

Gleiche Rechte, gleiche Tragweite?

Überlegungen zur Stellung der Grundrechte im Unionsrecht nach dem Lissabonner Vertrag

Johan Callewaert¹

Erstaunlicherweise ist über die „Tragweite“ von Grundrechten bis heute recht wenig geschrieben worden. Der Begriff wird in Art. 52 Abs. 3 der EU-Grundrechtecharta (GRC) verwendet und verweist auf einen Bestandteil der Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), die von der Charta übernommen wurden. Seine Verwendung in diesem Zusammenhang bietet Anlass für Überlegungen über die Stellung der Grundrechte im Unionsrecht, welche mit dem Lissabonner Vertrag und vor allem der Grundrechtecharta eine neue Dimension erhalten haben dürfte.

I. Die Stellung der Grundrechte im Unionsrecht nach dem Lissabonner Vertrag

Mit ihrem Inkrafttreten am 1. Dezember 2009, zeitgleich mit dem Lissabonner Vertrag, hat die EU-Grundrechtecharta eine neue Ära eingeläutet, mit Folgen für die Stellung der Grundrechte im Unionsrecht. Denn mit der Charta hat sich eine neue primärrechtliche Grundrechtsquelle in das Unionsrecht neben bereits bestehenden Bestimmungen eingefügt, die außer Grundrechten auch noch andere tragende Bausteine des Unionsrechts enthalten, wie zum Beispiel die Grundfreiheiten, die Unionsbürgerschaft oder den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen. Diese Bestimmungen stammen aus unterschiedlichen, primär- bzw. sekundärrechtlichen oder gar richterlichen Quellen und zwar in der Weise, dass in den meisten Fällen der Grundsatz im Primärrecht und Konkretisierungen im Sekundär- bzw. im Richterrecht zu finden sind.

Wenngleich der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) betont hat, dass die Charta nur geltendes Recht bestätigt,² hatten die Grundrechte, die sie enthält, bis zu ihrem Inkrafttreten nicht alle primärrechtlichen Rang im Unionsrecht. Im Gegenteil, nicht wenige Grundrechte aus der Charta finden ihren Ursprung im Sekundärrecht oder in der Rechtsprechung des EuGH, wie die Erläuterungen zur Charta belegen. Die Rechte aus der EMRK, ihrerseits, galten vor der Charta nur als Teil der allgemei-

¹ Der Verfasser schreibt in persönlicher Eigenschaft und vertritt lediglich seine eigenen Ansichten.

² EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10 (N. S. u. a.), Urt. v. 21. 12. 2011 Rn. 119.

nen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts³. Mit ihrer Aufnahme in die Charta verschiebt sich nun das Verhältnis der so aufgewerteten Grundrechte zu den anderen Bestimmungen und Rechten entsprechend, ohne dass im Einzelnen schon Klarheit über die Folgen dieser Verschiebung herrscht.⁴ Vielmehr entsteht daraus ein gewisses Nebeneinander verschiedener Kernbestimmungen des Unionsrechts, die (noch) nicht alle aufeinander abgestimmt sind und dadurch ein gewisses Konflikt- bzw. Unsicherheitspotential aufweisen.

Freilich, viele neuere sekundärrechtliche Instrumente enthalten in den Erwägungsgründen den Hinweis, dass sie die Grundrechte, so wie sie in der Charta und der EMRK vorkommen, beachten. Abgesehen davon, dass es grundsätzlich der Judikative und nicht der Legislative obliegt, die Grundrechtskonformität des geltenden Rechts endgültig zu beurteilen, hat das Beispiel *N. S.*, das die Anwendung der Dublin-II-Verordnung betraf, deutlich die Grenzen einer solchen Einschätzung gezeigt.⁵ Da passt es gut, dass „[n]ach gefestigter Rechtsprechung ... die Mitgliedstaaten nicht nur ihr nationales Recht unionsrechtskonform auszulegen, sondern auch darauf zu achten [haben], dass sie sich nicht auf eine Auslegung einer Vorschrift des abgeleiteten Rechts stützen, die mit den durch die Unionsrechtsordnung geschützten Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts kollidiert“.⁶ Diese Regel lässt aber das Verhältnis der Grundrechte bzw. der Charta zum sonstigen Primärrecht unberührt.

Mit der nunmehr in Kraft getretenen Grundrechtecharta erhält also die Frage nach der Stellung und Wirkung der Grundrechte im Unionsrecht eine neue Dimension, die sich bei der Anwendung von Art. 52 Abs. 3 GRC sogar noch etwas zuspitzt.

II. Art. 52 Abs. 3 der Grundrechtecharta: „Gleiche Bedeutung und Tragweite“

Art. 52 Abs. 3 der Grundrechtecharta schlägt die Brücke zur EMRK. Diese war angesichts der Tatsache notwendig geworden, dass ungefähr die Hälfte der materiell-rechtlichen Bestimmungen der Charta ihren Ursprung in der EMRK oder in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

³ Art. 6 Abs. 2 EUV (a. F.).

⁴ Ganz abgesehen davon, dass die Charta neben Grundrechten auch noch Grundsätze enthält (siehe Art. 52 Abs. 5 GRC) und dass die Abgrenzung beider Kategorien wohl auch noch nicht gefestigt ist

⁵ EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10 (N. S. u. a.), Urt. v. 21. 12. 2011 Rn. 99: „... eine Anwendung der Verordnung Nr. 343/2003 auf der Grundlage einer unwiderlegbaren Vermutung, dass die Grundrechte des Asylbewerbers in dem für die Entscheidung über seinen Antrag normalerweise zuständigen Mitgliedstaat beachtet werden, [ist] mit der Pflicht der Mitgliedstaaten zu grundrechtskonformer Auslegung und Anwendung der Verordnung Nr. 343/2003 unvereinbar“.

⁶ Ebd., Rn. 77.

findet.⁷ Es galt daher von Anfang an, die Rechtssicherheit auf diesem Gebiet nicht durch eine ungenügende Abstimmung der Charta mit der EMRK zu gefährden. Vor allem das Bemühen der Verfasser der Charta, den Wortlaut der EMRK-Bestimmungen zu vereinfachen und damit einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen, war unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit mit einigen Risiken behaftet, hätte doch jede Abweichung vom bisherigen Wortlaut als Neudefinierung des Inhalts der betreffenden Bestimmungen gedeutet werden können. Nach langer Debatte im Konvent wurde die Charta diesem Anliegen schließlich dadurch gerecht, dass sie einerseits die EMRK-Bestimmungen mit vereinfachtem Wortlaut übernehmen, andererseits aber in Art. 52 Abs. 3 GRC verfügen würde, dass die so nachgeschriebenen Bestimmungen die „gleiche Bedeutung und Tragweite“ wie in der EMRK haben, ohne jedoch einen weitergehenden Schutz zu verbieten. Damit wurde Art. 52 Abs. 3 GRC zum Kernstück der Regelungen zum Erhalt der Rechtssicherheit zwischen der Charta und der EMRK.⁸

Nun ist die Charta auch schon bald drei Jahre in Kraft, so dass eine erste Bilanz über ihr „Zusammenwirken“ mit der EMRK gezogen werden kann. Die ersten Anwendungen des Art. 52 Abs. 3 GRC in der Rechtsprechung des EuGH geben berechtigten Anlass zu glauben, dass das manchmal befürchtete Chaos auf diesem Gebiet ausbleiben wird. Sie lassen nämlich erkennen, dass der EuGH der Anwendung einschlägiger Bestimmungen aus der Charta eine ausführliche Analyse der Straßburger Rechtsprechung zugrunde legt.⁹ Fragen nach der Möglichkeit, von der Rechtsprechung des EGMR abweichende Begriffe für die Auslegung der Charta zu verwenden, wird aufgrund von Art. 52 Abs. 3 GRC ebenfalls eine Absage erteilt.¹⁰

Wie ist es aber genau zu verstehen, wenn Art. 52 Abs. 3 GRC verlangt, dass den Rechten aus der EMRK im Unionsrecht die „gleiche Bedeutung und Tragweite“ zukommen soll? Ein Blick in die Erläuterungen zur Charta verrät, dass mit „Bedeutung“ im Wesentlichen der Schutzgehalt der betreffenden Rechte gemeint ist, wäh-

⁷ Zur EU-Grundrechtecharta allgemein siehe *S. Magiera*, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, DÖV 2000, S. 1017 ff.; *ders.*, Die Bedeutung der Grundrechtecharta für die Europäische Verfassungsordnung, in: D. H. Scheuing (Hrsg.), Europäische Verfassungsordnung, 2003, S. 117 ff.

⁸ Siehe dazu *J. Callewaert*, Die EMRK und die EU-Grundrechtecharta – Bestandsaufnahme einer Harmonisierung auf halbem Weg, EuGRZ 2003, S. 198.

⁹ So z. B. in EuGH, Rs. C-400/10 PPU (McB), Slg. 2010, I-08965; verb. Rs. C-92/09 und C-93/09 (Schecke u. a.), Slg. 2010, I-11063; Rs. C-279/09 (DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH), Slg. 2010, I-13849. Allerdings lässt sich seitens des EuGH ein neuerer bedenklicher Trend hin zum völligen Verschweigen einschlägiger konventionsrechtlicher Quellen beobachten. So z. B. in EuGH, verb. Rs. C-71/11 und C-99/11 (Y. und Z.), Urt. v. 5. 11. 2012; Rs. C-619/10 (Trade Agency Ltd.), Urt. v. 6. 9. 2012; Rs. C-199/11 (Otis NV u. a.), Urt. v. 6. 11. 2012. Diesem Trend scheinen sich die Generalanwälte (noch) nicht anschließen zu wollen.

¹⁰ Siehe die Schlussanträge von GA in *V. Trstenjak* in der Rs. C-245/11 (K) v. 27. 6. 2012 Nr. 88–92, in denen es um die Begriffe „unmenschliche Behandlung“ und „Familie“ ging.

rend die „Tragweite“ auf ihren jeweiligen Anwendungsbereich zielt.¹¹ Neben dieser individuell verschiedenen, am Anwendungsbereich orientierten „Tragweite“ eines jeden EMRK-Rechts haben aber diese Rechte in der Regel auch eine *gemeinsame* Tragweite, die sich schlicht aus ihrer grund- bzw. menschenrechtlichen Natur ergibt und sie als Grund- bzw. Menschenrechte definiert. Ohne diese besondere Tragweite wären sie eben keine Grundrechte, sondern nur „einfache“ Rechte. Denn welchen Sinn hätte es, von „Grundrechten“ zu reden und sie als solche zu führen, wenn diese Bezeichnung nicht mit bestimmten, grundrechtsspezifischen Merkmalen einherging? Vielmehr machen gerade diese Merkmale die Tragweite aus, die den Grundrechten gemeinsam ist und sich in deren grundrechtlicher Wirkung entfaltet. Um welche Merkmale handelt es sich?¹²

Ohne dass es hier um eine abschließende Aufzählung gehen kann, ergibt sich doch aus der Rechtsprechung des EGMR, dass zu dieser gemeinsamen Tragweite der Grundrechte gehört, dass sie möglichst einheitlich auf die ganze Rechtsordnung der jeweiligen Vertragspartei angewandt werden,¹³ dass sie prinzipiell jedem Menschen bzw. dem größtmöglichen Personenkreis¹⁴ ohne Diskriminierung¹⁵ zustehen und dass ihnen im Zweifel Vorrang vor allen sonstigen Rechten zukommt.¹⁶ Wenn gleich sich diese Merkmale zuallererst auf die Rechte aus der EMRK beziehen, dürfen sie so oder ähnlich auf viele andere Grundrechte zutreffen und damit zum Wesen der Grundrechte schlechthin gehören.¹⁷ Deswegen war es auch die dogmatisch einzig korrekte Lösung, die rechtsverbindliche Grundrechtecharta mit einem primärrecht-

¹¹ In diesem Sinn auch die englische Fassung, die von „meaning and scope“ spricht. Die französische Fassung, hingegen, spricht von „sens et portée“.

¹² Siehe dazu auch *J. Callewaert*, Grundrechtsraum Europa – Die Bedeutung der Grundrechte für den Verwaltungsrechtsraum Europa, DOV, 2011, S. 825 (829).

¹³ Siehe EGMR 30.1.1998, *United Communist Party of Turkey and Others / Türkei*, 19392/92, Rz. 29 (std. Rspr.).

¹⁴ Siehe Art. 1 EMRK: „Die Höheren Vertragsparteien sichern *allen Ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen* die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu“ (Betonung vom Verfasser). Deswegen machen in der deutschen Übersetzung der EMRK die meisten Bestimmungen „jede Person“ zum Träger der betreffenden Rechte.

¹⁵ So will es Art. 14 EMRK.

¹⁶ Das Kollidieren verschiedener Grundrechte miteinander stellt natürlich eine besondere Konstellation dar. In einigen Staaten, darunter Deutschland, steht die EMRK im Rang allerdings unter der Verfassung. Das ändert aber nichts an der Verpflichtung aller Vertragsstaaten, die Urteile des EGMR notfalls auf verfassungsrechtlicher Ebene umzusetzen (so z. B. in EGMR 6.1.2011, *Paksas / Litauen*, 34932/04). Im Übrigen sind auch in Deutschland die innerstaatlichen Grundrechte verfassungsrechtlicher Natur und deswegen im Grundgesetz bzw. in den Landesverfassungen angesiedelt.

¹⁷ Dem steht nicht entgegen, dass bestimmte Grundrechte den Staatsangehörigen eines Landes vorbehalten sind, denn es handelt sich dabei nur um Ausnahmen vom Grundsatz, dass Grundrechte „Jedermann-Rechte“ sind. Eine ähnliche Unterscheidung findet sich in der EU-Grundrechtecharta mit der in ihrem Titel V vorkommenden Kategorie der Bürgerrechte. Auch die EMRK lässt in ihrem Art. 16 Einschränkungen der politischen Betätigung von Ausländern zu.

lichen Status auszustatten und ihre Geltung auf das ganze Unionsrecht auszudehnen. Nicht umsonst bilden die Menschenrechte und Grundfreiheiten, zusammen mit den Grundsätzen der Freiheit und der Demokratie, die „Grundlage der Union“.¹⁸

Damit dürfte die zwischen Charta und EMRK gemäß Art. 52 Abs. 3 GRC zu gewährleistende Übereinstimmung über eine rein inhaltliche Übereinstimmung hinausgehen und auch eine Angleichung in der Wirkung umfassen, die den betreffenden Grundrechten im Gesamtgefüge des Unionsrechts zukommen soll. Im Kern geht es also darum, nicht nur einen inhaltlichen Gleichlauf mit der EMRK anzustreben, sondern auch der grundrechtlichen Tragweite der aus der EMRK übernommenen Rechte bei gleichzeitiger Beachtung der Besonderheiten des Unionsrechts¹⁹ gerecht zu werden. Letzteres gilt *mutatis mutandis* auch für die sonstigen Rechte aus der Charta. Bestandteil dieser Tragweite ist, wie soeben besprochen, die allgemeine, einheitliche, vorrangige und diskriminierungsfreie Anwendung der betreffenden Rechte. Dass dieser Anspruch dem Unionsrecht gelegentlich Schwierigkeiten bereitet, belegen die drei folgenden Beispiele. Sie betreffen respektive den *ne bis in idem*-Grundsatz (1.), den Schutz des Familienlebens im Ausländerrecht (2.) sowie den Schutz des Kindes bei internationalen Kindesentführungen (3.).

1. *Ne bis in idem*

Im Mittelpunkt des ersten Beispiels steht die einheitliche Auslegung der Grundrechte. Das Verbot der Doppelbestrafung, der *ne bis in idem*-Grundsatz, findet sich sowohl in der EMRK (Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls) als auch in der Grundrechtecharta (Art. 50). Im Unionsrecht wird er aber unterschiedlich ausgelegt je nachdem, ob er im Kartellrecht, im Beamtenrecht oder im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zur Anwendung kommt.²⁰ Darauf hat neulich Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache *Toshiba* hingewiesen und vorgeschlagen, der EuGH möge das Inkrafttreten der Charta zum Anlass nehmen, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu vereinheitlichen. Frau Kokott führte aus: „Eine derart unterschiedliche Auslegung und Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* je nach Rechtsgebiet ist der Einheit der Unionsrechtsordnung abträglich. Aus der fundamentalen Bedeutung des Grundsatzes *ne bis in idem* als tragendem Grundsatz des Unionsrechts im Rang eines Grundrechts folgt, dass sich sein Inhalt nicht wesentlich danach unterscheiden darf, welches Rechtsgebiet betroffen ist. Für die Bestimmung des Gewährleistungsinhalts des Grundsatzes *ne bis in idem*, wie er nunmehr in Art. 50 GRC kodifiziert ist, sollten im gesamten Unionsrecht gebietsübergreifend dieselben Kriterien gelten“.²¹

¹⁸ EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 (Kadı u. a.), Slg. 2008, I-6351 Rn. 303.

¹⁹ Siehe dazu, *mutatis mutandis*, Art. 1 des 8. Protokolls zum Lissabonner Vertrag, der die Beachtung der „besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts“ anmahnt.

²⁰ Siehe dazu *J. Callewaert*, *The European Convention on Human Rights and European Union Law. a Long Way to Harmony*, EHRLR 2009, S. 768 (779).

²¹ Schlussanträge GA in *J. Kokott*, Rs. C-17/10 (*Toshiba*), 8 9 2011 Nr. 117.

In diesem Zusammenhang hat die Generalanwältin auch auf das Homogenitätsgebot aus Art. 52 Abs. 3 GRC hingewiesen, das einen gleichen Schutzstandard zwischen der Charta und der EMRK auf diesem Gebiet fordert, und dabei betont: „Eine Beibehaltung des Kriteriums der Identität des geschützten Rechtsguts würde letztlich dazu führen, dass der Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Verbots der Doppelbestrafung enger wäre und sein Gewährleistungsumfang hinter dem zurückbliebe, was Art. 4 Abs. 1 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK als Mindeststandard vorsieht. Dies wäre mit dem Homogenitätsgebot nicht vereinbar.“²² Der EuGH sah aber keinen Anlass, seine Rechtsprechung diesbezüglich zu revidieren.²³

2. Schutz des Familienlebens im Ausländerrecht

Im Mittelpunkt des nachfolgenden Beispiels steht die Frage nach der diskriminierungsfreien Anwendung der Grundrechte im Unionsrecht. Betroffen ist hier das Recht auf Schutz des Familienlebens, das ebenfalls sowohl in der EMRK (Art. 8) als in der Charta (Art. 7) enthalten ist und zwar mit „gleicher Bedeutung und Tragweite“, wie die Erläuterungen zur Charta angeben. Die Praxis sieht aber manchmal etwas anders aus, als die Formulierung „gleiche Bedeutung und Tragweite“ vermuten lässt, insbesondere im Ausländerrecht, wo das Recht auf Schutz des Familienlebens häufig zur Durchsetzung von Familienzusammenführungen bzw. zur Verhinderung von Ausweisungen angeführt wird.²⁴

Exemplarisch für den Stand der Diskussion kann hier auf das Urteil einer Großen Kammer des EuGH in der Rechtssache *Dereci*²⁵ zurückgegriffen werden. Darin hatten sich verschiedene Drittstaatsangehörige auf die Unionsbürgerschaft ihrer jeweiligen österreichischen Partner berufen, um ein Aufenthaltsrecht in Österreich durchzusetzen.

In seinem Urteil prüft der EuGH zunächst die Anwendbarkeit der Richtlinie über das Recht auf Familienzusammenführung²⁶ sowie der Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Angehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.²⁷ Er kommt dabei zu dem Schluss, dass sie auf vorlie-

²² Ebd., Nr. 123.

²³ EuGH, Rs. C-17/10 (Toshiba), Urt. v. 14. 2. 2012 Rn 93 ff.

²⁴ Siehe dazu J. Callewaert, *The European Convention on Human Rights and European Union Law: a Long Way to Harmony*, EHRLR 2009, S. 768 (778).

²⁵ EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u. a.), Urt. v. 15. 11. 2011.

²⁶ Richtlinie 2003/86/EG des Rates v. 22. 9. 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl.EU 2003 L 251/12.

²⁷ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG u. 93/96/EWG, ABl.EU 2004 L 158/77, in der berichtigten Fassung, ABl.EU 2004 L 229/35.

genden Fall nicht anwendbar sind, weil die jeweiligen österreichischen Partner der Kläger nie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. In einem zweiten Schritt prüft der EuGH die potentielle Wirkung der Unionsbürgerschaft nach Art. 20 AEUV und kommt zu einem ähnlichen Schluss, indem er feststellt, dass bei einem Unionsbürger, der von seinem Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hat, die Unionsbürgerschaft die Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts zugunsten seines Partners aus einem Drittstaat nur dann bedingt, wenn durch dessen Ablehnung der Unionsbürger faktisch gezwungen wäre, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, was hier nicht der Fall wäre. Erst wenn feststeht, dass der Schutz aus Richtlinien und Unionsbürgerschaft nicht greift, wird vom EuGH – quasi als Notlösung – auf das Grundrecht auf Schutz des Familienlebens gemäß Art. 7 GRC und Art. 8 EMRK verwiesen, verbunden mit dem Auftrag an das vorliegende Gericht, sowohl die Anwendbarkeit als auch die Beachtung einer jeden dieser Bestimmungen zu überprüfen.

Bei der Lektüre dieses Urteils drängt sich der Eindruck auf, dass das Recht auf Schutz des Familienlebens – trotz seiner Aufnahme in die Grundrechtecharta – im Verhältnis zur Freizügigkeit und zur Unionsbürgerschaft doch noch eine untergeordnete Rolle spielt. Freilich ist zu bedenken, dass, wie der EuGH betont, die Grundrechtecharta den Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht ausdehnt (Art. 51 GRC). Sie ist aber immerhin auf das ganze Unionsrecht anwendbar und müsste dementsprechend alle Bereiche dieses Rechts gleichermaßen „durchdringen“ und beeinflussen. Zumindest soll ihr kein Bereich des Unionsrechts entzogen sein. Umso erstaunlicher sind in diesem Zusammenhang die folgenden, von Generalanwalt *Mengozzi* in derselben Rechtssache gemachten Feststellungen: „[D]er Kernbestand der durch den Unionsbürgerstatus verliehenen Rechte ... [umfasst] nicht das in Art. 7 der Charta der Grundrechte ... und in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens“.²⁸ Daraus folgt, dass „die betreffenden Unionsbürger, um tatsächlich in den Genuss eines Familienlebens im Hoheitsgebiet der Union kommen zu können, gezwungen sind, eine der im AEUV vorgesehenen Verkehrsfreiheiten wahrzunehmen“.²⁹

Damit kommt es unter den Unionsbürgern, im Bereich des Rechts auf Schutz des Familienlebens, zu einer Art „Zweiklassengesellschaft“ je nachdem, ob sie „freizügig“ oder nur „sesshaft“ waren, was unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf eine der Grundrechte diskriminierungsfreie Anwendung nicht unproblematisch ist. Auch Generalwältin *Sharpston* hat in diesem Zusammenhang schon zu bedenken gegeben, dass, wenn die Unionsbürgerschaft der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten werden soll, „dieser Status sich schlecht mit der Vorstellung [verträgt], dass Grundrechtsschutz nur partiell und fragmentiert besteht, dass er also davon abhängt, ob irgendeine einschlägige materiell-rechtliche Bestimmung unmittelbare Wirkung entfaltet bzw. ob der Rat und das Europäische Parlament Rechtsset-

²⁸ Stellungnahme GA *P. Mengozzi*, Rs. C-256/11 (*Dereci* u. a.), 29.9.2011 Nr. 37.

²⁹ Ebd., Nr. 44.

zungsbefugnisse ausgeübt haben. Langfristig wird nur ein lückenloser Grundrechtsschutz im Rahmen des Unionsrechts in allen Bereichen ausschließlicher oder geteilter Unionszuständigkeit dem Begriff der Unionsbürgerschaft gerecht³⁰.

3. Schutz des Kindes bei internationalen Kindesentführungen

Ein letztes interessantes Beispiel für die Probleme, welche die grundrechtliche Tragweite mancher Rechte aus der EMRK dem Unionsrecht bereitet, liefert die Diskussion über die Wirkung des Rechts auf Schutz des Familienlebens im Bereich der widerrechtlichen internationalen Kindesentführungen. Im Mittelpunkt steht hier der Vorrang dieses Grundrechts bzw. die grundrechtskonforme Auslegung des Unionsrechts.

Zwei Rechtsinstrumente sind von besonderer Bedeutung bei der Bekämpfung solcher Entführungen: das Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung sowie die „Verordnung Brüssel II bis“.³¹ Ziel beider Texte ist es, von internationalen Kindesentführungen dadurch abzuschrecken, dass diese grundsätzlich eine Pflicht zur unverzüglichen Rückgabe des Kindes nach sich ziehen. Während aber die Art. 12 und 13 des Haager Übereinkommens Ausnahmen von dieser Pflicht unter strengen Voraussetzungen noch zulassen, gibt es nach der Verordnung Brüssel II bis so gut wie keine Möglichkeit, die Rückgabe des Kindes abzulehnen, wenn sie vom zuständigen Richter des Ursprungsmitgliedstaats gemäß Art. 11 Abs. 8 der Verordnung mittels einer so genannten „Bescheinigung“ angeordnet wird. Ganz im Sinn des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts³² sieht die Verordnung in Art. 42 nämlich vor, dass eine solche Entscheidung in jedem Mitgliedstaat unmittelbar vollstreckbar ist und zwar auch dann, wenn die Rückgabe des Kindes bereits durch einen Richter des ersuchten Staates gemäß Art. 13 des Haager Übereinkommens abgelehnt worden ist.

Nun kommt es aber in der Praxis nicht selten vor, dass sich aufgrund von unterschiedlichen Umständen die Rückgabe des Kindes verzögert, manchmal sogar um mehrere Jahre,³³ obwohl sowohl das Haager Übereinkommen als auch die Verordnung Brüssel II bis dafür Fristen von nicht mehr als sechs Wochen vorsehen. Insbesondere in solchen Fällen kann sich die Lage des Kindes dahin entwickeln, dass eine Rückgabe seinem Interesse ernsthaft widerspricht, z. B. weil es sich in seiner neuen

³⁰ Schlussanträge GA in *E. Sharpston*, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177 Nr. 170.

³¹ Verordnung Nr. 2201/2003 des Rates v. 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, ABLEU 2003 L 338/1.

³² Art. 67 und 81 AEUV.

³³ So z. B. in EGMR 2.11.2010, *Serghides / Polen*, 31515/04.

Umgebung bereits gut eingelebt hat und eine erneute Überstellung für das Kind ein weiteres gravierendes Trauma bedeuten würde. Liegen solche Anhaltspunkte vor, erfordert Art. 8 EMRK, dass der Richter des ersuchten Staates sie ernsthaft prüft und die passenden Konsequenzen zieht³⁴ und zwar auch dann, wenn die Verordnung Brüssel II *bis* zur Anwendung kommt.³⁵

Allerdings scheint die Meinungsbildung des EGMR auf diesem Gebiet insofern noch nicht ganz abgeschlossen, als der zuständige Ausschuss vor kurzem einen weiteren Fall dieser Art, in der Rechtssache *X/Lettland*, bei der Großen Kammer anhängig gemacht hat.³⁶ Unter diesem Vorbehalt lässt sich sagen, dass der Rechtsprechung in ihrer jetzigen Fassung die Überlegung zugrunde liegt, dass das von Art. 8 EMRK geschützte Interesse des Kindes absoluten Vorrang haben soll, ganz im Sinn der UN-Kinderrechtskonvention und des Art. 24 GRC. Unmittelbar nach der Entführung wird diesem Interesse in der Regel am besten durch die unverzügliche Rückgabe des Kindes gedient; und deswegen wird ihre schuldhafte Verzögerung vom EGMR auch geahndet, wenn sonst keine gravierenden Gründe vorliegen, die eine Ablehnung der Rückgabe gerechtfertigt erscheinen lassen.³⁷ Bei einer verspäteten Rückgabe jedoch bzw. bei Vorliegen einschlägiger Anhaltspunkte erfordert Art. 8 EMRK, dass der Richter des ersuchten Staates wenigstens den Hinweisen nachgeht, die darauf schließen lassen, dass die geplante Rückkehr dem Kind empfindlich schaden könnte, und dass er im Fall einer Bestätigung dieser Hinweise die Rückkehr ablehnt. Wird dem nicht entsprochen, liegt eine im Wesentlichen prozessuale Verletzung von Art. 8 EMRK vor.

Nach Straßburger Ansicht kann es also keine unwiderlegbare Vermutung dahin geben, dass die Rückgabe immer im Interesse des Kindes liegt, unabhängig davon, wann, wo und wie sie stattfinden soll. Vielmehr bewirkt der Vorrang der Grundrechte, dass in bestimmten Fällen die systemgerechte Lösung einer Individualschutz-Lösung weichen muss. Rechtstheoretisch betrachtet geht es hier also darum, dass die Anwendung solcher Rechtsinstrumente wie des Haager Übereinkommens oder der Verordnung Brüssel II *bis*, wie groß auch ihre Verdienste sein mögen, die Anwendung einschlägiger Grundrechte durch Richter und Behörden des ersuchten Staates nicht ausschließt, wenn diese zu der Überzeugung gelangt sind, dass der Schutz der Interessen des Kindes keinen Aufschub duldet oder im ersuchenden Staat nicht „nachgeholt“ werden kann. Denn auch die Richter und Behörden des ersuchten Staates unterliegen der Grundrechtecharta bzw. der EMRK. Ihnen kann wohl keine „grundrechtliche Blindheit“ verordnet werden.

³⁴ Siehe EGMR 6.7.2010, Neulinger und Shuruk / Schweiz, 41615/07; 13.12.2011, X. / Lettland (nicht rechtskräftig, anhängig vor der Großen Kammer), 27853/09; 15.5.2012, M.R. und L.R. / Estland, 13420/12; 10.7.2012, B. / Belgien, 4320/11.

³⁵ EGMR 12.7.2011, Sneerson und Kampanella / Italien, 14737/09.

³⁶ X / Lettland, 27853/09, von einer Großen Kammer des EGMR am 10.10.2012 verhandelt.

³⁷ So z. B. in EGMR 1.2.2011, Dore / Portugal, 775/08, 26.7.2011, Shaw / Ungarn, 6457/09

Im Unionsrecht, hingegen, wird die Problematik naturgemäß aus der Perspektive der dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eigenen Zuständigkeitsregelungen betrachtet, mit der Folge, dass für den Grundrechtsschutz im ersuchten Staat wenig Raum bleibt. So entschied der EuGH im Fall *Zarraga*³⁸: Es ist „allein Sache der nationalen Gerichte des Ursprungsmitgliedstaats, die Rechtmäßigkeit der genannten Entscheidung anhand der insbesondere durch Art. 24 der Charta der Grundrechte und Art. 42 der Verordnung Nr. 2201/2003 aufgestellten Erfordernisse zu überprüfen. Wie in Rn. 46 des vorliegenden Urteils hervorgehoben worden ist, beruhen die durch die Verordnung geschaffenen Systeme der Anerkennung und Vollstreckung der in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen nämlich auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug darauf, dass ihre jeweiligen nationalen Rechtsordnungen in der Lage sind, einen gleichwertigen und wirksamen Schutz der auf Unionsebene und insbesondere in der Charta der Grundrechte anerkannten Grundrechte zu bieten“.³⁹

Ein gewisser Vorrang der Grundrechte aus der Charta wird vom EuGH zwar anerkannt, er konzentriert sich aber auf Art. 24 GRC und lässt Art. 7 GRC unerwähnt, was angesichts des Art. 52 Abs. 3 GRC in Verbindung mit Art. 7 GRC und Art. 8 EMRK nur verwundern kann:

„[D]ie durch die Bestimmungen von Kapitel III Abschnitt 4 der Verordnung Nr. 2201/2003 geschaffene klare Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gerichten des Ursprungsmitgliedstaats und des Vollstreckungsmitgliedstaats ... beruht [auf der Prämisse], dass die genannten Gerichte in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen die Verpflichtungen einhalten, die ihnen die Verordnung im Einklang mit der Charta der Grundrechte auferlegt. Insoweit sind, da die Verordnung Nr. 2201/2003 nicht gegen diese Charta verstoßen darf, die Bestimmungen von Art. 42 der Verordnung, mit denen das Recht des Kindes, gehört zu werden, umgesetzt wird, im Licht von Art. 24 der Charta auszulegen ... Im Übrigen heißt es im 19. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 2201/2003, dass die Anhörung des Kindes bei ihrer Anwendung eine wichtige Rolle spielt, und in ihrem 33. Erwägungsgrund wird allgemeiner hervorgehoben, dass die Verordnung im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen steht, die mit der Charta der Grundrechte anerkannt wurden, und dass sie insbesondere darauf abzielt, die Wahrung der Grundrechte des Kindes im Sinne des Art. 24 der Charta zu gewährleisten.“⁴⁰

Hinsichtlich der Zumutbarkeit der anwendbaren Zuständigkeitsregelung befand zum Beispiel der EuGH im Fall *Povsė*:

„Zu dem Argument, eine solche Auslegung könnte zu unnötigen Ortswechseln des Kindes führen, falls das zuständige Gericht das Sorgerecht letztlich dem im Verbringungsmitgliedstaat wohnhaften Elternteil übertragen sollte, ist hervorzuheben, dass das Interesse daran, dass eine gerechte und gut fundierte gerichtliche Entscheidung über das endgültige Sorgerecht für das Kind ergeht, das Erfordernis, von Kindesentführungen abzuschrecken, sowie das Recht des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu

³⁸ EuGH, Rs. C-491/10 PPU (*Zarraga*), Slg. 2010, I-14247.

³⁹ Ebd., Rn. 69–70.

⁴⁰ Ebd., Rn. 59–61.

beiden Elternteilen Vorrang vor den durch solche Ortswechsel möglicherweise verursachten Unannehmlichkeiten haben.“⁴¹

Es ließen sich noch weitere Beispiele dieser Art anführen, unter anderem aus dem Bereich der Rückführung illegaler Einwanderer⁴² sowie des Datenschutzes.⁴³ Sie alle zeigen, dass im Unionsrecht wohl noch nicht alle Konsequenzen aus dem Inkrafttreten der Charta gezogen worden sind. Angesichts der relativ kurzen Zeit seit diesem Ereignis ist dies aber auch nicht verwunderlich. Zur Bewältigung dieser Herausforderung könnte eine Mitgliedschaft der Europäischen Union im EMRK-Verbund allerdings helfen.

III. Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK als Chance zum systemübergreifenden Dialog über die Tragweite der Grundrechte

Über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK ist schon sehr viel geschrieben worden.⁴⁴ Art. 6 Abs. 2 EUV, in der Fassung des Lissabonner Vertrages, enthält sowohl die bis dahin fehlende Rechtsgrundlage dazu als auch die Aufforderung an die EU, diese auch zu gebrauchen. Die EMRK ihrerseits enthält seit dem 1. Juni 2010 einen Art. 59 Abs. 2, welcher der EU erlaubt, ihr beizutreten. Inzwischen sind die Arbeiten auf diesem Weg schon weit fortgeschritten. Der erste, schlüsselfertige Entwurf eines Beitrittsvertrages, ausgehandelt zwischen Vertretern der Europäischen Kommission und Experten aus Mitgliedstaaten des Europarates, wurde dem Ministerkomitee des Europarates am 14. Oktober 2011 vorgelegt.⁴⁵ Letzteres hat am 13. Juni 2012 den Lenkungsausschuss für Menschenrechte des Europarates beauftragt, die Verhandlungen unverzüglich fortzusetzen, nachdem der EU-Ministerrat

⁴¹ EuGH, Rs. C-211/10 PPU (Povse), Slg. 2010, I-6673 Rn. 63.

⁴² Siehe Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 12. 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABLEU 2008 L 348/98.

⁴³ Siehe das neue „Abkommen zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union über die Verwendung von Fluggästdatensätzen und deren Übermittlung an das United States Department of Homeland Security“ und die Beschlüsse des Rates v. 13. 12. 2011 und v. 26. 4. 2012 über die Unterzeichnung und den Abschluss des Abkommens, ABLEU 2012 L 215/1.

⁴⁴ Siehe, unter vielen anderen, C. Ladenburger, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2011, S. 21 ff.; S. Leutheusser-Schnarrenberger, *Der Beitritt der EU zur EMRK: Eine schier unendliche Geschichte*, in: *Festschrift für Renate Jaeger*, 2011, S. 136 ff.; V. Skouris, *First Thoughts on the Forthcoming Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, in: *Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, 2011, S. 556 ff.

⁴⁵ Der Entwurf (CDDH [2011] 009) kann auf dem Internetportal des Europarates (www.coe.int) eingesehen und heruntergeladen werden. Für eine Besprechung des Entwurfs siehe D. von Arnim, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, *KritV* 2012, S. 37 ff.; J. Polakiewicz, *The European Unions' Accession to the European Convention on Human Rights – A Report on Work in Rapid Progress*, in: *Festschrift zum 60-jährigen Bestehen des Europa-Instituts, Saarbrücken 2011*, S. 375 ff.

(Justiz und Inneres) am 26. und 27. April 2012 eine Wiederaufnahme der Verhandlungen angemahnt und dabei die „äußerste Wichtigkeit“ eines „raschen Beitritts“ hervorgehoben hatte.⁴⁶ Dementsprechend wurde am 21. Juni 2012 eine zweite Runde in den Verhandlungen gestartet, diesmal zwischen allen Mitgliedstaaten des Europarates und der Europäischen Kommission (die so genannte „47 + 1-Runde“). Es besteht die berechtigte Hoffnung, dass sie noch vor der Sommerpause 2013 erfolgreich abgeschlossen werden kann.

Die Gründe, die einen Beitritt der EU zur EMRK rechtfertigen, sind allseits bekannt und brauchen daher nur kurz in Erinnerung gerufen zu werden. Ursprünglich, zur Zeit der ersten, auf das Jahr 1979 zurückgehenden Vorschläge zum Beitritt der EU, ging es primär darum, das Fehlen eines eigenen Grundrechtskatalogs in den Gründungsverträgen und das damit verbundene Grundrechtsschutz-Defizit der EU auszugleichen. Solange-I⁴⁷ lässt grüßen. Inzwischen gibt es mit der Grundrechtecharta einen solchen Grundrechtskatalog mit primärrechtlichem Status. Dennoch verlangt der Lissabonner Vertrag diesen Beitritt. Warum?

Eine erste Antwort auf diese Frage ergibt sich aus dem Hinweis, dass es den Vertragsstaaten der EMRK nicht anders ergeht, dass ihr eigener Grundrechtsschutz – und sei er noch so wirksam – sie nicht von der Teilnahme am Straßburger Kontrollsystem befreit, weil eben eine interne, systemeigene Grundrechtskontrolle eine externe, internationale Kontrolle und die ihr eigene Unbefangtheit und Objektivität nicht ersetzen kann. Und was ein unbefangener Blick von außen auf bestimmte Rechtsinstitute so alles bewirken kann, weiß man in Deutschland nur zu gut: Stichwort Sicherungsverwahrung⁴⁸ oder Diskriminierung nichtverheirateter Väter.⁴⁹ Es lassen sich überhaupt, quer durch alle Vertragsstaaten, viele Beispiele dafür anführen, wie die externe Straßburger Kontrolle überfällige Reformen angestoßen hat, nicht zuletzt zum Abbau von Diskriminierungen.

Ansichts der Tatsache, dass alle Mitgliedstaaten dieser externen Kontrolle unterworfen sind und die EU grundsätzlich die gleiche Art von Kompetenzen ausübt wie ihre Mitgliedstaaten, liegt der EU nun daran, sich der gleichen Kontrolle zu öffnen, zur Stärkung ihrer eigenen Glaubwürdigkeit.⁵⁰ Konkret sollen Beschwerdeführer künftig einen Fall gegen die EU als solche vor dem EGMR anhängig machen können, was bis heute rechtlich unmöglich ist.⁵¹ Die EU wäre damit als Partei am Verfahren vor dem EGMR beteiligt. Folglich wäre sie auch an die Urteile des EGMR

⁴⁶ Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 9179/12, S. 16.

⁴⁷ BVerfGE 37, 271.

⁴⁸ EGMR 17. 12. 2009, M. / Deutschland, 19359/04.

⁴⁹ EGMR 3. 12. 2009, Zaunegger / Deutschland, 22028/04.

⁵⁰ So die Europäische Kommission in ihrer Empfehlung an den Rat der EU, ihr zu erlauben, Beitrittsverhandlungen aufzunehmen, SEK(2010) 305/2 v. 17. 3. 2010 = Rats-Dok. Nr. 7668/10/EXT 2 v. 18. 3. 2010.

⁵¹ Europäische Kommission für Menschenrechte, Entscheidung vom 10. 7. 1978, CFDT / Europäische Gemeinschaften, 8030/77, DR 13 S. 231.

gebunden und somit rechtlich verpflichtet, deren Umsetzung nach Maßgabe ihrer Kompetenzen sicherzustellen.⁵² Bis heute kann die EU an einem Verfahren vor dem EGMR immer nur als Drittintervenant nach Art. 36 Abs. 2 EMRK teilnehmen, was aber zur Folge hat, dass sie der Bindungswirkung der Urteile des EGMR völlig entzogen ist.

Aber auch aus materiell-rechtlicher Sicht, zur Sicherstellung der von Art. 52 Abs. 3 GRC geforderten Übereinstimmung zwischen konventionsrechtlichem und unionsrechtlichem Grundrechtsschutz, ist der Beitritt der EU zur EMRK seit Inkrafttreten der Charta notwendiger denn je. Zunächst wäre es ja kaum hinnehmbar, dass sich die Charta die Grundrechte aus der EMRK zu eigen macht, ohne ihre konkrete Anwendung in Straßburg überprüfen zu lassen. Der Straßburger Kontrollmechanismus ist fester Bestandteil der EMRK. Er beinhaltet einen Blick von außen, aus einer internationalen Perspektive, auf die jeweiligen Sachverhalte und stellt damit einen Mehrwert zum rein internen Grundrechtsschutz dar. Diesen Mehrwert haben die Verfasser der EMRK angesichts der Bedeutung der in der EMRK enthaltenen Grundrechte ausdrücklich gewollt. Wer also Rechte aus der EMRK übernimmt und dabei den Anspruch erhebt, sie mit der gleichen Bedeutung und Tragweite auszustatten, muss auch zulassen, dass die Erfüllung dieses Anspruchs in letzter Instanz in Straßburg überprüft wird.

Aber gerade die Möglichkeit einer solchen Überprüfung stellt, ganz im Sinn der Brückenfunktion, die Art. 52 Abs. 3 GRC zwischen Unionsrecht und EMRK wahrnimmt, auch eine einmalige Chance zum systemübergreifenden Dialog über die Tragweite der Grundrechte im Unionsrecht dar. Unionsvertreter und EGMR könnten und müssten dann in Straßburg gemeinsam nach Lösungen suchen, die sowohl der grundrechtlichen Natur der Rechte aus der EMRK als auch den wesentlichen Besonderheiten des Unionsrechts im Sinne des Lissabonner Vertrags gebührend Rechnung tragen. Eine wahrlich faszinierende Aufgabe, bei der sowohl die Grundrechte als auch das Unionsrecht gestärkt herauskämen.

⁵² Ein Beispiel für die Komplikationen, die sich daraus ergeben können, dass die EU nicht an Urteile des EGMR gebunden ist, für deren Umsetzung ihre Mitwirkung jedoch erforderlich ist, liefert EuGH, Rs. C-145/04 (Spanien / Vereinigtes Königreich), Slg. 2006, I-7917.