähnlich Gragl (Fn. 28), S. 182 ff.

⁴⁵ Bezüglich der Nichtverpflichtung vgl. Ziff. 53 des Erläuternden Berichts; EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 219.

der Union und den Mitgliedstaaten, auch wenn es nur um die prozessuale Frage der Mitbeschwerdegegnerstellung und nicht um die materielle Frage der Begründetheit der Beschwerde gehe. Es werde nämlich mit der prozessualen Entscheidung die Möglichkeit eröffnet, auch über die Zurechnung der behaupteten Menschenrechtsverletzung und über Haftungsfolgen zu judizieren. Die GA Kokott hat ebenfalls Bedenken. Die Autonomie des Unionsrechts verlange, dass es allein Sache der Union und ihrer Mitgliedstaaten sei, zu entscheiden, „ob eine Rechtssache das Unionsrecht berührt und ob sie deshalb eine Beteiligung als Mitbeschwerdegegner als notwendig erscheinen lässt.“⁴⁶ Das ist einigermaßen kleinlich gedacht, vor allem, und das ist auch zum Argument des Gerichtshofs zu sagen, weil jedenfalls an diesem Punkt des Verfahrens eine substantielle Beurteilung der Zuständigkeitsverteilung überhaupt nicht erfolgt.⁴⁷

Problematischer ist unter dem Aspekt der unionsinternen Zuständigkeitsverteilung Art. 3 Abs. 7 BÜ, wonach dann eine Ausnahme von der den Mitbeschwerdemechanismus beherrschenden Grundregel der gemeinsamen Verantwortlichkeit (*joint responsibility*) für die Menschenrechtsverletzung zu machen ist, wenn der EGMR entweder den Beschwerde- oder den Mitbeschwerdegegner allein für verantwortlich erklärt, wobei er die Auffassung aller Streitbeteiligten in Betracht ziehen muss. Der EuGH ist aus Gründen seines strikten Verständnisses von der Autonomie des Unionsrechts aber der Ansicht, dass selbst wenn Union und beteiligte Mitgliedstaaten eine gemeinsame Ansicht über die Verantwortlichkeit verträten, es dem EGMR nicht zukomme, verbindlich über diese Frage zu entscheiden, da die Entscheidung über diese Zuständigkeitsfrage vielmehr in seine eigene ausschließliche Zuständigkeit falle.⁴⁸ Auch die Generalanwältin sieht hier einen Konflikt.⁴⁹ Schließt man sich dem Bedenken an, was ich nicht für zwangsläufig halte, könnte ihm dadurch Rechnung getragen werden, dass in allen solchen Fällen die Frage der Verteilung der internen Verantwortlichkeit dem EuGH überlassen bleibt.⁵⁰ Ein kleiner Zusatz zum Beitrittsübereinkommen wäre ausreichend.

Ferner stößt der Grundsatz gemeinsamer Verantwortlichkeit von Beschwerde- und Mitbeschwerdegegner nach Art. 3 Abs. 7 BÜ beim EuGH auf Ablehnung für den Fall, dass ein Mitgliedstaat im Hinblick auf die geltend gemachte EMRK-Garantie einen zulässigen Vorbehalt

⁴⁶ Kokott (Fn. 10), Rn. 232.

⁴⁷ So wohl auch Lambrecht (Fn. 32), S. 190.

⁴⁸ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 229-235.

⁴⁹ Kokott (Fn. 10), Rn. 177 ff.

⁵⁰ Zur Notwendigkeit von diesbezüglichen EU-internen Regelungen Gragl (Fn. 28), S. 170 ff.

eingelegt habe.⁵¹ Die Einbeziehung dieser Frage in die Prüfung durch den EuGH ist zwar wegen des Hinweises in Artikel 2 a.E. BÜ verständlich. Aber Anlass, daraus rechtliche Bedenken gegen das Übereinkommen herzuleiten, besteht nicht. Man wird es ruhig dem EGMR überlassen dürfen, die rechtlichen Konsequenzen aus dem Vorliegen eines zulässigen oder ggf. unzulässigen Vorbehalts eines Mitgliedstaates zu ziehen. Von einem „eklatanten Widerspruch“ des BÜ zu Art. 2 Satz 2 Protokoll Nr. 8 kann jedenfalls keine Rede sein.⁵²

6. Auch das in Art. 3 Abs. 6 BÜ vorgesehene Verfahren der Vorabbeurteilung (*prior involvement*) des EuGH möchte der Gewährleistung der besonderen Merkmale, hier des Gerichtssystems der Union dienen, aber auch dem Grundsatz der Subsidiarität des EMRK Kontrollmechanismus. Es regelt daher, dass in Fällen, in denen die Union Mitbeschwerdegegner ist, der EuGH die Gelegenheit bekommt, vorab seine Meinung kundzutun, ob die beklagte Maßnahme eines im Bereich des Unionsrechts handelnden Mitgliedstaates mit den Bestimmungen der EMRK übereinstimmt, vorausgesetzt, dass eine solche Beurteilung noch nicht vorliegt. Der EGMR entscheidet den Fall dann unter Berücksichtigung dieser Rechtsansicht und der hierzu abgegebenen Bemerkungen der Streitbeteiligten. Der EuGH kritisiert nun, dass es nicht absolut gesichert sei, dass er Gelegenheit erhalte, seine Rechtsansicht mitzuteilen, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass der EGMR fälschlich der Meinung sei, er habe sich bereits geäußert. Es müsse jedoch sicher gestellt sein, dass über diese Frage stets der EuGH entscheide. Die Union müsse also über jede beim EGMR anhängige Rechtssache vollständig unterrichtet werden, um beurteilen zu können, ob der EuGH über die maßgebliche Frage bereits entschieden hat.⁵³

Weiter wird kritisiert, dass in dem Erläuternden Bericht (Ziff. 66 Satz 2) die Vorabbeurteilung des Gerichtshofs dahin umschrieben wird, dass sie der *Prüfung* der Gültigkeit eines sekundärrechtlichen Aktes oder der *Interpretation* einer primärrechtlichen Bestimmung dienen soll. Der EuGH vermisst, dass in diesem Wortlaut die Auslegung des abgeleiteten Rechts nicht inbegriffen sei. Damit würde der EGMR zuständig für die *Auslegung* des Sekundärrechts sein, was den „Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichtshofs für die verbindliche

⁵¹ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 226-228.

⁵² So *Kokott* (Fn. 10), Rn. 265; sie plädiert deshalb aber nicht für die Unvereinbarkeit des BÜ mit den Verträgen insgesamt.

⁵³ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 236-241. *Kokott* (Fn. 10), Rn. 180 ff., meint, nur dann, wenn „offensichtlich“ (obvious) sei, dass die Unionsgerichte sich bereits mit der konkreten Rechtsfrage befasst haben, könne von der Vorabbeurteilung abgesehen werden (Rn. 184).

Auslegung des Unionsrechts fraglos verletzt.“⁵⁴ Gegen diese enge Auslegung lässt sich erstens sagen, dass die vom EuGH problematisierte Einschränkung der Vorabefassung sich ausschließlich aus dem Erläuternden Bericht, nicht aus einer Bestimmung des Beitrittsübereinkommens ergibt. Es wäre daher durchaus möglich gewesen, ein solches Verständnis zurückzuweisen und entsprechende Klarstellung zu fordern, wie es der Sache nach auch die Generalanwältin vorgeschlagen hat.⁵⁵ Im Übrigen ist zu bedenken, dass über die Gültigkeit einer Norm nur entschieden werden kann, nachdem man sie ausgelegt hat. Es wäre also ohne Weiteres möglich gewesen, das Problem, guten Willen vorausgesetzt, zu lösen. Problematischer, aber vom EuGH gar nicht aufgegriffen ist, dass überhaupt auf „Gültigkeit“ (*validity*) abgestellt wird; denn der EGMR hat keine Kompetenz, über die Gültigkeit der angegriffenen Rechtsakte der Vertragsparteien zu befinden, sondern nur sich zu ihrer Vereinbarkeit mit der Konvention zu äußern.⁵⁶ Auch diese Unstimmigkeit kann aber durch eine sachgerechte Interpretation der Erläuterung bereinigt werden.

7. Absurde (schon fast von Verfolgungswahn gezeichnete) Züge nehmen die Ausführungen des EuGH zum letzten von ihm aufgegriffenen Problembereich 'gerichtliche Kontrolle und GASP' an. Zutreffend wird zunächst ausgeführt, dass die Zuständigkeit des EuGH im Bereich der GASP beschränkt ist.⁵⁷ Andererseits enthalten die maßgeblichen Texte keinerlei Hinweis darauf, dass auch die Jurisdiktion des EGMR in dieser Hinsicht beschränkt wäre. Dies lässt den EuGH nicht ruhen nach dem Motto, wenn ich die Kompetenz nicht habe, soll sie auch kein anderer haben.⁵⁸ Der Gerichtshof beruft sich dabei auf sein Gutachten 1/09 vom März 2011, mit dem er ein Übereinkommen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems als nicht mit dem Primärrecht vereinbar erklärt hatte.⁵⁹ Auch hier war der Gerichtshof zur Entscheidung über Klagen Privater im Zusammenhang mit Patenten nicht zuständig, wohl aber waren es die Gerichte der Mitgliedstaaten, denen durch die Errichtung des Patentgerichts die Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV genommen werden sollte. Es gehe nicht an – so der EuGH⁶⁰ –, dass die Mitgliedstaaten ein internationales Gericht errichten und durch die Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben den nationalen Gerichten bestimmte Zuständigkeiten entziehen und sie damit als „ordentliche Unionsgerichte“

⁵⁴ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 242-247 (Zitat Rn. 246).

⁵⁵ *Kokott* (Fn. 10), Rn. 135.

⁵⁶ Zutreffend *Lambrecht* (Fn. 32), S. 194 f. Vgl. auch *Gragl* (Fn. 28), S. 124 f.

⁵⁷ Vgl. dazu Art. 24 Abs. 1 UA 2, i.V.m. Art. 40 EUV, Art. 263 Abs. 4 und Art. 275 Abs. 2 AEUV.

⁵⁸ Nach dieser „Logik“ könnte auch Primärrecht vom EGMR nicht überprüft werden; *Gragl* (Fn. 28), S. 125 ff.

⁵⁹ EU:C:2011:123.

⁶⁰ Ebd., Rn. 80

mit der Möglichkeit zur Vorabentscheidung ausschalten – und damit, so wäre fortzufahren, den EuGH selbst zur Seite schieben. Unter Berufung auf diese Ausführungen heißt es nunmehr, „die Zuständigkeit für die gerichtliche Kontrolle von Handlungen, Aktionen oder Unterlassungen der Union, auch anhand der Grundrechte, (darf) nicht ausschließlich einem außerhalb des institutionellen und gerichtlichen Rahmens der Union stehenden internationalen Gericht übertragen werden.“⁶¹ Abgesehen davon, dass es im Bezug genommenen Fall der Sache nach um die Kompetenz zur Überprüfung einer (zukünftigen) EU-Verordnung ging, ist zu sagen, dass der Grundrechtsschutz keineswegs dem EGMR ausschließlich übertragen ist; die nationalen Gerichte ja nicht ausgeschaltet sind. Ferner ist die Begründung externer Kontrolle der Einhaltung der EMRK-Verpflichtungen durch den EGMR mit Art. 6 Abs. 2 EUV unvermeidlich verbunden.⁶² Wenn die Mitgliedstaaten dem EuGH die Kontrolle bestimmter Akte im GASP-Bereich offenbar sehr überlegt versagt haben, kann das kein Grund sein, menschenrechtlichen über die Gerichte der Mitgliedstaaten hinaus gehenden Schutz vor dem EGMR zu versagen. Tomuschat sagt zu Recht, dass der Gedankengang des EuGH „mit plausiblen Gründen nicht nachzuvollziehen“ ist.⁶³

V. Bewertung

Eine Gesamtbewertung des Gutachtens, abgesehen von den erörterten zweifelhaften Aussagen im Einzelnen, muss feststellen, dass der EuGH die in einem Beitritt der EU zur EMRK liegende völkerrechtliche Dimension nicht verstanden, zumindest aber vollständig ausgeblendet hat. Ganz überraschend kommt das nicht. Es hängt mit der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs seit Anbeginn und auch von vielen Europarechtlern vertretenen Meinung zusammen, wonach die EU (früher die Gemeinschaften) sich von ihren völkerrechtlichen Wurzeln längst gelöst und eine „autonome“ Rechtsordnung hat, die – einerseits selbstgenügsam, andererseits ausgreifend – Beeinflussungen von außen vehement abwehrt oder allenfalls geläutert durch das Filter der Autonomie an sich heran lässt. Eine solche Haltung missversteht die Existenz der Union in der internationalen Gemeinschaft. Der pointierte, an sich zwar richtige Hinweis auf die Nichtstaatlichkeit der Union ist ein untauglicher Versuch, Souveränität oder sagen wir Autonomie in einem Ausmaß für sich zu reklamieren, an das heute die Staaten selbst nicht mehr denken können. Nicht die Staatsqualität, sondern die Ausübung von Ho-

⁶¹ EuGH, Gutachten (Fn. 9), Rn. 256.

⁶² Darauf weist auch GA Kokott (Fn. 10) hin, Rn. 194.

⁶³ Tomuschat (Fn. 28), S. 137; vgl. auch Breuer (Fn. 31), S. 346 ff.

heitsgewalt fordert neben der demokratischen die menschenrechtliche Legitimation des Hoheitsträgers. Die Union hat es geschafft, nicht immer ganz freiwillig, sich diese Basis zu schaffen, schließlich auch mit einem eigenen Instrument, der Grundrechte-Charta. Diese selbst (Art. 52 Abs. 3, Art. 53) zeigt ihre enge materielle Verbindung mit der EMRK. Die Einfügung des Art. 6 Abs. 2 EUV strebt darüber hinaus offenkundig die Verknüpfung auch mit der Jurisdiktion des EGMR an, also eine externe Kontrolle, der sich der EuGH jedoch im Namen seiner Autonomie entzieht.⁶⁴ Die Union will Herr im eigenen Haus bleiben. Das Gutachten wird wohl zwar zu einer Aufwertung der Grundrechte-Charta führen, gleichzeitig aber die Bedeutung der EMRK im Rahmen der Charta mindern, wie es die Aussagen des Gutachtens zu Protokoll Nr. 16 EMRK im Hinblick auf Art. 52 Abs. 3 GRC gezeigt haben.⁶⁵ Diese Vereinnahmung des Grundrechtsschutzes durch die Union, sprich den EuGH, und die entsprechende Abwehr externer Kontrolle entspricht nicht der Erklärung der Präsidenten von EGMR und EuGH, Costa und Skouris vom 24. Januar 2011, wonach der Beitritt der EU zur Konvention „einen bedeutenden Schritt in der Entwicklung des Grundrechtsschutzes in Europa“ darstelle.⁶⁶ Sie steht auch in seltsamem Kontrast zu einer früheren Aussage des Präsidenten Skouris, dass der EuGH kein „spezifisches Grundrechtsgericht“ sein wolle.⁶⁷ Nicht erstaunlich ist, dass der spätere Präsident des EGMR Dean Spielmann sich sehr enttäuscht geäußert hat.⁶⁸

Es gehört wenig Phantasie dazu, um zu erkennen, dass die Ausführungen des EuGH ähnlich der Errichtung von Wall und Graben nicht zuletzt der Verteidigung seiner eigenen Stellung dienen. Nachdem der Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht im Wesentlichen gesichert ist, wird die Position nunmehr durch Abwehr direkter Einflussnahmen von Seiten internationaler Instanzen ausgebaut. Die Schmälerung der eigenen Macht soll nicht zugelassen werden. Dass dadurch der Grundrechtsschutz verkürzt wird, rührt den EuGH nicht, da er ihn bei sich ohnedies in den besseren Händen sieht.⁶⁹ Der Grundgedanke des in-

⁶⁴ Claudio Franzius, Grundrechtsschutz in Europa. Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte, in: *ZaöRV* 75 (2015), S. 383 (411), kritisiert „das differenzierungslose Festhalten des EuGH am Autonomiepostulat der Unionsrechtsordnung in ordnungsübergreifenden Grundrechtsfragen“.

⁶⁵ S.o. im Text bei Fn. 34 ff.

⁶⁶ Gemeinsame Erklärung der Präsidenten von EGMR (Straßburg) und EuGH (Luxemburg): „Parallele Auslegung“ von GRCh und EMRK sowie Beitritt der EU zur EMRK vom 24.1.2011, *EuGRZ* 2011, S. 95.

⁶⁷ *Vassilios Skouris*, Höchste Gerichte an ihren Grenzen – Bemerkungen aus der Perspektive des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: R. Grote u.a. (Hg.), *Die Ordnung der Freiheit*, Festschrift für Christian Starck, 2007, S. 991, 1001; die Aussage stammt allerdings aus der Zeit vor Inkrafttreten der GRC.

⁶⁸ *European Court of Human Rights*, Annual Report 2014, S. 6: „great disappointment“.

⁶⁹ Es könnte sein, dass die nationalen Gerichte diese Abkopplung vom EGMR trotz aller auch dort bestehenden Vorbehalte nicht tolerieren und deshalb von dieser Seite Druck auf den EuGH entsteht.

ternationalen Schutzes wird so auf den Kopf gestellt. Wie es in einem ganz anderen Zusammenhang einmal gesagt wurde: Hier ist der Justitia (in Gestalt des EuGH) „die Binde verrutscht.“⁷⁰

VI. Was soll werden?

Damit ist die letzte hier zu beantwortende Frage gestellt: Was soll, was kann nun geschehen? Der Beitrittsbefehl des Art. 6 Abs. 2 EUV besteht nach wie vor. Da das Gutachten ablehnend war, kann die geplante Übereinkunft indes nur in Kraft treten, wenn sie oder die Verträge geändert werden (Art. 218 Abs. 11 AEUV). Die Übereinkunft wird nur unter großen Schwierigkeiten zu ändern sein. Vertragsparteien des Beitrittsübereinkommens sind neben der EU alle 47 Vertragsparteien der EMRK, von denen nur 28 Mitgliedstaaten der EU sind. Abgesehen davon, dass schwerlich alle Mitgliedstaaten die Ausführungen des EuGH für akzeptabel halten⁷¹, ist kaum zu erwarten, dass die Nichtmitgliedstaaten weitere Privilegierungen der EU billigen werden, jedenfalls nicht ohne auch für sich Lockerungen des Kontrollmechanismus einzufordern. Das Sinnvollste wäre, die EU-Verträge so zu ändern, dass, von geringen Korrekturen des Übereinkommens abgesehen, dessen Inhalt in die Verträge integriert wird.⁷² Doch auch das wird nicht einfach sein, zumindest viel Zeit in Anspruch nehmen und insgesamt eher unwahrscheinlich sein. So trägt der EuGH als „Hüter der Verträge“ die Verantwortung, dass der vertraglich angeordnete Beitritt zur EMRK auf absehbare Zeit wohl nicht vollzogen werden kann.

Was mit einiger Sicherheit gesagt werden kann, ist, dass der EGMR seinerseits auf diese Situation reagieren wird. Dean Spielmann hat diese Möglichkeit mit folgenden Worten angedeutet: „More than ever, therefore, the onus will be on the Strasbourg Court to do what it can in cases before it to protect citizens from the negative effects of this situation.“⁷³ Akte der EU-Mitgliedstaaten, auch wenn sie zwingenden Vorgaben der EU unterliegen, sind der Jurisdiktion des EGMR schon nach seiner bisherigen Rechtsprechung keineswegs grundsätzlich ent-

⁷⁰ Das von *Manfred Lieb* stammende Zitat ist hier übernommen von *Volker Rieble*, *Der Richterkönig lebt!*, in: *FAZ* vom 27.5.2015, S. N 4.

⁷¹ Positive Einschätzungen kommen aus dem Vereinigten Königreich, Nachweise bei *Lambrecht* (Fn. 32), S. 197.

⁷² Ebenso *Franz C. Mayer*, Einleitung Rn. 157e, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer (Hg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Kommentar, 2. Aufl. 2015; *Wendel* (Fn. 41), S. 926.

⁷³ *Spielmann* (Fn. 68), S. 6; so auch *Christoph Grabenwarter*, *Auf der langen Bank*, in: *FAZ* vom 5.2.2015, S. 6.

zogen. Mit dem Bosphorus-Urteil (2005) hat der EGMR seine Kontrolle in Fällen strikter EU-Bindung der Mitgliedstaaten allerdings auf die Prüfung zurückgenommen, ob die Union „den Grundrechten einen dem der Konvention vergleichbaren Schutz bietet.“⁷⁴ Insoweit gilt eine widerlegliche Vermutung zugunsten des unionalen Schutzes, doch behält sich der EGMR die Prüfung in jedem Einzelfall vor, ob „der Schutz der Grundrechte offenkundig unzureichend war.“⁷⁵ Diese Rechtsprechung, die im Fall eines Beitritts ohnedies nicht aufrechtzuerhalten wäre, ist vom EGMR mit „dem verfolgten Interesse der internationalen Zusammenarbeit“ begründet worden.⁷⁶ Es ist sehr wohl möglich, dass die im Beitrittsgutachten zum Ausdruck kommende, in Richtung eines Self-contained-Regime⁷⁷ weisende Abkapselung vom EGMR als Absage an eine solche Zusammenarbeit gewertet wird und diesen, wenn nicht zur Aufgabe seiner Bosphorus-Rechtsprechung, so doch zu größerer Strenge bei der dort vorbehaltenen Einzelfallprüfung veranlassen wird.⁷⁸ Die große Zahl der Probleme, vor denen die Union derzeit steht, ist durch das Gutachten jedenfalls nicht vermindert worden.

⁷⁴ EGMR, Urt. vom 30.6.2005, ECHR 2005-VI, Rn. 155.

⁷⁵ Ebd., Rn 156.

⁷⁶ Ebd., Rn. 155. Zur Bedeutung der Bosphorus-Entscheidung bei einem Beitritt *Gragl* (Fn. 28), S. 74.

⁷⁷ *Klein*, Self-Contained Regime, in: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL Online edition (Stand 2006).

⁷⁸ Zum Ganzen *Klein*, in: HGR VI/1 (Fn. 1), § 167 Rn. 41 ff., 73. Schon das EGMR-Urteil vom 6.12.2013, *Michaud/Frankreich* (Nr. 12323/11), Rn. 102 ff., weist auf eine gewisse Verschärfung der Rechtsprechung hin; dazu *Manuel Indlekofer/Daniel Engel*, *Solange II revisited: Die „Michaud“-Entscheidung des EGMR und der Beitritt der EU zur EMRK*, in: *ZEuS* 18 (2015), S. 75 ff. (betr. Anwalt-Mandanten-Verhältnis).