

Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Öffentlichem Recht

Festschrift für Hans D. Jarass zum 70. Geburtstag

Bearbeitet von
PD Dr. Martin Kment

1. Auflage 2015. Buch. XVII, 597 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 68257 5
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Staatsrecht, Verfassungsrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

gerade im Fall Melloni nicht erfolgt, in dem der EuGH – wie bereits der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen – sich auf die bloße Wiedergabe des Textes des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl beschränkt und eine wirkliche Grundrechtsprüfung unterlässt,⁵³ obwohl es auch hier um Persönlichkeitsrechte geht und die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl⁵⁴ in mehreren Mitgliedstaaten Probleme bereitet hat.⁵⁵ Gerade der Fall Melloni hätte sich angeboten, die Gründe darzulegen, warum der Gerichtshof das im EU-Rahmenbeschluss offenbar vorgesehene Abweichen vom in der spanischen Verfassung vorgegebenen Grundrechtsschutzniveau für vertretbar hält. Art. 53 GRCh kann nur dann eine „Regelung zur Stärkung des Primats des Unionsrechts“, d.h. der Akzeptanz des Vorrangs auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht, sein, wenn dem EuGH dadurch „aufgegeben wird, seine Gründe darzulegen, wenn er dem in den Verfassungen der Mitgliedstaaten vorgesehenen Grundrechtsschutzniveau folgen (oder davon abweichen) will“. Somit verpflichtet Art. 53 GRCh den EuGH „zu einem Dialog mit nationalen Verfassungsgerichten oder gegebenenfalls den Obersten Gerichtshöfen“ und ist Ausdruck eines „Verfassungsppluralismus“.⁵⁶ Art. 53 GRCh deckt dementsprechend „nicht den Vorrang unionsrechtlicher Maßnahmen, die den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen nicht Rechnung tragen“, hebt umgekehrt aber „die Vorrangstellung des Unionsrechts nicht allein deshalb auf, weil in einer einzelstaatlichen Verfassung, die zwar ein höheres Schutzniveau als das Unionsrecht vorsieht, die wesentlichen Elemente des Unionsrechts unberücksichtigt bleiben“. Art. 53 GRCh „ist deshalb nicht im Sinne des ‚Solange‘-Ansatzes auszulegen, sondern im Lichte der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Omega⁵⁷ und Sayn-Wittgenstein⁵⁸“. Danach akzeptiert der EuGH unterschiedliche mitgliedstaatliche Bewertungen und überlässt es, „sofern eine nationale Maßnahme zur Durchführung des Rechts der Union deren wesentliche Interessen nicht beeinträchtigt“, den Mitgliedstaaten, „den Grundrechtsschutz auf dem Niveau festzulegen, das sie mit ihrer einzelstaatlichen Verfassung als vereinbar ansehen“.⁵⁹ Damit kann weitgehend sowohl dem Gebot der Achtung der jeweiligen (d.h. differenzierten) nationalen Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) Rechnung getragen als auch die Rechtserkenntnisquelle der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen (Art. 52 Abs. 4 GRCh)⁶⁰ aktiviert werden, ohne den Vorrang des Unionsrechts als solchen in Frage zu stellen.

⁵³ Kritisch dazu *Streinz*, JuS 2013, 663.

⁵⁴ Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 L 190, S. 1; geändert durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates v. 26.2.2009, ABl. 2009 L 81, S. 24.

⁵⁵ Vgl. dazu *de Witte* (Fn. 29), Art. 53 Rn. 13. In Deutschland wurde das erste Umsetzungsgesetz vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt, weil es den von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ausdrücklich geforderten rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht entsprach, BVerfGE 113, 273 (301 ff.) – Darkazanli.

⁵⁶ *Lenaerts*, EuR 2012, 3 (15); vgl. auch *de Witte* (Fn. 29), Art. 53 Rn. 33–34: „spirit of constitutional pluralism“.

⁵⁷ EuGH Urt. v. 14.10.2004 – C-36/02, Slg. 2004, I-9609.

⁵⁸ EuGH Urt. v. 22.12.2010 – C-208/09, Slg. 2010, I-13693.

⁵⁹ *Lenaerts*, EuR 2012, 15.

⁶⁰ Vgl. dazu *Jarass* (Fn. 3), Art. 53 Rn. 67.

V. EU-Grundrechtecharta und Europäische Menschenrechtskonvention

1. Verhältnis nach geltendem Recht

Seit Beginn der Grundrechtsrechtsprechung des EuGH ist die EMRK neben den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und hervorgehoben aus den internationalen Verträgen über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind,⁶¹ Rechtserkenntnisquelle für den Gerichtshof zur Entwicklung der Unionsgrundrechte und rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien als „allgemeine Grundsätze“ und Teil des primären Unionsrechts. Durch den Vertrag von Maastricht wurde dies kodifiziert und auch nach dem Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union als eigenem geschriebenem Grundrechtekatalog im Vertrag von Lissabon in Art. 6 Abs. 3 EUV beibehalten.⁶² Ihre selbständige Bedeutung tritt zwar hinter den Grundrechten der Grundrechtecharta zumal in der Rechtsprechung des EuGH zurück, soweit sie in ihrem Gewährleistungsgehalt mit diesen übereinstimmen. Insoweit kann man die Charta und die allgemeinen Rechtsgrundsätze als zwei verschiedene Wurzeln eines einheitlichen EU-Grundrechts ansehen.⁶³ Sie haben aber darüber hinaus weiterhin Bedeutung, soweit sie über die Charta-Grundrechte hinausgehen,⁶⁴ z. B. durch das dort nicht enthaltene Recht einer allgemeinen Handlungsfreiheit.⁶⁵ Generell haben die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh Einfluss auf die Auslegung der Grundrechte der EU-Charta, soweit diese Rechte enthält, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, da die Rechte der EU-Charta dann die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die EMRK-Rechte haben, was einen weitergehenden Schutz durch die EU-Charta nicht ausschließt.⁶⁶ Schließlich sind die Mitgliedstaaten auch beim Vollzug von Unionsrecht an die EMRK gebunden und unterliegen insoweit der Kontrolle durch den EGMR. Allerdings hat der EuGH im Bosphorus-Urteil insoweit eine „Vermutung der Einhaltung der EMRK“ angenommen, da er davon ausging, dass der vom Unionsrecht vorgesehene Grundrechtsschutz durch den EuGH als „äquivalent“ mit dem Schutzmechanismus der EMRK angesehen werden könne, solange nicht im konkreten Fall gegenteilige Anhaltspunkte vorliegen, die den EGMR zur Wahrnehmung seiner „Reservekompetenz“ veranlassen.⁶⁷

⁶¹ EuGH Urt. v. 14.5.1974 – 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 13 – Nold.; EuGH, 44/79, Slg. 1979, 3727, Rn. 15, 17 ff. – Hauer.

⁶² Vgl. dazu Streinz (Fn. 35), Art. 6 EUV Rn. 24 ff., 35.

⁶³ Jarass (Fn. 3), Einl., Rn. 35 m. w. N.

⁶⁴ Vgl. dazu Jarass (Fn. 3), Einl., Rn. 30, 34 m. w. N.

⁶⁵ Jarass, ebd., Einl., Rn. 31.

⁶⁶ Vgl. dazu Jarass (Fn. 3), Art. 52 Rn. 60–65.

⁶⁷ EGMR (Große Kammer), Nr. 45036/98, Nr. 153 – Bosphorus/Irland = EuGRZ 2007, 662.

2. Änderungen nach dem von Art. 6 Abs. 2 EUV vorgeschriebenem Beitritt der EU zur EMRK

Nach dem durch Art. 6 Abs. 2 EUV vorgeschriebenen⁶⁸ Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, der nach deren Änderung⁶⁹ möglich ist, bindet die EMRK die Organe der Union einschließlich den EuGH unmittelbar und unterliegt auch der EuGH der Kontrolle durch den EGMR.⁷⁰ Hinsichtlich der Mitgliedstaaten erhält beim Vollzug von Unionsrecht die EMRK wie andere völkerrechtliche Verträge auch einen Rang zwischen Sekundärrecht und Primärrecht.⁷¹ Die „Bosphorus-Vermutung“ müsste aus Gründen der Gleichbehandlung aller Vertragsparteien entfallen.⁷² Wegen tatsächlich bestehender Besonderheiten des Beitritts der Europäischen Union als „Staatenverbund“ gegenüber der Mitgliedschaft eines Staates und zur Erfüllung der Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 EUV, wonach der Beitritt nichts an den in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union ändert, sowie des Protokolls Nr. 8 zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 13. Dezember 2007,⁷³ wonach „die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts erhalten bleiben“ sollen, und der Erklärung (Nr. 2) dazu⁷⁴ wurden im ausgehandelten Beitrittsabkommen eine Reihe besonderer Regeln aufgenommen.⁷⁵ Dieses Beitrittsabkommen wurde auf Antrag der Kommission dem EuGH gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV zur Prüfung auf Vereinbarkeit mit den EU-Verträgen vorgelegt. Während das Abkommen nach Ansicht der Stellungnahme der Generalanwältin mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wenn einige Punkte hinsichtlich des Mitbeschwerdemechanismus in völkerrechtlich verbindlicher Weise sicherge-

⁶⁸ Allerdings sind die Sprachfassungen unterschiedlich: Im Deutschen „tritt bei“, im Englischen „shall accede“. Vgl. dazu *Walter*, Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl., 2014, S. 1 (17), Rn. 41.

⁶⁹ Einfügung des Art. 59 Abs. 2 EMRK durch Protokoll Nr. 14 zur EMRK vom 13.5.2004 (BGBl. 2006 II 138), in Kraft seit 1.6.2010, Neufassung der EMRK in BGBl. 2010 II 1198.

⁷⁰ Generalanwältin Kokott sieht dies in ihrer Stellungnahme vom 13.6.2014 zum Gutachten 2/13 des EuGH, EU:C:2014:2475, Nr. 164–171 = EuGRZ 2015, 30 zutreffend als den „entscheidenden Mehrwert des geplanten Beitritts der Union zur EMRK“ – und der EuGH offenbar als das entscheidende Problem.

⁷¹ *Jarass* (Fn. 3), Einl., Rn. 45; *Streinz/Michl*, in: Streinz (Fn. 34), Art. 6 EUV Rn. 21, 23.

⁷² Vgl. dazu *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 6 EUV Rn. 48 (Stand: 51. Ergänzungslieferung 2013).

⁷³ ABl. 2007 C 306, S. 155, konsolidierte Fassung in ABl. 2012 C 326, S. 273.

⁷⁴ Erklärung zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union, ABl. 2007 C 306, S. 249, konsolidierte Fassung in ABl. 2012 C 326, S. 337. Vgl. zu den Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 EUV und dem Protokoll und der Erklärung dazu *Streinz*, EU und EMRK: Beitritt ermöglicht, aber nicht leicht gemacht. Probleme des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention nach dem Vertrag von Lissabon, in: FS Eckart Klein, 2013, S. 687 (688 f.).

⁷⁵ Entwurf eines Beitrittsinstruments, 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 CCDH, 5.4.2013, 47+1(2013)008. Vgl. dazu *Polakiewicz*, EuGRZ 2013, 472 (472 ff.); *Streinz* (Fn. 74), S. 690 f., 695 ff.

stellt werden,⁷⁶ hielt das Plenum des EuGH in seinem Gutachten vom 18. Dezember 2014 die geplante Übereinkunft in einer Reihe von Punkten für nicht vereinbar mit Art. 6 Abs. 2 EUV und dem EU-Protokoll Nr. 8.⁷⁷

3. Die vom EuGH in seinem Gutachten 2/13 geforderte „Abstimmung“ mit Art. 53 EMRK

Das Gutachten des EuGH beanstandet eine Reihe von Punkten: Die Übereinkunft sei geeignet, Art. 344 AEUV zu beeinträchtigen, da sie die Möglichkeit nicht ausschließe, den EGMR mit Rechtsstreitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten oder zwischen ihnen und der Union zu befassen, die die Anwendung der EMRK im materiellen Anwendungsbereich des Unionsrechts betreffen. An sich sieht die Staatenbeschwerde⁷⁸ des Art. 33 EMRK dies zwar vor. Jedoch sind die Mitgliedstaaten daran bereits jetzt durch Art. 344 AEUV gehindert, soweit Streitigkeiten zwischen ihnen vom Unionsrecht erfasst sind und daher unter den Tatbestand dieser Vorschrift fallen,⁷⁹ so dass die Regelung dieser internen Angelegenheit im Beitrittsabkommen überflüssig und auch nicht angebracht ist. Die Übereinkunft sehe keine Modalitäten des Mitbeschwerde-Mechanismus und des Verfahrens der Vorabbeurteilung des Gerichtshofs vor, die gewährleisten, dass die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts erhalten bleiben. Soweit hier Unsicherheiten bestehen, ließen sich diese, wie die Generalanwältin zutreffend ausführt, durch entsprechende Ergänzungen zu Art. 3 Abs. 5 bis 7 des Beitrittsabkommens ausräumen.⁸⁰ Sie verstoße gegen die besonderen Merkmale des Unionsrechts in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle der Handlungen, Aktionen oder Unterlassungen der Union im Bereich der GASP, da sie die gerichtliche Kontrolle einiger dieser Handlungen, Aktionen oder Unterlassungen ausschließlich einem unionsexternen Organ anvertraue. Ein „besonderes Merkmal“ des Unionsrechts ist insoweit aber gerade, dass für die GASP auch nach dem Vertrag von Lissabon nach dem Willen der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ (vgl. Art. 48 Abs. 4 EUV) bewusst „besondere Bestimmungen und Verfahren“ gelten (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 EUV), zu denen auch die grundsätzliche Unzuständigkeit des EuGH mit Ausnahme der Kontrolle der Einhaltung des Art. 40 EUV und der Überwachung der Rechtmäßigkeit bestimmter Individuen betreffender Beschlüsse nach Art. 275 Abs. 2 AEUV gehört (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV). Wenn der EuGH glaubt, sich auf diesem Wege eine Zuständigkeit dafür erpressen zu können, so dürfte er sich täuschen, zumal nicht alle Mitgliedstaaten auf den Beitritt der Union zur EMRK besonders erpicht sind. Soweit entsprechende Aktivitäten der Mitgliedstaaten im Rahmen der GASP aber von den Bestimmungen der EMRK erfasst sind, besteht bereits jetzt die Zuständigkeit des EGMR. Schließlich zu dem hier, d.h. hinsichtlich Art. 53 GRCh, relevanten Aspekt, der bereits deshalb bemerkenswert ist, weil dieser von der Gene-

⁷⁶ Stellungnahme der Generalanwältin Kokott (Fn. 70), Nr. 280 = EuGRZ 2015, 30.

⁷⁷ Gutachten 2/13, EU:C:2014:2454, Nr. 258 = EuGRZ 2015, 56.

⁷⁸ Gemäß Art. 4 Abs. 2 Beitrittsabkommen (Fn. 75) „Verfahren der Beschwerde zwischen den Vertragsparteien“.

⁷⁹ Vgl. dazu Herrmann (Fn. 34), Art. 344 Rn. 1.

⁸⁰ Vgl. (Fn. 70), Nr. 179, 184, 235, 236 und 280 der Stellungnahme.

ralanwältin in ihrer Stellungnahme wohl wegen seiner Abwegigkeit überhaupt nicht aufgegriffen bzw. hinsichtlich eventueller Probleme des 16. Protokolls zur EMRK zutreffend entkräftet wurde.⁸¹ Die besonderen Merkmale und die Autonomie des Unionsrechts könnten durch das Beitrittsabkommen beeinträchtigt werden, da dieses nicht sicherstelle, „dass Art. 53 EMRK und Art. 53 GRCh aufeinander abgestimmt werden“ und keine Vorkehrungen enthalte, „um der Gefahr einer Beeinträchtigung des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten im Unionsrecht zu begegnen“, ferner „keine Regelung des Verhältnisses zwischen dem durch das Protokoll Nr. 16 geschaffenen Mechanismus und dem in Art. 267 AEUV vorgesehenen Vorabentscheidungsverfahren“ vorsehe. Eine „Abstimmung“ von Art. 53 EMRK mit Art. 53 GRCh ist aber nicht erforderlich. Art. 53 EMRK überlässt den Vertragsparteien zwar die Beibehaltung höherer Grundrechtstandards als sie die EMRK als Mindeststandards vorsieht, zwingt sie aber nicht dazu. Soweit nach der Melloni-Rechtsprechung, auf die der EuGH rekurriert,⁸² gegenüber EU-Sekundärrecht der Standard der EU-Grundrechte-Charta in der Auslegung des EuGH alleiniger Prüfungsmaßstab sein soll, steht Art. 53 EMRK dem nicht entgegen. Wenn aber der EU-Grundrechtstandard den Anforderungen der EMRK in der Auslegung des EGMR nicht genügt, kann die Europäische Union als Vertragspartei der EMRK nicht besser stehen als die anderen Vertragsparteien. Der EuGH unterliegt insoweit ebenso der Kontrolle durch den EGMR wie z. B. das BVerfG und muss wie dieses z. B. im Fall der nachträglichen Sicherungsverwahrung⁸³ oder nach der anderweitigen Bewertung des Ausgleichs kollidierender Grundrechte⁸⁴ wie im Fall *Caroline von Hannover*⁸⁵ grundsätzlich⁸⁶ dessen Vorgaben akzeptieren.⁸⁷ Dafür kann es, wie die Rechtsprechung zu Defiziten der Asylpraxis gemäß der Dublin II-Verordnung zeigt,⁸⁸ durchaus Konfliktpotential geben. Hier dürfen die Mitgliedstaaten auch nicht ohne weiteres auf die Einhaltung des durch die EMRK gebotenen Grundrechtstandards anderer Mitgliedstaaten vertrauen.⁸⁹

⁸¹ Vgl. (Fn. 70), Nr. 136–141 der Stellungnahme.

⁸² Vgl. Gutachten 2/13 (Fn. 77), Nr. 188–190.

⁸³ Vgl. BVerfGE 133, 40 (55 ff. Rn. 37–41) nach EGMR, Nr. 61272/09 – B/Deutschland = EuGRZ 2012, 383.

⁸⁴ Vgl. dazu *Jarass*, EuR 2013, 29 (41).

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 101, 361 (391 ff.) vor und BVerfGE 120, 180 (218 ff.) nach EGMR, Nr. 59320/00, Nr. 76 ff – *Caroline von Hannover/Deutschland* = EuGRZ 2004, 404. Vgl. dazu *O. Klein*, NVwZ 2010, 221 (222). Zur Vermeidung eines Konflikts durch gegenseitige Rücksichtnahme vgl. *Strein*, ZfP 56 (2009), 467 (484 f.). Vgl. zuletzt EGMR (Große Kammer), Nr. 40660/08, Nr. 104 ff. – *von Hannover/Deutschland* = EuGRZ 2012, 278.

⁸⁶ Vgl. zu diesem Ansatz und seinen Grenzen BVerfGE 111, 307 (316 ff.) und Ls. 1 und 2 – *Görgülü*.

⁸⁷ Zur Grundlage und zu möglichen Grenzen nach dem Vorbild nationaler Verfassungsgerichte vgl. *Kokott* (Fn. 70), Nr. 163–171.

⁸⁸ Vgl. dazu EGMR (Große Kammer), Nr. 30696/09 – *M.S.S./Belgien und Griechenland* = EuGRZ 2011, 243; vgl. dazu *von Arnould*, EuGRZ 2011, 238 (239 ff.); vgl. insoweit aber auch das im Gutachten 2/13 (Nr. 191) selbst zitierte Urteil des EuGH Urt. v. 21.12.2011 – C-411/10 und C-493/10 – *N.S. u.a./Secretary of State for the Home Department u.a.*, EU:C:2011:865 Rn. 78–80 = NVwZ 2012, 417.

⁸⁹ Vgl. gegenüber diesem ziemlich selbstgefälligen Ansatz des EuGH in Gutachten 2/13 (Fn. 77), Nr. 191–195 die vom EGMR geforderten individuellen Zusicherungen vor der Über-

„Autonomie“ bedeutet auch für die Europäische Union und ihr Recht nicht Freiheit von Kontrolle.

4. Folgen des EuGH-Gutachtens

Wie und ob überhaupt die „schier unendliche Geschichte“⁹⁰ des Beitritts der Europäischen Union weitergeht ist fraglich. Während die Stellungnahme der Generalanwältin zwar klarstellende Ergänzungen forderte, die das Beitrittsabkommen aber inhaltlich nicht ändern würden und daher wohl erreichbar wären, dürften zumindest die Vorbehalte des EuGH, die die GASP betreffen, kaum realisierbar sein. Denn dafür wäre eine Änderung des Unionsvertrags nötig, zu der die Mitgliedstaaten kaum bereit sein werden. Die übrigen Forderungen des Gerichtshofs sind bereits durch die Beachtung bestehender unionsrechtlicher Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten erfüllt, ohne dass eine deklaratorische Bestätigung in einem Beitrittsabkommen mit den anderen Vertragsparteien der EMRK erforderlich wäre.⁹¹ Das Gutachten des EuGH einfach zu ignorieren kommt in einer Union, die sich als „Rechtsgemeinschaft“ versteht, nicht in Frage, wengleich das Rechtsverständnis in ihr in manchen Bereichen durchaus locker ist. Eine Vertragsänderung, die das Gutachtenverfahren abschafft, wäre auch nicht sinnvoll, weil sich die Frage der Vereinbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrags mit dem EU-Primärrecht besser vor dessen völkerrechtlicher Verbindlichkeit als danach stellt. Somit bleibt es auf absehbare Zeit bei den bestehenden Auswirkungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR auf das Unionsrecht. Letzterer könnte angesichts der Haltung des EuGH vielleicht seine Bosphorus-Rechtsprechung überdenken.

VI. Fazit und Ausblick

Der zumindest zunächst gescheiterte Beitritt der Europäischen Union zur EMRK offenbart ebenso wie die Kontroverse zwischen EuGH und BVerfG nach dem Urteil Åkerberg Fransson, dass in einem Mehrebenensystem des Grundrechtsschutzes dann besondere Probleme bestehen, wenn Gerichte aufeinander treffen, die nicht nur um den Grundrechtsschutz, sondern auch um die Wahrung eigener Kompetenzen besorgt sind. Sowohl der EuGH als auch die nationalen Verfassungsgerichte wie das BVerfG, aber auch der EGMR selbst, sollen durch gegenseitige Rücksichtnahme und Akzeptanz, die europäischen Gerichte auch durch die Zubilligung einer angemessenen „margin of appreciation“ zu einem kohärenten, wo geboten durchaus auch differenzierten europäischen Grundrechtsschutz beitragen. Ansätze dazu sind bei allen drei Gerichten durchaus vorhanden. Sie sollten weiter entwickelt werden.

stellung von Asylbewerbern nach Italien in EGMR (Große Kammer), Nr. 29217/12 – Tarakhel/Schweiz = NVwZ 2015, 127, der ebenso in einem Fall zwischen zwei Mitgliedstaaten der EU gelten würde.

⁹⁰ So *Leutheusser-Schnarrenberger*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Eine schier unendliche Geschichte, in: FS Renate Jaeger, 2011, S. 135.

⁹¹ Vgl. *Michl* (Fn. 8).

CHRISTIAN WALTER

Der verpasste Verfassungsauftrag: Zum Gutachten des EuGH gegen den Beitritt der Union zur EMRK

Für die Generation von Staats- und Verwaltungsrechtlern, der Hans D. Jarass angehört, war das Interesse an ausländischen Rechtsordnungen und am internationalen und europäischen Recht keineswegs selbstverständlich. Hans D. Jarass hingegen richtete seinen Blick schon früh über die Grenzen Deutschlands hinaus. Zu Beginn der 1970er Jahre ging er zum Studium in die USA und erwarb dort den Grad eines Master of Laws der Harvard University. Die dortigen Prägungen haben nicht nur seine 1975 erschienene Dissertation befruchtet,¹ sondern ihn auch animiert, das Verhältnis von Exekutive und Legislative rechtsvergleichend weiterzuverfolgen.² Auch für andere Themen, etwa das öffentliche Wirtschaftsrecht, hat er die Rechtsvergleichung fruchtbar gemacht.³ Schließlich waren die frühen internationalen Erfahrungen ganz sicher ein großer Vorteil für die Beschäftigung mit dem Medien- und dem Umweltrecht, haben doch beide Rechtsgebiete ab den 1980er Jahren starke Veränderungen durch das europäische Recht erfahren.

Es mag auch die internationale Prägung der frühen 1970er Jahre gewesen sein, die Hans D. Jarass dazu veranlasste, sich in den vergangenen Jahren sehr intensiv den Unionsgrundrechten zu widmen, zunächst, 2005, mit einem Lehrbuch⁴ und später mit dem 2010 erschienenen Kommentar zur Grundrechte-Charta.⁵ Die Arbeit an den europäischen Grund- und Menschenrechten hat damit für ihn auch jene Jahre geprägt, in denen wir uns an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster begegnet sind. Vom Völkerrecht kommend stand für mich eher die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) im Vordergrund, für Hans D. Jarass waren es die Unionsgrundrechte. Beide Perspektiven treffen sich beim Thema des Beitritts der Union zur EMRK. Ob Hans D. Jarass die unionszentrierte Perspektive teilt, die der EuGH in seinem Gutachten vom 18.12.2014⁶ eingenommen hat, vermag ich nicht zu sagen. Dass das Gutachten aus konventionsrechtlicher Perspektive eine kritische Betrachtung verdient, wird dagegen kaum überraschen. Eine solche Kritik wird im Folgenden – in dankbarer Erinnerung an fünf gemeinsame Jahre des Lehrens und Forschens in Münster – formuliert.

¹ Jarass, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, 1975, Vorwort.

² Jarass, Kontrolle der Verwaltung durch das Parlament in den USA, Die Verwaltung 9 (1976), 94 ff.

³ Jarass, Der staatliche Einfluß auf die öffentlichen Unternehmen in Frankreich, AöR 106 (1981), 403 ff.

⁴ Jarass, EU-Grundrechte, 2005.

⁵ Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010.

⁶ Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 = EuGRZ 2015, 56 (im Folgenden: „Gutachten“).

Das Gutachten und die Stellungnahme von Generalanwältin *Juliane Kokott* haben einen Umfang, der es ausschließt, auf alle Einzelfragen einzugehen. Im Folgenden geht es um eine kritische Auseinandersetzung mit den großen Linien des Gutachtens. Hierzu wird zunächst knapp der politische und rechtliche Hintergrund der Bemühungen um einen Beitritt der Union zur EMRK geschildert (I.), anschließend werden die Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung (II.) und die institutionelle Sicherung der eigenen Stellung des EuGH gegenüber dem Straßburger Gerichtshof (III.) als die beiden Leitmotive des Gutachtens näher untersucht. Dabei steht der verpflichtende Charakter des Art. 6 Abs. 2 EUV im Vordergrund, den der Gerichtshof in seinem Gutachten vollständig ignoriert. Entgegen dem Verständnis des Gerichtshofs enthält die Vorschrift nicht nur eine Rechtsgrundlage zum Beitritt, sondern sie schafft eine unionsverfassungsrechtliche Pflicht, einen solchen Beitritt herbeizuführen. Der Beitrag endet mit einer eher pessimistischen Einschätzung was die Chancen auf einen baldigen Beitritt der Union zur EMRK angeht (IV.).

I. Zum Hintergrund des Gutachtens

Absichten, einen Beitritt der Union zur EMRK herbeizuführen, gab es schon früh.⁷ Für eine förmliche Bindung der Union an die EMRK wurde geltend gemacht, dass hierdurch eine Verdopplung europäischer Grundrechtsstandards vermieden und eine einheitliche institutionelle Sicherung dieser Standards durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg ermöglicht werde.⁸ Auch nahm in den vergangenen Jahren die Zahl der Verfahren gegen Mitgliedstaaten der EU zu, in denen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) über mögliche indirekte Bindungen der EU an die EMRK zu entscheiden hatte.⁹

Im Rahmen der Beratungen über einen Vertrag für eine Verfassung für Europa wurden dann erstmals Möglichkeiten diskutiert, die bestehenden Beitritts Hindernisse (der Union fehlte die Kompetenz für einen solchen Beitritt und die EMRK erlaubte nur Staaten die Mitgliedschaft)¹⁰ zu beseitigen. Nachdem in verschiedenen früheren Fassungen zunächst nur von der Möglichkeit eines Beitritts und später von einer politischen Absicht die Rede war („die Union strebt an“),¹¹ sprach sich der am 29. Oktober 2004 in Rom unterschriebene Text des Vertrags über eine Verfas-

⁷ Siehe insbesondere das entsprechende Memorandum der Kommission aus dem Jahr 1979, abgedruckt in: EuGRZ 1979, 330 ff.; und die ganz ähnliche Haltung des Europäischen Parlaments, Entschließung v. 27.4.1979, EuGRZ 1979, 257; s. a. die Entschließung v. 18.1.1994 zum Beitritt der Gemeinschaft zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte, ABl. 1994 C 44, S. 32.

⁸ S. etwa *Wildhaber*, Zeitschrift für schweizerisches Recht 2000, 123 (134).

⁹ S. für eine Übersicht EGMR, Factsheet on Case-law Concerning the European Union, November 2014 (abrufbar unter: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_European_Union_ENG.pdf).

¹⁰ S. aus Perspektive der Union Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, Slg. 1996 I-01759 Rn. 23 ff.; der Text der EMRK (insb. Art. 59 EMRK) wurde mit dem 14. Zusatzprotokoll v. 13.5.2004 (CETS No. 194; BGBl. II S. 138) für einen Beitritt der Union geöffnet.

¹¹ Dazu im Einzelnen *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 563 (569).