

Philip Schumacher*

Darf die EU der EMRK beitreten?

Abstract

Der Beitritt der Europäischen Union zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – „eine schier unendliche Geschichte“. Seit über 30 Jahren bietet dieses Vorhaben Raum für Diskussionen. Während zunächst die Abwägung von Pro und Contra des Beitritts Kern der Debatte war, wurde dies mit dem Vertragswerk von Lissabon hinfällig. Seitdem begründet Art. 6 Abs. 2 EUV eine Pflicht zum Beitritt. Der *Gerichtshof der Europäischen Union* stellte in einem Gutachten jedoch unlängst fest, dass die Voraussetzungen dafür noch nicht vorlägen. Der Beitrag beleuchtet dieses EuGH-Gutachten kritisch. Er zeigt außerdem auf, inwiefern die Frage des Beitritts der EU zur EMRK mit dem „Brexit“ neue Relevanz erlangt, und wie gerade dieser neue Impulse im Beitrittsprozess setzen könnte.

* Der Verfasser legte im März 2017 den schriftlichen Teil seiner Ersten Staatsprüfung ab. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit, die der Autor im Wintersemester 2015/2016, seinem zehnten Fachsemester, anfertigte. Die zugrundeliegende Studienarbeit wurde von Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge) im Schwerpunktbereich Völkerrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg gestellt.

A. Einleitung

Der *Gerichtshof der Europäischen Union* (*EuGH*) hat das Vorhaben des Beitritts der Europäischen Union (EU) zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) am 18.10.2014 mit seinem Gutachten 2/13 einstweilen auf Eis gelegt.¹ In diesem Gutachten führt der *EuGH* aus, dass der von den 47 Mitgliedstaaten des Europarats und der EU-Kommission ausgehandelte Entwurf eines Beitrittsübereinkommens (BÜE)² nicht mit dem Unionsrecht vereinbar und folglich der EMRK-Beitritt unter den gegebenen Umständen nicht möglich sei.³

Die bisweilen aufgeworfene Frage „Darf die EU der EMRK beitreten?“ ist vor dem Hintergrund der Beitrittspflicht von Art. 6 Abs. 2 EUV eindeutig mit „Ja“ zu beantworten. Aufgrund dessen verfolgt dieser Beitrag das Ziel, einen Vorschlag für die weitere Vorgehensweise in Bezug auf das Beitrittsvorhaben zu unterbreiten. Im Gang der Überlegungen erfolgt zunächst eine Erläuterung des Sinns und Zwecks eines Beitritts (**B.**) sowie ein kurzer Überblick über die Vorgeschichte des Gutachtens 2/13 (**C.**). Um nachvollziehen zu können, warum der *EuGH* unter den gegebenen Umständen einen Beitritt für nicht möglich hält und welche Schlüsse daraus für die Zukunft zu ziehen sind, erfolgt im Schwerpunkt der Ausarbeitung eine ausführliche kritische Analyse der einzelnen Kritikpunkte des Gutachtens (**D.**). Hierzu werden jeweils die Hintergründe, sofern erforderlich die Problematik wie auch die detaillierte Kritik des *EuGH* dargestellt und anschließend gewürdigt. Die gewonnenen Erkenntnisse werden schließlich dazu genutzt, mögliche Lösungsansätze zu beleuchten und eine Prognose abzugeben, welcher Ansatz die größten Chancen auf Realisierung besitzt (**E.**). Dabei wird insbesondere ein Bezug zu den aktuellen Ereignissen rund um den „Brexit“ hergestellt und beleuchtet, inwieweit dieser mitunter förderlich für die Verwirklichung des Beitritts sein könnte.

B. Sinn und Zweck eines Beitritts der EU zur EMRK

Die Frage nach dem „Warum“ eines Beitritts stellt sich zwangsläufig. Paradoxerweise stellt sich die momentane Situation so dar, dass alle EU-Mitgliedstaaten der EMRK beigetreten sind und somit ihr Handeln am Maßstab der Konvention gerichtlich überprüft werden kann. Eine Überprüfung von Handlungen der Unionsorgane ist jedoch mangels eines Beitritts der EU

¹ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

² Dieser ist abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/47_1(2013)008rev2_EN.pdf) (letzter Abruf: 11.6.2017).

³ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 258.

zur EMRK nicht möglich.⁴

Grundsätzlich gilt, dass die Mitgliedstaaten auch nach der Übertragung ihrer Kompetenzen auf die EU für mögliche Verletzungen der Konvention verantwortlich sind⁵; allerdings gibt es davon Ausnahmen. Für den Fall, dass ein Mitgliedstaat sich an eine ihm obliegende Verpflichtung aus dem Unionsrecht gehalten hat, vermutet der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) aufgrund der Gleichrangigkeit zwischen Konvention und Unionsrecht eine Grundrechtskonformität des Handelns.⁶ Darüber hinaus sind die Staaten nur dann für Verstöße verantwortlich, sofern die nationalen Behörden in irgendeiner Form beteiligt waren.⁷ Im Fall des ehemaligen Kommissionsbeamten „*Connolly*“⁸ wurde dies deutlich. Seine Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsfreiheit gegen 15 Mitgliedstaaten wurde als unzulässig abgelehnt, weil die Entlassung nicht von den nationalen Behörden, sondern ausschließlich von Unionsinstitutionen durchgeführt wurde.

Anhand dieses Beispiels wird deutlich, welchen Nutzen ein Beitritt der EU hätte. Die Rechtsschutzlücke des „*Connolly*“-Falls wäre geschlossen, da eine Beschwerde gegen die EU selbst fortan *ratione personae* zulässig wäre.⁹ Durch die Kontrolle des hoheitlichen Handelns der Union würde somit ein umfassenderer Menschenrechtsschutz gewährleistet.¹⁰ Daneben ist die Kohärenz der Rechtsprechungen zwischen *EuGH* und *EGMR* angestrebt.¹¹ Außerdem besteht die Hoffnung, die EU könnte eine höhere Glaubwürdigkeit beim Schutz der Menschenrechte erreichen.

C. Vorgeschichte

Die Debatte über den Beitritt nahm bereits in den späten 1970er Jahren an

⁴ *Callenaert*, To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads, *European Journal of Human Rights* 2014, 496 (498).

⁵ *Matthens v. United Kingdom*, 18.2.1999, Reports of Judgements and Decisions EGMR 1999-I, S. 251.

⁶ *Bosphorus v. Ireland*, 30.6.2005, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2005-VI, S. 107.

⁷ *Connolly v. 15 Member States of the EU*, 9.12.2008, Appl. No. 73274/01.

⁸ *Connolly v. 15 Member States of the EU*, 9.12.2008, Appl. No. 73274/01.

⁹ *Lock*, The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable, University of Edinburgh – School of Law – Research Paper Series 2015/18, S. 28.

¹⁰ *Eckes*, EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaption, *Modern Law Review* 2013, 254 (255).

¹¹ *Uerpmann-Witzack*, Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, *EuR* 2012 (Beiheft 2), 167 (182).

Fahrt auf und fand ihren vorläufigen Höhepunkt im März 1996.

Der *EuGH* hatte in seinem Gutachten 2/94 vom 28.3.1996 erstmalig beurteilt, dass die EG nicht über die für einen Beitritt erforderliche Zuständigkeit verfügte.¹² Dennoch – so der *EuGH* – sei ein Beitritt möglich, dies jedoch erst nach einer entsprechenden Änderung der Verträge.¹³ Fortan bestanden nur zwei ernsthafte Ansätze, um einen einheitlichen europäischen Grundrechtsschutz zu gewährleisten: Erstens, eine eigene Grundrechte-Charta zu entwerfen und zweitens, die Verträge zu ändern. Ein dritter Ansatz, nämlich den Beitritt aufzugeben, wurde schnell verworfen und stattdessen die erste Variante verfolgt. Dies war die Geburtsstunde der Europäischen Grundrechte-Charta (GRC).

Nach dem Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrages wurde in den Verhandlungen über die Lissabon-Verträge die Grundlage für die heute bestehende Rechtspflicht zum Beitritt gelegt. Mit Inkrafttreten der Verträge wurde sogleich der Anforderung des *EuGH* nach einer Vertragsänderung aus Gutachten 2/94 entsprochen.

Die EMRK wurde durch das 14. Zusatzprotokoll¹⁴ für einen Beitritt der EU geöffnet. Gleichzeitig wurden durch das den Verträgen gleichrangige achte EU-Zusatzprotokoll¹⁵ zu Art. 6 Abs. 2 EUV (EU-Prot. 8) weitere Anforderungen an den Beitritt gestellt, z.B. die Erhaltung der besonderen Merkmale der EU gemäß Art. 1 des Protokolls. Vor diesem Hintergrund begannen die Beitrittsverhandlungen, die am 5.4.2013 mit dem BÜE ihren Abschluss fanden und anschließend dem *EuGH* zur Begutachtung gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV vorgelegt wurden.

D. Das Gutachten 2/13 im Einzelnen

Entgegen der Stellungnahme von Generalanwältin (GA) *Kokott*¹⁶ und dem Signal der Einheit, das von der gemeinsamen Stellungnahme¹⁷ der Präsidenten von *EuGH* und *EGMR* ausging, präsentiert der *EuGH* in seinem Gutachten eine lange Liste von Unvereinbarkeiten des BÜE mit dem Unionsrecht. Die

¹² *EuGH*, Gutachten 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 36.

¹³ *EuGH*, Gutachten 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 35.

¹⁴ Abrufbar unter: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194> (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹⁵ ABl. EU 2010 C 83/273.

¹⁶ Stellungnahme GA *Kokott*, EuGRZ 2015, S. 30 ff., Rn. 30 f.

¹⁷ Abrufbar unter: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf (letzter Abruf 11.6.2017).

Kritik fällt sehr umfassend aus und scheint den Hoffnungen auf einen baldigen Beitritt ein jähes Ende zu setzen.

I. Die einzelnen Kritikpunkte des *EuGH*

Um Aufschluss darüber zu erhalten, unter welchen Rahmenbedingungen ein Beitritt in Zukunft möglich wäre, erfolgt nun eine kritische Würdigung aller Kritikpunkte des *EuGH* mit anschließendem Resümee. Zu jedem der Punkte wird zunächst der Hintergrund erläutert und – sofern erforderlich – die Problematik dargestellt. Sodann erfolgt die genaue Darstellung der vom *EuGH* ausgeführten Kritik und deren Würdigung.

1. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Der *EuGH* sieht im BÜE eine potentielle Verletzung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens.

a) Hintergrund

Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gebietet es den EU-Mitgliedstaaten, in den gegenseitigen Beziehungen zu unterstellen, dass die Handlungen des jeweils anderen im Einklang mit den Menschenrechten stehen.¹⁸ Der Grundsatz erfuhr – im Vertrag von Maastricht noch als „Zusammenarbeit in den Bereich Justiz und Inneres“ bezeichnet – mit den Verträgen von Lissabon in Art. 3 Abs. 2 EUV eine extreme Aufwertung und zählt als elementarer Baustein justizieller Zusammenarbeit nun zu den wichtigsten Grundsätzen der EU.¹⁹

b) Problemkonstellation

Die EMRK schreibt ihren Mitgliedstaaten vor, in ihren Beziehungen untereinander die Einhaltung der Konventionsrechte durch den jeweils anderen zu prüfen.²⁰ Sie macht sie somit zu „Hütern der Konvention“ und fordert dort Kontrolle ein, wo der Grundsatz Vertrauen gebietet.

Eine potentiell problematische Fallkonstellation liegt beispielsweise vor, wenn

¹⁸ Kaufbold, Gegenseitiges Vertrauen – Wirksamkeitsbedingung und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2012, 408 (422).

¹⁹ Schlussfolgerung des Europäischen Rates von Tampere, 15/16.10.1999, Nr. 33; abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm (letzter Abruf: 11.6.2017).

²⁰ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 194.

ein Mitgliedstaat der EU einen Asylsuchenden entsprechend der *Dublin III-Verordnung*²¹ in das Land zurücküberstellen möchte, welches dieser zuerst betreten hat.²² Der Grundsatz gebietet es dem ausweisenden Staat davon abzugehen, dass der Aufnehmende die Menschenrechte beachtet. Die EMRK fordert für solche Fälle jedoch, dass der ausweisende Staat vor der Überstellung überprüft, ob die Rechte tatsächlich beachtet werden.²³ Sollte dies nicht der Fall sein, etwa weil in Flüchtlingsunterkünften unzumutbare Zustände herrschen, ist eine Überstellung untersagt²⁴.

c) *Kritik des EuGH*

Der *EuGH* führt aus, dass das Verhältnis der EU-Staaten stets nur nach Unionsrecht zu beurteilen sei. Die EMRK würde durch den Beitritt der EU integraler Bestandteil des Unionsrechts.²⁵ Insofern würde sie etwas Anderes bestimmen als das bisherige Unionsrecht. Dies sei dazu geeignet das sensible Rechtssystem bzw. das Gleichgewicht der Union zu beeinträchtigen.²⁶

d) *Würdigung*

In der Tat ist der Vorwurf nicht von der Hand zu weisen. Es stehen sich zwei fundamental unterschiedliche Ansätze gegenüber: Vertrauen einerseits und Kontrolle andererseits. Vertrauen, um das Funktionieren des sensiblen Systems der EU zu gewährleisten und Kontrolle, um die Menschenrechte bestmöglich zu schützen.

Um diesen Konflikt aufzulösen, erscheint es sinnvoll, sich die Geschichte der EU in Erinnerung zu rufen. Vor den Trümmern des 2. Weltkrieges und einem

²¹ Verordnung Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013.

²² Das System steht zwar in Frage, ist jedoch noch nicht abgeschafft worden; *Herwartz*, n-tv.de v. 27.8.2015, Merkel will Dublin-System abschaffen, abrufbar unter: <http://www.n-tv.de/politik/Merkel-will-Dublin-System-abschaffen-article15809806.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

²³ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 21.1.2011, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2011-I, 121.

²⁴ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 21.1.2011, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2011-I, 121; *Tarakbel v. Switzerland*, 4.11.2014, Appl. No. 29217/12.

²⁵ *EuGH*, C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41, Rn. 5 – *Haegeman ./.* *Belgium*; *EuGH*, C-452/01, ECLI:EU:C:2003:493, Rn. 27 – *Ospelt ./.* *Schlüssle Weissenberg*; *EuGH*, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, Rn. 73 – *Air Transport Association of America ./.* *Secretary of State for Energy and Climate Change*; *Halberstam*, „It’s the Autonomy, Stupid!“ – A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, University of Michigan, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Nr. 432, 2015, S. 18.

²⁶ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 194.

am Boden liegenden Europa wurde mit der Gründung der Montanunion 1951 der Grundstein für die spätere Entwicklung der Union gelegt. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts betonten die liberalen westlichen Demokratien gerade die individuellen und politischen Rechte. Federführend für die Etablierung der Rechte waren vor allem die postfaschistischen Staaten, was sich auch durch die Abtretung von staatlicher Souveränität im Rahmen der Gründung der EMRK zeigte.²⁷ Der Prozess führte über die Jahre dazu, dass sich im heutigen Europa jede öffentliche Handlung am Maßstab der individuellen Menschenrechte messen lassen muss.²⁸ Das Unionsrecht in der Fassung der Verträge von Lissabon hat dies in Art. 2 EUV auch ausdrücklich kodifiziert:

„Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde [...] und die Wahrung der Menschenrechte [...].“

Daneben bestimmt Art. 67 Abs. 1 AEUV, dass die Union einen Raum der Freiheit bildet, in dem Menschenrechte geachtet werden. Dies zeigt eindeutig, dass der Schutz der Menschenrechte in keinem Bereich außer Acht gelassen wird.

Ganz deutlich zum Konflikt der unterschiedlichen Ansätze – Vertrauen und Kontrolle – äußerte sich der spanische Generalanwalt *Cruz Villalón*:²⁹

„Wenn es richtig ist, dass das gegenseitige Vertrauen ein Instrument zur Stärkung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist, so trifft es doch nicht weniger zu, dass der Schutz der Grundrechte und -freiheiten ein prius darstellt, das das Bestehen und die Entwicklung dieses Raumes legitimiert.“

Die Vorschriften wie auch das Zitat belegen ausdrücklich die fundamentale Rolle von Menschenrechten in der EU. Dem gegenüber steht mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens lediglich ein Prinzip, das die Kooperation der Mitgliedstaaten fördert. Dieses Prinzip darf jedoch nicht gegen Menschenrechte abgewogen, geschweige denn als Rechtfertigung dazu benutzt werden, sich einer externen Kontrolle der Rechte zu entziehen.

Die Bedeutung der Menschenrechte geht weit über die Bedeutung des Prinzips hinaus. Sie bilden das Fundament, auf dem das Gerüst „EU“ erbaut ist. Es mag

²⁷ *Moravcsik*, The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation of Postwar Europe, *International Organisation* 54, 2000, 217 (232).

²⁸ *Callenbaert* (Fn. 4), S. 510 f.

²⁹ Abschlussantrag v. 6.7.2010, C-306/09, Rn. 43.

sein, dass der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens elementar für den Zusammenhalt des Gerüsts ist, diesem wäre ohne den bestmöglichen Schutz der Grundrechte jedoch das Fundament entzogen. Daher ist dem *EuGH* zu widersprechen, wenn er das Gleichgewicht der Union in Gefahr sieht. Der bestmögliche Schutz von Menschenrechten ist für die EU nämlich von noch grundlegenderer Bedeutung als der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.

Somit ist das Gleichgewicht der Union durch die BÜE nicht gefährdet.

2. Der „Co-respondent mechanism“

Der nächste Kritikpunkt des *EuGH* betrifft den sog. „*Co-respondent mechanism*“ (MBGM)³⁰.

a) Hintergrund

Der größte Teil des Unionsrechts wird durch die Mitgliedstaaten ausgeführt; die Union wird nur partiell selbst tätig. Aufgrund dessen kann es für den Beschwerdeführer häufig schwierig zu erkennen sein, wer der Urheber einer Handlung ist, die potentiell gegen Menschenrechte verstoßen hat.³¹ Damit der *EGMR* zur Beantwortung dessen nicht Unionsrecht untersuchen muss, etabliert Art. 3 BÜE den MBGM. Er ist als Antwort auf die Frage zu verstehen, wer im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten die Verantwortung für vorgenommene Handlungen trägt. Außerdem versucht er, der fehlenden Staatlichkeit der EU³² gerecht zu werden. Art. 3 Abs. 7 BÜE legt insoweit fest, dass Union und Mitgliedstaaten gemeinsam verantwortlich sind³³ und somit zu einer Einheit verschmelzen³⁴.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 BÜE wird im Zuge der Einführung des MBGM Art. 36 EMRK um einen neuen Abs. 4 erweitert. Dieser ermöglicht den Beitritt der EU oder ihrer Mitgliedstaaten in ein laufendes Verfahren vor dem *EGMR*.

³⁰ Ein einheitlicher deutscher Begriff steht noch nicht fest: *Obwexer*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, *EuR* 2012, 115 (127) vertritt „Mitbeschwerdegegner“; *Streinz*, EU und EMRK: Beitritt ermöglicht aber nicht leicht gemacht, in: FS Klein, 2013, S. 687 (699): „Co-Verteidigungsmechanismus“; folgend hier: „Mitbeschwerdegegnermechanismus“ (MBGM).

³¹ *Locke*, End of an epic? – The draft agreement on the EU’s accession to the ECHR, *YEL* 2012, 162 (165 f.).

³² *BVerfG*, *NJW* 2009, 2267 (2271) („Staatenverbund“); *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 10. Aufl. 2013, § 3, Rn. 2 („Verfassungsverbund“).

³³ *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 60. Aufl. 2016, Art. 6 EUV Rn. 45; Annex V zu ÜE, Nr. 38.

³⁴ *Obwexer* (Fn. 30), S. 129.

Voraussetzung dafür ist, dass die Vereinbarkeit von Unionsrecht mit den Bestimmungen der EMRK in Frage steht.³⁵

Ein Beitritt kann entweder nach Aufforderung des Beschwerdegegners erfolgen oder auf eigenen Antrag. Im Falle eines Antrags sieht Art. 3 Abs. 5 BÜE vor, dass der Antragsteller das Vorliegen der Voraussetzungen für den Beitritt darlegen muss.³⁶ Ob dies der Fall ist, untersucht der EGMR im Wege einer Plausibilitätsprüfung.

Sollte hingegen eine Aufforderung vorliegen, besteht entsprechend Art. 36 Abs. 4 EMRK keine Pflicht zur Teilnahme am Verfahren.³⁷ Im Grundsatz bleibt es bei der Freiwilligkeit, auch wenn sich u.U. aus Art. 4 Abs. 3 EUV eine unionsinterne Verpflichtung zur Teilnahme ableiten lässt³⁸ oder man die einseitige Absichtserklärung der EU³⁹ zur Teilnahme am Verfahren nach Aufforderung als völkerrechtlich bindend erachtet⁴⁰.

Sollte ein Beitritt erfolgt sein, so wird der Beitretende vollwertige Partei mit allen Rechten und Pflichten⁴¹; insofern geht der MBGM über den jetzt schon vorhandenen Art. 36 Abs. 2 EMRK hinaus. Daraus folgt auch, dass das Urteil für die neue Partei Bindungswirkung entfaltet und nicht nur *inter partes* auf die ursprünglichen Parteien beschränkt bleibt.⁴²

b) Konstellationen

Der Mechanismus ist für 2 Konstellationen vorgesehen.

³⁵ *Idlekofer/Engel*, Solange II revisited: Die „Michaud“ Entscheidung des EGMR und der Beitritt der EU zur EMRK, ZEuS 2015, 75 (88).

³⁶ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 223.

³⁷ Art. 36 Abs. 4 EMRK hat den Wortlaut: „*May* become a co-respondent“.

³⁸ v. Arnim, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung 2012, Heft 1, 37 (54); Lock, EU Accession to the ECHR – Implications for the Judicial Review in Strasbourg, European Law Review 2010, 777 (786).

³⁹ Annex II zum BÜE.

⁴⁰ *Crawford*, Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl. 2012, S. 416 f.; v. *Arnauld*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 274.

⁴¹ *Obwexer*, (Fn. 30), S. 128.

⁴² *Ebd.*, S. 129; *Delgado Castelleiro*, United we stand; The EU and its Member States in the Strasbourg Court, in: The EU Accession to the European Convention on Human Rights, 2014, S. 105 (117).

aa) Die „Bosphorus-Konstellation“⁴³

In dieser Konstellation wird eine Beschwerde vor dem *EGMR* gegen einen oder mehrere Mitgliedstaaten der EU gerichtet. Wird dabei die Vereinbarkeit des Unionsrechts mit den Bestimmungen der EMRK in Frage gestellt, kann die EU gemäß Art. 3 Abs. 2 BÜE den Beitritt beantragen.⁴⁴ Eine solche Konstellation läge konkret vor, hätte der Mitgliedstaat eine Verletzung der Konventionsrechte nur verhindern können, wenn er seine unionsrechtlichen Pflichten (z.B. die Pflicht zur Umsetzung) außer Acht gelassen hätte.⁴⁵

bb) Die „Matthews-Konstellation“⁴⁶

In der zweiten Konstellation wird Beschwerde gegen die Union selbst erhoben. Die Beschwerde stellt die Vereinbarkeit einer Bestimmung des Union-Primärrechts (EUV, AEUV) mit den Vorschriften der EMRK in Frage.⁴⁷ Eine solche Konstellation läge vor, sofern die Union eine Verletzung nur hätte vermeiden können, wenn sie die Regelungen von EUV und AEUV außer Acht gelassen hätte.⁴⁸ In diesen Fällen können die Mitgliedstaaten dem Verfahren beitreten.

c) Kritik des *EuGH* und Würdigung

Der *EuGH* sieht in drei Punkten einen Verstoß gegen Unionsrecht.

aa) Die Befugnis des *EGMR* zur Plausibilitätsprüfung

Der *EuGH* führt aus, dass das Fehlen eines Automatismus hinsichtlich der Zulassung als Mitbeschwerdegegner und die an dessen Stelle getretene Plausibilitätsprüfung geeignet seien, Unionsrecht zu verletzen. Der *EGMR* würde insoweit die Kompetenzverteilung innerhalb der Union überprüfen, obwohl dies dem *EuGH* vorbehalten sei⁴⁹.

Der *EuGH* erkennt jedoch entscheidende Faktoren. Der *EGMR* prüft lediglich, ob das Vorliegen der von Art. 3 Abs. 2 und 3 BÜE normierten Voraussetzungen plausibel ist; er führt jedoch keine umfassende und

⁴³ Angelehnt an *Bosphorus v. Ireland*, 30.6.2005, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2005-VI, 107.

⁴⁴ *Uerpmann-Witzack* (Fn. 11), S. 169.

⁴⁵ *Obwexer* (Fn. 30), S. 128.

⁴⁶ Angelehnt an *Matthews v. United Kingdom*, 18.2.1999, Reports of Judgements and Decisions EGMR 1999-I, 251.

⁴⁷ *Uerpmann-Witzack* (Fn. 11), S. 169.

⁴⁸ *Obwexer* (Fn. 30), S. 128.

⁴⁹ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 223.

tiefere Begründetheitsprüfung durch.⁵⁰ Eine derart oberflächliche Prüfung ist nicht geeignet, die Autonomie des Unionsrechts zu verletzen.⁵¹ Noch deutlicher wird dies, sobald man sich den Zweck des MBGM vor Augen führt. Die Zielrichtung der Einführung des Mechanismus liegt gerade darin, die Autonomie des Unionsrechts zu wahren, indem eine endgültige Entscheidung über Kompetenzen innerhalb der EU vermieden wird.⁵² Eine endgültige Entscheidung träge der *EGMR* nicht bezüglich der Kompetenzverteilung in der Union, sondern allenfalls hinsichtlich der Beteiligung am Verfahren. Es überzeugt nicht, hierin eine Verletzung des Unionsrechts zu sehen.⁵³

bb) Vorbehalte der Mitgliedstaaten

Gewichtiger scheint die Kritik an dem Grundsatz der gemeinsamen Haftung im Falle des Beitritts, wie er von Art. 3 Abs. 7 BÜE festgelegt wird. Hierdurch könnten die von Mitgliedstaaten wirksam vorgebrachten Vorbehalte zur EMRK unterlaufen werden.⁵⁴

(1) Umgehung des Vorbehalts eines Mitgliedstaats

Sofern heute ein Staat eine EU-Verordnung durchführt und dabei Vorschriften der EMRK verletzt, gegen die er jedoch wirksam einen Vorbehalt angebracht hat, besteht keine Möglichkeit, ein Verfahren vor dem *EGMR* einzuleiten.⁵⁵ Ein Verfahren gegen den Staat scheitert *ratione materiae*, gegen die EU selbst *ratione personae*.

Nach dem Beitritt ändert sich daran im Grundsatz nichts. Gemäß Art. 3 Abs. 2 BÜE wären die Beschwerden auch weiterhin gegen den Mitgliedsstaat zu richten, der jedoch durch einen Vorbehalt geschützt ist. Lediglich im Falle des Beitritts der EU zu einem solchen Verfahren und unter der Voraussetzung, dass diese keinen entsprechenden Vorbehalt erklärt hat, könnte sie vom *EGMR* verurteilt werden. Dies würde die gemeinsame Haftung mit dem Mitgliedsstaat auslösen.

⁵⁰ Erkennt aber missdeutet: *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 224.

⁵¹ *Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mich nicht nass!“, *EuR* 2015, 330 (341).

⁵² *Polakiewicz*, Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, *EuGRZ* 2013, 472 (478); *Breuer* (Fn. 51), S. 341; *Uerpmann-Wittzack* (Fn. 11), S. 169.

⁵³ So wohl auch *Breuer* (Fn. 51), S. 341; anders jedoch *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 224 f. und *Kokott* (Fn. 16), Rn. 234, 240, die auf den unklaren Beurteilungsspielraum des *EGMR* hinweist.

⁵⁴ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 226 f.

⁵⁵ *Breuer* (Fn. 51), S. 341.

(2) Regelung des Art. 36 Abs. 4 S. 3 EMRK

Die vom *EuGH* wie von GA *Kokott* skizzierte Situation könnte gegen Art. 2 von EU-Prot. 8 verstoßen. Dieser besagt, dass die besondere Situation der Mitgliedstaaten, also auch die angebrachten Vorbehalte, unangetastet bleiben müssen.

Indes handelt es sich lediglich um ein Scheinproblem, da beide die geplante Regelung des Art. 36 Abs. 4 S. 3 EMRK⁵⁶ übersehen: „*The admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of a co-respondent [Hervorhebung des Autors] in the proceedings*“⁵⁷. Eigentlich im Zusammenhang mit der nationalen Rechtswegerschöpfung konzipiert⁵⁷, löst die Vorschrift des Art. 36 Abs. 4 S. 3 EMRK gewissermaßen im Vorbeigehen das Problem. Die problematisierte Situation kann nicht eintreten, da eine Beschwerde schon an der Zulässigkeit scheitern würde und somit den Beitritt der Union im Rahmen des Mitbeschwerdemechanismus unmöglich macht.⁵⁸

cc) Grundsatz der gemeinsamen Haftung

Der nächste Kritikpunkt bezieht sich auf die gemeinsame Haftung der Parteien.

(1) Beurteilungsspielraum des *EGMR* und Wortlautargument

Der *Gerichtshof* kritisiert die Kompetenz des *EGMR*, vom Grundsatz der gemeinsamen Haftung abzuweichen und stattdessen die alleinige Haftung einer Partei bestimmen zu können. Eine alleinige Haftung sei nur dann gerechtfertigt, wenn eine Partei überwiegend oder ausschließlich für die Verletzung verantwortlich ist. Dieses zu beurteilen wäre nur durch Anwendung des Unionsrechts möglich. Folglich sei der Beurteilungsspielraum des *EGMR* mit einem Eingriff in das Auslegungsmonopol des *EuGH* verbunden.⁵⁹

Ferner sei weder dem erläuternden Bericht⁶⁰ noch dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 7 BÜE zu entnehmen, dass nur gemeinsames Vorbringen der Parteien zu einer anderen Verteilung der Haftung führen könnte. Art. 3 Abs. 7 BÜE

⁵⁶ Zu finden in Art. 3 Abs. 1 lit. b BÜE.

⁵⁷ Appendix V zum BÜE, Nr. 40.

⁵⁸ *Breuer* (Fn. 51), S. 342; *Lock*, *Oops! We did it again – Das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der EU*, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁵⁹ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 234; *Kokott* (Fn. 16), Rn. 179.

⁶⁰ Appendix V zum BÜE, Rn. 62: “The court [...] may [...] hold only the respondent or the co-respondent responsible [...] on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent“.

bestimmt insofern, dass „auf der Grundlage des Vorbringens des Beschwerdegegners und des Mitbeschwerdegegners“ auch eine abweichende Haftungsregelung möglich ist.⁶¹

(2) Interpretative Erklärung und Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

Es trifft zwar zu, dass der Wortlaut nicht eindeutig ist. In jedem Fall ist er aber weit genug, sodass dieses Problem wohl im Wege der Gerichtspraxis oder einer interpretativen Erklärung bei der Ratifizierung der Beitrittsurkunde hätte gelöst werden können.

In Bezug auf den Beurteilungsspielraum kann dem Wesen nach die Argumentation bezüglich der Plausibilitätsprüfung fruchtbar gemacht werden.⁶² Eine unionsrechtliche Bindung und damit ein Verstoß gegen das Auslegungsmonopol des *EuGH* kann durch eine Haftungsentscheidung des *EGMR* nicht herbeigeführt werden.⁶³ Dieses wird v.a. deutlich, wenn man das vom *EuGH* skizzierte Szenario unter die Lupe nimmt.

Im Falle der fehlerhaften alleinigen Verurteilung der EU nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 7 BÜE würde diese auf *völkerrechtlicher* Ebene zur Beseitigung der Konventionsverletzung verpflichtet, obwohl ihr mitunter *unionsrechtlich* hierfür keine Kompetenz dazu zusteht. Gleiches gilt umgekehrt im Falle der Verurteilung von Mitgliedstaaten.

Diese Situation wirkt auf den ersten Blick prekär. Allerdings verliert sie an Brisanz, sofern man sich vor Augen führt, dass eine solche Problematik im Verhältnis Bundesstaat zu seinen Gliedstaaten nicht ungewöhnlich ist. Dies sei am Beispiel Deutschlands verdeutlicht: Wird die Bundesrepublik als Ganze *völkerrechtlich* verpflichtet (Art. 4 Abs. 1 ILC Draft on State Responsibility⁶⁴) so kann es sein, dass sie *nach nationalem Recht* nicht zur Durchführung der geforderten Handlung ermächtigt ist, sondern die Kompetenz bei den Ländern liegt. In diesem Fall sind die Länder nach dem „Prinzip der Bundestreue“ verpflichtet, der völkerrechtlichen Obliegenheit des Bundes nachzukommen.⁶⁵ Auf Ebene

⁶¹ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 233 ff.; *Kokott* (Fn. 16), Rn. 178.

⁶² Siehe oben: **D. I. 1. c)** aa).

⁶³ *Callenaert*, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, 2014, S. 62.

⁶⁴ Abrufbar unter:

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁶⁵ *Kaiser*, *Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge durch die Länder*, *ZaöRV* 18, 1957, 526 (546); *Bauer*, *Die Bundestreue*, 1992, S. 148; *Krüger*, *Völkerrecht im Bundesstaat*, in: *FS Kaufmann*, 1950, S. 239 (240); *BVerfGE* 6, 309 (328, 361 f.); 12, 205 (254).

der Union führt der „Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“ zu der gleichen Konsequenz.⁶⁶ Sofern eine Partei nicht über die Kompetenz zur Befolgung ihrer *völkerrechtlichen* Pflicht verfügt, lässt dies die *unionsrechtliche* Kompetenzverteilung unangetastet.

Es lässt sich somit festhalten, dass der *EuGH* die Unterscheidung zwischen völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Bindung verkennt und fälschlicherweise annimmt, sein Auslegungsmonopol sei betroffen. Dies stimmt jedoch nicht. Vielmehr ist er auch weiterhin zuständig für die Frage, wer unionsrechtlich die Verpflichtung umsetzen muss. Der eingeräumte Beurteilungsspielraum ist daher mit dem Recht der Union vereinbar.

Entgegen der Ansicht des *EuGH* besteht im Hinblick auf Plausibilitätsprüfung, Vorbehalte und Haftungsfragen keine Unvereinbarkeit des BÜE mit Unionsrecht.

3. Vorabbescheidungsverfahren

Kritisch sieht der *EuGH* auch das eng mit dem MBGM zusammenhängende Verfahren der Vorabbescheidung.

a) Hintergrund

Sofern die EU einem Verfahren beigetreten ist, eröffnet Art. 3 Abs. 6 BÜE dem *EuGH* das Recht, zu einer Streitgegenständlichen Frage Stellung zu nehmen, sofern er zuvor noch keine Gelegenheit dazu hatte.⁶⁷ Sinn und Zweck der Regelung ist es, einen Ausgleich zwischen der Rechtsprechung des *EGMR* und der des *EuGH* herzustellen und Kompetenzbereiche abzugrenzen bzw. sie zu erhalten.⁶⁸

b) Kritik des *EuGH*

Der *EuGH* kritisiert an dem Vorabbescheidungsverfahren zwei Punkte.

Zunächst fordert er eine systematische Unterrichtung über jedes beim *EGMR* anhängige Verfahren. Nur so könne er beurteilen, ob er bereits zu einer Frage Stellung genommen habe oder nicht und könne somit das Recht auf Vorab-

⁶⁶ v. *Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 33), Art. 4 EUV, Rn. 53; allgemein dazu: *Klamert*, *The Principle of Loyalty in EU Law*, 2014.

⁶⁷ *Lock*, *Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU legal order*, *Common Market Law Review* 2011, 1025 (1046).

⁶⁸ *Baratta*, *Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, *Common Market Law Review* 2013, 1305 (1312).

befassung wirksam in Anspruch nehmen.⁶⁹

Ferner bemängelt der *Gerichtshof* in Übereinstimmung mit GA *Kokott*⁷⁰, dass das geplante Vorabbeassungsverfahren auf Gültigkeitsfragen beschränkt sei, also auf die Prüfung der Vereinbarkeit von Unionsrecht mit Rechten der EMRK und nicht auch die Auslegung von Unionsrecht umfasse.⁷¹

c) *Würdigung*

aa) Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

Im Ausgangspunkt ist dem *EuGH* dahingehend zuzustimmen, dass eine umfassende Unterrichtung für die praktische Anwendbarkeit des Vorabbeassungsverfahrens unerlässlich ist. Allerdings ist es unverständlich, warum dieser Kritikpunkt die Unvereinbarkeit von Unionsrecht mit dem BÜE belegen soll. Vielmehr hält das Recht der Union in Form des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit eine passende Antwort parat. Die Mitgliedstaaten können unionsintern dazu verpflichtet werden, die Organe der Union mit den notwendigen Informationen zu versorgen, sodass eine umfassende Unterrichtung des *EuGH* besteht.

bb) Korrektur unionsinterner Defizite

Gehaltvoller erscheint der zweite Einwand, ist die Auslegung von Unionsrecht doch eine der Hauptaufgaben des *EuGH*. Jedoch zeugt auch er – genau wie die bereits behandelten Einwände – davon, dass sich der *EuGH* bei mehreren Interpretationsmöglichkeiten stets für die beitriffsungünstigste entschied.

Zuvorderst sei darauf hingewiesen, dass in dem Reflexionspapier des *EuGH* zum Beitritt der EU zur EMRK vom 5.10.2010⁷² selbst ein Vorabbeassung in Gültigkeitsfragen gefordert wird. Die Initiative ging also vom *EuGH* selbst aus.⁷³ Warum er dies jetzt kritisiert, ist unverständlich.

Daneben kommt man zu dem Schluss, dass das Vorabbeassungsverfahren im Grunde nur der Versuch einer Korrektur von Unionsdefiziten im Hinblick auf die Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist.

⁶⁹ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 241.

⁷⁰ *Kokott* (Fn. 16), Rn. 130 ff.

⁷¹ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 242 ff.

⁷² Abgedruckt in EUGRZ 2010, S. 366 f.

⁷³ *Polakiewicz*, Der Abkommens-Entwurf über den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2013, 472 (479).

Jene Vorschrift bestimmt, dass ein nationales Gericht in der letzten Instanz bei entscheidungserheblichen Auslegungs- oder Gültigkeitsfragen des Unionsrechts diese verpflichtend dem *EuGH* vorlegen muss. Dies dient neben der Rechtseinheit vor allem dem Geiste der Zusammenarbeit in der Union.⁷⁴ Die Vorlage liegt jedoch im Ermessen des Gerichts⁷⁵ und ist kein Verteidigungsmittel⁷⁶. Aufgrund des Ermessens bieten sich hier große Spielräume. Sollte sich das nationale Gericht gegen eine Vorlage entscheiden, wäre durch die nationale Rechtswegerschöpfung entsprechend Art. 35 Abs. 1 EMRK der Weg zum *EGMR* eröffnet. Interessant an dieser Konstellation ist, dass der *EuGH* an keiner Stelle die Möglichkeit hat, das Verfahren an sich zu ziehen. Dies wird als unionskonform angesehen.⁷⁷

Aufgrund dieser fehlenden Möglichkeit ist insoweit zu konstatieren, dass ein Defizit in diesem Bereich des Unionsrechts besteht. Wenn der BÜE mit dem Vorabbeurteilungsverfahren einen Mechanismus zum Ausgleich installiert, ist das ein Privileg, dessen Rechtmäßigkeit man in Bezug auf eine Gleichbehandlung aller Parteien der EMRK durchaus in Zweifel ziehen könnte. Vor diesem Hintergrund ist es allerdings dann paradox, vom *EuGH* eine Limitierung jenes Privilegs zu kritisieren und somit indirekt zu fordern, dass sämtliche unionsinternen Defizite vom Mechanismus des Vorabbeurteilungsverfahrens behoben werden müssen.

Eine Kontrollfrage verdeutlicht dies: „Bedarf es des Instruments der Vorabbeurteilung zur Wahrung des Unionsrechts?“ Die Antwort lautet „Nein“. Jedes andere Ergebnis würde die gegenwärtige Rechtslage als Verstoß gegen Unionsrecht werten.

Somit halten auch diese vorgebrachten Kritikpunkte am Vorabbeurteilungsverfahren einer Überprüfung nicht stand.

4. Schutzniveaunklauseln der Art. 53 GRC und Art. 53 EMRK

In seinem Gutachten bemängelt der *EuGH* die fehlende „Koordinierung“ zwischen Art. 53 GRC einerseits und Art. 53 EMRK andererseits.⁷⁸

⁷⁴ *Wißmann*, in: Erfurter Kommentar, 17. Aufl. 2017, Art. 267 AEUV Rn. 1.

⁷⁵ *EuGH*, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489, Rn. 26 – *Consiglio nazionale dei geologi ./.* *Autorità garante della concorrenza e del mercato*; C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 10 – *CILFIT ./.* *Ministero della Sanita*.

⁷⁶ *Callenbaert* (Fn. 63), S. 5.

⁷⁷ *Lock* (Fn. 38), S. 786; *Lock* (Fn. 67), S. 1047.

⁷⁸ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 189.

a) Hintergrund

Der vom *EuGH* angesprochene Art. 53 GRC sieht vor, dass keine Bestimmung der Charta als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte oder Grundfreiheiten ausgelegt werden kann. Somit bleibt ein weitergehender Schutz von der Konvention im Grunde unberührt.⁷⁹

Allerdings führt der *EuGH* im Fall „*Melloni*“⁸⁰ aus, dass durch diese Vorschrift nicht Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinflusst werden dürfe.⁸¹ Insofern ist es Staaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts untersagt, höhere Schutzstandards als in der Charta vorgesehen anzuwenden.⁸² Mag dies aufgrund des Wortlauts von Art. 53 GRC verwundern, so ist es mit Blick auf den Anwendungsvorrang dennoch richtig.⁸³

Art. 53 EMRK ist Art. 53 GRC sehr ähnlich und sieht die Möglichkeit vor, ein höheres Schutzniveau als das der EMRK sowohl völkerrechtlich als auch national zu gewähren.⁸⁴

b) Kritik des EuGH

Auch wenn seine Ausführungen⁸⁵ den genauen Grund zur Kritik nicht eindeutig hervorbringen⁸⁶, geht es im Ergebnis um Folgendes: Der *EuGH* möchte verhindern, dass Art. 53 EMRK die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung höherer Schutzstandards anhält, als in der Charta vorgesehen.⁸⁷ Dies sei eine Verletzung des Vorrangs, der Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts.⁸⁸

c) Würdigung

Interessanterweise enthält die Stellungnahme von GA *Kokott* keine Silbe zu

⁷⁹ *Borowsky*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 53 GRC, Rn. 8 f.

⁸⁰ *EuGH*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 – *Melloni* ./ *Ministerio Fiscal*.

⁸¹ *EuGH*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 60 – *Melloni* ./ *Ministerio Fiscal*.

⁸² *Locke* (Fn. 9), S. 16.

⁸³ *Besselink*, The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni, ELR 2014, 531 (531 ff.); *Breuer* (Fn. 51), S. 333; a.A. *Rabtke*, Mangold Reloaded?, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/mandold-reloaded/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁸⁴ *Renger*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, 4. Aufl. 2017, Art. 53 EMRK Rn. 1.

⁸⁵ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 179-200.

⁸⁶ So auch *Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß – Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen, NJW 2015, 921 (924).

⁸⁷ So wohl auch *Tomuschat*, Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2015, 133 (138).

⁸⁸ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 189.

dieser Problematik – aus gutem Grund! Art. 53 EMRK bietet nur die *Möglichkeit* einer Anwendung von höheren Schutzstandards, eine Rechtspflicht besteht indes dadurch nicht.⁸⁹ Ferner bestimmt Art. 52 Abs. 3 EMRK, dass ähnliche Rechte aus Charta und EMRK die gleiche Bedeutung und Tragweite haben. Es ist also ausgeschlossen, dass die EMRK einen höheren Schutzstandard als die Charta vorschreibt und damit EU-Recht verletzt.

Im Ergebnis ist auch diese Kritik unbegründet.

5. 16. Zusatzprotokoll zur EMRK

Darüber hinaus kritisiert der *Gerichtshof* eine fehlende Koordinierung zwischen dem 16. Zusatzprotokoll zur EMRK⁹⁰ (Prot. 16 EMRK) und Art. 267 AEUV.⁹¹

a) Hintergrund

Art. 1 von Prot. 16 EMRK eröffnet den höchsten Gerichten der Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den *EGMR* um Gutachten über Grundsatzfragen hinsichtlich der Anwendung oder Auslegung der Konvention zu ersuchen. Sinn und Zweck der neuen Möglichkeit ist die Stärkung des Dialogs zwischen den Gerichten.⁹² Die Einholung von Gutachten erfolgt auf freiwilliger Basis.⁹³

Art. 267 AEUV besagt, dass der *EuGH* im Wege der Vorabentscheidung u.a. über die Auslegung des Unionsrechts entscheidet (s.o.). Sofern also eine solche Frage im Raum steht, können nationale Gerichte entsprechend Abs. 2 diese dem *EuGH* im Wege der Vorlage unterbreiten, um ihm die Möglichkeit einer Stellungnahme einzuräumen. Letztinstanzliche Gerichte sind gemäß Abs. 3 sogar zur Vorlage verpflichtet.

b. Kritik des EuGH

Die Kritik des *EuGH* richtet sich gegen zwei Aspekte.

aa) Umgehung des Vorabentscheidungsverfahrens aus Art. 267 Abs. 3 AEUV

Zum einen befürchtet er die Umgehung der Vorlageverpflichtung aus Art. 267 Abs. 3 AEUV, sofern die höchsten Gerichte der Mitgliedstaaten den *EGMR*

⁸⁹ *Tomuschat* (Fn. 87) S. 138; *Lock* (Fn. 9), S. 17; *Halberstam* (Fn. 25), S. 22.

⁹⁰ Abrufbar unter: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁹¹ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 199.

⁹² Erklärender Bericht zu Protokoll Nr. 16 zur EMRK, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16800d383e> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁹³ Erklärender Bericht zu Protokoll Nr. 16 zur EMRK, Nr. 7.

um Gutachten ersuchen können. Er sieht die Gefahr darin, dass nationale Gerichte zunehmend auf eine Vorlage nach Luxemburg verzichten und stattdessen den direkten Weg nach Straßburg wählen könnten. Der *EuGH*, so die vermeintliche Logik der nationalen Gerichte, bekomme ja durch den Beitritt zum Verfahren im Rahmen der Vorabfassung ohnehin die Möglichkeit der Stellungnahme.⁹⁴

bb) Verbindliche Auslegung von EU-Recht durch den *EGMR*

Zum anderen würde die EMRK durch den Beitritt integraler Bestandteil des Unionsrechts. Insofern würde der *EGMR* im Rahmen seines Gutachtens eine verbindliche Auslegung der EMRK und damit von Unionsrecht vornehmen, was eine Verletzung des Auslegungsmonopols des *EuGH* darstelle.⁹⁵

c) *Würdigung*

Grundsätzlich überrascht die Kritik des *EuGH* an Prot. 16 EMRK, da es zum einen noch gar nicht in Kraft getreten, zum anderen auch kein Beitritt der EU hierzu geplant ist. Da der *EuGH* hier jedoch ein Problem sieht, ist dennoch eine Untersuchung geboten.

Da er sich leicht entkräften lässt, wird mit dem zweiten Punkt begonnen. Art. 5 von Prot. 16 EMRK sagt eindeutig, dass den Gutachten des *EGMR* keine Bindungswirkung zukommt. Insofern stehen Luxemburger und Straßburger Rechtsprechung nicht in Konkurrenz zueinander.

Hinsichtlich der Umgehung von Art. 267 Abs. 3 AEUV ist festzustellen, dass das vom *EuGH* skizzierte Szenario nicht eintreten kann. Der MBGM, in dessen Rahmen es zum Vorabfassungsverfahren (Art. 3 Abs. 6 BÜE) kommen könnte, erfordert, dass ein Mitgliedstaat der Beschwerdegegner ist. In dem Gutachtenverfahren vor dem *EGMR* gibt es jedoch keinen Beschwerdegegner. Es handelt sich um ein Verfahren zwischen nationalem Gericht und dem *EGMR*. Ein Beitritt der EU, der das Vorabfassungsverfahren auslösen würde, ist mangels Beschwerdegegner also nicht möglich.⁹⁶

Richtig ist dennoch, dass der *EuGH* keine Möglichkeit zur Stellungnahme im

⁹⁴ Ähnlich auch *Thym*, Ein trojanisches Pferd? Der Vorrang des Unionsrechts im Lichte des Beitrittsübereinkommens der EU zur EMRK, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/trojanisches-pferd-vorrang-unionsrechts-im-lichte-beitrittsuebereinkommens-eu-zur-emrk/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁹⁵ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 180 ff.

⁹⁶ So auch *Locke* (Fn. 9), S. 22.

Wege der Vorabfassung hat, sofern die mitgliedstaatlichen Gerichte ihrer Pflicht zur Vorlage nicht nachkommen. Diese Gefahr der Umgehung von Art. 267 Abs. 3 AEUV steht jedoch in keinem Zusammenhang mit einem Beitritt der EU zur EMRK. Mitgliedstaaten, die Prot. 16 EMRK ratifiziert haben, könnten sich auch ohne Beitritt an den *EGMR* wenden. Insofern ist die Befürchtung, die nationalen Gerichte könnten zunehmend auf Vorlagen verzichten, zwar nicht unbegründet. Sie erhält durch Prot. 16 EMRK aber keinen neuen Nährboden.

Zur Lösung dieser Problematik könnte es entsprechend dem bereits erwähnten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit geboten sein, dass kein Mitgliedstaat der EU das Protokoll ratifiziert.⁹⁷

Die Gefahr der Umgehung von Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht zwar tatsächlich, wird allerdings nicht durch Prot. 16 EMRK begünstigt.

6. Rechtssprechungsmonopol des *EuGH* entsprechend Art. 344 AEUV

In thematischer Anknüpfung an den 2. Kritikpunkt von Prot. 16 EMRK, führt der *Gerichtshof* unter der Überschrift „Art. 344 AEUV“ aus, dass der Übereinkommensentwurf das Rechtssprechungsmonopol des *EuGH* in Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht ausreichend schütze.⁹⁸

a) Hintergrund

Art. 344 AEUV untersagt den Mitgliedstaaten, ihre Streitigkeiten im Zusammenhang mit Unionsrecht in anderen Verfahren auszutragen, als dies in den Verträgen vorgesehen ist.⁹⁹ Er ist deshalb Ausdruck des bereits erwähnten Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit.¹⁰⁰ Da die Vorschrift die Exklusivität der Verfahren vor Unionsgerichten gewährleistet, ist sie als Kodifizierung der Autonomie der Unionsrechtsordnung zu verstehen. Durch diese Zentralisierung der Kompetenzen soll einer drohenden Fragmentierung durch einander widersprechende Entscheidungen vorgebeugt werden.¹⁰¹

Wie dargelegt, ist Art. 344 AEUV für die Unionsrechtsordnung von großer Bedeutung. Deshalb bestimmt Art. 3 von EU-Prot. 8, dass die Vorschrift nicht

⁹⁷ Zum aktuellen Stand: <http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁹⁸ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 212.

⁹⁹ *Athen/Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 33), Art. 344 AEUV Rn. 1.

¹⁰⁰ *Obwexer* (Fn. 30), S. 121.

¹⁰¹ *Breuer* (Fn. 51), S. 338.

beeinträchtigt werden darf.

b) Problematik

Nach dem Beitritt der EU würde die EMRK Teil des Unionsrechts, sodass sich das Rechtsprechungsmonopol des *EuGH* über die Anwendung und Auslegung von Unionsrecht fortan auch auf Fragen der EMRK erstrecken würde. Sofern es also um Fälle zwischen Mitgliedstaaten der EU ginge, wäre die Entscheidungskompetenz des *EuGH* auf Art. 259 AEUV gestützt.¹⁰²

Im Gegensatz dazu sieht Art. 33 EMRK die Möglichkeit vor, den *EGMR* im Wege der Staatenbeschwerde anzurufen. Dieses Verfahren wird durch Art. 55 EMRK ausdrücklich geschützt. Die Vertragsparteien verpflichten sich in dieser Vorschrift, die Verletzung der Konventionsrechte nur im Wege der Staatenbeschwerde geltend zu machen.

Um diesen Konflikt der exklusiven Verfahrensarten zu vermeiden wurde Art. 5 BÜE geschaffen. Er besagt, dass Verfahren vor dem *EuGH* keine Form der Umgehung von Art. 33 EMRK darstellen und etabliert damit eine Ausnahme zu Art. 55 EMRK.

c) Kritik des EuGH

Nach Auffassung des *Gerichtshofs* beseitigt Art. 5 BÜE die Gefahr für sein Auslegungsmonopol nicht. Vielmehr reduziere er lediglich die Tragweite der in Art. 55 EMRK vorgesehenen Verpflichtung, lasse aber weiterhin die Möglichkeit offen, den *EGMR* mit einem Ersuchen zu befassen. Bereits diese Möglichkeit sei nicht mit Art. 344 AEUV in Einklang zu bringen.¹⁰³

d) Würdigung

Vor dem Hintergrund des klaren Wortlauts von Art. 344 AEUV und der unnachgiebigen Haltung des *EuGH* hinsichtlich seines Monopols¹⁰⁴ scheint es verständlich, dass der *EuGH* in der Möglichkeit einer Staatenbeschwerde nach Art. 33 EMRK eine Gefahr sieht.

Diese Bedenken zu entkräften, ist kompliziert. Ein genereller Ausschluss der Staatenbeschwerde vor dem *EGMR*, wie vom *EuGH* gefordert¹⁰⁵, kann indes

¹⁰² Mit Vorgängernorm aus EWG-Vertrag geschehen in *EuGH*, C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41 – *Haegeman ./.* *Belgium*.

¹⁰³ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 207 f.

¹⁰⁴ Vgl. *EuGH*, C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345 – *Commission ./.* *Ireland*.

¹⁰⁵ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 213.

keine Lösung sein. Zunächst könnten Nicht-EU-Staaten diese Vorzugsbehandlung ablehnen. Außerdem würde es einerseits einem flächendeckenden Grundrechtsschutz in Europa und andererseits dem Sinn und Zweck der Konvention zuwiderlaufen. Dies ergibt sich schon daraus, dass das neben der Individualbeschwerde wichtigste Instrument der EMRK ausgehebelt würde.

Ebenso schafft das Einfügen einer Trennungsklausel, wie in sog. gemischten Abkommen (dies sind sowohl von Staaten als auch von mindestens einer internationalen Organisation unterzeichnete Verträge) üblich¹⁰⁶, keine Abhilfe. Zwar wäre die EMRK nach dem Beitritt der EU ebenfalls ein solches gemischtes Abkommen. Allerdings würde dies ebenso wie der generelle Ausschluss von Art. 33 EMRK nicht zu einer Harmonisierung von Unionsrecht und Konvention führen, sondern ausschließlich zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Unionsrechts.¹⁰⁷ Auch ein von der EU vorgebrachter genereller Vorbehalt zu Art. 33 EMRK würde nicht zu dem gewünschten Ergebnis führen, wäre er doch zu allgemein und folglich nach Art. 57 Abs. 1 EMRK unwirksam.

Somit hat der *EuGH* hiermit in der Tat ein Problem aufgeworfen, welches darauf hindeutet, dass Art. 344 AEUV entgegen der Forderung von Art. 3 EU-Prot. 8 verletzt sein könnte.

Interessanterweise macht jedoch GA *Kokott* in ihrem Bericht keine Problematik aus. Sie stellt fest, dass hinsichtlich der Verletzung von Art. 344 AEUV keine Bedenken bestehen.¹⁰⁸ Zwar sei es wünschenswert, dass Art. 33 EMRK ausgeschlossen werde, allerdings sei eine derartige Regelung keine gängige Praxis in internationalen Verträgen. Wäre also das Fehlen einer solchen Regelung ein Grund für die Unvereinbarkeit mit Unionsrecht, so würde diese Eigenschaft vielen in der Vergangenheit geschlossenen internationalen Abkommen anhaften.¹⁰⁹

Diese Argumentation überzeugt. Art. 33 EMRK stellt nicht die *Verpflichtung* zur Einleitung einer Beschwerde dar. Sofern also Unionsrecht die Einleitung einer

¹⁰⁶ *Govaere*, Beware of the Trojan Horse. Dispute settlement in (mixed) agreements and the autonomy of the EU legal order, in: Mixed agreements revisited: the EU and its member states in the world, 2010, S. 204.

¹⁰⁷ *Klabbers*, Treaty conflict and the European Union, 2009, S. 221; a.A. *Lazowski/Wessel*, When Caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal 2015, 179 (197).

¹⁰⁸ *Kokott* (Fn. 16), Rn. 119.

¹⁰⁹ *Ebd.*, Rn. 116 f.

solchen verbietet, ist dieses innerhalb des Unionsrechts zu lösen. Hier sei zum wiederholten Male auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verwiesen sowie als *ultima ratio* auch auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission (Art. 258 ff. AEUV).¹¹⁰

Art. 344 AEUV würde mithin durch einen Beitritt nicht beeinträchtigt werden.

7. Gerichtliche Kontrolle im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik

In seinem letzten Kritikpunkt problematisiert der *EuGH* die gerichtliche Kontrolle im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP).

a) Hintergrund

Hinter der Einführung einer GASP steht die Idee, außenpolitisch nicht nur national zu agieren, sondern sich das viel größere Gewicht aller Staaten Europas im Wege einer einheitlichen Außenpolitik zu Nutze zu machen. Art. 21 EUV ist für dieses Feld eine der maßgebenden Normen. Die Vorschrift legt fest, dass die Werte, auf die sich die EU gründet, die Außenpolitik leiten sollen und nennt als Ziele u.a. die Förderung von Demokratie und Menschenrechten.

Für den Bereich der GASP bestimmt Art. 275 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 24 Abs. 1, UAbs. 2 EUV, dass der *EuGH* – mit Ausnahme einer Kontrolle der Einhaltung von Art. 40 EUV sowie bestimmter Beschlüsse nach Art. 275 Abs. 2 AEUV – nicht die Kompetenz zur gerichtlichen Überprüfung besitzt. Stattdessen normiert Art. 274 AEUV i.V.m. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte für den Rechtsschutz sorgen.

b) Problematik

Der *EGMR* ist grundsätzlich für die Überwachung der Konventionsrechte zuständig. Nach dem Beitritt der EU würde die Konvention Bestandteil des Unionsrechts. Insoweit wäre auch der Bereich der GASP an ihrem Maßstab zu messen. Es ergäbe sich also die Konstellation, dass der *EGMR* die Einhaltung der Konventionsrechte im Bereich der GASP und damit Unionsrecht überprüfen würde, ohne dass der *EuGH* selbst die Kompetenz dazu besitzt.

c) Kritikpunkt des *EuGH*

Genau dies wird vom *EuGH* kritisiert. Es sei mit Unionsrecht unvereinbar,

¹¹⁰ So geschehen in *EuGH*, C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345 – *Commission ./ Ireland*; ebenfalls vorgeschlagen von *Kokott* (Fn. 16), Rn. 118.

dessen Kontrolle ausschließlich einem externen Organ anzuvertrauen¹¹¹. Untermauert wird dieses Argument mit einem Hinweis auf die ständige Rechtsprechung.¹¹²

d) Würdigung

Generalanwältin *Kokott* weist in ihrer Stellungnahme zutreffend darauf hin, dass das Rechtsschutzsystem der EU nicht ausschließlich auf den *EuGH* zentriert ist, sondern vielmehr von zwei Säulen getragen wird.¹¹³ Sofern nämlich durch fehlende Kompetenzen der Unionsgerichte eine Rechtsschutzlücke entsteht, ist es Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte, diese zu schließen.¹¹⁴ Genauso liegt es im Falle der GASP. Die Überwachung obliegt damit den nationalen Gerichten.

Es entbehrt ferner nicht einer gewissen Ironie, dass der *EuGH* in der angeführten Rechtsprechung selbst die Rolle der nationalen Gerichte würdigt. So hält er im genannten Gutachten 1/09 fest, dass „*die den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof jeweils übertragenen Aufgaben wesentlich [sind] für die Wahrung der Natur des durch die Verträge geschaffenen Rechts*“.¹¹⁵ Dem zum Trotz lässt er diesen Aspekt in seiner Kritik unbeachtet.

Den Ausführungen der Generalanwältin ist beizupflichten. Ein Kompetenzkonflikt zwischen *EuGH* und *EGMR* ist in der vorliegenden Konstellation ausgeschlossen, da der *EuGH* in dem relevanten Bereich gar keine Kompetenzen besitzt. Ein Konflikt setzt aber denklogisch auch eine konkurrierende Zuständigkeit voraus.¹¹⁶

Somit wäre eine Kontrolle des *EGMR* im Bereich der GASP mit dem Unionsrecht vereinbar.

II. Resümee zu Gutachten 2/13

Die Wahrung der Autonomie der Union – diese Prämisse zieht sich wie ein roter Faden durch die Argumentation des *EuGH*.

¹¹¹ *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 255 f.

¹¹² *EuGH*, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, Rn. 78, 80, 89.

¹¹³ *Kokott* (Fn. 16), Rn. 98.

¹¹⁴ *Hillion*, „A powerless Court?“ – The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy, in: *The European Court of Justice and External Relation Law*, 2014, S. 47 (67).

¹¹⁵ *EuGH*, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, Rn. 85.

¹¹⁶ So auch *Breuer* (Fn. 51), S. 347 f.

Gemessen an der Qualität der vorgebrachten Argumente fällt das Urteil jedoch ernüchternd aus. Teilweise entbehren die Argumente jedweder Grundlage, so z.B. hinsichtlich der fehlenden Koordinierung der Schutzniveaunklauseln. Daneben sieht der *EuGH* Problemkonstellationen, deren Lösung entweder bereits im Unionsrecht angelegt ist oder dort angelegt werden kann, wie die Möglichkeit, eine Umgehung von Art. 344 AEUV innerhalb des Unionsrechts auszuschließen und zu sanktionieren. Gerade am Kritikpunkt GASP wird deutlich, dass er stark auf die Sicherung seines eigenen Machtbereichs bedacht ist¹¹⁷. Verkürzt lässt sich dieser Punkt wie folgend zusammenfassen: „Lieber keine Kontrolle als die des *EGMR*!“ Gerade in dem sensiblen Bereich der Kontrolle von Menschenrechtsverletzungen hätte jedoch dessen Kontrolle zu einem signifikanten Mehrwert geführt. Es stellt sich mithin die Frage, ob sich der *EuGH* um die Wahrung der Menschenrechte sorgt¹¹⁸ oder von politischen Erwägungen leiten lässt. Das Argument der Autonomie wirkt jedenfalls vorgeschoben.

Wirft man einen Blick auf die Formulierungen des *EuGH*, fällt einem auf, dass Sätze wie „...könnte geeignet sein...“, „...ist folglich nicht auszuschließen...“ oder „...könnte verstoßen...“ das Gutachten prägen. Es scheint ganz so, als suchte der *EuGH* dort Probleme, wo GA *Kokott* Lösungen präsentierte. An einer kooperativen Zusammenarbeit mit dem *EGMR*, wie der zwischen *BVerfG* und *EuGH*, scheint er indes nicht interessiert. Vielmehr mutet es so an, als wolle der *Gerichtshof* die EMRK in den Bannkreis des Unionsrechts hineinziehen und so den *EGMR* präjudizieren.¹¹⁹

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der *EuGH* das sprichwörtliche „Haar in der Suppe“ gesucht hat.¹²⁰ Er würdigt nicht das in jahrelanger Arbeit sorgsam austarierte System des Beitrittsentwurfs und hat damit dem Menschenrechtsschutz in Europa einen Bärendienst erwiesen. Sofern man dem Gutachten dennoch etwas Gutes abgewinnen möchte, ist dies höchstens im Rahmen von realpolitischen Erwägungen möglich. Hätte der *EuGH* positiv über das Beitrittsabkommen entschieden, in der Folge jedoch eine Unvereinbarkeit an verschiedenen Stellen entdeckt, so hätte dies wahrscheinlich in einem langwierigen Disput zwischen *EuGH* und *EGMR* einerseits, sowie der EU und dem Europarat andererseits geendet. So enttäuschend das Gutachten auch sein

¹¹⁷ *Mayer*, Die EZB vor Gericht – nächste Runde, *EuZW* 2015, 121 (122).

¹¹⁸ So auch *Lazowski/Wessel* (Fn. 107), S. 204.

¹¹⁹ Ähnlich *Tomuschat* (Fn. 87), S. 136.

¹²⁰ *Grabemwarter*, Auf der langen Bank, FAZ-Artikel v. 05.02.2015.

mag, so ist es vor diesem Hintergrund doch das kleinere von zwei Übeln.¹²¹

Unabhängig von dieser Überlegung ist dem Usurpationsanspruch des *EuGH* mit *Vofskuble* entgegenzuhalten, dass die Wahrung des Menschenrechtsstandards in Europa nicht primär „dem Luxemburger Gericht [...], sondern Straßburg und der Europäischen Menschenrechtskonvention“ obliegt.¹²²

E. Ausblick

Unabhängig davon, ob man das Gutachten wie hier ablehnt, von ihm enttäuscht ist¹²³ oder es begrüßt und verteidigt¹²⁴, stellt sich doch für alle die Frage nach der Zukunft des Projekts „EU-Beitritt zur EMRK“.

Die in der Einleitung bereits gegebene Antwort auf die Frage nach der Berechtigung ist zu konkretisieren: „Die EU darf nicht nur beitreten, sie ist zum Beitritt verpflichtet.“ Wird dem nicht nachgekommen, könnten sich die EU-Institutionen einem Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 265 Abs. 1 AEUV ausgesetzt sehen. Momentan liegen die Voraussetzungen für einen Beitritt jedoch nicht vor, da der BÜE trotz überwiegend unbegründeter Kritik gemäß Art. 218 Abs. 11 S. 2 AEUV nicht verabschiedet werden darf.

Es stellt sich also die Frage, wie der Weg für den Beitritt geebnet werden kann.

I. Aufgabe des Vorhabens

Vereinzelt wird die Aufgabe des Beitrittsvorhabens gefordert. Der Beitritt sei angesichts derart weitreichender Änderungen nicht mehr wünschenswert.¹²⁵ Allerdings ist dies ein eindeutiger Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 und somit kein tauglicher Ansatz.

¹²¹ Im Ergebnis ähnlich *Scheinin*, CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances-2/> (letzter Abruf: 11.6.2017), der von einem „geschickten politischen Schachzug“ spricht.

¹²² *Vofskuble*, Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte, EuGRZ 2014, 165 (167).

¹²³ *EGMR*, Jahresbericht 2014, S. 6, abrufbar unter: http://echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹²⁴ *Halberstam* (Fn. 25).

¹²⁵ *Peers* (Fn. 127), S. 222; *Douglas-Scott*, Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice-2/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

II. Neuverhandlungen eines Beitrittsentwurfes, Erklärungen und Vorbehalte

Die naheliegendste Lösung wären Neuverhandlungen über die Beitrittsmodalitäten.¹²⁶ In Kombination mit Vorbehalten und alleinigen oder gemeinsamen Erklärungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten könnten die Kritikpunkte des *EuGH* beseitigt werden.

1. Möglichkeiten

Grundsätzlich ist es denkbar, dass so jedes der aufgeworfenen Probleme gelöst werden könnte. Im Rahmen von Neuverhandlungen könnte beispielsweise die Plausibilitätskontrolle ersetzt und durch eine automatische Teilnahmeberechtigung ersetzt werden, sofern ein Staat den Wunsch äußert, teilzunehmen. Durch einen Vorbehalt der EU zum Zeitpunkt der Ratifizierung wäre es möglich, z.B. den Bereich der GASP der Jurisdiktion des *EGMR* zu entziehen, um den Bedenken des *EuGH* bezüglich eines Konkurrenzkonflikts Rechnung zu tragen.

Durch eine gemeinsame, völkerrechtlich bindende interpretative Erklärung könnte u.a. festgelegt werden, dass Art. 53 EMRK nicht als Aufforderung zur Etablierung höherer Standards zu verstehen ist. Durch eine einseitige Erklärung könnten sich die Mitgliedstaaten verpflichten, von der in Prot. 16 EMRK eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch zu machen.¹²⁷

2. Probleme

Die Probleme sind sowohl juristischer als auch politischer Natur.

a) Rechtliche Hindernisse

Problematisch wäre beispielsweise der Ausschluss von Art. 33 EMRK zugunsten von Art. 344 AEUV. Ein solcher würde dem Unionsrecht im Verhältnis zur EMRK eine bevorzugte Stellung verleihen. Dies dürfte mit der Natur der EMRK unvereinbar sein.¹²⁸ Durch einen kompletten Ausschluss der Jurisdiktionsgewalt des *EGMR* im Bereich der GASP könnte darüber hinaus möglicherweise die Grenze eines allgemeinen Vorbehalts erreicht sein, wodurch

¹²⁶ Vorgeschlagen von *Locke* (Fn. 58); *Lazowski/Wessel* (Fn. 107), S. 206.

¹²⁷ So auch *Krenn*, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns*, *German Law Journal* 2015, 147 (166).

¹²⁸ Ähnlich *Peers*, *The EU's Accession to the ECHR*: *German Law Journal* 2015, 213 (218).

dieser gemäß Art. 57 Abs. 1 S. 2 EMRK unwirksam wäre.¹²⁹

Außerdem sind völkerrechtliche Erklärungen grundsätzlich nicht das juristisch sicherste Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks. Einerseits könnte der *EGMR* sie als Vorbehalte im Sinne von Art. 57 EMRK verstehen und sie insofern an Abs. 1 S. 2 der Norm messen, andererseits würden die Erklärungen nur dann verbindlich, sofern sie von anderen Staaten anerkannt würden.¹³⁰

Wie dies vorliegend zu bewerten wäre, kann letztlich nur der *EGMR* entscheiden. Um möglicherweise fruchtlose Verhandlungen zu vermeiden, sollte ihm daher gemäß Art. 47 EMRK die Möglichkeit gegeben werden, zu den vom *EuGH* gewünschten Änderungen vorab Stellung zu nehmen. Sofern er keine Probleme ausmacht, könnte mit den Verhandlungen begonnen werden.

b) Hindernisse in der praktischen Umsetzung

Problematischer ist allerdings die politische Komponente. Die Verhandlungen über den Beitrittsentwurf fanden rückblickend betrachtet in einem historisch sehr günstigen Zeitfenster statt. Mit Blick auf momentan angespannte Verhältnis zu Russland, aber auch auf die menschenrechtliche Lage in der Türkei, erscheint es höchst unwahrscheinlich, dass diese Länder sich auf derart weitreichende Zugeständnisse an die EU im Beitrittsentwurf einlassen würden.¹³¹

3. Einschätzung

Mit Blick auf die momentan politische Situation bieten Neuverhandlungen nur geringe Erfolgchancen¹³².

III. Änderung der EU-Verträge

Zuletzt wäre es möglich, die EU-Verträge selbst zu ändern. Hier sind zwei Szenarien denkbar.

1. „Notwithstanding Protocol“

Teilweise wird vorgebracht¹³³, dass die Verträge um ein „*Notwithstanding Protocol*“, also eine Übereinkunft ergänzt werden, die einen Beitritt unter

¹²⁹ So geschehen in *Belilos v. Switzerland*, 29.4.1988, Series A No. 132, Rn. 21.

¹³⁰ *Cameron*, *Treaties, Declarations of Interpretation*, MPEPIL 2007, Rn. 3, 14.

¹³¹ Im Ergebnis gleich: *Besselink*, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹³² So auch *Kokott* in einem persönlichen Gespräch in Heidelberg am 1.9.2015.

¹³³ *Besselink* (Fn. 130); *Breuer* (Fn. 51), S. 349 f.

Missachtung der Vorgaben von Art. 6 Abs. 2 EUV, dem dazugehörigen EU-Prot. 8 sowie Gutachten 2/13 des *EuGH* vorsieht.

a) Möglichkeiten und Probleme

Durch ein solches Vorgehen würden alle vom *EuGH* genannten Kritikpunkte auf einen Schlag gelöst.

Allerdings hat diese Lösung auch Defizite. Zunächst ist die Änderung der Verträge nur in einem sehr aufwendigen Verfahren (dazu sogleich unter *b*) möglich. Außerdem ist momentan in diversen Ländern eine antieuropäische Stimmung zu beobachten. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Regierungen dieser Länder einem solch radikalen Vorschlag zustimmen würden, da ein solches Vorgehen diese Stimmungen noch befeuern könnte.

Zuletzt – und das ist das größte Problem – würde der *EuGH* ein solches Vorgehen als das auffassen, was es ist: ein Affront. Ein effektiver Rechtsschutz innerhalb der Union beruht aufgrund ihrer Multipolarität maßgeblich auf einem vertrauensvollen gerichtlichen Dialog. Sofern dieser Dialog auch weiterhin gewährleistet werden soll, wäre die Verärgerung des höchsten Gerichts der Union äußerst kontraproduktiv.

b) Einschätzung

Um einer Vergiftung des Gerichtsdialogs vorzubeugen, sollte diese Möglichkeit verworfen werden.

2. Änderung des Primärrechts

Dieser Aufsatz protegiert indes eine andere Lösung, die von vielen Juristen abgelehnt wird¹³⁴: die Änderung der Verträge selbst.¹³⁵

a) Möglichkeiten

Durch die Änderung der Verträge könnte entweder dem *EuGH* in seiner Kritik entsprochen, oder die Rahmenbedingungen so verändert werden, dass der BÜE fortan mit Unionsrecht vereinbar wäre.

Im Sinne des *EuGH* könnte – nachdem die GRC wie bereits länger gefordert in

¹³⁴ So z.B. von *Lock* (Fn. 9), S. 6.

¹³⁵ Im Ergebnis ebenso: *Brings*, Änderung der EU-Verträge zugunsten des europäischen Grundrechtsschutzes?, abrufbar unter: <http://www.juwiss.de/5-2015/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

den Rang von Primärrecht erhoben wurde¹³⁶ – in Art. 53 GRC ausdrücklich festgehalten werden, dass Art. 53 EMRK keine Pflicht zur Etablierung höherer Schutzstandards festsetzt. Es könnte die unionsinterne Pflicht festgeschrieben werden, dass kein Mitgliedstaat das Protokoll 16 ratifizieren darf.¹³⁷

Divergierend zur Meinung des *EuGH* könnte einer umfassenden Grundrechtskontrolle der ausdrückliche Vorrang vor dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens eingeräumt werden.

Im Bereich der GASP wäre es entweder möglich, ausdrücklich die Kontrolle des *EGMR* vorzusehen oder den Bereich der Jurisdiktion des *EuGH* zu unterwerfen.¹³⁸ Der ausdrückliche Ausschluss beider Gerichte wäre zwar möglich, da aber im Bereich der Außenpolitik naturgemäß Grundrechtsverletzungen häufiger eintreten, sollte einem zentralen Gericht die Kompetenz zugesprochen werden. Aufgrund folgender Überlegung scheint der *EGMR* vorzugswürdig: in Ländern, in denen es keine verfassungsrechtliche Kontrolle von Gesetzen gibt (z.B. Niederlande), bietet zumindest der *EGMR* ein Mindestmaß an Grundrechtsschutz. Im Bereich der GASP ist die Situation ähnlich. Hier gibt es, mit Ausnahme der zwei eng gesteckten Kompetenzen des *EuGH*, keine Möglichkeit zur Kontrolle.

Wenn die höchsten Gerichte einzelner Mitgliedstaaten mit einer solchen Kontrolle einverstanden sind, ist dies auch dem *EuGH* zuzumuten. Er ist nach eigenem Bekunden „kein Gerichtshof für Menschenrechte, sondern das höchste Gericht der Europäischen Union“.¹³⁹

b) Probleme

Fraglich ist jedoch, ob und wie diese Änderungen umzusetzen sind.

¹³⁶ *Molthagen*, Das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK, abrufbar unter: <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2003/967/pdf/dissertation.pdf> (letzter Abruf: 11.6.2017), S. 225 f.

¹³⁷ Ähnlich *Duff*, EU Accession to the ECHR: What to Do Next, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/eu-accession-to-the-echr-what-to-do-next-2/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹³⁸ Für Kontrolle des *EuGH* z.B. *Krenn* (Fn. 126), S. 166; *Halberstam*, A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward), abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/a-constitutional-defense-of-cjeu-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-and-the-way-forward/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹³⁹ *Vassilios Skouris*' Eröffnungsgrede auf FIDE Konferenz 2014, online nicht abrufbar, zitiert nach *Douglas-Scott* (Fn. 132).

Ausgangspunkt für eine Vertragsänderung ist Art. 48 EUV. Änderungen können demnach entweder im ordentlichen Verfahren durch Einberufung eines Konvents mit Vertretern der Staaten (Abs. 2-5) oder im vereinfachten Verfahren unionsintern (Abs. 6) beschlossen werden. Letzteres ist jedoch nur bei Änderungen für bestimmte Sachbereiche des AEUV möglich, sodass diese Möglichkeit hier ausscheidet.

Zwar gibt es Ausnahmen vom ordentlichen Verfahren (z.B. Art. 25 Abs. 2 AEUV), allerdings sind diese vorliegend nicht relevant. Abweichungen sind ansonsten nur dann möglich, wenn das Unionsrecht lediglich ergänzt wird.¹⁴⁰ Gerade vor dem Hintergrund der grundlegenden Änderungen im Bereich der GASP kann davon jedoch nicht die Rede sein.

Im Ergebnis wäre damit nur eine Änderung im ordentlichen Verfahren möglich. Dies erfordert jedoch einen politischen Konsens aller 28 Mitgliedstaaten.

3. Einschätzung

Man könnte diese Vorgehensweise als aussichtslos bezeichnen¹⁴¹, aber das Gegenteil ist der Fall.

Zwar ist eine Änderung der Verträge gewiss mit erheblichem juristischem, wie auch politischem Aufwand verbunden. Eine solche Änderung der EU-Verträge ist mit Blick auf den „Brexit“ aber ohnehin in Reichweite.¹⁴² Der Austritt Großbritanniens aus der Union führt zwangsläufig zu erheblichen Veränderungen und stellt ein Novum in der Geschichte dar. Abseits dieser – im internationalen Fokus stehenden – Verhandlungen sollte daher die Chance ergriffen werden, die Voraussetzungen für den Beitritt zur EMRK zu schaffen.

Die Verhandlungen in diesem Punkt dürften auch verhältnismäßig einfach zu führen sein, befanden doch 24 der 28 Mitgliedstaaten, dass der BÜE mit dem Unionsrecht vereinbar ist.¹⁴³ Es ist somit wahrscheinlich, dass diese Staaten das Votum des *Gerichtshofs* ablehnen. Es erscheint definitiv als der einfachere Weg

¹⁴⁰ Meng, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 48 EUV, Rn. 27.

¹⁴¹ Philipp, EuGH bremsst EU Beitritt zur Menschenrechtskonvention, abrufbar unter: <http://www.euractiv.de/section/eu-innenpolitik/news/eugh-bremst-eu-beitritt-zur-menschenrechtskonvention/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹⁴² Beitrag auf www.sueddeutsche.de v. 29.05.2015 (o.V.), Merkel schließt Änderung europäischer Verträge nicht aus, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/merkel-in-berlin-merkel-schliesst-aenderung-europaeischer-vertraege-nicht-aus-1.2499668> (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹⁴³ Siehe *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 119-123.

sich mit wenigen potentiell kritisch eingestellten Staaten zu einigen, als sich mit 47 Staatenvertretern des Europarats auf einen Konsens zu verständigen. Ist dieser skizzierte Weg riskant? Auf jeden Fall. Sollte man ihn deshalb nicht wählen? Auf keinen Fall. Es liegt gerade in der Natur des Schutzes von Menschenrechten, manchmal unkonventionelle und gewagte Schritte zu wählen. Ein einfacher, politisch geradliniger Weg ist momentan jedenfalls nicht in Sicht.