

Solange II revisited: Die „Michaud“-Entscheidung des EGMR und der Beitritt der EU zur EMRK

Manuel Indlekofer und Daniel Engel*

Inhalt	
A. Einführung	75
B. Rechtsschutz gegen mitgliedstaatliche Vollzugsmaßnahmen im europäischen Mehrebenensystem	77
I. Unionaler Individualrechtsschutz	77
1. Die Individualnichtigkeitsklage	77
2. Das Vorabentscheidungsverfahren	79
II. „Solange II“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	80
III. „Bosphorus“-Rechtsprechung des EGMR	81
C. Die „Michaud“-Entscheidung des EGMR	83
I. Sachverhalt	83
II. Widerlegung der „Bosphorus“-Vermutung	84
III. Analyse	84
D. Der Beitritt der Union zur EMRK	86
I. Prozessuale Modalitäten des Beitrittsvertrages	86
1. Passivlegitimation	87
2. „Co-respondent“-Mechanismus	87
a) Anwendungsbereich für die Union	88
b) Parteistellung im Verfahren	88
c) Freiwilligkeit des Mechanismus	89
II. Zukünftige Abkehr von der „Bosphorus“-Vermutung	90
III. Folgen für die Bundesrepublik	92
E. Schlussfolgerung	93

A. Einführung

Der Grundrechtsschutz gegen zwingende Vorgaben des europäischen Sekundärrechts, insbesondere gegen allgemein gültige Verordnungen oder verbindliche Vor-

* Dr. Manuel Indlekofer LL.M. (Chicago-Kent) und Daniel Engel sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Jean-Monnet-Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht sowie Sportrecht von Prof. Dr. Christoph Vedder an der Universität Augsburg.

gaben von Richtlinien besteht aus einer ausdifferenzierten Rechtsprechung im Mehrebenensystem zwischen dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG), dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Dieses voneinander abhängige System ist bisher von einer jeweiligen Kontrollrücknahme zugunsten des EuGH gekennzeichnet.

Auf nationaler Ebene proklamierte das Bundesverfassungsgericht durch seine „Solange II“-Rechtsprechung, die deutsche Umsetzung zwingender Vorgaben des Sekundärrechts vor dem Hintergrund adäquaten Grundrechtsschutzes auf Unionsebene nicht mehr anhand deutscher Grundrechte zu überprüfen.¹ In der Folge werden derartige Verfassungsbeschwerden schon als unzulässig abgewiesen, wenn nicht – entsprechend der Ausführungen in *Bananenmarkt* – ein allgemeines Absinken des unionalen Grundrechtsschutzes unter das Niveau des Grundgesetzes dargelegt wird.²

Auf der Ebene der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK)³ hat der EGMR in seiner Leitentscheidung *Bosphorus* ebenfalls seine Kontrollrücknahme gegenüber Unionsrechtsakten erklärt. Mit Blick auf den der EMRK vergleichbaren Grundrechtsschutz durch den EuGH hat der EGMR eine Vermutung für die Konventionskonformität mitgliedstaatlicher Vollzugsakte formuliert.⁴ In der bislang wenig beachteten Entscheidung des EGMR im Individualbeschwerdeverfahren *Michaud/Frankreich*⁵ hat der EGMR jüngst eine Widerlegung der „Bosphorus“-Vermutung angenommen, welche die Verantwortung der nationalen Gerichte innerhalb des dezentralen Individualrechtsschutzsystems in neuem Licht erscheinen lässt. Gleichzeitig existiert ein Entwurf für den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, welcher trotz der bislang ablehnenden Haltung des EuGH⁶ einen Einblick in den zukünftigen Ablauf des Individualbeschwerdeverfahrens gegen Unionsrechtsakte ermöglicht.⁷ Im Lichte der „Michaud“-Entscheidung und der zukünftigen Verantwortungsverteilung bei EMRK-Verstößen zwischen der EU und den Mitgliedstaaten will sich dieser Beitrag als Appell an das Bundesverfassungsgericht verstanden wissen, seine bisher sehr reservierte Vorlagepraxis an den EuGH und die „Solange II“-Rechtsprechung zu überdenken. Es wird gefordert, bis zum Beitritt der EU zur EMRK aufgrund der „Michaud“-Entscheidung vermehrt Vorlagen an den EuGH zu über-

1 BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (340, Leitsatz 2).

2 BVerfG, Beschl. v. 7.6.2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (Leitsatz).

3 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, BGBl. 1952 II, 685, in der Fassung des 14. Zusatzprotokolls v. 13.5.2004, BGBl. 2006 II, 138, 139; 2010 II, 1196 (EMRK).

4 EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irland*, Rdnr. 156.

5 EGMR, Nr. 12323/11, *Michaud/Frankreich*.

6 EuGH, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt II*, ECLI:EU:C:2014:2454.

7 Final report to the CDDH on the 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, Doc. 47+1(2013)008 v. 5.4.2013 in der bereinigten Fassung v. 10.6.2013, Doc. 47+1(2013)008rev 2. In Anhang V zu diesem Dokument befindet sich ein Erläuterungsbericht zum Beitrittsabkommen (im Folgenden „Erläuterungsbericht“).

weisen um einer etwaigen Haftung in Verfahren vor dem EGMR zu entgehen, und ab dem Beitritt der EU zur EMRK aufgrund der damit einhergehenden Verantwortungsverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten eine Modifikation der „Solange II“-Rechtsprechung vorzunehmen.

B. Rechtsschutz gegen mitgliedstaatliche Vollzugsmaßnahmen im europäischen Mehrebenensystem

Diese Forderungen gehen auf das bestehende Rechtsschutzsystem im europäischen Mehrebenensystem zurück, das zu skizzieren ist, um eine Sensibilisierung für die „Michaud“-Entscheidung und die zukünftigen Auswirkungen eines Beitritts der EU zur EMRK zu schaffen.

I. Unionaler Individualrechtsschutz

Auf Ebene der Europäischen Union existieren für einen vom Inhalt zwingender Vorgaben des Sekundärrechts nachteilig Betroffenen zwei Rechtsschutzmöglichkeiten, um eine Belastung anzugreifen: die Individualnichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV und das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b Alt. 1 AEUV. Hierbei wird das Individuum indes aufgrund der Ausgestaltung beider Klagearten vor das Problem gestellt, dass es in der Konstellation des indirekten Vollzuges, d.h. der Umsetzung sekundärrechtlicher Vorgaben durch die Mitgliedstaaten, keine Möglichkeit hat, eine zwingende Überprüfung des Sekundärrechts anhand der Unionsgrundrechte vor dem EuGH in jedem Fall zu erreichen.

1. Die Individualnichtigkeitsklage

Zunächst erweist sich die Individualnichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV als weitgehend unzulässig. Da es sich bei Verordnungen und Richtlinien um einen abstrakt-generellen Rechtsakt handelt, fehlt es grundsätzlich an einer Adressierung des Betroffenen im Sinne von Art. 263 Abs. 4 Alt. 1 AEUV, welcher die Individualnichtigkeitsklage daher nur gegen Maßnahmen des direkten Vollzuges, insbesondere gegen Beschlüsse ermöglicht.⁸

Ferner scheidet eine Individualnichtigkeitsklage gegen eine Verordnung bzw. Richtlinie gemäß Art. 263 Abs. 4 Alt. 2 AEUV an der fehlenden individuellen Betroffenheit des Klägers. Diese bestimmt sich nach der sogenannten „Plaumann“-Formel des EuGH und verlangt eine Heraushebung des Klägers aus dem übrigen persönlichen Anwendungsbereich einer abstrakt-generellen Regelung dergestalt, dass er aufgrund

8 *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 263 AEUV, Rdnr. 30 ff.; *Schwarze*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar. 3. Aufl. 2012, Art. 263 AEUV, Rdnr. 40; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 263 AEUV, Rdnr. 32; *Pache*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 263 AEUV, Rdnr. 38.

besonderer persönlicher Eigenschaften in gleichem Maße individualisiert wird wie der Adressat eines Beschlusses.⁹ Die bloße Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereiches einer abstrakt-generellen Regelung des europäischen Gesetzgebers ist hierfür regelmäßig nicht ausreichend.¹⁰ Sein Festhalten an der „Plaumann“-Formel hat der EuGH kürzlich für die Neufassung von Art. 263 Abs. 4 AEUV unter dem Vertrag von Lissabon ausdrücklich bestätigt.¹¹

Schließlich ergibt sich eine Zulässigkeit der Individualnichtigkeitsklage gegen eine Verordnung oder eine Richtlinie nicht aus Art. 263 Abs. 4 Alt. 3 AEUV. Diese Alternative ermöglicht eine Klage gegen

„Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die [den Kläger] unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen.“

Auf die individuelle Betroffenheit im Sinne der „Plaumann“-Formel kommt es bei dieser Variante daher zwar nicht an. Jedoch eröffnet die Alternative nicht – wie vom EuGH selbst angedeutet¹² und von der Literatur deswegen bisher vertreten¹³ – die Möglichkeit für Individuen gegen Sekundärrechtsakte, insbesondere Verordnungen, selbst unmittelbar vorzugehen. Vielmehr erteilte der EuGH diesem Verständnis des Art. 264 Abs. 4 Alt. 3 AEUV in seiner „Inuit“-Entscheidung aus dem vergangenen Jahr explizit eine Absage.¹⁴ Somit bestätigte der EuGH seine Auffassung, dass der Rechtsschutz gegen sekundäre Unionsrechtsakte primär Sache der Mitgliedstaaten selbst sei, welche Individuen die notwendigen Rechtsbehelfe zur Verfügung stellen müssten.¹⁵ In der Konsequenz bleibt Individuen die Individualnichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV auch nach dem Vertrag von Lissabon gegen Sekundärrechtsakte der Union weitgehend verschlossen.

9 EuGH, Rs. 25/62, *Plaumann*, Slg. 1963, 199, 238.

10 EuGH, Rs. 25/62, *Plaumann*, Slg. 1963, 199, 239; EuGH, Rs. C-50/00 P, *Pequeños Agricultores*, Slg. 2002, I-6677, Rdnr. 46; EuGH, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré II*, Slg. 2004, I-3425, Rdnr. 45 ff.; EuGH, Rs. C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, Slg. 2013, Rdnr. 68 ff.; zur Ausnahme der Schein-Verordnung sowie der Schein-Richtlinie, die letztlich ein Bündel von Einzelbeschlüssen darstellen und deshalb als „verschleierte“ Beschlüsse eine Nichtigkeitsklage ermöglichen, vgl. EuGH, Rs. C-30/67, *Industria Molitoria Imolese*, Slg. 1968, 171, 181 f. zur Verordnung und EuGH, Rs. C-10/95 P, *Ascocarne*, Slg. 1997, I-4149, Rdnr. 31 zur Richtlinie.

11 EuGH, Rs. C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, Slg. 2013, Rdnr. 68 ff.

12 EuGH, Rs. C-50/00 P, *Pequeños Agricultores*, Slg. 2002, I-6677, Rdnr. 45.

13 *Frenz/Distelrath*, Klagegegenstand und Klagebefugnis von Individualnichtigkeitsklagen nach Art. 263 IV AEUV, NVwZ 2010, S. 165 f.; *Everling*, Lissabon-Vertrag regelt Dauerstreit über Nichtigkeitsklage Privater, EuZW 2010, S. 572 ff.; *Kottmann*, Plaumanns Ende: Ein Vorschlag zu Art. 263 Abs. 4 AEUV, ZaöRV 2010, S. 547 ff.; *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 216 ff.

14 Aufgrund historischer und systematischer Auslegung der Norm kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass lediglich Rechtsakte, die keine Gesetzgebungsakte darstellten unter den Begriff „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ zu subsumieren seien, vgl. EuGH, Rs. C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, Slg. 2013, Rdnr. 57 ff.

15 EuGH, Rs. C-50/00 P, *Pequeños Agricultores*, Slg. 2002, I-6677, Rdnr. 41; EuGH, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré II*, Slg. 2004, I-3425, Rdnr. 31.

2. Das Vorabentscheidungsverfahren

Dies rückt die zweite Rechtsschutzform in den Vordergrund: das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b Alt. 1 AEUV. In Ermangelung des unmittelbaren Zugangs zum EuGH im Wege der Individualnichtigkeitsklage verbleibt dem Betroffenen in der Konstellation des indirekten Vollzuges nur, gegen den mitgliedstaatlichen Vollziehungsakt vor nationalen Gerichten vorzugehen und, soweit zwingende Vorgaben des Sekundärrechts den Gegenstand seines Grundrechtseingriffes bilden, eine Vorlage der nationalen Gerichte an den EuGH zur Überprüfung der Vereinbarkeit des Sekundärrechts mit den Unionsgrundrechten gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b Alt. 1 AEUV anzuregen.

Der entscheidende Nachteil dieses dezentralen Systems liegt indes darin, dass der Betroffene eine derartige Vorlage nicht erzwingen kann. So steht ihm insofern kein Antragsrecht zu; nach ausdrücklicher Rechtsprechung des EuGH handelt es sich beim Vorabentscheidungsmechanismus nicht um einen Rechtsbehelf für den Betroffenen.¹⁶ Vielmehr steht das „ob“ einer Vorlage weitgehend im Ermessen der vorlageberechtigten Gerichte des Mitgliedstaates, die hierüber bis zur Grenze der Willkür frei befinden können.¹⁷ Nur wenn sie die Argumentation des Betroffenen teilen, sind sie – gleich welcher Instanz – zu einer Vorlage verpflichtet, um das Verwerfungsmopol des EuGH zu wahren.¹⁸ Gehen die mitgliedstaatlichen Gerichte jedoch ihrerseits von einer Vereinbarkeit des Sekundärrechts mit den Grundrechten aus, so sind sie – ebenfalls gleich welcher Instanz – nicht verpflichtet, ein Vorabentscheidungsverfahren zu initiieren, da das Unionsrecht die Vermutung der Rechtmäßigkeit in sich trägt.¹⁹

Dies hat zur Folge, dass der Betroffene keinen unmittelbaren Einfluss auf die Überprüfung einer sekundärrechtlichen Rechtsgrundlage vor mitgliedstaatlichen Gerichten hat. Einzig eine willkürliche Nichtvorlage eines vorlagepflichtigen Gerichtes ist bewehrt, indem der mitgliedstaatliche Staatshaftungsanspruch wegen judikativen Unrechts ausgelöst wird.²⁰ Weiterhin steht dem Betroffenen in diesem Fall eine Verfassungsbeschwerde wegen Entzuges des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu²¹ und auch eine Individualbeschwerde hat unter dem „Fair-trial“-Grundsatz aus Art. 6 EMRK vor dem EGMR Aussicht auf Erfolg.²²

16 So ausdrücklich EuGH, Rs. 283/81, *CILFIT*, Slg. 1982, 3415, Rdnr. 9.

17 Grundlegend hierzu *Vedder*, Ein neuer gesetzlicher Richter? – Zum Beschluß des BVerfG vom 22.10.1986, NJW 1987, S. 530 f.

18 EuGH, Rs. 314/85, *Foto-Frost*, Slg. 1987, 4199, Rdnr. 15 ff.; EuGH, Rs. C-344/04, *IATA u. ELFAA*, Slg. 2006, I-403, Rdnr. 29.

19 EuGH, Rs. 314/85, *Foto-Frost*, Slg. 1987, 4199, Rdnr. 14; EuGH, Rs. C-344/04, *IATA u. ELFAA*, Slg. 2006, I-403, Rdnr. 28 f.

20 EuGH, Rs. C-224/01, *Köbler*, Slg. 2003, I-10239, Rdnr. 55.

21 BVerfG, 1 BvR 230/09, Rdnr. 15 ff.; BVerfG, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (315 ff.).

22 EGMR, Nr. 3989/07 und 38353/07, *Ullens de Schooten u. Rezabek/Belgien*.

II. „Solange II“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Kann der Betroffene eine Überprüfung durch den EuGH nicht erreichen und verläuft der Instanzenzug nachteilig, so verbleibt ihm als innerstaatliche *ultima ratio* die Erhebung der Individualverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Tauglicher Beschwerdegegenstand kann dabei selbstredend ausschließlich der deutsche Vollziehungsakt, nicht aber die unionsrechtliche Rechtsgrundlage selbst sein.²³ Zwar sind deutsche Behörden auch im Rahmen der Vollziehung unionsrechtlicher Vorgaben gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die deutschen Grundrechte gebunden. Dennoch würde eine Überprüfung des Vollzugsaktes gleichzeitig eine inzidente Überprüfung des Sekundärrechts anhand der deutschen Grundrechte zur Folge haben. Während sich das Bundesverfassungsgericht zu Beginn der europäischen Integration in der „Solange I“-Rechtsprechung noch vorbehält, in Anbetracht eines fehlenden Grundrechtskataloges und einer gering ausgeprägten Grundrechtsrechtsprechung des EuGH, eine solche Überprüfung vorzunehmen,²⁴ verkehrte es diesen Ansatz in der „Solange II“-Entscheidung vor dem Hintergrund der richterrechtlichen Entwicklung der Unionsgrundrechte und aufgrund der Notwendigkeit der Wahrung der Einheitlichkeit des Unionsrechts im Wege des Auslegungsmonopols des EuGH in sein Gegenteil um:

„Solange die Europäischen Gemeinschaften [...] einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleichzuachten ist, [...] wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, [...] nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.“²⁵

Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich nicht erfolgsversprechend, eine Verfassungsbeschwerde gegen die deutsche Umsetzung zwingender Vorgaben des Sekundärrechts zu erheben.²⁶ In seiner späteren „Bananenmarkt“-Entscheidung konkrete-

23 BVerfG, Beschl. v. 29.5.1974, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 (281 f.); BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007, 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 (95).

24 BVerfG, 2 BvL 52/17, BVerfGE 37, 271.

25 BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (340, Leitsatz 2); vgl. hierzu auch: *Stein*, Einführung, ZaöRV 1987, S. 279 ff.; *Stein*, Umgekehrt! Bemerkungen zum „Solange II“-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1711 ff.; *Scherer*, Solange II: Ein grundrechtspolitischer Kompromiss, JA 1987, S. 483 ff.; *Hilf*, Solange II: Wie lange noch Solange?, EuGRZ 1987, S. 1 ff.; *Frowein*, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 1994, S. 1 ff.; *Everling*, Brauchen wir Solange III?, EuR 1990, S. 201 ff.; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, S. 285 ff.; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, 53. EL, Mai 2014, nach Art. 6 EUV, Rdnr. 79 ff.; *Huber*, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofes zu den nationalen Gerichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/2, 2009, S. 171 ff.; *Ehlers*, Verhältnis des Unionsrecht zu dem Recht der Mitgliedstaaten, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, S. 457 f.

26 So auch: *Stein*, (Fn. 25), ZaöRV 1987, S. 283 f.; *Stein*, (Fn. 25), in: Fürst/Herzog/Umbach, S. 1724 ff.; *Hilf*, (Fn. 25), S. 6.

sierete das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung dahingehend, dass das Bundesverfassungsgericht keine Prüfung der aufgrund des Unionsrechts erlassenen mitgliedstaatlichen Vollzugsakte anhand des Grundgesetzes vornimmt, solange ein gebotener Grundrechtsschutz auf Unionsebene besteht.²⁷

In der Konsequenz nimmt das Bundesverfassungsgericht keine Prüfung vor, ob im Einzelfall ein dem Grundgesetz vergleichbarer Grundrechtsschutz auf unionaler Ebene besteht, sondern nimmt seine Kontrolle hinsichtlich zwingender Vorgaben des Sekundärrechts generell zurück.²⁸ Der Betroffene muss nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts darstellen, dass die gesamte Unionsgrundrechtsordnung hinter dem Schutzniveau des Grundgesetzes zurückbleibt; es genügt nicht, dies anhand des konkreten Einzelfalls zu gerieren.²⁹ Ein hinter dem Grundgesetz zurückbleibendes Schutzniveau ist insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon in Art. 6 Abs. 1 EUV nicht zu erwarten. Vielmehr lässt sich konstatieren, dass eine Verfassungsbeschwerde gegen einen mitgliedstaatlichen Vollziehungsakt unabhängig von den Umständen des Einzelfalls grundsätzlich unzulässig ist.³⁰ Anzumerken ist bereits an dieser Stelle, dass dies unabhängig von der Frage gilt, ob der EuGH im Verfahrensverlauf durch die nationalen Gerichte im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens beteiligt wurde.

III. „Bosphorus“-Rechtsprechung des EGMR

Sodann besteht für den Betroffenen die Möglichkeit, in Anbetracht der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges eine Individualbeschwerde gemäß Art. 34 EMRK zum EGMR einzulegen. Vor dem Beitritt der EU zur EMRK kann eine solche nicht gegen die Union selbst erhoben werden. Sie wäre nach ständiger Rechtsprechung des EGMR aufgrund fehlender Zuständigkeit *ratione personae* als unzulässig abzuweisen.³¹ Indes kann eine Individualbeschwerde in der Konstellation des indirekten Voll-

27 BVerfG, Beschl. v. 7.6.2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (Leitsatz); vgl. auch: Hofmann, Zurück zu Solange II! Zum Bananenmarktordnungs-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, in: Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Welt-offenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 1207 ff.

28 Vgl. statt vieler Schmid, Ein enttäuschender Rückzug – Anmerkungen zum „Bananenmarktbeschluss“ des BVerfG, NVwZ 2001, S. 254; Limbach, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2917; Mayer, Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte durch das BVerfG: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, EuZW 2000, S. 688.

29 Limbach, (Fn. 28), S. 2913, 2917.

30 Eine Ausnahme stellt die „ultra vires“-Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts dar, um die es hier allerdings nicht gehen soll; dazu BVerfG, Beschl. v. 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 und jüngst BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013, 2 BvR 1390/12.

31 EGMR, Nr. 24833/94, *Matthews/Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 32; EGMR, Nr. 73274/01, *Connolly/Deutschland, Österreich, Belgien, Dänemark, Spanien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Vereinigtes Königreich u. Schweden*, Rdnr. 2; EGMR, Nr. 13645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A./die Niederlande*, Rep. 2009-I, S. 175, 198.

zuges gegen den handelnden Mitgliedstaat gerichtet werden, da hinsichtlich des mitgliedstaatlichen Vollziehungsaktes grundsätzlich die personelle Zuständigkeit des EGMR besteht.³² Für den EGMR stellt sich daher die grundsätzliche Frage, ob der Gerichtshof trotz fehlender völkerrechtlicher Gebundenheit des eigenständigen Völkerrechtssubjektes Europäische Union an die EMRK eine indirekte Überprüfung von EU-Sekundärrechtsakten vornehmen kann, sofern diese von EMRK-Mitgliedstaaten durch nationalen Umsetzungsakt vollzogen werden.

Dies bejahte der EGMR grundsätzlich in seiner „Bosphorus“-Entscheidung. Allerdings sprach sich der EGMR, offensichtlich von der „Solange II“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts inspiriert,³³ ebenfalls für eine weitgehende Kontrollrücknahme unter Berücksichtigung des durch den EuGH gewährleisteten Grundrechtsschutzes auf Ebene der Union gegenüber den EU-Mitgliedstaaten aus, soweit sie zwingende Vorgaben des Sekundärrechts vollziehen:

„Staatliches Handeln in Erfüllung [unionaler] Verpflichtungen ist solange gerechtfertigt, wie die jeweilige Organisation die Grundrechte schützt – und zwar sowohl durch materielle Regeln als auch durch ein Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung – und das in einer Art, die wenigstens als gleichwertig zu dem von der Konvention gewährten Schutz anzusehen ist [...]“³⁴

Nach eindringlicher Untersuchung gelangte der EGMR zu dem Ergebnis, dass die Unionsrechtsordnung einen der EMRK vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.³⁵ Folglich ist der EGMR seither geneigt, einen Sekundärrechtsakt der Union nicht inzident anhand der EMRK zu überprüfen.³⁶ Er respektiert somit im Interesse internationaler Kooperation und aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit der EMRK die den Mitgliedsstaaten gegenüber der EU obliegende Umsetzungs- und Anwendungsverpflichtung des Unionsrechts aus Art. 4 Abs. 3 EUV.³⁷ Im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht, das spätestens in der „Bananenmarkt“-Entscheidung eine generelle Kontrollrücknahme formulierte, handelt es sich bei der vom EGMR postulierten Reservekompetenz jedoch um eine solche des Einzelfalls. Eine Widerlegung der Vermutung „gleichwertigen Grundrechtsschutzes“ kann im jeweiligen Einzelfall erfolgen.³⁸ Nichtsdestotrotz ist eine solche Einzelfallwiderlegung der „Bosphorus“-

32 EKMR, Nr. 13258/87, *M. & Co./Deutschland*, YB 1990, S. 46, 51; EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irland*, Rdnr. 135 ff.

33 *Haratsch*, Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH, ZaöRV 2006, S. 927 ff.

34 EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irland*, Rdnr. 156.

35 EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irland*, Rdnr. 159 ff.

36 EGMR, Nr. 16931/04, *Coopérative des Agriculteurs de Mayenne und Coopérative Laitière Maine-Anjou/Frankreich*; EGMR, Nr. 13762/04, *Biret/Deutschland, Österreich, Belgien, Dänemark, Spanien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Vereinigtes Königreich u. Schweden*, Rdnr. 2.

37 EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irland*, Rdnr. 150.

38 *Ibid.*, Rdnr. 156.

Vermutung bis dato nicht erfolgt. Vielmehr lehnte auch der EGMR in seiner Rechtsprechung post-Bosphorus Individualbeschwerden, die sich auf mitgliedstaatliche Vollzugsakte des Unionsrechts beriefen, als unzulässig, da nicht erfolgsversprechend, ab.³⁹

Vor der „Michaud“-Entscheidung des EGMR lässt sich damit ein im Ergebnis vollumfänglicher Gleichlauf zwischen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR konstatieren, indem vor beiden Gerichten eine Überprüfung mitgliedstaatlicher Vollzugsakte aufgrund der jeweiligen Kontrollrücknahme nicht erlangt werden konnte.

C. Die „Michaud“-Entscheidung des EGMR

Mit seiner Entscheidung im Individualbeschwerdeverfahren *Michaud/Frankreich* hat der EGMR diese bislang bestehende Systematik bedeutsam verändert und die Verantwortung der nationalen Gerichte im dezentralen Individualrechtsschutzsystem der Union deutlich hervorgehoben.

I. Sachverhalt

Dem Verfahren lag eine Individualbeschwerde unter Art. 8 EMRK zugrunde. In Umsetzung mehrerer Richtlinien der Europäischen Union zur Bekämpfung von Geldwäsche hatten der französische Gesetzgeber und die französische Anwaltskammer Vorschriften erlassen, welche Rechtsanwälte unter Androhung disziplinarrechtlicher Sanktionen verpflichtete, verdächtige Entwicklungen umgehend zu melden. Der Beschwerdeführer berief sich vor französischen Gerichten auf das durch Art. 8 EMRK geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant, unterlag jedoch in allen Instanzen. Der Conseil d'Etat unterließ es im Laufe des Verfahrens, das Verfahren – wie vom Beschwerdeführer angeregt – auszusetzen und den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b Alt. 1 AEUV zur Frage der Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen. Begründet wurde die Abweisung des Vorlageersuchens mit dem Argument, dass der EuGH in einem anderen Verfahren erst kürzlich zur Vereinbarkeit der Richtlinie mit Art. 6 EMRK Stellung bezogen hatte⁴⁰ und zum anderen darauf, dass die Richtlinie nach der Überzeugung des Conseil d'Etat mit Art. 8 EMRK in Einklang stand.

39 EGMR, Nr. 16931/04, *Coopérative des Agriculteurs de Mayenne und Coopérative Laitière Maine-Anjou/Frankreich*; EGMR, Nr. 13762/04, *Biret/Deutschland, Österreich, Belgien, Dänemark, Spanien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Vereinigtes Königreich u. Schweden*, Rdnr. 2.

40 EuGH, Rs. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone u.a.*, Slg. 2007, I-5305.

II. Widerlegung der „Bosphorus“-Vermutung

Der EGMR wies die Individualbeschwerde nicht mit Verweis auf seine „Bosphorus“-Rechtsprechung als unzulässig ab, sondern nahm eine Überprüfung des „gleichwertigen Grundrechtsschutzes“ auf der Grundlage der „Bosphorus“-Entscheidung *in concreto* vor.

Dabei kam der EGMR zwar zu dem Ergebnis, dass vor dem Hintergrund des primärrechtlichen Charakters der Grundrechtecharta seit dem Lissabon-Vertrag in jedem Fall ausreichend materieller Grundrechtsschutz auf Unionsebene bereitstehe⁴¹ und adäquater prozessualer Rechtsschutz insbesondere durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und deren Möglichkeit zur Durchführung des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV gewährleistet werde, da sie durch dessen Initiierung eine Überprüfung des Sekundärrechts anhand der Unionsgrundrechte sicherstellen.⁴² Für den EGMR besteht daher die in *Bosphorus* formulierte Vermutung zugunsten der Konventionskonformität auch nach dem Vertrag von Lissabon grundsätzlich fort.⁴³

Allerdings wies der EGMR in der Folge erstmalig daraufhin, dass die Vermutung des „gleichwertigen Grundrechtsschutzes“ nur bestehe, wenn das Grundrechtsschutzsystem der EU im jeweiligen innerstaatlichen Verfahren vollumfänglich zur Anwendung gebracht wurde:

„Der vorliegende Fall unterscheidet sich außerdem und insbesondere, weil in der Sache *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi/Irland* der Überwachungsmechanismus der EU voll zum Tragen gekommen ist. [...] Dagegen hat im vorliegenden Fall der französische Conseil d’Etat den Antrag des Beschwerdeführers auf Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung abgelehnt [...].“⁴⁴

Da der gleichwertige Grundrechtsschutz insbesondere aus der Anwendung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV resultiert, ist die „Bosphorus“-Vermutung widerlegt, wenn die Mitgliedstaaten nicht auf diesen Mechanismus zurückgreifen.⁴⁵

Im Folgenden überprüfte der EGMR den französischen Umsetzungsakt und damit inzident die EU-Richtlinie an Art. 8 EMRK, gelangte indes zu dem Ergebnis der Vereinbarkeit mit der in Frage stehenden Gewährleistung.⁴⁶

III. Analyse

Die „Michaud“-Entscheidung des EGMR bringt wesentliche Erkenntnisse für die Verantwortlichkeit der EU-Mitgliedstaaten unter der EMRK für mitgliedstaatliche

41 EGMR, Nr. 12323/11, *Michaud/Frankreich*, Rdnr. 106.

42 *Ibid.*, Rdnr. 108 ff.

43 *Ibid.*, Rdnr. 111.

44 *Ibid.*, Rdnr. 114.

45 *Ibid.*, Rdnr. 115.

46 *Ibid.*, Rdnr. 117 ff.

Vollziehungsakte mit sich, welche das Bundesverfassungsgericht veranlassen sollte, seine bisherige Reserviertheit gegenüber Vorlagen zum EuGH zu überdenken.

Im Rahmen der „Michaud“-Entscheidung darf nicht außer Betracht bleiben, dass es in der Entscheidung nur mittelbar darum ging, Unionsrecht anhand der Konvention zu überprüfen. Es ist von entscheidender Bedeutung, sich vor Augen zu führen, dass im Falle eines festgestellten Konventionsverstößes allein Frankreich die Verantwortung unter der EMRK hätte tragen müssen und folglich für die Vollziehung zwingender Vorgaben des Unionsrechts in Haftung genommen worden wäre. Kausaler Ausgangspunkt dieser Verantwortlichkeit wäre dabei – bei genauer Betrachtung – nicht der mitgliedstaatliche Vollziehungsakt. Vielmehr liegt der eigentliche Vorwurf des EGMR in der Übergehung des unionsrechtlichen Rechtsschutzsystems, insbesondere des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV. Wäre es seitens des Conseil d’Etat zu einer Vorlage an den EuGH gekommen, so wäre nach Lesart der Entscheidungsgründe in *Michaud* ohne Weiteres die „Bosphorus“-Vermutung zugunsten Frankreichs zur Anwendung gelangt, welches davon ausgehend eine Verurteilung durch den EGMR nicht zu befürchten gehabt hätte. Das gilt unabhängig von der Frage, ob eine Vorlagepflicht für die mitgliedstaatlichen Gerichte bestand,⁴⁷ da im Falle der eigenen Überzeugung der Konventionskonformität des Unionsrechts eine solche von vornherein nicht existiert.⁴⁸

Vor dem Hintergrund der dargestellten Funktionsweise des dezentralen Individualrechtsschutzsystems im Anwendungsbereich des indirekten Vollzuges von Unionsrechtsakten hat die „Michaud“-Entscheidung auch für die Bundesrepublik weitreichende Folgen. Wie gesehen, besteht auch für deutsche Gerichte keine Vorlagepflicht im Laufe des Verfahrens, sollten diese von der Konventionskonformität der sekundärrechtlichen Unionsvorgaben überzeugt sein.⁴⁹ Da das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund der „Bananenmarkt“-Entscheidung seine „Solange II“-Kontrollrücknahme *de lege lata* unabhängig davon ausübt, ob der EuGH im Laufe des Verfahrens im Vorabentscheidungsverfahren beteiligt wurde, bestünde im Falle eines Verstößes der unionsrechtlichen Vorgaben gegen die Konvention eine Haftung der Bundesrepublik. Weiterhin wäre die Bundesrepublik nicht eigenständig in der Lage, den Konventionsverstoß zu beseitigen, da es im unionsinternen Kompetenzgefüge ausschließlich dem europäischen Gesetzgeber, d.h. im Regelfall Europäischem Parlament und Rat, zusteht, das Sekundärrecht zu ändern. Insbesondere das Instrument der Vorlage erscheint als angebrachter Lösungsansatz des mitgliedstaatlichen Dilemmas zwischen konfligierender Verpflichtungen aus Unions- und Konventionsrecht. Dieses hat das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich des OMT-Beschlusses der EZB zwar jüngst erstmalig zur Anwendung gebracht.⁵⁰ Dennoch betrifft dieses Vorlageverfahren nicht die vorliegend behandelte Konstellation des Grundrechtseingriffes im

47 So auch *Vondung*, Der EGMR als Ersatzspieler des EuGH?, EuR 2013, S. 688, 692.

48 EuGH, Rs. 314/85, *Foto-Frost*, Slg. 1987, 4199, Rdnr. 14; EuGH, Rs. C-344/04, *IATA u. ELFAA*, Slg. 2006, I-403, Rdnr. 28 f.

49 Zum Vorschlag der Einführung einer einfachgesetzlichen Vorlagepflicht vgl. *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013, S. 467 ff.

50 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014, 2 BvE 13/13.

Wege des indirekten Vollzuges, sondern vielmehr diejenige der „ultra vires“-Kontrolle. Weiterhin fällt bei einer genauen Betrachtung des Vorlagebeschlusses insbesondere die eigene Auslegung des Unionsrechts durch das Bundesverfassungsgericht auf, welche bei einer kritischen Lesart der Entscheidung als Vorwegnahme des gewünschten Auslegungsergebnisses durch den EuGH verstanden werden könnte.

Aufgrund dieser Schlussfolgerungen ist zu fordern, dass das Bundesverfassungsgericht seine generelle Kontrollrücknahme überdenkt und seine bisherige extreme Zurückhaltung hinsichtlich Vorlagen an den EuGH aufgibt, um eine Verurteilung der Bundesrepublik für den Vollzug zwingender Vorgaben des Sekundärrechts durch den EGMR zu verhindern.

D. Der Beitritt der Union zur EMRK

Neben der „Michaud“-Entscheidung des EGMR, stellt auch der zukünftige Beitritt der EU zur EMRK die Praxis des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf seine „Solange II“-Rechtsprechung auf den Prüfstand.

I. Prozessuale Modalitäten des Beitrittsvertrages

Im Rahmen der Beitrittsverhandlungen sahen sich die Verhandlungsparteien insbesondere mit der unter der EMRK einmaligen und durch die Besonderheiten der Union bedingten Ausgangslage konfrontiert, dass mit der Union ein Völkerrechtssubjekt der EMRK beitrifft, welches Rechtsakte setzen kann, die eine andere EMRK-Vertragspartei, namentlich der jeweilige Mitgliedstaat, vollziehen muss.⁵¹ Damit verbunden stellte sich besonders dringlich die Frage nach der Verantwortlichkeitsverteilung im Gefüge des indirekten Vollzuges. Dabei galt es auch zu berücksichtigen, dass Urteile des EGMR nur *inter partes* wirken⁵² und deshalb sichergestellt werden muss, dass auch diejenige Vertragspartei an der Urteilswirkung teilhat, welche den Konventionsverstoß beseitigen kann, vorliegend mithin die EU.⁵³ Zudem bedurfte es einer umsichtigen Regelung, die eine Prüfung der unionsinternen Kompetenzverteilung durch den EGMR verhindert, um die Auslegungshoheit des EuGH in diesem Bereich zu wahren.⁵⁴ Zuletzt waren auch die Bedürfnisse des Beschwerdeführers zu berück-

51 *Polakiewicz*, Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 2013, S. 475; *von Arnim*, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, KritV 2012, S. 49f.; *Callewaert*, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, in: Berg/Mas/Kempees/Spielmann (Hrsg.), *Liber amicorum Vincent Berger*, 2013, S. 78; *Terbechte*, Autonomie und Kohärenz – Die Eigenständigkeit der Unionsgrundrechte im Zuge des EMRK-Beitritts der Europäischen Union, in: Iliopoulos-Strangas/Pereira da Silva/Potacs (Hrsg.), *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK*, 2013, S. 45.

52 Vgl. Art. 46 Abs. 1 EMRK.

53 Vgl. hierzu auch *Douglas-Scott*, The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon, *Hum.R.Law.Rev.* 2011, S. 664.

54 *Von Arnim*, (Fn. 51), S. 47f.; *Gragl*, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, 2013, S. 144.

sichtigen,⁵⁵ der sich lediglich der vollziehenden Vertragspartei gegenüber sieht und der gehalten ist, den Rechtsweg zu erschöpfen, bevor er zulässigerweise seine Individualbeschwerde zum EGMR erheben kann.⁵⁶

1. Passivlegitimation

Die Verhandlungsparteien werden dieser komplexen Ausgangslage durch ein zweistufiges System gerecht. Zum einen formuliert Art. 1 Abs. 4 Satz 1 des Beitrittsabkommens (BA) eine Zurechnungsregel und definiert damit die Passivlegitimation der Individualbeschwerde.⁵⁷ Danach ist die Individualbeschwerde grundsätzlich gegen diejenige Vertragspartei zu richten, die kausal in die Rechte des Betroffenen per Rechtsakt eingreift (Unmittelbarkeitsgrundsatz). Es ist dies in der Konstellation des direkten Vollzuges die Union, in der hier relevanten Fallgruppe des indirekten Vollzuges ist die Individualbeschwerde hingegen gegen den vollziehenden Mitgliedstaat zu richten.⁵⁸ Davon ausgehend hat der Beschwerdeführer zunächst, wie unter der bisherigen Rechtslage, den innerstaatlichen Rechtsweg zu erschöpfen, während es auf eine Beteiligung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens grundsätzlich nicht ankommt, da dieser mangels Antragsrechts des Betroffenen keinen effektiven Rechtsweg darstellt, den der Beschwerdeführer beschreiten muss.⁵⁹

2. „Co-respondent“-Mechanismus

Vor dem Hintergrund der Passivlegitimation des vollziehenden Mitgliedstaates ist im Falle einer Verurteilung indes nicht sichergestellt, dass der Konventionsverstoß auch beseitigt wird, da nur die Unionsorgane zwingende Vorgaben des Sekundärrechts ändern können, die Union selbst allerdings nicht an der „inter partes“-Wirkung des EGMR-Urteils teilhätte. Diesem Umstand wird Art. 3 BA gerecht, der das neuartige

55 *Locke*, EU accession to the ECHR: implications for the judicial review in Strasbourg, E.L.Rev. 2010, S. 779.

56 Art. 35 Abs. 1 EMRK.

57 Art. 1 Abs. 4 Satz 1 BA lautet: „*For the purposes of the Convention, of the protocols thereto and of this Agreement, an act, measure or omission of organs of a member State of the European Union or of persons acting on its behalf shall be attributed to that State, even if such act, measure or omission occurs when the State implements the law of the European Union, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union [...].*“

58 Erläuterungsbericht, (Fn. 7), Rdnr. 23.

59 *Ibid.*, Rdnr. 65.

Prozessinstitut des *co-respondent*⁶⁰ in das EGMR-Verfahrensrecht einführt, welches mit einer Parteierweiterung vergleichbar ist.

a) Anwendungsbereich für die Union

Danach ist eine Einbeziehung der Union als *co-respondent* möglich, wenn die Individualbeschwerde gegen einen oder mehrere EU-Mitgliedstaaten gerichtet wird und das Individualbeschwerdeverfahren augenscheinlich die Vereinbarkeit einer unionsrechtlichen Bestimmung mit der EMRK in Frage zu stellen scheint. Das betrifft nach dem zweiten Halbsatz der Bestimmung insbesondere die „Bosphorus“-Konstellation, wenn also die Mitgliedstaaten zwingende Vorgaben des Unionsrechts vollziehen.⁶¹

b) Parteistellung im Verfahren

Wird die Union *co-respondent* im Verfahren, so erhält sie die prozessuale Position einer Verfahrenspartei mit der Folge, dass sie den von ihr zu verantwortenden Rechtsakt mit allen prozessualen Möglichkeiten effektiv vor dem EGMR verteidigen kann, statt wie bislang auf das Institut der Nebenintervention beschränkt zu sein.⁶² Daneben besteht auch für die Mitgliedstaaten weiterhin die Möglichkeit, den Rechtsakt zu verteidigen, ihre Stellung als Verfahrenspartei bleibt vom Verfahrensbeitritt der Union als *co-respondent* zunächst unberührt. Stellt der EGMR im weiteren Verlauf einen Konventionsverstoß fest, so erfolgt gemäß Art. 3 Abs. 7 BA grundsätzlich eine ge-

60 Eine einheitliche deutsche Übersetzung des Mechanismus existiert bislang nicht. Die Vorschläge reichen über „Mitbeschwerdegegner“ – vgl. etwa *Obwexer*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, S. 127; *Polakiewicz*, (Fn. 51), S. 476 –, „Mitbeklagtenverfahren“ – vgl. etwa *Gstrein*, Der geeinte Menschenrechtsschutz im Europa der Vielfalt – Zum Verhältnis der Luxemburger und Straßburger Gerichtshöfe nach Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZEuS 2012, S. 467 –, „Co-Verteidigungsmechanismus“ – vgl. etwa *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: Breuer/Epiney/Haratsch/Schmahl/Weiß (Hrsg.), Festschrift Eckart Klein, 2013, S. 695; *Schilling*, Der Beitritt der EU zur EMRK – Verhandlungen und Modalitäten, HFR 2011, S. 99 – bis hin zu „Streitgenossenschaft“ – vgl. *Uerpmann-Witzack*, Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, EuR-Beiheft 2/2012, S. 179.

61 Art. 3 Abs. 2 BA lautet: „Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of European Union law, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law.“

62 So geschehen etwa in EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irland*; EGMR, Nr. 56672/00, *Senator Lines/Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Spanien, Schweden u. Vereinigtes Königreich*; EGMR, Nr. 62023/00, *Emesa Sugar N.V./Niederlande*.

meinschaftliche Verurteilung der EU und des vollziehenden Mitgliedstaates, sollten nicht außergewöhnliche Umstände die Verurteilung nur einer der am Verfahren beteiligten Parteien erforderlich machen.⁶³ In der Folge hat auch die Union an der „inter partes“-Wirkung eines EGMR-Urteils teil. Zugleich werden die Mitgliedstaaten für den Vollzug zwingender Vorgaben des Sekundärrechts zumindest mithaftend, während sie bislang einer Verurteilung unter Anwendung der „Bosphorus“-Vermutung entgehen konnten.

c) Freiwilligkeit des Mechanismus

Bemerkenswert ist ferner, dass die Anwendung des Mechanismus für den potenziellen *co-respondent* freiwillig ist, auch wenn möglicherweise aus dem Loyalitätsgebot in Art. 4 Abs. 3 EUV eine unionsinterne Verpflichtung zum Verfahrensbeitritt resultiert.⁶⁴ Artikel 3 Abs. 5 BA sieht vor, dass ein *co-respondent* entweder einen eigenen Antrag auf Beteiligung stellen kann, welchen der EGMR auf seine Plausibilität überprüft, ehe er den *co-respondent* zulässt oder aber der EGMR eine Einladung an den potenziellen *co-respondent* ausspricht, welcher dieser Folge leisten kann.⁶⁵ Indes besteht weder für den Beschwerdeführer, noch den passivlegitimierten Mitgliedstaat oder den EGMR eine Möglichkeit, die Union in das Individualbeschwerdeverfahren zu zwingen.⁶⁶

In der Folge besteht in prozessualer Hinsicht die Möglichkeit, dass die Union einem Verfahren gegen den zwingende Vorgaben des Sekundärrechts vollziehenden Mitgliedstaat nicht als *co-respondent* beitrifft und dieser sich einer alleinigen Verurteilung durch den EGMR ausgesetzt sieht.

63 Art. 3 Abs. 7 BA lautet: „*If the violation in respect of which a High Contracting Party is a co-respondent to the proceedings is established, the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant, decides that only one of them be held responsible.*“

64 Von Arnim, (Fn. 51), S. 54; Obwexer, (Fn. 60), S. 129; Lock, (Fn. 55), S. 786.

65 Art. 3 Abs. 5 BA lautet: „*A High Contracting Party shall become a co-respondent either by accepting an invitation from the Court or by decision of the Court upon the request of that High Contracting Party. When inviting a High Contracting Party to become co-respondent, and when deciding upon a request to that effect, the Court shall seek the views of all parties to the proceedings. When deciding upon such a request, the Court shall assess whether, in the light of the reasons given by the High Contracting Party concerned, it is plausible that the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this article are met.*“

66 Die Europäische Union plant zwar eine einseitige Erklärung dahingehend abzugeben, den „co-respondent“-Mechanismus zur Anwendung bringen zu wollen, sollte dessen sachlicher Anwendungsbereich eröffnet sein. Mangels Sanktionsmöglichkeit ist diese Erklärung jedoch hauptsächlich politischer Natur.

II. Zukünftige Abkehr von der „Bosphorus“-Vermutung

Damit ist zugleich die Frage aufgeworfen, ob die dargestellte „Bosphorus“-Vermutung nach dem Beitritt der Union zur EMRK unter Berücksichtigung der soeben geschilderten prozessualen Modalitäten noch Bestand haben kann.⁶⁷

Für eine Ausweitung der bislang nur für die Mitgliedstaaten geltenden „Bosphorus“-Vermutung auf die gesamte Unionsrechtsordnung wird insbesondere vorgebracht, dass die in dieser Entscheidung aufgestellten Grundsätze auch nach erfolgtem Beitritt Bestand hätten, da hiermit endgültig adäquater Grundrechtsschutz bereitgestellt werden würde und die Aspekte internationaler Kooperation, die zu dieser Entscheidung geführt haben, weiterhin bestehen.⁶⁸ Ferner wird vorgebracht, dass die besondere Struktur der Union es rechtfertige, sie im Vergleich zu den weiteren 47 EMRK-Vertragsparteien differenziert zu behandeln und die Kontrollrücknahme fortzuführen.⁶⁹

Dem ist zunächst der Grundsatz der Gleichheit der Vertragsparteien entgegenzuhalten, der es erforderlich macht, einer Privilegierung der Union skeptisch gegenüberzustehen.⁷⁰ Zudem wäre eine solche Privilegierung nicht opportun, würden doch die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte, unter ihnen das Bundesverfassungsgericht, weiterhin der externen Kontrolle durch den EGMR ausgesetzt bleiben, wenngleich sie ihrerseits einen der EMRK vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleisten.⁷¹ Des Weiteren würde das eigentliche Ziel des Beitritts, die Unionsrechtsordnung der Kontrolle des EGMR zu unterwerfen und damit die Menschenrechtstreue sowie

67 Zu dieser Diskussion vgl. *de Hert/Korenica*, The Doctrine of Equivalent Protection: Its Life and Legitimacy Before and After the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights, GLJ 2012, S. 874 ff.; *Mahoney*, From Strasbourg to Luxembourg and Back: Speculating about Human Rights Protection in the European Union after the Treaty of Lisbon, H.R.L.J. 2011, S. 73 ff.; *Besselink*, The EU and the European Convention of Human Rights after Lisbon: From 'Bosphorus' Sovereign Immunity to Full Scrutiny?, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1132788 (1.2.2015); *Benoît-Rohmer*, À propos de L'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 Juin 2005: L'adhésion contrainte de l'Union à la Convention, Rev. trim. dr. h. 2005, S. 827 ff.; *Gaja*, The Review by the European Court of Human Right of Member States' Acts Implementing European Union law: „Solange“ Yet Again?, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann (Hrsg.), Festschrift Christian Tomuschat, 2006, S. 525; *Douglas-Scott*, The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights After Lisbon, in: de Vries/Bernitz/Weatherill (Hrsg.), The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon, 2013, S. 174.

68 *Mahoney*, (Fn. 67), S. 78 f.

69 *Douglas-Scott*, (Fn. 67), S. 161; *Mahoney*, (Fn. 67), S. 80; *de Hert/Korenica*, (Fn. 67), S. 891.

70 *Klein*, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VI/1, Europäische Grundrechte I, S. 1315 f.; *Lock*, The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts, LIPCT 2009, S. 396; *Obwexer*, (Fn. 60), S. 147; *Ress*, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, in: Titium (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Jean Paul Costa, 2011, S. 526.

71 *Baumann*, Auf dem Weg zu einem doppelten EMRK-Schutzstandard?, Die Fortschreibung der Bosphorus-Rechtsprechung des EGMR im Fall Niederlandse Kokkelvisserij, EuGRZ 2011, S. 10; *Klein*, (Fn. 70), S. 1316.

die Reife des eigenen Menschenrechtsschutzes aufzuzeigen, konterkariert, indem es faktisch nie zu dieser externen Kontrolle käme.⁷² Die Anwendung der „Bosphorus“-Vermutung liegt daher schon nicht im Interesse der Union.⁷³

Zugleich erscheint es vor dem Hintergrund der Ausgestaltung des „co-respondent“-Mechanismus nicht wahrscheinlich, dass die „Bosphorus“-Vermutung zugunsten der Mitgliedstaaten Anwendung finden wird, selbst wenn sie zwingende Vorgaben des Sekundärrechts vollziehen und die Union einem etwaigen Individualbeschwerdeverfahren gegen den Mitgliedstaat als *co-respondent* fernbleibt. In diesem Fall wäre zwar die aus *Bosphorus* bekannte prozessuale Ausgangslage erneut eingetreten. Eine Privilegierung des verbleibenden Mitgliedstaates im Sinne der „Bosphorus“-Vermutung aber hätte zur Folge, dass der Mitgliedstaat einer Verurteilung durch den EGMR entginge, während der Mitgliedstaat im Falle des Verfahrensbeitritts der Union als *co-respondent* gemäß Art. 3 Abs. 7 BA einer gemeinschaftlichen Verurteilung ausgesetzt wäre. Folglich würde eine Exkulpation der Mitgliedstaaten unter Verweis auf die Umsetzung zwingender Vorgaben des Sekundärrechts für die Union einen Anreiz schaffen, den „co-respondent“-Mechanismus nicht zur Anwendung zu bringen, um die Mitgliedstaaten besser zu stellen, als sie stünden, würde sie dem Individualbeschwerdeverfahren als *co-respondent* beitreten. In der Konsequenz würde der „co-respondent“-Mechanismus *ad absurdum* geführt.

Damit bleibt festzuhalten, dass die Mitgliedstaaten nach einem Beitritt der Union zur EMRK in jedem Fall die Verantwortung für den Vollzug des Sekundärrechts zu tragen haben: im Falle der Anwendung des „co-respondent“-Mechanismus gemeinschaftlich mit der Union, im Falle des Fernbleibens der Union in alleiniger Form.

Diese Aussagen behalten trotz der bedauerlichen Absage des EuGH an einen Beitritt der EU zur EMRK in der Form des dargestellten Beitrittsabkommens Geltung.⁷⁴ Zum einen besteht die in Art. 6 Abs. 2 EUV formulierte Verpflichtung zum EMRK-Beitritt fort und macht es für die verantwortlichen Unionsorgane erforderlich, die Verhandlungen unter Berücksichtigung der Vorgaben des EuGH wiederaufzunehmen. Zum anderen hat der EuGH den „co-respondent“-Mechanismus lediglich in Details für unvereinbar mit dem Primärrecht erachtet, welche sich durch Modifizierungen des Abkommens korrigieren lassen.⁷⁵

72 *Vondung*, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 2012, S. 263 („zynischer Ausgang des Bemühens um einen verbesserten Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene“).

73 *Gaja*, (Fn. 67), S. 525; *Tomuschat*, Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK – Vom Mangel zum Überfluss, in: Leutheusser-Schnarrenberger (Hrsg.), Vom Recht auf Menschenwürde, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2013, S. 80.

74 EuGH, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt II*, ECLI:EU:C:2014:2454.

75 Vgl. dazu *Engel*, Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, 2015, Epilog (im Erscheinen).

III. Folgen für die Bundesrepublik

Vor diesem Hintergrund der vollumfänglichen Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten unter der EMRK in der Konstellation des indirekten Vollzuges nach erfolgtem Beitritt der EU zur EMRK erscheint es ebenfalls angebracht, die generelle Kontrollrücknahme des Bundesverfassungsgerichts zu hinterfragen. Anders als bislang kann nach einem EU-Beitritt zur EMRK nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die Bundesrepublik einer Verurteilung durch den EGMR unter Verweis auf den Vollzug zwingender Vorgaben des Sekundärrechts und unter Anwendung der „Bosphorus“-Vermutung entgehen kann. Eine Aufrechterhaltung der generellen Kontrollrücknahme durch das Bundesverfassungsgericht hätte indes zur Folge, dass es seiner Verpflichtung nach Art. 1 EMRK nicht nachkäme, für die Wahrung der EMRK-Gewährleistungen zu sorgen und gleichzeitig riskiert, dass die Bundesrepublik durch den EGMR einer Verurteilung wegen des Vollzuges des Unionsrechts ausgesetzt wird.

Zu beachten ist weiterhin, dass eine Aufrechterhaltung der Kontrollrücknahme zur Folge hätte, dass die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts bei Vollzug des Sekundärrechts nicht mehr als Teil des zu erschöpfenden Rechtsweges im Sinne von Art. 35 Abs. 1 EMRK anzusehen wäre, da die Verfassungsbeschwerde mit Blick auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist und daher im Sinne der Rechtsprechung des EGMR⁷⁶ keinen effektiven Rechtsbehelf darstellt. Es läge die Schlussfolgerung nahe, dass Betroffene anstelle des Bundesverfassungsgerichts sofort den EGMR gegen einen derartigen Vollzugsakt anrufen und das Bundesverfassungsgericht im Anwendungsbereich des Unionsrechts generell außen vor wäre.

In der Folge sollte das Bundesverfassungsgericht auch aus dieser Erwägung heraus seine generelle Kontrollrücknahme aufgrund der „Solange II“-Entscheidung überdenken. Erneut gäbe es die Möglichkeit, das Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH verstärkt zur Anwendung zu bringen, indem jedenfalls sichergestellt wird, dass eines der beiden Gerichte im Laufe des Verfahrens die Möglichkeit erhält, über die Vereinbarkeit des Rechtsaktes mit den Grundrechten zu befinden, ehe der EGMR angerufen wird.⁷⁷ Eine Belebung der Vorlagepraxis des Bundesverfassungsgerichts ist spätestens zum Zeitpunkt des EU-Beitritts zur EMRK notwendig. Alternativ könnte das Bundesverfassungsgericht auch im Einzelfall eine Überprüfung des deutschen Vollzugsaktes anhand des Grundgesetzes vornehmen, um einer Verurteilung durch den EGMR zuvorzukommen.

76 EGMR, Nr. 21893/93, *Akdivar u.a./Türkei*, Rdnr. 68; EGMR, Nr. 17056/06, *Micallef/Malta*, Rdnr. 56; EGMR, Nr. 3524/05, *Pikielny u.a./Polen*, Rdnr. 57.

77 Eine nachträgliche Befassung des EuGH soll zwar das in Art. 3 Abs. 5 BA vorgesehene „prior involvement“-Verfahren sicherstellen, doch sind sowohl dessen konkrete Ausgestaltung vor dem EuGH sowie dessen konkrete Rechtsfolgen vor dem Hintergrund der entgegenstehenden Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen unklar.

E. Schlussfolgerung

Sowohl die Entscheidung des EGMR im Individualbeschwerdeverfahren *Michaud/Frankreich* als auch ein Beitritt der EU zur EMRK rücken die mitgliedstaatliche Verantwortung für den Vollzug zwingender Vorgaben des Sekundärrechts mehr als zuvor in den Vordergrund.

Der „Michaud“-Entscheidung lässt sich entnehmen, dass die Mitgliedstaaten haften, sollte im Laufe des Verfahrens der EuGH nicht im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens beteiligt worden sein. Die „Bosphorus“-Vermutung und die damit einhergehende Exkulpation findet andernfalls keine Anwendung. Nach dem Beitritt der EU zur EMRK käme die „Bosphorus“-Vermutung generell nicht mehr zur Anwendung. Eine Haftung der Mitgliedstaaten für den Vollzug des Unionsrechts ist spätestens dann unausweichlich. In der Bundesrepublik ist deshalb das Bundesverfassungsgericht als letztinstanzliches Gericht mehr denn je in der besonderen Verantwortung, eine Haftung der Bundesrepublik für den Vollzug des Unionsrechts unter der EMRK zu verhindern. Hierzu sollte das Bundesverfassungsgericht seine Vorlagepraxis an den EuGH überdenken und ausweiten, um auf EU-Ebene eine Beseitigung des Konventionsverstößes zu erreichen. Sollte der EuGH keine Abhilfe leisten, so muss in Zukunft trotz möglichen Verstoßes gegen den Anwendungsvorrang eine eigenständige Überprüfung des Vollzugsaktes anhand deutscher Grundrechte seitens des Bundesverfassungsgerichts in Betracht gezogen werden, denn eine Aufrechterhaltung der bisherigen generellen Kontrollrücknahme hieße, sehenden Auges eine Haftung der Bundesrepublik für einen EMRK-Verstoß in Kauf zu nehmen.