



Prof. Dr. Theodor Schilling, LL.M., Berlin

Der Beitritt der EU zur EMRK – Verhandlungen und Modalitäten

Fast eine Polemik

Der Beitritt der EU zur EMRK ist uneingeschränkt zu begrüßen. Zu bedauern ist, dass die EU die Beitrittsverhandlungen in einem menschenrechtsfernen Geist ebenso geheimniskrämerisch wie die über einen beliebigen anderen völkerrechtlichen Vertrag führt, während auf Seiten des Europarats weitestgehende Transparenz herrscht. Für die Modalitäten des Beitritts ist von Belang, dass die EU sich in vieler Hinsicht von den anderen (staatlichen) Vertragsparteien der EMRK unterscheidet. Es hätte deshalb gute Gründe gegeben, ihr die von ihr eingeforderte Gleichberechtigung mit diesen zu versagen. Dem Menschenrechtsschutz abträglich ist aber nur die über jede Gleichberechtigung hinausgehende Sonderrolle, die dem EuGH nach dem endgültigen Entwurf des Beitrittsübereinkommens eingeräumt werden soll: Sie droht in manchen Fällen, in denen sowohl die EU wie ein Mitgliedstaat – vom Willen des Beschwerdeführers weitgehend unabhängig – Beschwerdegegner sind, die Rechtsverfolgung des Beschwerdeführers erheblich zu erschweren. Die Vertragsstaaten der EMRK sollten sich gründlich überlegen, ob sie einer solchen Regelung zustimmen wollen.

S. 83

- HFR 8/2011 S. 1 -

1 I. Einleitung¹

Als die EWG gegründet wurde, haben ihre Mitgliedstaaten ihr die Ausübung von Teilen ihrer Hoheitsgewalt übertragen. Seitdem stellt sich die Frage, ob diese Ausübung gleichwohl noch der EMRK unterliegt, der zwar sämtliche Mitgliedstaaten der EWG angehörten und heute der EU angehören, aber eben nicht die EWG bzw. die EU selbst. Diese Frage wurde bis heute nicht zweifelsfrei bejaht. In den letzten dreißig Jahren² hat das zu der Überlegung geführt, dass die EU selbst der EMRK beitreten solle, um diese mögliche Lücke im europäischen Menschenrechtsschutz zu schließen. Der Beitritt stieß seinerzeit auf rechtliche Schwierigkeiten, da einerseits Art. 51 I EMRK den Beitritt nur von Mitgliedern des Europarats vorsah und andererseits der EuGH den Beitritt der EU 1996 von einer entsprechenden primärrechtlichen Ermächtigung abhängig machte³. Mit dem 14. Zusatzprotokoll zur EMRK⁴, das am 1. Juni 2010 in Kraft trat, wurde dann die

¹ Der Beitrag berücksichtigt Entwicklungen bis zum 8. (und letzten) Arbeitstreffen des DCCH-UE mit der EU-Kommission vom 20.-24.6.2011; vgl. 8th Working Meeting of the CDDH [Lenkungsausschuss für Menschenrechte] Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Meeting report, verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_MeetingReports/CDDH-UE_2011_15_RAP_en.pdf (zuletzt abgerufen am 30.08.2011).

² „since the late 1970s“: 8th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE(2011)16fin), verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), III. DRAFT Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, § 2.

³ EuGH, Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, Slg. 1996, I-1759.

⁴ vom 13.5.2004, ETS 194.

EMRK u.a. derart geändert, dass der EU der Beitritt ermöglicht wurde. Parallel dazu wurde schließlich mit Art. 6 II EUV (Fassung des Vertrags von Lissabon, in Kraft seit 1.12.2009⁵) die EU ermächtigt, der EMRK beizutreten. Dabei wurde zugleich festgelegt, dass der Beitritt die in den Gründungsverträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union nicht ändert, was auch dahin zu verstehen ist, „daß der Union damit keine allgemeine Zuständigkeit im Bereich der Menschenrechte übertragen wird“⁶. Das Protokoll (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“⁷ enthält einige ergänzende Regelungen. Insbesondere ist danach dafür Sorge zu tragen, dass die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts erhalten bleiben (Art. 1) und dass der Beitritt die Zuständigkeiten der Union und die Befugnisse ihrer Organe unberührt lässt (Art. 2). Nach den Vorgaben dieses Protokolls sollten die Besonderheiten des EU-Rechts berücksichtigt werden, „ohne der Union zugleich eine ungebührende Extrabehandlung zukommen zu lassen“⁸.

- 2 Seitdem geht alles ganz schnell. Bereits am 19. Mai 2010 nahm das Europäische Parlament eine Entschließung zu den institutionellen Aspekten des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten an⁹. Am 4. Juni 2010 erteilte der Rat der Kommission auf deren Empfehlung vom 17. März 2010¹⁰ einen Verhandlungsauftrag. Am 7. Juli 2010 wurden die Verhandlungen aufgenommen. Inzwischen liegt die endgültige Fassung des Entwurfs einer Vereinbarung über den Beitritt der EU zur EMRK vor¹¹. Über all dieser recht verspäteten Eile – immerhin 15 Jahre nach dem Gutachten des EuGH! – ist, so scheint es, der ursprüngliche Zweck des Beitritts – eine Erstreckung des Menschenrechtsschutzes der EMRK auch auf Akte der EU – gegenüber institutionellen Interessen der EU an eigenen Mitspracherechten in Angelegenheiten der EMRK und namentlich gegenüber der Rücksichtnahme auf protokollarische Empfindlichkeiten des EuGH etwas in den Hintergrund getreten.

S. 84

- HFR 8/2011 S. 2 -

- 3 Diesem ersten Eindruck will der vorliegende Beitrag nachgehen. Es geht hier also nicht um den Beitritt der EU zur EMRK als solchen, den der Verfasser uneingeschränkt begrüßt¹², sondern um die Verhandlungen über diesen Beitritt, namentlich den Verhandlungsauftrag des Rats an die Kommission, sowie dessen Modalitäten, namentlich die Mitspracherechte in den Organen des Europarats, die die EU erfolgreich gefordert hat, sowie die Sonderrolle, die dem EuGH zugestanden wurde, die aber nach

⁵ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 83/2010, S. 1.

⁶ Europäisches Parlament, Entschließung zu den institutionellen Aspekten des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (2009/2241(INI)), verfügbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//DE> (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), Nr. 2.

⁷ ABl. EU C 83/2010, S. 273.

⁸ VORBLATT. TOP 3: Beschluss des Rates zur Ermächtigung der Kommission zur Aushandlung der Übereinkunft über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), RAT 10817/10 EXT 2, verfügbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/III/III_00050/imfname_153386.pdf (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), 2.

⁹ Fn. 6.

¹⁰ Eine zensierte Version der Recommendation for a Council Decision authorising the Commission to negotiate the Accession Agreement of the European Union to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (SEC(2010) 305 final/3 vom 17.3.2010) ist verfügbar unter <http://www.statewatch.org/news/2011/mar/eu-coe-echr-com-censored-mandate-for-accession-11.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.08.2011).

¹¹ Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE(2011)16) (Fn. 2), I. Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

¹² Zweifel an der praktischen Bedeutung des Beitritts bei *Rob Linham*, A square peg in a round hole? The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, verfügbar unter http://www.barhumanrights.org.uk/docs/2010/EU_accession_to_the_ECHR_lecture_29-09-2010_final.pdf (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), 2 (Rdn. 3).

Auffassung des Verfassers dem Menschenrechtsschutz abträglich ist.

4 II. Die Verhandlungen

Zunächst also zu den Verhandlungen zwischen Europarat und EU. Aufgrund der jeweiligen Organisationsstruktur war vorgegeben, dass die EU mit einer Stimme verhandeln würde, nämlich mit der Stimme der Kommission unter Aufsicht der Ratsarbeitsgruppe „Grundrechte“ (des „Sonderausschusses“ im Sinne des Art. 218 IV AEUV), der Europarat aber grundsätzlich mit den 47 Stimmen seiner Mitgliedstaaten, die sämtlich in dem intern zuständigen Lenkungsausschuss für Menschenrechte vertreten sind. Auf Seiten des Europarats waren zwei Probleme zu lösen: Zum einen ist eine Verhandlungsdelegation mit 47 gleichberechtigten Mitgliedern einfach zu groß, zum anderen ist von den Vertragsstaaten des Europarats eine große Mehrheit – 27 von 47 – zugleich Mitgliedstaat der EU. Um das erste Problem zu lösen, hat der Lenkungsausschuss für die Verhandlungen einen Unterausschuss aus 14 Mitgliedern, je sieben aus Mitgliedstaaten und Nichtmitgliedstaaten der EU, eingesetzt. Um das zweite Problem zu beheben und damit den Unzuträglichkeiten einer Art von In-sich-Verhandlung zu entgehen, wurden diese 14 Mitglieder nicht als Regierungsvertreter bestellt – sonst unterlägen die Vertreter aus den Mitgliedstaaten der EU der Loyalitätspflicht des Art. 4 III EUV –, sondern in ihrer persönlichen Eigenschaft, also als unabhängige Sachverständige¹³. Als solche sind die Vertreter des Europarats ohne eigene Agenda nur der Sache verpflichtet¹⁴. Das hat u.a. zur Folge, dass die mittlerweile ausgehandelte endgültige Fassung des Entwurfs einer Beitrittsvereinbarung die jeweiligen Mitgliedstaaten des Europarats nicht bindet¹⁵. Soweit der Unterausschuss freilich den Lenkungsausschuss um Weisungen ersucht¹⁶, werden diese doch wieder von Staatenvertretern erteilt.

S. 85

- HFR 8/2011 S. 3 -

- 5 Über diese grundsätzlich unterschiedliche Konstruktion ihrer Verhandlungsdelegationen hinaus unterscheiden sich EU und Europarat auch in ihrer Herangehensweise an die Verhandlungen grundlegend. Der reinen Verpflichtung auf die Sache auf Seiten des Europarats steht auf Seiten der EU ein Verhandlungsauftrag gegenüber, den der Rat der Kommission erteilt hat und der „strategische Ziele“ ins Auge fasst, die bei den Verhandlungen erreicht werden sollten. Der auf Seiten des Europarats angestrebten Transparenz steht auf Seiten der EU die Geheimhaltung dieses Verhandlungsauftrags gegenüber; ohne sie, so der Rat, könnte der Verhandlungsgegner (die 14 unabhängigen Sachverständigen!) die Kompromissbereitschaft der EU ausloten und damit deren Verhandlungsposition schwächen¹⁷. Der Verhandlungsauftrag ist also bis

¹³ Vgl. *Linham* (Fn. 12), 3 (Rdn. 9 f.).

¹⁴ Manche bedauern, dass der Unterausschuss entgegen der Praxis des CDDH in Abwesenheit von Vertretern nichtstaatlicher Organisationen (NGOs) tagt; das schade der erwünschten Transparenz: *Linham* (Fn. 12), 4 (Rdn. 14). Allerdings fand mittlerweile wiederholt ein Meinungs austausch mit Vertretern der Zivilgesellschaft statt; vgl. 5th working meeting of the CDDH informal working group on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission, Draft meeting report (CDDH-UE(2011)03), verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_MeetingReports/CDDH-UE_2011_03_RAP_en.pdf (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), §§ 2 ff.; Meeting report (Fn. 1), §§ 2 ff.

¹⁵ Meeting report (Fn. 1), § 18.

¹⁶ Vgl. etwa 6th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Meeting report (CDDH-UE(2011)06), verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_meetings_en.asp (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), § 6 S. 3: „...it was agreed to seek specific guidance by the CDDH“; 7th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Relevant excerpts from 72nd CDDH meeting report (CDDH-UE(2011)07), verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), Summary und § 10.

¹⁷ Draft Reply adopted by Council ... to confirmatory application No 17/c/01/10 ... for public access to document 10817/10 (RESTREINT EU), verfügbar unter <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st12/st12679.en10.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), Rdn. 9.

auf weiteres geheim; die freigegebene Fassung¹⁸ ist völlig aussageleer¹⁹. In ihrem Verhandlungsstil jedenfalls hat die EU die Besonderheiten des Rechts der Menschenrechte noch nicht verinnerlicht: anstelle der menschenrechtstypischen Transparenz übt sie sich in den anderweit üblichen diplomatischen Spielchen²⁰. Diese Ausgangslage führt zu einer schiefen Schlachtordnung bei den Verhandlungen²¹, die nicht ohne Auswirkungen auf deren Ergebnis bleiben konnte.

- 6 Trotz dieser mangelnden Transparenz auf Seiten der EU ist deren Position in Grundzügen bekannt, denn: Zum Glück gibt es Österreich. Die österreichische Regierung hat ihr Parlament über die wichtigsten Elemente des Verhandlungsmandats informiert; diese Information ist öffentlich zugänglich²². Öffentlich zugänglich ist weiter die bereits zitierte Entschließung des EP²³, die allerdings vor der Erteilung des Verhandlungsauftrags angenommen wurde und deshalb keinen direkten Aufschluss über diesen geben kann.

7 **III. Die sogenannte Gleichberechtigung der EU**

Dieser Beitrag wird sich hinsichtlich der Modalitäten des Beitritts auf verschiedene Facetten eines Punkts konzentrieren, der im Verhandlungsmandat des Rats angesprochen ist: auf den Grundsatz der Gleichberechtigung der EU in den Organen des Europarates²⁴. Es wird auszuloten sein, was Gleichberechtigung der EU bedeuten kann, inwieweit das Verhandlungsmandat erfolgreich mehr als eine bloße Gleichberechtigung angestrebt hat und inwieweit beides den ursprünglichen Zweck des Beitritts der EU zur EMRK – die Erstreckung des Menschenrechtsschutzes auf Akte der EU²⁵ – zu konterkarieren geeignet ist.

S. 86

- HFR 8/2011 S. 4 -

8 **1. Die Zwecke des Beitritts**

Zunächst aber ist dieser ursprüngliche Zweck der Erstreckung des Menschenrechtsschutzes auf Akte der EU den von den Organen der EU angeführten Zwecken gegenüber zu stellen, die sich in der Entschließung des EP und der Empfehlung der Kommission weitgehend deckungsgleich finden. Dem EP geht es positiv namentlich um die Kohärenz zwischen der EU und den Mitgliedern des Europarats und eine Stärkung der menschenrechtlichen Glaubwürdigkeit der EU²⁶, um den menschenrechtlichen Schutz der Bürger gegenüber Handlungen der EU²⁷, die Förderung eines einheitlichen Systems der Menschenrechte für Europarat und EU, „in dem die beiden Gerichtshöfe [EGMR und EuGH] einmütig vorgehen“²⁸, die

¹⁸ Verfügbar unter <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st10/st10817-ex02.en10.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.08.2011).

¹⁹ Dasselbe gilt für die freigegebene Fassung der Kommissionsempfehlung (Fn. 10).

²⁰ Vgl. T. *Bunyan*, verfügbar unter www.statewatch.org/news/: „It is quite ludicrous that the EU's negotiating position on finally joining the ECHR should be censored. This is a Treaty commitment to improve human rights for everyone in the EU. We need to know exactly what is being proposed on our behalf.“

²¹ *Linham* (Fn. 12), 2 (Rdn. 7): „in Brussels, one negotiates to reach a deal; but in Strasbourg, one discusses to reach an agreement“.

²² TOP 3 (Fn. 8). Ein Auszug aus dem Verhandlungsmandat ist auch enthalten in einem Arbeitspapier der Kommission vom 10.1.2011 über „Previous involvement of the Court of Justice in the context of the accession of the European Union to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“ (DS 1930/10, verfügbar unter <http://www.statewatch.org/news/2011/feb/eu-accession-echr-com-ds-1930-10.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.08.2011)). § I 3 2. Spiegelstrich des Papiers zitiert § 11 des Mandats über die vorherige interne Kontrolle.

²³ Fn. 6.

²⁴ TOP 3 (Fn. 8), 2. Vgl. auch 6th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Draft explanatory report to the agreement on the accession of the EU to the convention (CDDH-UE(2011)05), verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), § 9; *Linham* (Fn. 12), 5 (Rdn. 21).

²⁵ *Linham* (Fn. 12), 5 (Rdn. 18): „for the benefit of the people in Europe“.

²⁶ Ebenso Empfehlung (Fn. 10), sub III (S. 3), dritter Punkt.

²⁷ Ebenso *ibid.*, erster Punkt.

²⁸ Ebenso *ibid.*, vierter Punkt.

Unterstellung der – von der Überwachung durch den EuGH ausgeschlossenen – GASP unter Menschenrechtsaufsicht²⁹, negativ darum, die Autonomie des Unionsrechts ungeachtet des Beitritts gewahrt zu sehen. Für die Kommission kommt noch die Betonung der ausschlaggebenden Rolle der EMRK für den Schutz der Menschenrechte in Europa hinzu³⁰.

- 9 Von den in den Katalogen beider Organe aufgeführten Zwecken lassen sich dem ursprünglichen Zweck des Beitritts neben der ausdrücklichen Erwähnung des Schutzes der Menschenrechte gegen Handlungen der EU und der Kohärenz zwischen der EU und den Mitgliedern des Europarats auch der Gleichlauf der Rechtsprechung von EuGH und EGMR sowie die Unterstellung der GASP unter die EMRK zurechnen. Daneben findet sich eine instrumentale Betrachtung des Beitritts, namentlich die Betonung der Stärkung der menschenrechtlichen Glaubwürdigkeit der EU durch den Beitritt. Das ist freilich kein Widerspruch: Dass der Beitritt zur EMRK auch einem politisch-institutionellen Interesse der EU dient, also auch eigennützig ist, ist nur eine Folge der Verwirklichung von dessen ursprünglichem Zweck und erhöht damit ganz natürlich das Gesamtinteresse der EU an einem Beitritt. Insgesamt geht es also um die Stärkung des materiellen Menschenrechtsschutzes bei gleichzeitiger Bewahrung der Rechtsstellung der EU. Daran ist nichts auszusetzen; das entspricht dem ursprünglichen Zweck des Beitritts.

10 **2. Die Unterschiede zwischen der EU und den Vertragsstaaten der EMRK**

Ich komme zurück zur Frage der Gleichberechtigung der EU, der – auch aus Sicht der Organe, die ihn unter den Zwecken des Beitritts nicht aufführen – nur akzidentielle Bedeutung für diesen zukommen kann. Gleichwohl kommt die Forderung nach Gleichberechtigung besonders in der EntschlieÙung des EP dezidiert zum Ausdruck: Zwar wird die Union, so wird dort vermerkt, nicht Mitglied des Europarats³¹ – dafür fehlt ihr schlicht die allgemeine Zuständigkeit auf dem Gebiet der Menschenrechte –, aber „eine Beteiligung der Union in einem gewissen Rahmen an den Gremien der Konvention [sei] vonnöten, um eine ordentliche Einbindung der Union in das System der Konvention zu gewährleisten“³². Während unklar bleibt, was mit einer „ordentlichen Einbindung“ gemeint und warum diese erforderlich sein könnte, sind die daraus hergeleiteten institutionellen Forderungen sehr klar: ein eigener Richter der EU am EGMR; Stimmrecht der EU, ausgeübt durch die Kommission, bei allen denjenigen Sitzungen des Ministerausschusses des Europarats, die sich auf die EMRK beziehen; Vertretung der EU im Lenkungsausschuss für Menschenrechte; Entsendung von Vertretern des EP in die Parlamentarische Versammlung des Europarats, wenn diese Richter des EGMR wählt³³.

S. 87

- HFR 8/2011 S. 5 -

11 **a) Allgemeines**

Gleichberechtigung ist nichts anderes als der Anspruch auf Gleichbehandlung. Bekanntermaßen muss nicht alles gleich behandelt werden; das wäre nicht nur ungerecht, sondern auch unmöglich. Gleichbehandlung kann nur heißen, dass Gleiches gleich und Ungleiches nach Maßgabe seiner Eigenart ungleich zu behandeln ist. Grundannahme der Verhandlungen über den Beitritt der EU zur EMRK war, dass diese schwierige Rechtsfragen aufwerfen würden, weil bisher noch keine Internationale

²⁹ Ähnlich TOP 3 (Fn. 8), 2: „Eine Ausnahme der GASP von der Jurisdiktion des EGMR wurde von ... einer breiten Mehrheit der Mitgliedstaaten abgelehnt.“

³⁰ Empfehlung (Fn. 10), sub III (S. 3), zweiter Punkt.

³¹ *Linham* (Fn. 12), 5 (Rdn. 20), weist darauf hin, dass deswegen die Aufgaben des Ministerkomitees auseinanderdividiert werden müssen. Das wurde von vielen Delegationen des CDDH als „very important and politically delicate issue“ betrachtet; vgl. CDDH-UE (2011)07 (Fn. 16), §§ 10 ff. Das Ergebnis ist jetzt Art. 7 der Endgültigen Fassung (Fn. 11).

³² EntschlieÙung (Fn. 6), Nr. 7.

³³ *Ibid.* Ebenso TOP 3 (Rdn. 8), 2; Empfehlung (Fn. 10), 4, Punkt IV; jetzt: Art. 6 der Endgültigen Fassung (Fn. 11).

Organisation der EMRK beigetreten sei³⁴. Dahinter steht auch die hier aufgeworfene Frage, inwieweit eine aus staatlichen Vertragsparteien zusammengesetzte Internationale Organisation – die EU – im Rahmen eines multilateralen Vertrages – der EMRK – ebenso wie die anderen, staatlichen Vertragsparteien behandelt werden kann, also eben die Frage ihrer Gleichberechtigung mit diesen. Bei der vorgelagerten Frage nach der Gleichheit von EU und staatlichen Vertragsparteien der EMRK auffallend ist zunächst, dass der Beitritt der EU – anders als der Beitritt eines beliebigen Staates – den Anwendungsbereich der EMRK nicht über das hinaus erweitert, was dieser jedenfalls dann, wenn es die EU nicht gäbe, aber auch dann erfassen würde, wenn der EGMR durch die Internationale Organisation EU hindurch auf deren Mitgliedstaaten Zugriff nähme, was er freilich bisher nur eingeschränkt tut. Eine Ungleichheit der EU gegenüber den staatlichen Vertragsparteien der EMRK besteht unter diesem Gesichtspunkt in erster Linie darin, dass ihre Mitgliedstaaten, die ihr Teile ihrer Kompetenzen zur Wahrnehmung übertragen haben, bereits selbst staatliche Vertragsparteien der EMRK sind. Das spricht gerade unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung dafür, der EU im Rahmen der EMRK keine eigenen Mitwirkungsrechte einzuräumen, sie aber wohl gegebenenfalls anstelle ihrer Mitgliedstaaten handeln zu lassen. Das ist zugleich die Lösung, die man bei einer anderen Internationale Organisation gewählt hat, der die EU neben ihren Mitgliedstaaten beigetreten ist, nämlich der WTO (Art. XI WTO³⁵). Soweit die EU ihr Stimmrecht im Rahmen der WTO ausübt, hat sie die Zahl von Stimmen, die der Zahl ihrer Mitgliedstaaten entspricht, die zugleich Mitglieder der WTO sind (Art. IX (1) WTO). Eine Fußnote stellt ausdrücklich klar, dass die Stimmzahl der EU und ihrer Mitgliedstaaten in keinem Fall die Zahl der Mitgliedstaaten der EU überschreiten darf. Also: Die EU ist zwar Mitglied der WTO, aber nur in der Form, dass sie im Rahmen der ihr kraft EU-Rechts zukommenden Zuständigkeiten an die Stelle ihrer Mitgliedstaaten tritt, nicht aber zu diesen hinzukommt. Die Frage ihrer Gleichberechtigung mit den (übrigen) Vertragsstaaten der WTO wurde meines Wissens in diesem Zusammenhang niemals aufgeworfen. Die Mitgliedschaft der EU in der WTO wurde freilich auch nicht in einer schiefen, sondern in einer fairen Schlachordnung ausgehandelt. Die Forderung nach Gleichberechtigung der EU mit den Vertragsstaaten der EMRK ist also begründungsbedürftig. Diese Begründung ist bisher nicht erbracht worden. Sie kann m.E. auch nicht erbracht werden.

S. 88

- HFR 8/2011 S. 6 -

12 **b) Die verfahrensrechtliche Position der EU, insbesondere das Institut der Co-Verteidigung**

Gesichtspunkte, die im Fall des Beitritts der EU zur EMRK für deren Gleichberechtigung mit staatlichen Vertragsparteien sprächen, könnten sich namentlich aus der Rolle ergeben, die der EU nach ihrem Beitritt im Verfahren vor dem EGMR zukommen kann, also regelmäßig der Rolle eines Beklagten. Die einfachste Fallgestaltung dabei ist es, dass die EU selbst wegen ausschließlich eigener Handlungen vor dem EGMR belangt wird³⁶. Da die EU auch in diesem Fall nur von den Mitgliedstaaten übertragene Kompetenzen wahrnimmt, ist nicht ersichtlich, warum sie in dem Sinne Gleichbehandlung mit staatlichen Vertragsparteien sollte verlangen können, dass ihr neben ihren Mitgliedstaaten über die Verfahrensrechte des Beklagten hinaus eigene Beteiligungsrechte in den Organen des Europarats eingeräumt werden müssten.

13 Eine schwierigere Fallgestaltung besteht darin, dass ein Rechtsakt von einer anderen Vertragspartei als derjenigen erlassen wird, die ihn durchführt³⁷. Häufigste Variante wird sein, dass eine behauptete Verletzung der EMRK auf der nationalen Durchführung

³⁴ TOP 3 (Fn. 8), 2.

³⁵ Agreement Establishing the World Trade Organization, verfügbar unter http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf (zuletzt abgerufen am 30.08.2011).

³⁶ Vgl. aus der Zeit vor dem Beitritt der EU EGMR, *Senator Lines GmbH/Österreich und 14 andere EU-Mitgliedstaaten*, 56672/00, 10.3.2004 (B).

³⁷ Explanatory report (Fn. 2), § 32.

eines Unionsrechtsakts beruht³⁸. Daneben kommt auch die Variante in Betracht, dass die Verletzung auf der Durchführung der Gründungsverträge der EU durch deren Organe beruht³⁹. Dieser Beitrag wird sich auf die Erörterung der häufigsten Variante beschränken.

- 14 Über Fälle, die nach einem Beitritt der EU zur EMRK möglicherweise dieser Variante zuzurechnen wären, hatte der EGMR bereits gelegentlich zu entscheiden. Beispielhaft zu nennen sind *Bosphorus*⁴⁰ und *MSS*⁴¹. In *Bosphorus* hat der EGMR dem Einwand Irlands stattgegeben, es sei völkerrechtlich, nämlich durch EU-Recht, zu dem als menschenrechtswidrig gerügten Vorgehen verpflichtet gewesen. Der EGMR sah in der Erfüllung einer völkerrechtlichen Verpflichtung, die auf der Handlung einer Internationalen Organisation beruhte, die ihrerseits grundsätzlich die Menschenrechte achtete, einen Rechtfertigungsgrund für einen Menschenrechtseingriff, sofern die Verpflichtung selbst nicht grob gegen Menschenrechte verstieß⁴². In *MSS* hat der EGMR einen entsprechenden Einwand Belgiens mit der Begründung zurückgewiesen, das Unionsrecht habe Belgien zu dem gerügten Vorgehen nur ermächtigt, aber nicht verpflichtet⁴³.
- 15 Bei dieser schwierigeren Fallgestaltung, die unter der EMRK, solange sie nur Vertragsstaaten hat(te), nicht möglich war, kann fraglich sein, ob die behauptete Verletzung der EMRK der Vertragspartei, die den beanstandeten Rechtsakt erlassen hat – dem Mitgliedstaat –, oder derjenigen, die die seinen Erlass vorgeschrieben oder zu ihm ermächtigt hat – der EU –, oder beiden zuzurechnen ist. Das ist zunächst für den Beschwerdeführer unangenehm, der häufig im Zweifel darüber sein wird, welcher Beschwerdegegner der richtige ist. Wollte man die Entscheidung darüber, ob die Verletzung dem Unionsrechtsakt oder seiner Durchführung zuzurechnen ist, dem EGMR überlassen, so müsste dieser zudem gegebenenfalls Vorschriften über die Verteilung der Kompetenzen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten auslegen, was offensichtlich nicht zu seiner Kernkompetenz gehört⁴⁴. Er würde damit zugleich in das Interpretationsmonopol des EuGH für Unionsrecht eingreifen⁴⁵.

S. 89

- HFR 8/2011 S. 7 -

- 16 Das hat der EGMR allerdings bisher auch schon getan. So setzt *Bosphorus* voraus, dass die unionsrechtliche Verpflichtung Irlands tatsächlich bestand⁴⁶. *MSS* setzt voraus, dass Unionsrecht Belgien zu seinem Vorgehen nur ermächtigte, nicht aber verpflichtete. Da die EU aber seinerzeit nicht Vertragspartei der EMRK war, kamen als *ratione personae* zulässige Zurechnungsobjekte für Menschenrechtsverstöße nicht die EU selbst, sondern nur ihre Mitgliedstaaten in Betracht.
- 17 All die Fragen, die sich aus dem Beitritt der EU zur EMRK ergeben, haben ihren Grund darin, dass die Übertragung von Hoheitsrechten von den Mitgliedstaaten der EU auf diese zu einer Aufspaltung von Befugnissen geführt hat, die bei einem „normalen“ Staat und damit bei einer „normalen“ Vertragspartei in einer Hand liegen. Um sie zu beheben, lag deshalb eine Lösung nahe, die für die Zwecke der EMRK diese Aufspaltung ignoriert. Demgemäß wurde in den Beitrittsverhandlungen ein neues

³⁸ Dazu Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 3 II.

³⁹ Dazu Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 3 III.

⁴⁰ EGMR, *Bosphorus Haca Yillari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi/Irland*, 45036/98, 30.6.2005 (GK), Rep. 2005-VI, NJW 2006, 197.

⁴¹ EGMR, *MSS/Belgien und Griechenland*, 30696/09, 21.1.2011.

⁴² EGMR, *Bosphorus*, §§ 150 ff.

⁴³ EGMR, *MSS*, §§ 339 f.

⁴⁴ Zu diesen beiden Punkten vgl. auch *Linham* (Fn. 12), 6 (Rdn. 26).

⁴⁵ Das zu vermeiden war eines der Ziele des Verhandlungsmandats: TOP 3 (Fn. 8), 2. Vgl. auch *Tobias Lock*, *Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, Law and Governance in Europe, Working Paper Series 12/2011, verfügbar unter http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl_clge_012_11.pdf (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), 19.

⁴⁶ Vgl. auch *Lock*, *ibid.*

Institut entwickelt⁴⁷, das mit dem Beitritt der EU in die EMRK eingefügt werden soll und das nur in deren Verhältnis zur EU und ihren Mitgliedstaaten Anwendung finden kann⁴⁸: das Institut des „co-respondent“, im Deutschen teils als „Mitbeklagter“⁴⁹, teils als „Co-Verteidigung“⁵⁰ wiedergegeben. Dieses Institut, auf das hier nicht detailliert eingegangen zu werden braucht, soll nur Anwendung finden, wenn die schwierigere Fallgestaltung vorliegt. Die Entscheidung darüber, ob sie vorliegt, ob also im konkreten Fall eine Co-Verteidigung angebracht ist, soll dabei dem EGMR überlassen bleiben⁵¹, der nur auf Antrag des künftigen Mitbeklagten tätig wird⁵², diesen allerdings auch von sich aus auf die Möglichkeit der Antragstellung hinweisen kann⁵³. Das Institut soll es ermöglichen, EU und betroffenen Mitgliedstaat im Verfahren vor dem EGMR in dem Sinne als Einheit zu behandeln, dass eine Beschwerde gegen die eine oder den anderen genügt, um den jeweils anderen (auf seinen Antrag hin) in das Verfahren einzubeziehen und sie damit beide zu belangen, so dass der EGMR sie gegebenenfalls gesamtschuldnerisch zur Durchführung eines allfälligen der Beschwerde stattgebenden Urteils verurteilen kann⁵⁴. So lässt sich erreichen, dass die Beschwerdegegner (Mitbeklagten) gleichermaßen sowohl die Verpflichtungen aus Art. 46 EMRK tragen als auch verpflichtet sind, im Hinblick auf gleichliegende Fälle alle erforderlichen Konsequenzen aus dem Urteil zu ziehen⁵⁵. Das Ignorieren der Aufspaltung der ursprünglich staatlichen Kompetenzen auf die EU und ihre Mitgliedstaaten erlaubt es dem EGMR, von der Verteilung der Haftung auf die Beschwerdegegner abzusehen. Das erlaubt es zugleich, das Interpretationsmonopol des EuGH für das Unionsrecht auch auf dem Gebiet der Kompetenzverteilung zu wahren⁵⁶. Schließlich wird damit dem Beschwerdeführer die für ihn häufig schwierige Entscheidung abgenommen, wer der richtige Beschwerdegegner ist. Alle diese Vorteile entfallen freilich, wenn ein möglicher Mitbeklagter die Co-Verteidigung ablehnt⁵⁷.

S. 90

- HFR 8/2011 S. 8 -

- 18 Angenommen, dass Fälle wie *Bosphorus* und *MSS* nach dem Beitritt der EU vor den EGMR gelangt wären, hätte eine Co-Verteidigung in *MSS* an der Entscheidung des EGMR nichts Grundsätzliches geändert. Allerdings hätte der EGMR dann die menschenrechtswidrige unionsrechtliche Ermächtigung Belgiens beanstanden können. In *Bosphorus* wäre unter den Aspekten einer Co-Verteidigung der Einwand Irlands, es sei zu seinem Vorgehen völkerrechtlich verpflichtet gewesen, nicht mehr möglich gewesen; vielmehr hätte der EGMR über die menschenrechtliche Rechtfertigung der Gesamtregelung befinden müssen. Dieses Ergebnis, das einen wesentlichen Ertrag des Beitritts der EU zur EMRK darstellt, folgt freilich nicht aus dem Institut der Co-Verteidigung, sondern schlicht aus dem Umstand, dass die EU nach ihrem Beitritt zur EMRK dieser gegenüber kein irgendwie außenstehender Dritter mehr ist, sondern eben eine ihr unterworfenen Vertragspartei. Aus dem Institut der Co-Verteidigung folgt nur,

⁴⁷ Das Institut wurde erstmals 2002 vom Lenkungsausschuß für Menschenrechte in seiner Untersuchung „Technical and Legal Issues of a Possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights“, CDDH (2002)010 Add. 2, entwickelt.

⁴⁸ Überlegungen, das Institut auch im Verhältnis der EMRK zur EU und Drittstaaten, die EU-Recht aufgrund gesonderter Abkommen anwenden (vgl. Meeting report (6th Meeting) (Fn. 16), § 7), wurden nicht weiterverfolgt.

⁴⁹ So Entschliebung (Fn. 6), Nrn. 12 f.

⁵⁰ So TOP 3 (Fn. 8), 3.

⁵¹ 6th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) With the European Commission. Draft agreement on the accession of the EU to the Convention (CDDH-UE(2011)04), verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), Art. 4 I lit. b; revidierte Fassung: Draft revised accession agreement [Anhang III zu Meeting report (6th Meeting) (Fn. 16)], Art. [4] [I lit. b "4"].

⁵² Kritisch dazu *Lock* (Fn. 45), 22.

⁵³ Explanatory report (Fn. 2), § 46 f.

⁵⁴ *Linhm* (Fn. 12), 6 (Rdn. 26). Vgl. auch endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 3; Explanatory Report (Fn. 2), § 54.

⁵⁵ Explanatory Report (6th Meeting) (Fn. 24), §§ 37, 56.

⁵⁶ Explanatory report (Fn. 2), § 54. Das wurde mit dem Verhandlungsmandat angestrebt: TOP 3 (Fn. 8), 2.

⁵⁷ Das hat *Lock* (Fn. 45), 19 ff., sehr schön herausgearbeitet.

dass der EGMR, hätte es seinerzeit schon existiert, seine sogenannte „Solange“-Rechtsprechung⁵⁸ nicht für die EU hätte entwickeln müssen.

- 19 Beim Institut der Co-Verteidigung handelt es sich nach alledem entgegen dem Anschein nicht um eine Vorzugsbehandlung der EU, sondern darum, durch den EU-Beitritt im System der EMRK erst aufgerissene Lücken hinsichtlich der Verfahrensbeteiligung, der Haftung und der Vollziehbarkeit von Urteilen des EGMR zu schließen⁵⁹. Das entspricht dem Zweck des Beitritts der EU zur EMRK⁶⁰. Andererseits zeigt das Institut deutlich, dass die EU keine „normale“ Partei der EMRK sein wird. Es sorgt dafür, für die Zwecke der EMRK wieder zusammenzuführen, was die EU und ihre Mitgliedstaaten intern aufeinander aufgeteilt haben. Für diese Zwecke werden die EU und ihre Mitgliedstaaten in der erörterten Fallgestaltung quasi als Einheit behandelt, ganz so, wie es für die WTO deren Abstimmungsregeln vorsehen. Eine Begründung für die Gleichberechtigung der EU mit staatlichen Vertragsparteien lässt sich daraus gewiss nicht herleiten.

20 c) Zwischenergebnis

Aus der verfahrensrechtlichen Position der EU ergeben sich keine Gesichtspunkte, die für deren Gleichberechtigung mit „normalen“, also staatlichen Vertragsparteien sprächen. Die Forderung nach einer solchen Gleichberechtigung erscheint damit schon im Ansatz verfehlt. Dann aber ist nicht einzusehen, warum die EU einen eigenen Richter am EGMR braucht – sie hat dort doch schon über ihre Mitgliedstaaten 27⁶¹! Eine Begründung dahin, dass gerade der 28. Richter aus der EU besondere Kenntnisse des Unionsrechts mitbringen sollte, würdigt die allgemeinen Rechtskenntnisse der anderen 27 Richter aus der EU herab und verkennt zudem, dass auch der 28. Richter in erster Linie Kenntnisse der Menschenrechte mitbringen sollte. Ähnliches gilt für die Mitwirkung der Kommission im Ministerkomitee des Europarats⁶². Auch hier ist die EU bereits durch 27 nationale Minister bzw. Beamte vertreten; eine zusätzliche Mitwirkung der Kommission, die zudem als Organ der EU über keine allgemeinen Kompetenzen auf dem Gebiet der Menschenrechte verfügt, erscheint grundsätzlich höchst überflüssig, auch wenn sie auf Gebiete beschränkt ist, die sich auf die EMRK beziehen⁶³. Hier zeigt sich die Sonderrolle der EU, die gegen ihre Gleichberechtigung spricht, besonders deutlich: Da die EU und ihre Mitgliedstaaten nach dem Beitritt der EU zur EMRK im Ministerkomitee über 28 von 48 Stimme verfügen, könnten sie, wenn dagegen nicht eigens Vorsorge getroffen würde, bei koordiniertem Vorgehen das Ministerkomitee entweder lahmlegen oder für EU-Zwecke instrumentalisieren. Im Rahmen der Beitrittsverhandlungen vereinbarte Vorschriften schließen deshalb eine solche Koordinierung aus oder machen sie unwirksam⁶⁴. Auch für die Mitwirkung von Mitgliedern des EP neben solchen der 27 Parlamente der EU-Mitgliedstaaten an der

⁵⁸ EGMR, *Bosphorus*, § 151 ff., 155.

⁵⁹ Explanatory report (Fn. 2), § 33. Das erkennen auch die nichtstaatlichen Organisationen an; vgl. NGOs' Perspective on the EU Accession to the ECHR: The Proposed Co-respondent Procedure and Consultation with Civil Society, verfügbar unter <http://www.icj.org/dwn/database/EU%20accession%203%20Dec%202010%20final%20with%20logos.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), Recommendation 2, sowie 5th meeting report (Fn. 14), § 3.

⁶⁰ 7th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Draft revised Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE(2011)08), verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), § 31.

⁶¹ Vgl. aber Explanatory report (Fn. 2), § 69; *Linham* (Fn. 12), 7 (Rdn. 28).

⁶² Vgl. aber Explanatory report (Fn. 2), §§ 70 ff.; Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 7.

⁶³ Vgl. Explanatory report (Fn. 2), §§ 70 f.; Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 7 I. Eine Ausnahme mag für die Fälle gelten, in denen es um die Überwachung des Vollzugs von Urteilen geht, die (auch) gegen die EU ergangen sind; hier erscheint eine Gleichberechtigung der EU mit anderen verurteilten Vertragsparteien angebracht. Ebenso *Linham* (Fn. 12), 7 (Rdn. 28).

⁶⁴ Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 7 II (lit. a iVm Art. 18 der Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements).

Richterwahl sind überzeugende Gründe nicht ersichtlich⁶⁵. Aus der Sicht der EU werden hier nur institutionelle Interessen an der Erweiterung der Einflussphären der Organe und damit ihrer Zuständigkeiten verfolgt, wobei freilich eine solche Erweiterung im Rahmen des Beitritts zur EMRK gerade ausgeschlossen sein sollte⁶⁶. Aus der Sicht der EMRK handelt es sich um eine durch nichts gerechtfertigte Vorzugsbehandlung.

S. 91

- HFR 8/2011 S. 9 -

21 Eine ganz andere Frage ist es, ob aus menschenrechtlicher Sicht Bedenken gegen die sogenannte Gleichberechtigung der EU bestehen. Das wäre dann der Fall, wenn dadurch die Erreichung des Zwecks des EU-Beitritts gefährdet oder gar der status quo ante des Menschenrechtsschutzes beeinträchtigt würde. Davon kann aber, soweit wir bisher die sogenannte Gleichberechtigung behandelt haben, keine Rede sein. So muss angesichts der Arbeitsüberlastung des EGMR jeder weitere Richterposten willkommen sein, aus welchen Gründen auch immer er eingerichtet wird. Ebenso willkommen müssen die finanziellen Beiträge der EU zum Haushalt des EGMR sein⁶⁷. Die vorgesehene Mitwirkung der Kommission im Ministerausschuss und des EP in der Parlamentarischen Versammlung, beschränkt auf Richterwahlen, haben sowieso keinen direkten Einfluss auf die Qualität des Menschenrechtsschutzes. Wenn also die hier erörterten Mitwirkungsansprüche der EU auch nicht mit deren sogenannter Gleichberechtigung begründet werden können, so sind sie doch gegenüber dem Menschenrechtsschutz zumindest neutral oder diesem sogar förderlich.

22 **IV. Die Stellung des EuGH im neuen Gefüge**

1. Die Gleichberechtigung des EuGH mit staatlichen Obergerichten

Dem Streben der EU nach sogenannter Gleichberechtigung mit den Vertragsstaaten der EMRK entspreche es, dem EuGH gegenüber dem EGMR grundsätzlich eine Stellung entsprechend der eines nationalen Obergerichts einzuräumen⁶⁸. Das bedeutete, dass der EuGH, wie ein nationales Obergericht, mit einer Sache nur befasst würde, wenn diese nach den generell geltenden internen, hier also: EU-Vorschriften über eine solche Befassung an ihn gelangten. Sondervorschriften gerade für den Fall, dass nach Abschluss des ordentlichen Verfahrens der EGMR mit einer Menschenrechtsbeschwerde befasst werden sollte, verböten sich. Sie stünden auch in Widerspruch zu der Verpflichtung der Vertragsparteien nach Art. 34 S. 2 EMRK, die wirksame Ausübung des Rechts auf Individualbeschwerde nicht zu behindern.

23 In diesem Sinne lässt sich die Entschliebung des EP verstehen: Dort wird angeregt, eine Erschöpfung des Rechtswegs im Sinne des Art. 35 I EMRK nur anzunehmen, wenn der Beschwerdeführer sich während des Rechtswegs vor dem (einem?) nationalen Gericht auch um die Einreichung eines Vorabentscheidungsersuchens bemüht hat. Sieht das nationale Gericht von einem solchen Ersuchen gleichwohl ab, so soll dies der Erschöpfung des Rechtswegs nicht im Wege stehen⁶⁹. Aus unionsrechtlicher Sicht beinhaltet die Entschliebung des EP insoweit nichts Neues. Auf der Seite der EMRK stellte sie freilich einen Systembruch dar, weil der Beschwerdeführer den Rechtsweg nur erschöpfen könnte, wenn er einen „Rechtsbehelf“ in Form des Bemühens um die Einreichung eines Vorabentscheidungsersuchens einlegte⁷⁰, bevor überhaupt die nationale Entscheidung vorläge, bevor er also wissen könnte, ob eine Menschenrechtsbeschwerde für ihn in Frage komme.

⁶⁵ Vgl. aber Explanatory report (Fn. 2), §§ 67 f.; Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 6.

⁶⁶ Protokoll (Nr. 8) (Fn. 7), Art. 2.

⁶⁷ Vgl. Explanatory report (Fn. 2), §§ 82 ff.; Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 8.

⁶⁸ „der [EuGH] wird ... im Verhältnis zum [EGMR] einen Status haben, der dem gegenwärtigen Status der Obersten Gerichte der Mitgliedstaaten entspricht“: Entschliebung (Fn. 6), Nr. 1.

⁶⁹ Entschliebung (Fn. 6), Nr. 10.

⁷⁰ Explanatory Report (Fn. 2), § 57, weist zu Recht darauf hin, dass eine bloße Anregung kein zu erschöpfender Rechtsbehelf sein könne.

S. 92

- HFR 8/2011 S. 10 -

24 **2. Die sogenannte vorherige interne Kontrolle**

Dieser Vorschlag des EP ist nicht weiterverfolgt worden. Mit ihm, so ist anzunehmen, wollte sich die EU nicht begnügen; etwas mehr Rücksichtnahme auf das Selbstbild des EuGH durfte vielleicht doch sein. Die sogenannte Gleichberechtigung der EU mit den staatlichen Vertragsparteien der EMRK und die dem entsprechende Gleichstellung des EuGH mit den nationalen Obergerichten changiert hier in die Vorstellung der Gleichberechtigung des EuGH mit dem EGMR, da beide europäische Gerichtshöfe seien, wie sie sich auch in der gemeinsamen Erklärung von deren beiden Präsidenten⁷¹ spiegelt.

25 **a) Gründe für die Regelung**

Im Verhandlungsmandat ist demgemäß von der „vorherigen Befassung des EuGH in Fällen ..., in denen der EGMR über die Konventionskonformität von sekundärem Unionsrecht abzusprechen hat, ohne dass der EuGH davor die Möglichkeit hatte, über die Konformität von sekundärem Unionsrecht mit den Unionsgrundrechten zu entscheiden“, und ganz allgemein von einer „Verankerung der Wahrung der vorherigen internen Kontrolle des EuGH“ die Rede⁷², die der Vorschlag des EP gerade nicht gesichert hätte. In der Sache geht es darum, dass es nach Art. 267 AEUV regelmäßig im pflichtgemäßen Ermessen des nationalen Instanzgerichts steht, den EuGH um eine Vorabentscheidung zu ersuchen, wenn es im innerstaatlichen Verfahren auf die Auslegung oder die Gültigkeit von Unionsrecht ankommt, und dass auch letztinstanzliche Gerichte, die hierzu verpflichtet sind (Art. 267 III AEUV), tatsächlich davon absehen können⁷³, obwohl angesichts der konkreten Auslegung des Art. 267 III AEUV vor einer rechtskräftigen nationalen Entscheidung über Fragen des Unionsrechts grundsätzlich stets eine Anrufung des EuGH erforderlich ist. Wird aber kein Vorabentscheidungsersuchen gestellt, so macht das eine wirkliche vorherige interne Kontrolle der Konformität von sekundärem Unionsrecht mit EU-Grundrechten (auf die das Verhandlungsmandat abstellt) oder der EMRK (auf die die Beitrittsvereinbarung abstellt)⁷⁴ durch den EuGH, anders als durch die nationalen Gerichte, unmöglich. Es geht der EU also darum, auch in solchen Fällen eine nachgeholt „vorherige“ interne Kontrolle von EU-Recht anhand der EU-Grundrechte durch den EuGH dann zu ermöglichen, wenn eine anschließende externe Kontrolle durch den EGMR bereits eingeleitet ist. Diese interne Kontrolle soll es dem EuGH erlauben, in Fällen, in denen der EGMR die EU oder (einen ihrer) Mitgliedstaaten auf deren Antrag zu(r) Mitbeklagten gemacht hat, über die Vereinbarkeit der beanstandeten Handlung der Union mit denjenigen Konventionsrechten zu entscheiden, deren Verletzung der Beschwerdeführer gerügt hat⁷⁵.

S. 93

- HFR 8/2011 S. 11 -

26 **b) Bedenken gegen die Regelung**

Gegen die Regelung bestehen vielfältige Bedenken. Sie ist im Rahmen des EU-Rechts insofern systemwidrig, als sie eine EU-interne Regelung nur für bestimmte Fälle schaffen soll, die sich von anderen nur dadurch unterscheiden, dass sie nachträglich vor den EGMR gelangt sind (aa). Sie sieht eine Sonderbehandlung des EuGH gegenüber staatlichen Obergerichten vor, die sich nur aus einem Misstrauen der EU

⁷¹ Joint communication from Presidents Costa and Skouris, Anhang III zu Meeting report (5th Meeting) (Fn. 14). Von dieser Joint communication heißt es im Explanatory report (Fn. 2), § 14, sie habe „valuable reference and guidance“ gegeben.

⁷² TOP 3 (Fn. 8), 2; § 11 des Verhandlungsmandats (Fn. 22).

⁷³ So Joint communication (Fn. 71), § 2.

⁷⁴ Nach dem Beitritt der EU zur EMRK gemäß Art. 6 II EUV gilt diese auch unmittelbar für die EU. Der EuGH kann daher dann das EU-Recht auch direkt an ihr messen, ohne wie bisher auf allgemeine Rechtsgrundsätze rekurrieren zu müssen.

⁷⁵ So Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 3 VI; Explanatory Report (Fn. 2), § 58.

gegenüber den Gerichten der Mitgliedstaaten erklären lässt (bb). Die Wirkung von Entscheidungen, die der EuGH nach dieser Regelung treffen könnte, ist beschränkt und ungewiss, so dass ein Nutzen der Regelung für den Menschenrechtsschutz nicht ersichtlich ist (cc). Hingegen liegen die Nachteile für den Menschenrechtsschutz klar auf der Hand (dd). Das Mindeste ist deshalb, den Anwendungsbereich der geplanten Regelung nach Kräften einzuschränken⁷⁶ (ee).

- 27 aa) Ein sachlicher Grund dafür, eine nachträgliche vorherige interne Kontrolle nur in den Fällen zu fordern, die vor den EGMR gelangen, sie aber in anderen Fällen nicht vorzusehen, ist nicht ersichtlich. Der Grundsatz der Subsidiarität des EGMR-Verfahrens, den die beiden Präsidenten anziehen⁷⁷, kann hier wie auch sonst nicht mehr als die Erschöpfung des Rechtswegs verlangen, in dem die nationalen Gerichte bereits Unionsrecht einschließlich der EU-Grundrechte sowie regelmäßig die EMRK anwenden. Ist die EU darüber unglücklich, dass das Vorabentscheidungsverfahren von diesen Gerichten zu häufig gemieden wird, so muss sie ihr Verfahrensrecht generell und nicht nur für den Fall einer nachgängigen Menschenrechtsbeschwerde ändern. Es ist systemwidrig, und unter Art. 34 S. 2 EMRK bedenklich, eine Möglichkeit der nachträglichen Befassung des EuGH nur für die Fälle zu schaffen, in denen eine ohne Vorabentscheidungsersuchen ergangene nationale Entscheidung, die auf der Auslegung von EU-Recht beruht, vor den EGMR gebracht wird, ohne sie unionsrechtlich auch für andere Fälle vorzusehen.
- 28 Möglicherweise liegt hier ein Missverständnis vor. In einem Diskussionspapier des EuGH heißt es, das Prinzip der Subsidiarität der EMRK erfordere eine Regelung, die sicherstelle, dass die Frage der Gültigkeit eines Unionsakts vor den EuGH gebracht werde, bevor der EGMR über die Vereinbarkeit dieses Akts mit der EMRK entscheide⁷⁸. Bei der hier betrachteten Fallgestaltung entscheidet der EGMR aber nicht über die Vereinbarkeit des Unionsrechtsakts mit der EMRK, sondern über diejenige des nationalen (Durchführungs-)Akts⁷⁹. So gesehen, dient die nachträgliche vorherige interne Kontrolle der Behebung einer Problematik, die sich nicht stellen kann.

S. 94

- HFR 8/2011 S. 12 -

- 29 bb) Zudem handelt es sich bei dieser Rücksichtnahme auf Empfindlichkeiten des EuGH offenkundig um eine Sonderbehandlung, die über die sogenannte Gleichberechtigung der EU noch hinaus geht⁸⁰. Die EU wird nicht erklären können, inwiefern sich die Situation des EuGH von derjenigen anderer (staatlicher) Obergerichte unterscheidet, bei denen auch nicht gewährleistet ist, dass sie vor einer Befassung des EGMR mit einer aus ihrem Vertragsstaat und damit aus ihrem Zuständigkeitsbereich stammenden Sache befasst werden⁸¹: Bei Menschenrechtsbeschwerden gegen einen Vertragsstaat ist nun einmal über die Erschöpfung des Rechtswegs hinaus weder vorgeschrieben, dass der nationale Rechtsweg ordnungsgemäß durchlaufen wurde, noch, dass das nationale Obergericht eine (zusätzliche) interne Kontrolle ausübt.
- 30 Etwas bedrückend ist dabei das aus dem Verhandlungsmandat und der gemeinsamen Erklärung der Präsidenten sprechende Misstrauen der EU gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten, die der EuGH zwar, wenn es in seine Argumentationslinie

⁷⁶ Ebenso gemeinsame Stellungnahme des Aire Centre und von Amnesty International, verfügbar unter AIRE Centre and Amnesty International (14/03/2011) http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp (zuletzt abgerufen am 07.09.2011).

⁷⁷ Joint communication (Fn. 71), § 2. Vgl. auch Explanatory report (Fn. 2), § 58. Im Gegensatz dazu hält einer der Teilnehmer die Regelung für mit dem Subsidiaritätsprinzip unvereinbar; Meeting report (Fn. 1), § 9.

⁷⁸ § 12 des Diskussionspapiers vom 12.5.2010, zit. in Arbeitspapier (Fn. 22), § I 3 1. Spiegelstrich.

⁷⁹ Das betont Explanatory report (Fn. 2), § 59, zu Recht.

⁸⁰ Ebenso einer der Teilnehmer; vgl. Meeting report (Fn. 1), § 9.

⁸¹ Ähnlich *Linham* (Fn. 12), 7 (Rdn. 28); „a number of participants“: Meeting report (5th Meeting) (Fn. 14), § 6. Die deutsche Situation, in der eine Befassung des Bundesverfassungsgerichts praktisch bei jeder nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbaren Entscheidung möglich und aus Sicht der EMRK zur Erschöpfung des Rechtswegs auch erforderlich ist, ist insofern eine Ausnahme.

passt, als „juges de droit commun de l'ordre juridique de l'Union“ preist⁸², denen man aber offenbar nur so geringe Kenntnisse des Unionsrechts bzw. der EMRK zutraut, dass ohne eine Einschaltung des EuGH eine ordnungsgemäße Pflege des Unionsrechts, insbesondere der EU-Grundrechte, sowie der EMRK als nicht gesichert erschiene. Das kontrastiert eigenartig mit dem jüngsten Gutachten des EuGH, in dem dieser betont, dass „das nationale Gericht ... in Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof eine Aufgabe [erfüllt], die beiden gemeinsam übertragen ist, um die Wahrung des Rechts bei der Anwendung und Auslegung der Verträge zu sichern“⁸³.

- 31 cc) Die Sonderbehandlung besteht darin, dass nach Abschluss des nationalen Rechtswegs und nach Befassung des EGMR eine Möglichkeit geschaffen werden soll, den EuGH in einer Weise zu befassen, dass der – seinerseits bereits befasste! – EGMR die Entscheidung des EuGH noch berücksichtigen kann, auch wenn seine (des EGMR) Befugnisse von dieser Regelung ausdrücklich unberührt bleiben⁸⁴. In Betracht kommt eine solche Befassung des EuGH, deren Regelung dem Unionsrecht überlassen bleibt, durch die verschiedensten Beteiligten: den Beschwerdeführer, den oder die Beschwerdegegner oder auch den EGMR. Alle diese Fallgestaltungen begegnen Bedenken, die teils gleichermaßen für alle gelten, teils für die jeweilige Gestaltung spezifisch sind.
- 32 (1) Gleichermaßen für alle gilt, dass eine Entscheidung des EuGH keine direkten⁸⁵, sondern nur indirekte und beschränkte Wirkungen zeitigen könnte. Die Anrufung des EGMR setzt voraus, dass der nationale Rechtsweg erschöpft, die nationale Entscheidung also nicht mehr mit ordentlichen Rechtsbehelfen (und regelmäßig auch nicht mehr mit der Verfassungsbeschwerde) anfechtbar ist; es bleibt grundsätzlich nur die Menschenrechtsbeschwerde. Eine Befassung des EuGH in diesem Stadium erfolgte damit recht eigentlich im luftleeren Raum; sie hätte direkte Wirkungen weder auf das vorausliegende nationale Verfahren noch auf das kommende (oder parallele) Verfahren vor dem EGMR. Da der EuGH außerhalb des Rechtswegs befasst würde, könnte eine Entscheidung, mit der er eine Verletzung der EMRK durch die Unionshandlung, auf der die nationale Gerichtsentscheidung beruht, feststellte – nur darüber hätte er zu entscheiden!⁸⁶ –, anders als ein entsprechendes Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts oder eines anderen staatlichen Obergerichts weder Auswirkungen auf die Rechtskraft der nationalen Entscheidung haben noch zu deren Aufhebung führen. Sie wäre damit kein Rechtsbehelf im Sinne von Art. 13 EMRK⁸⁷, sondern eine reine Feststellungsentscheidung. Umgekehrt kann auch der EGMR an Entscheidungen des EuGH nicht gebunden sein⁸⁸. Im Gegenteil: Diese Entscheidungen müssen für den EGMR genauso irrelevant, genauer: genauso Gegenstand der Überprüfung sein wie etwa Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden, die vor einer Befassung des EGMR ergangen sind⁸⁹.

S. 95

- HFR 8/2011 S. 13 -

- 33 Eine Feststellungsentscheidung kann indirekte Wirkungen nur dann zeitigen, wenn ein anderer Akteur autonom Wirkungen an sie knüpft. Bei Entscheidungen, mit denen der EuGH eine EU-Grundrechtsverletzung verneint, ist allenfalls denkbar, dass Beschwerdegegner im Verfahren vor dem EGMR, insbesondere die Kommission, ihren Vortrag vor dem EGMR auf sie stützen; die Sachentscheidung muss in solchen Fällen

⁸² EuGH, Gutachten 1/09 vom 8.3.2011, Rdn. 80: „ordentliche Unionsgerichte“.

⁸³ EuGH, *ibid.*, Rdn. 69.

⁸⁴ Endgültige Fassung (Fn. 11), Art 3 VI S. 3.

⁸⁵ Explanatory Report (Fn. 2), § 60 S. 2.

⁸⁶ Explanatory Report (Fn. 2), § 59.

⁸⁷ Vgl. Explanatory report (Fn. 2), § 57.

⁸⁸ Explanatory report (Fn. 2), § 60 S. 2. Demgemäß ist sich das EP bewusst, dass „der [EGMR] in einem bereits vom EuGH entschiedenen Fall eine Verletzung feststellen kann“: Entschließung (Fn. 6), Nr. 16.

⁸⁹ Gleichwohl warnt einer der Teilnehmer davor, den Einfluss der Entscheidung des EuGH auf den EGMR zu unterschätzen: Meeting report (Fn. 1), § 9.

offensichtlich allein von diesem getroffen werden⁹⁰. Weitere indirekte Wirkungen sind in diesem Fall nicht ersichtlich.

- 34 Eine allfällige dem Beschwerdeführer günstige Entscheidung, also eine Entscheidung, in der der EuGH eine Verletzung der EMRK oder von EU-Grundrechten durch das sekundäre Unionsrecht bejahte, auf dem die von dem nationalen Gericht angewandte nationale Maßnahme beruhte, könnte nationales Recht autonom als Grund für eine Wiederaufnahme des zugrundeliegenden nationalen Verfahrens vorsehen⁹¹. Bisher ist das freilich schon deshalb nicht der Fall, weil es das entsprechende EuGH-Verfahren noch gar nicht gibt, das – angesichts der abschließenden Aufzählung der Zuständigkeiten des EuGH in Art. 263 bis 273 AEUV – nur durch eine Vertragsänderung eingeführt werden könnte⁹². Eine solche Eventualität kann die Einführung der vorherigen internen Kontrolle kaum rechtfertigen.
- 35 Darüber hinaus gehen die beiden Präsidenten, wenn sie den Grundsatz der Subsidiarität heranziehen⁹³, offenkundig davon aus, dass der EGMR eine dem Beschwerdeführer günstige Entscheidung des EuGH berücksichtigen könnte⁹⁴. Deshalb soll die externe Kontrolle erst fortgeführt werden können, wenn die Parteien mögliche Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH erwogen und gegebenenfalls entsprechende Erklärungen beim EGMR eingereicht haben. Für den EuGH wird dabei zur Vermeidung „unvernünftiger“ Verzögerungen ein beschleunigtes Verfahren angedacht⁹⁵.
- 36 Auch eine solche Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung durch den EGMR könnte nur indirekt sein⁹⁶. Da eine solche Entscheidung, wie gesagt, grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Rechtskraft der nationalen Entscheidung hätte, mit der der EGMR befasst wäre, müsste dessen Verfahren ungeachtet der Entscheidung des EuGH seinen Fortgang nehmen, da auch eine dem Beschwerdeführer günstige Entscheidung des EuGH grundsätzlich die Beschwer des Beschwerdeführers nicht entfallen ließe⁹⁷. In dieser ungewöhnlichen Situation wäre vielleicht zu erwarten, dass der EGMR eine Menschenrechtsverletzung durch die staatliche Entscheidung, die auf dem vom EuGH für konventionswidrig befundenen Unionsrechtsakt beruhte, nur dann verneinen würde, wenn der EuGH die EMRK falsch ausgelegt oder angewandt hätte oder wenn seine Entscheidung offenkundig sachwidrig wäre⁹⁸. Hier könnte die vorherige Entscheidung des EuGH also die Begründungslast des EGMR mindern. Denkbar wäre es in seltenen Ausnahmefällen vielleicht auch, dass eine Entscheidung des EuGH, mit der dieser die Verletzung der EMRK durch den Unionsrechtsakt feststellte, in sich eine ausreichende Wiedergutmachung der durch den auf diesem EU-Akt beruhenden nationalen Rechtsakt verursachten EMRK-Verletzung im Sinne des Art. 41 EMRK darstellte⁹⁹, so dass durch die Entscheidung des EuGH der Opferstatus des Beschwerdeführers entfielen. Freilich ließe sich das dem Beschwerdeführer günstige Endergebnis unter beiden Aspekten direkter, einfacher und gewisser ohne Einschaltung des EuGH erreichen¹⁰⁰.

S. 96

- HFR 8/2011 S. 14 -

- 37 Jedoch könnte die Entscheidung des EuGH auf anderem Wege eine gewisse Bedeutung erlangen: Wenn das Verfahren vor ihm einem Vorabentscheidungsverfahren ähneln

⁹⁰ Ebenso Explanatory report (6th Working Meeting) (Fn. 4), § 67.

⁹¹ Angedacht *ibid.*, § 66.

⁹² A.A. Arbeitspapier der Kommission (Fn. 22), zitiert bei Fn. 112.

⁹³ Joint communication (Fn. 71), § 2; Explanatory report (Fn. 2), § 58 S. 3.

⁹⁴ Ebenso Explanatory report (6th Meeting) (Fn. 90), § 68; Draft Agreement (6th Meeting) (Fn. 51), Art. 4 V. Die späteren Fassungen enthalten diese Aussagen nicht mehr.

⁹⁵ Joint communication (Fn. 71), § 2; Explanatory report (Fn. 2), § 61. Vgl. auch Fn. 116.

⁹⁶ Ebenso Explanatory report (6th Meeting) (Fn. 90), §§ 64 f.

⁹⁷ Nach *Lock* (Fn. 45), 30, „The main reason for it is to give the EU courts a possibility to remedy a violation and thus to avoid a conviction.“ Es ist nicht ersichtlich, wie das Verfahren diesen Zweck erfüllen soll.

⁹⁸ Vgl. entsprechend, für die Wirkung einer Entscheidung des House of Lords, EGMR, *A u.a./Vereinigtes Königreich*, 3455/05, 19.2.2009 (GK), §§ 173 f.

⁹⁹ Angedacht in Explanatory report (6th Meeting) (Fn. 90), § 66.

¹⁰⁰ Nach *Lock* (Fn. 45), 36, sollte der EGMR zu einer unabhängigen Entscheidung kommen.

soll¹⁰¹, dann ist die Entscheidung des EuGH entsprechend Art. 267 AEUV eine unionsintern verbindliche Auslegung des Unionsrechts, hier also der in Unionsrecht transponierten EMRK. Für die Mitbeklagten – EU und Mitgliedstaat – steht damit fest, dass die unionsrechtliche Grundlage der vor dem EGMR beanstandeten staatlichen Maßnahme der EMRK in ihrer Auslegung durch den EuGH widerspricht. Das könnte sie veranlassen, sich im Verfahren vor dem EGMR um eine gütliche Einigung (Art. 39 I EMRK) mit dem Beschwerdeführer zu bemühen¹⁰². Mehr noch: Nicht auszuschließen ist, dass die Rechtsprechung des EuGH eine unionsrechtliche Pflicht der Mitbeklagten feststellt, sich in solchen Fällen um eine gütliche Einigung zu bemühen. Für eine solche Pflicht ließe sich der – freilich für andere Verfahrensarten entwickelte – Rechtsgedanke der Art. 260 I, 266 I AEUV nutzbar machen, nach dem die jeweiligen Beklagten „die Maßnahmen zu ergreifen haben, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben“. Dergestalt ließe sich doch noch eine bindende Wirkung der Entscheidung des EuGH finden, wenn diese auch nur eine Verhandlungspflicht der Mitbeklagten begründete.

38 (2) Ob solche beschränkte, nur indirekte und damit letztlich ungewisse Wirkungen der vorherigen internen Kontrolle durch den EuGH deren systemwidrige Einführung rechtfertigen können, ist demnach durchaus zweifelhaft¹⁰³. Die Antwort wird auch davon abhängen, wer das Verfahren vor dem EuGH einleiten darf oder muss. Überträgt man den ursprünglichen Ansatz des EP, der Beschwerdeführer habe den Rechtsweg nur erschöpft, wenn er sich im Verfahren vor den nationalen Gerichten um die Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens beim EuGH bemüht habe, auf den hier erörterten Ansatz der gegenüber der Entscheidung des EGMR vorherigen internen Kontrolle durch den EuGH, so wäre dem Beschwerdeführer aufzugeben, im Zuge der Anrufung des EGMR auch noch den EuGH anzurufen. Eine solche Regelung könnte als Einschränkung des Rechts der Individualbeschwerde nur der Europarat treffen; sie ist, soweit ersichtlich, nicht vorgesehen. Gegen sie spräche zum einen, dass dem Beschwerdeführer damit zusätzlich zur Rechtswegerschöpfung die Durchführung eines weiteren (Vor-)Verfahrens (mit Anwaltszwang!) zugemutet würde, bevor der EGMR zur Sachentscheidung gelangte. Zum anderen könnte der Beschwerdeführer mit der Befassung des EuGH, sofern man diese nicht unter völliger Aufgabe der bisherigen Systematik des unionsrechtlichen Rechtsschutzes als Rechtsbehelf gegen das nationale Urteil ausgestalten wollte, angesichts der nur indirekten Wirkung der EuGH-Entscheidung nicht viel erreichen. Alles in Allem erschiene es daher unzumutbar, und damit im Widerspruch zu Art. 34 S. 2 EMRK stehend, dem Beschwerdeführer die Anrufung des EuGH aufzugeben.

39 Eine andere Möglichkeit, den EuGH zu befassen, läge darin, dass der EGMR dem EuGH den Fall zur vorherigen Entscheidung über die Vereinbarkeit des einschlägigen sekundären Unionsrechts mit EU-Grundrechten oder der EMRK vorlegte¹⁰⁴. Eine solche Regelung könnte nur im Einvernehmen von Europarat und EU getroffen werden: auch sie ist, soweit ersichtlich, nicht vorgesehen. Sie wäre von der Konstruktion, nicht aber von der Funktion her so etwas Ähnliches wie ein Vorabentscheidungsersuchen des EGMR an den EuGH. Der funktionelle Unterschied bestünde zum einen darin, dass der EGMR eine andere Meßlatte anlegte als der EuGH: Letzterer entschiede anhand von Unionsrecht (wenn auch einschließlich der EMRK), ersterer ausschließlich anhand der EMRK. Er bestünde zum anderen im Streitgegenstand: Der EGMR entscheidet über die beschwerdende staatliche Handlung, der EuGH über deren unionsrechtliche

¹⁰¹ So Arbeitspapier der Kommission (Fn. 22), zitiert bei Fn. 109.

¹⁰² Dass die entsprechenden Verhandlungen geheim sind, käme zudem der Öffentlichkeitsscheu der Kommission entgegen.

¹⁰³ Zweifel auch bei *Lock* (Fn. 45), 36.

¹⁰⁴ Angeregt von R. *Badinter*, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, Französischer Senat, verfügbar unter: <http://www.senat.fr/europe/r25052010.html#toc1> (zuletzt abgerufen am 30.08.2011). Das wäre die automatische Befassung, die Explanatory report (6th Meeting) (Fn. 90), § 62, anspricht.

Rechtsgrundlage¹⁰⁵. Er bestünde zum dritten darin, dass der EGMR, wie bereits gesagt, an Entscheidungen des EuGH nicht gebunden sein kann. Insgesamt wäre es eine eigenartige Konstruktion, das zur Entscheidung berufene Gericht – den EGMR – zu verpflichten oder auch nur zu ermächtigen, ein anderes Gericht – den EuGH – um dessen unverbindliche Entscheidung in einer nicht unmittelbar entscheidungserheblichen Frage zu ersuchen¹⁰⁶.

S. 97

- HFR 8/2011 S. 15 -

- 40 Eine dritte Möglichkeit, und zugleich die, die sich in den Beitrittsverhandlungen abzeichnet, besteht darin, in der Beitrittsvereinbarung eine EU-interne vorherige Kontrolle vorzusehen, deren Regelung ausschließlich dem Unionsrecht überlassen bleibt¹⁰⁷. Angedacht ist ein Verfahren auf entsprechenden Antrag der Kommission oder des staatlichen Beschwerdegegners¹⁰⁸, das, mit allerdings erheblichen Abweichungen, dem Vorabentscheidungsverfahren ähneln soll¹⁰⁹ und in dem der EuGH regelmäßig durch Urteil entscheiden würde¹¹⁰. Verfahrensbeteiligte wären die Mitgliedstaaten, die Kommission, die Unionsstelle, die den fraglichen Akt erlassen hätte, und aus Gründen der Waffengleichheit der Beschwerdeführer vor dem EGMR¹¹¹. Die entsprechende Regelung soll in den Beschluss des Rates über den Abschluss der Beitrittsvereinbarung (Art. 218 VI, VIII AEUV) aufgenommen werden¹¹².
- 41 Der Wert eines solchen Verfahrens ist zweifelhaft. Ein eigenes Interesse des Beschwerdegegners daran, eine weitgehend unverbindliche Stellungnahme des EuGH zu erlangen, ist nicht unmittelbar ersichtlich. An einer Entscheidung, die einen Verstoß der fraglichen Unionshandlung gegen die EMRK feststellte, wird er regelmäßig nicht interessiert sein. Für die gegenteilige Entscheidung gilt kaum etwas anderes; allenfalls könnte der Beschwerdegegner sich von ihr eine auf die Autorität des EuGH gestützte Argumentationshilfe für das Verfahren vor dem EGMR erhoffen. Angesichts der gewöhnlichen Machtverhältnisse zwischen Beschwerdeführer und -gegner in Verfahren vor dem EGMR erschiene das nicht unbedingt als Ausdruck von Verfahrensfairness. Soweit der Antrag von der Kommission eingereicht würde, käme noch ein mögliches Interesse an einer unionsinternen Klärung der Frage in Betracht, ob die unionsrechtliche Grundlage der vor dem EGMR beanstandeten staatlichen Handlung mit der EMRK in ihrer Auslegung durch den EuGH vereinbar ist. Auch für ein solches Interesse gilt freilich das bereits oben Gesagte: Wenn es wirklich besteht, dann darf es nicht nur in den Fällen zum Tragen kommen, in denen bereits eine Menschenrechtsbeschwerde gegen diese staatliche Handlung erhoben worden ist¹¹³.
- 42 dd) Über die allfällige Befriedigung protokollarischer Empfindlichkeiten des EuGH hinaus ist also ein praktischer Nutzeffekt der angestrebten Regelung, also der Einführung einer nachgeholtten vorherigen internen Kontrolle durch den EuGH, kaum ersichtlich. Beachtlich sind hingegen die Nachteile für den Beschwerdeführer und damit für den effektiven Menschenrechtsschutz gegen die EU und gegebenenfalls auch gegen ihre Mitgliedstaaten, die eine solche Regelung schüfe. Zu diesen Nachteilen gehören namentlich die unvermeidliche Verlängerung des Verfahrens durch Einschaltung eines

¹⁰⁵ Explanatory report (Fn. 2), § 59.

¹⁰⁶ *Lock* (Fn. 45), 25, sieht eine solche Regelung in möglichem Widerspruch zur Autonomie des EU-Rechts.

¹⁰⁷ Revised agreement (Fn. 51), Art. [4] [VI]. Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 3 VI, spricht nur noch ganz vage davon, dass dem EuGH genügend Zeit eingeräumt werden solle, die Vereinbarkeit einer Bestimmung des EU-Rechts mit der EMRK zu überprüfen; die Frage der Befassung des EuGH spricht er nicht mehr an. Ob das einen förmlichen Beschluß des EGMR voraussetzt, dem EuGH diese Zeit einzuräumen (so *Lock* (Fn. 45), 28), kann hier dahin stehen. Das Arbeitspapier der Kommission (Fn. 22), § 16 lit. b, denkt eine Regelung in der Verfahrensordnung des EGMR an.

¹⁰⁸ Explanatory report (6th Meeting) (Fn. 90), § 62; Arbeitspapier der Kommission (Fn. 22).

¹⁰⁹ Arbeitspapier der Kommission (Fn. 22), § 5.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 8.

¹¹¹ *Ibid.*, § 10.

¹¹² *Ibid.*, § 11. Vgl. auch Text bei Fn. 92.

¹¹³ *Lock* (Fn. 45), 29 ff., erörtert ausführlich, ob die fragliche Regelung mit der Autonomie des Unionsrechts vereinbar ist, und bejaht das schließlich nicht ohne Bedenken.

weiteren Gerichts und die Erschwerung der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers angesichts der Komplexität des EU-Rechts.

S. 98

- HFR 8/2011 S. 16 -

- 43 Was die Verlängerung des Gesamtverfahrens betrifft, so wurden in den Verhandlungen zwei Formulierungen für den Zeitpunkt des Verfahrens vor dem EuGH in Betracht gezogen: dass dieses Verfahren vor der Sachentscheidung des EGMR oder während der Prüfung der Sache durch den EGMR erfolgen solle¹¹⁴. Mit beiden Formulierungen wurde der Eindruck erweckt, dass die Verfahren vor den beiden Gerichten parallel laufen sollten. Gleichwohl wird mit dem Satz, die EU solle eine schnelle Entscheidung des EuGH sicherstellen, damit das Verfahren nicht unangemessen verzögert werde¹¹⁵, zugestanden, dass solche Verzögerungen eintreten werden. In der Tat sind sie unvermeidbar, denn die Parteien müssen Gelegenheit erhalten, sich vor dem EGMR zu der Entscheidung des EuGH zu äußern. Das schriftliche Verfahren vor dem EGMR kann also erst abgeschlossen werden, nachdem der EuGH entschieden hat (sofern die Parteien im Verfahren vor dem EGMR nicht auf eine mündliche Stellungnahme zur EuGH-Entscheidung beschränkt werden, was in gewissem Widerspruch zu der Bedeutung stünde, die die Beitrittsvereinbarung und die gemeinsame Erklärung der Präsidenten dieser Entscheidung beimessen). Es wäre also mindestens mit einer mehrmonatigen Verlängerung des Gesamtverfahrens zu rechnen¹¹⁶.
- 44 Was die Erschwerung der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers angeht, so ist das Recht der EMRK relativ einfach; die EMRK selbst ist knapp und recht klar formuliert. Sie ist auch nur in zwei Sprachen verbindlich, was es erleichtert, ihren Inhalt festzustellen. Das Recht der EU ist demgegenüber hochkomplex; schon seine Verbindlichkeit in derzeit 23 Sprachen erschwert den Zugang zu ihm in einer menschenrechtlich nicht unbedenklichen Weise¹¹⁷. Insbesondere das Zusammenspiel zwischen staatlichem und supranationalem Recht, um das es in Fällen der Co-Verteidigung zwangsläufig immer gehen wird, ist für den Laien kaum und für den nicht darauf spezialisierten Juristen nur mühsam zu durchschauen¹¹⁸. Nur wenige Rechtsvertreter in Europa werden beide Materien gleichermaßen beherrschen. Hinzu kommt, dass vor dem EuGH anders als vor dem EGMR eine Beteiligung von Vertretern der Zivilgesellschaft, also nichtstaatlicher Organisationen, deren Vortrag regelmäßig den des Beschwerdeführers unterstützt, nicht vorgesehen ist. Dass der Beschwerdeführer nur die Befugnis hätte, nicht aber gezwungen wäre, sich am Verfahren vor dem EuGH zu beteiligen, und dass er hierfür gegebenenfalls Prozesskostenhilfe erlangen könnte¹¹⁹, ist angesichts dessen nur ein schwacher Trost.
- 45 ee) Die Möglichkeit einer nachgeholtten vorherigen Befassung des EuGH ist auf die Fälle der Co-Verteidigung beschränkt¹²⁰. Wie häufig oder wie selten sie in Betracht kommt, hängt somit davon ab, für welche Fälle eine Co-Verteidigung vorgesehen ist. Die Diskussion darüber ließ während der Verhandlungen eine klare Richtung nicht erkennen. Ursprünglich gingen die Vorstellungen dahin, als Anknüpfungspunkt für eine Co-Verteidigung bereits eine wesentliche Beziehung zwischen der beanstandeten staatlichen Maßnahme und einem Unionsrechtsakt genügen zu lassen¹²¹. Ähnlich weit

¹¹⁴ Revised agreement (Fn. 51), Art. [4] [VI].

¹¹⁵ Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 3 VI S. 2; vgl. auch Joint communication (Fn. 71), § 2.

¹¹⁶ Explanatory Report (Fn. 2), § 61, verweist darauf, dass der EuGH bereits ein beschleunigtes Verfahren kenne und dass er in diesem Verfahren Entscheidungen binnen sechs bis acht Monaten zu treffen in der Lage sei. Im Arbeitspapier der Kommission (Fn. 22), § 16 lit. a, wird eine Höchstdauer von 15 Monaten angedacht.

¹¹⁷ Vgl. Theodor Schilling, Beyond Multilingualism. On different approaches to the handling of divergent language versions of a Community law, ELJ 16 (2010), 47-66.

¹¹⁸ Vgl. hierzu NGO's Perspective (Fn. 59), I.1.

¹¹⁹ Explanatory Report (Fn. 2), § 58.

¹²⁰ Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 3 VI.

¹²¹ Nach Draft agreement (Fn. 51) Art. 4 Option A: „4“, sollte Voraussetzung einer „Co-Verteidigung“ ein „substantive link with European union legal acts or measures“ sein. Diese Voraussetzung wäre etwa in MSS wohl erfüllt gewesen.

ist die von den beiden Präsidenten gewählte Formulierung, nach der eine nachgeholte vorherige Befassung des EuGH immer dann in Betracht kommen soll, wenn staatliche Maßnahmen zur Anwendung oder Durchführung von Unionsrecht getroffen wurden¹²². Beides würde eine Co-Verteidigung der EU und damit eine nachgeholte vorherige Befassung des EuGH in zahlreichen Fällen ermöglichen¹²³. Später sah es so aus, als setze sich eine engere Fassung durch. Danach sollte eine Co-Verteidigung nur in Betracht kommen, wenn die staatliche Maßnahme nur unter Verstoß gegen Unionsrecht hätte vermieden werden können¹²⁴, wenn der belangte Mitgliedstaat also unionsrechtlich zu der beanstandeten Maßnahme verpflichtet war¹²⁵. Nur drei der in den letzten Jahren vom EGMR entschiedenen Fälle sollen diesen engen Tatbestand erfüllen¹²⁶. Noch später sollte nicht mehr auf die Vereinbarkeit der unionsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten mit ihren EMRK-Verpflichtungen abgestellt werden, sondern auf die Vereinbarkeit einer unionsrechtlichen Bestimmung mit der EMRK¹²⁷. Danach wäre eine Co-Verteidigung bereits dann möglich gewesen, wenn eine gerügte Verletzung der EMRK durch eine staatliche Maßnahme die Vereinbarkeit einer unionsrechtlichen Bestimmung mit der EMRK hätte fraglich erscheinen lassen¹²⁸. Das Ergebnis wäre dem der ursprünglichen Vorstellungen zum Verwechseln ähnlich gewesen.

S. 99

- HFR 8/2011 S. 17 -

- 46 Derzeit letzter Stand der Dinge ist es, dass die Co-Verteidigung dann möglich ist, wenn die Rüge einer EMRK-Verletzung die Frage der Vereinbarkeit einer EU-Regelung mit der EMRK aufwirft, insbesondere wenn die Verletzung nur unter Missachtung einer unionsrechtlichen Verpflichtung hätte vermieden werden können¹²⁹. Der Wert dieser offensichtlichen Kompromissformel hängt von der Auslegung des „insbesondere“ („notably“) ab. Wird ihm nur die Bedeutung eines Beispiels beigemessen, so kommt dem Nebensatz nur minimale Bedeutung zu; die Regelung ist dann ähnlich weit wie die anfänglich beabsichtigte. Aber es ist nicht ausgeschlossen, das „insbesondere“ in dem Sinne zu verstehen, dass nur eine ähnlich enge Beziehung zwischen dem Unionsrechtsakt und dem gerügten staatlichen Akt wie die beispielhaft genannte eine Co-Verteidigung ermöglicht. Der Lackmestest ist ein Fall von der Art von *MSS*, in dem Unionsrecht nationales Verhalten gestattet, aber nicht vorschreibt. Da der EGMR diese Differenzierung zwischen „gestatten“ und „vorschreiben“ inzwischen auch außerhalb des Bezugs zum Unionsrecht anwendet¹³⁰, besteht die Hoffnung, dass er diese Unterscheidung auch hier beachten und das bloße unionsrechtliche Gestatten dem beispielhaft genannten Vorschreiben nicht gleichstellen wird. Zugleich mag die vage Formulierung „insbesondere“ es ihm ersparen, EU-Recht dahin auszulegen, ob ein

¹²² Fn. 71.

¹²³ Die gemeinsame Stellungnahme (Fn. 76) zählt unter § 5 eine lange Liste einschlägiger Fallgestaltungen auf.

¹²⁴ Unter der engen Fassung des Revised agreement (Fn. 51), Art. [4] [I lit. b "4"]: „if it appears that an act or omission underlying an alleged violation notified could only have been avoided by disregarding an obligation under European Union law“ wäre in *MSS* eine Co-Verteidigung kaum in Betracht gekommen.

¹²⁵ Explanatory report (7th Meeting) (Fn. 60), § 37.

¹²⁶ Explanatory report (7th Meeting) (Fn. 60), Fn. 19: *Matthews/ Vereinigtes Königreich, Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi/Irland und Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A./ Niederlande*. — Vom intendierten Ergebnis her ähnlich — die in Fn. 123 angeführte Liste umfasst Fallgestaltungen, die nach Ansicht ihrer Verfasser *nicht* unter die Co-Verteidigungsregelung fallen sollten — ist der Vorschlag in der gemeinsamen Stellungnahme (Fn. 76), nicht nach der Grundrechtskonformität von EU-Recht zu fragen, sondern nach seiner Gültigkeit, die im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit der staatlichen Maßnahme von Belang sein könne: Sei der Unionsrechtsakt rechtswidrig, so sei die zu seiner Durchführung erlassene staatliche Maßnahme nicht gesetzmäßig.

¹²⁷ 7th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Meeting report (CDDH-UE(2011)10), verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_MeetingReports/CDDH-UE_2011_10_RAP_en.pdf (zuletzt abgerufen am 30.08.2011), § 7.

¹²⁸ *Ibid.*, Appendix III, Draft revised accession agreement, Art. [4] [II].

¹²⁹ Endgültige Fassung (Fn. 11), Art. 3 II. Einer der Beteiligten hätte einer engeren Umschreibung wie der unter Fn. 124 genannten deutlich den Vorzug gegeben: Meeting report (Fn. 1), § 8.

¹³⁰ Vgl. EGMR, *Al-Jedda/Vereinigtes Königreich*, 72021/08, 7.7.2011 (GK), §§ 102 ff.

Vorschreiben oder ein Gestatten vorliegt, und es ihm damit ermöglichen, das Interpretationsmonopol des EuGH für Unionsrecht zu respektieren¹³¹. Aus der Sicht des Menschenrechtsschutzes wäre das insbesondere unter dem Aspekt, dass der Beitritt der EU zur EMRK die wirksame Ausübung des Rechts auf Individualbeschwerde unter der EMRK fördern und nicht behindern soll¹³², zu begrüßen.

47 **V. Schluss**

Der Beitritt der EU zur EMRK ist seit langem überfällig; er ist uneingeschränkt zu begrüßen. Als notwendige Folge dieses Beitritts ist auch das neue Institut der Co-Verteidigung zu begrüßen. Unter dem Gesichtspunkt des Menschenrechtsschutzes sind weiter die Beteiligungsrechte der EU in den Organen des Europarats, so wie sie der Entwurf der Beitrittsvereinbarung vorsieht, zu begrüßen oder doch jedenfalls nicht abzulehnen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass es sich dabei nicht um eine Folge der sogenannten Gleichberechtigung der EU handelt, die es nicht geben kann, weil die EU als Zusammenschluss von Vertragsstaaten der EMRK mit diesen nicht „gleich“ ist, sondern um Sonderrechte. Aus menschenrechtlicher Sicht bedenklich und abzulehnen ist hingegen die Möglichkeit eines Vorschaltverfahrens vor dem EuGH, der sogenannten vorherigen internen Kontrolle, für die schon deshalb keine Gleichberechtigung der EU geltend gemacht werden kann, weil die Vertragsstaaten der EMRK über keine vergleichbaren Rechte verfügen. Sie ist abzulehnen, weil sie zum einen zur Entscheidungsfindung des EGMR nichts Wesentliches beitragen kann, zum anderen aber den Menschenrechtsschutz des Beschwerdeführers dadurch erschwert, dass sie das sowieso schon (über-)lange Gesamtverfahren weiter verlängert und die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers behindert, der sich ihretwegen nicht mehr nur mit nationalem und mit EMRK-Recht auseinandersetzen muss, sondern auch noch mit dem hochkomplexen EU-Recht. Die Vertragsstaaten der EMRK sollten sich dreimal überlegen, ob sie einer Regelung zustimmen wollen, die unter Hintanstellung von Gesichtspunkten des Menschenrechtsschutzes wesentlich der Rücksichtnahme auf protokollarische Empfindlichkeiten des EuGH dient.

Zitierempfehlung: Theodor Schilling, HFR 2011, S. 83 ff.

¹³¹ Vgl. *Lock* (Fn. 45), 20.

¹³² Gemeinsame Stellungnahme (Fn. 76), § 4.